

İÇİNDEKİLER / Contents

MAKALELER / Articles

ÖZEL HUKUK

Pınar ALTINOK ORMANCI

Fransız Boşanma Hukuku Revizyonunun Getirdikleri: Türk Boşanma Hukukunda Olası Bir Revizyon İçin Değerlendirmeler
Implications of the French Divorce Law Revision: Considerations for a Possible Revision of Turkish Divorce Law 1431

İbrahim BEKTAŞ

Yeni Pay Alma Hakkının Kısıtlanmasına İlişkin Genel Kurul Kararı Sermaye Artırım Kararından Ayrılabilir mi?
Is the Decision of the General Meeting on the Restriction of Pre-Emptive Rights Separable from the Decision on the Capital Increase? 1459

Ecem KİRKİT

Anonim Şirketlerde Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri Üzerinde Rehin Hakkının Kurulması
Establishment of Pledge on Restricted Shares in Joint Stock Companies 1481

Gülşah KONUK

Uluslararası Hukuk Kaynakları Çerçevesinde İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı
Gender Discrimination in Labour Law Within the Framework of International Law 1509

Arif Barış ÖZBİLEN

İstisnai ve İkincil Bir Vasiyet Türü: Sözlü Vasiyetname

An Exceptional and Secondary Type of Will: Oral Will 1559

Burcu YARDIM

28 Ocak 1964 Tarihli Ek Protokol, 16 Kasım 1982 Tarihli Protokol ve 12 Şubat 2004 Tarihli Protokol ile Değişikliğe Uğrayan 29 Temmuz 1960 Tarihli Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Taraf Sorumluluğuna İlişkin Sözleşme (Paris Sözleşmesi) – Güncel Gelişmeler ve Alternatif Bir Çeviri İle Birleştirilmiş Sözleşme Metni

Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy of 29 July 1960, as Amended by the Additional Protocol of 28 January 1964, by the Protocol of 16 November 1982, and by the Protocol of 12 February 2004 (Paris Convention) – Current Developments and Consolidated Convention Text with an Alternative Translation 1589

Derya ATEŞ, Gülin SÜLEYMANLAR

Sözleşmelerde Amaç ve Genel Ahlaka Aykırılık Değerlendirmesi

An Analysis on Purpose and Immorality in Contracts 1619

KAMU HUKUKU

M. Ayhan TEKİNSOY, Mustafa Bayram MISIR

İşletme Hakkı Devir Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Yargısal Çözümüne İlişkin Eleştirel Bir Yaklaşım

A Critical Approach to the Legal Resolution of Disputes Arising from Transfer of Operating Rights Agreements 1653

Akif YILDIRIM

Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Anayasal Bir Güvence Olarak Ceza Muhakemesinde Gerekçeli Karar Hakkı

Right to Reasoned Decision, as a Constitutional Right in Criminal Procedure, in the Light of the Decisions of the Constitutional Court and European Court of Human Rights 1691

Tabriz JAFAROV

İç İşlerine Karışmama İlkesi Bağlamında Enformasyon Tekeli ve Dezenformasyon: Şangay İşbirliği Örgütü Uygulamaları Açısından Bir Değerlendirme

Information Monopoly and Disinformation in the Context of Non-Interference in Internal Affairs: An Evolution in Terms of the Practices of the Shanghai Cooperation Organisation..... 1749

Merve İNAN ORMAN

Ceza Hukukunun Avrupalılaşması Sürecinde Eşleştirme Projelerinin Rolü

The Role of Twinning Projects in the Europeanisation of Criminal Law..... 1775

Gürkan ÖZOCAK

Spor Müsabakalarında Görev Yapan Hakemlerin Ceza Sorumluluğu

Criminal Liability of Referees in Sports Competitions 1817

Zeynep KARASULU

Nöroteknoloji ve Bilişsel Özgürlük

Neurotechnology and Cognitive Liberty..... 1851

MAKALELER / Articles

FRANSIZ BOŞANMA HUKUKU REVİZYONUNUN GETİRDİKLERİ: TÜRK BOŞANMA HUKUKUNDA OLASI BİR REVİZYON İÇİN DEĞERLENDİRMELER

*Implications of the French Divorce Law Revision:
Considerations for a Possible Revision of Turkish Divorce Law*

Pınar ALTINOK ORMANCI*

ÖZ

Avrupa’da birçok ülkenin kusura dayalı boşanma sistemini terk etmesi veya istisnai hale getirmesi boşanma sürecinin bir savaşa dönüşmesinin önüne geçmekte ve boşanma sonrasında tarafların, çocukların bakım ve eğitimi için gerekli olduğu ölçüde ilişkilerini sürdürmelerine imkân vermektedir. Boşanma sonrası birlikte velayetin sürdürülmesi de daha fazla mümkün hale gelmektedir. Buna karşılık, Türk hukukunda hâlâ boşanma sebepleri ve sonuçları bakımından kusur önemli bir rol oynamaktadır. Türk hukukunda varlığını korumaya devam eden özel boşanma sebeplerinin çoğu kusura dayalı olup, genel boşanma sebebi olan evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında da kusur büyük bir önemi haizdir. Aynı şekilde boşanmanın mali sonuçları bakımından tarafların kusurunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Fransız boşanma hukukunda ise son yıllarda gerçekleşen değişikliklerle boşanmada taraf iradeleri önem kazanmış, şartların sağlandığı hallerde hâkim kararı olmaksızın boşanmaya imkân tanınmıştır. Ayrıca kusura dayalı boşanma tamamen ortadan kaldırılmamakla beraber sonuçları istisnai hale getirilmiş ve böylece kusura dayalı boşanmaların önemli ölçüde azalması sağlanmıştır. Bu çalışmada öncelikle Fransız boşanma hukukundaki revizyonun getirdiği yenilikler ele alınacak; daha sonra bu yeniliklerin Türk hukuk sistemi bakımından uygunluğu değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Boşanma, kusur, tazminat, nafaka, birlikte velayet

Makalenin Geliş Tarihi: 03.11.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 28.11.2022.

* Doç. Dr., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-posta: altinok@bilkent.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2222-9941.

ABSTRACT

The fact that many countries in Europe have abandoned or made exceptional the fault-based divorce system prevents the divorce process from turning into a war and allows the parties to continue their relationship after the divorce to the extent necessary for the care and education of the children. However in Turkish law, fault still plays an important role in terms of reasons and consequences of divorce. Most of the special grounds for divorce that continue to exist in Turkish law are based on fault, and fault is of great importance in the general ground for divorce, which is the fundamental breakdown of the union of marriage. Likewise, the fault of parties should be evaluated in terms of the financial consequences of divorce. In the French divorce law, the will of the parties has gained importance in divorce and it became possible to divorce without a judge's decision. In addition, although fault-based divorce has not been completely abolished, its consequences have been made exceptional and thus, fault-based divorces have significantly decreased. In this study, the innovations brought by the revision of the French divorce law and the suitability of these changes in terms of the Turkish legal system will be evaluated.

Keywords: Divorce, fault, compensation, alimony, joint custody

GİRİŞ

Fransa’da boşanmanın tarihsel gelişimi oldukça inişli-çıkışlı bir seyir izlemiştir. Katolikliğin etkisi altında, uzun süre boşanmanın yasak olduğu Fransa’da, 1804 tarihli Napoleon Kanunu olarak anılan Fransız Medeni Kanun ile, boşanma oldukça sınırlı bir şekilde kabul edilmişti. Buna göre evlilik birliği, sadece iki sebeple sona erdirilebilirdi: Ya taraflardan birinin, evliliğin devamını çekilmez hale getiren kusuru; veya oldukça uzun bir prosedüre ve sıkı şartlara tâbi anlaşmalı boşanma, evliliği sona erdirebilirdi¹. Bu boşanma sistemi, ancak 1816’ya kadar sürdü ve 1816’daki Restorasyon ile boşanma -68 yıl boyunca- tekrar yasaklandı². 1884’de, aynı zamanda bir hukuk profesörü de olan milletvekili Naquet³ tarafından sunulan kanun

¹ Alain Bénabent, *Droit de la famille* (Paris: LGDJ, 2020), 196.

² Mary Ann Glendon, “The French Divorce Reform Law of 1976,” *The American Journal of Comparative Law* 24, no.2 (Spring 1976): 199.

³ Loi Naquet (Naquet Kanunu) olarak yazarının ismiyle ilişkilendirilen Kanun, yaklaşık on yıllık bir mücadelenin sonucuydu. Bkz. Bénabent, 196-197.

tasarısının kabulüyle, boşanma tekrar mümkün hale geldi. Ancak Naquet Kanunu'na göre boşanma yalnızca, eşlerden birinin zinası, yüz kızartıcı suç işlemesi veya evlilikten doğan yükümlülüklerinin ağır bir biçimde ihlaline yol açan kusurlu davranışı halinde mümkündü. Bu nedenle boşanma sistemine “ceza” anlayışı hâkimdi⁴. Boşanmanın sonuçları bakımından da aynı ceza anlayışı ortaya çıkmaktaydı: Kusurlu taraf çocuklar üzerindeki velayet hakkından ve evlilikten elde ettiği menfaatlerden mahrum kalıyor; ayrıca boşandığı eşine nafaka ödemekle yükümlü oluyordu⁵.

Yıllar içinde, bu boşanma sisteminin yarattığı iki dezavantaj ortaya çıktı. Öncelikle bu sistemin, eşler arasındaki düşmanlıkları şiddetlendirdiği görüldü. Nitekim boşanma sürecinde eşlerden birine kusur izafe edilmesi özellikle maddi anlamda önemli sonuçlar doğurduğundan, yargılama süreci bir savaşa dönüşüyor ve taraflar kullanabilecekleri tüm unsurlardan yararlanma yoluna gidiyorlardı. Bu nedenle boşanma sonrası süreç de çekilmez bir hale geliyor; özellikle çocuklarının bakım ve eğitimi için gerekli olduğu ölçüde ilişkilerini sürdürmek zorunda kalan tarafların husumetleri de artarak devam ediyordu⁶. Diğer taraftan, evliliğin ve birlikte yaşamın devamını istenmeyen hale getiren sebeplerin çoğu, boşanma sebeplerinin dışında kalıyor ve evliliğin sona erdirilebilmesine imkân vermiyordu. Yirminci yüzyıla gelindiğinde, bir kişinin, artık tolere edemediği bir evlilik birliği içinde, iradesi hilafına bu evlilikle bağlı kalmasının kabul edilebilir bir yanı olmadığı anlaşıldı⁷.

1975 yılında, Carbonnier Kanunu ile Fransız boşanma sisteminde köklü bir revizyon gerçekleştirildi. Bu revizyon, üç ekseninde gerçekleşti: Boşanma sebepleri bakımından, farklı durumlara ve ihtiyaçlara cevap verebilecek birçok boşanma yolu açılmış oldu. Kusura dayalı boşanma varlığını korurken, buna anlaşmalı boşanma ve dönüşü olmayan ayrılıklara dayalı (tek tarafın talebi üzerine) boşanma da eklenmiş oldu⁸. Diğer taraftan, boşanma usulüne ilişkin olarak, boşanma sürecini dramatik olmaktan çıkartmak için her ilk derece mahkemesinde bir aile işleri hâkimliği⁹ kuruldu. Son olarak,

⁴ Glendon, 200; Bénabent, 197.

⁵ Bénabent, 197.

⁶ Bénabent, 197.

⁷ Bénabent, 197.

⁸ Bénabent, 199.

⁹ Bu hâkimliğin adı önceleri “evlilik işleri hâkimliği” (juge aux affaires matrimoniales) iken, 1994’de aile işleri hâkimliği (juge aux affaires familiales) olarak değiştirildi. Bkz. Bénabent, 199.

boşanmanın sonuçları bakımından, yaptırımların azaltılması suretiyle boşanan taraflar arasındaki kindarlığın önlenmesi ve boşanma kararından itibaren çok kısa bir süre içinde eşler arasındaki tüm bağların kesin bir şekilde sonlandırılmasına yönelik düzenlemeler getirildi¹⁰.

Boşanma hukukundaki bu revizyona rağmen, toplumsal gelişmeler yeni soruların ortaya atılmasına neden oldu. Öncelikle “boşanmak için her zaman bir sebep mi gerekir?” sorusu tartışılmaya başlandı. Bunu takip eden ikinci bir soru ise, “Boşanma mutlaka bir hâkim kararıyla mı olmalı?” sorusuydu. Her ne kadar revizyon sonrası barışçıl boşanmalar artmış ve boşanan eşler sonrasında medeni ilişkilerini sürdürebilir duruma gelmiş olsalar da, boşanmanın bir dava prosedürüne bağlı olması, evlenmek isteyen tarafların sivil birlikteliklere veya PACS¹¹’a yönelmelerine yol açıyordu¹². 2004 yılında kabul edilen değişiklikler, 1975 tarihli revizyonun bir uzantısı niteliğindeydi. Ancak sıklıkla tartışılan “kusura dayalı boşanma” tamamen ortadan kaldırılmadı. Daha ziyade, 1975 tarihli Kanun’un uygulanmasında sıklıkla karşılaşılan sorunların giderilmesi sağlanmış oldu. 2016 tarihli Kanun ise, maddi anlamda bir reform getirmemekle beraber, hâkim kararı olmaksızın boşanmanın yolunu açmış oldu¹³. Son olarak 23 Mart 2019 tarihli Kanun’la getirilen yeniliklerle, hâkim kararıyla gerçekleşen boşanmalarda en baştaki uzlaştırma aşamasının gereksiz olduğu düşüncesinden yola çıkılarak, bu zorunlu aşama kaldırılmış oldu.

Yaşanan bu gelişmelerden sonra, Fransız hukukunda boşanma, hâkim kararı olmaksızın boşanma ve yargısal (hâkim kararı ile) boşanma olarak iki farklı şekilde gerçekleşebilmektedir. Aşağıda öncelikle Fransız hukukunda boşanma sebepleri ve boşanma sonuçlarının nasıl düzenlendiği ele alınacak; daha sonra Türk hukukunda boşanma sisteminin ihtiyacı olan revizyona uygunluğu değerlendirilecektir.

¹⁰ Bénabent, 199.

¹¹ PACS (Pacte civil de solidarité), Fransız hukuk sisteminde 1999 yılından beri hukuken tanınan bir sivil birliktelik anlaşmasıdır. Bu anlaşma evliliğe bazı açılardan benzerlik göstermekle birlikte, taraflardan birinin ölümü halinde, diğerinin ona yasal mirasçılığı söz konusu değildir. Bkz. Bénabent, 332.

¹² Bénabent, 200.

¹³ 18 Kasım 2016 tarihli bu Kanun, 1 Ocak 2017 tarihinden itibaren, eşlerin boşanmanın tüm sonuçları konusunda anlaşmaları halinde, avukatların ve noterin katılımıyla, yargısal kontrol olmaksızın sözleşme ile boşanmalarına imkân vermektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. aşı. I, 1, A.

I. FRANSIZ HUKUKUNDA BOŞANMA SEBEPLERİ

Fransız Medeni Kanunu (FMK)'nın 229. maddesinde, 4 farklı boşanma sebebi düzenlenmiştir. Bunlar,

- Anlaşmalı boşanma, (*Tamamen anlaşmalı*)
- Her iki tarafın kabulüne dayalı boşanma, (*Yarı çekişmeli*)
- Evlilik birliğinin kesin bir şekilde bozulması nedeniyle boşanma, (*Tam çekişmeli*)
- Kusura dayalı boşanma. (*Tam çekişmeli*)

Her bir boşanma sebebinin kendine özgü bir rejimi olmakla birlikte, birçok noktada bu rejimler ortak özellikler göstermektedir. Ayrıca başta tercih edilen boşanma sebebinin, boşanma süreci devam ederken değiştirilmesine; özellikle yargılama sürecinde çekişmeleri ortadan kaldırmaya veya azaltmaya yönelik anlaşmaların yapılmasına imkân tanınmaktadır. Yani bir boşanma sebebinden diğerine geçiş mümkündür¹⁴.

Boşanma davası devam ederken, yargılamanın her aşamasında davanın anlaşmalı boşanmaya dönüştürülmesi mümkün olduğu gibi; tarafların belli konularda anlaşmalarına (örneğin her ikisinin de boşanma konusunda anlaşmalarına veya boşanmanın doğuracağı bazı sonuçlar üzerinde anlaşmalarına) imkân tanınmaktadır (FMK md. 247, md. 268). Bu nedenle boşanma hukukunun “sözleşmeselleşmesi”nden bahsedilmektedir.

Her ne kadar 2004 yılındaki yeniliklerle FMK'daki kusura dayalı boşanma ortadan kaldırılmış değilse de, kusura bağlanan pek çok sonucun ortadan kaldırılmasıyla birlikte, hemen hemen aynı noktaya gelinmiştir. Örneğin boşanmada kusurlu eşin tazminat ödemesi “hakkaniyetin gerektirdiği haller” ile sınırlandırılarak istisnai hale getirilmiştir.

FMK md. 229'da düzenlenen dört boşanma sebebinin her biri, 2016 yılındaki reforma kadar, ancak mahkeme kararına dayalı olarak evliliğin sona ermesine imkân veriyordu. Ancak 2016 yılındaki reformdan sonra, anlaşmalı boşanmanın hâkimin kontrolü dışında da gerçekleşmesine imkân tanındı. Böylece artık anlaşmalı boşanma, yargısal veya sözleşmesel olarak iki farklı şekilde gerçekleşebilmektedir.

¹⁴ Bénabent, 202-203.

Hâkim kararı olmaksızın anlaşmalı boşanma, Fransa’da uzun süren tartışmaların neticesinde kanunlaşmıştır. Sözleşmesel boşanmanın ne derece Fransız hukukuna uygun olduğu ve böyle bir boşanmanın noterin mi, avukatın mı veya bir nüfus memurunun mu kontrolünde olması gerektiği hususları yıllar boyu tartışıldı¹⁵. Ancak hâkim kararı olmaksızın anlaşmalı boşanmanın kabulü için pek çok gerekçe sunuldu: Bir taraftan, aile mahkemesi hâkimlerinin boşanma anlaşmalarını onaylamak yerine diğer işlere vakit ayırabilmeleri mümkün hale gelecek; diğer taraftan, kişilerin, özellikle aile bireylerinin özerkliği ve boşanma sonrası eşlerin kendi kaderlerini belirleme hakları kabul edilmiş olacaktı¹⁶. Bu gerekçeler ağır bastı ve 18 Kasım 2016 tarihli kanun ile hâkim kararı olmaksızın anlaşmalı boşanma kabul edildi.

A. Anlaşmalı Boşanma:

1. Hâkim kararı olmaksızın (sözleşmesel) anlaşmalı boşanma: (FMK md. 229-1 – md. 229-4)

Hâkim kararı olmaksızın anlaşmalı boşanabilmek için, öncelikle her iki eşin tam ehliyetli olması ve ergin olmayan çocuklarının dinlenme talebiyle hâkime başvurmaması gerekmektedir. Eşlerden birinin vesayet koruması altında olması veya ergin olmayan çocuklarının dinlenme talebiyle hâkime başvurmaları halinde, ancak hâkim kararıyla anlaşmalı boşanma mümkün olabilmektedir. FMK md. 229-2’ye göre ergin olmayan çocuk, FMK md. 388-1’deki koşullar altında hâkim tarafından dinlenmeye hakkı olduğu konusunda ebeveynleri tarafından bilgilendirilir¹⁷.

¹⁵ Vincent Egéa, “Le divorce par consentement mutuel sans juge en droit français”, in *Separarsi e divorziare senza giudice?*, eds. Chiara Besso, Matteo Lupano (Ledizioni, 2018), 61 vd.

¹⁶ Egéa, 62.

¹⁷ Bénabent, 211-12; Egéa, 65-66. Fransız hukukunda, sözleşmesel boşanmanın, çocuğun inisiyatifine bağlı olması birçok yazar tarafından eleştirilmektedir. Diğer taraftan, küçük çocuğun ayırt etme gücüne sahip olup olmadığının kimin tarafından değerlendirileceği de ayrı bir mesele olarak ortaya çıkmaktadır. Çocuğun ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı, ilk planda ebeveynleri tarafından değerlendirilecektir. Örneğin ergenlik çağındaki bir çocuğun dinlenme hakkı konusunda bilgilendirilmemiş olmasının, anlaşmanın kesin hükümsüzlüğüne yol açacağı konusunda tereddüt yoktur. Zira FMK md. 229-3’ün 6. bendine göre, anlaşmada “küçüğün hâkim tarafından dinlenme hakkı konusunda ebeveynleri tarafından bilgilendirildiği ve küçüğün bu imkândan yararlanmayı istemediği” ibaresinin mutlaka yer alması gerekmektedir. Ancak örneğin 6 yaşındaki bir çocuk

Sözleşmesel anlaşmalı boşanmada, tarafların iradelerinin serbestçe oluşması en önemli husustur. Ayrıca her iki tarafın boşanma ve sonuçları konusunda aydınlatılmış olması ve kesin iradelerinin oluşması gerekmektedir. Bunu sağlayabilmek için, kanun bazı özel şartların gerçekleşmesini aramaktadır. FMK md. 229-1'e göre hâkim kararı olmaksızın anlaşmalı boşanabilmek için, her iki tarafın da zorunlu olarak birer avukatının bulunması; kanundaki zorunlu unsurların¹⁸ tamamını içeren yazılı bir sözleşme yapılmış olması (zorunlu unsurların bulunmaması sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açmaktadır); sözleşmenin tarafların avukatlarınca da imzalanması ve bir notere bırakılması gerekmektedir. Noter, tüm şartların sağlandığını kontrol etmekle yükümlüdür. Bu çerçevede, FMK md. 229-4'de öngörülen 15 günlük düşünme süresine uyulup uyulmadığını da denetleyecektir. Buna göre hazırlanan anlaşma taslağı karşı tarafa posta yoluyla gönderilmekte; bu anlaşma tebliğ alındığı andan itibaren 15 günlük düşünme süresi geçmeden imzalanamamaktadır.

Noter, şartların sağlandığını kontrol ettikten sonra ona tarih ve numara verir. Bu andan itibaren anlaşma yürürlük kazanır ve icra edilebilir hale gelir (FMK md. 229-1/son)

Bu sistemin kırılma noktası, sözleşmenin hükümsüzlüğü iddiası halinde ortaya çıkmaktadır. Her sözleşmede olduğu gibi, noter tarafından kontrolü

için nasıl bir değerlendirme yapılacaktır? Ebeveynleri, 6 yaşındaki çocuklarının ayırt etme gücünden yoksun olduğunu düşünerek dinlenme hakkı konusunda bilgilendirmede bulunmamışlarsa, bunun anlaşmanın geçersizliğine yol açacağı kolaylıkla söylenemeyecektir.

¹⁸ FMK md. 229-3'e göre, sözleşmesel boşanma için anlaşmada yer alması gereken zorunlu unsurlar şunlardır:

- 1- Eşlerin adı, soyadı, meslekleri, yerleşim yerleri, vatandaşlık bilgileri, doğum tarihleri ve yerleri, evliliğin gerçekleştiği tarih ve yer ile çocuklar varsa, çocukların aynı hususlara ilişkin bilgileri
- 2- Eşlerin avukatlarının adları, iş adresleri, kayıtlı oldukları baro
- 3- Eşlerin, evliliğin sona ermesi ve buna bağlanan sonuçlar üzerinde anlaştıkları şeklindeki ibare
- 4- Bu bölümün üçüncü başlığı altında düzenlenen evliliğin sonuçlarının ve gerekliyse telafi ödeneğinin anlaşmada tamamen düzenlenmesi
- 5- Mal rejiminin tasfiyesi konusunda anlaşma, eğer tapuya kayıtlı taşınmazlar varsa, bu anlaşmanın noterde resmi senetle yapılmış olması; veya mal rejiminin tasfiyesine yer olmadığına ilişkin beyanlar
- 6- Küçüğün hâkim tarafından dinlenme hakkı konusunda ebeveynleri tarafından bilgilendirildiği ve onun bu imkândan yararlanmayı istemediği şeklindeki ibare

sağlandıktan sonra, boşanma sözleşmesinin de tarafları irade sakatlıklarını ileri sürebilirler. Sözleşmenin irade sakatlıklarına dayalı iptali halinde ise, tasfiyesi gerçekleşen mal rejiminin, telafi ödeneğinin ve hatta evlilik durumunun ne olacağı sorunları ortaya çıkabilecektir¹⁹. Özellikle eşlerden birinin, diğerini malvarlıksal durumu hakkında aldatması halinde, diğer eş sözleşmenin iptalini gündeme getirebilir²⁰.

Eşlerden birinin unutulması veya gizlemesi nedeniyle bazı malvarlığı değerlerinin veya borçların tasfiyenin dışında kalması söz konusu olabilmektedir. Bu konuda Fransız Temyiz Mahkemesi, hâkim kararıyla anlaşmalı boşanma kesinleştikten sonra, ek bir taleple, sonradan ortaya çıkan malvarlığı değerlerinin veya sonradan ortaya çıkan borçların paylaştırılmasının istenebileceğini kabul etmektedir²¹. Bazı yazarlar, sözleşmesel anlaşmalı boşanmada da, irade sakatlıklarının ileri sürüldüğü hallerde, sözleşmenin iptalinin (boşanma kararı bakımından değil, sadece boşanmanın sonuçları bakımından) mümkün olması gerektiğini ileri sürmektedir²². Ancak bu kabul bile pek çok sorunu beraberinde getirmektedir.

2. Hâkim kararı ile (yargısal) anlaşmalı boşanma: (FMK md. 230-md. 232)

Eşlerin sözleşmesel olarak anlaşmalı boşanmalarına engel olan husus, ergin olmayan çocuklarından birinin hâkim tarafından dinlenmeyi talep etmesi halidir (FMK md. 229-2). Bu düzenlemeye göre ergin olmayan çocuk, FMK md. 388-1'deki koşullar altında hâkim tarafından dinlenmeye hakkı olduğu konusunda ebeveynleri tarafından bilgilendirilir. FMK md. 388-1, kendisiyle ilgili herhangi bir davada, ayırt etme gücüne sahip bir küçüğün, hâkim tarafından veya menfaatinin gerektirdiği hallerde hâkim tarafından bu amaçla görevlendirilen kişi tarafından dinlenebileceğini düzenlemektedir. Ergin olmayan çocuğun dinlenme talebinde bulunması halinde, bunun için bir

¹⁹ Bénabent, 273.

²⁰ Egéa, 69.

²¹ Cour de Cassation, 1ère civ., T. 30.09.2009, no: 07-12592: Karar, anlaşmalı boşanmanın sadece hâkim kararıyla mümkün olduğu dönemde verilmiştir. Buna göre anlaşmalı boşanma hâkim kararıyla gerçekleşip karar kesinleştikten sonra, eşlerden birinin bazı malvarlığı değerlerinin ortaya çıkmış olması, yapılan anlaşmanın dengesini bozmakta olup, sonradan ortaya çıkan bu malvarlığı değerlerinin de taraflarca paylaşımına tâbi tutulması ve bu anlaşmanın hâkim tarafından onaylanması gerekir.

²² Egéa, 69.

duruşma yapılır. Çocuk, tek başına veya bir avukat ya da seçtiği bir kişi ile birlikte dinlenebilir. Hâkim, çocuğun dinlenme hakkı konusunda bilgilendirildiğinden emin olmalıdır.

Çocuğun hâkim tarafından dinlenmeyi talep etmesi halinde eşlerin boşanabilmesi, taraflarca hazırlanan anlaşmanın hâkim tarafından uygun bulunmasına bağlıdır. Yani bu durumda boşanma, hâkim kararı ile gerçekleşecektir. Burada hâkimin rolü, hem anlaşmanın tarafların serbest ve aydınlatılmış iradesi ile gerçekleştiğini tespit etmek; hem de anlaşmanın her iki tarafın ve çocukların menfaatlerini yeterince koruyup korumadığını belirlemektir²³. Hâkim anlaşmanın tarafların veya çocukların menfaatlerini yeterince korumadığını belirlerse, anlaşmada kendisi değişiklik yapamaz. Sadece boşanma talebini reddetmek (veya kabul etmek) imkânına sahiptir. Bununla birlikte taraflara sözleşmede hangi hususlarda değişiklik yapılması gerektiği konusunda öneride bulunabilir; tarafların ve avukatlarının kabulüyle gerekli değişiklikler sağlandıktan sonra boşanmaya hükmedilebilir²⁴.

FMK md. 250'ye göre anlaşmalı boşanma davalarında her iki tarafın da duruşmaya şahsen katılımı gerekmektedir. Hakim önce eşlerin her biriyle ayrı ayrı görüşür, sonra ikisini birlikte dinler. Son aşamada ise avukatı veya avukatları dinleyerek kararını verir.

B. Çekişmeli Boşanma Davaları:

1. Her iki tarafın boşanmayı kabul etmesi (FMK md. 233 – md. 234):

Burada tarafların her ikisi de boşanma konusunda uzlaşmakta, ancak boşanmanın sonuçları konusunda uzlaşmamaktadır. Bu boşanma davasının ilk aşamasında hâkim, temelde yatan sebepleri araştırmaksızın, her iki tarafın boşanma yönündeki iradelerini tespit eder. Bu irade baştan var olabileceği gibi; tamamen çekişmeli bir boşanma davası açıldıktan sonra da (diğer tarafın boşanmaya itiraz etmemesi şeklinde) ortaya çıkabilir. İkinci aşamada ise hâkim tarafların taleplerini değerlendirir. Burada boşanmaya yol açan sebepler hâkim tarafından değerlendirilmediğinden, boşanma sonucunda tarafların sorumluluğu doğmaz²⁵.

²³ Bénabent, 214.

²⁴ Bénabent, 214.

²⁵ Bénabent, 220.

23 Mart 2019 tarihli Kanun ile FMK md. 233’de yapılan değişiklik sonrası, 1 Ocak 2021’den itibaren her iki tarafın boşanmayı kabul etmesine yönelik anlaşmanın, hakime başvurmadan önce tarafların avukatlarınca da imzalanması gerekmektedir.

2. Evlilik birliğinin kesin bir şekilde bozulmasına dayalı boşanma (FMK md. 237 – md. 238)

Evlilik birliğinin kesin bir şekilde bozulması, kanun koyucu tarafından ortak yaşamın sona erdirilmesi olarak görülmektedir. FMK md. 238’in ilk fıkrasına göre, boşanma başvurusu yapıldığı tarihte eşler en az 1 yıldır ayrı yaşıyorlarsa, evlilik birliğinin kesin bir şekilde bozulması söz konusudur. Bu ayrı yaşamanın iradi olup olmamasının, tek tarafın veya her iki tarafın iradesine dayanıp dayanamamasının hiçbir önemi yoktur²⁶. Bununla birlikte, boşanma davası hem kusura dayalı, hem de evlilik birliğinin kesin bir şekilde bozulmasına dayalı (terditli) olarak açılmış ve kusura dayalı boşanma talebi reddedilmişse; evlilik birliğinin kesin bir şekilde bozulduğunun kabulü için 1 yıllık süre aranmaz (FMK md. 238/son).

3. Kusura dayalı boşanma (FMK md. 242, md. 244, md. 245-1)

FMK md. 242’ye göre, eşlerden biri evlilikten doğan yükümlülüklerini ağır bir şekilde ihlal eder veya ihlalleri tekrar ederse ve bu durum diğer eş için ortak hayatı çekilmez hale getirirse, diğer eş kusura dayalı boşanma davası açabilir.

Kusura dayalı boşanma, uzun yıllardan beri pek çok eleştiriye maruz kalmış; özellikle hâkimin eşler arasında gerçekleşen olaylarda kimin haklı kimin haksız olduğuna ilişkin değerlendirme yapmasının son derece güç olduğu noktasından yola çıkılarak, 2001 tasarısında bu boşanma sebebinin kaldırılması önerilmişti. Ancak 2004 yılındaki kanun değişikliklerinde kanun koyucu daha yumuşak bir yol seçmiştir: Kusura dayalı boşanma sebebi muhafaza edilmekle birlikte, kusura bağlanan pek çok sonuç ortadan kaldırılmıştır²⁷. Böylece kusura dayalı boşanma, uygulamada giderek daha az başvurulmuş bir boşanma sebebine dönüşmüştür.

²⁶ Bénabent, 222.

²⁷ Eski kanun döneminde kusurlu tarafa cezai yaptırım niteliğinde düzenlenen, örneğin evlilik birliğinde sağlanan avantajların ve elde edilen bağışların kaybı, telafi ödeneğinin kaybı gibi sonuçlar artık kusura bağlı boşanmanın sonuçları

2018 yılı istatistiklerine göre en sık başvurulmuş yol anlaşmalı boşanma %59 ile anlaşmalı boşanmadır. Her iki tarafın boşanmayı kabul etmesi üzerine boşanma oranı 2016’da %23; evlilik birliğinin kesin bir şekilde bozulmasına dayalı boşanma oranı ise %13’dür. Kusura dayalı boşanmada ise kusura bağlanan sonuçların ortadan kaldırılması –veya daha doğru bir ifadeyle istisnai hale getirilmesi-, bu boşanma sebebine dayalı boşanmaların giderek azalmasına yol açmıştır. 2016 yılında kusura dayalı boşanma davaları, toplam boşanma davalarının sadece %6’sını oluşturmuştur²⁸.

II. FRANSIZ HUKUKUNDA BOŞANMA KARARININ TAZMİNAT, VELAYET ve NAFKA BAKIMINDAN SONUÇLARI

A. Boşanma nedeniyle tazminat talebi

Boşanma nedeniyle tazminat talebi yeni FMK md. 266 ile istisnai iki koşulun oluşmasına bağlanmıştır. Tazminata hükmedilebilmesi için öncelikle, boşanma nedeniyle ortaya çıkan “zararların özel bir ağırlıkta olması”²⁹; ikinci koşul olarak ya tazminat talep edenin “evlilik birliğinin kesin bir şekilde bozulması nedeniyle boşanma” davasında davalı taraf olması (ve kendisinin boşanmayı istemiyor olması) ya da boşanma kararının tamamen karşı tarafın kusuruna dayalı olarak verilmiş olması gerekmektedir³⁰.

Buna karşılık genel hükümlere dayalı tazminat talep edilmesine herhangi bir engel yoktur.

olmaktan çıkarılmıştır. Sadece çok istisnai hallerde (özel ağırlıkta bir zararın varlığı halinde) kusurlu tarafa tazminat yaptırımı ile, hakkaniyetin gerektirdiği hallerde kusurlu tarafa telafi ödeneğinin reddedileceği düzenlenmiştir(FMK md. 266 ve md. 270).

²⁸ Bénabent, 205. Kusura dayalı boşanma davalarının oranı 2000 yılında toplam boşanmaların %40’ından daha fazlasını oluşturmaktayken, bu oran 2004’de %37’ye, 2007’de %15’e ve 2016’da %6’ya düşmüştür.

²⁹ Fransız Temyiz Mahkemesi, eşlerden birinin diğerine şiddet uyguladığı hallerde ve zina halinde, özel ağırlıkta bir zararın varlığını kabul etmiştir: Bkz. Cour de Cassation 1ère civ., 14.10.2009, no.08-20037. Buna karşılık, eşlerden birinin evi terk ederek küçük çocukların bakımını diğer eşe bırakması halinde, bu durumun özel ağırlıkta bir zarara yol açmadığına hükmetmiştir: Bkz. Cour de Cassation 1ère civ., 12.09.2012, no.11-12140.

³⁰ Bu maddeye dayalı olarak tazminata hükmedilmesi uygulamada son derece ender olarak ortaya çıkmaktadır. Hükmedilen tazminat miktarıysa, son derece düşüktür. Tazminata hükmedilen hallerin yarısından fazlasında, tazminat miktarının 3000 Euro’nun altında olduğu görülmektedir: Bkz. Bénabent, 275.

B. Nafaka (FMK md. 270-281)

1975 tarihinde FMK'da yapılan değişikliklerle nafaka ifadesi “telafi ödeneği” (*prestation compensatoire*) olarak değiştirilmiştir. Bu değişikliğin temel amacı, nafakaya hükmedildikten sonra, nafaka borcunun ifasının her zaman yapılmaması, çoğu zaman ödemelerin sekteye uğraması olarak ifade edilmektedir³¹. Zira aşağıda görüleceği üzere, telafi ödeneği kural olarak tek seferde yapılan bir ödemedir.

Telafi ödeneği, boşanmanın, eşlerin hayat koşullarında yarattığı eşitsizliği telafi amacıyla öngörülen bir ödemedir. (FMK md. 270). Özellikle kadının ev işlerine ve çocukların bakım ve eğitime yönelerek mesleki faaliyetten ve kazançtan yoksun kalmasının, boşanma sonrası kadın üzerinde yarattığı olumsuz etkileri telafi etmeye yöneliktir. Telafi ödeneği, tarafların kusurundan tamamen bağımsız olup, hakkaniyet düşüncesine dayanmaktadır³². Boşanan eşler arasındaki tüm bağımlılık ilişkilerini sona erdirmek amacıyla ödemenin tek seferde yapılması ve böylece ilerleyen zamanlarda periyodik ödemelere bağlı olarak ortaya çıkabilecek ihtilafların önlenmesi amacı da telafi ödeneğinin kabul edilmesinde önemli rol oynamıştır³³. Yani telafi ödeneği, tek seferde (götürü olarak) yapılan bir ödemedir (FMK md. 270).

Telafi ödeneği miktarının belirlenmesinde, ihtiyaç sahibi eşin maddi durumu ile diğer eşin gelir kaynakları göz önünde bulundurulmaktadır. Bu çerçevede hâkim, telafi ödeneğinin miktarını tayin ederken evliliğin süresini, eşlerin yaşlarını ve sağlık durumlarını, eşlerin eğitim ve mesleki durumlarını, eşlerden birinin ortak hayat süresince çocukların bakım ve eğitime zaman ayırması nedeniyle kazanç getirici faaliyetleri bakımından yaptığı tercihleri ve halen bakıma ihtiyaç duyan çocuklar varsa bunun süresini, eşlerin sermaye ve gelir olarak malvarlıksal durumlarını, emeklilik ödeneklerini göz önünde bulundurur. (FMK md. 271).

³¹ Bénabent, 276. 1975 öncesi dönemde, nafaka borçlarının ifasını konu alan istatistikler oldukça çarpıcı sonuçlar ortaya koymuştur. Buna göre ilk iki yılında ödenmeyen nafaka borçları yaklaşık üçte bir oranında iken, ikinci ve beşinci yıl arasında ödenmeyen nafaka borçları yüzde elliye çıkmakta; beşinci yıldan sonra ise nafaka borçlarının yaklaşık üçte ikisi ödenmemektedir. Bkz. Bénabent, 276.

³² Bénabent, 276 vd.

³³ Bénabent, 277.

Telafi ödeneğinin tek seferde yapılmasına borçlunun maddi durumu elvermiyorsa, hâkim, belirlenen ödeneğin periyodik aralıklarla ödenmesine karar verebilir. Ödemenin hangi aralıklarla yapılacağı, 8 yılı geçmeyecek şekilde hâkim tarafından belirlenir. (FMK md. 275). Bununla birlikte FMK md. 276, hâkime, istisnai hallerde, özel olarak gerekçesini de belirtmek koşuluyla, karşı tarafa gelir oluşturacak şekilde dönemsel ödemeler biçiminde telafi ödeneğine hükmetme imkânı tanımaktadır³⁴. Bu şekilde, karşı tarafa gelir oluşturacak şekilde dönemsel ödemeler biçiminde telafi ödeneğine hükmedilirse, alacaklının veya borçlunun maddi durumlarında değişiklik olduğu takdirde, telafi ödeneği gözden geçirilebilir.

Telafi ödeneği kusurdan bağımsız olarak değerlendirilse de, FMK md. 270'in son fıkrası bu konuda bir istisna getirmiştir. Buna göre eğer boşanma münhasıran tek tarafın kusuruna dayalı olarak gerçekleşmişse ve tamamen kusurlu olan taraf telafi ödeneği talep etmekteyse, boşanmanın özel koşulları çerçevesinde hakkaniyet gereği hâkim telafi ödeneğini reddedebilir. Bu istisnaya dayalı olarak telafi ödeneğinin reddedilmesi, uygulamada son derece ender olarak görülmektedir. Fransız Temyiz Mahkemesi (*Cour de Cassation*), telafi ödeneğinin ancak boşanma davası devam ederken talep edilebileceği; dava sonuçlandıktan sonra bu talebin dinlenmeyeceği yönünde bir içtihat geliştirmiştir³⁵. Anlaşmalı boşanmalar dışında, çekişmeli boşanmalarda da tarafların telafi ödeneği konusunda anlaşmaları mümkündür; ancak bu anlaşma hâkim tarafından uygun görüldüğü takdirde geçerli olacaktır. Tarafların telafi ödeneği konusunda anlaşma yapmadıkları hallerde ise, telafi ödeneğinin miktarı hâkim tarafından takdir edilir³⁶.

³⁴ Örneğin alacaklının yaşı veya sağlık durumu nedeniyle kendi ihtiyaçlarını karşılayamayacak durumda olduğu gerekçesiyle hâkimin dönemsel ödemeler biçiminde telafi ödeneğine karar vermesi mümkündür: Bkz. Dalloz, Fiches d'Orientation, Prestation Compensatoire, Mars 2021, n. 4.2.2.

³⁵ Cour de Cassation Civ. 2^e, 28 Ocak 1987, n° 84-17.727. Bununla birlikte eşlerden birinin malvarlığı veya gelirleri konusunda diğerini aldattığı boşanmadan sonra ortaya çıkarsa, taraflardan birinin gerçeği gizlemesi nedeniyle karar düzeltme yoluna gidilerek telafi ödeneğinin yeniden hesaplanması mümkündür: Bkz. Yann Favier, Olivier Matocq ve Julie Pierrot-Blondeau, "Chapitre 133 - Divorces autre que par consentement mutuel," in Dalloz Action Droit de la famille, (Paris: Dalloz, 2019) 320. (https://www.dalloz.fr/documentation/hulkStatic/DZ/BROCHES/DAFAMILLE/sharp_COMMUNS/pdf/action_-_famille_-_2019_-_101-t13-c133_-chapitre_133.pdf)

³⁶ Bénabent, 281.

C. Çocukların velayeti

Fransız hukukunda velayet hakkı, soybağı ilişkisinin doğrudan ve otomatik bir sonucu olarak düzenlenmiştir. FMK md. 371-1'e göre velayet hakkı anne ve babaya aittir. Velayet hakkı anne-babadan alınmadığı sürece, çocuk ergin olana kadar devam eder. Ancak velayet hakkının kullanımı, çocuğun günlük ihtiyaçları, bakımı ve eğitimiyle kimin/kimlerin ilgileneceğini ifade eden bir kavramdır. Çocuğun her iki ebeveyni de hayatta olduğu ve ehliyetlerinde bir kısıtlama olmadığı sürece, velayet hakkının her iki ebeveyn tarafından birlikte kullanılması kuralıdır.

Fransız Medeni Kanunu'nda ilk kez 8 Ocak 1993 tarihli değişiklik ile, boşanma veya ayrılık durumunda velayet hakkının birlikte kullanılması ilkesi benimsenmiştir (bkz. FMK md. 373-2, md. 287.) Fransız Medeni Kanunu'nun 373-2 maddesine göre, "Ebeveynlerin ayrılığının, çocuk üzerindeki velayet haklarına hiçbir etkisi yoktur." Günümüzde, ebeveynler arasındaki hukuki ilişkiden bağımsız olarak, çocuk üzerinde birlikte velayet ilkesi geçerlidir³⁷. Ebeveynlerin çocuklarıyla olan ilişkilerinin devam etmesinin, çocuğun üstün yararına olacağı düşüncesinden hareket edilerek, ebeveynlerin ayrılığının çocuk üzerindeki velayet hakkının kullanımına etkisinin olmayacağı kuralı benimsenmiştir.

Velayet hakkının birlikte kullanılması kuralına iki istisna öngörülmüştür: Bunlardan ilki, çocuğun ebeveynlerinden biriyle soybağı ilişkisinin, çocuğun doğumunun üzerinden 1 yıl geçtikten sonra kurulması halinde ortaya çıkmaktadır. Burada kanun koyucu, çocuğu tanımakta geciken (veya sonradan dava yoluyla çocukla arasında soybağı ilişkisi kurulan) baba bakımından, çocuğun eğitimini sağlamakta ona yeterli ilgiyi göstermeyeceği karinesinden yola çıkmaktadır³⁸. Bu durumda kural olarak velayet hakkının kullanılması annedir. Ancak her iki ebeveynin mahkemeye ortak başvurusuyla veya hâkim kararıyla bu halde dahi velayetin birlikte kullanılmasına karar verilebilir. Birlikte velayet kuralının diğer istisnası ise, hâkimin, velayetin kullanılmasının tek tarafa bırakılmasının çocuğun menfaati bakımından daha uygun olacağı kanaatinde olması halidir³⁹.

³⁷ Hugues Fulchiron, "Custody and Separated Families: The example of French Law," *Family Law Quarterly* 39 no.2 (2005): 303; Maryline Bruggeman, "L'exercice en commun de l'autorité parentale après séparation en France," *Osaka University Law Review* 58, (2011): 95-96 (<http://hdl.handle.net/11094/4656>)

³⁸ Bénabent, 477.

³⁹ Bénabent, 477.

Velayet hakkını birlikte kullanan anne-baba boşandıkları takdirde, çocuğun yerleşim yerini belirlemek gerekmektedir. Bu hususta anne-baba anlaşarak çocuğun yerleşim yerini belirleyebilirler. Aksi takdirde hâkim, boşanma kararıyla birlikte çocuğun yerleşim yerini de belirlemek zorundadır⁴⁰. Hâkim annenin veya babanın yerleşim yerini çocuğun yerleşim yeri olarak belirleyebileceği gibi, çocuğa alternatifli yerleşim yeri⁴¹ (*résidence alternée*) de belirleyebilir. Alternatifli yerleşim yeri (FMK md. 373-2-9) için tarafların bu konuda anlaşmalarına gerek yoktur. Taraflardan birinin başvurusu veya çocuğun yerleşim yeri konusunda anlaşamamaları halinde, hâkim, bir deneme süresi de tespit ederek, çocuğun yerleşim yerini hem anne, hem baba yanında –alternatifli- olarak belirleyebilir. Bu sürenin sonunda hâkim çocuğun yerleşim yeri konusunda (ya alternatifli yerleşim yeri, ya da sadece anne veya sadece babanın yerleşim yeri olarak) kesin kararını verir. Eğer çocuğun yerleşim yeri sadece anne veya sadece babanın yerleşim yeri olarak belirlenirse, hâkim, diğer ebeveynin çocukla ne sıklıkla, nerede kişisel ilişki kurabileceğini de belirler.

Çocuğun yerleşim yeri sadece anne veya sadece babanın yerleşim yeri olarak belirlense bile, birlikte velayet hakkına sahip anne-babanın velayete bağlı hak ve yükümlülükleri devam eder⁴²: Hem anne, hem baba, çocuğun eğitimi, tatili, farklı aktiviteleri gibi konularda birlikte karar vermekle yükümlüdürler⁴³; anlaşmazlık halinde aile mahkemesi hâkimi tarafları uzlaştırmaya çalışır.

⁴⁰ Bénabent, 478.

⁴¹ İsviçre Medeni Kanunu'nda da 1 Ocak 2017 tarihli değişiklikle “*alternatif himaye*” modeli kabul edilmiş; ebeveynlerin çocuğun bakımını eşit olarak paylaşmaları ve mümkün olduğunca eşit ölçüde vakit geçirmelerine imkân tanınmıştır: Bkz. Michelle Cottier, “L'autorité parentale conjointe et la garde alternée en droit suisse,” in Les nouvelles formes de parentalité: Le temps du partage...et l'enfant? Actes du 7e Colloque printanier du Centre interfacultaire en droits de l'enfant (CIDE) de l'Université de Genève et de l'Institut international des droits de l'enfant (IDE), (Sion: Centre interfacultaire en droits de l'enfant, 2017): 35.

⁴² Bénabent, 478.

⁴³ ABD hukukunda da benzer şekilde, birlikte velayetin iki türüne rastlanmaktadır. ABD hukukunda birlikte fiziki velayet (*joint physical custody*) ve birlikte hukuki velayet (*joint legal custody*) şeklinde bir ayırım benimsenmektedir. Birlikte hukuki velayet, ebeveynlerin, çocukların eğitimi, meslek seçimi, sağlığı, dini inanç konusunda nasıl yönlendirileceği gibi önemli konulardaki kararları birlikte vermeleri zorunluluğu anlamına gelmektedir. Birlikte fiziki velayet ise, çocuğun

Boşanma halinde, hâkimin çocuğun velayet hakkının kullanılmasını sadece anne veya sadece babaya bırakması, ancak çocuğun menfaatinin gerektirdiği hallerde ve kararda gerekçesini açıklamak suretiyle mümkündür (FMK md. 373-2-1). Bu durumda velayet hakkının kullanımına sahip olan taraf, çocuğa bakma ve çocuğun eğitimiyle ilgilenme hak ve yükümlülüklerine sahiptir. Velayet hakkını kullanmaktan yoksun bırakılan taraf ise, çocukla kişisel ilişki kurma (onu ziyaret ve kendi evinde konaklatma) ve çocuğun eğitimiyle ilgili denetimde bulunma hakkına sahiptir⁴⁴. Velayet hakkını kullanmaktan yoksun kalan tarafın çocukla kişisel ilişki kurması, sadece çocuğun üstün yararı gerektiriyorsa hâkim kararıyla engellenebilir. Ayrıca bu tarafın çocuğun eğitimiyle ilgili denetimde bulunma hakkı olduğundan, FMK md. 373-2-1 gereği çocuğun eğitimiyle ilgili önemli tercihlerde kendisine bilgi verilmeli; okul seçiminde onun da görüşü alınmalıdır.

III. TÜRK MEDENİ KANUNU'NA GÖRE BOŞANMA SEBEPLERİ BAKIMINDAN KUSURUN ROLÜ

Bilindiği üzere 2002 tarihli Türk Medeni Kanunu'nda, eski Medeni Kanun'da olduğu gibi boşanmanın özel sebepleri varlığını muhafaza etmektedir. Bu sebepler zina (TMK md. 161); hayata kast, pek kötü muamele ve onur kırıcı davranış (TMK md. 162); suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (TMK md. 163); terk (TMK md. 164) ve akıl hastalığı (TMK md. 165) olarak düzenlenmiştir. Diğer taraftan boşanmanın genel sebebi olarak düzenlenen evlilik birliğinin temelinden sarsılmasının yanı sıra; anlaşmalı boşanma ve boşanma talebinin reddinden sonra üç yıl süren fiili ayrılık da diğer boşanma sebepleri olarak TMK md. 166'da yer almaktadır. Bu çalışmada boşanma sebepleri tek tek incelenmeyecek olup, sadece kusur unsuru bakımından sebepler değerlendirilecektir.

Öncelikle boşanmanın özel sebepleri incelendiğinde, akıl hastalığı dışında kalan diğer tüm sebeplerin kusura dayalı olduğu görülmektedir⁴⁵. Özel boşanma sebepleri artık Avrupa ülke hukuklarının çoğunda terk edilmiş;

her iki ebeveynle önemli ölçüde zaman geçirmesi ve günlük bakımının ebeveynler arasında paylaşılmasını ifade eder: Bkz. David J. Miller, "Joint Custody," *Family Law Quarterly* 13, no.3 (1979): 360; Geri S. W. Fuhrmann ve Robert A. Zibbell, *Evaluation for Child Custody*, (Oxford: Oxford University Press, 2012), 352 vd.

⁴⁴ Bénabent, 479.

⁴⁵ Mustafa Dural, Tufan Öğüz ve Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (İstanbul: Filiz, 2022), 105 vd.; Mehmet Erdem, *Aile Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2018), 99.

mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nda da yer almaktan çıkmıştır. Türk hukuk doktrininde de pek çok yazar, haklı olarak, özel boşanma sebeplerine ihtiyaç olmadığını ileri sürmektedir⁴⁶. Özel boşanma sebeplerinin varlığı, taraflardan biri açısından evlilik birliğine devamı çekilmez hale getirdiği takdirde zaten evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı boşanma davası açılabilirken; kanunda tek tek özel boşanma sebeplerinin düzenlenmesinin hiçbir gerekçesi yoktur⁴⁷.

Diğer taraftan, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı boşanma davalarında da kusurun büyük bir rol oynadığı yadsınamaz. Her ne kadar TMK md. 166/1'de yer alan, *“Evlilik birliği, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenemeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir.”* hükmü, bu boşanma sebebinin kusur şartına bağlı olmadığı⁴⁸ şeklinde bir değerlendirme yapılmasına yol açsa da, aynı maddenin ikinci fıkrası kusurun rolünü ortaya koymaktadır. Zira TMK md. 166/2'nin ilk cümlesine göre *“Davacının kusuru daha ağır ise, davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır.”*

Her ne kadar TMK md. 166/2 ile az kusurlu veya kusursuz eşe bir def'i imkânı getirilmiş olsa da⁴⁹, Yargıtay'ın yerleşik uygulaması, davalı bu def'iyi ileri sürmese bile, tarafların kusurunu araştırmak ve davalı tamamen kusursuzsa boşanma davasını reddetmek şeklindedir. Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı boşanma davalarının pek çoğunda Yargıtay'ın, *“Boşanmaya karar verilebilmesi için davalı az da olsa kusurlu olmalıdır”* yönündeki değerlendirmesi⁵⁰, maalesef her davada tarafların kusurunun araştırılması sonucuna yol açmakta ve davalının tamamen kusursuz olduğuna karar verildiği takdirde, boşanma davası red ile sonuçlanmaktadır⁵¹.

⁴⁶ Haluk Burcuoğlu, “Boşanmada Kusur ve Yoksulluk Nafakası ile İlgili Gözlemler,” İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4, no. 2 (Aralık 2018): 3; Saibe Oktay Özdemir, “Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı,” Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 35, no. 1, 35.

⁴⁷ Burcuoğlu, 3.

⁴⁸ Dural, Ögüz ve Gümüş, 119; Erdem 128.

⁴⁹ Dural, Ögüz ve Gümüş, 121; Erdem, 130. Aksi yönde bkz. Hüseyin Hatemi, Aile Hukuku (İstanbul: Oniki Levha, 2021), 125. Yazar burada bir def'i değil, hâkimin re'sen dikkate alması gereken bir itiraz olduğunu ileri sürmektedir.

⁵⁰ Bkz. örneğin Y.2.HD, E. 2020/3901, K.2020/4354, 05.10.2020; Y.2.HD, E. 2016/15986, K. 2017/873 24.01.2017; Y.2.HD, E. 2011/20038, K. 2012/28733, 30.11.2012; YHGK, E.2017/1939, K.2018/1296 04.07.2018. (Legalbank, 15.09.2022)

⁵¹ Burcuoğlu, 4.

Boşanma sistemimizde kusurun oynadığı bu rol, boşanan taraflar arasındaki husumeti önemli ölçüde arttırmakta, boşanma sürecini bir savaşa dönüştürmekte ve boşanma sonrası süreçte tarafların iletişimini önemli ölçüde zorlaştırmaktadır. Bir evliliğin çekilmez hale gelmesine yol açan olaylarda hangi tarafın ne oranda kusurlu olduğunun bir üçüncü kişi tarafından tespiti ise neredeyse imkânsızdır. Dolayısıyla hâkimin kusur oranları bakımından yapmış olduğu tespitlerin doğruluğu da tartışmaya açık olmaktadır.

Kusura dayalı boşanma sisteminin yarattığı bu dezavantajlar pek çok ülkede –ve Fransa’da da- uzun yıllar önce tespit edilmiş; kusura dayalı boşanma tamamen kaldırılamasa da, kusura bağlı sonuçların hemen hemen ortadan kaldırılmasıyla boşanma sürecinin ve sonrasının bir intikam savaşı olmasının önüne geçilmiştir. Elbette bunun sağlanabilmesi için, kusura bağlı sonuçların da ortadan kaldırılması gerekmektedir.

IV. TÜRK MEDENİ KANUNU’NA GÖRE BOŞANMANIN TAZMİNAT ve NAFKA HAKKI BAKIMINDAN SONUÇLARINDA KUSURUN ROLÜ ile BOŞANMADAN SONRA BİRLİKTE VELAYET MESELESİ

Boşanmanın mali sonuçları, TMK’da maddi tazminat, manevi tazminat ve yoksulluk nafakası olarak düzenlenmiştir. Aşağıda görüleceği üzere, bu sonuçların tamamı bakımından tarafların kusuru büyük önem taşımaktadır ve her birinin altında ceza anlayışı yatmaktadır.

A. Maddi ve Manevi Tazminat Bakımından Kusurun Rolü

TMK md. 174/1’e göre, “Mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu taraf, kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebilir.” Bu hükme göre, kusursuz veya daha az kusurlu taraf, daha fazla kusurlu olan taraftan bir maddi tazminat isteyebilecektir⁵². Üstelik beklenen bir menfaatinin zedelenmesi dahi daha az kusurlu tarafın tazminat talep edebilmesi bakımından yeterlidir⁵³. Bu kadar ucu açık bir düzenleme, pek çok hususun beklenen menfaat kavramı kapsamına sokulmasına imkân verebilecek ve taraflar, maddi tazminat elde

⁵² Dural, Ögüz ve Gümüş, 154; Erdem, s. 186; Ahmet Kılıçoğlu, Aile Hukuku, (Ankara: Turhan, 2019), 128-129.

⁵³ Örneğin kusurlu tarafın çok zengin olan anne ve babasından ona kalacak mirastan yoksun kalacak olmak dahi, beklenen bir menfaatin zedelenmesi olarak değerlendirilebilecek ve maddi tazminat talep edilmesine imkân verecektir.

edebilmek için karşı tarafın daha fazla kusurlu olduğunu ispat etme girişimleriyle boşanma sürecini rahatlıkla bir savaşa dönüştürebileceklerdir.

Oysa kanaatimizce boşanma nedeniyle bir tarafın diğerinden maddi tazminat istemesine yönelik bu kadar geniş kapsamlı bir düzenlemeye ihtiyaç yoktur. Fransız hukukunda olduğu gibi, maddi tazminat talebini “özel ağırlıkta bir zarar” ile sınırlandırmak ve istisnai hale getirmek, taraflar arası husumeti de azaltacağından, uygun bir çözüm yolu olabilir. Böylece eşlerden birinin diğerine şiddet uyguladığı veya zinasının ispat edildiği bazı sınırlı hallerde maddi tazminata hükmedilebilecektir. Ayrıca unutmamak gerekir ki, boşanan taraflardan birinin diğerinden, genel hükümlere dayalı olarak tazminat istemesine herhangi bir engel yoktur.

TMK md. 174/II’de yer alan manevi tazminata ilişkin düzenleme ise kanaatimizce tamamen gereksizdir. TMK md. 174/II’ye göre, “Boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevi tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir.” Oysa kişilik hakkı zarar gören tarafın genel hükümlere göre (TBK md. 58) manevi tazminat talep edebilme imkânı zaten mevcuttur. Buna rağmen boşanma sonucu manevi tazminatı ayrı bir hükme bağlamak, boşanma davasında kusur meselesinin gündeme getirilmesine yol açacağından kanaatimizce uygun bir çözüm yolu değildir.

B. Yoksulluk Nafakası Bakımından Kusurun Rolü

Yoksulluk nafakasına ilişkin TMK md. 175 hükmü incelendiğinde, yine kusurun önemli bir rol oynadığı görülmektedir. Ancak maddi ve manevi tazminattan farklı olarak, yoksulluk nafakasında kendisinden nafaka istenen kişinin kusurlu olması aranmamaktadır⁵⁴. Nitekim TMK md. 175’e göre, “Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir (1). Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz (2).”

Yoksulluğa düşme şartı bakımından büyük bir yoksulluk aranmamakta, nafaka alacaklısının geliri ya da servetiyle geçinmesinin mümkün olup olmadığı araştırılmaktadır⁵⁵. Yoksulluk nafakasının amacı, boşanma nedeniyle geçimi için zorunlu ihtiyaçlarını karşılayamayacak duruma düşen

⁵⁴ Dural, Öğüz ve Gümüş, 158; Erdem, 198.

⁵⁵ Dural, Öğüz ve Gümüş, 158.

kişinin bu ihtiyaçlarının karşılanması olarak ifade edilmektedir⁵⁶. Yargıtay da kişinin boşanma sebebiyle “yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür, eğitim” gibi maddi varlığını geliştirmek için zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılayacak düzeyde gelirinin olmaması halinde yoksulluk nafakasına hak kazanacağını kabul etmektedir⁵⁷. Türk hukukunda en güncel tartışmalardan biri de, yoksulluk nafakasının süreye bağlanması meselesidir⁵⁸.

Fransız hukukunda nafakanın ödenmesindeki sıkıntılar, nafakanın yerini tek seferde ödemesi gerçekleşen bir “telafi ödeneği”ne bırakmasına yol açmıştır. Telafi ödeneğinin amacı, boşanmanın eşlerin hayat koşullarında yarattığı eşitsizliği telafi etmek ve bu çerçevede kadının ev işlerine ve çocukların bakım ve eğitimine yönelerek kazançtan yoksun kalmasının, boşanma sonrası kadın üzerinde yarattığı olumsuz etkileri gidermektir⁵⁹. Telafi ödeneğinin önemli bir özelliği de tarafların kusurundan tamamen bağımsız olup, hakkaniyet düşüncesine dayanmasıdır⁶⁰.

Türk hukuku bakımından her ne kadar yoksulluk nafakası ile zorunlu geçim ihtiyaçlarının karşılanması amaçlansa da, bunu tarafların kusurundan bağımsız hale getirerek, tamamen ihtiyaç esaslı bir nafakaya dönüştürmek mümkündür. Kanunda bu yönde bir değişiklik yapılması, yine boşanma davalarında kusurun ispatı gerekliliğini ortadan kaldıracak ve taraflar arasındaki ilişkilerin medeni bir seviyede sürdürülebilmesine olanak tanıyacaktır. Bununla birlikte Fransız hukukunda olduğu gibi hâkime takdir yetkisi tanınarak, boşanmanın sadece tek tarafın kusuruna dayalı olarak gerçekleştiği hallerde tamamen kusurlu olan tarafın telafi ödeneği alması somut olayın özellikleri çerçevesinde hakkaniyete aykırılık teşkil edecekse, hâkime telafi ödeneğini reddetme imkânı sağlanabilir.

⁵⁶ Ömer Uğur Gençcan, Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku (Ankara: Yetkin, 2010), 1002; benzer şekilde bkz. Kılıçoğlu, 134.

⁵⁷ Bkz. örneğin YHGK, E. 1998/2-656, K. 1998/688, 07.10.1998; YHGK, E. 2007/2-275, K. 2007/275, 16.05.2007 (Legalbank, 29.09.2022)

⁵⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Pınar Altınok Ormancı, “Türkiye’de Yoksulluk Nafakasına İlişkin Güncel Gelişmeler ve Nafakanın Süreye Bağlanması Meselesi – İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Bir İnceleme,” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, no. 162, (Eylül-Ekim 2022): 183-203.

⁵⁹ Bkz. yukarıda II, B.

⁶⁰ Bénabent, s. 276 vd.

C. Boşanmadan Sonra Birlikte Velayet

Velayet hakkı, bir hak-yüküm olarak, anne babaya yalnızca çocuk üzerinde yetkiler vermez; onlara çocukların bakımı, eğitimi ve kişisel gelişimiyle ilgilenme sorumluluğunu da yükler⁶¹. Çocuğun bakım ve eğitimi, yasal temsili ve mallarının yönetimi velayet hakkı kapsamında yer almaktadır. Bu hak ve yetkiler ile sorumlulukların boşanma sonrası hangi ebeveyn/ebeveynler tarafından, nasıl kullanılacağı, çocuğun gelişimi bakımından büyük önem taşımaktadır. Bu noktada, çocuk haklarının korunmasına ilişkin uluslararası sözleşmelerde önemli yer tutan “çocuğun üstün menfaati” ilkesi, yol gösterici bir ilkedir.

Birlikte velayet ise, çocukla ilgili hak ve yetkilerin, evli olsun ya da olmasın, anne-baba tarafından müştereken kullanılması; çocukla ilgili görev ve sorumlulukların yine anne-baba tarafından birlikte yerine getirilmesidir. Böylece anne ve baba çocuğun nerede yaşayacağına, eğitimi ve sağlığıyla ilgili konulara birlikte karar vereceklerdir.

Türk Medeni Kanunu (TMK) md. 335/I’e göre “Ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velayeti altındadır. Yasal sebep olmadıkça velayet ana ve babadan alınamaz.” Yine TMK md. 336/I’e göre evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar. TMK md. 336/son hükmüne göre ise “Velayet, ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.”

Boşanmadan sonra birlikte velayet, Türk Medeni Kanunu’nda açıkça düzenlenmiş değildir. “Velayet, (...) boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.” hükmünü içeren TMK md. 336’nın son fıkrası, Türk hukuk doktrininde farklı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır⁶². Bu görüşlerden ilki, söz konusu düzenlemenin boşanmadan sonra birlikte velayete izin vermediğini ileri sürmektedir⁶³. Buna göre, TMK md. 336/son hükmünün lafzı

⁶¹ Peter Breitschmid, Art. 296 Code Civil, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3e édition, eds. Marc Amstutz, Peter Breitschmid, Andreas Furrer, Daniel Girsberger, Claire Huguenin, Alexandra Jungo, Markus Müller-Chen, Vito Roberto, Anton K. Schnyder, Hans Rudolf Trüeb (Zürich: Schulthess, 2016) no. 1.

⁶² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Leyla Müjde Kurt, “Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet,” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9, no. 2 (2018): 157-186.

⁶³ Dural, Ögüz ve Gümüş, 146; Rona Serozan, “Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler,” in Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan (Ankara: Turhan Kitabevi,

son derece açıktır. Boşanma halinde hâkim, çocuğun velayetini ana veya babaya verecektir. Hükmün zıt anlamından, boşanmadan sonra birlikte velayetin mümkün olmadığı açıkça ortaya çıkmaktadır.

Buna karşılık ikinci görüş, TMK md. 336/son hükmünün boşanma halinde birlikte velayete engel olmadığını ileri sürmektedir. Bu görüşü savunan yazarlar, farklı gerekçelerden yola çıkarak boşanmadan sonra birlikte velayetin mümkün olduğu sonucuna varmaktadırlar. Bu çerçevede ilk grupta, birlikte velayet konusunda Türk Medeni Kanunu'nda örtülü bir boşluk olduğunu savunan yazarlar sayılabilir. Örneğin Öztan, TMK md. 336/son hükmünde örtülü bir boşluk bulunduğunu; hükmün amacının çocuğun menfaatinin korumak olmakla birlikte, bu amaca hizmet etmediğini; teleolojik redüksiyon (amaca uygun sınırlama) yoluyla en azından anlaşmalı boşanmalarda birlikte velayete hükmedilebilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.⁶⁴

Benzer şekilde Erlüle, Türk Medeni Kanunu'nda yer alan hükmün amacı ele alındığında, hükmün her boşanmada uygulanmasının uygun olmadığını; hükmün lafzı geniş tutulduğu için örtülü bir boşluk söz konusu olduğunu ve amaca uygun sınırlama yoluyla hükümdeki boşluğun doldurulması gerektiğini ileri sürmektedir.⁶⁵ Yine Koçhisarlıoğlu, tek başına velayetin değişen koşullar

2008) 772; Hüseyin Hatemi, Burcu Kalkan Oğuztürk, Aile Hukuku, 6. Bası (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018) 131; Kurt, 172: Yazar, TMK md. 336/son hükmünün lafzından, hükmün birlikte velayete imkân vermediğini ifade etmekte; ancak Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası andlaşma hükümleri çerçevesinde, hâkimin birlikte velayete karar verebileceğini kabul etmektedir.

⁶⁴ Bilge Öztan, Aile Hukuku (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 1090 vd. TMK md. 336'nın son fıkrasında yer alan düzenlemenin, ortak velayete yer vermediğini, zira ortak velayet kurumunun kanun koyucu tarafından bilinmediğini ve bu nedenle gerçek bir kanun boşluğu olduğu yönünde bkz. Eylem Apaydın, "Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği," İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9, no. 1 (2018): 457; Zeynep Ayza Gülgösteren, "Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velayet", Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2, no. 2 (2017): 179. Gerekçesini belirtmemekle birlikte, çocuğun menfaati doğrultusunda boşanma sonrası birlikte velayete veya tek başına velayete karar verilebileceği yönünde bkz. Tuba Birinci Uzun, "Türk Medeni Kanunu'na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli", Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 6, no. 1 (2016), 156.

⁶⁵ Fulya Erlüle, İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet (Ankara: Yetkin, 2019), 292. Benzer şekilde bkz.

nedeniyle anlamsız hale geldiğini, çocuğun menfaati doğrultusunda TMK md. 336/son hükmünün amacıyla araç arasındaki çatışmanın düzeltilmesi gerektiğini ve kanundaki boşluğun, kanunun lafzından ayrılan bir yorumla doldurularak birlikte velayete hükmedilebileceğini ileri sürmektedir⁶⁶.

TMK md. 336/son hükmünün birlikte velayete engel olmadığını savunan diğer bir kısım yazar ise, daha farklı bir gerekçeye dayanmaktadır. Katıldığımız bu görüşe göre, Medeni Kanun’umuzdaki TMK md. 336/son hükmü boşanmada velayetin taraflardan birine verileceğini düzenlese de, 6684 sayılı Kanun’la uygun bulunarak 01.08.2016 tarihinde yürürlüğe giren 11 No’lu Protokol İle Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme’ye Ek 7 No’lu Protokol’ün 5. maddesi ile, Türk hukukunda birlikte velayete hükmedebilme imkanı doğmuştur⁶⁷. Nitekim, T.C Anayasası’nın 90. maddesinin 5. fıkrasına göre, *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”* Velayet hakkı da temel haklardandır. Bu nedenle, boşanmada velayet konusunda, birlikte velayeti dışlayan TMK md. 336/son hükmü değil; Ek 7 No’lu Protokol’ün 5. maddesi, uygulama alanı bulmalıdır⁶⁸.

Gerçekten TMK md. 336/son hükmündeki düzenleme, uluslararası sözleşmelere ve çağın gereklerine uymayan bir hüküm içermektedir. Çocuğun üstün yararının korunması ilkesi gereği, boşanma sonrası her iki ebeveyniyle de mümkün olduğunca fazla zaman geçirmesi ve çocuğun bakımı ve eğitimi sorumluluklarının anne-babaya eşit bir şekilde paylaştırılması, sadece bazı münferit boşanmalarda uygulanması gereken ilkeler değildir. Bunlar, tüm boşanma davalarında hâkimin dikkate alması gereken ilkelerdir. Uygulamada da son yıllarda Bölge Adliye Mahkemeleri’nin Ek 7 No’lu Protokolün 5.

Özge Bölükbaşı, Birlikte Velayet ve Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi, (Ankara: Yetkin, 2021), 162-164.

⁶⁶ Cengiz Koçhisarlıoğlu, Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması (Ankara: Turhan, 2004), 243 vd.

⁶⁷ Ömer Uğur Gençcan, “Ortak Velâyet”, İzmir Barosu Bülten 8 Mart 2017 Özel Sayısı, no. 27 (2017): 26; Kurt, 174; Nurten İnce, “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 9, no. 4, (2018): 221.

⁶⁸ İnce, 221; Kurt, 174; benzer şekilde Zeynep Naz Güneş, “Almanya ve İsviçre Örnekleriyle Türk Hukukunda Birlikte Velayet”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 150, (Eylül-Ekim 2020): 174.

maddesine dayanarak birlikte velayete karar vermeye başladığı görülmektedir⁶⁹.

Türk hukukunda, uluslararası sözleşme hükümlerine dayanarak boşanma sonrası birlikte velayete karar verilmeye başlanmış olması, Türk Medeni Kanunu'nda gerekli değişikliklerin yapılarak birlikte velayet meselesinin ayrıntılı bir biçimde düzenlenmesi ihtiyacını da ortaya çıkarmaktadır. Bu hususta kanaatimizce boşanma sonrası kural olarak birlikte velayetin devam edeceği; istisnai olarak velayetin tek tarafa bırakılmasının çocuğun menfaati bakımından daha uygun olacağı hallerde velayetin sadece ana ya da babaya bırakılacağı yönünde bir düzenlemenin kabul edilmesi en uygun çözüm olacaktır. Boşanma sonrası birlikte velayetin devamı bakımından, tarafların boşanmaya sebep olan olaylardaki kusurunun veya boşanma davasının niteliğinin (anlaşmalı veya çekişmeli boşanma olmasının) herhangi bir etkisi olmamalıdır. Hâkim, tamamen çocuğun üstün yararı çerçevesinde bir değerlendirme yapmalıdır.

Sonuç

Türk hukukunda boşanma sisteminde esaslı bir revizyona ihtiyaç vardır. Hukukumuzda boşanma sebepleri bakımından kusur büyük rol oynamaktadır. O kadar ki, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı boşanma davalarında davacı tamamen kusurlu ve davalı kusursuz ise, kimsenin kendi kusuruna dayanarak bir hak elde edemeyeceği gerekçesiyle boşanma talebi reddedilmektedir. Boşanmada kusurlu tarafa yönelik bu ceza anlayışı, modern hukuk sistemlerinde terk edilmiştir. Artık evliliği sona erdirmekte taraf iradeleri ön plandadır. Fransız hukukunda tarafların boşanmanın tüm sonuçları üzerinde anlaşmaları halinde, kanunda yazılı hususları içeren bir sözleşme ile noter huzurunda boşanabilmeleri de bunun bir göstergesidir. Kaldı ki, temelinden sarsılmış bir evliliğin –tamamen kusurlu tarafı cezalandırmak gayesiyle- zorla ayakta tutulması da mümkün değildir.

Benzer şekilde boşanmanın mali sonuçları olan maddi ve manevi tazminat ile yoksulluk nafakası bakımından da kusur değerlendirmesi en ön plandadır. Bu durum, boşanma sürecinde tarafların, tabiri caizse, bütün kirli çamaşırları ortaya dökme girişimlerine yol açmakta ve boşanma süreci tarafların birbirinden intikam almaya çalıştıkları bir savaşa dönüşmektedir. Bu

⁶⁹ Bkz. örneğin Ankara BAM 1. H.D., E.2017/121, K. 2017/601, 10.05.2017 (yayımlanmamış karar, Apaydın, s. 463 vd'ndan naklen).

durumun doğal bir sonucu da, boşanma sonrası süreçte tarafların, özellikle çocukların bakım ve eğitimi için gerekli olmasına rağmen, ilişkilerini sürdürememeleridir. Böyle bir boşanma süreci yaşayan tarafların, boşanma sonrası çocuklar üzerinde velayet haklarını birlikte kullanmaları da mümkün olmayacaktır.

Kusura dayalı boşanmanın bu sakıncalarını gören pek çok ülkede, kusurun boşanma üzerindeki etkileri tamamen kaldırılmış veya istisnai hale getirilmiştir. Kanaatimizce Türk hukukunda da böyle bir değişime ihtiyaç vardır. Bu çerçevede boşanmanın mali sonuçları bakımından da önerimiz, Fransız hukukunda olduğu gibi maddi tazminatı çok istisnai hallerle sınırlandırmak; boşanma nedeniyle manevi tazminata ilişkin düzenlemeyi ise tamamen kaldırmaktır. Elbette tarafların genel hükümlere göre (boşanmadan bağımsız olarak) birbirlerinden maddi ve manevi tazminat istemeleri her zaman mümkündür. Ayrıca yoksulluk nafakasının tamamen ihtiyaç esaslı değerlendirilmesi; sadece hakkaniyete aykırılık teşkil edecekse tamamen kusurlu tarafa nafaka ödenmesinin reddedilebilmesi imkânı getirilmesi de boşanmanın sonuçları bakımından kusurun etkisini büyük ölçüde azaltacaktır. Bu değişiklikler, boşanan taraflar arasında düşmanlıkları azaltarak, çocukların daha huzurlu ve daha sağlıklı yetişmesine imkân verecektir.

KAYNAKÇA

- Altınok Ormancı, Pınar. “Türkiye’de Yoksulluk Nafakasına İlişkin Güncel Gelişmeler ve Nafakanın Süreye Bağlanması Meselesi – İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Bir İnceleme.” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, no. 162, (Eylül-Ekim 2022): 183-203.
- Apaydın, Eylem. “Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği.” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9, no. 1 (2018): 445-475.
- Bénabent, Alain. Droit de la famille. Paris: LGDJ, 2020.
- Birinci Uzun, Tuba. “Türk Medenî Kanunu’na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli.” Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 6, no. 1 (2016): 135-166.
- Bölükbaşı, Özge. Birlikte Velayet ve Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi. Ankara: Yetkin, 2021.
- Breitschmid, Peter. Art. 296 Code Civil, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3e édition, edited by Marc Amstutz, Peter Breitschmid, Andreas Furrer, Daniel Girsberger, Claire Huguenin, Alexandra Jungo, Markus Müller-Chen, Vito Roberto, Anton K. Schnyder, Hans Rudolf Trüb Zürich: Schulthess, 2016.
- Bruggeman, Maryline. “L'exercice en commun de l'autorité parentale après séparation en France.” Osaka University Law Review 58, (2011): 93-106 (<http://hdl.handle.net/11094/4656>)
- Burcuoğlu, Haluk. “Boşanmada Kusur ve Yoksulluk Nafakası ile İlgili Gözlemler.” İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4, no. 2 (Aralık 2018): 1-12.
- Cottier, Michelle. “L'autorité parentale conjointe et la garde alternée en droit suisse.” In Les nouvelles formes de parentalité: Le temps du partage...et l'enfant? Actes du 7e Colloque printanier du Centre interfacultaire en droits de l'enfant (CIDE) de l'Université de Genève et de l'Institut international des droits de l'enfant (IDE), (Sion: Centre interfacultaire en droits de l'enfant, 2017): 31-41.
- Dalloz, Fiches d'Orientation, Prestation Compensatoire, Mars 2021.
- Dural, Mustafa Tufan Ögüz ve Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku. İstanbul: Filiz, 2022.
- Egéa, Vincent. “Le divorce par consentement mutuel sans juge en droit français.” In Separarsi e divorziare senza giudice?, edited by Chiara Besso, Matteo Lupano, 61-77. Ledizioni, 2018.

- Erdem, Mehmet. Aile Hukuku. Ankara: Seçkin, 2018.
- Erlüle, Fulya. İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet. Ankara: Yetkin, 2019.
- Favier, Yann, Olivier Matocq ve Julie Pierrot-Blondeau. "Chapitre 133 - Divorces autre que par consentement mutuel." In Dalloz Action Droit de la famille. Paris: Dalloz, 2019. (https://www.dalloz.fr/documentation/hulkStatic/DZ/BROCHES/DAFAMILLE/sharp_COMMUNS/pdf/action_-_famille_-_2019_-_l01-t13-c133_-_chapitre_133.pdf)
- Fuhrmann, Geri S. W. ve Robert A. Zibbell, Evaluation for Child Custody. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Fulchiron, Hugues. "Custody and Separated Families: The example of French Law." Family Law Quarterly 39, no.2 (2005): 301-313.
- Gençcan, Ömer Uğur. Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku. Ankara: Yetkin, 2010.
- Glendon, Mary Ann. "The French Divorce Reform Law of 1976." The American Journal of Comparative Law 24, no.2 (Spring 1976): 199-228.
- Gülgösteren, Zeynep Ayza. "Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velayet." Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2, no. 2 (2017): 157-180.
- Güneş, Zeynep Naz. "Almanya ve İsviçre Örnekleriyle Türk Hukukunda Birlikte Velayet." Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 150, (Eylül-Ekim 2020): 157-178.
- Hatemi, Hüseyin, Burcu Kalkan Oğuztürk. Aile Hukuku. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Hatemi, Hüseyin. Aile Hukuku. İstanbul: Oniki Levha, 2021.
- İnce, Nurten. "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet." Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 9, no. 4 (2018): 189-229.
- Kılıçoğlu, Ahmet. Aile Hukuku. Ankara: Turhan, 2019.
- Koçhisarlıoğlu, Cengiz. Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması. Ankara: Turhan, 2004.
- Kurt, Leyla Müjde. "Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet." İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9, no. 2 (2018): 157-186.
- Miller, David J. "Joint Custody." Family Law Quarterly 13, no.3 (1979): 345-395.
- Oktay Özdemir, Saibe. "Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı." Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 35, no. 1, 29-46.

Ömer Uğur Gençcan. “Ortak Velâyet.” İzmir Barosu Bülten 8 Mart 2017 Özel Sayısı, no. 27 (2017): 24-30.

Özta, Bilge. Aile Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.

Serozan, Rona. “Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler,” In Prof. Dr. Bilge Özta’a Armağan. Ankara: Turhan Kitabevi, 2008.

YENİ PAY ALMA HAKKININ KISITLANMASINA İLİŞKİN GENEL KURUL KARARI SERMAYE ARTIRIM KARARINDAN AYRILABİLİR Mİ?

*Is the Decision of the General Meeting on the Restriction of
Pre-Emptive Rights Separable from the Decision on the
Capital Increase?*

İbrahim BEKTAŞ*

ÖZ

Anonim ortaklıklarda her pay sahibinin yeni pay alma hakkı (rüçhan hakkı) vardır. Bu sayede pay sahipleri ihraç edilen yeni payları, mevcut paylarının sermayedeki oranına uygun olarak alabilirler (TTK m. 461.1). Bununla birlikte Kanun belirli koşullar altında hakkın kısıtlanmasına da izin vermektedir. TTK m. 461.2’de kısıtlamanın koşulları şu şekilde düzenlenmiştir: “*Genel kurulun, sermayenin artırımına ilişkin kararı ile pay sahibinin rüçhan hakkı, ancak haklı sebepler bulunduğu takdirde ve en az esas sermayenin yüzde altmışının olumlu oyu ile sınırlandırılabilir veya kaldırılabilir...*”

Maddedeki koşullardan biri kısıtlamanın “genel kurulun sermayenin artırımına ilişkin kararı ile” yapılmasıdır. Bu ifade bir yönüyle kısıtlamanın bağımsız bir karar olmadığına, daha ziyade artırım kararının bir parçası (onun

Makalenin Geliş Tarihi: 21.06.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 05.12.2022.

* Arş. Gör. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, e-Posta: ibektas@ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0003-0198-1683.

Bu araştırma makalesi, TÜBİTAK 2214-A Yurt Dışı Doktora Sırası Araştırma Programı ve 2211-E Yurtiçi Doğrudan Doktora Burs Programı kapsamında desteklenen ve Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü nezdinde tamamlanan “Anonim Ortaklıklarda Yeni Pay Alma (Rüçhan) Hakkının Kısıtlanması ve Devri” başlıklı doktora tezinden türetilmiştir. Makaleyi titizlikle okuyan ve görüşleriyle makaleyi geliştirmeme katkı sağlayan değerli meslektaşım Ar. Gör. Ülkü AY KAPLAN’a çok teşekkür ederim.

bir koşulu) olduğuna işaret etmektedir. Buna göre sermaye artırım kararı ve kısıtlama kararı, aralarındaki sıkı ilişki nedeniyle kural olarak birbirinden ayrılamamaktadır. Ayrılma yasağı ya da bütünlük ilkesi olarak ifade edebileceğimiz bu durum, kanımızca genel kuruldaki oylamanın usulünü de etkilemekte ve iki kararın kural olarak birlikte oylanmasını gerektirmektedir. Ayrılma yasağının bir diğer sonucu ise yeni pay alma hakkının kısıtlanmasına ilişkin kanunî koşullara uyulmadığında, sermaye artırımının bu hukuka aykırılıktan bir bütün olarak etkilenmesidir. Diğer bir deyişle, kısıtlama hukuka aykırı ise sermaye artırım kararının da kural olarak hükümsüz kılınması; tek başına icra edilmemesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Yeni Pay Alma Hakkı, Rüçhan Hakkı, Sermaye Artırımı, Kısıtlama, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü.

ABSTRACT

According to article 461.1 of the Turkish Commercial Code, each shareholder has the right of pre-emption (subscription right) in joint-stock companies. However, the Code also regulates the conditions of restricting the right as follows: *“The subscription right of the shareholders may be restricted or withdrawn by the decision on the capital increase of the general meeting, only if there is a just cause and affirmative votes of minimum sixty percent of the registered capital...”*

The statement “by the decision on the capital increase of the general meeting” of the article indicates the tight connection between the decision of capital increase and the decision of restricting rights. As a rule, the second one is not a separate decision but only an inseparable part (condition) of the first one. Because of this connection, we suggest that both decisions shall be voted together in the general meeting. The second result of this connection is about the legal validity of the capital increase when the restriction is unlawful. We argue that in this situation the capital increase should be annulled as a whole (not only the condition of the restriction) because the aim of the capital increase depends on it and they voted together.

Keywords: Right of Pre-emption, Subscription Right, Capital Increase, Restriction of the Right, Invalidity of Decisions of the General Meeting.

I. GİRİŞ

TTK m. 461’de düzenlenen yeni pay alma (rüçhan) hakkı, anonim ortaklıkta dış kaynaklardan sermaye artırımı yapılması durumunda ihraç edilen yeni payların öncelikle mevcut pay sahiplerine önerilmesini ifade etmektedir (TTK m. 461.1). Kanun’a göre, belirli koşullar altında bu hakkın kısıtlanması ve yeni payların üçüncü kişilere sunulması da olanaklıdır (TTK m. 461.2). Bu durumda sermaye artırımı kararı, yeni pay alma hakkının kısıtlanmadığı (olağan) sermaye artırımı kararlarının aksine, TTK m. 461’deki ağırlaştırılmış yeter sayıya tâbi olmaktadır¹.

Pay sahipleri genel kurula katılmadan önce, planlanan sermaye artırımının yeni pay alma hakları kısıtlanarak mı yoksa kısıtlanmadan mı icra edileceğini kural olarak bilmektedirler. Zira hem gündeme bağlılık ilkesi gereğince toplantıda sermaye artırımı ve yeni pay alma hakkının kısıtlanması konusunun görüşüleceği toplantı gündemine yazılmalıdır (TTK m. 413.2) hem de yönetim kurulu, kısıtlamanın gerekçelerini gösteren bir rapor hazırlayarak toplantıdan önce pay sahiplerine sunmakla yükümlüdür (TTK m. 461.2, c. 3). Bu gündemle ve söz konusu rapor üzerine toplanan genel kurul, ağırlaştırılmış yeter sayıya uygun olarak ve kanunda aranan diğer koşulları da dikkate alarak planlanan sermaye artırımına karar verirse, kararda yeni pay alma hakkının kısıtlandığını da özel olarak göstermektedir. Böylece yeni pay alma hakkının kısıtlanması yönündeki tedbir, genel kurulun sermaye artırımı kararının bir parçası hâline gelmektedir. Diğer bir deyişle kısıtlama, sermaye artırımı kararından tamamen bağımsız ve ayrı bir karar olmayıp; sermaye artırımı kararı içinde yer alan bir koşul (şart, kayıt) niteliğindedir².

Kanunun lafzı da sermaye artırımı kararı ile kısıtlama tedbiri arasındaki yakınlığa değinmektedir. Şöyle ki, TTK m. 461.2’de yeni pay alma hakkının “*genel kurulun sermayenin artırımına ilişkin kararı ile*” kısıtlanabileceği belirtilmektedir³. Bu kuralın kanımızca iki yönü bulunmaktadır. Hüküm bir yandan kısıtlamanın sermaye artırımına karar verildiği aşamada görüşülmesi gerektiğini, bu nedenle yeni pay alma hakkının esas sözleşmeyle önceden kısıtlanmasının kural olarak yasak olduğunu belirtmekte⁴; diğer yandan

¹ Ağırlaştırılmış yetersayı hakkında bkz. aşağıda III numaralı başlık.

² Fehiman Tekil, *Anonim Şirketler Hukuku*, 2. Baskı (İstanbul: Alkım, 1998), 350.

³ Kayıtlı sermaye sisteminde de TTK m. 460.2 uyarınca, yönetim kurulunun sermaye artırımına ilişkin kararında yeni pay alma hakkının kısıtlanıp kısıtlanmadığına da yer verilmektedir.

⁴ Bu konuda bkz. Gerekçe TTK m. 461.2 (TTK’nın genel gerekçesi ve madde

kısıtlamanın sermaye artırımına ilişkin kararın bir parçası olduğuna işaret etmektedir.

Sermaye artırım kararı ile kısıtlama tedbiri arasındaki bu sıkı ilişki, önceki ticaret kanunlarının lafzında daha açık şekilde ifade edilmekteydi. Bu bağlamda 865 sayılı mülga Ticaret Kanunu’nun⁵ 394. maddesinde “*heyeti umumiyenin tezyidi sermayeye müteallik kararında hilafı musarrah olmadığı surette*” her pay sahibinin yeni pay alma hakkı bulunduğu düzenlenmekteydi. Cümlede yer alan “musarrah” sıfatı tashir olunmuş, açık söylenmiş, belirtilmiş, apaçık anlamlarına gelmektedir⁶. “Sermayeye müteallik kararında” ifadesi ise sermayeye bağlı, sermayeye ilişkin, ona ait, ona taalluk eden, onunla alakalı karar anlamındadır⁷. Böylece kanunda, yeni pay alma hakkının kısıtlanmasının ayrı bir karar değil de genel kurulun sermaye artırım kararına açıkça dâhil edilmesi gereken, aksi yöndeki bir kayıt olduğu gösterilmekteydi. Aynı şekilde 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu’nun⁸ 394. maddesinde de “*umumi heyetin esas sermayenin artırılmasına mütaallik kararında aksine şart olmadıkça*” ifadesine yer verilmişti. Burada da yeni pay alma hakkının kısıtlanmasının, sermaye artırım kararının içinde yer alan bir “şart” olduğu açıkça ifade edilmekteydi. Dolayısıyla her üç kanunda da anonim şirketlerde yeni pay alma hakkının kısıtlanmasına ilişkin tedbirin, sermaye artırım kararının bir parçası olduğu doğrudan veya dolaylı olarak gösterilmiştir. Bugün için TTK m. 461’de yer alan cümle de kanımızca mülga kanunlarda olduğu gibi, bu bağlamda anlaşılmalıdır⁹.

gereçekleri için bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayı: 96, s. 7-570). Ayrıca bkz. İbrahim Bektaş, “Anonim ve Limited Ortaklıklarda Yeni Pay Alma Hakkının Şirket Sözleşmesiyle Kısıtlanması Sorunu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 37, 2 (2021): 147 vd.

⁵ RG, 28.06.1926, S. 406.

⁶ Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca - Türkçe Ansiklopedik Lûgat*, 30. Baskı (Ankara: Aydın Kitabevi, 2013), 802.

⁷ Devellioğlu, *Lûgat*, 889.

⁸ RG, 9.7.1956, S. 9353.

⁹ Nitekim limited şirketlere ilişkin TTK m. 591.1’de mülga kanunlarda olduğu gibi “... artırma kararında aksi öngörülmemişse” ifadesine daha açık şekilde yer verilmekte ve sermaye artırım aşamasında yapılacak kısıtlamanın, artırım kararında gösterileceği zaten belirtilmektedir.

TTK m. 461 yeni pay alma hakkının kısıtlanmasına ilişkin olarak mülga kanunlarda olmayan yeni kurallar öngörmekle birlikte, bu yenilikler daha ziyade pay sahibinin

Türk hukukunda olduğu gibi, Alman ve İsviçre hukukundaki hükümlerde de sermaye artırımı kararı ve kısıtlama tedbiri arasındaki sıkı bağlantıya işaret edilmektedir¹⁰. Alman hukukunda Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (APOK, *Aktiengesetz*) § 186.3'e göre, yeni pay alma hakkı “*sadece genel kurulun sermayenin artırılmasına ilişkin kararının içinde*” kısıtlanabilir¹¹. Aynı şekilde İsvBK m. 652b.2'deki düzenlemeye göre de “*genel kurulun sermayenin artırılmasına ilişkin kararı*” pay sahiplerinin yeni pay alma hakkını kısıtlayabilir¹². Bu bağlamda yabancı öğretide de yeni pay alma hakkının kısıtlanması yönündeki tedbirin, sermaye artırımı kararından sonra alınacak farklı bir karar olmadığı, daha ziyade onun ayrılmaz bir parçası olduğu ifade edilmektedir¹³. Sermaye artırımı kararının ve onun içinde yer alan kısıtlama tedbirinin nasıl (birlikte mi yoksa ayrı şekilde mi) kaleme alındığı da burada önem taşımamaktadır¹⁴. Dolayısıyla vurgulamak istediğimiz husus,

korunması ile ilgilidir. Kısıtlamanın sermaye artırımı kararıyla olan bağlantısı konusunda ise kanun ve gerekçesi bir değişiklik öngörmemektedir. Kısıtlama kararının müstakil (sermaye artırımı kararından bağımsız) bir karar olmasında pay sahibinin korunmaya değer menfaati yönünden de bir ihtiyaç bulunmadığından, bu yaklaşım, yeni kanun döneminde anonim şirketler için de geçerli olmalıdır.

¹⁰ Yeni pay alma hakkının kısıtlanmasına ilişkin tedbirin sermaye artırımı kararının ayrılmaz bir unsuru olması, artırımı kararı alınmadıkça ya da ondan ayrı olarak kısıtlama kararının alınamayacağı anlamına gelmektedir. Bu konu öğretide çeşitli şekillerde ifade edilmektedir. Bkz. Gaudenz Zindel, *Bezugsrechte in der Aktiengesellschaft* (Zürich: Schulthess, 1984), 253; Ulrike Liebert, *Der Bezugsrechtsausschluss bei Kapitalerhöhungen der Aktiengesellschaften* (Baden-Baden: Nomos, 2003), 48-49; Jens Koch, “AktG § 186” içinde *Aktiengesetz*, ed. Uwe Hüffer ve Jens Koch, 14. Auflage (München: C. H. Beck, 2020), Rn. 20; Veil Rüdiger, “AktG § 186” içinde *Aktiengesetz Kommentar, II Band, § § 150-410 SpruchG*, ed. Karsten Schmidt ve Marcus Lutter, 3. Auflage (Köln: Otto Schmidt, 2015), Rn. 22; Schürnbrand Jan, “AktG § 186” içinde *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, ed. Wulf Goette vd., 4. Auflage (München: C. H. Beck, 2016), Rn. 74. Ayrıca bkz. Abuzer Kendigelen, “Sermaye Benzeri Kredinin Sermayeye Dönüştürülmesi” içinde *Hukukî Mütalâalar (Mahkeme Kararlarıyla Birlikte)*, Cilt XIV: 2014-2016 (İstanbul: On İki Levha, 2018), 67.

¹¹ Maddenin ilgili cümlesi şu şekildedir: “*Das Bezugsrecht kann ganz oder zum Teil nur im Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals ausgeschlossen werden.*”

¹² Maddenin ilgili cümlesi şu şekildedir: “*Der Beschluss der Generalversammlung über die Erhöhung des Aktienkapitals darf das Bezugsrecht nur aus wichtigen Gründen aufheben.*”

¹³ Herbert Harrer ve Olaf Grabowski, “Bezugsrechtsausschluss bei Maßnahmen der Kapitalbeschaffung von Aktiengesellschaften”, *Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht* 5, 1 (1995): 11.

¹⁴ Bkz. Ekkenga, “AktG § 186”, Rn. 127.

yeni pay alma hakkının kısıtlandığı durumlarda, “sermaye artırımı kararı” ve “kısıtlama kararı” olmak üzere birbirinden bağımsız, iki ayrı kararın olmadığı; bu kararlardan ikincisinin, doğası gereği ilk kararın ayrılmaz bir parçası olduğudur. Nitekim tescil ve ilân edilecek karar da yine bir bütün olarak sermaye artırımı kararıdır¹⁵.

Bununla birlikte Türk öğretisinde, sermaye artırımı kararı ile yeni pay alma hakkının kısıtlanması kararının ayrı (müstakil) kararlar oldukları, birbirini takiben oylanacakları, dolayısıyla genel kurula katılan pay sahibinin bu kararlara farklı yönlerde oy kullanabileceği de ifade edilmektedir¹⁶. Bize göre ise bu kısıtlamanın, zaman ve şekil yönünden sermaye artırımı kararıyla birlikte görüşülmesi ve birlikte oylamaya sunulması gerekir. Aksi takdirde (yeni pay alma hakkının kısıtlanmasına ilişkin tedbirin, sermaye artırımı kararından sonra ayrı bir gündem maddesi şeklinde oylanması durumunda) iki önemli sorun ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki, ayrı ayrı yapılan oylamalarda pay sahiplerinin gerçek iradelerinin karara yansımamasıdır. Diğeri ise, bağımsız kararlar olarak oylanmalarının, iki kararın hukukî akıbetinin birbirine nasıl etki edeceği konusundaki tartışmayı doğurmasıdır. Konu aşağıda bahsi geçen sorunlar çerçevesinde sırasıyla incelenmektedir.

II. KISITLAMA TEDBİRİNİN SERMAYE ARTIRIMI KARARIYLA BİRLİKTE (ONUN İÇİNDE) OYLANMASININ ÖNEMİ

Bir önceki başlıkta açıklandığı üzere, sermaye artırımı kararı ile kısıtlama tedbiri arasında hem zaman hem de şekil yönünden sıkı bir yakınlık vardır. Yeni pay alma hakkı henüz sermaye artırımı kararı alınmadan (örneğin esas

¹⁵ Yönetim kurulu, genel kurulun aldığı sermaye artırımı kararını tescil ve ilân ettirir (TSY m. 73.1.b). Sermaye artırımı kararı yeni pay alma hakları kısıtlanarak alınmış ise, *kısıtlama hususunu içeren kararın* tescil ve ilân edilmesi gerekmektedir. Ayrıca kısıtlamanın gerekçelerini göstermek üzere yönetim kurulu tarafından TTK m. 461.2 uyarınca hazırlanan ve pay sahiplerine sunulan raporun da sermaye artırımı kararıyla birlikte ayrıca tescil ve ilân edilmesi zorunludur (TSY m. 73.1). Böylece yeni pay alma hakkının kısıtlandığı hususu, sermaye artırımı kararına bağlı olarak tescil ve ilân edilmiş olmaktadır.

¹⁶ Bu yönde bkz. Burak, Adıgüzel, “Anonim Şirketlerde Rüçhan Hakkının Sınırlanması veya Kaldırılması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28, 1 (2014): 23; Onur Görmez, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Rüçhan Hakkının Kısıtlanması* (İstanbul: Beta, 2017), 150; Melih Can Korkmaz, *Anonim Ortaklıkta Rüçhan Hakkı* (Ankara: Seçkin, 2022), 155.

sözleşmede) ya da sermaye artırım kararı alındıktan sonra (örneğin başka bir toplantı yapılarak¹⁷) kısıtlanamaz. Kısıtlamanın, sermaye artırımının görüşüldüğü genel kurulda bu artırımla bağlantılı olarak kararlaştırılması gerekir. Toplantıda bu konudaki oylamanın nasıl yapıldığı oldukça önemlidir. Bir an için genel kurulun *önce* sermaye artırım kararını, *daha sonra* yeni pay alma hakkının kısıtlanıp kısıtlanmayacağını ayrı ayrı görüşeceği düşünülebilir. Ancak bu tür bağımsız oylamalar, uygulamada önemli bazı sorunlar doğurmaktadır. Bu nedenle kanımızca, sermaye artırım kararı ile kısıtlama tedbirinin birbirine bağlı olarak tek bir maddede görüşülmesi önem taşımaktadır¹⁸. Bahsi geçen sorunları ve çözüm önerimizi sırasıyla şu şekilde açıklayabiliriz:

A. Oylamanın Ayrı Ayrı Yapılmasından Doğan Bazı Sorunlar

1- Sermaye artırım ile yeni pay alma haklarının kısıtlanmasının oylamaya ayrı ayrı sunulması, oy kullanacak pay sahiplerinin gerçek iradelerinin karara yansımaları engellemektedir. Çünkü bu durumda artırımın koşulları pay sahipleri tarafından anlaşılamamaktadır. Örneğin genel kurulda “a) sermaye artırımını kabul edenler/etmeyenler” ve “b) yeni pay alma haklarının kısıtlanmasını kabul edenler/etmeyenler” şeklinde gerçekleştirilen ayrı oylamalarda, ilk oylamada sermaye artırımını oylayan bir pay sahibinden, yeni pay alma haklarının kısıtlanıp kısıtlanmayacağını henüz bilmediği bir aşamada sermaye artırım hakkında karar vermesi beklenmektedir. Bu pay sahibinin sermaye artırımına *olumlu* oy kullandığını, çünkü toplantıdan önce ilân edilen yönetim kurulu raporunu (TTK m. 461.2) okuduğunda yeni pay alma hakları kısıtlanarak (örneğin işçilerin ortaklığa katılmaları için) yapılacak bir sermaye artırımının yararlı olduğu kanısına ulaştığını varsayalım. Bu nedenle aynı pay sahibi ikinci oylamada yeni pay alma haklarının kısıtlanmasına da *olumlu* oy kullanacaktır. Ancak ikinci oylama sonucunda yeni pay alma hakları kısıtlanmamış olabilir. Zira sermaye artırım için gerekli yeter sayı ile kısıtlama konusundaki yeter sayı bu olasılıkta sunî olarak birbirinden ayrılmıştır. Oysa sermaye artırımına olumlu oy kullanan bu pay sahibinin amacı işçilerin ortaklığa katılmasını sağlamaktır. Bu

¹⁷ Şükrü Yıldız, *Anonim Ortaklıkta Yeni Pay Alma Hakkı* (İstanbul: Beta, 1996), 313-314.

¹⁸ Bu tespit ile ilgili genel olarak bkz. İbrahim Bektaş, *Anonim Ortaklıklarda Yeni Pay Alma (Rüçhan) Hakkının Kısıtlanması ve Devri* (Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2022), Birinci Kısım, §2, III, 2.

gerçekleşmedikçe, artırım yapılmasını da kabul etmeyecek, belki de sermaye artırım kararı da onun oyu olmadan alınamayacaktı.

Benzer bir durum, planlanan kısıtlamanın bu pay sahibinin lehine olduğu hâllerde de ortaya çıkabilir. Bu duruma örnek olarak artırımın, pay sahibinin ortaklıktan olan alacağının sermayeye dönüştürülmesi amacıyla yapılması gösterilebilir. Bu örnekte pay sahibi sermaye artırımına ve kısıtlama kararına olumlu oy kullanacaktır; ancak ayrı ayrı yapılan oylamalar sonrasında sermaye artırım kararı alınmış, kısıtlama kararı ise alınamamış olabilir. Bu ihtimalde genel kurulda sadece olağan bir sermaye artırımına karar verildiğinin kabul edilmesi çelişki yaratmaktadır; çünkü sermaye artırım kararı, söz konusu pay sahibinin ilk oylamadaki olumlu oylarıyla alınmıştır.

2- Bu tür oylamalar, pay sahibinin gerçek iradesinin karara yansımaları engellemek yanında; kanunun olumsuz oy kullanmaya bağladığı pay sahipliği hakları (örneğin iptal davası açma hakkı) yönünden de sorun oluşturabilmektedir. Yukarıdaki örnekte pay sahibi sermaye artırımını ve kısıtlama kararlarında olumlu oy kullandığından, kanuna göre iptal davası açma hakkını kaybetmektedir (TTK m. 446.1.a). Oysa pay sahibinin sermaye artırımına olumlu oy verirken hedefi, artırımın yeni pay alma hakları kısıtlanarak icra edilmesidir; ancak bu hedefe ulaşamamıştır. Bu durumda pay sahibi, kararların ayrı ayrı oylanmasının bir sonucu olarak, gerçekte istemediği bir sermaye artırımına karşılaşmaktadır. Acaba pay sahibi, bu artırımın yeni pay alma hakları kısıtlanmaksızın icra edilmesinde ortaklık menfaatinin bulunmadığını veya farklı bir hukukî gerekçeyi ileri sürerek, artırımın iptalini talep edebilir mi? Kanımızca burada da kararların ayrı ayrı oylanmasından doğan, uygulama açısından önemli bir sorun yer almaktadır.

Son bir örnekle konuyu daha somut ele almak gerekirse; pay sahipleri A, B, C, D'den oluşan bir ortaklıkta, oy oranlarının sırasıyla % 21, 24, 25 ve 30 olduğunu varsayalım. A, B ve D'nin katıldığı bir genel kurulda şu olasılık ortaya çıkabilir: Sermaye artırım kararına sadece A ve D olumlu oy kullanmış ve karar alınmıştır (toplam % 51). Kısıtlama kararına ise sadece B ve D olumlu oy kullanmış ve karar alınamamıştır (toplam % 54). C ilk oylamada sermaye artırımına olumlu oy verirken bu payların sonraki oylamada yönetim kurulu raporunda gösterilen kişilere özgüleneceğini düşünmekteydi; ancak bu sonuç gerçekleşmemiştir. Birbirine sıkı şekilde bağlı olmasına rağmen, bu iki karar birbirinden ayrı şekilde oylamaya sunulduğundan söz konusu sorun ortaya çıkmıştır. C olumlu oy kullandığından kanunun lafzına göre iptal davası açma hakkını da kaybetmiştir.

3- Bir diğer tartışma, yönetim kurulunun bu artırım kararını icra edip etmemesi konusunda ortaya çıkabilir. Örneğin yönetim kurulu, TTK m. 461.2 uyarınca toplantıdan önce hazırladığı rapora uygun olmayan ve yukarıdaki örnekte pay sahiplerinden C'nin gerçek iradesini yansıtmayan bu sermaye artırım kararını, kısıtlama yapmaksızın olağan bir artırım şeklinde icra ederse sorumluluğu doğar mı? Özenli bir yönetim kurulundan bu kararı uygulamaktan kaçınması beklenebilir mi? Yönetim kurulunun bu kararı uygulamaktan kaçınabilmesi için, TTK m. 446 uyarınca kendisine tanınan dava hakkını kullanarak ilk oylamada alınan sermaye artırım kararına karşı iptal davası açması gerekir mi? Bu sorulara verilecek yanıtlar, ilk ve ikinci oylamanın (ayrı ayrı yapılsalar dahi) bir bütün olarak değerlendirilmesinin gerekip gerekmediği konusunda benimsenecek görüşe bağlı olarak farklılaşabilmektedir.

4- Buraya kadar verilen örneklerde, pay sahibinin, sermaye artırımını yeni pay alma hakları kısıtlanarak yürütmek istediği varsayımından hareket edilmişti. Ancak bunun aksine bir durumla da pekâlâ karşılaşılabilir. Örneğin pay sahibi, ortaklığın finansman ihtiyacını karşılayacak nakdî sermaye artırımına olumlu oy verirken, devamındaki oylamada yeni pay alma haklarının kısıtlanmayacağını (bu artırımın mevcut pay sahipleri ile yürütüleceğini) umuyor olabilir. Buna rağmen genel kurulda yeni pay alma haklarının kısıtlanması yönünde karar alınır, pay sahibi başlangıçtaki sermaye artırımına, belki de bu sonucu istememesine rağmen, olumlu oy kullanmış olur. Böylece istisnaen de olsa olumsuz oy kullansaydı engelleyebileceği bir sermaye artırımına, yeni pay alma hakları kısıtlanarak katlanmak zorunda kalabilir¹⁹.

¹⁹ Örneğin pay sahiplerinden (A)'nın %20, (B)'nin %40 ve (C)'nin %40 oranında oy hakkının bulunduğu, oyda imtiyazın bulunmadığı, başka pay sahibinin de olmadığı bir anonim ortaklığı düşünelim. Sermaye artırımının yapılması ve yeni pay alma haklarının kısıtlanmasına ilişkin gündemle toplanan genel kurula, pay sahiplerinin hepsi katılmış olsun. Pay sahiplerinin sermaye artırımını konusunda farklı görüşleri olabilir. (A), sermaye artırımının yeni pay alma hakları kısıtlanmadan yapılmasını istiyor olsun. (B) sermaye artırımının yeni pay alma hakları kısıtlanarak yapılmasını istiyor olsun. (C) ise sermaye artırımını yapılmasını istemiyor olsun. Bu durumda eğer sermaye artırım kararı ve kısıtlama kararı ayrı ayrı oylanırsa, ilk oylamada (A) ve (B)'nin toplam %60 oranındaki olumlu oyuyla sermaye artırım kararı alınır. Devam eden oylamada (A), kısıtlama kararı için olumsuz oy kullanır; (B) ise olumlu oy kullanacaktır. Sermaye artırımını yapılmasını istemeyen (C), ilk oylamada bu amacına ulaşamamıştır. (C) nakde sıkışık olduğundan, en azından

5- Oylamanın ayrı ayrı yapılması, pay sahipleri yanında ortaklık açısından da bazı sorunlar doğurmaktadır. Çünkü yönetim kurulunun toplantıdan önce TTK m. 461.2 uyarınca hazırladığı rapor, yeni pay alma hakları kısıtlanarak yürütülecek bir sermaye artırımına göre planlanmıştır. Diğer bir deyişle ortaklığın amacı sadece sermayeyi artırmak değildir. Artırımın, kısıtlama tedbirine bağlı olan özel bir amacı vardır. Yeni pay alma hakları kısıtlanmadıkça (yeni paylar üçüncü kişilere özgülenmedikçe) hemen her durumda ortaklık için artık sermaye artırımına yalın şekilde devam edilmesinin de önemi kalmamaktadır²⁰. Bu bağlamda sermaye artırımının, kısıtlama yapılması koşuluna bağlı olarak bir bütün halinde oylanması; artırım kabul edilirse bu artırımın üçüncü kişiler lehine icra edilmesi, kabul edilmezse artırımın hiç icra edilmemesi daha isabetli görünmektedir.

İşte oylamanın bir arada yapılması, artırım kararı ile kısıtlama kararının hukukî kaderini birbirine bağlamak yönünden de faydalıdır. Zira bu durumda, mahkemece yeni pay alma hakkının kısıtlanmasının hukuka aykırı bulunması ve kısıtlamanın iptal edilmesi hâlinde, bunun sermaye artırımının akıbetine nasıl etki edeceği tartışması daha kolay çözülmektedir. Bu tartışma da aşağıda ayrıca incelenmektedir²¹.

2. Çözüm Önerisi

Yukarıdaki başlıkta işaret edilen sorunların çözülebilmesi için yeni pay alma haklarının kısıtlanmasına yönelik gündemle toplanan genel kurulda, sermaye artırım kararı ile kısıtlama tedbirinin birlikte oylanması gerektiği

ikinci oylamada kısıtlama kararına olumlu oy kullanmayı tercih edebilir. Bu durumda (B) ve (C)'nin toplam % 80 oranındaki oyuyla kısıtlama kararı alınır. (A), başlangıçta olumsuz oy kullansaydı engelleyebileceği, istemediği bir sermaye artırımıyla karşılaşır. Sonuç olarak (A) ve (C)'nin başlangıçtaki amaçlarına uygun olmayan, dolayısıyla aslında çoğunluğun istemediği bir sermaye artırımını, bağımsız oylamalar nedeniyle gerçekleştirmiş olur. Bu örnek istisnai olmakla birlikte, konunun teorik olarak anlaşılmasına yardım etmektedir.

²⁰ Örneğin nakdî sermaye artırımlarında yeni payların özgüleneceği kişiler (dönüştürme hakkını kullanan paya dönüştürülebilir tahvil sahipleri, işçiler, alacağını sermaye olarak getiren alacaklılar vb.) lehine kısıtlama yapılmadıkça, ortaklığın bu artırıma devam etmedeki menfaati ortadan kalkar. Aynı sermaye artırımlarında da yeni pay alma hakkı ayın taahhüt eden kişi lehine kısıtlanmadıkça bu artırıma devam edilmesi niteliği gereği olanaksızdır. Bu konuda daha detaylı açıklama için bkz. aşağıda IV.B numaralı başlık.

²¹ Bkz. aşağıda IV numaralı başlık.

görüşündeyiz²². Dolayısıyla oylama tek bir maddede, “yeni pay alma haklarının kısıtlanması yoluyla sermaye artırımı yapılmasını kabul edenler/etmeyenler” şeklinde birleştirilerek yapılmalıdır²³. Bu sayede pay sahiplerinin sermaye artırımını hangi koşulda oyladığını bilmesi sağlanmakta; sermaye artırımı ve kısıtlama konusu bir arada görüşülerek bu iki konunun birbiriyle olan bağlantısı koparılmamaktadır. Sermaye artırımı açıkça yeni pay alma hakkının kısıtlanması koşuluna bağlı tutulduğundan, daha önce II.A.2 başlığında verdiğimiz örneği ele alırsak, kısıtlamayı istemeyen pay sahibi C bu karara bir bütün olarak olumsuz oy kullanacaktır. Böylece kararın alınmasını engelleyebilecek ya da karar aksi yönde alınırsa iptal davası açabilecektir. Nitekim örnekte C’nin gerçek iradesi de aslında bu yöndedir.

Genel kurul sermaye artırımına ve yeni pay alma haklarının kısıtlanmasına ilişkin gündemin ilânından sonra ve planlanan kısıtlamanın gerekçelerini içeren yönetim kurulu raporunun açıklanmasının üzerine toplanmaktadır. Bu nedenle oylamanın da bu amaçla ve tek bir maddede birleştirilerek “yeni pay alma haklarının kısıtlanması yoluyla sermaye artırımı yapılmasını kabul edenler/etmeyenler” şeklinde yapılması amaca uygundur. Bu oylamadan iki farklı sonuç çıkabilir. Genel kurul birinci olasılıkta, sermaye artırımının raporda öngörüldüğü üzere yeni pay alma hakları kısıtlanarak yapılmasına karar verebilir. Hemen aşağıdaki başlıkta açıklandığı üzere, bu durumda sadece kısıtlama tedbiri değil, karar bir bütün olarak oylandığından, kısıtlamayı içeren sermaye artırım kararının ağırlaştırılmış yeter sayılarla alınması gerekmektedir. İkinci olasılıkta ise, üçüncü kişiler lehine planlanan sermaye artırımının yapılmamasına, diğer bir deyişle bu artırımdan vazgeçilmesine karar verilebilir. Bu durumda ise artırım kararı alınamamış olur. Bu oylamanın sonucunda, üçüncü bir olasılık olarak, sermaye artırımının yeni pay alma hakları kısıtlanmadan mevcut pay sahipleriyle yapılacağına ilişkin bir karara ise doğrudan varılamaz. Bunun için pay sahiplerine, kısıtlama yapılmaksızın alınacak bir sermaye artırımına olumlu oy kullanıp kullanmadıkları ayrıca sorulmalıdır. Ne var ki toplantının amacı bu değildir. Pay sahipleri toplantıya katılıp katılmama kararlarını

²² Kararın bir arada oylanmasını kolaylaştıracağından, genel kurulda sermaye artırımının görüşüleceği ve bu artırımda yeni pay alma haklarının kısıtlanmasının planlandığı hususunun, gündemde tek bir madde olarak gösterilmesi önerilebilir.

²³ Bu şekilde yapılacak oylamaların pay sahiplerinin gerçek iradelerinin daha iyi anlaşılmasına hizmet ettiği kanaatindeyiz. Ancak böyle bir durumda, iki karara ayrı yönlerde oy kullanmak isteyen pay sahiplerinin özgür iradesinin kısıtlandığı yönünde karşı. Adıgüzel, “Rüçhan Hakkının Sınırlanması”, 27-28.

açıklanan gündem ve rapora göre vermiş olabilirler. Bu nedenle ideal olan, eğer sermaye artırımının yeni pay alma hakları kısıtlanmaksızın olağan artırım şeklinde yapılması isteniyorsa, gündeminde kısıtlamanın bulunmadığı ve kısıtlamaya ilişkin raporun açıklanmadığı bir toplantıda bu kararın alınmasıdır.

III. AĞIRLAŞTIRILMIŞ YETER SAYILARIN SERMAYE ARTIRIM KARARINA YÖNELİK OLMASI

Çalışmanın bundan önceki kısmında yeni pay alma haklarının kısıtlanmasına ilişkin tedbirin bağımsız bir karar olmadığı, sermaye artırım kararının ayrılmaz bir parçası olduğu ve bu ikisinin oylamaya birlikte sunulmasının önemi açıklanmıştır. Bu durumda, yeni pay alma haklarının kısıtlandığı bir sermaye artırım kararında uyulması gereken yeter sayıların ne olduğu da incelenmelidir.

Kanaatimizce TTK m. 461.2’de düzenlenen ve yeni pay alma haklarının kısıtlanması hâlinde ağırlaştırılmış yeter sayıya (sermayenin yüzde altmışı) tâbi tutulan karar, kısıtlamayı içeren sermaye artırım kararı olarak anlaşılmalıdır. Nitekim TTK m. 461.2’ye göre “*genel kurulun, sermayenin artırımına ilişkin kararı ile pay sahibinin rüçhan hakkı, ancak haklı sebepler bulunduğu takdirde ve en az sermayenin yüzde altmışının olumlu oyu ile sınırlandırılabilir veya kaldırılabilir.*” Ağırlaştırılmış yeter sayılar, hükmün lafzında değinildiği üzere, genel kurulun *sermayenin artırımına ilişkin kararı* içindir. Diğer bir deyişle yeni pay alma haklarının kısıtlanması durumunda, kısıtlama tedbiri için değil, bu tedbiri öngören sermaye artırım kararı için ağırlaştırılmış yeter sayılar öngörülmektedir; zira artırım kararı bir bütündür.

İsviçre hukukunda da durum benzerdir. İsvBK m. 703’e göre, yeni pay alma hakkının kısıtlanmadığı (olağan) sermaye artırımlarında, artırım kararı toplantıda temsil edilen oyların salt çoğunluğuyla alınabilir. Ancak yeni pay alma hakkının kısıtlanması, İsvBK m. 704.1 bent 6’da önemli kararlar arasında gösterilmekte ve bu durumda sermaye artırımının tamamlanabilmesi için toplantıda temsil edilen oyların üçte ikisinin ve temsil edilen payların nominal değerinin salt çoğunluğunun onayı gerekmektedir (çifte nisap). Bu olasılıkta kısıtlama tedbirini içeren sermaye artırım kararının, ağırlaştırılmış yeter sayıya uygun olarak alınması gerektiği kabul edilmektedir²⁴. Alman

²⁴ Yeni pay alma hakkının kısıtlandığı hâllerde, sermaye artırım kararının İsvBK m. 704’teki ağırlaştırılmış yeter sayıyla alınması gerektiği yönünde bkz. Müller

hukukunda APOK § 186.3'e göre de yeni pay alma hakkı sadece sermaye artırım kararının içinde kısıtlanabilir ve bu durumda kararın, esas sözleşmede daha ağır bir oran belirtilmedikçe, toplantıda temsil edilen sermayenin dörtte üçünün olumlu oyuyla alınabileceği belirtilmektedir²⁵.

Türk öğretisinde bir görüş ise, TTK m. 461.2'deki ağırlaştırılmış yeter sayıların sadece "kısıtlama kararı" için geçerli olduğunu; bu nedenle kısıtlama kararına ilişkin orana ulaşılmazsa, sermaye artırımının kısıtlama yapılmaksızın geçerli olacağını savunmaktadır²⁶. Esasen bu çıkarım, sermaye artırım kararı ile yeni pay alma hakkının kısıtlanmasına ilişkin tedbiri bağımsız kararlar olarak kabul eden ve bunların oylamaya ayrı ayrı sunulacağını varsayan görüşün de bir yansımasıdır. Bununla birlikte, yukarıdaki gerekçelerle ve ayrıca iki kararın hukukî akıbetinin birbirinden ayrılmasının yarattığı sorunlar nedeniyle bu görüşe katılmadığımızı hatırlatmak isteriz.

Wolfgang, "Art. 652b" içinde *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personengesellschaften und Aktiengesellschaft - Vergütungsverordnung - Art. 530-771 OR – VegüV*, ed. Vito Roberto ve Hans Rudolf Trüeb, 3. Auflage (Zürich: Schulthess, 2016), N. 11; Philipp Schaller ve Martin A. Kessler, "Art. 652b" içinde *Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VASR*, ed. Jeannette K. Wibmer (Zürich, Orell Füssli, 2016), N. 13. Diğer bir deyişle İsvBK m. 703'teki olağan yeter sayının, sadece yeni pay alma haklarının kısıtlanmadığı sermaye artırım kararları için geçerli olduğu belirtilmektedir; bkz. Peter Forstmoser, Arthur Meier-Hayoz ve Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht* (Bern: Stämpfli, 1996), § 52, N. 58. Bu konuda ayrıca bkz. Yaşar Can Göksoy, "Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Yeni Pay Alma Hakkının Kaldırılması" içinde *Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp'e Armağan*, ed. Hüseyin Ülgen vd. (İstanbul: Beta, 2003) 395, dn. 92.

²⁵ APOK § 186.3'teki oran, ilk bakışta, APOK § 186.2'de düzenlenen olağan (yeni pay alma haklarının kısıtlanmadığı) sermaye artırımlarının tâbi olduğu yeter sayı ile aynı görünmektedir. Bu nedenle yeni pay alma haklarının kısıtlandığı sermaye artırımları için bir farklılık bulunmadığı düşünülebilir. Ancak yeni pay alma haklarının kısıtlandığı sermaye artırımlarının tâbi olduğu yeter sayıların, olağan sermaye artırımlarının tâbi olduğu yeter sayıların aksine, esas sözleşmeyle hafifletilmesine izin verilmemiştir. Farklılık bu noktadır. Bkz. Veil, "AktG § 186", Rn. 23; Ekkanga, "AktG § 186", Rn. 130.

²⁶ Bu yönde bkz. Yıldız, *Yeni Pay Alma Hakkı*, 307; Adıgüzel, "Rüçhan Hakkının Sınırlanması", 27-28; Nihan Değirmencioğlu Aydın, *Anonim Şirketlerde Rüçhan Hakkı* (İstanbul: On İki Levha, 2021), 260-261.

IV. HUKUKA AYKIRI KISITLAMALARDA SERMAYE ARTIRIM KARARININ AKİBETİ

A. Sorunun Tespiti ve Öğretideki Görüşler

Mahkeme somut olayda yeni pay alma hakkının kısıtlanmasının hukuka aykırı olduğuna karar verirse, acaba bu karar sermaye artırımını bir bütün olarak geçersiz hâle getirir mi? Yoksa sadece kısıtlanmaya ilişkin tedbir ortadan kaldırılarak, sermaye artırımına mevcut pay sahipleriyle devam edilmesi mi gerekmektedir?

Alman ve İsviçre hukukundaki hâkim görüş, yeni pay alma hakkının kısıtlanmasının hukuka aykırı olması hâlinde, kural olarak sermaye artırım kararının bir bütün olarak bu hükümsüzlükten etkileneceği yönündedir. Zira yukarıda açıklandığı üzere, sermaye artırımına ilişkin karar aslında “sermaye artırım kararı” ve “kısıtlama kararı” olarak ikiye bölünemez. Kısıtlama bağımsız bir karar olmaktan ziyade sermaye artırım kararının ayrılmaz bir parçasıdır; onun içindeki bir tedbirdir ve eğer hukuka aykırı ise, bu amaçla yapılan artırım bir bütün olarak iptal edilir veya bütün olarak hükümsüz ya da yok hükmünde olur²⁷. 1Bu bakış açısına göre, pay sahipleri genel kurulda önce sermaye artırım kararını, devamında ise kısıtlama kararını bağımsız kararlar olarak görüşmezler; daha ziyade kısıtlamayı içeren bir sermaye artırım yapıp yapılmayacağını birlikte tartışırlar. Genel kurul sermaye artırımının yeni pay alma hakları kısıtlanarak yapılmasına karar vermişse, başlangıçtaki bu hedef sermaye artırım sürecinin tamamına nüfuz eder ve kısıtlama tedbirinin uygulanmadığı hâllerde kararın geri kalan kısmının (sadece artırım kararının) uygulanması da hemen her durumda istenmeyen bir sonuç olur²⁸.

²⁷ Alman öğretisindeki hâkim görüş tespit edebildiğimiz kadarıyla bu yöndedir. Örnek olarak bkz. Harrer ve Grabowski, “Bezugsrechtsausschluß”, 11; Koch, “AktG § 186”, Rn. 42; Veil, “AktG § 186”, Rn. 22; Ekkenga, “AktG § 186”, Rn. 140.

İsviçre hukukunda da, Alman hukukunda olduğu gibi, kısıtlamanın hukuka aykırı olması durumunda sermaye artırım kararın bütün olarak bu hükümsüzlükten etkileneceği belirtilmektedir. Bkz. Zindel, *Bezugsrechte*, 256; Thomas, von Planta, *Der Schutz der Aktionäre bei der Kapitalerhöhung* (Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1992), 68.

²⁸ Ekkenga, “AktG § 186”, Rn. 127. Alman hukukunda bir görüş ise, kısıtlamanın iptalinin kural olarak tüm artırıma etki edeceğini; ancak istisnaen kısmî hükümsüzlüğü düzenleyen Alman Medeni Kanunu m. 139’daki (TBK m. 27/II) koşullar varsa, yeni pay alma hakkının kısıtlanması tedbiri hükümsüz kılındığında

Alman ve İsviçre hukukundaki bu hâkim görüşün, Türk öğretisinde azınlık görüşü olarak kendisine yer bulduğu söylenebilir. Bu görüşteki Teoman'a göre²⁹, “belli bir sermaye artırımıyla ilgili ve ona bağlı olmak üzere alınan yeni pay alma hakkının kısıtlanması ya da kaldırılması karan müstakil bir karar değil, sermaye artırım kararının bir parçasıdır. Bu nedenle anılan kararın yokluk ya da butlanının tespiti ya da iptali artırım kararının da aynı biçimde hükümsüzlüğü sonucunu doğurur.” Yargıtay’ın da yeni pay alma hakkının ihlâl edilmesi durumunda *sermaye artırım kararının* iptal edileceğine yönelik kararları bulunmaktadır³⁰. Bununla birlikte Türk öğretisindeki hâkim görüş, sermaye artırım kararı ile kısıtlama kararını birbirinden ayırmakta ve bu olasılıkta yalnızca yeni pay alma hakkının kısıtlanmasının hükümsüz olacağını, sermaye artırımının ise kısıtlama yapılmaksızın uygulanmaya devam edeceğini kabul etmektedir³¹.

dahi sermaye artırımına devam edilebileceğini ifade etmektedir. Bu durumda, kararların ayrılabilir olduğunun ispatı, kısıtlamanın iptalini talep eden ve sermaye artırımına devam etmek isteyen davacıya düşmektedir. Bkz. Koch, “AktG § 186”, Rn. 42; Ekkenga, “AktG § 186”, Rn. 140.

²⁹ Ömer Teoman, “Karar İncelemesi (Yargıtay Ticaret Dairesi, 25.1.1972 Gün, E. 1971/4843, K. 1972/356)”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 7, 4 (1974): 968. Yazar bu ifadelerinde, eTTK döneminde aynı görüşü savunan *Moroğlu*’na da atıf yapmaktadır; ancak *Moroğlu* eserin TTK’nın yürürlüğe girmesinden sonraki basısında bu görüşünü değiştirmiştir. Bu konuda bkz. aşağıda dn. 30.

³⁰ “... ortaklığın çıkarları veya ihtiyacının zorunlu kılınmasına rağmen sermaye artırım kararı ile bir kısım paydaşların rüçhan hakları bir kısım paydaşlar yararına olacak biçimde dolaylı veya dolaysız sınırlanır veya tamamen kaldırılırsa **esas sermaye artırım kararlarının** objektif iyiniyet kurallarına uygunluğundan söz edilemez. Bu itibarla, mahkemece yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda, davacı ortağın artırılan sermayeden yeni pay alma (rüçhan) hakları ihlal edilecek şekilde alınan **sermaye artırım kararının** eşitlik ve iyiniyet kuralları ile bağdaşmadığının kabulü ile **iptaline karar verilmesi gerekirken**, yanlışlı değerlendirilmelerle yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.” (Y. 11. HD, E. 2012/15703, K. 2014/5578, 21.03.2014). Aynı yönde bkz. Y. 11. HD, E. 2010/165, K. 2011/11199, 29.09.2011; Y. 11. HD, E. 2003/13782, K. 2004/10454, 28.10.2004. Fiili kısıtlama durumu için bkz. Y. 11. HD, E. 2014/5614, K. 2014/11887, 23.06.2014. Anılan kararlar için bkz. Lexpera, 20.06.2022. Yargıtay’ın tutumu hakkında ayrıca bkz. Korkmaz, *Rüçhan Hakkı*, 225 vd., 229.

³¹ Bkz. Yıldız, *Yeni Pay Alma Hakkı*, 307; Göksoy, “Yeni Pay Alma Hakkı”, 432-433; Adıgüzel, “Rüçhan Hakkının Sınırlandırılması”, 42; Görmez, *Rüçhan Hakkı*, 140, 225; Koray Dindar, *Anonim Şirketlerde Rüçhan Hakkı* (Ankara: Yetkin,

Türk hukukunda hâkim öğretiden kısmen ayrılan bir görüş daha vardır. Bu görüş de teorik olarak kısıtlama kararı ile artırım kararının birbirinden bağımsız şekilde dava edilebileceğini ve bunların hukukî geçerliliklerinin birbirine bağlı olmadığını savunmaktadır. Ancak kısıtlama kararının iptali hâlinde, çoğu durumda sermaye artırım kararının da icra edilmesinin fiilen olanaksız ya da anlamsız hâle geldiğini, bu durumlarda sermaye artırımının hükümsüzlükten bütün olarak etkileneceğini, dolayısıyla bölünebilirlik tartışmasının pratikte büyük bir önem taşımadığını ifade etmektedir³².

B. Değerlendirme

Kanaatimizce genel kurul sermaye artırım kararında aksini açıkça belirtmedikçe, yeni pay alma hakkının kısıtlanmasının hukuka aykırı

2022), 105. Bu yazarlar, görüşlerini temelde pay sahiplerinin iki karar için farklı yönlerde oy kullanabilecek olmalarına dayandırmaktadırlar.

Moroğlu da benzer görüştedir; ancak bu sonuca kanunda öngörülen yeter sayılardan hareketle ulaşmaktadır. Yazar yeni pay alma hakkının kısıtlanması kararı için sermaye artırım kararlarından daha ağır yeter sayılar öngörüldüğüne işaret etmektedir. Yeter sayılardaki farklılık nedeniyle kısıtlama tedbirinin bağımsız bir karar olduğunu ifade etmekte ve kısıtlama kararının hükümsüzlüğünün artırım kararını etkilemeyeceğini savunmaktadır. Ancak istisnaen TBK m. 27/II'deki kısmî geçersizlik kuralını hatırlatmaktadır. Bkz. Erdoğan Moroğlu, *Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı*, 4. Baskı (İstanbul: On İki Levha, 2018), 185-186. Yazar yeni pay alma haklarının kısıtlanmasının ağırlaştırılmış yeter sayıya tâbi olmadığı eTTK döneminde ise, iki kararın birbirine bağlı olduğunu ve birinin hükümsüzlüğünün diğerine etki edeceğini ifade etmekteydi. Bkz. Erdoğan Moroğlu, *Anonim Ortaklıklarda Esas Sermaye Artırımı*, 2. Baskı (İstanbul: Vedat, 2003), 176. Kanaatimizce, çalışmanın III. başlığında açıkladığımız üzere, kanundaki ağırlaştırılmış yeter sayıların bir bütün olarak sermaye artırım kararına yönelik olduğu kabul edilmelidir.

³² İsmail Cem Soykan, *Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı* (İstanbul: On İki Levha, 2019), 611 vd., 613, dn. 92. Bu şekilde ikili ayırım yapan başka yazarlar da vardır. Örneğin işçilerin ortaklığa katılması amacıyla gerçekleştirilen sermaye artırımlarında, işçiler lehine yapılan kısıtlamanın hukuka aykırı bulunması durumunda, işlem temelinin anlamını kaybedeceği, bu nedenle sermaye artırımına tek başına devam edilmesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir. Ancak artırımın ortaklığın sermaye ihtiyacı için yapıldığı durumlara ise haklı bir sebep olmadan alınan kısıtlama kararının iptal edilmesi durumunda artırım mevcut pay sahipleriyle devam edilebileceği savunulmaktadır. Bkz. Değirmencioğlu Aydın, *Rüçhan Hakkı*, 381. Kanaatimizce ikinci olasılıkta da kararın genel kurulda yeniden alınması gerekmektedir.

olduğuna karar verilmesi, alınan sermaye artırımı kararını bir bütün olarak hükümsüz kılmalıdır³³.

Bu sonuç aynî sermaye artırımlarında artırımın niteliğinden doğmaktadır. Zira mevcut pay sahiplerinin yeni pay alma hakları, aynî sermayeyi getirecek kişi lehine kısıtlanmadıkça ortaklık için sermaye artırımına devam edilmesinin anlamı kalmaz. Örneğin ortaklığa bir patent hakkının sermaye olarak getirilmesi örneğinde aynî sermaye artırımı söz konusudur ve yeni paylar bu aynı getirecek kişiye verilmedikçe artırım icra edilemez. Dolayısıyla bu kişiler lehine yapılan kısıtlama hukuka aykırı ise, örneğin kanundaki haklı sebep koşulunu sağlamıyorsa, sermaye artırımı bir bütün olarak iptal edilmek zorundadır. Ortaklık dilerse yeniden hukuka uygun bir sermaye artırımı kararı alabilir. Bu nedenle aynî sermaye artırımına ilişkin söz konusu örneklerde bölünebilirlik tartışması anlamını kaybetmektedir³⁴. Kısmî hükümsüzlük tartışması (TBK m. 27/II) da aynî sermaye artırımlarına uygun değildir. Bu tespitler kural olarak fiilî kısıtlamalar³⁵ için de geçerlidir³⁶.

³³ Bu tespitle ilgili genel olarak bkz. Bektaş, *Yeni Pay Alma (Rüçhan) Hakkının Kısıtlanması ve Devri*, Birinci Kısım, §5, II, 5.

³⁴ Bu konuda bkz. Soykan, *Sermaye Artırımı*, 612 vd.

³⁵ Genel kurul, yeni pay alma haklarını kısıtlamasa dahi, fiilen hakkın kısıtlanmasıyla aynı iktisadî etkiyi doğuran bir sermaye artırımı kararı almış olabilir. Fiilî kısıtlama (*faktischer Bezugsrechtsausschluss*) olarak adlandırılan bu durumda, pay sahiplerine yeni pay alma hakları görünüşte tanınmış olmakla birlikte, genel kurul kararındaki belirlemeler ya da yönetim kurulun sonraki davranışları nedeniyle hakkın kullanılması güçleştirilmektedir (Zindel, *Bezugsrechte*, 210; Koch, “AktG § 186”, Rn. 43). Fiilî kısıtlamanın en yaygın örnekleri, ihraç fiyatının (dolayısıyla yeni pay alma haklarını kullanma fiyatının) payın gerçek değerinden oldukça yüksek tutulması ya da hakkın kullanılmasının belirli yükümlülüklerin üstlenilmesine bağlanmasıdır [Koch, “AktG § 186”, Rn. 43, 43a; Niels, Maier, *Faktischer Bezugsrechtsausschluss* (Berlin, Duncker & Humblot, 2014), 129 vd.; Ekkenga, “AktG § 186”, Rn. 122]. Pay sahiplerinin sadece haksız hukukî kısıtlama kararlarına karşı değil, aynı zamanda haksız fiilî kısıtlamalara karşı da korunması gerekmektedir.

³⁶ Örneğin yeni payların ihraç fiyatının gerçek değerinden çok yüksek belirlenmesi, özellikle malî durumu yeterli olmayan pay sahiplerinin yeni pay alma haklarının fiilen kısıtlanması anlamına gelmektedir. Bu durumda sermaye artırımı kararı aleyhine iptal davası açılabilir. Fiilî kısıtlama kararı ise tek başına iptal edilemez; zira genel kurulun aslında bu yönde aldığı açık bir kısıtlama kararı yoktur. Kısıtlama artırımın koşulları nedeniyle fiilen ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla mahkeme ihraç fiyatının yüksek olmasının fiilî bir kısıtlama oluşturduğuna ve hukuka aykırı olduğuna karar verdiğinde, sermaye artırımına kendiliğinden gerçek

Nakdî sermaye artırımlarında da sermaye artırımı kararı ve kısıtlama tedbiri birine sıkı sıkıya bağlıdır. Kısıtlama tedbiri hukuka aykırı bulunmuşsa, bu amaçla (örneğin işçilerin ortaklığa katılması için) yapılan nakdî sermaye artırımına mevcut pay sahipleriyle devam edilemez. Ancak nakdî sermaye artırımlarında istisnaen kısmî hükümsüzlük yaptırımı gündeme gelebilir. Şöyle ki, genel kurul sermaye artırımı kararında açıkça “*gerektiği takdirde artırımı yeni pay alma hakkı kısıtlanmaksızın devam edileceği*” konusunda ek bir karar vermiş olabilir. Örneğin genel kurul, kısıtlama tedbirinin herhangi bir nedenle uygulanamadığı hâllerde sermaye artırımı kararının son çare olarak kanunî yeni pay alma hakları korunarak icra edileceğini özellikle belirtebilir; bu durumda yeni pay alma hakkının kısıtlanması mahkemece hukuka aykırı bulursa dahi sermaye artırımı kararı bağımsız olarak icra edilir³⁷. Söz gelimi, “*yeni payların özgüldüğü kişiler artırımı katılmazsa ya da yeni pay alma haklarının bu kişilere tahsisine yönelik kısıtlama kararı başka bir sebeple uygulanamazsa, sermaye artırımına mevcut pay sahipleriyle devam edilecektir*” şeklinde karar alınabilir. Bu şekilde istisnaî olarak karar alınmadıkça, kısıtlama tedbirinin iptali nakdî sermaye artırımlarında da artırımı kararının bütün olarak iptaline neden olmalıdır. Gerektiği takdirde genel kurul tekrar çağrılarak pay sahiplerine *kısıtlama yapılmayacak bir artırımı* onay verip vermedikleri sorulmalı ve yeni bir artırımı kararı alınmalıdır. Yukarıda oylamanın birleştirilerek yapılması bahsinde açıklandığı üzere sadece bu takdirde pay sahiplerinin sermaye artırımı konusundaki gerçek iradesinin ne olduğu anlaşılabilir.

Sonuç olarak bütünlük ilkesi bağlamında ve mehzaz hukuk çerçevesinde katıldığımız görüşe göre, kısıtlamanın hukuka aykırılığına karar veren mahkeme sermaye artırımını bütün olarak ortadan kaldırmaktadır. Sermaye artırımına devam edilmek isteniyorsa genel kurul yeniden karar almalıdır. Artırımın hukuka uygun bir kısıtlama kararı alınarak yeniden mi yapılacağına, kısıtlama yapılmaksızın mı icra edileceğine, yoksa artırımdan tamamen vaz mı geçileceğine bu toplantıda karar verilmelidir. Bu durumda usûle ilişkin sürecin uzayacağı, tekrar toplantı yapmanın masraflı olacağı ve iptal davasını açan pay sahibinin belki de kısıtlama olmaksızın yapılacak sermaye artırımını zaten kabul edeceği gerekçesi³⁸, pay sahiplerinin iradelerinin tam olarak anlaşılmasındaki menfaate üstün tutulmamalıdır. Yeni pay alma haklarının

ihraç fiyatı üzerinden devam edilmesi söz konusu olamaz. Artırım bir bütün olarak iptal edilir.

³⁷ Liebert, *Bezugsrechtsausschluss*, 49; Schürnbrand, “AktG § 186”, Rn. 148; Ekkenga, “AktG § 186”, Rn. 141.

³⁸ Bkz. Yıldız, *Yeni Pay Alma Hakkı*, 307. Ayrıca bkz. Değirmencioglu Aydın, *Rüçhan Hakkı*, 381.

kısıtlanması gündemiyle ve yeni pay alma haklarının kısıtlanmasına ilişkin bir rapor üzerine toplanan genel kurulda alınan sermaye artırımı kararının, kendiliğinden olağan bir sermaye artırımı kararı olarak değerlendirilmesinin, oylamaya ilişkin yarattığı sorunlar ve iki kararın birbiriyle olan doğal bağlantısı nedeniyle isabetli olmayacağı kanaatindeyiz.

V. SONUÇ

Genel kurul, sermayenin artırılmasına ilişkin kararında mevcut pay sahiplerinin yeni pay alma haklarını kısıtlayabilir (TTK m. 461.2). Bu takdirde kısıtlama, sermaye artırımı kararının içinde yer alan ve artırımın nasıl (kimlerle) icra edileceğini gösteren bir koşul hâline gelmektedir. Genel kurulun yeni pay ihracı konusunda aldığı bu karar, kural olarak bir bütündür; “sermaye artırımı kararı” ve “kısıtlama kararı” olarak ikiye bölünememektedir. Diğer bir deyişle yeni pay alma haklarının kısıtlanması, sermaye artırımı kararından bağımsız, ondan ayrılabilen, münferit bir karar değildir. Daha ziyade onun ayrılmaz bir parçasıdır. Sermaye artırımı kararı ve kısıtlama tedbiri arasındaki bu sıkı bağlantı, bütünlük ilkesi ya da ayrılma yasağı olarak ifade edilebilir.

Bu bağlantının çeşitli sonuçları bulunmaktadır. İlk olarak bu yakınlık, kanaatimizce, genel kurulda sermaye artırımı kararı ile kısıtlama tedbirinin eş zamanlı olarak, birlikte görüşülmesini gerektirmektedir. Bu bağlamda sermaye artırımına ilişkin oylamanın tek bir maddede “yeni pay alma haklarının kısıtlanması yoluyla sermaye artırımı yapılmasını kabul edenler/etmeyenler” şeklinde yapılması uygun olur. Zira birbirine sıkı şekilde bağlı olan bu kararların ayrı ayrı oylanması; diğer bir deyişle önce “sermaye artırımını kabul edenler/etmeyenler”, devamında ise “yeni pay alma haklarının kısıtlanmasını kabul edenler/etmeyenler” şeklinde oylama yapılması, teoride ve uygulamada çeşitli sorunlara yol açmaktadır. Bunların içinde özellikle, pay sahibinin sermaye artırımı konusundaki gerçek iradesinin anlaşılabilmesi sorunu ile olumsuz oy kullanmaya bağlanan iptal davası açma hakkı yönünden yaşanabilecek tartışma öne çıkmaktadır.

İkinci olarak artırımın bir bütün olarak oylanması ihtiyacı, yeter sayılar yönünden de önem taşımaktadır. Zira kararlar birlikte oylandığında, TTK m. 461.2’de düzenlenen ağırlaştırılmış yeter sayıların (sermayenin en az yüzde altmış) kısıtlamayı içeren sermaye artırımı kararına yönelik olduğu kabul edilmelidir.

Sermaye artırım kararı ile kısıtlama tedbiri arasındaki yakınlıktan doğan üçüncü sonuç ise, bu ikisinin hukukî akıbetinin kural olarak birbirini takip etmesidir. Örneğin yeni pay alma hakkının kısıtlanmasına ilişkin kanunî koşullara uyulmadığı (yeter sayılara ulaşamadığı ya da işlemde haklı sebep bulunmadığı vb.) hâllerde kısıtlamanın iptali talep edilirse, mahkeme sermaye artırım kararını bir bütün olarak hükümsüz kılmalıdır. Sermaye artırım kararı ayakta tutularak, artırımın yeni pay alma hakları kısıtlanmaksızın icra edilmesi ise kural olarak mümkün olmamalıdır. Zira bu durumda genel kurulun gerçek iradesinin yeniden araştırılması zorunluluğu doğmaktadır. Sermaye artırımını yeni pay alma hakları kısıtlanmaksızın icra etmek isteyen genel kurul, kanaatimizce tekrar toplanarak bu yönde yeni bir artırım kararı almalıdır.

KAYNAKÇA

- Adıgüzel, Burak. “Anonim Şirketlerde Rüçhan Hakkının Sınırlanması veya Kaldırılması”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28, 1 (2014): 1-48.
- Bektaş, İbrahim. “Anonim ve Limited Ortaklıklarda Yeni Pay Alma Hakkının Şirket Sözleşmesiyle Kısıtlanması Sorunu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 37, 2 (2021): 147-176.
- Bektaş, İbrahim. *Anonim Ortaklıklarda Yeni Pay Alma (Rüçhan) Hakkının Kısıtlanması ve Devri*. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2022.
- Değirmencioglu Aydın, Nihan. *Anonim Şirketlerde Rüçhan Hakkı*. İstanbul: On İki Levha, 2021.
- Devellioğlu, Ferit. *Osmanlıca - Türkçe Ansiklopedik Lûgat*. 30. Baskı. Ankara: Aydın Kitabevi, 2013.
- Dindar, Koray. *Anonim Şirketlerde Rüçhan Hakkı*, Ankara: Yetkin, 2022.
- Ekkenga, Jens. “AktG § 186.” İçinde *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz - Band 4/1: § 179-191 AktG*, editörler Jens Ekkenga ve Dirk Zetzsche. 3. Auflage. Köln: Wolters Kluwer, 2020.
- Forstmoser, Peter ve Meier-Hayoz, Arthur ve Nobel, Peter. *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern: Stämpfli, 1996.
- Göksoy, Yaşar Can. “Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Yeni Pay Alma Hakkının Kaldırılması.” İçinde *Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp’e Armağan*, editörler Hüseyin Ülgen, Arslan Kaya ve Gül Okutan Nilsson, 363-440. İstanbul: Beta, 2003.
- Görmez, Onur. *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Rüçhan Hakkının Kısıtlanması*. İstanbul: Beta, 2017.
- Harrer, Herbert ve Grabowski, Olaf. “Bezugsrechtsausschluß bei Maßnahmen der Kapitalbeschaffung von Aktiengesellschaften”, *Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht* 5, 1 (1995): 10-19.
- Kendigelen, Abuzer. “Sermaye Benzeri Kredinin Sermayeye Dönüştürülmesi.” İçinde *Hukukî Mütalâalar (Mahkeme Kararlarıyla Birlikte)*, Cilt XIV: 2014-2016, 60-68. İstanbul: On İki Levha, 2018.
- Koch, Jens. “AktG § 186.” İçinde *Aktiengesetz*, editörler Uwe Hüffer ve Jens Koch. 14. Auflage, München: C. H. Beck, 2020.
- Korkmaz, Melih Can. *Anonim Ortaklıkta Rüçhan Hakkı*. Ankara: Seçkin, 2022.

- Liebert, Ulrike. *Der Bezugsrechtsausschluss bei Kapitalerhöhungen der Aktiengesellschaften*. Baden-Baden: Nomos, 2003.
- Maier, Niels. *Faktischer Bezugsrechtsausschluss*. Berlin: Duncker & Humblot 2014.
- Moroğlu, Erdoğan. *Anonim Ortaklıklarda Esas Sermaye Artırımı*. 2. Baskı. İstanbul: Vedat 2003.
- Moroğlu, Erdoğan. *Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı*. 4. Baskı. İstanbul: On İki Levha, 2018.
- Schaller, Philipp ve Kessler, Martin A.: “Art. 652b.” içinde *Aktienrecht Kommentar: Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VASR*, editör Jeannette K. Wibmer. Zürich: Orell Füssli, 2016.
- Schürnbrand, Jan. “AktG § 186.” İçinde *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, editörler Wulf Goette, Mathias Habersack ve Susanne Kalss. 4. Auflage. München: C. H. Beck, 2016.
- Soykan, İsmail Cem. *Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı*. İstanbul: On İki Levha, 2019.
- Tekil, Fehiman. *Anonim Şirketler Hukuku*. 2. Baskı. İstanbul: Alkım, 1998.
- Teoman, Ömer. “Karar İncelemesi (Yargıtay Ticaret Dairesi, 25.1.1972 Gün, E. 1971/4843, K. 1972/356)”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 7, 4 (1974): 939-968.
- Veil, Rüdiger. “AktG § 186.” İçinde *Aktiengesetz Kommentar, II Band, §§ 150-410 SpruchG*, editörler Karsten Schmidt ve Marcus, Lutter. 3. Auflage. Köln: Otto Schmidt, 2015.
- von Planta, Thomas. *Der Schutz der Aktionäre bei der Kapitalerhöhung*. Basel: Helbing & Lichtenhahn 1992.
- Wolfgang, Müller: “Art. 652b.” İçinde *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personengesellschaften und Aktiengesellschaft - Vergütungsverordnung - Art. 530-771 OR – VegüV*, editörler Vito Roberto ve Hans Rudolf Trüb. 3. Auflage. Zürich: Schulthess 2016.
- Yıldız, Şükrü. *Anonim Ortaklıkta Yeni Pay Alma Hakkı*. İstanbul: Beta, 1996.
- Zindel, Gaudenz. *Bezugsrechte in der Aktiengesellschaft*. Zürich: Schulthess, 1984.

ANONİM ŞİRKETLERDE BAĞLI NAMA YAZILI PAY SENETLERİ ÜZERİNDE REHİN HAKKININ KURULMASI

*Establishment of Pledge on Restricted Shares in Joint
Stock Companies*

Ecem KİRKİT*

ÖZ

Anonim şirketin en önemli özelliği, anonim olması yani kural olarak ortakların kim olduğunun önemsiz olmasıdır. Ancak şirketin menfaatinin korunması gereken bazı hallerde bu anonimliğin sınırlandırılması gerekebilir. Bağlam hükümleri ile nama yazılı pay senedinin devir kabiliyeti sınırlandırılır. Kanuni bağlam ve esas sözleşme ile öngörülen bağlam olmak üzere iki çeşit bağlam hükmü vardır. Pay bedellerinin ödenmemesi halinde payın devri kanun tarafından kısıtlanmıştır. Sermayenin korunması amacıyla getirilen bu kısıtlama kanuni bağlamdır. Bazı hallerde ise esas sözleşme ile nama yazılı payların devrinin sınırlandırılması gündeme gelir. Bağlam ile korunan menfaat, şirketin ekonomik bağımsızlığının korunmasıdır. Şirket ortağının kontrolsüz değişmesine karşı önceden alınmış bir önlem olarak nitelendirmek yanlış olmaz. Payın devri ve intifa hakkı tanınması hallerinde bağlam hükümleri uygulanır. Zira yönetime ilişkin haklar, payı kullanma ve paydan yararlanma yetkileri kapsamındadır. Genel kurula katılıp oy veren intifa hakkı sahibi de bağlam ile korunan menfaati ihlal edebilir. Tüketme yetkisinin bir bölümü olan paraya çevirme yetkisi tanıyan rehin söz konusu olduğunda ise, bağlam hükümleri uygulama alanı bulmaz. Rehin hakkı sahibi, rehin süresince bağlam hükümlerinin koruduğu menfaati ihlal edemez. Ancak, rehin alan ile rehinin paraya çevrilmesi neticesinde pay sahibi olan kişi aynı

Makalenin Geliş Tarihi: 02.08.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 02.10.2022.

* Arş. Gör. Dr., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: ecemkirkirkit@gmail.com, ORCID: 0000-0001-5826-4170.

kişi olmayacağından bağlam hükümlerinin rehin hakkının kurulması sırasında rehne değil; paraya çevirme sonrasında devralan kişiye uygulanması söz konusu olur.

Anahtar Kelimeler: Bağlam, Pay rehni, Nama yazılı pay, Bağlı nama yazılı pay.

ABSTRACT

The most important feature of a joint stock company is anonymity. However, in some cases where the interests of the company need to be protected, the anonymity may need to be limited. Transfer restriction provisions limit the transferability of registered shares. There are two types of transfer restriction provisions: the legal transfer restriction and the transfer restriction stipulated by the articles of association. In the event of non-payment of share prices, the transferability of the shares is restricted by law. The interest protected by transfer restriction with the articles of association is the preservation of the economic independence of the company. Transfer restriction provisions apply in the cases of granting usufruct rights and the transfer of shares. As the rights related to the management are within the scope of the rights to use and fructus. Transfer restriction provisions do not apply to the pledge. During the pledge period, the pledgee may not violate the interest. However, since the person who has a share as a result of the foreclosure will not be the same as the pledgee, the transfer restriction provisions will be applied to the alienee after the foreclosure.

Keywords: Transfer restriction, Pledge on share, Registered share, Restricted share.

GİRİŞ

Bir alacağın teminat altına alınması için bir ayni teminat olarak rehin, kişisel teminatlara nazaran tercihe şayandır. Ticaret hayatının önemli enstrümanlarından anonim şirket payı uygulamada sıklıkla rehne konu edilmektedir.

Anonim şirket payının en önemli özelliği *Devir Serbestliği İlkesi* gereğince serbestçe devredilebilmesidir. Esas olan anonimlik sağlayan pay sahibinin kim olduğunun önemsiz olmasıdır¹. Ancak bazı hallerde anonimlik

¹ MEIER, Robert; Die Aktiengesellschaft, Ein Rechtshandbuch für die praktische Arbeit in der schweizerischen Aktiengesellschaft, 3. Aufl., Zürich 2005, N. 5.43;

şirketin menfaatine ters düşer. Örneğin; şirketin rakipleri, şirketin paylarını edinerek şirketin irade oluşumunda negatif rol oynayabilirler². Şirketin faaliyet alanı uzmanlaşmayı gerektiriyorsa da payın alanda uzman olan bir kişiye devredilmesi, şirketi ve diğer pay sahiplerinin çıkarlarını korumak için gereklidir³. Bu gibi durumlarda şirketin menfaatinin korunması için anonimlikten fedakârlık edilerek payın devrinin güçleştirilmesi veya önlenmesi gerekliliği doğar. Bu gerekliliğe çözüm olarak bağlam hükümleri gündeme gelir. Anonimlikten uzaklaştıran ve devir serbestliği ilkesi ile çatışan bağlamı meşrulaştıran felsefe ise korunan değerın işletme konusu olması ve bağlamın ekonomik bağımsızlığın korunmasına yardımcı olmasıdır⁴. Bu yönüyle bağlamın *Sermayenin Korunması İlkesine* hizmet etmesi, *Devir Serbestliği İlkesine* aykırılığının önüne geçer⁵.

Anonim şirket payı hamiline yazılı veya nama yazılı pay senedi olarak çıkarılabilir. Bağlı nama yazılı pay senedi, nama yazılı pay senedinin bir türüdür. Bağlam hükümlerinin uygulama alanı bulduğu nama yazılı pay senedi olarak nitelendirilebileceklerinden temelde nama yazılı pay senedi özelliği gösterirler. Nama yazılı pay senedinin bir türü olan bağlı nama yazılı pay senedinin devri için, yönetim kurulunun yazılı izin vermesi ve devrin pay defterine kaydedilmesi gerekir. Bağlı nama yazılı pay senedinin devri için getirilen bu şart ile ortaklık yapısı korunmaktadır.

Bağlam hükümleri mülkiyetin devri ve intifa hakkı tesis edilmesi halinde uygulama bulur. Ancak, kanun koyucu rehin tesisi halinde bağlamın uygulanıp uygulanmayacağı hususunda susmuştur. Çalışmamızda bağlamın

SCHWERT, Rene; Die Verpfändung von Namenaktien, Bern 1973, s. 32; EGGLE, Carlo; Das schleichende Ende der Anonymität des Aktionärs, Zürich 2018, N. 59; FISCHER, Willi / DRENCKHAN, Helke / GWELESSIANI, Michael / THEUS SIMONI, Fabiana; Handbuch Schweizer Aktienrecht, Basel 2014, s. 234; ERDEM, Ercüment; “Nama Yazılı Hisse Senetlerine İlişkin Olarak Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Yeni TTK’nin Çözüm Önerileri”, XXV. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 2012, s.97-127, s. 101.

² MARTINI, Claudia K.; Doktrin und Praxis der Wertpapierverpfändung, Basel 2013, s. 48.

³ POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin; Ortaklıklar Hukuku, 13. Bası, C. II. İstanbul 2017, (C. II), s. 135.

⁴ TEKİNALP, Ünal; Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları Pay Defteri Hukuku ile, İstanbul 2012, s. 13 N.1-28.

⁵ UZEL, Necdet; Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam, İstanbul 2013, s. 106.

rehne uygulanıp uygulanmayacağı değerlendirmesiyle bağlı nama yazılı pay senetlerinin rehni ele alınmıştır.

I. BAĞLAMIN VE BAĞLI NAMA YAZILI PAY SENETLERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Bağlam kanun tarafından zikredilen bir terim değildir. Nama yazılı payın devrinin kısıtlanması, doktrin⁶ ve yargı kararlarında⁷ bağlam olarak isimlendirilmektedir. Payın devir kabiliyeti kanuni bağlam veya esas sözleşme ile bağlam konulması hallerinde kısıtlanmaktadır⁸.

Bağlamın amaçları; anonim şirketin özgün yapısını korumak, mali gücü zayıf kişilere karşı şirketi ve şirketin malvarlığını koruma, şirketin kendine özgü niteliklerini ve bağımsızlığını koruma, şirketi yabancılaşmaya karşı koruma, ekonomik gücün merkezileştirilmesi, payların tek elde toplanması ve yoğunlaşmayı önleme olarak sayılabilir⁹.

⁶ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, C. II, s. 135; KENDİGELEN, Abuzer; Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 1994, s. 37 dpn.13; BOZKURT, Tamer; Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam), İstanbul 2016, s. 14; PULAŞLI, Hasan; Bağlı Nama Yazılı Hisse Senetleri, Ankara 1992, (Bağlı), s. 111; TEKİNALP, s. 3.

⁷ Yarg. 11.HD. T. 26.12.2016, E. 2016/6289 K. 2016/9804; “Ancak, mülga 6762 Sayılı TTK’nin 418/1 madde ve fıkrasında, şirketin devir keyfiyetini ana sözleşmede düzenlenen sebeplerle pay defterine kayıttan imtina edebileceği düzenlenmiş, aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, sebep gösterilmeksizin dahi kayıttan imtina edilebileceği şartının ana sözleşmeye konulmasının mümkün olduğu hüküm altına alınmıştır. Anılan yasal düzenleme uyarınca, anonim şirketlerde pay devri olgusunun diğer pay sahiplerini beklenmedik veya istenmeyen durumlarla karşı karşıya bırakmasını önlemek amacıyla ana sözleşmeye, nama yazılı hisse senetlerinin devrini kısıtlayan veya tamamen yasaklayan hükümler konulabilir ki bu hükümler “bağlam” meydana getirirler ve bu tür senetlere de bağlı nama yazılı senet denir. Davalı şirketin ana sözleşmesinin “Payların Devri” başlıklı 7. maddesinde de bu türden bir bağlam kuralı öngörülmüş olup, şirket yönetim kuruluna hisse devrini sebep göstermeksizin reddetme yetkisi tanınmıştır.”

⁸ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, C. II, s. 139; ARSLANLI, Halil; Anonim Şirketler, I. Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1960, s. 186; KENDİGELEN, s. 37-38; BOZKURT, s. 14-19. Bağlam hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BOZKURT.

⁹ SCHWERİ, s. 36; PULAŞLI, Bağlı, s. 115-120; PULAŞLI, Hasan; Şirketler Hukuku Şerhi, 4. Bası, C. III, Ankara 2022, (Şerh C. III), Şerh C. III, §46 N. 18-28; BOZKURT, s. 20-29; UZEL, s. 93 vd.; YÜKSEL, Sinan H.; “Borsaya Kote Edilmemiş Bağlı Nama Yazılı Payların Devrinde Şirketin Alım Önerisinde Bulunarak Onay İstemini Reddetme Hakkı(Kaçış Klotu)”, GÜHFD, Y. 2013, s. 2,

Bağlam sistemi, pay sahibinin payını serbestçe devredebilmesi menfaati ile şirketin pay devrinin sınırlanmasından kaynaklı menfaati arasında denge kurmayı amaçlar¹⁰. Bağlam veya bağlı nama yazılı pay senedi olarak ifade edilen pay senetleri, devri yasaklanan veya sınırlandırılan nama yazılı senetlerdir. Esas sözleşme hükmü ile senet devrinin sınırlandırılmasının veya yasaklanmasının senedin kıymetli evrak hukuku yönünden haiz olduğu emre yazılı senet niteliğine etkisi yoktur¹¹. Bir tür nama yazılı pay senedi olduğundan, kanunen emre yazılı senet niteliği taşır¹².

Hamiline yazılı pay senetleri kayıtsız şartsız devredilirler. Hamiline yazılı pay senetleri bağlam hükümlerine konu olamazlar. Esas sözleşmede öngörülse dahi bağlam hükümleri uygulama alanı bulmaz. Bağlam öngören esas sözleşme hükmü geçersizdir¹³.

Türk hukukunda bağlam kavramı aslında bağlamın bir türü olan maddi bağlamı ifade eder¹⁴. Maddi bağlam, devredenın sözleşmenin tarafını seçme özgürlüğünü kısıtlamaktadır¹⁵. Bağlam sebebiyle, şirketin pay sahibi olarak tanımayı reddetmesi halinde devralanın ise, mülkiyet hakkı zarar görmektedir¹⁶. Bağlam, kanuni bağlam ve esas sözleşme ile öngörülen bağlam

s. 159-218, s. 161; ALTAY, Sıtkı Anlam; “İsviçre Türk Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Esas Sözleşmesel Bağlam”, İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri, İstanbul 2009, s. 563-622, s. 563 vd.

¹⁰ SCHWERI, s. 36.

¹¹ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, C. II, s. 136.

¹² MOROĞLU, Erdoğan; “Nama Yazılı Pay Senetlerinin Devri ve Yargıtay Kararları”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIII, Ankara 1996, s. 39-64, (Nama Yazılı), s. 59; TEKİNALP, s. 4-5.

¹³ BÖCKLI, Peter; Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zurich 2009, § 4 N. 98; KLÄY, Hanspeter; Die Vinkulierung «Theorie und Praxis im neuen Aktienrecht», Basel, Frankfurt a.M. 1997, s. 303; FISCHER/DRENCKHAN/GWELESSIANI/THEUS SIMONI, s. 234; KARASU, Rauf; “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, XII(1-2), s. 130; PULAŞLI, Bağlı, s. 123.

¹⁴ WÜRZER, Walter; Die Zuordnung der Rechte aus gespaltenen Aktien, Bern Stuttgart 1982, s. 40-41; BOZKURT, s.11.

¹⁵ WÜRZER, s. 41; BOZKURT, s. 12.

¹⁶ Maddi bağlamın sözleşme özgürlüğü ve mülkiyet hakkının ihlali kapsamında değerlendirilmesi ve Alman Federal Mahkemesinin konuya ilişkin kararı ile ilgili bkz. BOZKURT, s. 12.

olmak üzere iki türdür¹⁷. Kanuni bağlam; TTK m. 491/I¹⁸ hükmü çerçevesinde; payın bedelinin tamamen ödenmediği hallerde, esas sözleşmede hüküm olmasa dahi, payın devrinin ancak yönetim kurulu onayı ile mümkün olmasıdır. Esas sözleşme ile öngörülen bağlam ise, TTK m. 492/I¹⁹ hükmü çerçevesinde esas sözleşmeye hüküm konulması suretiyle payın devrinin kısıtlanması halidir. Şirket, TTK m. 493 hükmü çerçevesinde; esas sözleşmede öngörülmüş önemli bir sebebi ileri sürerek veya devredene, paylarını, başvurma anındaki gerçek değeriyle, kendi veya diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına almayı önererek, onay istemini reddedebilir. TTK m. 493/IV²⁰ hükmü doktrinde kaçış klozu olarak isimlendirilmektedir²¹.

Kanuni bağlam ile sermayenin korunması hedeflenirken²²; esas sözleşme ile öngörülen bağlam yoluyla koruma altına alınan menfaat şirketin mevcut yapısı, faaliyeti ve geleceğidir²³. Esas sermaye korunan menfaat olmadığından payın karşılığının ödenmiş olup olmaması esas sözleşme ile öngörülen bağlam yönünden önem arz etmez²⁴. Esas sözleşme ile öngörülen bağlam ile hem şirketin hem de pay sahiplerinin menfaati korunmaktadır²⁵.

¹⁷ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, C. II, s. 139.

¹⁸ TTK m. 491/I: “Bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı paylar, ancak şirketin onayı ile devrolunabilir; meğerki, devir, miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra yoluyla gerçekleşsin.”

¹⁹ TTK m. 492/I: “Esas sözleşme, nama yazılı payların ancak şirketin onayıyla devredilebileceğini öngörebilir.”

²⁰ TTK m. 493/IV: “Paylar; miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra gereği iktisap edilmişlerse, şirket, payları edinen kişiye, sadece paylarını gerçek değeri ile devralmayı önerdiği takdirde onay vermeyi reddedebilir.”

²¹ YÜKSEL, s. 164. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz YÜKSEL.

²² Gerekçe, m. 491/I: “Hüküm kanunî devir sınırlamasını düzenlemektedir. Anonim şirkette ilke, nama yazılı payın serbestçe devredilebilmesidir. Bu ilkenin Kanunda öngörülen tek istisnası bedellerinin tümü ödenmemiş nama yazılı paylardır. Söz konusu paylar, esas sözleşmede belirtilmemiş olsa bile, ancak şirketin onayı ile devredilebilir. Hüküm ödenmemiş pay bedelinin güvencesidir. Şirket bedelinin tümü ödenmemiş olan şirketlerde ödeme gücü yetersiz kişilerle karşı karşıya kalmamalıdır. Ancak, salt payların bedellerinin ödenmemiş olması, şirkete onayı reddetmek hakkını vermez. Devralanın ödeme gücüne sahip olması ve dürüst olması halinde şirketin devir işlemine onay vermesi gerekir. Aksine hareket, kanuna ve dürüstlük ilkesine aykırıdır. Ayrıca devir, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra yoluyla gerçekleşmişse, payların bedellerinin tümü ödenmemiş bile olsa şirketin onayına gerek yoktur.”

²³ ERDEM, Nama Yazılı, s. 98.

²⁴ PULAŞLI, Bağlı, s. 123.

²⁵ ALTAY, s. 600.

Eski kanun döneminde bağlam hükümleri sınırsızca serbest bırakılmıştı. Eski kanun döneminden farklı olarak, yeni bağlam sistemi öngören TTK esas sözleşme ile öngörülen bağlamın uygulama alanını daraltmıştır²⁶. Eski kanun döneminde keyfiyete varacak boyutta devir kısıtlamalarına karşı tek yolun, keyfiyeti dava yolu ile ileri sürmek olduğu sisteme karşı çözüm arayışına girilmiştir. Devralanın malvarlığına ilişkin haklardan yararlandığı; ancak yönetime ilişkin haklardan yararlanmadığı *bölünme kuramı* geliştirilmiştir²⁷. TTK ise, bu sistemi tamamen terk ederek, *birlik teorisi*²⁸ ile açıklanan sisteme geçmiş; payın devrinin serbestçe sınırlandırılması yetkisini anonim şirketten almış; bağlam sebeplerini kanunen sınırlamıştır²⁹. *Birlik teorisine* göre³⁰; pay ile payın mündemiç olduğu senet arasında ve malvarlığına ilişkin haklar ile yönetime ilişkin haklar arasında bölünmezlik vardır. Pay malvarlığına ilişkin haklar ve yönetime ilişkin haklar ile birlikte bütündür. Pay sahibinin bunları ayrıca devretmesi mümkün değildir.

“Önemli sebeplerle”³¹ bağlam yaratılarak, devir serbestisi kısıtlanabilir. Önemli sebepler, esas sözleşmede objektif, gerekçeli şekilde ayrıntılı olarak belirtilmelidir³². Sebebe esas sözleşmede yer verilmiş olması, sebebi önemli kılmaya tek başına yeterli değildir³³. Önemli sebep kavramına dâhil olan haller her bir sebep yönünden oldukça tartışmalıdır. Örneğin, rakip ve rakiple ilişkili kişiler yönünden, %10 ve üzeri payın iktisabı önemli sebep kapsamında değerlendirilmekteyken; %10 ve altı payın iktisabı, ayrımcılık içeren politik görüş, dine mensubiyet gibi hususlar kavramın kapsamı dışındadır³⁴. TTK m.

²⁶ İsviçre hukukunda da önce sınırsızca serbest bırakılan bağlam hükümleri, sonraki düzenlemelerle Türk hukukundaki gibi sınırlandırılmıştır. Bknz. NAGEL, s. 194-195.

²⁷ KLÄY, s. 87; WÜRZER, s. 61; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, C. II, s. 137.

²⁸ WÜRZER, s. 54; KLÄY, s. 86.

²⁹ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, C. II, s. 137; ALTAY, s. 589; AKIN, Mustafa Yusuf, “Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler”, İstanbul 2014, s. 8-9.

³⁰ WÜRZER, s. 54.

³¹ Önemli sebep kavramını eleştiren ve “haklı sebep” kavramını öne süren görüş için bknz. AKIN, 36 vd.

³² KLÄY, s. 164, 340; NAGEL, s. 194; FISCHER/DRENCKHAN/GWELESSIANI/THEUS SIMONI, s. 235; TEKİNALP, Bağlam, s. 43 vd.; UZEL, s. 250 vd.; YÜKSEL, s. 163; AKIN, s. 36 vd.; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, C. II, s. 142 vd.

³³ ALTAY, s. 597.

³⁴ BÖCKLI, § 6 N. 267; VON DER CRONE, Hans Caspar; Aktienrecht, Bern 2014, § 3 N. 73. Ayrıntılı bilgi için bknz. POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, C. II, s. 143-145.

491 ile m. 498 hükümleri arasında öngörülen devir sınırlamaları, devir yasağı olarak nitelendirilemez³⁵. Zira bahse konu hükümlerde öngörüldüğü üzere, şirketten ayrılmak isteyen kişi, payını şirketin onayladığı bir üçüncü kişiye veya bazı hallerde şirketin kendisine devrederek paraya çevirebilmektedir³⁶.

II. BAĞLAM HÜKÜMLERİNİN REHNE UYGULANMAMASI

Bağlam hükümleri, mülkiyetin devri ve intifa için uygulama alanı bulur. Mülkiyetin devri tüm yetkilerin devrini içermektedir, intifa hakkı kullanma ve yararlanma yetkilerinin devrini içerir. Bağlam hükümlerinin amacının esas sermayenin ve şirketin ortaklık yapısının korunması olduğu düşünüldüğünde mülkiyetin devri ve intifa için bağlam hükümlerinin uygulanması yerindedir. Borsada işlem gören hisseler bakımından genel olarak bağlam hükümlerinin minimumda kalması ve devredilebilirliğin öne çıkması gerektiği kabul edilmektedir³⁷. Bağlam hükmünün rehin için uygulanıp uygulanmayacağı hususunda ise kanun koyucu susmayı tercih etmiştir. Doktrinde genel olarak bağlam hükmünün rehne engel teşkil etmediği görüşü kabul edilmiş ve gerekçe olarak rehnin oy hakkı tanımaması gösterilmiştir³⁸.

Bu anlamda gerek kanuni bağlamın gerekse de esas sözleşme ile öngörülen bağlamın rehin tesisini önleyici bir rol üstlenmesi mümkün

³⁵ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, C. II, s. 139; TEKİNALP, s. 80; KESKİN ŞERBETÇİOĞLU, Damla; Yediemin Sözleşmesi Yoluyla Anonim Şirket Payı Üzerinde Rehin Kurulması, İstanbul 2019, s. 118.

³⁶ İMREGÜN, Oğuz; Anonim Ortaklıklar, 4. Bası, İstanbul 1989, s. 372; TEKİNALP, s. 80

³⁷ KLÄY, s. 308; MARTINI, s. 49; FORSTMOSER, Peter / MEIER-HAYOZ, Arthur / NOBEL, Peter; Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 45 N 34; BÖCKLI, § 6 N. 115, 291; FISCHER/DRENCKHAN/GWELESSIANI/THEUS SIMONI, s. 234.

³⁸ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 45 N 32; KLÄY, s. 310; BÖCKLI, § 6 N. 115, 291; MARTINI, s. 48; ZOBL, Dieter; Berner Kommentar IV, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte: Das Fahrnispfand (Fortsetzung), mit kurzem Überblick über das Versatzpfand, Art. 888-915 ZGB), Bern 1996, Art. 899 N. 99, 102; AYTAÇ, Zühtü; Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri, Ankara 1988, s. 114; TEKİNALP, s. 23-24.

Oy hakkı sebebiyle, intifa hakkı sahibinin bağlama tabi olduğu TTK m. 492/II hükmü gerekçesinde de belirtilmiştir. Gerekçe, m. 492/II-c2: “*İntifa hakkının açık bir hükümle düzenlenmesinin nedeni, intifa hakkı sahibinin oy hakkını haiz olmasıdır. Diğer yandan, rehin hakkı sahibine bu hak tanınmamıştır. Esas sözleşmelerin böyle bir bağlam getirmesi kanuna aykırı olur.*”.

değildir. Kanuni bağlamda amaçlanan esas sermayenin korunmasıdır. Rehin verilen payın paraya çevrilmesi ile payı devralan kişi sermaye borcunu ödeme yükümlülüğü ile devralmaktadır. Hükmün koruma amacına aykırılık teşkil etmeyen rehni engelleyen bir husus bulunmamaktadır. Ancak, bedeli ödenmemiş paylar uygulamada teminat olarak kabul edilmemekte veya taahhüdün kredinin bir bölümü ile ödenmesi talep edilmektedir. Bu uygulama, TTK m. 482/II³⁹ hükmü ile öngörülen ıskata maruz kalma riski sebebiyle gerçekleştirilmektedir⁴⁰.

Esas sözleşme ile öngörülen bağlam yönünden; mülkiyetin devri ve oy hakkı tanınması sebebiyle intifa için bağlam hükümlerinin uygulanması gerektiğini açıkça ifade eden kanun, rehin konusunda ise bilinçli susmuştur. Türk ve İsviçre hukuk doktrinlerinde haklı olarak görüş birliği, bağlamın rehne uygulanmayacağı yönündedir⁴¹.

Kanaatimizce, devralanın mülkiyet hakkını ve devredenın sözleşme özgürlüğünü kısıtlayıcı nitelikte taşıyan bağlamın geniş yorumlanması şirket menfaatinin bireylerin hak ve özgürlüklerinin üzerinde tutulması anlamına gelir. Hukuk düzeninin bütünü göz önüne alındığında, kanun koyucunun böyle bir tercihte bulunacaksa bunu açıkça kanun hükmüyle yapacağı

³⁹ TTK m. 482/II: “Ayrıca, yönetim kurulu, mütemerrit pay sahibini, iştirak taahhüdünden ve yaptığı kısmi ödemelerden doğan haklarından yoksun bırakmaya ve söz konusu payı satıp yerine başkasını almaya ve kendisine verilmiş pay senedi varsa, bunları iptal etmeye yetkilidir. İptal edilen pay senetleri ele geçirilemiyorsa iptal kararı 35 inci maddede yazılı gazetede ve ayrıca esas sözleşmenin öngördüğü şekilde ilan olunur.”

⁴⁰ KESKİN ŞERBETÇİOĞLU, s. 131.

⁴¹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 45 N 32; KLÄY, s. 310; BÖCKLI, § 6 N. 115, 291; MARTINI, s. 48; ZOBL, Art. 899 N. 99, 102; HONSELL, Heinrich (Hrsg.) / VOGT, Nedim Peter (Hrsg.) / WATTER, Rolf; Basler Kommentar – Obligationenrecht – II, 5. Aufl., Basel 2016, (HONSELL/VOGT/WATTER/İlgili Bölüm Yazarı, BSK OR II), HONSELL/VOGT/WATTER/PASQUIER/WOLF/OERTLE, BSK OR II, Art. 685 N. 6; ROBERTO, Vito (Hrsg.)/TRÜEB, Hans Rudolf (Hrsg.); Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2016, (ROBERTO/TRÜEB/İlgili Bölüm Yazarı, CHK), ROBERTO/TRÜEB/REETZ/GRABER, CHK, Art. 899 N. 21; TEKİNALP, s. 23-24; YILMAZ, Abdüssammed; Anonim Ortaklık Payının Rehin ve Hapis Haklarına Konu Olması, İstanbul 2020, s. 81 vd.; AYTAÇ, s. 114; KESKİN ŞERBETÇİOĞLU, s. 120 vd.; PULAŞLI, Şerh C. III, §46 N. 59.

beklentisi oluşmaktadır. Öte yandan rehin, mülkiyetin devri ve intifadan farklı olarak kullanma ve yararlanma yetkilerini bahşetmez. Paraya çevirme yetkisinin bir bölümü, kanunun öngördüğü koşullar altında rehin alana tanınır. Bu durumda, rehin alanın rehin konusu şey üzerinde tasarrufu söz konusu olamaz. Bağlam hükümlerinin koruma amacı ve rehinin hukuki yapısı birlikte düşünüldüğünde, rehinin kurulması ve devamı aşamalarında bağlam hükümleri ile korunan menfaatin rehin ile zedelenmesinin mümkün olmadığı görülür.

Bağlam hükümleri rehinin tesisi aşamasında uygulanmamasına rağmen, paraya çevirme aşamasında payın maliki değişeceğinden bağlam hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı sorusu akla gelmektedir. Gerçekten de paraya çevirme aşamasında rehin ilişkisi bağlam hükümleri ile korunan menfaati tehdit eder hale gelmektedir. Ancak paraya çevirme aşamasında kaçış klozu ile (TTK m. 493/IV hükmü) şirketin menfaati korunmuştur. Kaçış klozu ile (TTK m. 493/IV hükmü) cebri icra ile payların iktisabında, şirkete devralan kişiye payların gerçek değerini vererek devralma olanağı tanınmıştır. Aslında kanun koyucu, hak ve özgürlükleri kısıtlamak yerine, şirket menfaatini farklı bir yoldan korumayı tercih etmiştir.

Bağlı nama yazılı pay senetlerine ilişkin TTK m. 491 ile m. 498 hükümleri İsviçre hukuku ile uyumlu olarak düzenlenmiş ve husus gerekçede gösterilmiştir⁴². Bu sebeple, bağlı nama yazılı pay senetlerini değerlendirirken, hukukumuz nazarında İsviçre’de ileri sürülen görüşlerin önem arz ettiğinin altını çizmek gerekir.

İsviçre hukuk doktrininde, nama yazılı pay senetlerinin rehininin esas sözleşmede düzenlenen açık bir hükümle 83.015 sayılı “*Botschaft ,über die Revision des Aktienrechts*”⁴³ (Anonim Şirketler Kanunun Revizyonu ile İlgili

⁴² Gerekçe, m. 491: “*Tasarının 491 ilâ 498 inci maddeleri İsv. BK’nin 685 ilâ 685g hükümlerinden alınmıştır. Bu tercihte şu sebepler etkili olmuştur: (1) Türk anonim şirketler düzeni, Almanya ve Fransa’ya veya diğer bir ülkenin anonim şirketler düzenine değil, İsviçre’ye yakındır, hatta benzerdir. Böyle bir düzenin içine bağlam konusunda yabancı bir sistemi oturtmak doğru olmaz. (2) İsviçre’ye 1991’de gelen yeni pay senetlerinin devrinin kısıtlanması; yani bağlam rejimi diye anılan “Vinkulierung” borsa dikkate alınarak oluşturulmuştur. (3) İsviçre’nin yeni hükümleri başarılı sonuç vermiş, öğretilerde yapılan eleştiriler doğru çıkmamış, sistem amacına ulaşmıştır.*”

⁴³ Botschaft ,über die Revision des Aktienrechts 899: “*Die Vinkulierung gilt nicht für die Pfandbestellung, es sei denn, die Statuten unterstellen die Verpandung der*

Mesaj) ile yapılabileceği duyurulmasına rağmen, nama yazılı pay senetlerinin rehninin onaya tabi tutulamayacağı hususunda haklı görüşler mevcuttur⁴⁴. Bu görüş çerçevesinde nama yazılı payların rehnini bağlam hükümlerine tabi kılınan esas sözleşme hükümleri geçersizdir⁴⁵.

Aynı yönde görüşler Türk hukuk doktrinde de yer bulmaktadır⁴⁶. Yeni bağlam sistemi ile TTK, payın devrine ilişkin yasaklamaları, TTK m. 493 hükmü çerçevesinde “önemli sebepler” olarak ifade edilen, kanunun cevaz verdiği ölçü ile sınırlamıştır⁴⁷. Bağlı nama yazılı payların rehnine ilişkin açık bir yasak düzenlenmemiş ve aynı zamanda şirket tarafından yasak getirilmesine müsaade eden bir düzenlemeye de yer vermemişken⁴⁸ ve şirkete, rehnin paraya çevrilmesi aşamasında ortaya çıkabilecek şirket menfaatinin ihlal edebilecek istenmeyen durumları önlemek adına, kaçış klozu ile (TTK m. 493/I hükmü) gerçek değeri ödeyerek devralma şansı tanınmışken; ayrıca şirketin rehin yasağı öngörebileceğinin kabul edilmesine gerek yoktur. Şirketin rehin yasağı öngörebileceğinin kabul edilmesi eski kanun dönemindeki keyfilik tekrarlanması riskini taşımaktadır. Şirketin esas sözleşmenin devredilebilirlik şartlarını ağırlaştıramayacağı TTK m. 493/VII hükmü ile açıkça düzenlenmiştir. Vurgulamak gerekir ki, esas sözleşmeye başkaca bir hüküm konulması yoluyla intifa veya rehin hakkı tesisinin esas sözleşme ile yasaklanması mümkün değildir⁴⁹. Sonuç olarak, bağlı nama

Vinkulierung.” (Esas sözleşme ile rehin bağlam hükümlerine tabi kılınmadıkça, bağlam hükümleri rehin tesisi için geçerli değildir.) naklen: KIRKİT, Ecem; Anonim Şirket Payının Rehni, Ankara 2022, s. 155.

⁴⁴ KLÄY, s. 308; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 45 N 34; BÖCKLI, § 6 N. 115, 291; MARTINI, s. 49.

⁴⁵ MARTINI, s. 49; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 45 N 34; KLÄY, s. 308; HONSELL/VOGT/WATTER/PASQUIER/WOLF/OERTLE, BSK OR II, Art. 685 N. 6; BÖCKLI, § 6 N. 115, 291.

⁴⁶ AYTAÇ, s. 114; UZEL, s. 131; KESKİN ŞERBETÇİOĞLU, s. 121; PULAŞLI, Şerh C. III, §46 N. 59.

⁴⁷ ALTAY, s. 594.

⁴⁸ TEKİNALP, s. 80.

⁴⁹ KESKİN ŞERBETÇİOĞLU, s. 121; ALTAY, s. 592; BOZKURT, Tamer; Şirketler Hukuku, 13. Bası, Ankara 2021, (Şirketler Hukuku), s. 466.

Aksi yönde: YILMAZ, s. 28. Yazar, bu sonuca limited şirkette yasaklama imkânını tanıyan TTK m. 600/II hükmüne dayanarak ulaşmıştır.

Ancak, kanaatimizce anonim şirket ve limited şirket bu gibi nüans noktalarında farklılaşmaktadır. Anonim şirketin anonimliğini sekteye uğratan bağlam hükümlerine esas sözleşme ile serbestçe yer verilmesi anonim şirketin doğasına aykırı bir keyfiyete yol açar. Öte yandan, kanun koyucu, bağlam hükümlerinde

yazılı pay senetleri nama yazılı pay senetleri ile aynı usulde rehnedilecektir. Zira bağlı nama yazılı pay senetlerinin rehninde bağlam hükümleri uygulanmayacaktır. Ancak altını çizmek gerekir ki, bağlamla ilgili özel hükümler⁵⁰ cebri icra yoluyla payı edinen kişi yönünden uygulama alanı bulacaktır⁵¹.

Borsaya kote edilmiş nama yazılı paylara genel nitelik taşıdığından TTK m. 492 hükmü uygulanır. Ancak borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylara ilişkin TTK m. 493 ve 494 hükümleri yani yukarıda ifade edilen hususlar uygulama alanı bulmaz. TTK m. 495 hükmü ile borsaya kote edilmiş nama yazılı paylar için TTK m. 493 ve 494 hükümlerinden farklı bir rejim benimsenmiştir. Payların borsaya kote edilmesi ile şirket halka açık hale geldiğinden aslında devredilebilirliğin sınırları genişlemektedir. Buna rağmen, nama yazılı payların devrinin sınırlandırılmasına istisnaen de olsa ihtiyaç duyulabilir⁵². Yalnızca sermayenin belirli bir yüzdesini aşan iktisapların bağlam hükmü olarak esas sözleşmede yer alabileceği ve buna bağlı olarak şirketin pay sahibi olarak tanımayı reddedebileceğini düzenleyen TTK m. 495/I⁵³ hükmü yalnızca, borsaya kote edilmiş nama yazılı payın, borsadan iktisap edilmesi halinde uygulama alanı bulur⁵⁴. Devir bakımından bu çerçevede uygulama alanı bulabilir. Ancak yukarıda açıklandığı üzere,

intifa için açıkça düzenleme yapma ihtiyacını hissetmiştir. Esas olan serbestiyi rehin için de değiştirmek isteseydi bu hususu da açıkça düzenlerdi.

⁵⁰ TTK m. 493/IV, 494/II, 495/III.

⁵¹ BOZKURT, Şirketler Hukuku, s. 466.

⁵² KARASU, s. 140.

⁵³ TTK m. 495/I: “Şirket, borsada kote edilmiş nama yazılı payları iktisap eden bir kimseyi, pay sahibi olarak tanımayı, ancak esas sözleşme, iktisap edilebilecek nama yazılı paylar ile ilgili olarak iktisap edenin pay sahibi olarak tanınacağı, sermayeyi esas alan ve yüzde ile ifade edilen bir iktisap üst sınırı öngörmüş ve bu üst sınır aşılmışsa reddedebilir.”

⁵⁴ Gerekçe, m. 495/I-c.2: “Hüküm, nama yazılı pay senetleri borsaya kote edilmiş bulunan anonim şirketlerde, borsadan iktisap halinde, şirketin iktisap edeni pay sahibi olarak tanımamak, yani esas sözleşmesine koymakta serbest olmadığını belirtmektedir. Esas sözleşmeye, ancak yüzde ile ifade edilen bir sınır öngören bir hüküm konulabilir: “Bir gerçek veya tüzel kişi şirket sermayesinin en çok yüzde 0,5 kadar nama yazılı pay senedini borsada iktisap etmişse pay defterine kaydedilebilir. Bu yüzdeyi aşan iktisapların pay defterine yazılması reddedilebilir” şeklinde bir esas sözleşme hükmü buna örnektir. Hükümdeki “pay sahibi olarak tanımak ibaresi” her zaman pay defterine kaydetmek şeklinde anlaşılamaz. Çünkü 499 uncu maddenin üçüncü fıkrasına göre şirket devralanı pay sahibi olarak tanımadan da pay defterine kaydetmektedir.”

TTK m. 492 hükmü çerçevesinde rehin bakımından bir sınırlama söz konusu olamaz. Borsaya kote edilmiş nama yazılı paylar bakımından gerek rehnin tesis edilmesi bakımından gerekse de rehnin paraya çevrilmesi aşamasında sınırlama bulunmamaktadır.

Borsaya kote nama yazılı paylar üzerinde rehnin özel satış yoluyla paraya çevrilmesinde; TTK m. 497⁵⁵,de düzenlenen hükümlere borsada veya borsa dışında iktisap edilmelerine göre tabidirler. Borsada yapılan özel satış yoluyla rehin paraya çevrilmişse; tüm pay sahipliği hakları şirketin başvurusu veya onayına tabi olmaksızın devir anında⁵⁶ kendiliğinden⁵⁷ devralana geçer⁵⁸. Ancak, genel kurula katılma, oy hakkı ve oy hakkına bağlı hakların ne zaman kullanılabilceği hususu tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, bu hakların şirket tarafından pay sahipliği tanındıktan sonra kullanılabilceğini savunmaktadır⁵⁹. Aksi görüş ise; payların borsada iktisabını düzenleyen TTK m. 497/I hükmüyle *birlik teorisinin* kabul edildiğini ve bu sebeple, genel kurula katılma, oy hakkı ve oy hakkına bağlı hakların da şirketin hukuki

⁵⁵ TTK m. 497: “Borsaya kote nama yazılı paylar borsada iktisap edildikleri takdirde, paylardan kaynaklanan haklar payların devri ile birlikte devralana geçer. Borsaya kote nama yazılı payların, borsa dışında iktisap edilmeleri hâlinde, söz konusu haklar, pay sahipliği sıfatının şirket tarafından tanınması için, devralanın şirkete başvuruda bulunmasıyla devralana geçer.

Devralan, şirket tarafından tanınmaya kadar, paylardan doğan, genel kurula katılma ve oy hakkını ve oy hakkına bağlı diğer hakları kullanamaz. Tüm diğer pay sahipliği haklarının, özellikle rüçhan hakkının kullanılmasında, iktisap eden herhangi bir sınırlamaya tabi değildir.

Şirket tarafından henüz tanınmamış bulunan devralanlar, hakların geçmesinden sonra, oy hakkından yoksun pay sahibi olarak pay defterine yazılır. Söz konusu paylar genel kurulda temsil edilemez.”

⁵⁶ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, C. II, s. 155; UZEL, s. 40; KESKİN ŞERBETÇİOĞLU, s. 139. Aksi yönde bkz. TEKİNALP, s. 72. TEKİNALP, TTK m. 496 uyarınca MKK tarafından yapılacak bildirim anını geçiş anı olarak kabul etmektedir.

⁵⁷ TEKİNALP, s. 69; KESKİN ŞERBETÇİOĞLU, s. 139; PULAŞLI, Şerh C. III, §49 N. 25.

⁵⁸ TEKİNALP, s. 69; PULAŞLI, Şerh C. III, §46 N. 152; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, C. II, s. 155; UZEL, s. 40; KESKİN ŞERBETÇİOĞLU, s. 139.

⁵⁹ TEKİNALP, s. 69; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, C. II, s. 155; UZEL, s. 40; KESKİN ŞERBETÇİOĞLU, s. 139-140.

işleminden bağımsız olarak iktisap anında devralana geçeceğini haklı olarak benimsemektedir⁶⁰.

Borsaya kote nama yazılı paylar üzerinde rehnin borsa dışında yapılan özel satış yoluyla paraya çevrilmişse; şirket tarafından tanınmıncaya kadar yalnızca malvarlığına ilişkin hakları elde eden devralan *oy hakkından yoksun pay sahibi* olarak pay defterine kaydedilebilir⁶¹. Şirket tarafından pay sahipliği tanındıktan sonra genel kurula katılma, oy hakkı ve oy hakkına bağlı haklar kullanılabilir⁶². Doktrinde, bu hakların devralana geçip geçmediği hususu tartışmalıdır. Bir görüş; yönetime ilişkin hakların devralana şirket onayı anına kadar geçmediğini⁶³; diğer görüş ise devralana geçtiğini ancak şirket onayına kadar kullanılmadığını⁶⁴ savunmaktadır. Hakların geçtiğini fakat kullanılmadığını savunan görüşe göre; payların mülkiyeti ve tüm pay sahipliği haklarının⁶⁵ devralana geçmesi pay sahipliği sıfatının tanınması için devralanın şirkete başvurusu⁶⁶ anında olur⁶⁷. Bu görüşe göre burada TTK m. 497/I-1 hükmü ile *istisnalı birlik ilkesi* benimsenmiştir⁶⁸. Bu hakların devralana onay anına kadar geçmediği görüşüne⁶⁹ göre ise; hakların geçişine ilişkin şirketin onayı *geciktirici şart* niteliği taşır. Şart gerçekleşene kadar bu haklar donar.

⁶⁰ HONSELL/VOGT/WATTER/PASQUIER/WOLF/OERTLE, BSK OR II, Art. 685e N. 1; BÖCKLI, § 4 N. 127d; PULAŞLI, Şerh C. III, §46 N. 152.

⁶¹ PULAŞLI, Şerh C. III, §46 N. 155.

⁶² PULAŞLI, Şerh C. III, §46 N. 154; KESKİN ŞERBETÇİOĞLU, s. 140.

⁶³ PULAŞLI, Şerh C. III, §46 N. 154.

⁶⁴ TEKİNALP, s. 73.

⁶⁵ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, C. II, s. 155; TEKİNALP, s. 73.

⁶⁶ Şirkete başvurunun yazılı yapılması ispat kolaylığı açısından önerilmektedir. TEKİNALP, s. 72.

MKK'nin bildirim yükümlülüğü bulunmamaktadır. Şirkete bildirim devralana ait bir külfet olup, bildirim yapılmazsa tanıma süreci başlamayacaktır. WÜRZER, s. 21-22; BOZKURT, s. 254-255; TEKİNALP, s. 70,72; KESKİN ŞERBETÇİOĞLU, s. 141. KESKİN ŞERBETÇİOĞLU, bahse konu bildirim yükümlülük olarak nitelendirmektedir. Ancak bu görüşe katılma imkânı bulunmamaktadır.

⁶⁷ PULAŞLI, Şerh C. III, §46 N. 154; UZEL, s. 46; KESKİN ŞERBETÇİOĞLU, s. 141.

⁶⁸ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, C. II, s. 138.

⁶⁹ PULAŞLI, Şerh C. III, §46 N. 154.

III. REHİN HAKKININ KURULUŞ USULÜ

A. Genel Olarak

Bağlam hükümleri uygulanmayacağından bağlı nama yazılı pay senetlerinin rehninde nama yazılı pay senetlerine ilişkin usul uygulanır.

Nama yazılı pay senedi kanunen emre yazılı kıymetli evrak niteliği taşıdığından TMK m. m. 956/II hükmü çerçevesinde rehnedilir. Rehin ciro veya devir beyanı ve zilyetliğin devri ile kurulur. Bu usulde yalnızca yazılı devir beyanı veya yalnızca ciro ile rehmin kurulması mümkün değildir⁷⁰. Taraflar senede bağlanmış paylar üzerinde de TMK m. 955 hükmü çerçevesinde rehin tesis edebileceğinden⁷¹ yazılı rehin sözleşmesi ve senet zilyetliğinin devri ile rehin tesis edilebilir. Fakat bu durumda, iyiniyet koruması gibi kıymetli evraka özgü etkiler doğmaz⁷².

B. Yazılı Devir Beyanı

Bağlı nama yazılı pay senetleri üzerinde, ciro ve zilyetliğin devri yolunun yanı sıra yazılı devir beyanı ve zilyetliğin devri yolu ile de rehin tesis edilebilir. Yazılı devir beyanı; rehin kurma iradesini açıkça belli etmeyen devir beyanı veya rehin kurma iradesini açıkça belirten rehin beyanı olmak üzere iki şekilde olabilir.

1. Devir Beyanı

Kural olarak payın devrinde uygulama alanı bulan devir beyanı; senetten doğan tüm hakların devrini içeren beyandır. TBK m. 19 hükmü çerçevesinde, taraf iradelerinin rehin kurmak yönünde uyduğu kabul edilebileceği hallerde payın rehninde devir beyanı kullanıldığı kabul edilir⁷³. TMK m. 956/II hükmünde yer alan devir beyanı ifadesini bu anlamda yazılı rehin beyanını kapsayacak şekilde anlamak gerekir.

⁷⁰ ZOBL, Art. 901 N. 58.

⁷¹ Ayrıntılı bilgi için bkzn. KİRKİT, s. 126.

⁷² KİRKİT, s. 126-127.

⁷³ OFTINGER, Karl /BÄR, Rolf; Das Fahrmispfand, Art. 884-918 ZGB, mit ergänzender Darstellung der im Gesetz nicht geordneten Arten dinglicher Sicherung mittels FahrmisKommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, 3. Aufl, Zürich 1981, Art. 901 N. 89; GÖKSOY, Y. Can; Anonim Ortaklıkta Payın Rehni, Ankara 2001, s. 122.

Devir beyanı, ayrı bir kâğıtta düzenlendiğinde devir beyanı olduğunun tespiti kolaydır. Ancak senet üzerine yazılması halinde ciro niteliği mi yoksa devir beyanı niteliği mi taşıdığının tespiti zorlaşmaktadır. Doktrinde bir görüşe göre, senet üzerindeki beyan, ciro niteliği taşır ve kıymetli evraka ilişkin sonuçlar da doğar⁷⁴. Aksi yöndeki görüşe göre ise; senet üzerinde yer alan bu beyan cirodan farklıdır ve kıymetli evraka ilişkin sonuçların doğmaması gerekir⁷⁵. Kanaatimizce de TMK m. 955 hükmü çerçevesinde, kıymetli evraka ilişkin sonuçlardan arî rehnin tesisi mümkün olduğundan; TMK m. 956 hükmü ile ciro veya devir beyanı olarak anılan yolla senet üzerine yazılan beyanla devir gerçekleştirilirse, artık bu beyan ciro gibi düşünülmeli ve kıymetli evraka ilişkin sonuçları doğurmalıdır⁷⁶.

Senet üzerine yazılmış olan devir beyanı, “*temlik cirosu*” olarak nitelendirilmektedir⁷⁷. Temlik cirosu, senetten doğan tüm hakların devri amacıyla gerçekleştirilir. Taraflar arasındaki anlaşma ile temlik cirosu rehin maksadıyla kullanılırsa gizli ciro ortaya çıkmaktadır⁷⁸. Gizli ciro, temlik cirosu ile yapıldığından, beyaz ciro şeklinde de yapılabilir⁷⁹.

2. Rehin Beyanı

Devir beyan ile rehin beyanı arasındaki fark; rehin beyanında rehin maksadının açıkça belirlenmesidir. Rehin beyanı için de devir beyanı ile aynı sonuçlara ulaşmak mümkündür. Senet üzerine yazılan rehin beyanı da ciro niteliği taşır ve kıymetli evraka ilişkin sonuçları doğurur. Devir beyanında gizli rehin cirosu ortaya çıkarken, rehin beyanında rehin tesis etme iradesi açık olduğundan rehin cirosu ortaya çıkar⁸⁰. Rehin beyanı, ayrı bir kâğıtta yazılmışsa, TMK m. 955 hükmü çerçevesinde rehin tesis edildiği kabul edilir⁸¹.

⁷⁴ GÖKSOY, s. 122; OFTINGER/BÄR, Art. 901 N. 92; ZOBL, Art. 901 N. 87.

⁷⁵ BIRCHER, Eugen; Gutgläubiger Erwerb des Forderungspfandrechtes, Bern 1946, s. 73.

⁷⁶ GÖKSOY, s. 122; OFTINGER/BÄR, Art. 901 N. 93; ZOBL, Art. 901 N. 87.

⁷⁷ GÖKSOY, s. 123; OFTINGER/BÄR, Art. 901 N. 94; ZOBL, Art. 901 N. 88.

⁷⁸ GÖKSOY, s. 122; ZOBL, Art. 901 N. 88; ÖZTAN, Fırat; Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası., Ankara 1997, s. 631; SİRMEN, Lale; Alacak Rehni, Ankara 1990, s. 65.

⁷⁹ KİRKİT s. 142-143.

⁸⁰ GÖKSOY, s. 123; OFTINGER/BÄR, Art. 901 N. 96; ZOBL, Art. 901 N. 88.

⁸¹ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, C. II, s. 159; OFTINGER/BÄR, Art. 901 N. 97; ZOBL, Art. 901 N. 89; SİRMEN, s. 67; GÖKSOY, s. 124.

C. Ciro

Ciro; emre yazılı senetten doğan haklarını devri, rehni veya tahsil yetkisi tanımak maksadıyla hamilin yazı ile tespit ve imzasıyla teyit ettiği irade beyanıdır⁸².

Ciro; temlik cirosu, tahsil cirosu ve rehin cirosu olmak üzere üç farklı ciro vardır. Bağlı nama yazılı pay senetlerinin rehni; nama yazılı pay senetleri kanunen emre yazılı kıymetli evrak niteliği taşıdığından kural olarak, TTK m. 956/II ve TTK m. 647 hükümleri gereğince, TTK m. 689 hükmü uyarınca; “*bedeli rehindir*”, “*bedeli teminattır*” ibarelerini içeren açık rehin cirosu ile gerçekleştirilebilir⁸³. Ancak, doktrinde gizli rehin cirosu ile yani temlik cirosu ile rehin tesisinin mümkün olduğu kabul edilmektedir⁸⁴. Gizli rehin cirosu, tarafların gerçek iradesi rehin tesis etmek olmasına karşın görünüşte bir temlik cirosu olmasıdır. TBK m. 19/I hükmü uyarınca tarafların gerçek iradelerinin göz önüne alınması gerektiğinden, gizli rehin cirosu ile rehin tesis edilmiş olmaktadır⁸⁵. Cirantaya yalnızca alacağı tahsil edip hamile vermek yetkisini tanıyan tahsil cirosu ise, kural olarak rehin için elverişli değildir⁸⁶. Ancak, tarafların gerçek iradelerinin rehin tesis olduğu anlaşılırsa, tahsil cirosu ile de rehin tesis edilmiş olacağı doktrinde kabul edilmektedir⁸⁷. Beyaz ciro ile de rehin tesis mümkünse de rehin verenin iyiniyetle iktisaba karşı korunabilmesi için bu yolu tercih etmemesi uygun olur⁸⁸.

⁸² ÖZTAN, s. 552 vd.; PULAŞLI, Hasan; Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 9. Bası, Ankara 2021, (Kıymetli Evrak), s. 172; GENCER, Abdullah Revaha; Kıymetli Evrakta Ciro Kavramı, İstanbul 2020, s. 6.

⁸³ SİRMEN, s. 63; ERGÜNE, Mehmet Serkan; “Anonim Şirket Payı Üzerinde Rehin Hakkı Kurulması”, İÜHF, C. LXXIV, Y. 2016, s. 739-755, s. 752.

⁸⁴ KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta (Hrsg.) / WOLF, Stephan (Hrsg.) / AMSTUTZ, Marc (Hrsg.) / FANKHAUSER, Roland (Hrsg.); ZGB Kommentar - Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Aufl., Zürich 2016, (KREN KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER/İlgili Bölüm Yazarı, OFK), KREN KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER/WOLF/EGGEL, OFK, Art. 901 N. 5; ÖZTAN, s. 631; SİRMEN, s. 63; GÖKSOY, s. 116; PULAŞLI, Kıymetli Evrak, s. 198; ERGÜNE, s. 752.

⁸⁵ ERGÜNE, s. 752.

⁸⁶ PULAŞLI, Kıymetli Evrak, s. 195-196.

⁸⁷ GÖKSOY, s. 121; ERGÜNE, s. 752; OFTINGER/BÄR, Art. 901 N. 87; ZOBL, Art. 901 N. 81; GÖKSOY, s. 121; ERGÜNE, s. 752.

⁸⁸ OFTINGER/BÄR, Art. 901 N. 85; SİRMEN, s. 64; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, C. II, s. 161.

D. Zilyetliğin Devri

Kıymetli evrak niteliği taşıyan bağlı nama yazılı pay senetleri bakımından da diğer kıymetli evrak niteliği taşıyan pay senetlerinde olduğu gibi senet zilyetliğinin devri kurucu unsurdur. Yazılı devir beyanı veya ciroyu müteakip senet zilyetliğinin devrinin devredilmesi ile TMK m. 956/II ve TTK m. 647 hükümleri çerçevesinde rehin tesis edilir. Yalnızca yazılı devir beyanı ile veya yalnızca ciro ile rehin tesis edilmiş olmaz⁸⁹.

Rehin hakkının kurulması için elverişli zilyetliğin devri yollarına başvurulması gerekir. Pay senedinin rehni taşınır rehni hükümlerine tabi olduğundan TMK m. 939/III hükmü uygulama alanı bulur. Taşınırın fiilen rehin verenin hâkimiyetinde kalmadığı zilyetliğin devri yolları rehin hakkının kurulması için uygundur. Rehin verenin münhasır zilyetliğinin sona ermesi sonucunu doğuran zilyetliğin devri yolları elverişlidir⁹⁰. Başkaca yollar ile rehin tesis edilebileceğini ilişkin taraf anlaşmaları taraflar arasında ve üçüncü kişilere karşı geçersizdir. Zira TMK m. 939 hükmü ile öngörülen geçersizlik hali kesin hükümsüzlüktür⁹¹. Zilyetlik uygun şartlarda muhafaza edildiği sürece rehin hakkı devam eder⁹².

Bağlı nama yazılı pay senetlerinin rehnine elverişli zilyetliğin devri yolları; fiili teslim, araçların teslimi, temsilciye veya yedimeine teslim, kısa elden teslim ve zilyetliğin havalesidir⁹³. Birlikte zilyetlik hallerinden iştirak halinde zilyetlikte de rehin veren zilyet rehin konusu üzerinde tek başına tasarrufta bulunamayacağından rehin geçerli olarak kurulur⁹⁴. Müşterek zilyetlik ve hükmen teslim halinde ise rehin verenin bağlı nama yazılı pay senedi üzerinde fiili hakimiyeti sona ermediğinden rehin kurulamaz⁹⁵.

⁸⁹ KREN KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER/WOLF/EGGEL, OFK, Art. 901 N. 6; ZOBL, Art. 901 N. 58; PULAŞLI, Kıymetli Evrak, s. 199.

⁹⁰ ERGÜNE, Mehmet Serkan; Hukukumuzda Taşınır Rehninin Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu, 2. Bası, İstanbul 2020, (Taşınır Rehni), s. 172 vd.; ERGÜNE, s. 749.

⁹¹ ERGÜNE, Taşınır Rehni, s. 174.

⁹² ERGÜNE, Taşınır Rehni, s. 174.

⁹³ CANSEL, Erol; Türk Menkul Rehni Hukuku-Teslim Şarhı Menkul Rehni, Ankara 1967, s. 100 vd.; DAVRAN, Bülent; Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 1972, s. 81 vd.; KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim; Sınırlı Aynî haklar, 2. Bası, İstanbul 1982-83, s. 482 vd.

⁹⁴ ERGÜNE, Taşınır Rehni, s. 187.

⁹⁵ OFTINGER/BÄR, Art. 884 N. 274; ERGÜNE, Taşınır Rehni, s. 187; CANSEL, s. 104-105.

E. Pay Defterine Kayıt

Bağlı nama yazılı pay senetlerindin rehninde, devrinden farklı olarak pay defterine kayda ihtiyaç yoktur. Buna rağmen tarafların isteği ile rehnin pay defterine işlenip işlenemeyeceği hususunda bir düzenleme yer almamaktadır. Kanun koyucunun suskunluğu doktrinde görüş ayrılıklarına yol açmıştır. Bizim de katıldığımız görüş çerçevesinde tarafların isteği halinde pay defterine kayıt mümkün olmalıdır ve bu kayıt açıklayıcı nitelik taşır⁹⁶.

F. Bağlı Nama Yazılı Payların Rehninde İyiniyetin Koruması

1. Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri Bakımından

Bağlı nama yazılı pay senetlerinin devrinde bağlam hükümleri uygulama alanı bulduğundan ve borsa dışı edinim yollarında mülkiyetin geçişi şirketin onay vermesi anı olduğundan mülkiyet iyiniyetle kazanılamaz. Ancak, rehin bakımından bağlam hükümleri uygulanmadığından rehin hakkının iyiniyetle kazanılması mümkündür.

Bağlı nama yazılı pay senetleri de nama yazılı pay senedi nitelikleri gereği kanunen emre yazılı senet niteliği taşıdıklarından, iyiniyetin korunması kıymetli evrak hukuku çerçevesinde gündeme gelir⁹⁷. Kıymetli evrak hukukuna ilişkin sonuçları doğuracak usulde rehnedilmiş bağlı nama yazılı pay senetleri bakımından iyiniyet korunması gündeme gelir. Yazılı rehin beyanının ayrı bir kâğıda yazılması suretiyle tesis edilen rehinde iyiniyet korunmaz⁹⁸.

TMK m. 956 hükmü çerçevesinde bağlı nama yazılı pay senedi üzerinde rehin hakkı, kesintisiz ciro zinciri ve iyiniyetin varlığı ile kazanılır⁹⁹. İyiniyetle kazanma için hem menkul kıymetin temsil ettiği pay gerçekten var olmalı hem de eksiksiz bir ciro zinciri içerisinde yetkisiz bir kişiden iyiniyetle devralınmalıdır¹⁰⁰. Korunan, rehin verenin tasarruf yetkisinin var olduğuna ilişkin iyiniyettir¹⁰¹. Cironun rehin cirosu veya gizli rehin cirosu olmasının,

⁹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. KİRKİT, s. 186 vd.

⁹⁷ HENNRICH, Stephan; Die Aktienverpfändung im grenzüberschreitenden Effektenverkehrsverkehr, Berlin 2011, s. 88.

⁹⁸ OFTINGER/BÄR, Art. 901 N. 61,62; VISCHER, Markus/LIEBERHERR, Samuel; “Due diligence bezüglich Eigentum an den Aktien beim Aktienkauf”, AJP/PJA 2016, s. 293-304, s. 297; YILMAZ, s. 80-81; GÖKSOY, s. 128.

⁹⁹ HONSELL/VOGT/WATTER/PASQUIER/OERTLE, BSK OR II, Art. 684 N. 7.

¹⁰⁰ VISCHER/LIEBERHERR, s. 297.

¹⁰¹ HENNRICH, s. 88-89.

iyiniyetli olarak rehin hakkı kazanan rehinli alacaklı için önemi yoktur¹⁰². Fakat rehin alanın müteakip kazandırmaları bakımından, rehin alanın gizli veya açık rehin cirosu ile senedi elinde bulundurması üçüncü kişinin iyiniyeti bakımından önem arz eder¹⁰³.

İyiniyetin korunması TTK m. 686 hükmü çerçevesinde, yetkili hamil durumundaki rehin alanın ciro ile devrettiği hallerde söz konusu olabilmektedir. O halde, iyiniyetin korunduğu hal, temlik cirosu ile senedi elinde bulunduran rehin alandan iyiniyetle senedi kazanan kişinin korunduğu haldir. Rehin alan rehin cirosu ile senedi elinde bulundururken devri gerçekleştirirse bu durumda iyiniyet korunmaz¹⁰⁴. Rehin cirosu ile devredilen senette mündemiç hakların sınırlı olarak devredildiği hususu herkese açıktır. Bu sebeple bu durumda iyiniyet korunmaz¹⁰⁵. Hem rehin cirosunu farklı bir cironun takip etmesi mümkün olmadığından hem de rehin alanın yalnızca rehin hakkı sahibi olduğu ve sahibi olduğu haktan fazlasını devredemeyeceği senet metninden anlaşılmakta olduğundan iyiniyet koruması söz konusu olamaz¹⁰⁶.

2. Hakkın İçeriği Bakımından

Bağlı nama yazılı pay senetleri, hamiline yazılı kıymetli evrak niteliği taşıdığından kural olarak kıymetli evrak hukuku hükümlerine tabidir. Ancak, kıymetli evrak hukuku hükümleri şirketler hukuku hükümleri ile çelişmediği sürece uygulanır¹⁰⁷. Bağlı nama yazılı pay sahibinin hukuki konumunu senet metni değil; kanun, esas sözleşme, genel kurul ve yönetim kurulu kararları belirler¹⁰⁸. Gerçek bir pay sahipliğine dayanmayan senet ihraç edilmesi

¹⁰² HENNRICH, s. 88-89.

¹⁰³ HENNRICH, s. 88-89.

¹⁰⁴ Rehin cirosu rehin tesisine yönelik olduğundan mülkiyet cironunda kalmaktadır. YILMAZ, Asuman; “Kambiyo Senetlerinde Rehin Cirosu ve Rehin Cironun Teminat İşlevi”, Galatasaray Üniversitesi HFD, Y. 2011, s. 2, s. 287-308, s. 291. Rehin cirosu ile bu husus açıklığa da kavuşturulmuştur. Rehin alan sahip olduğundan fazlasını devredemez.

¹⁰⁵ HENNRICH, s. 89; KİRKİT, s. 148.

¹⁰⁶ KİRKİT, s. 148.

¹⁰⁷ FORSTMOSER/MEIER – HAYOZ/NOBEL, § 43 N. 23; SPOERLÉ, Philip; Die Inhaberaktie: Ausgewählte Aspekte unter Berücksichtigung der GAFI-Gesetzesrevision (Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht), Zürich 2015, N. 75.

¹⁰⁸ OFTINGER/BÄR, Art. 905 N. 14b; ZOBL, Art. 901 N. 54; HONSELL/VOGT/WATTER/BAUDENBACHER, BSK OR II, Art. 622 N. 8;

durumunda¹⁰⁹ ve TTK m. 659/I ile de hüküm altına alındığı üzere geçerli bir pay sahipliği hakkı mevcut olmasına rağmen çıkarılan senetlerin geçersizliği durumunda¹¹⁰ iyiniyet korunmaz. İskat edilen pay sahibinin pay senedini elinde bulundurması halinde, senedin varlığına karşın iyiniyet rehin hakkını kazandırmaz¹¹¹. Zira iskat ile birlikte senetle mündemiç olan pay sahipliği hakkı senetten ayrılmıştır ve senet pay senedi ve kıymetli evrak niteliğini kaybetmiştir¹¹².

VON BALLMOOS, Thomas; Der wertpapierrechtliche Verkehrsschutz, Bern Stuttgart Wien 1993, s. 78; SPOERLÉ, N. 76; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 43 N. 24, § 53 N. 207; HANDSCHIN, Lukas (Hrsg.); Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Zürcher Kommentar), Allgemeine Bestimmungen, Art. 620-659b OR – Die Aktiengesellschaft, 2. Auflage, Zürich 2016, (HANDSCHIN/İlgili Bölüm Yazarı, ZK), HANDSCHIN/JUNG, ZK, Art. 624 N. 58; ÖZTAN, s. 1502.

¹⁰⁹ SIEGWART, Alfred; Das Obligationenrecht. 5.Teil: Die Aktiengesellschaft a: Allgemeine Bestimmungen (Art.620-659). Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Band 5, Zürich 1975, Art. 622 N 71; HANDSCHIN/JUNG, ZK, Art. 624 N. 58; MEIER-HAYOZ, Arthur/VON DER CRONE, Caspar Hans; Wertpapierrecht, 3. Aufl, Bern 2018, § 19 N 1021; SPOERLÉ, N. 77; HONSELL/VOGT/WATTER/BAUDENBACHER, BSK OR II, Art. 622 N. 8. Aksi yönde: WIBMER, Jeannette K.; Aktienrecht Kommentar, Zürich 2016, (WIBMER/İlgili bölüm Yazarı, OR OFK), WIBMER/PLÜSS, OR OFK, Art. 622 N. 25.

“Esas sözleşmede öngörülenden fazla sayıda pay senedi ihraç edilmesi halinde, pay senedini iyiniyetle kazanan kişinin iyiniyeti korunur. İhraç edilen pay senedi sayısı ile esas sözleşmede öngörülen pay senedi sayısı arasındaki çelişki, esas sözleşmede değişiklik yapılarak giderilir. Bir başka deyişle, senetlerin nominal değeri değiştirilerek mevcut senet sayısı ile esas sözleşmede öngörülen senet sayısı tutarlı hale getirilebilir. Yazar, geçerli bir şekilde ihraç edilen hisselerin çalınması veya kötüye kullanılması veya devredilmesi durumunda da alıcının da korunacağını ifade etmektedir. İyiniyetle kazanma öncesi pay sahibi olan kişinin paydaşlık statüsünü koruduğunu, bu durumun da fazla sayıda pay ile sonuçlandığını; bu sebeple esas sözleşmede değişiklik yapılarak sorunun çözülmesi gerektiğini ileri sürmektedir. WIBMER/PLÜSS, OR OFK, Art. 622 N. 25.” naklen: KIRKİT, s. 137.

¹¹⁰ MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, § 19 N 1022; HANDSCHIN/JUNG, ZK, Art. 624 N. 58; BÖCKLI, § 1 N. 593; SPOERLÉ, N. 77.

¹¹¹ ŞENOCAK, Kemal; “Anonim Ortaklıkta İskat Kararının Sonuçları”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi HFD, C. 11, s. 1-2, s. 279-296, s. 284-285.

¹¹² ŞENOCAK, s. 284-285.

SONUÇ

Rehin, kural olarak mülkiyetin kullanma, semerelerinden yararlanma ve tüketme haklarından tüketme hakkının yalnızca paraya çevirme yetkisi rehin alana geçer. Yönetime ilişkin haklar ise payın kullanma ve semerelerinden yararlanma yetkilerine ilişkindir. Dolayısıyla rehin, rehin alana yönetime ilişkin hakları bahşetmez.

Pay üzerinde rehin tesis edilmiş olması, doğrudan doğruya payın devri sonucuna yol açmaz. Payın devri ile doğrudan şirketin ortağı değişmekte ve bağlam hükümleri ile bu değişime karşı şirket korunmaktadır. Oysaki rehinde, teminat altına alınan alacağın ödenmemesi neticesinde paraya çevirme yoluna başvurulur. Cebri icra veya özel satış yoluyla paraya çevirme neticesinde pay el değiştirir. Rehin alanın bağlam koşullarını karşılaması veya karşılamamasının payın paraya çevrilmesinde etkisi yoktur. Zira paraya çevirme neticesinde, payı alan kişi pay sahibi sıfatını kazanacaktır.

Bağlam hükümlerinin rehne uygulanıp uygulanmayacağı noktasında kanun koyucu düzenleme yapmamışsa da uygulanmayacağı Türk ve İsviçre hukuku doktrininde kabul edilmektedir. Bağlı nama yazılı pay senetlerinin rehninde bağlam hükümleri uygulama alanı bulmadığından, rehin hakkının kurulması nama yazılı pay senetlerine ilişkin usulde gerçekleşir.

Borsaya kote edilmemiş bağlı nama yazılı payların cebri icra ile payların iktisabında, şirkete devralan kişiye payların gerçek değerini vererek devralma olanağı Kaçış klozu ile (TTK m. 493/IV hükmü) tanınmıştır. Borsaya kote edilmiş bağlı nama yazılı paylar bakımından ise anonimlik ön planda tutulmuş ve böyle bir imkân tanınmamıştır.

Bağlı nama yazılı pay senetlerinin rehninde bağlam hükümleri uygulanmayacağından, nama yazılı pay senedinin rehnine ilişkin usul uygulama alanı bulur. Nama yazılı pay senedi üzerinde rehin TMK m. 956 hükmü gereğince ciro veya devir beyanı ve zilyetliğin devri ile kurulur. TMK m. 955 hükmü çerçevesinde rehin tesis edilmesi de mümkündür. Ancak bu durumda kıymetli evraka ilişkin sonuçlar doğmaz.

Senetten doğan hakların devrine veya rehnine ilişkin devir beyanı ve zilyetliğin devri TMK m. 956 hükmü çerçevesinde rehin tesisi için başvurulabilecek yollardan ilkidir. Senet metni üzerine devir beyanı yazılırsa ciro hükmünde olacağı kabul edildiğinden, ayrı bir kâğıda devir beyanı yazıldığı durumda bu yola başvurulmuş olur. Rehin beyanı yönünden ise senet

metni üzerinde yer alması gerekir. Aksi takdirde TMK m. 955 hükmü çerçevesinde rehin tesis edilmiş olur.

TMK m. 956 hükmü çerçevesinde rehin tesisinin ikinci yolu ciro ve zilyetliğin devridir. Temlik cirosu, rehin cirosu ve tahsil cirosundan ibaret üç tür ciro ile rehin tesisi doktrinde kabul görmektedir. Tahsil cirosu ile rehin tesisinde TBK m. 19 hükmü çerçevesinde taraf iradelerinin rehin olduğunun tespiti gerekir. Beyaz cironun da rehin tesisinde kullanılabileceği doktrinde kabul edilmektedir. Ancak, rehin veren açısından doğuracağı mülkiyetin kaybı ile sonuçlanabilecek sakıncalar göz ardı edilmemelidir.

Bağlı nama yazılı pay senetlerinin rehninde kıymetli evraka ilişkin hükümler uygulama alanı bulduğu ölçüde iyiniyet korunur. TMK m. 956 hükmü usulüne göre rehin tesis edilmiş bağlı nama yazılı pay senedi üzerinde iyiniyetle rehin tesis edilebilmesi için kesintisiz ciro zinciri ve yetkisiz kişiden devralan kişinin iyiniyeti aranır. Örneğin; bağlı nama yazılı pay senedi adına ciro edilen; ancak bağlam hükümleri çerçevesinde şirket ortağı olamayan kişiden, rehin hakkı kazanılması halinde rehin hakkını kazanan kişinin iyiniyeti korunur. Pay senedinin geçersizliği, ıskat gibi hallerde ise payın kendisi mevcut olmadığından iyiniyet ile kazanılması söz konusu olamaz.

KAYNAKÇA

- ALTAY, Sıtkı Anlam, (2009). “İsviçre Türk Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Esas Sözleşmesel Bağlam”, İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri, İstanbul, 563-622.
- ARSLANLI, Halil, (1960). Anonim Şirketler, I. Umumi Hükümler (3. Bası). İstanbul.
- AYTAÇ, Zühtü, (1988). Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri, Ankara.
- BIRCHER, Eugen, (1946). Gutgläubiger Erwerb des Forderungspfandrechtes, Bern.
- BOZKURT, Tamer, (2016). Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam), İstanbul.
- BOZKURT, Tamer, (2021). Şirketler Hukuku (13. Bası). Ankara. (Şirketler Hukuku)
- BÖCKLI, Peter, (2009). Schweizer Aktienrecht (4. Aufl.). Zurich.
- CANSEL, Erol, (1967). Türk Menkul Rehni Hukuku-Teslim Şartlı Menkul Rehni, Ankara.
- DAVRAN, Bülent, (1972). Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul.
- EGLE, Carlo, (2018). Das schleichende Ende der Anonymität des Aktionärs, Zürich.
- ERDEM, Ercüment, (2012). “Nama Yazılı Hisse Senetlerine İlişkin Olarak Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Yeni TTK’nin Çözüm Önerileri”, XXV. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara, 97-127.
- ERGÜNE, Mehmet Serkan, (2016). “Anonim Şirket Payı Üzerinde Rehin Hakkı Kurulması”, İÜHFM, LXXIV, 739-755.
- ERGÜNE, Mehmet Serkan, (2020). Hukukumuzda Taşınır Rehninin Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu (2. Bası). İstanbul. (Taşınır Rehni)
- FISCHER, Willi / DRENCKHAN, Helke / GWELESSIANI, Michael / THEUS SIMONI, Fabiana, (2014). Handbuch Schweizer Aktienrecht, Basel.
- FORSTMOSER, Peter / MEIER-HAYOZ, Arthur / NOBEL, Peter, (1996). Schweizerisches Aktienrecht, Bern.
- GENCER, Abdullah Revaha, (2020). Kıymetli Evrakta Ciro Kavramı, İstanbul.
- GÖKSOY, Y. Can, (2001). Anonim Ortaklıkta Payın Rehni, Ankara.
- HANDSCHIN, Lukas (Hrsg.), (2016). Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Zürcher Kommentar), Allgemeine Bestimmungen, Art. 620-659b OR – Die Aktiengesellschaft, 2. Auflage, Zürich. (HANDSCHIN/İlgili Bölüm Yazarı, ZK)
- HENNRICH, Stephan, (2011). Die Aktienverpfändung im grenzüberschreitenden Effektingiroverkehr, Berlin.

- HONSELL, Heinrich (Hrsg.) / VOGT, Nedim Peter (Hrsg.) / WATTER, Rolf, (2016). Basler Kommentar – Obligationenrecht – II (5. Aufl.). Basel. (HONSELL/VOGT/WATTER/İlgili Bölüm Yazarı, BSK OR II)
- İMREGÜN, Oğuz, (1989). Anonim Ortaklıklar (4. Bası). İstanbul.
- KARASU, Rauf, (2008). “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XII(1-2).
- KENDİGELEN, Abuzer, (1994). Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul.
- KESKİN ŞERBETÇİOĞLU, Damla, (2019). Yediemin Sözleşmesi Yoluyla Anonim Şirket Payı Üzerinde Rehin Kurulması, İstanbul.
- KİRKİT, Ecem, (2022). Anonim Şirket Payının Rehni, Ankara.
- KLÄY, Hanspeter, (1997). Die Vinkulierung «Theorie und Praxis im neuen Aktienrecht», Basel, Frankfurt a.M.
- KÖPRÜLÜ, Bülent / KANETİ, Selim. (1982-83). Sınırlı Aynî haklar (2. Bası). İstanbul.
- KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta (Hrsg.) / WOLF, Stephan (Hrsg.) / AMSTUTZ, Marc (Hrsg.) / FANKHAUSER, Roland (Hrsg.), (2016). ZGB Kommentar - Schweizerisches Zivilgesetzbuch (3. Aufl.). Zürich. (KREN KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER/İlgili Bölüm Yazarı, OFK)
- MARTINI, Claudia K., (2013). Doktrin und Praxis der Wertpapierverpfändung, Basel.
- MEIER, Robert, (2005). Die Aktiengesellschaft, Ein Rechtshandbuch für die praktische Arbeit in der schweizerischen Aktiengesellschaft (3. Aufl.). Zürich.
- MEIER-HAYOZ, Arthur/VON DER CRONE, Caspar Hans, (2018). Wertpapierrecht (3. Aufl.). Bern.
- MOROĞLU, Erdoğan, (1996). “Nama Yazılı Pay Senetlerinin Devri ve Yargıtay Kararları”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIII, Ankara, 39-64. (Nama Yazılı)
- NAGEL, Thomas, (2015). “Die statutarische Vinkulierung nicht kotierter Namenaktien”, AJP/PJA, 190-202.
- OFTINGER, Karl /BÄR, Rolf, (1981). Das Fahrnispfand, Art. 884-918 ZGB, mit ergänzender Darstellung der im Gesetz nicht geordneten Arten dinglicher Sicherung mittels FahrnisKommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte (3. Aufl.), Zürich.

- ÖZTAN, Fırat, (1997). Kıymetli Evrak Hukuku (2. Bası). Ankara.
- POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal /ÇAMOĞLU, Ersin, (2017). Ortaklıklar Hukuku (13. Bası) C. II. İstanbul. (C. II)
- PULAŞLI, Hasan, (1992). Bağlı Nama Yazılı Hisse Senetleri, Ankara. (Bağlı)
- PULAŞLI, Hasan, (2021). Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları (9. Bası), Ankara. (Kıymetli Evrak)
- PULAŞLI, Hasan, (2022). Şirketler Hukuku Şerhi (4. Bası). C. III, Ankara. (Şerh C. III)
- ROBERTO, Vito (Hrsg.)/TRÜEB, Hans Rudolf (Hrsg.), (2016). Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich. (ROBERTO/TRÜEB/İlgili Bölüm Yazarı, CHK).
- SCHWERI, Rene, (1973). Die Verpfändung von Namenaktien, Bern.
- SIEGWART, Alfred, (1975). Das Obligationenrecht. 5.Teil: Die Aktiengesellschaft a: Allgemeine Bestimmungen (Art.620-659). Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Band 5, Zürich.
- SİRMEN, Lale, (1990). Alacak Rehni, Ankara.
- SEVİ, Ali Murat, (2018). Anonim Ortaklıkta Payın Devri (4. Bası). Ankara.
- SPOERLÉ, Philip, (2015). Die Inhaberaktie: Ausgewählte Aspekte unter Berücksichtigung der GAFI-Gesetzesrevision (Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht), Zürich.
- ŞENOCAK, Kemal, (2007). “Anonim Ortaklıkta Iskat Kararının Sonuçları”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi HFD, 11, (1-2), 279-296.
- TEKİNALP, Ünal, (2012). Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları Pay Defteri Hukuku ile, İstanbul.
- UZEL, Necdet, (2013). Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam, İstanbul.
- WIBMER, Jeannette K., (2016). Aktienrecht Kommentar, Zürich. (WIBMER/İlgili bölüm Yazarı, OR OFK)
- WÜRZER, Walter, (1982). Die Zuordnung der Rechte aus gespaltenen Aktien, Bern Stuttgart.
- VISCHER, Markus/LIEBERHERR, Samuel, (2016). “Due diligence bezüglich Eigentum an den Aktien beim Aktienkauf”, AJP/PJA, 293-304.
- VON BALLMOOS, Thomas, (1993). Der wertpapierrechtliche Verkehrsschutz, Bern Stuttgart Wien.

VON DER CRONE, Hans Caspar, (2014). Aktienrecht, Bern.

YASAMAN, Hamdi, (2013). Şirketler Hukuku ve Sermaye Piyasası Hukuku ile İlgili Makaleler, Mütalaalar, Bilirkişi Raporları C. II, İstanbul.

YILMAZ, Abdüssammed, (2020). Anonim Ortaklık Payının Rehin ve Hapis Haklarına Konu Olması, İstanbul.

YÜKSEL, Sinan H., (2013). “Borsaya Kote Edilmemiş Bağlı Nama Yazılı Payların Devrinde Şirketin Alım Önerisinde Bulunarak Onay İstemini Reddetme Hakkı(Kaçış Klozu)”, GÜHFD, (2), 159-218.

ZOBL, Dieter, (1996). Berner Kommentar IV, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte: Das Fahrnispfand (Fortsetzung), mit kurzem Überblick über das Versatzpfand, Art. 888-915 ZGB, Bern.

ULUSLARARASI HUKUK KAYNAKLARI ÇERÇEVESİNDE İŞ HUKUKUNDA CİNSİYET AYRIMCILIĞI

Gender Discrimination in Labour Law Within the Framework of International Law

Gülşah KONUK*

ÖZET

Toplumsal cinsiyet rolleri sebebiyle, çalışma hayatında cinsiyet temelli ayrımcılık, sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Özellikle aile sorumlulukları ve güçsüz kabul edilmeleri sebebiyle kadınlar, cinsiyete dayalı ayrımcılığa daha çok maruz kalıyor olsalar da toplumda kadının yapacağı iş olarak kabul edilen bazı meslekler bakımından erkeklerin de cinsiyet ayrımcılığı ile karşı karşıya kaldıkları durumlar olabilmektedir. Bununla birlikte son zamanlarda kendinden söz ettirmeye başlayan cinsel yönelim sebebiyle ayrımcılık da çalışma hayatında cinsiyete dayalı ayrımcılığın unsurlarından biri haline gelmiştir. Çalışma hakkı ve kendini geliştirme hakkı çerçevesinde bireylerin cinsiyete dayalı ayrımcılığa maruz kalmaları, aynı zamanda insan hakları ihlali niteliğindedir. Bu tür ayrımcı muameleleri engellemek üzere pek çok uluslararası düzenlemeye konuya ilişkin hükümler yer almaktadır. Bu düzenlemeler tek başına cinsiyet ayrımcılığını engellemeye muktedir olamamakta, bu hükümlerin yargı kararlarıyla desteklenmesi ve toplumsal cinsiyet rollerinin yol açtığı kalıp yargıların önüne geçilmesi gerekmektedir. Çalışmamızda, ilgili uluslararası düzenlemeler ve yargı kararları ile birlikte, Türk iş hukukundaki düzenlemeler ve yargı kararları çerçevesinde inceleme yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Cinsiyet ayrımcılığı, iş hukuku, uluslararası hukuk, insan hakları, eşitlik ilkesi.

Makalenin Geliş Tarihi: 23.08.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 29.11.2022.

* Doktora Öğrencisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: gulsah.konuk8@gmail.com, ORCID: 0000-0003-0214-0034.

ABSTRACT

Due to gender roles, gender-based discrimination in working life is a frequently encountered situation. Although women are more exposed to discrimination based on gender, especially because of their family responsibilities and being considered powerless, there may be situations where men are also faced with gender discrimination in terms of some professions that are considered to be women's jobs in society. However, discrimination due to sexual orientation, which has recently started to be mentioned, has also become one of the elements of discrimination based on gender in working life. Exposing individuals to discrimination based on gender within the framework of the right to work and the right to self-development is also a violation of human rights. There are provisions on the subject in many international regulations to prevent such discriminatory treatment. Only these regulations cannot prevent gender discrimination, these provisions should be supported by judicial decisions and stereo types caused by gender roles should be prevented. In our study, the relevant international regulations and judicial decisions, as well as the regulations and judicial decisions in Turkish labour law were examined.

Key Words: Gender discrimination, labour law, international law, human rights, principle of equality.

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABİDA	: Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AY.	: T.C. 1982 Anayasası
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
B. No	: Başvuru Numarası
C-	: Case
CEACR	: Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations
CEDAW	: Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women
ÇSGB	: Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı
D.	: Daire
der.	: Derleyen
E.	: Esas
EEC	: European Economic Community
GK	: Genel Kurul
HD	: Hukuk Dairesi
ILO	: International Labour Organization
K.	: Karar
m.	: Madde

MEB	: Milli Eğitim Bakanlığı
No.	: Numara
RG.	: Resmi Gazete
s.	: Sayılı/Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TEDAŞ	: Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi
TİHEK	: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu
TSK	: Türk Silahlı Kuvvetleri
v.	: Versus
vd.	: Ve devamı
vb.	: Ve benzeri
Y.	: Yargıtay

GİRİŞ

Dünya nüfusunun yarısının kadınlardan oluşması ve kadın nüfusun iş hayatına katılmamasının ekonomik sorunlara yol açtığı görülmüştür, kadınların eğitim düzeyinin artması ile birlikte çalışma hayatına katılma taleplerinin de artış göstermesi, özellikle kırsal bölgelerde kayıt dışı çalışan kadınların sosyal güvenlik imkanlarından yoksun kalması ve toplumsal cinsiyet tanımları sebebiyle kadınların maruz kaldığı ayrımcılığın önlenmesi amacıyla cinsiyet eşitliğine ilişkin ve kadınları koruyucu düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur.

Değişen toplumsal yapı içerisinde cinsel yönelim kavramı da belirginlik kazanmış ve insan hakları çerçevesinde cinsel yönelim sebebiyle istihdamda ayrımcılık yasağı da uluslararası düzenlemelerde telaffuz edilmeye başlamıştır.

Bu çalışmada öncelikle ayrımcılık türleri ele alındıktan sonra, Birleşmiş Milletler, Uluslararası Çalışma Örgütü, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği nezdinde düzenlenen belgelerde, istihdamda cinsiyet ayrımcılığına ilişkin hükümler ve mahkeme kararları çerçevesinde ilgili hükümlerin yorumu incelenecek, son olarak Türk hukukunun uluslararası normlara uyumu ve yargı içtihatlarında yorumu ele alınacaktır.

I. AYRIMCILIĞIN TANIMI ve TÜRLERİ

Ayrımcılık, AYM (Anayasa Mahkemesi)'nin tanımına göre “aynı durumdaki bireylere farklı, farklı durumdaki bireylere aynı muamelenin yapılması”² şeklinde tanımlanmaktadır. AİHM (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi) içtihatlarında ise makul ve geçerli bir nedene dayanmayan, dolayısıyla meşru bir amaç taşımayan veya araç ile amaç arasında orantılılık bulunmayan farklı muamele, ayrımcılık olarak tanımlanmaktadır³. Ayrımcılık yasağının temeli, insan onurunu korumak olup, yasağın bir toplumdaki tüm

² AYM, Ayla (Şenses) Kara Başvurusu, B. No: 2013/7063, 05.11.2015, (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası).

³ AİHM, Marckx v. Belçika, B. No: 6833/74, 13.06.1979, (<https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22fulltext%22:%5B%22CASE%20OF%20MARCKX%20v.%20BELGIUM%22%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-57534%22%5D%7D%7D>).

bireyler bakımından fırsat eşitliği ve adil imkanlar oluşturabilme amacı üzerine inşa edildiğini söylemek mümkündür⁴.

Ayrımcılık yasağı, eşitlik ilkesi ile birlikte ele alınmaktadır. Nitekim ayrımcılığın yasaklanması temel sebebi, eşitliğin sağlanması amacıdır. Bu noktada devlet, bireyler arasında hukuki eşitliği sağlamakla yükümlüdür⁵. Bir olayda ayrımcılığın olup olmadığının tespiti, eşitlik ilkesine aykırılığın bulunması üzerinden gerçekleşecektir⁶.

AB (Avrupa Birliği)'nin 2000/78 sayılı Direktifi'nde doğrudan ayrımcılık, bir kimsenin din, inanç, özrürlük, yaş ve cinsel tercihe dayalı nedenlere dayandırılarak, bir diğer kimsenin söz konusu duruma benzer hallerde gördüğü ya da zaten görüyor olduğu ya da görebileceği muameleden daha az uygun muameleye tabi tutulması olarak tanımlanmıştır⁷.

A. Doğrudan Ayrımcılık

Ayrımcılık türlerinden “doğrudan ayrımcılık”, aynı veya benzer durumda olan kişilerin, nesnel ve geçerli bir neden olmaksızın farklı muameleye tabi tutulmasıdır⁸. Doğrudan ayrımcılık bakımından, bir kimsenin aynı veya benzer durumdaki kimselere kıyasla daha istenmeyen bir muamele görmesi esastır.

AİHM kararlarında doğrudan ayrımcılık değerlendirmesi çerçevesinde, bireyin sahip olduğu ve “korunan hukuki menfaat” (ırk, din, cinsel yönelim vb.) kapsamına giren belirli bir özelliği sebebiyle ayrımcılığa tabi tutulması dikkate alınmaktadır⁹. Doğrudan ayrımcılık, icrai olarak görülebileceği gibi,

⁴ “Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı”, Avrupa Konseyi/Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, erişim 13 Mart, 2022, https://www.echr.coe.int/documents/handbook_non_discr_law_tur.pdf.

⁵ Emine Cin Karagöz, “Kadın-Erkek Eşitliği ve Ayrımcılık Yasağı Bağlamında Türkiye Eşitlik ve İnsan Hakları Kurumu’nun Yetkileri”, *Yasama Dergisi*, 32 (2017), s. 24.

⁶ Gözde Kaya, “Avrupa Birliği İş Hukuku’nda Cinsiyet Ayrımcılığı”, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2010, s. 98.

⁷ “İşe Alma ve Mesleki Açından Eşit Muamelenin Sağlanması İçin Genel Bir Çerçeve Oluşturan 2000/78/EEC Direktifi”, Avrupa Birliği Konseyi, erişim 13 Mart, 2022, <http://data.europa.eu/eli/dir/2000/78/oj>.

⁸ “Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı”, s.21.

⁹ “Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı”, s.22; AİHM, Carson ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, B. No: 42184/05, 16.03.2010, ([https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-97704%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-97704%22]})).

bir hakkın verilmemesi veya bir talebin yerine getirilmemesi vb. eylemsizlik şeklinde de ortaya çıkabilmektedir¹⁰.

6701 s. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda ise doğrudan ayrımcılık, “bir gerçek veya tüzel kişinin, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını, ayrımcılık temellerine dayanılarak engelleyen veya zorlaştıran her türlü farklı muamele” (m.2/1,d) olarak tanımlanmaktadır¹¹.

B. Dolaylı Ayrımcılık

Dolaylı ayrımcılık, farklı durumdaki kişilere aynı muamelenin yapılması şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Dolaylı ayrımcılıkta, görünüşte ayrımcılık teşkil etmeyen bir muamelenin sonuçlarının ayrımcı olması durumu söz konusudur¹². Belli özelliklere sahip bir kişinin, herkes için uygulanan bir muamelenin neticesinde, sahip olduğu özellikler sebebiyle hak kaybına uğraması hali, dolaylı ayrımcılık teşkil etmektedir¹³.

TİHEK Kanunu'nda ise “bir gerçek veya tüzel kişinin, görünüşte ayrımcı olmayan her türlü eylem, işlem ve uygulamalar sonucunda, Kanun'da sayılan ayrımcılık temelleriyle bağlantılı olarak, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanma bakımından nesnel olarak haklılaştırılmayan dezavantajlı bir konuma sokulması” (m.2/1,e) dolaylı ayrımcılık olarak tanımlanmaktadır.

Dolaylı ayrımcılığın unsurları; bir grubun, benzer durumdaki başkalarına kıyasla, tarafsız kabul edilen bir kural, ölçüt veya uygulamadan, önemli ölçüde daha olumsuz etkilenmesidir. Buna yönelik incelemede, benzer durumdakilere nazaran olumsuz etkilenen grubun çok büyük bir kısmının, korunan grup içindeki bireylerden oluşması dikkate alınmaktadır. Örneğin, yapılan uygulamanın erkeklerden çok daha fazla kadını etkilemesi halinde dolaylı ayrımcılıktan söz edilebilecektir¹⁴. AB'nin 2000/78 sayılı Direktifi'nde dolaylı ayrımcılık, görünüşte tarafsız bir hükmün, kriter ya da

¹⁰ Metin Bozkurt, *İşverenin Eşit Davranma Borcu*, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2020, s.60.

¹¹ RG, 20.04.2016, S. 29690.

¹² Kübra Doğan Yenisey, “Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları”, *Kamu-İş*, 6/4 (2002), s. 14.

¹³ Gizem Kaçan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Mahkemeleri Kararları Işığında Cinsel Yönelim Temelinde Ayrımcılık Yasağı”, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2019, s. 34.

¹⁴ “Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı”, s. 30.

uygulamanın, belirli bir din veya inancı, özü, cinsel yönelimi olan veya belirli bir yaşta olan kimseye diğer kimselerle karşılaştırıldığında sakınca oluşturması hali (m.2/2,b) olarak tanımlanmıştır¹⁵. Dolaylı ayrımcılığın ayrımcılık olarak değerlendirilmesinin sebebi, farklılıklar dikkate alınmaksızın, belirlenen kuralların herkese uygulanıyor olmasıdır.

C. Pozitif Ayrımcılık

Esas itibariyle denkleştirici ve eşitlikçi bir amacın yansıması olmakla birlikte ayrımcılık türleri arasında ele alınan pozitif ayrımcılık, dezavantajlı olan grubun, diğerleri ile eşit veya denk duruma getirilmesi için yapılan farklı muameleyi ifade etmekte ve bu çerçevede, eşitlik ilkesinin hukuki istisnasını teşkil etmektedir¹⁶. Pozitif ayrımcılık, fiilden sonra ortaya çıkan zararın tazminine yönelik olmayıp, daha az temsil edilen grubun karşılaşılabileceği sosyal ayrımcılığın zararlarını önleme amacı taşımaktadır¹⁷. Bununla birlikte pozitif ayrımcılığın hukuki temelini olabilmesi için, nitelik itibariyle eşit ve denk bireylerin kıyaslanması gerekmektedir. Örneğin, eğitim, tecrübe, yetkinlik vb. nitelikleri itibariyle bir işe kadın adaydan daha uygun olan erkek aday yerine kadın adayın alınması pozitif ayrımcılık olarak kabul edilemeyecektir. Böyle bir durumda pozitif ayrımcılıktan söz edilemeyeceği gibi eşitlik ilkesinin ters işlemesi söz konusu olacaktır¹⁸. Bu nedenle pozitif ayrımcılığın, her somut olayın özellikleri göz önünde tutularak belli ve sınırlı ilkeler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁹. Dolayısıyla bir cinsiyete tanınan ayrıcalık, eşitliği sağladığı ölçüde meşru kabul edilebilecektir²⁰.

D. Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık

Cinsiyet ayrımcılığı, kişinin nitelik ve yetenekleri göz ardı edilerek yalnızca cinsiyeti sebebiyle farklı muameleye tabi tutulmasıdır²¹. Cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağının temeli de inan onuruna, kadın ve erkeğin hukuken

¹⁵ Bkz. dipnot 3.

¹⁶ Bozkurt, 2020, s. 61.

¹⁷ Doğan Yenisey, 2002, s. 16.

¹⁸ Devrim Ulucan, "Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15/ Özel S. (2014), s. 377.

¹⁹ Ulucan, 2014, s. 369.

²⁰ Ulucan, 2014, s. 382.

²¹ Ahmet Terzioğlu ve Fatmanur Aksöz, "Çalışma Hayatında Cinsiyet Ayrımcılığı ve Türk İş Hukukunda Kadınları Korumaya Yönelik Düzenlemeler", *Çalışma ve Toplum*, 2022/1 (2022), s. 273.

eşitliğinin sağlanması amacına dayanmaktadır²². Nitekim ayrımcılık yasağı ile yalnızca işçiler arasında eşitliğin sağlanmasının ötesinde evrensel nitelikte bir öneme sahiptir²³.

Cinsiyete dayalı ayrımcılığın temel sebeplerinden biri de toplumsal cinsiyettir. Toplumsal cinsiyet, cinsiyete ilişkin biyolojik özelliklerin yanı sıra, içinde bulunulan toplumun kültürü ve cinsiyetlere yüklenen rolleri ifade etmektedir²⁴. Toplumsal cinsiyet kabulleri, kadın ve erkekler tarafından üstlenilecek roller bakımından bir ön kabul ve genelleme üzerinden hareket ederek, bireylerin kişisel yeteneklerini geliştirememelerine yol açabilmektedir²⁵. Toplumsal cinsiyet, biyolojik cinsiyetten farklı olarak, sosyal ve kültürel farklılıklar üzerinden şekillenmektedir²⁶. Kadınların toplumsal cinsiyet kabulleri sebebiyle çalışma hayatında karşı karşıya olduğu ayrımcılıkların başında, ucuz işgücü olarak değerlendirilerek düşük ücretlerle çalıştırılmaları, sosyal güvenceden yoksun bırakılmaları, yükselme imkanlarının daha sınırlı olması gibi durumlar gelmektedir²⁷. Eğitim ile toplumsal cinsiyet rolleri ve insan hakları konusunda toplumun farkındalık düzeyinin artırılması mümkün olabilecek ve eğitim, cinsiyete dayalı ayrımcılığın önlenmesi bakımından etkili bir araç olarak değerlendirilebilecektir²⁸.

Cinsiyete dayalı ayrımcılığın türlerinden biri olan cinsel yönelim sebebiyle ayrımcılık, bireyin homoseksüel veya biseksüel olması nedeniyle elverişsiz muamele görmesi olarak tanımlanmaktadır²⁹. AİHS (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) m.14'te düzenlenen ayrımcılık yasağında, cinsel yönelim sebebiyle ayrımcılığa doğrudan yer verilmemiş olsa da AİHM (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi) kararlarında korunan hukuki menfaatler arasında ele alındığı görülmektedir.

²² Kaya, 2010, s. 103; Melek Onaran Yüksel, *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği*, İstanbul: Beta, 2000, s. 28.

²³ Sarper Süzek, *İş Hukuku*, İstanbul: Beta, 2020, s.459.

²⁴ Doğan Yenisey, 2002, s. 2.

²⁵ A. Aslı Şimşek, "Bir İnsan Hakları İhlali ve Ayrımcılık Biçimi Olarak Toplumsal Cinsiyet Roller ve Kalıpyargıları: CEDAW Çerçevesinde Bir İnceleme", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11/2 (2020), s. 503.

²⁶ Kaya, 2010, s. 104; Murat Yüksel, "Hukuk Düşüncesinde Feminist Yaklaşım", *Prof. Dr. Fahman Tekil'in Anısına Armağan*, (2003), s. 904.

²⁷ Çağla Erdoğan, "İş Hukuku ve Toplumsal Cinsiyet", *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları*, der. Gülriz Uygur ve Nadire Özdemir, İstanbul: Seçkin Yayınevi, 2022, s. 434.

²⁸ Cin Karagöz, 2017, s. 28.

²⁹ "Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı", s. 97.

II. ULUSLARARASI HUKUK DÜZENLEMELERİ ÇERÇEVESİNDE İSTİHDAMDA CİNSİYETE DAYALI AYRIMCILIK

İş hukukunda ayrımcılık yasağının temelleri, dünya savaşlarından sonra belirginleşen sosyal ve ekonomik sorunlarla mücadele etme düşüncesine dayanmaktadır. Bu çerçevede insanların ırk, din, dil, cinsiyet, renk vb. özellikleri gözetilmeksizin, insan onuru sebebiyle eşit oldukları düşüncesi hakimiyet kazanmış ve işverenlerin çalışanlar arasında keyfi ayrımını engellemek üzere hukuki zemin oluşturulması ihtiyacı ortaya çıkmıştır³⁰.

Tarihsel süreç içerisinde özellikle kadınların çalışma yaşamının gerisinde kalan toplumsal grup olduğu görülmektedir. Bununla birlikte kadınların çalışma hayatına katılmaları, nüfusun yaklaşık yarısını oluşturmaları sebebiyle, yalnızca kendileri için değil, ülke ekonomisinin gelişmesi bakımından da önemlidir³¹.

Kadın çalışanların annelik ve toplumsal roller sebebiyle çalışma hayatında dezavantajlı konumda olmaları³², uluslararası düzenlemelerde kadın çalışanların istihdamda cinsiyet ayrımcılığına maruz kalmasını önlemek üzere hükümlere yer verilmesi ihtiyacına yol açmıştır. Söz konusu düzenlemelerde ağırlıklı olarak kadınların ayrımcılığa maruz kalmamasına ilişkin ifadeler yer almakla birlikte zamanla, cinsel yönelim sebebiyle ayrımcılığın yasaklanmasına ilişkin hükümlere de yer verildiği görülmektedir. Bahsi geçen uluslararası düzenlemeler, Birleşmiş Milletler ve ILO, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği uluslararası kuruluşlarının sözleşmeleri temelinde ele alınacaktır.

³⁰ Pir Ali Kaya, *Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık Karşılaştırmalı Teorik Bir Bakış*, Kocaeli: Umuttepe Yayınları, 2020, s. 47.

³¹ Oğuz Karadeniz ve Hakan Yılmaz, “Kadının İşgücüne Katılımını Etkileyen Faktörler”, *İş Dünyasında Kadın Raporu*, (2007), s.21; Terzioğlu/Aksöz, 2022, s. 268; Şebnem Gökçeoğlu Balcı, “Koruma mı Dışlama mı? Çalışma Mevzuatımızda Kadını Koruyucu Kimi Düzenlemelerin Kadın İstihdamı ve AB Normları Açısından Değerlendirilmesi”, *Çalışma ve Toplum*, 2017/3 (2017), s. 1263.

³² Terzioğlu ve Aksöz, 2022, s. 268.

A. BM Düzenlemelerinde İstihdamda Cinsiyet Ayrımcılığı

1. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

İnsan haklarına ilişkin uluslararası düzenlemelerin temelini teşkil eden İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin³³ 2. maddesinde, herkesin ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğuş veya herhangi başka bir ayırım gözetmeksizin, Bildirge ile ilan olunan bütün haklardan ve bütün özgürlüklerden yararlanabileceği düzenlenmiştir.

Beyanname'nin 23. maddesi ise çalışma hakkına ilişkin hükümler içermektedir. Maddede, herkesin çalışma, işini serbestçe seçme, adaletli ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkına, herkesin herhangi bir ayırım gözetmeksizin, eşit iş için eşit ücrete hakkına, herkesin kendisi ve ailesi için insan onuruna yaraşır ve gerekirse her türlü sosyal koruma önlemleriyle desteklenmiş bir yaşam sağlayacak adil ve elverişli bir ücret hakkına ve herkesin çıkarını korumak için sendika kurma veya sendikaya üye olma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir.

Beyanname'de doğrudan cinsiyet ayrımcılığına yönelik bir ibare yer almamakla birlikte, genel ifadeler tercih edildiği ve ayrımcılık yasağının herkesi kapsayacak şekilde düzenlendiği görülmektedir. Bu doğrultuda ilgili hükümler, cinsiyet veya cinsel yönelim sebebiyle ayırım gözetmeksizin, herkesi kapsamaktadır.

2. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nde³⁴ de öncelikle m.2/2'de Sözleşme'de beyan edilen hakların ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum gibi herhangi bir statüye göre ayrımcılık yapılmaksızın kullanılmasının güvence altına alındığı belirtilmiş, m.3'te ise cinsiyet eşitliği düzenlenmiştir. İlgili hükme göre Sözleşme'ye taraf devletler, Sözleşme'de yer alan bütün ekonomik, sosyal ve kültürel hakların kullanılmasında erkeklere ve kadınlara eşit haklar sağlamayı taahhüt etmektedir.

Sözleşme'nin, çalışma hakkının düzenlendiği 6. maddesinde ise taraf devletlerce herkese çalışma hakkının tanınacağı ve bu hakkın koruması için

³³ RG, 27.05.1949, S. 7212.

³⁴ RG, 11.08.2003, S. 25196.

gerekli tedbirlerin alınacağı düzenlenmiştir. “Adil ve uygun işte çalışma şartları” başlığı taşıyan 7. maddede ise bütün çalışanlara sağlanan asgari bir gelirle birlikte en azından, hiçbir ayrıma tabi tutulmaksızın özellikle kadınların erkeklerin çalışma şartlarından daha alt düzeyde olmayan şartlarda çalışmaları güvence altına alınarak, eşit işe eşit ve adil ücret; Sözleşme’nin hükümlerine uygun olarak, kendisi ve ailesi için nezih bir yaşam; güvenli ve sağlıklı çalışma şartları; herkesin işinde daha yüksek mevkilere atanma sırasında, kıdem ve ehliyetten başka bir ölçüye tabi olmaksızın, eşit imkanlar; dinlenme, çalışma arası, çalışma saatlerinin makul ölçüde sınırlandırılması ile ücretli yıllık izin ve resmi tatillerde ücret verilmesi hakkının korunmasına dikkat çekilmiştir. Madde hükmünde çalışma şartları bakımından özellikle kadın-erkek eşitliğinin sağlanmasının ve cinsiyet ayrımcılığı yapılmamasının vurgulanması önem taşımaktadır.

“Ailenin, anneliğin, çocukların ve gençlerin korunması” başlığı taşıyan 10. maddesinde ise annelere doğumdan önce ve sonra makul bir süre özel koruma sağlanacağı, çalışan annelere bu dönem için ücretli izin veya yeterli sosyal güvenlikle yararlanabilecekleri bir izin verileceği düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi Sözleşme’de cinsiyet ayrımcılığının önüne geçilmesine yönelik hükümlerin yanı sıra, çalışma hayatında kadınları koruyan hükümlere de yer verilmiştir.

3. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin³⁵ 3. maddesi “cinsiyet eşitliği” başlığı taşımakta ve maddede Sözleşme’ye taraf devletlerin, Sözleşme’de yer alan bütün kişisel ve siyasal hakların kullanılmasında eşit haklar sağlamayı taahhüt edeceği belirtilmiştir. 22. maddede ise örgütlenme özgürlüğü hakkı düzenlenmiş ve herkesin başkalarıyla bir araya gelerek örgütlenme özgürlüğü hakkına, kendi menfaatlerini korumak için sendika kurma ve sendikaya katılma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir.

4. Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Sözleşme (CEDAW)

Birleşmiş Milletler’in kadın hakları ve cinsiyet ayrımcılığının önlenmesine ilişkin en önemli düzenlemelerinden biri olan CEDAW³⁶, pek çok

³⁵ RG, 18.06.2003, S. 25142.

³⁶ RG, 14.10.1985, S. 18898.

uluslararası düzenlemeye de temel teşkil etmiştir. Sözleşme’de öncelikle kadınlara karşı ayrımcılığın tanımına yer verilmiş ve “siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, kişisel veya diğer alanlardaki kadın ve erkek eşitliğine dayanan insan haklarının ve temel özgürlüklerin, medeni durumları ne olursa olsun kadınlara tanınmasını, kadınların bu haklardan yararlanmalarını veya kullanmalarını engelleme veya hükümsüz kılma amacını taşıyan veya bu sonucu doğuran cinsiyete dayalı herhangi bir ayırım, dışlama veya kısıtlama” şeklinde tanımlanmıştır.

Çalışma hakkını düzenleyen 11. maddede ise istihdam alanında erkekler ile kadınların eşitliğini sağlamak üzere kadınlara karşı ayrımcılığı tasfiye etmek için kadınlara aynı hakların ve özellikle her insanın vazgeçilmez bir hakkı olan çalışma hakkı; istihdam konularında seçim yapılırken aynı ölçülerin uygulanması da dahil, aynı istihdam imkanlarından yararlanma hakkı; mesleğini ve işini serbestçe seçme hakkı, meslekte ilerleme hakkı, iş güvenliğine sahip olma ve hizmet karşılığı imkanlardan ve menfaatlerden yararlanma hakkı ile, çıraklık eğitimi, ileri düzeyde mesleki eğitim ve bilgi yenileme eğitimi gibi mesleki eğitim ve yenileme eğitimi alma hakkı; tazminatlar da dahil eşit ücret alma ve eşit değerde yapılan işe karşı eşit muamele görme ile birlikte işin niteliğinin değerlendirilmesinde eşit muamele görme hakkı; emeklilik, işsizlik, hastalık, malullük, yaşlılık ve diğer iş göremezlik gibi hallerde sosyal güvenlik hakkı ile birlikte ücretli izin hakkı; sağlığın korunması ve doğurganlık yeteneğinin korunması da dahil, çalışma şartlarında güvenlik hakkı temin edilmesine vurgu yapılmıştır.

Evlilik veya annelik sebepleriyle kadına karşı ayrımcılık yapılmasını engellenmek ve çalışma hakkını etkili bir biçimde korumak için hamilelik veya annelik izni sebebiyle işe son verilmesini ve medeni duruma dayanılarak işten çıkarma şeklinde ayrımcılık yapılmasını cezaya tabi tutarak yasaklama; işi, işte kıdemi veya sosyal hakları kaybetmeden ücretli olarak veya buna benzer menfaatler sağlanarak annelik izni verilmesine dair düzenleme yapma; anne ve babanın aile içi yükümlülüklerini, çalışma yaşamındaki sorumluluklarıyla ve toplumsal yaşama katılmalarıyla uyumlaştırebilmeleri için, özellikle çocuk bakım kurumlarının kurulmasını ve geliştirilmesini istemek suretiyle, gerekli destekleyici sosyal hizmetlerin sağlanmasını teşvik etme; hamilelik sırasında kendilerine zarar verebilecek işlerde çalışan kadınların özel olarak korunmasını sağlama; bu koruyucu yasal önlemlerin, bilimsel ve teknolojik bilgiler ışığında periyodik olarak gözden geçirilmesi ve gerekli görüldüğü takdirde düzeltilmesi, kaldırılması veya genişletilmesi için tedbirlerin alınması gerektiğine yer verilmiştir.

Sözleşme, kırsal alandaki kadınların haklarına ilişkin hüküm içermesi bakımından ayrıca önem taşımaktadır. Sözleşme'nin 14. maddesinde, kırsal alanda yaşayan ve kayıt dışı sektörlerde çalışarak ailelerinin ekonomik yaşamlarına önemli katkıda bulunan kadınların karşılaştıkları özel sorunların dikkate alınması ve Sözleşme hükümlerinin kırsal alanda yaşayan kadınlara uygulanmasını sağlamak için gerekli her türlü tedbirin alınması, erkekler ile kadınlar arasında eşitliği sağlamak üzere, kırsal alanda meydana gelen gelişmelere katılmaları ve bu gelişmelerden yararlanmaları için kırsal alanda yaşayan kadınlara karşı ayrımcılığı tasfiye etmek üzere gerekli her türlü tedbirin alınması ve bu kadınlara özellikle her düzeydeki planlamanın yapılmasına ve uygulanmasına katılma hakkı; aile planlamasında bilgilendirme, danışmanlık ve hizmet verme de dahil, yeterli sağlık hizmetinden yararlanma hakkı; sosyal güvenlik programlarından doğrudan yararlanma hakkı; okuma-yazma ile ilgili öğretim de dahil, teknik yeterliliklerini artırmak için halka açık olan ve geliştirmeye yönelik hizmetler ile birlikte her türlü resmi veya gayri resmi eğitim ve öğretimden yararlanma hakkı; adam çalıştırma veya çalışma suretiyle ekonomik imkanlardan eşit bir biçimde yararlanmalarını sağlamak için ferdi gruplar ve topluluklar örgütlenme hakkı; her türlü toplumsal faaliyetlere katılma hakkı; tarımsal kredi ve borç alma, pazarlama imkanlarına ulaşma, toprak ve tarım reformunda gerekli teknolojiden yararlanma ve eşit muamele görme ile iskan programlarından yararlanma hakkı; konut, sağlık, aydınlanma, içme suyu, ulaşım ve iletişim hizmetleriyle ilgili yeterli yaşam standartlarından yararlanma haklarının tanınması gerekliliğine işaret edilmiştir.

B. ILO Düzenlemelerinde İstihdamda Cinsiyet Ayrımcılığı

1. Philadelphia Bildirgesi

ILO'nun Amaç ve Hedeflerine İlişkin Philadelphia Bildirgesi'nde ırk, inanç ve cinsiyetleri ne olursa olsun bütün insanların, maddi ilerlemelerini ve manevi gelişmelerini, hür ve haysiyetli bir şekilde, ekonomik güvence altında ve eşit şartlarda sürdürme hakkına sahip oldukları belirtilmiştir. Bildirge'de ayrıca, tam istihdamın sağlanması ve hayat seviyesinin yükseltilmesi için bazı yükümlülöklere yer verilmiştir³⁷.

³⁷ “Eşdeğerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında Sözleşme”, ILO, erişim 12 Mart, 2022, (https://www.ilo.org/ankara/about-us/WCMS_412361/lang--tr/index.htm).

2. 100 No'lu Eşdeğerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında Sözleşme

Sözleşme'de "eşit değerde iş için erkek ve kadın işçiler arasında ücret eşitliği"nin, cinsiyet esasına dayanan bir ayırım gözetmeksizin tespit edilmiş bulunan ücret hadlerini ifade ettiği belirtilmiştir. Sözleşme'de ayrıca, üye devletlerin, eşit değerde iş için erkek ve kadın işçiler arasında ücret eşitliği prensibini teşvik etmeyi ve bu prensibin bütün işçilere uygulanmasını temin etme yükümlülüğüne yer verilmiştir.

3. 111 No'lu Ayırmıcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesi

Türkiye tarafından da onaylanan Sözleşme'de³⁸ ayırımı, ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal inanç, ulusal veya sosyal menşe bakımından yapılan iş veya meslek edinmede veya edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan her türlü ayrılık, ayrı tutma veya üstün tutmayı ifade ettiği belirtilmiştir. Sözleşme'ye taraf devletlerin, Sözleşme'de ele alınan anlamda her türlü ayırımı ortadan kaldırmak maksadıyla iş veya meslek edinmede ve edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği geliştirmeyi hedef tutan milli bir politika tespit ve takip etmeyi taahhüt ettikleri öngörülmüştür.

4. 156 No'lu Aile Sorumlulukları Olan Kadın ve Erkek İşçilere Eşit Davranılması ve Eşit Fırsatlar Tanınması Hakkında Sözleşme

Sözleşme'de³⁹ kadın ve erkek işçilere etkili bir şekilde fırsat eşitliği ve eşit muamele sağlanması amacıyla, her bir üye devletin, bir işle iştigal etmekte olan veya etmeyi arzulayan, aynı zamanda da aile sorumlulukları bulunan kişilerin bu haklarını ayırmıcılığa uğramaksızın ve mümkün olduğu oranda, işleri ile aile sorumlulukları arasında uyumsuzluk çıkmaksızın kullanabilmesini sağlamak amacını bir ulusal politika hedefi haline getirme yükümlülüğüne yer verilmiştir (m.3).

Sözleşme'nin 4. maddesinde, aile sorumlulukları olan çalışanların çalışma hakkını serbestçe kullanmalarını desteklemek ve bu kişilerin çalışma kayıt ve koşullarındaki ve sosyal güvenlikteki gereksinimlerini dikkate almak

³⁸ RG, 21.9.1967, S. 12705.

³⁹ "Aile Sorumlulukları Olan Kadın ve Erkek İşçilere Eşit Davranılması ve Eşit Fırsatlar Tanınması Hakkında Sözleşme", ILO, erişim 13 Mart, 2022, (https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C156).

amacıyla, ulusal durum ve koşullara uygun tüm önlemlerin alınması gerektiği, 6. maddesinde ise üye devletler tarafından, kadın ve erkek işçilere fırsat eşitliği ve eşit muamele sağlanması ilkesinin ve aile sorumlulukları bulunan işçilerin sorunlarının daha geniş kitlelerce anlaşılması, ayrıca bu sorunların üstesinden gelinmesini kolaylaştıracak bir kamuoyu ortamı oluşturmaya yardımcı olacak bilgi ve eğitimin teşviki için uygun tedbirlerin alınacağı belirtilmiştir. Aile sorumlulukları olan çalışanların bu sorumluluklar nedeniyle işgücü piyasasıyla bütünleşmelerini, piyasada kalmalarını ve işgücü piyasasından ayrılıp tekrar dönmelerini sağlayacak mesleki rehberlik ve staj dahil olmak üzere ulusal durum ve koşullara uygun tüm önlemlerin alınması gerekliliğine de yer verilmiştir (m.7).

Sözleşme’de ayrıca, kamusal veya özel nitelikte olması önem arz etmeksizin, çocuk bakımı ve aile hizmetleri ve tesisleri gibi kamu yararına yapılan hizmetlerin geliştirilmesi ve teşviki için ulusal koşul ve olanaklara uygun tüm tedbirlerin alınacağı düzenlenmiştir. Sözleşme, Türkiye tarafından onaylanmamıştır.

5. 158 No’lu Hizmet İlişisine Son Verilmesi Sözleşmesi

Sözleşme’nin 5. maddesinde iş sözleşmesine son verme için geçerli bir neden teşkil etmeyecek hallere verilen örnekler arasında, doğum izni esnasında işe gelmeme de sayılmıştır. Türkiye de Sözleşme’yi onaylamıştır⁴⁰.

103 No’lu Sözleşme’nin 9. maddesinde de benzer şekilde, işverenin kadının doğum iznini kullanması sebebiyle hizmet sözleşmesini feshedemeyeceği ya da bildirim süresinin doğum iznine rastladığı bir fesihte bulunamayacağı da belirtilmiştir⁴¹.

6. 183 No’lu Anneliğin Korunması Sözleşmesi

Sözleşme’nin⁴² “İş Güvencesi ve Ayrımcılık Yasağı” başlığı taşıyan 8. maddesinde, bir işverenin, istihdam ettiği bir kadının işine hamilelik ya da çocuk doğurma ve bunun neticeleri ya da çocuk emzirme ile ilgisi

⁴⁰ RG, 12.10. 1994, S. 22079.

⁴¹ “Maternity Protection Convention”, ILO, erişim 13 Mart, 2022, (https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C103)

⁴² “Anneliğin Korunması Sözleşmesi”, ILO, erişim 14 Mart, 2022, (https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C183).

bulunmayan gerekçelere dayanılarak gerçekleştirilmiş olmadıkça, hamilelik izin sürelerinde veya işe dönmesini müteakiben ulusal yasa veya düzenlemeler tarafından öngörülen süre içerisinde son vermesinin hukuka aykırı sayılacağı düzenlenmiştir. İşten çıkarma gerekçelerinin hamilelik ya da çocuk doğurma ve bunun neticeleri ya da çocuk bakımıyla ilgisi olmadığını ispat yükü ise işveren üzerindedir. Kadınların, annelik izninin sonunda eski görevine veya eşit oranda kazanç sağlayacağı başka bir göreve dönme hakkı, madde hükmü ile güvence altına alınmıştır.

Sözleşme’de üye devletlerin, anneliğin, işe erişimi de içerecek şekilde, istihdam alanında bir ayrımcılık kaynağı oluşturmamasını sağlamak için uygun tedbirleri alma yükümlülüğüne yer verilmiştir. Söz konusu tedbirler; ulusal yasa veya düzenlemeler kapsamında hamile veya emziren kadınlar için yasaklanmış ya da sınırlandırılmış işler veya kadının ve çocuğun sağlığına yönelik bilinen veya önemli bir risk taşıyan işler için ulusal yasa ve düzenlemeler tarafından gerekli kılındığı durumlar dışında işe başvuran bir kadından hamilelik testi yaptırmasının veya böyle bir test sonucunu getirmesinin şart koşulması yasağını da içermektedir. Türkiye, Sözleşme’yi onaylamamıştır.

Bunlarla birlikte, 45 No’lu Her Nevi Maden Ocaklarında Yer altı İşlerinde Kadınların Çalıştırılmaması Hakkında Sözleşme⁴³, 89 No’lu Gece Çalışması (Kadın) Hakkında Yeniden Gözden Geçirilmiş Sözleşme⁴⁴ ve 171 No’lu Gece Çalışması Hakkında Sözleşme⁴⁵ de, kadın çalışanlara yönelik pozitif ayrımcılık içeren ILO sözleşmeleridir.

C. Avrupa Konseyi Düzenlemelerinde İstihdamda Cinsiyet Ayrımcılığı

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Sözleşme’nin⁴⁶ 14. maddesinde ayrımcılık yasağı düzenlenmekte ve Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanmada, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir

⁴³ RG, 23.06.1937, S. 3638.

⁴⁴ “Gece Çalışması (Kadın) Hakkında Yeniden Gözden Geçirilmiş Sözleşme”, ILO, erişim 14 Mart, 2022, https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312234:NO.

⁴⁵ “Gece Çalışması Hakkında Sözleşme”, ILO, erişim 14 Mart, 2022, https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100::NO:12100:P12100_INST_RUMENT_ID:312316.

⁴⁶ RG, 19.03.1954, S. 8662.

azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmemesinin sağlanması öngörülmüştür. 14. madde, Sözleşme ve ek protokollerde yer alan haklarla birlikte ele alınmaktadır ancak bu durum, 14. maddenin ihlali için ilişkilendirilen diğer hakkın da ihlal edilmiş olmasını gerekli kılmamaktadır⁴⁷.

2000 tarihli Sözleşme'ye Ek 12 No'lu Protokol'ün⁴⁸ ilk maddesinde de ayrımcılığın genel olarak yasaklanması, hukuken temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanması gerektiği ve hiç kimsenin, hiçbir gerekçeyle, hiçbir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamayacağı düzenlenmiştir. Protokol, Türkiye tarafından henüz onaylanmamıştır.

2. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı

Şart'ın⁴⁹ adil bir ücret hakkının düzenlendiği 4. maddesinde, akit tarafların, adil bir ücret hakkına etkin bir geçerlilik kazandırmak üzere; çalışan erkeklerle kadınlara eşit işe eşit ücret hakkını tanımayı; tüm çalışanların işlerine son verilmeden önce uygun bir bildirim süresi hakkını kabul etmeyi taahhüt ettiklerine yer verilmiştir.

1996 tarihli Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın, istihdam ve meslek konularında cinsiyete dayalı ayırım yapılmaksızın fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkına ilişkin 20. maddesinde, Sözleşme'ye taraf devletlerin, istihdam ve meslek konularında cinsiyete dayalı ayırım yapılmaksızın fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkının etkili bir biçimde kullanımını sağlamak amacıyla, bu hakkı tanımayı ve bunun özellikle işe giriş, işten çıkarılmaya karşı korunma ve yeniden işe yerleştirilme; mesleki yönlendirme, eğitim, yeniden eğitim ve rehabilitasyon; istihdam koşulları ve ücreti de kapsayan çalışma koşulları; yükselmeyi de kapsayan meslekte ilerleme alanlarında uygulanmasını sağlamak ve teşvik etmek için uygun önlemler almayı taahhüt ettikleri belirtilmiştir.

⁴⁷ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancaktar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 400.; Kaçan, 2019, s. 45.

⁴⁸ "2000 Tarihli Sözleşmeye Ek 12 No'lu Protokol", Avrupa Konseyi, erişim 14 Mart, 2022, https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf.

⁴⁹ RG, 09.04.2007, S. 26488.

Ayrımcılık yasağının düzenlediği madde E’de ise, Şart’ta yer alan haklardan yararlanmanın ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da başka görüşler, ulusal ya da sosyal köken, sağlık, ulusal bir azınlığa mensubiyet, doğum ya da başka statüler gibi nedenlere dayanan hiçbir ayrımcılığa tabi olmaksızın sağlanacağına yer verilmiştir.

1988 tarihli Avrupa Sosyal Şartı Ek Protokolü⁵⁰ II. Bölüm m.1’de tüm çalışanların, istihdam ve meslek konularında cinsiyete dayalı ayırım yapılmaksızın fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkına sahip olduğuna yer verilmiştir. Maddede ayrıca, cinsiyete dayalı ayırım yapılmaksızın istihdam ve meslek konularında fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkının etkili bir biçimde kullanımını sağlamak amacıyla taraf devletlerin, işe giriş, işten çıkarılmaya karşı korunma ve yeniden işe yerleştirilme; mesleki yönlendirme, eğitim, yeniden eğitim ve rehabilitasyon; istihdam şartları ve ücreti de kapsayan çalışma koşulları; yükselmeyi de kapsayacak şekilde, meslekte ilerleme konularında ayrımcılık yapılmamasını sağlamayı taahhüt ettikleri düzenlenmiştir. Bununla birlikte özellikle gebelik, loğusa ve doğum sonrası dönem ile ilgili olarak kadının korunmasına; fiili eşitsizliklerin giderilmesini amaçlayan özel önlemlerin alınmasına; nitelikleri ya da yerine getirilme koşulları nedeniyle yalnızca belli bir cinsiyetten olan kişilere ilişkin mesleki etkinliklerin ayrımcılık kapsamı dışında tutulabileceği belirtilmiştir.

3. İstanbul Sözleşmesi

Sözleşme’de⁵¹ “toplumsal cinsiyet”in tanımına yer verilmiş, herhangi bir toplumun, kadınlar ve erkekler için uygun olduğunu düşündüğü sosyal anlamda oluşturulmuş roller, davranışlar, faaliyetler ve özellikler olarak tanımlanmıştır. Temel haklar, eşitlik ve ayrımcılık yapılmaması başlıklı 4. maddede, Sözleşme’ye taraflar devletlerce, kadınlara karşı her türlü ayrımcılığı kınamak ve ayrımcılığı önlemek üzere, özellikle ulusal anayasalarında veya ilgili diğer mevzuata kadın erkek eşitliği ilkesini dahil etme ve bu ilkenin uygulamada gerçekleştirilmesini temin etme; yerine göre, yaptırımların uygulanması yolu da dahil olmak üzere, kadınlara karşı ayrımcılığın yasaklanması; kadınlara karşı ayrımcılık yapan yasa ve uygulamaları yürürlükten kaldırma dahil olmak üzere, gerekli yasal ve diğer

⁵⁰ “1988 tarihli Avrupa Sosyal Şartı Ek Protokolü”, Avrupa Konseyi, erişim 14 Mart, 2022, (https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2712020130451078a_tur.pdf).

⁵¹ “İstanbul Sözleşmesi”, Avrupa Konseyi, erişim 14 Mart, 2022, (https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2712020130451078a_tur.pdf).

tedbirlerin alınması öngörülmüştür. Tarafların, Sözleşme hükümlerinin cinsiyet, toplumsal cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka tür görüş, ulusal veya sosyal köken, bir ulusal azınlıkla bağlantılı olma, mülk, doğum, cinsel yönelim, toplumsal cinsiyet kimliği, sağlık durumu, engellilik, medeni hal, göçmen veya mülteci statüsü veya başka bir statü gibi, herhangi bir temele dayalı olarak ayrımcılık yapılmaksızın uygulanmasını temin etme yükümlülüğüne yer verilmiştir.

Sözleşme, toplumsal cinsiyetin tanımına yer veren ilk uluslararası düzenleme olması sebebiyle önem taşımaktadır⁵². Sözleşme’de toplumsal cinsiyet konusunda hassasiyet gerektiren politikaların ve kadınlarla erkekler arasında eşitliğe ve kadınların güçlendirilmesine ilişkin politikaların yaygınlaştırılması ve etkili bir biçimde uygulanması vurgulanmıştır.

Türkiye, Sözleşme’yi imzalayan ilk ülkelerden biri olup, 14.03.2012 tarihinde TBMM tarafından Sözleşme onaylanmış ve Sözleşme’de yer alan ilkeler çerçevesinde 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun hazırlanmıştır. Ancak 20.03.2021 tarihinde Cumhurbaşkanı kararıyla, Türkiye’nin Sözleşme’den çekildiği duyurulmuş ve 01.07.2021 tarihinde ise çekilme kararı yürürlüğe girmiştir.

D. Avrupa Birliği Düzenlemelerinde İstihdamda Cinsiyet Ayrımcılığı

1. Temel AB Sözleşmeleri

Avrupa Ekonomi Topluluğu’nu kuran 1957 tarihli Roma Antlaşması’nın⁵³ 119. maddesinde aynı iş için kadın ve erkek işçilere eşit ücret ödenmesi ilkesinin uygulanması ve “cinsiyet farkı gözetmeksizin eşit ücret ödenmesi” ile, parça başına göre ücreti ödenen aynı iş için yapılacak ödemelerde aynı ölçü biriminin esas alınması, zaman esasına göre çalışmada aynı iş için yapılan ödemenin aynı olması anlamı taşıdığı belirtilmiştir.

Roma Antlaşması’nın bazı maddelerinde değişiklik yapan ve üye devletler arasında sosyal ve ekonomik bütünlüğün sağlanması amacı taşıyan Maastricht Antlaşması’nda⁵⁴ da kadın ve erkekler arasında fırsat eşitliğinin

⁵² Kadriye Bakırcı, “İstanbul Sözleşmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2015/4 (2015), s. 135.

⁵³ “Roma Antlaşması”, Avrupa Ekonomi Topluluğu, erişim 15 Mart, 2022, <http://data.europa.eu/eli/treaty/teec/sign>.

⁵⁴ “Maastricht Antlaşması”, Avrupa Birliği, erişim 15 Mart, 2022, <http://data.europa.eu/eli/treaty/teu/sign>.

sağlanması, işçilerin sağlık ve güvenliklerinin korunması ve çalışma koşullarının iyileştirilmesine ilişkin maddeler yer almaktadır.

2 Ekim 1997 tarihli *Amsterdam Antlaşması*⁵⁵ ile de Roma Antlaşması'nın 119. maddesinde içeriğinde değişiklik yapılmış ve eşit işe eşit ücret ifadesi yerine eşit değerde işe eşit ücret ilkesi benimsenmiştir.

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda⁵⁶ erkekler ve kadınlar arasında eşitliğin düzenlendiği 23. maddede, istihdam, çalışma ve ücret dahil olmak üzere bütün alanlarda eşitliğin sağlanması gerekliliğine, ayrıca yeterli şekilde temsil edilmeyen cinsin lehine belirli avantajlar sağlanmasını öngören önlemlerin sürdürülmesinin veya benimsenmesinin eşitlik ilkesini engellemeyeceğine yer verilmiştir.

ABİDA (Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma)'nın⁵⁷ 8. maddesinde Birlik'in tüm faaliyetlerinde, erkekler ile kadınlar arasındaki eşitsizliği gidermek ve eşitliği desteklemek için çaba göstereceği belirtilmiş, m.153/1'de de üye devletlerin işgücü piyasasındaki fırsatlar ve işyerindeki muamele bakımından kadın ve erkek arasında eşitliği sağlamaya ve sosyal dışlanma ile mücadeleye yönelik faaliyetleri destekleyeceklerine yer verilmiştir. 157. maddede, kadın ve erkek işçilere, aynı veya eşit değerde iş için eşit ücret ilkesinin uygulanmasının sağlanacağı belirtilmiş ve cinsiyet temelinde ayrımcı olmayan eşit ücretin parça başına ücret ödenen aynı iş için ücretin aynı ölçü birimine göre hesaplanmasını, zaman esasına göre ücret ödenen işlerde aynı iş için aynı ücretin uygulanmasını ifade ettiğine yer verilmiştir. Aynı veya eşit değerde iş için eşit ücret ilkesi dahil olmak üzere, istihdam ve meslek konularında erkekler ve kadınlara eşit fırsatlar ve eşit muamele ilkelerinin uygulanmasını sağlayan tedbirlerin alınacağı ve çalışma hayatında erkekler ve kadınlar arasında uygulamada tam eşitliği sağlamak için, üye devletlerin, yetersiz temsil edilen cinsiyetin mesleki faaliyette bulunmasını veya mesleki kariyerlerindeki dezavantajların engellenmesini veya telafi edilmesini kolaylaştırmaya yönelik belirli avantajlar sağlayan tedbirler almalarının eşitlik ilkesini engellemeyeceği de madde metninde yer almıştır.

⁵⁵ "Amsterdam Antlaşması", Avrupa Birliği, erişim 16 Mart, 2022, <http://data.europa.eu/eli/treaty/ams/sign>.

⁵⁶ "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı", Avrupa Birliği, erişim 16 Mart, 2022, https://sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2018/11/Avrupa_Birligi_Temel_Haklar_Sarti%E2%80%8B.pdf.

⁵⁷ "Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma", Avrupa Birliği, erişim 16 Mart, 2022, <https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>.

2. İstihdamda Cinsiyet Ayrımcılığının Önlenmesine İlişkin AB Direktifleri

a. Sosyal Güvenlik Konularında Kadın ve Erkekler Arasında İşlem Eşitliği İlkesinin Aşamalı Olarak Uygulamaya Konulmasına İlişkin Direktif

Direktif'te⁵⁸ işlem eşitliği ilkesinin özellikle, rejimlerin uygulama alanı ve rejimlere giriş koşulları, prim ödeme yükümlülüğü ve primlerin hesaplanması, eş ve geçindirilen kimse olarak ödenmesi gereken zamlar ve yardımlardan yararlanma hakkının süresi ve devamı dahil olmak üzere yardımların hesaplanması ile ilgili olarak, özellikle evlilik veya aile durumunu göz önünde tutarak doğrudan veya dolaylı biçimde cinsiyete dayandırılan her türlü ayrımcılığın yapılmamasını öngördüğü belirtilmiş, kadının analık nedeniyle korunmasına ilişkin hükümlerin işlem eşitliği ilkesine hâlel getirmeyeceği vurgulanmıştır (m.4).

b. Hamile, Loğusa veya Emzikli Kadın Çalışanların İşte Sağlık ve Güvenliklerinin İyileştirilmesine İlişkin Asgari Önlemlerin Belirlenmesine İlişkin Direktif

Direktif'te⁵⁹ hamile, loğusa veya emzikli kadın çalışanların kadın ve erkeğe eşit muamele yapılmasına ilişkin direktif hükümleri dışında tutulması gerektiği, bazı faaliyet türlerinin hamile, loğusa veya emzikli kadınları tehlikeli iş, yöntem veya çalışma koşullarına maruz bırakmak gibi özel bir risk grubu oluşturabileceği ve böyle risklerin belirlenip sonuçlarının kadın çalışanlar veya onların temsilcilerine bildirilmesi gerekliliği düzenlenmiştir. Kadın çalışanların sağlık ve güvenliklerini tehdit eden risklerin oluşup oluşmadığının daima izlenmesi ve elde edilen sonuçlara göre kadın çalışanların korunması için gerekli önlemlerin alınması gerekliliğine, hamile, loğusa veya emzikli kadın çalışanların, sağlık ve güvenlikleri açısından tehlike yaratabilecek gece işlerinde de çalıştırılmaması gerektiğine yer verilmiştir. Ayrıca doğum sonrası en az kesintisiz on dört hafta süreyle izin verilmesi ve bu iznin doğumdan önce ya da sonra alınabilmesi hakkının

⁵⁸ “79/7/EEC Sayılı Direktif”, Avrupa Birliği, erişim, 17 Mart, 2022, <https://www.csgb.gov.tr/media/1324/%C3%A7al%C4%B1%C5%9Fma-mevzuat%C4%B1-ile-ilgili-avrupa-birli%C4%9Fi-direktifleri.pdf>.

⁵⁹ “99/85/EEC Sayılı Direktif”, Avrupa Birliği, erişim, 17 Mart, 2022, <https://www.csgb.gov.tr/media/1324/%C3%A7al%C4%B1%C5%9Fma-mevzuat%C4%B1-ile-ilgili-avrupa-birli%C4%9Fi-direktifleri.pdf>.

tanınmasının, doğum izninin en az iki hafta olması gerektiği düzenlenmiştir. Direktif'te, özel durumlarından dolayı işten çıkarılma riskinin, hamile, loğusa veya emzikli kadın çalışanlara, önemli fiziksel ve ruhsal zararlar verebilecek olması sebebiyle hamilelik/annelik gibi özel durumlara dayalı işten çıkarılabilme hükümlerinin yasaklanması gerektiğinin düzenlenmesi de önem taşımaktadır.

c. İş Alma ve Mesleki Açıdan Eşit Muamelenin Sağlanması İçin Genel Bir Çerçeve Oluşturan Direktif

Direktif'te⁶⁰, eşit muamele ilkesinin uygulanmasında, özellikle kadınların çoklu ayrımcılığın mağduru olmaları sebebiyle Topluluk'un, eşitsizliklerin ortadan kaldırılmasını ve kadın-erkek arasında eşitliğin teşvik edilmesini amaçladığına, Direktif kapsamındaki alanlara ilişkin olarak din veya inanç, özürllülük, yaş veya cinsel yönelime dayalı herhangi bir doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapılmasının Topluluk genelinde yasaklanmasına, ayrımcılığın yasaklanmasına ilişkin bu düzenlemenin aynı zamanda üçüncü ülke vatandaşlarına da uygulanmasına değinilmiştir.

Direktif'te ispat yüküne ilişkin olarak ise ilk bakışta haklı görülen bir ayrımcılık davası bulunması halinde ispat yükümlülüğüne ilişkin kuralların uyarlanması ve eşit muamele ilkesinin etkin bir biçimde uygulanabilmesi için bir ayrımcılık yapıldığına dair delil sunulması halinde ispat yükümlülüğünün davalıya ait olduğu, bununla birlikte, davalı davacının belli bir din veya inanca bağlı olduğunu, belli bir özre, yaş veya cinsel yönelime sahip olduğunu ispatlamakla yükümlü olmadığı düzenlenmiştir.

Direktif'in 4. maddesinde, belli bir mesleğin tabiatı gereği ya da icra edildiği bağlam itibarı ile, o mesleğin bir özelliğini esas alarak ve ancak söz konusu mesleki özelliğin gerçek ve belirleyici bir gereksinim teşkil etmesi, düzenlemenin amacının meşru, gereksinimin ise orantılı olması halinde, getirebilecek muamele farklılığının ayrımcılık teşkil etmeyeceği belirtilmiştir.

⁶⁰ "2000/78/EC Sayılı Direktif", Avrupa Birliği, erişim, 17 Mart, 2022, <https://www.csgb.gov.tr/media/1324/%C3%A7al%C4%B1%C5%9Fma-mevzuat%C4%B1-ile-ilgili-avrupa-birli%C4%9Fi-direktifleri.pdf>.

d. İstihdamda, Mesleki Eğitimde, Meslekte Yükselmeye ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Direktif

Direktif⁶¹ göre eşit muamele ilkesinin uygulanması, seçim kriterleri ve işe alma şartları dahil olmak üzere, işe, serbest mesleğe ya da mesleğe erişim şartlarında faaliyet dalı ne olursa olsun ve mesleki hiyerarşinin her kademesinde terfi de dahil; uygulamalı iş deneyimi de dahil her türden ve her düzeyde mesleki yönlendirmeye, mesleki eğitime, ileri mesleki eğitime ve yeniden eğitime erişimde; ücret, işten çıkarmalar da dahil istihdam ve çalışma şartlarında; bir işçi ya da işveren örgütüne üyelik ya da böyle bir örgütle ilişki ya da belli bir mesleği icra edenlerin oluştukları her çeşit örgütlenmeler, bu örgütlerin sağladıkları çıkarlar da dahil olmak üzere bunlarla bağlantılı olarak kamuda ya da özel sektörde cinsiyete dayalı doğrudan ya da dolaylı hiçbir ayrımcılığın yapılamayacağı anlamı taşımaktadır.

Üye devletler bunu sağlamak amacıyla, eşit muamele ilkesine aykırı bütün yasalar, yönetmelikler ve idari düzenlemeleri kaldırmakla; sözleşmelerde, müşterek anlaşmalarda, işyeri talimatnamelerinde, ya da bağımsız iş ve mesleklerle işçi ve işveren örgütlerini düzenleyen kurallarda mündemiç eşit muamele ilkesine aykırı her türlü hükmü ya hükümsüz saymak ya da değiştirmekle yükümlüdür.

e. İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Direktif

Direktifin⁶² amacının, meslek ve istihdam konularında kadın ve erkeğe eşit muamele ve fırsat eşitliği ilkesinin uygulanmasını sağlamak olduğu belirtildikten sonra bu maksatla, terfi de dahil olmak üzere istihdam edilme ve mesleki eğitime erişim; ödeme dahil çalışma şartları; mesleki sosyal güvenlik planları hususlarıyla ilişkili olarak eşit muamele ilkesinin uygulanması hükümlerine yer verilmiştir.

⁶¹ “2002/73/EEC Sayılı Direktif”, Avrupa Birliği, erişim, 17 Mart, 2022, <https://www.csgb.gov.tr/media/1324/%C3%A7al%C4%B1%C5%9Fma-mevzuat%C4%B1-ile-ilgili-avrupa-birli%C4%9Fi-direktifleri.pdf>.

⁶² “2006/54/AT Sayılı Direktif”, Avrupa Birliği, erişim, 17 Mart, 2022, <https://www.csgb.gov.tr/media/1324/%C3%A7al%C4%B1%C5%9Fma-mevzuat%C4%B1-ile-ilgili-avrupa-birli%C4%9Fi-direktifleri.pdf>.

Direktif'in 4. maddesinde, aynı iş için veya eşit değer atfedilen işler için, ödemenin bütün boyutları ve koşulları bakımından cinsiyet temeline dayalı olarak doğrudan veya dolaylı ayrımcılığın ortadan kaldırılması, özellikle ücreti belirlemek için bir iş sınıflama sisteminin kullanıldığı hallerde, kadınlar ve erkekler için aynı kriter baz olarak alınır ve sistem, cinsiyet temelinde herhangi bir ayrımcılığı dışlayacak şekilde düzenlenmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Direktif'in 9. maddesinde ise ayrımcılığa dair örneklerle yer verilmiştir. Bunlardan bazıları; doğrudan veya dolaylı olması fark etmeksizin cinsiyete dayalı olarak mesleki bir sosyal güvenlik planına katılabilecek kişilerin belirlenmesi, bir cinsiyete veya ötekine mensup işçiler için yardımların sağlanması veya bu yardımların kısıtlanması konusunda farklı koşulların belirlenmesi, farklı emeklilik yaşlarının belirlenmesi, kanunla veya anlaşmayla tanınan ve işveren tarafından ücreti ödenen doğum izni veya ailevi sebeplerden dolayı alınan izin dönemlerinde hakların iktisabının veya muhafazasının askıya alınması, önceden belirlenmiş katkı planlarında cinsiyete göre farklılaşan aktüerya hesaplama faktörlerini hesaba katmak için gerekli olabildiği ölçüde yapılanlar hariç, farklı yardım düzeyleri saptamanın ayrımcılık yasağı kapsamında olduğudur.

İstihdama, mesleki eğitime, terfi olanaklarına erişim ve çalışma koşulları bakımından eşit muamelenin düzenlendiği III. Bölüm m.14'te ise işçiler veya işverenlerin bir örgütüne veya üyeleri belli bir mesleği icra eden herhangi bir örgüte, bu örgütler tarafından sağlanan yardımlar da dahil katılım ve üyelik hususlarıyla bağlantılı olarak kamu veya özel sektörde cinsiyete dayalı olarak doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapılmayacağı, düzenlenmiştir.

Doğum izninden dönüşün düzenlendiği 15. maddede ise, doğum iznindeki bir kadının, doğum izninin bitiminden sonra işine veya eşdeğer bir pozisyona kendisi için daha dezavantajlı olmayan koşul ve şartlarda geri dönmeye ve çalışma koşullarında yokluğu sırasında yararlanmış olacağı her türlü iyileştirmeden yararlanmaya hakkı olduğu hükmüne yer verilmiştir.

E. ABAD ve AİHM Kararlarında İstihdamda Cinsiyet Ayrımcılığı

Gerek uluslararası düzenlemeler gerek iç hukukta yer alan düzenlemeler, yargı içtihatlarıyla şekillenmektedir. Bu nedenle ilgili düzenlemelerin, yargı kararlarında nasıl ele alındığının incelenmesi gerekmektedir.

ABAD (Avrupa Birliği Adalet Divanı)'ın çalışma hayatında kadınların maruz kaldığı ayrımcılık bakımından önemli ve pek çok kararda da referans gösterilen 1990 tarihli *Dekker*⁶³ kararında, başvurucunun, bir pozisyon için başvuranlar arasında en uygun aday olmasına rağmen hamile olması sebebiyle işe alınmaması üzerine yapmış olduğu başvuruda işveren, başvurucunun yokluğunda onun yerine yeni bir işçinin alınmasının gerekecek olması nedeniyle kendisine ek mali külfete yol açacağını ileri sürmüştü de Mahkeme, yalnızca kadınların hamilelik gerekçesiyle istihdam talebinin reddi durumuyla karşı karşıya olmaları ve bu nedenle bu ret kararının doğrudan cinsiyete dayalı ayrımcılık teşkil ettiğini, hamilelik sebebiyle devamsızlığın yol açacağı finansal zararların meşru bir gerekçe olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiş, aksi yönde bir kabulün, erkekler ve kadınlar arasında eşit muameleyi düzenleyen 76/207 sayılı Direktif'e aykırılık teşkil edeceğine karar vermiştir. Bu karar, AB hukukunun, kadın çalışanların başta hamilelik sebebiyle olmak üzere ayrımcılığa karşı korunması anlayışını göstermesi bakımından önem arz etmektedir. Hamilelik sebebiyle iş sözleşmesinin feshine ilişkin *Webb*⁶⁴ ve *Tele Danmark*⁶⁵ kararları da ABAD'ın konuya yaklaşımını göstermektedir.

ABAD'ın cinsiyete dayalı dolaylı ayrımcılığa ilişkin *Hill ve Stapleton*⁶⁶ kararında ise başvurunun konusunu, hükümetin, iki çalışanın bir mevkiyi geçici olarak paylaşması ve tam zamanlı çalışma saatlerinin yarısı kadar çalışma karşılığında normal maaşın yarısı kadar maaşa hak kazanılmasına ilişkin iş paylaşımı düzenlemesi oluşturmaktadır. Çalışanların, daha sonra, imkan olması halinde tam zamanlı mevkilerine geri dönme hakları bulunmaktadır. Bu sisteme göre, tam zamanlı çalışanlar her yıl maaş bareminde bir kademe ilerlerken, iş paylaşan çalışanlar ise yarı oranda,

⁶³ ABAD, Elisabeth Johanna Pacifia Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen, C – 177/88, 8.11.1990, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61988CJ0177>.

⁶⁴ ABAD, Carole Louise Webb and EMO Air Cargo (UK) Ltd, C- 32/93, 14/07/1994, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61993CJ0032>).

⁶⁵ ABAD, Tele Danmark A/S and Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK), C-109/00, 04/10/2001, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62000CJ0109&qid=1666264642764&from=EN>).

⁶⁶ ABAD, Kathleen Hill and Ann Stapleton v. The Revenue Commissioners and the Department of Finance, C-243/95, 17.07.1998, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61995CJ0243>).

dolayısıyla iki yılda bir kademe artışı elde edebilmişlerdir. Tam zamanlı çalışanlar olarak mevkilerine geri dönen iki davacı, bu kademe artışının kendilerine uygulanmasından dolayı şikayetçi olmuşlardır. ABAD, iş paylaşımında yer alanların büyük çoğunluğunun kadınlar olması sebebiyle uygulamanın, cinsiyet temelinde dolaylı ayrımcılık oluşturduğuna karar vermiştir. Hükümet, farklı muamelenin haklı olduğunu, çünkü kademe artışının gerçek hizmet süresi bakımından uygulandığını ileri sürmüştü de ABAD, başka bireylerin hizmet sürelerinin fiilen çalışılan saatler bakımından hesaplandığını gösteren bir kanıt olmaması sebebiyle bunun nesnel ölçütlerle desteklenmemiş bir iddiadan öteye geçmediğine karar vermiştir. Kararda ayrıca, ‘bir işverenin, iş paylaşım düzenlemesinden doğan ayrımcılığı engellemenin maliyet artışına sebep olacağı gerekçesiyle bu ayrımcılığı savunmasının mümkün olmayacağı’ vurgulanmıştır. Karar, hem cinsiyete dayalı dolaylı ayrımcılığın somutlaştırılması hem de kısmi zamanlı çalışmanın da ayrımcılık unsuru teşkil etmemesine zemin oluşturması bakımından önem taşımaktadır. Benzer bir karar olan *Schonheit*⁶⁷ davasında da çalışma süresi farkına dayanmaksızın, emekli maaşlarındaki farklılık nedeniyle yarı zamanlı çalışanların tam zamanlı çalışanlara kıyasla daha az maaş aldığı ve yarı zamanlı çalışanların %88’inin kadın olduğunu gösteren istatistiki veriler ışığında Mahkeme, düzenlemenin tarafsız olmasına rağmen, kadınları erkeklere göre çok daha olumsuz etkilemesi sebebiyle cinsiyet temelinde dolaylı ayrımcılığa dair bir karine doğduğunu kabul etmiştir.

Cinsel yönelim ile ilişkili olan *Richards*⁶⁸ davasında ise, cinsiyet değiştirme ameliyatı yoluyla erkeklikten kadınlığa geçen başvuru, İngiltere’de kadınların emekliliğe hak kazanma yaşı olan 60 yaşına geldiğinde emekli olmak için başvuruda bulunmak istemişse de başvurusunun talebi, benzer bir durumda olan kişilere göre istenmeyen muamele görmemiş olduğu gerekçesiyle Hükümet tarafından reddedilmiştir. Hükümet, bu davada ele alınacak emsal kişinin ‘erkekler’ olduğunu, zira başvurusunun hayatını bir erkek olarak yaşamış olduğunu ileri sürmüştür. Ancak ABAD, ulusal hukuka göre bir bireyin cinsiyetini değiştirme hakkının tanınmış olması nedeniyle,

⁶⁷ ABAD, Hilde Schönheit v. Stadt Frankfurt am Main and Silvia Becker v. Land Hessen, C-4/02 ve C-5/02, 23.10.2003, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62002CJ0004>).

⁶⁸ ABAD, Sarah Margaret Richards v. Secretary of State for Work and Pensions, C-423/04, 27.04.2006, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62004CJ0423&qid=1656061474057>).

doğru emsal kişinin ‘kadınlar’ olduğunu belirlemiş ve dolayısıyla, kendisine daha yüksek bir emeklilik yaşı uygulanmak suretiyle başvurucunun diğer kadınlara kıyasla daha zararına muamele gördüğüne hükmetmiştir. Karar, sosyal güvenlik hukuku ve cinsel yönelim sebebiyle ayrımcılığa ilişkin önemli bir yer teşkil etmektedir.

AIHM kararları bakımından ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediğini değerlendirmek için öncelikle ayrımcılığa neden olduğu iddia edilen işlemin, eylemin ya da eylemsizliğin amacı ile sonucu arasındaki ilişkiye bakmak gerekmektedir. AIHM’e göre, bir muameledeki farklılık, “objektif ve makul bir gerekçeye sahip değilse” ya da “meşru bir amaç” izlenmemişse ayrımcılık söz konusudur. AIHM öncelikle, emsal kişi veya grup ile bir kıyaslama yapmakta, bunun neticesinde farklı bir muamele olduğu sonucuna ulaşırsa, bu farklılığın nesnel ve makul bir nedene dayanıp dayanmadığını inceleme aşamasına geçmektedir⁶⁹.

Ebeveyn iznine ilişkin *Petrovic v. Avusturya*⁷⁰ kararında başvurucu baba, eşinin çalışmaya devam ettiğini ve kendisinin çocuğa bakmak için ebeveyn izni aldığını ancak Avusturya yasalarına göre ebeveyn izni ödeneğinin yalnızca anneye veriliyor olması sebebiyle cinsiyete dayalı ayrımcılığa maruz kaldığını belirterek Mahkeme’ye başvurmuştur. Mahkeme, nesnel ve makul bir gerekçe olmaması, meşru bir amaç gütmemesi halinde yapılan farklı muamelenin ayrımcılık teşkil edeceğini vurgulamış, annelik izninin ve buna ilişkin ödeneklerin, annenin doğum yorgunluğunu atması ve bebeğini emzirebilmesi için olduğunu, ebeveyn izninin ve ödeneğinin ise sonraki dönemde evde kalarak bebeğe şahsen bakmaya ilişkin olduğunu belirterek, bu noktada her iki ebeveynin de benzer niteliklere sahip olduğunu vurgulamıştır. Bu nedenle Mahkeme, davaya konu uygulamanın cinsiyete dayalı ayrımcılık teşkil ettiğini kabul etmekle birlikte ebeveyn izninin, olay tarihi itibarıyla yeni bir uygulama olması ve bu tür uygulamaların babaları da kapsayacak şekilde gelişmesine ilişkin adımların yeni yeni atılmaya başladığını belirterek, Avusturya’nın bu konuda oldukça ilerici bir yaklaşıma sahip olması ve bu geçişi kademeli bir şekilde yapıyor olması sebebiyle devletin takdir marjı içinde kaldığına ve ihlalin olmadığına karar vermiştir.

⁶⁹ Kaçan, 2019, s. 46.

⁷⁰ AIHM, Case of Petrovic v. Austria, B. No: 20458/92, 27.03.1998, (<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22petrovic%20v%20austria%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-58146%22%5D%7D%7D>).

Ebeveyn izni ve buna bağlı haklara ilişkin 2012 tarihli *Konstantin Markin v. Rusya*⁷¹ kararında ise erkek ve asker olan başvurucunun, boşandıktan sonra çocuklarına bakmak için ebeveyn iznine ayrılma talebinin reddedilmesi ve Rus hukukunda özel sektörde çalışan babaların, ergin olmayan çocukları ile ilgilenmek için üç yıllık bir babalık izni ile bu dönemin bir bölümü için aylık bir ödenek alma hakkı bulunurken, kadın askerlere de bu hakkın tanınmış olmasına karşın, radyo operatörü olarak orduda çalışan başvurucunun talebi, yasanın kendisine böyle bir hak tanınmamış olması gerekçesiyle reddedilmiştir. Başvurucunun amirleri, ailevi zorlukları nedeniyle kendisine, yaklaşık olarak iki yıllık bir babalık izni vermiş ve ekonomik yardımda bulunmuşlarsa da başvuru, yürürlükteki mevzuatın Anayasa’da ifade edilen eşitlik ilkesi ile uyumsuz olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurmuş ancak ve başvurusu, Anayasa Mahkemesi tarafından, erkek askerlere babalık izni verilmesinin yasaklanmasının, askerlerin özel hukuki statülerinden ve yüksek oranda askerin kendi görevlerini yerine getirme imkansızlığına düşmesini engelleme zorunluluğundan kaynaklandığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında, askerlerin kendi askeri statülerine bağlı yükümlülükleri bilerek yerine getirdiklerini ve çocuklarıyla ilgilenmeye karar vermeleri durumunda askerlikten erken ayrılma haklarının olduğunu, kadınların orduda temsil edilmelerinin zayıf olmasından ve doğuma bağlı olarak kadınlara biçilen özel sosyal rolden dolayı, babalık izni hakkının kendilerine istisnai olarak verildiğini belirtmiştir. AİHM ise bu farklı muamelenin, kadının çocuğun eğitiminde oynadığı rol ile haklı gösterilemeyeceğine, Çağdaş Avrupa toplumunda, çocukların eğitimi konusunda kadınlar ile erkekler arasında paylaşımın daha eşit bir şekilde yapıldığına, söz konusu farklı muamelenin, kadınlar lehine bir pozitif ayrımcılık olarak kabul edilemeyeceğine çünkü kadınların toplumda maruz kaldıkları dezavantajlı durumu düzeltme amacı taşımadığına, bu farklı muamelenin hem kadınların kariyeri hem de erkeklerin aile yaşamları için bir engel teşkil ettiğine, toplumda cinsiyetler arasında rollerin geleneksel olarak paylaşılmasının, orduda çalışanlar dahil olmak üzere erkeklerin babalık izninden muaf olmalarını haklı gösteremeyeceğine yer verilmiş, ayrıca Hükümet’in erkek askerlere babalık izni verilmesinin, silahlı kuvvetlerin operasyonlardaki etkililiğine ve savaş gücüne zarar vereceği yönündeki

⁷¹ AİHM, Konstantin Markin v. Russia, B. No: 30078/06, 22.03.2012, (<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22konstantin%20markin%20v%20russia%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-109868%22%5D%7D%7D>).

argümanlarının ikna edici olmadığı, bir grup şahsa cinsiyeti nedeniyle uygulanan bu genel ve otomatik sınırlamanın, devletin kabul edilen takdir yetkisinin kapsamından çıkma olduğu belirtilerek başvurucunun, makul veya objektif bir neden olmaksızın cinsiyete dayalı bir ayrımcılığa maruz kaldığına karar verilmiştir. Görüldüğü gibi AİHM, ebeveyn izninden yararlanma hakkının her iki ebeveyne de tanınması konusundaki görüşünü yinelemiş ve kamu-özel sektör çalışanları ayrımı yapılmaması gerektiğine de dikkat çekmiştir. Ancak Mahkeme, ulusal güvenlik konusunda ordunun önemini dikkate alarak, ayrımcı olmamak şartıyla, hiyerarşik pozisyonu, teknik niteliklerinin ender bulunması veya arazide askeri operasyonlara katılması gibi faktörler nedeniyle, izne ayrılacak personelin yerine başkasının görevlendirilmesinin kolay olmadığı durumlarda babalık iznine bazı sınırlamalar getirilmesinin haklı kabul edilebileceğini de eklemiştir.

Mesleki gereklilikler çerçevesinde cinsiyete dayalı farklı muamelenin ele alındığı Emel Boyraz v. Türkiye⁷² kararında ise TEDAŞ'ın Batman Şubesi'ne güvenlik görevlisi olarak atanan başvuru, atama bildiriminden sonra, TEDAŞ Batman Şubesi insan kaynakları birimi tarafından, “erkek olma” ve “askerlik görevini tamamlamış olma” şartlarını taşımadığı gerekçesiyle atanmadığı yönünde bilgilendirilmiştir. TEDAŞ'ın atama işleminin iptali kararında, güvenlik görevlilerinin şehir merkezlerinden uzakta kırsal alanlarda bulunan depoları, şalt sahalarını ve trafo merkezlerini saldırılara karşı ve yangın ve sabotaj durumlarında koruma görevleri olduğu, ayrıca güvenlik görevlileri gece ve gündüz çalışmak ve saldırı halinde uzun namlulu silahlar dâhil olmak üzere silah ve fiziksel güç kullanmak zorunda olduklarından kadınların güvenlik görevliliği işine uygun olmadığı belirtilmiştir. Başvurucunun açmış olduğu davada İdare Mahkemesi, TEDAŞ Batman Şubesinin kararını iptal etmiş, “askerlik görevini tamamlamış olma” şartının yalnızca erkek adaylar için geçerli olduğunun düşünülmesi gerektiğini ve TEDAŞ'ta kadınların güvenlik görevlisi olarak çalışmalarına daha önce bir sınır konmadığını belirtmiştir. Mahkeme, ayrıca, başvuruyla aynı nedenlerden TEDAŞ aleyhine dava açan başka bir kadının davayı açtıktan sonra güvenlik görevliliğine atandığını belirtmiştir. İdare Mahkemesi'nin kararı üzerine işine devam eden başvuru, eşinin Elazığ'da yaşıyor ve çalışıyor olması nedeniyle TEDAŞ Elazığ Şubesi'ne tayin edilmiş ancak

⁷² *AİHM, Emel Boyraz v. Turkey*, B. No: 61960/08, 02.12.2014, (<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22%3A%5B%22emel%20boyraz%20v%20turkey%22%2C%22documentcollectionid%22%3A%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22%3A%5B%22001-148271%22%5D%7D>).

TEDAŞ tarafından karara itiraz edilmiş ve Danıştay'dan Ankara İdare Mahkemesi kararının yürütmesinin durdurulmasını ve daha sonra söz konusu kararın bozulmasını talep etmiştir. Danıştay, İdare Mahkemesi'nin kararını bozmuş ve söz konusu görev için aranan askerlik görevini tamamlamış olma şartının erkek adaylar için geçerli olduğunu ve bu şartın görevin mahiyeti ve kamu çıkarları doğrultusunda meşru olduğuna hükmetmiş ve karar üzerine başvurucunun görevi sona erdirilmiştir. AİHM'nin değerlendirmesinde ise, "özel hayat" kavramının kişisel kimlikle ilgili ve kişinin cinsiyetinin, kimliğinin ayrılmaz bir parçası olduğu, bu nedenle sadece cinsiyete dayanarak işten çıkartma kadar zorlayıcı bir tedbirin, kişinin kimliği, öz algılama, öz saygı ve sonuç olarak özel hayatında olumsuz etkilere sahip olduğu vurgulanmıştır. Mahkeme, bu nedenle, başvurucunun sadece cinsiyetine dayanılarak işten çıkarılmasının özel hayata saygı hakkına müdahale teşkil ettiğine, Hükümet'in iddia ettiği gibi başvuranın kamu sektöründe başka bir işe girebileceği kabul edilse dahi, bu durumun başvuranın cinsiyeti nedeniyle işten çıkartılmasının ve devam eden yargılamaların özel hayatı üzerinde meydana geldiği iddia edilen yıkıcı etkiyi silmede yeterli olmayacağına, söz konusu muamele farklılığının, meşru bir hedef güttüğünün kanıtlanmamış olması sebebiyle cinsiyet ayrımcılığı teşkil ettiğine hükmetmiştir. Karar, ateşli silah kullanma ve gece çalışma gibi görev tanımlarının, kadın çalışanlar tarafından yapılamayacağı önyargısı ve toplumsal cinsiyet kabullerinin cinsiyete dayalı ayrımcılığa yol açtığını göstermesi bakımından önem taşımaktadır⁷³.

Hamilelik sebebiyle iş sözleşmesinin feshine ilişkin *Jurcic v. Hırvatistan*⁷⁴ kararında, tüp bebek uygulamasından on gün sonra iş sözleşmesi imzalayan ancak hamileliğe bağlı komplikasyonlar nedeniyle hastalık iznine ayrılan ve yapmış olduğu sağlık sigortası başvurusu, ilgili idare tarafından iş sözleşmesinin hayali olarak nitelendirilerek reddedilen başvurucunun, kadın doğum uzmanı bilirkişinin, başvurucunun işe başladığı sırada sağlıklı olduğu ve tüp bebek uygulamasının başarılı sonuçlanıp sonuçlanmayacağının öngörülemeyeceği yönündeki raporu doğrultusunda, hükümetin başvurucunun yalnızca sağlık sigortasından yararlanmak üzere iş sözleşmesi imzaladığı ve bu nedenle iş sözleşmesinin hayali olduğu kabulünün, cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık teşkil ettiğine hükmedilmiştir.

⁷³ Şimşek, s. 504.

⁷⁴ AİHM, *Jurcic v. Hırvatistan*, B. No: 54711/15, 04.05.2021, (<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-207633%22%5D%7D>).

AIHM'nin hamilelik sebebiyle iş sözleşmesinin feshi halinde, emsal kişi kıyaslamasına gerek olmaksızın, yalnızca kadınların hamilelik sebebiyle bu tür bir muameleye maruz kalabilecek olmalarından dolayı, cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık yönünde karar verdiği görülmektedir. Ancak iş sözleşmesi feshedilmeksizin çalışma koşullarında değişiklik yapılmasına ilişkin *Napotnik v. Romanya*⁷⁵ kararında, başvurucunun peş peşe iki hamileliği sebebiyle izne ayrılması ve konsoloslukta, durumu aciliyet arz eden vatandaşlara yardım ile görevli olması sebebiyle, izne ayrılmasının konsolosluk faaliyetini sekteye uğrattığına, bu nedenle Hükümet tarafından konsolosluktaki görevinin sonlandırılarak Romanya'da Dışişleri Bakanlığı bünyesinde farklı bir pozisyonda görevlendirilmesinin hamilelik sebebiyle olduğunu kabul etmekle birlikte bu kararın başvurucuyu zor duruma sokma amacı taşımadığına ve diplomatik misyonun işlevsel kapasitesini sağlamak ve sürdürmek, nihayetinde başkalarının haklarını korumak amacıyla yerel makamlarca alınan tedbirin haklı ve gerekli olduğuna karar verilmiştir. Bu kararda, iş sözleşmesinin feshedilmesi ile çalışma koşullarında değişiklik yapılmasının eş değer kabul edilemeyeceği vurgulanmış ve bu nedenle kadın çalışanın iş sözleşmesi feshedilmeksizin çalışma koşullarında değişiklik yapılması, ayrımcılık olarak değerlendirilmemiştir. Ancak her ne kadar söz konusu kararda başvurucunun görevinin aciliyet arz etmesi sebebiyle çalışma koşullarında yapılan değişikliğin ayrımcılık teşkil etmediği görüşüne katılsak da hamilelik sebebiyle çalışma koşullarında değişiklik yapılabilmesi noktasında da takdir marjı dar yorumlanmalı ve somut olayın özellikleri çerçevesinde değerlendirilmelidir. Aksi takdirde kadın çalışanları zor durumda bırakacak değişiklikler, iş sözleşmesinin feshedilmemiş olması sebebiyle ayrımcılık olarak nitelendirilemeyecek ve keyfi uygulamalara yol açabilecektir.

AIHM'nin cinsel yönelim sebebiyle ayrımcılığa ilişkin yaklaşımı bakımından temel teşkil eden, eşcinsel olmaları sebebiyle haklarında yürütülen soruşturma neticesinde Hava Kuvvetleri Komutanlığı'ndaki görevleri sonlandırılan başvuruçular *Smith ve Grady v. Birleşik Krallık*⁷⁶

⁷⁵ AIHM, *Napotnik v. Romania*, B. No: 33139/13, 20.01.2020, (<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22napotnik%20v%20romania%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-205222%22%5D%7D%7D>).

⁷⁶ AIHM, *Smith and Grady v. United Kingdom*, B. No: 33985/96 ve 33986/96, 27.09.1999, (<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22smith%20and%20grady%20v%20united%20kingdom%22%5D%7D%7D>).

kararında, yürütülen soruşturmanın başvuruçuların özel hayatına müdahale teşkil ettiğine, Hükümet tarafından silahlı kuvvetlerin savaşma gücüne ve operasyonel etkililiğine tehdit olarak nitelendirilen hususların, münhasıran heteroseksüel personelin eşcinsel yönelimli personele yönelik olumsuz tutumlarına dayandığına ve bu olumsuz tutumların, başvuruçuların haklarına müdahale için yeterli gerekçe olarak kabul edilemeyeceğine; silahlı kuvvetlerin eşcinsellere yönelik politikasını değiştirmesinin savaşma gücü ve moral bakımından zararlı olacağı iddiasının somut kanıtlara dayanmadığına, silahlı kuvvetlerde eşcinsellerin bulunması sonucunda böyle bir zarar doğduğunu kanıtlayacak delil bulunmadığına ve Hükümet'in silahlı kuvvetlerde eşcinsellerin görev yapmasına karşı benimsemiş olduğu politikayı ve bu politika sonucunda başvuruçuların silahlı kuvvetlerden atılmasını meşru kılacak ölçüde ikna edici ve itiraz edilemez gerekçeler sunamadığına karar verilmiştir.

III. TÜRK HUKUKUNDA İSTİHDAMDA CİNSİYET AYRIMCILIĞI

Türkiye, ILO ve Avrupa Konseyi'ne üye, AB'ne ise aday üye ülke olması sebebiyle, yukarıda değinilen sözleşmelerin çoğuna taraftır. Bu nedenle uluslararası hukuk normlarına paralel olarak iç hukukta da istihdamda cinsiyet ayrımcılığına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

A. İlgili Mevzuat

Türk hukukunda ayrımcılık yasağı bakımından ilk olarak Anayasa'nın 10. maddesine bakılmalıdır. Kanun önünde eşitlik başlığı taşıyan madde hükmünde, herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu, hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağı ve Devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları düzenlenmiştir⁷⁷. 2004 yılında ise maddeye “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür” ibaresi eklenmiştir⁷⁸. 2010 yılında ise, bu maksatla alınacak tedbirlerin eşitlik

20v.%20uk%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-58408%22]}}).

⁷⁷ RG, 20.10.1982, S. 17844.

⁷⁸ RG, 22.05.2004, S. 25469.

ilkesine aykırı olarak yorumlanamayacağı eklenmiştir⁷⁹. Anayasanın bağlayıcılığının düzenlendiği 11. madde doğrultusunda, 10. madde hükmünün yalnızca devlet-birey arasındaki dikey ilişki çerçevesinde değil, özel hukuk ilişkilerinde yatay düzeyde de uygulanacağı anlaşılmaktadır. Eşitlik ilkesinin hukukun genel ilkeleri arasında yer alması sebebiyle, Anayasa’da bu hükme yer verilmemiş olsaydı dahi iş ilişkilerinde eşitlik ilkesinin uygulanması gerekecektir⁸⁰.

Çalışma hakkı ve ödevinin düzenlendiği 49. maddede ise herkesin, çalışma hakkı ve ödevi olduğu belirtilmiş, çalışma şartları ve dinlenme hakkına ilişkin 50. maddede küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanların çalışma şartları bakımından özel olarak korunacakları düzenlenmiştir.

4857 s. İş Kanunu⁸¹’nin eşit davranma ilkesi başlığını taşıyan 5. maddesi de AY. m.10’un iş hukukundaki yansıması olup, iş hukukunda ayrımcılık yasağının temelini oluşturmaktadır. Madde metni şu şekildedir:

“İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.

İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz.

İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kalmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.

Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamaz.

İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.

İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığıında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan

⁷⁹ RG, 13.05.2010, S. 27580.

⁸⁰ Süzek, s. 455.

⁸¹ RG, 10.06.2003, S. 25134.

başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır.

20 nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur.”

Madde hükmüne göre ayrımcılık iddiasını ispat yükü işçidedir ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olacaktır. İş Kanunu m.5’te düzenlenen işverenin eşit davranma borcu, dar bir yorumla işverenin çalışanlar arasında ayırım yapmama yükümlülüğü şeklinde değerlendirilmemelidir. Nitekim farklı niteliklere sahip çalışanların şekli anlamda eşit koşullara tabi tutulmaları da eşitsizliğe yol açacağından, farklı özellikler taşıyan çalışanlar arasında yapılan ayırım, maddi anlamda eşitlik sağlanmasına imkan verecektir⁸². Bu doğrultuda işverenin eşit davranma borcunun mutlak bir eşit davranma yükümlülüğü olduğu söylenemeyecektir. Bununla birlikte ırk, din, cinsiyet, siyasi görüş vb. sebeplerle ayırım yapmama yükümlülüğü şekli anlamda eşitlik niteliğinde olup, mutlaktır⁸³.

Kanun’un 18. maddesinin d ve e bentlerinde ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler ile 74. maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemenin geçerli nedenle fesih sebebi oluşturmayacağına yer verilmiştir.

Kanun’un 72. maddesinde yer ve su altında çalıştırma yasağı başlığı altında, maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde on sekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılmasının yasak olduğu düzenlenmiştir. Bu düzenleme, kadınlara yönelik pozitif ayrımcılık içeren bir hüküm olmakla birlikte ILO düzenlemeleri ile de uyum göstermektedir.

Kanun’un 73. maddesinde ise gece çalıştırma yasağı düzenlenmekte ve madde hükmünde on sekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece postalarında

⁸² Hamdi Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2005, s. 426.

⁸³ Mollamahmutoğlu, s. 431.

çalışmasına ilişkin usul ve esasların Sağlık Bakanlığı'nın görüşü alınmak suretiyle ÇSGB (Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı) tarafından yönetmelikle gösterileceği düzenlenmiştir. Bu doğrultuda Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik⁸⁴ ile kadın çalışanların her ne şekilde olursa olsun gece postasında yedi buçuk saatten fazla çalıştırılmayacakları düzenlenmiştir. Yönetmelik'te ayrıca, işverenlerin gece postalarında çalışacak kadın çalışanları, sağlayacakları uygun araçlarla ikametgahlarına en yakın merkezden, işyerine götürme yükümlülüğüne yer verilmiştir. Yönetmelik'in 9. maddesinde gebelik ve analık durumunda çalıştırılma yasağı düzenlenmiştir.

Kadınların çalışma hayatında ayrımcılığa maruz kalmalarına yol açan en önemli etkenlerden biri de hamilelik ve analık iznidir. Kadın çalışanların hamilelik veya analık iznine çıkmalarının işveren tarafından ek maliyet olarak değerlendirilmesi sebebiyle kadınlar, iş görüşmelerinde hamile olup olmadıkları veya yakın zamanda çocuk sahibi olmayı düşünüp düşünmedikleri sorularıyla muhatap olmaktadır⁸⁵. Ancak yapılacak iş, spor hocalığı, mankenlik gibi hamile bir kadının yapamayacağı bir iş niteliği taşımadıkça⁸⁶ böyle bir sorunun sorulması özel yaşama müdahale niteliği taşımaktadır⁸⁷. Hamilelik ve analık halinin kadınların cinsiyet ayrımcılığına maruz kalmasına yol açması sebebiyle gerek uluslararası düzenlemelerde gerek iç hukukta, bu dönemde kadın çalışanı korumaya yönelik hükümlerin ihtiva edildiği görülmektedir.

İş Kanunu'nun analık halinde çalışma ve süt izninin düzenlendiği 74. maddesinde hamilelik süresince kadın işçiye periyodik kontroller için ücretli izin verileceği, hekim raporu ile gerekli görüldüğü takdirde, hamile kadın işçinin sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırılacağı ve bu halde işçinin ücretinde bir indirim yapılmayacağı düzenlenmiştir. Ayrıca isteği halinde

⁸⁴ RG, 24.07.2013, S. 28717.

⁸⁵ Eda Manav, "AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye'deki Uygulamalar", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15/Özel S. (2013), s. 747.; Terzioğlu ve Aksöz, s. 278.

⁸⁶ Emine Tuncay Senyen Kaplan, "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı", *TBB Dergisi*, Özel S. (2017), s.246.

⁸⁷ Gaye Burcu Yıldız, *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu*, Ankara: Yetkin, 2008, s.233.; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent ve Devrim Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*, İstanbul: Beta, 2020, s.251.; Ertuğrul Yuvalı, "4857 Sayılı İş Kanunu'nun ve İlgili Mevzuatın Kadın İşçiler İle İlgili Hükümlerine Genel Bir Bakış", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2013/106 (2013), s. 98.; Cin Karagöz, 2017, s. 33.

kadın işçiye, on altı haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik halinde on sekiz haftalık süreden sonra altı aya kadar ücretsiz izin verileceği, bu iznin üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinme halinde eşlerden birine veya evlat edinene verileceği, bu sürenin yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmayacağı ve kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam bir buçuk saat süt izni verileceği, bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağını işçinin belirleyeceği, bu sürenin günlük çalışma süresinden sayılacağı belirtilmiştir. Hüküm nispi emredici hüküm niteliğinde olup, işverenin inisiyatifine bağlı değildir. Böylelikle hamilelik ve doğum sonrası dönemde anne-bebek sağlığı ve ilişkisinin korunması amaçlanmıştır⁸⁸.

Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik⁸⁹, te de analık izni hakkı, çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin hakkı, altı aya kadar ücretsiz izin hakkı, kısmi süreli çalışmayı talep etme hakkına yer verilmiştir.

Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik⁹⁰, te de kadın çalışanların, gebe olduklarının sağlık raporuyla tespitinden itibaren gece çalışmasına zorlanamayacakları, yeni doğum yapmış çalışanın ise doğumu izleyen bir yıl boyunca, bu sürenin sonunda da sağlık ve güvenlik açısından sakıncalı olduğunun sağlık raporu ile belirlendiği dönem boyunca gece çalıştırılmayacağı, gebe veya emziren kadınların günde yedi buçuk saatten fazla çalıştırılmayacakları, gebe çalışanlara gebelikleri süresince periyodik kontrolleri için ücretli izin verileceği ve işverenlerin oda ve yurt açma yükümlülüğü düzenlenmiştir. Ancak çocuğun bakımını kadının üstlenmesi yönündeki geleneksel bakış açısı doğrultusunda şekillenen sosyal politika ve bu noktada sağlanacak desteğin devlet tarafından üstlenilmesi yerine işverene sorumluluk yüklenmesi, işverenlerin kadın istihdamına mesafeli yaklaşmasına yol açmaktadır⁹¹. Kanaatimizce de Yönetmelik'in kadın çalışanlara yönelik bir hak olarak düzenlenmiş olması, erkek çalışanın bu haktan yararlanabilmesinin, eşinin ölmüş veya boşanmış ve çocukların velayeti kendisine verilmiş olması koşuluna bağlanmış olması cinsiyete dayalı

⁸⁸ Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, ve Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul: Beta, 2021, s. 824.; Terzioğlu ve Aksöz, 2022, s. 283.

⁸⁹ RG, 08.11.2016, S. 29882.

⁹⁰ RG, 16.08.2013, S. 28737.

⁹¹ Erdoğan, "İş Hukuku ve Toplumsal Cinsiyet", s. 461.

ayrımcılık teşkil etmektedir. Nitekim bu yaklaşım, hem çocuğun bakımına ilişkin sorumluluğun anneye ait olduğu kabulüyle toplumsal cinsiyet rollerini desteklemekte hem de erkek çalışanı bir haktan yararlanabilmek için, özel hayatına dair bilgileri paylaşma mecburiyetinde bırakmaktadır. Bu nedenle ilgili düzenlemenin, kadın çalışanlar üzerinden şekillendirilmesinin isabetli olmadığını söylemek mümkündür.

6701 s. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nun istihdam ve serbest mesleği düzenleyen 6. maddesinde işveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi; işverenin çalışanı veya bu amaçla başvuran kişi, uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere bir işyerinde bulunan veya bu amaçla başvuran kişi ve herhangi bir sıfatla çalışmak ya da uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere işyeri veya iş ile ilgili olarak bilgi edinmek isteyen kişi aleyhine, bilgilendirme, başvuru, seçim kriterleri, işe alım şartları ile çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dâhil olmak üzere, işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapılamayacağına yer verilmiştir. Ayrıca maddede işveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişinin, istihdam başvurusunu gebelik, annelik ve çocuk bakımı gerekçeleriyle reddedemeyeceği düzenlenmiştir. Madde hükmünde, kamu kurum ve kuruluşlarında istihdamın da bu hükme tabi olduğu düzenlenmiştir. İstihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı halinde amaca uygun ve orantılı olan farklı muamele, sadece belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumlar, eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik, gerekli, amaca uygun ve orantılı farklı muamele, ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyecek hallere verilen örnekler arasında yer almaktadır (m.7).

1475 s. mülga İş Kanunu’nun yürürlükte olan kıdem tazminatına ilişkin 14. maddesinde⁹² de kadın çalışanın evlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde kendi rızasıyla iş sözleşmesini sona erdirmesi durumunda kıdem tazminatına hak kazanacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme, evlilik sebebiyle iş sözleşmesini sona erdiren kadının maddi sıkıntı yaşamaması amacı taşısa da, toplumsal kabuller nedeniyle kadınların evlendikten sonra çalışma hayatından kopmasına yol açabilecek olması bakımından eleştirilmektedir⁹³.

⁹² RG, 01.09.1971, S. 13943.

⁹³ Tankut Centel, “Kıdem Tazminatında Pozitif Ayrımcılık”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 15 (2009) s. 6.; Terzioğlu ve Aksöz, 2022, s. 291.; Gökçeoğlu Balcı, 2017, s. 1272.

İlgili düzenlemelerin yanı sıra 2009 yılında 5840 s. Kanun⁹⁴ ile TBMM (Türkiye Büyük Millet Meclisi) bünyesinde Kadın-Erkek Eşitliği Komisyonu kurulmuştur. Kanun'un amaçları arasında, kadın haklarının korunması ve geliştirilmesinin yanı sıra, kadın erkek eşitliğinin sağlanmasına yönelik olarak ülkemizde ve uluslararası alandaki gelişmeleri izlemek, bu gelişmeler konusunda Türkiye Büyük Millet Meclisi'ni bilgilendirmek de yer almaktadır.

B. İstihdamda Cinsiyet Ayrımcılığına İlişkin Yargı Kararları

Türk hukukunda, taraf olunan uluslararası örgütler ve sözleşmeler doğrultusunda düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Ancak ilgili düzenlemelerin, iş hukukunda cinsiyete dayalı ayrımcılığın bertaraf edilmesinde ne ölçüde etkili olduğunu görebilmek için yargı kararları incelenmelidir.

Eş değerde işe eşit ücret ilkesinin ele alındığı bir Yargıtay kararında⁹⁵ uyuşmazlık konusunu, davacı çalışanın aynı bölümde çalıştığı diğer personellerle aynı işi yaptığı halde kendisine daha az ücret ödeyen işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığı ve iş sözleşmesini bu nedenle haklı olarak feshettiği iddiasıyla tazminat ve fark ücret istemi oluşturmaktadır. İlk derece Mahkemesince yapılan inceleme sonucunda, erkek işçiler arasında da ücret konusunda farklılıklar olduğu, hatta davacıdan daha düşük ücret ile çalışan erkek işçilerin dahi olduğu tespit edilmiş ve emsal işçilerin ücret ve zam tabloları göz önüne alındığında davacıya bu konuda bir ayırım yapıldığına dair delil bulunmadığına, işverenin asgari ücretin altında kalmamak kaydıyla zam yapmasını öngören yasal bir zorunluluğun bulunmaması ve iş sözleşmesinde de zam yapılmasının kararlaştırılmadığına, özel bir nedene dayanmadan performans, verimlilik vb. kriterlere göre zam oranlarının belirlenmesinin işverenin yönetim yetkisi kapsamında kaldığına ve esasen daha fazla efor sarf eden, daha verimli olan işçi açısından diğer işçilere göre yüksek zam verilmesinin de eşitliğin gereği olduğuna ve sonuç itibarıyla cinsiyet ayırımından dolayı eşit işlem borcuna aykırı davranılmadığına karar verilmiştir. Yargıtay ise, davacının cinsiyet ayrımcılığı yönündeki iddiasını kanıtlayamamış olmasına karşın işverenin eşit işe eşit ücret ödememesinin eşit işlem borcunun ihlali niteliğinde olduğuna ve ayrımcılık tazminatının koşullarının oluştuğuna karar vermiştir.

⁹⁴ RG, 24.03.2009, S. 27179.

⁹⁵ Y. 9. HD., E.2017/16279, K.2020/10415, 5.10.2020, (Yargıtay Karar Arama)

Hamilelik sebebiyle iş sözleşmesinin feshine ilişkin Yargıtay kararında⁹⁶, davacının haksız olarak işten çıkarıldığı, feshin gerçek nedeninin hamileliği olduğu ve bu nedenle ayrımcılığa uğradığı iddiasına karşı işveren, davacı çalışanın muhtelif zamanlarda sözlü olarak uyarılmasına rağmen çalışma arkadaşlarıyla uyum ve iletişim problemleri yaşadığını, yöneticisine karşı saygı çerçevesinde kalmayan konuşmalar yaptığını ve görevlerini tamamlamadığını bu nedenle işten çıkarıldığını ayrıca hamilelik sebebiyle işten çıkarıldığı iddiasının doğru olmadığını savunmuştur. Yargıtay tarafından yapılan değerlendirme neticesinde, mail yazışmalarına göre davacı işçinin işyerinde olumsuzluklara neden olan bir çalışmasının bulunmadığı, aksine yaptığı çalışmaların yöneticisi tarafından takdir edildiği, davacının hamileliğini davalı işverene bildirmesinin ardından davacıdan verim alınmadığı gerekçesiyle işverence iş sözleşmesinin feshedildiği tespit edilmiş ve davacının hamileliği nedeniyle ayrımcılık yapılarak iş sözleşmesinin feshedilmesi sonucu ayrımcılık tazminatının koşullarının oluştuğuna karar verilmiştir.

Hamilelik sebebiyle ayrımcılığa ilişkin bir başka Yargıtay kararında⁹⁷ ise, özellikle cinsiyete dayalı ayrımcılığın mutlak ayırım yasakları arasında sayıldığına vurgu yapılarak, davacının hamile olduğu için önce işyerinin değiştirilmesi, sonrasında ise doğum izinindeyken iş sözleşmesinin bu sebeple feshedilerek iki ayrı işlemle cinsiyete dayalı ayrımcılığa maruz kalmasına, bu şekilde yapılan ayrımcılığın ağırlığı dikkate alındığında işçinin dört aylık ücreti tutarında ayırım tazminatına hükmedilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığına karar verilmiştir. Bu karar aynı zamanda hamile çalışanların çalışma koşullarında yapılan değişikliğin keyfi olmaması gerektiğine dikkat çekilmesi bakımından da önem taşımaktadır.

Hemşirelik Yüksekokulu mezunu olan davacının, erkek olması nedeniyle hemşire olarak atamasının yapılmamasına ve tercih kılavuzunda kadın olma şartının aranmasının ayrımcılık teşkil ettiğine ilişkin bireysel başvuruda⁹⁸ AYM, profesyonel bir meslek olan hemşirelikte cinsiyet ayırımına gidilmesinde kamu yararı olmadığına ve erkeklerin bu mesleği icra edememeleri için hiçbir neden bulunmadığına karar vermiştir. Kararda ayrıca, cinsiyete dayalı ayrımların Anayasa'da, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırı

⁹⁶ Y. 9. HD., E. 2016/1423, K.2019/11167, 15.05.2019, (Yargıtay Karar Arama)

⁹⁷ Y. 22. HD., E.2014/35784, K.2016/7033, 9.3.2016, (Yargıtay Karar Arama)

⁹⁸ AYM GK, E.2006/166, K.2009/113, 23.7.2009, (AYM Kararlar Bilgi Bankası)

olduğuna, kamu hizmetine alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayrımın gözetilemeyeceğine, erkeklerin hemşire olabilmesine engel oluşturan kuralın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında esas alınması gereken ölçülülük ilkesine ve çalışma hürriyetine aykırı olduğuna dikkat çekilmiştir. Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen 'yasa önünde eşitlik ilkesi'nin hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusu olduğu ve bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörüldüğü, hemşirelik mesleğinin icrası bakımından kadınlar ve erkekler aynı hukuki konumda bulunduklarından, hemşire unvanının yalnızca kadınlara verilmesini ve hemşirelik sanatının yalnızca kadınlar tarafından yapılabilmesini öngören itiraz konusu kuralların, cinsiyet ayrımcılığına yol açtığına ve eşitlik ilkesine aykırı olduğuna karar verilmiştir. Mesleki gerekliliklere ilişkin bu karar, aynı zamanda bazı mesleklerin bir cinsiyete özgülenmesi ile toplumsal cinsiyet rollerinin dışına çıkılması bakımından da önem taşımaktadır.

Benzer şekilde Danıştay'ın, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği, KPSS-2004/2 ve Ek Yerleştirme Tercih Kılavuzunun 252 kodunda yer alan ve Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü Merkez Teşkilatına mühendis kadrosuna yapılacak atamalar için, "cinsiyeti erkek olmak" ibaresini içeren düzenlemenin ayrımcılık teşkil ettiğine ilişkin kararında⁹⁹, kamu hizmetine alınmada erkeklerle eşit muameleye tabi tutulmaları gereken kadınların Anayasa ve uluslararası sözleşmelere aykırı olarak bu haktan yoksun bırakmalarına neden olacak şekilde mühendis kadrosuna yapılacak atamalar için, erkek olma şartının aranmasının hukuka uygun olmadığına ve iptalinin gerektiğine karar verilmiştir.

Cinsel yönelim sebebiyle askeri rütbenin geri alınması ve TSK'dan ihraca ilişkin 22.5.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 22.3.2000 tarihli ve 4551 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle değiştirilen 153. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemeye karşı Askeri Yargıtay 1. Dairesi'nin yapmış olduğu başvuruda¹⁰⁰ AYM, ilgili maddede yer alan "Bir kimseyle gayrî tabî mukarenette bulunan yahut bu fiili kendisine rızasıyla yaptıran asker kişiler hakkında, fiilleri başka bir suç oluştursa bile, ayrıca Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası, erbaşlar için rütbenin geri alınması cezası verilir" ibaresinin ayrımcılık teşkil etmediğine, bu durumda kanun koyucu tarafından belirlenen yaptırımın, hürriyeti bağlayıcı bir ceza olmayıp

⁹⁹ Danıştay 12. D., E.2004/4382, K.2006/539, 22.2.2006, (Danıştay Karar Arama)

¹⁰⁰ AYM GK, E.2015/68, K.2017/166, 29.11.2017, (AYM Karar Arama)

TSK'dan çıkarma ve rütbenin geri alınması cezası olması ve sadece asker kişiler ile ilgili bir düzenleme olması sebebiyle askerlik hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamayı amaçladığından demokratik toplum düzeninin gerekleri ile çelişmediğine, özel hayatın gizliliği hakkına keyfi ya da hakkın özüne dokunacak bir sınırlama getirmeyen itiraz konusu kuralın, istisnai bir alanda ve dar kapsamlı olduğundan sınırlı ve ölçülü olduğuna, özel hayatın korunmasını, istisnai bir alanda ve anayasal ilkelere uygun olarak asgari oranda sınırlandıran düzenlemenin birey hakları ile kamu yararı arasında açık bir dengesizlik oluşturmadığına karar verilmiştir. AİHM'nin *Smith ve Grady v. Birleşik Krallık* kararıyla benzerlik göstermesine ve kararın üzerinden geçen yaklaşık yirmi yıla rağmen, TSK bakımından ele alındığında tutumun değişmediği gözlemlenmektedir. Ancak AYM'nin kararında, *Smith ve Grady* kararında da dikkat çekildiği üzere, farklı cinsel yönelimi sebebiyle askeri personelin operasyonel verimi azaltacağına dair somut veriler ortaya konmamış olması ve Türk askeri disiplininin etkisi sonucu oluşan bir ön kabulde karar verildiği, bu yaptırımın, özel hayatın gizliliğine aykırılık teşkil etmeyeceğine ilişkin yeterli hukuki dayanağa yer verilmediği belirtilmelidir.

Cinsel yönelim sebebiyle ayrımcılığa ilişkin bir başka bireysel başvuruda¹⁰¹ ise bir ilköğretim okulunda din kültürü ve ahlak bilgisi öğretmenliği yapmakta iken okul hademesine eş cinsel ilişki teklif ettiği, bazı kişilerle bu şekilde ilişkide bulunduğu yönündeki iddiaya istinaden başvuru hakkında başlatılan soruşturma neticesinde, okul müstahdeminin, başvurunun kendisine okulda eş cinsel ilişki teklifi yaptığını, kendisinin bunu kabul etmeyerek durumu okul müdürüne bildirdiğini söylemesi, kasaba halkından iki kişinin, başvurunun kendilerine eş cinsel ilişki teklifinde bulunduğunu belirtmesi ve bunlardan birinin başvuruyla ilişkiye girdiğini ifade etmesi, başvuruyla aynı okulda görev yapan bir öğretmenin, başvurunun kasaba halkından kişilerle eş cinsel ilişkisinin olduğunu öğrencilerden ve öğrenci velilerinden duyduğunu beyan etmesi, başvurunun da ifadesinde kasaba halkından kişilerle eş cinsel ilişkilerde bulunduğunun doğru olduğunu beyan etmesi sonucu, Millî Eğitim Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu tarafından başvurunun görevine son verilmiştir. Daha sonra başvuru 22/6/2006 tarihli ve 5525 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkındaki Kanun'un yürürlüğe girmesini takiben Millî Eğitim Bakanlığına başvurmuş ve mesleğine iade

¹⁰¹ AYM, Z. A. Başvurusu, B. No:2013/2928, 18.10.2017, (AYM Kararlar Bilgi Bankası).

edilmesini talep etmişse de talebi, öğretmenlik görevi esnasında yaptığı fiilden dolayı yeniden öğretmenliğe atanmasının uygun bulunmaması sebebiyle reddedilmiştir. AYM, bireysel başvuruya konu idari işlemde başvurunun yeniden öğretmenliğe atanma talebinin cinsel yönelimi nedeniyle değil soruşturmaya konu fiilleri nedeniyle reddedildiğini, bu nedenle başvurucuya farklı bir muamelede bulunulmadığını, atamaya yetkili makamın öğretmenlik mesleğine atanma talebini reddederken başvurunun daha önceki disiplin cezasına konu eylemini, sadece söz konusu kadronun gerektirdiği kişisel niteliklerden birine sahip olup olmadığına kanaat getirmek için dikkate aldığı sonucuna ulaşıldığını ve çocukların sağlıklı şekilde yetiştirilmeleri ve eğitilmeleri hususundaki toplumsal menfaat nazara alındığında kamusal makamların almış olduğu tedbirin makul olduğunu ve bu husustaki takdir yetkisinin sınırlarının aşılmadığını belirterek, başvuru konusu olayda özel hayata saygı hakkı ile bağlantılı olarak incelenen eşitlik ilkesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Bu kararda AYM tarafından MEB (Milli Eğitim Bakanlığı)'na, başvurunun Bakanlık bünyesinde öğretmenlik dışında başka bir göreve atanmasının mümkün olup olmadığının sorulması önem taşımaktadır. Bakanlık bu soruya, Milli Eğitim Bakanlığının öncelikli görevinin eğitim ve öğretim faaliyetlerinin yürütülmesi olduğu, Bütçe Kanunu ile kullanım izni verilen kadroların kullanımının eğitim kurumlarının öğretmen ihtiyacının karşılanması için planlandığı ve eğitim-öğretim hizmetleri sınıfı dışındaki hizmet sınıfına atanmak isteyenlerin taleplerine olumsuz yanıt verildiği şeklinde cevap vermiştir. Bu kararda başvurunun cinsel yönelimine değil, okul hizmetlisine ve kasaba halkına eşcinsel ilişki teklifinde bulunma fiiline ve bunun öğrenciler ve veliler tarafından öğrenilmesine vurgu yapılması önem taşımaktadır. Başvurunun öğretmen olması sebebiyle, çocuklara örnek teşkil etmesine karşın özel hayatının öğrenciler ve veliler tarafından fazlasıyla biliniyor olması öğretmenin itibarını zedeleyecek ve çocuklara olumsuz örnek teşkil etmesine yol açabilecektir. Bu nedenle başvurunun öğretmenlik görevine devam etmemesi yönündeki karar isabetli kabul edilebilecektir. AYM'nin de yaklaşımında olduğu gibi başka bir birimde görevlendirilmesinin mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bununla birlikte söz konusu olayda başvurunun İş Kanunu'na tabi bir özel hukuk çalışanı olması ihtimali çerçevesinde değerlendirme yapılacak olursa, okul hizmetlisine eşcinsel teklifte bulunması işyerinde taciz olarak değerlendirilebilecek ve haklı nedenle fesih sebebi teşkil ettiği söylenebilecektir.

Türkiye’de mevzuat düzeyinde uluslararası düzenlemelerin takip edildiği görülmekle birlikte yargı kararlarında da özellikle kadınlara karşı cinsiyet sebebiyle ayrımcılığa ilişkin uyuşmazlıklarda ispat yükü bakımından kadın çalışanlar lehine yorum yapıldığını söylemek mümkündür. Gerek mevzuatta yer alan düzenlemeler gerek yargı kararları toplumsal cinsiyet rollerine ilişkin kalıp yargıları değiştirme noktasında yeterli olamamaktadır. Bu noktada eğitimin önemi kendini göstermektedir.

İş hukukunda eşitlik ilkesi, toplumun dezavantajlı konumda olan zayıf kesiminin de eşit muameleye tabi tutulması ihtiyacına ve adalet duygusuna dayanmaktadır¹⁰². Bunun bir tezahürü olarak, işverenin çalışanlar arasında hakkaniyete uygun muamelede bulunması gerekmektedir¹⁰³. AB’nin özellikle cinsiyet ayrımcılığını yasaklamaya ilişkin düzenlemelerinde de toplumsal cinsiyet temelinde yer alan rol ve karmaşadan, toplumun tüm bireylerinin arındırılması ve bireylerin kendi yeteneklerini ortaya koyabilmesinde fırsat eşitliğine dayanan bir toplum oluşturulmasının hedeflendiği görülmektedir¹⁰⁴. ILO’nun 156 sayılı Sözleşmesi¹⁰⁵,’nde de yer verildiği üzere kadınlara ve erkeklere eşit muamele ve fırsat eşitliğinin sağlanması için aile sorumlulukları ve toplumsal rollere ilişkin kamuoyunda bilgi ve eğitimin önemi muhakkaktır.

ILO’nun Uzmanlar Komitesi Raporu’nda¹⁰⁶ da, kamuda kadın istihdamının artmasını ve Hükümet’in, toplumsal cinsiyet kalıp yargılarıyla ve kadına yönelik şiddetle mücadele etmek için farkındalık artırma, kreş ve çocuk bakımı sağlanması gibi iş ve aile sorumluluklarını dengeleyecek stratejiler, kadınlar için geleneksel olmayan alanlarda mesleki eğitim programları, işbaşı eğitimi ve girişimcilik eğitimi dahil olmak üzere, toplumsal cinsiyet eşitliğini geliştirmeye yönelik olarak geliştirilen ve uygulanan çok sayıda program, proje, önlem ve faaliyet hakkında sağladığı bilgilerin memnuniyetle karşılandığı belirtilmiştir. Bununla birlikte Rapor’da, toplumsal cinsiyet eşitliğinin desteklenmesine yönelik gelişmelere ve

¹⁰² Can Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982, s.33.

¹⁰³ Sarper Süzek, *İş Hukuku*, İstanbul: Beta, 2005, s.262.

¹⁰⁴ Kübra Doğan Yenisey, “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, *Çalışma ve Toplum*, 2006/4 (2006), s. 70 (Eşitlik İlkesi).

¹⁰⁵ Bkz. dipnot 37.

¹⁰⁶ “Uluslararası Çalışma Standartlarının Uygulanmasına İlişkin CEACR 2021 Raporu”, ILO, erişim, 21 Mart, 2022, s. 21, (https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-ankara/documents/publication/wcms_776228.pdf).

kadınların işgücüne katılım oranlarındaki artışa değinilmiştir. Kadınların yeterli öğrenim-mesleki eğitim ile yüksek mevkiler dahil kayıtlı ve ücretli işlere erişimlerinin artırılması için, mevcut programlar da dahil olmak üzere, özel önlemler alınması gerektiği vurgulanmıştır. Komite ayrıca, kadınların toplumdaki rollerine ilişkin kalıp yargısal varsayımlarla mücadele etmek için önlemlerin alınması gerektiğini belirtmiştir.

SONUÇ

Kadınların, nüfusun yarısını oluşturması ve çalışma hayatının dışında kalmalarının, ekonomik, sosyal ve toplumsal sorunlara yol açtığı fark edilmesi, özellikle dünya savaşlarından sonra erkek nüfusun silah altına alınmış olması sebebiyle kadın işgücüne ihtiyaç duyulması, kadınların eğitim seviyelerinin artması ve kendilerini geliştirme, ekonomik özgürlüklerini kazanma taleplerinin artması ve insan hakları bilincinin gelişmesiyle birlikte kadın istihdamı artmıştır. Dolayısıyla kadın istihdamı, yalnızca kadınların toplum içindeki rollerinin değişmesi, ekonomik özgürlük ve saygınlık kazanmaları bakımından değil, iktisadi büyüme ve güçlü aile yapısı ile sosyo-kültürel katkı sağlaması sebebiyle de önem taşımaktadır¹⁰⁷.

Kadınların istihdam oranları artmış olsa da kadınlara biçilen role ilişkin değişim sağlanmadıkça kadınların çalışma hayatında karşılaştıkları problemler de engellenemeyecektir. Bu nedenle kadınların gerek iş görüşmeleri sırasında gerek çalışma sürecinde düşük ücret, hamilelik ve annelik, önyargılar, aile içindeki sorumluluklar gibi pek çok problemle mücadele etmek durumunda kaldıkları ve ayrımcılığa maruz kaldıkları görülmektedir. Bu çerçevede iş hayatında kadınların korunması ve kadınlara fırsat eşitliği sağlanması amacıyla uluslararası asgari standartlar oluşturulması ve kadınları koruyucu hükümlere yer verilmesi ihtiyacı duyulmuştur. Başta BM, ILO, Avrupa Konseyi ve AB olmak üzere pek çok uluslararası kuruluş, kadın haklarını korumaya ve kadın istihdamını artırmaya yönelik çalışmalara yer vermiştir.

Söz konusu düzenlemelerde, kadınların eşdeğerde iş karşılığında eşit ücret alabilmelerine, hamilelik ve analık sebebiyle kadınların iş sözleşmesinin feshedilemeyeceğine, aile sorumluluğu olan kadınların gece çalıştırılma sürelerine, kırsal kesimde çalışan kadınların sosyal güvenlik haklarına, kadınların meslek içi eğitimlerden yararlanabilmelerinin sağlanmasına

¹⁰⁷ Terzioğlu ve Aksöz, 2022, s. 272.

yönelik hükümlerin yanı sıra, bu düzenlemelerin toplumsal bakışı değiştirmedikçe yetersiz kaldığının fark edilmesiyle birlikte toplumsal cinsiyet kavramına da yer verilmiştir. Nitekim, toplumda kadına ve erkeğe yüklenen rol ve sorumluluklar sebebiyle, her ne kadar hukuken koruyucu hükümler tesis edilmiş olsa da istenilen sonuca ulaşmada yetersiz kalmaktadır. Toplumda kadının en önemli görevinin annelik olarak kabul edilmesi, ev ve çocukla ilgili sorumlulukların tamamen kadına ait olduğu kabulü, kadınların çalışma hayatında yetersiz oldukları düşüncesi, kadın istihdamının ve aynı zamanda eğitilmiş kadın nüfusun artmasının önünde engel teşkil etmektedir. Bu nedenle öncelikle, cinsiyetlere ilişkin toplumsal kabuller ve önyargılar ile mücadele edilmelidir. Bu noktada en etkili araç, kuşkusuz eğitimidir. Kadınların eğitim seviyesinin artması, kendilerini geliştirmeleri ve bireysel yeteneklerini fark etmeleri bakımından katkı sağlayacağı gibi eğitim yoluyla toplumun kadınlara bakışının da yeniden şekillenmesi mümkün olabilecektir.

Toplumsal yapıdaki değişiklikler zamanla yeni bir kavramın daha uluslararası belgelerde ve istihdamda ele alınmasına yol açmıştır. Söz konusu kavram, cinsel yönelim sebebiyle ayrımcılıktır. Farklı cinsel kimlik tercihleri sebebiyle tecrit edilen ve çalışma hayatında ayrımcılığa maruz kalan bireylerin de yine insan onuru ve insan hakları temelinde korunması ihtiyacı ortaya çıkmıştır.

Hukuki düzenlemelerin uygulamaya geçirilebilmesi bakımından yargı içtihatları büyük önem taşımaktadır. ABAD ve AİHM kararlarında, özellikle hamilelik ve annelik sebebiyle kadınların maruz kaldıkları ayrımcılığın, emsal işçi kıyaslamasına gerek olmaksızın cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık olarak nitelendirilmesi, bununla birlikte işe alımlarda kadınlara yapılan ayrımcılık ve toplumsal cinsiyetin önüne geçilmeye çalışılması önem taşımaktadır. Cinsel yönelim sebebiyle ayrımcılık kararlarında da bireylerin toplum içinde yer edinebilmeleri ve insan onuruna yakışır şekilde hayatlarını idame ettirebilmeleri yönünde önemli kararlar bulunmaktadır.

Türkiye de hem BM, ILO ve Avrupa Konseyi üyesi ve bu kuruluşların düzenlediği pek çok sözleşmeye taraf olması sebebiyle, hem de AB aday üye ülkesi ve AB müktesebatına uyum yükümlülüğü bulunan bir ülke olarak, iç hukukta cinsiyet ayrımcılığını önlemeye ilişkin düzenlemeler ihtiva etmiştir. Ancak belirtildiği gibi bu düzenlemeler tek başına yeterli olmamakta, ilgili düzenlemelerin uygulanabilirliğini ve işlevselliğini sağlayabilmek adına toplumsal önyargıları değiştirmek gerekmektedir.

Türk toplumu, geleneksel bir yapıya sahip olması sebebiyle toplumsal kabullerle mücadelenin nispeten daha yavaş ilerlediği bir yapıya sahiptir. Cinsiyetlere yüklenen roller, Türk toplum yapısında daha keskin çizgilerle görülmekte, bu nedenle cinsiyete dayalı ayrımcılığın önüne geçmek de daha zor olmaktadır. Ancak, günümüzde özellikle eğitilmiş kadın nüfusun ve kadın istihdamının artması sonucu toplumsal dönüşümün başladığını söylemek mümkündür.

Yargı kararlarında, özellikle hamilelik ve annelik sebebiyle maruz kalınan ayrımcılık bakımından uluslararası düzenlemelerin ve iç hukuktaki hükümlerin etkili bir şekilde uygulandığı görülmektedir. İşe alım sürecinde kadınların karşılaştıkları engeller ve toplumsal cinsiyet ile ilgili kararlarda ise zaman zaman geleneksel bakışın izlerine rastlanmaktadır. Cinsel yönelim sebebiyle ayrımcılık ise Türk toplum yapısında değiştirilmesi kolay olmayan bir olgu olmakla beraber, yargı kararlarında insan hakları perspektifinden yapılan değerlendirmeler önem taşımaktadır.

Sonuç olarak, iş hukukunda özellikle kadınların maruz kaldıkları cinsiyete dayalı ayrımcılığın önlenmesi ve kadınlara fırsat eşitliği sağlanmasında, hukuki düzenlemelerin yanı sıra eğitimin ve sivil toplum hareketlerinin önem taşıdığı, söz konusu düzenlemelerin yargı içtihatlarıyla desteklenerek toplum nezdinde bir anlam ifade edebileceği görülmektedir.

KAYNAKÇA

- Avrupa Konseyi/Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı. “Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı”. Erişim 13 Mart, 2022. https://www.echr.coe.int/documents/handbook_non_discrim_law_tur.pdf.
- Bakırcı, Kadriye. “İstanbul Sözleşmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2015/4 (2015): s.133-204.
- Bozkurt, Metin. *İşverenin Eşit Davranma Borcu*, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Centel, Tankut. “Kıdem Tazminatında Pozitif Ayrımcılık”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 15 (2009): s. 5-10.
- Cin Karagöz, Emine. “Kadın-Erkek Eşitliği ve Ayrımcılık Yasağı Bağlamında Türkiye Eşitlik ve İnsan Hakları Kurumu’nun Yetkileri”, *Yasama Dergisi*, 32 (2017): s. 21-41.
- Çelik, Nuri, Nurşen Caniklioğlu ve Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul: Beta, 2021.
- Doğan Yenisey, Kübra. “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, *Çalışma ve Toplum*, 4/11 (2006): s. 63-82 (Eşitlik İlkesi).
- Doğan Yenisey, Kübra. “Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları”, *Kamu-İş*, 6/4 (2002).
- Erdoğan, Çağla. “İş Hukuku ve Toplumsal Cinsiyet”, *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları*, der. Gülriz Uygur ve Nadire Özdemir, İstanbul: Seçkin Yayınevi, 2022: 433-480.
- Eyrenci, Öner, Savaş Taşkent ve Devrim Ulucan. *Bireysel İş Hukuku*, İstanbul: Beta, 2020.
- Gökçeoğlu Balcı, Şebnem. “Koruma mı Dışlama mı? Çalışma Mevzuatımızda Kadını Korumayı Kimi Düzenlemelerin Kadın İstihdamı ve AB Normları Açısından Değerlendirilmesi”, *Çalışma ve Toplum*, 3/54 (2017): s. 1263-1298.
- Kaçan, Gizem. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Mahkemeleri Kararları Işığında Cinsel Yönelim Temelinde Ayrımcılık Yasağı”, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2019.
- Karadeniz, Oğuz ve Hakan Yılmaz. “Kadının İşgücüne Katılımını Etkileyen Faktörler”, *İş Dünyasında Kadın Raporu*, (2007): s. 23-42.
- Kaya, Gözde. “Avrupa Birliği İş Hukuku’nda Cinsiyet Ayrımcılığı”, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2010.
- Kaya, Pir Ali. *Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık Karşılaştırmalı Teorik Bir Bakış*, Kocaeli: Umuttepe Yayınları, 2020.

- Manav, Eda. “2000/43, 2000/78, 2006/54 Sayılı AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye’deki Uygulamalar”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15/Özel S. (2013): s.731-779.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi. *İş Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2005.
- Onaran Yüksel, Melek. *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği*, İstanbul: Beta, 2000.
- Senyen Kaplan, Emine Tuncay. “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı”, *TBB Dergisi*, Özel S. (2017): s. 225-268.
- Süzek, Sarper. *İş Hukuku*, İstanbul: Beta, 2020.
- Şimşek, A. Aslı. “Bir İnsan Hakları İhlali ve Ayrımcılık Biçimi Olarak Toplumsal Cinsiyet Roller ve Kalıp Yargıları: CEDAW Çerçevesinde Bir İnceleme”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11/2 (2020): s. 496-513.
- Terzioğlu, Ahmet ve Fatmanur Aksöz. “Çalışma Hayatında Cinsiyet Ayrımcılığı ve Türk İş Hukukunda Kadınları Korumaya Yönelik Düzenlemeler”, *Çalışma ve Toplum*, 1/72 (2022): 267-298.
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancaktar. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Tuncay, Can. *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982.
- Ulucan, Devrim. “Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15/Özel S. (2014): 369-383.
- Yıldız, Gaye Burcu. *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu*, Ankara: Yetkin, 2008.
- Yuvalı, Ertuğrul. “4857 Sayılı İş Kanunu’nun ve İlgili Mevzuatın Kadın İşçiler İle İlgili Hükümlerine Genel Bir Bakış”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 106 (2013): 93-114.
- Yüksel, Murat. “Hukuk Düşüncesinde Feminist Yaklaşım”, *Prof. Dr. Fahman Tekil’in Anısına Armağan*, 1 (2003): s. 897-910.

İSTİSNAİ VE İKİNCİL BİR VASIYET TÜRÜ: SÖZLÜ VASIYETNAME

An Exceptional and Secondary Type of Will: Oral Will

Arif Barış ÖZBİLEN*

ÖZ

Sözlü vasiyetname, Türk-İsviçre hukukunda istisnai ve ikincil (tâli) bir vasiyet türü olarak kabul edilmektedir. Türk Medenî Kanununun 539. maddesi, mirasbırakanın; yakın ölüm tehlikesi, ulaşımın kesilmesi, hastalık, savaş gibi olağanüstü durumlar nedeniyle resmî ya da el yazılı vasiyetname yapamadığı hallerde, son arzularını sözlü vasiyet yoluyla açıklayabileceğini öngörmektedir. Vasiyetçi, olağanüstü bir durum içinde bulunmakla birlikte, onun son arzularını diğer vasiyet türlerinden herhangi biri ile de ortaya koyma imkânı varsa, sözlü vasiyette bulunamaz. Sözlü vasiyetin istisnai ve ikincil bir vasiyet türü olması, onun hükmünün de diğer vasiyet türlerinden farklı olarak belirli bir zaman dilimi ile sınırlandırılmasını zorunlu kılmaktadır. Mirasbırakanın tanıklara sözlü olarak açıkladığı son arzuların herhangi bir değişikliğe uğramadan hukukî sonuç doğurmasının sağlanabilmesi için kanun koyucu, bu vasiyet türünün geçerliliğini sıkı koşullara tâbi tutmuştur. Bu çalışmada temel olarak, sözlü vasiyetin şekil bakımından geçerli sayılabilmesi için gereken koşulların ortaya konulmasının yanı sıra; sözlü vasiyetin tanıklara açıklanması, tanıklar tarafından belge haline getirilmesi ve yine tanıklarca resmî makamlara teslim edilmesi gibi aşamalarda karşılaşılabilen hukukî meselelerin Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi kararları ışığında ele alınması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Sözlü vasiyetname, Olağanüstü durumlar, Son arzuların belgelenmesi, Tanıklar, Türk Medenî Kanunu m. 539

Makalenin Geliş Tarihi: 13.10.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 10.11.2022.

* Doç. Dr., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-posta: bozbilen@bilkent.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6520-9719.

ABSTRACT

The oral will is recognised as an exceptional and secondary type of will in Turkish-Swiss law. According to the article 539 of Turkish Civil Code, where the testator is prevented from using any other form of will by extraordinary circumstances such as the imminent risk of death, breakdown in communications, epidemic or war, he or she is entitled to make a will in oral form. In order to ensure that the last wishes verbally expressed by the testator to the witnesses have legal consequences without being changed, the legislator has subjected the validity of this type of will to strict conditions. In this study, in addition to the conditions required for the validity of an oral will in terms of form; the legal issues that may be encountered in the processes such as the disclosure of the oral will to witnesses, its conversion into deed and its delivery to the judicial authorities are aimed to be addressed in the light of the decisions of the Turkish Court of Cassation and the Swiss Federal Court.

Keywords: Oral will, Extraordinary circumstances, Conversion into deed, Witnesses, Turkish Civil Code art. 539

I. GENEL OLARAK: SÖZLÜ VASIYETİN İSTİSNAİ VE İKİNCİL BİR VASIYET TÜRÜ OLMASI

Sözlü vasiyet, Türk-İsviçre hukuk sisteminde, el yazılı ve resmi vasiyetnamelerden farklı olarak, olağan bir vasiyet türü olarak kabul edilmemektedir. Dolayısıyla sözlü vasiyetname, mirasbırakanın ancak istisnai sayılabilecek olan durumlarla karşı karşıya kalması halinde yapılabilir¹ ve bu yüzden de hükmü, diğer vasiyet türlerinden farklı olarak belirli bir zaman dilimi ile sınırlıdır².

¹ Paul-Henri Steinauer, *Le droit des successions*, 2^e édition (Berne: Stämpfli Editions, 2015), No: 700; Peter Weimar, “Art. 457-516 ZGB,” *Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Band III, *Das Erbrecht* (Bern: Stämpfli Verlag, 2009), Art. 506-508, No: 2; Fiorenzo Cotti et Evelyne Gygax, “Art. 457-640 CC,” *Commentaire du droit des successions*, Stämpfli Handkommentar, editörler: Antoine Eigenmann ve Nicolas Rouiller (Berne: Stämpfli Verlag, 2012), Art. 506, No: 1; Zahir İmre ve Hasan Erman, *Miras Hukuku*, 13. Basım (İstanbul: Der Yayınları, 2017), 91; Bilge Öztan, *Miras Hukuku*, 7. Bası (Ankara: Turhan Kitabevi, 2016), 218; Rona Serozan ve Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları*, 5. Baskı (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018), 332; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 11. Bası (Ankara: Turhan Kitabevi, 2021), 115.

² Ali Naim İnan, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, *İnan Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku*, 9. Baskı (Ankara: Bilge Yayınevi, 2015), 190.

Vasiyette bulunan kimsenin olağanüstü bir durumla karşı karşıya kalması gerektiğine ilişkin koşul dışında; onun, aynı zamanda kanunda öngörülen diğer vasiyet türlerini düzenleme imkânından da yoksun olması gerekir. Şayet vasiyetçi el yazılı vasiyetname veya resmî vasiyetname düzenleyebiliyorsa, onun sözlü vasiyet yoluyla ölüme bağlı tasarrufta bulunması mümkün olmayacaktır³. Bu da, sözlü vasiyetin ikincil (tâli) olma özelliğini göstermektedir⁴.

Görüldüğü gibi, sözlü vasiyetnamenin gerçekleştirilebilmesi için bu iki koşulun birarada bulunması gerekir⁵. Vasiyetçi, olağanüstü bir durum içinde bulunmakla birlikte, onun son arzularını diğer vasiyet türlerinden herhangi

³ Stephan Wolf und Stephanie Hrubesch-Millauer, Grundriss des schweizerischen Erbrechts (Bern: Stämpfli Verlag, 2017), 130. Ayrıca bu yönde bkz. ATF 45 II 367.

⁴ İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilen bir kararda, mirasbırakanın okuma yazma bilmediği veya sözlü vasiyetin yapıldığı an itibarıyla yazı yazma yeteneğinden mahrum olduğu kanıtlanamadığı için, onun son arzularını pekâlâ el yazılı vasiyetname yoluyla da yapabileceği; bu nedenle de ikincil bir vasiyet türü olan sözlü vasiyet yapma koşullarının somut olayda gerçekleşmediği hükmüne varılmıştır. Kararda şu ifadelere yer verilmiştir: “*Tanıklar hiçbir şekilde vasiyetçinin vasiyeti kendi el yazısı ile yazmasının imkânsız olduğundan bahsetmemektedir. Mirasbırakan, zorunluluk nedeniyle değil, iki arkadaşının tesadüfen o sırada başucunda bulunmalarından dolayı, son arzularını sözlü biçimde dışa vurmuştur. Tanıklar, mirasbırakanın vasiyetini açıkladığı esnada iyi durumda olduğunu, konuşabildiğini ve güldüğünü bildirmişlerdir. Mirasbırakanın el yazılı vasiyetname yapmasını engelleyen özel durumların (el veya kol felci, kalem kullanmaya yönelik diğer fiziksel engeller vb.) varlığından ise hiç bahsetmemişlerdir. Bu nedenle, mevcut davada, vasiyetnamenin sözlü şekilde yapılmasına hukuken cevaz verilmediğini belirtmek gerekir*”. Bkz. ATF 48 II 31. Benzer yönde bkz. Y. 2. HD, E.2010/5347, K.2010/11722, 14.06.2010: “*Mirasbırakan 4.1.2001 günü saat 22.00’de vefat etmiştir. Vasiyetçi, ölüm tehlikesi, münakalatın (ulaşımın) kesilmesi, bulaşıcı hastalık, harp gibi olağanüstü hallerden dolayı resmî veya kendi el yazısı ile vasiyetname tanzim edemez ise, vasiyetini şifahi tarzda yapabilir. (eMK m. 486 - MK m. 539) Bu şartlar tahakkuk etmedikçe sözlü vasiyet geçerli kabul edilemez. Olayda mirasbırakan, Darülaceze Kurumunda yatmakta iken vefat etmiştir. Sözlü vasiyet tanzimi için yasanın aradığı olağanüstü haller bulunmamaktadır. Öyleyse vasiyetin iptaline karar verilmesi gerekirken isteğin reddi doğru bulunmamıştır*”. Bkz. Ömer Uğur Gençcan, Miras Hukuku, 3. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2016), 334.

⁵ Bkz. bu yönde ATF 143 III 640.

biri ile de ortaya koyma imkânı varsa, sözlü vasiyetin yapılma koşulları somut olayda gerçekleşmemiş sayılacaktır⁶.

Mesela ileri derecedeki kanser hastalığı nedeniyle yatağa bağlı olarak son günlerini yaşayan bir kimse, sözlü vasiyetin yapılması için gereken koşullardan biri olarak kanunda öngörülen “yakın ölüm tehlikesi” ile karşı karşıya kalmış olsa dahi; onun, örneğin evine noter çağırarak olağan vasiyet türlerinden biri olan resmî vasiyetname yoluyla son arzularını açıklama imkânı varlığını sürdürdüğünden, bu kişi tarafından gerçekleştirilen sözlü vasiyet hukuken geçerli addolunmaz⁷.

Bununla birlikte, gece vakti ıssız bir yerde ciddi bir trafik kazası geçiren ve iki elini de kullanamaz hâle gelen ağır yaralı bir kişi (ne el yazılı ne de resmî vasiyetname yapma imkânına sahip olduğundan) iki arkadaşını eş zamanlı olarak telefonundaki Whatsapp veya Facetime gibi uygulamalar vasıtasıyla arayarak, onlara son arzularını açıklarsa, onun bu sözlü vasiyeti - aşağıda inceleyeceğimiz diğer koşulların da gerçekleşmesi şartıyla- geçerli kabul edilir.

Şimdiden belirtelim ki, sözlü vasiyetin yapılabilmesi için gereken olağanüstü durumlarla ilgili olarak, MK m. 539 hükmü örnekleyici bir liste vermektedir⁸. Dolayısıyla kanunda zikredilen bu durumlar hakkında sınırlı sayı ilkesinin egemen olduğu söylenemez⁹. Hükümde yer alan “gibi” ifadesi bu konuda ortaya çıkabilecek tereddütlerin önüne geçmektedir¹⁰. O halde mirasbırakanın, MK m. 539’da sayılan veya bunlarla benzer nitelik taşıyan

⁶ Mustafa Dural ve Turgut Öz, Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016), 91.

⁷ “Sözlü vasiyetin yapıldığı anın mesai saatleri içinde olması; vasiyette bulunulan yerin çok sayıda ulaşım aracının mevcut olduğu bir şehirde olması; bir noterin telefonla çok hızlı bir şekilde mirasbırakanın bulunduğu yere çağrılabilmesi ve o sırada orada bulunan avukat ve sekreterin resmî vasiyetnamenin yapılması için gerekli olan tanıklığı yerine getirebilecek durumda olmaları, somut olayda mirasbırakanın resmî vasiyetname yapma imkânından yoksun olmadığını ortaya koyan önemli emarelerdendir; bu nedenle mirasbırakanın son arzularını sözlü vasiyet ile açıklamasının zorunlu olduğu söylenemez”. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. ATF 77 II 216.

⁸ İmre/Erman, 92.

⁹ Öztan, 218.

¹⁰ Dural/Öz, 93; Kılıçoğlu, 115; İnan/Ertas/Albaş, 191.

olağanüstü durumlar nedeniyle resmî veya el yazılı vasiyet yapma imkânından yoksun olması gerektiği sonucuna varılmalıdır¹¹.

Sözlü vasiyetnamenin geçerli olabilmesi için, vasiyetçinin somut olayda her iki olağan vasiyet türünü de yapma imkânından yoksun olması gerekir¹². Bu nedenle sadece resmî vasiyetname yapılamıyor olması, kendiliğinden sözlü vasiyetin yapılabileceği anlamına gelmez. Zira mirasbırakan, örneğin pandemi nedeniyle resmî makamların faaliyetlerini durdurmasından dolayı resmî vasiyetname yapma imkânından yoksun kalsa dahi; onun pekâlâ el yazılı vasiyetname düzenleme imkânı mevcudiyetini korumaktadır. Mirasbırakan el yazılı vasiyetname yapma imkânına sahip olduğu müddetçe sözlü vasiyet yoluna başvuramaz. Bu yola başvurabilmesi için onun, pandemi koşulları içerisinde, aynı zamanda mesela okuma yazma bilmemesi veya felç nedeniyle ellerini kullanamaması yüzünden el yazılı vasiyetname de düzenleyemiyor olması gerekir¹³.

Olağanüstü koşulların belli bir süreklilik arz etmesi şart değildir. Bu koşullar geçici/kısa süreli de olabilir¹⁴. MK m. 541 hükmü bunun dayanak noktasını oluşturmaktadır. Söz konusu hükme göre, mirasbırakan için sonradan diğer şekillerde vasiyetname yapma olanağı doğarsa, bu tarihin üzerinden bir ay geçince sözlü vasiyet hükümden düşer. O halde, koşullar olağan hale geldiği zaman, mirasbırakan bu tarihten itibaren bir ay içinde vasiyetini el yazılı veya resmî vasiyet haline getirmelidir. Aksi takdirde onun sözlü vasiyeti hükümsüz kalacaktır. Türk hukukunda bir ay olarak öngörülen bu süre, İsviçre Medeni Kanunu'nda (CC art. 508) 14 gün olarak belirlenmiştir.

¹¹ Peter Breitschmid, "Art. 505-511 ZGB," Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchlT ZGB), editörler: Thomas Geiser ve Stephan Wolf, 6. Aufl. (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019), Art. 506-508, No: 1; Weimar, Art. 506-508, No: 1; Cotti/Gygax, Art. 506, No: 6; Steinauer, No: 701.

¹² Mirasbırakan açısından olağan (el yazılı/resmî) vasiyet türlerini gerçekleştirmenin imkânsız olması şartı, önceden yapılmış olağan bir vasiyetin hükümlerinin sözlü vasiyet ile değiştirilmesi durumunda da aranır. Bkz. Audrey Leuba, "Art. 498-508 CC," Commentaire Romand, Code Civil II, Art. 457-977 CC, Art. 1-61 Tit. Fin. CC, editörler: Pascal Pichonnaz, Bénédict Foëx ve Denis Piotet (Bâle: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016), 367.

¹³ Bkz. Paul Piotet, "L'invalidité du testament oral qui n'est pas ou plus autorisé par la loi," Piotet Paul, Contributions choisies: recueil offert par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne à l'occasion de son 80ème anniversaire (Genève: Schulthess, 2004), 222; Weimar, Art. 506-508, No: 3; Steinauer, No: 701.

¹⁴ Leuba, 368; Weimar, Art. 506-508, No: 3.

Şayet sözlü vasiyet kanunun aradığı olağanüstü koşulların varlığı bulunmaksızın yapılmışsa, vasiyet MK m. 557 hükmü uyarınca iptal davasına konu olabilir¹⁵. Sözlü vasiyetin yapıldığı sırada olağanüstü koşulların bulunduğu ve mirasbırakanın diğer vasiyetname şekillerini gerçekleştirme imkânına sahip olmadığı konusundaki ispat yükü, sözlü vasiyetnamenin geçerliliğinde menfaati bulunan kişiye düşer¹⁶.

II. SÖZLÜ VASIYETİN YAPILMASINA İMKÂN SAĞLAYAN OLAĞANÜSTÜ DURUMLAR

İstisnai bir vasiyet türü olarak kabul edilen sözlü vasiyetin geçerli sayılabilmesi için, vasiyetçinin olağan dışı durumlar ile karşı karşıya kalması gerektiğini belirtmiştik. Özellikle ifade etmeliyiz ki, MK m. 539’da sayılan bu olağanüstü durumların, vasiyetin yapıldığı sırada mevcut olması gerekir¹⁷. Söz konusu olağanüstü durumlar aşağıda özel olarak ele alınacaktır.

A. Yakın Ölüm Tehlikesi

Olağanüstü durumların en sık karşılaşılanlarından biri, hiç şüphesiz yakın ölüm tehlikesidir. Mirasbırakan yakın ölüm tehlikesi içinde olup, diğer vasiyet türlerinden birini de gerçekleştirme imkânından yoksun ise, sözlü vasiyetname yaparak ölüme bağlı tasarrufta bulunabilir.

Örneğin Covid-19 pandemisi kapsamında, bu hastalığa yakalanmış olması sebebiyle yoğun bakım servisinde yatan bir hastanın yanına noterin ve tanıkların sokulmasına, dolayısıyla da resmî vasiyetname düzenlenmesine izin

¹⁵ Jean-Philippe Dunand, “Le testament oral en droit suisse et dans l’ancien droit neuchâtelois,” Pour un droit pluriel: études offertes au Professeur Jean-François Perrin (Bâle: Helbing et Lichtenhahn, 2002), 36; Piotet, 138; Weimar, Art. 506-508, No: 5; Cotti/Gygax, Art. 506, No: 4.

¹⁶ Bkz. Jean Guinand, Martin Stettler et Audrey Leuba, Droit civil suisse, Droit des successions, 6^e édition (Zürich: Schulthess Verlag, 2005), No: 285; Martin Lenz, “Art. 498-511 ZGB,” Praxiskommentar, Erbrecht, editörler: Daniel Abt ve Thomas Weibel, 4. Auflage (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019), Art. 506, No: 7; Breitschmid, Art. 506-508, No: 1; Steinauer, No: 701a; Cotti/Gygax, Art. 506, No: 4.

¹⁷ Arnold Escher, “Art. 457–536 ZGB,” Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), III. Band: Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, 3. Aufl. (Zürich: 1959), Art. 506, No: 5; Peter Tuor, “Art. 457-536 ZGB,” Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band III: Erbrecht, 1. Abt.: Die Erben (Bern: Stämpfli Verlag, 1964), Art. 506-508, No: 6; Lenz, Art. 506, No: 3; Dural/Öz, 92; Öztan, 218.

verilmeyeceğinden; diğer taraftan bu kişi, ağır seyreden bu hastalığı nedeniyle el yazılı bir vasiyetname kaleme alma imkânına da sahip olmayacağından; onun, sözlü vasiyet yoluyla son arzularını açıklaması mümkün sayılmalıdır.

Öğretide, MK m. 539 hükmünde yer verilen “tehlike” kelimesinin yanlış anlaşılmasına müsait olabileceğine dikkat çekilmektedir¹⁸. Gerçekten de “tehlike” ifadesinden anlaşılması gereken, esas olarak yakın ölüm riski ya da olasılığı olmalıdır. Dolayısıyla mirasbırakanın mutlaka bir tehlike durumu ile karşı karşıya kalması şart değildir. Tabii ki birçok durumda örneğin, yangın, sel, öldürülme tehdidi gibi hallerde bir “tehlike”den bahsedilebilirse de, bazı özel durumlarda farklılıklar ortaya çıkabilmektedir.

Mesela sağlık durumunun giderek ağırlaşması ve kişinin yaşamının sonuna geldiğini idrak etmesi ihtimalinde, tehlikeli bir durumla karşı karşıya kalınmasından ziyade, ciddi bir ölüm olasılığı söz konusudur¹⁹. Bu olasılığa sebep veren olayın niteliği ise önem taşımamaktadır²⁰. Bu bağlamda ağır bir hastalık, ciddi bir kaza, hattâ yaşın çok ilerlemiş olması dahi buna sebebiyet verebilir²¹.

Yakın ölüm tehlikesi ya da olasılığı, sözlü vasiyetin yapıldığı anda mevcut olmalıdır. Diğer bir deyişle, bu yakın tehlikenin somut olayda var olup olmadığı, vasiyetin yapıldığı an itibarıyla değerlendirilmelidir. Bununla birlikte, vasiyetçinin son arzularını yakın ölüm tehlikesi ile karşı karşıya kalmadan evvel de, olağan vasiyet türlerinden herhangi biri ile pekâlâ açıklama imkânına sahip olduğu, bu imkânı zamanında kullanmamış olan vasiyetçinin gerçekleştirdiği sözlü vasiyetin geçersiz sayılması gerektiği yönündeki itiraz ise hukuken mesnetsizdir; zira tasarruf ehliyetine sahip olan herkes, sözlü vasiyetin yapılmasının yasal koşullarının somut olayda mevcut olması kaydıyla, istediği zaman diliminde bu vasiyeti gerçekleştirebilir²².

¹⁸ Bu doğrultuda bkz. Leuba, 369.

¹⁹ Steinauer, No: 701; Dunand, 35.

²⁰ Daniel Abt, Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht: unter besonderer Berücksichtigung von Zuwendungen an Vertrauenspersonen (Basel: Helbing und Lichtenhahn, 2002), 156; Hans Michael Riemer, “Das mündliche oder Nottestament gemäss Art. 506-508 ZGB,” Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht 1976, 336.

²¹ Weimar, Art. 506-508, No: 4; Riemer, 337; Escher, Art. 506, No: 5.

²² İmre/Erman, 92.

Sözlü vasiyetin geçerliliği konusunda önem arz eden yakın ölüm tehlikesinin, vasiyetin yapıldığı anda mevcut olup olmadığını hem objektif hem de sübjektif olarak ayrı ayrı değerlendirmek icap eder²³. Objektif değerlendirme, ölüm neticesini doğuracak olan bir tehlikenin somut olarak var olup olmadığının tespitini konu alır²⁴. Sübjektif değerlendirme ise, vasiyetçinin bu tehlikeyi nasıl algıladığı ile ilgilidir. Mirasbırakanın içinde bulunduğu koşulların kendisine nasıl bir etki yarattığı; vasiyetin gerçekleştiği an itibarıyla mirasbırakanı diğer vasiyet türlerini yapmaktan alıkoyan ve onu sözlü vasiyette bulunmaya iten sebeplerin onun açısından kabul edilebilir olup olmadığı sübjektif değerlendirmede dikkate alınır²⁵.

B. Ulaşımın Kesilmesi

MK m. 539 hükmünde ifade edilen olağanüstü durumlardan biri de ulaşımın kesilmesidir. Ulaşımın kesilmesi, mirasbırakanın ya da işlemin geçerli olması için ona refakat eden diğer kişilerin (resmî vasiyetnameyi düzenleyecek olan resmî memur... vs.) hareket etme imkânını ortadan kaldıran bir sebeptir²⁶. Örneğin okuma yazma bilmediği veya felç olduğu için el yazılı vasiyetname düzenleyemeyen mirasbırakan, ulaşımın kesilmesi nedeniyle resmî makamlara başvurma ve dolayısıyla da resmî vasiyetname yapma imkânını da kaybederse, onun yönelebileceği tek yol sözlü vasiyet olacaktır. Ulaşımın kesilmesi, çığ düşmesi, heyelan, göçük gibi doğal sebeplerden kaynaklanabileceği gibi; kitlesel boykot ve grevler, sokak çatışmaları, terör eylemleri gibi toplumsal olaylardan da ileri gelebilir²⁷. Bu gibi durumlarda mirasbırakan, olağan (el yazılı veya resmî) vasiyetname yapma imkânından yoksun kalmaktadır.

Ulaşımın kesilmesi istisnai ve geçici bir durum arz etmelidir. Bu nedenle yerleşim yeri olarak fazlasıyla ücra bir bölgeyi seçmiş olan mirasbırakan, salt ulaşım güçlüğünü gerekçe göstererek sözlü vasiyette bulunma yoluna gidemez. Onun, MK m. 539'da öngörülen sebeplerden (mesela yakın ölüm tehlikesi gibi) bir diğer sebebe daha dayanması gerekir²⁸.

²³ Öztan, 218; İmre/Erman, 93.

²⁴ Öztan, 218.

²⁵ Leuba, 368; Weimar, Art. 506-508, No: 4; Cotti/Gygax, Art. 506, No: 7; Steinauer, No: 701a.

²⁶ Escher, Art. 506, No: 6; Dural/Öz, 92.

²⁷ Tuor, Art. 506-508, No: 12; Escher, Art. 506-508, No: 6.

²⁸ Bkz. Escher, Art. 506-508, No: 6; Tuor, Art. 506-508, No: 12.

Yakın ölüm tehlikesinden farklı olarak, ulaşımın kesilmesinin somut olayda yalnızca bir tehlike ya da olasılık olarak karşımıza çıkması yeterli olmaz. Sözlü vasiyetin yapıldığı an itibarıyla ulaşımın fiilen kesilmiş olması şarttır²⁹.

C. Hastalık ve Savaş

MK m. 539 hükmü, hastalık ve savaş da olağanüstü durum olarak belirtmiştir. Bu hususta, 2019 yılında ortaya çıkan ve tüm dünyayı etkisi altına alarak 6 milyondan fazla insanın ölümüne neden olan Covid-19 pandemisi de örnek olarak gösterilebilir. Hastalık ve savaş olayları tek başına, mirasbırakana kendiliğinden olağan türden vasiyetnameleri yapmaktan alıkoyabilir. Ancak hastalık ve savaş, diğer nedenlerle eş zamanlı olarak da varlık gösterebilir. Örneğin Covid-19 pandemisi, devletlere kişiler üzerinde sokağa çıkma yasağı ve karantina gibi tedbirler uygulanmasını zorunlu kıldığından, kişilerin belirli dönemlerde kamu görevlilerine başvurarak resmî vasiyetname yapma imkânını da ortadan kaldırmıştır. Görüldüğü gibi, pandemi ya da kanundaki ifadesiyle “hastalık”, diğer bir sebep olarak kanunda zikredilen “ulaşımın kesilmesi” ile birlikte olağanüstü bir durum oluşturmuştur³⁰. Büyük ölçekli hastalıklarda olduğu gibi savaş durumlarında da, kişiler gerek “yakın ölüm tehlikesi” gerekse “ulaşımın kesilmesi” nedenleri ile sözlü vasiyetname yapma yoluna gitmekten başka bir imkâna sahip olamamaktadırlar. Ancak şayet bu imkân varsa, yani savaş sırasında dahi olsa, kişi son arzularını el yazılı veya resmî vasiyetname yoluyla açıklayabilecek ise, sözlü vasiyet yoluna gidilemez.

Hiç kuşkusuz hastalığın belli bir ağırlıkta olması; diğer bir anlatımla, kişinin hayatını sona erdirebilecek ciddi etkilere sahip olması gerekir³¹. Bu bakımdan tek başına diyabet, romatizma, işitme kaybı ya da nezle gibi hastalıklar, sözlü vasiyetin yapılabilmesi için yasa tarafından zorunlu kılınan “hastalık” şartını karşılamakta yetersiz kalır. Yargıtay’a göre de kalp hastası olmak³² ya da dâhili bir hastalıktan hasta yatmak³³ bu olağanüstü hallerin varlığını göstermeye yetmez.

²⁹ İmre/Erman, 94.

³⁰ Tuor, Art. 506-508, No: 13; Escher, Art. 506-508, No: 7.

³¹ İmre/Erman, 94.

³² Y. 2. HD, E.1965/1257, K.1965/2033, 20.4.1965. Bkz. Ali İhsan Özüğür, Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku, 4. Baskı, Cilt 1 (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 950.

³³ Y. 2. HD, E.1965/3469, K.1965/3463, 28.6.1965, (Özüğür, 950).

D. Diğer Nedenler

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, MK m. 539 hükmü, olağanüstü sebepler konusunda örnekleyici bir liste ortaya koymuştur. Dolayısıyla, hükümde zikredilenler dışında kalan başka sebepler de mirasbırakanı, el yazılı veya resmî vasiyetname düzenleme imkânından mahrum bırakabilir. Deprem, tsunami, nükleer kaza veya kişinin ayırt etme gücünü kaybetmesine yol açacak âni bir durumun ortaya çıkması³⁴ gibi nedenler bu konuda örnek teşkil edebilir³⁵. Bu durumlarda da mirasbırakanın eş zamanlı olarak “yakın ölüm tehlikesi” veya “ulaşımın “kesilmesi” gibi diğer sebeplerle karşı karşıya kalması da imkân dâhilindedir.

III. SÖZLÜ VASIYETTE BULUNULMASINA İLİŞKİN AŞAMALAR VE BU AŞAMALARDA UYULMASI GEREKEN KURALLAR

A. Son Arzuların Tanıklara Anlatılması

Medeni Kanun m. 539/f. 2 hükmü gereği mirasbırakan son arzularını iki tanığa anlatmak zorundadır. Mirasbırakan vasiyetini yalnızca bir kişiye açıklarsa, sözlü vasiyet geçerli olmaz³⁶. Son arzuların anlatılması çoğunlukla sesli olarak gerçekleşir³⁷. Bununla birlikte, mirasbırakanın son dileklerini işaret dili ile veya jest ve mimikler ile dışa vurması da mümkündür³⁸. Kanaatimizce de, doğuştan gelen bir engel nedeniyle kendini sözlü olarak ifade edemeyen ya da hastalık veya kaza sonucu bu yeteneğini sonradan kaybeden bir kişinin, MK m. 539 hükmü kapsamında vasiyette bulunamayacağını savunmak aşırı bir yorum olur. Burada dikkat edilmesi gereken husus, mirasbırakanın iradesinin açık bir biçimde, tartışmaya yer bırakmayacak şekilde ortaya konulmasıdır³⁹. Keza mirasbırakan, son

³⁴ Dunand, 36; Cotti/Gygax, Art. 506, No: 7; Weimar, Art. 506-508, No: 4.

³⁵ Bununla birlikte, sözlü vasiyetin istisnai bir ölüme bağlı tasarruf türü olduğu dikkate alınarak, mirasbırakanı olağan vasiyetname yapmaktan alıkoyan bu olağanüstü durumların dar yorumlanması gerektiği yönündeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. ATF 143 III 640 ve ATF 77 II 216.

³⁶ Kılıçoğlu, 117.

³⁷ Weimar, Art. 506-508, No: 1; Cotti/Gygax, Art. 506, No: 8; Lenz, Art. 506, No: 4; Steinauer, No: 703; Guinand/Stettler/Leuba, No: 286.

³⁸ Leuba Audrey, “Action en annulation d’un testament oral (art. 519 CC),” Successio 2019, 130; Weimar, Art. 506-508, No: 6.

³⁹ Breitschmid, Art. 506-508, No: 4; Weimar, Art. 506-508, No: 6; Cotti/Gygax, Art. 506, No: 8.

arzularını tanıklara açıklarken, kendisinin önceden hazırlamış olduğu bir taslağa da yollama yapabilir⁴⁰.

Vasiyetçinin, üçüncü bir kişi -somut olayda tanıklar- tarafından önceden hazırlanarak kendisine sunulan bir vasiyet taslağını jest ve mimikleriyle onaylamasının, MK m. 539 hükmü çerçevesinde bir sözlü vasiyetname olarak kabul edilip edilemeyeceği meselesi de, İsviçre Federal Mahkemesi kararına⁴¹ konu olmuş bir olay vasıtasıyla gündeme gelmiştir⁴².

Bu olayda, bir hastanenin yoğun bakım ünitesinde solunum cihazına bağlı olarak yatan ve muhataplarıyla ancak jestleriyle iletişim kurabilen pulmoner fibrozis hastası D. A., kendisine refakat eden hayat arkadaşından, arkadaşları olan E. ve F. ile irtibata geçmesini ve bu kişileri yanına çağırmasını talep etmiştir. D. A.'nın kendilerine son arzularını açıklayacağını öğrenen E. ve F., bu nedenle bir noterle temasa geçmişlerdir. Kendisine başvurulmuş noter, o gün için müsait olmadığını, ancak bu gibi durumlarda sözlü bir vasiyetname düzenlenebileceğini açıklamış; ayrıca D. A.'nın durumundaki gibi boşanmış ve çocuklu bir mirasbırakanın saklı payı ile tasarruf edilebilir kısmının ne olduğu konusunda onlara bilgiler vermiştir. D. A.'nın mallarının dörtte birinin⁴³ tasarruf edilebilir kısım olduğu konusunda notlar alan E. ile F. hastaneye giderek, D. A.'ya sözlü vasiyetnamenin şartlarını açıklamış ve noterin kendilerine verdiği bilgileri ona sunmuşlardır. Kendisine açıklananları dinleyen D. A., vasiyetini sözlü olarak gerçekleştirmek istediğini ve mallarının dörtte birini hayat arkadaşına bırakmak istediğini jestleriyle E. ile F.'ye belirtmiştir. E. ile F. ise D. A.'nın bu son arzularını yazıya dökerek belgeyi imzalamış ve hazırladıkları belgeyi yetkili makama teslim etmişlerdir. Bundan kısa süre sonra vefat eden D. A.'nın yatmakta olduğu yoğun bakım ünitesindeki sorumlu hekim, D. A.'nın "*ölüm ânına kadar aklî melekelerine*

⁴⁰ Piotet, 222; Weimar, Art. 506-508, No: 6; Cotti/Gygax, Art. 506, No: 8.

⁴¹ Bkz. ATF 143 III 640.

⁴² Kararın ayrıntılı olarak değerlendirildiği iki makale için bkz. Pınar Çağlayan Aksoy, "İsviçre Federal Mahkemesi'nin 11.12.2017 Tarihli Kararı Işığında Sözlü Vasiyetnamesinin Koşulları Hakkında Bir Değerlendirme," Yargıtay Dergisi, C. 44, S. 4 (Ankara: 2018), 1623 vd.; Kadir Berk Kapancı, "İsviçre Federal Mahkemesi'nin Sözlü Vasiyetnameye İlişkin Bir Kararı (TF 5A_236/2017, ATF 143 III 640) Üzerine Kısa Bir Değerlendirme," Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1 (İstanbul: 2021), 913 vd.

⁴³ Bilindiği gibi, Türk Medeni Kanunu m. 506 hükmüne göre, saklı pay, altsoy için yasal miras payının yarısı olarak belirlenmiştir. Buna karşılık İsv.MK m. 471 hükmü uyarınca altsoyun saklı payı, yasal miras payının dörtte üçüdür.

tam olarak sahip olduğunu, son arzularını bazı mimik ve jestlerle de olsa geçerli bir biçimde ifade edebilme yeteneğini ölünceye değin sürdürdüğünü, ancak bu arzularını fiziksel engelleri nedeniyle kaleme alamadığını” belirten bir rapor hazırlamıştır. Bunun üzerine, D. A.’nın kızları mahkemeye başvurarak, mahkemeden sözlü vasiyetnamenin hükümsüz olduğuna dair bir karar vermesini veya vasiyeti iptal etmesini; bunun neticesinde de D. A.’nın hayat arkadaşının mirasçı ya da vasiyet alacaklısı sıfatına sahip olmadığına hükmedilmesini talep etmişlerdir.

Davayı inceleyen Federal Mahkeme, tanıklarca önceden hazırlanarak vasiyetçiye sunulan taslak metnin (tanıkların noterle yapılan görüşme sırasında tuttukları notların) vasiyetçi tarafından onaylanmasını, sözlü vasiyetin geçersizliği sonucunu doğuracak bir sebep olarak kabul etmemiştir. Vasiyetçinin gerek sözlü vasiyetnamenin hazırlanması sürecine gerekse kendisine sunulan taslağa itiraz etmeye yönelik zihinsel ve fiziksel kapasiteye sahip olduğunun altını çizen Federal Mahkeme, burada dikat edilmesi gereken en önemli noktanın, mirasbırakanın, vasiyette bulunurken “*animus testandi*” ile hareket etmesi olduğunu belirtmiştir. Bunun, üçüncü bir şahıs (örneğin tanıklar) tarafından önerilen bir vasiyet taslağına rıza gösterme şeklinde yahut bizzat mirasbırakan tarafından vasiyet olarak açıklanan bir irade niteliğinde olması, herhangi bir fark yaratmamalıdır. Nitekim bir irade açıklamasına gösterilen rızanın, irade açıklamasının kendisinden daha az bir hukukî değere sahip olduğu yönünde bir düşünce kabul edilebilir değildir⁴⁴.

⁴⁴ Leuba’ya göre, bu kabul, miras konusundaki dolandırıcılık riskini artırabilir. Zira sözlü vasiyetnamede tanıklar, resmî vasiyetnameyi düzenleyen kamu görevlilerinin sağladıkları teminatı sunamamaktadır. Bu nedenle, vasiyetçinin, üçüncü kişi tarafından önerilen irade açıklamasına karşı çıkma imkânına ve zihinsel ve fiziksel kapasiteye sahip olup olmadığının somut olayda özellikle denetlenmesi gerekir. Bkz. Leuba, Action en annulation, 130. Bunun sadece *animus testandi* (vasiyet yapma iradesi) ile değil, aynı zamanda vasiyette bulunma ehliyeti ile de ilgili olduğu yönünde bkz. Stephan Wolf, “Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2017,” ZBJV, Band 154, 405-419 (Bern: Stämpfli Verlag, 2018), 409. Benzer şekilde, vasiyetçinin kendi kaderini tayin etme hakkına saygı gösterebilmek için, onun tarafından açıklanan rızanın sağlıklı olup olmadığına da dikkat edilmesi gerekir. Bu bağlamda, tanıkların kimliği, özellikle de ölüme bağlı tasarruftan yararlanan kişilerden bağımsız olmaları bu hususta rol oynayabilir. Bkz. bu yönde Leuba, Action en annulation, 130.

MK m. 539 hükmü ile ortaya konulan hususlardan bir diğeri ise, mirasbırakanın son arzularını iki tanığa aynı anda açıklamak zorunda olmasıdır⁴⁵. Önce bir tanığa daha sonra ikinci tanığa yapılan açıklama şekil şartına aykırılık oluşturur. Keza mirasbırakan tarafından kendisine son arzuların açıklandığı tanığın bunları bir başkasına (ikinci tanığa) anlatması ile de kurala uyulmuş olunmaz⁴⁶. Bununla birlikte son arzuların açıklandığı sırada tanıkların, mirasbırakan ile aynı yerde bulunması şart değildir. Mirasbırakan son arzularını örneğin video konferans yoluyla da tanıklara açıklayabilir⁴⁷. Hattâ tanıklar, eş zamanlı olarak mirasbırakanın kimliğini teşhis edebildikleri ve onunla iletişimde kalabildikleri müddetçe, hoparlöre alınmış bir telefon görüşmesi ile dahi son arzuların açıklanması mümkündür⁴⁸. Dolayısıyla mirasbırakan ile tanıkların, son arzuların açıklandığı sırada birbirlerinin yüzlerini görmesi şart değildir⁴⁹. Bu sayede, örneğin deprem nedeniyle çöken bir binanın enkazı altında kalmış bir kişi, cep telefonunun eş zamanlı görüşmeye imkân veren uygulamaları (Whatsapp, Facetime vb.) vasıtasıyla yakınlarına ulaşarak, bunlara son arzularını sözlü vasiyet şeklinde açıklayabilecektir⁵⁰.

Mirasbırakan son arzularını iki tanığa anlattıktan sonra onlara bu beyana uygun bir vasiyetname yazmaları veya yazdırmaları konusunda bir görev yükler (MK m. 539/f. 2). Tanıkların bu görev teklifini kabul etmesi ise zorunlu

⁴⁵ Steinauer, No: 703; Breitschmid, Art. 506-508, No: 4; Weimar, Art. 506-508, No: 6; Cotti/Gygax, Art. 506, No: 8; ATF 104 II 68.

⁴⁶ Bu yönde bkz. Y. 3. HD, E.2013/15175, K.2013/18291, 19.12.2013: “Somut olayda; mirasbırakan hastanede tedavi gördüğü sırada 23.03.2011 tarihinde kroner yoğun bakımda iken ölmüştür. İptali istenen vasiyetnameler 28.03.2011 tarihinde dava dışı F. ve Kısmet tarafından düzenlenmiştir... Mahkemece tanık olarak dinlenen F., murisle aynı odada yattığını “davalı dışında kimsenin kendisiyle ilgilenmediğini ve 10.000 TL parasını Akdere Mutlu Mahallesindeki gecekondusunu öldükten sonra davacıya bırakacağını söylediğini ifade etmiştir. Diğer tanık da, tanık F.’den “murisin bu şekilde söylediğini duyduğunu” ifade etmiştir. Tanık beyanları karşısında; TMK 539. maddesine göre son arzularının “iki tanığa anlatılması ve görevlendirilmesi” şartı olayda gerçekleşmemiştir. Muris yalnızca tanık F. ’ye bildirmiştir” (<https://legalbank.net>).

⁴⁷ Weimar, Art. 506-508, No: 6; Cotti/Gygax, Art. 506, No: 8.

⁴⁸ Leuba, 371.

⁴⁹ Tuor, Art. 506-508, No: 19; Weimar, Art. 506-508, No: 6; Dural/Öz, 93; Öztan, 220.

⁵⁰ Leuba, 371.

değildir⁵¹. Bununla birlikte tanıkların bu teklifi kabul etmeleri durumunda, ortaya borçlar hukuku anlamında bir vekalet ilişkisi çıkar⁵². Şayet tanıklar bu görevi kabul etmiş olmalarına rağmen, mirasbırakanın beyanına uygun bir vasiyetname yazma görevini kasten yerine getirmezler ise; bu durum, vekalet ilişkisinden doğan borca aykırı bir davranış teşkil ettiği gibi, aynı zamanda tanıkların MK m. 578 hükmü gereği -mirasbırakanın artık yeni bir ölüme bağlı tasarrufta bulunma imkânı kalmamışsa- mirastan yoksun kalmaları sonucunu doğurabilir⁵³. Şüphesiz ki bu sonuç, ancak mirastan yoksun kalabilecek (örneğin vasiyetçinin aynı zamanda yasal mirasçısı olan veya onun daha önceki bir vasiyetnamesiyle mirasçı olarak atanan veya lehlerine belirli bir mal vasiyet edilen) tanıklar hakkında söz konusu olabilir⁵⁴.

Mirasbırakanın son arzularını iki tanığa bildirmesi ile birlikte sözlü vasiyetname hukukî varlık kazanmış olur⁵⁵. MK m. 540 hükmünde öngörülen ve tanıklar tarafından yerine getirilmesi gereken belgeleme prosedürü ise sözlü vasiyetnamenin varlığı için değil, şekil bakımından geçerlilik kazanması için gerçekleşmesi gereken bir koşuldur⁵⁶. Dolayısıyla, mirasbırakan tarafından iki tanığa açıklanan son arzular, tanıklar tarafından kaleme alınmaz veya eksik olarak kağıda geçirilirse; bu, vasiyetnamenin yok hükmünde olduğu anlamına gelmez. Belgeleme prosedürünün yerine getirilmemiş olması her ne kadar, vasiyetnamenin içeriğinin mirasbırakanın son arzularını yansıttığını ispat konusunda önemli bir güçlük yaratsa da⁵⁷, bu durum vasiyetnamenin hukukî mevcudiyetini, hattâ hüküm doğurmasını engellemez; yalnızca sözlü vasiyetnamenin şekle aykırılığı iddiasını ve dolayısıyla MK m. 557/f. 1/b. 4 hükmüne dayalı iptal davasını gündeme getirebilir⁵⁸.

⁵¹ İmre/Erman, 95; Öztan, 220.

⁵² Dunand, 38; Steinauer, No: 704; Escher, Art. 507, No: 10; Breitschmid, Art. 506-508, No: 4; Piotet, 222; Weimar, Art. 506-508, No: 10; Dural/Öz, 94; İmre/Erman, 95.

⁵³ Weimar, Art. 506-508, No: 10; Piotet, 222. Konu hakkında farklı görüş için bkz. Dural/Öz, 94.

⁵⁴ İmre/Erman, 96, dn. 14.

⁵⁵ Leuba, 371; Weimar, Art. 506-508, No: 8.

⁵⁶ Riemer, 340; Lenz, Art. 507, No: 5; Cotti/Gygax, Art. 507, No: 8.

⁵⁷ Bu güçlüğü, mirasbırakanın son arzularını açıklamış olduğu iki tanığın birbirine uygun irade beyanları ile aşılabileceği yönünde bkz. Leuba, 372.

⁵⁸ Leuba, 374; Riemer, 340; Lenz, Art. 507, No: 5.

B. Son Arzuların Belgelenmesi

MK m. 540 hükmü, mirasbırakanın son arzularını dinleyen tanıklara, bu arzuların yazıya dökülmesi konusunda iki imkân tanımaktadır. Bunlardan ilki, son arzuların bizzat tanıklar tarafından kaleme alınması; diğeri ise, mirasbırakanın arzularını mahkemeye beyan ederek, mahkeme tarafından bir tutanak düzenlenmesinin sağlanmasıdır.

1. Tanıklarca Belge Düzenlenmesi ve Bu Belgenin Mahkemeye Teslimi

Mirasbırakanın son arzularını tanıkların bizzat yazıya dökmeye karar vermeleri durumunda, tanıklardan biri kendilerine beyan edilen son arzuları yer, yıl, ay ve günü de belirterek hemen yazar, düzenlediği bu belgeyi imzalar ve diğeri tanığa imzalatır⁵⁹. El yazılı vasiyetnameden farklı olarak, düzenlenen belgedeki metnin tanıklardan birinin el yazısıyla yazılması zorunlu değildir⁶⁰. Dolayısıyla metnin düzenlenmesi sırasında bilgisayar veya daktilo

⁵⁹ Tanıkların düzenledikleri belgede, vasiyetçiyi sözlü vasiyette bulunmaya mecbur eden olağanüstü koşulun ne olduğunu belirtmeleri ise gerekmez. Onlar, bu koşulu (vasiyetçinin son arzularını olağanüstü bir durum içinde kendilerine anlattığını) MK m. 540/f. 1 hükmü uyarınca mahkemeye beyan etmek zorunda bırakılmışlardır. Bu hususa dikkat çeken İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. ATF 143 III 640.

⁶⁰ Escher, Art. 507, No: 3; Steinauer, No: 705; Weimar, Art. 506-508, No: 11; Piotet, 223; İnan/Ertas/Albaş, 192. Kanunda bu yönde bir şart bulunmamasına rağmen, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, tanıkların, sözlü vasiyeti kaleme aldıkları belgeyi el yazısı ile yazmaları gerektiğine; aksi takdirde sözlü vasiyetin iptale konu olacağına dair isabetsiz bir karar vermiştir: “*Şahitlerin hâkime tevdi ettikleri belge, 487. maddenin birinci cümlesinde (MK m. 540) açıklandığı üzere tanıklardan biri tarafından bizzat yazılmamış ise şekil eksikliği söz konusu olur. (Önceki) Medeni Kanunun 486. ve 487. maddesi gereğince 11.05.1993 tarihli tutanağın E. T. veya V. A.’nın el yazısı olup olmadığı mahkemece araştırılmamıştır. Bu yön gözetilmeden ilamda yazılı gerekçe ile eksik tahkikatla, hüküm tesisi doğru görülmemiştir*”. Karara ilişkin karşı oy yazısında ise şu hususlara dikkat çekilmiştir: “*Sözlü vasiyeti tesbit eden tutanaktaki yazının tutanağı düzenleyen tanıkların el yazısı olmadığına ilişkin bir itiraz ve temyiz bulunmamaktadır. Temyiz isteği de bir davadır. O halde tarafların isteği ile bağlı kalınarak hüküm kurulması gerekir. Vasiyetnamelerin iptali, öngörülüş iptale kadar geçerli olması kabul edildiğinden şekil sorunu kamu düzeni dışında tutulmuştur. Kamu düzeniyle ilgili olmayan yönlerin doğrudan dikkate alınarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 74-75 ve 439. maddelerine aykırıdır*”. Bkz. Y. 2. HD, E.1998/893, K.1998/3764, 27.03.1998, (<https://legalbank.net>).

kullanılması mümkündür⁶¹. Bununla birlikte tanıkların, bu metnin altını kendi el yazıları ile imzalamaları şekil bakımından zorunludur⁶².

İsviçre Federal Mahkemesine göre, tanıklar tarafından oluşturulan belgede, yıl, ay veya günün belirtilmediği veya yanlış belirtildiği durumlarda, vasiyetname ancak gerekli zamansal verilerin başka bir şekilde ortaya çıkarılması mümkün değilse ve şayet bu veriler, vasiyetçinin vasiyette bulunma ehliyetini, birbirini izleyen birkaç vasiyetname arasındaki zamansal önceliği veya vasiyetnamenin geçerliliğine ilişkin başka herhangi bir hususu belirlemek için zorunlu ise geçersiz sayılmalıdır⁶³.

MK m. 540/f. 1 hükmü, bunların dışında, belgelemenin hemen yapılması gerektiğine de dikkat çekmektedir. “Hemen” ifadesinden anlaşılması gereken ise somut olayın koşulları dikkate alındığında mümkün olan en hızlı şekilde bu belgelemenin yapılması gerektiğidir⁶⁴. Buradaki amaç, mirasbırakan tarafından açıklanan arzuların, tanıkların hafızalarındaki tazeliğini kaybetmeden ve araya giren olaylardan etkilenmeden belgeye dönüşmesinin sağlanmasıdır⁶⁵.

⁶¹ Bkz. Piotet, 223; Escher, Art. 507, No: 2. Aksi görüşte bkz. Tuor, Art. 506-508, No: 25.

⁶² İmre/Erman, 97.

⁶³ Bu yöndeki karar için bkz. ATF 143 III 640: “Söz konusu davada, iki tanık tarafından mahkemeye sunulan metin, vasiyetçi D.A. ’nın son arzularının alındığı tarihin ve yerin belirlenmesini mümkün kılan (‘17 Haziran 2011 tarihinde U. ’daki H. Kliniğinin yoğun bakım ünitesine yaptığımız ziyaret sırasında’ şeklindeki) ifadeleri içerdüğinden, ... vasiyetin (bu yönüyle) geçersizliğinden söz edilemez”.

⁶⁴ Weimar, Art. 506-508, No: 10; Breitschmid, Art. 506-508, No: 6, 7; Steinauer, No: 705. Öğretide bu sürenin olağanüstü durumlar haricinde 24 saatten fazla olmaması gerektiği savunulmaktadır. Bkz. bu yönde Lenz, Art. 507, No: 4; Cotti/Gygax, Art. 507, No: 2.

Ayrıca bkz. Y. 2. HD, 6053-11085, 12.7.2005: “Olayda sözlü vasiyetin 19.2.2002 günü saat 19.30’da vasiyetçinin yattığı hastanedeki odasında yapıldığı, vasiyetçinin 2.3.2002 günü öldüğü, vasiyet kendisine tahrir edilen tanıklar Sadık ve Refik’in bu sözlü vasiyeti **anında (tahrir sırasında) yazmadıkları**, ... ancak tanıklarca sözlü vasiyetin **4.3.2002 tarihinde yazıya döküldüğü** ve aynı gün sağlık kurumunun en yetkili yöneticisine tevdi edildiği, “sözlü vasiyetin vakit geçirmeksizin tevdi” koşulunun yerine getirilmediği, ... anlaşılmıştır. Bu bakımdan sözlü vasiyet kanunda öngörülen geçerlilik koşullarından yoksun bulunmaktadır. (TMK m. 539-540) Açıklanan sebep ve gerekçelerle sözlü vasiyetin iptali gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır” (Gençcan, 337).

⁶⁵ Bkz. ATF 65 II 49.

Tanıklar, düzenlemiş oldukları belgeyi vakit geçirmeksizin sulh veya asliye hukuk mahkemesine vermek zorundadır (MK m. 540/f. 1). Bu mahkemenin, mirasbırakanın son yerleşim yeri mahkemesi olması ise şart değildir. Gerçekten, mirasbırakan yerleşim yerinden çok uzak bir yerde de sözlü vasiyette bulunarak vefat etmiş olabilir. Bununla, tanıkların mirasbırakan tarafından kendilerine açıklanan vasiyeti üçüncü kişilerin etkisi ile değişikliğe uğramadan ya da zaman içerisinde hafızalarından çıkmadan görevli mahkemeye en kısa zamanda ulaştırabilmeleri hedeflenmektedir⁶⁶. Belirtmek gerekir ki kanun koyucu, tanıkların sözlü vasiyeti örneğin en yakın notere ya da savcılığa tevdi edebilmelerine ilişkin bir imkân tanımamış; bu konudaki yetkili makamı mahkeme olarak belirlemiştir⁶⁷.

Sözlü vasiyetin mahkemeye teslimi ile ilgili olarak kanunda herhangi bir somut süre belirtilmemiş olsa da, öğretide buradaki zamansal sınırın, tıpkı belgelemede olduğu gibi “hemen” yani somut olaya göre mümkün olan en kısa süre olması gerektiği savunulmaktadır⁶⁸. Şüphesiz ki tanıkların

⁶⁶ Breitschmid, Art. 506-508, No: 7; Kılıçoğlu, 118. Zamansal nitelikli bu zorunluluğun, işlemde birlik (*unitas actus*) ilkesinden kaynaklandığı yönünde bkz. Dunand, 39; Piotet, 222; İmre/Erman, 99.

⁶⁷ Dural/Öz, 95.

⁶⁸ Bu yönde bkz. Lenz, Art. 507, No: 4. Ayrıca yazar, bu sürenin kural olarak 24 saati aşmaması gerektiğini de savunmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararda, sözlü vasiyetnameyi 24 Haziran gününün sabahında yazıya döken tanıkların bunu mahkemeye 26 Haziran günü öğleden sonra teslim etmiş olmalarını (25 Haziran gününün resmî tatil olmasına rağmen) kabul edilemez bir gecikme olarak değerlendirmiştir. Bkz. bu yönde ATF 44 II 348. Keza mirasbırakanın son arzularını yazıya döken tanıkların, bu belgeyi bundan **üç gün sonra** mahkemeye götürmelerini, “dosya temelinde hiçbir maddi gerekçenin hakkı gösteremeyeceği açık bir gecikme” olarak değerlendiren İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. ATF 45 II 527.

Yargıtay’ın, tevdiin “gecikmiş” olduğuna hükmettiği kararlar için bkz. Y. 2. HD, 8059/75, 11.1.1974: “İbraz edilen vasiyetnameden anlaşıldığı gibi, ölüm 28.12.1972 Salı günü saat 12.30’da vaki olmuş, vasiyetname ise 30.12.1972 günü hâkime tevdi edilmiştir. Oysa, sözlü vasiyetnamenin hukuki sonuç doğurabilmesi için, vakit geçirmeksizin hemen mahkemeye verilmesi lazımdır. Olayda ise **iki gün** geçmiştir... Neticeten vasiyet geçerli olmadığı cihetle Emine’nin mirasçılık belgesi isteğinin reddi gerekirken bu yön gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır” (Özügür, 957); Y. 2. HD, 746/1157, 12.2.1976: “Olayda ölüm 27.5.1974’te meydana gelmiş, tanıkların 30.5.1974 günlü müşterek dilekçeleri nöbetçi Sulh Hukuk Mahkemesine verilmiş, tutanak ise görevli Sulh Mahkemesince 26.6.1974 günü düzenlenmiştir... Esasen olayda ölümden **3 gün sonra** mahkemeye başvurulması da kanunda öngörülen ‘vakit geçirmeksizin’ deyimi ile bağdaşmaz. Yani başvurma süresi geçmiştir. Bu bakımdan da vasiyet geçerliken yoksun

düzenlemiş oldukları belgeyi, mesleki yükümlülüklerini ve acil olarak yerine getirmeleri gereken diğer işlerini aksatmak pahasına mahkemeye ulaştırmaları gerektiğini savunmak da dürüstlük kuralına aykırı olur⁶⁹. Bu nedenle, belgenin mahkemeye ulaştırılmasında yaşanan gecikmeyi tanıkların içinde bulundukları somut olayın şartları dâhilinde objektif olarak değerlendirmek

bulunmaktadır” (Özügür, 956); Y. 2. HD, E.2003/8702, K.2003/10920, 16.07.2003: “Mirasbırakan 11.6.1999 da ölmüştür. Vasiyetname ise aynı gün düzenlenmiş olmasına rağmen aradan **yedi gün geçtikten sonra** 18.6.1999’da mahkemeye tevdi edilmiştir. Tanıkların davranışları yasada öngörülen vakit geçirmeksizin deyimi ile bağdaştırılamaz. Mahkemece davanın kabulü gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır” (<https://legalbank.net>); Y. 2. HD, 7268/7543, 1.11.1997: “Vasiyetçi 21.5.1974’te ölmüş, vasiyetname ise 30.5.1974 günü yani **9 gün sonra** hâkime teslim olunmuştur. O halde sözlü vasiyet bu yönüyle geçerli sayılamaz” (Özügür, 948); Y. 2. HD, 20759-11995, 18.6.2009: “Vasiyetçi 10.09.2006 tarihinde ölmüş, vasiyetname ise 20.09.2006 tarihinde yani **10 gün sonra** hâkime teslim edilmiştir. O halde sözlü vasiyet bu yönüyle geçerli sayılmaz. (TMK m. 539) Öte yandan tanığın işlerinden dolayı vasiyetnameyi geç götürmesi de haklı bir sebep değildir. O halde sözlü vasiyet şartları gerçekleşmemiştir” (Gençcan, 338); YHGK, E.1989/2-296, K.1989/388, 24.05.1989: “Olayımızda ise vasiyetnamenin **17 gün sonra** mahkemeye tevdi edildiği gerçekleşmiştir. Bu durumda vasiyetnamenin iptaline karar verilmesi gerekirken olaya uymayan yazılı düşüncelerle isteğin reddedilmesi usul ve kanuna aykırıdır” (<https://legalbank.net>); Y. 2. HD, 10427-12475, 19.10.2000: “Olayda, sözlü vasiyetin 1.2.1999 Pazartesi günü saat 10.00’da vasiyetçinin yattığı hastanedeki odasında yapıldığı, vasiyetçinin aynı gün öldüğü, vasiyet kendilerine takrir edilen tanıklar Vedat ve Tekin’in bu sözlü vasiyeti anında (takrir sırasında) yazdıkları ve hastaneden ayrıldıkları, ancak, tanıklarca yazıya dökülen bu sözlü vasiyetin **1 ay sonra** (1.3.1999’da) Sulh Hukuk Hâkimine tevdi edildiği, “vakit geçirmeksizin tevdi” koşulunun yerine getirilmediği.... anlaşılmaktadır. Bu bakımdan da sözlü vasiyet kanunda öngörülen geçerlilik koşullarından yoksun bulunmaktadır” (Gençcan, 338).

⁶⁹ İsviçre Federal Mahkemesi konuyla ilgili olarak verdiği bir kararda şu esasları ortaya koymuştur: “Mevcut davadaki tanıkların, sözlü vasiyetin yapıldığı günün mesai saatleri içinde mahkemeye giderek, düzenlemiş oldukları belgeyi teslim etme konusunda yeterli zamana sahip olduklarında şüphe yoktur. Bununla birlikte, herhangi bir ödül beklentisi olmaksızın başkalarının çıkarları için hareket eden tanıkların, en acil ihtiyaçlarını ve tüm mesleki yükümlülüklerini bir kenara bırakıp mahkemeye gitmek zorunda olduklarını kabul etmek de hukuken kabul edilebilir değildir. Bu açıdan bakıldığında, hastanede çalışan iki tanığın, sözlü vasiyetin yapıldığı günün akşamı mesai bitiminden önce ya da ertesi günün sabahında sadece mesleki görevlerini yerine getirmeleri nedeniyle mahkemeye birlikte gitmeleri mâkul olarak beklenemeyeceğinden, vasiyetnamenin açıklanmasını takip eden günün öğleden sonrasında yapılan belgeleme işlemi gecikmiş olarak nitelendirilemez”. Bkz. ATF 65 II 49.

icap eder⁷⁰. Bunun neticesi olarak, tanıklar tarafından yapılan gecikmiş tevdi, ancak haklı bir sebepten kaynaklanması halinde sözlü vasiyetin iptaline⁷¹ neden olmayacaktır⁷².

Özellikle, tıpkı vasiyetçi gibi, tanıkların da olağanüstü bir durumun etkisi altında kalmaları ve bu durumun etkisinden kurtulmayı beklemeleri halinde bu gecikmeyi mâkul kabul etmek gerekir⁷³. Ülke sınırları içinde seyretmekte olan bir yolcu otobüsünün kaza yapması nedeniyle ağır yaralanan vasiyetçinin, yanında yatan iki yaralı kişiye son arzularını anlatması hali, bu duruma örnek gösterilebilir. Bu örnekte, tanıklar ancak sağlık durumları buna müsaade ettiği zaman vasiyeti mahkemeye ulaştırabileceklerdir. Bu sürenin belirlenmesinde ise kuşkusuz ki, dürüstlük kuralı dikkate alınacaktır. Bununla birlikte tanıkların, belgenin vakit geçirilmeksizin mahkemeye verilmesi gerektiğini bilmemeleri, haklı bir gerekçe olarak değerlendirilemez⁷⁴.

MK m. 540/f. 1 hükmü, tanıkların düzenlemiş oldukları belgeyi birlikte mahkemeye teslim etmeleri gerektiğini ortaya koymaktadır⁷⁵. Bu nedenle tanıkların belgeyi mahkemeye iletmek üzere üçüncü bir kişiye teslim

⁷⁰ Lenz, Art. 507, No: 4; Cotti/Gygax, Art. 507, No: 2; Steinauer, No: 705a.

⁷¹ Hemen belirtelim ki, gecikmiş tevdi, sözlü vasiyetin kendiliğinden hükümsüz olması sonucunu doğurmaz. Bu eksiklik, vasiyetin şekil bakımından geçerliliğini ilgilendirir ve MK m. 557/f. 1/b. 4 hükmü uyarınca açılacak iptal davasının gerekçesini oluşturabilir. Ayrıca bkz. Öztan, 220; Kılıçoğlu, 118.

⁷² Dural/Öz, 96.

⁷³ Kılıçoğlu, 118.

⁷⁴ Bu konuda bkz. ATF 45 II 527.

⁷⁵ Dural/Öz, 94.

etmeleri⁷⁶ ya da postaya vermeleri⁷⁷, kanunda öngörülmüş olan yükümlülüğe aykırı bir hareket sayılacaktır⁷⁸. Benzer şekilde, teslim, tanıklardan yalnızca

⁷⁶ İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan bir olayda mirasbırakanın gerçekleştirdiği sözlü vasiyet, tanıklar tarafından kaleme alındıktan sonra, lehine tasarrufta bulunulan kişiye teslim edilmiş; bu kişi ise ertesi gün vasiyeti notere vermiştir. Noterin, vasiyeti mahkemeye ibraz etmesi üzerine; mahkeme, sözlü vasiyetin noter (tanıklar dışında üçüncü bir kişi) tarafından değil, bizzat vasiyeti kaleme alan tanıklar tarafından teslim edilmesi gerektiğini belirtmiş; bunun neticesinde de vasiyet, düzenlenmesinden ancak 3 gün sonra vasiyetnameyi düzenleyen tanıklar tarafından mahkemeye ibraz edilebilmiştir. Mirasbırakanın mirasçıları tarafından sözlü vasiyetnamenin iptali için açılan davada konuyu inceleyen İsviçre Federal Mahkemesi, vasiyetnamenin düzenlenmesi ile mahkemeye teslimi arasındaki 3 günün, İsvMK. m. 507/f. 1 (MK m. 540/f. 1) hükmünde öngörülen “vakit geçirmeksizin” ifadesi ile örtüşmediğini; bu konudaki bir gecikmenin ancak maddi bir imkânsızlıktan kaynaklanması halinde mazur görülebileceğini; somut olayda tanıkların bu kuralı bilmedikleri yönündeki savunmalarının ise gecikmeyi haklı göstermediğini belirtmiştir. Diğer taraftan mahkeme, tanıklar tarafından kaleme alınan vasiyetnamenin herhangi bir aracıya ya da üçüncü bir kişiye teslim edilmeden doğrudan doğruya mahkemeye sunulması gerektiğine işaret etmiştir. Nitekim kanunun, tanıkların vasiyetnameden el çekmeden bunu derhal mahkemeye ulaştırması yönünde bir zorunluluk getirmesindeki amaç, vasiyetnamenin bunu ele geçirebilecek üçüncü kişiler tarafından değiştirilmesi riskini bertaraf etmektir. Oysa somut olayda, tanıklar tarafından kaleme alınan vasiyetname önce vasiyetten yararlanan kişiye, daha sonra bir notere, sonra tekrar tanıklara teslim edilmek suretiyle adeta elden ele dolaşmış ve kanunun öngördüğü “işlemde birlik” ilkesi büyük ölçüde zedelenmiştir. Bkz. ATF 45 II 527.

Ayrıca bkz. Y. 3. HD, E.2013/15175, K.2013/18291, 19.12.2013: “*Mirasbırakan 23.03.2011 tarihinde ölmüştür, vasiyetname ise 5 gün sonra düzenlenmiş, 7 gün sonra ve **tanıklarca değil davalının vekili aracılığı ile** mahkemeye tevdi edilmiştir. Bu durum, yasada öngörülen ve “tanıkların ikisi birlikte” ve “vakit geçirilmeksizin” hükmü ile bağdaştırılamaz*” (<https://legalbank.net>) ve Y. 2. HD, 8610/1372, 13.2.1975: “*Olayda sözlü vasiyetler tanıklar tarafından değil, **hastane idaresince** ölümden birkaç gün sonra Cumhuriyet Savcılığı ve tereke hâkimliğine gönderilmiştir. Oysa tanıkların birlikte hâkime götürmeleri zorunludur... Hal böyle iken, olaya uymayan düşüncelerle davanın reddedilmesi yanlıştır. Yapılacak iş, vasiyetnamelerin iptaline karar verilmesinden ibarettir*” (Özügür, 956).

⁷⁷ Bu konuda bkz. YHGK, E.1976/519, K.1976/2568, 29.09.1976: “*Sözlü vasiyette, vasiyet kendilerine takrir olunan iki tanığın Medeni Kanunun 487/1. maddesinde öngörülen surette yazılış ve imzadan sonra vasiyetnameyi ikisi birlikte vakit geçirmeksizin bir mahkemeye bizzat vermeleri zorunludur. Olayda vasiyetnamenin bu esasa aykırı olarak **posta ile gönderildiğinin anlaşılmasına göre mahkemece, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen özel daire bozma***

biri tarafından gerçekleştirilirse de, sözlü vasiyetin şekil bakımından geçerliliğinden söz edilemez⁷⁹.

Tanıklar, düzenlemiş oldukları belgeyi mahkemeye teslim ederken, aynı zamanda bir beyanda bulunmak zorunda da bırakılmışlardır. Tanıkların bu beyanı, mirasbırakanı vasiyetname yapmaya ehil gördüklerine ve onun, son arzularını anlatırken sözlü vasiyet yapılmasını haklı gösterecek bir olağanüstü durum içinde bulunduğuna ilişkindir⁸⁰. Bu beyanın yapılmamış olması, sözlü vasiyetnamenin şekil bakımından eksikliğine yol açar⁸¹. Tanıklar tarafından gerçekleştirilen bu beyan, mahkeme tarafından tutanakla kayıt altına alınır ve tanıklara imzalatılır⁸². Bununla birlikte, sözlü vasiyeti kaleme alan tanıkların yazmış oldukları bu belgeyi teslim alan mahkemenin görevi tanıkların beyanlarını tespit etmekten ibarettir. Mahkeme, sözlü vasiyetin kanunda öngörülen şartlar içinde yapıp yapılmadığını değerlendirerek, bu vasiyetin geçerli olup olmadığı konusunda bir karar veremez⁸³.

kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır” (<https://legalbank.net>).

⁷⁸ Abt, 159; Dunand, 39; İnan/Ertaş/Albaş, 192. Ayrıca bkz. ATF 48 II 31.

⁷⁹ İmre/Erman, 98.

⁸⁰ “*Tanıkların kaleme aldıkları vasiyetnameyi mahkemeye teslim etmeleri, sözlü vasiyetin şekil bakımından geçerliliği konusunda yeterli değildir. Onların, bununla birlikte, mirasbırakanı vasiyetname yapmaya ehil gördüklerini ve onun son arzularını olağanüstü bir durum içinde kendilerine anlattığını hâkime beyan etmeleri de gerekir. Tanıkların yalnızca düzenlemiş oldukları vasiyetnamedeki imzaların kendilerine ait olduğunu hâkime bildirmiş olmaları ise bu koşulu karşılamaya yetmez. Böylesi bir durumda tanık beyanlarının içeriği eksik sayılacağından, sözlü vasiyetnameyi de şekil bakımından geçerli kabul etmek mümkün değildir*”. Bu yönde bkz. ATF 44 II 348.

⁸¹ Bkz. Y. 2. HD, 6053-11085, 12.7.2005: “...mirasbırakanın vasiyetname yapmaya ehil gördüklerini, onun son arzularının olağanüstü durum içinde kendilerine anlatıldığının tespit edilmediği anlaşılmıştır. Bu bakımdan sözlü vasiyet kanunda öngörülen geçerlilik koşullarından yoksun bulunmaktadır” (Gençcan, 343).

⁸² Piotet, 223; Dunand, 40.

⁸³ Bkz. Y. 2. HD, E.1997/8602, K.1997/9946, 02.10.1997: “Sözlü vasiyeti yazan tanıkların yazdıkları bu belgeyi alan sulh hâkiminin... sözlü vasiyetin kanunda öngörülen şartlar içinde yapıp yapılmadığının geçerli olup olmadığını değerlendirme ve bu konuda bir karar verme yetkisi yoktur. Ancak görevli mahkemede bir iptal davası açıldığı takdirde sözlü vasiyetin geçerliliği orada tartışılıp değerlendirilir. Bu bakımdan sözlü vasiyeti yazılı tutanak haline getiren

Şüphesiz ki, tanıkların böyle bir beyanda bulunmaları, vasiyetçinin sözlü vasiyeti gerçekleştirdiği sırada tasarruf ehliyetine sahip olduğunu ya da vasiyetin olağanüstü bir durum içinde yapıldığını kesin olarak kanıtlamaz. Sözlü vasiyetnamenin hükümsüz kılınmasında menfaati bulunanlar, vasiyetin yapıldığı sırada mirasbırakanın tasarruf ehliyetine sahip olmadığını MK m. 557/f. 1/b. 1 hükmüne dayanarak; vasiyetin olağanüstü koşullar altında yapılmadığını ise MK m. 557/f. 1/b. 4 hükmüne dayanarak açacakları iptal davasında ispat edebilirler⁸⁴.

Kanun koyucu, tanıkların mahkemeye müracaat edemeyeceği durumları da göz önünde bulundurarak, mirasbırakanın son arzularını hayata geçirebilmek ve sözlü vasiyetnamenin geçerliliğini sağlamak amacıyla bazı kolaylıklar sağlamıştır. Buna göre, sözlü vasiyet yoluna başvuran mirasbırakanın askerlik hizmetinde bulunması halinde, teğmen veya daha yüksek rütbeli bir subay; ülke sınırları dışında seyreden bir ulaşım aracında bulunması durumunda, o aracın sorumlu yöneticisi; sağlık kurumlarında tedavi edilmesi halinde ise, sağlık kurumunun en yetkili yöneticisi hâkim yerine geçecektir (MK m. 540/f. 3).

Örneğin olağanüstü durumlar nedeniyle sözlü vasiyette bulunmak zorunda kalan kişi, ülke sınırları dışında hareket eden bir uçak içerisinde ise, vasiyetin pilota, gemideyse kaptana, trendeyse makiniste teslim edilmesi gerekir. Keza, sözlü vasiyet yapmak zorunda kalan mirasbırakan bir sağlık kurumunda tedavi edilmekte ise, vasiyetin başhekime veya başhekim tarafından yetkilendirilmiş olan (başhekim yardımcısı, nöbetçi hekim vs.) bir sağlık çalışanına teslim edilmesi gerekecektir⁸⁵. Her ne kadar kanunda açık bir hüküm olmasa da, kanımızca, bu kişilerin kendilerine tanıklar tarafından

tanıkların bu belgeyi sulh hâkimine tevdi etmeleri durumunda, hâkimin yapacağı iş, tanıkların yazılı hale getirdikleri belgeyi almak ve beyanlarını Medeni Kanun 487'ye göre tesbit etmekten ibarettir. Bu yön gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır” (<https://legalbank.net>).

⁸⁴ Ayrıca bkz. İmre/Erman, 99-100.

⁸⁵ Söz konusu kişilerin sözlü vasiyeti nihayetinde yine mahkemeye teslim etmekle yükümlü olmaları durumunda, bunların tanıklarla mahkeme arasına girmelerinin hiçbir anlamının olmadığı; bu durumun sözlü vasiyetnamenin tahrif edilmesine büyük bir imkân tanıdığı; dolayısıyla bu düzenlemenin mantıksız ve güvensiz olduğu eleştirisi ile ilgili olarak bkz. Dural/Öz, 98. Benzer görüşte bkz. Öztan, 221. Karşıt görüş için bkz. Kılıçoğlu, 121. Yazar, tanıklar dışında bir başka görevlinin de burada görev alması suretiyle sözlü vasiyetin daha güvenli hale getirildiğini savunmaktadır.

verilen belgeyi alıkoyma yetkileri bulunmamaktadır. Söz konusu kişiler, bu belgeyi, MK m. 540/f. 1 hükmünde tanıklara yüklendiği gibi vakit geçirmeksizin bir sulh veya asliye mahkemesine teslim etmek zorundadır⁸⁶.

2. Tanıkların Sözlü Beyanları Doğrultusunda Mahkeme Tarafından Tutanak Düzenlenmesi

Mirasbırakanın kendilerine son arzularını açıkladığı tanıklar bunları bir belge ile kayıt altına almak yerine, doğrudan doğruya mahkemeye başvurarak mirasbırakanın bu arzularını bir tutanağa da geçirtebilirler (MK m. 540/f. 2). Bu olasılıkta tanıklar ilk imkândan farklı olarak, mirasbırakanın son arzularını yazılı olarak değil, sözlü olarak mahkemeye sunmaktadır⁸⁷. Şayet tanıklar okuryazar değiller ise, sözlü vasiyetin geçerli olabilmesi için onların bu ikinci yola başvurmaları zorunludur. Bu yola başvurulması halinde de tanıkların mahkemeye birlikte ve vakit geçirmeksizin gitmeleri şarttır. Yine, ilk yolun seçilmesi halinde olduğu gibi burada da tanıkların mahkemeye, mirasbırakanı vasiyetname yapmaya ehil gördüklerini ve onun son arzularını olağanüstü bir durum içerisinde kendilerine anlattığını beyan etmeleri gerekir. Tanıkların bu beyanı mahkeme tarafından bir tutanakla kayıt altına alınır ve bu tutanak tanıklarca imzalanır⁸⁸. Bizzat tanıklarca kaleme alınan ve sonradan mahkemeye sunulan belgeden farklı olarak, mahkeme tarafından düzenlenen bu tutanak, MK m. 7 hükmü uyarınca resmî senet niteliğindedir⁸⁹.

C. Belgeleme Sonrasında Mahkeme Tarafından Yerine Getirilmesi Gereken İşlemler

Sözlü bir vasiyetin yapılmış olduğunu öğrenen mirasbırakanın yerleşim yeri sulh hukuk mahkemesi, mirasbırakanın öldüğünü tespit edince, Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük m. 36 ve 37 hükümleri uyarınca bazı işlemleri yerine getirmek zorundadır.

Buna göre, mirasbırakanın ölümünden sonra ele geçen sözlü vasiyetname, geçerli olup olmadığına bakılmaksızın⁹⁰, yerleşim yeri sulh

⁸⁶ Aynı yönde bkz. Kılıçoğlu, 121.

⁸⁷ Dural/Öz, 97.

⁸⁸ Piotet, 223; Dunand, 39; Cotti/Gygax, Art. 507, No: 7.

⁸⁹ Weimar, Art. 506-508, No: 14.

⁹⁰ Bkz. Y. 3. HD, 1737-10607, 20.6.2011: “Sulh hâkiminin görevi vasiyetnameyi açarak ilgililere tebliğ etmek ve gerekli görüldüğü takdirde yasada sayılan diğer

hâkimine tesliminden itibaren bir ay içinde açılmak ve ilgililere okunmak zorundadır. Ancak, vasiyetçinin öldüğüne dair kesin delil olmadan vasiyetname verilmişse, bu delilin sağlanmasına kadar vasiyetnamenin açılması geri bırakılır (Tüzük m. 36/f. 1).

Sulh hâkimi öncelikle vasiyetnamenin açılma gününü tespit eder. Adresi bilinen mirasçılar, mahkemece uygun görülecek usul ile vasiyetnamenin açılacağı gün ve saat bildirilerek davet edilir. Sulh hâkimi, davet edilen günde gelen mirasçılar huzurunda vasiyetnameyi açar. Davete rağmen hiçbir mirasçı gelmemiş olsa dahi vasiyetname açılır. Açılan vasiyetname okunur ve bu durumu tespit eden bir tutanak düzenlenir. Bu tutanak hâkim, zabıt kâtabi ve hazır bulunan ilgililerce imzalanır (Tüzük m. 36/f. 2, f. 3, f. 4).

Hâkim, açılan vasiyetnameyi güvenilir bir yerde saklar. Mirasbırakanın sonradan ortaya çıkan vasiyetnameleri için de aynı işlemler yapılır. Vasiyetname örneği MK m. 597 hükmü uyarınca ilgililere tebliğ olunur; gerekirse, MK m. 598'e göre mirasçılık belgesi verilir (Tüzük m. 36/f. 6, f. 7, f. 8)⁹¹.

Şayet sözlü vasiyetnameden haberdar edilen mahkeme, mirasbırakanın yerleşim yeri sulh hukuk mahkemesi değilse, bu mahkeme sözlü vasiyetnameyi hemen mirasbırakanın yerleşim yeri sulh hukuk mahkemesine gönderir (Tüzük m. 37/f. 2).

geçici önlemleri almaktır. Sulh hâkiminden vasiyetin okunmasını istemek, aynı bir hakkın geçirilmesi isteği niteliğinde olmadığından, vasiyetnamenin geçerli olup olmadığına bakmaksızın hâkimce 'vasiyetnamenin açılmış sayılmasına' karar ver...(ilmesi) gerekirken vasiyetnamenin iptali yönünde hüküm tesisi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir" (Özügür, 944).

⁹¹ Bkz. Y. 3. HD, E. 2009/15542, K. 2010/961, 26.1.2010: "Vasiyetçinin ölümünden sonra, vasiyetnamenin TMK'nın 596 ve devamı maddeleri gereğince; Sulh Hukuk Mahkemesine tevdi edildiğine, usulüne uygun açılıp okunduğuna ve ilgililere tebliğ edildiğine ilişkin bir bilgi bulunmamaktadır... Antalya 1. Sulh Hukuk mahkemesinin ... dosyasındaki tespit, vasiyetnamenin açılıp okunmasına ilişkin bir tespit olmayıp, sözlü vasiyetin yapıldığına ilişkin bir tespittir. Vasiyetname usulünce açılıp ilgililere tebliğ edilmeden TMK'nın 559. maddesinde gösterilen bir yıllık hak düşürücü süre işlemeye başlamaz. Mahkemece, bu husus nazara alınmaksızın; yanılıgılı değerlendirme sonucu, davacıların verasetin iptali davasında sözlü vasiyetnameden haberdar olduklarından bahisle, süresinde açılan vasiyetnamenin iptali istemli davanın; hak düşürücü süre yönünden reddi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir" (Özügür, 945).

IV. SÖZLÜ VASIYETTE TANIK OLANLARA İLİŞKİN KOŞULLAR

MK m. 539/f. 3 hükmü, sözlü vasiyette tanık olarak yer alan kişiler bakımından MK m. 536 hükmüne işaret etmektedir. Resmî vasiyetnamenin düzenlenmesine memur veya tanık olarak katılamayacak kişilerin belirtildiği söz konusu düzenlemeye göre; fiil ehliyeti bulunmayanlar, bir ceza mahkemesi kararıyla kamu hizmetinden yasaklılar, mirasbırakanın eşi, üstsoy ve altsoy kan hısımları, kardeşleri ve bu kişilerin eşleri -resmî vasiyetnamede olduğu gibi- sözlü vasiyetnamenin düzenlenmesine de tanık olarak katılamayacaklardır⁹². Keza, sözlü vasiyetnamenin düzenlenmesine katılan tanıklara, bunların üstsoy ve altsoy kan hısımlarına, kardeşlerine ve bu kişilerin eşlerine o vasiyetname ile kazandırmada bulunulamaz (MK m. 539/f. 3 atfıyla MK m. 536/f. 1 ve 2 hükümleri). Hemen belirtelim ki, Türk kanun koyucusu, İsviçre'deki düzenlemeden (CC art. 506 III) farklı olarak, resmî vasiyetnameye katılan tanıklar açısından getirilen okuryazar olma koşulunu, sözlü vasiyete katılan tanıklar bakımından aramamıştır⁹³.

Belirtmek isteriz ki, mirasbırakanın son arzularını açıkladığı iki tanığın da okuryazar olması konusunda yasal bir zorunluluk getirilmesi, sözlü vasiyetnameler bakımından olmazsa olmaz bir unsur olarak aranan olağanüstü koşulların varlığının da hafife alınması anlamına gelecektir. Ölüm tehlikesi altındayken, son arzularını güçlükle ve belki de tesadüfen karşısına çıkan iki kişiye anlatan mirasbırakanın bu tasarrufunu, sırf bu kişiler okuryazar olmadıkları için iptal edilebilir saymak, sözlü vasiyetin istisnai olma niteliği ile de bağdaşmaz. Bu bakımdan biz de, sözlü vasiyete tanık olarak katılan kişilerin okuryazar olmalarına gerek duyulmamasını isabetli bir tercih olarak görüyoruz.

V. SÖZLÜ VASIYETİN HÜKÜMDEN DÜŞMESİ

Yukarıda da açıklamış olduğumuz gibi, sözlü vasiyet; el yazılı ve resmî vasiyetnamelerden farklı olarak olağan koşullar altında gerçekleştirilmesine yasal olarak cevaz verilmeyen bir ölüme bağlı tasarruf çeşididir. Mirasbırakan

⁹² “Davalının eşi vasiyet tanzimine iştirak edemez. (eMK m. 483-MK m. 536) Bu yönüyle de vasiyet geçersizdir”. Bkz. Y. 2. HD, 6731-7734, 7.6.2002, (Gençcan, 339).

⁹³ Sözlü vasiyette tanık olarak görev alan kişiler bakımından okuryazar olma koşuluna gerek duyulmaması gerektiğini savunarak İsviçre Medeni Kanunundaki bu düzenlemeyi eleştiren görüş için bkz. Breitschmid, Art. 506-508, No: 5.

ancak olağanüstü sayılabilecek durumların varlığı ile karşı karşıya kalması durumunda sözlü vasiyette bulunabilir. İşte bu nedenle kanun koyucu da sözlü vasiyetnamenin hüküm ifade edebilmesini, bu olağanüstü koşulların varlığını sürdürmesi şartına bağlamıştır⁹⁴. Şayet MK m. 539 hükmünde öngörülen bu olağanüstü koşullar etkisini yitirir ve mirasbırakan için sonradan diğer şekillerde vasiyetname yapma olanağı doğarsa, sözlü vasiyet bu tarihin (mirasbırakanın el yazılı veya resmî vasiyetname yapma olanağına kavuştuğu tarihin) üzerinden bir ay geçince hükümden düşer. Dolayısıyla mirasbırakan, diğer vasiyetname türlerini yapma olanağına kavuşmasına rağmen, bu imkândan yararlanmazsa, bir aylık sürenin bitiminde sözlü vasiyetnamenin hükümleri uygulanma kabiliyetini yitirir. Bununla birlikte mirasbırakan, bir aylık süre dolmadan ölür veya ayırt etme gücünü ölümüne dek sürekli olarak kaybederse, sözlü vasiyetin hükümden düşme olasılığı ortadan kalkar⁹⁵.

Sözlü vasiyetnamenin hükümden düşmesi kendiliğinden gerçekleşir⁹⁶. Bu sonucun meydana gelmesi için MK m. 557 hükmünde öngörülen sebeplerden farklı olarak, bir iptal davası açılmasına ve mahkeme tarafından vasiyetnamenin iptaline karar verilmesine gerek yoktur⁹⁷. Sözlü vasiyetin hükümden düşmesi geçmişe etkilidir; vasiyet sanki hiç yapılmamış gibi bir durum ortaya çıkar⁹⁸.

SONUÇ

Sözlü vasiyetname Türk-İsviçre hukuk sisteminde istisnai ve ikincil bir vasiyet türü olarak yer almaktadır. Mirasbırakan ancak olağanüstü durumlarla karşı karşıya kaldığında ve diğer -olağan- vasiyet türlerini (el yazılı/resmî vasiyetname) yapma imkânından yoksun olduğunda sözlü vasiyete başvurabilir. Bu gereklilik, hukukî anlamda sözlü vasiyetin varlığının ve geçerliliğinin sıkı koşullara bağlanmasını; hükmünün de diğer vasiyet türlerinden farklı olarak belirli bir zaman dilimi ile sınırlandırılmasını zorunlu kılmaktadır.

⁹⁴ İmre/Erman, 100.

⁹⁵ Escher, Art. 508, No: 1; Tuor, Art. 506-508, No: 31; Dural/Öz, 98; İnan/Ertas/Albaş, 193.

⁹⁶ Tuor, Art. 506-508, No: 33; Steinauer, No: 707; Guinand/Stettler/Leuba, No: 289; Abt, 160; Escher, Art. 508, No: 3; Riemer, 337. Aksi görüşte bkz. Piotet, 137.

⁹⁷ Escher, Art. 508, No: 3; Tuor, Art. 506-508, No: 33; İmre/Erman, 100; İnan/Ertas/Albaş, 193. Aksi yönde bkz. Piotet, 137.

⁹⁸ İmre/Erman, 101.

Bununla birlikte gerek Yargıtay'ın gerekse İsviçre Federal Mahkemesi'nin verdiği kararlarda, bu sıkı koşulların esnetilmesine yönelik bir tavır benimsendiği görülmektedir. Özellikle mirasbırakanın vasiyetini “sözlü” olarak açıklama imkânından da yoksun olduğu hallerde, onun, son arzularını jest ve mimikleriyle ortaya koyabilmesine olanak tanınması; ya da tanıklarca hazırlanmış bir vasiyet taslağının mirasbırakan tarafından yine kendi jest ve mimikleriyle onaylanmasının sözlü vasiyetname olarak kabul edilebileceğine hükmedilmesi, mahkemelerin bu tavrı benimsediğini destekleyen en belirgin örneklerdendir. Henüz yargı kararlarına konu edilmemiş olsa da; son arzuların iki tanığa açıklanması safhasında, görüntülü arama gibi teknolojik imkânlardan ve uygulamalardan yararlanılabileceğinin öğretide ağırlıkla savunulması da bu görüşle paralel seyretmektedir.

Kanımızca, geçerliliği olağanüstü koşulların varlığına bağlı olan ve ancak diğer vasiyet türlerinin yapılamadığı hallerde gerçekleştirilmesine izin verilen sözlü vasiyetin tâbi olduğu sıkı koşulları -gereğinden fazla bir biçimde- dar yorumlama gayretine girişmek, bu vasiyet türünün uygulama kâbiliyetini âdeta ortadan kaldırmak anlamına gelecektir. Bu nedenle mehzaz kanun düzenlemesinden farklı olarak Türk Medenî Kanununda, sözlü vasiyete katılan tanıkların okuryazar olma mecburiyetine yer verilmemesini ve sözlü vasiyetin hükümden düşmesinin -14 gün yerine- bir aylık süreye bağlanmasını, istisnai ve ikincil nitelikteki sözlü vasiyetin içine yerleştiği dar çerçevenin daha da daraltılmasına engel olan olumlu müdahaleler olarak kabul ediyoruz.

KAYNAKÇA

- Abt, Daniel. Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht: unter besonderer Berücksichtigung von Zuwendungen an Vertrauenspersonen. Basel: Helbing und Lichtenhahn, 2002.
- Breitschmid, Peter. “Art. 505-511 ZGB.” Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchIT ZGB), editörler: Thomas Geiser ve Stephan Wolf, 6. Aufl. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019.
- Cotti, Fiorenzo et Evelyne Gygax. “Art. 457-640 CC.” Commentaire du droit des successions, Stämpflis Handkommentar, editörler: Antoine Eigenmann ve Nicolas Rouiller. Berne: Stämpfli Verlag, 2012.
- Çağlayan Aksoy, Pınar. “İsviçre Federal Mahkemesi'nin 11.12.2017 Tarihli Kararı Işığında Sözlü Vasiyetnamesinin Koşulları Hakkında Bir Değerlendirme.” Yargıtay Dergisi, C. 44, S. 4, 1623-1658. Ankara: 2018.
- Dunand, Jean-Philippe. “Le testament oral en droit suisse et dans l’ancien droit neuchâtelois.” Pour un droit pluriel: études offertes au Professeur Jean-François Perrin, 33-58. Bâle: Helbing et Lichtenhahn, 2002.
- Dural, Mustafa ve Turgut Öz. Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016.
- Escher, Arnold. “Art. 457–536 ZGB.” Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), III. Band: Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, 3. Aufl. Zürich: 1959.
- Gençcan, Ömer Uğur. Miras Hukuku, 3. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- Guinand, Jean, Martin Stettler et Audrey Leuba. Droit civil suisse, Droit des successions, 6^e édition. Zürich: Schulthess Verlag, 2005.
- İmre, Zahit ve Hasan Erman. Miras Hukuku, 13. Basım. İstanbul: Der Yayınları, 2017.
- İnan, Ali Naim, Şeref Ertuş ve Hakan Albaş. İnan Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku, 9. Baskı. Ankara: Bilge Yayınevi, 2015.
- Kapancı, Kadir Berk. “İsviçre Federal Mahkemesi’nin Sözlü Vasiyetnameye İlişkin Bir Kararı (TF 5A_236/2017, ATF 143 III 640) Üzerine Kısa Bir Değerlendirme.” Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1, 913-930. İstanbul: 2021.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.. Miras Hukuku, 11. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.
- Lenz, Martin. “Art. 498-511 ZGB.” Praxiskommentar, Erbrecht, editörler: Daniel Abt ve Thomas Weibel, 4. Auflage. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019.

- Leuba, Audrey. “Art. 498-508 CC.” Commentaire Romand, Code Civil II, Art. 457-977 CC, Art. 1-61 Tit. Fin. CC, editörler: Pascal Pichonnaz, Bénédicte Foëx ve Denis Piotet. Bâle: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016.
- Leuba, Audrey. “Action en annulation d’un testament oral (art. 519 CC).” Successio, 128 vd., 2019. (*Action en annulation*)
- Öztaş, Bilge. Miras Hukuku, 7. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.
- Öztaş, Ali İhsan. Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku, 4. Baskı, Cilt 1. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Piotet, Paul. “L’invalidité du testament oral qui n’est pas ou plus autorisé par la loi.” Piotet Paul, Contributions choisies : recueil offert par la Faculté de droit de l’Université de Lausanne à l’occasion de son 80ème anniversaire, 221 vd. Genève: Schulthess, 2004.
- Riemer, Hans Michael. “Das mündliche oder Nottestament gemäss Art. 506-508 ZGB.” Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht, 333 vd., 1976.
- Serozan, Rona ve Baki İlkey Engin. Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları, 5. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.
- Steinauer, Paul-Henri. Le droit des successions, 2^e édition. Berne: Stämpfli Editions, 2015.
- Tuor, Peter. “Art. 457-536 ZGB.” Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band III: Erbrecht, 1. Abt.: Die Erben. Bern: Stämpfli Verlag, 1964.
- Weimar, Peter. “Art. 457-516 ZGB.” Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band III, Das Erbrecht. Bern: Stämpfli Verlag, 2009.
- Wolf, Stephan. “Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2017.” ZBJV, Band 154, 405-419. Bern: Stämpfli Verlag, 2018.
- Wolf, Stephan und Stephanie Hrubesch-Millauer. Grundriss des schweizerischen Erbrechts. Bern: Stämpfli Verlag, 2017.

**28 OCAK 1964 TARİHLİ EK PROTOKOL, 16 KASIM
1982 TARİHLİ PROTOKOL VE 12 ŞUBAT 2004
TARİHLİ PROTOKOL İLE DEĞİŞİKLİĞE
UĞRAYAN 29 TEMMUZ 1960 TARİHLİ NÜKLEER
ENERJİ ALANINDA ÜÇÜNCÜ TARAF
SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN SÖZLEŞME (PARİS
SÖZLEŞMESİ) – GÜNCEL GELİŞMELER VE
ALTERNATİF BİR ÇEVİRİ İLE BİRLEŞTİRİLMİŞ
SÖZLEŞME METNİ**

*Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear
Energy of 29 July 1960, as Amended by the Additional
Protocol of 28 January 1964, by the Protocol of 16
November 1982, and by the Protocol of 12 February 2004
(Paris Convention) – Current Developments and
Consolidated Convention Text with an Alternative
Translation*

Burcu YARDIM*

ÖZ

Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Taraf Sorumluluğuna İlişkin Sözleşme ya da kısaca Paris Sözleşmesi, nükleer zarardan doğan hukukî sorumluluğa ilişkin maddi hukuk normlarını uyumlaştıran önemli düzenlemelerden biridir. 29.07.1960 tarihinde OECD Nükleer Enerji Ajansı'nın himayesinde kabul edilen bu Sözleşme 1964, 1982 ve 2004 tarihli protokoller ile değişikliğe

Makalenin Geliş Tarihi: 01.04.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 02.11.2022.

* Enerji ve Tabii Kaynaklar Uzmanı, Ankara Üniversitesi Özel Hukuk (Milletlerarası Özel Hukuk) Doktora Programı Öğrencisi, E-posta: byardim@ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5259-8302.

uğramıştır. 2004 Protokolü, öngörülen onay sayısına ulaşması ile birlikte 01.01.2022 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Her ne kadar, 1960 tarihli Paris Sözleşmesi ve sonraki tarihlerde imzalanan protokolleri ülkemiz tarafından onaylanmasının ardından Türkçe çevirisi ile Resmî Gazete’de yayımlanmışsa da zaman içerisinde yapılan değişiklikler tek bir sözleşme metninden ayrılmaya ve günümüz itibarıyla yürürlükte olan maddeler arasında ifade farklılığına yol açmıştır. İlâveten, Sözleşmenin ve protokollerinin resmî çevirisi birtakım eksiklikler ve hatalar da barındırmaktadır. Bu bağlamda, çalışma ile Paris Sözleşmesi için alternatif bir başvuru metni sağlanması amaçlanmaktadır. Çalışmanın ilk kısmında nükleer enerji alanında üçüncü taraf sorumluluğuna ilişkin güncel gelişmeler çerçevesinde çalışmanın gerekçeleri açıklanacak; ikinci kısmında ise, Paris Sözleşmesinin yürürlükteki maddelerinin İngilizce aslından dilimize çevirisi birleştirilmiş tek bir metin olarak sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Paris Sözleşmesi, Nükleer hadise, Nükleer zarar, Üçüncü taraf sorumluluğu.

ABSTRACT

The Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy, or the Paris Convention in short, is one of the important instruments that harmonizes substantive rules on civil liability for nuclear damage. This Convention, which was adopted under the auspices of the OECD Nuclear Energy Agency on 29.07.1960 has been amended by the protocols of 1964, 1982 and 2004. The 2004 Protocol entered into force on 01.01.2022 with the anticipated number of ratifications. Although the Paris Convention of 1960 and its later amendments were ratified by our country and published in the Official Gazette with their Turkish translation, the amendments made over time led to a departure from a single text and differences in translation wording among the effective provisions as of today. Moreover, official translations of the Convention and its protocols contain some flaws and errors. To this end, this study aims to provide an alternative text for the Paris Convention. In the first part of the study, the motives will be explained within the framework of current developments regarding third party liability in the field of nuclear energy; and in the second part, a translation of the consolidated text of the Paris Convention will be provided.

Keywords: Paris Convention, Nuclear incident, Nuclear damage, Third party liability.

GİRİŞ

Nükleer enerji, dünya enerji kaynakları arasında önemli bir yer tutan, pek çok gelişmiş ülkenin uzun yıllardır kullandığı ve arz güvenliği açısından ülkemizin de yakın bir gelecekte enerji portföyüne eklemeyi hedeflediği bir enerji türüdür¹. Nükleer enerji alanındaki faaliyetlerin güvenli bir şekilde yürütülmesi ve böylece çalışanların, halkın, çevrenin ve gelecek nesillerin iyonlaştırıcı radyasyonun olası zararlı etkilerinden korunması, bu alandaki faaliyetlere ilişkin güvenlik standartlarının hukukî çerçevesinin oluşturulması yanında bu faaliyetlerde yer alan tüm paydaşların güvenlik kültürüne sahip olmasına bağlıdır². Öte yandan, güvenlik olgusunun en yüksek derecede uygulandığı bu enerji alanında kaza riski oldukça düşük görülmekteyse de olası bir kazanın etkileri sebebiyle zarar görmüş olanların haklarının korunması büyük önem arz etmektedir³.

Dünyada nükleer enerji alanında üçüncü kişilere karşı hukukî sorumluluk rejimleri, münferit ülke uygulamalarından başka esasen iki uluslararası sözleşme çerçevesinde şekillenmiştir: 29.07.1960 tarihli Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Taraf Sorumluluğuna İlişkin Paris Sözleşmesi⁴ ve 21.05.1963 tarihli Nükleer Zarara İlişkin Hukukî Sorumluluk Hakkında

¹ Enerji arz kaynakları arasında nükleerin payı hakkında bkz. “IEA / Data and Statistics – Energy Supply”: <https://www.iea.org/data-and-statistics/data-browser/?country=WORLD&fuel=Energy%20supply&indicator=TESbySource>; Dünya genelindeki nükleer reaktörlere ilişkin veriler için bkz. “IAEA / PRIS - Power Reactor Information System”: <https://pris.iaea.org/PRIS/WorldStatistics/OperationalReactorsByCountry.aspx>.

² Hasan SAYGIN: “Büyük Nükleer Kazalar ve Nükleer Enerji Teknolojisinin Evriminde Doğurdukları Sonuçlar”, Nükleer Enerjiye Geçişte Türkiye Modeli, EDAM, 1. Baskı, İstanbul, Ekim 2011, s. 52-81, s. 52.

³ William C. WOOD: “Nuclear Liability After Three Mile Island”, The Journal of Risk and Insurance, Cilt: 48, Sayı: 3, Eylül 1981, s. 450-464, s. 451.

⁴ “28 Ocak 1964 Tarihli Ek Protokol ve 16 Kasım 1982 Tarihli Protokol ile Değişikliğe Uğrayan 29 Temmuz 1960 Tarihli Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Taraf Sorumluluğuna İlişkin Sözleşme”nin İngilizce metni için bkz. “The Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy of 29 July 1960, as amended by the Additional Protocol of 28 January 1964 and by the Protocol of 16 November 1982”: https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_31788/paris-convention-full-text; “28 Ocak 1964 Tarihli Ek Protokol ve 16 Kasım 1982 Tarihli Protokol ile Değişikliğe Uğrayan 29 Temmuz 1960 Tarihli Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Taraf Sorumluluğuna İlişkin Sözleşmeyi Değiştiren Protokol”ün İngilizce metni için ise bkz. “Protocol to Amend the Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy of 29 July 1960, as amended by the Additional Protocol of 28 January 1964 and by the Protocol of 16 November 1982”: https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_20361/2004-protocol-to-amend-the-paris-convention.

Viyana Sözleşmesi⁵. Paris ve Viyana Sözleşmeleri ile oluşturulan sorumluluk rejimi yanında ayrıca herhangi bir kaza durumunda her iki sözleşmenin eş zamanlı olarak uygulanmasından kaynaklanacak ihtilafları ortadan kaldırmak ve bu sözleşmeler arasında bir köprü kurmak amacıyla, 21.09.1988 tarihinde Viyana ve Paris Sözleşmelerinin Uygulanmasına İlişkin Ortak Protokol kabul edilmiştir⁶. Böylece söz konusu sözleşmelerle ortaya konulan hukukî sorumluluk rejimi coğrafi açıdan daha geniş bir alanda etkili kılınmıştır⁷. Ülkemiz; 1964, 1982 ve 2004 tarihli protokoller ile değişikliğe uğrayan Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Taraf Sorumluluğuna İlişkin Paris Sözleşmesi'ne⁸ ve Viyana ve Paris Sözleşmelerinin Uygulanmasına İlişkin Ortak Protokol'e⁹ taraf bulunmaktadır.

Paris Sözleşmesi, son olarak 12.02.2004 tarihinde kabul edilen ve aynı tarihte imzaya açılan Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Taraf Sorumluluğuna İlişkin Paris Sözleşmesini Değiştiren 2004 Protokolü ile büyük ölçüde

⁵ 21 Mayıs 1963 tarihli “Nükleer Zarara İlişkin Hukukî Sorumluluk Hakkında Viyana Sözleşmesi”nin İngilizce metni için bkz. “Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage”: <https://www.iaea.org/sites/default/files/infocirc500.pdf>; “Nükleer Zarara İlişkin Hukukî Sorumluluk Hakkında Viyana Sözleşmesini Değiştiren Protokol”ün İngilizce metni için ise bkz. “Protocol to Amend the Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage”: <https://www.iaea.org/sites/default/files/infocirc566.pdf>.

⁶ “Viyana ve Paris Sözleşmelerinin Uygulanmasına İlişkin Ortak Protokol”ün İngilizce metni için bkz. “Joint Protocol Relating to the Application of the Vienna Convention and the Paris Convention”: <https://www.iaea.org/sites/default/files/infocirc402.pdf>.

⁷ Otto von BUSEKIST, “A Bridge Between Two Conventions on Civil Liability for Nuclear Damage - the Joint Protocol Relating to the Application of the Vienna Convention and the Paris Convention”, Nuclear Law Bulletin, Cilt: 43, 1989, s. 10-39, s. 17.

⁸ 29 Temmuz 1960 tarihli Paris Sözleşmesi'nin onaylanması 299 sayılı Kanun ile uygun bulunmuş ve Türkçe çevirisi 13.05.1961 tarihli ve 10806 sayılı Resmî Gazete'de; 28 Ocak 1964 tarihli Ek Protokol'ün onaylanması 878 sayılı Kanun ile uygun bulunmuş ve Türkçe çevirisi 29.11.1967 tarihli ve 12763 sayılı Resmî Gazete'de; 16 Kasım 1982 tarihli Protokol'ün onaylanması 3062 sayılı Kanun ile uygun bulunmuş ve Türkçe çevirisi 23.05.1986 tarihli ve 19115 sayılı Resmî Gazete'de; 12 Şubat 2004 tarihli Protokol'ün onaylanması ise 7337 sayılı Kanun ile uygun bulunmuş ve Türkçe çevirisi 10.12.2021 tarihli ve 31685 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

⁹ 21 Eylül 1988 tarihli Viyana ve Paris Sözleşmelerinin Uygulanmasına İlişkin Ortak Protokol'ün onaylanması 5422 sayılı Kanun ile uygun bulunmuş ve Türkçe çevirisi 19.11.2006 tarihli ve 26351 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

değişikliğe uğramıştır¹⁰. Türkiye'nin de dâhil olduğu on altı devlet tarafından imzalanan 2004 Protokolü, öngörülen onay sayısına ulaşması ile birlikte 01.01.2022 tarihinde; ülkemiz açısından ise onay belgesinin tevdi edildiği 04.02.2022 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹¹.

2004 Protokolü, 1979 ve 1986 yıllarında gerçekleşen Three Mile Island ile Çernobil kazalarının etkilerinden çıkarılan dersleri yansıtmaktadır. Belirtmek gerekir ki, bir nükleer hadisenin neden olduğu nükleer zarara ilişkin hukukî sorumluluğun kime, hangi oranda ve hangi şartlarda yüklenebileceği meselesine çözüm bulma çabasının somutlaştığı sorumluluk rejimi beş temel ilkeye dayanmaktadır: (i) işletenin kusursuz sorumluluğu, (ii) işletenin münhasır sorumluluğu, (iii) işletenin sorumluluğunun miktar açısından sınırlandırılması, (iv) işletenin sorumluluğunun zaman açısından sınırlandırılması, ve (v) işletenin sorumluluğunu sigorta veya diğer malî güvenceler ile teminat altına alması zorunluluğu¹². Sayılan bu ilkeler ve geçmişte yaşanan nükleer hadiselerin uluslararası toplumda yarattığı endişeler çerçevesinde hazırlanan 2004 Protokolünün yürürlüğe girmesi ile birlikte Paris Sözleşmesinin öncelikle yer ve konu bakımından uygulama alanı genişlemiştir. İlaveten, Sözleşme kapsamında öngörülen zamanaşımı süreleri ya da hak düşürücü süreler ve işletenin sorumluluk tutarları yeniden düzenlenmiş; böylece, olası bir nükleer hadisenin etkileri sebebiyle zarar görecekt olanların hakları, daha uzun bir zaman dilimi ve daha yüksek tutarlar ile güvence altına alınmıştır¹³.

¹⁰ 1964, 1982 ve 2004 tarihli protokoller ile değişikliğe uğrayan 29.07.1960 tarihli Paris Sözleşmesi'nin OECD Nükleer Enerji Ajansı tarafından yayımlanan resmî olmayan birleştirilmiş İngilizce metni için bkz. "Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy of 29 July 1960, as Amended by the Additional Protocol of 28 January 1964, by the Protocol of 16 November 1982, and by the Protocol of 12 February 2004": <https://www.oecd-neo.org/law/Unofficial%20consolidated%20Paris%20Convention.pdf>.

¹¹ 29.07.1960 tarihli Paris Sözleşmesi ile 1964, 1982 ve 2004 tarihli protokollere taraf devletler aynı olup Sözleşme'nin dibacesinde yer almaktadır. Onay ve katılma tarihlerine ilişkin detaylı bilgi için ayrıca bkz. "Paris Convention - Latest Status of Ratifications or Accessions": https://www.oecd-neo.org/jcms/pl_31798/paris-convention-latest-status-of-ratifications-or-accessions.

¹² "1964, 1982 ve 2004 Protokolleri ile değişikliğe uğrayan Paris Sözleşmesinin Açıklayıcı Metni" için bkz. "Exposé des Motifs of the Paris Convention as amended by the Protocols of 1964, 1982 and 2004": https://oecd-neo.org/jcms/pl_24771/expose-des-motifs-of-the-paris-convention-neo/nlc/doc-2020-1/final; Exposé des Motifs, s. 3.

¹³ "NEA Press Release: New Treaties to Strengthen Rights of People Affected by Nuclear Accidents": [https://one.oecd.org/document/NEA/COM\(2021\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/NEA/COM(2021)1/en/pdf).

Paris Sözleşmesi, âkit devletleri iç hukuklarında gerekli gördükleri tamamlayıcı düzenlemeleri yapma konusunda serbest bırakarak, nükleer zararlardan doğan hukukî sorumluluğa ilişkin maddi hukuk normlarını uyumlaştırma amacını taşımaktadır¹⁴. Söz konusu tamamlayıcı düzenlemeler hukukumuzda 05.03.2022 tarihli ve 7381 sayılı Nükleer Düzenleme Kanunu ile hayata geçirilmiştir¹⁵.

Paris Sözleşmesinin resmî çevirilerine ilişkin olarak ise üç temel sorun göze çarpmaktadır. Bunlardan ilki, Sözleşmenin günümüz itibariyle yürürlükte olan maddelerinin ayrı metinlere dağınık halde bulunmasıdır. Nitekim her bir protokolün sadece öngörülen değişiklikleri içermesi ve hatta önceki bir protokol ile değiştirilen kimi hükümlerin sonraki bir protokol ile yeniden değişikliğe uğraması günümüz itibariyle hangi düzenlemelerin yürürlükte olduğunu tespit etme bağlamında ilâve bir incelemeyi gerekli kılmaktadır.

İkinci bir sorun, Sözleşmenin yürürlükte olan maddeleri arasında belirgin bir ifade farklılığı bulunmasıdır. Gerçekten de ilk defa 1960 yılında imzalanan Sözleşmenin sonraki yıllarda üç ayrı protokol ile değişikliğe uğraması, aradan geçen altmış yıllık zaman içinde dilimizde meydana gelen değişime paralel olarak farklı ifade biçimlerine ve aynı anlama gelen farklı kavramsal tercihlere yol açmıştır. Bu bakımdan, örneğin, Sözleşmenin ve protokollerinin İngilizce metninde geçen “*damage*” ifadesinin “hasar” veya “zarar”; “*nuclear incident*” ifadesinin “nükleer hadise” veya “nükleer kaza”; “*operator*” ifadesinin “işleten” veya “işletici”; “*means of transport*” ifadesinin “nakil aracı”, “nakil vasıtası” veya “ulaştırma aracı”; “*waste*” ifadesinin “atık” veya “artık”; “*Organization*” ifadesinin “Teşkilat” veya “Kuruluş”; “*Steering Committee*” ifadesinin “İdare Meclisi”, “İdare Komitesi”, “Yönetici Komite” veya “Yönetim Kurulu”; “*Signatories*” ifadesinin ise “İmza Sahibi”, “İmza Sahibi Devlet” veya “İmzacı Devlet” olarak her bir metinde ve hatta kimi zaman aynı metin içerisinde dahi farklı şekillerde karşılık bulmuş olduğu görülmektedir.

Son ve belki de hepsinden daha önemli bir sorun ise, özellikle 2004 Protokolü de dâhil olmak üzere, Sözleşmenin ve protokollerinin resmî çevirisinin birtakım eksiklikler ve hatalar barındırmasıdır. Bu bağlamda, 1960 tarihli Sözleşme metninin çevirisine, günümüzde de halen yürürlüklerini

¹⁴ Paris Sözleşmesi Dibace parag. 4.

¹⁵ RG 08.03.2022-31772.

koruyan, 12. maddenin sehven 11. madde olarak alınması, 11. madde hükmünün ise hiç dâhil edilmemesi özellikle dikkat çekicidir. Yine aynı çeviri metninde, 21. maddenin (b) paragrafında geçen “*The Government of any other country which is not a Signatory to this Convention*” ifadesi tam tersi bir istikamette “İşbu Sözleşmeyi imzalayan diğer bütün hükümetler” şeklinde dilimize aktarılmıştır. Benzer hatalar 1964 tarihli ek protokolün çevirisinde de göze çarpmaktadır. Nitekim bir tesisten nakledilen ve bir tesise nakledilen nükleer maddelerle ilgili bir hadiseden kaynaklanan sorumluluğu “*nuclear substances in the course of carriage therefrom*” ve “*nuclear substances in the course of carriage thereto*” ifadeleri ile ayrı ayrı düzenleyen Sözleşmenin 4. maddesinin (a) ve (b) paragraflarının, (b) paragrafındaki “*thereto*” kelimesi dikkate alınmaksızın, aynı şekilde dilimize çevrilmiş olması bunun en talihsiz örneğidir. Bu doğrultuda, 2004 Protokolünün çevirisindeki eksiklikler bakımından ise, Sözleşmenin 1. maddesine eklenen “nükleer zarar” tanımına dâhil unsurlardan bir kısmına yönelik orijinal metinde yer alan “*each of the following to the extent determined by the law of the competent court*” ifadesinin “yetkili mahkeme tarafından tespit edilmesi halinde aşağıdakilerden her biri” şeklinde çevrilmesi kayda değer bir örnektir. Nitekim söz konusu çeviride “*to the extent*” ve “*the law*” ifadelerinin dikkate alınmamış olması yetkili mahkemenin sadece ilgili hususların varlığını tespit edeceği şeklinde anlaşılmaya müsait gözükmektedir. Yine Sözleşmenin 1. maddesinde geçen “*measures of reinstatement*” ifadesi resmî çeviride “ikame tedbirleri”; “*measures of reinstatement of impaired environment*” ifadesi ise “hasar görmüş olan çevrenin eski haline dönüştürülmesi için alınan önlemler” şeklinde iki farklı şekilde karşılık bulmuştur. Böylece ortaya çıkan tutarsızlık ise, bu kavramların yer aldığı iki hüküm arasındaki bağlantıyı anlaşılmaz kılmıştır. İlâveten, farklı protokoller bakımından söz konusu olmakla birlikte Sözleşmenin geneli itibarıyla bakıldığında; “*person*” ifadesinin “kimse”, “*exclusive jurisdiction*” ifadesinin “yargı yetkisi”, “*gross negligence*” ifadesinin “ciddi ihmal”, “*assignment*” ifadesinin “vekalet” ve “*domiciled*” ifadesinin ise “evi olan” biçiminde dilimize aktarılmış olması Sözleşmeyi hukuk terminolojisi ile tam olarak örtüşmeyen bir metin haline dönüştürmüştür. Benzer örnekler çoğaltılabilirse de nihayetinde resmî çevirideki birtakım eksikliklerin ve hataların Sözleşmenin uygulamasına yönelik tereddüt yarattığını söylemek mümkündür.

Çalışmanın esas amacı, Paris Sözleşmesinin yürürlükteki maddelerinin İngilizce aslından dilimize çevirisini birleştirilmiş tek bir metin olarak sunmaktır. Bu doğrultuda, Sözleşme metnine olabildiğince sadık kalmaya

özen gösterilmiş ve metnin özüne en uygun biçimde çeviri yapabilmek için *Exposé des Motifs* ayrıca dikkate alınmıştır. Ancak bu çalışmanın Sözleşme hükümlerini incelemeye veya yorumlamaya yönelik olmadığını özellikle belirtmek gerekir¹⁶. Son olarak, herhangi bir uyuşmazlık durumunda Paris Sözleşmesinin sadece İngilizce, Fransızca, Almanca, İspanyolca, İtalyanca ve Hollandaca dillerindeki metnlerinin esas alınacağını hatırlatmakta fayda görülmektedir.

28 OCAK 1964 TARİHLİ EK PROTOKOL, 16 KASIM 1982 TARİHLİ PROTOKOL VE 12 ŞUBAT 2004 TARİHLİ PROTOKOL İLE DEĞİŞİKLİĞE UĞRAYAN 29 TEMMUZ 1960 TARİHLİ NÜKLEER ENERJİ ALANINDA ÜÇÜNCÜ TARAF SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN SÖZLEŞME

Federal Almanya Cumhuriyeti, Belçika Krallığı, Danimarka Krallığı, İspanya Krallığı, Finlandiya Cumhuriyeti, Fransa Cumhuriyeti, Yunanistan Cumhuriyeti, İtalya Cumhuriyeti, Norveç Krallığı, Hollanda Krallığı, Portekiz Cumhuriyeti, Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı, Slovenya Cumhuriyeti, İsveç Krallığı, İsviçre Konfederasyonu ve Türkiye Cumhuriyeti HÜKÜMETLERİ;

¹⁶ Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Taraf Sorumluluğu hakkında kapsamlı bilgi için bkz: Gülin GÜNEYSU, “Nükleer Reaktörlerin Yol Açtığı Zararlardan Doğan Hukukî Sorumluluk”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 41 S: 1, 1990, s. 207-223; Murat AYDOĞDU, Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin ve Nükleer Madde Taşıyanın Hukukî Sorumluluğu, 1. Bası, Adalet Yayınları, Ankara, 2009; Roland DUSSART DESART, “The Reform of the Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy and of the Brussels Supplementary Convention – An Overview of the Main Features of the Modernisation of Two Conventions”, International Nuclear Law in the Post-Chernobyl Period (A Joint Report by the OECD NEA and IAEA), 2006, s. 215-241; Ben McRAE, “The Compensation Convention: Path to a Global Regime for Dealing with Legal Liability and Compensation for Nuclear Damage”, Nuclear Law Bulletin, No: 61, 1998, s. 25-38; Norbert PELZER, “Main Features of the Revised International Regime Governing Nuclear Liability – Progress and Standstill”, International Nuclear Law: History, Evolution and Outlook, OECD, Paris, 2010, s. 355-386; Julia A. SCHWARTZ, “International Nuclear Third Party Liability Law: The Response to Chernobyl”, International Nuclear Law in the Post-Chernobyl Period (A Joint Report by the OECD NEA and IAEA), 2006, s. 37-72; Julia A. SCHWARTZ, “Liability and Compensation for Third Party Damage Resulting From a Nuclear Incident”, International Nuclear Law: History, Evolution and Outlook, OECD, Paris, 2010, s. 307-354.

Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (bundan böyle “Teşkilat” olarak anılacaktır) çerçevesi içinde kurulan OECD Nükleer Enerji Ajansı'nın özellikle üçüncü taraf sorumluluğu ve nükleer risklere karşı sigorta açısından, katılımcı ülkelerin nükleer enerji ile ilgili mevzuatının ayrıntılı ve uyumlu bir biçimde düzenlenmesini teşvik etmekle sorumlu olduğunu DÜŞÜNEREK;

Nükleer enerjinin barışçıl amaçlarla üretiminin ve kullanımının geliştirilmesinin nükleer hadiseler dolayısı ile geri kalmamasını temin edecek gerekli tedbirleri almakla beraber bu hadiselerden zarar gören kişilere yeterli ve hakkaniyete uygun tazminatın sağlanmasını ARZU EDEREK;

Ülkeleri ulusal esaslar çerçevesinde gerekli gördükleri tamamlayıcı düzenlemeleri yapmakta serbest bırakmakla beraber, çeşitli ülkelerde bu tür zararlardan doğan sorumluluğa uygulanan temel kuralların birleştirilmesi gereğine İNANARAK;

aşağıdaki hususlarda **ANLAŞMAYA VARMIŞLARDIR:**

Madde 1

a) İşbu Sözleşme gereğince:

i) “Bir nükleer hadise”, nükleer zarara neden olan, aynı menşeli bir hadise ya da hadiseler dizisi anlamındadır.

ii) “Nükleer tesis”, herhangi bir nakil aracında yer alanlar haricindeki reaktörler; nükleer madde üretim ya da işleme tesisleri; nükleer yakıtın izotoplarını ayırma tesisleri; ısıtılmış nükleer yakıtı yeniden işleme tesisleri; nükleer maddelerin taşınmasına ilişkin geçici depolama dışında nükleer madde depolama tesisleri; nükleer maddelerin bertarafı için tesisler; işletmeden çıkarma sürecinde olan bu tür herhangi bir reaktör, tesis, fabrika ya da işletme; Teşkilatın Nükleer Enerji İdari Komitesi (bundan böyle “İdari Komite” olarak anılacaktır) tarafından zaman zaman tespit edilecek, içinde nükleer yakıt veya radyoaktif ürünler veya atık bulunduran bu tür diğer tesisler anlamında olup; Âkit Taraflardan herhangi biri, bir işletenin, aynı alanda bulunan iki ya da daha fazla sayıdaki nükleer tesisinin, nükleer yakıt ya da radyoaktif ürünlerin ya da atığın tutulduğu söz konusu alandaki tüm diğer müstemilat ile birlikte tek bir nükleer tesis olarak muamele görmesine karar verebilir.

iii) “Nükleer yakıt”, metal, alaşım veya kimyasal bileşim halinde uranyum (doğal uranyum dahil), metal, alaşım veya kimyasal bileşim halinde plütonyum ve İdari Komite tarafından zaman zaman tespit edilecek bu tür diğer bölünebilir maddeler anlamındadır.

iv) “Radyoaktif ürünler veya atık”, nükleer yakıtın üretilmesi ya da kullanılması esnasında üretilmiş yahut radyasyona maruz bırakılarak radyoaktif hale getirilmiş herhangi bir radyoaktif madde anlamındadır; ancak 1) nükleer yakıt, veya 2) bir nükleer tesis dışında olup herhangi bir endüstriyel, ticari, tarımsal, tıbbi, bilimsel veya eğitimsel amaçla kullanılabilir şekilde üretiminin son aşamasına ulaşmış radyoizotoplar buna dahil değildir.

v) “Nükleer maddeler”, nükleer yakıt (doğal veya tüketilmiş uranyum hariç) ve radyoaktif ürünler veya atık anlamındadır.

vi) Bir nükleer tesis ile ilgili olarak “işleten”, yetkili resmî makamca o tesisin işleteni olarak atanmış ve tanınmış kişi anlamındadır.

vii) “Nükleer zarar”,

1. Can kaybı ya da kişisel yaralanmalar;

2. Malvarlığının kaybı ya da zarar görmesi;

ve yetkili mahkemenin hukuku tarafından belirlenen ölçüde aşağıdakilerden her biri,

3. Yukarıdaki 1 veya 2 nci alt paragraflara dâhil edilmemiş olduğu sürece, bu alt paragraflarda sözü edilen kayıp veya zarardan ötürü vuku bulan ve böyle bir kayıp veya zararla ilgili olarak tazminat talep etme hakkına sahip olan bir kişi tarafından uğranan ekonomik kayıp;

4. Yukarıdaki 2 nci alt paragrafta dâhil edilmemiş olduğu sürece ve zararın önemsiz olmaması kaydıyla, zarar görmüş olan çevrenin eski hale getirilmesi tedbirlerinin, söz konusu tedbirler gerçekten alınmış ya da alınacak olduğu takdirde, maliyeti;

5. Yukarıdaki 2 nci alt paragrafta dâhil edilmemiş olduğu sürece, çevrenin kullanılmasından ya da yararlanılmasından elde edilen doğrudan bir ekonomik çıkardan kaynaklanan ve

söz konusu çevrenin önemli derecede zarar görmesi sonucu olarak uğranan gelir kaybı;

6. Önleyici tedbirlerin maliyeti ve bu tedbirlerden kaynaklanan diğer kayıp ve zararlar,

anlamında olup, yukarıda zikredilen 1 ilâ 5 inci alt paragraflar, kayıp veya zarar, iyonlaştırıcı radyasyonun; bir nükleer tesis içindeki herhangi bir radyasyon kaynağı tarafından yayılmasından, yahut bir nükleer tesisten gelen, çıkan ya da nükleer tesise gönderilen nükleer yakıttan veya radyoaktif ürünlerden veya nükleer maddelerin içindeki ya da bu maddelere ait atıklardan yayılmasından - söz konusu yayılımın radyoaktif özelliklerden veya radyoaktif özelliklerin toksik, patlayıcı ve diğer tehlikeli özellikler ile birleşiminden kaynaklanıp kaynaklanmadığına bakılmaksızın - ortaya çıktığı veya sonuçlandığı ölçüde geçerlidir.

viii) “Eski hale getirme tedbirleri”, tedbirlerin alındığı Devletteki yetkili makamlarca onaylanmış olan ve çevrenin zarar görmüş ya da tahrip olmuş öğelerinin iadesini veya onarılmasını, yahut uygun olan yerlerde, bu öğelerin eşitlerinin yeniden çevreye kazandırılmasını amaçlayan tüm makul tedbirler anlamındadır. Kimlerin bu tedbirleri alma yetkisine sahip olduğunu, nükleer zararın meydana geldiği Devletin mevzuatı belirleyecektir.

ix) “Önleyici tedbirler”, bir nükleer hadisenin veya ciddi ve yakın bir nükleer zarar tehdidi oluşturan bir olayın meydana gelmesinin ardından, (a) (vii) paragrafının 1 ilâ 5 inci alt paragraflarında sözü edilen nükleer zararı önlemek ya da en aza indirmek amacıyla herhangi bir kişi tarafından alınan tüm makul tedbirler anlamında olup, tedbirlerin alındığı Devletin hukukunun gerektirdiği yetkili makamların onayına tabidir.

x) “Makul tedbirler”, yetkili mahkemenin hukuku çerçevesinde, tüm koşullar göz önünde bulundurularak uygun ve orantılı bulunan tedbirler anlamında olup göz önünde bulundurulacak koşullara örnek olarak şunlar verilebilir:

1. Maruz kalınan nükleer zararın mahiyeti ve boyutu veya önleyici tedbirlerin alındığı hallerde nükleer zarara yönelik riskin mahiyeti ve boyutu;

2. Bu tedbirlerin, alındıkları tarih itibariyle, ne dereceye kadar etkili olabileceği ve
3. İlgili bilimsel ve teknik uzmanlık.

b) İdari Komite, herhangi bir nükleer tesisi, nükleer yakıtı veya bazı nükleer maddeleri, kendi görüşüne göre içerdiği risklerin boyutunun düşüklüğü haklı gösteriyorsa, bu Sözleşmenin uygulama alanı dışında bırakılabilir.

Madde 2

a) Bu Sözleşme,

i) Bir Âkit Tarafın;

ii) Nükleer hadisenin gerçekleştiği vakitte, 21 Mayıs 1963 tarihli Nükleer Zarara İlişkin Hukuki Sorumluluk Hakkında Viyana Sözleşmesine, Viyana Sözleşmesinde yapılan ve kendisi için yürürlükte olan değişikliklere ve sorumlu işletenin nükleer tesisinin bulunduğu Paris Sözleşmesi Âkit Tarafının 21 Eylül 1988 tarihli Viyana Sözleşmesinin ve Paris Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Ortak Protokole Âkit Taraf olduğu hallerde söz konusu Ortak Protokole Âkit Taraf olan, bir Âkit Taraf Olmayan Devletin;

iii) Nükleer hadisenin gerçekleştiği vakitte, sınırları ve uluslararası hukuk uyarınca belirlediği deniz alanları dâhilinde hiçbir nükleer tesisi olmayan bir Âkit Taraf Olmayan Devletin; veya

iv) Nükleer hadisenin gerçekleştiği vakitte, eşit karşılıklı yararlar sağlayan ve diğerlerine ilaveten sorumlu işletenin kusursuz sorumluluğu, işletenin münhasır sorumluluğu ya da aynı etkiye sahip bir hüküm, yetkili mahkemenin münhasır yetkisi, bir nükleer hadisenin tüm mağdurlarının eşit muamelesi, yargı kararlarının tanınması ve tenfizi, tazminatın, faizlerin ve masrafların serbestçe transferi dâhil olmak üzere bu Sözleşme ile aynı ilkelere dayanan bir nükleer sorumluluk mevzuatının yürürlükte olduğu diğer Âkit Taraf Olmayan Devletlerin,

ülkesinde ya da uluslararası hukuka göre belirlenmiş olan deniz alanlarında, veya bu paragrafın (ii) ilâ (iv) alt paragrafları kapsamında yer almayan bir Âkit Taraf Olmayan Devletin sınırları içindekiler hariç olmak üzere, kayıtlı bir gemisinde ya da hava taşıtında meydana gelen nükleer zarar için geçerli olacaktır.

b) Bu maddedeki hiçbir hüküm, sorumlu işletenin nükleer tesisinin bulunduğu bir Âkit Tarafı, kendi mevzuatı çerçevesinde bu Sözleşmenin uygulanması için daha geniş bir kapsam öngörmekten alıkoymaz.

Madde 3

a) Bu Sözleşme uyarınca, bir nükleer tesisin işleteni, 4 üncü maddede aksinin belirtildiği haller dışında, nükleer zararın söz konusu tesisteki ya da söz konusu tesisten gelen nükleer maddelerle ilişkili bir nükleer hadiseden kaynaklandığının kanıtlanması üzerine, aşağıdakiler haricindeki nükleer zarardan sorumlu olacaktır:

i) Nükleer tesisin kendisine ve tesisin bulunduğu alandaki, yapım aşamasındaki bir nükleer tesis de dâhil olmak üzere, başka bir nükleer tesise gelen zarar; ve

ii) Aynı alanda bulunan ve bu tür herhangi bir tesis ile bağlantılı olarak kullanılan ya da kullanılacak olan herhangi bir mala gelen zarar.

b) Nükleer zararın, nükleer bir hadise ve nükleer olmayan bir hadisenin birleşmesi sonucu olduğu durumlarda, nükleer hadisenin neden olduğu nükleer zarar miktarından makul olarak ayırt edilemediği sürece, zararın nükleer olmayan diğer hadisenin sebep olduğu kısmı da, nükleer hadise nedeniyle ortaya çıkmış nükleer zarar olarak değerlendirilecektir. Nükleer zararın bir nükleer hadise ve bu Sözleşmenin kapsamı dışındaki bir iyonlaştırıcı radyasyon salınımının birleşiminden olduğu durumlarda, bu Sözleşmedeki hiçbir şey, herhangi bir kişinin söz konusu iyonlaştırıcı radyasyon salınımı ile bağlantılı olarak sorumluluğunu sınırlamaz ya da başka bir şekilde etkilemez.

Madde 4

2 nci madde hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla, buna ilişkin geçici depolama da dâhil nükleer maddelerin taşınması durumunda:

a) Bu Sözleşme uyarınca, bir nükleer tesisin işleteni nükleer zarardan, söz konusu zararın bu tesisin dışında gerçekleşen ve bu tesisten nakledilen nükleer maddelerle ilgili bir hadiseden kaynaklandığının kanıtlanması üzerine, sadece aşağıdaki şartların bulunması halinde sorumlu olacaktır:

- i) Nükleer maddelerin neden olduğu nükleer hadiselerle ilgili sorumluluğun, yazılı bir sözleşmenin açık hükümleri gereğince, başka bir nükleer tesisin işleteni tarafından üstlenilmesinden önce hadise gerçekleşirse;
 - ii) Böyle açık hükümler mevcut değilse, nükleer maddelerin başka bir nükleer tesisin işleteni tarafından teslim alınmasından önce hadise gerçekleşirse, veya
 - iii) Nükleer maddelerin bir nakil aracının aksamını teşkil eden bir reaktörde kullanıma tahsis edilmesi halinde, bu reaktörü tam yetkiyle işletecek kişi tarafından teslim alınmasından önce hadise gerçekleşirse; ancak
 - iv) Nükleer maddelerin Âkit Taraf Olmayan Devlet ülkesinde bulunan bir kişiye gönderilmesi halinde, bu Âkit Taraf Olmayan Devletin ülkesine getirildikleri nakil aracından boşaltılmadan önce hadise gerçekleşirse.
- b) Bu Sözleşme uyarınca, bir nükleer tesisin işleteni nükleer zarardan, söz konusu zararın o tesisin dışında gerçekleşen ve o tesise nakledilen nükleer maddelerle ilgili bir hadiseden kaynaklandığının kanıtlanması üzerine, sadece aşağıdaki şartların bulunması halinde sorumlu olacaktır:
- i) Nükleer maddelerin neden olduğu nükleer hadiselerle ilgili başka bir nükleer tesisin işleteninin sorumluluğunun, yazılı bir sözleşmenin açık hükümleri gereğince, kendisi tarafından üstlenilmesinden sonra hadise gerçekleşirse,
 - ii) Böyle açık hükümler mevcut değilse, nükleer maddelerin kendisi tarafından teslim alınmasından sonra hadise gerçekleşirse; veya
 - iii) Nükleer maddelerin bir nakil aracının aksamını teşkil eden bir reaktörü işleten kişiden teslim alınmasından sonra hadise gerçekleşirse, ancak
 - iv) Nükleer maddelerin, işletenin yazılı muvafakatiyle, Âkit Taraf Olmayan Devletin ülkesinde bulunan bir kişi tarafından gönderilmesi halinde, bu Devletin ülkesinden götürülecekleri nakil aracına yüklendikten sonra hadise gerçekleşirse.
- c) Bu maddenin (a) (i) ve (ii) ile (b) (i) ve (ii) paragrafları uyarınca sorumluluğun başka bir nükleer tesis işletenine devri, ancak söz konusu işletenin nakil aşamasındaki nükleer maddelerde doğrudan bir ekonomik çıkarı varsa gerçekleşebilir.

d) Bu Sözleşme uyarınca sorumlu işleten, 10 uncu maddeye göre gerekli teminatı sağlayan sigortacı veya diğer malî güvence veren tarafından yahut bunlar adına düzenlenen bir belgeyi taşıyıcıya verecektir. Bununla beraber, bir Âkit Taraf bütünüyle kendi sınırları içinde gerçekleşen taşıma hakkında bu yükümlülüğü hariç tutabilir. Bu belge, işletenin adını ve adresini ve teminatın tutarını, tipini ve süresini içermelidir ve bu bilgilere belgeyi düzenleyen veya adına düzenlenen kişi tarafından itiraz edilemez. Belge aynı zamanda, teminat sağlanan nükleer maddeler ile taşımaya ilişkin bilgiyi ve yetkili resmî makamların söz konusu kişinin bu Sözleşmede belirtilen anlamda bir işleten olduğunu onaylayan beyanını da içermelidir.

e) Bir Âkit Taraf mevzuatında yer alan hükümler çerçevesinde ve 10 uncu maddenin (a) paragrafı ile öngörülen gereklerin yerine getirilmesi halinde taşıyıcının, kendi talebi, adı geçen Âkit Tarafın ülkesinde kurulan nükleer tesisi işletenin onayı ve yetkili resmî makamın kararıyla, söz konusu işletenin yerine, bu Sözleşme uyarınca sorumlu olacağını öngörebilir. Böyle bir durumda bu Sözleşmenin amaçları doğrultusunda taşıyıcı, nükleer maddelerin taşınması esnasında gerçekleşen hadiseler bakımından, mevzuatı bu şekilde öngören Âkit Tarafın ülkesindeki bir nükleer tesisin işleteni gibi kabul edilir.

Madde 5

a) Bir nükleer hadise ile ilgili nükleer yakıt veya radyoaktif ürünler veya atık birden fazla nükleer tesiste bulunmuş olup nükleer zarara neden olduğu zamanda bir nükleer tesiste bulunmakta ise, daha önce bulundukları nükleer tesislerin işletenlerinden hiçbiri nükleer zarardan sorumlu olmayacaktır.

b) Ancak, nükleer zararın bir nükleer tesiste meydana gelen ve sadece, taşıma amaçları çerçevesinde geçici olarak söz konusu tesiste depolanan nükleer maddelerle ilgili bir nükleer hadiseden kaynaklandığı hallerde, nükleer tesisin işleteni, 4 üncü madde uyarınca başka bir işletenin ya da kişinin sorumlu olduğu hallerde sorumlu olmayacaktır.

c) Bir nükleer hadise ile ilgili nükleer yakıt veya radyoaktif ürünler veya atık birden fazla nükleer tesiste bulunmuş olup nükleer zarara neden olduğu zamanda bir nükleer tesiste bulunmamakta ise, nükleer zararın meydana gelmesinden önce bulundukları son nükleer tesisin işleteninden veya sonradan bunları teslim alan ya da yazılı bir sözleşmenin açık hükümlerine uygun olarak sorumluluğu üstlenen işletenden başka hiçbir işleten nükleer zarardan sorumlu olmayacaktır.

d) Bu Sözleşme uyarınca nükleer zarar birden fazla işletene sorumluluk yüklüyorsa, bu işletenlerin sorumluluğu müşterek ve müteselsil olacaktır; ancak şöyle ki, söz konusu sorumluluğun bir ve aynı nakil aracında taşınma sürecinde olan, ya da taşımaya ilişkin geçici depolama durumlarında bir ve aynı nükleer tesiste bulunan nükleer maddelerle ilgili bir nükleer hadiseden kaynaklanan nükleer zararın bir sonucu olarak ortaya çıktığı hallerde, söz konusu işletenlerin sorumlu olacakları maksimum toplam tutar, 7 nci madde uyarınca herhangi biri bakımından belirlenen en yüksek tutardır. Hiçbir durumda işletenlerden herhangi biri, bir nükleer hadiseyle ilgili olarak, kendisi için 7 nci maddede belirlenenden daha yüksek bir tutar ödemeye mecbur tutulamaz.

Madde 6

a) Bir nükleer hadisenin neden olduğu nükleer zararın tazminini talep etme hakkı, bu Sözleşme uyarınca sadece nükleer zarardan sorumlu olan bir işletene, yahut, ulusal hukuk tarafından, 10 uncu maddeye göre gerekli teminatı sağlayan sigortacı veya diğer malî güvence verenlere karşı doğrudan bir dava hakkı tanınıyorsa, sigortacıya veya diğer malî güvence verenlere karşı kullanılabilir.

b) Bu maddede aksinin belirtildiği haller dışında, bir nükleer hadisenin neden olduğu nükleer zarardan, başka hiçbir kişi sorumlu olmayacaktır, fakat bu hüküm taşıma alanında bu Sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan veya imzaya, onaya ya da katılıma açık olan herhangi bir uluslararası anlaşmanın uygulanmasını etkilemez.

c) i) Bu Sözleşmedeki hiçbir hüküm:

1. Herhangi bir kişinin zarara yol açmak kastıyla gerçekleştirdiği bir fiil ya da ihmalin sonucunda meydana gelen bir nükleer hadiseden kaynaklanan ve, 3 üncü maddenin (a) paragrafı ve 9 uncu madde gereğince, işletenin bu Sözleşme kapsamında sorumlu olmadığı nükleer zarar için söz konusu kişinin,

2. 4 üncü maddenin (a) (iii) veya (b) (iii) paragrafları uyarınca işletenin sorumlu olmadığı hallerde, bir nükleer hadiseden kaynaklanan nükleer zarar için bir nakil aracının aksamını teşkil eden bir reaktörü işletmeye tam yetkili kişinin,

sorumluluğunu etkilemez.

ii) İşletene, bir nükleer hadiseden kaynaklanan nükleer zarar için bu Sözleşme kapsamı dışında hiçbir sorumluluk yüklenmeyecektir.

d) Bu maddenin (b) paragrafında belirtilen bir uluslararası anlaşma veya Âkit Taraf Olmayan Devlet mevzuatı gereğince bir nükleer hadisenin neden olduğu nükleer zarara istinaden tazminat ödeyen bir kişi, ödediği tutar kadar, kendisine tazminat ödediği nükleer zarara uğramış kişinin bu Sözleşme kapsamında sahip olduğu hakları, halefiyet yoluyla kazanır.

e) Eğer işleten, nükleer zararın tamamen ya da kısmen zarara uğrayan kişinin ağır kusurundan veya zarara yol açmak kastıyla söz konusu kişi tarafından gerçekleştirilen bir fiil ya da ihmalden kaynaklandığını kanıtlarsa, yetkili mahkeme, ulusal hukuk elveriyorsa, işleteni söz konusu kişinin uğradığı zararlar ile ilgili olarak tazminat ödeme yükümlülüğünden tamamen ya da kısmen muaf tutabilir.

f) İşleten sadece şu hallerde rücu hakkına sahiptir:

i) Nükleer hadisenin neden olduğu nükleer zarar, zarara yol açmak kastıyla gerçekleştirilen bir fiil veya ihmalden kaynaklanmış ise, kasıtlı hareket eden faile veya ihmal edene karşı;

ii) Sözleşmede açıkça belirtilmiş ise, belirtilen ölçüde.

g) Eğer işleten, bu maddenin (f) paragrafı uyarınca öngörülen ölçüde herhangi bir kimseye karşı rücu hakkına sahip ise, söz konusu kişi işletene karşı, öngörülen ölçüye kadar, bu maddenin (d) paragrafı uyarınca hakka sahip olmayacaktır.

h) Ulusal ya da genel sağlık sigortası, sosyal güvenlik veya iş sağlığı ve güvenliği sistemlerindeki hükümler, bir nükleer hadisenin neden olduğu nükleer zararın tazminini de kapsamına alıyorsa, bu gibi sistemlerdeki lehdarların hakları ve bu gibi sistemler çerçevesindeki rücu hakları söz konusu sistemleri kuran Âkit Tarafın kanununa veya hükümetlerarası kuruluşun düzenlemelerine göre belirlenir.

Madde 7

a) Her bir Âkit Taraf, kendi mevzuatında, herhangi bir nükleer hadiseden kaynaklanan nükleer zararlar ile ilgili olarak işletenin sorumluluğunun 700 milyon avronun altında olmamasını sağlayacaktır.

b) Bu maddenin (a) paragrafı ve 21 inci maddenin (c) paragrafındaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, her bir Âkit Taraf,

i) İlgili nükleer tesisin mahiyetini ve buradan kaynaklanacak bir nükleer hadisenin olası sonuçlarını göz önüne alarak, söz konusu tesis için, bu şekilde belirlenen herhangi bir tutarın hiçbir durumda 70 milyon avronun altında olmaması kaydıyla, daha düşük bir sorumluluk tutarı belirleyebilir; ve

ii) İlgili nükleer maddelerin mahiyetini ve bunlardan kaynaklanacak bir nükleer hadisenin olası sonuçlarını göz önüne alarak, nükleer maddelerin taşınması için, bu şekilde belirlenen herhangi bir tutarın hiçbir durumda 80 milyon avronun altında olmaması kaydıyla, daha düşük bir sorumluluk tutarı belirleyebilir.

c) Nükleer hadise olduğu sırada hadiseye neden olan nükleer maddelerin içinde bulunduğu nakil aracına gelen nükleer zarar için doğacak tazminatın, diğer nükleer zararlar ilgili olarak işletenin sorumluluğunu 80 milyon avrodan ya da bir Âkit Tarafın mevzuatında belirtilen daha yüksek bir tutardan daha az bir tutara azaltıcı etkisi olmaz.

d) Bir Âkit Tarafın sınırları içindeki nükleer tesislerin işletenlerinin, bu maddenin (a) ya da (b) paragrafları veya 21 inci maddenin (c) paragrafı veyahut da bu maddenin (c) paragrafı uyarınca bir Âkit Tarafın herhangi bir mevzuatının hükümlerine göre belirlenen sorumluluk tutarları, nükleer hadise nerede meydana gelirse gelsin, söz konusu işletenlerin sorumluluğu için geçerli olacaktır.

e) Bir Âkit Taraf, azami sorumluluk tutarının transit geçiş sırasında oluşabilecek bir nükleer hadise riskini karşılamak için yeterli olmadığını düşünüyorsa, nükleer maddelerin kendi ülkesinden transit geçişini, ilgili yabancı işletenin azami sorumluluk tutarının arttırılması koşuluna bağlayabilir; ancak, bu yolla arttırılan azami tutar, kendi ülkesinde yer alan nükleer tesislerin işletenlerinin azami sorumluluk tutarını aşamaz.

f) Bu maddenin (e) paragrafı hükümleri aşağıdakiler için uygulanmaz:

i) Uluslararası hukuk uyarınca, acil durumlarda söz konusu Âkit Tarafın limanlarına sığınma hakkı ya da ülkesinden zararsız geçiş hakkı olan hallerde, deniz yoluyla taşımalar; veya

ii) Uluslararası hukuk uyarınca veya sözleşme çerçevesinde, söz konusu Âkit Tarafın ülkesi üzerinde uçma ya da ülkesine iniş yapma hakkı olan hallerde, hava yoluyla taşımalar.

g) 2 inci maddenin (a) (iv) paragrafı uyarınca Sözleşmenin bir Âkit Taraf Olmayan Devlet bakımından uygulanabilir olduğu durumlarda, herhangi bir Âkit Taraf, nükleer zararlar ilgili olarak, söz konusu Devlet eşit tutarda karşılıklı faydalar sağlamadığı ölçüde, bu maddede veya 21 inci maddenin (c) paragrafında belirlenen asgari tutarların altında bir sorumluluk tutarı belirleyebilir.

h) Bu Sözleşme kapsamında açılan tazminat davalarında bir mahkeme tarafından hükmedilen tüm faiz ve masraflar, bu Sözleşmenin amaçları doğrultusunda tazminat olarak değerlendirilmeyecek ve bu madde uyarınca sorumlu olduğu diğer tutarlara ek olarak işleten tarafından ödenecektir.

i) Bu maddede belirtilen tutarlar yuvarlanarak ulusal para birimine çevrilebilir.

j) Her bir Âkit Taraf, zarara uğrayan kişilerin, tazminat için tahsis edilecek fonların menşesine göre ayrı yasal işlemler başlatmalarına gerek olmadan tazminat haklarını kullanabilmelerini sağlayacaktır.

Madde 8

a) Bu Sözleşme kapsamındaki tazminat hakkı;

i) can kaybı ve kişisel yaralanmalarla ilgili olarak, nükleer hadisenin gerçekleştiği tarihten itibaren otuz yıl içerisinde;

ii) diğer nükleer zararlarla ilgili olarak, nükleer hadisenin gerçekleştiği tarihten itibaren on yıl içerisinde,

herhangi bir yasal işlem başlatılmaması halinde zamanaşımına uğrayacak ya da sona erecektir.

b) Bununla birlikte ulusal mevzuat, sorumlu işletenin nükleer tesisinin bulunduğu Âkit Taraf tarafından bu maddenin (a) paragrafının (i) ve (ii) alt paragraflarında öngörülen sürelerin bitiminden sonra ve daha uzun süre içinde başlatılan tazminat davaları ile ilgili olarak söz konusu işletenin sorumluluğunu kapsam altına alacak tedbirler alınmışsa, bu maddenin (a) paragrafının (i) ve (ii) alt paragraflarında öngörülenden daha uzun bir süre belirleyebilir.

c) Ancak, eğer bu maddenin (b) paragrafına uygun olarak daha uzun bir süre belirlenmişse, bu süre içerisinde açılan bir tazminat davası, işleten aleyhine,

- i) can kaybı ya da kişisel yaralanmayla ilgili olarak otuz yıllık bir süre içerisinde,
- ii) diğer tüm nükleer zararlarla ilgili olarak on yıllık bir süre içerisinde,

dava açmış olan herhangi bir kişinin bu Sözleşme kapsamındaki tazminat hakkını hiçbir şekilde etkilemeyecektir.

d) Ulusal mevzuat, Sözleşme kapsamındaki tazminat haklarının zamanaşımına uğraması ya da sona ermesi için, nükleer zarara uğrayan kişinin hem nükleer zararı hem de sorumlu işleteni öğrendiği ya da makul olarak öğrenmesi gerektiği tarihten itibaren başlamak üzere, bu maddenin (a) ve (b) paragrafları uyarınca öngörülen süreleri aşmamak kaydıyla, üç yıldan az olmayan bir süre belirleyebilir.

e) Ancak, 13 üncü maddenin (f) (ii) paragrafının uygulanabilir olduğu hallerde, tazminat hakkı, bu maddenin (a) (b) ve (d) paragraflarında belirtilen süre içinde aşağıdakilerden biri gerçekleşir ise zamanaşımına ya da sona ermeye tabi olmayacaktır:

- i) 17 inci maddede sözü edilen Mahkeme karar vermeden önce, Mahkemenin seçebileceği herhangi bir mahkeme nezdinde dava açılmışsa; Mahkeme yetkili mahkemenin söz konusu davanın açıldığı mahkemeden başka bir mahkeme olduğuna karar verir ise, söz konusu davanın bu yolla belirlenen yetkili mahkeme nezdinde açılması için bir tarih tayin edebilir; veya
- ii) 13 üncü maddenin (f) (ii) paragrafı uyarınca yetkili mahkemenin Mahkeme tarafından belirlenmesi işlemini başlatmak için ilgili Âkit Tarafa bir talepte bulunulmuş ve bu belirlemenin ardından Mahkeme tarafından tayin edilecek süre içerisinde bir dava açılmışsa.

f) Ulusal mevzuatta aksi belirtilmediği sürece, bir nükleer hadise sonucu nükleer zarara uğramış olup bu maddede belirtilen süre içerisinde tazminat davası açmış herhangi bir kişi, nihaî kararın yetkili mahkemece verilmemiş olması kaydıyla, belirtilen sürenin sona etmesinden sonra nükleer zararın ağırlaşması durumunda, iddiasını değiştirebilir.

Madde 9

İşleten, doğrudan bir silahlı çatışma, hasmane hareketler, iç savaş ya da ayaklanmadan dolayı meydana gelen bir nükleer hadiseden kaynaklanan nükleer zarardan sorumlu olmayacaktır.

Madde 10

- a) Bu Sözleşme kapsamındaki sorumluluğu karşılamak için, işletenin, 7 nci maddenin (a) ya da (b) paragrafları veya 21 inci maddenin (c) paragrafı uyarınca öngörülen tutarlarda ve yetkili resmî makamca belirlenecek olan tür ve şartlarda sigorta ya da diğer malî güvenceye sahip olması ve bunu muhafaza etmesi şarttır.
- b) İşletenin sorumluluğunun tutar olarak sınırlandırılmadığı hallerde, sorumlu işletenin nükleer tesisinin bulunduğu Âkit Taraf, sorumlu işletenin malî güvencesi için, 7 nci maddenin (a) veya (b) paragraflarında öngörülen tutarlardan daha az olmamak kaydıyla, bir limit belirleyecektir.
- c) Sorumlu işletenin nükleer tesisinin bulunduğu Âkit Taraf, nükleer zarar durumunda işletene yöneltilecek tazminat taleplerinin ödenmesini güvence altına almak için, sigorta ya da diğer malî güvencenin bulunmadığı veya söz konusu talepleri karşılamada yetersiz olduğu ölçüde, 7 nci maddenin (a) paragrafı veya 21 inci maddenin (c) paragrafında öngörülen tutarlardan az olmamak kaydıyla, gerekli fonları sağlayacaktır.
- d) Hiçbir sigortacı ya da diğer malî güvence veren, bu maddenin (a) veya (b) paragraflarında belirtilen sigorta ya da diğer malî güvenceyi, yetkili resmî makama yazılı olarak en az iki ay önceden bildirmeden veya söz konusu sigorta ya da diğer malî güvencenin nükleer maddelerin taşınmasına ilişkin olduğu hallerde söz konusu taşıma sırasında, askıya alamaz veya iptal edemez.
- e) Sigorta, reasürans veya diğer malî güvence olarak temin edilen tutarlar, sadece bir nükleer hadiseden kaynaklanan nükleer zararın tazmini için kullanılabilir.

Madde 11

Bu Sözleşmenin sınırları dahilindeki tazminatın mahiyeti, şekli ve kapsamı ile bunun adilane dağılımı ulusal hukuka tabi olacaktır.

Madde 12

Bu Sözleşme kapsamında ödenebilir olan tazminat, sigorta ve reasürans primleri, 10 uncu madde uyarınca gerekli olan sigorta, reasürans veya diğer malî güvence olarak temin edilen tutarlar, ve 7 nci maddenin (h) paragrafında belirtilen faiz ve masraflar, Âkit Tarafların parasal alanları arasında serbestçe transfer edilebilir.

Madde 13

- a) Bu maddede aksinin belirtildiği haller dışında, 3 üncü ve 4 üncü maddeler ile 6 ncı maddenin (a) paragrafı kapsamındaki davalar bakımından yargı yetkisi, sadece nükleer hadisenin meydana geldiği Âkit Tarafın mahkemelerinde olacaktır.
- b) Bir nükleer hadisenin bir Âkit Tarafın münhasır ekonomik bölgesi içerisinde ya da eğer böyle bir bölge belirlenmediyse, belirlenmesi halinde geçerli olacak münhasır ekonomik bölge sınırlarını aşmayan bir alanda meydana gelmesi halinde, söz konusu nükleer hadiseden kaynaklanan nükleer zararlar ilgili davalar bakımından yargı yetkisi, ilgili Âkit Tarafın nükleer hadisenin meydana gelmesinden önce Teşkilatın Genel Sekreterine böyle bir alanı bildirmiş olması koşuluyla, bu Sözleşmenin amaçları doğrultusunda, sadece söz konusu Âkit Tarafın mahkemelerine ait olacaktır. Bu paragraftaki hiçbir şey, uluslararası deniz hukukuna aykırı biçimde bir deniz bölgesinde yargı yetkisinin kullanılmasına veya bir deniz bölgesinin sınırlandırılmasına izin verme şeklinde yorumlanamaz.
- c) Bir nükleer hadisenin Âkit Tarafların ülkesi dışında ya da bu maddenin (b) paragrafı uyarınca hakkında hiçbir bildirimde bulunulmamış olan bir alanda meydana gelmesi veya nükleer hadisenin yerinin tam olarak saptanamıyor olması halinde, bu davalar bakımından yargı yetkisi, sorumlu işletenin nükleer tesisinin bulunduğu Âkit Tarafın mahkemelerine ait olacaktır.
- d) Bir nükleer hadisenin 17 nci maddenin (d) paragrafının uygulanabilir olduğu bir alanda meydana gelmesi halinde, yargı yetkisi, ilgili Âkit Tarafın talebi üzerine, 17 nci maddede sözü edilen Mahkeme tarafından hadiseyle en yakından ilgili ve hadisenin sonuçlarından en yakından etkilenen Âkit Tarafın mahkemeleri olarak belirlenen mahkemelere ait olacaktır.

- e) Bu madde uyarınca yargı yetkisinin kullanılması ve bu maddenin (b) paragrafı uyarınca yapılacak bir alan bildirimi, karşılıklı ya da bitişik kıyılara sahip Devletler arasında deniz alanlarının sınırlandırılması ile ilgili olarak bir emsal teşkil etmeyecek veya hak ya da yükümlülük doğurmayacaktır.
- f) Yargı yetkisinin, bu maddenin (a) (b) veya (c) paragrafları gereğince birden fazla Âkit Tarafın mahkemelerine düşmesi durumunda;
- i) eğer nükleer hadise kısmen herhangi bir Âkit Tarafın sınırlarının dışında ve kısmen tek bir Âkit Tarafın sınırları içinde meydana gelmişse, yargı yetkisi o Âkit Tarafın mahkemelerine; ve
- ii) diğer hallerde ise, ilgili Âkit Tarafın talebi üzerine, 17 nci maddede sözü edilen Mahkeme tarafından hadiseyle en yakından ilgili ve hadisenin sonuçlarından en yakından etkilenen Âkit Tarafın mahkemeleri olarak belirlenen mahkemelere, ait olacaktır.
- g) Mahkemeleri yargı yetkisine sahip olan Âkit Taraf, nükleer zarara ilişkin tazminat talepleri ile ilgili olarak aşağıdakileri güvence altına alacaktır:
- i) herhangi bir Devlet, söz konusu Devletin tâbiyetinde olan ya da ülkesinde yerleşim yeri veya oturma yeri bulunan ve buna muvafakat vermiş olan, nükleer zarara uğramış kişiler adına yasal işlem başlatabilir; ve
- ii) herhangi bir kişi, halefiyet ya da devir yoluyla kazanılmış, bu Sözleşme kapsamındaki haklarını kullanmak için yasal işlem başlatabilir.
- h) Bu Sözleşme kapsamında mahkemelerinin yargı yetkisi bulunan Âkit Taraf, herhangi bir nükleer hadiseden kaynaklanan nükleer zararın tazmini konusunda karar verme bakımından mahkemelerinden sadece birinin yetkili olmasını sağlayacak; bu husustaki kriterlerse söz konusu Âkit Tarafın ulusal mevzuatınca belirlenecektir.
- i) Bu madde kapsamında vicahi veya gıyabi olarak yetkili mahkeme tarafından verilen yargı kararları, söz konusu mahkemenin uyguladığı hukuk uyarınca icra edilebilir hale geldiklerinde, ilgili Âkit Tarafın talep ettiği formaliteler yerine getirilir getirilmez, tüm diğer Âkit Tarafların ülkelerinde icra edilebilir olacaktır. Davanın esasları başka herhangi bir muameleye tabi tutulmaz. Yukarıda geçen hükümler ara kararlara uygulanmaz.

j) Herhangi bir Âkit Taraf aleyhine bu Sözleşme kapsamında bir yasal işlem başlatılması halinde, söz konusu Âkit Taraf, mahkeme kararlarının icrasıyla ilgili olanlar hariç, yetkili mahkeme nezdinde bu madde uyarınca yargı bağışıklığına başvuramaz.

Madde 14

- a) Bu Sözleşme tâbiyet, yerleşim yeri veya oturma yeri bakımından herhangi bir ayırım gözetilmeksizin uygulanır.
- b) “Ulusal hukuk” ve “ulusal mevzuat”, bir nükleer hadiseden kaynaklanan talepler bakımından bu Sözleşme uyarınca yargı yetkisine sahip olan mahkemelerin hukuku ya da ulusal mevzuatı anlamında olup, bu tür talepler ile ilgili kanunlar ihtilafı kuralları buna dâhil değildir. Bu hukuk ya da mevzuat, bu Sözleşme kapsamında özel olarak düzenlenmeyen esasa ve usule ilişkin tüm konulara uygulanacaktır.
- c) Bu hukuk ve mevzuat tâbiyet, yerleşim yeri veya oturma yeri bakımından herhangi bir ayırım gözetilmeksizin uygulanır.

Madde 15

- a) Herhangi bir Âkit Taraf bu Sözleşme ile belirlenen tazminat tutarında bir artış sağlamak için gerekli gördüğü her türlü tedbiri alabilir.
- b) Nükleer zarar durumunda ödenecek olan tazminat tutarının 7 nci maddenin (a) paragrafında öngörülen 700 milyon avrodan fazla olduğu hallerde, biçimi ne olursa olsun, bu Sözleşmenin hükümlerinden inhiraf eden koşullar çerçevesinde herhangi bir tedbir uygulanabilir.

Madde 16

İdari Komite tarafından 1 inci maddenin (a) (ii), (a) (iii) ve (b) paragrafları uyarınca alınan kararlar Âkit Tarafları temsil eden üyelerin ortak mutabakatı ile kabul edilir.

Madde 16bis

Bu Sözleşme, bir Âkit Tarafın uluslararası kamu hukukunun genel kuralları çerçevesindeki hak ve yükümlülüklerini etkilemez.

Madde 17

a) Bu Sözleşmenin yorumlanması veya uygulaması ile ilgili olarak iki ya da daha fazla Âkit

Taraf arasında ihtilaf doğması durumunda, uyuşmazlığa düşen taraflar bu durumu uzlaşma ya da diğer dostane yollarla çözmek amacıyla birbirleriyle görüşmeler yapacaktır.

b) (a) paragrafında sözü edilen bir ihtilafın, mevcudiyetinin uyuşmazlığa düşen taraflardan herhangi biri tarafından kabul edildiği tarihten itibaren altı ay içerisinde çözümlenmemiş olması halinde, Âkit Taraflar ihtilaflı tarafların dostane bir çözüme ulaşmasına yardımcı olmak üzere bir araya gelecektir.

c) (b) paragrafında belirtilen toplantının ardından üç ay içerisinde ihtilafa bir çözüm bulunamaması halinde, ihtilaflı taraflardan herhangi birinin talebi üzerine, ihtilaf, 20 Aralık 1957 tarihli Nükleer Enerji Alanında Bir Güvenlik Kontrolü Oluşturulmasına İlişkin Sözleşme ile kurulan Avrupa Nükleer Enerji Mahkemesi'ne götürülecektir.

d) Deniz sınırlarının sınırlandırılmasına ilişkin ihtilaflar, bu Sözleşmenin kapsamı dışındadır.

Madde 18

a) Bu Sözleşmenin bir ya da birden fazla hükmüne ilişkin çekinceler, Sözleşmenin onaylanmasından, kabulünden, uygun bulunmasından veya Sözleşmeye katılımdan önce, veya 23 üncü madde uyarınca herhangi bir ülke ya da ülkelerle ilgili olarak yapılacak bildirimin yapıldığı tarihten önce konabilir; ve ancak şartlarının İmza Sahipleri tarafından açıkça kabul edilmesi halinde geçerli sayılır.

b) Çekincelerin bu şekilde kabulü, 24 üncü madde uyarınca Teşkilatın Genel Sekreteri tarafından kendisine bu çekincelerin bildirilmesini izleyen on iki ay içerisinde, bu Sözleşmeyi onaylamamış, kabul etmemiş veya uygun bulmamış olan bir İmza Sahibinden talep edilmeyecektir.

c) Bu madde uyarınca kabul edilen herhangi bir çekince, Teşkilatın Genel Sekreterine yapılacak yazılı bir bildirim ile herhangi bir zamanda geri alınabilir.

Madde 19

a) Bu Sözleşme onaya, kabule veya uygun bulmaya tabi olacaktır. Onay, kabul ya da uygun bulma belgeleri Teşkilatın Genel Sekreterine tevdi edilecektir.

b) Bu Sözleşme, onay, kabul, ya da uygun bulma belgelerinin en az beş İmza Sahibi tarafından tevdi edilmesiyle yürürlüğe girecektir. Bu tarihten sonra Sözleşmeyi onaylayan, kabul eden ya da uygun bulan her bir İmza Sahibi açısından, bu Sözleşme, kendisinin onay, kabul ya da uygun bulma belgesini tevdi etmesiyle yürürlüğe girecektir.

Madde 20

Bu Sözleşmede yapılacak değişiklikler, tüm Âkit Tarafların ortak mutabakatı ile kabul edilecektir. Bu değişiklikler, Âkit Tarafların üçte ikisinin onay, kabul, ya da uygun bulması ile yürürlüğe girer. Daha sonra onaylayan, kabul eden veya uygun bulan her bir Âkit Taraf için değişiklikler, söz konusu onay, kabul veya uygun bulma tarihi itibarı ile yürürlüğe girer.

Madde 21

a) Bu Sözleşmede İmza Sahibi olmayan Teşkilata Üye veya Ortak bir Hükümet, Teşkilatın Genel Sekreterine göndereceği bir bildirim ile Sözleşmeye katılabilir.

b) Bu Sözleşmede İmza Sahibi olmayan diğer bütün Hükümetler Teşkilatın Genel Sekreterine gönderecekleri bir bildirim ve bütün Âkit Tarafların onayı ile Sözleşmeye katılabilir. Katılım onay tarihinden itibaren hüküm ifade eder.

c) 7 inci maddenin (a) paragrafına bağlı olmaksızın, bu Sözleşmede İmza Sahibi olmayan bir Hükümetin 1 Ocak 1999 tarihinden sonra bu Sözleşmeye katılması halinde, bu Hükümet kendi mevzuatı çerçevesinde, herhangi bir nükleer hadisenin sebep olduğu nükleer zararlar ilgili olarak bir işletin sorumluluğunun, bu Sözleşmeyi değiştiren 12 Şubat 2004 tarihli Protokolün kabul tarihinden itibaren azami beş yıllık bir süre için, söz konusu bu süre içinde meydana gelen bir nükleer hadise bakımından 350 milyon avrodan daha az olmayan bir geçiş tutarı ile sınırlandırılabilmesini öngörebilir.

Madde 22

- a) Bu Sözleşme yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on yıl süreyle yürürlükte kalacaktır. Herhangi bir Âkit Taraf, on iki ay önceden Teşkilatın Genel Sekreterine bildirimde bulunarak, on yıllık sürenin sonunda bu Sözleşmenin kendisi bakımından uygulamasına son verebilir.
- b) Bu Sözleşme, on yıllık sürenin sonunda, bu maddenin (a) paragrafı uyarınca Sözleşmenin uygulanmasına son vermeyen Âkit Taraflar bakımından beş sene süreyle ve sonrasında beş yıllık takip eden süreler boyunca da on iki ay önceden Teşkilatın Genel Sekreterine bildirimde bulunarak bu beş yıllık sürelerden birinin sonunda Sözleşmenin uygulanmasına son vermeyen Âkit Taraflar için yürürlükte kalmaya devam eder.
- c) Âkit Taraflar, bu Sözleşmenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren her beş yıllık sürenin sonunda, bu Sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanan ve ortak menfaat teşkil eden tüm meseleleri görüşmek ve özellikle de bu Sözleşme kapsamındaki sorumluluk ve mali güvence tutarlarında artışlar istenip istenmediğini değerlendirmek üzere birbirleriyle görüş alışverişinde bulunacaktır.
- d) Bu Sözleşmenin yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıl veya bir Âkit Tarafın herhangi bir tarihteki talebi üzerine talep tarihinden itibaren altı ay içinde Teşkilatın Genel Sekreteri tarafından Sözleşmenin tekrar gözden geçirilmesini değerlendirmek üzere bir konferans düzenlenecektir.

Madde 23

- a) Bu Sözleşme Âkit Tarafların ana vatanlarına uygulanır.
- b) Herhangi bir İmza Sahibi ya da Âkit Taraf, bu Sözleşmenin imzalanması, onaylanması, kabulü veya uygun bulunması ya da Sözleşmeye katılım sırasında veya daha sonraki herhangi bir tarihte, Teşkilatın Genel Sekreterine, uluslararası ilişkilerinden sorumlu olduğu ülkeler de dâhil olmak üzere, bu maddenin (a) paragrafı uyarınca bu Sözleşmenin uygulanmadığı ve bildirimde adı geçen ülkeler için de bu Sözleşmenin uygulanacağını bildirebilir. Bahsi geçen ülke veya ülkelerle ilgili olarak yapılan bu tür tüm bildirimler, Teşkilatın Genel Sekreterine on iki ay önceden bildirimde bulunarak geri alınabilir.

c) Âkit bir Tarafın, uluslararası ilişkilerinden sorumlu olduğu ülkeler de dâhil olmak üzere, bu Sözleşmenin uygulanmadığı bütün ülkeleri, bu Sözleşme uyarınca Âkit Taraf Olmayan Devlet ülkesi olarak kabul edilir.

Madde 24

Teşkilatın Genel Sekreteri, teslim aldığı tüm onay, kabul, uygun bulma, katılım ya da çekilme belgelerini, 13 üncü maddenin (b) paragrafı ile 23 üncü madde uyarınca yapılan bildirimleri ve 1 inci maddenin (a) (i) ve (a) (iii) paragrafları ile (b) paragrafı uyarınca İdari Komitenin aldığı kararları, ve bu Sözleşmenin yürürlüğe giriş tarihini, Sözleşmede yapılan değişikliklerin metinlerini ve bu değişikliklerin yürürlüğe gireceği tarihi, ve 18 inci madde uyarınca yapılan çekinceleri, bütün İmza Sahiplerine ve Sözleşmeye katılan tüm Hükümetlere bildirecektir.

YUKARIDAKİ HUSUSLARI TASDİKEN, usulüne uygun olarak yetkilendirilmiş aşağıda imzası bulunan Tam Yetkili Kişiler bu Protokolü imzalamışlardır.

29 Temmuz 1960 tarihinde Paris'te AKDEDİLMİŞ olup; tek bir nüsha halinde İngilizce, Fransızca, Almanca, İspanyolca, İtalyanca ve Hollandaca dillerindeki onaylı suretleri bütün imzalayanlara dağıtılmak üzere Avrupa Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatının Genel Sekreterine tevdi edilecektir.

KAYNAKÇA

- AYDOĞDU, Murat, *Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin ve Nükleer Madde Taşıyanın Hukuki Sorumluluğu*, 1. Bası, Adalet Yayınları, Ankara, 2009.
- BUSEKIST, Otto von, “A Bridge Between Two Conventions on Civil Liability for Nuclear Damage - the Joint Protocol Relating to the Application of the Vienna Convention and the Paris Convention”, *Nuclear Law Bulletin*, Cilt: 43, 1989, s. 10-39.
- GÜNEYSU, Gülin, “Nükleer Reaktörlerin Yol Açtığı Zararlardan Doğan Hukukî Sorumluluk”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 41 S: 1, 1990, s. 207-223.
- DUSSART DESART, Roland, “The Reform of the Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy and of the Brussels Supplementary Convention – An Overview of the Main Features of the Modernisation of Two Conventions”, *International Nuclear Law in the Post-Chernobyl Period (A Joint Report by the Organization of Economic Cooperation and Development and International Atomic Energy Agency)*, 2006, s. 215-241.
- McRAE, Ben, “The Compensation Convention: Path to a Global Regime for Dealing with Legal Liability and Compensation for Nuclear Damage”, *Nuclear Law Bulletin*, Cilt: 61, 1998, s. 25-38.
- PELZER, Norbert, “Main Features of the Revised International Regime Governing Nuclear Liability – Progress and Standstill”, *International Nuclear Law: History, Evolution and Outlook*, Organization of Economic Cooperation and Development, Paris 2010, s. 355-386.
- SAYGIN, Hasan, “Büyük Nükleer Kazalar ve Nükleer Enerji Teknolojisinin Evriminde Doğurdıkları Sonuçlar”, *Nükleer Enerjiye Geçişte Türkiye Modeli, Ekonomi ve Dış Politika Araştırma Merkezi*, 1. Baskı, İstanbul, Ekim 2011, s. 52-81.
- SCHWARTZ, Julia A., “International Nuclear Third Party Liability Law: The Response to Chernobyl”, *International Nuclear Law in the Post-Chernobyl Period (A Joint Report by the Organization of Economic Cooperation and Development and International Atomic Energy Agency)*, 2006, s. 37-72.
- SCHWARTZ, Julia A., “Liability and Compensation for Third Party Damage Resulting From a Nuclear Incident”, *International Nuclear Law: History, Evolution and Outlook*, Organization of Economic Cooperation and Development, Paris 2010, s. 307-354.
- WOOD, William C., “Nuclear Liability After Three Mile Island”, *The Journal of Risk and Insurance*, Cilt: 48, Sayı: 3, Eylül 1981, s. 450-464.

SÖZLEŞMELERDE AMAÇ VE GENEL AHLAKA AYKIRILIK DEĞERLENDİRMESİ

An Analysis on Purpose and Immorality in Contracts

Derya ATEŞ*
Gölin SÜLEYMANLAR**

ÖZET

Bu çalışma, sözleşme amacının genel ahlak kuralları denetimine tabi tutulması yönünden bir değerlendirmeyi içermektedir. Değerlendirme Türk ve İsviçre Hukukları yönünden doktrin ve yargı kararları esas alınarak genişletilmiş olup öncelikle sözleşme özgürlüğüne bağlı olarak Türk Borçlar Kanunu m. 26 ve m. 27 hükümleri ile “sözleşmenin içeriği” kavramı detaylandırılmaktadır. Çalışmada geniş anlamda sözleşme içeriğine dahil olan sözleşmenin amacı ve sınırları da özel olarak ortaya konulmaktadır. Zira bilhassa taraflara ait saik ve sözleşmenin sebebi (*causa*) yönünden sözleşmenin amacı ile var olan farkların ortaya konulması önem taşımaktadır. Belirlenen amaç doğrultusunda sözleşmelerde genel ahlaka aykırılık denetimi yapacak olan hâkimin hangi esasları incelemesi gerektiği özel olarak vurgulandıktan sonra sözleşmenin doğrudan ve dolaylı amacı kavramları açıklanmakta ve amacı genel ahlâka aykırı sözleşmeler ile genel ahlâka aykırı amaçla düzenlenen soyut borç ikrarları bakımından denetimin kapsamı belirlenmektedir. Amacı genel ahlâka aykırı sözleşmeler yönünden denetimin kapsamı incelenirken borçlandırıcı işlemler ve tasarruf işlemleri arasındaki ayrım da işaret edilmektedir. Soyut borç ikrarları yönünden ise Türk Borçlar Kanunu m. 81 hükmü çerçevesinde bir değerlendirmeye de yer verilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Ahlaka aykırılık, sözleşmenin içeriği, sözleşmenin amacı, sözleşmenin sebebi, soyut borç ikrarı

Makalenin Geliş Tarihi: 09.12.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 12.12.2022.

* Doç. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: deryaates@hacettepe.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7895-9906.

** Arş. Gör., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: gulinsuleymanlar@hacettepe.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7295-5223.

ABSTRACT

This study includes an evaluation about applying the morality control on the purpose of the contract. The evaluation is expanded on the basis of doctrinal and judicial decisions under Turkish Law and Swiss Law. Articles 26 and 27 of the Turkish Code of Obligations (“TCO”) and the concept of “content of the contract” are primarily elaborated based on freedom of contract. In the study, the purpose of the contract included in the content of the contract in a broad sense and the limits of the contract are also specifically put forth, especially because it is of importance to reveal the differences of the parties’ motives and the cause of the contract from the purpose of the contract. After specifically emphasizing the principles to be observed by the judge, the concepts of direct and indirect purpose of the contract are explained, and the scope of the morality control is determined. While examining the scope of the control regarding the contracts, the purpose of which is contrary to morality, the distinction between obligatory transactions and dispositive transactions is also pointed out. In terms of abstract debt acknowledgments, an evaluation within the framework of Article 81 of the TCO is also included.

Keywords: Immorality, content of contract, purpose of contract, cause of contract, abstract acknowledgement of debt

GİRİŞ

Her ne kadar iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklaması, bir sözleşme ilişkisini kurmaya yetse de ilişkinin hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi, geçerlilik şartlarına sahip olup olmamasına bağlıdır. Zira hukuki ilişkiler içinde borcun varlığı tek başına öneri ve kabulün bulunmasını değil aynı zamanda o hukuki ilişkinin geçerlilik şartlarına da sahip olmasını gerektirir. Bu geçerlilik şartları tarafların ehliyetleri, geçerlilik şekli, irade ve beyan arasındaki uyumun varlığı ile sözleşmenin içeriğinin imkânsız, hukuka veya *genel ahlâk kurallarına aykırı olmamasıdır*. O halde muhataba ulaşan, sözleşmenin tüm esaslı noktalarını, sebebini, bağlı kalmak niyetini içeren bir *öneri* ve süresinde verilen uygun bir *kabul* ile taraflar arasında sözleşme ilişkisi kurulabilecektir. Peki ama kurulan bu sözleşme ilişkisi içinde bilhassa genel ahlâk kuralları yönünden yapılacak olan geçerlilik denetimi sözleşmeye ait hangi unsurları kapsamalıdır?

Düzenleme özgürlüğünün sınırını ortaya koyan TBK m.26 hükmü “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.*” şeklinde yeniden metne alınmış böylece hem 818 sayılı Önceki Borçlar Kanunu metninde hem de mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu’nun Fransızca metninde yer alan önemli bir kavram karışıklığına da son vermiştir. Zira her ne kadar bu iki kanun metninde de “*sözleşmeye ait konudan (akdin mevzuundan)*” (*objet d’un contrat*) bahsedilse de aslında ifade edilmek istenen çok daha kapsamlı olarak tarafların açık ya da örtülü iradeleri ile üzerinde uyuştukları tüm hükümler yani “*sözleşmelerin içeriği kavramıdır*” (*contenu d’un contrat*). Çünkü, konu (*objet*), sadece sözleşmenin ne ile ilgili olduğunu ve kapsamında borç olarak ortaya konulan edimleri belirlerken; içerik (*contenu*) böyle bir sınırlamadan çok daha geniş bir kavramı ifade eder¹.

Genel anlamı ile tarafların, üzerinde anlaştıkları sözleşme hükümlerini ifade eden sözleşmenin içeriği (*contenu d’un contrat*) doktrinde iki farklı anlamda kullanılır. *Dar anlamıyla sözleşmenin içeriği*, bir sözleşme ilişkisi içinde geçerli olan normlar bütünüdür ki²; bunlar

¹ İsviçre hukuku yönünden bu karışıklığın sebebi ise İsviçre Borçlar Kanunu m.20’nin Almanca ve Fransızca metinleri arasındaki terim farklılıklarıdır. Gerçekten de İsviçre Borçlar Kanunu’nun Almanca metninde yer alan “*der Inhalt*” kelimesi tam anlamıyla sözleşmenin içeriğini (*contenu*) ifade etmekte buna karşılık; Fransızca metindeki “*objet*” ve İtalyanca metindeki “*l’oggetto*” kelimeleri ise “*konu*”yu açıklamaktadır. Ancak İsviçre hukukunda da kavramın sözleşmenin içeriğini ifade ettiği ve Almanca metninde yer alan terimin doğru ifade olduğu kabul edilmektedir. Jean Baptiste Zufferey-Werro, *Le Contrat Contraire aux Bonnes Mœurs* (Fribourg: Editions Universitaires de Fribourg, 1988), 216.

² Bu normlar her sözleşme türüne ait tarafların karşılıklı hak ve borçlarını gösteren normlardır. Bu anlamda dar anlamıyla sözleşmenin içeriği için sözleşmenin teknik almanda içeriği ifadesi kullanılmaktadır. Veysel Başpınar, *Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı* (Ankara: Banka ve Ticaret Enstitüsü Yayınları, 1998), 58 vd; Hüseyin Hatemi, *Hukuka ve Ahlakı Aykırılık Kavramı ve Sonuçları* (Özellikle BK65 Kuralı), (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976), 12 vd. Funk sözleşmenin içeriğini şu ifadelerle açıklamaktadır: “*Sözleşmenin içeriği; bir edimi tamamlama borcudur. Olumlu (yapma veya verme) veya olumsuz (çekinme veya katlanma) şekilde olabilir. Nakdi bir değere sahip olması veya alacaklının ekonomik bir menfaatini karşılaması şart değildir. Bununla birlikte korumaya değer bir menfaati temel alması gerekir*” Fritz Funk, *Commentaire du code federal des obligations: Art. 1 à 530*, Traduction

sözleşmenin türüne göre tarafların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini ifade eder. Başka bir deyişle tarafların karşılıklı taahhütlerinin neyle ilgili olduğunu ve neye dayandığını açıklar. Her sözleşme tipine ait farklı olan, karşılıklı haklar ve borçlar, bunların kısmen görüntüsünü oluşturan edimler, sözleşme ile doğrudan ulaşılmak istenen amaç gibi. *Geniş anlamda sözleşmenin içeriği ise*³, bir sözleşme ilişkisi içinde tarafların kararlaştırdıkları her şeyi içine alır. Bu şekliyle, tarafların karşılıklı hak ve yükümlülükleri, edimleri, doğrudan ulaşmak istedikleri amaçlar yanında sözleşme ilişkisi ile ulaşmaları mümkün olup, her ikisininde ortak olarak istedikleri dolaylı ortak amaçlar (takip edilen amaç) da içerik kavramına dahildir. İşte Borçlar Kanunu m.26 ve m.27 kapsamında ifade edilen sözleşmenin içeriği kavramı da bu anlamda yani, sözleşme ilişkisi içinde tarafların açık ya da örtülü olarak üzerinde anlaştıkları bütün hususları kapsayacak şekilde yorumlanmalıdır⁴. Özellikle inceleme konumuz olan genel ahlâk kuralları düşünüldüğünde, kavramın bütün olarak korunması ve bu nedenle sadece edimlerin değil sözleşmeye ait tüm unsurların incelenmesi gerektiği çok açıktır.⁵ Buna göre sadece sözleşmenin

française par Max E. Porret et Gustave Perregaux, (Neuchâtel: Delachaux & Niestlé, 1930), 17. Ayrıca bkz. Maurice Aubert, La répétition des prestations illicites au immorales en droit Français et dans la jurisprudence belge, (Lausanne: Jaunin, 1954), 12; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (Ankara: Yetkin, 2021), 357; Başpınar, 58-59.

³ Peter Gauch, Walter R. Schlupe ve Pierre Tercier, *Partie générale du droit des obligations*, (Zurich: Schulthess Verlag, 1982), 72; Albert Schneider ve Heinrich Fick, *Commentaire du Code Fédéral des Obligations du 30 Mars 1911*, (Neuchâtel: Delachaux & Niestlé S.A, 1915), 60. Ayrıca bkz. Zufferey-Werro, 220 vd; Eren, 357-358. Geniş anlamda içerik, sözleşmenin teknik olmayan anlamda içeriği olarak da ifade edilmektedir. Başpınar, 59-60.

⁴ Oliver Guillod, Steffen Gabrielle, *Des Obligations Resultant d'un Contrat*, Art.19-20, *Commentaire Romand, Code des Obligations I*, (Genève/Bale/Munich: Helbing&Lichtenhahn, 2003), 133; Gauch, Schlupe ve Tercier, 72; Schneider ve Fick, 60; Andreas Bucher, *Personnes Physiques et Protection de la Personnalité*, (Bale: Helbing et Lichtenhahn, 1995), 121; Alain Thévenaz, *La protection contre soi même, Etude de l'article 27 alinéa 2 CC*, (Berne: Stempfli Editions SA, 1997), 115; Zufferey-Werro, 220; Pierre, Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, (Berne: Staempfli, 1997), 267; Eren, 357-358; Başpınar, 60.

⁵ *E.Bucher'in* görüşüne göre; sözleşmenin içeriğini oluşturan öğeler, eşmerkezli daireler içinde düzenlenmektedirler: merkezden uzaklaştıkça kararlaştırılan unsurlar hala sözleşmeye dahil olmaklabirlikte artık direk olarak, sözleşmenin konusundan doğmazlar. Bu eşmerkezli çemberler takip edildiğinde, yazara

bütününün değil, aynı zamanda ilişkiye konu edimin, diğer ifa unsurlarının (modalitelerinin), taraflara ait doğrudan ve dolaylı ortak amaçların da mutlaka genel ahlâk kurallarına uygun olmaları gerekir.

O halde hem sözleşme ilişkisi yani taraflar arasında mevcut olan hukuki bağ hem de bu bağdan doğan hak ve yükümlülükler, bütün olarak genel ahlâk kuralları denetimine tabidir. Ancak kanaatimizce şu hususu da gözden kaçırmamak gerekir. Bir sözleşme ilişkisi içinde, tarafların mutlaka üzerinde anlaşmaları gereken objektif ve sübjektif esaslı noktalar dışında, taraflara ait bazı hak ve yükümlülükler de bulunmakta ve bunlar içeriğe dahil edimlere konu olmaktadır. Bu hak ve yükümlülükler sözleşme ilişkisi içinde esaslı ya da yan nokta olabilecekleri gibi, ayrıca kanun hükümlerinden ya da dürüstlük kurallarından da doğabilirler. Buna göre sözleşme ilişkisi içinde taraflara ait olan *asli haklar (alacak hakları)*, *fer'i haklar ve tali haklar* ile yine sözleşmeden doğan *edim yükümleri ile yan yükümler* hem dar hemde geniş anlamda sözleşme içeriğine dahildirler. Dolayısıyla her zaman genel ahlâk kuralları tarafından denetlenirler. İşte bu noktada unutmamak gerekir ki söz konusu hakların ve yükümlülüklerin *kullanım sınırını* oluşturan TBK m.26 hükmü ile genel ahlâk kuralları değil, TMK m.2 hükmü gereği dürüstlük kurallarıdır. Bunun içindir ki *sadece yazılı veya sözlü irade açıklamalarının ifade tarzındaki dürüstlüğü aykırılık, sözleşmenin içeriğini genel ahlâka aykırı kılmaz*. Yeter ki irade açıklamalarının anlamından doğan bağlayıcı sonuçlar genel ahlâka aykırı olmasın! Çünkü bir sözleşmenin TBK m.26 ile m.27 anlamında genel ahlâka aykırı olup olmadığı ancak sözleşmenin içeriğine göre belirlenir ve bu içeriği sözleşmenin doğurduğu sonuçlar yani yüklenilen borçlar, kararlaştırılan sözleşme şartları ve yapılan tasarruflar oluşturur. Buna karşılık örneğin, edimler arasındaki oransızlığın hangi şartlarda dikkate alınacağı gibi hususlar (TBK m.28) zaten kanun koyucu tarafından düzenlenmektedir Bu denetim içinde, hiçbir zaman gözden kaçırılması

göre, genel ahlâk kurallarını ihlal edebilecek sözleşme unsurları şu şekilde ayrılabilir. *Asli hükümler (clauses principales)*, sözleşmenin merkezini oluştururlar ve sözleşmenin niteliği, özelliği ve ifa modalitelerine göre tarafların edimlerini belirlerler. *Tali hükümler (clauses accessoires)*, farklı ihtimalleri, özel olarak sözleşmenin öngörüldüğü gibi gitmemesi hallerini düzenlerler. (Risklerin karşılanması, ifa edilmeme durumundaki yaptırım veya uyuşmazlık durumundaki usul gibi.) *Şarta bağlı hükümler (clauses conditionnelles)*, bunlar ise kararlaştırılan edimlerdeki istenmeyen durumlara göre değişen şartları ifade ederler. Zufferey-Werro, 216-217.

gereken husus ise, İsviçre Federal Mahkemesinin kararlarında belirttiği gibi, *TBK m.26 ile m.27 hükümlerinin, hakimi medenî hakları kullanma ehliyeti olanların vasisi durumuna getirmeyeceğidir*⁶.

I. SÖZLEŞMELERDE GENEL AHLÂKA AYKIRILIĞIN BELİRLENMESİ

Doğaldır ki, bir sözleşme ilişkisi içinde, genel ahlâk kurallarına aykırılığı belirleyecek olan kişi *hakimdir*. Hâkimin bu denetim sırasında esas alacağı ahlâk kurallarıysa, bireylere ait sübjektif ahlâk anlayışları değil, topluma ait objektif yani “*genel ahlâk kurallarıdır*”. Bu kurallar belli bir yerde ve zamanda o topluma ait sosyolojik kurallar ile ahlâk kurallarından temel alan ve kamusal vicdanda benimsenen; dürüst, namuslu, makul insanlara ait “*asgari, sosyalve hukuki ahlâk kurallarının*” ifadesidir⁷. Bu denetim sırasında hâkim öncelikle çerçeve hükmün koruduğu hukuki değerlerle kavramın içeriğini doldurmalı yani *somutlaştırmalı*; ardından sözleşme ilişkisi içinde genel ahlâk kurallarının ihlaledilip edilmediğini incelemelidir.

Ancak hâkim tarafından bu araştırma, bilhassa aynı toplum içindeki küçük gruplara ait özel ahlâk anlayışları ortaya çıktığında biraz daha dikkatli yapılmalıdır. Özellikle *meslek ahlâkı kuralları* yönünden durum böyledir. Örneğin, bütün doktorların, avukatların ya da akademisyenlerin uymaları gereken ahlaki değerler o toplumun geneline ait olanlardan daha çok özen gerektiren, ağır ve katı kurallar olabilir. Elbette ki bu durumdan, bir toplum yapısı içindeki her gruba ait, ayrı ve bağımsız ahlâk kurallarının bulunacağı sonucuna ulaşamaz. Zira meslek ahlâkı kuralları o toplum içinde aynı meslek grubuna dahil olan bütün bireylerin ortak olarak uymaları gereken ve bu yönüyle yine *objektif* bir özellik taşıyan kurallardır. Buna karşılık, aynı toplum içinde farklı amaçlarla bir araya gelmiş, örneğin, çetelerin, mafya örgütlerinin ya da bir arkadaş grubu içindeki gençlerin kendi aralarında uydukları ve sürdürdükleri davranış

⁶ ATF 84/1958 II 13= JdT 1958 I 263 (275); Zufferey-Werro, 161. Buna karşılık sözleşme taraflarından biri, sözleşme ilişkisini kuran birbirine uygun irade açıklamalarıyla ya da önceden hazırlanmış sözleşme metni ile aldatıldığı düşüncesinde ise; iki seçeneği vardır. Ya sözleşmeyi olduğu gibi ve dürüstlük kurallarına göre yorumlanacak şekilde bırakacak ya da irade bozukluğundan dolayı sözleşmenin iptalini isteyecektir.

⁷ Bu konuda bkz. Derya Ateş, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, (Ankara: Turhan, 2007), 83 vd.

kurallarının “genel ahlâk kuralları” seviyesinde değerlendirilmesi şüphesiz ki düşünülemez. Burada fark, meslek ahlâkı kuralları yönünden, o mesleğin devamı, saygınlığı ve toplumun her kesiminde aynı standartlarda hizmet sunulması bakımından objektif ve genel ahlâk anlayışlarının ortaya konulmasından doğar.

Öte yandan hâkim, önüne gelen somut bir meselede, aslında ahlaki biranlayışın ihlal edildiğini tespit etmiş olsa da eğer bu yönde bir pozitif hukuk kuralı varsa TBK m.27 hükmünden önce bu özel kuralı ve ona bağlanan yaptırımı uygulamak zorundadır. Örneğin irade sakatlığı hallerinde durum böyledir. Çünkü bu noktada artık, ahlaki bir temele dayalı yazılı hukuk kuralı bulunmaktadır ve bu kuralın da kendisine ait yaptırımları vardır⁸.

Hâkim açısından önemli olan bir diğer husus da *tarafların ihlal ettikleri değerlerin “genel ahlâk kurallarının ihlali” olduğunu bilmeleri gerekmeyeceğidir*. Bir başka ifadeyle “borç doğuran eylemin genel ahlâka aykırılığını tarafların bilmemeleri veya kültürel ve sosyal yaşantıları itibarıyla bunun genel ahlâka aykırılığını takdir olanağından yoksun bulunmaları, halkın dürüst ve makul düşünen çoğunluğu tarafından genel ahlâka aykırılığı kabul edilen işlemin nitelik ve etkinliğini değiştirmez”⁹. Bu durumun sebebi ise, genel ahlâk kurallarının sözleşme ilişkisi içindeki tarafları değil; genel yani kamusal menfaatleri korumak amacına sahip olmasıdır¹⁰.

Öte yandan bir sözleşmenin genel ahlâka aykırılık sebebiyle geçersiz olabilmesi için, *her iki tarafın da genel ahlâka aykırı amacı taşıması veya en azındandiger tarafın bu amacı bilmesi ve amacı gerçekleştirmeye teşvik etmesi ya da normalin üstünde bir çıkar sağlaması* gerekir. Bir başka ifadeyle, taraflardan biri aykırılığı bilmiyorsa ya da bilmesi gerekmiyorsa, sözleşme genel ahlâka aykırılık için öngörülen yaptırıma bağlı tutulamaz¹¹.

⁸ Bu konuda bkz. Hatemi, 173-174.

⁹ Y. 11 HD, E. 4834, K.7191, 8.12.1975. (www.lexpera.com.tr) Ayrıca pozitif hukukun atıf yaptığı ahlak kurallarının yazılı olmayan hukuk kuralları niteliğinde olması ve bunların tespitinin bir hukuk sorunu olması, bu nedenle tıpkı hukuka aykırılık gibi genel ahlâka aykırılık bilincinin de aranmaması hakkında bkz. Hatemi, 172.

¹⁰ Pierre Tercier, Le droits des obligations, (Genève, Zurich, Baie: Schlthess, 2004), 144.

¹¹ August Simonius, Quelques Remarques sur la Cause des Obligations en droit Suisse, Etudes de Droit Civil a la Mémoire De Henri Capitant, (Paris: 1977), 766.

Kanaatimizce hâkim için önemli olan bir diğer mesele de sözleşmenin geçerliliği araştırılırken *hangi andaki genel ahlâk kurallarının esas alınacağı* meselesidir. Özellikle toplumsal hayata bağlı olarak hem korunan değerlerin hem de bizzat genel ahlâk kavramının değişkenliği göz önünde bulundurulduğunda sorunun yanıtı ayrıca önem kazanır. Acaba hâkim sözleşmenin kurulduğu an mı, borcun doğduğu an mı, yoksa taraflardan birinin sözleşmenin geçersizliğini ileri sürdüğü anımı dikkate almalıdır?

Bu konudaki *klasik teoriye* göre, hâkim somut olayın genel ahlâk kurallarına aykırı olup olmadığı yönündeki değerlendirmesini, *sözleşmenin kurulduğu andaki şartlara göre* yapmalıdır¹². Dolayısıyla hâkimin takdir yetkisini kullanırken genel ahlâk kavramını somutlaştıracağı an sözleşmenin yapıldığı andır. Bununla birlikte, eğer sonuçları ertelenmiş bir hukuki ilişki söz konusu ise, bu durumda elbette ki hâkim tarafından sonuçların doğduğu tarih dikkate alınmalıdır¹³. Aslında bu görüşün temeli, genel ahlâka aykırı sözleşmelerin yaptırımlarının butlan olması fikrinden alır. Bu sebeple sözleşmenin kurulduğu andan itibaren batıl olmasına paralel olarak genel ahlâka aykırılık da aynı an esas alınarak değerlendirilmektedir. Buna karşılık bilhassa kişilik hakları yönünden (TMK m.23/II) genel ahlâka aykırılığın butlan değil, zarar gören kişi lehine iptal hakkı doğurduğunu düşünen *E.Bucher'e* göreyse, hakim *hakları ihlal edilen kişinin korumaya başvurduğu an* üzerinden değerlendirmesini yapmalıdır¹⁴. Ancak TMK m.23'e bağlı genel ahlâka aykırılık halleri,

Ayrıca bkz. Tunçomağ, Kemal, Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, (İstanbul: Sermet, 1976), 254; Hatemi, 83 ve 126; Selahattin Sulhi, Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altıtop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (İstanbul: Filiz, 1993), 400; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, (İstanbul: Vedat, 2018), 86; Eren, 366; Ateş, 238 vd.

¹² Thévenaz, 99, Pedamon, 84. Ayrıca Y.13 HD, E.2001/742, K.2001/1516, 15.2.2001, kararında da açıkça “sözleşmenin yapıldığı tarihin esas alınacağı belirtilmektedir”. (www.lexpera.com.tr) Yine bu konuda bkz. ATF 84 II 628 = JdT 1959 I 362, Uygur, 1003.

¹³ Michel Pédamon, Le contrat en droit allemand, (Paris: LGDJ, 2004), 84. Örneğin belli bir vadeye bağlanan sözleşmeler kurulduklarında genel ahlâka aykırılık taşımamalarına rağmen, borç muaccel olduğunda bu niteliği kazanmışlar ise, bu durumda sözleşmenin yine genel ahlâka aykırılık sebebiyle batıl olması gereklidir.

¹⁴ Bu konuda bkz. Henri Deschenaux ve Paul-Henri Steinauer, Personnes Physiques et tutelle, (Berne: Stampfli, 2001), 92; Pierre Tercier, La clause rebus sic

TBK m.27 anlamından sözleşmenin içerik sakatlığı sebeplerindendir ve bu anlamda sözleşmenin genel ahlâka aykırılığından farklı değildir. Farklılık kendisini sadece, TBK m.27’de var olan genel ahlâka aykırılığın hâkim tarafından re’sen dikkate alınabilmesinde, buna karşılık TMK m.23 hükmüne göre kişilik haklarının genel ahlâka aykırılığındaysa ancak bunu iddia eden tarafın var olan hukuki işlemin geçersizliğini ileri sürmesi ile mümkün olmasında gösterir¹⁵. Bu durumda hâkimin korumanın talep edildiği andaki şartları ve genel ahlâk kurallarını değerlendirmesi ise zaten kaçınılmaz bir sonuçtur. Tıpkı özgürlüklerin aşırı ihlallerinde olduğu gibi. Dolayısıyla şunu da özel olarak vurgulamak gerekir ki bir sözleşme ilişkisinde genel ahlâka aykırılık çalışmamızın konusu oluşturan sözleşmenin amacı dışında edimler yönünden ve borçlunun özgürlüklerinin aşırı ihlali sebebiyle bizzat sözleşme ilişkisinin kurulması yönünden de doğabilir¹⁶.

stantibus en droit suisse des obligations, JdT, I, (1979) 205, Thévenaz, 99 vd.

¹⁵ Thévenaz bu konuda şu gerekçelendirmeyi yapmaktadır: “yasal düzen ya da genel ahlâk kuralları içindeki bir değişim, sadece Tatbikat Kanunu m.2’nin uygulanması ile dikkate alınabilir yoksa İsviçre’de kabul edilmeyen ve bir taahhüdün doğumundan sonraki eksiklikle butlanı sağlayacak teori ile dikkate alınamaz. Tatbikat Kanunu m.2/1 hükmüne göre, kanunların geriye yürümemeleri kuralının istisnası olarak genel ahlâk ve kamu düzeni menfaatlerini düzenleyen kurallar belirtilmektedir. Bu istisnalar dışında kanunlar yürürlüğe girdikleri andan itibaren uygulanırlar. Bu durum göstermektedir ki bir kimsenin kişilik haklarına aykırı rızasının geçerliliği, kamu düzeni ve genel ahlâk kuralları bakımından *korumaya başvurulduğu anda geçerli bütün kanunlara göre yapılmalıdır*, bu durum sebep olan hukuki işlemten sonra yürürlüğe girenleri de kapsar. Bu bakış açısıyla, kişiliği koruyan hükümler, madem ki, etik alandaki temel anlayışların ifadesidir, bizce *her zaman kamu düzeni ve genel ahlâk tarafından düzenlenmektedirler*. Sonuç olarak düzenlemenin aracılığıyla, CC.m.27/2 hükmüne göre hukuki işlemin geçerliliğini belirleyecek olan, korumanın ileri sürüldüğü anda varolan hukuki ve ahlaki durumdur yoksa sebep olan taahhüdün alındığı andaki değildir.” Thévenaz, 100-101.

¹⁶ Bu ayırım Türk, İsviçre ve Alman doktrinde her yazara göre farklılaşabilmektedir. Örneğin, Alman Hukukunda ayırım genel olarak iki başlık altında toplanır: Malvarlığı alanındaki ihlaller ile Malvarlığı dışındaki ihlaller. Malvarlığı alanındaki ihlaller; ekonomik özgürlüğün ihlali, ekonomik gücün kötüye kullanımı, edim ve karşı edim arasındaki dengesizlik, üçüncü kişiye zarar verici sözleşmeler ile genel ahlâka aykırı amacı bulunan sözleşmeler; malvarlığı alanı dışındakiler ise kişilik haklarının ihlali, cinsel ahlâka aykırılıklar ve deontolojiye aykırılıklardan oluşur. Claude Witz, Droit

II. SÖZLEŞMENİN AMACININ GENEL AHLÂKA AYKIRI OLMASI

A. Sözleşmenin Doğrudan ve Dolaylı Amacı Kavramları

Bir sözleşmenin *amacı*, “tarafalara o sözleşme ilişkisini kurma kararı verdiren niyet” şeklinde tanımlanabilir¹⁷. Ancak bu kararı sağlayan ve taraf iradelerine yansiyarak sözleşme ilişkisini kurmalarına neden olan amaç, sadece ilişkinin geçerli olarak kurulabilmesi için üzerinde anlaşmaları şart ve doğal olanı değil; aynı zamanda, her iki tarafın da istediği ve sözleşmenin sonucunda ulaşmaları mümkün olan başka hedefleri de işaret edebilir.

Bu nedenle, sözleşmenin amacı ile ifade edilmek istenilen ilk olarak, tarafların söz konusu hukuki ilişkiyi kurarak direk ulaşmak istedikleri amaçtır ki buna *doğrudan amaç veya vasıtasız amaç da (but immédiate)* denir. Aslında doğrudan amaç, tarafların taahhütlerinin tamamen ifası sonucunda ortaya çıkacak hukuki ya da fiili duruma ait düşüncelerini içeren objektif bir amaçtır¹⁸. Bunun içindir ki, sözleşmenin doğrudan amacı, Türk ve İsviçre hukuku bakımından, tarafların bu amaçlarına vasıta olan

Prive allemand, 1 Acte Juridiques, droit subjectif, (Paris: Litec, 1992), 220-237; Frédérique Ferrand, Droit Prive allemand, (Paris: Dalloz, 1997), 250-255. Ayrıca sözleşmenin içeriği, sebebi ve amacı yönünden yapılan üçlülük ayrımı için bkz. Pédamon, 83 vd. İsviçre hukukunda ise Engel’e göre, sözleşmenin kurulması, edimi ya da sonucu genel ahlâka aykırı olabilir. Engel, 291 vd; Tercier’e göre, sözleşmeye konu edim, ticari dürüstlük kurallarına aykırılık ve yabancı hukuka aykırılığa göre bu ihtimallerle sıralanır. Tercier, 144. Zufferey-Werro ise ayrımı sözleşmeye konu edim, amaç ve kararlaştırılan taahhüde göre üçe ayırarak incelemektedir. Zufferey-Werro, 215-245. Buna karşılık Türk hukukunda bir ayırıma göre, bizzat sözleşmenin yapılması, edim ve sözleşmenin amacı genel ahlâka aykırı olabilir. Eren, 364 vd.; bir diğerine göre, sözleşmeye konu edim, ifa modaliteleri, sözleşmenin amacı ve sözleşmenin yapılması genel ahlâka aykırıdır. Başpınar, 137 vd. Sözleşmeye konu edimler ile taahhütler yönünden genel ahlâka aykırılık için bkz. Ateş, 204-220 ve 238-271.

¹⁷ Charles F. Reichard, Etudes sur les contrats immoraux, (Lausanne: thèse, 1914), 58.

¹⁸ Zufferey-Werro, 223. ATF 20/1904, 610. Bu yönüyle, tarafların üzerinde anlaştıkları sözleşmenin “vasıtasız sonucu” (*résultat immédiat*) ile aynı anlamı ifade eder.

sözleşmeye konu *sebebe (causa)* de işaret eder¹⁹. Çünkü her sözleşme ilişkisi içinde, taraf iradeleri mutlaka belirli bir hukuki sonuca yönelmiştir ve sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için, iradelerinin hem sözleşmenin esaslı unsurları hem de bu ortak amaç üzerinde birbirine uygun olması gerekir²⁰. Bu anlamda, kazandırma ile doğrudan doğruya

¹⁹ Her ne kadar Pandekt hukuku etkisiyle sözleşmenin doğrudan amacı (but immédiate), sözleşmenin sebebi ile eş anlamlı gibi kullanılsa da bu etki aslında sözleşme sebebinin kendisini, tarafların doğrudan amaçlarına ulaşmadaki bir araç olarak ortaya koymasından kaynaklanır. Söz konusu amaç, taraf iradelerine hukuki ilişkilerdeki güvenliğe uygun bir saygı sınırı çizerek hem alacaklının hem de borçlunun irade özgürlükleriyle uyum içinde olmalıdır. Gerek Roma Hukukundan gerekse Pandekt hukukundan gelen amaç sınırları İsviçre hukukunda “güven teorisi” ile kaldırılmaktadır. Bu konuda ayrıca bkz. Simonius, 753 vd. Yazar ayrıca, İsviçre hukukunda sebep kavramının teknik bir terim olmadığını sadece tarihsel sebeplerden kaynaklandığını bu nedenle de hukuk sistemindeki sebebe bağlılığın da yine teknik olduğunu ifade etmektedir. Bu anlamda aslında sebep kavramının amacında, tarafların iradelerini üstün tutmak ve genel ahlâk kuralları gibi diğer üst hukuk değerlerinin kullanması da vardır. Öte yandan, kavramın Türk ve İsviçre hukuklarında, Fransız hukukundan farklı kullanıldığını tekrar belirlemek gerekir. Zira Fransız hukukunda sebep iki farklı anlamda ve amaçta kullanılır. Bunlar borcun konusunu (*objet*) ifade eden: *Objektif Sebebe (Cause Objective-Cause Abstraite)*, ile sözleşmenin amacını (*but-raison*) ifade eden: *Sübjektif Sebebe (Cause Subjective-Cause Concrète)* kavramlarıdır. Buna göre Fransız hukukunda borcun sebebi (cause objective), bir sözleşmenin soyut nedenini ifade eder ki bu her sözleşme tipi için aynı olan ve yokluğu sözleşmenin kurulmasına engel olan sebeptir. Buna karşılık sözleşmenin sebebi (cause subjective) kavramı ise, içtihat ve doktrinde baskın olarak ele alındığı haliyle şu şekilde tanımlanabilir: “Tarafların sözleşme ilişkisi içinde beraber ulaşmak istedikleri ya da bir tarafın sözleşmenin kurulması sırasında içeriğine veya sonucuna dahil ettiği amaçtır” Catherine Guelfucci-Thibierge, *L’indépendance entre nullité et responsabilité*, (Paris: LGDJ, 1992), 247; Christine Souchon, *Objet, Cause et Lésion du Contrat*, France, Harmonisation du droit des affaires dans les pays du marché communs, sous direction renie Rodière, (Paris: 1980, 42 vd. Alman hukukunda sözleşmenin amacının genel ahlâka aykırı olması hakkında bkz. Witz, 234-235; Ferrand, 250 vd. Alman ve Fransız hukuk farkları için bkz. Rieg, 311 vd; ayrıca bkz. Daniel Guggenheim, *Le droit suisse des Contrats*, (La Conclusion Des Contrats), (Genève: Georg, 1991), 51.

²⁰ Başka bir deyişle, taraflar iradelerini sözleşmenin sebebi üzerinde birbirine uygun olarak beyan etmiş olmalıdırlar. İrade beyanları, hem hukuki işlemde (tasarruf işleme veya borçlandırıcı işlem olabilir) hem de sebep üzerinde bir

takip edilen, kazandırmaya hukuki karakterini veren, yani ona uygulanacak hukuk kurallarını tayin eden tipik amaca *sebepe* denilir²¹. Sözleşmenin *kaynağı* (*source*) olarak da ifade bulan²² sebepteki genel ahlâka aykırılığın, borçlandırıcı işlemde mi yoksa tasarruf işlemde mi olduğu ve bu işlemlerin ayrı ayrı sebebe bağlı olup olmadıkları, birbirlerine olan etkileri ise geçersizliğin doğuracağı sonuçlar bakımından önem taşır.

Burada, sözleşme taraflarına ait *saik* (*motifs*) kavramının da amaçtan ve sebepten ayrıldığını ifade etmek gerekir. Çünkü sebep, belirli tip kazandırmalarda daima aynı kalan, ilgili kazandırmaya hukuki karakterini veren, taraflar arasında uyumsuzluk konusu olmuş tipik yani doğrudan amacı ifade ederken; saikler ise, tarafları o kazandırmayı yapmaya sevk eden, geçmişe, şimdiye ya da geleceğe ait, herkişi ve olaya göre değişebilen çok çeşitli düşünceleri ortaya koyarlar²³. Bu anlamda bir sözleşme ilişkisinin amacından bağımsız olarak, her iki tarafı da ilişkiye sokan sınırsız sayıda kişisel duygu, düşünce ve amaç bulunabilir. Sonuç olarak taraflardanher biri için karşı tarafın gerçekte hangi düşüncelerle bu hukuki ilişkiyi kurduğunu bilmek mümkün olmadığı gibi hukuk düzeni de genellikle kişilerin saiklerini dikkate almaz²⁴. Zaten taraf iradelerinin

bütün olarak birbirine uymalıdır. Aksi halde sebep üzerinde irade uyumsuzluğu söz konusu olacağından, kazandırma geçerli olmaz. Bu kazandırma sebepleri ifa (*causa solvendi*); alacak (*causa credendi*), bağışlama (*causa donandi*), teminat ya da bu sebeplerin birleşiminden doğan karma bir sebep olabilir. Engel, 148 vd; Tercier, 41; Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, (İstanbul: Filiz, 2017), 116 vd; Eren 192 vd. Borçlandırıcı işlemler bakımından sebep alacak, bağış, teminat ya da karma bir sebep olabilirken; tasarruf işlemleri bakımından sebep kural olarak ifadır. (Bu kuralın istisnalarını elden bağış ve ibra oluşturur.) Ancak unutmamak gerekir ki, her kazandırmanın bir sebebi olması, her kazandırmanın sebebe bağlı olduğu anlamına gelmez.

²¹ Kocayusufpaşaoğlu, 116. Örneğin karşılıksız kazandırmalarda genellikle bu sebep bağışlamadır, buna karşılık bilhassa iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sebep, taraflardan birinin ediminin ya da taahhüdünün diğerinin borcuna sebep olup olmasına göre belirlenir. Bu konuda bkz. Simonius, 760-761.

²² Tercier, 41.

²³ Saikler kişilere göre değişebilir, ancak her durumda sebepten farklı olarak somut olaya uygulanacak hukuk kuralları üzerinde etkili olmayacaklardır. Kocayusufpaşaoğlu, 132. Ayrıca bkz. Guggenheim, 51-52.

²⁴ Örnek olarak bkz. Y. 4 HD, E.611, K.2581, 24.3.1972. (www.lexpera.com.tr)

güven teorisine göre yorumlanmasında, kişilerinin saiklerinden bağımsız olarak bildikleri ya da bilmeleri gerekenlerin irade beyanlarına esas alınması da bunu gösterir²⁵. Ancak, elbette ki taraflardan birinin saiki diğer sözleşme tarafınca da bilindiğinde ve kabul edildiğinde, artık saik tek taraflı ve gizli olmaktan çıkıp sözleşmedeki ortak amaca dahil olacaktır.

Kurulan sözleşme ilişkisinin sonucunda ulaşılması mümkün olup her iki tarafın da hedeflediği amaca ise, *dolaylı amaç (uzak amaç veya takip edilen amaç) (but lointaine)* denir. Bu amaç, tarafların elde etmeyi bekledikleri ve gerçekleşmesi için sözleşmenin yerine getirilmesinin şart olduğu hukuki ya da fiili en son durumu ifade eder²⁶. Böylece sözleşme ilişkisiyle tarafların ulaşacakları doğrudan amaç dışında onları yönlendiren bir başka sübjektif menfaat daha söz konusudur. Bu menfaat gerçekleşme ihtimali uzak olsa ve sözleşmenin genel hükümleri içinde kendini belli etmese de tarafların karşılıklı iradeleri bu husus üzerinde uyuşturduğundan sözleşmeye konu olarak genel ahlâk kuralları bakımından dikkate alınmalıdır²⁷. Elbette ki bu uzak amaç ancak ciddi olarak gerçekleşme ihtimali varsa genel ahlâk kurallarına aykırılık yaratabilir²⁸.

Bizim hukuk sistemimiz içinde de saik kavramı sadece özel bazı hallerde dikkate alınmaktadır. Taraflara ait saikin hukuki işlemde şart haline getirilmesi (TBK m.149 vd), temel hatası (TBK m. 24), ölüme bağlı tasarrufların iptali (TMK m.557) gibi. Engel, 205, 292; Tercier, 149 vd. Ayrıca ATF 99/1973 Ia 420; ATF 48/1922 II 275=JdT 1923 I 13 (19); Kocayusufpaşaoğlu, 118; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 428; Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (Ankara: Turhan, 2022), 75. Genel ahlâk kuralları bakımından saik kavramının önemli olmaması hakkında bkz. ATF 80/1954 II 45 = JdT 1855 I 193 (196), ATF 50/1924 II 501. Buna karşılık Alman hukukunda bkz. Pédamon, 102 vd; Ferrand, 259 vd. Öte yandan, Başpınar'ın eserinde belirttiği şekilde sözleşmenin geniş yorumlanarak tarafların sözleşme ile takip ettikleri ortak amaçlar yanında saiklerinin de sözleşmeye dahil edilmesi gerektiği görüşüne katılmıyoruz. Yazarın verdiği izinsiz olarak genelev işletmek amacıyla borç para verilmesi örneği ise, zaten ancak, ödünç sözleşmesine taraf olan kişilerin dolaylı amaçları olduğu halde geçersiz olabilecektir. Başpınar, 145, Eren, 294. Ayrıca bkz. Hatemi, 170.

²⁵ Bu anlamda sözleşmelerin kurulabilmesi için irade beyanlarının yorumuna ihtiyaç duyulduğunda tarafların bildikleri ya da bilmeleri gerekenlerde sebep önemli olurken, saik önemli olmayacaktır. Simonius, 759.

²⁶ Jean-Pierre Scarano, Dictionnaire de droit des obligations, Ellipses, (Paris: 1999), 56.

²⁷ Hukuka aykırılık bakımından tarafların dolaylı ortak amaçları daha dar bir kapsamda dikkate alınır. Engel, 150; Zufferey-Werro, 225; Simonius, 765. Ayrıca bkz. ATF 87/1961 II 207=JdT 1962 I 94. Aksi görüş için bkz. Hatemi, 172.

²⁸ Zufferey-Werro, 227.

Burada önemli olan husus, dolaylı amacın, taraflardan birini sözleşme yapmaya iten esaslı bir unsur olması, yani bu kişinin taahhüdünün esas sebebi olması; diğer sözleşme tarafının da bunu bilmesi ya da bilebilecek durumda olmasıdır. Böylece, bir sözleşmenin edimleri, ifa modaliteleri ve taahhütlerin bütünü genel ahlâk kurallarına uygun olsa bile, taraflar bu ortak amaçlarıyla genel ahlâk kurallarını ihlal edebilecektir. Doktrinde bu duruma “*genel ahlâk kurallarının dolaylı ihlali*” denir²⁹.

Tam olarak bu noktada, sözleşmenin dolaylı amacını sözleşmenin sonucundan (*effet du contrat*) da ayırmak lazımdır. Çünkü bir sözleşmenin sonucu, sözleşme taahhütlerinin ifa edilmesiyle ortaya çıkan somut neticedir. Oysa sözleşmedeki amaç, sözleşmenin kurulma anında tarafların sahip oldukları ve onları bu sözleşme ilişkisine kurmaya iten fikirleri ve hedefleri içerir. Bu ayırım önemlidir çünkü, bir sözleşmenin sonucu, taraflarca bu yönde bir amaç haline getirilmediği sürece TBK m.26 anlamında genel ahlâka aykırılık kriteri yapılamaz³⁰.

B. Amacı Genel Ahlâka Aykırı Sözleşmeler

Her ne kadar Türk Borçlar Kanunu m.26 ve m.27 hükümlerinde sözleşmenin amacıkavramından bahsedilmese de TBK m.18 ve m. 77’de ifade bulan sebep kavramı; ayrıca doktrin ve içtihatlardan çıkan sonuç, geniş anlamda sözleşmenin içeriği kavramına tarafların amaçlarının da dahil olduğu yönündedir. Bu anlamda genel ahlâk kuralları denetimi yapıldığında, sözleşmenin amacına, sadece tarafların bu hukuki ilişkiyle ulaşacakları doğrudan amaçlar değil; aynı zamanda ciddi olarak gerçekleşme ihtimali olan ve tarafların karşılıklı iradelerinin üzerinde anlaştığı dolaylı amaçları da dahildir³¹.

²⁹ Zufferey-Werro, 225, dipn.40’da belirtilen yazarlar *A.Bucher; Saladin*. Yazar ayrıca *Ost/Kerchove’in* bu tür ihlali, ahlâkın hukuk düzeni içine işlemesindeki bir araç gibi kabul ettiğini belirtmektedir.

³⁰ Sözleşmenin amacı, sözleşmenin her iki tarafının da ortak amacı olarak anlaşılması gerektiğinden, sözleşmenin nihai sonucundaki genel ahlâka aykırılık taraflardan biri için temel alınıyor ve diğer taraf da bunu biliyorsa genel ahlâk kuralları ihlal edilmiştir. Engel, 293; ATF 80/1954 II sh:45, 48 = SJ 1955, 193, 196 = JdT 1955 I 315, 316; Ayrıca Zufferey-Werro, 221.

³¹ Zufferey-Werro, 227. Dolaylı, uzak amacı saik kavramı ile bütünleştiren aksi bir görüş için bkz. Guggenheim, 52.

Buna göre, taraflara ait *doğrudan amaçlar* incelenirken hem borçlandırıcı işlem hem de tasarruf işlemi yönünden sözleşmenin sebebi ve bu sebebe bağlılığı³² üzerinde durulmalıdır³³. Sebebe bağlılığın, *borçlandırıcı işlemler* bakımından anlamı, temelindeki irade beyanlarının bağlı olduğu alacak, bağış, teminat ya da karma sebebin geçerliliği ve dolayısıyla genel ahlâk kurallarına aykırı olmaması; *tasarruf işlemleri* bakımından anlamı ise, ifaya temel olan borçlandırıcı işlemin geçerliliği ve dolayısıyla genel ahlâk kurallarının uygun olmasıdır³⁴. TBK m.18 hükmü ve tarafların irade özgürlükleriyle yaratabilecekleri maddi anlamdaki

³² Her hukuki işlemde mutlaka bulunması gereken sebepten bağımsız olarak, işlemin içeriğine dahil olan, yani onun zorunlu bir unsuru olup, açıkça belirlenen; böylece geçerliliği bu sebebin geçerliliğine bağlı olan işlemler “*sebebe bağlı (illi)*”; buna karşılık, hukuki sebebinden ayrılarak ondan soyutlanan ve tamamen bağımsız bir nitelik kazandırılan, böylece geçerliliği temelindeki sebebe bağlı olmayan işlemler ise “*soyut*” işlemlerdir. Engel, 148 vd; Tercier, 42; Kocayusufpaşaoğlu, 119 vd; Feyzioğlu, 43; Eren, 200 vd; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 49 vd; Kılıçoğlu, 75 vd.; Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, (Ankara: Yetkin, 2021), 108 vd.

³³ Zira sebebe bağlı işlemler ile soyut işlemlerin genel ahlâk kurallarına aykırılık taşımaları durumunda ortaya çıkan fark, uygulanacak hükümler yönündendir. Çünkü illi bir kazandırmanın sebebi genel ahlâk kurallarına aykırı olduğunda, ifa edilmiş dahi olsa hak karşı tarafa geçmediğinden, hak sahibinin edimini istihkak davası (TMKm.683) ya da düzeltme davası (TMKm.1025) ile geri alma imkânı vardır. Buna karşılık soyut işlemlerde hak karşı tarafa geçmekte ancak iade imkânı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre olmaktadır. Ancak TBKm.81 hükmü bu imkânı ortadan kaldırmaktadır. *Soyut ve illi* işlemler arasındaki bu sonuca bağlı bir diğer fark ise, sebepsiz zenginleşme davasının şahsi niteliği sebebiyle, soyut işlemlerde sadece haksız kazanan kişiye karşı davanın açılması mümkündür. Bu yüzden üçüncü kişiye karşı sebepsiz zenginleşme davası açılmayacaktır. Buna karşılık illi işlemlerde geçerli istihkak davası üçüncü kişiler iyiniyetli olmadıkları sürece üçüncü kişilere karşı da açılabilir.

³⁴ Türk hukukunda taşınmazlar yönünden geçerli olan (TMK m. 1025) sebebe bağlılık ilkesi, taşınırlar yönünden de baskın görüş olarak benimsenir. O halde kural olarak, temelindeki irade beyanına esasolan alacak, bağış, teminat ya da karma sebep genel ahlâka aykırı olan borçlandırıcı işlemler geçersiz olacaklarından; ifasına sebep oluşturdukları illi tasarruf işlemini batıl kılarken; soyut tasarruf işlemlerinin geçerliliğini etkilemeyeceklerdir. Ancak unutmamak gerekir ki, tasarruf işlemi ve borçlandırıcı işlem arasındaki bu etki karşılıklı değildir. Bir başka deyişle ister sebebe bağlı olsun ister olmasın, tasarruf işlemindeki bir geçersizliğin borçlandırıcı işleme etkisi yoktur.

soyut sözleşmeler bir yana bırakıldığında Türk hukukunda borçlandırıcı işlemler sebebe bağlı yani illidir. Ancak, borçlandırıcı işlemler yönünden, borçlunun taahhütte bulunduğu anda, söz konusu edime sahip olması şart değildir. Yani edimin malvarlığına dahil olması gerekmez. Önemli olan, borçlunun ifa anında edime sahip olması ve alacaklıya karşı ifa borcunu yerine getirebilmesidir. Dolayısıyla bir kimsenin “*malvarlığı değerlerinin üstünde bir taahhüt altına girmesi*” kural olarak, genel ahlâk kurallarına aykırılık yaratmaz. Sözleşme kurulurken var olan bu sübjektif imkânsızlık, borçlunun borcunu yerine getirememesi sebebiyle, TBK m.112 ve devamı hükümlerine göre sonuçlar doğuracak; ancak bu durum sözleşmenin geçerliliği üzerinde etkili olmayacaktır. Bu durumun bize göre iki istisnası olabilir: Baştan itibaren var olan objektif imkânsız (TBK m.27) ve genel ahlâk kuralları yönünden de önemli olan kişi özgürlüklerinin aşırı derecede ihlal edilmesi (TMK m.23/II). Aynı şekilde, borçlandırıcı işleme konu *edimin birden fazla kişiye taahhüt edilmesi* yani aynı edime konu birden fazla borçlandırıcı işlem yapılması da mümkündür. Bu durum her ne kadar temelinde etik ilkelere aykırılık yaratsa da genel ahlâk kurallarının ihlaline sebep olmayacak; aralarında bir öncelik ilişkisi olmayan bu taahhütler yönünden borçlu, sadece ifada bulunamadıklarına karşısorumlu olacaktır (TBK m.112 vd).

Bu noktada aşağıda da inceleyeceğimiz üzere, genel ahlâk kuralları tarafından korunan değerlerden *kişi özgürlüklerinin* TMK m.23/II anlamında, sadece borçlandırıcı işlemlere konu olabilecekleri; çünkü tasarruf işlemlerinin etkilerini kişi üzerinde değil, malvarlığı üzerinde gösterdiklerini de belirtmek gerekir³⁵. Bu değerler yönünden, tasarruf işlemlerindeki genel ahlâk kuralları denetimi, aslında borçlandırıcı işlemlerin ifası şeklinde ortaya çıkacağından tamamen *dolaylı* bir denetimi içerir. Dolayısıyla özgürlükler bakımından, genel ahlâk kurallarına uygun olması gereken, öncelikle borçlandırıcı işlemlerdir³⁶.

³⁵ Thévenaz, 83. Yazar dipn.96 ve 97’de E.Bucher’e göndermede bulunmaktadır: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I, Einleitung und Personenrecht, 2.Abteilung: Die natürlichen Personen, 2. Teilband: Kommentar zu Art. 27 ZGB, Berne, 1993, N.98, 99 ve 134 vd.

³⁶ Bu durum elden bağış gibi, borçlandırıcı işlem ile tasarruf işleminin aynı anda gerçekleştiği hukuki işlemler yönünden de geçerlidir O halde TMK m. 23/II hükmünün, tasarruf işlemlerinin kurulmasında, bu tasarruf borcunu içeren borçlandırıcı işlemler bütününe uygulanacağı söylenebilir. Thévenaz, 83

Öte yandan, sözleşme ilişkisi içindeki doğrudan amaçların dışında *dolaylı amaçların* da genel ahlâk kuralları denetimine tabi olması, aslında kaynağını sözleşmenin etik değerleri temel alan üst bir ilkeyi korumasından alır. Bu noktadan hareketle, sadece sözleşme ilişkisini oluşturan ve çevreleyen şartların değil, aynı zamanda toplumsal vicdanda istenmeyen, benimsenmeyen sonuçların da genel ahlâk kuralları bakımından denetlenmesi gerekir. Böylelikle, kurulmak istenilen sözleşme, genel ahlâka aykırı sonucu elde etmek yönünde tarafların kınanan iradelerini ispata yarayan bir araçtan öteye gidemez³⁷. İşte bunun içindir ki, genel ahlâk kuralları bakımından amaç kavramı, hukuka aykırılıktan daha geniş olarak tarafların dolaylı ortak amaçlarını da kapsar³⁸.

Buna göre, örneğin evli bir adamın, metresine kuyumcudan pırlanta kolye almak üzere yaptığı satım sözleşmesinin geçerliliği; kimi yazarlara göre kuyumcunun alıcıyı ikna etmesi halinde³⁹, kimi yazarlara göre, normal fiyatının çok üstünde bir değere satılması halinde⁴⁰, kimilerine göre ise sadece satıcının bu durumu bilmesi ve amacı gerçekleştirmek üzere sözleşmeyi yapması halinde⁴¹ genel ahlâk kurallarına aykırıdır.

³⁷ ATF 26/1900 II 140 (142); ATF 27/1901 II 417; ATF 37/1911 II 401=JdT 1913 I 226 (229) Ayrıca RSJ 9/1913, 287.

³⁸ Engel, 150; Tuhr/Peter, 257; Zufferey-Werro, 223 ve dipn.26 da belirtilen diğer yazarlar: *A.Bucher, Oser/Schönenberger, Saladin*

³⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 400. Buna göre bir kuyumcu kendisinden mücevher satın olan kişinin bunu metresine genel ahlâka aykırı bir cinsel ilişkinin karşılığı olarak vermek amacıyla satın aldığını bilse bile, sözleşme geçersiz olmamalı, sadece eğer alıcıyı bu genel ahlâka aykırı amaçla mücevher satın almaya kuyumcu ikna etmişse, satım sözleşmesi geçersiz sayılmalıdır.

⁴⁰ Andreas Von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, Cilt 1-2; (Çeviren C.Edege), (Ankara: Yargıtay Yayınları, 1983), 249. Yazara göre satıcının bu durumdan yararlanarak mücevheri normal fiyatının üstünde satmasının genel ahlâka aykırılık sebebiyle sözleşmenin geçersiz sayılmasına yeteceği görüşündedir. Ayrıca yazar, bilhassa bir tarafın genel ahlâka aykırı amacını gerçekleştirebilmesi için gerekli araçların diğer tarafça sağlanmasına ilişkin sözleşmelerde, eğer bu araçlar olmaksızın genel ahlâka aykırı amaç gerçekleşmeyecek veya ilgili kişi tarafından gerçekleştirilmesi çok güç olacaksa, bu sözleşmenin de geçersiz sayılmasını önerenlerin de bulunduğunu belirtmektedir.

Ali Naim İnan, Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, (Ankara: AÜHF Yayınları,

Genel ahlâk kurallarının bilhassa sözleşmenin *dolaylı amacı* yönünden yapılan denetiminde dikkate alınması gereken kriter Federal mahkemenin de belirttiği ve bizim de katıldığımız görüşe göre “*her iki tarafın da bu amacı bilmesi ya da bilmelerinin gerekmesi ile sınırlı tutulmamalıdır*”⁴². Tarafların, amacı bilmelerinin yanında “*bu amacı gerçekleştirmeyi istemeleri ve sözleşmenin temel unsurlarından biri olarak kabul etmeleri de şarttır*”⁴³. Dolayısıyla kuyumcunun durumu bilmediği, bilmesinin de gerekmediği, sadece kolyeyi alan adama ait olan genel ahlâk kurallarına aykırı davranış, alıcı yönünden onu sözleşme ilişkisini kurmaya iten saiklerden biri olmaktan öteye gidemeyecek ve bu sebeple sözleşmenin butlanı da söz konusu olmayacaktır. Ya da satıcının, alıcının amacını sonradan öğrenmesi durumu da satımsözleşmesinin geçerliliği üzerinde etkili olmayacaktır.

Aynı yönde, bir kişiyi kaçırmak amacıyla otomobil kiralamak; hamile bir kadının hukuka aykırı olarak çocuğunu düşünmeyi sağlayacak kürtaj

1971), 192-193; Oğuzman ve Öz, 86.

⁴² Bu noktada Hatemi özellikle, kuyumcunun satılan kolyenin alıcının metresine hediye edileceğini bilmesinin sözleşmeyi hukuken geçersiz kılmayacağını belirtmektedir. Hatemi, 194, Aynıyönde Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 400 vd; Oğuzman ve Öz, 86; Gümüş, 223. Öte yandan Ripert ise daha ileri giderek, karşı tarafın bilmesinin de önemli olmadığını savunur. Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, (Paris: LGDJ, 1949), 66 vd.

⁴³ İsviçre Federal mahkemesi önceleri dolaylı ortak amaç konusunda her iki tarafın da iradelerinin esas alınması gerektiğine karar vermiş (ATF 47/1921 II 86=JdT 1921 I 423; ATF 32/1906 II 63; ATF 29/1903 I 265; ATF 26/1900 II 149); daha sonra taraflardan biri için genel ahlâka aykırı olan amacın sözleşmenin belirleyici sebebi olması diğer tarafında bunu bilmesini yeterli görmüştür. (ATF 48/1922 II 270=JdT 1923 I 13(19), ATF 50/1924 II 145) Şu anda ise, her iki sözleşme tarafının da bilerek gerçekleştirmek istedikleri ve sözleşmenin temel unsurlarından biri olarak kabulettikleri dolaylı amaç görüşüne ulaşmıştır. ATF 47 II 89, JdT 1921 I 423, ATF 48 II 270; ATF 50 II 145. Dolayısıyla taraflardan birine ait genel ahlâka aykırı amaç, edimin ya da karşı edimin genel ahlâka aykırı olması sonucunu doğurmaz. ATF 80 II 331, JdT 1955 I 497. Simonius, 766, Guggenheim, 51, Engel, 293. Alman hukukunda da dolaylı amaçların genel ahlâka aykırılıkta dikkate alınabilmeleri için, sözleşmenin kurulma anında her iki sözleşme tarafıncabilinmesi gerekmektedir. Bu durum sözleşmenin kurulmasında kaynağı oluşturan genel ahlâka aykırı sebepten değil, sözleşmenin kendisinin ahlâka aykırı bir amaçla birleşmesinden kaynaklanmaktadır. Bu konuda bkz. Witz, 234-235; Ferrand, 250 vd; ayrıca Pédamon, 83 vd.

aletlerini bir eczaneden satın alması⁴⁴; pactum de non licitando yani açık arttırma ile satımda bir kimsenin ihaleye çıkarılan malları ucuza alabilmek amacıyla arttırmaya girmek isteyen diğer kişileri bundan vazgeçirmek üzere bir miktar para vermeyi taahhüt etmesi⁴⁵; bir doktorun başka bir doktorun hastasına aslında gerekli olmayan bir ameliyatı tavsiye etmesi ve kendisinin bu ameliyatı yapması halinde alacağı ücreti paylaşmaları yönünde yapılan sözleşme; milletvekili aday listesinin başında yer alabilmek amacıyla seçim sonuçlarını etkileyecek biçimde, partinin il idare kurulu üyelerine bağışta bulunulması⁴⁶, bir kimseye rüşvet verme vaadinde bulunularak kurulan sözleşme ilişkileri ya da genelev açması için arkadaşına belli bir miktar para verme taahhüdü⁴⁷ gibi durumlar da bu yönleri ile genel ahlâk kurallarına aykırıdır.

Tarafların dolaylı amaçları bu yönde olmak kaydıyla, yetkili organlardan gerekli izinler alınmadan *genelev*⁴⁸ olarak işletilmek üzere

⁴⁴ Bu konuda yeni tarihli bir İsviçre Federal Mahkeme kararı için bkz. ATF 129 III 209, JdT 2003 I, 603-609. Ayrıca örnekler için bkz. Engel, 293, ayrıca, Gugenheim, 52, ayrıca bkz. Zufferey-Werro, 285 vd. Reichard, 86 vd.

⁴⁵ Bu yasak ayrıca TBK m.281'de düzenlenmekte dolayısıyla aslında hukuka aykırılık oluşturmaktadır. Y.4 HD, E.9235, 9.6.1976. (www.lexpera.com.tr) Aynı yönde paylı mülkiyete konu bir taşınmaz için paydaşlar arasında yapılan harici satış sözleşmesine göre izalei şuyu davasında ihaleye girmeyip, diğer paydaşlardan bono alan paydaşın yaptığı anlaşmanın genel ahlâka aykırı olmaması hakkında bkz. YHGK. E.2002/19-32, K.2002/421, 22.5.2002. Ayrıca bkz. Engel, 289. İki veya daha çok kişi, aleni veya gizli bir müzayede satımın akışını, değeri çok arttırarak (de licitando) ya da indirerek (non licitando) bozmak üzerinde anlaşılabilir. Kural olarak bu durum genel ahlaka aykırı değildir. Ancak durum, diğer katılımcıları yanıltmak amacına hizmet ediyorsa artık genel ahlâk kuralları ihlaledilmektedir. Zufferey-Werro, 264 vd.

⁴⁶ Y. 4.HD, 18.5.1965 T, E.8020, K. 2664, Başpınar, 145.

⁴⁷ Engel, 193. Buna karşılık devlet izni ile kurulan bir genelev ortaklığından doğan hakların taraflar arasında karşılıklı ileri sürülmesinde artık genel ahlâka aykırılık ileri sürülemeyecektir. Y. 13 HD. E.1976/2884, K.1976/8294, 13.12.1976. (www.lexpera.com.tr) Ayrıca bkz. Reichard, 62 vd.

⁴⁸ 1525 sayılı Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü'nün 16 ncı maddesinde genelevler "Genel kadınların bir arada oturarak fuhuş yaptıkları veya bu maksat için toplandıkları yerler şeklinde" tanımlanmaktadır. Bu anlamda örneğin, bir kimsenin gece dışarıda kalıp sabah erken muhtelif erkeklerle eve gelmesinin tek başına, randevu evi olarak kullanıldığı anlamına gelmeyeceği Yargıtay'ın bir kararında belirtilmektedir. Y. 18 HD.,

yapılan satım ya da kira sözleşmeleri de geçersiz olmalıdır⁴⁹. Bu konuda doktrinde de çok tartışılan Yargıtay'ın 1948 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında “genelev olarak kullanılmak üzere taşınmaz kiralınması yönündeki sözleşmelerin, hükümetten bu yönde bir izin alınmışsa geçerli aksi halde genel ahlâk aykırılık sebebiyle geçersiz olacağı” ifade edilmektedir⁵⁰. Doktrinde kimi yazarlar tarafından savunulan bu karar genel olarak eleştiri bulmuştur⁵¹. Bizce de genelev işletilmesi, devletin izin ve denetimi altında yapılsa dahi; bu izin ortaya çıkan faaliyetin genel ahlâka aykırı niteliğini ortadan kaldıramaz. Çünkü toplumumuzdaki kamusal vicdan yönünden genelev faaliyetleri her zaman genel ahlâka aykırı bir yön içerirler. Devlet tarafından verilen bu izin olsa olsa kamusal yetkilerin kontrolünü sağlamak amacına dayanabilir yoksa izinle bir davranışın artık kamusal vicdandaki rahatsızlığı ortadan kaldıracığı düşünülemez. Sonuç olarak toplumda ortaya çıkan bir davranış ya genel ahlâka aykırıdır ya da değildir! Devlet genelevlere ilişkin yasal düzenlemeleri yaparken, genel sağlığı korumak, toplumda fuhuşu sınırlamak ve kontrol altında tutmak istemektedir. Bu anlamda bizce de yasal düzenlemelerin varlığı davranışın genel ahlâka aykırılığını ortadan kaldırmak yönünde bir ispat

E.1997/5489, K.1997/6171, 10.6.1997. (www.lexpera.com.tr)

⁴⁹ Bu konuda bkz. Engel, 290 ve 293; Francois Terre, Philippe Simler ve Yves Lequette, *Droit Civil, Les Obligations*, (Paris: Dalloz, 2002), 280; Ripert, 44; Zeno Oprea, *Sur la notion de bonnes mœurs dans les obligations en droit civil Allemand*, (Paris: Librairie A. Rousseau, 1935), 122 ve 159; Aubert, 100 ve 157; Rieg, 316, 329, Zufferey-Werro, 286 vd. Alman hukukunda ise bu tür sözleşmeler sadece, hayat kadınlarının ekonomik olarak sömürülmelerinin ve kötüye kullanılmalarının aracı olduğunda genel ahlâka aykırı kabul edilmektedir. Witz, 235 vd.

⁵⁰ YİBK, 14.1.1943 T, E.1943/30, K.1948/2.

⁵¹ İlk olarak Postacıoğlu tarafından eleştirilen karar aynı yönde Tekinay, Öktem, Akev ve Hatemi tarafından da eleştirilmiştir; buna karşılık Elbir, Saymen ve Oğuzman tarafından desteklenmiştir. Bu konuda bkz. İlhan Postacıoğlu, “Genelev İşletenlerin Mal Sahiplerinin Yaptıkları Kira Sözleşmelerinin Geçerliliği, Karar incelemesi”, İHFM, C:XV, S:4, (1949), 1288 vd; İmran Öktem, “Umumi ev olarak kullanılmak üzere Gayrimenkul kiralınması”, İzBD, S:1-9, (1937), 94; Sahir Talat Akev, *Türk Hususi Hukukunda Kumar ve Bahis*, (İstanbul: İÜHF Yayınları, 1964) 459-460; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 399 vd; Hatemi, 261 vd; H. Kemal Elbir, “Realist bir Tevhid-i İçtihat Kararı, Genelev Olarak Kullanılmak Üzere Gayrimenkul Kiralanması Muteber Midir?” *Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuası*, Y:1, S:2, (1948), 89 vd; Oğuzman ve Öz, 86. Ayrıca bkz. Reichard, 62 vd.

aracı gibi değerlendirilemez⁵². Nitekim Yargıtay da daha ileri tarihli kararlarında, isabetli olarak bu hususa değinmiş ancak yeni bir İçtihadı Birleştirme Kararınakonu yapılmamıştır⁵³.

Bu nedenle kanaatimizce konusu bir genelevin işletmesi olan tüm hukuki işlemler öncelikle genel ahlâka aykırı kabul edilmeli, daha sonra somut olayın özelliklerine göre butlanın ileri sürülmesi ve sonuçları değerlendirilmelidir⁵⁴. Örneğin bir kimse evinin genelev olarak kullanılacağını bilmeden kiraya vermiş ise, daha sonra durumu öğrendiğinde kira sözleşmesini feshedebilmeli, buna karşılık bilerek kira sözleşmesini kurmuş ise sözleşme genel ahlâk kurallarına aykırılık sebebiyle batıl olmalıdır⁵⁵.

⁵² Elbir, 92, eleştiri için bkz. Postacıoğlu, 1291 vd. Öte yandan konuyla ilgili ülkemizde halenyürlükte bulunan mevzuatlar iki tanedir: İlki 1530 sayılı “Umumi Hıfzısıhha Kanunu”dur. Kanunun üçüncü bölümü ve 128 ile 132 inci maddeler arası hayat kadınlarına ayrılmıştır. Bu Kanunda, 22/2/2005 tarihli ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu hükümlerine aykırılık bulunması durumunda, 5302 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı, söz konusu Kanunun 70 inci maddesi ile hüküm altına alınmıştır. Diğer ise, 31.1.1973 tarih ve 7/5786 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile değişikliğe uğrayan 1525 sayılı “Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü”dür

⁵³ Örneğin Y. 4.HD, 28.12.1959 T, E.957/10681, K.1331 kararında şu ifade yer alır. “Her ne kadar genelevlerin açılması ve işletilmesi yurdun güvenliği, emniyeti ve sağlığı bakımından devletin iznine bağlanmışsa da bu durum hiçbir zaman faaliyetin ahlâka uygun olduğunu kabul etme anlamına gelmez. Bunlar bazı maddi ve içtimai zorunlulukları karşılamak üzere devletin almak zorunda kaldığı tedbirlerden ibarettir.” Aynı şekilde Y. 13.HD, E. 2884, K. 8294, 13.12.1976, YKD, 1977, S:8, 1118 vd. (www.lexpera.com.tr)

⁵⁴ Hatemi, 270. Reichard, 62 vd.

⁵⁵ Ancak böyle bir durumda da somut olayın özelliklerin göre tahliye davasının açılması MKm.2 hükümlerine aykırı düşüyorsa, bu durumda talep reddedilebilmelidir. Örneğin genelevlere ayrılmış bir bölgede bulunan ve başka türlü kullanılamayacağı anlaşılan bir bina kira sözleşmesinde kiracı sözleşmenin genel ahlâka aykırılığı nedeniyle tahliye edilmek isteniyorsa, bilerek kira sözleşmesini yapan kişinin hakkını kötüye kullandığı ileri sürülebilmelidir. Tahliye kararında peşin ödenen kira ücretinin BKm.65 kuralı ile çıkarılması ya da kiracının hükümsüzlüğe dayalı kira parasını ödemekten kaçınması da yine MKm.2 hükmü ile dengelenebilir. Bu konuda bkz. Hatemi, 269- 270, Postacıoğlu ise bu sorunun Nemo auditur kuralından faydalanılarak

Özellikle sosyal medya üzerinden kişilere ait cinsel içerikli resim ve videoların yayınlanmasına yönelik akdedilen sözleşmeler ve bu sözleşmelerde yer alan dönme ceza şartı hükümleri ise İsviçre Federal Mahkemesi tarafından ahlaka ve kişilik haklarına aykırı bulunmamıştır⁵⁶. Yüksek Mahkeme ilgili karara gerekçe olarak internet üzerinden anılan içeriklere dair yapılan yayınların çok yaygın kullanımını göstermektedir⁵⁷.

Bir kimseye *rüşvet verme vaadini* içeren sözleşmeler⁵⁸ de genel ahlâk kurallarına aykırıdır. Ancak bilhassa birine rüşvet vererek, üçüncü bir kişiyle sözleşme ilişkisi kurulmak istendiğinde ortaya çıkan üçlü ilişki ayrıca değerlendirilmelidir. Bu tür ilişkilerde öncelikle rüşveti veren ve bir sözleşmenin kurulmasını sağlamaya çalışan kişi (*corrupteur*); rüşveti alan ve sözleşmeyi kurmayısavlayacak olan kişi (*corrompu*) ve adına sözleşme kurulacak olan üçüncü kişi (*partenaire*) bulunur⁵⁹. Bu anlamda rüşveti veren ve alan arasındaki “rüşvet anlaşması” hem hukuka hem de genel ahlâk kurallarına aykırı ve geçersizdir. Buna karşılık rüşveti veren ve üçüncü kişi arasında kurulan ve rüşvet anlaşmasını “takip eden sözleşmenin” geçerliliği ise, rüşveti alan ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine göre değişebilir. Bu ilişki somut olayın özelliklerine göre temsil ilişkisi, vekalet ya da hizmet akdi olabilir ki buna bağlı olarak rüşvet ilişkisi de doğrudan ya da dolaylı olarak ikinci sözleşmeye

çözölebileceğini savunmaktadır. 1306 vd.

⁵⁶ ATF 136 III 406.

⁵⁷ İlgili karar ve karara ait daha fazla bilgi için bkz. Jacques De Werra, La Gestion Contractuelle Du Droit A L’image Des Sportif, Citius, altius, fortius. Mélanges en l’honneur de Denis Oswald. (Bâle: Helbing & Lichtenhahn. 2012), 243-258

⁵⁸ Her ne kadar rüşvet eylemi, yani bir kamu görevlisinin, işini görmek için usulsüz olarak menfaat sağlaması bu dar anlamı ile, Ceza Kanununda yer alsa da (TCK.m.252-254); rüşvet halk arasında daha çok geniş anlamı ile yani sadece kamu görevlilerini değil özel sektörde çalışanları da kapsayacak şekilde kullanılmaktadır. Ancak Ceza Kanununda yer alan düzenlemeye paralel olarak hukukçular genel olarak rüşveti, dar anlamı ile ele almakta buna karşılık özel işyerlerinde çalışanlar için daha çok emniyeti suistimal ve dolandırıcılık suçlarına sokma eğilimi göstermektedir. Ayrıca kavram için bkz. Tercier, (Corruption), 227-228; Engel, 289; Guggenheim, 52; Guillod ve Steffen, 134; Zufferey-Werro, 282 vd.; Ripert, 44. Ayrıca bkz. Pierre Engel, Christine Chappuis, Sylvain Marchand ve Ariane Morin, L’évolution récente du droit des obligations, (Lausanne, CEDİDAC, 2004), 13-14; ATF 129/2003 III, 320= JdT 2003 I, 331.

⁵⁹ Pierre Tercier, La Corruption Et Le Droit Des Contrats, SJ II (1999), 226.

yansıyacaktır. İşte bu noktada asıl mesele rüşvet anlaşmasını takip eden ikinci sözleşmenin geçerliliğinin genel ahlâk kurallarına bağlı kılınıp kılınamayacağıdır.

İsviçre Hukukunda butlan ile iptal edilebilirlik yaptırımlarını birbirine alternatif gören içtihat ve doktrin kararlarına paralel olarak Zürih Kantonunda 21 Şubat 2003 tarihinde verilen bir kararda, *sözleşmenin kurulmasında etkili olan ve ahlâken şüpheli görülen hareketlerin, sözleşmenin içeriğine işlemedikleri sürece, ilişkiyi genel ahlâka aykırı kılmayacağı* belirtilmektedir⁶⁰. O halde Federal mahkeme içtihatları ve doktrine paralel, bir rüşvet ilişkisi sonucunda kurulan ve içerikleri genel ahlâka ya da hukuka aykırı olmayan sözleşmeler TBK m.27 anlamında butlan yaptırımı ile sonuçlanmayacak ve bu yönleri ile genel ahlâka aykırı kabul edilen “*rüşvet vaadi*” örneğinden ayrılacaklardır. Federal mahkemenin bu noktada dikkatle ayırımını yapmak istediği husus “*genel ahlâka aykırı içerikli sözleşmeler ile, sözleşmenin genel ahlâka aykırı kurulmasının*” birbirinden ayrılması gerektiğidir. Çünkü bir sözleşme ilişkisinin kurulmadaki bu tür bir sakatlık sözleşmenin içeriğini değil; sadece iradelerin uyumu ya da sözleşmenin kurulma sürecini etkiler. Dolayısıyla kanun bu istenmeyen sakatlığı meselenin özelliklerine göre gabin ya da irade sakatlığı hükümlerine paralel olarak giderebilir.⁶¹

Diğer yandan, iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından, doğrudan yada dolaylı genel ahlâka aykırı amaç incelemesi kanaatimizce, tarafların karşılıklı edim dengeleri de dikkate alınarak yapılmalıdır. Elbette ki sözleşme özgürlüğü içinde, taraflar karşılıklı edim değişimlerine diledikleri şeklide karar verebileceklerdir ancak, “*özellikle ekonomik yönden bir karşılık alınmaması gereken hallerde, hâkim meselenin ücret vaadiyle yapıp yapılmadığını*” araştırarak genel ahlâk kuralları incelemesini yapabilir. Örneğin, para karşılığı bir kimseyi boşanmaya teşvik etmek ya da cinsel ilişki kurulmasını sağlamak (pactum stupri);⁶² yine bir

⁶⁰ SJ, 2004 I, 33-49: *Pots-de-vin, Absence de nullité du contrat obtenu au moyen de la corruption d'un fonctionnaire. Invalidation pour erreur. Conséquences de l'invalidation sur un contrat durée*. Ayrıca bkz. ATF 129/2003 III 320; JdT 2003 I, 331.

⁶¹ Bu konuda ayrıca bkz. Tercier, (Corruption), 262 vd; Anne Heritier, Les Pots-De-Vin, (Genève: Georg, 1981), 106-109.

⁶² Engel, 285 ve 290; Zufferey-Werro, 273 ve 277; Guggenheim, 52. Reichard, 77 vd.

suçun işlendiğini bilen ve ihbarda bulunması gereken kişinin para karşılığında susması⁶³ gibi. Buna karşılık Yargıtay bir kararında, kızı kaçırılan kimsenin bir miktar para karşılığı şikayetinden vazgeçmeyi taahhüt etmesinde genel ahlâka aykırı bir yön bulunmamıştır⁶⁴. Kanaatimizce bu karar isabetsiz bir karardır çünkü, her ne kadar içerik olarak aksi yönde görülse de amacı açıkça genel ahlâk kurallarına aykırı bir davranış söz konusudur⁶⁵. Bu noktada kişinin ekonomik yönden maddi bir karşılık sağlamaması gereken bir durumdan, maddi menfaat temin ettiği son derece açıktır.

C. Genel Ahlâka Aykırı Amaçla Düzenlenen Soyut Borç İkrarları

Öte yandan Bkm.18’de düzenlenen ve borç sebebini göstermese dahi geçerli kabul edilen “*soyut borç ikrarları*” yönünden de genel ahlâk kurallarına aykırılığının sonuçlarına da kısaca değinmek gerekir. Buna göre temel ilişkiye konu sözleşmenin genel ahlâk kurallarına aykırı olduğu hallerde soyut borç ikrarının geçerliliği ne olacaktır? Örneğin bir kimseye siyasi parti değiştirmesi karşılığında verilen senedin, başlık parası olarak düzenlenen bononun⁶⁶, kendisiyle evlilik dışı ilişki yaşaması⁶⁷ ya da boşanmaya razı etmek için⁶⁸ düzenlenen çekin ve ya bir kimsenin kumar oynaması karşılığı düzenlenen kambiyo senedinin⁶⁹ geçerliliği var mıdır? Hâkim bu genel ahlâk kurallarına aykırı amaçları re’sen dikkate alabilir mi? Ve elbette bunoktada meselenin Bkm.65 kuralı karşısındaki durumu nedir?

⁶³ Susma hakkının satın alınması olarak da değerlendirilen bu duruma ilişkin farklı örnekler için bkz. Zufferey-Werro, 279 vd.

⁶⁴ Y. 13 HD. E. 141, K. 543, 5.2.1988 T. (www.lexpera.com.tr) Dolayısıyla bu karara paralel olarak ödenen paranın geri alınması istenildiğinde TBK m.65 hükmü de uygulama alanı bulmayacaktır.

⁶⁵ Eleştiriler için bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 398, Başpınar, 146.

⁶⁶ Y. 4 HD, E.5036, K.7669, 16.6.1975; Y. 11 HD, E.4834, K.191, 8.12.1975 T; Y. 15 HD, T, E.4887, K.4912, Ayrıca Y. 11. HD, E.620, K.620, 11.2.1980; Y. 11 HD, E.1976/4887, K.1976/4912, 15.11.1976. Ayrıca bkz. YHGK, E.1985/11-832, K.1986/199, 5.3.1986. (www.lexpera.com.tr)

⁶⁷ YHGK. E.2002/13-177, K.2002/206, 20.3.2002; Y. 14 HD. E.1988/6243, K.1989/91963, 11.1989. (www.lexpera.com.tr)

⁶⁸ Y. 11 HD. E.1989/9057, K.1991/4151, 18.6.1991; Y. 11 HD, E.1985/7135, K.1985/7370, 26.12.1985.

⁶⁹ Y.11 HD, E.1343, K.1475, 3.4.1981. (www.lexpera.com.tr)

Öncelikle belirtmek gerekir ki, soyut borç ikrarlarının hukuki niteliğiyle ilgili Fransız veya Alman hukuklarını temel alan iki görüş bulunur. Genel hatları ile Alman hukukunda, soyut borç ikrarı, temel borç ilişkisinden bağımsız, maddi anlamda soyut yeni bir borç yaratılması; Fransız hukukunda ise ayrı bir borç ilişkisi yaratmadan sadece alacaklıyı geçerli borç sebebinin varlığını ispat külfetinden kurtaran delil niteliği taşıması benimsenmektedir. Bu anlamda Türk ve İsviçre hukuklarında her ikidoktrin görüşünü de benimseyen yazarlar bulunmaktadır⁷⁰ ve söz konusu iki görüşün özellikle genel ahlâka aykırı amaçla düzenlenen soyut borç ikrarları yönünden ayrı bir önemi vardır.

Bilhassa Alman doktrinine paralel olarak maddi anlamda soyutluk ilkesini benimseyen yazarlara göre, genel ahlâka aykırı amaçla düzenlenen soyut borç ikrarlarının sonuçları hakkında üç temel görüş bulunur. İlk görüşe göre⁷¹, temel ilişkideki hukuki sebep genel ahlâka aykırı olsa bile, buna dayalı yapılan *soyut borç ikrarından bir alacak hakkı doğar*, çünkü soyut borç ikrarı temel borç ilişkisinden bağımsızdır. Yalnız yine de, genel ahlâka aykırı bu alacak hakkı, borçlunun *sebepsizzeninleşme talebi ile* karşı karşıyadır ki TBK m.81 hükmü de bu talebi engelleyemez⁷². Zira hüküm genel ahlâka aykırı sonucu elde etmek üzere verilenlerin geri istenmesini yasaklar. Oysa soyut borç ikrarında bulunan borçlu alacaklıya bir şey vermiş değildir, sadece borçlanmıştır⁷³. İkinci görüşe göre, kanunun *soyut* alacaklara bağladığı temel borç ilişkisinden bağımsız olarak geçerli olma sonucu, yine *kanunda yer alan diğer bazı temel kurallarla sınırlanmalıdır*⁷⁴. Yani soyut alacaklara tanınan sınırsız bir

⁷⁰ Örneğin Von Tuhr, 251, Kocayusufpaşaoğlu, 120, Sungurbey, s40 vd.; Tunçomağ, 186, İnan, 157, Oğuzman ve Öz, s207 vd. Alman sistemini benimsemektedir. Bana karşılık Haluk Tandoğan, *Notions Préliminaires a la Théorie Générale des Obligations*, (Genève: Georg., 1972), 100, Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 140, Eren, 203 vd. Silvia T. Du Pasquier, *Des Obligations Resultant d'un Contrat*, Art.17, *Commentaire Romand*, Code des Obligations I, (Genève/Bale/Munich: Helbing&Lichtenhahn, 2003), 76-80. Walter Yung, *La théorie de l'obligation abstraite et la reconnaissance de dette non causée en droit suisse*, Genève: Georg., 1930), 93 vd, Simonius, 757 ve Engel, 157 Fransız sistemini benimserler.

⁷¹ Kocayusufpaşaoğlu, 122; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 138.

⁷² Von Tuhr, 431; Oğuzman ve Öz, 86.

⁷³ Von Tuhr, 251 ve 414.

⁷⁴ İsmet Sungurbey, *Borç İkrarı ve Borç Vaadi*, İHFM, Y;22, S:1-4, (1957), 99;

hak yoktur. Kumar ve bahisle ilgili *BK m.605* hükmü ile kanun koyucu temel ilişkideki bozukluğun soyut alacağa da geçmesini kabul etmiştir. Zira hüküm gereği, hâkim soyut borç ikrarıyla ilgili alacağın kumar ya da bahis borcundan doğduğunu gördüğünde bunu re'sen göz önünde bulundurmak zorundadır. O halde bu düzenleme, daha ağır bir nitelik taşıyan“genel ahlâka aykırı borçlar” yönünden de *evleviyette (a fortiori)* uygulanmalıdır. Bunedenle eğer temel ilişki genel ahlâka aykırı ise, soyut alacakta batıldır. Nihayet, doktrinde yer alan son görüşe göreyse, soyutluk kuralından vazgeçmeden, pek çok genel ahlâka aykırı amaç güden sözleşmeyi batıl kılan TBK m.27 hükmüyle, doğrudandoğruya soyut borç ikrarının hükümsüz olduğunu söylemek mümkündür. Bu yönde, temel ilişkisi genel ahlâka aykırı olan ve kesin hükümsüz bir soyut borç ikrarı için tarafların kararlaştırdıkları en yakın amaç *ifa amacıyla edimdir*⁷⁵. Ancak sonrasında gelen ortak amaç genel ahlâka aykırı olduğundan ve sadece konusu değil amacı genelahlaka aykırı olan sözleşmeler de batıl olduğundan, soyut borç ikrarı da batıldır Dolayısıyla bu çözümde temel ilişkideki sakatlık soyut borç ikrarının hükümsüzlüğüne yol açmamakta, doğrudan soyut borç ikrarının kendisi genel ahlâkaaykırı olmaktadır⁷⁶.

Ancak maddi anlamda soyutluğu temel alan bu üç görüşe karşılık, bizim de katıldığımız görüşe göre, TBK m.18 hükmü taraflara, sözleşme ilişkisine ait sebepten bağımsız, sadece şekli anlamda soyut⁷⁷ bir borç

Kocayusufpaşaoğlu, 116.

⁷⁵ Sungurbey, (Borç İkrarı), 118 vd; Kocayusufpaşaoğlu, 140. Yazar şu örneği vermektedir: B ile A, üçüncü bir kişinin malının çalınması karşılığı B'nin A'ya 1000 lira vermesi konusunda anlaşılırsa bu sözleşme (temel borç ilişkisi), BKm.20 uyarınca genel ahlâka aykırı bir sebebi içerdiğinden hükümsüzdür. B, bu ilişkiye dayanarak A'ya bir soyut borç ikrarında bulunursa, işte söz konusu olan bu ikrarın en yakın amacı ifa amacıyla edimdir

⁷⁶ Kocayusufpaşaoğlu'nun haklı olarak eleştirdiği üzere bu çözüm, ihlali aynı zamanda genel ahlâka aykırılık oluşturmeyen hukuka aykırı sebep hallerinde farklı sonuca götürür. Çünkü, hukuka aykırılık bulunduğunda, BKm.20 uyarınca sözleşmenin konusunun hukuka aykırı olması aranır, genel ahlâka aykırılıkta olduğu gibi sebebin genel ahlâka aykırı olması yetmez. Bu durumlarda soyut borç ikrarının temeli, BKm.20 hükmü dışında kalacak ve ancak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade mümkün olabilecektir. Kocayusufpaşaoğlu, 127.

⁷⁷ Buna karşılık maddi anlamda soyutluk ise, borcun hukuki sebebinin içeriğinin dışında bırakılması ve artık sözleşmenin zorunlu unsuru olmamasıdır. Böylece sebep, temel ilişkiden soyutlanmakta, geçersiz olsa dahi soyut borç ikrarının

ilişkisi yaratmaktadır. Elbette ki her kazandırmada olduğu gibi bu sözleşmelere de konu olan ve taraflar arasında kabul edilen bir sebep mevcuttur ancak taraflar bu sebebi düzenledikleri sözleşmenin dışında tutmaktadırlar. Dolayısıyla alacaklının önünde iki seçenek vardır, ister soyutborç ikrarına, isterse bu ikrara sebep temel ilişkiye dayalı hakkını talep edebilir. Budurum genel ahlâka aykırı bir amacı gerçekleştirmek üzere düzenlenen soyut borç ikrarları için de geçerlidir. Alacaklı genel ahlâka aykırı olan temel ilişkiye değil, kendisini ispat yükünden kurtaran soyut borç ilişkisine dayalı borçludan ödemede bulunmasını talep eder. Buna karşılık, eğer borçlu temel ilişkinin genel ahlâkkurallarına aykırı ve geçersiz olduğunu ispat edebilirse, borç ikrarının butlanına karar verilebilir⁷⁸ ve bu durumda artık borç doğmayacaktır⁷⁹.

Meselenin TBK m.81 hükmü karşısındaki durumu ise, borçlunun ifade bulunup bulunmamasına göre değişir. Çünkü hüküm genel ahlâka aykırı amaç elde etmek için verilenlerin geri istenemeyeceğini hükme bağlamaktadır⁸⁰. Buna göre, eğer borçlu taahhüt altına girdiği miktarı henüz ödememiş ise mesele yoktur. Genel ahlâka aykırı amaçla verildiği ispat edilen soyut borç ikrarının geçersizliği, borçlunun vadinin de geçersizliği sonucunu doğuracak ve soyut borç ikrarı iptal edilecektir. Bir başka ifadeyle TBK m.81 hükmü genel ahlâka aykırı amaçla düzenlenmiş ve bedeli ödenmemiş senetlerin iptaline engel değildir⁸¹. Buna karşılık ödemede bulunulmuş ise, artık genel ahlâka aykırı amaç ile yapılan bu

geçerliliğini etkilememektedir. Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 137 vd; Simonius, 763; Engel, 156 vd; Du Pasquier, 76 vd

⁷⁸ Ancak temel ilişki genel ahlâka aykırı değilse elbette bu iddia önemli değildir. Örneğin, Yargıtay bir kararında, paylı mülkiyette paydaşlar arasında yapılan harici satış sözleşmesine göre izalei şuyu davasında ihaleye girmeyip, diğer paydaşlardan bono alan paydaşın yaptığı anlaşmanın genel ahlâka aykırı olmadığına hükmetmiştir. YHGK. 22.5.2002 T, E.2002/19-32, K.2002/421

⁷⁹ Engel, 156 vd; Tercier, 69-70. Böylece mahkemeler BKm.17 yönünden sözleşmenin sadece konusunu değil amacını da dikkate almaktadır. Örnek İsviçre Federal Mahkeme Kararları için bkz. ATF 72/1946 II 91 =JdT 1946 I 546; ATF 63/1937 II 248; ATF 48/1922 II 270=JdT 1923 I 13; ATF 48/1922 II 182=JdT 1923 I 534ATF 30/1904 II 77; ATF 34/1908 II 686.

⁸⁰ Von Tuhr, 251.

⁸¹ YHGK, E.1985/11-832, K.1986/199, 5.3.1986. Ayrıca bkz. Y. 11 HD, E.4834, K.191 8.12.1975; Y. 15 HD, E.4887, K.4912, 15.11.1976. (www.lexpera.com.tr)

ödeme TBK m.81 hükmü çerçevesinde sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edilemeyecektir⁸².

Buna karşılık soyut borç ikrarının, sebebi değil ancak *saiki* genel ahlâk kurallarına aykırı ise ve taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi genel ahlâka aykırı bir yönü açıklamıyorsa; bu durum soyut borç ikrarının geçersizliği için neden olamaz. Çünkü saik, taraf iradelerin uyumunu yönünde bir tür ön nedeni oluşturur. O halde, Yargıtay'ın da bir kararında belirttiği üzere, sözleşme ilişkisi genel ahlâka aykırılığı ortaya koymadıkça saik tek başına TBK m.26 ve m.27 hükümlerine göre soyut borç ikrarının geçersizliğine gerekçe olarak ileri sürülemez⁶⁷⁸.

D. SONUÇ

Bir sözleşme ilişkisi içinde genel ahlâk kuralları yönünden yapılacak olan geçerlilik denetiminde, TBK m.26 ve m.27 kapsamında ifade edilen sözleşmenin içeriği kavramı, geniş anlamda anlaşılmalı yani sözleşme ilişkisi içinde tarafların açık ya da örtülü olarak üzerinde anlaştıkları bütün hususları kapsayacak şekilde yorumlanmalıdır. Bu doğrultuda genel ahlâk kuralları yönünden yapılacak geçerlilik denetiminin konusunu sadece tarafların hak ve yükümlülükleri, edimleri değil diğer ifa unsurlarının (modalitelerinin), taraflara ait doğrudan ve dolaylı ortak amaçların da içinde olduğu sözleşmeye ait tüm unsurlar oluşturur.

Ahlaka aykırılık denetimi yaparken hâkimin, genel ahlâk kavramını somutlaştırması gerekir. Burada esas alınması gereken ahlak kuralları bireylere ait sübjektif ahlâk anlayışları değil, topluma ait objektif yani “*genel ahlâk kurallarıdır*”. Bunun yanında aynı toplum içindeki küçük gruplara ait özel ahlâk anlayışlarının da dikkate alınması gerekebilir. Bir

⁸² Hatta genel ahlâk kuralları bakımından bu durumun, taraflar arasında sözleşme özgürlüğü ilkelerine göre yaratılan “maddi anlamda soyut sözleşmeler” için dahi geçerli olduğu kabul edilir. TBKm.19/II ve m.183/II hükümlerinde de öngörülen “maddi anlamda soyut borç ikrarları”; tarafların açık ve kesin olarak temel ilişkiye konu def'i ve itirazlardan tamamen ya da kısmen, feragat etmeleri sonucu yaratılan ve böylelikle aslında yeni borç doğuran sözleşmelerdir. Maddi anlamda soyutlukta, borcun hukuki sebebi, borçlandırıcı işlemin dışında bırakır ve zorunlu unsuru olmaktan çıkarılır. Böylece temelindeki hukuki sebep geçersiz olsa dahi borç geçerliliğini muhafaza eder. Ancak bunlar için dahi, temel ilişkideki genel ahlâk kurallarına aykırılığın, alacaklıya karşı ileri sürülebileceği kabul edilir Engel, 157; Eren, 178.

toplum içinde aynı meslek grubuna dahil olan bütün bireylerin ortak olarak uymaları gereken ve bu yönüyle yine *objektif* bir özellik taşıyan kurallardan olan *meslek ahlâkı kuralları* bu kapsamda değerlendirilir. Ayrıca hâkim, ahlaki bir anlayışın ihlal edildiğini tespit etmiş olsa da eğer bu yönde bir pozitif hukuk kuralı varsa TBK m.27 hükmünden önce bu özel kuralı ve ona bağlanan yaptırımını uygulamak zorundadır. Önemli diğer bir husus, sözleşmenin geçerliliği araştırılırken *hangi andaki genel ahlâk kurallarının esas alınacağı* meselesidir. Bu durumda hâkim *sözleşmenin kurulduğu andaki şartlar* üzerinden bir değerlendirmede bulunmalıdır. Ancak, eğer sonuçları ertelenmiş bir hukuki ilişki söz konusu ise, bu durumda hâkim tarafından sonuçların doğduğu tarih esas alınır.

Sözleşmenin doğrudan amacı, tarafların taahhütlerinin tamamen ifası sonucunda ortaya çıkacak hukuki ya da fiili duruma ait düşüncelerini içeren objektif bir amacı ifade eder. Sözleşmenin doğrudan amacı, kazandırma ile doğrudan doğruya takip edilen, kazandırmaya hukuki karakterini veren, yani ona uygulanacak hukuk kurallarını tayin eden tipik amaç olarak *sebebe (causa)* işaret eder. Bunun yanında taraflardan birinin saiki, ancak diğer sözleşme tarafınca da bilindiğinde ve kabul edildiğinde, tek taraflı ve gizli olmaktan çıkarak ortak amaca dahil olabilir.

Sözleşmenin dolaylı amacı ise, tarafların elde etmeyi bekledikleri ve gerçekleşmesi için sözleşmenin yerine getirilmesinin şart olduğu hukuki ya da fiili en son durumu ifade eder. Ciddi olarak gerçekleşme ihtimali olan bu amaç üzerinde tarafların karşılıklı iradeleri uyduğundan, dolaylı amaç da sözleşme içeriğine dahil olur ve dolayısıyla genel ahlâka kuralları denetimine tabi tutulur. Dolaylı amacın, taraflardan birinin taahhüdünün esas sebebi olması; diğer sözleşme tarafının da bunu bilmesi ya da bilebilecek durumda olması, genel ahlaka aykırılık denetiminin uygulanması bakımından önemli bir ölçüttür. Sözleşmenin sonucu, sözleşmenin dolaylı amacından, genel ahlaka aykırılık denetimine tabi olmaması yönünden ayrılır.

Türk Borçlar Kanunu m.26 ve m.27 hükümlerinde sözleşmenin amacı kavramından bahsedilmese de TBK m.18 ve m. 77’de ifade bulan sebep kavramı; bunun yanında doktrin ve içtihatlardan varılan sonuç, geniş anlamda sözleşmenin içeriği kavramına tarafların amaçlarının da dahil olduğu yönündedir. Bu anlamda genel ahlâk kuralları denetimine, sözleşmenin amacına, sadece tarafların bu hukuki ilişkiyle ulaşacakları doğrudan amaçlar değil; aynı zamanda ciddi olarak gerçekleşme ihtimali

olan ve tarafların karşılıklı iradelerinin üzerinde anlaştığı dolaylı amaçları da dahil edilir.

Doğrudan amaç yönünden yapılan değerlendirmede hem borçlandırıcı işlem hem de tasarruf işlemi yönünden sözleşmenin sebebi ve bu sebebe bağlılığı dikkate alınmalıdır. Genel ahlâk kuralları tarafından korunan değerlerden *kişi özgürlükleri* TMK m.23/II anlamında, sadece borçlandırıcı işlemlere konu olabilirler zira tasarruf işlemleri etkilerini kişi üzerinde değil, malvarlığı üzerinde gösterebilir. Bu yönüyle kişi özgürlüklerinde tasarruf işlemlerindeki genel ahlâk kuralları denetimi, aslında borçlandırıcı işlemlerin ifası şeklinde ortaya çıkacağından tamamen *dolaylı* bir denetim ortaya koyar. Dolayısıyla kişi özgürlükleri bakımından, genel ahlâk kurallarına uygun olması gereken, öncelikle borçlandırıcı işlemlerdir.

Dolaylı amaçların da genel ahlâk kuralları denetimine tabi olması, sadece sözleşme ilişkisini oluşturan ve çevreleyen şartların değil, aynı zamanda toplumsal vicdanda istenmeyen, benimsenmeyen sonuçların da genel ahlâk kuralları bakımından denetlenmesini gerekli kılar. Bu da genel ahlâk kuralları bakımından amaç kavramının, hukuka aykırılıktan daha geniş şekilde tarafların dolaylı ortak amaçlarını kapsadığı sonucuna götürmektedir.

Sözleşmenin dolaylı amacının genel ahlaka aykırılık oluşturmaya yönünden öğretide farklı görüşler ortaya atılmış olup, bizim de katıldığımız İsviçre Federal Mahkemesinin görüşüne göre, sözleşmenin genel ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz sayılması için sözleşmenin her iki tarafının da bu ahlaka aykırı amacı bilmesi ya da bilmelerinin gerekmesinin yanında bu amacı gerçekleştirmeyi istemeleri ve sözleşmenin temel unsurlarından biri olarak kabul etmeleri gerekir.

TBK m. 18’de düzenlenen “*soyut borç ikrarları*” yönünden ise genel ahlâk kurallarına aykırılık değerlendirilmesi yapılırken temel ilişkiye konu sözleşmenin genel ahlâk kurallarına aykırı olduğu hallerde soyut borç ikrarının geçerliliği tartışmalıdır. Bizim görüşümüze göre, TBK m. 18 hükmü, sözleşme ilişkisine ait sebepten bağımsız, sadece şekli anlamda soyut bir borç ilişkisi yaratmaktadır. Bu sebeple alacaklı ister soyut borç ikrarına, isterse bu ikrara sebep temel ilişkiye dayalı hakkını talep edebilir. Alacaklı genel ahlâka aykırı olan temel ilişkiye değil, kendisini ispat yükünden kurtaran soyut borç ilişkisine dayalı borçludan ödemede

bulunmasını talep eder. Buna karşılık, eğer borçlu temel ilişkinin genel ahlâk kurallarına aykırı ve geçersiz olduğunu ispat edebilirse, borç ikrarının butlanına karar verilebilir ve bu durumda artık borç doğmayacaktır. Genel ahlâka aykırı amaç elde etmek için verilenlerin geri istenemeyeceğini düzenleyen TBK m. 81 çerçevesinde ise kanun koyucu borçlunun ifade bulunup bulunmamasına göre bir değerlendirme bulunmaktadır. Borçlu borçlandığı miktarı ödemediği takdirde genel ahlaka aykırı amaçla verildiği ispat edilen soyut borç ikrarının geçersizliği, borçlunun vaaadinin de geçersizliği sonucunu doğurur ve soyut borç ikrarı iptal edilir. Eğer borçlu ödemede bulunmuşsa, genel ahlâka aykırı amaç ile yapılan bu ödemenin iadesi mümkün olmaz. Bununla birlikte soyut borç ikrarının, sebebi değil ancak *saiki* genel ahlâk kurallarına aykırı ise ve taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi genel ahlâka aykırı bir yönü açıklamıyorsa; bu durum soyut borç ikrarının geçersizliği sonucunu doğurmayacaktır.

KAYNAKÇA

- Ateş, Derya.** Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık. Ankara: Turhan Kitabevi, 2007.
- Aubert, Maurice.** La répétition des prestations illicites au immorales en droit Français et dans la jurisprudence belge. Lausanne: Jaunin, 1954.
- Başpınar, Veysel.** Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı. Ankara: Banka ve Ticaret Enstitüsü Yayınları, 1998.
- Bucher, Andreas.** Personnes Physiques et Protection de la Personnalité. Bale: Helbing et Lichtenhahn, 1995.
- Deschenaux, Henri ve Steinauer, Paul-Henri.** Personnes Physiques et tutelle. Berne: Stampfli, 2001.
- De Werra, Jacques.** La Gestion Contractuelle Du Droit A L'image Des Sportif, Citius, altius, fortius. Mélanges en l'honneur de Denis Oswald. Bâle: Helbing & Lichtenhahn. 2012: 243-258.
- Du Pasquier, Silvia T.** Des Obligations Resultant d'un Contrat, Art.17, Commentaire Romand, Code des Obligations I. Genève/Bale/Munich: Helbing&Lichtenhahn, 2003: 76-79.
- Engel, Pierre, Chappuis, Christine, Marchand, Sylvain ve Morin, Ariane.** L'évolution récente du droit des obligations. Lausanne: CEDIDAC, 2004.
- Engel, Pierre.** Traité des obligations en droit suisse. Berne: Staempfli, 1997.
- Eren, Fikret.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Ferrand, Frédérique.** Droit Prive allemand. Paris : Dalloz, 1997.
- Funk, Fritz.** Commentaire du code federal des obligations: Art. 1 à 530. Neuchatel: Delachaux & Niestlé, 1930.
- Gauch, Peter, Schlupe, Walter R. ve Tercier, Pierre.** Partie générale du droit des obligations. Zurich: Schulthess Verlag, 1982.
- Guelfucci-Thibierge, Catherine.** L'indépendance entre nullité et responsabilité. Paris: LGDJ, 1992.
- Guggenheim, Daniel.** Le droit suisse des Contrats, (La Conclusion Des Contrats). Genève: Georg, 1991.
- Guillod, Oliver ve Gabrielle, Steffen.** Des Obligations Resultant d'un Contrat, Art.19-20, Commentaire Romand, Code des Obligations I. Genève/Bale/Munich: Helbing&Lichtenhahn, 2003: 120-140.
- Gümüş, Mustafa Alper.** Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Hatemi, Hüseyin.** Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK.65 Kuralı). İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976.
- Heritier, Anne.** Les Pots-De-Vin. Genève: Georg, 1981.

- İnan, Ali Naim.** Borçlar Hukuku Genel Hükümleri. Ankara: AÜHF Yayınları, 1971.
- Kılıçoğlu, Ahmet.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Turhan Kitabevi, 2022.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip.** Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.
- Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler. C.1. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.
- Oprea, Zeno.** Sur la notion de bonnes mœurs dans les obligations en droit civil Allemand. Paris : Librairie A. Rousseau, 1935.
- Öktem, İmran.** “Umumi Ev Olarak Kullanılmak Üzere Gayrimenkul Kiralanması”. İZBD, S:3 (1937): 89-103.
- Pédamon, Michel.** Le contrat en droit allemand. Paris: LGDJ, 2004.
- Postacioğlu, İlhan.** “Genelev İşletenlerin Mal Sahiplerinin Yaptıkları Kira Sözleşmelerinin Geçerliliği, Karar incelemesi”. EHFM, C:15, S:4 (1949): 1288 vd.
- Reichard, Charles F.** Etudes sur les contrats immoraux. Lausanne: thèse de l’universite, 1914.
- Ripert, Georges.** La règle morale dans les obligations civiles. Paris, LGDJ, 1949.
- Scarano, Jean-Pierre.** Dictionnaire de droit des obligations. Paris: Ellipses, 1999.
- Schneider, Albert ve Fick, Heinrich.** Commentaire du Code Fédéral des Obligations du 30 Mars 1911, Neuchâtel: Delachaux & Niestlé S.A, 1915.
- Simonius, August.** Quelques Remarques sur la Cause des Obligations en droit Suisse, Etudes de Droit Civil a la Mémoire De Henri Capitant. Paris: 1977: 753-767.
- Souchon, Christine.** Objet, Cause et Lésion du Contrat, France, Harmonisation du droit des affaires dans les pays du marché communs. sous direction Renie Rodière. Paris: Pedone, 1980.
- Sungurbey, İsmet.** “Borç İkrarı ve Borç Vaadi”. İHFM, C:22, S:1-4 (1957): 167-234.
- Tandoğan, Haluk.** Notions Préliminaires a la Théorie Générale des Obligations. Genève : Georg., 1972.
- Tekinay, Selahattin Sulhi, Akman, Sermet Burcuoğlu, Haluk ve Alttop, Atilla.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.
- Tercier, Pierre.** “La clausula rebus sic stantibus en droit suisse des obligations”. JdT I, (1979): 194-212. (Clausula)
- Tercier, Pierre.** “La Corruption Et Le Droit Des Contrats”. SJ II, (1999): 225-271. (Corruption)
- Tercier, Pierre.** Le droits des obligations. Genève, Zurich, Baie: Schlthess, 2004.
- Terre, Francois, Simler, Philippe ve Lequette, Yves.** Droit Civil, Les Obligations. Paris: Dalloz, 2002.
- Thévenaz, Alain.** La protection contre soi même, Etude de l’article 27 alinéa 2 CC. Berne: Stempfli Editions SA, 1997.

Tunçomağ, Kemal. Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler. İstanbul: Sermet Matbaası, 1976.

Von Tuhr, Andreas. Borçlar Hukukunun Umumi Kısım. Cilt 1-2; (Çeviren C.Edege). Ankara: Yargıtay Yayınları, 1983.

Witz, Claude. Droit Prive allemand, 1. Acte Juridiques, droit subjectif. Paris: Litec, 1992.

Yung, Walter. La théorie de l'obligation abstraite et la reconnaissance de dette non causée en droit suisse. Genève: Georg., 1930.

Zufferey-Werro, Jean Baptiste. Le Contrat Contraire aux Bonnes Mœurs. Fribourg: Editions Universitaires de Fribourg, 1988.

İŞLETME HAKKI DEVİR SÖZLEŞMELERİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN YARGISAL ÇÖZÜMÜNE İLİŞKİN ELEŞTİREL BİR YAKLAŞIM

*A Critical Approach to the Legal Resolution of Disputes Arising from
Transfer of Operating Rights Agreements*

M. Ayhan TEKİNSOY *
Mustafa Bayram MISIR **

ÖZ

Bu makalede işletme hakkı devir sözleşmelerinin (İHDS) hukuki mahiyeti özel hukuk ve kamu hukuku ayrımını öne çıkarmayan disiplinlerarası bir bakış içinde tartışılıyor. İHDS'nin pozitif hukukumuzda aldığı biçim ve yüksek yargı kararlarına da konu olan uygulama sorunları, eleştirel perspektiften ele alınıyor. İHDS, kamusal niteliği özel hukuk yargısal rejimi içinde de gözetilmesi gereken, kamu hizmetinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi için yapılan kendine özgü bir sözleşmedir. İHDS'den doğan uyuşmazlıklarda verilen yüksek yargı kararları özel hukuk ve kamu hukuku ayrımını öne çıkarmayan disiplinlerarası bir bakış içinde değerlendirildiğinde, İHDS'yi benzeri sözleşmelerden ayıran unsurların, *kamusallık*, *sürelilik*, *kamu mallarının devredilmemesi* ve *kamu gücü ayrıcalıklarının devredilmemesi* olduğu sonucuna varılmaktadır. Makalenin son bölümünde bu unsurlar gözetilerek Yargıtay kararları tartışılmaktadır. İHDS'lerden kaynaklanan uyuşmazlıkların adli yargıda görülmesi, bu sözleşmelerin bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin sözleşme olduğu gerçeğini ortadan kaldırmamaktadır. Kamu hizmetlerinin özel kişilere rekabet halinde gördürülmesinin tercih edilmesi, bir kamu hizmetleri piyasasının oluşmasına yol açmıştır. Bu çerçevede hem sözleşme ilişkisini hem de kamu hizmeti

Makalenin Geliş Tarihi: 05.05.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 23.11.2022.

* Doç. Dr. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: tekinsoy@yahoo.com, ORCID: 0000-0001-9327-8762

** Dr. Avukat, e-posta: mbmisir@yahoo.com, ORCID: 0000-0001-6975-4650.

ilkelerini dikkate alan bir yaklaşım geliştirilerek İHDS'lerin yorumlanması gerekir. Bu hukuki yorumda sözleşmelerin, kamu hizmetlerinin gördürüldüğü kamu tarafından denetlenen ve düzenlenen piyasalardaki, özellikle enerji piyasasındaki, aktörler arasında yapıldığı ve kamusallığın kamu hizmeti piyasalarının temel bir unsuru olduğu göz ardı edilmemelidir.

Anahtar Kelimeler: İşletme hakkı devir sözleşmesi, kamu hizmeti, özel hukuk kamu hukuku ayrımı, yargısal denetim, kamu hizmetleri piyasası.

ABSTRACT

In this article, the legal nature of the transfer of operating rights agreements (TOOR) is discussed in an interdisciplinary perspective that does not emphasize the distinction between private law and public law. The form of TOOR in our positive (written) law and the problems of its implementation, which are also the subject of high judicial courts decisions, are discussed from a critical perspective. TOOR, is a unique contract made for the execution of public service by private legal persons, whose public nature should also be considered within the private law judicial regime. When the high court decisions in disputes arising from TOOR are evaluated in an interdisciplinary perspective that does not emphasize the distinction between private law and public law, it is concluded that the elements that distinguish TOOR from similar contracts are public nature, temporality, non-transfer of public property and non-transfer of public power privileges. In the last part of the article, Yargıtay's decisions are discussed by considering these factors. The fact that the disputes arising from the TOOR are heard by the ordinary courts does not eliminate the fact that these contracts are related to the execution of a public service. The preference for public services to be performed by private individuals in competition has led to the formation of a public services market. In this framework, an approach that takes into account both the contractual relationship and the principles of public service should be developed and the TOOR's should be interpreted in this context. In this legal interpretation, it should be taken into account that the contracts are made between actors in the publicly supervised and regulated markets where public services are provided, especially in the energy market, and that public nature is a fundamental element of public service markets.

Keywords: Transfer of operating rights agreements, public service, distinction between private law and public law, judicial review, public services market.

I. GİRİŞ

İdare hukuku doktrinde kamu hizmetlerinin “tam ve kesin surette, yalnızca kamu hukukuna veya sadece özel hukuka göre yürütülemeyeceği” genel kabul gördüğü gibi, kamu hizmetlerinin hukuki rejiminin “tek ve saf olmayıp, konu ve amaçlarına göre değişik ölçüde kamusal ve özel hukuklardan oluşan karma nitelikte” bir karakter edindiği, genellikle benimsenmektedir¹.

Ayrıca kamu hizmetleri, idare yanında kanunla öngörüldüğü hallerde özel hukuk kişilerin de görülebilmektedir². Kamu hizmetlerinin kanunla öngörüldüğü hallerde özel hukuk kişilerine gördürüldüğü durumlarda, tek yanlı işlemle yetkilendirme usulünün giderek artan bir uygulaması³ olmakla birlikte klasik usul, idare ile özel hukuk kişisi arasında bir sözleşme yapılmasıdır. Hem Fransız hem de Türk idare hukuku öğreti ve uygulamasında idarenin bu sözleşmeleri, imtiyaz sözleşmeleri olarak bilinir ve incelenir⁴.

24/11/1994 tarih ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanunun “Kamu Hizmetlerinin Gördürülmesinin Özelleştirilmesi” başlıklı 15 inci maddesi ile kamu hizmetlerinin gördürülmesinin özelleştirilmesinde, işletme haklarının verilmesi veya kiralanması ve mülkiyetin devri dışındaki benzeri diğer yöntemlerle özelleştirme usulü benimsenmiştir. Buna göre, işletme haklarının verilmesi veya kiralanması ve benzeri diğer yöntemlerle özelleştirme, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanuna göre

¹ Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul – 1982, s. 306.

² Bu konu doktrinde kapsamlı bir şekilde incelenmiş ve kamu hizmetlerinin hukuki rejimi çerçevesinde kamu hizmetinin özel kişilere gördürülme usulleri tartışılmıştır. Bkz. Metin Günday, *İdare Hukuku*, İmaj yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2011, s. 343 vd.; Onur Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara, 2004, s. 285 vd.; Kemal Gözler, *İdare Hukuku* Cilt II, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 3. Baskı, Bursa – Mayıs 2019, s. 396 vd.; Bahtiyar Akyılmaz / Murat Sezginer / Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Savaş Yayınevi, 14. Baskı, Ankara – Ekim 2021, s. 567 vd.; Ali D. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara – 2020, s. 522 vd.

³ Genel olarak ruhsat ve bu usulün son dönemde benimsenen adıyla lisans usulü, elektronik haberleşme hizmetleri, enerji alanı başta olmak üzere yaygınlaşmış ve başat usul haline gelmiştir. Bkz. Gözler, s. 398-402; Ulusoy, s. 527-529.

⁴ Bkz. Günday, s. 344 vd.; Karahanoğulları, s. 326 vd.; Gözler, 421 vd.; Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 569 vd.

yapılacak; kamu hizmeti gören kuruluşların mülkiyet devri suretiyle özelleştirilmesine ilişkin konularda, Kanunun 1. maddesinde öngörüldüğü üzere, “bu kuruluşların mülkiyetinin devrine ilişkin hususlar, kuruluşların gördükleri kamu hizmetinin esaslarına ve özelliklerine göre ayrı kanunlarla (düzenlenecektir)”⁵.

Bu Kanunun kabulü ve mevzuattaki diğer düzenlemeler ile birlikte, yap-işlet-devret / yap-işlet / yap-kirala / restore et-işlet-devret ve benzerleri çoğaltılabilecek sözleşmeler ve bu makalenin konusu olan işletme hakkı devri sözleşmeleri ile birtakım kamu hizmetlerinin gördürülmesinin özelleştirilmesi yaygınlaşmaya başlayınca, bu sözleşmelerin hukuki niteliği tartışma konusu olmuş ve yargısal rejim sorunu gündeme gelmiştir. Bu sorun uzun yıllar hem Danıştay hem Anayasa Mahkemesi kararlarına konu olmuş; tartışma, anayasakoyucunun 13/08/1999 tarihli ve 4446 sayılı Kanunun 1 inci maddesi ile Anayasanın 47 nci maddesi son fıkrasına eklenen, “*Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir*” düzenlemesi ile sonuçlanmıştır⁶. Uzun tartışma döneminde, sonucu gösteren anayasal düzenlemenin içeriğinden de anlaşılacağı üzere tartışma, bize göre yanlış bir yönde, yargısal rejime indirgenmiş ve yargısal denetimin içeriğinin de yargısal rejimin türüne göre değişeceği benimsenerek ilerlemiştir. Bu dönemde, kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine imtiyaz sözleşmeleri ile gördürüldüğü durumlarda da kamusalılık yönü uygulanacak yargısal rejim ve yargı yolunun tespiti bakımından öne çıktığından Anayasa Mahkemesi ve

⁵ 4046 sayılı Kanun, genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların mal ve hizmet üretim birimleri ve varlıklarının (baraj, gölet, otoyol, yataklı tedavi kurumları, limanlar ve benzeri diğer mal ve hizmet üretim birimleri) ve Kamu İktisadi Kuruluşlarının (T.C. Devlet Demir Yolları İşletmesi Genel Müdürlüğü, Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü, Tütün, Tütün Mamulleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri Genel Müdürlüğü, T.C. Posta İşletmeleri Genel Müdürlüğü, Türk Telekomünikasyon A.Ş.) ve kamu hizmeti gören tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri üreten kamu iktisadi kuruluşları ile bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimlerinin mülkiyet devri dışında işletme haklarının verilmesi veya kiralanması ve benzeri diğer yöntemlerle özelleştirilebileceğini düzenlemektedir.

⁶ Günday, s. 355-362.

Danıştay içtihadı⁷, bu sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesinin bir türü olduğunu, idari yargı yoluna tabi olacağını ve iptal davasına konu edilebileceğini benimsiyordu.

Sonuçta, kamu hizmetinin özel kişi tarafından görülmesini içeren sözleşmenin idari sözleşme (genel olarak imtiyaz sözleşmesi) mi yoksa özel hukuk sözleşmesi mi olacağı, görevli yargı kolunun belirlenmesine ilişkin bir sorun olarak ele alınmış ve sözleşmeye uygulanacak hukukun içeriğine ilişkin tartışma yürütülmemiştir. Yargı kolu belirlendiğinde, sözleşmenin konusundan bağımsız olarak yargı yerinin kullanabileceği araçlarla sözleşmenin yorumlanacağı, böylece idari yargının görevli olması sonucunda sözleşmeye kamu hukuku kurallarının uygulanacağı kabul edilmiştir. Bu yaklaşım, adli yargının görevli olması durumunda, sözleşmenin -konusundan bağımsız olarak- tamamen özel hukuk kurallarına tabi olacağını da varsaymaktadır.

Anılan Anayasa değişikliğiyle birlikte pozitif hukukta süreç çok hızlı evrildi; izleyen kanuni ve kanun altı düzenlemeler ile kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesine ilişkin sözleşmelerin imtiyaz sözleşmeleri olduğuna dair görüş hem doktrinde hem de içtihatlarda tartışmalı hale geldi. Kanunla düzenlendiği durumlarda, bu yazının konusunu oluşturan kamu hizmetlerinin gördürülmesine ilişkin işletme hakkı devir sözleşmelerinin hem normatif düzeyde hem de içtihatlarda yargısal rejimi ile denetiminin özel hukuk kapsamında olduğu kabul görmeye başladı⁸.

Bu süreci, “işletme” kavramının⁹ ticaret hukukunun konusunu oluşturması da kolaylaştırmıştır. Hemen belirtelim ki idare hukuku öğretisinde kamu hizmetinin “gördürülmesi” ifadesinin tercih edilmesi, “işletme”nin özel hukuk ilişkilerini çağrıştırmasından ve kamu hizmetinin gereklerine uygun olmadığının düşünülmesinden de kaynaklanmaktadır¹⁰. Aynı doğrultuda

⁷ Onur Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, Ankara, 2004, s.153-357. Günday, s. 357-360.

⁸ Bu karar örnekleri, makalenin uygulama sorunları bölümünde ele alınacaktır.

⁹ Taner Ayanoglu, “İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt LXV, Sayı 1, 2007, s.4.

¹⁰ Gözler, bu yönde bir tespit yapmamakla birlikte, konuyu Fransız literatüründe olduğu gibi “kamu hizmetlerinin işletilme usulleri” olarak incelemekte; bir kamu hizmetinin özel kişi tarafından “işletildiğinin” söylenebileceğini, özel kişi tarafından “görüldüğünün” ya da “yürütüldüğünün” söylenemeyeceğini, “işletme” teriminin doğru olduğunu düşündüğünü ancak Türk idare hukuku literatüründe bu

“müşteri” olumsuz bir çağrışım içerdiğinden “hizmetten yararlanan” ifadesi tercih edilir. İdare hukuku/kamu hukuku kurallarına tabi olma kamusalının ve kamu yararının korunması olarak anlaşılırken, özel hukuk kurallarına tabi olma her halde özel çıkarın öncelenmesiyle özdeşleştirilir. Oysa kullanılan ifadenin, bu yönde bir niyet içerse de, hukuksal rejimi doğrudan belirleyeceği kabul edilemez.

Ortada bir “işletme” olduğundan ve “işletme hakkının devri” özel hukukta da söz konusu olabileceğinden, özel hukuk kişileri arasında yapılabilecek işletme hakkı devir sözleşmeleri ile kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi için yapılan işletme hakkı devir sözleşmeleri, aynı türden sözleşmelermiş gibi ele alınmaya başlanmıştır. Nitekim, gelinen aşamada kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi kapsamında yapılan işletme hakkı devir sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklar, özel hukuk kapsamında adli yargı kolunda çözümlenmekte; aşağıda göreceğimiz üzere, Yargıtay işletme hakkı devir sözleşmelerini kendine özgü bir isimsiz sözleşme, özel hukuk sözleşmesi olarak niteleyerek uyumsuzlukları çözmektedir. Ancak görülen işin bir kamu hizmeti olduğu gerçeği değişmemiştir. Bu durum, bu makalede ele aldığımız işletme hakkı devir sözleşmelerine dair uygulama sorunlarında gördüğümüz üzere, başka bir uca, uyumsuzluğun sadece özel hukukun ilkeleri ile çözülmeye çalışılmasına varılmasına sebebiyet vermektedir. Bize göre bu, hukuki biçimini kamu hizmetlerinin özel kişilere sözleşmelerle gördürülmesinde bulan ve esasen kamu hukukunun konusunu oluşturan somut olgu ile çelişmektedir.

Bu çelişkinin hukuki sonuçları Yargıtay uygulamalarında izlenebilmektedir. Yargıtay özel hukuk ilkelerini öne çıkarma eğilimi içinde olduğundan, uyumsuzluklarda, kamu hizmeti ilkesi temelinde değil, sözleşme hukuku temelinde bir yorum metodu ile sonuca varmaya yönelmektedir. Bu, Yargıtay’ın sadece kamusalılığı dışlamasına değil, olgu ile hukuki olay arasındaki bağlantı yitirildiğinden, özel hukuk bağlamında da hukuki yorum kurallarına aykırı sonuçlara varmasına neden olabilmekte; Yargıtay aynı kararda hem sözleşme hukukunun ilkelerine hem de haksız fiil hukukunun ilkelerine dayanarak karar verebilmektedir¹¹.

terimin yaygın olarak kullanılan bir terim olmadığını belirtmektedir. Gözler, s. 384-385.

¹¹ Bu karar örnekleri, makalenin uygulama sorunları bölümünde ele alınacaktır.

Bugün, imtiyaz sözleşmesi olarak görülmeyen, kamu ile özel sektörün bir araya geldiği sözleşmelerden biri olan işletme hakkı devir sözleşmelerinin, kamu hizmetlerinin gördürüldüğü kamu tarafından denetlenen ve düzenlenen piyasalarda, özellikle enerji piyasasında söz konusu olduğunu da gözetmek ve sözleşmeleri ait oldukları kamu hizmeti piyasaları temelinde de değerlendirmek gerekir.

Karşı karşıya olduğumuz gerçeklik, modern toplumlarımızın karmaşıklaşması içinde kamu hizmetlerinin çeşitlenmesi olgusu, Duguit'nin kamu hizmeti ve objektif hukuk temelinde geliştirdiği kamu hukuku ile özel hukuku mutlak olarak birbirinden ayırmaya karşı çıkan¹² bakış açısından hukukun yeniden düşünülmesini zorlamakta; Duran'ın belirttiği türden "karma yargısal rejim" ara çözümleri karşı karşıya olduğumuz olguların hukuki biçimlenişini anlamamıza yeterince katkı sunmamaktadır.

Tüm bunlar birlikte değerlendirildiğinde; "kamusallık", "piyasa", "sözleşme", "işletme", "işletme hakkı", "işletme hakkı devri" gibi kavramların kamu hukuku / özel hukuk ayrılığını fetişleştirmeyen ve sosyal ve ekonomik gerçeklikleri göz ardı etmeyen, özel hukuk ve kamu hukuku ayrımını öne çıkarmayan disiplinlerarası bir bakış içinde ele alınması gerekmektedir. Ancak böylece, bu kavramlar hukuki gerçeklik içinde maddi hukukun konusu olarak değerlendirilebilir.

Bu makalede bu nedenle, öncelikle, işletme hakkı devir olgusu, çok kısa / özet olarak sosyolojik ve iktisadi bir gerçeklik olarak ele alınacaktır. İzleyen bölümde, bu sosyolojik ve iktisadi olgunun pozitif hukukumuzda aldığı biçim özel hukuk ve kamu hukuku ayrımı öne çıkarılmaksızın incelenecek; son bölümde, yüksek yargı kararlarına da konu olan uygulama sorunları, eleştirel perspektiften tartışılacaktır.

II. OLGUSAL GELİŞME: KAMU HİZMETİ PİYASALARININ OLUŞUMU VE ÇEŞİTLENMESİ

Her ne kadar, sosyolojik ve iktisadi analizlerde, esas olarak "sosyal hukuk devleti"nin bir geri çekilmesi olarak ele alınmakta ise de neoliberal dönemde, tüm karmaşıklığı içinde karşı karşıya olduğumuz şey, genişleyen kamu hizmetlerinin sermaye birikimine hizmet edecek ve böylece sermayenin kâr oranlarının azalma sürecini tersine çevirmese bile yavaşlatacak yeni bir

¹² Leon Duguit, *Kamu Hukuku Dersleri*, çev. Süheyye Derbil, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara – 1954, s.16 vd.

toplumsal konsensüsün / düzenlemenin açığa çıkmasıdır. Olgunun yeni olmadığını belirtelim: İmtiyazın yükseldiği büyük imtiyazlar dönemi de temelinde, özel girişimcilerin kendi kapitalist varlıklarını devlet sayesinde gerçekleştirdikleri, kâr sağlarken muhtemel zararları kamuya bıraktıkları, tekel hakkı ya da en azından ayrıcalıklara sahip olarak her hal ve kârda güvenceli olan kamu hizmetlerini yürüttükleri “yanlış bir kapitalizm” olarak nitelenmişti¹³. Bu konu, genel olarak kapitalist devlet kuramları içinde ayrıntılı olarak çözümlenmekte ve tartışılmaktadır¹⁴. Sorunu sermaye birikimi merkezli ele alan çözümlemelerde konu, olgusal olarak, Keynesçi ulusal refah devletinin birikim / düzenleme stratejilerinin dönüşüme uğradığı şeklinde ifade edilmektedir¹⁵.

Bu olgu hukuki biçimini, piyasaların daha önceki dönemde görülmeyen bir ölçekte uluslararasılaşması ile kamu hizmetlerinin özel kişilere üstelik rekabet halinde gördürülmesinin uluslararası ve ulusal düzenlemelere konu edilmesi ile kazanmıştır. Birinci olgunun hukuksal ifadesi, Dünya Ticaret Örgütü’nü kuran anlaşma ile sonuçlanan uluslararası hukuk ise, ikinci olgunun Türkiye’de hukuksal ifadesi bağımsız idari otoritelerin ulusal hukuk dünyasına girmesi olmuştur¹⁶. Ne birinci olgu, piyasaların daha önceki dönemde görülmeyen bir ölçekte uluslararasılaşması ne de ikinci olgu, kamu hizmetlerinin özel kişilere rekabet halinde gördürülmesi birbirinden

¹³ Bkz. M. Ayhan Tekinsoy, “İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2002, s. 157 vd.

¹⁴ Bkz. Mustafa Bayram Mısır, *Kapitalist Devlet*, Edebi Şeyler Yayınevi, İstanbul, 2020.

¹⁵ Bob Jessop, dönüşümün “Schumpeterci çalıştırıcı post-ulusal rejimlere doğru” yeni bir düzenleme ile olduğunu ileri sürmüş, yine düzenleme okulu içinde konuyu ele alan Joachim Hirsch ise, süreci post-fordizm temelinde “kapsamlı bir ekonomik kuralsızlaştırma (ekonomik süreçlerin devlet kontrolünden bağımsızlaşması) ve piyasaların radikal bir şekilde serbestleştirilmesi temelinde başarı ile yeniden inşa etme çabası” olarak ele almıştır. Bkz. Bob Jessop, *Kapitalist Devletin Geleceği*, çev. Ahmet Özcan, Epos Yayınları, Ankara, 2009. Joachim Hirsch, *Materyalist Devlet Teorisi*, çev. Levent Bakaç, Alan Yayınları, İstanbul, 2011.

¹⁶ Nagehan Talat Aslan, “Yönetimin Yeni Yapı Taşları Bağımsız İdari Otoriteler: ‘Yavru Leviathanlara Doğru’”, *Sosyal Siyaset Konferansları* dergisi, Sayı 59 (2010/2), s. 25–49. M. Ayhan Tekinsoy, “Bağımsız İdari Otoriteler ve Regülasyon Anlayışı – Tartışmalar, Sorunlar”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 65, Sayı: 2 Bahar 2007, s. 128 vd.

bağımsızdır ve bu iki olgu birlikte -başka sonuçları yanında- objektif olarak, bir kamu hizmetleri piyasasının oluşması sonucunu doğurmuştur.

Eleştirel görüşler, kamu hizmetleri piyasasının oluşumunu ve bağımsız idari otoritelerce denetimini, piyasaların radikal bir şekilde serbestleştirilmesi¹⁷ olarak görmekte ise de, bu görüş olguyu değiştirmemekte, tepkisel kalmaktadır. Bize göre, hukuki biçimin son tahlilde dayandığı somut sosyolojik / iktisadi olgudan bağımsız ele alınması mümkün olmadığına göre, eleştirel vurgunun, olgunun yarattığı hukuki sorunların kamusalılık temelinde çözümüne kaydırılması gerekir. Burada sorunun Duguit'nin objektif hukuk görüşüne göre ele alınması ile varılacak hukuksal sonuçların, kamu hukuku / özel hukuk ayrımı temelinde sorunun ele alınmasından daha kapsayıcı olacağı söylenebilir. Daha açık deyişle, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinin hukuki biçiminin özel hukuk sözleşmesi ya da kamu hukuku sözleşmesi olmasından önce, görülen işin kamu hizmeti olduğuna dair hukuki oydaşma birinci önemdedir. Bu durumda, sözünü ettiğimiz kamu hizmetleri piyasalarının birincil özelliği “kamusalılık” olacaktır. Çünkü bu piyasalar, objektif olarak kamu hizmetlerinin görüldüğü piyasalar olduğundan, denetlenen ve düzenlenen piyasalar olarak işler ve kamu hizmetleri özel hukuk kişilerince görülse bile, tüm piyasa kamusalılık niteliğini muhafaza eder. Yukarıda yanlışlığına değinilen, kamu hizmetinin yerine getirilmesi / görülmesinin “işletme” olarak ifade edilmesinin ticaret hukuku anlamında işletme olarak kabulü ile bu kez kamu hizmeti alanının “kamu hizmeti piyasası” olarak ifade edilmesinin kamusalılığı ortadan kaldıracığı yaklaşımı paraleldir.

Şu hâlde hukukçunun görevi, bu kamusalılık biçimini, özel hukuku da içerecek şekilde, bir hukuki olgu / sorun olarak ele almak olmalıdır. Türkiye gibi gelişme sıralamasında önlere yer alamayan ülkelerde, kamu hizmetleri kurulurken, sadece sermaye birikimi süreçleri gözetilerek değil yurttaşların temel kamusal mal ve hizmetlere erişimi için de genişlemiş kamu hizmetleri, emanet usulü ile genel ve katma bütçeli kuruluşlar ya da kamu iktisadi teşekkülleri eliyle yürütülmüş; bu sebeple enerji, iletişim ve ulaşım gibi, kapitalist diğer düzenleme örneklerinde rekabetçi bir piyasaya bırakılmış sektörlerde de bir kamu tekeli oluşmuştu.

Bugün ülkemizde, çeşitli kanunlar ile düzenlenen ve kanunla kurulmuş bir bağımsız otorite olan Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından

¹⁷ Hirsch, age, s.137; Aslan, age, s.42 vd.

denetlenen elektrik piyasası, doğalgaz piyasası, petrol piyasası, lpg piyasası; yine çeşitli kanunlar ile düzenlenen ve kanunla kurulmuş bir bağımsız otorite olan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından denetlenen iletişim hizmetleri piyasası; ayrıca kamu iktisadi teşebbüsleri olan DHMİ (Devlet Hava Meydanları İşletmesi) ve TCDD (Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları) tekel olarak yürüttükleri hizmetlerini işletme hakkı devri ya da benzeri yolla gördürebileceklerinden ulaşım hizmetleri piyasası vb.; kamu hizmetlerinin özel kişilere rekabet halinde gördürülmesi ile oluşmuş piyasalara örnek oluşturur¹⁸.

İşletme hakkı devir sözleşmeleri, genellikle, bu piyasalar aracılığı ile görülen kamu hizmetlerinin ya da kamusal mal üretimi gerçekleştiren kimi kamu iktisadi teşebbüslerinin kamusal mal üretiminin¹⁹ özel kişilere gördürülmesi amacıyla yapılan sözleşmeler olarak hukuk dünyamıza girmiş, 4046 sayılı Kanun sonrasında “kamu hizmetlerinin gördürülmesinin özelleştirilmesini” amaçlayan bir muhteva da edinmiştir. Bu muhteva, bu Kanun ile ilgili olmaksızın piyasa faaliyetlerine benzer kamu hizmetlerinin, esas olarak özel hukuka tabi olması eğilimine bağlanarak hukuksal rejimin özelleştirilmesi olarak da nitelenmekte²⁰ ve eleştirilmektedir.

Bize göre kamu hizmetinin özel hukuk kişilerince görülmesi, özel hukuk yargısal rejimine tabi olması, hizmetin görülmesinin kendine özgü bir piyasa yaratması, sorunun özünü, görülen hizmetin kamu hizmeti olduğunu ve

¹⁸ Bunlara, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu tarafından denetlenen radyo ve televizyon yayıncılığı hizmetleri de eklenmelidir. Ayrıca bağımsız idari otoriteler (ya da güncel adıyla “düzenleyici-denetleyici kuruluşlar”) tarafından denetlenmemekle birlikte, yurttaşların temel ihtiyaçlarının giderilmesinde işlev gören ve ilgili olduğu piyasayı aktif olarak etkileyip düzenleyen, örneğin belediyelerdeki halk ekmek şirketleri; genel idare içinde yer alan TOKİ ile iştirakleri vb. tümüyle benzer olmasa da bu “yeni kamusalılık” içinde ele alınması gereken örneklerdir. Ancak makalemizin inceleme konusu münhasıran “işletme hakkı devir sözleşmeleri” olup, “yeni kamusalılık” olmadığından, bu konunun tüm yönleri ile ayrıca incelenmesi gerekir.

¹⁹ Örneğin, kamuoyunda tartışmalara sebebiyet veren Tank Palet Fabrikası, Millî Savunma Bakanlığı tarafından emanet usulü ile işletilirken, önce kamu iktisadi teşebbüsü olan Askeri Fabrika ve Tersane İşletme Anonim Şirketi’ne -14 Mayıs 2019 tarihli Cumhurbaşkanlığı Kararı ile- devredilmiş, bu şirket de, işletme hakkı devir sözleşmesi ile bu fabrikanın işletilmesini 25 yıllığına BMC Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş.’ye devretmiştir.

²⁰ Karahanoğulları, age, s.298 vd.

hukuksal denetimin kamu hizmeti ilkelerine göre yürütülmesi gereğini ortadan kaldırmamaktadır.

Ayanoğlu, işletme hakkını ele alırken onun hem ticari niteliğine hem de kamusal niteliğine vurgu yapmaktadır²¹. Basitçe hakkın ticari niteliği, bir işletmeyi çalıştırarak kâr elde etme iken; kamusal niteliği, anayasa ve kanunlar ile devlet tekeline alınmış bir kamusal kaynaktan (orman, maden, rüzgâr vb. yeraltı ve yerüstü kaynakları gibi kaynaklardan) gelir elde edilmesi, yine görülmesi tekel olarak anayasa ya da kanun ile kamuya bırakılmış ya da altyapısı kamusal olarak inşa edilmiş ve tekel halindeki mal üretimi ya da hizmetlerin gördürülmesinden gelir elde edilmesidir. Daha önce devlet ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yerine getirilen tekel niteliğindeki hizmetlerde hukuksal tekelin kaldırılması ve serbestleştirme, doğal / fiili tekel oluşmasını engellemediği gibi, örneğin şehir içi elektrik dağıtımı hizmetlerinde görüleceği üzere şebekelerin işletilmesinde tekel konumunun devam ettiği açıktır.

İşletme hakkının kamusal niteliği göz ardı edilip ticari niteliği gözetilerek, borçlar hukukumuz ya da ticaret hukukumuz kaynaklı olarak işletme hakkı devrinin yaygın olarak uygulandığı düşünülebilir. Ancak serbest piyasada, işletme hakkı devri bilinen ve kullanılan bir usul olmadığı gibi, borçlar hukukunda ya da ticaret hukukunda da bilinen tipik bir sözleşme türü değildir. Serbest piyasa içinde, iki özel hukuk tüzel kişinin kira, hasılat kirası vb. usuller varken işletme hakkı devir sözleşmesi yaptıkları görülmemekte, yaptıkları benzeri nitelikteki isimsiz sözleşmeler uyuşmazlık hallerinde, hukuken ana edimi kira olan yan edimli sözleşmeler olarak nitelenmektedir. Aşağıda aktaracağımız ve Yargıtay bozmasına konu olan yerel mahkeme kararının dayanağı olan bilirkişi raporlarındaki özel hukuk bakış açısı ile salt özel hukuk müesseseleri kullanılarak, işletme hakkı devir sözleşmelerinin hasılat kirası sözleşmeleri olduğu, uyuşmazlığın buna göre çözülmesi gerekeceği kanaatine varıldığı görülmektedir²².

²¹ Ayanoğlu, agm, s.5.

²² Raporlara erişimimiz olmamakla birlikte; Yargıtay kararından ticaret mahkemesi tarafından alınan bilirkişi raporuna dayanarak taraflar arasındaki işletme hakkı devir sözleşmesinin hasılat kirası sözleşmesi olarak nitelendiği ve buna dayanılarak görevsizlik kararı verildiği, Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 06/11/2013 tarihli, 2013/13751 E., 2013/14895 K. sayılı bozma ilamı ile taraflar arasında kendine özgü niteliği olan "İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi" kurulduğu belirtilerek, ticaret mahkemesinin görevli olduğu sonucuna varıldığı, anlaşılmaktadır. (Aynı mahiyette

Aynı şekilde, işletme hakkı devrinin ticari işletme devri ile de ilgisi yoktur. Burada ister istemez, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununca içerilen ticari işletme devri ile ilgili düzenlemelere kısaca da olsa değinmemiz gerekir. Türk Ticaret Kanunu, ticari büyüklüğü esnaf işletmelerini aşan tüm bağımsız işletmeleri ticari işletme saymıştır; “esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme” (TTK 11/1), ticari işletmedir. Ticari işletme devri, TTK’da işletme hakkının devrinden farklı olarak, ticari işletmenin tüm mal varlığı ile bir bütün olarak devri olarak düzenlenmiştir. Halbuki, işletme hakkının devrinde mal varlığı mülkiyetinin devri söz konusu değildir. Bu temel farklılık, işletme hakkı devir sözleşmelerinin kamusal niteliğinden, mal varlığının kamuya ait olmasından kaynaklanır. 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun “Özelleştirme” başlıklı 18 inci maddesinin 2 nci fıkrasında “TEDAŞ’ın faaliyet alanında yer alan ve dağıtım faaliyeti için gerekli olan işletme ve varlıklar üzerinde, mülkiyeti saklı kalmak kaydı ile TEDAŞ ile belirlenen dağıtım bölgelerinde faaliyet göstermek üzere kurulan elektrik dağıtım şirketleri arasında işletme hakkı devir sözleşmesi düzenlenebilir.” hükmüne yer verilmiş olup, Kanunun 9/6 ncı maddesinde ise “24/11/1994 tarihli ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde yapılan özelleştirme sonrası elektrik dağıtım tesislerinin iyileştirilmesi, güçlendirilmesi ve genişletilmesi için yapılan yatırımların mülkiyeti kamuya aittir.” hükmü yer almaktadır. Özelleştirme İdaresi Başkanlığı’nın talebiyle Başbakanlık tarafından yapılan başvuru üzerine verilen Danıştay’ın 26/11/2004 tarihli E: 2004/444, K: 2004/409 görüşünde, *“4046 sayılı Kanunun 18 inci maddesinde, mülkiyetin devri sonucunu doğuran satış yönteminin yanında işletme hakkının verilmesi de özelleştirme yöntemleri arasında gösterilmiş, 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (h) bendinde de, tabii kaynakların belli bir süre için sadece işletme hakkının verilmesi suretiyle özelleştirileceği ilkesine yer verilmiştir. Bu durumda, belirlenen dağıtım bölgesi sınırları içinde dağıtım hizmetlerini görmek üzere dağıtım şirketi kurularak bu şirkete 49 yıl süreyle dağıtım lisansı ve işletme hakkı verilmesinin, dağıtım tesisleri dışında kalan duran varlıkların (arsa, bina, taşıt, demirbaş vb) da bu şirkete devir edilmesinin ve söz konusu şirketin hisselerinin satışı suretiyle özelleştirilmesinin mümkün olduğu”* sonucuna varılmıştır.

seri kararlar için örneğin bkz. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 06/11/2013 tarih, 2013/13739 E., 2013/14883 K.; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi 06/11/2013 tarih, 2013/13749 E., 2013/14893 K.; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 06/03/2014 tarih, 2014/1257 E., 2014/2578 K. vd.)

III. HUKUKİ OLGU/SORUN: İŞLETME HAKKI DEVİR SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

İşletme hakkı devir sözleşmesi, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun ile hukukumuzda girmiş değildir. 4046 sayılı Kanun öncesinde, “29/02/1984 tarih ve 2983 sayılı”, “04/12/1984 tarih ve 3096 sayılı”, “28/05/1988 tarih ve 3465 sayılı” kanunlarda da kamu hizmetlerinin işletme hakkının devri ile özel hukuk tüzel kişilerine gördürülmesi öngörülmüştür²³.

04/12/1984 tarih ve 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanunun “İşletme hakkının devri” başlıklı 5 inci maddesinde, görev bölgelerinde kamu kurum ve kuruluşlarınca (Kamu iktisadi teşebbüsleri dâhil) yapılmış veya yapılacak üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının görevli şirketlere verilmesine Cumhurbaşkanı tarafından karar verileceği düzenlenmiş ve bu maddenin uygulanması ile ilgili hususların Cumhurbaşkanınca çıkarılacak Yönetmelik çerçevesinde Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca yürütüleceği düzenlenmiştir.

Bu makalenin münhasıran konusunu oluşturmayan “yap-işlet-devret modeli”nde de işletme hakkının devri söz konusu olmaktadır. Keza, işletme hakkı devri, hali hazırda yürürlükte olan 26/06/1939 tarihli ve 3653 sayılı Yalova Termal Kaplıcalarının İdaresi ve İşletilmesi Hakkında Kanunda 2004 yılında yapılan değişikliklerle su kaynaklarının kiralanabileceği ya da “restore et-işlet-devret modeli ile devredilebileceği” benimsendiğinden, burada da söz konusu olabilecektir. Yine 21/04/2005 tarihli ve 5335 sayılı Kanunun 33 üncü maddesi ile DHMİ’nin, devlet hava meydanlarını kiralama ya da işletme hakkı devri usulü ile özel hukuk tüzel kişilerine 49 yılı geçmemek üzere devredebileceği düzenlenmiştir.

Şurası açık ki, hukuki olgu/sorunun anlaşılabilmesi için 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun öncesi dönem ile sonrasını ayırmak bir zorunluluktur. 4046 sayılı Kanun öncesinde, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarına konu edilen işletme hakkı devir sözleşmeleri ile kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi amaçlanmakta iken, bu Kanun ile Kanun’un başlığında belirtildiği gibi “kamu hizmetlerinin gördürülmesinin özelleştirilmesi” amaçlanmaktadır²⁴. Bunun pozitif

²³ Ayanoğlu, agm, s.12.

²⁴ Ayanoğlu, agm, s.11.

hukukumuzdaki yegâne sonucu ise hukuksal rejimin *özelleştirilmesi*, daha açık deyişle, kamusal niteliği bizce tartışmasız olan bu sözleşmelerin (uymazlıkların) idari yargıya değil adli yargıya tâbi kılınması olmuştur.

Bu makalede uygulama sorunları bölümünde ele alacağımız TEDAŞ (Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi) ile TEDAŞ'ın bölünmesiyle 21 ayrı bölgede kurulan EDAŞ'lar (elektrik dağıtım anonim şirketleri) arasında yapılan işletme hakkı devir sözleşmelerini (İHDS) daha önce Anayasa Mahkemesi ve Danıştay denetiminden geçen işletme hakkı devir sözleşmeleri ile karşılaştıran Ayanoğlu, iki ayrı hukuki rejime ait iki ayrı işletme hakkı devir sözleşmesi olduğu sonucuna varıyor:

“İşletme hakkı devir sözleşmeleri, kamu kesiminde, kamu hizmeti üreten ve üretmeyen her türlü işletme bakımından söz konusu olabilen, bu sebeple çok çeşitli alanlarda başvurulmuş bir yöntemdir. Bu sebeple, işletme hakkı devri sözleşmeleri, sözleşmelerin konusuna göre, özel hukuk sözleşmesi veya idari sözleşme biçiminde ortaya çıkabilmektedir.”²⁵

Mevcut pozitif hukukumuz içinde uygulama, bu iki ayrı hukuki rejime tabi iki ayrı İHDS bulunduğu görüşünü de aşarak, İHDS'lerin özel hukuk sözleşmeleri olduğu yönünde gelişmektedir. Bizim görüşümüz ise bu geline aşamada konunun, hukuki rejim tartışmasının ötesinde, adli yargı ve idari yargının görev tartışmasından çıkarılarak, adli yargı yeri görevli olsa dahi işletme hakkı devir sözleşmelerinin yorumunda kamu hukukunun kamu hizmeti ile ilgili genel ilkelerinin “yeni kamusalılık” doğrultusunda dikkate alınması gerekeceği, aksi durumda, kamu hizmetine ilişkin anayasal ilkelerin tartışmaya açılmış olacağıdır.

İHDS'lerdeki, örneğin sorumluluk paylaşımı vb. düzenlemelerin taşıdığı ağırlık nedeni ile doğan uymazlıklara adli yargı yolunda bakılsa bile; bize göre, İHDS'lerdeki kamusalılık, münhasıran sözleşmenin düzenlediği konulardan değil de devredilen işletme faaliyetinin muhtevassından doğduğundan, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun öncesinde özellikle Anayasa Mahkemesi tarafından İHDS bakımından gözetilen ve Danıştay tarafından da tekrar edilen ilkelerin tamamının gözetilmesi, uymazlık çözümünde bu ilkelere müracaat edilmesi gerekir.

Yargı yolunun kanunla düzenleneceğine dair Anayasa değişikliği öncesinde Anayasa Mahkemesi'nin konu ile ilgili kararlarını gözetin

²⁵ Ayanoğlu, agm, s.21.

Danıştay, sorunu hukuki rejim bakımından da ele alarak işletme hakkı devir sözleşmesini imtiyaz sözleşmesinin bir türü saymıştır²⁶. Bu bakış açısı, kamusalılığı hukuki rejime sıkıştırdığından, bugün Yargıtay’ın İHDS’leri “kamusalılığı” öncelemeksizin herhangi bir sözleşme olarak ele alması da, Danıştay’ın geçmiş kararlarını yansıtan ayna görüntü sayılmalıdır. Bu bakımdan Yargıtay’ın İHDS’yi nasıl nitelediğinden önce, yargı yolu yönünden değilse de İHDS’nin yorumu yönünden Anayasa Mahkemesinin sorunu hukuki rejime sıkıştırmanın ötesine geçen görüşlerine başvurmak gerektiği kanısındayız. Zira bu görüşler, Danıştay ve Yargıtay’ı da bağlar.

İHDS’nin yaygın olarak kullanıldığı ve halihazırda uygulama sorunlarının meydana geldiği sektör, enerji piyasası, özellikle de elektrik piyasasıdır. İHDS’ye ilişkin ilk düzenleme de bu sektörle ilgili olarak yapılmış; Anayasa Mahkemesi, konu ile ilgili görüşlerini, elektrik üretim, iletim ve dağıtımının kamu hizmeti olarak kurulduğu ve bir kamu hizmeti piyasası olarak elektrik piyasasının oluşmadığı dönemde verdiği kararlarda açıklamıştır. Kararın İHDS’nin hukuki rejimi ile ilgili olan bölümleri anayasa değişikliği sonrasında pozitif hukukumuz dışında kaldığından, diğer ilkelere baktığımızda; Mahkeme, özelleştirmenin ancak kanunla yapılabileceğini, Anayasa’nın 167 ve 172 inci maddelerini gözeterek uygulamanın “özelleştirmeye ilişkin yasal düzenlemelerde, tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önlemeye, tüketicileri korumaya yönelik kuralların bulunmasının zorunlu” olduğunu, “doğal servet ve kaynaklardan yararlanan üretim birimlerinin varlıklarının özelleştirilmesinde bunların yararlandıkları doğal servet ve kaynakların mülkiyetinin gerçek ve tüzel kişilere devri(nin) olanaksız” olduğunu, “doğal zenginlik ve kaynakların da işletme hakkının süresiz devredilmesine olanak verilemeyeceğini” benimsemiştir²⁷. Bu ilkeler, anayasal ilkeler olduğundan Yargıtay ya da başka bir hukuki denetim merciinin bu ilkeleri göz ardı ederek İHDS’leri yorumlaması düşünülemez.

Yargıtay’a göre İHDS, kendine özgü bir yapısı olan ticari sözleşmedir. Yargıtay bu sonuca, İHDS’nin kamusal niteliğini gözeterek ve kanunda düzenlenen kiralama yanında hasılat kirası ile de karşılaştırarak varmıştır:

²⁶ Bkz. Karahanoğulları, age, s.337 vd.; Ümit Akın, “Elektrik Üretim İletim ve Dağıtım Tesislerinin İşletme Hakkının Devri ve İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri”, *Danıştay Dergisi* Yıl:30, Sayı: 102, 2000, s.35 vd.

²⁷ AYM, E. 1994/43, K. 1994/42-2, K.t. 09/12/1994. Bkz. Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, Cilt 31, Sayı 1, s.292-298.

“4046 Sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun’un 18/A maddesinde özelleştirme yöntemleri düzenlenirken, kiralama ve işletme hakkının devredilmesi de özelleştirme yöntemleri arasında gösterilerek ayrı ayrı belirtilmiş, 18/A-b maddesinde kiralama ‘kuruluşların aktiflerindeki varlıklarının kısmen veya tamamen bedel karşılığında ve belli bir süre ile kullanma hakkının verilmesidir.’, şeklinde, 18/A-c maddesinde işletme hakkının verilmesi ‘Kuruluşların bir bütün olarak veya aktiflerindeki mal ve hizmet üretim birimlerinin-mülkiyet hakkı saklı kalmak kaydıyla bedel karşılığında belli süre ve şartlarla işletilmesi hakkının verilmesidir’ şeklinde tanımlayarak, her iki durum birbirinden ayrılmıştır.

İşletme hakkının devredilmesinde ‘belirli süre’ ile devredilebileceği kabul edilmiş olup, gerek kiralamada gerekse işletme hakkının devrinin belirli bir süre ile yapılma imkanı olduğu halde ayrı ayrı yasada düzenlemiş olması söz konusu sözleşmenin kira sözleşmesinden farklı bir sözleşme olduğunu ortaya koymaktadır. Kiralama ile işletme hakkının devri sözleşmesi arasındaki fark sözleşmelerin süreli olup olmamasından değil kiralamada özelleştirilen kuruluşların ve varlıkların kullanılma hakkı verilirken, işletme hakkının devredilmesinde, Kuruluşların bir bütün olarak veya aktiflerindeki mal ve hizmet üretim birimlerinin mülkiyet hakkı saklı kalmak kaydıyla işletilmesi hakkının verilmesinden kaynaklanmaktadır.

İşletme hakkının verilmesinde esas olan bir malın kullanımı değil, Kamu İktisadi Kuruluşu tarafından hali hazırda yürütülmekte olan hizmetlerinin, işletme hakkını devralan tarafından yerine getirilmesine devam edilmesi ve hizmetlerin iyileştirilmesidir. İşletme hakkının devri sözleşmesinden önceki devreden kuruluşun dağıtım bölgesindeki abonelerle yapılan abonelik sözleşmeleri, devir sözleşmesinden sonra da devam ettiği ve devralanı bağladığı gibi, işletme hakkını devralan tarafından işletme süresince yapılan abonelikler de, sözleşmenin sona ermesinden sonra da işletmeyi işletecek olan firmaları bağlayacak olması nedeniyle hasılat kira sözleşmesinin unsuru olan ‘hasılat veren bir malın veya hakkın kullanılmasını ve semerelerinin iktifatını terk etme’ kavramından daha geniştir. Bu nedenle sözleşmenin sırf belirli süreli olduğundan bahisle kira sözleşmesi olduğu söylenemez.”²⁸

²⁸ Aynı mahiyette seri kararlar için örneğin bkz. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 06/11/2013 tarih, 2013/13739 E., 2013/14883 K.; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi

Yargıtay bu kararı ile, İHDS'nin, 4046 Sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 18/A/c maddesinden doğan bir sözleşme türü olduğunu ve işletme hakkının verilmesi ile gerçekleştirilen özelleştirme uygulamasından doğduğunu, tespit etmiştir. Bu iki husus, yukarıda açıkladığımız gibi, özel hukuk rejimine tabi olsa bile, İHDS'nin kamusal niteliğinin kanuni dayanağını gösterir. Yargıtay'ın incelediği İHDS, yukarıda sözünü ettiğimiz²⁹, TEDAŞ ile EDAS'lar arasında yapılmış, Ayanoğlu'nun kanuni düzenleme³⁰ nedeni ile özel hukuk sözleşmesi olduğu sonucuna vardığı, sözleşmedir.

4046 sayılı Kanun kapsamında, elektrik üretim, iletim ve dağıtım hizmetleri özelleştirme programına alınmış ve o döneme kadar dikey bütünleşik bir yapıda elektrik hizmetlerini yerine getirmesi için düzenlemeler yapılan Türkiye Elektrik Kurumu (TEK) tam da bu niteliğe kavuştuğu dönemde bölünerek EÜAŞ (Elektrik Üretim A.Ş.), TEİAŞ (Türkiye Elektrik İletim A.Ş.) ve TEDAŞ (Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş.) adlı kamu iktisadi teşekkülleri oluşturulmuştur³¹. Üretim tesisleri ile dağıtım bölgeleri arasındaki (elektrik enerjisinin gerilim seviyesi 36 kV üzerindeki hatlar üzerinden naklini içeren) iletim hizmetinin zorunlu tekel konumu gözetilerek iletim hizmeti TEİAŞ bünyesinde yürütülmek üzere özelleştirme kapsamı dışında

06/11/2013 tarih, 2013/13749 E., 2013/14893 K.; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 06/03/2014 tarih, 2014/1257 E., 2014/2578 K. vd.

²⁹ TEDAŞ'lar ile EDAS'lar arasında yapılmış İHDS'nin tam metni Ayanoğlu'nun anılan makalesinde yayınlandığından ayrıca yayınlamıyoruz. Bkz. Ayanoğlu, agm, s.22 vd.

³⁰ Ayanoğlu, agm, s.16-17.

³¹ TEK, 93/4789 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile ikiye bölünmüş; elektrik üretim ve iletim hizmetleriyle görevlendirilmek üzere TEAŞ, dağıtım hizmetleriyle görevlendirilmek üzere TEDAŞ kurulmuştur. 2001/2026 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile TEAŞ üç ayrı şirkete bölünmüştür: Elektrik iletimi, yük tevzii ve işletme planlaması hizmetlerini yürütmek üzere 'Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi' TEİAŞ, elektrik üretim hizmetlerini yürütmek üzere 'Elektrik Üretim Anonim Şirketi', EÜAŞ, ilgili mevzuata göre elektrik üretim tesisi ve otoproduktör olarak çalışan kuruluşlardan ve yurt dışından Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca verilecek kararlara uygun olarak elektrik satın alma ve satma, anlaşmalarını yapma ve yürütme görevlerini yerine getirmek üzere 'Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt Anonim Şirketi' TETAŞ unvanlarında üç İDT kurulmuştur. 2018 yılında Anayasa değişikliklerine uyum sağlanması amacıyla bazı Kanun ve KHK'lerde değişiklik yapılmasına dair 703 sayılı KHK ile Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş. (TETAŞ) ve Elektrik Üretim A.Ş. (EÜAŞ), EÜAŞ bünyesinde birleştirilmiştir.

tutulmuş³²; elektrik üretim ve dağıtımında ise rekabetçi bir piyasanın oluşması benimsenmiştir. Elektrik üretimi kamu hizmetinin ruhsat usulü ile özel hukuk kişilerine gördürülmesi benimsenirken, elektrik dağıtımı kamu hizmetinin ise Danıştay'dan alınan görüşe³³ uygun olarak, özelleştirilmesinin işletme hakkı

³² Elektrik piyasasının oluşması için yapılan özelleştirmelerin tamamlanmasından sonra, 14/03/2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu kabul edilmiş olup, 8/1 maddesinde TEİAŞ'ın tekel konumu [kanuni](#) dayanağa kavuşturulmuştur: "Elektrik enerjisi iletim faaliyeti, lisansı kapsamında münhasıran TEİAŞ tarafından yürütülür. TEİAŞ, bu Kanunla belirlenen faaliyetler dışında bir faaliyetle iştirak edemez. İletim faaliyetiyle birlikte yürütülmesi verimlilik artışı sağlayacak nitelikteki piyasa dışı bir faaliyetin yürütülmesi Kurumun iznine tabidir. İletim sistemi teknik ve teknik olmayan kayıplarını karşılamak amacıyla ve yan hizmetler piyasası kapsamında elektrik enerjisi veya kapasitesi satın alınması veya kiralanması ile iletim sistemi teknik ve teknik olmayan kayıplarını karşılamak için sözleşmeye bağlanan enerjinin, gerçekleştirmeler nedeniyle fazlasının satışı bu hükmün istisnasıdır." (m. 8/1)

³³ Özelleştirme İdaresi Başkanlığının talebi üzerine Danıştay 1. Dairesinden görüş istenilmiş, Danıştay Birinci Dairesinin 05/03/2004 tarih ve E:2004/17, K:2004/74 kararında "Anayasa Mahkemesi kararı ile yasa hükümleri çerçevesinde istişari düşünce istemine ilişkin hususlar incelendiğinde; 1- Hidroelektrik ve akarsu santrallerinin elektrik üretiminde yararlandıkları doğal zenginlik ve kaynaklardan ayrı düşünülmesi olanaksızdır. Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere Anayasanın 168 inci maddesi hükmüne göre devletin hüküm ve tasarrufu altında olan doğal servetler ve kaynakların mülkiyetlerinin devri sözkonusu olamaz, ancak bunların işletme hakkı gerçek ve tüzelkişilere süreli olarak verilebilir. Bu nedenle doğal servet ve kaynaklardan olan sudan yararlanarak üretim yapan hidroelektrik ve akarsu santralleri doğal servet ve kaynaklardan ayrı düşünülemez. Bu nedenle bunların mülkiyetin devri yoluyla özelleştirilmelerinin mümkün olmadığı, 2- Termik santrallerin enerji üretiminde kullandıkları doğal kaynaklardan olan madenlerin, Anayasanın 168 inci maddesine göre Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu, bunların 3213 sayılı Maden Kanunu hükümlerine göre işletilebileceği, yine bu Kanunun 4 üncü maddesine göre de, Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan madenlerin, içinde bulundukları arzın mülkiyetine tabi olmadığı vurgulanmıştır. Bu durumda, madenler üzerinde hiçbir gerçek kişi, özel hukuk tüzelkişisi veya kamu tüzelkişisinin mülkiyet hakkının bulunması mümkün değildir. Bu nedenle, içinde bulunduğu arzın mülkiyetine tabi olmayan madenin, bu madeni kullanan termik santralin mülkiyetine dahil olduğunu kabul etmek olanaklı değildir. Başka bir deyişle termik santral ile kullandığı doğal kaynağın mülkiyetlerinin birbirleriyle ilgisi olmadığından, termik santrallerin doğal kaynaktan ayrı olarak mülkiyetin devri suretiyle özelleştirilmelerinde hukuka aykırılık bulunmadığı, 3- 3096 sayılı Kanunla elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımına ilişkin hizmetlerin Bakanlar Kurulunca önceden belirlenen bölgelerde

devri usulü ile yapılması benimsenmiştir. Özelleştirme işletme hakkı devir usulü ile yapılacağından tüm ülkede elektrik dağıtım hizmeti veren müesseselerin³⁴ bir araya getirilmesi ile oluşturulan TEDAŞ muhafaza edilerek, bu kez 20³⁵ ayrı bölgede %100 hissesi TEDAŞ'a ait olan EDAŞ'lar kurulmuş³⁶ dağıtım lisansına sahip olarak 01.03.2005 tarihi itibarıyla faaliyet

görevlendirilen şirketlerce yürütüleceği öngörülmüştür. 4628 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin dördüncü fıkrasının (c) bendinde, elektrik enerjisi dağıtım faaliyetlerinin, dağıtım şirketleri tarafından lisanslarında belirlenen bölgelerde yürütüleceği, 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin (4) numaralı alt bendinde, lisansların bir defada en çok kırkdokuz yıl için verileceği hükme bağlanmış, Elektrik Piyasası Dağıtım Yönetmeliğinde de dağıtım bölgesinin, bir dağıtım lisansında tanımlanan bölgeyi ifade ettiği belirtilmiştir. Bu hükümlere göre, elektrik dağıtım hizmetinin götürüleceği bir alan olarak tanımlanan dağıtım bölgesinin ve bu bölgede yürütülen hizmetin mülkiyete konu olabilecek taşınır veya taşınmaz mal olarak nitelendirilmesi mümkün bulunmamaktadır. Kaldı ki malikin mülkiyet konusu şey üzerinde herhangi bir süre kısıtlaması olmadan her türlü tasarruf hakkı da bulunmaktadır. 4628 sayılı Kanunun yukarıda açıklanan hükümleri uyarınca dağıtım bölgesinin belirlendiği lisansın dağıtım şirketine verilme süresinin bir defada en çok kırkdokuz yıl olması zorunluluğu nedeniyle lisansa bağlı olarak belirlenen dağıtım bölgesinin mülkiyete konu teşkil etmeyeceği, ancak, 4046 sayılı Kanunun 18 inci maddesi uyarınca TEDAŞ'a ait dağıtım bölgelerinde işletme hakkının verilmesi suretiyle dağıtım hizmeti yapma hakkının özelleştirilmesinin mümkün olduğu,..." sonucuna varılmış, tekrar sorulması üzerine de makale içinde aktardığımız aynı yöndeki 26/11/2004 tarihli ve E: 2004/444, K: 2004/409 sayılı görüş verilmiştir.

³⁴ Türkiye Elektrik Kurumu (TEK) dağıtım müesseseleri. Makalenin konusu olmadığından ayrıntısına girememekle birlikte, özelleştirmenin öncelikle iller düzeyinde kurulan bu müesseseler eliyle yapılması benimsendiğinden bu müesseselere hükmi şahsiyet de tanınmış idi ise de, makale içinde kısaca özetlediğimiz hukuksal süreç sonucunda özelleştirmeler gerçekleştirilemediğinden bu müesseseler TEDAŞ bünyesinde toplanmıştır.

³⁵ 21 ayrı dağıtım bölgesi olmakla birlikte, Kayseri ve çevresi elektrik dağıtım işletme hakkı daha önce aynı usulle (Cumhuriyet döneminin en uzun süreli imtiyazcısı olarak imtiyaz sözleşmesi uyarınca bu hizmetleri yerine getiren) Kayseri ve Civarı Elektrik Türk Anonim Şirketi'ne, 08/01/1990 tarihinde "İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi", 09/02/1990 tarihinde "Enerji Satış Anlaşması" imzalanarak 01/03/1990 tarihinde devredilmiştir. Diğer 20 şirkete işletme hakları 24/07/2006 tarihli İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri (İHDS'ler) imzalanarak devredilmiştir.

³⁶ Başkent EDAŞ, Aras EDAŞ, Vangölü EDAŞ, Boğaziçi EDAŞ, Anadolu Yakası EDAŞ, Meram EDAŞ, Akdeniz EDAŞ, Toroslar EDAŞ, Yeşilırmak EDAŞ, Çoruh EDAŞ, Çamlıbel EDAŞ, GDZ EDAŞ, ADM EDAŞ, Osmangazi EDAŞ, Trakya

göstermeye başlamıştır. TEDAŞ ile yeni kurulan EDAŞ'lar arasında 24.07.2006 tarihli İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri (İHDS'ler) imzalanmıştır. Yargıtay'ın kendine özgü bir sözleşme saydığı ve kamusalılığının kanuni dayanağını gösterdiği sözleşme işte bu İHDS'dir³⁷.

Kanuni dayanakları ile birlikte Yargıtay kararı esas alındığında İHDS'nin şu niteliklere sahip olduğu söylenebilir:

a- Kamusalılık:

Yargıtay, İHDS'nin açıkça işletme hakkının verilmesi ile gerçekleştirilen özelleştirme uygulamasından doğduğunu ve dayanağının 4046 sayılı Kanun olduğunu belirtmektedir.

Burada özelleştirilenin kamu hizmeti olduğu açık olup, Yargıtay aynı kararında, *işletme hakkının verilmesinde esas olanın bir malın kullanımı değil, Kamu İktisadi Kuruluşu tarafından hali hazırda yürütülmekte olan hizmetlerinin, işletme hakkını devralan tarafından yerine getirilmesine devam edilmesi ve hizmetlerin iyileştirilmesi olduğunu*, açıkça belirtmiştir. Hizmetin iyileştirilmesi, yani kamu hizmetinin değişkenlik özelliğinin bu şekilde devam etmesinin sağlanması amaçlanmıştır.

Hizmet yürütülürken “gözetilecek”tir. Hukukumuzdaki güncel adıyla “düzenleyici-denetleyici kuruluşlar” olan -kamu hukukundaki adıyla- gözeticilerin ortaya çıkışı olgusu, idare hukuku geleneğinin yerleşik olduğu Kıta Avrupası ile sınırlı değildir, Birleşik Krallık ve Birleşik Devletler’de de “başında bakanların olduğu merkezi birimlerin sistemin en üst noktası olduğu geleneksel hiyerarşik yapılanma artık yerini seçilmiş yetkili otorite kaynaklarından belli bir mesafede çalışan çok sayıda kamu idaresinin bulunduğu girift politika ve hizmet birimlerini içerecek farklı düzenlemelere bırakmış”tır.³⁸ Birleşik Krallık’ta bu türden kurumların sayısı 650’dir.³⁹

Gözeticilerin ortaya çıkışı ve gelişmesi “yeni kamusalılığın” önemli görünümlerinden biridir. Gözeticiler, kamu hizmeti politikalarının oluşturulmasına katıldıkları gibi, özel kişilere gördürülen kamu hizmetlerini

EDAŞ, Kayseri ve Civarı EDAŞ, Sakarya EDAŞ, Fırat EDAŞ. Bkz. https://www.tedas.gov.tr/#!dagitim_srkt

³⁷ İHDS'nin tam metni için bkz. Ayanoğlu, agm, s.22 vd.

³⁸ Loughin, Martin, *Kamu Hukukunun Temelleri*, çev. D. Çiğdem Sever – Kuvılcım Turanlı, Dipnot Yayınları, Ankara, 2017, s. 373 vd.

³⁹ Agy.

denetler ve gözetlerler. Dolayısı ile bu alanda ortaya çıkan hukuki ilişkilerin tamamı kamu hizmeti ile ilgilidir ve kamusal niteliğe sahiptir.

Kamu hizmetlerinin işleyişinde bağımsız ve etkin bir şikâyet mekanizması oluşturmak suretiyle, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve önerilerde bulunmak üzere Kamu Denetçiliği Kurumunu düzenleyen 6328 sayılı Kanun'un 3/e Maddesi'nde "İdare" tanımlanırken "kamu hizmeti yürüten özel hukuk tüzel kişileri" de kapsama alınmıştır. Bu, makalede sözünü ettiğimiz "yeni kamusalılık" biçiminin kanun koyucu tarafından da kendiliğinden benimsenmeye başladığının ve hukukun da bu yönde evrileceğinin örneklerinden biridir.

İHDS'ler, Türkiye'deki gözetici kuruluşlardan olan Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından gözetilen ve denetlenen enerji piyasasında yapılmış sözleşmeler olarak, hizmetin iyileştirilmesi, yani kamu hizmetinin değişkenlik özelliğinin bu şekilde devam etmesinin sağlanması amacına hasredildikleri de dikkate alındığında kamusal nitelikli sözleşmelerdir.

Aşağıda kısaca açıklayacağımız sürelilik ve kamu mallarının devredilmemesi nitelikleri de İHDS'nin kamusal niteliğini ortaya koymaktadır.

b- Sürelilik:

Yukarıda aktardığımız gerekçede Yargıtay, İHDS'nin belirli bir süre için yapıldığını belirtmektedir. Dayanak 4046 sayılı Kanun'da bu husus, 15'inci maddede "Bu madde gereğince işletme hakkı verilmesi, kiralama veya benzeri diğer yöntemlerle kullanma hakkının devri süresi 49 yılı geçemez" düzenlemesi ile belirtilmiştir. Gerek Yalova suları gerekse DHMİ'nin işlettiği hava meydanları için yapılan özel düzenlemelerde de süre sınırı muhafaza edilmektedir. Böylece işletme hakkının / kamu hizmetinin gerçek sahibinin kamu olması olgusu ve sözleşme süreli olmakla birlikte kamu hizmetinin sürekliliği ve kesintisizliği ilkeleri devam etmektedir.

c-Kamu mallarının devredilmemesi:

Kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerince görülmesi için yapılan İHDS, kamu mallarının devrini kapsamamakta, işletme hakkının devredilmesinde, *Kuruluşların bir bütün olarak veya aktiflerindeki mal ve hizmet üretim*

birimlerinin mülkiyet hakkı saklı kalmak kaydıyla işletilmesi hakkının verilmesi söz konusu olmaktadır.

Örneğin, TEDAŞ ile EDAŞ'lar arasında yapılan İHDS'de sözleşmenin konusunu, “Sözleşme’de yer alan kapsam ve şartlar dahilinde, Dağıtım Bölgesindeki mevcut ve yeni yapılacak elektrik Dağıtım Sisteminin, Dağıtım Tesislerinin ve Dağıtım Tesislerinin işletilebilmesi için varlığı zorunlu diğer taşınır ve taşınmazların Dağıtım Faaliyeti için İşletme Hakkının Devri, bu tesislerin iyileştirilmesi ve güçlendirilmesi ile ihtiyaç duyulan yeni dağıtım hat ve tesislerinin yapımı ve Sözleşme’nin herhangi bir şekilde sona ermesinde söz konusu bütün tesislerin TEDAŞ’a veya TEDAŞ’ın belirleyeceği kuruluşa geri devredilmesi ile bu konularda Tarafların her türlü hak ve yükümlülüklerinin tespit edilmesi oluşturmaktadır.”⁴⁰

⁴⁰ Konunun anlaşılabilmesi için Tanımlar maddesinde (İHDS, m. 2) verilen tanımları da aktarmak yararlı olabilir (Şirket, EDAŞ olmak üzere):
“İşletme Hakkı; Şirket’in, Dağıtım Tesisleri ve Dağıtım Tesislerinin işletilmesinde kullanılması gerekli diğer ilave unsurlar üzerinde bu Sözleşme’de yer alan hükümlerle sınırları belirlenen hakkı ve bu hakkın tanınması nedeniyle yürürlükteki mevzuattan ve bu Sözleşme’den doğan bütün sorumlulukları,
İşletme Hakkı Devri; Dağıtım Tesisleri ve Dağıtım Tesisleri’nin işletilmesinde kullanılması gerekli diğer ilave unsurlar üzerindeki işletme hakkının bu Sözleşme hükümleri kapsamında devrini,
Dağıtım Tesisleri; İletim Tesislerinin bittiği noktadan itibaren, müstakilen Dağıtım Faaliyetinin yürütülmesi için tesis edilmiş ve edilecek tesis ve şebekeyi,
Dağıtım Lisansı; [•] Elektrik Piyasası Kanunu hükümleri çerçevesinde Kurum tarafından verilen ve [•] Dağıtım Bölgesinde [•] Elektrik Dağıtım Anonim Şirketine Dağıtım Faaliyetinde bulunma imkânı tanıyan Dağıtım Lisansını,
Dağıtım Bölgesi; [•] illerinden oluşan ve Dağıtım Faaliyetinin yürütüleceği coğrafi bölgeyi,
Dağıtım Faaliyeti; Elektrik enerjisinin gerilim seviyesi 36 kV ve altındaki hatlar üzerinden naklini,
Dağıtım Sistemi; Bir dağıtım şirketinin, belirlenmiş Dağıtım Bölgesinde işlettiği elektrik Dağıtım Tesisleri ve şebekesini,
İletim; Elektrik enerjisinin gerilim seviyesi 36 kV üzerindeki hatlar üzerinden naklini,
İletim Tesisi; Üretim tesislerinin 36 kV üstü gerilim seviyesinden bağlı olduğu noktalardan itibaren iletim salt sahalarının orta gerilim fiderleri de dâhil olmak üzere Dağıtım Tesisleri’nin bağlantı noktalarına kadar olan tesisleri.
İletim Sistemi; Elektrik İletim Tesisi ve İletim Şebekesini,...” kapsamaktadır.

Kamu mallarının devredilmemesi unsuru, işletme hakkı devrinin bir ticari işletme devri olmadığı ve aynı zamanda dağıtım tesislerinin mülkiyet hakkının devredilmemiş ve kiralanmamış olduğu anlamına gelir. Bu durumda, borçlar kanunu hükümlerine göre bir kiralamadan söz edilemeyeceğinden ve dağıtım tesislerinin işletme hakkı dışında mülkiyeti devredilmediğinden, işletme hakkı dışında dağıtım tesislerinin mülkiyetinden kaynaklanan yararlanmalar da kamunun uhdesinde kalmaktadır.

d- Kamusal ayrıcalıkların devredilmemesi:

Bu husus, Yargıtay kararında yer almamakla birlikte, Yargıtay sözleşmeden doğan uyumsuzlukları çözmekte kendisini görevli görerek, İHDS'nin bir imtiyaz olmadığını da benimsemiş olmaktadır. İmtiyaz sözleşmelerinde, örneğin, lehine kamulaştırma yapılmasını isteme gibi bazı ayrıcalıklar öngörülmektedir. İşletme hakkı devir sözleşmesinde de, sunulan hizmetin iyileştirilmesi için yatırım yapılacağı zaman kamulaştırmaya ihtiyaç duyulması halinde, zorunlu olarak hizmetin asıl sahibi olan kuruluştan bu hususta talepte bulunulması gerekecektir.

Belirlenen bölgede hizmetin yerine getirilebilmesi bizatihi bir ayrıcalık olmakla birlikte burada kamusal ayrıcalıklardan, kamu gücü kullanımını anlıyoruz. İHDS ile kamu hizmetinin sürdürülmesi gereğinden doğan kamusal yükümlülükler -örneğin, yansız / eşit ve herkese hizmet sunma yükümlülüğü- devredilmekle birlikte, hizmet gerekleri nedeni ile kamusal ayrıcalıkların kullanılması söz konusu olduğunda, işletme hakkını devralan adına bu ayrıcalıkları kullanacak olan işletme hakkını devreden kamu mallarına sahip olan kamu tüzel kişisidir⁴¹.

Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, kanunda öngörülmek şartı ile İHDS'den doğan uyumsuzlukların özel hukuk yargısal rejimi içinde, sözleşmede yer alması halinde tahkim dâhil olmak üzere çözüleceği açık

⁴¹ İş bu makalede somut olarak da incelediğimiz TEDAŞ ile EDAŞ'lar arasındaki sözleşmede (İHDS, m.18/2) "Dağıtım Tesislerinin işletilmesi ve işletilmeye hazır tutulması, uygulanacak tarifelerin belirlenmesi, yatırımların yapılması, yeni yatırımlar üzerindeki hak sahipliği, yatırımlar nedeniyle kamulaştırma yapılması, yatırımların muhasebesi, mücbir sebep ve sonuçları, Dağıtım Tesislerinin güvenliğinin sağlanması, yatırımlar ve hizmet kalitesinin denetlenmesi konuları yürürlükteki mevzuata tâbidir. Dağıtım Sistemi ve Dağıtım Tesisleri başta olmak üzere işletme Hakkı Devrinin kapsamına giren malvarlığı değerleri yürürlükteki mevzuata göre denetlenir" düzenlemesi bulunmaktadır.

olmakla birlikte bu, İHDS'nin *kamusal nitelik taşımayan* bir özel hukuk sözleşmesi olduğu anlamına gelmemektedir.

Aksine İHDS, kamusal niteliği özel hukuk yargısal rejimi içinde de gözetilmesi gereken, kamu hizmetinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi için yapılan kendine özgü bir sözleşmedir.

Yargısal denetiminde ya da uyuşmazlıkların çözümünde İHDS'nin kamusal niteliğinin gözardı edilmemesi gerekir.

IV. İHDS'LERDEN DOĞAN UYGULAMA SORUNLARI

IV.1. Yorum İlkesi Olarak Yeni Kamusalılık

İşletme hakkı devir sözleşmelerinin kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde yaygın olarak kullanıldığı açık olmakla birlikte, bu sözleşmeler, sözleşmeleri gerçekleştiren kamu iktisadi teşekkülleri tarafından “ticari sır” kapsamında görülerek açıklanmadığı gibi, uyuşmazlık çıkmadığı sürece, sözleşmenin tarafı olan özel hukuk tüzel kişilerince de açıklanmadığından; ayrıca Sayıştay Raporları'nda bu sözleşmelere ilişkin bazı uygulama sorunlarına değinilmekle birlikte, sözleşme hükümleri yer almadığından, uygulama sorunları tarafımızca, esas olarak Yargıtay içtihatları çerçevesinde ele alınmıştır.

Daha açık deyişle, örneğin, özel kanunlarla öngörülmüş olan DHMİ uygulamasından ya da Yalova suları uygulamasından doğan, benzer şekilde kamu iktisadi teşekküllerinin uygulamalarından doğan İHDS ile ilgili idari uyuşmazlıklara denk gelinmemiştir. Bu sorun, özelleştirme uygulamaları sonucunda imzalanan sözleşme hükümlerinin de ticari sır sayılmasından doğmaktadır. Özellikle, yap-işlet-devret kapsamındaki işletme hakkı devirlerinde sözleşmelere erişim neredeyse imkânsız kılınmıştır. Oysa, kamuyu ilgilendirdiği ve kamu hizmetinin gördürülmesi ile ilgili olduğundan özelleştirme uygulamaları sonucunda imzalanan bu sözleşme hükümlerinin kural olarak ticari sır kapsamında sayılmaması gerekir. Bu sözleşmeler ihale dokümanlarının eki ve kamu ihaleleri kural olarak aleni olduklarından da ticari sır sayılmamalıdır. Aksine, enerji piyasası uygulamalarında görüldüğü üzere, piyasa aktörlerinin kendi aralarındaki ve tüketiciler ile yaptıkları sözleşmelerin gözetici kuruluşlarca önerilmesi, denetlenmesi ve kamuya açık olması esas olmalıdır. Ticari sır uygulaması yerleşik hale geldiğinden bizim incelememize konu İHDS'lere ancak bu sözleşmeler yargısal uyuşmazlıklara konu olduklarında erişilebilmiştir.

Yargıtay kararlarına konu olan uyuşmazlıklar, bu makalede incelenen TEDAŞ ile EDAŞ'lar arasında imzalanan İHDS'lerden doğan uyuşmazlıklardır. Bu uyuşmazlıkların konusunu, TEDAŞ ile EDAŞ'lar arasında imzalanan İHDS'nin "Üçüncü Kişilerin Hak İddiaları" başlıklı 7 inci maddesi oluşturmaktadır. Yargıtay, bu uyuşmazlığı çözümlerken yukarıda aktardığımız kararı ile İHDS'yi kendine özgü bir sözleşme olarak kabul etmiştir.

Uyuşmazlık konusunun bütün boyutları ile anlaşılabilmesi için elektrik dağıtımının yeniden yapılandırılması ve özelleştirilmesi sürecinde oluşturulan hukuksal yapının dikkate alınması gerekir⁴². Özelleştirmenin işletme hakkı

⁴² Yukarıda kısmen değinildiği üzere özelleştirme süreci ve ortaya çıkardığı hukuksal yapı şöyledir: Özelleştirme İdaresi Başkanlığının talebi üzerine, dağıtım bölgelerinde gerçekleştirilecek özelleştirme uygulaması da dahil elektrik özelleştirilmelerinde izlenecek modelin belirlenebilmesi açısından, elektrik üretim tesislerinden hidroelektrik ve akarsu santralleri ile termik santrallerin ve TEDAŞ'a ait elektrik dağıtım bölgelerinin mülkiyetinin devri suretiyle özelleştirilmesinin hukuken mümkün olup olmadığı hususunda istenilen görüşe Danıştay 1. Dairesinin 05/03/2004 tarih ve E:2004/17, K:2004/24 sayılı kararı ile dağıtım bölgelerinin mülkiyetinin devri dışında işletme hakkının devir suretiyle özelleştirilmesinin mümkün bulunduğu belirtilmiştir. Bunun üzerine, Yüksek Planlama Kurulu'nun 17/03/2004 tarih, 2004/3 sayılı kararı ile kabul edilen Elektrik Enerjisi Reformu ve Özelleştirme Stratejisi Belgesi çerçevesinde TEDAŞ 02/04/2004 tarih, 2004/22 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararı ile özelleştirme kapsam ve programına alınmıştır. Bu karar gereğince dağıtım bölgesi sınırları içerisinde dağıtım hizmetlerini görmek üzere dağıtım şirketi kurularak bu şirkete 49 yıl süre ile dağıtım lisansı ve işletme hakkı verilmesinin, dağıtım tesisleri dışında kalan duran varlıkların da (araç, bina, taşıt, demirbaş vb.) bu şirkete devir edilmesinin ve söz konusu bu şirketin hisselerinin satışı suretiyle özelleştirilmesinin mümkün olup olmadığı hususunda Danıştay 1. Dairesinden tekrar görüş sorulmuş ve Danıştay 1. Dairesinin 26/11/2004 tarih ve E:2004/444, K:2004/409 sayılı kararı ile bahsedilen özelleştirme modeli uygun bulunmuştur. Danıştay 1. Dairesinin 26/11/2004 tarih ve E:2004/444, K:2004/409 sayılı kararı ile kabul edilen özelleştirme modeline uygun olarak, 4628 sayılı Kanunun 14'üncü maddesinin ikinci fıkrasına Kanun Koyucu tarafından "TEDAŞ'ın faaliyet alanında yer alan ve dağıtım faaliyeti için gerekli olan işletme varlıkları üzerinde, mülkiyeti saklı kalmak kaydı ile TEDAŞ ile belirlenen dağıtım bölgelerinde faaliyet göstermek üzere kurulan elektrik dağıtım şirketleri arasında işletme hakkı devir sözleşmesi düzenlenebilir" hükmü eklenmiştir. Anılan düzenlemeye istinaden gerekli işlemlerin tamamlanmasını (mülkiyetin TEDAŞ'a aktarılması vs.) müteakiben TEDAŞ ile %100 hisselerine sahip olduğu 20 elektrik dağıtım şirketi arasında dağıtım varlıklarının işletilmesine

devri sonrasında hak sahibi şirketlerin hisselerinin blok satışı ile yapılması kararı benimsendikten sonra özelleştirmeler, 20 ayrı EDAŞ'ın hisselerinin ayrı ayrı satışı ile gerçekleştiğinden, en erkeni 2009 olmak üzere 2013 yılında tamamlanmış; özelleştirmeler tamamlanana kadar EDAŞ'lar kendi yönetim kurulları olmakla birlikte, TEDAŞ gözetimi ve koordinasyonunda faaliyet göstermiştir. Hisse satışından sonra EDAŞ'ların yönetimini devralan yeni hisse sahipleri, hisselerini devraldıkları EDAŞ'ların TEDAŞ gözetimi ve koordinasyonunda faaliyet gösterdiği dönemde, İHDS'nin 7'nci maddesinde yer alan sorumluluk paylaşımı hükümlerini gözetmeksizin, TEDAŞ'a ait yükümlülüklerin EDAŞ'ların bütçesinden karşılandığını ileri sürerek yapılan bu ödemeleri TEDAŞ'tan talep etmişlerdir.

TEDAŞ, hisse satışı yoluyla gerçekleştirilen özelleştirme esnasında, özelleştirilen EDAŞ bütçesinin aday alıcılara sunulduğunu ve alıcıların da inceledikleri bu bütçeye göre fiyat oluşturduğunu, dolayısı ile alıcıların şirket hisselerini şirketin mevcut halleri ile satın aldığını ve hisse devir tarihi itibari ile bilançolarda yer alan ödemelerin talep edilemeyeceğini savunmuş ancak Yargıtay'ın farklı Daireleri, seri kararlarında bu savunmaya itibar etmemiştir.

Yargıtay, EDAŞ'ların hisselerinin satışına ilişkin hisse satış sözleşmelerinde yer alan “Alıcı, ihale konusu hisseleri devraldığı tarihten önceki döneme ilişkin olarak İşletme Hakkı Devir Sözleşmesindeki hükümler saklı kalmak kaydıyla...” (9.4) düzenlemesini esas alarak, yukarıda andığımız EDAŞ'ların TEDAŞ gözetiminde ve denetiminde bulunduğu 24/07/2006 tarihinden hisse satışlarının gerçekleştiği tarihlere kadar da TEDAŞ ile EDAŞ'lar arasında İHDS hükümlerinin uygulanacağı görüşündedir. İncelendiğinde, özelleştirme sürecinde, ihale şartnamesi hükümleri ile hisse satış sözleşmeleri düzenlemelerinin Yargıtay'ı doğrular şekilde aynı istisnayı içerdiği, ihale şartnamelerinin 24/f maddesinde de, “Alıcı, ihale konusu hisseleri devraldığı tarihten önceki döneme ilişkin olarak İşletme Hakkı Devir Sözleşmesindeki hükümler saklı kalmak kaydıyla...” istisnasının tekrar edildiği görülmektedir.

ilişkin “İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi” (İHDS) imzalanmıştır. Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 07/11/2005 tarih ve 2005/125 sayılı kararı ile; Özelleştirme Yüksek Kurulunun 02/04/2004 tarih ve 2004/22 sayılı kararı ile özelleştirme programına alınan Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş.'nin özelleştirilmesi ile ilgili olarak; sermayesinin %100'ü TEDAŞ'a ait olan ve elektrik dağıtım bölgelerinde dağıtım lisansı ile TEDAŞ'ın uhdesinde bulunan dağıtım sisteminin işletme hakkına sahip olan veya ileride sahip olacak dağıtım şirketlerinin hisselerinin blok olarak satış yöntemi ile özelleştirilmesine karar verilmiştir.

İhale şartnamesi ile hisse satış sözleşmelerinde yer alan bu istisna, özelleştirme sonrasında %100 hisseyi blok olarak alan şirketin TEDAŞ'tan hiçbir talepte bulunamayacağını düzenleyen hükümler için getirilmiştir. Dolayısı ile İHDS'deki tarafların sorumluluk paylaşımına ilişkin hükümlerin, hisse satış sözleşmelerinde yer alan hisseleri devralanların TEDAŞ'tan hiçbir talepte bulunamayacağını düzenleyen hüküm kapsamında değerlendirilmesi olanağı kalmamakta, bu hükümler istisna teşkil etmektedir. Özel hukuk bakış açısından, aşağıda açıklayacağımız üzere talepte bulunan, hisseleri devralan şirketler değil, İHDS'nin tarafı olan EDAŞ'lardır. TEDAŞ'ın sorumsuzluğuna ilişkin hükümlerin muhatabı ise, taraflar bakımından şahsi hak doğuran özel hukuk sözleşmesi niteliğindeki hisse satış sözleşmelerinin taraflarıdır. TEDAŞ, “tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını” talep etmeksizin bu şahsi hakkına dayanarak üçüncü kişi konumunda olan EDAŞ'lara karşı sorumsuzluk iddiasında bulunamayacağından, özel hukuk alanında ancak bu yolla hisse devri sözleşmesi ile İHDS'nin birbirinden bağımsız tekil sözleşmeler olmadığı ve kamu hizmetinin organizasyonuna ilişkin olduğu ileri sürülebilir. Yargıtay, bunların farklı sözleşmeler olduğu yönündeki uygulamasını ve yorumunu özelleştirme ihale şartnamesi, hisse satış sözleşmesi ve İHDS'ye dayandırmaktadır.

Uygulamada sermaye yapısı değişen EDAŞ'lar ile kamu iktisadi teşekkülü olan TEDAŞ arasındaki uyumsuzluklar adli yargı eliyle çözülmektedir. İHDS'lerin niteliği itibarıyla idari sözleşme olarak idari yargının görevli kılınması da tek başına çözüm olmayacaktır. Hizmet gereklerine uygun bir çözüm için adli yargı, uyumsuzluğu ele alırken, bir tür “yeni kamusalılık”la karşı karşıya olduğunu, bu kendine özgü İHDS ile aslında düzenlenen ve denetlenen bir kamu hizmeti piyasasında bir tür “sözleşmesel vesayet” yaratıldığını dikkate almayacak mıdır?⁴³ Bu soru, uyumsuzlukta

⁴³ Bu makalenin konusu değil ama vurgulamakta yarar var: Bize göre, toplumsal gelişme ve değişim daha derinde, kamu hizmetlerinin piyasalaşması yönünde değildir; aksine, her şey piyasanın konusu oldukça piyasa iki yönde, hem durmaksızın genişleyen kamu hizmetleri ağının ayrılmaz parçası olarak hem de bizzat bu nedenle serbestlik içinde değil aynı oranda genişleyen regülasyonun konusu olarak “yeni kamusalılık” içinde bir kamu hizmeti organına dönüşmektedir. Biriken ve bilince de çıkan ekolojik sorunlar bu doğrultuyu hem belirgin kılmakta hem de hızlandırmaktadır. Düşünsel kamu hukukunda, “toplumsalın zaferi” olarak (Loughlin, age, s.383 vd.) ifade edilen olgunun “hukuksal rejimin özelleştirilmesi” ile önüne geçilebilmesi uzun erimde pek de mümkün değildir.

uygulanacağı açık olan İHDS'nin sorumluluk paylaşımına dair düzenlemelerinin Yargıtay tarafından tutarlı bir şekilde ele alınamamış olması nedeniyle soyut değil, uyuşmazlık çözümü için somut bir soruna işaret ediyor.

Örneğin, bir kamu tüzel kişinin kendi kurduğu kamu hizmeti veren dağıtım şirketinin hisselerini sattıktan sonra ancak bir özel hukuk müessesesi olan “tüzel kişilik perdesinin kaldırılması” mümkün olsaydı giderilebilecek uygulama sorunlarının ortaya çıkması bir yönüyle İHDS'lerin kamusal niteliğini göstermektedir. Zira, EDAŞ'lar ve hisseleri devralan şirketler anonim şirketler olduklarından şirketler hukukunda genellikle ortakların kişisel niteliklerinin ortaya çıktığı ve hakim olduğu ortaklıklar bakımından istisnaen uygulama alanı bulan bu Yargıtay çözümü bu uyuşmazlıklarda hiç düşünülmemiştir.

Yargıtay'ın bu istisnai çözüme somut uyuşmazlıkta başvurabilmesi için yorumunda, “yeni kamusalılık” temelinde gelişecek anayasal kamu hizmeti ilkelerini esas alan kamu ve özel hukuk ayrılığını aşan bir hukuki yaklaşımı esas alması gerekir. Özel hukuk sınırları içinde kalan yorum, uygulama sorunlarının anlaşılması ve hizmetin niteliğine uygun bir çözüm bulunması bakımından düzenlenen ve denetlenen kamu hizmetleri piyasalarında esas olarak kamu hizmeti verildiği maddi olgusuyla uyumlu değildir. Elbette “tüzel kişilik perdesinin kaldırılması” da bir özel hukuk müessesesidir ama buraya varılması için yorum ilkelerinin değişmesi gerekir.

Doğması muhtemel uyuşmazlıklardan bir diğeri, İHDS'yi kendine özgü sözleşme kılan *kamu mallarının devredilmemesinden*, yani işletme hakkı devrinin bir ticari işletme devri olmamasından ve aynı zamanda dağıtım tesislerinin mülkiyet hakkının devredilmemiş ve kiralanmamış olmasından kaynaklanabilir. Buradan kaynaklanacak sorunların tüm makale boyunca açıkladığımız üzere, dağıtım tesislerinin mülkiyet hakkının kamu tüzel kişisi niteliğini sürdüren TEDAŞ'ta olduğunun dikkate alınarak uyuşmazlığın “yeni kamusalılık” perspektifi içinde çözümlenmesi gerekir.

IV.2. Uygulama Sorunları

Makalenin inceleme konusu “yeni kamusalılık” olmakla birlikte, başka bir aşırı uca, yorumda özel hukuk ilkelerinin dışlanmasına varmamak bakımından özel hukuk kapsamında tartışılması gereken uygulama

Dolayısı ile adli yargı, idari yargıya dönüşmeyecek ancak daha çok toplumsallaşacak, yorum ilkesini “yeni kamusalılık” içinde kuracaktır.

sorunlarına da, Yargıtay esas olarak inceleme ve yorumunu bu bağlamda yaptığından eğilmek gerekir. Bu bakımdan aşağıda ele alacağımız uygulama sorunları esas olarak sözleşme ve haksız fiil hukuku ile ilgilidir.

Konunun anlaşılabilmesi için Yargıtay'ın uyuşmazlığı nasıl çözdüğüne daha yakından bakalım: Yargıtay, öncelikle, yukarıda aktardığımız şekilde İHDS'yi kendine özgü bir sözleşme olarak kabul ederek, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde, İHDS'nin bu kendine özgü niteliğinin dikkate alınması gerektiğini belirtiyor. Somut uyuşmazlık olan rücu davalarında İHDS'nin 7'inci maddesinin ilgili fıkralarının uygulama alanı bulacağını da benimsiyor. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, "...dağıtım faaliyetinin TEDAŞ tarafından yürütüldüğü dönemde bu faaliyetin yürütülmesi amacıyla gerçekleştirilen her türlü iş ve işlemlerin sorumluluğunu TEDAŞ'a yükleyen ve sözleşmenin imza tarihinden sonra ortaya çıkacak hukuki ihtilaflar yönünden şirkete (EDAŞ'lara) ihbar yükümlülüğü yükleyen bu madde hükümlerinin değerlendirilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, (...) Özelleştirme Yüksek Kurulu ile (...) tarihli Hisse Satış Sözleşmesi'nin 9.3 maddesine dayanılarak, ayrıca Hisse Satış Sözleşmesinin 9.4 maddesinde işletme Hakkı Devir Sözleşmesi'ndeki hükümlerin saklı tutulduğu gözetilmeksizin davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bozulmasını gerektirmiştir" görüşündedir⁴⁴.

TEDAŞ ile EDAŞ'lar arasındaki, üçüncü kişilere karşı sorumluluk paylaşımını gerektiren maddi olaylar; kamulaştırmasız el atma, dağıtım faaliyeti ya da dağıtım tesislerinin işletilmesi nedeni ile üçüncü kişilere verilen zararlar -örneğin, elektrik teline kopması ile bir tarlanın yanması ya da direğin araba üzerine düşmesi vb.- gibi olaylardır. İHDS'nin 7 nci maddesinde bu konu ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir: İHDS 7 nci maddesinde üçüncü kişilerin, dağıtım faaliyetinin yürütülmesi amacıyla gerçekleştirilen iş ve işlemler (7.4) ile dağıtım tesislerinin mülkiyetinden (7.1, 7.2) ve işletilmesinden (7.6) doğan tazminat taleplerinin, bu talepleri doğuran olay İHDS öncesinde doğmuş ise EDAŞ'lar tarafından TEDAŞ'a, bu talepleri doğuran olay İHDS sonrasında doğmuş ise TEDAŞ tarafından EDAŞ'lara rücu edilebileceği düzenlenmiştir.

Mülkiyet hakkına dayalı üçüncü kişilerle doğan ihtilaflar yönünden sorumluluk paylaşımı İHDS'nin 7.1, 7.2, ve 7.3 maddelerinde;

⁴⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 27/03/2014 tarihli 2014/1625 E. ve 2014/5947 K. sayılı ve benzeri çok sayıda ilamı.

7.1.İşletme hakkı TEDAŞ tarafından devredilen Dağıtım Tesisleri'nin mülkiyetine ilişkin olarak, Sözleşme'nin imza tarihinden önce başlamış idari ve hukuki ihtilafların takip edilmesi, çözüme kavuşturulması ve bundan kaynaklanan her türlü sorumluluk TEDAŞ'a aittir.

7.2.İşletme Hakkı TEDAŞ tarafından devredilen Dağıtım Tesisleri'nin mülkiyetine ilişkin olarak, Sözleşme'nin imza tarihinden sonra ortaya çıkacak idari ve hukuki ihtilaflar Şirket tarafından derhal TEDAŞ'a bildirilir. Söz konusu Dağıtım Tesisleri'nin mülkiyetine dair bu idari veya hukuki ihtilafların takip edilmesi, çözüme kavuşturulması ve bunlardan doğacak her türlü yükümlülük TEDAŞ'a aittir. Şirket gecikmesinde tehlike olan durumlarda, TEDAŞ'a bildirimde bulunmakla birlikte TEDAŞ adına ve/veya hesabına gerekli tedbirleri almak ve işlemleri yapmakla yükümlüdür. Şirket tarafından alınan tedbirler ve gerçekleştirilen işlemlere ilişkin masraflar belgelendirilmek ve makul olmak şartıyla TEDAŞ tarafından karşılanır.

7.3.4628 sayılı Kanun'un 15. maddesinin (c) bendinde yer alan düzenleme saklı kalmak kaydıyla, Şirket yatırımları çerçevesinde oluşan Dağıtım Tesisleri'nin mülkiyetine ilişkin olarak ortaya çıkacak idari ve hukuki ihtilaflar TEDAŞ tarafından takip edilerek çözüme kavuşturulur. Bunlardan doğacak her türlü mali yükümlülük Şirket'e ait olup, TEDAŞ buna ilişkin rücu hakkına sahiptir. Bu ihtilafların Dağıtım Tesisleri'nin geri devri sırasında devam ediyor olması halinde, TEDAŞ şirketten muhtemel yükümlülüklerini karşılayacak tutarda ve nitelikte teminat talebinde bulunabilir, bunlara karşılık olmak üzere Şirket'e karşı olan yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınabilir. TEDAŞ'ın muhtemel zararları nedeniyle Şirket'ten tazminat talep etme hakkı saklıdır.

şeklinde. Bu maddelerde mülkiyetten doğan üçüncü kişilerin hak talepleri karşısındaki sorumluluk yönünden üç ayrı durum düzenlenmiş olmaktadır:

1- Üçüncü kişilerin hak talebini doğuran (genellikle kamulaştırmaz el atma ya da kamulaştırma olan) olay İHDS imza tarihi⁴⁵ öncesinde olmuştur, üçüncü kişiler de idari ve hukuki uyumsuzluğu İHDS imza tarihi öncesinde çıkarmıştır. Bu durumda İHDS 7.1 hükmü uygulanacak ve davalı TEDAŞ, "Sözleşme'nin imza tarihinden önce başlamış idari ve hukuki ihtilafların takip edilmesi, çözüme kavuşturulması ve bundan kaynaklanan her türlü sorumluluk"u üstlenecektir.

⁴⁵ Bu tarih, tüm EDAŞ ve EDAŞ'lar arasındaki tüm İHDS'lerde 24/07/2006'dır.

2- Üçüncü kişilerin hak talebini doğuran (genellikle kamulaştırmasız el atma ya da kamulaştırma olan) olay İHDS imza tarihi öncesinde olmuştur, üçüncü kişiler de idari ve hukuki uyuşmazlığı İHDS imza tarihi sonrasında çıkarmıştır. Bu durumda ise TEDAŞ'ın sorumluluğu, EDAŞ'ların ihbar mükellefiyetlerini yerine getirip getirmediğine göre değişecektir.

İHDS'nin 7.2 maddesinin uygulama alanı bulacağı bu durumda, EDAŞ'ların talepte bulunabilmesi için, üçüncü kişilerin hak talebini doğuran olayın İHDS imza tarihi öncesinde gerçekleşmesi gerekir. Ayrıca EDAŞ'lar, hak talebini doğuran olayla ilgili dava İHDS imza tarihi sonrasında açıldı ise ve uyuşmazlık mülkiyet hakkından doğuyorsa, bu hususu TEDAŞ'a ihbar yükümlülüğü altındadır. EDAŞ'ların ihbar yükümlülüğü, TEDAŞ'tan talep edebilecekleri miktarın belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. EDAŞ'lar ihbar yükümlülüğünü yerine getirmiş ya da üçüncü kişinin talebini / davasını TEDAŞ'a ihbar etmiş ise, üçüncü kişilere yaptığı ödemenin tamamını, ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemişse sadece mahkeme ilamından doğan sorumluluğu TEDAŞ'tan talep edebilecektir. Ancak bu sorumluluk içinde işlemiş faizler bulunmayıp, EDAŞ'lar ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemiş ise TEDAŞ'tan ödediği faizleri talep edemeyecektir.

Karar tarihinden sonra işlemiş faizlerin talep edilemeyeceği bizce açık ise de, dava tarihi ile karar tarihi arasında işlemiş olacak faizden de davalının sorumlu olabilmesi için davanın davalıya ihbar edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz: İHDS 7.2'deki Sözleşme'nin imza tarihinden sonra ortaya çıkacak idari ve hukuki ihtilaflar Şirket tarafından derhal TEDAŞ'a bildirilir düzenlemesi amir bir düzenleme olup, "derhal bildirmeme halinde" derhal bildirmeyen akit taraf, bu edimini ifa etmemekle, ödeme gününe kadar işleyecek tüm faizlerden sorumlu olacaktır. Bu, İHDS'nin getirdiği bir edime uymamanın sonucu olarak EDAŞ'ların yüklenmek zorunda kaldığı bir külfet gibi düşünülmelidir. Aksi durumda, İHDS 7.2'deki Sözleşme'nin imza tarihinden sonra ortaya çıkacak idari ve hukuki ihtilaflar Şirket tarafından derhal TEDAŞ'a bildirilir düzenlemesinin herhangi bir işlevi olmaz ki, bu da düzenlemeden umulan sözleşmenin yöneldiği amaca aykırı düşer. Bu nedenle dava tarihi ile karar tarihi arasında işlemiş faizi de EDAŞ'ların talep edememesi gerekir.

Aynı şekilde, ihbar yükümlülüğünü yerine getirmeyen EDAŞ'lar icra harç ve giderlerini de talep edemeyecektir. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.

3- Üçüncü kişilerin hak talebini doğuran (genellikle kamulaştırmasız el atma ya da kamulaştırma olan) olay İHDS sonrasında EDAŞ'lar şirket yatırımları kapsamında olmuştur, üçüncü kişiler de idari ve hukuki uyuşmazlığı İHDS sonrasında çıkarmıştır. Bu durumda İHDS 7.3 maddesi uygulanacak olup idari ve hukuki ihtilaflar TEDAŞ tarafından takip edilerek çözüme kavuşturulacak, her türlü masraf EDAŞ'lara rücu edilecektir.

Dağıtım faaliyetinin TEDAŞ tarafından yürütüldüğü dönemde bu faaliyetin yürütülmesi amacıyla gerçekleştirilen her türlü iş ve işlemlerden doğan bütün sorumluluk kapsamında üçüncü kişilerle doğan ihtilaflar yönünden sorumluluk paylaşımı İHDS'nin 7.4, 7.5 maddelerinde düzenlenmiş olup, bu maddelerde dağıtım faaliyetinden doğan üçüncü kişilerin hak talepleri karşısındaki sorumluluk yönünden iki ayrı durum düzenlenmiştir:

7.4.Dağıtım Faaliyeti'nin TEDAŞ tarafından yürütüldüğü dönemde bu faaliyetin yürütülmesi amacıyla gerçekleştirilen her türlü iş ve işlemlerin bütün sorumluluğu TEDAŞ'a aittir. TEDAŞ tarafından yürütülmüş bulunan bu faaliyetler nedeniyle üçüncü kişiler tarafından ileri sürülecek her türlü talebin muhatabı TEDAŞ'tır. Bu talepleri konu alan icra takibi ve davalar TEDAŞ tarafından yürütülür ve sonuçlandırılır. Bu takip ve davalardan doğacak her türlü mali yükümlülük TEDAŞ tarafından karşılanır.

7.5.Dağıtım Faaliyeti'nin Şirket tarafından yürütüldüğü dönemde bu faaliyet kapsamında gerçekleştirilen her türlü iş ve işlemlerin bütün sorumluluğu Şirket'e aittir. Şirket tarafından yürütülmüş bulunan bu faaliyetler nedeniyle üçüncü kişiler- tarafından ileri sürülecek her türlü talebin muhatabı Şirket'tir. Bu talepleri konu alan icra takibi ve davalar Şirket tarafından yürütülür ve sonuçlandırılır. Bu takip ve davalardan doğacak her türlü mali yükümlülük Şirket tarafından karşılanır.

Sözleşmenin imza tarihinden önce dağıtım tesisleri ile dağıtım tesislerinin işletilmesinden kaynaklanan her türlü hukuki ve cezai sorumluluk kapsamında üçüncü kişilerle doğan ihtilaflar yönünden sorumluluk paylaşımı İHDS'nin 7.6, 7.7 maddelerinde düzenlenmiş olup, bu maddelerde de dağıtım faaliyetinden doğan üçüncü kişilerin hak talepleri karşısındaki sorumluluk yönünden iki ayrı durum düzenlenmiştir:

7.6.Sözleşmenin imza tarihinden önce Dağıtım Tesisleri ile Dağıtım Tesisleri'nin işletilmesinden kaynaklanan her türlü hukuki ve cezai sorumluluk TEDAŞ'a aittir. Bu dönemde yürütülmüş bulunan bu faaliyetler nedeniyle üçüncü kişiler tarafından ileri sürülecek her türlü talebin muhatabı

TEDAŞ'tır. Bu talepleri konu alan icra takibi ve davalar TEDAŞ tarafından yürütülür ve sonuçlandırılır. Bu takip ve davalardan doğacak her türlü mali yükümlülük TEDAŞ tarafından ödenir.

7.7.Sözleşmenin imza tarihinden sonra Dağıtım Tesisleri ile Dağıtım Tesisleri'nin işletilmesinden kaynaklanan her türlü hukuki ve cezai sorumluluk Şirket'e aittir. Şirket tarafından yürütülmüş bulunan bu faaliyetler nedeniyle üçüncü kişiler tarafından ileri sürülecek her türlü talebin muhatabı Şirket'tir. Bu talepleri konu alan icra takibi ve davalar Şirket tarafından yürütülür ve sonuçlandırılır. Bu takip ve davalardan doğacak her türlü mali yükümlülük Şirket tarafından karşılanır. Şirket, bu kapsamda ortaya çıkan tazminattan, cezadan ve/veya herhangi bir isim altında gerçekleştirdiği ödemelerden dolayı, hiçbir şekilde TEDAŞ'a rücu edemez. Belirtilen nedenlerle TEDAŞ'ın bir ödeme yapmak durumunda kalması durumunda, Şirket söz konusu ödemeyi ilk talepte ödeme tarihinden itibaren ticari faiziyle birlikte, nakden ve defaten ödemekle yükümlüdür.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, TEDAŞ ile EDAŞ'lar arasındaki İHDS'nin aktardığımız hükümlerinden doğan rücu davalarında, yerleşik olarak, davanın İHDS'den kaynaklanan rücu istemine ilişkin olduğunu ve İHDS'nin 7.2 ve 7.4 ya da 7.2 ve 7.6 hükümlerinin uygulama alanı bulacağını ve "Dağıtım Faaliyeti'nin TEDAŞ tarafından yürütüldüğü dönemde bu faaliyetin yürütülmesi amacıyla gerçekleştirilen her türlü iş ve işlemlerin bütün sorumluluğunu TEDAŞ'a yükleyen ve sözleşmenin imza tarihinden sonra ortaya çıkacak hukuki ihtilaflar yönünden [...EDAŞ'lara...] ihbar yükümlülüğü yükleyen bu madde hükümlerinin değerlendirilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi" gerektiği görüşünde idi.

Daha sonraki kararlarında Yargıtay ihbar yükümlülüğünü düzenleyen İHDS m. 7.2'nin m. 7.4 ve m. 7.6 ile birlikte uygulanması görüşünden dönmüştür. Ayrıca önceki kararlarında rücu hakkı bizzat İHDS başka deyişle sözleşmede düzenlendiğinden, rücunun kaynağının sözleşme olduğu görüşündeydi. Böylece somut olay yönünden faiz başlangıç tarihinin davalının temerrüdü ve yok ise dava tarihi olması gerektiğini kabul etmekteydi. Yargıtay bu görüşünden de dönmüş ve rücunun kaynağının sebepsiz zenginleşme olduğunu kabul etmiştir. Bunun sonucunda, rücuya konu alacak miktarına işleyecek faizin davalının temerrüdü ya da dava tarihinden itibaren değil, mal varlığındaki eksilmenin gerçekleştiği tarih olan ödeme tarihinden itibaren başlayacağını kabul etmiştir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 23.03.2016 tarihli ve 2015/13510 E., 2016/3219 K. sayılı ilamı ile daire çoğunluğu;

“Dava, işletme hakkı devir sözleşmesinden kaynaklanan rücu alacak istemine ilişkin olup mahkemece, yukarıda yazılı gerekçe ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Tarafın, davayı üçüncü kişiye ihbar etmemiş olması, üçüncü kişiye karşı olan rücu hakkının düşmesini gerektirmez. Yalnız, kendisine karşı rücu davası açılan üçüncü kişi (davalı), [...EDAŞ'ların...] birinci davayı iyi takip etmediği için (yani kusuru nedeniyle) kaybettiğini ispat ederek, kendisine karşı açılan rücu davasının kısmen veya tamamen reddini sağlayabilir. Yani, davayı ihbar etmemiş olan taraf, her türlü kusurundan sorumludur. Davayı ihbar etmeyen tarafın kusuru nedeniyle davayı kaybettiğini ispat yükü (kulfeti), üçüncü kişiye düşer. (Bkz. Hukuk Muhakemeleri Usulü, Prof. Dr. Baki Kuru, 2001, s.3541-3542) Somut olayda, [...TEDAŞ tarafından...] davayı ihbar etmeyen [...EDAŞ'ların...] kusuru ileri sürülüp ispatlanmamasına ve dava konusu rücuya konu dava yönünden sözleşmenin 7.2 maddesinin uygulama yeri bulunmamasına göre, davanın ihbar edilmemesi nedeniyle icra harç masrafları ve faiz yönünden rücu alacağından indirim yapılması doğru olmamıştır.

Yine, rücu hakkı başkasına ait bir borcu yerine getiren kişinin malvarlığında meydana gelen kaybı gidermeye yönelik tazminat niteliğinde bir talep hakkı olup [...EDAŞ'ların...] mal varlığındaki eksilme, ödeme tarihinde gerçekleştiğinden ödeme gününden itibaren faize hükmedilmesi gerekirken, dava tarihinden itibaren faize hükmedilmesi de yerinde görülmemiş, kararın temyiz eden [...EDAŞ'lar...] yararına bozulması gerekmiştir” görüşündedir.

Bu dava dosyalarının 2017 yılı işbölümünde temyiz incelemesini yapan 23. Hukuk Dairesi de bu doğrultuda verilen kararları onamıştır (Bkz. 23. Hukuk Dairesi 03/04/2017 tarihli 2015/8423 E., 2017/984 K.; 23. Hukuk Dairesi 28.03.2017 tarihli 2015/8418 E., 2017/965 K.)

Bize göre, bu yorum ve karar tartışmalıdır. İlk olarak, kararda uyuşmazlığın kaynağının “sözleşme” olduğu, uyuşmazlığın “sebepsiz zenginleşme”den ya da “haksız fiil”den değil “sözleşme hükmü”nden,

“sözleşme hükmüne aykırı davranıştan” doğduğu tamamen göz ardı edilmiştir. Aslında bu göz ardı edilmenin muhtemel nedeni, TEDAŞ karşısında EDAŞ’ların eşit görülmeyle, arada bir “sözleşme”nin değil de vesayet ilişkisinin bulunduğu ve TEDAŞ işleminden doğan bir malvarlığı kaybının gerçekleştiğinin düşünülmesidir. Aslında Yargıtay yaptığı bu hata ile İHDS’lerin “yeni kamusalılık” içinde yorumlanmasını kabul etmiş olmaktadır. Fakat bu sonuç, taraflar arasında bir sözleşme, İHDS olduğunu ve rücu isteminin kaynağının da bu olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

İkinci olarak, İHDS 7.2’de düzenlenen ihbar yükümlülüğünün sadece bu maddede düzenlenen maddi olaylar yönünden geçerli olacağının düşünülmesi, İHDS’nin düzenleme mantığına aykırıdır. Bu şekildeki daraltıcı yorum, sadece TEDAŞ yönünden geçerli olmayacak ise, bu kez de, TEDAŞ’tan talepte bulunabilmesine yol açan istisna hükmünün de aynı daraltıcı yorum ile sadece hisse satış sözleşmeleri bağlamında ele alınması gerekirdi.

Ancak, İHDS 7’inci madde uygulamasında tartışmalı olan husus sadece bu değildir. Esas olarak Yargıtay, bize göre, daha önemli sonuçları olan bir hatalı yorum yapmış ve işletme hakkı devrinin sözleşme ilişkilerinin devrini de kapsayacağını yok saymıştır. Bu hatanın nedeni de, Yargıtay 6. Hukuk Dairesi tarafından ortaya konulan ve yukarıda aktardığımız İHDS’nin kendine özgü niteliklerinin ilgili Yargıtay Dairelerince aynen benimsenmemiş olmasıdır. Benimsenmiş olsa idi, sözleşmenin kamusal niteliğini gözeterek özelleştirme hazırlık evresi ile Kurum içi yazışmaları da sözleşme yorumunda dikkate alması gerekirdi. Gerçekten de, gerek özelleştirme sürecindeki yazışmalardan gerekse Kurum (TEDAŞ) içi yazışmalardan⁴⁶, İHDS’nin sorumluluk paylaşımına ilişkin 7’inci madde düzenlemesinin Borçlar Kanunu hükümlerine göre “haksız fiil” veya “sebepsiz zenginleşme”den doğan üçüncü kişilerin tazminat talepleri ile ilgili olduğu, işletme hakkının devri ile sözleşme ilişki ve sorumluluklarının da rücuyla konu edilemeyecek şekilde tamamen devredildiği açıkça anlaşılmaktadır. Yukarıda tümüyle aktardığımız madde içeriklerinde de üçüncü kişilerle yapılan sözleşmelerden doğan yükümlülükler hiçbir şekilde yer verilmemiştir. Ancak Yargıtay, incelediğimiz kararlarında, örneğin iş sözleşmeleri gereğince yapılan ödemeleri de rücu kapsamına almıştır. Yargıtay uygulamasında, hatalı şekilde,

⁴⁶ İncelediğimiz uyuşmazlık dosyalarında yer alan müfettiş raporlarında bu husus belirtilmektedir.

dava dışı üçüncü kişinin talebinin kaynağının taraflar arasındaki sözleşme olmasına sonuç bağlanmamaktadır.⁴⁷

⁴⁷ Yargıtay'ın yerleşik uygulaması, TEDAŞ ve EDAŞ'lar uyumsuzluğun kendine özgü bir sözleşme olan İHDS kapsamında çözülmesi ve rücu tazminat isteminin de üçüncü kişiye yapılan ödemenin dayanağı olan olayın İHDS 7 inci maddesi kapsamında, başka deyişle dağıtım faaliyetinin yürütülmesi amacıyla gerçekleştirilen iş ve işlemler ile dağıtım tesislerinin mülkiyetinden ve işletilmesinden doğan üçüncü kişilere karşı sorumluluk kapsamında olup olmadığının değerlendirilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi, yalnızca 7.2 uygulamasında maddede düzenlenen ihbar mükellefiyetinin de gözetilmesi, gerekeceği yönündedir. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi kararları da bu yöndedir: "Dava, işletme hakkı devir (hizmet) sözleşmesinden kaynaklanan rücu alacak istemine ilişkindir.

Taraflar arasında düzenlenen 24.07.2006 tarihli (İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi) sözleşme ile, altı ilden oluşan elektrik dağıtım bölgesinde yer alan ve TEDAŞ uhdesinde bulunan dağıtım sistemi, dağıtım tesisleri ve dağıtım tesislerinin işletilmesi için zorunlu taşınır ve taşınmazların, mülkiyet hakkı saklı kalmak koşuluyla, işletme hakkı EDAŞ'a devredilmiş, sözleşmenin 7. maddesi ile dağıtım faaliyetinden kaynaklanan sorumluluğun dönemsel olarak paylaşılması yoluna gidilmiştir.

Bu kapsamda, İ.H.D.S.nin 7.4 maddesinin "...dağıtım faaliyetinin TEDAŞ tarafından yürütüldüğü dönemde bu faaliyetin yürütülmesi amacıyla gerçekleştirilen her türlü iş ve işlemlerin bütün sorumluluğu TEDAŞ'a aittir. TEDAŞ tarafından yürütülmüş bulunan bu faaliyetler nedeniyle 3.kişiler tarafından ileri sürülecek her türlü talebin muhatabı TEDAŞ'tır. Bu talepleri konu alan icra takibi ve davalar TEDAŞ tarafından yürütülür ve sonuçlandırılır. Bu takip ve davalardan doğacak her türlü mali yükümlülük TEDAŞ tarafından karşılanır." hükmünü içermesine,

İşbu rücu talebine esas olan kesinleşmiş ilama konu fatura tarihinin (11/06/2002) ve keza dava (01.04.2003) tarihinin taraflar arasındaki işletme hakkı devir sözleşmesi tarihinden önce olmasına,

Rücu hakkının başkasına ait bir borcu yerine getiren kişinin malvarlığında meydana gelen kaybı gidermeye yönelik tazminat niteliğinde bir talep hakkı olup EDAŞ'larnın malvarlığındaki eksilme ödeme tarihinde gerçekleştiğinden ödeme tarihinden itibaren faize hükmedilmesine, (Yargıtay 11.H.D.20/04/2016 T. 2016/2245 E. 2016/4372 K.)

Kendine has özellikleri olan bu sözleşme türü için zamanaşımı süresini düzenleyen ayrı bir hüküm de bulunmadığından, TBK'nın zamanaşımı ile ilgili genel hükmü olan 146. maddesi gereğince 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerekmesine,

V. SONUÇ

Bu makalenin sonucu son derece kısadır: Hukuki rejimin özelleştirilmesi ile, maddi olgu olan kamu hizmetlerinin görülmesi yok edilemeyeceğine göre, yük omzuna binen adli yargı ile Yargıtay'ımızın, tüketici hukukunun evrimi içinde -özellikle genel işlem şartlarının önce içtihatlarda olgunlaşıp sonrasında kanuni düzenlemeye dönüşümü örneğinde olduğu gibi- uygulamaya başladığına benzer şekilde, kamu hizmetleri piyasalarında yapılan sözleşmelerin kamusal niteliğini göz ardı etmeksizin kamu hizmeti niteliğine uygun yorum ilkeleri geliştirmesi gerekir.

Kamu hizmetleri piyasalarının olası tek sonucu, özel hukukun, toplumsalın dinamiklerini içerebilen objektif hukuk⁴⁸ olarak kalacak ise, her geçen gün daha fazla kamusal yorum ilkeleri edinmesi, nihayetinde de, idare hukukunun uygulanma alanını genişleten kamu hizmeti olgu ve kavramının bu kez özel hukuku dönüştürmesidir.

HSS'nin 9.4. ile ihale şartnamesinin 24/f maddesi hükümleri gözetildiğinde İHDS hükümlerinin saklı tutulduğu, ayrıca 28.06.2013 tarihli HSS'nin, Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı ile Dicle Enerji Yatırım Sanayi ve Ticaret A.Ş. arasında düzenlenmiş olup, sözleşmenin imzalandığı tarihte gerek EDAŞ'lar ve gerek Dicle Enerji Yatırım Sanayi ve Ticaret A.Ş. nin farklı tüzel kişiliklere sahip olmasına,

Dosya kapsamına uygun bulunarak hükme esas alınmasında bir usulsüzlük bulunmayan bilirkişi heyeti raporunda da belirtildiği şekilde, sunulan finansal tablolarda dava konusu ödemeye ilişkin herhangi bir bilginin ve mali tablolarda yer alan verilere ilişkin kaydın dayanağı belgelere yönelik herhangi bir belgenin sunulmamış olmasına göre,

Mahkeme kararında usul ve yasaya aykırı bir durum mevcut olmadığından davalı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmesi gerekmiştir." (Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. Hukuk Dairesi, Esas No : 2016/87 Karar No : 2017/10)

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesi, 27/09/2017 tarihli ve Esas No: 2017/586, Karar No: 2017/580 sayılı kararında 24/07/2006 tarihli İHDS'den sonra tahsil edilen ve haksız faturaya dayanan bedeller yönünden ana para ve faizinin rücu edilmesine karar verilmesi halinde EDAŞ'ların sebepsiz zenginleşeceğine hükmetmiştir.

⁴⁸ "Objektif hukuk" kavramı için bkz. Duguit, age.

KAYNAKÇA

- Akın, Ümit: “Elektrik Üretim İletim ve Dağıtım Tesislerinin İşletme Hakkının Devri ve İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri”, Danıştay Dergisi Yıl:30, Sayı 102: 29-46.
- Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil: Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, 14. Baskı, Ankara, 2021.
- Ayanoğlu, Taner: “İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt LXV, Sayı 1: 3-38.
- Duguit, Leon: Kamu Hukuku Dersleri, çev. Süheyp Derbil, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1954.
- Duran, Lütfi: İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982.
- Gözler, Kemal: İdare Hukuku Cilt II, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 3. Baskı, Bursa, 2019.
- Günday, Metin: İdare Hukuku, İmaj yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2011.
- Hirsch, Joachim: Materyalist Devlet Teorisi, çev. Levent Bakaç, Alan Yayınları, İstanbul, 2011.
- Jessop, Bob: Kapitalist Devletin Geleceği, çev. Ahmet Özcan, Epos Yayınları, Ankara, 2009.
- Karahanogulları, Onur: Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara, 2004.
- Loughin, Martin: Kamu Hukukunun Temelleri, çev. D. Çiğdem Sever – Kıvılcım Turanlı, Dipnot Yayınları, Ankara, 2017.
- Mısır, Mustafa Bayram: Kapitalist Devlet, Edebi Şeyler Yayınevi, İstanbul, 2020.
- Talat Aslan, Nagehan: “Yönetimin Yeni Yapı Taşları Bağımsız İdari Otoriteler: ‘Yavru Leviathanlara Doğru’”, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, Sayı 59 (2010/2): 25-49.
- Tekinsoy, M. Ayhan: “İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2002.
- Tekinsoy, M. Ayhan: “Bağımsız İdari Otoriteler ve Regülasyon Anlayışı – Tartışmalar, Sorunlar”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 65, Sayı 2:119-134.
- Ulusoy, Ali D. : Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2020.

ANAYASA MAHKEMESİ ve AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA ANAYASAL BİR GÜVENCE OLARAK CEZA MUHALEMESİNDE GEREKÇELİ KARAR HAKKI

Right to Reasoned Decision, as a Constitutional Right in Criminal Procedure, in the Light of the Decisions of the Constitutional Court and European Court of Human Rights

Akif YILDIRIM*

ÖZ

Gerekçe, bir hak olarak Anayasa’da açıkça düzenlenmemiştir. Ancak Anayasa’nın 141. maddesinin üçüncü fıkrasında tamamlayıcı bir düzenleme olarak mahkemelere kararlarını gerekçeli yazması yönünde bir yükümlülük yüklenmiştir. Anayasa Mahkemesine göre gerekçeli karar hakkının kaynağı Anayasa’nın 36. maddesidir. Söz konusu hak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (Sözleşme) 6. maddesinde geçen *hakkaniyete uygun yargılanma* hakkından türetilmiştir. Anayasa Mahkemesi de bu hakkı yorumlarken AİHM kararlarını gözetmiştir. Bu anlamda anayasal düzeyde bir güvence olarak gerekçeli karar hakkı, adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak Anayasa Mahkemesi içtihatlarıyla ete kemiğe bürünmüştür. Gerekçeli karar hakkı medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyumsuzluklar için de tanınmış bir güvence olmasına karşın çoğunlukla suç isnadına ilişkin uyumsuzluklarda gündeme gelmektedir. Anayasal düzeyde bir güvence olarak gerekçeli karar hakkı, asgari teminatlar sağlamaktadır. İlgili usul kanunları bu konuda daha ileri düzeyde güvence öngören düzenlemeler ihdas edilmiş olabilir. Çalışmada, gerekçeli karar hakkının ceza muhakemesi hukuku bağlamında anayasal boyutları Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararları ışığında değerlendirilecektir. Bu yapılırken gerekçeli karar hakkının sağladığı güvenceler ile bu konudaki anayasal denetimin seviyesi belirlenmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Bireysel başvuru, dil yargılanma hakkı, gerekçeli karar hakkı, gerekçenin işlevleri, yeterli gerekçe

Makalenin Geliş Tarihi: 22.06.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 23.11.2022.

* Dr. Anayasa Mahkemesi Raportörü, e-posta: akyildir@gmail.com, ORCID: 0000-0002-8426-9829.

ABSTRACT

The right to a reasoned decision is not explicitly regulated in the Constitution. However, as a supplementary regulation in the third paragraph of Article 141 of the Constitution, an obligation is imposed on the courts to formulate their decisions with reasons. According to the Constitutional Court, the right to a reasoned decision derives from Article 36 of the Constitution. The aforementioned right is derived from the right to a fair trial laid down in Article 6 of the European Convention on Human Rights (“Convention”) by the European Court of Human Rights (“ECHR”). In interpreting this right, the Constitutional Court has also taken into consideration the judgments of the ECHR. In this sense, the right to a reasoned decision as a constitutional guarantee, as an element of the right to a fair trial, has been embodied in our law by the jurisprudence of the Constitutional Court. Although the right to a reasoned decision is a guarantee applied also in the determination of his/her civil rights and obligations, it is primarily applied in of any criminal charge against him/her. The right to reasoned decision as a constitutional guarantee provides minimum guarantees. Relevant procedural laws may have introduced regulations that provide further guarantees in this regard. In this paper, the constitutional scope of the right to a reasoned decision in the context of criminal procedure law will be evaluated in the light of the decisions and judgments of the Constitutional Court and the ECHR. While doing this, it will be tried to determine the guarantees provided by the right to reasoned decision and the level of constitutional control in this regard.

Keywords: Individual application, right to a fair trial, right to a reasoned decision, functions of justification, sufficient justification.

GİRİŞ

İnsanın doğasında anlama ve anlaşılma isteği vardır¹. Dolayısıyla ilgili kişilerin kamu makamlarının hangi sebeplerle kendisine karşı işlemde bulunduğunu bilme ve öğrenme isteği yaradılışından kaynaklanmaktadır. O hâlde yargılama makamlarının tarafları anlayarak yargılama yaptığını ve onları dinlemeden bir sonuca varmadıklarını açıklamaları, bu isteğin karşılanması bakımından önem arz etmektedir. Bu açıdan bakıldığında gerekçenin tarihsel köklerinin insanoğlunun bilme isteğinin bilincine varmaya başladığı dönemlere kadar uzandığı söylenebilir².

¹ **M. Akif Tutumlu**, Hukuk Yargılamasında Hüküm ve Gerekçe (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), 70.

² **Çetin Aşçıoğlu**, “Yargıda Gerekçe Sorunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 48, (2003), 109.

Bununla birlikte her insanın kamu makamlarınca dikkate alınmasını ve kendisine saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bu insan onurunun bir gereğidir. O hâlde insan onuru, yargılama süjelerinin yargılamayla ilgili bilgilendirilmesini ve onlara açıklamada bulunulmasını gerekli kılmaktadır³. Yargılama süjelerinin dinlenmesi, iddia ve tezlerinin değerlendirilmesi dikkate alındıklarını gösterir ve bu durum gerekçeden anlaşılır. Bu yönüyle mahkeme kararlarının gerekçeli olması insan onurunun korunmasına da hizmet etmektedir.

Gerekçe ile ahlak arasında da bir ilişki bulunmaktadır. Bilgi verme yükümlülüğü aynı zamanda ahlak ilkesinin bir gereğidir⁴.

Gerekçe gösterme ihtiyacı, yargı dışında kamu gücü kullanan diğer organlar (yasama ve yürütme) bakımından da geçerlidir. Ancak günümüzde yargı kararlarının gerekçeli olması -insan hakları hukukunun geldiği aşama itibarıyla- neredeyse çağdaş bütün hukuk düzenlerinde adil yargılanma hakkının vazgeçilmez bir unsuru olarak karşımıza çıkmakta ve adil bir yargı düzenin varlığının göstergelerinden biri olarak kabul edilmektedir. Fransız İhtilali sonrası gelişmelerle salt vicdani kanıya bağlı gerçekleşen yargılamadan, objektifliği ve eşitliği temin edebilecek gerekçeli karar verme zorunluluğu noktasına ulaşılmıştır⁵.

Yargı kararlarının gerekçesiz olması sorunu, ülkemizde kadim ve yapısal bir sorundur. Anayasal düzeyde bir güvence olarak gerekçeli karar hakkı, hukukumuzda Anayasa Mahkemesi ve AİHM içtihatlarıyla ete kemiğe bürünmüştür. Dolayısıyla gerekçeli karar hakkının anayasal boyutları ve sağladığı güvenceler ile hak ile ilgili anayasal denetimin seviyesinin Anayasa Mahkemesi ve AİHM içtihatları ışığında değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu çalışmada anayasal bir hak olan gerekçeli karar hakkı esas olarak ceza muhakemesi boyutuyla ele alınmış, bağlamı geldikçe diğer muhakeme hukuku dallarına ilişkin kararlardan da yararlanılmıştır.

³ **Muhammet Özkes**, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2003), 44.

⁴ **Aşçıoğlu**, *Gerekçe*, 109.

⁵ **Yasemin Işıktaç ve Sevtap Metin**, Hukuk Metodolojisi (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2003), 169; **Zühal Aysun Sunay**, “Gerekçeli Karar Hakkı ve Temel İlkeleri”, *Danıştay Dergisi*, S. 143, (2016), 8.

I. GENEL AÇIKLAMALAR

A. HÜKMÜN BİR UNSURU OLARAK “GEREKÇE”

Hüküm, hukuk terimi olarak bir uyuşmazlığın hâkim tarafından çözümlenmesi sonucu verilen nihai (son) karardır⁶. Buna göre yargılamanın sonunda, yargılamanın konusuna ilişkin olarak mahkeme tarafından verilen ve uyuşmazlığı çözerek yargılamayı sona erdiren karara hüküm denir⁷. Bu anlamda hüküm, davanın sonunda bir ceza verilip verilmeyeceği ve bir ceza verilecekse hangi tür (adli para cezası/hapis cezası) cezadan ne kadarının verileceği sorularının yanıtını oluşturmaktadır.

Karar ise bir üst kavram olup 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (CMK) 223. maddesinde belirtilen “hükümler” ile bunların dışında ulaşılan sonuçlardır. Dolayısıyla her hüküm bir karar iken her karar bir hüküm değildir. Uyuşmazlığı çözen son kararlar “hüküm”dür. Uyuşmazlığı çözüme kavuşturmayan kararların hüküm olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu anlamda durma kararı uyuşmazlığı çözmeyp beklettiği için niteliği itibarıyla bir son karar değil⁸, bir ara karardır.

Anayasa, *karar* terimini kimi yerde *hükmü* de kapsayacak şekilde geniş kullanmış (Anayasa mad. 138/4), kimi yerde de (Anayasa mad. 138/1) *karar* yerine *hüküm* kavramına yer vermiştir⁹. CMK, bu konuda tanımlayıcı bir maddeye yer vermemekle birlikte 223. ve devamı maddelerinde hükümle ilgili çeşitli düzenlemeler içermektedir.

Hükümün unsurları; olay, gerekçe ve sonuçtan oluşmaktadır. Hükümün, sorun ya da eski deyiimiyle “*mesele*” kısmında mahkemenin önüne gelen olay ve bundan kaynaklanan hukuki sorunlar yer alır¹⁰. Hâkimin bulduğu çözüme nasıl ulaştığı, hükümün *gerekçe* kısmında yer alır. Gerekçe, sorunun açıkça ortaya konulup sonuca nasıl ulaşıldığına dair akıl yürütmenin mantıksal

⁶ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, Muhakeme Hukuk Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku (İstanbul: Beta Yayınları, 2008), 1296; Ejder Yılmaz, Öğrenciler İçin Hukuk Sözlüğü, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2012), 315.

⁷ Alfabetik olarak bkz. Koray Doğan, “Ceza Muhakemesinde Hüküm”, Ceza Hukuku Dergisi, S. 7, (Ağustos 2008), 172; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2016), 688; Yener Ünver, Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 676.

⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, 788.

⁹ Murat Balcı, Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 20.

¹⁰ Kunter/Yenisey/Nuhoglu, 1301; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, 776.

açıklamasıdır¹¹. Sözlükte “*mahkeme kararlarının dayandığı kanuni ve hukuki sebepler*” anlamına gelen gerekçe¹², en dar anlamıyla bir hükme nasıl ulaşıldığını gösteren unsur olarak tanımlanabilir. Mahkemenin hukuki sorun ile ilgili olarak ulaştığı kanaat ise “*hüküm fıkrası*” denilen hükmün sonuç kısmında belirtilir. Sonuç; hükmün, uyuşmazlığın çözülüş şeklini gösteren özlü kısmıdır¹³.

B. GEREKÇENİN İŞLEVLERİ

Gerekçenin birçok işlevi vardır. Elbette bunların tümüne kapsamlı bir şekilde yer vermek eldeki çalışmanın boyutlarını aşacaktır. Bu nedenle burada önemli gördüğümüz bazılarıyla ilgili açıklamada bulunmakla yetineceğiz. Ancak bundan evvel, *argümantasyon* ile *gerekçe* kavramlarına kısaca değinmekte yarar görüyoruz.

Argüman iddia, delil; *argümantasyon* ise muhatabı ikna etme veya inandırma için delillendirme anlamına gelmektedir¹⁴. Argümantasyon çoğu zaman gerekçelendirmeyle aynı anlamda kullanılmaktadır. Ancak argümantasyon kelimesi rasyonel araçlara daha çok vurgu yaparken, gerekçelendirme (*justification*) iddia edilen şeye haklılık veya meşruiyet kazandırma anlamlarını da ima etmektedir¹⁵. Bu açıdan bakıldığında, gerekçelendirme ile kararın sonucu yönünden bir argümantasyon sağlandığı söylenebilir¹⁶. Argümantasyonun sağlamlığı, hem gerekçelendirme sürecinde izlenen usulün rasyonelitesine hem de sonucun kabul edilebilirliğine dayanmaktadır¹⁷.

¹¹ **Nur Centel ve Hamide Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku (İstanbul: Beta Yayınları, 2020), 19. Bası, 865; **Özlem Yenerer Çakmut**, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Esas Mahkemesinin Verdiği Hüküm”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11, S. 3-4, (2007), 33.

¹² www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi: 13/2/2020).

¹³ **Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu**, Ceza Muhakemesi Hukuku (Ankara: Savaş Yayınevi, 2020), 20. Baskı, 36.

¹⁴ **Ertuğrul Uzun**, Akıl Tutkunu Hukuk (İstanbul: XII Levha Yayınları, 2010), 20.

¹⁵ Matematiksel kesinliğin bulunmadığı ancak iddiaların çeşitli sebeplerle desteklendiği ve savunulduğu alanlarda *ispat* yerine *argümantasyon* veya *gerekçelendirme* terimlerinin kullanılmasıyla ilgili olarak ve bu konuda bkz. **Uzun**, 20.

¹⁶ Muhtelif teoriler açısından, yargı kararlarının rasyonel tarzda nasıl gerekçelendirilebileceğine ve hukuki argümantasyonun rasyonel analizi ve değerlendirilmesi için hangi metodların kullanılabileceğine ilişkin kapsamlı bir çalışma için bkz. **Eveline T. Feteris**, Hukuki Argümantasyon Temelleri/Yargı Kararlarını Gerekçelendirme Üzerine Bir Araştırma, Çeviren: Ertuğrul Uzun (İstanbul: Paradigma Yayıncılık, 2010).

¹⁷ **Feteris**, 226.

Gerekçe, takdir yetkisi ile keyfiligi birbirinden ayıran en önemli araçtır. Hükmün keyfi verildiği görüntüsünden “*gerekçesi*” kurtarır. Diğer bir ifadeyle gerekçe, sonucun nedenini ve niçinini ortaya koyarak keyfiligi önler¹⁸. Ceza muhakemesinde mahkemelerin maddi olay ve olguların değerlendirilmesinde, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanmasındaki takdir yetkisi, kararın verilmesine neden olan dayanaklara asgari açıklıkta değinilmesi görevini ortadan kaldıracak şekilde yorumlanamaz¹⁹. Mahkemeler keyfiligi, denetimden kaçmayı ve perdelemeyi önlemek için kararın verilmesine neden olan temelleri yeterince açık olarak belirtmekle yükümlüdür²⁰. Esasen gerekçe, yargısal gücün hukuka uygun olarak kullanıldığının bir metinde somutlaşmasıdır. Dolayısıyla mahkemelerin takdir yetkilerini yerinde kullanıp kullanmadığı ve hukuka uygun bir şekilde karar verip vermediği, kararların gerekçelerinden anlaşılır. Gerekçe sunmayan bir kararın doğru ve hukuki olduğunun söylenmesi zordur²¹. Bu açıdan bakıldığında gerekçelendirme, sadece usule ilişkin bir eksikliğin tamamlanması değil aynı zamanda kararın doğruluğunun sebebini ve zeminini oluşturmaktadır²².

Hâkimlerin kararlarını gerekçeli olarak yazma yükümlülüğü onların isabetli karar vermesini sağlayan unsurlardandır. Gerekçe, sonuca nasıl gidildiğine dair karar vereni dikkatli olmaya yöneltir²³. Bu yönüyle gerekçe hâkim açısından öz denetim işlevi görmektedir. Hâkim gerekçe göstermek suretiyle uyumsuzluğun çözüm şeklinin isabetli (doğru) olup olmadığını test

¹⁸ Centel/Zafer, 865; Yenerer Çakmut, 34.

¹⁹ Sebahat Tuncel (2), B. No: 2014/1440, 26/2/2015, § 78. Bu konuda Yargıtay, mahkeme kararlarında pek rastlamadığımız -edebi- bir üslupla aşağıdaki değerlendirmeleri yapmıştır:

“Bazı hallerde davanın tarafı olan kişilerin durumlarının ve uyumsuzluk konusu olayın hangi koşullar içinde geçtiğinin açık ve kesin şekilde saptanması, böylece olayın ve delillerin tarafların özel durumları göz önünde tutularak değerlendirilmesi zorunludur. Mahkemece bu şekilde işlem yapılmadığı, hayatın gerçeklerinden uzak soyut bir platform’da kalındığı, taraflar canlı birer kişi olarak değil soyut –Manken- varlıklar imiş kabul edildiği takdirde vicdanları sızlatan ve yaşamın gerçeklerine ters düşen haksız sonuçlara düşünülmesi mukadderdir. Bu davada hâkimin takdiri gerçeklerden çok biçimsellikten kaynaklandığı için çözüm yanlış olmuştur.” (Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 3/4/1979 tarihli ve E.1979/2087, K.1979/4280 sayılı kararı, Yargıtay Kararları Dergisi, S. 7, 944).

²⁰ Sencer Başat ve diğerleri [GK], B. No: 2013/7800, 18/6/2014, § 58.

²¹ Stefan Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings (New York: Oxford University Press, 2005), 103.

²² Ertuğrul Uzun, Hukuk Metodolojisinin Sorunları (İstanbul: Nora Kitap, 2016), 19.

²³ Centel/Zafer, 865; Yenerer Çakmut, 49.

eder. Böylece hâkim, kendi kendini denetleyerek gerekçesini ortaya koyamayacağı bir karar vermekten kaçınacaktır.

Gerekçenin başka bir işlevi ise davanın taraflarına dinlendiklerini göstermektir²⁴. Bu yönüyle gerekçe davanın taraflarını ikna işlevi görmektedir. Adil yargılanma hakkının güvencelerinden olan çelişmeli yargılama ilkesi uyarınca mahkemelerce tarafların dinlenilmesi gerekir. Çelişmeli bir yargılamada tarafların bilgi ve belgeler üzerinde sadece görüş bildirmesi yetmez, aynı zamanda bunların mahkemece göz önüne alınması ve değerlendirilmesi de gerekir²⁵.

Gerekçenin işlevlerinden biri de yargının bağımsız ve tarafsızlığının dışa yansımaları sağlamaktır²⁶. Gerekçeli karar hakkı belirli bir davada bir tarafça ortaya atılan olgusal ve hukuki sorunların belirlenmesini gerektirmektedir²⁷. Gerekçe, yargılamada ileri sürülen iddiaların yargılama makamlarınca hukuka uygun biçimde incelenip incelenmediğinin ve verilen kararın sebeplerinin bilinmesini sağlamaktadır²⁸. Hâkim, tarafları dinlemek suretiyle ve baskı altında kalmadan karar verdiğini, taraflara karşı yanlı davranmadığını gerekçeyi bir araç olarak kullanarak gösterir²⁹. Ancak bu işlevin gerçekleşmesi, gerekçenin açıklanmasına ve gerekçede açık ve anlaşılır bir dil kullanılmasına bağlıdır³⁰.

²⁴ *Suominen/Finlandiya*, B. No: 37801/97, 1/7/2003, § 37; *Deryan/Türkiye*, B. No: 41721/04, 21/7/2015, § 30.

²⁵ **Fahri Gökçen Taner**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği (Ankara: Seçkin Yayınları, 2019), 438.

²⁶ **Zühal Aysun Sunay**, İptal Davalarında Gerekçeli Karar Hakkı (Ankara: Seçkin Yayınları, 2016), 47-49.

²⁷ **Dovydas Vitkauskas ve Grigoriy Dkov**, Protecting The Right To A Fair Trial Under The European Convention On Human Rights (Council of Europe: 2007) İkinci Baskı, 30.

²⁸ **David Harris - Michael O'Boyle, Ed Bates, Carla Buckley, Paul Harvey, Kresimir Kamber, Michelle Lafferty, Peter Cumper ve Heather Green**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Çevirenler: Ulaş Karan ve Mehveş Bingöllü Kılıcı (Ankara: Avrupa Konseyi Yayını, 2018), 407.

²⁹ “[G]erekçe, yargıçların yansızlıklarını kanıtlama olanağı sağlayan, yargıç onurunu koruyan bir araç olarak da değerlendirilmelidir.” (Çetin Aşçıoğlu, “Yargıda Gerekçe Sorunu”, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 8. Kitap (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2003), 158).

³⁰ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Sorumlulukları hakkında üye devletlere yönelik CM/Rec (2010)12 sayılı Tavsiye Kararı’nda hâkimlerin görevleri arasında kararlarında, gerekçeleri açık bir şekilde, net ve anlaşılır bir dilde belirtmeleri sayılmıştır (§ 63).

Gerekçe, kanun yoluna başvurma hakkının etkili bir biçimde kullanabilmesini ve kanun yolu denetiminin sağlıklı biçimde gerçekleştirilmesini de sağlar. Kararın gerekçeli verilmesinin nisbeten açık bir sebebi, gerekçenin kanun yollarına başvurma imkânını sunmasıdır³¹. Gerçekten de ilgililer ancak kararın gerekçesini bilmek suretiyle delillerin değerlendirilmesinde veya iddia ve savunmalarının incelenmesinde bir eksiklik veya hata söz konusu ise karara karşı denetim mekanizmalarına başvurmak konusunda bir kanaate sahip olabilecektir³². Kararının gerekçesini bilmeyen ilgililerin kanun yollarına başvurma hakkını gereği gibi kullanacağı söylenemez³³. Gerekçesiz bir karar, kanun yolunu hayali bir imkân hâline dönüştürür³⁴.

Gerekçeli karar, bir tarafa karara karşı kanun yollarına başvurma olanağı sunmasının yanı sıra o kararın kanun yolunda bir başka organ tarafından gözden geçirilmesine (incelenmesine) de imkân sağlar³⁵. Hüküm, eski deyimle esbabı mucibesine (gerekçesine) bakılarak denetlenebilecektir. Yani kanun yolu denetimi yapan mercinin incelemesini sağlıklı bir şekilde yapabilmesi için kararın gerekçesini bilmesi gerekir³⁶.

Gerekçe belli bir zihinsel faaliyetin, düşünmenin ve emeğin sonucunda oluşturulmaktadır. Esasen gerekçelendirme, yargısal kararın rasyonel dayanağına ilişkin tespitiye yönelik bir çabadır³⁷. Bu yönüyle gerekçe hâkimin beyinsel güç ürünüdür³⁸. Hâkim, gerekçe sayesinde *de facto* hukuk oluşturmaktadır³⁹. Kanunlar ve düzenleyici işlemler soyut nitelikte olduklarından onların somutlaşması -ete kemiğe bürünmesi-

<https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/21ade48c-e4e6-4122-846b-4c4f61511f96.pdf> (Erişim Tarihi: 12/5/2021).

³¹ Trechsel, 103.

³² Yaşar Demircioğlu, Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri (Ankara: Yetkin Yayınları, 2007), 215.

³³ Vesim Parlak, B. No: 2012/1034, 20/3/2014, § 39.

³⁴ Sibel İncoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4 (Ankara: Avrupa Konseyi Yayını, 2018), 192.

³⁵ Suominen/Finlandiya, § 37.

³⁶ Vesim Parlak, § 39.

³⁷ Muharrem Kılıç, “Gerekçeli Karar Hakkı: Yargısal Kararların Rasyonalitesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 47, (Temmuz 2021), 6.

³⁸ Özellikle karşı oy gerekçeleri hukukun gelişmesi için hükmün dayandığı temellere ve varılan sonuca karşı seçenekler sunmaktadır. Onlar, gelecek kuşakların hukuk inşa ederken istifade etmeleri için şimdiden gönderilen mesajlardır.

³⁹ Mustafa Tören Yücel, “Kararda Gerekçe ve Muhalefet Şerhi”, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi 8. Kitap (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2003), 163.

uygulanmalarıyla mümkün olmaktadır. Hâkim, soyut normu uygularken ve vardığı sonucu gerekçelendirirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanmaktadır. Bilim insanları da yargı kararlarının gerekçelerini eleştirerek daha isabetli sonuçlara varılması için bilimsel bir tartışma ortamının oluşmasına ve hukukun gelişmesine katkıda bulunurlar. Gerekçe yazılması, düşünmeyi ve araştırmayı gerektirdiğinden kısa zamanda oluşturulan gerekçeler çoğu zaman bu konuda belirlenmiş standartlardan uzak olmaktadır⁴⁰.

Karardan tatmin olmayan tarafın sonucu kabullenmesi bir ölçüde gösterilecek ikna edici gerekçelere bağlıdır⁴¹. Bu sebeple gerekçeli karar, adalete olan inancı artıran önemli bir unsurdur⁴². Kararların gerekçeli olması, davanın taraflarının mahkeme kararının dayanağını öğrenerek özelde mahkemelere ve genel olarak yargıya güven duymalarını sağlamaktadır⁴³.

Gerekçe ile karar kamusal denetime açılmaktadır. Kararın kamusal denetime açılması ise demokrasi düşüncesiyle yakından bağlantılıdır⁴⁴. Mahkemelerin kararlarında gerekçe sunmasıyla adalet hizmetleri toplum tarafından da denetlenebilir hâle gelmektedir⁴⁵. Dolayısıyla gerekçesiz karar verilmesi, demokratik bir toplumda mahkemelerin kamuoyunda oluşturması gereken güveni zayıflatır ve yargılamanın adilliğini zedeler⁴⁶.

Kararı icra veya infaz edecek organ/kişi, bu sebeple icrada/infazda tereddüt yaşadığında kararların hüküm fıkrası ile birlikte gerekçelerine de bakacaktır. Bu sebeple gerekçenin hükmün uygulanması sırasında

⁴⁰ Mark Twain'e ithaf edilen ama gerçekte kimin söylediği belli olmayan "*Kusura bakmayın kısa yazacak kadar vaktim yoktu, ben de uzun yazdım*" sözünün tam da kararların gerekçeli yazılmasının bu boyutuna vurgu yaptığını ifade etmeliyiz.

⁴¹ Trechsel, 104.

⁴² Yılmaz Çelik [GK], B. No: 2014/13117, 19/7/2018, § 61.

⁴³ Vesim Parlak, § 34.

⁴⁴ Uzun, Hukuk Metodolojisi, 18.

⁴⁵ İncoğlu, El Kitabı, 192. Erem bu konuyu çok veciz ifadelerle şu şekilde dile getirmiştir: "*Diyeim ki bir kişiyi astık. Asılan için gerekçe anlamsızdır. Gerekçe, onu niçin astığımızı, gelecekte kanıtlamak içindir. Mahkeme kararlarında gerekçe geçmiş için değil, gelecek içindir. 'Hukukun üstünlüğü' hukukun geleceğine inanmaktan soyutlanamaz. Geleceğin dışında hiçbir şey ölümsüz değildir.*" (Faruk Erem, "Gerekçesiz Mahkeme Kararları", <http://www.farukeremvakfi.org.tr/8/s1.html>, Erişim Tarihi: 3/1/2020).

⁴⁶ Ayetullah Ay/Türkiye, B. No: 29084/07 ve 1191/08, 27/10/2020, § 192.

yaşanabilecek tereddütleri gidermede de bir işleve sahip olduğu görülmektedir⁴⁷.

II. CEZA MUHAKEMESİNDE GEREKÇELİ KARAR HAKKI

A. ANAYASAL TEMELLERİ

Gerekçe, bir hak olarak Anayasa’da ve Sözleşme’de açıkça öngörülmemiştir. Anayasa’nın 36. maddesinin birinci fıkrasında herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiş ancak gerekçeli karar hakkından ayrıca söz edilmemiştir. Buna karşılık Anayasa’nın 141. maddesinin üçüncü fıkrasında “*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır*” denilerek mahkemelere kararlarını gerekçeli yazması yönünde bir yükümlülük yüklenmiştir.

Anayasa’nın 141. maddesi -Anayasa’nın bütünlüğü ilkesi gereği- gerekçeli karar hakkının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulacak tamamlayıcı bir düzenlemeyse de⁴⁸ hakkın kaynağı değildir⁴⁹. Anayasa Mahkemesi gerekçeli karar hakkını Sözleşme’ye referansla Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan *adil yargılanma hakkı* kapsamında incelemektedir. Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına göre adil yargılanma hakkının kapsam ve içeriği Sözleşme’nin “*Adil yargılanma hakkı*” kenar başlıklı 6. maddesi çerçevesinde belirlenmelidir⁵⁰. Anayasa Mahkemesinin bizim de katıldığımız bu içtihadının hukuksal temelleri de bulunmaktadır. Anayasa’nın 36. maddesine 2001 yılında yapılan değişiklikle eklenen “...ile adil yargılanma” ibaresine ilişkin gerekçede, Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerce güvence altına alınan adil yargılanma hakkının madde metnine dâhil edildiği belirtilmiştir⁵¹. Nitekim AIHM’ye

⁴⁷ “...gerekçede sahtecilik eylemini birlikte işledikleri kabul edilip iddianame dışına çıkılarak sanıkların kendilerine isnat edilmeyen eylemlerden de sorumlu tutulması ve infazda tereddüt oluşturacak şekilde kısa kararda “2 yıl hapis cezası ile ayrı ayrı cezalandırılmalarına” şeklinde hüküm kurulması...” (Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 27/6/2013 tarihli ve E.2012/5338, K.2013/10873 sayılı kararı).

⁴⁸ Abdullah Topçu, B. No: 2014/8868, 19/4/2017, § 76.

⁴⁹ Gerekçeli karar hakkının başlıca anayasal dayanağının Anayasa’nın 141. maddesinin üçüncü fıkrası olduğuna ilişkin görüş için bkz. Tolga Şirin, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında (İdari Yargı Bağlamında) Gerekçeli Karar Alma Hakkı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 48, (2021), 66.

⁵⁰ Onurhan Solmaz, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 22; Adnan Oktar, B. No: 2012/917, 16/4/2013, §§ 16-21.

⁵¹ Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), Hazırlayanlar: Yunus Emre Yılmazoğlu ve İsmail Emre PERDECİOĞLU (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2019), 211.

göre, Sözleşme'nin 6. maddesinde geçen hakkaniyete uygun yargılanma hakkı⁵² (*right to a fair hearing*) gerekçeli karar hakkını da kapsamaktadır.⁵³

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin isabetli bulduğumuz son dönem kararlarında ise Anayasa'nın 36. maddesi, 141. maddesinin üçüncü fıkrası ışığında yorumlanarak adil yargılanma hakkının gerekçeli karar hakkını da güvence altına aldığı sonucuna ulaşılmıştır. Buna göre gerekçeli karar hakkı, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının temel güvencelerinden biridir⁵⁴.

Esasen gerekçeli karar hakkı, adil yargılanma hakkının diğer güvencelerinde de mündemiçtir. Örneğin delil sunma ve toplatma taleplerinin gerekçesiz olarak reddedilmesi silahların eşitliğini⁵⁵, tanık dinletme taleplerinin gerekçesiz reddedilmesi tanık dinletme hakkını ihlal edebilir. Bununla birlikte maddi hakların usul boyutu incelenirken de *ilgili ve yeterli* gerekçe gösterilip gösterilmediğine bakılmaktadır⁵⁶. Özellikle ifade özgürlüğü, haberleşme özgürlüğü, özel hayata saygı hakkı gibi birçok hak ve özgürlüğe yönelik müdahalelerde, demokratik toplumda gereklilik ve ölçülülük ölçütlerinin sağlanabilmesi için gerekçenin ilgili ve yeterli olması

⁵² Hakkaniyete uygun yargılanma hakkıyla ilgili geniş açıklamalar için bkz. **Hakan Karakehya**, "Ceza Muhakemesinde Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkına İlişkin Esaslar", Ombudsman Akademik Dergisi, S. 1, (Aralık 2014), 83 vd.

⁵³ **Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi (Ankara: Turhan Kitabevi, 2016), 309, 312.

⁵⁴ *Hilmi Kocabey ve diğerleri*, B. No: 2018/27686, 17/11/2021, § 77.

⁵⁵ "[D]ijital delillerin değerlendirilmesine ilişkin şikâyetler yönünden, başvurunun sunduğu bilirkişi raporları ve uzman mütalaalarının İlk Derece Mahkemesince kabul edilmemesi ve bu konularda Mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılması yolundaki taleplerinin de yetersiz gerekçelerle reddedilmesi, 'gerekçeli karar hakkına' ve 'silahların eşitliği' ilkesine aykırı olduğundan, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı ihlal edilmiştir." (*Ahmet Gökhan Rahtuvan*, B. No: 2014/4991, 20/6/2014, § 63). Bu kararda ayrıca gerekçeli karar hakkından da ayrıca inceleme yapılması uygun olmamıştır.

⁵⁶ "Mahkemece ortaya konan gerekçenin 'ilgili ve yeterli' kabul edilmesi mümkün değildir. Ayrıca yukarıdaki hususlar dikkate alındığında başvurunun kullandığı ifade nedeniyle adli para cezası ile cezalandırılmasının demokratik toplumda gerekli olduğu da değerlendirilmemiştir. ... Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir." (*Fatma Nida Olçar*, B. No: 2014/5456, 8/2/2018, §§ 31, 32).

gerekmektedir⁵⁷. Maddi haklar açısından özellikle koruma tedbirleriyle ilgili kararların gerekçeleri önem taşımaktadır. Örneğin adli arama kararının gerekçesi özel hayata saygı, tutuklama kararının gerekçesi kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı, el koyma kararının gerekçesi mülkiyet hakkı incelemelerinde gözetilmektedir.

Keza yürürlükte olmayan ve aleyhe olan bir hükme istinaden oluşturulan mahkûmiyet gerekçesine yönelik itirazların suç ve cezaların kanuniliği ilkesi kapsamında incelenmesi uygun olacaktır⁵⁸.

B. GEREKÇELİ KARAR HAKKININ UNSURLARI VE SAĞLADIĞI GÜVENCELER

1. Gerekçenin Öğrenilmesi/Bildirilmesi

AIHM ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarına göre gerekçeli karar hakkı bakımından devlete yüklenen başka bir yükümlülük de taraflara kararın gerekçesini öğrenme imkânının sağlanmasıdır. Gerekçenin öğrenilmesi gerekçeli kararın yazılmasına bağlıdır. Kararların gerekçeli olarak yazılmasına ilişkin anayasal yükümlülük mahkemelere aittir. Bu yükümlüğün yerine getirilmesi herhangi bir talebe bağlı değildir. Gerekçe -kural olarak- ceza yargılamasını yapan ve mahkûmiyete karar veren hâkim tarafından yazılmalıdır. AIHM; *hükmü veren hâkimin* yargılama sırasında beyanda bulunan kişilerle ilgili gözlem ve onların güvenilirliklerine ilişkin değerlendirmelerini -bunlar varılan sonuç açısından tek başına belirleyici olmasa bile önemli bir unsur teşkil ettiği durumlarda- gerekçeli kararda ifade etmesi gerektiğinin altını çizmiştir⁵⁹.

⁵⁷ Necmi Yüzbaşıoğlu, “Gerekçeli Kararın Anayasal Boyutları”, Yargı Kararlarında Gerekçelendirme Çalışması- Anayasa ve İdare Hukuku Alanında Gerekçeli Karar Unsurları ve Geliştirilmesi Gereken Alanlara Yönelik İhtiyaç Analizi içinde, Editörler: Hasan Kadir Yılmaztekin, Ahmet Salih Başpınar, Eda Biçgin, Süleyman Kaynar ve Yasin Işık, <https://yayin.taa.gov.tr/yuklenenler/dosyalar/kitaplar/8e09f0b7-9c1e-4b6b-ad44-04f5dc179e68-gerekceli-karar-calismasi-bildiriler-kitabi-28.04.21-28.09.21.pdf> (Erişim Tarihi: 10/1/2022), 36.

⁵⁸ “*Bu durumda, başvurunun ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren, uyumsuzluğun çözümü için esaslı bir iddia olan, yürürlükte olmayan ve aleyhine olan bir hükme istinaden cezalandırıldığı iddiası, İlk Derece Mahkemesi kararında tartışılmamış ve karşılanmamıştır... başvurunun gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.*” (İbrahim Akkan, B. No: 2014/7146, 26/2/2015, § 33). Anayasa Mahkemesinin bu kararda Anayasa’nın 38. maddesi kapsamında bir inceleme yapması gerektiği kanaatindeyiz.

⁵⁹ Söz konusu karara konu olan olayda, yargılamayı yapan ve mahkûmiyete karar veren hâkimin emekli olması nedeniyle kararın gerekçesi yargılama sürecine

Anayasa’da ve Sözleşme’de gerekçenin bildirim yöntemine dair herhangi bir yükümlülük öngörülmemiştir. Ancak adil yargılanma hakkı kapsamındaki diğer güvenceler, sanığın hakkındaki kararın gerekçesini öğrenmelerini sağlamak için yargı organlarınca özel bir çabanın gösterilmesi gerektiğine işaret etmektedir. Ceza muhakemesinde bilgilendirme genelde gerekçeli kararın sanığa tebliği suretiyle yapılmaktadır. Sanık, duruşma sırasında ve öncesinde yapılan ihlallerin telafi edilip edilmediğini ancak hakkındaki kararın fiilî ve hukuksal temellerini (gerekçesini) öğrendikten sonra anlayabilmektedir.

Gerekçenin öğrenilememesi, adil yargılanma hakkı kapsamındaki başka haklar açısından da sorunlara yol açabilir. Tarafların gerekçeden haberdar edilmesi, tarafların kanun yollarına etkili şekilde başvurmasını sağladığından mahkemeye erişim hakkı açısından önem taşır⁶⁰. Adil yargılanma hakkı kapsamındaki güvencelerden olan mahkemeye erişim hakkı sadece ilk derece mahkemesine dava açma hakkını değil, eğer iç hukukta itiraz, istinaf veya temyiz gibi kanun yollarına başvurma imkânı tanınmış ise üst mahkemelere etkili bir şekilde başvurma hakkını da içerir⁶¹. Mahkemeye erişimin somut ve etkili olması gerekir. Mahkemeye erişim hakkının etkili olabilmesi için kişi, haklarına müdahale eden işleme itiraz etmek için açık ve somut bir fırsata sahip olmalıdır⁶². Gerekçeli karar öğrenilmeden -duruşmada edinilen bilgilerle- kanun yollarına başvurmak zorunda kalınması anılan hakkın etkili bir şekilde kullanılmasını zorlaştırır⁶³. Dolayısıyla derece mahkemelerinin sanığın kanun yollarına başvuru hakkını etkili bir şekilde kullanmasını

katılmayan hâkimler tarafından yazılmıştır. AİHM belirtilen nedenlerle gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (*Cerovšek ve Božičnik/Slovenya*, B. No: 68939/12-68949/12, 7/3/2017). Kararın Türkçe çevirisi için bkz. **Akif Yıldırım ve Yusuf Enes Kaya**, “Mahkumiyet Hükmünü Veren ile Bu Hükmün Gerekçesini Yazan Hakimin Aynı Olmamasının Adil Yargılanma Hakkını İhlal Ettiğine İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı Çevirisi”, İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – EconJURA, (Kasım 2022), 221 – 237.

⁶⁰ **Sibel İncoğlu**, İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı (İstanbul: Beta Yayınları 2013), Tıpkı 4. Baskı, 324.

⁶¹ “... gerekçeli karar tebliğ edilmeden dosyanın Yargıtay Dairesine gönderildiği, ...başvurucuya kararın gerekçesine karşı itirazlarını bildirme hakkı tanınmadan başka bir ifadeyle temyiz hakkını etkili bir şekilde kullanma imkânı sağlanmadan yargılamanın sonuçlandırılması nedeniyle mahkemeye erişim hakkına uyumlu bir yargılamanın yapılmadığı sonucuna ulaşılmıştır.” (Ünsal Karabulut, B. No: 2014/12045, 17/11/2016, § 36).

⁶² Ünsal Karabulut, § 26.

⁶³ *Hadjianastassiou/Yunanistan*, B. No: 12945/87, 16/12/1992, § 33.

sağlayacak ölçüde gerekçe sunması⁶⁴ ve sanık veya müdafisinin bu gerekçeden haberdar edilmesi gerekir.

Gerekçesi bilinmeyen bir karara karşı gidilecek kanun yolunda yapılacak incelemenin de etkili olması zordur⁶⁵. Gerçekten de böyle bir durumda kanun yolu mercisi de nedenlerini bilmediği bir kanun yolu başvurusunu sağlıklı bir şekilde ilişkin inceleyemez⁶⁶. Bu açıdan gerekçenin öğrenilmesi/bildirilmesi, kanun yolunun etkili bir şekilde kullanılması ve dolayısıyla hakkaniyete uygun bir yargılamanın yapılması açısından zorunlu bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır.

Diğer taraftan, Anayasa'nın 36. maddesinde ve Sözleşme'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (b) bendinde, bir suç ile itham edilen herkesin savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesine göre savunma için "gerekli kolaylık" kavramı şüpheliye/sanığa savunma için yardımcı olacak veya olabilecek zorunlu olan imkânları ifade etmektedir. Bu bakımdan kişinin savunmasını planlayarak mahkemeler önünde en uygun ve etkili şekilde yapılabilmesini mümkün kılacak bilgilere ulaşmasına imkân verilmelidir. Bu kapsamda gerekçeli kararın tebliğ edilmesi de sanığa sağlanacak kolaylıklardandır⁶⁷.

⁶⁴ *Hirvisaari/Finlandiya*, B. No: 49684/99, 27/9/2001, § 30.

⁶⁵ *Vesim Parlak*, § 34.

Özgürlükten yoksun bırakmanın hukuki olmadığı yönündeki iddianın, gerekçenin öğrenilememesi nedeniyle temyiz mercisine taşınamaması kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlali sonucunu da doğurabilir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, hüküm tarihinden itibaren yedi ayı aşan bir süredir gerekçeli kararın dosyaya konulmamış olması nedeniyle başvurunun, mahkûmiyete bağlı olarak tutukluluğun devamına ilişkin kararın görevli olmayan bir mahkeme tarafından verildiği, dolayısıyla özgürlükten yoksun bırakmanın hukuki olmadığı yönündeki iddiasını temyiz mercii önüne götürememesi sonucu ortaya çıkardığını, bu nedenle Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasının ihlal edildiğini belirtmiştir (*Mehmet İlker Başbuğ*, B. No: 2014/912, 6/3/2014, §§ 67-86).

⁶⁶ *Ayşe Eşlik*, B. No: 2014/15969, 21/6/2017, § 42.

⁶⁷ "... gerekçeli karar tebliğ edilmeden dosyanın İstanbul Anadolu 6. Ağır Ceza Mahkemesine gönderildiği ve başvurunun Mahkemenin gerekçesini bilmediği için itiraz nedenlerini sunamadığı anlaşılmış; başvurucuya savunma için gerekli kolaylıklar ve itiraz hakkını etkili bir şekilde kullanma imkânı sağlanmadan yargılamanın sonuçlandırılması nedeniyle savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma ve mahkemeye erişim haklarına uyumlu bir yargılamanın yapılmadığı sonucuna ulaşılmıştır." (*Ayşe Eşlik*, § 43). Benzer yöndeki kararlar için bkz. *Batuhan Şengül*, B. No: 2017/29295, 21/7/2020, § 34; *İbrahim Kaya*, B.

Anayasa Mahkemesinin bir kararına konu olan olayda, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının gerekçesi açıklanmadan (kısa kararın tefhiminden itibaren) başvurunun bu karara karşı yaptığı itiraz üzerine dosya itiraz mercisine gönderilmiştir. Başvurucu, kararın gerekçesini bilmediği için itiraz nedenlerini gerekçeli olarak sunamamıştır. Anayasa Mahkemesi, başvurucuya itiraz hakkını etkili bir şekilde kullanma imkânı sağlanmadan yargılamanın sonuçlandırılması nedeniyle savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma ve mahkemeye erişim haklarının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır⁶⁸.

Kararın geç yazılması ise makul sürede yargılanma hakkı açısından değerlendirilmektedir. Adil yargılanma hakkı kapsamındaki bu hakkın ihlal edilip edilmediği değerlendirilirken yargı organlarına atfedilebilecek gecikmeler de nazara alınmaktadır. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruya konu olan bir davada, ilk derece mahkemesinin kararı tefhiminden gerekçeli kararı yazmasına kadar 1 yıl 3 ay 29 günlük bir süre geçmiştir. Karmaşık niteliği bulunmayan bu davada gerekçeli kararın geç yazılmasının yargılamanın uzamasına neden olduğu belirtilerek başvurunun *makul sürede yargılanma hakkının* ihlal edildiğine karar verilmiştir⁶⁹.

2. Gerekçenin Yeterli Olması

Anayasa'nın 36. ve Sözleşme'nin 6. maddesinde mahkemelerin gerekçeli kararlarının nasıl olması gerektiğine dair belirli kurallar öngörülmemiştir.⁷⁰

No: 2017/29474, 28/1/2020, § 33. Gerekçenin tebliğine dair ilkenin belirlendiği karar için *Ufuk Rifat Çobanoğlu*, B. No: 2014/6971, 1/2/2017, § 37.

⁶⁸ Benzer yöndeki bir karar için bkz. *Metin Duran*, B. No: 2018/33546, 28/1/2021, § 29. Söz konusu karara göre yargılamanın esaslı belgelerinden olan ve cezalandırmanın olgusal ve hukuksal temelini oluşturan gerekçeli kararın başvurunca tebliğ edilmemesi, başvurunun savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurmuştur.

⁶⁹ *Hatice Akgül*, B. No: 2018/35900, 25/2/2021. AİHM de kararların gerekçelerinin yazılmasında gecikme yaşanmasının adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine yönelik şikâyetleri makul süre yargılanma hakkı açısından ele almaktadır. Bkz. *Mierla ve Diğerleri/Romanya* (k.k.), B. No: 25801/17 ve iki diğer başvuru, 17/5/2022, §§ 76-83.

⁷⁰ CMK'nın 230. maddesi ise hükmün gerekçesinde bulunması gereken hususların neler olduğunu ayrıntılı şekilde düzenlemiştir. Buna göre mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde; sanık hakkındaki iddia, sanığın yaptığı savunmalar, deliller ve bu delillere dair değerlendirmeler, ulaşılan kanaat, sanığın suç oluşturduğu sabit görülen fiili ve bunun nitelendirilmesi, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde esas alınan dayanaklar ile diğer hususlar yer almalıdır. Bu

Anayasa ve Sözleşme’ye göre mahkemeler, gerekçeli kararların içerik ve şeklini belirleme noktasında geniş bir takdir hakkına sahiptir. Esasen bu, işin doğasından kaynaklanmaktadır. Çünkü mahkemelerce gösterilecek gerekçenin kapsamı davanın niteliğine, somut olayın özel şartlarına ve kararın mahiyetine bağlıdır⁷¹. Bir kararın omurgasını oluşturan ve varılan sonucu destekleyen argümanlardan ne kadarının kararda yer alacağını belirleyen bir formül bulmak güçtür. Bu bakımdan gerekçeli kararlardaki ayrıntının derecesi her somut olay açısından -olayın sadeliği veya karmaşıklığına göre- değişebilir. Ancak bir kararda hiç gerekçe yazılmamış olmasının veya gerekçede somut olayın açıkça belirli olan koşullarının gözetilmemesinin ihlale sebebiyet vereceği kuşkusuzdur.

Anayasa Mahkemesinin bu konudaki kararlarında “*ilgili ve yeterli gerekçe*” kavramına atıfta bulunulduğu görülmektedir⁷². Esasen *ilgili ve yeterli gerekçe* kavramı, maddi hakların usul boyutuyla ilgili yapılan incelemelerde kullanılmaktadır. Buna göre derece mahkemeleri maddi hak ve özgürlüklere müdahalenin haklılığını *ilgili ve yeterli bir gerekçeyle* ortaya

konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Abdullah Baytaz**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Dinlenilme Hakkı (İstanbul: XII Levha Yayınları, 2021), 366 vd.

⁷¹ **Harris/O’Boyle/Bates/Buckley/Harvey/Kambe/Lafferty/Cumper/Green**, 407. Yazarlar görüşlerini Sözleşme bağlamında dile getirmişlerdir.

Hukuk metodolojisi alanında bu konuda bir ayrım yapılmaktadır. Buna göre hakimler, yorumu gerekli kılmayan *açık davalarda* yalnızca olguları ve uygulanacak hukuk kuralını zikretmeleri yeterlidir. Ancak, yorumun gerekli olduğu *zor (çetin) davalarda* ise ilave gerekçelerin sunulması ve hakimlerin neden ilgili hukuk kuralının spesifik bir yorumunu seçtiklerini açıklaması gerekmektedir (**Feteris**, 12-13).

⁷² “[M]ahkemenin, davanın sonucuna etkili olduğunu kabul ettiği bir husus hakkında ‘ilgili ve yeterli bir yanıt’ vermemesi veya yanıt verilmesini gerektiren usul veya esasa dair iddiaların cevapsız bırakılmış olması bir hak ihlaline neden olabilecektir.” (*Sencer Başat ve diğerleri*, § 39).

“Başvurucu tarafından derece mahkemeleri önünde savunulan argümanların davanın sonucuna etkili olmadığı da söylenemez. Söz konusu argümanlar derece mahkemelerince ya cevapsız bırakılmış ya da bunlara *ilgili ve yeterli* bir yanıt verilmemiştir.” (Yılmaz Çelik [GK], § 60). Vurgu Yazar’a aittir.

“...Yargıtay ve Mahkemenin taraflarca ileri dahi sürülmeyen ‘başvurucunun göçmen konutlarından daire satın aldığı ve peşinatın borcundan mahsup edildiği’ olgusundan hareketle yaptığı değerlendirmenin, başvurucunun itirazlarını karşılamada makul, *ilgili ve yeterli* bir yanıt niteliğinde olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.” (Mümin Karaşinik, B. No: 2014/15386, 19/7/2017, § 43). Vurgu Yazar’a aittir.

koymak durumundadır. Maddi hak ve özgürlüklerle ilgili bu tür incelemelerde derece mahkemelerinin tespit ve değerlendirmelerine Anayasa Mahkemesince doğrudan müdahalenin derecesi gerekçeli karar hakkından yapılan incelemeye nazaran daha yüksektir. Örneğin örgütlenme özgürlüğü kapsamında yapılacak bir incelemede, müdahalenin niçin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve ölçülü olduğu konusunda *ilgili ve yeterli* bir gerekçe sunulup sunulmadığına bakılır. Ancak gerekçeli karar hakkı kapsamında yapılan denetimde bu derinlikte bir inceleme yapılmamaktadır.

Gerekçenin ilgili olması konusunu aşağıda inceleyeceğimizden bu kısımda *yeterli gerekçeden* ne anlaşılması gerektiğine değineceğiz.

Mevzuatta yer alan ibarelerin tekrarından ibaret olan, soyut ve genel nitelikteki veya davanın maddi ve hukuki sorunlarının nasıl çözüldüğünü göstermeyen gerekçenin *yetersiz gerekçe* olduğu söylenebilir. Keza şablon cümlelerle örülmüş, kararın dayanakları ve esas unsurlarıyla ilgili bir değerlendirme yapılmadan oluşturulan bir gerekçe de yeterli değildir.

Yeterli bir gerekçe için soyut bir değerlendirme ile yetinilmeyip kararın temelini oluşturan hukuki ve fiili olguların belli edilmesi (somutlaştırılması), olayın açıkça belirli olan koşullarının gözetilmesi ve dava konusu olgular tartışılarak varılan sonuçla bir bağ kurulması gerekir. Dolayısıyla yeterli bir gerekçede, sanık hakkında neden o şekilde karar verildiğini gösteren fiilî ve hukuki olguların açıklanması beklenir⁷³. Bu doğrultuda bir ceza davasında suçun sübutuna dayanak teşkil eden delillerin açıkça ve eylemlerle ilişkilendirerek açıklanmaması gerekçeli karar hakkı açısından sorun oluşturabilir⁷⁴. Örneğin örgüt üyesi olma suçundan verilmiş bir mahkûmiyet

⁷³ “[B]azı suçlamalar bakımından ise hangi temelde mahkûm edildiklerinin, derece mahkemelerince yeterince gerekçelendirilmediği anlaşılmaktadır. /Açıklanan nedenlerle, başvuruçuların Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.” (Billur Güzide Balyemez ve Recai Alper Tunga, B. No: 2014/5909, 25/3/2015, §§ 64-65).

⁷⁴ “İlk Derece Mahkemesinin gerekçeli kararında başvuruçuyla ilgili olarak PKK terör örgütü ile fiilî irtibat hâlinde olduğu, kod adı kullandığı, örgütten talimat ve emir aldığı, eylem yoğunluğu ve çeşitliliği birlikte değerlendirildiğinde konumunun sempaticanlık seviyesini aşmış örgüt üyeliği boyutuna ulaştığı tespitlerine yer verilmiştir. Bu tespitlerde bulunulmuş olmakla birlikte dosyaya sunulan delillerle bu tespitler arasında ne şekilde bağ kurulduğu ilk derece mahkemesi kararından anlaşılamamaktadır. Diğer bir deyişle eylemlerin ... terör örgütü ile fiilî irtibat hâlinde olması, kod ad kullanması, örgütten talimat ve emir alması) sübutuna dayanak teşkil eden delillerin açıkça ve eylemlerle ilişkilendirerek açıklanmadığı görülmektedir.” (İlyas Başak, B. No: 2013/5662, 21/4/2016, § 39).

kararının gerekçesinde, sanığın eylem yoğunluğundan ve çeşitliliğinden bahsedilmiş olması yeterli değildir. Dosyadaki delillerden yola çıkılarak sanığın terör örgütü üyeliği kapsamında hangi somut fiilleri işlediği, terör örgütü üyeliği suçu açısından çeşitli ve yoğun olduğu iddia edilen ve dışa yansıyan eylemlerinin ne şekilde sübuta erdiği gerekçeli karardan anlaşılmalıdır⁷⁵.

Anayasa Mahkemesine göre gerekçeli karar hakkı, mahkemelerin her türlü ayrıntıyı gerekçede tartışmasını gerektirmez. Anayasa Mahkemesi, Anayasa’da öngörülen gerekçe sunma yükümlülüğünün, yargılamada ileri sürülen her türlü iddia ve savunmanın ayrıntılı şekilde yanıtlanmasını zorunlu kılmadığı sonucuna varmıştır. Buna göre mahkemeler, kendilerine sunulan tüm iddialara yanıt vermek zorunda değildir⁷⁶. Ancak gerekçeli kararda davanın *esas (temel) sorunları* incelenmeli⁷⁷ ve davanın esas bakımından önemli olan hususları ortaya konulmalıdır⁷⁸. Bu sorunlar/hususlar, sadece maddi olaya ilişkin olmayabilir. Bunlar somut uyumsuzluğa uygulanacak mevzuatın kanunlara ve Anayasa’ya aykırılığı iddiasına ilişkin de olabilir⁷⁹.

“Bu kapsamda mahkemenin başvurunun PKK terör örgütünün hiyerarşik yapılanmasına kendi isteğiyle ve bilerek dâhil olduğunu gösteren, süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk içeren ve delil olarak kabul edilen eylem ve davranışlarını makul, ilgili ve yeterli bir şekilde ortaya koyduğunu kabul etmek mümkün olmamıştır. Yargılama süreci bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvurunun gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.” (Veysi Güneş, B. No: 2015/4993, 13/2/2020, § 34). Benzer yönde bkz. (Yunus Usluer, B. No: 2018/38137, 10/5/2022, §§ 40-44; Raziye Akçay, B. No: 2019/1665, 28/6/2022, §§ 40-47).

⁷⁵ İlyas Başak, § 39.

⁷⁶ Yasemin Ekşi, B. No: 2013/5486, 4/12/2013, § 56.

⁷⁷ “...ilk derece mahkemesi tarafından davanın esas sorunlarının incelenip incelenmediği belirli değildir. Derece mahkemesi mahkûmiyet gerekçesinde neleri dikkate aldığını ya da almadığını gösteren ilgili bir gerekçe göstermemiş ve kurulan hükmün dayanaklarını açıklamamıştır.” (Feyzullah Gültekin, § 29).

“Bu bağlamda davanın esasının çözülebilmesi için -başvurunun ileri sürdüğü iddialar kapsamında- hukuki durumunun açıkça tespit edilmesi gerekmektedir... başvurunun ileri sürdüğü ve davanın esasını ilgilendiren hususları açık bir şekilde tespit etmeden ve kararında tartışmadan soyut ve genel ifadelerle davayı reddetmiştir... / ... gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.” (A.A. [GK], B. No: 2017/34502, 21/10/2021, §§ 103, 105). Aynı yönde bkz. Mümtaz Bekci, § 26.

⁷⁸ Ayetullah Ay/Türkiye, §§ 192, 195.

⁷⁹ Ümmügülsüm Salgar [GK], B. No: 2016/12847, 21/10/2021, § 88.

Ceza davalarında aynı kararda birden fazla sanık hakkında hüküm kurulması durumunda sanıklar hakkında hiçbir bireyselleştirilme yapılmadan toptan bir gerekçelendirme yoluna gidilmesi gerekçeli karar hakkını ihlal edebilir⁸⁰. Cezanın bireyselleştirilmesi açısından da benzer bir durum söz konusudur. Bu çerçevede bireyselleştirme kurumlarının koşulları oluşmasına ve sanık tarafından talep edilmesine rağmen bunların uygulanmaması söz konusu hakkın ihlaline neden olabilir⁸¹. Dolayısıyla -keyfilğin önlenmesi için- bireyselleştirme kurumlarının uygulanmasına veya uygulanmamasına karar verilirken sanığın kişiliği ile ilgili bilgi ve belgelerin değerlendirildiğine dair mahkemece yeterli gerekçe gösterilmelidir. Örneğin hangi kişilik özelliklerinin ve duruşmadaki hangi tutum ve davranışlarının sanığın yeniden suç işle(me)yeceği kanaatine esas alındığının gerekçeli kararda belirtilmesi gerekir⁸².

⁸⁰ “... sanıklar hakkında bireyselleştirilmeden toptan gerekçelendirme yapıldığı, dosya kapsamındaki CD inceleme tutanağında 2006 yılında düzenlenen gösteriye başvurusunun katıldığına dair herhangi tespitin ve tutanak ekindeki fotoğraflar arasında başvurusunun fotoğrafının bulunmadığı, yine başvurucuyla diğer sanık N.G.ye ait telefonların numaralarında çelişkiler bulunduğu dikkate alındığında Mahkemenin gerekçesinin özensiz olduğu ve işlenen suçun mahiyeti gözetildiğinde yetersiz kaldığı anlaşılmıştır.” (İzzet Pirbudak, B. No: 2015/392, 27/6/2018, § 37).

⁸¹ “İlk derece mahkemesinin gerekçeli kararında talep edilmesine rağmen HAGB kurumunun önceden adli sicil kaydı da bulunmayan başvuru yönünden uygulanmamasına dair bir nedene yer verilmediği anlaşılmıştır. Kesin olarak verilmesi nedeniyle temyiz incelemesine de tabi olmayan başvuru hakkında hükmedilen adli para cezasına ilişkin kararda HAGB kurumunun uygulanmasına dair talep hakkında ayrı ve açık bir değerlendirmeye yer verilmemesi nedeniyle somut başvuruda gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.” (Emre Ongurlar, B. No: 2016/9607, 10/1/2019, § 28). Benzer yönde bkz. Fazilet Beyhan ve diğerleri, B. No: 2019/35534, 3/3/2022, § 11).

⁸² Sanığın kişilik özelliklerinin tespiti de ceza muhakemesinde çözümlenmesi gerekli uyuşmazlıklardan maddi soruna dâhil olup bu konuda his veya sezgilere dayanılmaz. **Şeker**, sanığın kişilik özelliklerine ilişkin kanundaki belirtilen nedenlere soyut şekilde gönderme yapılarak erteleme istemlerinin reddine karar verilmesinde yetki aşımı suretiyle gerekçelendirme yapıldığını belirtmektedir (**Hilmi Şeker**, “Strazburg Yargı Kararlarında Doğru, Haklı, Yasal ve Makul Gerekçe Biçimleri”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2 (Bahar 2007), 194.

“CMK’nın 231. maddesi yönünden; eylemin icra tarzındaki hangi özelliğin sanığın yeniden suç işlemeyeceğine dayanak alındığı, ... denetime olanak sağlayacak biçimde somut olarak açıklanıp gösterilmeden, yetersiz gerekçe ile sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve erteleme hükümlerinin uygulanmasına

Öte yandan kendi içinde veya kanun yolu denetimi yapan mahkeme kararı arasında tutarlılık bulunmayan (çelişki bulunan) hükümlerin⁸³ gerekçeli karar hakkı açısından sorunlar barındırdığı açıktır⁸⁴. Esasen belli seviyeyi geçmeyen çelişkiler anayasal bir güvence olan gerekçeli karar hakkının kapsamı dışındadır. Ancak -maddi ve hukuksal açıdan doğru hususlardan hareket edilse bile- kararın sonucunu etkileyebilecek nitelikte çelişkiye düşülerek açıkça hatalı sonuçlara varılması gerekçeli karar hakkını ihlal edebilir.⁸⁵

AİHM, taraflarca ileri sürülen iddiaların incelenmesi ve delillerin kabul edilmesinde ulusal mahkemelerin belirli bir takdir payı olduğunu ancak Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının mahkemelere kararlarını yeterli gerekçeler göstererek haklılaştırma yükümlülüğü içerdiğini kabul etmektedir⁸⁶. AİHM'ye göre gerekçelendirmenin kapsamı kararın niteliğine göre değişebilir ve bu yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediği ancak davanın koşulları göz önüne alınarak belirlenebilir⁸⁷. Ayrıca taraf devletlerdeki hukuk sistemleri, teamül kuralları, hukuki görüş ve karar yazım

yer olmadığına karar verilmesi, ...” (Yargıtay 18. Ceza Dairesinin 18/1/2016 tarihli ve E.2015/33534, K.2016/688 sayılı kararı).

“[M]ahkûmiyet kararına konu izin aşımı suçunun sekiz gün süreli ve kendiliğinden dönmekle son bulması, bu suçtan yargılaması sırasında parasızlık nedeniyle birliğine katılamadığını beyan etmiş olması hususlarıyla, vaka kanaat raporundaki olumlu görüş ve sanığın duruşmalarda iyi hâl içinde olduğunun saptanması hususları birlikte değerlendirildiğinde; CMK'nın 231'inci maddesinin uygulanmaması doğrultusundaki gerekçenin yeterli olmadığı kabul edilmiş ve hükmün bu sebeple bozulmasına karar verilmiştir.” Askeri Yargıtay 4. Dairesinin 21/10/2008 tarihli ve E.2008/1961, K.2008/1952 sayılı kararı, Askeri Yargıtay Dergisi, (2009), 459-460).

⁸³ “Mağdur[un] ... alkollü olarak sanık [S.nin] işyerine gelerek olay çıkarması nedeniyle tarafların arasında husumet oluştuğunun kabul edilmesine rağmen, tahrike konu olayın gerçeği yansıtmadığı ve mağdurların olay yerinde olmadığı gerekçesiyle çelişkili, dosya içeriğine uymayan ve yerinde olmayan gerekçeyle haksız tahrik hükümlerinin uygulanmaması, bozmayı gerektirmiş[tir.]” (Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 2/5/2019 tarihli ve E.2015/2146, K.2019/7990 sayılı kararı).

⁸⁴ **Mustafa Alp**, “Anayasa Hukuku Açısından Mahkeme Kararlarında Sözde (Görünürde) Gerekçe”, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Bırsel'e Armağan (İzmir Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2001), 439.

⁸⁵ **Işıktaç/Metin**, 173.

⁸⁶ *Suominen/Finlandiya*, § 36; *H./Belçika* [GK], B. No: 8950/80, 30/11/1987, § 53.

⁸⁷ *Ruiz Torija/İspanya*, B. No: 18390/91, 09/12/1994, § 29.

usulleri de dikkate alınmalıdır⁸⁸. Ancak ulusal mahkemeler gerekçelerinde tarafların temel iddialarını ve itirazlarını incelediklerini göstermelidir⁸⁹.

Bir mahkemenin somut olayı değerlendirirken sadece kanundaki kapsamı ve içeriği belirsiz bir kavramı esas alması ve bu konuda detaylı gerekçeler göstermemesi AİHM tarafından gerekçeli karar hakkının ihlali sayılmıştır. Buna göre uyuşmazlığın mahiyeti somut olayda uygulanacak kanun maddesine atıf yapılarak karara bağlanmasına imkân verecek nitelikte olmadığı -özellikle atıf yapılan maddenin içeriği yeterince belirgin değilse- gerekçeli karar hakkının ihlali söz konusu olabilir⁹⁰. AİHM, tarafların ileri sürdüğü iddia ve itirazların Sözleşme ve ek protokoller tarafından güvence altına alınan “*hak ve özgürlükler*” ile ilişkili olduğu durumlarda, ulusal mahkemelerin bunları özel bir titizlikle ve dikkatle incelemesi gerektiğini vurgulamaktadır⁹¹.

AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararlarına göre bir gerekçenin yeterli olması için gerekçede davanın esas (temel) sorunlarının çözülmüş olmasının yanında karar sonucunu değiştirebilecek nitelikteki esaslı görüşlere/iddialara da cevap verilmesi gerekir⁹². Gerçekten de karar sonucunu değiştirebilecek nitelikteki görüşlere/iddialara cevap verilmediği durumlarda yeterli bir gerekçenin varlığından söz edilemez⁹³. Dolayısıyla bir görüşün veya iddianın yargılamanın neticesi açısından belirleyici olduğu durumlarda, gerekçede bu görüşün/iddianın karşılanmaması gerekçeli karar hakkını ihlal edebilir⁹⁴. Bu sebeple mahkemelerin tüm iddia ve itirazları gerekçelendirmek zorunda olmasa da sonuca etkili olabilecek hususlarda yeterli bir gerekçeye yer vermesi gerekir. Ancak kararın sonucunu değiştirebilecek nitelikteki bir iddianın gerekçede karşılanmaması ile tarafların mahkemeden bir karar verilmesini istediği bir hususun karara bağlanmamasının birbirine karıştırılmaması gerekir. İkinci durum, mahkeme önüne getirilen

⁸⁸ *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. /Polonya*, B. No: 4907/18, 7/5/2021, § 165.

⁸⁹ *Buzescu/Romanya*, B. No: 61302/00, 24/05/2005, § 67; *Donadze/Gürcistan*, B. No: 74644/01, 07/03/2006, § 35.

⁹⁰ *Georgiadis/Yunansitan*, B. No: 21522/93, 29/5/1997, § 40-43; *H.A.L./Finlandiya*, B. No: 38267/97, 27/1/2004, § 50-51.

⁹¹ *Wagner ve J.M.W.L./Lüksemburg*, B. No: 76240/01, 28/06/2007, § 96.

⁹² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **İnceoğlu**, Adil Yargılanma, 322-330.

⁹³ “[B]aşvurucunun itirazına temel teşkil eden, sonuca etkili olabilecek iddiası hakkında değerlendirme yapmayarak bunu yanıtsız bırakması kararda **yeterli gerekçe** bulunduğu kabul edilmemesi sonucunu doğuracaktır.” (Mehmet Selim Demir, B. No:2019/13365, 24/3/2021, § 37). Vurgu Yazar’a aittir.

⁹⁴ *Ruiz Torija/İspanya*, B. No: 18390/91, 9/12/1994, § 30.

uyuşmazlığın karara bağlanmasını istemeyi teminat altına alan *karar hakkıyla* ilgilidir⁹⁵.

Gerekçeli kararın nicelik olarak çok sayfadan oluşması, onun tarafların ileri sürdüğü sonuca etkili argümanları karşıladığını göstermez. Uygulamada sıkça yapıldığı üzere soruşturma/kovuşturma evresindeki işlemler özetlenerek (veya aynen aktararak) bir metin oluşturulması hâlinde gerekçe yazılmış sayılmaz⁹⁶. Dahası, esaslı bir iddianın karşıoy gerekçesinde belirtilmesi de gerekçede o iddianın karşılandığı anlamına gelmez. Diğer bir ifadeyle karşıoy gerekçesinde kararın sonucunu değiştirebilecek nitelikteki iddiaların tartışılması, çoğunlukta kalanların bu iddiaları gerekçede tartışmamalarını haklı kılmaz. Kaldı ki karşıoya konu olan bu tür durumlarda kararın gerekçeli olması daha da önem kazanmaktadır.

Kararın sonucuna etkili hususlarda yeterli gerekçe sunulmaması aşağıdaki durumlarda gündeme gelmektedir:

a) *Esaslı İddiaların İleri Sürülmesi*

Yargılama sırasında ileri sürülen ve kararın sonucunu değiştirebilecek nitelikteki temellendirilmiş esaslı iddiaların, gerekçede *ayrıca ve açıkça*

⁹⁵ Bu konuda bkz. *Filiz Fırat*, B. No: 2014/10305, 5/12/2017.

Anayasa Mahkemesinin kararına konu olan bir olayda, başvuru, hakkında düzenlenen 2011, 2012 ve 2013 yıllarına ait özel usûlsüzlük cezalarının iptali istemiyle her bir ceza için ayrı ayrı dava açmıştır. Bu davalar sonradan birleştirilmiştir. Mahkeme, anılan özel usûlsüzlük cezalarının tümü yönünden davanın reddine karar vermiştir. Başvurucu tarafından itiraz yoluna başvurulması üzerine Ankara Bölge İdare Mahkemesi 2. Kurulunun itiraz isteminin kabulüne, ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına ve esastan incelenen davanın kabulüne karar verilmiştir. Ancak Kurul, sadece 2011 yılına ait özel usûlsüzlük cezasına yönelik hüküm kurmuş ve davanın esasına ilişkin taleplerden olan 2012 ve 2013 yıllarına ait özel usûlsüzlük cezalarına dair olumlu veya olumsuz karar verilmemiştir. Anayasa Mahkemesi birleştirilen dosyalarda yer alan uyuşmazlıklar yönünden değerlendirme yapılmak suretiyle olumlu ya da olumsuz herhangi bir karar verilmemesi nedeniyle başvurunun karar hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır (*Ercan Soyaltı*, B. No: 2016/651, 24/6/2020, §§ 29-33).

⁹⁶ Uygulamada gerekçe olarak sunulan soyut ve genel ifadelerle ilgili örnekler için bkz. **Sezin Aktepe Artık**, *Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2014), 415-416; **Hüseyin Turan**, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 377.

karşılanması gerekir.⁹⁷ Diğer bir ifadeyle bu tür esaslı iddialarla ilgili olarak gerekçede *ayrı ve açık* bir değerlendirme/tartışma yapılmaması, gerekçeli karar hakkının ihlaline neden olabilir⁹⁸. Tersinden ifade etmek gerekirse, sonuca etkili olmayan bir iddiaya mahkemenin *ayrı ve açık* olarak cevap vermemesi de gerekçeli karar hakkını ihlal etmez⁹⁹.

Ceza davalarında sanığın *beraat etmesi* veya *daha az ceza alması* sonucunu ortaya çıkarabilecek iddialar esaslı niteliktedir. Çünkü yargılamayı yapan mahkeme, başvurucunun temellendirilmiş esaslı iddiasını yerinde bulması durumunda kararında değişiklik yapmak zorunda kalacaktır¹⁰⁰. Bu kapsamda ceza yargılaması sırasında açıkça ileri sürülen temel bir savunma, sanığı tamamen veya kısmen cezai sorumluluktan kurtarabilecek nitelikte ise davayla doğrudan ilgilidir ve mahkeme tarafından bu savunmanın gerekçede değerlendirilmesi gerekir. Keza suçun hukuka aykırılık unsuru ile maddi ve manevi unsurlarına¹⁰¹, suça etki eden nedenler ile özel görünüş biçimlerine

⁹⁷ **Harris/O'Boyle/Bates/Buckley/Harvey/Kambe/Lafferty/Cumper/Green**, 271; *Sencer Başat ve diğerleri* [GK], § 35.

⁹⁸ *Ruiz Torija/İspanya*, B. No:18390/91, 9/12/1994, § 29-30; *Hiro Balani/İspanya*, B. No: 18064/91, 9/12/1994, § 28.

“Yargıtay uygulamasına göre fail, cinsel ilişkide bulunduğu mağdurenin on beş yaşını doldurmadığı halde on beş yaşını doldurduğu düşüncesiyle mağdure ile rızasıyla cinsel ilişkide bulunur ve şikâyetçi olmayan mağdurenin yaşı konusundaki hatası esaslı, diğer bir ifadeyle kabul edilebilir bir hata olursa, bu takdirde failin hukuki durumu belirlenirken 5237 sayılı Kanun'un 30. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca suçun maddi unsurlarından olan mağdurun yaşına ilişkin bu hatası gözönünde bulundurulmaktadır... başvurucunun ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren, uyuşmazlığın çözümü için esaslı bir iddia olan mağdureyi suç tarihi itibarıyla görünüm olarak on beş yaşından büyük zannettiği ve bu beyanının adli raporla doğrulandığı iddiası tartışılmamış ve karşılanmamıştır. Bu nedenle yargılama süreci bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvurucunun gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.” (Sinan Cihan Aksoy, B. No: 2014/13062, 29/3/2016, § 31). Benzer yöndeki başka bir karar için bkz. *Mürsel Bayrak*, B. No: 2014/6419, 25/3/2015.

⁹⁹ Sonradan düzeltilen imza ve damga eksikliğinin gerekçede karşılanmaması bu türden bir şikâyet olarak değerlendirilmiştir (*Mugoša/Karadağ*, B. No: 76522/12, 21/06/2016, §§ 58-64).

¹⁰⁰ **Şirin**, 68.

¹⁰¹ “...başvurucuların ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerini aklama suçunun konusunu oluşturan ekonomik değerlerin hangi öncü suçların işlenmesi suretiyle veya dolayısıyla elde edildiğine dair iddiaları ayrı ve açıkça tartışılmamış ve karşılanmamıştır. Gerekçede birtakım soyut değerlendirmeler bulunmaktaysa da başvurucuların mal varlığı değerlerinin hangi suçlar nedeniyle elde edildiği yönünden bir

ilişkin iddiaların mahkemece dikkate alınması ve uygun bir şekilde değerlendirilmesi gerekebilir¹⁰². Sonuç olarak sanıkların kendilerini suçtan kurtaracak veya alacağı cezayı hafifletebilecek nitelikteki temellendirilmiş esaslı iddialarının gerekçeli kararda tartışılmaması gerekçeli karar hakkının ihlal edebilir¹⁰³.

tartışma yapılmamıştır. Kayıt dışı para ile suçtan kaynaklanan gelirin birbirine karıştırıldığı kuşkusuna sebep olacak şekilde bir değerlendirme yapılmıştır.” (Erol Eşrefoğlu ve Hüseyin Kayapalı, B. No: 2015/964, 12/6/2018, § 66).

“...Gerekçelerde birtakım soyut değerlendirmeler bulunmaktaysa da başvurucunun açık ve ayrı yanıt verilmesini gerektiren, ihtarnamenin gönderildiği tarihte Şirket yönetiminde görevli olmadığına, bu nedenle kiralama konusu emtiayı teslim etmeye yetkisi de bulunmadığına, dolayısıyla güveni kötüye kullanma suçunun oluşması için gereken, finansal kiralama konusu emtia üzerinde kendisi veya başkası yararına olarak zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma fiilini gerçekleştiremeyeceğine dair iddiası karşılanmamıştır. Bu nedenle başvurucunun gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.” (Azmi Ofloğlu, B. No: 2017/25396, 14/9/2022, § 59).

¹⁰² Yılmaz Çelik [GK], § 42.

¹⁰³ “[B]aşvurucunun her aşamada ileri sürdüğü kendini suçtan kurtaracak veya alacağı cezayı hafifletebilecek nitelikte olan tecavüze uğradığına dair iddialarına ilişkin sonradan elde ettiği delillerin başvurucu tarafından temyiz aşamasında dosyaya sunulduğu tartışmasızdır. Başvurucunun iddiasının kararın sonucunu değiştirebilme ihtimali olan bir iddia olduğu, temyiz aşamasında sonradan dosyaya sunulan deliller hakkında herhangi bir değerlendirmede bulunulmadığı görülmektedir. /... Buna göre başvurucu kendisine tecavüz edilerek buna ilişkin görüntülerin ifşa edileceği korkusuyla üzerine atılı suçu işlediğine dair iddiasını destekleyebilecek mahiyette deliller sunmasına rağmen, onama kararından anlaşıldığı üzere bu husus temyiz incelemesinde ayrı ve açık olarak tartışılmamış ve başvurucunun iddialarına cevap verilmemiştir. /... başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.” (H.B., B. No: 2018/20873, 27/1/2021, §§ 36-38)”

“... Buna göre ilgili yönetmeliklerle gemi kaptanının sorumluluğu aşamalarda sınırlandırılmış ve en sonunda ... Yönetmeliği ile bu sorumluluk geminin demir sahasında olması durumuna hasredilmiştir. Mevzuatta yapılan değişiklikler Mahkeme tarafından dikkate alınmamış, dikkatine sunulmasına rağmen kanun yolu denetimi yapan Ceza Dairesince de bu konuda bir değerlendirme yapılmamıştır. Böylelikle başvurucunun kararın sonucunu değiştirebilecek nitelikteki iddialarına karar gerekçesinde ayrı ve açık bir yanıt verilmemesi nedeniyle gerekçeli karar hakkı ihlal edilmiştir.” (Rashpal Singh Dhaliwal, B. No: 2020/23153, 11/5/2022, § 43).

AİHM; davanın hak düşürücü sürede açılmadığına¹⁰⁴ ve dava konusu hakkın zamanaşımına uğradığına ilişkin itirazları, davanın sonucunu değiştirebilecek nitelikteki esaslı iddialar kapsamında görmüştür¹⁰⁵. *Vyerentsov/Ukrayna* başvurusuna konu olayda, başvurucuya izinsiz gösteri yaptığı gerekçesiyle üç günlük idari hapis cezası verilmiştir. AİHM; başvurucunun gösteri yapmak için izin alınması gerektiğine ilişkin kanuni bir dayanak bulunmadığı iddiasını, geçerli ve önemli bir iddia olarak değerlendirmiştir. AİHM'ye göre bu iddianın gerekçede ayrıca değerlendirilmesi gerekirdi. Hâlbuki mahkemeler bu konuyu görmezden gelmiş ve incelememişlerdir. AİHM bu olayda gerekçeli karar hakkı bakımından da ihlal olduğu sonucuna varmıştır¹⁰⁶. Başka bir kararında AİHM, sanığın delillerin özgünlüğü, gerçeğe uygunluğu ve niteliği konusunda ileri sürdüğü spesifik ve ayrıntılı iddialara karşılık yeterli gerekçe gösterilmemesinin adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir¹⁰⁷.

Anayasa Mahkemesinin *Yavuz Çıtak başvurusunda*¹⁰⁸ verdiği kararına konu olan olayda, bir kavga sırasında yaralanan mağdur Ö.K. kendisini kimin yaraladığını söylememiştir. Başvurucu, suçu kabul etmediğini tüm aşamalarda mahkemeye bildirmiştir. Mahkeme tarafından başvurucunun aleyhinde başka bir delile de yer verilmemiştir. İlk derece mahkemesi bütün sanıkların atılı suçtan cezalandırılmasına karar vermiştir. Yargıtay kararında diğer dört sanık bakımından “atılı suçu kabul etmedikleri, Ö.K.nın kendisini kimin yaraladığını söylemediği nazara alındığında hangi sanığın ne şekilde eyleme iştirak ederek suçu işlediğinin delillerle ilişkilendirilmediği” gerekçesiyle hükmü bozmuş, fakat başvuru hakkındaki mahkûmiyet hükmünü onamıştır. Anayasa Mahkemesi, mahkemece atılı suçun başvuru tarafından ne şekilde işlendiğine dair açıklamada bulunulmadığı ve bu konuda -gerekçeli kararın sonuç kısmı haricinde- hiçbir değerlendirme ve temellendirme yapılmadığı nedenleriyle gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin *Serhat Soysalan* başvurusuna konu olan olayda, başvurucunun 0,76 promil alkollü olarak araç kullandığı iddiasıyla hakkında

¹⁰⁴ *Deryan/Türkiye*, B. No. 41721/04, 21/7/2015, § 36. Anayasa Mahkemesi de - AİHM gibi- idari para cezalarının ilgili mevzuat uyarınca düştüğü iddiasını ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren bir iddia olarak değerlendirmiş gerekçeli karar hakkından ihlal sonucuna varmıştır (*S.n. D.p. Ltd. Şti.*, B. No: 2015/10583, 19/4/2018, §§ 30-32).

¹⁰⁵ *Ruiz Torija/İspanya*, B. No:18390/91, 9/12/1994, § 30.

¹⁰⁶ *Vyerentsov/Ukrayna*, B. No: 20372/11, 11/4/2013, § 85.

¹⁰⁷ *Ayetullah Ay/Türkiye*, § 195.

¹⁰⁸ *Yavuz Çıtak*, B. No: 2014/2421, 21/6/2017, §§ 26-28.

844 TL idari para cezası kesilmiş ve başvuruçunun sürücü belgesine altı ay süreyle el konulmuştur. Başvuruçucu, trafik ekiplerince alkolmetre ile yapılan ölçümden sonra çok kısa bir süre içinde devlet hastanesinden kanında alkol bulunmadığını belirten bir rapor almıştır. Anayasa Mahkemesine göre başvuruçunun devlet hastanesinden alkollü olmadığına ilişkin bir rapor olarak temellendirdiği iddiası sonuca etkilidir. Bu nedenle ilk derece mahkemesinin başvuruçunun itirazına temel teşkil eden, sonuca etkili olabilecek iddiası hakkında değerlendirme yapmayarak bunu yanıtsız bırakması gerekçeli karar hakkını ihlal etmiştir¹⁰⁹.

Başka bir kararda Anayasa Mahkemesi, çalışma izni bulunmayan yabancıyı çalıştırdığı gerekçesiyle hakkında idari para cezası kesilen başvuruçunun *“kendisinin işveren olmadığı ve yalnızca hastalığı sebebiyle annesinin bakım işlerini gördürüyor olduğu iddiası”*nın ilk derece mahkemesi kararında tartışılmamış ve karşılanmamış olmasını gerekçeli karar hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır¹¹⁰.

Diğer bir olayda, sahte ve yanıltıcı belge düzenleme suçundan mahkûm olan başvuruçular *“komisyon karşılığı sahte fatura verdiği belirtilen şirkette herhangi bir adi ortaklıklarının bulunmadıkları ve işçi olarak çalıştıkları”* savunmasında bulunmuştur. İlk derece mahkemesi, mahkûmiyet hükmünü *“adi ortaklık ilişkisinin varlığı”* kabulü üzerinden kurmakla birlikte neden bilirkişi ve vergi raporlarındaki tespitleri başvuruçuların *“sadece işçi olarak çalıştıkları”* savunmasına tercih ettiğine dair bir açıklama getirmemiştir. Anayasa Mahkemesi başvuruçuların ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren, uyuşmazlığın çözümü için esaslı olan iddialarının tartışılmadığını ve karşılanmadığını belirterek gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir¹¹¹.

¹⁰⁹ Serhat Soysalan, B. No: 2017/16903, 27/2/2020, §§ 24-33.

¹¹⁰ *“Başvuruçucu tarafından, kendisinin işveren tanımına uymadığı itirazı ilk derece mahkemesi nezdinde de ileri sürülmüş olmasına rağmen, idari yaptırımın iptali isteminin reddine dair kararda bu hususa ilişkin bir gerekçeye yer verilmediği görülmektedir (bkz. §§ 12-13). İdari para cezasının kesildiği tarihte mevzuatın dağınık ve karmaşık olduğu, Yargıtayın da başvuruçunun iddialarına benzer şikâyetlerin o dönemdeki mevzuat itibarıyla karşılanması gerektiğine yönelik içtihatla (bkz. § 21) bulunduğu anlaşılmaktadır.”* (Serap Öz, B. No: 2013/1394, 24/6/2015, § 50).

¹¹¹ *“Kararda ‘iddia, savunma, vergi suçu inceleme raporu, bilirkişi raporu, ekli belgeler ile tüm dosya kapsamına’ yapılan soyut bir atfın, başvuruçuların hangi nedenle haklı veya haksız görüldüklerini anlayıp değerlendirebilmelerine imkân*

Başka bir başvuruya konu olan olayda ise sanık, aşamalarda ısrarla kendisine isnat edilen hakaret suçunun şikâyeteye tâbi olduğunu ve altı ay içinde şikâyetinde bulunulması gerektiğini, suç tarihinin 2011 yılı olması nedeniyle 2013 yılındaki şikâyetin süresinde yapılmadığını ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi, başvurunun (sanığın) ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren ve hakkındaki davanın düşmesine neden olabilecek nitelikte olan "şikâyetin süresinde yapılmadığına" dair iddiasının gerekçede tartışılmadığını ve karşılanmadığı belirterek başvurunun gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir¹¹².

b) Fiilin İşlendiği Sırada Başka Bir Yerde Bulunulduğunun İleri Sürülmesi

Ceza muhakemesinde *alibi*, sanığın suçun işlendiği sırada olay yerinde bulunmaması anlamına gelmektedir. Sanığın temellendirilmiş *alibi* savunmasının kararın sonucunu değiştirebilecek nitelikte olduğu açıktır. Suçun işlendiği iddia edilen tarihte askerlik görevinin ifa edildiği¹¹³ veya yurt dışında bulunulduğu iddiası bu türdendir. Sanığın suçun işlendiğinin kabul edildiği tarihte olay yerinde bulunmasının mümkün olmadığına dair temellendirilmiş iddiasının gerekçede *ayrı ve açık* şekilde cevaplanmaması gerekçeli karar hakkını ihlal edebilir.

Bu yöndeki şikâyetler klasik bir ceza yargılaması olamayan ancak ceza muhakemesi hukukuna ilişkin ilke ve kurallarının yoğun olarak uygulandığı infaz hâkimliği yargılamalarında da dile getirilmektedir. İnfaz hâkimliğine şikâyet edilen bir olayda, hükümlü (başvurucu) hakkında açılan disiplin soruşturmasında başvurunun belli bir tarihte ve saatte bulunduğu infaz

tanyacağı kabul edilemez." (Yıldırım Özbey ve diğerleri, B. No: 2014/18932, 8/9/2015, § 74).

¹¹² Canan Tosun, B. No: 2014/8891, 10/5/2017, §§ 28-30.

¹¹³ "Mahkemece bu tespitlerde bulunulurken atılı suçların genel olarak 2006 ve 2007 yılları içinde işlendiği kabul edilmiştir. Öte yandan, başvuru formunun ekinde yer alan terhis belgesine göre başvuru 25/5/2007 tarihinde askere sevk edilmiş olup 30/8/2008 tarihinde terhis olmuştur. Başvurucunun askerlik görevini ifa ettiği sürenin bir kısmının atılı suçların işlendiğinin kabul edildiği 2007 yılına tekabül ettiği anlaşılmaktadır. Başvurucu savunmasında nitelikli yağma suçunun işlendiği iddia edilen tarihlerde askerlik görevini ifa etmekte olduğunu, dolayısıyla müsnet suçu işlemesinin mümkün olmadığını ifade etmiştir (bkz. § 13). Başvurucunun ayrı ve açık yanıt verilmesi gereken bu iddiası hakkında mahkemece herhangi bir değerlendirme yapılmadığı görülmektedir." (Volkan Doğdu, B. No: 2016/4186, 12/9/2019, § 28). Bu konudaki başka bir karar için bkz. Yusuf Akkuş, B. No: 2016/2600, 19/11/2019, § 31.

kurumundaki odanın kapsına vurduğu ileri sürülmüş ve ceza infaz koruma memurları tarafından tutulan tutanak esas alınarak başvurucuya disiplin cezası verilmiştir. Başvurucu infaz hâkimliği sürecinden sonra bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi disiplin cezasına dayanak tutanak içeriğini ve diğer kayıtları dikkate alarak, başvurucunun olay yerinde bulunmadığı iddiasına infaz hâkimliğince *ayrı ve açık* bir yanıt verilmemesinin gerekçeli karar hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır¹¹⁴.

c) Mahkemelerin Aynı Fiilî veya Hukuki Olguyla İlgili Olarak Farklı Sonuçlara Ulaşması

Mahkemelerin aynı fiilî ve hukuki olguyla ilgili olarak farklı sonuçlara ulaştığı durumlarda bunun gerekçesini belirtmeleri gerekir. Aksi yaklaşım, bir hukuk devletinde arzu edilebilecek bir durum değildir.

Anayasa Mahkemesinin kararına konu olan bir olayda, mahkûmiyet kararından önce Sayıştay, işletme müdürü olan başvurucunun dava konusu usulsüz işlemlerde sorumluluğunun bulunmadığına ilişkin karar vermiş ancak ceza mahkemesi, başvurucunun görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme gösterdiği gerekçesiyle mahkûmiyet hükmü kurmuştur. Sayıştay, başvurucunun mali sorumluluğunun olmadığı, işletme müdürlerinin saymanlık müdürleri üzerinde denetim ve kontrol yetkisi bulunmadığı sonucuna ulaşmış ancak ceza mahkemesi aksi yönde bir karar vermiştir. Sayıştay kararı bilgisine sunulmasına rağmen ceza mahkemesi neden aksi sonuca ulaştığını gerekçelendirmemiş, başvurucunun işletme müdürlerinin saymanlık müdürleri üzerindeki denetim yetkisinin kapsamı ve içeriği yönünden bir değerlendirme yapmamıştır. Başvurucu, bireysel başvuruda bulunmuştur. Somut olayda Anayasa Mahkemesi gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Kararın ilgili kısmı aşağıdaki şekildedir:

“Anayasa’da güvenceye bağlanan tüm temel hak ve özgürlüklerin yorumunda gözetilmesi gereken temel bir ilke olarak düzenlenen hukuk devleti ilkesi, yargı organlarının aynı maddi veya hukuki olgularla ilgili olarak çelişkili kararlar vermekten mümkün olduğunca kaçınmasını gerekli kılar. Aynı maddi veya hukuki vakıalarla ilgili olarak farklı kararlar verilmesi hukuk devleti ilkesini zedeleyebileceği gibi kişilerin hukuka olan inancını da zayıflatabilir. Bu nedenle bir maddi veya hukuki vakıa ile ilgili olarak başka bir yargı mercii tarafından bir kimse lehine karar verildiği, ancak diğer bir yargı mercii aynı olgu hakkında farklı bir sonuca ulaştığı durumlarda

¹¹⁴ Hasan Polat, B. No: 2014/8927, 20/12/2017, §§ 17-38.

bunun gerekçesinin belirtilmesi gerekir. Yargı merciinin bu gibi durumlarda gerekçe gösterme yükümlülüğü, kişilerin hukuka olan güvenlerinin sarsılmaması için hayati öneme sahiptir¹¹⁵.”

Kısmen benzer bir olay da idari yargı alanında yaşanmıştır. AİHM'nin *Hülya Ebru Demirel/Türkiye* başvurusuna konu olan olayda, başvuru 1999 yılında girdiği sınav sonucunda güvenlik görevlisi olarak yerleştirilmesine karşın daha sonra “erkek olma” ve “zorunlu askerlik hizmetini yapma” koşullarını taşımadığı gerekçesiyle göreve ataması yapılmamıştır. Başvurucu bu işlemin iptali istemiyle açtığı davada idare mahkemesi, “zorunlu askerlik” şartının sadece erkek adaylar için geçerli olduğunu ve kadınlar yönünden bir kısıtlamanın bulunmadığını belirterek işlemin iptaline karar vermiştir. Temyiz üzerine ilgili Danıştay Dairesi, “zorunlu askerlik” koşulunun bu pozisyona sadece erkek adayların başvurabileceği anlamına geldiği sonucuna ulaşmıştır. Bu arada, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, başvurucuyla aynı durumda olan bir kişi hakkında tesis edilen işlemi hukuka aykırı bulmuştur. Başvurucu bu karara atıf yaparak karar düzeltme başvurusunda bulunmuştur. Ancak ilgili Danıştay Dairesi söz konusu Genel Kurul kararıyla ilgili olarak ayrı bir değerlendirme yapmaksızın karar düzeltme talebini reddetmiştir. AİHM, tetkik hâkiminin görüşünde de davacıyla aynı durumdaki başka bir kişi hakkındaki Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunca verilen söz konusu karara dikkat çekilmesi karşısında, karar düzeltme talebinin reddine ilişkin kararda bu konuda yeterli seviyede gerekçe sunma yükümlülüğünün yerine getirilmediği sonucuna varmıştır¹¹⁶.

d) Yeterli Ölçüde Temellendirilmiş Anayasa'ya Aykırılık İtirazının İleri Sürülmesi

Adil yargılanma hakkı mahkemelerin, uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kuralını Anayasa'ya uygunluk yönünden de denetimden geçirmesi şeklinde bir güvence içermediği gibi anayasallık denetiminden geçirmesi için Anayasa Mahkemesine başvurmalarını da teminat altına almamaktadır¹¹⁷. Ancak Anayasa Mahkemesine göre mahkemelerin itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurmalarına ilişkin hükümleri düzenleyen Anayasa'nın 152. maddesinin ikinci fıkrasında mahkemenin Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi görmemesi durumunda bu iddianın temyiz mercisince esas hükümle birlikte

¹¹⁵ Mehmet Okyar, B. No: 2017/38342, 13/2/2020, § 29.

¹¹⁶ Hülya Ebru Demirel/Türkiye, B. No: 30733/08, 19/6/2018.

¹¹⁷ Hilmi Kocabey ve diğerleri, § 83.

karara bağlanacağı düzenlenmekle davanın taraflarınca ileri sürülen ve yeterli ölçüde temellendirilebilen Anayasa'ya aykırılık iddialarının karşılanması gerekliliğine işaret edilmiştir. Bu nedenle derece mahkemelerinin tarafların Anayasa'ya aykırılık iddialarını karşılamaması somut olayın özel koşulları çerçevesinde gerekçeli karar hakkının ihlaline yol açabilir¹¹⁸.

AİHM de Sözleşme'nin yargılama sürecinde ön inceleme çerçevesinde bir kanun hükmünün anayasal incelemesinin yapılması gibi bir güvence içermediğini vurguladıktan sonra, böyle bir mekanizmanın varlığı hâlinde ise mahkemelerin buna yönelik talepleri gerekçesiz olarak reddetmesinin belirli durumlarda yargılamanın adillliğini zedeleyebileceğine karar vermiştir. Bir olayda, Anayasa'ya aykırı olarak tazminat hakkının ikincil düzenlemelerle sınırlandırıldığı iddiası mahkemelerce gerektiği gibi incelenmemiştir. AİHM -temyiz mahkemesi de dahil olmak üzere- derece mahkemelerinin başvurusunun belirli, ilgili ve önemli iddiasıyla ilgili hukuksal meselenin Anayasa Mahkemesi önüne götürülmesi talebinin yeterli gerekçe gösterilmeden reddetmelerinin Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasını ihlal ettiğine karar vermiştir¹¹⁹.

3. Gerekçenin İlgili Olması

Bir kararda görüntüde gerekçe sunulmuş olması gerekçeli karar hakkının karşılandığı anlamına gelmez¹²⁰. Gerekçe; somut olgu ile hukuku birleştirir, somut olaylara hukukun uygulanmasını sağlar¹²¹. Hâkimin vicdani kanaatine göre vardığı sonucu, fiilî ve hukuksal olgulara dayandırması gerekir.

Gerekçe, ceza muhakemesi hukukunun temel ilkelerinden olan delillerin doğrudan doğruyalık ilkesiyle yakından bağlantılıdır. Buna göre gerekçede, delil kaynaklarıyla ilgili gözlem ve değerlendirmelere değinilmeli, sonuca

¹¹⁸ Hilmi Kocabey ve diğerleri, §§ 74-87.

¹¹⁹ *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. /Polonya*, B. No: 4907/18, 7/5/2021, § 53. AİHM bu kararda, başvurusunun itirazının Sözleşme tarafından güvence altına alınan "haklar ve özgürlükler" ile ilgili olduğu durumlarda, mahkemelerin bunları özel bir titizlikle ve dikkatle incelemeleri gerektiğini hatırlatmıştır.

¹²⁰ Şirin, 70.

¹²¹ Feridun Yenisey, "Ceza Muhakemesinde Gerekçe", Yargı Kararlarında Gerekçelendirme Çalışması- Anayasa ve İdare Hukuku Alanında Gerekçeli Karar Unsurları ve Geliştirilmesi Gereken Alanlara Yönelik İhtiyaç Analizi içinde, Editörler: Hasan Kadir Yılmaztekin, Ahmet Salih Başpınar, Eda Biçgin, Süleyman Kaynar ve Yasin Işık, <https://yayin.taa.gov.tr/yuklenenler/dosyalar/kitaplar/8e09f0b7-9c1e-4b6b-ad44-04f5dc179e68-gerekceli-karar-calismasi-bildiriler-kitabi-28.04.21-28.09.21.pdf> (Erişim Tarihi: 10/1/2022), 141.

ulaşmayı sağlayan fiilî ve hukuksal olgular ile bunlar arasındaki bağlantı yeterli açıklıkta yapılmalıdır. Dolayısıyla mahkemelerin somut uyuşmazlığa ilişkin yorum ve değerlendirmelerinin öngörülebilir olmasının yanında olgusal/hukuksal gerçeklikle de bağlantılı (ilgili) olması beklenir. Bu da yargılamada sık sık hâkim değişikliğine gidilmemesini gerekli kılmaktadır.

Varılan sonucun somut olayla ve uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak kurallarla ilgili olup olmadığı ancak buna uygun şekilde oluşturulmuş bir gerekçe vasıtasıyla anlaşılabilir. Gerekçenin, somut davadaki fiilî ve hukuki olgular ile davanın sonucu arasında hiçbir bağlantı olmaksızın oluşturulması gerekçeli karar hakkını ihlal edebilir. Dolayısıyla mahkemeler, vardıkları sonuçları dayandırdıkları gerekçeleri yeterli açıklıkla belirtme yükümlüğü altındadır¹²².

Uygulamada ya davada tatbik edilmemesi gereken açıkça *ilgisiz kurallara* ya da somut olayla açıkça *ilgisiz olgulara* dayanılarak gerekçe oluşturulduğu görülmektedir. Esasen mahkemeler tarafından yapıldığı ileri sürülen ve belli seviyeyi geçmeyen hukuki ve fiilî olgulara ilişkin hatalar anayasal bir güvence olan gerekçeli karar hakkının kapsamı dışındadır. Ancak gerekçede, *açıkça ilgisiz* fiilî ve hukuki olguların hükme esas alınması gerekçeli karar hakkının ihlaline sebep olabilir.

Anayasa Mahkemesinin bir kararına konu olan olayda, hırsızlık suçundan açılan davada başvurunun atılı suçtan hapis cezası ile cezalandırılmasına ve cezanın ertelenmesine karar verilmiştir. Gerekçeli kararda ise *somut olayla ilgisi olmayan* bir değerlendirme yapılarak *mühürü kırdığı* gerekçesiyle sanığın mühür bozma eyleminden cezalandırılmasına karar verildiği belirtilmiştir. Diğer bir ifadeyle gerekçeli kararda başvurunun mahkûm edildiği suça ilişkin değerlendirme yerine somut uyuşmazlıkla açıkça ilgisiz başka bir olaya ilişkin değerlendirme yapılmıştır. Anayasa Mahkemesine göre anılan olayda ilk derece mahkemesi tarafından davanın esas sorunlarının incelenip incelenmediği de belirli değildir. Derece mahkemesi mahkûmiyet gerekçesinde neleri dikkate aldığını ya da almadığını gösteren *ilgili* bir gerekçe göstermemiş ve kurulan hükmün dayanaklarını açıklamamıştır. Kanun yolu mercisinin de aynı gerekçeye atıf yapmak suretiyle hükmü onadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle yargılama süreci bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvurunun gerekçeli karar hakkı ihlal edilmiştir¹²³.

Bireysel başvuruya konu olan başka bir olayda ise başvuru, önceden mahkûm olduğu cezaların infazının tamamlandığı tarihten itibaren belli bir

¹²² Hadjianastassiou/Yunanistan, B. No: 12945/87, 16/12/1992, § 33.

¹²³ Feyzullah Gültekin, B. No: 2014/13069, 21/2/2019, §§ 22-30.

sürenin geçmiş olduğunu gerekçe göstererek memnu haklarının iadesini talep etmiştir. Mahkeme talebi reddetmiştir. Kanun yolu incelemesi yapan itiraz mercisi ise anılan talebi somut olayla ilgisi olmayan arşiv kaydının silinmesine ilişkin madde kapsamında (ilgisiz bir kanun hükmüne dayanarak) değerlendirmiş ve itirazı reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi bu başvuruda da yukarıda değinilen karara benzer şekilde başvurucunun gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır¹²⁴.

Diğer bir olayda başvuru, *yargılamanın yenilenmesi talebinin* reddedilmesinin haksız olduğunu belirterek bu karara itiraz etmiştir. Mahkeme itirazı, somut olayla *ilgisiz* şekilde *uyarlama talebine* yönelik bir itirazmış gibi değerlendirerek reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi, itiraz mercisinin, ret gerekçesinde neleri dikkate aldığını ya da almadığını gösteren ifadeleri özenle seçmediği, dosyanın incelenmediği kuşkusuna sebep olacak şekilde bir değerlendirme yaptığını belirterek başvurucunun gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır¹²⁵.

Dava konusu fiilî ve hukuki olgularla açıkça ilgisiz bir gerekçenin bulunup bulunmadığı her olayın özel koşullarında değerlendirilmektedir¹²⁶.

¹²⁴ *Mümtaz Bekci*, B. No: 2014/16269, 8/11/2017, §§ 29-31. Başka bir olayda başvuru hakkında hız limitini aştığı gerekçesiyle -tescil plakasına göre- ceza tutanağı düzenlenmiştir. Başvurucunun aracı kendisinin kullanmadığını ve o sırada iş yerinde çalışmakta olduğu iddia etmiştir. Bu iddialara rağmen, ilk derece mahkemesi iptal başvurusunu reddetmiştir. İdari para cezası karar tutanağı hız limiti aşılarak araç kullanılmasına ilişkin olduğu hâlde, olayla ilgisiz olan sürücü belgesiz kişilerce aracın sürülmesine izin verilmesi hususu gerekçeli kararda tartışılmıştır. Anayasa Mahkemesi, derece mahkemesinin bu hükme varırken davanın sonucuna etkili olduğunu kabul ettiği Kanun maddesinin *somut olayla ilgisinin* olmadığını belirterek gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır (*Tuba Doğruyol*, B. No: 2014/1292, 10/6/2015, §§ 35-36).

¹²⁵ *Gökhan Ayhan*, B. No: 2015/3041, 19/4/2018, §§ 27-28.

¹²⁶ Anayasa Mahkemesi *Ünal Aslantürk başvurusunda* (B.No: 2013/1876, 8/9/2015) kanunla açıkça çelişen bir gerekçeye yer verilmesi konusunu incelemiştir. Somut olayda başvurucunun, lehine hükmedilen vekâlet ücreti alacağının tahsili amacıyla İcra Müdürlüğü nezdinde ilamlı icra takibi başlattığı, takip borçlusunun icra emrinin iptali talebiyle İş Mahkemesine açtığı davada Mahkemenin; davanın, itirazın iptali davası niteliğinde olduğunu belirterek icra emrinin iptaline ve alacaklı aleyhine icra inkâr tazminatına hükmettiği anlaşılmıştır. Dava konusu değer temyiz sınırının altında kaldığından karar kesinleşmiştir. Mahkeme, gerekçeli kararında davayı, itirazın iptali davası olarak nitelendirmiş, 1 No.lu hüküm fıkrasında davayı, şikâyet davası gibi sonuçlandırmış, 2 No.lu hüküm fıkrasında da alacaklı aleyhine inkâr tazminatına hükmetmiştir.

4. Gerekçenin Makul Olması

Mahkeme kararlarının gerekçelendirilmesi ile -bu süreçte kullanılan argümanların doğası gereği- matematikte olduğu gibi kesin bir doğruya ulaşılmaz. Bu sebeple hukuki yargıların *doğruluğundan* daha ziyade *makul* olmasından söz edilir¹²⁷. Esasen bir kararın doğruluğunun zeminini belli standartlardaki gerekçesi oluşturmaktadır.

Anayasa Mahkemesine göre bu standartlardan biri de kararın gerekçesinin “*makul*” olmasıdır. Mahkeme, gerekçeli karar hakkı kapsamında yaptığı incelemelerinde ekseriyetle *ilgili ve yeterli gerekçe* kavramından hareket etmişse de bazı kararlarında “*makul gerekçe*” kavramına da atıfta bulunmuştur. Bazı kararlarda ise yeterli gerekçenin olmamasının yanında “*makul gerekçe*” bulunmaması da gerekçeli karar hakkının ihlali olarak değerlendirilmiştir¹²⁸. Anayasa Mahkemesine göre makul gerekçe, “*davaya konu olay ve olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyacak, olay ve olgular ile hüküm arasındaki bağlantıyı gösterecek nitelikte olmalıdır. Zira tarafların o dava yönünden, hukuk düzenince hangi nedenle haklı veya*

Anayasa Mahkemesi, başvurunun icra emrinin iptali talebinin, icra mahkemesince şikâyet yoluyla değerlendirilmesi gerektiği, bu açıdan iş mahkemesinin davaya bakmakta görevsiz olduğu, davanın itirazın iptali davası olarak nitelendirilmesi hâlinde ise borçlunun ilgili kanun gereği böyle bir davayı açmasının mümkün olmadığı, yine icra emrinin iptaline karar verilirken hangi sebeple aleyhine icra inkâr tazminatına hükmedildiğine ilişkin ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren ve uyuşmazlığın çözümü için esaslı olan itirazların kararda değerlendirilmediği, açık kanun hükümlerine aykırı olarak karar verildiği nedenleriyle gerekçeli karar hakkından ihlal kararı vermiştir (Ünal Aslantürk, §§ 35-51). Açık kanun hükümlerine aykırı olarak karar verilmesiyle ilgili başka bir karar için bkz. Mehmet Zülfü Tekeş, B. No: 2014/12158, 1/2/2017, §§ 24, 32.

¹²⁷ Uzun, 22-23.

¹²⁸ “...Yargıtay ve Mahkemenin taraflarca ileri dahi sürülmeyen ‘başvurucunun göçmen konutlarından daire satın aldığı ve peşinatın borcundan mahsup edildiği’ olgusundan hareketle yaptığı değerlendirmenin, başvurunun itirazlarını karşılamada **makul**, ilgili ve **yeterli** bir yanıt niteliğinde olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.” (Mümin Karaşinik, § 43). Vurgu yazara aittir.

“[B]aşvurucunun itirazına temel teşkil eden, sonuca etkili olabilecek iddiası hakkında değerlendirme yapılmayarak bunu yanıtsız bırakması kararda **yeterli gerekçe** bulunduğu kabul edilmemesi sonucunu doğuracaktır. Sonuç olarak itirazı reddeden Hâkimliğin kararının hakkaniyete uygun **makul** bir gerekçe içerdiğinden bahsedilemez. Bu nedenle yargılama süreci bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvurunun gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.” (Mehmet Selim Demir, § 37). Vurgu Yazar’a aittir.

*haksız görüldüklerini anlayıp değerlendirebilmeleri için ortada usulüne uygun şekilde oluşturulmuş, hükmün hangi nedenle belirtilen içerik ve kapsamda verildiğini gösteren, ifadeleri özenle seçilmiş ve kuşkuya yer vermeyecek açıklıktaki bir gerekçe bölümünün ve buna uyumlu hüküm fıkralarının bulunması zorunludur*¹²⁹. ”

Buna göre gerekçelendirme, iddia ve savunmadan birinin diğerine üstün tutulma sebebine ilişkin olarak ve bu kapsamda davanın taraflarınca gösterilen delillerden karara dayanak olarak alınanların kabul edilmesi ve diğerlerinin reddedilmesi hususunda makul dayanakları olan bir bilgilendirmeyi sağlayacak ölçü ve özende olmalıdır¹³⁰.

Anayasa Mahkemesinin gerekçeli karar hakkına ilişkin olarak geliştirdiği bu ilkelerin AİHM'nin gerekçeli karar hakkına ilişkin içtihadının çok ilerisinde teminatlar sağladığı tartışmasızdır. Bu tespit ve değerlendirmelerinin *ideal bir gerekçede* bulunması gereken unsurlar açısından önemi büyüktür. Ancak *gerekçenin makul olması* ölçütü özü itibarıyla kanun yolu şikâyeti olan ve adil yargılanma hakkı kapsamında denetlenmeyecek şikâyetlerin incelenmesini de beraberinde getirmektedir. Aşağıda da belirtileceği üzere, -kural olarak- mahkemeler önünde dava konusu yapılmış maddi olay ve olguların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile uyumsuzluk konusunda varılan sonucun adil olup olmaması bireysel başvuru konusu olamaz. Anayasa Mahkemesinin *kanun yollarında gözetilmesi gereken hususlarda* bireysel başvuru kapsamında denetim yapılamayacağını ilişkin yasağa aykırılık olmadan makul gerekçe ölçütü üzerinden gerekçeli karar hakkından inceleme yapabilmesi kolay değildir. Nitekim gerekçeli karar hakkından verilen ihlal kararlarının sayısı dikkate alındığında anılan ilkelerin somut olaylara tam olarak uygulanmadığı, -daha ziyade- karar sonucu etkileyen iddia/itirazların karşılanmamasına yönelik *yeterli gerekçe* ölçütüne başvurulduğu görülmektedir.

Aslında sorun, gerekçenin makul olmasından ziyade olgusal ve hukuksal gerçeklikle *açıkça uyumlayan* ve *aşırı keyfilik içeren* değerlendirmeler yapılması hâlinde ortaya çıkmaktadır. Bir kararda olgusal ve hukuksal gerçeklikle *açıkça uyumlayan* ve *aşırı keyfilik içeren* değerlendirmeler yapılması, usule ilişkin bir hukuka aykırılığı aşp hükmün içeriğine temas eden bir hukuka aykırılığa dönüşerek adil yargılanma hakkı kapsamındaki güvenceleri anlamsız hâle getirmektedir. Hâkimin, somut olaya uygulanması

¹²⁹ İbrahim Ataş, B. No: 2013/1235, 13/6/2013, § 24.

¹³⁰ Sencer Başat ve diğerleri [GK], § 37-38.

gereken hukuk kurallarının herhangi bir kabul edilebilir yorumuna dayanmaması¹³¹ veya olgusal/hukuksal gerçekliğe açıkça muhalefet etmesi durumunda hakkaniyete uygun bir yargılamadan söz edilemez¹³². Dolayısıyla aşırı keyfilik içeren bu tür hatalarla ilgili ihlal iddialarının gerekçeli karar hakkından değil *hakkaniyete uygun yargılanma hakkı* başlığı altında incelenmesi gerekir. Nitekim AİHM de ulusal mahkemeler tarafından yapılan hataların seviyesinin aşırı keyfî (*grossly arbitrary*) ve adaleti hiçe sayacak (*denial of justice*) şeklinde olması hâlinde gerekçeli karar hakkından değil adil yargılanma hakkının başka bir güvencesi olan *hakkaniyete uygun yargılanma hakkı* kapsamında inceleme yapmaktadır¹³³.

AİHM'nin bir kararına konu olan olayda ilk derece mahkemesi, ulusal mevzuatta açıkça düzenlenen çalışanların tatil ücreti alma hakkına dayanarak başvurucunun söz konusu ücreti almaya hakkı olduğuna karar vermiştir. Ancak Bölge Mahkemesi, İş Kanunu'na veya ilk derecede saptanan olgu ve olaylara atıfta bulunmadan kararı bozmuş, somut olayda uygulanacak kanunun ne olduğunu veya başvurucunun davasında hangi kanunun uygulanması gerektiğini de açıklamamıştır. Somut olayın özel koşulları gözetilmeden ve hukuk kurallarının herhangi bir kabul edilebilir yorumuna dayanılmadan soyut gerekçelerle davanın reddine karar verilmiştir. AİHM, hukuk kuralları ve somut davadaki olgular ile davanın sonucu arasında hiçbir bağlantı kurulmadan, adaleti hiçe sayacak (*denial of justice*) tarzda davanın reddedilmesinin hakkaniyete uygun yargılanma hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır¹³⁴.

AİHM Büyük Dairesinin kararına konu olan başka bir olayda ise, ulusal yüksek mahkemenin AİHM'nin daha önce verdiği ihlal kararını aşırı şekilde hatalı sunmasını ve gerekçesinde belirttiği hususların açıkça hatalı olmasını, aşırı keyfilik (*grossly arbitrary*) ve adaleti hiçe sayacak (*denial of justice*) bir durum olarak değerlendirmiş ve hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal

¹³¹ *De Moor/Belçika*, B. No: 16997/90, 23/6/1994, § 55. Re'sen dikkate alınması gereken kanun hükümlerinin yargı mercileri tarafından gerekçesi açıklanmaksızın uygulanmaması da gerekçeli karar hakkının ihlali olarak görülebilir (*Mustafa Kahraman*, B. No: 2014/2388, 4/11/2014, § 37).

Aarnio'ya göre hukuki bir yorumun kabul edilebilir olması için hukuk kaynakları ve kabul edilmiş yorum metotlarıyla tutarlı olması gerekir. Bu konuda bkz. **Feteris**, 220.

¹³² Gereke oluşturulurken yapılan mantık hataları ile ilgili kapsamlı açıklamalar ve örnek yargı kararları için bkz. **Uzun**, Hukuk Metodolojisi, 235 vd

¹³³ *Anđelković/Sırbistan*, B. No: 1401/08, 9/4/2013, § 24.

¹³⁴ *Anđelković/Sırbistan*, B. No: 1401/08, 9/4/2013, § 27.

edildiğine karar vermiştir¹³⁵. AİHM, sadece uyuşmazlığa dair olay ve olgulara ilişkin değerlendirmelerle ilgili değil, delillerin aşırı keyfi (*grossly arbitrary*) değerlendirilmesi bağlamında da hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir¹³⁶.

C. KANUN YOLU DENETİMİ YAPAN MERCİLERİN GEREKÇE SUNMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAPSAMI

Gerekçeli karar hakkı, itiraz, istinaf veya temyiz kanun yollarında da geçerlidir. AİHM’ye göre Sözleşme devletlere istinaf veya temyiz mahkemesi kurulması zorunluluğu getirmemekle birlikte, iç hukukta anılan kanun yolları ihdas edilmişse kanun yolu denetimi yapan bu mahkemelerin kararlarının da gerekçeli olması zorunludur. AİHM, belirli durumlarda detaylı gerekçe sunma şartının temyiz mahkemelerine de uygulanabileceğini hükmetmiştir¹³⁷. Bununla birlikte kanun yolu denetimi yapan mahkemenin denetim yaptığı karara katıldığı durumlarda, buna ilişkin kararını ayrıntılı olarak gerekçelendirmemesi, gerekçeli karar hakkını ihlal etmez¹³⁸. Diğer bir ifadeyle kanun yolu incelemesi yapan mercinin, yargılamayı yapan mahkemeye aynı sonuca ulaşması ve bunu aynı gerekçeyi kullanarak veya bir atıfla kararına yansıtması kararın gerekçelendirilmiş olması bakımından yeterlidir¹³⁹.

Burada önemli olan nokta, kanun yolu denetimi yapan mahkemenin kanun yolunda dile getirilmiş ana unsurları ve derece mahkemesinin kararını incelediğini göstermesidir. Bu husus AİHM içtihadında da üst dereceli mahkeme tarafından benimseme yöntemiyle önceki mahkeme kararının gerekçesinin özümsemesi şeklinde yorumlanmaktadır. O hâlde, ister alt mahkemenin gerekçelerine katılarak isterse farklı bir şekilde olsun kanun yolu denetimi yapan bir mahkemenin kendisine sunulan temel uyuşmazlık konularını gerçekte ele almış olması ve yalnızca alt bir mahkemenin vardığı sonuçlarını onaylamakla yetinmemesi gerekir¹⁴⁰. Ancak sunulacak gerekçenin

¹³⁵ *Bochan/Ukrayna* [BD], B. No: 22251/08, 5/2/2015.

¹³⁶ *Khamidov/Rusya*, B. No: 72118/01, 15/11/2007.

¹³⁷ *Gheorghe/Romanya*, B. No: 19215/04, 15/3/2007 § 50.

¹³⁸ *García Ruiz/İspanya* [BD], B. No: 30544/96, 21/1/1999, § 26.

¹³⁹ *Yasemin Ekşi*, § 57.

¹⁴⁰ *Helle/Finlandiya*, 20772/92, 19/12/1997, § 60. Bu gereklilik ilgili tarafın davasını sözlü olarak sunmadığı durumlarda daha da önemlidir (§ 60).

“Bu durumda kanun yolu incelemesi yapan mercinin ... mahkemeye aynı sonuca ulaşmış ulaşmadığı belli değildir. İtiraz mercii, ret gerekçesinde neleri dikkate aldığını ya da almadığını gösteren ifadeleri özenle seçmemiş; dosyanın

kapsamı belirlenirken kanun yollarında denetim yapan mahkemenin rolü, yetkilerinin kapsamı ve tarafların menfaatlerinin bu mahkeme önünde sunulma ve korunma şekli gibi hususlar önemli birer unsur olarak gözetilecektir¹⁴¹. Örneğin itiraz mercilerinin itirazı yerinde görüp aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verdiği hâllerde gerekçe gösterme yükümlülükleri devam etmektedir¹⁴². Aynı şekilde bölge adliye mahkemesi dairesi davayı yeniden gördükten sonra ilk derece mahkemesi hükmünü kaldırarak verdiği bir hükmün gerekçeli olacağında şüphe yoktur. Kanun yolu denetimi yapan mahkemelerin çok sınırlı gerekçe sunması, yargılamanın ilk aşamasında zaten esas yönünden incelenmiş davalardan sonra son bir aşama olarak kabul edilen yüksek mahkemeler tarafından verilen karar gerekçeleri yönünden kabul edilmektedir¹⁴³.

Bununla birlikte, kanun yolu incelemesi yapan mercinin kararın sonucunu değiştirebilecek nitelikte ve ilk kez kanun yolunda dile getirilen esaslı/ciddi ve temellendirilmiş iddiaları ilk derece mahkemesi kararına atıfla geçiştirmesi gerekçeli karar hakkını ihlal edebilir¹⁴⁴. Tersinden ifade edecek

incelenmediği kuşkusuna sebep olacak şekilde bir değerlendirme yapmıştır. Bu nedenle yargılama süreci bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvurunun gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.” (Gökhan Ayhan, B. No: 2015/3041, 19/4/2018, § 28). Benzer yönde bir karar için bkz. Ekol Grup Güvenlik Koruma ve Eğitim Hizm. Ltd. Şti, B. No: 2015/439, 8/2/2018.

¹⁴¹ Hansen/Norveç, B. No:15319/09, 2/10/2014, § 73.

¹⁴² “64. Hücre cezasının kaldırılmasına ilişkin İnfaz Hâkimliği kararını inceleyen itiraz mercii, Cumhuriyet savcısının itirazı üzerine kabul kararı vermiş ve şikâyeti kesin olarak reddetmiştir. Somut olayda İnfaz Hâkimliği kararının ortadan kaldırılması nedeniyle itiraz mercinin gerekçe gösterme yükümlülüğünden muaf olma durumu söz konusu olamaz. / İtiraz mercii, şikâyetin kabul edilmesine ilişkin İnfaz Hâkimliği kararında yer alan gerekçelerin neden hukuka uygun olmadığını belirtmemiştir... Dolayısıyla İnfaz Hâkimliği kararı karşısında hükme ulaşmayı sağlayan sebepler ve sonuca götüren nedensellik kurgusu değerlendirmelerinin yeterli açıklıkta yapılmadığı anlaşılmıştır. Bu durum karşısında gerek hükmün dayanağını oluşturan gerekçeli kararın, gerekse dosyanın incelenmesinde anılan kabul gerekçesinin adalet gereksinimini giderecek ölçü ve nitelikte, yeterli ve ilgili olduğu söylenemeyecektir. Sonuç olarak şikâyeti reddeden Mahkemenin kararının hakkaniyete uygun makul bir gerekçe içerdiğinden bahsedilemez (İnan Gök, B. No: 2018/1936, 28/1/2021, § 64). Benzer yönde bkz. M.Ö. ve diğerleri, B. No: 2018/33221, 14/4/2022, §§ 35-40.

¹⁴³ İncoğlu, El Kitabı, 196.

¹⁴⁴ “İlk Derece Mahkemesi tarafından davalı idarenin savunma dilekçesi ve ekleri başvuruca tebliğ edilmemiş olup, davanın reddedilmesi sonrasında başvuruca tarafından savunma dilekçesi ve eklerine ulaşıldığı, bu aşamada başvurunun

olursak, kanun yolu denetimi sırasında ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektirmeyen usul veya esasa dair iddiaların itiraz, istinaf veya temyiz

dava açtığına bilmediği ve bu sebeple dava dilekçesinde ileri sürmediği davet yazısına ait bilgi ve tebligat alındısına ilişkin iddialarını Asliye Ceza Mahkemesine yaptığı itirazda belirttiği, ... esasa etkili olan bu iddianın İlk Derece Mahkemesi kararına atıf yapılarak karşılanacak iddia niteliğinde olmadığı, zira İlk Derece Mahkemesi kararında bu hususa ilişkin bir değerlendirmenin yapılmadığı görülmekle yargılama sürecine bir bütün olarak bakıldığında, başvurunun gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.” (Kırmızı Gaa İnşaat Turizm Gıda Sanayi ve Tic. Ltd. Şti., B. No: 2013/2370, 11/12/2014, §§ 46, 47).

Başka bir başvuruya konu olan olayda, başvuru hakkında sosyal mesafe kuralını ihlal ettiği gerekçesiyle İlçe Emniyet Müdürlüğü’nün 493 sayılı İdari Yaptırım Karar Tutanağı ile 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun 282. maddesi uyarınca 3.150 TL idari para cezası uygulanmıştır. Sulh Ceza Hâkimliği idari yaptırım kararına karşı başvurunun yaptığı başvuruyu reddetmiştir. Başvurucu vekili, vatandaşlara uygulanacak idari yaptırımlarda karar mercisinin mülki amir olduğu, kolluk kuvvetlerinin tanzim ettikleri idari yaptırım kararlarını mülki amir onayı olmadan ilgisine tebliğ edemeyecekleri, başka hâkimlik kararının da bu yönde tespitler içerdiği ve bu nedenlerle Sulh Ceza Hâkimliği kararının usul ve yasaya aykırı olduğu gerekçesiyle karara itiraz etmiştir. Söz konusu itiraz, kesin olarak reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi aşağıdaki gerekçeyle ihlal kararı vermiştir:

“46. Bismil Sulh Ceza Hâkimliği kararında, idari yaptırım kararının yetki unsuru yönünden hukukiliğine ilişkin herhangi bir değerlendirme yapılmadığı gözönüne alındığında kanun yolu incelemesi yapan Diyarbakır 3. Sulh Ceza Hâkimliğinin ilk defa itiraz kanun yolu başvurusunda ileri sürülen idari yaptırım kararının yetki unsuru yönünden hukuka aykırı olduğuna ve benzer bir olayda Adana 4. Sulh Ceza Hâkimliğince itiraz eden lehine karar verildiğine ilişkin esaslı iddiaları dikkate alarak inceleyip incelemeyip gerekçeli karardan anlaşılamamaktadır.

47. İtiraz mercii; ret gerekçesinde başvuru tarafından ilk defa itiraz kanun yolunda ileri sürülen iddiaların hangilerini dikkate aldığını ya da almadığını gösteren ifadeleri özenle seçmemiş ve davanın sonucuna etkili olabilecek iddiaları incelemeyip kuşkusuna sebep olacak şekilde başvurunun anılan esaslı iddiaları hakkında ayrı ve açık bir yanıt vermemiştir. Bu nedenle yargılama süreci bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvurunun gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.” (Necla Yaşar, B. No: 2020/35444, 14/9/2021, § 46-47).

“Sonuç olarak ilk derecedeki yargılama sırasında mevcut olmayan, ilk defa istinaf kanun yolu aşamasında ortaya çıkan ve bu sebeple Dairenin ayrı ve açık yanıt vermesini gerektiren bir hususun varlığına rağmen davanın sonucuna etkili olabilecek nitelikteki rapor içeriğinde yer alan lehe tespitlerin karşılanmadığı anlaşılmıştır. Bu sebeple yargılama süreci bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvurunun gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.” (Çetin Gül, B. No: 2020/16856, 2/2/2022, § 47).

mercilerince cevapsız bırakılmış olması gerekçeli karar hakkının ihlaline neden olmaz¹⁴⁵. Dahası, hükme esas alınmayan olgularla ilgili iddia ve itirazların gerekçeli kararda tartışılmaması da -kural olarak- gerekçeli karar hakkını ihlal etmez¹⁴⁶.

AİHM kararına konu olan bir olayda, başvuru temyiz sürecinde sunduğu belgelerin Danıştay tarafından değerlendirilmemesinden dolayı adil yargılanmadığını şikâyet etmiştir. AİHM öncelikle Danıştayın söz konusu belgelerin öngörülen süreden sonra sunulduğunu ve bu nedenle dikkate alınamayacaklarını belirtmediğini tespit etmiştir. Daha sonra temyiz başvurusunun esas sebebiyle ilgili olarak başvuru ileri sürdüğü temel argümanlarla ilgili olarak Danıştayın ayrı ve açık bir yanıt vermediğini belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁴⁷.

¹⁴⁵ *Caner Kandırılmaz*, B. No: 2013/3672, 30/12/2014, § 31.

¹⁴⁶ Hükme etkili olmasına karşın gerekçede yer verilmeyen ve hüküm verilirken de değerlendirilmeyen bazı delillerin değerlendirme dışı bırakılmasının yetersiz gerekçeye sebebiyet verebileceğini de belirtmek isteriz. Ceza muhakemesinde hükmün gerekçesi ile ilgili kapsamlı bir çalışma için bkz. **Erdal Yerdelen**, *Ceza Muhakemesinde Hükmün Gerekçesi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2015), 359 vd.

“Mahkeme gerekçeli kararında, olaya ilişkin somut açıklamalarda bulunmayan tanık anlatımları ile başvuru savunmasını destekleyen bilirkişi raporu içeriği değerlendirilmemiştir. Ayrıca birden fazla kişiye isnat edilen muhtelif suçlar ile ilgili olarak geniş kapsamlı bir yargılama yürüten mahkemenin gerekçeli kararında savunma, iddia ve tanık anlatımları ile dosya kapsamındaki deliller yargılamaya konu eylemler ile ilişkilendirilmediğinden bireysel başvuruya konu görevi yaptırmamak için direnme suçu açısından hangi beyan veya delillere itibar edildiği anlaşılamamıştır.” (Cansu Güneş Seferoğlu, B. No: 2019/3706, 29/6/2022, § 43).

“Mahkeme gerekçeli kararında, birbirine zıt nitelikte iki farklı adli rapordan başvuru lehine olan rapor ile ilgili değerlendirme yapmamış; aksi yönde tespitler içeren ve olaydan dört gün sonra düzenlenen aleyhe nitelikteki rapora neden itibar ettiğine ilişkin olarak da herhangi bir açıklamada bulunmamıştır. Ayrıca birden fazla kişiye isnat edilen muhtelif suçlar ile ilgili olarak geniş kapsamlı bir yargılama yürüten mahkemenin gerekçeli kararında savunma, iddia ve tanık anlatımları yargılamaya konu eylemler ile ilişkilendirilmediğinden bireysel başvuruya konu kasten yaralama suçu açısından hangi beyanlara itibar edildiği de anlaşılamamıştır. Buna göre başvuru savunmalarında ileri sürdüğü ve sonuca etkili olabilecek temel iddialar ayrı ve açık olarak tartışılmamış, başvuru iddialarına cevap verilmemiştir. ... gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.” (Tülay Gül, B. No: 2019/14704, 2/2/2022, § 36).

¹⁴⁷ *Cihangir Yıldız/Türkiye*, B. No: 39407/03, 17/4/2018.

AİHM'nin *Hansen/Norveç* başvurusuna konu olan olayda, yerel mahkemenin vermiş olduğu bir karara karşı yapılan temyiz talebi “*kanun yoluna başvurunun başarısız olacağı açıktır ve bu nedenle Medeni Usul Kanunun 29-13(2) md'si gereğince başvurunun kabulünün reddi gerekir*” yönündeki gerekçe ile reddedilmiştir. AİHM bu başvuruda öncelikle üst mahkemenin yargı yetkisinin sadece hukuki ve usule ilişkin sorunlarla sınırlı olmadığı, aynı zamanda maddi sorunları da kapsadığı saptamasında bulunmuştur. Üst mahkemece gösterilen gerekçenin karara varılacak meselenin özünün kendisine tam yargı yetkisi verilmiş bir temyiz mahkemesi rolüne uygun şekilde ele alındığını yansıtmadığı veya başvurunun menfaatlerine gereken dikkat ve önemi göstermediği belirtilmiş, ihlal kararı verilmiştir¹⁴⁸.

Anayasa Mahkemesinin *Caner Kandırmaz* başvurusuna konu olan olayda, başvuru hakkında üçüncü kez alkollü araç kullanmaktan dolayı tutanak tutulmuştur. Başvurucunun eylemi nedeniyle idari para cezası kesilmiş, ayrıca beş yıl süreyle sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilmiştir. Başvurucu, idari para cezasının iptali isteminde bulunmuş ve yapılan yargılama sonunda başvurunun söz konusu alkollü araç kullanma eylemini işlemediği gerekçesi ile idari para cezası iptal edilmiştir. Sürücü belgesinin geri alınması kararına ise idari para cezasının iptali için başvuru mahkemenin kararı da sebep yapılarak itiraz edilmiştir. İtiraz mercisi, kararının sonucunu etkileyecek nitelikte olan ve sonradan dosyaya sunulan, başvurunun söz konusu alkollü araç kullanma eylemini işlemediğine dair kararı değerlendirmemiş ve başvurunun bu yöndeki iddiaları hakkında ayrı ve açık bir yanıt vermemiştir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁴⁹.

D. KANUN YOLLARINDA GEREKÇE DENETİMİ

Hüküm kurulurken veya karar verilirken gösterilen gerekçenin kanuna uygun olup olmadığı, yerindeliği, hâkimin takdir hakkını kullanışı kanun yollarında denetime tabi tutulmaktadır¹⁵⁰. Kanun yollarının tamamında

¹⁴⁸ *Hansen/Norveç*, §§ 78-83.

¹⁴⁹ *Caner Kandırmaz*, § 20-33.

¹⁵⁰ **Yenerer Çakmut**, 53.

“*Takdir hakkının kullanılmasında yanılgiya düşölüp düşölmediğı, cezanın kişiselleştirilmesinde hatalı davranılıp davranılmadığı, gösterilen gerekçenin yasal, yeterli ve oluşa uygun bulunup bulunmadığı hususlarının denetimi de...Yargıtaya aittir. Böylece ölkede hukuk uygulamasında birlik ve istikrarın*

kararın/hükmün gerekçesiz olduğu şikâyetleri incelenmekte ve gerekirse gerekçe içermeyen karar kaldırılmakta veya hüküm bozulmaktadır¹⁵¹.

Kanun yolu denetimi yapan merciler kararın gerekçesine yönelik incelemelerini, genel olarak söz konusu gerekçenin *kanunda* belirtilen unsurları taşıyıp taşımadığına yönelik olarak yapmaktadır. Anayasa ve Sözleşme ise temel hak ve özgürlükler bakımından asgari güvenceler sağlamaktadır. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru incelemelerinde de ölçü norm Anayasa'dır. Usul kanunlarında gerekçeyle ilgili olarak öngörülen hükümler bazı durumlarda Anayasa'nın 36. maddesinin sağladığı güvencelerden daha ileri seviyede olabilir¹⁵². Esasen Türk hukukunda usul kanunlarında mahkeme kararlarının gerekçesinde bulunması gereken yasal unsurlar, anayasal standartlardan daha ileri seviyededir¹⁵³. Bu sebeple, gerekçesiz kararların üst yargılama aşamasında bozulması/kaldırılması, gerekçeli karar hakkı ihlallerini engellemektedir.

Gerekçesiz kararların üst yargılama aşamasında bozulmasının/kaldırılmasının yanında gerekçedeki eksikliklerin bu aşamada

sağlanması, takdirde yanlışlığa düşülüp düşülmediği, kararlarda hak, nesafet ve adalet kurallarının isabetle uygulanıp uygulanmadığı denetlenecektir... Öyleyse takdirde yanlışlığı bulunup bulunmadığı Yargıtay denetimine tabidir" (Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 19/6/1995 tarihli ve 1-191/219 sayılı kararı).

¹⁵¹ Örneğin CMK'nin 289. maddenin (1) numaralı fıkrasının (g) bendinde hükmün gerekçe içermemesi hukuka kesin aykırılık hâli ve dolayısıyla bozma sebebi olarak düzenlenmiştir.

¹⁵² CMK hüküm türlerine göre ve ayrıntılı olarak gerekçenin içermesi gereken unsurları Anayasa'dan ileri seviyede belirlemiştir. Buna göre CMK'nin 230. maddesi gereğince **mahkûmiyet** hükmünün gerekçesinde aşağıdaki hususlar gösterilmelidir:

- a) İddia ve savunmada ileri sürülen görüşler,
- b) Delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi,
- c) Ulaşılan kanaat, sanığın suç oluşturduğu sabit görülen fiili ve bunun nitelendirilmesi; bu hususta ileri sürülen istemleri de dikkate alarak, TCK'nin 61. ve 62. maddelerinde belirlenen sıra ve esaslara göre cezanın belirlenmesi; yine aynı TCK'nin 53 ve devamı maddelerine göre cezaya mahkûmiyet yerine veya cezanın yanı sıra uygulanacak güvenlik tedbirinin belirlenmesi,
- d) Cezanın ertelenmesine, hapis cezasının adli para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilmesine veya ek güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına veya bu hususlara ilişkin istemlerin kabul veya reddine ait dayanaklar.

¹⁵³ Çünkü Anayasa Mahkemesinin gerekçeli karar hakkı incelemesi, söz konusu kararın kanuna uygunluğuna ve ne yönde olması gerektiğine yönelik değildir.

giderilmesi de mümkündür. Anayasa Mahkemesi ve AİHM, adil yargılanma hakkı kapsamında yaptığı incelemelerde yargılama sürecini bir bütün olarak değerlendirmektedir. Bunun bir sonucu olarak yargılamanın bir aşamasındaki eksikliğin sonraki bir aşamada telafi edilmesi mümkündür. O hâlde yargılamanın bir aşamasındaki gerekçe eksikliği, yargılama sürecinin ileriki aşamalarında telafi edilmişse gerekçeli karar hakkı ihlal edilmiş sayılmaz. Dolayısıyla mahkemenin gerekçeli karar hakkı açısından eksik bıraktığı bir alan kanun yolu denetimi yapan merciler tarafından -başka temel hakları ihlal etmemek kaydıyla- tamamlanması durumunda gerekçeli karar hakkının ihlali engellenebilir. Tersinden ifade edecek olursak, dile getirilmesine karşın mahkemece tartışılmayan esaslı iddia ve savunmaların temyiz incelemesinde de tartışılmaması/değerlendirilmemesi -yargılama bir bütün olarak değerlendirildiğinde- gerekçeli karar hakkının ihlaline sebep olabilir¹⁵⁴.

III. GEREKÇELİ KARAR HAKKI İNCELEMELERİNDE ANAYASA MAHKEMESİNİN VE AİHM'NİN YETKİSİNİN KAPSAMI

Anayasal bir güvence olan gerekçeli karar hakkının ihlal edilip edilmediği bireysel başvuru yoluyla denetlenmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi, mahkemeler tarafından verilen kararları bozan veya davaları yeniden gören bir mahkeme olmadığı gibi istinaf ve temyiz organı gibi davaları yeniden incelemeye de yetkili değildir¹⁵⁵. Bu mahkemenin gerekçeli karar hakkı bağlamındaki görevi, Anayasa'nın aradığı standartlarda gerekçe bulunup bulunmadığının incelenmesinden ibarettir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin derece mahkemelerinin gerekçelerinin hukuka uygun olup olmadığını denetleme gibi bir görevi bulunmadığı gibi derece mahkemesi kararlarındaki hukuka aykırılıkları gidermek de bu mahkemenin görevi değildir¹⁵⁶. Bu hak açısından Anayasa Mahkemesi -genel olarak- bir tarafın ileri sürdüğü iddianın/itirazın ciddiliğine ve buna gerekçede yanıt verilip verilmediğine bakmaktadır.

¹⁵⁴ Emel Boyraz / Türkiye, B. No: 61960/08, 2/12/2014, §§ 74-75; Mustafa Kahraman, § 37.

“[B]ilirkişi raporuna nakdi kefalet miktarı yönünden yapılan itirazın ilk derece mahkemesi ve Yargıtay kararlarında tartışılmamasından dolayı başvurusunun gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.” (Bayram Keleş, B. No: 2013/6163, 1/12/2015, § 96).

¹⁵⁵ Salim Küçük. “Açıkça Dayanaktan Yoksunluk”, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri içinde, Editörler: Hüseyin Turan ve Recep Kaplan, (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2015), 196-197.

¹⁵⁶ Halit Kabadağ, B. No: 2019/3589, 23/11/2021, § 30.

Anayasa'nın 148. maddesinin dördüncü fıkrası ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 49. maddesinin (6) numaralı fıkrasında, bireysel başvurularda *kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin olarak inceleme yapılamayacağı* belirtilmiştir. Kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin başvurularda Anayasa Mahkemesi açısından *kanun yolu şikâyeti* denilmektedir.

Buna göre kural olarak;

- a) Bireysel başvuruya konu davadaki olayların kanıtlanması,
- b) Hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması,
- c) Yargılama sırasında delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi,
- d) Kişisel bir uyuşmazlığa derece mahkemeleri tarafından getirilen çözümün esas yönünden adil olup olmaması bireysel başvuru incelemesine konu olamaz; bu iddialar kanun yolu şikâyeti niteliğindedir¹⁵⁷.

Bu nedenle bir davayı gören derece mahkemesi yürürlükteki hukuk kurallarını yorumlama ve onları somut olaya uygulama yönünden takdir yetkisine sahiptir. Somut olaya uygulanacak hukuk kurallarının birden çok yorumunun söz konusu olduğu hâllerde gerekçede diğer bir yorumun neden tercih edilmediği adil yargılanma hakkı kapsamında incelenmez. Aynı şekilde bir delilin hükme varmak için yeterli ağırlığa sahip olmadığı yönündeki şikâyetler de -kural olarak- kanun yolu şikâyeti niteliğindedir. Dolayısıyla bireysel başvuru incelemelerinde derece mahkemelerinin hangi delile dayanarak karar vermesi gerektiğine adil yargılanma hakkı üzerinden müdahale edilmez. Adil yargılanma hakkı yargılamanın taraflardan biri lehine sonuçlanmasını değil temel olarak yargılama sürecinin ve usulünün hakkaniyete uygun olarak yürütülmesini teminat altına almaktadır¹⁵⁸.

AİHM'nin gerekçeli karar hakkı incelemelerindeki rolü de Anayasa Mahkemesine benzer şekildedir. Hukuk kurallarının yorumu ve delillerin değerlendirilmesine yönelik şikâyetler AİHM açısından ise dördüncü derece şikâyeti (*fourth instance applications*) şeklinde adlandırılmaktadır. AİHM de iç hukukun yorumlanmasında öncelikli görevin ulusal otoritelere ait olduğunu vurgulamakta ve kendi görevini ulusal hukuk mercilerinin yorumlarının etkilerinin Sözleşme ile uyumlu olup olmadığını tespit etmekle sınırlı olduğunu belirtmektedir¹⁵⁹. AİHM bu sebeple ulusal mahkeme kararlarının doğru veya iç hukuka uygun olup olmadığıyla ilgilenmediğini ve iç hukukun yorumuna ilişkin

¹⁵⁷ Erdinç Engin, B. No: 2012/695, 12/2/2013, § 22.

¹⁵⁸ M.B. [GK], B. No: 2018/37392, 23/7/2020, § 80.

¹⁵⁹ Waite ve Kennedy/Almanya, B. No: 26083/94, 18/2/1999, § 54

tartışmalara karışmayacağını ifade etmektedir. Bu kaygılardan olsa gerek gerekçeli karar hakkı kapsamında yaptığı bir incelemede görevinin “*ulusal mahkemelerin başvuru ileri sürdüğü ilgili ve önemli noktalara yanıt vererek kararlarını yeterince gerekçelendirip gerekçelendirmedikleriyle sınırlı olduğunu*” vurgulamıştır¹⁶⁰.

Anayasa’ya ve Sözleşme’ye uygunluk denetimi adı altında bir temel hakla bağlantı kurmadan delil değerlendirmesi yapılması, hukuk kurallarını yorumlanması Anayasa Mahkemesinin ve AİHM’nin yetki sınırlarını aşması anlamına gelir. O hâlde, bireysel başvuru yoluyla yargısal uygulamalar denetlenirken temyiz incelemesi yapılmadığından, kanun yollarındaki gözetilecek hususlar gerekçeli karar başlığı altında incelenemez. Ancak gerekçeli karar hakkından verilen bir ihlal kararı, kendiliğinden mahkemenin ihlal sonrası yapacağı değerlendirmede farklı bir yorum yapmasını gerekli kılabılır. Gerekçeli karar hakkının sağladığı güvencelere aykırılıktan verilmiş bir ihlal *de facto* yargılamasının sonucunu da değiştirebilir. Ancak bu durum, Anayasa Mahkemesi veya AİHM’nin kanun yolu şikâyetlerini incelediği anlamına gelmez.

Yine de gerekçeli karar hakkı bakımından yapılacak incelemenin kararların içerik denetimi yapmaya müsait bir zemin oluşturduğu inkâr edilemez. Diğer bir ifadeyle adil yargılanma hakkı kapsamında yapılacak anayasal denetimin içerik denetimine kaydığı riskli alanlardan biri de gerekçeli karar hakkı bakımından yapılan incelemelerdir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bazı kararlarında, kanun yolu şikâyetinde olan ve anayasal bir hakla bağlantı kurulamayan bazı şikâyetleri gerekçeli karar hakkı üzerinden ele almıştır¹⁶¹.

IV. GEREKÇELİ KARAR HAKKI İHLALİNİN VE SONUÇLARININ ORTADAN KALDIRILMASI

Anayasa Mahkemesi tarafından bir hakkın ihlaline karar verilmesi durumunda ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması gerekir. Diğer bir

¹⁶⁰ Deryan/Türkiye, B. No: 41721/04, 21/7/2015, §§ 34, 35.

¹⁶¹ “M.E.C.nin ve diğer tanıkların başka bir dosya kapsamında alınan ve duruşmada okunulmasıyla yetinilen ifadelerinin, neden M.E.C.nin bizzat hükmü veren Mahkeme önünde vermiş olduğu ifadesine üstün tutulduğunun kararda ve Yargıtay ilamında değerlendirilmemesi, sonuca etkili bir delilin ilgili ve yeterli gerekçeyle karşılanmaması sonucunu doğurmuştur.” (Bahaa Joughel, B. No: 2013/7643, 21/1/2016, § 98).

“...başvurucunun taşınmaz satışına ilişkin tanık beyanları ve açığa imzanın kötüye kullanılması ile ilgili taleplerinin hangi nedenlerle kabul edilmediğinin Derece Mahkemesi kararlarında açıklanmaması nedeniyle Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının unsurlarından olan gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.” (Ali Önal [GK], B. No: 2015/11798, 25/5/2017, § 62).

ifadeyle ihlal giderilerek -mümkünse- ihlalden *önceki hâle dönüşmesi* sağlanmalıdır. Özellikle ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda en önemli ihlal giderim aracı *yeniden yargılama* yapılmasıdır. Ancak yeniden yargılama yapılmasında hukuken yarar bulunmayan ve sadece ihlal tespiti için yeterli olmadığı bazı hâllerde ise ihlalin, *maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi* gibi başka bazı araçlarla da giderilmesi gerekebilir.

Bireysel başvuru incelemelerinin nasıl yapılacağı ve verilecek karar türleri 6216 sayılı Kanun'da belirlenmiş durumdadır. Anayasa Mahkemesi bireysel başvurulara ilişkin incelemelerinde 6216 sayılı Kanun'un 49. maddesinin (6) numaralı fıkrası uyarınca;

- "*Bir temel hakkın ihlal edilip edilmediğine*",
- "*Bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına*" ve "*ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlerin belirlenmesine*" karar vermektedir¹⁶².

Gerekçeli karar hakkı ihlalinin kaynağı Anayasa'nın belirlediği standartlarda gerekçe içermeyen yargısal kararlardır. Yani bu hak açısından ihlal, mahkeme kararından kaynaklanmaktadır. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda ise Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için *yeniden yargılama* yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmedebilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde, *eski hâle getirme* kuralı çerçevesinde ihlalin bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılabilmesi için başvurucuya manevi tazminat ödenmesine hükmedilmektedir¹⁶³. Çok istisnai durumlarda ise yeniden yargılamanın yanında tazminata da karar verilmektedir¹⁶⁴.

Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak verilen *yeniden yargılama*, usul hukukundaki *yargılamanın yenilenmesi* kurumundan farklılıklar taşımaktadır. Bu kurum, ihlali ortadan kaldırmak amacına matuf ve bireysel başvuruya has özelliklere sahiptir. Usul kanunlarındaki "*yargılamanın iadesi*" veya "*yargılamanın yenilenmesi*" kurumlarından farklı olarak, yeniden yargılama yapmak üzere ihlal kararının ilgili mahkemeye gönderilmesine karar

¹⁶² *Aligül Alkaya ve diğerleri (2)*, B. No: 2016/12506, 7/11/2019, § 50; *Şahin Alpay (2)* [GK], B. No: 2018/3007, 15/3/2018, § 56.

¹⁶³ *Emre Kaya*, B. No: 2018/743, 10/2/2021, §§ 17-30; *Mustafa Atak*, B. No: 2018/27304, 24/2/2021, §§ 19-30.

¹⁶⁴ *M.Ş.N.*, B. No: 2018/3789, 7/4/2021, §§ 24-35, 42, 43.

verilmesi hâlinde tarafların bu konuda başvuru yapması beklenmeksizin yeniden yargılamaya ilişkin işlemlerin başlatılması zorunluluğu vardır¹⁶⁵. Dahası bu kurumda, usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi müesseselerinde olduğu gibi *bir kabule değerlik incelemesi aşaması* da yoktur¹⁶⁶. Dolayısıyla ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. İhlal kararı ve ihlal nedenleri, doğrudan yasal kabul edilebilirlik sebebinin oluşturmaktadır¹⁶⁷.

Buna göre ihlal kararı kendisine gönderilen mahkeme öncelikle Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı gereğince *yeniden yargılamaya başladığına dair karar almalı* ve gerekçeli karar hakkını ihlal ettiği tespit edilen *önceki kararını ortadan kaldırmalıdır*¹⁶⁸. Bu kapsamda ayrıca ihlalin sürdürülmesinin

¹⁶⁵ Mehmet Doğan [GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018, §§ 58, 59.

¹⁶⁶ Aligül Alkaya ve diğerleri (2), § 58; Kadri Enis Berberoğlu (2) [GK], B. No: 2018/30030, 17/9/2020, § 134.

¹⁶⁷ Kadri Enis Berberoğlu (3) [GK], B. No: 2020/32949, 21/1/2021, § 98.

¹⁶⁸ Anayasa Mahkemesine mahkûmiyet hükmünü ortadan kaldırma ve iptal etme yetkisi verilmemiştir. Anayasa Mahkemesinin ilk dönem kararlarına göre ihlal kararından sonra yeniden yargılamaya karar verilmişse *dosya kendisine gönderilen mahkemenin yapması gereken ilk iş “bir temel hak veya özgürlüğü ihlal ettiği ... tespit edilen önceki kararını kaldırmaktır”* (birçok karar arasından bkz. Mehmet Doğan, § 60; Behzet Çakar ve diğerleri, B. No: 2014/16277, 13/9/2018, § 78).

Ancak Anayasa Mahkemesi daha sonra bu görüşünü değiştirmiştir. Buna göre derece mahkemeleri önceki kararını yargılamanın başında kaldırmak zorunda değildir (bu görüşle ilgili olarak bkz. Erol Eşrefoğlu [GK], B. No: 2018/23111, 1/7/2021; Behzet Çakar ve diğerleri (2) [GK], B. No: 2019/2333, 1/7/2021).

Anılan görüş farklılıkları, başvurunun mahkûmiyete bağlı tutma hâlinin sonlandırılıp sonlandırılmayacağı noktasında önemli sonuçlar doğurmaktadır. Anayasa Mahkemesine göre ihlal kararında hükmün ortadan kaldırılmasıyla ilgili bir karar verilmediği hâllerde, yeniden yargılama sırasında infazın ertelenip ertelenmeyeceği hususu derece mahkemelerinin takdirindedir. Çünkü bu tür bir durumda, ihlal kararı başvurunun mahkûmiyete bağlı tutulması ile mahkûmiyet arasındaki bağı koparmamaktadır (Erol Eşrefoğlu, §§ 74- 75). Ancak mahkûmiyet kararının Anayasa'nın ihlali suretiyle verildiğinin ve kararın bu aykırılığa dayandığının Anayasa Mahkemesinin ihlal kararıyla tespit edildiği bir durumda, - *ihlal kararında derece mahkemesince öncelikle hükmün ortadan kaldırılması gerektiği belirtilmese bile*- yeniden yargılamaya başlandıktan sonra ilk iş olarak önceki hükmün ortadan kaldırılmaması, masumiyet karinesinin ihlali gibi başka anayasal sorunlara yol açabilecek niteliktedir. Dolayısıyla ihlal kararı üzerine yeniden yargılamaya başlayan mahkemeye öncelikle düşen, önceki hükmü ortadan kaldırmak ve kişinin *mahkûmiyete bağlı tutma* hâlini sonlandırmaktır. Bu şekilde bir karar vermek, yeniden yargılama yapan mahkemenin -koşulları varsa-

önlenmesi ve mağduriyetin giderilmesi amacıyla *infazın durdurulması veya tahliye kararı verilmesi gibi* bazı hususların da değerlendirilmesi gerekebilir¹⁶⁹. Daha sonra Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenler ve ihlal kararında belirtilen gerekçeler gözetilerek yeniden yargılama yapılmalıdır. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasının "*yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir*" biçimindeki son cümlesi uyarınca Anayasa Mahkemesince tespit edilen ihlalin giderimi, işin niteliğine ve ihlalin giderimi için gerekli işlemlerin çeşidine veya ilgili yargı yolunun imkân ve zorunluluklarına göre dosya üzerinden yargısal işlemlerin yapılması biçiminde olabileceği gibi yargılamanın duruşma açılarak yeniden yapılması şeklinde de olabilir¹⁷⁰. Hangi yöntemle ihlalin giderileceği belirlenirken elbette *ihlalin niteliği* nazara alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır.

Gerekçe nedeniyle verilen bir ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasının basit bir usul eksikliğinin tamamlanması şeklinde düşünülmemesi gerekir. Gerekçeli karar hakkı ihlallerinin "*Anayasa'ya aykırılık*" tespiti bakımından diğer ihlallerden hiçbir farkı bulunmamaktadır. Gerekçeli karar hakkından verilen bir ihlal ve sonuçları, usule dair herhangi bir işlem yapılmadan önceki yargılama sırasında sanığın bilgisine sunulan ve duruşmada tartışılan deliller/görüşler esas alınarak -dosya üzerinden- yeni bir karar verilmek suretiyle ortadan kaldırılabilir. Ancak bazı durumlarda ihlalin -dosya üzerinden- yeni bir karar verilmek suretiyle giderilmesi mümkün olmayabilir. Gerekçeli karar hakkından verilmiş bir ihlalin giderimi dosyadaki bazı eksikliklerin duruşma açılarak tamamlanmasını gerektirebilir. Bu durumda öncelikle bu eksikliklerin -yeni bir hak ihlaline yol açmayacak şekilde- tamamlanması gerekir. Dolayısıyla delil toplanmasını ve araştırılmasını, ilgililere bu delillere karşı diyeceklerinin sorulmasını zorunlu kılan durumlarda duruşma açılarak yeniden yargılama yapılmalı ve bu eksiklikler tamamlanmalıdır. O hâlde bazı durumlarda gerekçeli karar hakkından verilen bir ihlalin giderilmesi için duruşma açılarak dosyadaki kimi eksikliklerin tamamlanması ve bu yeni duruma göre farklı bir sonuca ulaşılması mümkün olabileceği gibi sadece dosya üzerinden istenen şekilde gerekçe yazıp önceki hükümle aynı sonuca ulaşarak da ihlalin giderilmesi mümkün olabilir¹⁷¹.

başvurucuyu (sanığı) *suç isnadına bağlı olarak* yeniden tutuklamasına engel değildir.

¹⁶⁹ Kadri Enis Berberoğlu (3) [GK], § 98.

¹⁷⁰ Aliğül Alkaya ve diğerleri (2), § 59.

¹⁷¹ Şirin, 69.

İhlal kararının yerine getirilmemesi nedeniyle yeniden Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulması mümkündür. İhlal kararının gereklerinin yerine getirilmediğine ilişkin iddiaları incelemek de bireysel başvuruları incelemeye yetkili olan Anayasa Mahkemesinin görev alanına girer¹⁷². Ancak Anayasa Mahkemesince bu kez yapılacak inceleme, olayların baştan itibaren yeniden değerlendirilmesi şeklinde değil önceden verilen ihlal kararının gereklerinin yerine getirilip getirilmediği ile ilgili sınırlı bir inceleme olmaktadır¹⁷³. Mahkemeye göre “bir ihlal kararının gereklerinin yerine getirilmemesi daha önce verilen ihlalin devam ettiği” anlamına gelmektedir¹⁷⁴. Bu durumda Anayasa Mahkemesi aynı hakkın ihlal edildiğine karar vermektedir¹⁷⁵. Dolayısıyla gerekçeli karar hakkından verilmiş bir ihlalin giderilmemesi, gerekçeli karar hakkının ikinci kez ihlal edilmesi sonucunu doğuracaktır.

AİHM tarafından bir hakkın ihlal edildiğine karar verilmesi durumunda da ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması gerekir. Çünkü AİHM tarafından verilen ihlal kararlarının iç hukukta gereği gibi yerine getirilmemesi, Sözleşme ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin uygulamada etkili bir şekilde korunamadığı anlamına gelir¹⁷⁶. Ancak AİHM, Anayasa Mahkemesinden farklı olarak ihlalin ve sonuçlarının nasıl ortadan kaldırılacağına -kural olarak- karar vermemektedir. Bu tür durumlarda her üye devlet, AİHM’yi ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri ve ihlal kararında belirtilen gerekçeleri gözeterek somut olayın özel koşullarına göre bir giderim yöntemi benimsemektedir.

Esasen ceza mahkemesi kararı yönünden verilmiş bir ihlali gidermenin en önemli aracı yeniden yargılama yapılmasıdır. Nitekim ilgili usul kanununda, ceza hükmünün Sözleşme’nin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının AİHM’nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması, yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmiştir. CMK, bu konuda ilgili yargısal mercilere takdir hakkı tanımayarak kesinleşen bir hükümle sonuçlanmış bir davanın yargılamanın yenilenmesi yoluyla tekrar görüleceğini öngörmüştür (CMK mad. 311/1-f). Yeniden yargılama yapmanın mümkün olmadığı bazı durumlarda ise AİHM’nin verdiği ihlal kararı, tazminat gibi başka araçlarla da giderilebilir. Dahası, AİHM tazminata kara vermiş olsa bile yeniden yargılama yapılması gerekli olabilir. Ancak tercih edilecek yöntemin (aracın), hak ihlalini giderme kapasitesini haiz olması ve bu konuda

¹⁷² Aligül Alkaya ve diğerleri (2), § 52.

¹⁷³ Aligül Alkaya ve Diğerleri (2), § 52.

¹⁷⁴ Aligül Alkaya ve Diğerleri (2), § 52.

¹⁷⁵ Adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine dair kararın yerine getirilmemesi yönünden bkz. Aligül Alkaya ve diğerleri (2).

¹⁷⁶ Siddıka Dülek ve diğerleri, B. No: 2013/2750, 17/2/2016, § 69.

başarı sunması gerekir. Hak ihlalinin ortadan kaldırılıp kaldırılmadığı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin ve duruma göre AİHM'nin denetimine tabidir. Bunun yanında AİHM'nin gerekçeli karar hakkından verdiği bir ihlalin giderilememesi, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru konusu yapılması da mümkündür.

SONUÇ

Mahkemelerin kararlarını gerekçelendirmesi, keyfiliklere karşı önemli bir güvence oluşturma yanı sıra kamuoyunun ve sanıkların verilen karara ve yargıya güven duymalarına da katkıda bulunur. Taraflar mahkeme tarafından dinlendiklerini ancak gerekçe vesilesiyle öğrenebilir. Gerekçe, hukukun gelişmesine katkı bulunmanın yanında hükmün infazında yaşanabilecek tereddütleri de giderir. Dahası, gerekçe somut olayda taraflı davranılıp davranılmadığının anlaşılmasına ve etkili bir kanun yolu denetimi yapılmasına imkân tanır.

Buna karşılık Türk yargısının makul sürede yargılanma hakkına ilişkin sorunlarından sonra belki de en önemli sorunu gerekçesiz karar vermektir.¹⁷⁷ Temel haklarla ilgili birçok problemin temel kaynağını da esasen gerekçesizlik oluşturmaktadır. Gerekçe eksikliği, öngörülebilir ve belirli bir hukukun oluşumunu engellediği için içtihadın keyfi bir biçimde değiştirilmesinin de önünü açmaktadır. Bu da yargıya iş yükü olarak geri dönmektedir. Zira kararın ilgili ve yeterli gerekçe içermemesi sebebiyle içtihadın ne olduğu taraflarca bilinmemekte, kararların keyfi bir şekilde verildiği düşünülmekte ve oluşan bu memnuniyetsizlik sebebiyle tüm kanun yolları sonuna kadar tüketilmektedir.

Gerekçe, ceza muhakemesi hukukunun temel ilkelerinden olan delillerin doğruyalık ilkesiyle yakından bağlantılıdır. Buna göre hakimler, delil kaynaklarıyla ilgili gözlem ve değerlendirmelerine gerekçede değinmek durumundadır. Ancak bunun için yargılamada sık sık hâkim değişikliğine gidilmemesi gerekmektedir. Belirleyici delillerin toplandığı/tartışıldığı bir celselere katılmayan hakimlerin nihai kararı vermesi, dosya üzerinden karar verildiği izlenimi uyandırmakta ve yargılama sırasındaki gözlem ve

¹⁷⁷ Bu konuda Anayasa Mahkemesince yayımlanan bireysel başvuru istatistiklerine bakılabilir. Bu istatistiklere göre Türkiye’de en fazla adil yargılanma hakkı ihlal edilmektedir. Adil yargılanma hakkının alt güvencelerinden ilk sırasında ise makul sürede yargılanma hakkı ihlalleri gelmektedir. Anayasa Mahkemesinin internet sitesinden yayımlanan bireysel başvuru kararları incelendiğinde, anılan hak kapsamında ikinci sırada ihlal edilen güvence ise gerekçeli karar hakkıdır (bkz. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/istatistikler/bireysel-basvuru> <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 22/9/2022).

değerlendirmeleri de içermesi beklenen gerekçeyi amacından uzaklaştırmaktadır.

Anayasal bir güvence olarak düzenlenen gerekçeli karar hakkının ihlal edilip edilmediği bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesince denetlenmektedir. Bu çalışmamızda Anayasa Mahkemesinin bu konuda belirlediği standartların asgari seviyede olduğunu tespit etmiş bulunmaktayız. Mahkeme bu konuda daha ziyade “*ilgili ve yeterli gerekçe*” ölçütüne göre bir denetim yapmakta ve bu denetim, olağan kanun yollarında yapılan denetime nazaran daha düşük düzeyde olmaktadır.

Esasen gerekçeli karar hakkı ihlalleri de “*Anayasa’ya aykırılık*” tespiti içermekte ve diğer hak ihlallerinden bu anlamda bir farkı bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu ihlallerin ve sonuçlarının da ortadan kaldırılması gerekmektedir. Gerekçe nedeniyle bir ihlal kararı verildiğinde, bu ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması basit bir usul eksikliğinin tamamlanması şeklinde değerlendirilmemelidir. Diğer hak ihlallerinin giderilmesinde olduğu gibi belli ölçü ve özende bir inceleme yapılmalıdır.

Anayasa Mahkemesinin kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda bireysel başvuru kapsamında inceleme yapamaması ve gerekçeli karar hakkıyla ilgili belirlediği standartların asgari seviyede olması nedenleriyle sadece bireysel başvuru yoluyla gerekçeli hakkıyla ilgili sorunlarla baş edilemeyeceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla gerekçeyle ilgili sorunlarımızı birçok alanda yapısal reformlar yaparak ve yargıda gerekçenin önemine ilişkin bir zihni dönüşüm yaşayarak aşabiliriz¹⁷⁸.

Kararların gerekçeli yazılmasıyla ilgili Anayasa Mahkemesinin belirlediği standartların çok ötesinde düzenlemeler öngören CMK’nin layığıyla uygulanması bu konuda önemli bir aşama olacaktır. Bunun için Yargıtaya ve Bölge Adliye Mahkemelerine çok iş düşmektedir. Gerekçeli karar hakkıyla ilgili sorunlarımızı ülke olarak çözdüğümüzde sadece adil yargılanma hakkı ihlallerini değil temel haklarla ilgili ihlalleri de büyük oranda azaltmış olacağız.

¹⁷⁸ Bu konudaki çözüm önerileri için bkz. **Akif Yıldırım**, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılamasında Gerekçeli Karar Unsurları (Analiz Raporu)”, Yargı Kararlarında Gerekçelendirme Çalışması- Gerekçeli Karar Yazımına İlişkin İhtiyaç Analiz Çalışması Özel Hukuk ve Ceza Hukuku içinde, Editörler: Hasan Kadir Yılmaztekin, Ahmet Salih Başpınar, Eda Biçgin, Süleyman Kaynar, Yasin Işık ve Özden Dülger, <https://yayin.taa.gov.tr/yuklenenler/dosyalar/kitaplar/4c9d17d0-dd8b-49a1-bd5f-1d44e4f8b4ee-gerekceli-karar-calismasi-bildiriler-kitabi-2-04.04.22.pdf> (Erişim Tarihi: 10/3/2022).

KAYNAKÇA

- Alp, Mustafa.** “Anayasa Hukuku Açısından Mahkeme Kararlarında Sözde (Görünürde) Gerekçe”. *Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsal’e Armağan*, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2001.
- Aktepe Artık, Sezin.** Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı. Ankara: Seçkin Yayınları, 2014.
- Aşçıoğlu, Çetin.** “Yargıda Gerekçe Sorunu”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 48, (2003): 109-116. (Gerekçe).
- Aşçıoğlu, Çetin.** “Yargıda Gerekçe Sorunu”. *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 8. Kitap, İstanbul: 2003.
- Balcı, Murat.** Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Baytaz, Abdullah.** Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Dinlenilme Hakkı. İstanbul: XII Levha Yayınları, 2021.
- Centel, Nur ve Hamide Zafer.** Ceza Muhakemesi Hukuku. İstanbul: Beta Yayınları, 2020.
- Demircioğlu, Yaşar.** Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri. Ankara: Yetkin Yayınları, 2007.
- Doğan, Koray.** “Ceza Muhakemesinde Hüküm”. *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 7, (Ağustos 2008): 171-201.
- Erem, Faruk.** “Gerekçesiz Mahkeme Kararları”. <http://www.farukeremvakfi.org.tr/8/s1.html> (Erişim Tarihi: 3/1/2020).
- Gözübüyük, Şeref ve Feyyaz Gölcüklü.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi. Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.
- Feteris, Eveline T.** Hukuki Argümantasyon Temelleri/Yargı Kararlarını Gerekçelendirme Üzerine Bir Araştırma, Çeviren: Ertuğrul Uzun, İstanbul: Paradigma Yayıncılık, 2010.
- Harris, David, Michael O'Boyle, Ed Bates, Carla Buckley, Paul Harvey, Kresimir Kamber, Michelle Lafferty, Peter Cumper ve Heather Green.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Çevirenler: Ulaş Karan ve Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ankara: Avrupa Konseyi Yayını, 2018.
- Işıktaç, Yasemin ve Sevtap Metin.** Hukuk Metodolojisi. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2003.
- İnceoğlu, Sibel.** İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı. İstanbul: Beta Yayınları, 2013. (Adil Yargılanma).

- İnceoğlu, Sibel.** Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4. Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 2018. (El Kitabı).
- Karakehya, Hakan.** “Ceza Muhakemesinde Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkına İlişkin Esaslar”. *Ombudsman Akademik Dergisi*, S.1, (Aralık 2014): 83-97.
- Kılıç, Muharrem.** “Gerekçeli Karar Hakkı: Yargısal Kararların Rasyonalitesi”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 47, (Temmuz 2021):1-46.
- Kunter, Nurullah, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu.** Muhakeme Hukuk Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku. İstanbul: Beta Yayınları, 2008.
- Küçük, Salim.** “Açıkça Dayanaktan Yoksunluk”. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri içinde, Editörler: Hüseyin Turan ve Recep Kaplan, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2015.
- Özekes, Muhammet.** Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2003.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe.** Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara: Seçkin Yayınları, 2016.
- Sunay, Zühal Aysun.** “Gerekçeli Karar Hakkı ve Temel İlkeleri”. *Danıştay Dergisi*, Sayı: 143, (2016): 7-54.
- Sunay, Zühal Aysun.** İptal Davalarında Gerekçeli Karar Hakkı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2016.
- Şeker, Hilmi.** “Strazburg Yargı Kararlarında Doğru, Haklı, Yasal ve Makul Gerekçe Biçimleri”. *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, (Bahar 2007):179-200.
- Şirin, Tolga.** “Anayasa Mahkemesi Kararlarında (İdari Yargı Bağlamında) Gerekçeli Karar Alma Hakkı”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 48, (2021): 65-85.
- Taner, Fahri Gökçen.** Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği. Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.
- Trechsel, Stefan.** Human Rights in Criminal Proceedings. New York: Oxford University Press, 2005.
- Toroslu, Nevzat ve Metin Feyzioğlu.** Ceza Muhakemesi Hukuku. İstanbul: Savaş Yayınevi, 2020.
- Tutumlu, M. Akif.** Hukuk Yargılamasında Hüküm ve Gerekçe. Ankara: Seçkin Yayınları, 2014.
- Turan, Hüseyin.** İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Adil yargılanma Hakkı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Uzun, Ertuğrul.** Akıl Tutkunu Hukuk. İstanbul: XII Levha Yayınları, 2010.

- Uzun, Ertuğrul.** Hukuk Metodolojisinin Sorunları. İstanbul: Nora Kitap, 2016. (Hukuk Metodolojisi)
- Ünver, Yener ve Hakan Hakeri.** Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Vitkauskas, Dovydas ve Grigoriy Dikov.** Protecting The Right To A Fair Trial Under The European Convention On Human Rights. Council of Europe, 2007.
- Yenerer Çakmut, Özlem.** “Ceza Muhakemesi Hukukunda Esas Mahkemesinin Verdiği Hüküm”. *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, S. 3-4, (2007): 29-61.
- Yenisey, Feridun.** “Ceza Muhakemesinde Gerekçe”, *Yargı Kararlarında Gerekçelendirme Çalışması - Anayasa ve İdare Hukuku Alanında Gerekçeli Karar Unsurları ve Geliştirilmesi Gereken Alanlara Yönelik İhtiyaç Analizi içinde*, Editörler: Hasan Kadir Yılmaztekin, Ahmet Salih Başpınar, Eda Biçgin, Süleyman Kaynar ve Yasin Işık, <https://yayin.taa.gov.tr/yuklenenler/dosyalar/kitaplar/8e09f0b7-9c1e-4b6b-ad44-04f5dc179e68-gerekceli-karar-calismasi-bildiriler-kitabi-28.04.21-28.09.21.pdf> (Erişim Tarihi: 10/1/2022)
- Yerdelen, Erdal.** Ceza Muhakemesinde Hükümün Gerekçesi. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.
- Yıldırım, Akif.** “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılamasında Gerekçeli Karar Unsurları (Analiz Raporu)”. *Yargı Kararlarında Gerekçelendirme Çalışması- Gerekçeli Karar Yazımına İlişkin İhtiyaç Analiz Çalışması Özel Hukuk ve Ceza Hukuku içinde*, Editörler: Hasan Kadir Yılmaztekin, Ahmet Salih Başpınar, Eda Biçgin, Süleyman Kaynar, Yasin Işık ve Özden Dülger, <https://yayin.taa.gov.tr/yuklenenler/dosyalar/kitaplar/4c9d17d0-dd8b-49a1-bd5f-1d44e4f8b4ee-gerekceli-karar-calismasi-bildiriler-kitabi-2-04.04.22.pdf> (Erişim Tarihi: 10/3/2022).
- Yıldırım, Akif ve Yusuf Enes Kaya.** “Mahkûmiyet Hükümünü Veren ile Bu Hükümün Gerekçesini Yazan Hakimin Aynı Olmamasının Adil Yargılanma Hakkını İhlal Ettiğine İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı Çevirisi”. *İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – EconJURA*, S. 2 (Kasım 2022): 221-237.
- Yılmaz, Ejder.** Öğrenciler İçin Hukuk Sözlüğü, Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.
- Yücel, Mustafa Tören.** “Kararda Gerekçe ve Muhalefet Şerhi”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi* 8. Kitap, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2003.
- Yüzbaşıoğlu, Necmi.** “Gerekçeli Kararın Anayasal Boyutları”, *Yargı Kararlarında Gerekçelendirme Çalışması- Anayasa ve İdare Hukuku Alanında Gerekçeli Karar Unsurları ve Geliştirilmesi Gereken Alanlara Yönelik İhtiyaç Analizi içinde*, Editörler: Hasan Kadir Yılmaztekin, Ahmet Salih Başpınar, Eda Biçgin,

Süleyman Kaynar ve Yasin Işık,
<https://yayin.taa.gov.tr/yuklenenler/dosyalar/kitaplar/8e09f0b7-9c1e-4b6b-ad44-04f5dc179e68-gerekceli-karar-calismasi-bildiriler-kitabi-28.04.21-28.09.21.pdf> (Erişim Tarihi: 10/1/2022).

AİHM Kararları

- Andelković/Sırbistan*, B. No: 1401/08, 9/4/2013.
Ayetullah Ay/Türkiye, B. No: 29084/07 ve 1191/08, 27/10/2020.
Bochan/Ukrayna [BD], B. No: 22251/08, 5/2/2015.
Buzescu/Romanya, B. No: 61302/00, 24/05/2005.
Cerovšek ve Božičnik/Slovenya, B. No: 68939/12-68949/12, 7/3/2017.
Cihangir Yıldız/Türkiye, B. No: 39407/03, 17/4/2018.
De Moor/Belçika, B. No: 16997/90, 23/6/1994.
Deryan/Türkiye, B. No: 41721/04, 21/7/2015.
Donadze/Gürcistan, B. No: 74644/01, 07/03/2006.
Emel Boyraz / Türkiye, B. No: 61960/08, 2/12/2014.
García Ruiz/İspanya [BD], B. No: 30544/96, 21/1/1999.
Georgiadis/Yunansitan, B. No: 21522/93, 29/5/1997.
Gheorghe/Romanya, B. No: 19215/04, 15/3/2007.
Hadjianastassiou/Yunanistan, B. No: 12945/87, 16/12/1992.
Helle/Finlandiya, 20772/92, 19/12/1997.
Hansen/Norveç, B. No:15319/09, 2/10/2014.
Hiro Balani/İspanya, B. No:18064/91, 9/12/1994.
Hirvisaari/Finlandiya, B. No: 49684/99, 27/9/2001.
Hülya Ebru Demirel/Türkiye, B. No: 30733/08, 19/6/2018.
H./Belçika [GK], B. No: 8950/80, 30/11/1987.
H.A.L./Finlandiya, B. No: 38267/97, 27/1/2004.
Mierla ve Diğerleri/Romanya (k.k.), B. No: 25801/17, 17/5/2022.
Mugoša/Karadağ, B. No: 76522/12, 21/06/2016.
Ruiz Torija/İspanya, B. No:18390/91, 9/12/1994.
Suominen/Finlandiya, B. No: 37801/97, 1/7/2003.

Vyerentsov/Ukrayna, B. No: 20372/11, 11/4/2013.

Wagner ve J.M.W.L./Lüksemburg, B. No: 76240/01, 28/06/2007.

Waite ve Kennedy/Almanya, B. No: 26083/94, 18/2/1999.

Xero Flor w Polsce sp. z o.o. /Polonya, B. No: 4907/18, 7/5/2021.

Anayasa Mahkemesi Kararları

Abdullah Topçu, B. No: 2014/8868, 19/4/2017.

Adnan Oktar, B. No: 2012/917, 16/4/2013.

Ahmet Gökhan Rahtuvan, B. No: 2014/4991, 20/6/2014.

Ali Önal [GK], B. No: 2015/11798, 25/5/2017.

Aligül Alkaya ve diğerleri (2), B. No: 2016/12506, 7/11/2019.

Ayşe Eşlik, B. No: 2014/15969, 21/6/2017.

Azmi Ofloğlu, B. No: 2017/25396, 14/9/2022.

A.A. [GK], B. No: 2017/34502, 21/10/2021.

Batuhan Şengül, B. No: 2017/29295, 21/7/2020.

Bayram Keleş, B. No: 2013/6163, 1/12/2015.

Behzet Çakar ve diğerleri, B. No: 2014/16277, 13/9/2018.

Billur Güzide Balyemez ve Recai Alper Tunga, B. No: 2014/5909, 25/3/2015.

Canan Tosun, B. No: 2014/8891, 10/5/2017.

Caner Kandırmaz, B. No: 2013/3672, 30/12/2014.

Cansu Güneş Seferoğlu, B. No: 2019/3706, 29/6/2022.

Çetin Gül, B. No: 2020/16856, 2/2/2022.

Ekol Grup Güvenlik Koruma ve Eğitim Hizm. Ltd. Şti, B. No: 2015/439, 8/2/2018.

Emre Ongurlar, B. No: 2016/9607, 10/1/2019.

Emre Kaya, B. No: 2018/743, 10/2/2021.

Ercan Soyalp, B. No: 2016/651, 24/6/2020.

Erdinç Engin, B. No: 2012/695, 12/2/2013.

Erol Eşrefoğlu [GK], B. No: 2018/23111, 1/7/2021.

Erol Eşrefoğlu ve Hüseyin Kayapalı, B. No: 2015/964, 12/6/2018.

Fatma Nida Olçar, B. No: 2014/5456, 8/2/2018.

- Fazilet Beyhan ve diğerleri*, B. No: 2019/35534, 3/3/2022.
- Feyzullah Gültekin*, B. No: 2014/13069, 21/2/2019.
- Filiz Fırat*, B. No: 2014/10305, 5/12/2017.
- Gökhan Ayhan*, B. No: 2015/3041, 19/4/2018.
- Hatice Akgül*, B. No: 2018/35900, 25/2/2021.
- Halit Kabadağ*, B. No: 2019/3589, 23/11/2021.
- Hasan Polat*, B. No: 2014/8927, 20/12/2017.
- H.B.*, B. No: 2018/20873, 27/1/2021.
- Hilmi Kocabey ve diğerleri*, B. No: 2018/27686, 17/11/2021.
- İbrahim Ataş*, B. No: 2013/1235, 13/6/2013.
- İbrahim Akkan*, B. No: 2014/7146, 26/2/2015.
- İbrahim Kaya*, B. No: 2017/29474, 28/1/2020.
- İlyas Başak*, B. No: 2013/5662, 21/4/2016.
- İnan Gök*, B. No: 2018/1936, 28/1/2021.
- İzzet Pirbudak*, B. No: 2015/392, 27/6/2018.
- Kadri Enis Berberoğlu (2)* [GK], B. No: 2018/30030, 17/9/2020.
- Kadri Enis Berberoğlu (3)* [GK], B. No: 2020/32949, 21/1/2021.
- Kırmızı Gaa İnşaat Turizm Gıda Sanayi ve Tic. Ltd. Şti.*, B. No: 2013/2370, 11/12/2014.
- Mehmet İlker Başbuğ*, B. No: 2014/912, 6/3/2014.
- Mehmet Zülfü Tekeş*, B. No: 2014/12158, 1/2/2017.
- Mehmet Doğan* [GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018.
- Mehmet Okyar*, B. No: 2017/38342, 13/2/2020.
- Mehmet Selim Demir*, B. No: 2019/13365, 24/3/2021.
- Metin Duran*, B. No: 2018/33546, 28/1/2021.
- Mustafa Kahraman*, B. No: 2014/2388, 4/11/2014.
- Mustafa Atak*, B. No: 2018/27304, 24/2/2021.
- Mümin Karaşinik*, B. No: 2014/15386, 19/7/2017.
- Mümtaz Bekci*, B. No: 2014/16269, 8/11/2017.
- Mürsel Bayrak*, B. No: 2014/6419, 25/3/2015.

- M.B.* [GK], B. No: 2018/37392, 23/7/2020.
- M.Ö. ve diğerleri*, B. No: 2018/33221, 14/4/2022.
- M.Ş.N.*, B. No: 2018/3789, 7/4/2021.
- Necla Yaşar*, B. No: 2020/35444, 14/9/2021.
- Onurhan Solmaz*, B. No: 2012/1049, 26/3/2013.
- Rashpal Singh Dhaliwal*, B. No: 2020/23153, 11/5/2022.
- Raziye Akçay*, B. No: 2019/1665, 28/6/2022.
- Sebahat Tuncel (2)*, B. No: 2014/1440, 26/2/2015.
- Serap Öz*, B. No: 2013/1394, 24/6/2015.
- Serhat Soysalan*, B. No: 2017/16903, 27/2/2020.
- Sencer Başat ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/7800, 18/6/2014.
- Sıddıka Dülek ve diğerleri*, B. No: 2013/2750, 17/2/2016.
- Sinan Cihan Aksoy*, B. No: 2014/13062, 29/3/2016.
- S.n. D.p. Ltd. Şti.*, B. No: 2015/10583, 19/4/2018.
- Şahin Alpay (2)* [GK], B. No: 2018/3007, 15/3/2018.
- Tuba Doğruyol*, B. No: 2014/1292, 10/6/2015.
- Tülay Gül*, B. No: 2019/14704, 2/2/2022.
- Ufuk Rifat Çobanoğlu*, B. No: 2014/6971, 1/2/2017.
- Ünal Aslantürk*, B.No: 2013/1876, 8/9/2015.
- Ünsal Karabulut*, B. No: 2014/12045, 17/11/2016.
- Ümmügülsüm Salgar* [GK], B. No: 2016/12847, 21/10/2021.
- Veysi Güneş*, B. No: 2015/4993, 13/2/2020.
- Volkan Doğdu*, B. No: 2016/4186, 12/9/2019.
- Yasemin Ekşi*, B. No: 2013/5486, 4/12/2013.
- Yavuz Çıtak*, B. No: 2014/2421, 21/6/2017.
- Yıldırım Özbey ve diğerleri*, B. No: 2014/18932, 8/9/2015.
- Yılmaz Çelik* [GK], B. No: 2014/13117, 19/7/2018.
- Yunus Usluer*, B. No: 2018/38137, 10/5/2022.
- Yusuf Akkuş*, B. No: 2016/2600, 19/11/2019.

Yargıtay/Askeri Yargıtay Kararları

Askeri Yargıtay 4. Dairesinin 21/10/2008 tarihli ve E.2008/1961, K.2008/1952 sayılı kararı

Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 3/4/1979 tarihli ve E.1979/2087 K.1979/4280 sayılı kararı

Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 27/6/2013 tarihli ve E.2012/5338, K.2013/10873 sayılı kararı

Yargıtay 18. Ceza Dairesinin, 18/1/2016 tarihli ve E.2015/33534, K.2016/688 sayılı kararı

Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 2/5/2019 tarihli ve E.2015/2146, K.2019/7990 sayılı kararı

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 19/6/1995 tarihli ve 1-191/219 sayılı kararı

İÇ İŞLERİNE KARIŞMAMA İLKESİ BAĞLAMINDA ENFORMASYON TEKELİ VE DEZENFORMASYON: ŞANGAY İŞBİRLİĞİ ÖRGÜTÜ UYGULAMALARI AÇISINDAN BİR DEĞERLENDİRME

*Information Monopoly and Disinformation in the Context of
Non-Interference in Internal Affairs: An Evolution in Terms of the
Practices of the Shanghai Cooperation Organisation*

Tabriz JAFAROV*

ÖZ

Makale internetin hızlı biçimde gelişmesi sonucunda daha da güncellik kazanan dezenformasyon kavramını iç işlerine karışmama ilkesi ve Şangay İşbirliği Örgütü (ŞİÖ) uygulamaları kapsamında ele almaktadır. Dezenformasyonun yanı sıra enformasyon tekeli üzerinden kurulan hegemonyanın oluşturduğu eşitsiz siber alan ve mevzu bahis eşitsizlik sebebiyle devletlerin egemen eşitliğine yönelen pratik tehditler de makalenin inceleme alanı içerisindedir. Araştırma çerçevesinde bir taraftan da ŞİÖ uygulamaları kapsamında ele alınan sözü geçen kavramların saldırı olarak değerlendirilmesine dair koşullar açısından tespitlere yer verilmiştir. Nihayetinde her dezenformasyonun bir iç işlerine karışma şeklinde değerlendirilemeyeceği fakat koşullara dayalı olarak bahsi geçen ilkenin ihlalinin oluşabileceği sonucuna varılmıştır. Öte yandan ortak yönetilmesi gerektiği kanısına varılmış siber alanın enformasyon tekeline tekabül edecek biçimde kullanılmasının ise egemen eşitlik ilkesi ile bağdaşmadığı görüşü hasıl olmuştur.

Anahtar Kelimeler: Dezenformasyon, İç İşlerine Karışmama, Uluslararası Hukuk, Şangay İşbirliği Örgütü, Enformasyon Tekeli

Makalenin Geliş Tarihi: 31.07.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 23.11.2022.

* Dr. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü, Milletlerarası Hukuk Anabilim

Dah, e-posta: tebriz.rauf@gmail.com, ORCID: 0000-0002-7087-6919.

ABSTRACT

The article deals with the concept of disinformation, which has become more current as a result of the rapid development of the internet, within the scope of the principle of non-interference in internal affairs and Shanghai Cooperation Organization (SCO) practices. In addition to disinformation, the unequal cyber space created by the hegemony established through the information monopoly and the practical threats to the principle of sovereign equality of states due to the inequality in question are also within the scope of the article. Within the framework of the research determinations are included in terms of the conditions regarding the evaluation of the aforementioned concepts as an attack within the scope of SCO practices. In the end, it was concluded that every information can not be considered as an interference in internal affairs, but a violation of the aforementioned principle may occur depending on the circumstances. On the other hand, it has been concluded that the use of cyberspace in a way that corresponds to the information monopoly is incompatible with the sovereign equality principle.

Keywords: Disinformation, Non-interference in Internal Affairs, International Law, Shanghai Cooperation Organization, Information Monopoly.

I. GİRİŞ

İç işlerine karışmama ilkesi Birleşmiş Milletler Antlaşması tarafından hükme bağlanan ve uluslararası hukukun egemen eşitlik prensibinden yola çıkarak oluşturduğu devletlerin beraberliği tezinin olmazsa olmazlarından. Bu prensipten yola çıkılarak devletlerin siyasi bağımsızlıklarını da kapsayacak bir şekilde iç işlerine müdahale mevcut uluslararası hukuk tarafından yasaklanmaktadır. Prensibin içeriği çok geniş olduğu için olayların duruma göre değerlendirilmesi ve müdahalenin gerçekleşip gerçekleşmediğine karar verilmesi elzemdir. Son dönemler internetin getirdiği realite hasebi ile enformasyon kavramı daha da yaygınlaşmış, dünya ahalisinin son istatistiklere göre yüzde 60'ından fazlasının çevrimiçi olması ile birlikte daha da güncelleşen enformasyon kavramı iç işlerine müdahale edilmemesi prensibi bağlamında da önem arz etmeye başlamıştır. Zira Birleşmiş Milletler (BM) üyesi olan ülkelerin bazıları enformasyon savaşı, enformasyon terörü, enformasyon saldırıları gibi yeni tanım ve terimleri kullanmaktadır. İlgili devletler kendi iç hukuklarının yanı sıra uluslararası

platformlarda konuya nazaran teamül oluşturabilecek nitelikteki davranışlarını mevzubahis temeller üzerine inşa etmektedirler.

Bahsettiğimiz tanımlar üzerinden güvenlik doktrini oluşturmaya çalışan devletler çoğunlukla Şangay İşbirliği Örgütü (ŞİÖ) şemsiyesinde birleşmiş bulunmaktadır. Nitekim çalışmamızda iç işlerine karışmama temelinde ŞİÖ tarafından inşa edilen güvenlik kapsamlı enformasyon kavramları incelenecek ve bahsi geçen tanımlara dayalı olarak gerçekleştirilen ne tür siber eylemlerin uluslararası hukuk çerçevesinde iç işlerine karışmama yasağının ihlali olduğuna dair tespitler yapılacaktır.

II. ŞANGAY İŞBİRLİĞİ ÖRGÜTÜ

Şangay İşbirliği Örgütü (ŞİÖ) Rusya ve Çin'in başını çektiği doğu grubu ülkelerinin oluşturduğu bir uluslararası örgüttür¹. 15 Haziran 2001'de Şanghay'da (Çin) kurulduğu ilan edilen örgüt dünya nüfusunun 40% ve gayri safi yurt içi hasılasının (GSYİH) 20% teşkil etmesi sebebiyle evrensel siyasette son derece etkin konuma sahiptir.² Rusya ve Çin'in de içinde yer alması hasebi ile batılı ülkelerden farklı olarak demokrasi noktasında daha muhafazakar ve geleneğe dayalı bir siyaset izleyen örgüt internet konusunda da benzer tavır sergilemektedir. Özellikle yıllar uzununu Rusya'nın siyasi ve askeri işbirliği içerisinde olduğu Orta Asya devletleri ile beraber Çin'in etkili olduğu örgüt bir yandan da Hindistan ve Pakistan gibi devletleri içine almakla jeopolitik alanını daha da genişletmiştir³. Asil üyelerin yanı sıra Afganistan, İran, Beyaz Rusya ve Moğolistan ise gözlemci statüsü ile ŞİÖ bünyesinde yer almaktadır⁴. ŞİÖ bir grup devletlerle de “Diyalog Ortağı” düzeyinde işbirliği

¹ http://eng.sectsco.org/about_sco/ (e.t. 31. 03. 2022); Şanghay İşbirliği Örgütü (SCO), Kazakistan Cumhuriyeti, Çin Halk Cumhuriyeti, Kırgız Cumhuriyeti, Tacikistan Cumhuriyeti, Özbekistan Cumhuriyeti ve Rusya Federasyonu tarafından 15 Haziran 2001'de Şanghay'da (Çin) kurulduğu ilan edilen kalıcı bir hükümetler arası uluslararası örgüttür.² Bruna Toso de Alcântara, “SCO and Cybersecurity: Eastern Security Vision for Cyberspace”, *International Relations and Diplomacy*, Cilt: 6, Sayı. 10 (2018): 549

² Bruna Toso de Alcântara, “SCO and Cybersecurity: Eastern Security Vision for Cyberspace”, *International Relations and Diplomacy*, Cilt: 6, Sayı. 10 (2018): 549

³ İbid.

⁴ Gözlemci devletler için bkz.

<https://dppa.un.org/en/shanghai-cooperation>

organization#:~:text=The%20SCO%20currently%20comprises%20eight,Cambodia%2C%20Nepal%2C%20Sri%20Lanka%20and (e.t. 26.08.2022); İran İslam

yapmaktadır. Nitekim Ermenistan, Azerbaycan, Kamboçya, Nepal, Sri Lanka ve Türkiye'nin dahil olduğu "Diyalog Ortağı" statülü işbirliği platformuna 2021 Duşanbe Zirvesi'nde Suudi Arabistan, Mısır ve Katar da eklenmiştir.⁵

Örgüt bilişim ve teknoloji alanına münasebette gerekli hukuki işlemleri yaparak politikalarını resmiyete dökmüştür. Keza 2009 tarihli Yekaterinburg Sözleşmesi ve 2011'de BM Genel Kurulu'na sunulan "Code of Conduct for Information Security" isimli taslağı ŞİÖ'nün siber alana yönelik temel hukuki kaynakları olarak değerlendirilebilir.⁶

III. İÇ İŞLERİNE KARIŞMAMA İLKESİ

İç işlerine karışmama ilkesi BM Antlaşması'nda kendi içeriğini bulan⁷ bir uluslararası hukuk prensibi olmakla özü itibariyle devlet egemenliği kavramından doğmaktadır.⁸ Bilindiği üzere BM Antlaşması bütün üye devletlere egemen eşitlik hakkını tanımaktadır ve kendi siyasi bağımsızlığı ve diğer hususlarda özgür karar alabilme yetkisi ile donatmaktadır. Hakeza bu

Cumhuriyeti'nin üyeliği onaylanarak örgüte katılması için resmi prosedürler başlatılsa henüz nihai işlemler tamamlanmamıştır.

Bu konuda bkz. <https://www.mfa.gov.tr/shanghai-cooperation-organization.en.mfa> (e.t. 16.08.2022)

⁵ İbid.

⁶ Yekaterinburg Sözleşmesi için bkz. <http://eng.sectesco.org/documents/> (e.t. 19.08.2022); "Code of Conduct for Information Security" taslak metni ve metnin sunulduğu Genel Kurul oturumu için bkz. UN doc. A/66/359, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/496/56/PDF/N1149656.pdf?OpenElement> (e.t. 19.08.2022)

⁷ BM Antlaşması 2.1'e göre "Örgüt, tüm üyelerinin egemen eşitliği ilkesi üzerine kurulmuştur."; BM Antlaşması 2.4'e göre "Tüm üyeler, uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasi bağımsızlığına karşı, gerek Birleşmiş Milletlerin Amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kullanılmasına başvurmadan kaçınırlar."; BM Antlaşması 2.7'e göre ise "İşbu Antlaşmanın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletlere herhangi bir devletin kendi iç yetki alanına giren konulara müdahale yetkisi vermediği gibi üyeleri de bu türden konuları işbu Antlaşma uyarınca bir çözüme bağlamaya zorlayamaz.", BM Antlaşmasının Resmi Gazete'de yayınlanmış metni için bkz. RG, 24 Ağustos 1945, Sayı: 6092, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/6092.pdf> (e.t. 19.07.2022).

⁸ Fatih Tosun, "Uluslararası Hukuk'ta "Kuvvet Kullanma Ve Karışma" Kavramlarının Değişen Anlamı", Güvenlik Stratejileri Dergisi, Cilt: 5, Sayı. 9 (2009): 108-109.

ilkeden yola çıkılarak iç işlerine karışılmaması gerektiği normunu uluslararası hukukun en önemli kaynaklarından olan BM Antlaşması'na dayatmak mümkündür. İlke gereğince devletler birbirlerinin iç işlerine karışmamalı ve egemen eşitliğine saygı göstermelidir.

Fakat uluslararası hukuk doktrininde iç işlerine karışılmaması konusu dar ve geniş çerçevede yorumlanabilmektedir⁹. Bazı devletler dar çerçeveden bakarak yalnız etkin ve somut müdahalelere iç işlerine karışılması penceresinden bakmakta ise bir grup başka devletler ise her türlü faaliyeti kendi ülkelerine yönelik birer iç işleri müdahalesi olarak görmektedir. Başka bir cümle ile ikinci grup devletler hattâ bazı eleştirisel nitelikteki açıklama ve yorumları dahi iç işlerine müdahale olarak değerlendirebilmektedir. Nitekim enformasyon konusunu da bu çerçevede ele alarak bilgi ve iletişim teknolojilerinin meydana getirdiği yeni durumda ayrı ayrı teknoloji şirketleri vasıtası ile yapılan eylemlerin iç işlerine karışılmaması prensibine dayanılarak nasıl ele alınmasının açıklığa kavuşturulması önem arz etmektedir. Örneğin ŞİÖ 2011 tarihli taslak maddelerinde ve 2009'da kabul ettiği Yekaterinburg Sözleşmesi'nde enformasyon saldırıları ve enformasyon silahları gibi kavramlara değinmektedir¹⁰. Aynı zamanda örgüt devletlerin siyasi bağımsızlığını hedef alan enformasyon müdahalelerini de bu çerçevede algılamaktadır. Zira örgüte üye olan Rusya kendisinin kültürel altyapısını ve ideolojik varlığını hedef alan, aynı zamanda bu çerçevede yürütülen her türlü bilgi paylaşımı ve propaganda faaliyetlerini iç işlerine karışma olarak kabul etmektedir.¹¹

⁹ Abu Saleh Md Mahmudul Hasan, “Uluslararası Hukukta Devletlerin İçişlerine Karışmama İlkesinin İncelenmesi: Bangladeş Örneği”, Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı, Kamu Hukuku Bilim Dalı, Doktora Tezi (Yayınlanmamış) (2021): 84-85.

¹⁰ “Agreement on Cooperation in Ensuring International Information Security between the Member States of the Shanghai Cooperation Organization”, Madde 2. Sözleşme metni için bkz.

<http://eng.sectsco.org/load/207508/> (e.t. 31. 07. 2022)

¹¹ Russian Federation, Conceptual Views Regarding the Activities of the Armed Forces of the Russian Federation in the Information Space, Information Security Doctrine of the Russian Federation approved by the President of the Russian Federation on 9 September 2000, NATO Cooperative Cyber Defence Center of Excellence, 2000, http://www.ccdcoe.org/strategies/Russian_Federation_unofficial_translation.pdf (e.t. 01. 09. 2022)

IV. SALDIRI VE SALDIRI OLARAK DEZENFORMASYON

BM Genel Kurulu'nun 1974 tarihli Saldırının Tanımı kararına göre, *“Saldırı, bir Devletin diğer bir Devletin egemenliğine, ülke bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı veya işbu Tanımda belirtildiği üzere, Birleşmiş Milletler Andlaşması ile bağdaşmayan diğer herhangi bir tarzda silahlı kuvvet kullanılmasıdır”*.¹² İlgili kararın 3. Maddesinde ise saldırı olarak değerlendirilecek fiillere yönelik bir sıralama yapılmıştır. Yapılan sıralama silahlı kuvvet kullanımıyla gerçekleştirilecek eylemleri kapsamı dahiline almaktadır. Fakat mevzubahis kararın 4. Maddesi ile karar çerçevesinde belirlenen fiillerin tüketici nitelikte olmadığına altı çizilmiştir.¹³ Dolayısıyla ilgili düzenlemede yalnız silahlı kuvvet kullanımıyla yapılan eylemlerin değil, klasik anlamda silahlı kuvvetle desteklenmeyen eylemlerin de bir saldırı olabileceğine olanak tanımıştır.

Her enformasyon saldırısı aslında birer saldırı olarak da nitelendirilebilir. Fakat her saldırı bir enformasyon saldırısı değildir. Saldırı kavramı daha çok BM Antlaşması'nın 51. Maddesi çerçevesinde belirlenmiş olan meşru müdafaa hakkının doğması için gerçekleşmesi gereken silahlı saldırı fiili ile birlikte ele alınmaktadır.¹⁴ Zira BM Antlaşması'nın 2.4 Maddesi ile yasaklanan kuvvet kullanımı var olan silahlı saldırı eylemini önlemek için başvurulmuş meşru müdafaa hakkı ile istisnailik arz etmektedir.¹⁵

Bilgi ve İletişim teknolojilerinin gelişimi ile ortaya çıkan yenilikler enformasyon kavramının daha da güncelleşmesine ve öneminin artmasına sebebiyet vermiştir. Özellikle internetle birlikte bu alanda yaşanan devrim niteliğindeki kalkınma ve büyüme yalnız fertler arasındaki ilişkileri etkilemekle kalmaksızın devletlerarası ilişkilere de etkisini göstermiştir.¹⁶

¹² Undoc A/RES/3314(XXIX), <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/739/16/IMG/NR073916.pdf?OpenElement> (e.t. 31. 08. 2022)

¹³ Muharrem Uğur BOZKURT, “Siber Saldırıların BM Şartı'nda Yer Alan Silahlı Saldırı Kavramı Kapsamında Değerlendirilmesi”, Çanakkale Araştırmaları Türk Yılı, Sayı. 32 (2022): 29.

¹⁴ Malcolm N. Shaw, International Law, Eighth Edition, (Cambridge University Press 2017), 861-862.

¹⁵ Esat Mahmut Yılmaz, “Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu”, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (2011): 61.

¹⁶ Henry H. Perritt Jr, “The Internet Is Changing the Public International Legal System”, 88 Ky. L.J. 885 (2000): 886.

Nitekim enformasyon savaşı ve enformasyon silahları kavramlarının kullanılmasıyla ise enformasyon saldırı türlerinden olarak tartışılmaya başlamıştır.

Enformasyon saldırısı ABD Hava Kuvvetleri tarafından "*içinde bulunduğu fiziksel varlığı gözle görülür bir şekilde değiştirmeden düşman bilgilerini doğrudan bozmak*" veya "*bir rakibin bilgilerini, içinde bulunduğu fiziksel varlığı gözle görülür bir şekilde değiştirmeden manipüle etmek veya yok etmek için gerçekleştirilen faaliyetler*" olarak tanımlanmaktadır.¹⁷ Dolayısı ile enformasyon saldırıları fiziksel bir içerik barındırmış olmasa dahi hedef aldığı kitleyi, toplumu veya devleti saldırıyı gerçekleştiren aktörlerin çıkarları doğrultusunda değiştirmeyi, etkilemeyi amaçlamakta ve bazı durumlarda gerçekleştirilen saldırının düzeyine de bağlı olmakla silahlı saldırı seviyesinde zararlara yol açabilmektedir.

V. ŞİÖ'NÜN SİBER ALANIN YÖNETİMİ BAĞLAMINDA YAKLAŞIMI VE BATI GRUBU ÜLKELERİ İLE FARKLILIKLARI

ŞİÖ internete yaklaşım konusunda Avrupa Birliği (AB) ve Avrupa Konseyi (AK) üye ülkeleri ve Amerika Birleşik Devletleri'nden (ABD) farklı bir yaklaşım ortaya koymakta ve bu yaklaşım kendisini daha çok Rusya ve Çin'in siber politikaları ile göstermektedir.¹⁸

Detayları ile incelendiğinde AB ülkeleri, daha genel bir ifade ile batı görüşünü savunan ülkelere farklı olarak ŞİÖ siber ilişkilere yönelik daha katı ülkesel egemenlik tezini savunmakta olup kontrol mekanizması üzerinde kurulan bir internet tezini desteklemektedir.¹⁹ Aynı zamanda internetin açıklığı ve insan hakları ve temel özgürlükler konusunda da ŞİÖ ve bahsi geçen batılı ülkeler arasında fikir ayrılığı devam etmektedir. Zaten 2017 tarihinde BM Genel Kurulutarafından kurulan hükümet uzmanlarından oluşan grubun raporunu sonuçlandıramaması ŞİÖ üye ülkeleri, özellikle Rusya ve Çin ile batılı ülkeler arasında oluşan ideolojik farklardan

¹⁷ George J. Stein, "Information Attack: Information Warfare In 2025", A Research Paper Presented To Air Force (1996): 2.

¹⁸ Zine Homburger, "The Necessity and Pitfall of Cybersecurity Capacity Building for Norm Development in Cyberspace", Global Society, 33:2 (2019): 233.

¹⁹ Homburger, 233

kaynaklanmaktaydı.²⁰ Bu ideolojik çatışmaya bir diğer örnek ise 2012 yılında Dünya Telekomünikasyon Teşkilatı (DTB)'nin ileri sürdüğü sözleşmenin batılı devletler tarafından imzalanmaması gösterilebilir. Bu kapsamda AK tarafından hazırlanan ve imzaya sunulan Budapeşte Sözleşmesi'nin Rusya ve Çin tarafından reddedilmesi de ŞİÖ teşkilatının enformasyon konusu başta olmak üzere siber uzaya yönelik görüşlerinin farklılık arz ettiğini gösteren önemli etkenlerdendir.²¹

Dolayısıyla görüldüğü üzere ŞİÖ'nün internetin yönetilmesi konusunda görüşleri batılı devletlerin görüşleri ile bağdaşmamaktadır.

ŞİÖ'nün siber alana yönelik politikalarını açıklayan temel belgelerden biri 2011 yılında BM Genel Kurulu'nun onayına sunulan "International Code of Conduct"²² (ICC) taslağıdır. Taslak özellikle batılı devletler tarafından reddedilmiştir. Taslak incelendiğinde örgütün internet ortamındaki ilişkilerin devletlerin egemenliği ilkesine dayandırılması gerektiğine dair görüş ortaya koyduğu görülmektedir.²³ Diğer yandan ciddi kontrol mekanizmalarını kendisinde barındırmaktadır. Tabii ki bütün bu yaklaşımlar aslında örgütün önemli 2 üyesi olan Çin ve Rusya'nın demokrasi noktasındaki yaklaşımları ile de örtüşmektedir. Keza ŞİÖ'nün esas yönetici ülkeleri olarak görülen Rusya ve Çin siber alana egemenlik ve milli güvenlik prensipleri çerçevesinde bakmakta ve bu anlamda Bilgi ve İletişim Teknolojileri (BİT), onların her türlü hizmet ve ürünleri üzerinde devletlerin bağımsız kontrol haklarının olduğunu öngörmektedir.²⁴ Nitekim Budapeşte Sözleşmesinin 32. maddesinde ifadesini bulan bir devletin belli şartlarda diğer devletin de ülkesini kullanarak bilgi toplama yetkisinin olabileceğine dair yaklaşım ŞİÖ tarafından reddedilmektedir. Bunun tersine ICC'de ŞİÖ egemenlik ve milli

²⁰ Theresa Hitchens & Nancy W. Gallagher, "Building confidence in the cybersphere: a path to multilateral progress", Journal of Cyber Policy (2019): 5-6. DOI: 10.1080/23738871.2019.1599032

²¹ See Council of Europe, "Chart of signatures and ratifications of Treaty 185", status as of 18/04/2018, available at: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185/signatures> (E.t. 08 Aralık 2021)

²² Uluslararası Davranış Yönetmeliği olarak bilinen taslak bilgi ve iletişim alanında uluslararası işbirliği imkanlarını ele almakta ve devletlerin davranışlarına dair normlar içermektedir.

²³ BM GK A/66/359.

²⁴ Üye devletlerin, gözlemci devletlerin ve diyalog ortaklarının listesi için Şanghay İşbirliği Örgütü'nün web sitesine bkz. http://eng.sectesco.org/about_sco/ (e.t. 08 Aralık 2021)

güvenlik hususuna yoğunlaşarak bahsi geçen kavramları kırmızı çizgi olarak görmektedir.²⁵

Aslında bir anlamı ile ŞİÖ'nün ileri sürdüğü düzenlemeler devletlerin internetle ilgili bütün toplumsal konuları düzenlemelerine meşruiyet kazandırmakta ve bahsi geçen hususları egemenlik hakları çerçevesinde değerlendirmektedir. Nitekim devletin bilgi ve iletişim teknolojileri ürün ve hizmetlerine yönelik bağımsız kontrol etme hakkının bulunduğu dair benimsenen görüş söylenilenlerin birer kanıtıdır.²⁶

Diğer yandan taslakta bilgi ve iletişim teknolojilerinin kriminal ve terörist amaçlarla kullanımına dair de ibarelere yer verilmiştir. Şöyle ki örgüt üyelerince ayrılıkçılık, terörizm ve ekstremizm içeren bilgi içeriklerinin milli güvenliği tehdit ettiği karara bağlanmış ve önüne geçilmesi için gerekli işbirliği çağrıları yapılmıştır. Bu yaklaşım Rusya'nın bilgi güvenliği stratejisinde de kendi içeriğini bulmakta olup iç ve dış bilgi tehditlerine karşı devlet korumasına yönelik yaklaşımlar benimsenmiştir.²⁷

ŞİÖ ve AB ülkeleri arasında siber boyutta rekabete dayalı genişleme savaşı da görülmektedir. Örneğin AB'nin AK ile işbirliği çerçevesinde başlattığı siber suçların önlenmesi için evrensel faaliyet (GLACY) projesinin ASEAN ülkeleri arasında da teşvik edilmesi sonucunda Budapeşte Sözleşmesi Filipinler tarafından onaylanmıştır.²⁸ Buna karşılık Çin'in önderliğinde başlatılan siber güvenlik alanında ASEAN bölgesel formu ise Pekin'in evrensel çerçevede genişleme politikalarını yansıtmaktadır.²⁹

Siber alanda düzenleme konularının ideolojik temellere dayandığını ve bu temeller kapsamında propaganda sürecinin yürütüldüğünü bir örnekte daha görmekteyiz. Örneğin bazı ülkeler hem Çin ve Rusyan'ın başını çektiği ŞİÖ

²⁵ Budapeşte Sözleşmesi'nin resmi metni için bkz. RG 9 Ağustos 2014, Sayı: 29083, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/08/20140809-5.htm> (e.t. 19. 08. 2022); Homburger, 234.

²⁶ İbid.

²⁷ Doctrine of Information Security of the Russian Federation, approved by Decree of the President of the Russian Federation No. 646 of 5 December 2016, Para. 2(c).

²⁸ Chat Le Nguyen, Wilfred Golman, "Diffusion of the Budapest Convention on cybercrime and the development of cybercrime legislation in Pacific Island countries: 'Law on the books' vs 'law in action' ", Computer law & security Review 40 (2021): 5.

²⁹ Cai Cuihong, "Cybersecurity in the Chinese Context", China Quarterly of International Strategic Studies, Vol. 1, No. 3 (2015): 491.

politikalarına yeşil ışık tutmakta hem de AK üyeliğinden dolayı Budapeşte Sözleşmesi'ni kabul etmektedir. Örneğin Sırbistan ve Ermenistan bu kabilden olan devletlerdendir.³⁰

Nihayetinde Çin ve Rusya bilginin içeriğini dahi kendilerinin milli güvenliğine tehdit oluşturduğunu söylerken ABD ve batılı devletler bu konuda ifade özgürlüğü ve diğer temel haklardan yola çıkarak kontrolsüzlük temelli bir yaklaşım sergilemektedir. Bu konuda en son ABD'de ve Fransa'da gerçekleşen seçimler noktasında meydana gelen etkiler sonucunda batılı devletlerin de görüşlerinde bir kısım değişiklikler istisnai olarak değerlendirilmelidir.³¹

ŞİÖ üyelerinden Çin, Rusya, Özbekistan ve Tacikistan resmi temsilcileri tarafından BM Genel Kurulu'na sunulan Düzenleme Taslağında internet ve diğer telekominasyon vasıtalarının hem sivil, hem de askeri amaçlar için istifade edilebileceği belirtilmekle beraber bu sistemlerin sivil amaçlara hizmet edecek şekilde kullanılması gerektiğinin altı çizilmiştir. Taslağın amacı aşağıdaki şekilde belirtilmiştir:

“Bu taslağın amacı siberuzayda devletlerin hak ve sorumluluklarını belirlemek, onların sorumlu ve kurucu davranışlarını teşvik etmek ve siberuzayda ortak sorun ve tehditlere karşı işbirliğini artırmak, böylelikle ağlar da dahil olmak üzere enformasyon ve iletişim teknolojileri uluslararası istikrar ve güvenliği sürdürmekle yalnız insanların iyiliği, sosyal ve ekonomik kalkınma amacıyla kullanılır ve kullanılabilir.”

ŞİÖ'nün ileri sürdüğü taslak “Tüm Devletlerin egemenliğine, toprak bütünlüğüne ve siyasi bağımsızlığına saygıyı, insan haklarına ve temel özgürlüklere saygıyı ve tüm ülkelerin tarih, kültür ve sosyal sistemlerinin çeşitliliğine saygıdan doğan uluslararası ilişkileri yöneten evrensel normları tanımak ve Birleşmiş Milletler Şartına uymak”; “Ağlar da dahil olmak üzere enformasyon ve iletişim teknolojilerini düşmanca faaliyetler veya saldırganlık eylemleri gerçekleştirmek, uluslararası barış ve güvenliğe tehdit oluşturmak amacıyla kullanmamak ve enformasyon silahları ve ona bağlı teknolojiler üretmemek.”; “Ağlar da dahil olmakla enformasyon ve iletişim teknolojilerini kullanan terörist ve suç teşkil eden eylemelere

³⁰ Homburger, 236-237.

³¹ Anders Henriksen, “The end of the road for the UN GGE process: The future regulation of cyberspace”, Journal of Cybersecurity, Cilt 5, Sayı 1 (2019): 5, <https://doi.org/10.1093/cybsec/tyy009>

karşı birlikte mücadelede ve terörizmi, ayrılıkçılığı veya aşırılığı kışkırtan veya diğer ülkelerin siyasi, ekonomik ve sosyal istikrarının yanı sıra manevi ve kültürel çevrelerini baltalayan bilgilerin yayılmasını engellemede işbirliği yapmak.” gibi son derece önemli konularda normlar içermekteydi ve devletlerin gönüllü olarak taahhüdünü öngörmekteydi³²

A. Çin

Çin Komünist Partisi Birinci Sekreteri Ji Jinping 2015’de yapılan Dünya İnternet Konferansı’ndaki konuşmasında konumuz açısından önemli noktalara değinerek katı egemenlik tezini desteklediklerini şöyle ifade etmiştir:

“Küresel siber uzay yönetiminde reformları teşvik etmek için, aşağıdaki ilkelerde ısrar etmeliyiz: ilk olarak, İnternet egemenliğine saygı gösterin. Birleşmiş Milletler Şartı’nda yer alan egemen eşitlik ilkesi, çağdaş uluslararası ilişkilerin temel normlarından biridir. Siber uzay da dahil olmak üzere devletler arası ilişkilerin tüm yönlerini kapsar. Tek tek ülkelerin kendi siber gelişim yollarını ve siber düzenleme modellerini bağımsız olarak seçme ve uluslararası siber uzay yönetiminde eşit temelli iştirakine saygı duymalıyız.”³³

Görüldüğü üzere Çin Halk Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı Dünya İnternet Konferansı’nda Çin’in internet yönetimine yönelik yaklaşımının klasik yönetim prensipleri ile bağdaştığını dile getirmiştir. Ona göre uluslararası ilişkilerin diğer alanlarına münasebette benimsenen ilkelerin siber uzay için de geçerli olduğu tezi doğrudur.³⁴ Jinping’in konuşması değerlendirilirken Çin’in dünyanın en çok internet kullanıcısına sahip devleti olduğu unutulmamalıdır. 2016 tarihli istatistiğe göre Çin ahalisinin yaklaşık 688 milyonu çevrimiçidir.³⁵

³² Letter dated 12 September 2011 from the Permanent Representatives of China, the Russian Federation, Tajikistan and Uzbekistan to the United Nations addressed to the Secretary-General (A/66/359). <https://undocs.org/A/66/359>

³³ Xi Jinping, excerpt from his keynote address to the World Internet Conference in 2015, https://www.chinadaily.com.cn/world/2015wic/2015-12/16/content_22724841.htm (e.t. 01. 09. 2022)

³⁴ Jinghan Zeng, Tim Stevens, Yaru Chen, "China's Solution to Global Cyber Governance: Unpacking the Domestic Discourse of "Internet Sovereignty" ", Politics & Policy, Cilt 45, Sayı 3 (2017): 432-464. 10.1111/polp.12202, s. 434.

³⁵ Zeng, Stevens, Chen, 437.

Çin'in internet politikalarına bakıldığı zaman özellikle Arap baharı sürecinden sonra ülkenin son derece kapalı tutum sergilediği ve batı demokrasisinin ürünlerinden sayılabilecek liberal yaklaşımların ülkeye sokulmasının önüne geçilmesi eğilimleri görülmektedir. Bu kapsamda özellikle Çin tarafından internetin ulusötesi özelliğinin önüne geçilmesi için birçok teknik ve diğer tipli önlemler alınmıştır. Çünkü internetin getirdiği yeni imkanların Çin'in merkezi hükümetinin merkezi çerçevede yürüttüğü bilgi ve iletişim politikalarına engel oluşturduğu aşıkardır.³⁶

2011 ve 2012 senesinden itibaren daha da yaygınlaşan ve geliştirilen siber politikalar Çin'in sosyal istikrar, kamusal güvenlik ve Komünist Partisi'nin (KP) liderliğinin dayanıklılığı hususunda taviz vermeyeceğini göstermektedir.³⁷

Çin tarafından yapılan pratik önleyici önlemlere birer örnek olarak kendileri tarafından yaratılan "Sina Weibo"³⁸ uygulaması gösterilebilir. Sistemin işletim tarzına bakıldığında devlet tarafından denetleme ve kontrol mekanizması olarak kullanıldığı görülmektedir. Hakeza bazı meşhur fikir insanların ahlaksız davranış ithamı ile mahkum edilmesinde mevzubahis uygulamanın kullanılması tesadüf değildir.³⁹ Nitekim bahsi geçen sistem ve diğer bu tipli davranışlardan yola çıkarak söylenilebilir ki Çin tarafı internet ve internet teknolojilerinden meydana gelen her türlü bilginin kendi kontrolünden geçerek topluma yansıtılmasından yanadır ve bu çerçevede topyekün egemenlik prensibini savunmakta, kontrolü devletin egemenlik hakları çerçevesinde değerlendirmektedir. Her ne kadar bu tipli yaklaşımlar bazı yazarlar tarafından KP'nin otoriter siyasetine hizmet şeklinde yorumlansa da uluslararası hukuki yönleri ile devletin egemenlik yetkisi dahilinde değerlendirilecek yanları da yok değildir.⁴⁰

Dolayısıyla Çin'in savunduğu siber yönetim egemenlik ilkelerine dayanmakta ve devletin kontrol mekanizmalarını meşru kılmaktadır. Fakat Çin'in bu yaklaşımının meydana gelmesinde ABD merkezli bir siber alanın

³⁶ Shanthi Kalathil, Taylor C. Boas, *Open Networks, Closed Regimes: The Impact of the Internet on Authoritarian Rule* (Washington: Brookings Institution Press 2003), 3.

³⁷ Zeng, Stevens, Chen, 438.

³⁸ <https://www.bbc.com/news/technology-39947442> (e.t. 31. 03. 2022.)

³⁹ Zeng, Stevens, Chen, 439.

⁴⁰ Juha Antero Vuori, Lauri Paltemaa, "The Lexicon of Fear: Chinese Internet Control Practice in Sina Weibo Microblog Censorship", *Surveillance & Society* 13(3/4) (2017): 400-421.

mevcutluğu unutulmamalıdır.⁴¹ Nitekim ABD milli güvenlik ajansına bağlı PRISM⁴² isimli gizli istihbarat programı ve bu program vasıtasıyla ABD'nin denetiminde bulunan siber sahada kendi çıkarları doğrultusunda faaliyetler yapabilme özgürlüğü içerisinde olduğu iddiaları resmi Pekin'in kontrol politikalarının hiç de tamamen siyasi mühaliflerine yönelmediğini tespit etmektedir. Keza PRISM uygulamasının ABD internet şirketlerinin elinde bulunan şahsi ve ticari bilgilerin devletin eline geçmesine kolayca zemin oluşturmakta olduğu yönünde ciddi iddialar seslendirilirken Google, Facebook, Yahoo, Apple, Microsoft gibi şirketlerin ismi geçmektedir.⁴³ Zira ABD kendi siber kontrolünde bulunan şirketler vasıtasıyla Çin ve Rusya dahil olmak üzere hatta kendi müttefiklerinden olan AB ülkelerinde de çıkarlarını korumaktadır. Dolayısıyla yukarıda belirttiğimiz örnek olaydan da görülmektedir ki ABD mevcut internet yönetiminin büyük bir kısmında hakimiyetini kurmakla bir taraftan da kendi çıkarlarını korumakta ve bu doğrultuda hareket etmektedir.⁴⁴ Haliye mevcut durum diğer devletlerin siber alandaki egemenliklerini kısıtlamakla birlikte iç işlerine karışır nitelikte enformasyon veya dezenformasyon akışlarına müsait zemin oluşturmaktadır. Keza Çin'in aldığı tedbirler hukuken enformasyon sahasını savunma önlemleri şeklinde yorumlanabilir.

Bir defa ABD internetin ve siber alanın evrensel alan olduğunu ve devletlerin egemenlikleri dışında bir evrensellik içerdiği tezini ileri sürse de realitede kendi hâkimiyetinin bulunduğu siber alanda evrenin diğer aktörlerinden daha fazla etki sahibi olmakta ve bunu milli çıkarları doğrultusunda kullanmaktadır.⁴⁵ Nitekim Çin'in milli egemenlik tezini ileri sürmesinin önemli etkenlerinden birini de Amerikan merkezci siber alanın mevcutluğu ve bu imkanın hakim devlet tarafından kendi çıkarlarının lehinde, diğer devletlerin ise milli güvenlik ve çıkarlarının aleyhinde olabilecek şekilde kullanılmasıdır. Çin ile beraber Rusya, Brezilya, Güney Afrika ve İran gibi

⁴¹ İbid, s. 440.

⁴² <https://www.theguardian.com/world/2013/jun/06/us-tech-giants-nsa-data> (e.t. 31. 03. 2022)

⁴³ Greenwald Glenn, And Ewan Macaskill. 2013. "NSA PRISM Program Taps in to User Data of Apple, Google and Others." The Guardian. June 7. Accessed on December 15, 2021. Available online at <https://www.theguardian.com/world/2013/jun/06/us-tech-giants-nsa-data>

⁴⁴ Robert B. Cohen, "Communications Of The Acm", Cilt. 42, Sayı.6 (1999): 37.

⁴⁵ Zeng, Stevens, Chen, 440.

devletler devlet merkezli ve egemenlik oryantasyonlu rejim görüşlerini desteklemektedir.⁴⁶

Bütün bu söylenenler nihai sonuca bağlanmış olursa Çin ve onun görüşlerini destekleyen devletler ABD ve batı destekli özel sektörün egemen (burada özel sektör temsilcilerine veya internet devlerine liberal bir serbestliğin verilmesi söz konusudur.) olduğu şekli ile internetin yönetilmesine karşı çıkmakta ve devlet kontrollü bir internet görüşünü desteklemektedir.

Bu vesile ile Çin ŞİÖ'nün diğer üyeleri ile birlikte 2011 senesinde BM Genel Kuruluna sunulmak üzere siber uzay ile ilgili konuları düzenleyen normlar taslağı geliştirmiştir. Taslak BM Silahsızlandırma Enstitüsü'nün verilerine göre aşırı sert milli egemenlik modeli içerdiği ve bu sebeple baskıcı rejimleri kollayan bir mahiyete haiz olması hasebi ile reddedilmiştir.⁴⁷ Yazarlar tarafından taslağın Genel Kurul düzeyinde reddedildiği belirtilmiş olsa da bizce yapılan araştırma sonucunda ilgili taslağın BM Genel Sekreteri'ne gönderildiği tarihi izleyen Genel Kurul oturumu çerçevesinde mevzubahis isimde her hangi bir taslağın müzakereye çıkartılarak reddine rastlanılmamıştır.⁴⁸ Nitekim kanaatimizce yazarlar reddedilmiştir derken genel olarak taslakta yer alan fikir ve düşüncelerin mahiyet itibarıyla kabuledilmediğini kastemişlerdir. Daha sonra 2015 tarihinde ŞİÖ tarafından ilgili düzenleme taslağı yenilenmiş fakat yine temel norm olarak internet egemenliği prensibi kendi yerini korumuştur. Çin'in internet egemenliği ile ilgili politikalarına göz atıldığında 2015 tarihinde Xi Jinping'in Wuzhen Konferansı'nda konuşma yaparken buna benzer tespiti ortaya koyduğu görülmekte ve siber alan üzerinde devletin herhangi bir şekilde devlet egemenliğinden yola çıkarak kontrol mekanizması oluşturması gerektiğini savunduğu bilinmektedir.⁴⁹

İnternet politikaları kapsamında milli egemenlik tezini savunmasına rağmen ve bu tezin pratik anlamda uygulamaya konulmasını sağlamak için Büyük Çin Güvenlik Duvarı ismi verilen teknolojik savunma sistemleri kuran resmi Pekin 2012'ye kadar mevzubahis tezinin uluslararası anlamda yaygınlaşması için pek de gayret sarf etmemiş, yalnız son Cumhurbaşkanı

⁴⁶ İbid

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ İlgili Genel Kurul oturumunun resmi stenogramı için bkz. UN doc. A/66/PV.71.

⁴⁹ Zeng, Stevens, Chen, 441.

iktidara geldikten sonra ABD'nin çokpaydaşlı yaklaşım (multi-stakeholderizm) ilkelerine dayalı tüm aktörlerin katılımı ile yönetilmesi gereken internet siyasetinin tam tersi olan milli egemenlik tezi ile desteklenen politikaları uluslararası camiada yaygınlaştırmaya başlamıştır⁵⁰.

B. Rusya

ŞİÖ'nün üyesi olan Rusya'nın internetteki yönetim ve yetki konularında benimsediği yaklaşım Çin'in yaklaşımlarından pek farklılık göstermemektedir. Bir defa Rusya da bilginin serbest akışı konusunda internetin getirdiği yenilikleri birer tehdit olarak görmekte ve bu bağlamda milli sınırların yetersiz kaldığı, dolayısıyla durumun toplum veya devlete yönelik zarar oluşturabileceği kaygılarını paylaşarak internet egemenliği tezini savunmaktadır.⁵¹

Rusya'nın siber uzaya yönelik yaklaşımlarını incelerken üç önemli strateji belgesinin göz önünde tutulmasının faydalı olduğu kanaatindeyiz. Bunlardan biri “Uluslararası Bilgi Güvenliği Taslak Sözleşmesi” (Draft Convention on International Information Security), bir diğeri Rusyan'ın askeri siber doktrini olarak da nitelendirilen Rusya Federasyonu Silahlı Kuvvetlerinin Enformasyon Sahasında Faliyetlerine dair Konseptüel Görüşler” (Conceptual Views on the Activity of Russian Federation Armed Forces in Information Space), sonuncusu ise “Bilgi Güvenliği Doktrini” isimli dökümanlardır.

Rusya'nın siber politikalarının gelişmesinde rol oynayan 2010 senesinin 1 Aralık tarihinde Duma seçimlerinden derhal sonra iddia ettiklerine göre onlara karşı başlatılan enformasyon savaşı kampanyası vurgulanmadan da geçilmemelidir.⁵²

Nitekim Rusyan'ın siber uzaya yönelik politikalarını değerlendirerek nihai pozisyonu anlamak adına her üç belgenin tek tek değerlendirilmesi faydalı olur.

⁵⁰ İbid, 442-443.

⁵¹ Keir Giles, “Russia’s Public Stance on Cyberspace Issues”, in C. Czosseck, R. Ottis, K. Ziolkowski (eds), 4th International Conference on Cyber Conflict, Tallinn: NATO CCD COE (2012): 63.

⁵² İbid.

1. Uluslararası Bilgi Güvenliği Taslak Sözleşmesi

Moskova Devlet Üniversitesi'ne (MDÜ) bağlı bilgi güvenliği konularından sorumlu enstitünün önderliği ile hazırlanan Taslak Sözleşme 2011 tarihinde Yekaterinburg'da gerçekleştirilen ve siber konulardan sorumlu üst düzey resmi katılımcıların iştiraki ettiği konferans sırasında ilan edilmiştir. Aynı zamanda unutulmaması gerekiyor ki ilan edilen strateji belgesi az öncesinde Birleşmiş Milletler'e sunulan ve Rusya'nın da dahil olduğu ŞİÖ üye ülkelerinin mevkisini ortaya koyan düzenleme taslağını takip etmekteydi.⁵³

Hak ve özgürlüklerin ihlalden geri durulması, bilgi ve iletişim teknolojilerinin hukuk-dışı amaçlarla kullanılmaması gibi ortak maddeleri içerse de bahsi geçen belgede batı görüşünü desteklemeyen hususlar bulunmakta ve kendini daha açık bir şekilde bilgi içeriklerine yönelik Rusya'nın tehdit algısı ile göstermektedir.⁵⁴ Bir diğer ifade ile Rusya tarafı toplumu etkilemek için bilgi içeriklerinin kullanılmasını tehdit olarak görmekte ve bu konuda titiz yaklaşım sergilemektedir. Dolayısıyla Rusya bilgi içeriklerinin de devlet kontrolünden arındırılmış bir şekilde serbest dolaşımından rahatsızlığını dile getirmektedir. Örneğin Londra Konferansı sırasında Birleşmiş Krallık (BK) Dışişleri Bakanı William Hague'nin "*siber alan inovasyona açıklığı, düşünce, bilgi ve ifadelerin serbest dolaşımını korumaktadır*" vurgusuna karşın Rusyalı Bakan Schegolev "*bilgi akışı milli yasalara ve anti terör değerlendirmelerine tabii olmalıdır*" yaklaşımını ortaya koyarken milli güvenlik sebebiyle hak ve özgürlüklerin kısıtlanabilirliğini savunmuştur.⁵⁵ Nihayetinde yaşanan polemikten anlaşılmaktadır ki Rusya internette bilgi dolaşımı hususunda daha katı ve merkeziyetçi yönetim sistemi öngörmektedir.

Taslak sözleşmede yer alan çok önemli iki kriterden biri bilgi ve iletişim teknolojilerini diğer devletlerin iç işlerine karışır nitelikte kullanmaktan geri durmaya ve siber alanda üstün pozisyonda bulunmanın tehdit olarak kullanımına dair yapılan vurgulardır.⁵⁶ Aslında baktığımızda özellikle üstün

⁵³ Oleg Demidov, "International Regulation Of Information Security And Russia's National Interests", Security Index: A Russian Journal on International Security, 18:4, (2012): 18, DOI: 10.1080/19934270.2012.714597; Giles, 64.

⁵⁴ Roger Hurwitz, "The Play of States: Norms and Security in Cyberspace, American Foreign Policy Interests", The Journal of the National Committee on American Foreign Policy, 36:5 (2014) : 323-324.

⁵⁵ Demidov, 22; Giles, 65.

⁵⁶ Giles, 65.

mevkide bulunmak hususunda taslak sözleşmede yer alan düzenleme ABD yönetimine karşı belirlenen politikanın ürünüdür. Çünkü halihazırda ABD eksenli bir enformasyon alanı var olmakta ve bu anlamda ABD'nin siber uzayı manipüle etme yetki ve imkanlarının bulunduğu da aşîkârdır.⁵⁷

Bir başka cümle ile ifade edilmiş olursa Rusya'nın ileri sürdüğü argüman bilgi ve iletişim teknolojilerinin oluşturduğu, internetin ise ana kaynağı olarak görüldüğü siber alanda kapasitesi en fazla olan ve bu kapasite fazlalığının verdiği hakimiyetin ABD'nin elinde olduğunu dillendirmekte ve bu imkanların, yani dominant pozisyonda bulunma imkanının tehdit olarak kullanımı ihtimalini istisna etmemektedir. Zira uluslararası hukuki yönleri ile baktığımızda da ortak bir alan olarak görülen siber uzayın yalnız bir devletin kontrolünde olması ve bu kontrolün tehdit olarak kullanılması elbette ki meşru dayanaklardan yoksundur. Keza “Devletlerin Ay’da ve Diğer Gök Cisimlerinde Faaliyetlerini Düzenleyen Anlaşma”, “Antarktika Antlaşması” gibi uluslararası sözleşmeler mahiyetleri itibarıyla siber alanla benzerlik içeren alanları düzenlerken tüm devletlerin ortak iradelerini esas alan yaklaşım benimsemişlerdir.⁵⁸ Eğer benzer tutum siber alana münasebette de sergilenmez ise kapasite yarışının meydana gelebileceği ve bu yarışın uluslararası barış ve güvenliği tehdit altında koyacağı gün gibi aydındır.

Taslakta yer alan ve Rusya tarafının diğer grupla anlaşamadığı hususlardan biri de internet egemenliği ile ilgili ortaya koyduğu yaklaşımdır. Bu anlamda Rusya'nın sergilediği mevki kendisi gibi düşünen ŞİÖ, Bağımsız Devletler Birliği (BDT), Kollektif Güvenlik Sözleşmesi Örgütü (KGSÖ) gibi kuruluşlara üye olan ülkelerin yaklaşımı ile örtüşmekte ve tam olarak bütün internet kaynakları üzerinde milli kontrolün varlığı düşüncesini desteklemektedir.⁵⁹ Eklememiz gerekiyor ki az önceki cümlede bahsedilen kontrol devletin fiziki sınırları içerisinde bulunan her türlü internet kaynağını kapsamakta ve bu yönüyle klasik devlet egemenliği ve ulus devlet teorisini ana kaynak olarak görmektedir. Belirttiğimiz koşullar taslağın 5.5. maddesinde aşağıdaki gibi ifade edilmektedir:

⁵⁷ Milton L. Mueller, *Ruling the Root Internet Governance and the Taming of Cyberspace* (Cambridge, Massachusetts: The MIT Press 2002), 67-98.

⁵⁸ Bkz. *Agreement governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies*, New York, 5 December 1979, United Nations, Treaty Series, vol. 1363; *The Antarctic Treaty*, United Nations, Treaty Series No. 5778.

⁵⁹ Giles, 65.

“Her üye devlet, egemen normlar belirleme ve bilgi alanını kendi ulusal yasalarına göre yönetme hakkına sahiptir”

ABD'nin Dışişleri Bakanı Hillary Clinton vasıtası ile Aralık 2011'de dile getirdiği gibi Rusya'nın bu yaklaşımı aynı zamanda devletlerin üzerine kendi yetki alanında bulunan ülkeden gerçekleştirilebilecek zarar verici enformasyon aktivitelerinin önüne geçme yükümlülüğü de koymaktadır. Bir başka ifade ile taslağın 6.2. maddesi ile ileri sürülen görüş devletlerden kendi ülkelerinde bulunan bilgi ve iletişim altyapılarından düşmanca amaçlar için kullanılmamasına dair garanti istemekte ve bu tipli faaliyetlerin kaynağının belirlenmesi yönünde işbirliği yükümlülüğünü getirmektedir.⁶⁰ Giles'in cümleleri ile ifade etmiş olursak, *“Yalnızca kendi yetki alanlarındaki içeriğin yasallığını denetlemekle kalmamalı, aynı zamanda diğer tüm imzacıların yargı alanlarında zararsız ve düşmanca kabul edilmemesini sağlamalıdır - aksi takdirde, derhal Sözleşme'yi ihlal eden düşmanca faaliyetlere izin vermekle suçlanabilirler.”*⁶¹

Taslağın ortak bir noktada buluşmaya engel olan ibarelerinden biri de sözleşmenin 9.5 maddesinde yer alan aşağıdaki yaklaşımdır:

“Bilgi alanında terör eylemlerinin yürütülmesi için istihdam edilmekle yasal olarak ilişkili olan Taraf Devletin topraklarındaki bilgi ve iletişim altyapısının belirli bölümlerine yasal erişimi garanti edecek yasal veya diğer nitelikteki gerekli adımları atmak.”

Giles'e göre bu maddeden yola çıkarak meydana gelen uyuşmazlığın iki temel unsuru bulunmaktadır.⁶² Biri terörizm, bir diğeri ise yabancı devletin enformasyon alanına giriş kavramlarıdır. Terörizm konusunda söylenilebilir ki Rusya ve diğer devletlerin uyuşmaz yaklaşımları öteden beri var olmaktadır ve bu uyuşmazlık siber alana özel değildir.⁶³ Çünkü “terörizm” kavramının uluslararası hukukta genel kabul gören bir tanımı bulunmamaktadır. Dolayısıyla siber terörizm anlamında meydana gelen uyuşmazlık aslında Rusya ve diğer devletlerin terörizm derken neyi kastettikleri çerçevesinde meydana gelen farklılıklardan doğan uyuşmazlıkla aynıyet teşkil etmektedir.

⁶⁰ International code of conduct for information security, Annex to the letter dated 12 September 2011 from the Permanent Representatives of China, the Russian Federation, Tajikistan and Uzbekistan to the United Nations addressed to the Secretary-General (A/66/359), 2011.

⁶¹ Giles, 65.

⁶² Ibid, 66.

⁶³ Anna-Maria Talihärm, “Cyberterrorism: in Theory or in Practice?”, Defence Against Terrorism Review, Cilt. 3, Sayı. 2 (2010): 59-60.

Nihayetinde taslak sözleşmeyi incelediğimiz sırada ileri çıkan temel ayrım Batı görüşünün özgür, kısıtlanmamış ve kontrol edilmeyen bilgi akışı tezini savunduğu, Rusya ve onun gibi düşünen ülkeler bloğunun ise bilgi akışı noktasında belli kontrol mekanizmaları düşünmesi ve özellikle siber alan üzerinde milli egemenlik ilkeleri görüşünü desteklemesidir.⁶⁴ Dolayısıyla taslaktan da yola çıkarak söylenilebilir ki Rusya'nın siber alana yönelik görüşleri milli egemenlik ve bilgi dolaşımı üzerinde devletin topyekün kontrolü şartlarına dayanmaktadır ve her türlü siber altyapı, siber içerik üzerinde denetlenebilir bir sistem hedeflemektedir.

2. Rusya Federasyonu Silahlı Kuvvetlerinin Bilgi Alanındaki Faaliyetlerine İlişkin Kavramsal Görüşler

Bahsi geçen strateji belgesi 14 Aralık 2011 tarihinde Berlin Konferansı sırasında ilan edilmiş ve 22 Aralık 2011'de yayınlanmıştır.⁶⁵

Askeri strateji ortaya koyan bu belgede çalışmamız açısından ilgimizi çeken unsurlardan özellikle enformasyon savaşı kavramı üzerinden devam etmemiz gerekmektedir. Bir defa belge enformasyon çatışmaları ve enformasyon savaşı kavramlarını kullanarak bu yönde Rusya Savunma Bakanlığı'na bağlı oluşabilecek herhangi bir siber saldırıyı önlemek, belirlemek ve gerekli tedbirleri almak için hedef imha mekanizmalarının oluşturulduğunu beyan etmektedir.⁶⁶

Zira belgede bilgi veya enformasyon savaşı kavramı çok geniş bir şekilde ele alınmış ve özellikle psikolojik etki veya toplumun istikrarını ortadan kaldıracak şekli ile toplum üzerinde psikolojik destabilize faaliyetlerinin yürütülmesini de kavram içerisinde ele almakta ve bu faaliyetlerin hükümet üzerinde yabancı güçlerin çıkarları doğrultusunda karar alma baskısı olarak yorumlamaktadır.⁶⁷ Belgede enformasyon savaşı aynen şöyle tanımlanmaktadır:

⁶⁴ Giles, 67.

⁶⁵ Timothy Thomas, "Russia's Information Warfare Strategy: Can the Nation Cope in Future Conflicts?", *The Journal of Slavic Military Studies*, 27:1 (2014): 109. 101-130, DOI: 10.1080/13518046.2014.874845; Belgenin Rusça tam metni için bak. <http://www.pircenter.org/media/content/files/9/13480921870.pdf> (e.t. 04.03.2022)

⁶⁶ Thomas, 109-110; Giles, 67.

⁶⁷ Media Ajir and Bethany Vaillant, "Russian Information Warfare: Implications for Deterrence Theory", *Strategic Studies Quarterly*, Cilt. 12, Sayı. 3 (2018): 72.

""Bilgi sistemlerine, süreçlere ve kaynaklara, kritik öneme sahip yapılara ve diğer yapılara zarar vermek, siyasi, ekonomik ve sosyal sistemleri yıkmak amacıyla bilgi alanında iki veya daha fazla devlet arasındaki çatışma, toplumu ve devleti istikrarsızlaştırmak için nüfus üzerinde kitlesel psikolojik çalışma ve hükümeti karşı tarafın çıkarları doğrultusunda kararlar almaya zorlamak."

Strateji senedinde Rusya Silahlı Kuvvetleri'nin siber anlamda da kullanılabileceğinin gerekliliğine dair fikirler yer almakta ve bu anlamda gerekli kuvvetlerin ve kaynakların başka devletlerin ülkesine gönderilmesi ile de enformasyon güvenliğinin sağlanması söz konusu olmaktadır.⁶⁸ Yaklaşım Rusya'nın siber alanda güvenlik konularını ne kadar önemli bir şekilde değerlendirdiğini ortaya koymakta ve aslında onların siber alanda meydana gelebilecek saldırılarla klasik saldırı kavramları arasında pek bir fark ortaya koymadığını da göstermektedir. Kanımızca bu söylediklerimizi Rusya tarafından önemli kılan sebep ise, yani siber alanda gerçekleştirilen bütün faaliyetlerin hatta askeri düzeyde denetlenebilmesine yönelik Rusya tarafından ileri sürülen görüşleri önemli kılan son dönemler internet de dahil olmak üzere teknolojik gelişmelerin 100 milyonlarca insanı bir araya getirmesi ve evrensel çerçevede bir enformasyon alanının oluşturulmasıdır.⁶⁹

3. Rusya'nın Enformasyon Güvenliği Doktrini

Doktrin 2000 tarihinde yayınlanmak olmuş ve Rusya'nın politikalarının ana unsurlarını kendi içeriğinde bulundurmakta ve bir anlamda milli politika şeklinde de değerlendirilebilmektedir.⁷⁰ İlk bakışta bahsedilen doktrin incelendiğinde aslında serbest enformasyon akışı, şahısların anayasal hak ve özgürlüklerinin temini yönünde vurgular söz konusu olsa da sonraki maddelerde devletin medya vasıtası ile toplumsal görüşü yönetebilme yetkisinin bulunduğu hususu karara bağlanmıştır.

Doktrinde yeralan bütün ifadeler yer vermeksizin özetle söylenilebilir ki Rusya tarafı bilgi ve iletişim teknolojileri vasıtası ile iç politikasının dış güçler tarafından şekillendirilmesinde zarar görmekte ve bu tipli faaliyetlerinin önüne geçmeyi milli güvenlik meselesi haline getirmektedir.

⁶⁸ Giles, 68.

⁶⁹ İbid, s. 68-69.

⁷⁰ Tam metin için bkz.

https://www.itu.int/en/ITU/Cybersecurity/Documents/National_Strategies_Report/Russia_2000.pdf (e.t. 04.03.2022.)

Dolayısıyla Rusya'nın bu fikirlerden de yola çıkarak her türlü medya ve ifade özgürlüğünün sağlanması gerektiğine vurgu yapmakla birlikte bütün sürecin devletin üstün kontrolü içerisinde yürütülmesini doğru görmektedir.⁷¹

Rusya'nın özellikle 2010-11 tarihlerinden itibaren Arap dünyasında yaşanan Arap baharı isimli ve özellikle de bilgi ve iletişim teknolojileri vasıtası ile gerçekleştirilen siyasi protesto eylemleri ve devrimler çerçevesinde de rahatsızlık hissettiği görülmekte ve bu rahatsızlığın birer örnek olarak o dönemin Cumhurbaşkanı Dimitri Medvedev tarafından 2011 tarihli bir konferansta şöyle dile getirildiğini aşağıda ifade edebiliriz⁷²:

"Ortadoğu'da ve Arap dünyasında ortaya çıkan duruma bakın. Son derece kötü. Önümüzde büyük zorluklar var... Gerçeğin gözlerinin içine bakmamız gerekiyor. Bu bizim için hazırladıkları türden bir senaryo ve şimdi onu gerçekleştirmek için daha da çok çalışacaklar."

Nitekim Rusya interneti ve bilgi ve iletişim teknolojilerinin getirdiği yenilikleri Batı görüşlü veya batının desteklediği grupların kendilerine haiz görüşleri ve çıkarlarını sağlamak adına diğer devletlerin iç işlerine karışır bir şekilde kullandığını ileri sürmektedir. Dolayısıyla enformasyon savaşı ve bunun etkilerinin önüne geçmek için hazırladığı mekanizmaların doğrultusunda ortaya koyduğu kendi siber alanını koruma teşebbüslerini bahsedilen gerçeklikler ile ilişkilendirmektedir. Zira Rusya hatta kendi enformasyon alanına dahil olmakla toplumun sosyo-psikolojik yapısının istemediği bir şekle dönüştürülmesini de milli güvenlik meselesi olarak görmek ve bütün bunları hesaba katarak geniş bir internet egemenliği kavramını müttefiki Çin gibi savunmaktadır.

VI. SONUÇ

Son istatistik verilere göre dünya ahalisinin yarısından fazlası “online” hayat yaşamaktadır. Özellikle internet devrimi ile birlikte insanlar hayatlarının büyük bir kısmını çevrimiçi geçirmekte, sosyal yaşamlarını siber alana taşımış bulunmaktadır. “Metaverse” girişimi ile birlikte daha da heyecan kazanmaya başlayan bu süreç görüş ve pozisyonları incelediğimiz makalemizden anlaşıldığı üzere ŞİÖ ve üye ülkeleri tarafından pek olumlu

⁷¹ Ibid, s. 70-71.

⁷² Dmitri Medvedev, “Dmitriy Medvedev provel vo Vladikavkaze zasedaniye Natsionalnogo antiterroristicheskogo komiteta,” 22 February 2011. <http://www.kremlin.ru/transcripts/10408>. (E.t. 16.12.2021)

karşılanmamaktadır. Özellikle enformasyonun serbest dolaşımı konusunda örgüt muhafazakar yaklaşım benimsemekte ve devlet egemenliği tezini savunmaktadır. Nitekim Rusya ve Çin başta olmak üzere Örgüt üyeleri kendi enformasyon alanlarının tamamen kendi kontrollerinde bulunduğu bir sistem arzu etmektedir. Dışarıdan rızalarının aleyhinde ülkelerine yönelik dezenformasyon olarak gördükleri enformasyon müdahalelerini ise iç işlerine karışmaması yasağının ihlali olarak görmektedirler.

ŞİÖ tarafından BM'ye 2011 ve yenilerek 2015 tarihinde sunulan taslak maddelerden ve 2009 tarihli Yekaterinburg Sözleşmesinden anlaşılmaktadır ki örgüt “enformasyon silahları”, “enformasyon savaşı” gibi kavramları da benimsemiş bulunmaktadır. Hakeza birer dezenformasyon olarak da nitelendirebileceğimiz bahsi geçen müdahaleler yalnız içişlerine karışmak olarak değil, siber saldırı veya siber savaş olarak da değerlendirilebilmektedir. Nihayetinde makalemiz boyunca incelediğimiz belge ve görüşlerden yola çıkılarak dezenformasyon niteliğindeki bilgi saldırıları ŞİÖ tarafından iç işlerine müdahale olarak değerlendirilmekte ve uluslararası hukukun ihlali sayılmaktadır.

Diğer yandan mevzubahis dezenformasyon ortamının oluşmasında Amerikan merkezli internet altyapısının rolü es geçilmemelidir. Nitekim bilgi ve iletişim teknolojileri alanında dominant pozisyona sahip ABD'nin enformasyon tekeline sahip olması diğer devletlere karşı dezenformasyon olasılığını artırmaktadır. Keza mevcut durumda her ne kadar Çin ve Rusya gibi devletlerin kısıtlamalarla zengin internet düzenlemeleri insan hak ve özgürlüklerine negatif etkide bulunmuş olsa da milli çıkarlar ve güvenlik noktasında tamamen ihtiyaçtan yoksun değildir. Dolayısıyla bahsi geçen düzenlemeler insan hak ve özgürlüklerini kısıtlamayacak biçimde kullanıldığı takdirde milli güvenliğini koruma önlemleri olarak değerlendirilebilir.

KAYNAKÇA

- Ajir, Media and Vailliant, Bethany. “Russian Information Warfare: Implications for Deterrence Theory”. *Strategic Studies Quarterly*, Cilt. 12, Sayı. 3 (2018): 72.
- Bozkurt, Muharrem Uğur, “Siber Saldırıların BM Şartı’nda Yer Alan Silahlı Saldırı Kavramı Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Çanakkale Araştırmaları Türk Yıllığı*, Sayı. 32 (2022): 29.
- Cohen, Robert B. “Communications Of The Acm”. *Cilt. 42, Sayı.6* (1999): 37.
- Cuihong, Cai. “Cybersecurity in the Chinese Context”. *China Quarterly of International Strategic Studies*, Vol. 1, No. 3 (2015): 491.
- Demidov, Oleg. “International Regulation Of Information Security And Russia's National Interests”. *Security Index: A Russian Journal on International Security*, 18:4, (2012) 15-32, DOI: 10.1080/19934270.2012.714597
- Doctrine of Information Security of the Russian Federation, approved by Decree of the President of the Russian Federation No. 646 of 5 December 2016
- Giles, Keir, “Russia’s Public Stance on Cyberspace Issues”. in C. Czosseck, R. Ottis, K. Ziolkowski (eds), 4th International Conference on Cyber Conflict, (Tallinn: NATO CCD COE, 2012)
- Glenn, Greenwald and Macaskill, Ewan. 2013. “NSA PRISM Program Taps in to User Data of Apple, Google and Others.” *The Guardian*. June 7. Accessed on December 15, 2021.
- Hasan, Abu Saleh Md Mahmudul. “Uluslararası Hukukta Devletlerin İçişlerine Karışmama İlkesinin İncelenmesi: Bangladeş Örneği”, *Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı, Kamu Hukuku Bilim Dalı, Doktora Tezi (Yayınlanmamış)*, Bursa 2021
- Henriksen, Anders. “The end of the road for the UN GGE process: The future regulation of cyberspace”. *Journal of Cybersecurity*, Cilt 5, Sayı 1 (2019): 5, <https://doi.org/10.1093/cybsec/tyy009>
- Hitchens, Theresa and Gallagher, Nancy W. “Building confidence in the cybersphere: a path to multilateral progress”. *Journal of Cyber Policy* (2019): 5-6. DOI: 10.1080/23738871.2019.1599032
- Homburger, Zine. “The Necessity and Pitfall of Cybersecurity Capacity Building for Norm Development in Cyberspace”. *Global Society*, 33:2 (2019).
- Hurwitz, Roger. “The Play of States: Norms and Security in Cyberspace, American Foreign Policy Interests”. *The Journal of the National Committee on American Foreign Policy*, 36:5 (2014) : 323-324.

- Jinping, Xi. excerpt from his keynote address to the World Internet Conference in 2015 (Xinhua News 2015)
- Kalathil, Shanthi and Boas, Taylor C. Open Networks, Closed Regimes: The Impact of the Internet on Authoritarian Rule. Washington: Brookings Institution Press 2003.
- Letter dated 12 September 2011 from the Permanent Representatives of China, the Russian Federation, Tajikistan and Uzbekistan to the United Nations addressed to the Secretary-General (A/66/359).
- Mueller, Milton L. Ruling the Root Internet Governance and the Taming of Cyberspace. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press 2002.
- Nguyena, Chat Le and Golman, Wilfred. "Diffusion of the Budapest Convention on cybercrime and the development of cybercrime legislation in Pacific Island countries: 'Law on the books' vs 'law in action' ". Computer law & security Review 40 (2021): 5.
- Perritt Jr, Henry H. "The Internet Is Changing the Public International Legal System". 88 Ky. L.J. 885 (2000): 886.
- Shaw, Malcolm N., International Law, Eighth Edition. Cambridge University Press 2017.
- Stein, George J. "Information Attack: Information Warfare In 2025", A Research Paper Presented To Air Force, August 1996.
- Talihärm, Anna-Maria. "Cyberterrorism: in Theory or in Practice?". Defence Against Terrorism Review, Vol. 3, No. 2, pp. 59-74.
- Thomas, Timothy. "Russia's Information Warfare Strategy: Can the Nation Cope in Future Conflicts?". The Journal of Slavic Military Studies, 27:1 (2014): 109. 101-130, DOI: 10.1080/13518046.2014.874845
- Tosun, Fatih. "Uluslararası Hukuk'ta "Kuvvet Kullanma Ve Karışma" Kavramlarının Değişen Anlamı". Güvenlik Stratejileri Dergisi, Cilt: 5, Sayı. 9, Ankara 2009
- USAF, Cornerstones of Information Warfare.
- Vuori, Juha Antero, Paltemaa, Lauri. "The Lexicon of Fear: Chinese Internet Control Practice in Sina Weibo Microblog Censorship". Surveillance & Society 13(3/4) (2017): 400-421.
- Yılmaz, Esat Mahmut, "Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu", Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2011

Zeng, Jinghan, Stevens, Tim and Chen, Yaru. "China's Solution to Global Cyber Governance: Unpacking the Domestic Discourse of "Internet Sovereignty" ". Politics & Policy, Volume 45, No. 3 (2017)

http://eng.sectsco.org/about_sco/ (e.t. 31. 03. 2022)

<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185/signatures> (E.t. 08 Aralık 2021)

http://eng.sectsco.org/about_sco/ (e.t. 08 Aralık 2021)

<https://undocs.org/A/66/359> (e.t. 31. 03. 2022)

<https://www.bbc.com/news/technology-39947442> (e.t. 31. 03. 2022.)

<https://www.theguardian.com/world/2013/jun/06/us-tech-giants-nsa-data> (e.t. 31. 03. 2022)

<http://www.pircenter.org/media/content/files/9/13480921870.pdf> (e.t. 04.03.2022)

https://www.itu.int/en/ITU/Cybersecurity/Documents/National_Strategies_Repository/Russia_2000.pdf (e.t. 04.03.2022.)

CEZA HUKUKUNUN AVRUPALILAŞMASI SÜRECİNDE EŞLEŞTİRME PROJELERİNİN ROLÜ¹

*The Role of Twinning Projects in the Europeanization of
Criminal Law*

Merve İNAN ORMAN*

ÖZ

Avrupa Birliği ceza ve ceza muhakemesi hukuku alanında yasama yetkisine kavuştuğu andan itibaren, ceza hukukunun Avrupalılaşması üzerine çeşitli bilimsel ve politik tartışmalar yürütülmektedir. Bu tartışmaların bir kısmı kuvvetler ayrılığı, Avrupa Birliği hukukunun genel ilkelerine saygı, temel hak ve özgürlüklerin korunması gibi geleneksel Avrupa Birliği hukuku tartışmalarının ceza hukuku özelinde nasıl gerçekleşeceği üzerineyken; diğer bir kısmı ceza hukukunun Avrupalılaşmasının kanunilik, şahsilik, suçluluk ve cezalandırılabilirlik gibi ceza hukukunun genel ilke ve doktrinleri üzerindeki etkilerinin analizine yönelmiştir. Bu çalışma ise, bu tartışmalar üzerinde durmak yerine aday üye devletlerin ceza hukuku sistemlerinin Avrupalılaşmasına ve bu süreçte önemli rolleri bulunan ve Avrupa Birliği dış yardım programları kapsamında verilen hibelerle finanse edilen eşleştirme projelerine odaklanmıştır. Bu bağlamda, Türkiye'nin “adalet ve içişleri” alanında yürütmüş olduğu eşleştirme projelerinden “Ceza Adalet Sisteminde Mağdur Haklarının Güçlendirilmesi Eşleştirme Projesi” örnek olarak seçilmiştir. 2017-2019 yılları arasında, İspanya Krallığı'nın ortaklığında

¹ Bu çalışma, 24-26 Mayıs 2021 tarihleri arasında Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesinde düzenlenen “Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Günleri” sempozyumunda sunulan ve yalnızca özeti yayınlanan tebliğin genişletilmiş ve geliştirilmiş halidir.

Makalenin Geliş Tarihi: 03.08.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 27.09.2022.

* Arş. Gör. Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: merveinan@uludag.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6407-6096.

gerçekleştirilen bu projeyle, Türk ceza adalet sisteminde “etkin, sürdürülebilir ve ulaşılabilir bir mağdur destek sistemi” kurulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Ceza Hukukunun Avrupalılaşması, Koşulsallık, Politika Transferi, Eşleştirme Projesi, Mağdur Hakları.

ABSTRACT

Since the European Union acquired legislative competence in criminal law and criminal procedure law, various scientific and political debates have been emerged on the impact of the Europeanization of criminal law. While some of these debates emerge as to how do traditional European Union law debates such as separation of powers, respect for the general principles of European Union law, protection of fundamental rights take place in the context of criminal law; another part of concerns have focussed on the effects of the Europeanization of criminal law to the basic principles and doctrines of criminal law, such as the principle of legality, the principle of individual responsibility, guilt and punishment. Instead of dwelling on these matters, this article focuses on the Europeanization of the criminal law systems of the Candidate Member States and the twinning projects financed by the the European Union grant for external aid programs, which play an important role in this process. In this context, one of the twinning projects carried out by Turkey in the field of "justice and home affairs", "Strengthening Victim Rights in the Criminal Justice System" has been chosen as an example. The goal with this project carried out under the partnership of the Kingdom of Spain for the period 2017-2019 was to establish “an appropriate, effective and sustainable victim support model” in the Turkish Criminal justice system.

Keywords: Europeanization of Criminal Law, Conditionality, Policy Transfer, Twinning Project, Victim Rights.

GİRİŞ

“Ceza ve ceza muhakemesi²” hukuku sistemleri ulusal kültürel değerlerle -örneğin ötanazi politikaları, uyuşturucu politikaları³, cezalandırma politikaları, vb- yakın bir ilişki içerisinde. Bu nedenle doktrinde ve uygulamada, ulusal ceza hukuku sistemleri üzerindeki uluslararası her türlü müdahale, ulusal değerlere ve ulus devletlerin egemenliklerine yönelik potansiyel tehditler olarak algılanmaktadır⁴. Bu durum bize, Avrupa Birliği’nde ceza hukuku alanında yasama yetkilerinin neden ancak 1992’de

² Bundan sonra, ayrıca belirtilmediği sürece “ceza hukuku” olarak anılacaktır.

³ Uygulamada ve doktrinde uyuşturucu ile mücadele, uluslararası boyutları olan ulusal bir mesele olarak algılanmaktadır. Bu nedenle de devletlerin uyuşturucu ile mücadele politikaları ve buna bağlı olarak uyuşturucu veya uyarıcı madde suçları ve yaptırımları çeşitlilik arz etmektedir. Örneğin Almanya, Hollanda, İtalya gibi bazı ülkelerde bir uyuşturucu madde türü olan esrarın tıbbi amaçlı üretimi, satışı ve kullanımı yasakken; Uruguay ve Kanada’da esrarın kullanımı ve satışı herhangi bir sınırlama olmaksızın yasaldir. Fransa, Danimarka, Slovakya ve Hırvatistan gibi Avrupa ülkelerinde eğlence amaçlı esrar kullanımı yasal olmamakla birlikte, esrar kullanımından dolayı yakalanan kişiler ciddi bir cezai müeyyide ile karşılaşmamaktadır. Daha fazla bilgi için bkz. The American Academy of Pediatrics, Technical Report, “The Impact of Marijuana Policies on Youth: Clinical, Research, and Legal Update”, 2015, s. 774, <https://publications.aap.org/pediatrics/article/135/3/e769/75418/The-Impact-of-Marijuana-Policies-on-Youth-Clinical?autologincheck=redirected>, erişim tarihi 02.04.2022; Köksal Bayraktar, “Uyuşturucu Maddeler ve Suç Siyaseti”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 51, S. 1-4, (1985), s. 57-59.

⁴ Federal Alman Anayasa Mahkemesinin Lizbon Antlaşması’nın Almanya tarafından onaylanmasına ilişkin 30 Haziran 2009 tarihli kararı bu düşüncelere örnek olarak gösterilebilir (BVerfG, Judgment of the Second Senate of 30 June 2009-2 BvE 2/08- paras. 1-421, http://www.bverfg.de/e/es20090630_2bve000208en.html, erişim tarihi 05.04.2022). Mahkemenin, ceza (ve ceza muhakemesi) hukuku da dahil olmak üzere, “anayasal bir devletin demokratik olarak kendisini şekillendirme kapasitesi açısından özellikle hassas” olan bazı alanları listelemesi, ceza hukukunun Avrupalılaşması karşısında taşınan ulusal egemenlik kaygısıyla ilgilidir. Mahkemeye göre, ceza hukuku, Alman halkının çoğunluğunun kültürel ve tarihsel olarak gelişmiş olan görüş ve inançlarına dayanmaktadır. Bu nedenle AB’nin ceza hukuku alanındaki yetkileri dar yorumlanmalıdır; üye devletlere bu alanlarda özgürce hareket edebilmeleri için yeterli alan bırakılmalıdır ((BVerfG, Judgment of the Second Senate of 30 June 2009-2 BvE 2/08- paras. 252-253).

Maastricht Antlaşması ile getirilebildiğini ve o zamandan günümüze bu alandaki yetkilerin genişlemesinin neden aralıksız bir direnişle karşılaştığını açıklamaktadır⁵. Buna rağmen, Avrupa Birliği'nin ulusal ceza hukuku sistemlerini etkileyen yetkileri her zaman olmuştur. Zira özellikle 1980'li yıllar itibarıyla bir yandan AB İç Pazarı'nda sınırların kaldırılması, diğer yandan sınıraşan suçların hızla artması ceza hukukunun Avrupalılaştırılması ihtiyacını kuvvetlendirmiştir.

Ceza hukukunun Avrupalılaşması kavramı çerçevesinde yapılan tartışmalar, kaçınılmaz olarak, Avrupa Birliği hukuku ve onun ulusal hukuk sistemleri üzerindeki etkisi ile ulus devletlerin çıkarlarının yan yana getirilmesini gerektirmektedir. Bu hususta yaşanan çatışmalar neticesinde günümüzde dahi ceza hukuku alanında hem Birlik hem de ulusal devletler tarafından desteklenen bir Avrupalılaşma politikası bulunmamaktadır.

Ceza hukuku alanında çıkarılan Avrupa Birliği mevzuatlarının üye devletlerin suç ve ceza politikalarına nasıl yansıtacağı meselesine devlet merkezli bir bakış, ulusal değerlerin ve özgürlüklerin çok fazla kayba uğrayacağı endişelerini beraberinde getirmektedir⁶. Bu endişeler neticesinde, ceza hukukunun Avrupalılaşmasına yönelik girişimlerin kontrol altında tutulabilmesi için Lizbon Antlaşması'nda olağandışı bazı düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Bu düzenlemelere örnek olarak; Birliğin ceza hukuku alanındaki yasama yetkilerinin direktiflerle sınırlandırılması, acil durum freni düzenlemesi, İngiltere, İrlanda ve Danimarka'nın özel statüsü, Avrupa Savcılığına katılan devletler için oybirliği şartının aranması gösterilebilir.

Bu endişelere karşılık şu soruyu sorma ihtiyacı ortaya çıkmıştır: Avrupa Birliği'nin ceza hukuku alanındaki amacı ve etkisi göz önüne alındığında, devletlerin ulusal egemenliklerinin korunması birincil endişe kaynağı olmalı

⁵ Bununla birlikte, ceza hukukunun Avrupalılaşması konusunda bütün üye devletlerin öncelikli olarak ulusal egemenlik kaygısı ile hareket ettiğini söyleyemeyiz. Örneğin Çek Anayasa Mahkemesi Lizbon Antlaşması'nın Çek Anayasasını ve ulusal egemenliğini ihlal edeceği yönünde başvuruları reddetmiştir. Bkz. Pl. ÚS 19/08: Treaty of Lisbon I, <https://www.usoud.cz/en/decisions/2008-11-26-pl-us-19-08-treaty-of-lisbon-i>, erişim tarihi 08.04.2022.

⁶ Jannemieke Ouwerkerk, "Criminal Justice beyond National Sovereignty. An Alternative Perspective on the Europeanisation of Criminal Law", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, C. 23, (2015), s. 12.

mıdır? Bu soruyu Avrupa Birliği merkezli bir bakış açısı ile cevaplırsak yanıt olumsuz olur. Kanaatimizce de devletlerin ulusal egemenliklerine yönelik kaygılar, meselenin özünü göz ardı etmektedir. Avrupa Birliği'nin ulusal ceza hukuku sistemleri üzerindeki etkisi değerlendirilirken birincil kaygı, suçun önlenmesi ile bireylerin temel haklarının korunması arasında makul bir denge bulma arayışı olmalıdır⁷. Diğer bir ifade ile, Avrupa Birliği'nin ceza hukuku alanında çıkardığı her mevzuat öncelikle suçun önlenmesi ve ceza hukuku güvenceleri arasındaki denge çerçevesinde değerlendirilmelidir⁸. Bu nedenle, ceza hukukunun Avrupalılaşması sürecinde ulusal çıkarlar peşinde koşmanın önemsiz hale geldiğini iddia edebiliriz. Asıl mesele, Birlik sınırları içerisinde suçla mücadele ederken, demokratik karar alma sürecinin ve anayasal devletin temel ilkelerinin korunduğu, Avrupa ve uluslararası alan ile giderek daha çok etkileşimde bulunan bir ulusal sistemde, ceza hukukunun güvencelerinin nasıl sağlanacağıdır. Zira ceza hukukunun Avrupalılaşmasına duyulan ihtiyacın temel gerekçesi, suçla etkili bir mücadelenin ancak üye devletlerin (ve aday üye devletlerin) ceza hukuku sistemlerinin bütünleşmesi, uyumlaşması ve yakınlaşması yoluyla gerçekleşebileceği düşüncesidir. Ancak bu bütünleşmenin, uyumlaşma ve yakınlaşmanın ne kadar gerçekleştiği; diğer bir ifadeyle ceza hukukunun ne kadar Avrupalılaştığı, gelecekte ortak bir Avrupa Birliği ceza hukukunun mümkün olup olmadığı soruları çalışmanın konusunu oluşturmamaktadır. Bu çalışmanın amacı, ceza hukukunun Avrupalılaşmasının Avrupa Birliği'ne aday üye devletlerde nasıl gerçekleştiğinin belirlenmesinden ibarettir. Bu bağlamda ilk olarak, Türk hukuk sistemine etkisi çerçevesinde ceza hukukunun Avrupalılaşması ve ilişkili kavramlara yer verilecektir.

⁷ Benzer yönde görüş için bkz. Ouwerkerk, Criminal Justice, s. 30-31; John A.E. Vervaele, "The Europeanisation of Criminal Law and the Criminal Law Dimension of European Integration, *European Legal Studies*, C. 3, (2005), s. 3.

⁸ Daha fazla bilgi için bkz. Mustafa Ruhan Erdem, *Avrupa Birliği Hukuku'nun Üye Devletlerin Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna Etkileri*, (Ankara: Seçkin, 2004), s. 211-213.

I. CEZA HUKUKUNUN AVRUPALILAŞMASI VE İLİŞKİLİ KAVRAMLAR

A. Avrupalılaşma

Avrupalılaşma (Europeanisation), son yıllarda akademik literatürde sıklıkla kullanılan kavramlardan birisidir. Genel olarak, bir politik sistem Avrupa'ya ait bir şeyden etkilenirse, bu durum "Avrupalılaşma" olarak adlandırılmaktadır. Bununla birlikte, yaygın ve popüler kullanımının aksine üzerinde uzlaşılmış bir Avrupalılaşma tanımı bulunmamaktadır. Bu durumun başlıca sebebi, Avrupalılaşma kavramının birden fazla anlamlı bir doğaya sahip olmasıdır⁹.

Doktrindeki çoğunluk Avrupalılaşmayı, Avrupa bütünleşmesinin sebep olduğu iç (ulusal) değişimler bağlamında tanımlamaya çalışmaktadır¹⁰. Diğer bir ifade ile Avrupalılaşmayı, Avrupa bütünleşmesinin üye devletler üzerindeki tek yönlü etkilerine vurgu yaparak 'yukarıdan aşağıya' doğru bir perspektiften yorumlamaktadırlar¹¹. Azınlık gruba göre ise Avrupalılaşma, ulusal anlamda politik, ekonomik ve sosyal aktörlerin supranasyonal düzeyde yeni bir kurumsal ve politik yapılanmaya (daha net bir ifade ile Avrupa Birliği'ne) yol açtığı, aşağıdan yukarıya ilerleyen bir perspektiften gerçekleşmektedir¹². Kanaatimizce, Avrupalılaşmanın hangi perspektiften tanımlandığı önemli değildir. Zira toplumsal, kurumsal, hukuki ve politik alanlarda Avrupalılaşma etkisi ile meydana gelen değişimler incelendiğinde, Avrupalılaşmanın hem yukarıdan aşağıya hem de aşağıdan yukarıya doğru ilerleyen bir süreç olduğu anlaşılmaktadır.

Avrupalılaşma, tarihsel süreç içerisinde Avrupa Birliği'nin hem derinleşme hem de genişleme politikaları çerçevesinde ortaya çıkmış bir kavramdır. Bu nedenle Avrupalılaşma kavramına yönelik ilk tanımların

⁹ Serhat Kaymas, "Türkiye'nin Avrupalılaşma Süreci ve Diplomasi Muhabirleri: Diplomasi Muhabirleri Türkiye'nin Avrupalılaşması Üzerine Nasıl Bir Katkı Sunabilirler?", *E-Journal of Intermedia*, C. 2, S. 1, (2015), s. 238.

¹⁰ Maarten P. Vink, "What is Europeanisation? And Other Questions on a New Research Agenda", *European Political Science*, (January 2005), s. 63.

¹¹ Nguyen Thi Thuy Hang, "Europeanization: Simply A Top-Down Process?", *Marmara Journal Of European Studies*, C. 19, S. 1, (2011), s. 135.

¹² Diğdem Soyaltın, *Avrupalılaşma ve Türkiye'nin Dönüşüm Süreci*, (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2006), s. 13.

1990'ların başından itibaren ortaya çıktığı görülmektedir. En erken tarihli tanımlardan birisi, 1994 yılında Landrech tarafından yapılmıştır. Buna göre Avrupalılaşma, AB'nin politik ve ekonomik dinamiklerinin, ulusal siyasetin ve politika oluşturma sürecinin örgütsel mantığının bir parçası haline geldiği bir süreçtir¹³.

Erken tarihli tanımlardan bir diğeri ise, 1999 yılında Börzel tarafından yapılan tanımdır. Börzel'e göre Avrupalılaşma, iç politika alanlarının gittikçe artan bir şekilde Avrupa politika yapısına tabi kılındığı bir süreçtir¹⁴. Vink'e göre ise Avrupalılaşma, en genel anlamıyla Avrupa bölgesel bütünleşmesinin içe aktarımıdır¹⁵.

Yapılan bu tanımları yetersiz bulan ve eleştiren Radaelli'ye göre Avrupalılaşma, "resmi ve gayri resmi normların, prosedürlerin, politika paradigmalarının, stillerin, yapım yollarının; yapılması, yaygınlaştırılması, kurumsallaştırılması, ve ilk önce AB kararlarının alınmasında tanımlanan ve pekiştirilen, daha sonra ev içi söylem, kimlik, siyasi yapı ve kamu politikalarının mantığına dahil edilen normların ve inançların paylaşımı sürecidir"¹⁶. Bu bağlamda, Radaelli tarafından yapılan tanım itibarıyla Avrupalılaşma hem üye devletler hem de üye olmayan diğer devletler için kullanılabilir bir kavramdır¹⁷.

Olsen ise, "The Many Faces of Europeanization" isimli çalışmasında, Avrupalılaşma kavramını, bu konuda yapılan tüm tanımları içine alacak şekilde genişleterek ele almıştır. Olsen'e göre, Avrupalılaşmayı tanımlamak için atılacak ilk adım, Avrupalılaşma terimiyle değinilen farklı fenomenleri yani terimin farklı kullanım biçimlerini birbirinden ayırtmak olmalıdır¹⁸. Bu amaçla, Avrupalılaşmanın beş farklı kullanım biçimini tespit etmiştir.

¹³ Elizabeth Bomberg, John Peterson, "Policy Transfer and Europeanization: Passing the Heineken Test?", *Queen's Papers on Europeanization*, C. 2, (2002), s. 3.

¹⁴ Vink, what is eu ropeanisation, s. 64.

¹⁵ Maarten P. Vink and Paolo Grazian, "Challenges of a New Research Agenda", in the *Europeanization: New Research*, ed. Paolo Graziano, (Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2008), s. 7.

¹⁶ Vink, what is europeanisation, s. 64.

¹⁷ Vink, what is europeanisation, s. 64.

¹⁸ Johan P. Olsen, "The Many Faces of Europeanization", *JCMS*, C. 40. S. 5, (2002), s. 923.

Bunlar; “dış sınırlardaki değişimler olarak Avrupalılaşıma¹⁹, Avrupa düzeyindeki kurumların geliştirilmesi olarak Avrupalılaşıma²⁰, ulusal yönetim sistemlerinin merkezi etkisi olarak Avrupalılaşıma²¹, siyasi organizasyon biçimlerinin dışa ihracı olarak Avrupalılaşıma²² ve siyasi birleşme projesi olarak Avrupalılaşıma²³” şeklinde sayılabilir.

Türkiye’de Avrupalılaşıma konusunda yapılan çalışmaların tarihi çok eskiye gitmemektedir. Bu çerçevede, öncelikle Türk Dil Kurumu tarafından yapılan tanıma değinmek gerekirse; Avrupalılaşıma, “Avrupalılaşıma

¹⁹ *Dış sınırlardaki değişimler olarak Avrupalılaşıma*, bir yönetim sisteminin bölgesel olarak genişlemesine ve bir kıta olarak Avrupa’nın ne dereceye kadar tek bir siyasi alan haline geldiğine işaret eder (Olsen, a.g.e., s. 923). Diğer bir ifadeyle, dış sınırlardaki değişimler olarak Avrupalılaşıma Avrupa Birliği “genişleme” yoluyla büyüdükçe gerçekleşmektedir. Bu durumda, Avrupa Birliği’ne üye olan her yeni devlet, Avrupalılaşıma sürecini devam ettirmektedir.

²⁰ *Avrupa düzeyindeki kurumların geliştirilmesi olarak Avrupalılaşıma*, belirli ölçüde koordinasyon ve tutarlılık sağlayan toplu eylem kapasitesi ile bir merkez oluşturma anlamına gelmektedir (Olsen, a.g.e., s. 923). Bu tarz bir Avrupalılaşıma, resmi yönetim kurumlarına ve (kurucu ilkelere, yapılar ve uygulamalara dayanan) normatif bir düzene hem bağlayıcı kararlar alma ve yürürlüğe koyma hem de bu kararlara uymayanlara karşı yaptırım uygulama imkanı sağlamaktadır (Olsen, a.g.e., s. 923). Bu anlamı itibariyle Avrupalılaşıma göre Avrupa Birliği, Antlaşmalarla münhasıran kendisine devredilen alanlarla ve yetkilerle sınırlı olmak kaydıyla bağlayıcı tasarruflarda bulunma hakkına sahiptir. Bir üye devlet, bağlayıcı AB tasarruflarına uygun hareket etmezse ABAD nezdinde açılacak bir dava da dahil olmak üzere çeşitli yaptırımlarla karşılaşabilir.

²¹ *Ulusal yönetim sistemlerinin merkezi etkisi olarak Avrupalılaşıma*, farklı yönetim seviyeleri arasındaki sorumlulukların ve yetkilerin bölünmesini içerir. Bu anlamı itibariyle Avrupalılaşıma, ulusal ve alt ulusal yönetim sistemlerinin, bir siyasi Avrupa merkezine ve Avrupa genelinde geçerli normlara uyarlanması anlamına gelmektedir (Olsen, a.g.e., s.923, 924).

²² *Siyasi organizasyon biçimlerinin dışa ihracı olarak Avrupalılaşıma*, Avrupa’nın dünya düzeninde daha fazla etkiye sahip olması amacıyla Avrupa’ya özgü siyasi organizasyon ve yönetim biçimlerinin, özellikle Avrupalı olmayan kurum ve yönetim sistemleri hedef alınarak, Avrupa dışındaki bölgelere ihraç edilmesi anlamına gelmektedir (Olsen, a.g.e., s. 924).

²³ *Siyasi birleşme projesi olarak Avrupalılaşıma*, hem bölgesel alana, merkez oluşturmaya ve ulusal uyuma hem de Avrupa’daki gelişmelerin Avrupa dışındaki bölgelerin yönetim sistemlerini ve olaylarını nasıl etkilediğine ve bunlardan kendisinin nasıl etkilendiğine bağlı olarak Avrupa’nın daha birleşik ve daha güçlü bir siyasi oluşum haline gelme derecesidir (Olsen, a.g.e., s. 924).

durumudur²⁴”. Avrupalılaşmak ise, “Avrupalıların düşünce, davranış ve yaşantılarını benimsemektir²⁵”. Görüldüğü üzere, TDK tarafından yapılan bu tanımlar Avrupalılaşmanın kurumsal yapı ve yönetim sistemleri üzerindeki etkilerini değil, Avrupa’nın etkisi ile meydana gelen kültürel ve toplumsal dönüşümleri esas almaktadır.

Türk doktrininde ise Avrupalılaşma kavramının daha çok Avrupa Birliği ile bağlantılı olarak ele alındığı ve tanımlandığı görülmektedir. Örneğin Yazgan’a göre Avrupalılaşma, genel anlamı itibarıyla “AB etkisi ile meydana gelen değişimdir²⁶”. Buna benzer bir tanım yapan Yıldız’a göre Avrupalılaşma, “Avrupa Birliği’ne uyum” demektir²⁷. Yine benzer olarak Erdenir Avrupalılaşmayı, “katılım sürecinde bir aday ülkenin, AB’nin politika, uygulama ve yapılarını üstlenerek geçirmekte olduğu politik, yasal, kurumsal ve toplumsal dönüşüm süreci”olarak tanımlamıştır²⁸.

Yukarıdaki verilen tanımlardan da anlaşılabacağı üzere, Avrupalılaşma kavramını Avrupa Birliği’nden bağımsız olarak düşünmek mümkün değildir. Bununla birlikte Avrupalılaşma, her ne kadar tarihsel süreç içerisinde AB’nin hem derinleşme hem de genişleme politikaları çerçevesinde ortaya çıkmış bir kavram olsa da yalnızca Avrupa Birliği’ne özgü bir süreç değildir. Avrupa bölgesi sınırları içerisinde yaşanan; toplumsal, kurumsal, politik ve yasal alanlarda işbirliğini, uyumlaşmayı ve yakınlaşmayı gerektiren her etki, olay ve değişim Avrupalılaşmaya katkıda bulunmaktadır. Bu bağlamda, Avrupa Birliği’nin yanı sıra Avrupa Konseyi, Birleşmiş Milletler (BM), Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de Avrupalılaşma sürecine önemli katkılarda bulunmaktadır. Bu nedenle, kanaatimizce, Avrupalılaşmayı Avrupa Birliği’nin etkisiyle gerçekleşen değişimlerle sınırlı bir şekilde tanımlamayıp, çerçeveyi daha geniş tutmak daha yerinde bir tanım yapılabilmesine imkan sağlayacaktır.

²⁴ <http://www.tdk.gov.tr>, erişim tarihi 19.05.2022.

²⁵ <http://www.tdk.gov.tr>, erişim tarihi 19.05.2022.

²⁶ Hatice Yazgan, “Bir Kavramsal Çerçeve Olarak ‘Avrupalılaşma’: Kapsam, Gereklilik ve Sınırlar”, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 12, S. 4, (2012), s. 123.

²⁷ Naciye Yıldız, “Türkiye’nin Avrupalılaşması”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 44, S. 4, (2011), s. 69.

²⁸ F.H. Burak Erdenir, “Uzun İnce Bir Yol: Türkiye’nin Avrupalılaşma Süreci”, *Uluslararası İlişkiler*, C. 12, S. 45, (2015), s. 23.

B. Ceza Hukukunun Avrupalılaşması

Avrupa Birliği'nin ceza hukuku alanında açık bir yasama yetkisine sahip olmasından bu yana, ceza hukukunun Avrupalılaşması kavramı birçok akademik çalışmaya konu olmaktadır. Yapılan bu çalışmalarda bir yandan kuvvetler ayrılığı, AB hukukunun genel ilkelerine saygı, temel hak ve özgürlüklerin korunması gibi geleneksel AB hukuku tartışmalarının ceza hukuku özelinde nasıl gerçekleşeceğine dair sorulara yanıt aranırken; diğer yandan ceza hukukunun Avrupalılaşmasının kanunilik ilkesi, suçun unsurları ve yaptırımları gibi geleneksel ceza hukuku kavramları, ilkeleri ve teorileri üzerindeki etkisi araştırılmaktadır²⁹.

Dahası, yapılan akademik çalışmalarda, bilimsel ve politik tartışmalarda ceza hukukunun Avrupalılaşması kavramının meşruiyeti sürekli olarak sorgulanmaktadır. Bu durumun başlıca nedeni, söz konusu kavramın hem birey-devlet arasındaki ilişkiyi³⁰ (ve bunun AB düzeyinde yansımaları³¹) hem

²⁹ Irene Wiecek, "Punishment, Deprivation of Liberty and the Europeanization of Criminal Justice", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, C. 25, S. 6, (2018), s. 651.

³⁰ Birincisi, ceza ve ceza muhakemesi hukuku kamu otoritesi ile suç teşkil eden fiilin faili arasındaki ilişkileri etkilemektedir. Şöyle ki, ceza muhakemesinin süjelerinden hakimlik, savcılık, kolluk gibi makamlar failerin gözünde devleti temsil etmektedir. Bu nedenle bu makamları işgal eden kişilerin suç failleriyle olan etkileşimlerinin kalitesi, sahip oldukları kamu otoritesinin meşruiyeti üzerindeki algıları zorunlu olarak etkilemektedir. İkincisi, ceza kanunlarında yer alan suç tipleri ve yaptırımları bireylere, kamu otoritesi tarafından hangi davranışlara müsamaha gösterilmediğinin mesajını iletmektedir. Daha fazla bilgi için bkz. Wiecek, Punishment, s. 653.

³¹ Avrupa Birliği suç ve ceza konularında Birlik sınırları içerisinde belirli standartlar geliştirmek ve böylece ulusal ceza hukuku, ceza muhakemesi hukuku ve ceza infaz hukuku sistemleri arasındaki farklılıkları azaltmak amacıyla bir dizi yumuşak ve katı AB hukuku enstrümanı kabul etmiştir (Merve İnan Orman, *Avrupa Birliği'nde Organize Suçluluk Mevzuatlarının Uyumlaştırılması ve Yakınlaştırılması*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 28). Dahası, sınıraşan suçlarla daha etkin bir mücadele için üye devletler arasında cezai konularda yargısal işbirliğini güçlendirmeye yönelik çeşitli düzenlemeler ve kurumlar oluşturmuştur. Üye devletler arası işbirliği ise, ceza muhakemesinin süjelerinin çoğalması (örneğin ortak bir soruşturmaya dahil olan farklı üye devletlerden savcılar) sonucunu doğurmuştur. Birden fazla üye devlete ait ceza muhakemesi süjesinin mevcudiyeti, bir yandan suç faillerinin ve mağdurlarının temel haklarını korumanın hangi devletin sorumluluğunda olduğu, diğer yandan cezaların amacı ile suç failinin

de üye devletlerin ulusal egemenliklerini (ve üye devletler ile AB arasındaki ilişkiyi ve güç dengesini) kapsamaktadır³². Bu sebeple, ceza hukukunun Avrupalılaşması sürecinde bir yandan üye devletlerin ulusal egemenliklerini koruma kaygılarına, diğer yandan ceza hukuku alanında Birlik düzeyinde duyulan işbirliği ihtiyacına cevap verilmeye çalışılmaktadır. Ayrıca tüm bu gelişmeler karşısında bireyin konumu göz önünde bulundurularak, temel hak ve özgürlükleri güvence altına alınmaya çalışılmaktadır³³.

Öğretide, ceza hukukunun Avrupalılaşması kavramı yerine “Avrupa ceza hukuku (*European criminal law*)”, “Avrupa Birliği ceza hukuku (*European Union criminal law*)”, “AB ceza hukuku (*EU criminal law*)” gibi farklı terimlerin kullanıldığı görülmektedir³⁴. İlk bakışta farklı anlamları olduğu düşünülse dahi, kanaatimizce, yapılacak hukuki bir inceleme neticesinde söz konusu terimlerin aynı anlam ve çağrışımları içerdiği anlaşılmaktadır³⁵. Bununla birlikte, bizim de tarafı olduğumuz görüşe göre; AB ceza hukuku, Avrupa ceza hukuku gibi kavramların kullanılması yanıltıcıdır³⁶. Zira, günümüzde dahi, Birliğin kapsamlı ve tekelleşmiş bir ceza hukuku normu

temel hakları arasındaki çatışmanın nasıl çözümlenebileceği tartışmalarını gündeme getirmiştir. Daha fazla bilgi için bkz. Irene Wieczorek, “EU Constitutional Limits to the Europeanization of Punishment: A Case Study on Offenders 'Rehabilitation”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, S. 25, C. 6, (2018), s. 656.

³² Valsamis Mitsilegas, *EU Criminal Law*, (Portland: Hart Publishing, 2009), s. 1.

³³ Mitsilegas, a.g.e., s. 1; Wieczorek, *EU Constitutional Limits*, s. 656, 659.

³⁴ Önceleri öğretilerde AB ceza hukuku, Avrupa Birliği ceza hukuku, Avrupa ceza hukuku terimlerine karşı şüphe ile yaklaşmış olsa dahi, son yıllarda yapılan akademik çalışmalarda bu terimlerin kullanımının yaygınlaştığı görülmektedir. Bkz. Davor Raus, *EU Criminal Law in the Lisbon Treaty*, (Saarbrücken: Lambert Academic Publishing, 2012); Mariana Chaves, *The Evolution of European Union Criminal Law (1957-2012)*, (London: The London School of Economics and Political Science, Doktora Tezi, 2012); Nadja Long, “Towards a European Criminal Law Code?”, http://aei.pitt.edu/33502/1/20110912111748_Eipascopespecialissue_Art10.pdf, erişim tarihi 21.05.2022, ss. 49-52; Gülşah Bostancı Bozbayındır, *Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği Ceza Hukuku*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019); Mustafa Ruhan Erdem, “Lizbon Antlaşması ve Avrupa Ceza Hukuku’nun Geleceği”, *Journal of Yaşar University*, Özel Sayı (Aydın Zevkliler Armağanı), C. 8, (2013), ss. 1019-1098.

³⁵ Kavramsal tartışmalara ilişkin daha fazla bilgi için bkz. Erdem, *Lizbon Antlaşması*, s. 1023-1024; İnan Orman, a.g.e., s. 6-7.

³⁶ Erdem, *Lizbon Antlaşması*, s. 1023.

koyma yetkisinin bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Bu nedenle, ceza hukukunun Avrupalılaşması kavramının kullanılmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Öte yandan, yaygın ve popüler kullanımına rağmen, ceza hukukunun Avrupalılaşması kavramının üzerinde uzlaşmış, kesin bir tanımı da bulunmamaktadır. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre ceza hukukunun Avrupalılaşması kavramından anlaşılması gereken, hem Avrupa Birliği'nin hem de üye devletlerin yetkili organlarının çıkarmış oldukları mevzuat ve içtihatların tamamını içeren, çok katmanlı, karma bir hukuk sistemidir³⁷. Diğer bir görüşe göre ise ceza hukukunun Avrupalılaşması, “*gerek ceza hukuku açısından önem taşıyan uluslararası sözleşme ve Birlik hukuku; gerekse Birlik hukukunun etkisinde olan ulusal ceza hukukunu içeren üst bir kavramdır*”³⁸. Kanaatimizce, ceza hukukunun Avrupalılaşması Birliğin kendi çıkarlarını -özellikle ekonomik çıkarlarını- korumak ve organize suçluluk, uyuşturucu ticareti, göçmen kaçakçılığı gibi sınıraşan suçlarla etkili biçimde mücadele etmek için üye devletlerin (ve bazı durumlarda aday üye devletlerin) ulusal ceza hukuku sistemlerine etkide bulunması anlamına gelmektedir. Diğer bir ifadeyle ceza hukukunun Avrupalılaşması; projeler, programlar, yeşil kitaplar, çerçeve kararlar, direktifler gibi çeşitli AB enstrümanları vasıtasıyla ulusal ceza hukuku sistemlerinin uyumlaştırılması ve yakınlaştırılması, cezai konularda işbirliğinin yoğunlaştırılması sürecidir.

Yapmış olduğumuz bu tanımdan çıkarılabilecek ilk sonuç, ceza hukukunun Avrupalılaşması kavramını Avrupa Birliği'nden bağımsız olarak düşünmenin mümkün olmamasıdır. Bu durumun başlıca nedenlerinden birisi, ceza hukukunun Avrupalılaşmasının “tarihsel süreç içerisinde Antlaşmalar, Antlaşma revizyonları ve Adalet Divanının içtihatları yoluyla yavaş yavaş ortaya çıkmış, değişmiş ve gelişmiş bir süreç”³⁹ olmasıdır⁴⁰. Diğer bir nedeni

³⁷ Andre Klip, *European Criminal Law*, 2. b., (Cambridge: Intersentia Publishing, 2012), s. 1.

³⁸ Erdem, Lizbon Antlaşması, s. 1024.

³⁹ Günümüzde dahi gelişmeye ve değişmeye devam etmektedir. Ancak belirtmek isteriz ki, ceza hukukunun Avrupalılaşması sürecinde ortaya çıkan her gelişmeyi bir makale boyutunda, bütün yönleri ile ele alma imkanımız bulunmamaktadır. Bu çalışmanın amacı da, ceza hukukunun Avrupalılaşmasının, Avrupa Birliği'ne aday üye devletlerde nasıl gerçekleştiğinin belirlenmesinden ibarettir.

⁴⁰ Ceza hukukunun Avrupalılaşması üç döneme ayrılarak incelenebilir (Edita Gruodyte and Ingrida Kairiene, “The Europeanisation of Criminal Law in the

ise, ceza hukukunun Avrupalılaşmasının Birlik ilke ve politikalarından etkilenerek, eşleştirme projelerinin de aralarında yer aldığı çeşitli AB enstrümanları vasıtasıyla şekillenen bir kavram olmasıdır.

Member States”, *Administrativa un Kriminala Justicija*, C. 2, S. 47, (2009), s. 32). Birinci dönem, Avrupa Toplulukları’nın kuruluşundan (1957) Maastricht Antlaşması’na (1992) kadar olan dönemdir. İkinci dönem, Maastricht Antlaşması’ndan Lizbon Antlaşması’na (2008) kadar olan dönemdir. Son dönem ise, Lizbon Antlaşmasından günümüze kadar gelen dönemdir. 7 Şubat 1992 tarihli Maastricht Antlaşması’ndan önce, Avrupa Toplulukları ceza hukuku alanında açık bir yasama yetkisine sahip değildi; zira bu alan, yukarıda da bahsi geçtiği üzere, devletlerin ulusal egemenliklerinin merkezinde kabul ediliyordu (Spyridon Karanikolas, *The Impact of EU Criminal Law on the Greek Criminal Justice System*, (London: University of London Queen Mary, Doktora Tezi, 2011), s. 133; İnan Orman, a.g.e., s. 32-33). Ancak 1990’da Schengen bölgesinin kurulması ve Avrupa Birliği genelinde iç sınır kontrollerinin kaldırılmasıyla birlikte üye devletler arasında ceza hukuku alanında -özellikle iç sınırları aşan organize suçlarla, en yaygın olarak uyuşturucu ticareti, insan ticareti ve kara para aklama suçlarıyla mücadele konularında- işbirliğini artırma ihtiyacı doğmuştur (Ouwerkerk, a.g.e., s. 15). Bu ihtiyaç neticesinde cezai konularda polis ve adli işbirliğine ilişkin düzenlemeler 1992 Maastricht Antlaşması’nın hükümlerler arası işbirliğine dayananan Üçüncü Sütununa (adalet ve içişleri sütununa) dahil edilmiştir (https://ec.europa.eu/regional_policy/en/newsroom/news/2016/12/12-09-2016-the-maastricht-treaty-an-impetus-for-the-cohesion-policy, erişim tarihi 27.05.2022; Vervaele, a.g.e., s. 12). 2 Ekim 1997 tarihinde imzalanıp 1 Mayıs 1999 tarihinde yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması, Avrupa Birliği’nin sütunlu yapısını korumuştur; ancak Birliğin ceza hukuku alanındaki yetkilerini, yeni kurulan ‘Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanı’yla birlikte önemli ölçüde genişletmiştir. 13 Aralık 2007 tarihinde imzalanıp, 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması ise, üç sütunlu yapıyı kaldırmış ve ceza hukuku alanını Birliğin supranasyonal yasama yetkisine dahil etmiştir (Andrea Biondi, Piet Eeckhout and Stefanie Ripley, *EU After Lisbon*, (Oxford: Oxford University Press, 2012), s. 332; <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/5/the-treaty-of-lisbon>, erişim tarihi 28.06.2022; Vervaele, a.g.e., s. 15). Ancak Lizbon Antlaşması sonrası dahi, Birliğin ceza hukuku alanında münhasır yetkileri bulunmamaktadır. Ceza hukuku, Birliğin paylaşılan yetkiler kataloğuna dahildir (ABİA md. 4/2-j). Birliğin bu alanlarda sahip olduğu yetkiler ise kısaca ceza hukukunun uyumlaştırılması, yakınlaştırılması ve karşılıklı tanıma ilkesi olarak sıralanabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ripley, a.g.e., s. 332-333; İnan Orman, a.g.e., s. 21-24; Erdem, Lizbon Antlaşması, s. 1032-1084; Ouwerkerk, a.g.e., s. 18-20; Gruodyte, Kairiene, a.g.e., 37-38.

Yapmış olduğumuz tanımdan çıkan diğer bir sonuç ise, ceza hukukunun Avrupalılaşmasının yalnızca mevcut üye devletler ile sınırlı olmamasıdır. Aday üye devletlerin Birliğe tam üyelikten önce yerine getirilmesi gereken koşulları sağlama kararlılıkları, ceza hukukunun Avrupalılaşmasının Birlik sınırları dışında da gerçekleşebileceğinin bir göstergesidir.

C. Koşulsallık

Ceza hukukunun Avrupalılaşmanın kavramsal çerçevesini genel hatları ile oluşturduktan sonra cevaplanması gereken, ceza hukukunun Avrupalılaşmasının nasıl gerçekleştirileceği sorusudur. Bu soruya üye devletler ve aday üye devletler açısından ayrı ayrı cevap vermek gerekmektedir. üye devletler için, Birliğin supranasyonal yetkisine dâhil alanlarda yaptırımlar söz konusu iken, aday üye devletler için temel Avrupalılaşma mekanizması “koşulsallık” (*Conditionality*) kavramıdır.

AB literatürü çerçevesinde *koşulsallık*, “aday ülkelerin, AB’ye tam üye olmaları için yerine getirmeleri gereken koşullar” olarak tanımlanabilir⁴¹. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, koşulsallık mekanizması bir yanda “koşulları uygulayan aktörü” diğer yanda ise “koşullara tabi olan aktörü” içermektedir. Koşulsallık, koşullara tabi olan aktörün tam bir itaatini gerektirmektedir⁴². Örnek verecek olursak; Avrupa Birliği’ne tam üye olmak isteyen bir devletin, Birlik tarafından kendisine karşı ileri sürülen tüm koşulları kabul etmesi beklenmektedir. Bu bağlamda, AB koşulsallığı, “Kopenhag kriterlerinin” aday üye devletler tarafından yerine getirilmesini gerekli kılmaktadır⁴³.

Avrupa Konseyi, 22 Haziran 1993 tarihinde yapılan Kopenhag Zirvesi’nde, Avrupa Birliği’ne aday devletlerin tam üyeliğe kabul edilebilmeleri için yerine getirmeleri gereken birtakım ölçütler belirtmiştir⁴⁴.

⁴¹ Mehmet Zahid Sobacı, “Avrupa Birliği Koşulsallığının Etkinliği Bağlamında Türkiye’de Reform Üzerine Bir Analiz”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, C. 10, N. 1, (2011), s. 88.

⁴² Sobacı, Avrupa Birliği Koşulsallığının Etkinliği, s. 89.

⁴³ Sobacı, Avrupa Birliği Koşulsallığının Etkinliği, s. 89.

⁴⁴ European Council, European Council in Copenhagen 21-22 June 1993, Conclusion of the Presidency, 1/S-93, https://www.ab.gov.tr/files/_files/Zirve_Bildirileri/co_en_1993.pdf, erişim tarihi 30.05.2022.

Avrupa Birliği'ne üyeliğin ön koşulu olan ve Kopenhag Kriterleri olarak adlandırılan bu ölçütler üç grup altında toplanabilir: Siyasi kriterler, ekonomik kriterler ve Avrupa Birliği Müktesebatına uyum⁴⁵.

(1) *Siyasi kriterler*, esas olarak demokrasiyi, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını, azınlıklara saygıyı ve azınlıkların korunmasını teminat altına alan kurumların istikrarını sağlamayı kapsamaktadır.

(2) *Ekonomik kriterler*, esas olarak iki temel ekonomik hususu, işleyen bir serbest piyasa ekonomisinin varlığını ve AB içinde rekabet baskısına dayanabilme kapasitesini kapsamaktadır.

(3) *Avrupa Birliği müktesebatına uyum* ise esas olarak Avrupa Birliği'nin siyasi, ekonomik ve parasal birlik hedeflerine uygun bir şekilde, Birlik mevzuatını ve bundan kaynaklanan üyelik yükümlülüklerini üstlenebilme kapasitesini kapsamaktadır. Bu bağlamda, aday devletler Avrupa Birliği müktesebatını sadece benimsemekle yükümlü olmayıp, müktesebatı etkili biçimde uygulayacak hukuki ve idari kapasiteye de sahip olmalıdır.

Kopenhag kriterleri, Avrupa Birliği'ne aday devletlerin siyasi, ekonomik ve hukuki yapısına müdahale etme imkânı vermektedir. AB, Kopenhag kriterleri çerçevesinde, kendi ilke ve değerleri doğrultusunda kurumsal, hukuki ve ekonomik reformlar hazırlamakta ve bunların aday devletler tarafından hayata geçirilmesini beklemektedir. Böylece, AB koşulsallığı, Avrupalılaşma için kullanılan temel mekanizmalardan birisi haline gelmektedir.

Türkiye, 31 Temmuz 1959 tarihinde Avrupa Ekonomik Topluluğuna ortaklık başvurusunda bulunduğu zamandan günümüze⁴⁶, Kopenhag kriterleri

⁴⁵ European Council in Copenhagen 1993, Conclusion of the Presidency, s. 12-13.

⁴⁶ Türkiye-AB ilişkileri 31 Temmuz 1959 yılında başlamıştır. 12.09.1963 tarihinde imzalanıp, 01.12.1964 tarihinde yürürlüğe giren Ankara Antlaşması ile bu ilişkinin kapsamı ve hukuki temeli belirlenmiştir. Ankara Antlaşması, Türkiye'nin Topluluğa üyeliği için hazırlık dönemi, geçiş dönemi ve nihai dönem olmak üzere üç evre öngörmüştür. 13.11.1970 tarihinde imzalanıp 01.01.1973 tarihinde yürürlüğe giren Katma Protokol ile birlikte Ankara Antlaşması'nda öngörülen hazırlık dönemi sona ermiş, geçiş dönemi başlamıştır. Ancak 12 Eylül askeri darbesinin ardından Türkiye-AB ilişkileri resmen askıya alınmıştır. Sivil hükümetin kurulmasından sonra Türkiye, Ankara Antlaşması ile öngörülen evrelerin tamamlanmasını beklemeksizin, 14.04.1987 tarihinde üyelik

ve Müzakere Çerçeve Belgesi'nde yer alan fasıllar⁴⁷ kapsamında, kurumsal, hukuki ve ekonomik reformlara ilişkin yeni yasal düzenlemeleri kabul etmekte ve yürürlüğe koymaktadır. Avrupa Komisyonu, 1998 yılı itibariyle aday devletlerin, bu bağlamda Türkiye'nin, Kopenhag kriterlerine uyum konusunda gösterdiği gelişmeleri, yıllık olarak değerlendiren ve 2016 yılına kadar "İlerleme Raporu", sonrasında ise "Ülke Raporu" olarak adlandırılan raporlar ile açıklamaktadır⁴⁸. Aday statüsünde olan Türkiye için 1998 yılından 2021 yılına kadar 23 adet İlerleme Raporu yayımlanmıştır⁴⁹.

başvurusunda bulunmuştur. 10-11 Aralık 1999 tarihinde yapılan Helsinki Zirvesi'nde Türkiye'ye adaylık statüsü tanınmıştır. 03.10.2005 tarihinde ise Türkiye resmen AB'ye üyelik müzakerelerine başlamıştır. Daha fazla bilgi için bkz. https://www.ab.gov.tr/turkiye-ab-iliskilerinin-tarihcesi_111.html, erişim tarihi 02.06.2022.

⁴⁷ Müzakere Çerçeve Belgesi'nde, Türkiye'nin AB üyeliği için 35 fasıl belirlenmiştir. Bu fasıllardan "Yargı ve Temel Haklar" başlıklı 23. fasıl ile "Adalet, Özgürlük ve Güvenlik" başlıklı 24. fasıl çalışmamız açısından önemlidir. 23. fasılın kapsamı, "yargı ve temel haklar alanındaki AB politikaları ile Birliğin özgürlük, güvenlik ve adalet alanı olarak korunması ve geliştirilmesi; bu bağlamda AB üyeliği için aday ülkelerin bağımsız ve etkin çalışan bir yargı tesis etmeleri; hukukun üstünlüğü ilkesinin korunması bakımından mahkeme kararlarının tarafsızlığı, bütünlüğü ve yüksek standardı; adil yargılanma hakkının tesisi için yasal güvenceler ve yolsuzlukla etkin bir şekilde mücadele"dir. 24. fasılın kapsamı ise "Avrupa Birliği'nin dış sınırlar, adli işbirliği, polis işbirliği, vize politikası, uluslararası koruma, göç, örgütlü suçlarla mücadele alanlarındaki müktesebat ve politikalarıdır". Ancak bu fasıllar, Güney Kıbrıs Rum Yönetimi tarafından 08.12.2009 tarihinde tek taraflı olarak bloke edilmiştir. Bu nedenle 2009'dan günümüze bu fasıllarda bir ilerleme sağlanamamıştır. Fasıllara ilişkin daha fazla bilgi için bkz. https://www.ab.gov.tr/katilim-muzakerelerinde-mevcut-durum_65.html, erişim tarihi 04.06.2022.

⁴⁸ İlerleme Raporları, 2005 yılına kadar "*Regular Report*", 2005 yılı itibariyle "*Progress Report*" ismi ile yayımlanmıştır. 2016 yılı itibariyle ise Ülke Raporu (*Turkey Report 2021*) olarak yayımlanmaktadır. Bkz. https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/turkey-report-2021_en, erişim tarihi 03.08.2021.

⁴⁹ https://www.ab.gov.tr/ilerleme-raporlari_46224.html, erişim tarihi 04.06.2022.

D. Politika Transferi

Koşulsallık kavramı açıklandıktan sonra, cevaplanması gereken, AB koşulsallığının etkinliğinin nasıl sağlanacağı meselesidir. Bu soru bağlamında karşımıza çıkan kavram, “politika transferidir” (*policy transfer*).

Politika transferi, farklı siyasal sistemler arasında fikir, politika ve politika araçlarının alışverişine ilişkin kamu yönetimi ve kamu politikası literatürdeki önemli kavramlardan birisidir⁵⁰. Söz konusu kavram ilk olarak, 1980’lerin sonu ve 1990’ların başında, “öğrenme”, “ders çıkarma” ve “uluslararası politika yakınsaması” gibi kamu politikaları alanında halihazırda geliştirilmekte olan birtakım akademik çalışma ve tartışmada kullanılmıştır⁵¹. Bu bağlamda, 1996 yılında Dolowitz ve Marsh tarafından ortaya konulan tanıma göre politika transferi, “belirli bir zaman veya mekandaki kurumlara, yönetsel düzenlemelere ve politikalara ilişkin bilginin, başka bir zaman veya mekandaki kurumların, yönetsel düzenlemelerin ve politikaların geliştirilmesinde kullanıldığı bir süreç” olarak tanımlanabilir⁵².

Politika transferi, çağdaş politika oluşturma sürecinin önemli bir parçasını teşkil etmektedir. Bu durumun başlıca sebebi, küreselleşme süreciyle birlikte mevzuatların sayısının ve değişiminin önceki dönemlere göre daha hızlı ve büyük olmasıdır⁵³. Küreselleşme süreciyle birlikte yoğunluğunu arttıran bu baskılar karşısında hükümetler, diğer devletlerin politika fikirlerine, kurumsal reformlarına ve mevzuatlarına birer kaynak gözüyle bakmaya başlamışlardır⁵⁴. Bu nedenle, politika transferi kavramı devletlerin birbirleriyle yakın ilişkilerde bulunmasını gerektirmektedir. Bu çerçevede politika transferi, bir devletin politika yapıcılarının diğer

⁵⁰ Simon Bulmer, David Dolowitz, Peter Humphreys and Stephen Padgett, *Policy Transfer in European Union Governance ‘Regulating the utilities’*, (Oxon, Routledge, 2007), s. 4.

⁵¹ Osmany Porto de Oliveira and Carlos Aurélio Pimenta de Faria, “Policy Transfer, Diffusion and Circulation”, Research Traditions and the State of the Discipline in Brazil, *Novos Estud. Cebrap, São Paulo*, C. 36, (2017), s. 16.

⁵² David Dolowitz and David Marsh, “Who Learns What From Whom: A Review of the Policy Transfer Literature”, *Political Studies*, C. XLIV, (1996), s. 344.

⁵³ David Dolowitz, Stephen Greenwold and David Marsh, “Policy Transfer: Something Old, Something New, Something Borrowed, But Why Red, White And Blue?”, *Parliamentary Affairs, Oxford Journals*, C. 52, (1999), s. 719.

⁵⁴ Dolowitz, Greenwold, Marsh, Policy Transfer: Something old, s. 719.

devletlerin politikalarını, kurumlarını analiz etmeleri sonucunda ulaştıkları bilgiler ışığında kendi devletindeki politika ve kurumlarını yeniden yapılandırmasını kapsayan bir olgudur⁵⁵.

Politika transferi; “gönüllü politika transferi⁵⁶” ve “zorlayıcı politika transferleri (koşulsallık transferi/yükümlü politika transferi)” olarak iki alt türe ayrılmaktadır⁵⁷. Siyasi aktörlerin özgür seçimlerinin bir sonucu olarak ortaya çıkan gönüllü politika transferi (voluntary policy transfer), bir devletteki siyasi aktörlerin bir veya birden fazla devletin politika ve kurumlarından dersler çıkardıklarını ve daha sonra bunları kendi politika ve kurumlarına uyguladıkları bir süreci ifade etmektedir⁵⁸. Bu nedenle, gönüllü politika transferi yerine “ders çıkarma (lesson drawing)” terimini kullanan yazarlar da bulunmaktadır⁵⁹. Gönüllü politika transferi, halihazırda başka bir devlette etkili bir şekilde uygulanmakta olan bir politikanın, programın ya da kurumun taranmasıyla başlar; söz konusu politikanın, programın ya da kurumun kendilerine aktarılması durumunda ne olacağının ileriye dönük bir değerlendirilmesi ile sona erer⁶⁰. Bu değerlendirme, bazı durumlarda, nasıl devam edilmemesi gerektiğine yönelik “olumsuz bir ders çıkarma” şeklinde de sonuçlanabilir⁶¹.

Çalışmamız açısından önem arz eden politika transferi türü ise, “yükümlü politika transferi” olarak da ifade edilen zorlayıcı politika transferidir

⁵⁵ Mehmet Zahid Sobacı, *İdari Reform ve Politika Transferi ‘Yeni Kamu İşletmeciliğinin Yayılışı’*, (Bursa: Dora, 2014), s. 68.

⁵⁶ “1889 tarihli İtalyan Zanardelli Yasası” esas alınarak hazırlanan ve 1 Mart 1926 tarihinde kabul edilip 13 Mart 1926 tarihinde yürürlüğe giren 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Alman Ceza Kanunu’ndan ve Alman ceza doktrininden esinlenilerek hazırlan ve 26 Eylül 2004 tarihinde kabul edilip 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, gönüllü politika transferinin tipik örneklerindendir.

⁵⁷ Mehmet Zahid Sobacı, “Politika Transferi Bağlamında Kamu Yönetiminde Neo-Liberal Reformların Yayılması: Açık Toplum Enstitüsünün Rolü”, *Sosyo Ekonomi*, C. 16, S. 16, (2011), s. 195, 196.

⁵⁸ Dolowitz, Marsh, Who Learns, s. 344, 346-347.

⁵⁹ Richard Rose, “What is Lesson-Drawing?”, *Journal of Public Policy*, C. 11, S.1, (1991), ss. 3-30.

⁶⁰ Rose, a.g.e., s. 3.

⁶¹ Dolowitz, Marsh, Who Learns, s. 344.

(coercive policy transfer). Zorlayıcı politika transferi, “bir uluslararası ya da uluslararası örgüte üye olan devletlerin, üye olmaktan kaynaklanan yükümlülüklerinin bir parçası olarak, belirli politika ve programları benimsemek zorunda kalması” olarak tanımlanabilir⁶². Bu anlamda, yükümlü politika transferinin en tipik örneği Avrupa Birliği’dir. Bu bağlamda, Avrupa Birliği tüzükler ve direktifler vasıtasıyla supranasyonal yasama yetkisini kullanırken; Adalet Divanı üye devletleri AB’nin çıkarmış olduğu politik direktiflerini benimsemeye zorlamaktadır. Aday üye devletler ise, Kopenhag kriterlerinde ve müzakere çerçeve belgelerinde belirtilen, Birliğin ilke ve politikaları doğrultusunda hazırlanan reformları çeşitli enstrümanlar vasıtasıyla hayata geçirmeye zorlanmaktadır.

II. BİR POLİTİKA TRANSFERİ ARACI OLARAK EŞLEŞTİRME PROJELERİ

A. Tarihsel Arka Planı

Soğuk Savaş döneminin sona ermesinin ardından Avrupa Birliği, Kopenhag kriterleri temelinde, Orta ve Doğu Avrupa devletleriyle genişleme ve derinleşme sürecine girmiştir. Söz konusu kriterler -yukarıda da bahsi geçtiği üzere- siyasi kriterler, ekonomik kriterler ve Avrupa Birliği Müktesebatına uyum şeklinde üç başlıkta gruplandırılmıştır. 1995 yılında Essen’de, Komisyon tarafından “Katılım Öncesi Stratejisi” çerçevesinde kabul edilen ‘Beyaz Kitap’ta ise, aday devletlerin yalnızca Avrupa Birliği müktesebatını iç hukuka aktarmakla yükümlü olmadıkları; ayrıca, müktesebatı etkili biçimde uygulayacak ve yürütecek adli ve idari kurumsal kapasiteye de sahip olmaları gerektiği belirtilmiştir⁶³. Benzer talepler, Aralık 1995’te Madrid’de, Haziran 2000’de Feira’da düzenlenen Zirveler’de tekrarlanmış ve aday üye devletlerdeki kurumsal eksikliklerin genişlemenin önünde büyük bir engel olduğu endişeleri dile getirilmiştir.

⁶² Sobacı, Politika Transferi, s. 196. Dolowitz, Marsh’a göre zorunlu politika transferi, uluslararası ya da ulusüstü örgütlerin yanısıra bir devletin, başka bir devleti belirli bir politikayı ya da programı benimsemeye zorlaması şeklinde de gerçekleşebilir (Dolowitz, Marsh, Who Learns, s. 344).

⁶³ Dimitris G. Papadimitriou, “Exporting Europeanisation: EU enlargement, the Twinning Exercise and Administrative Reform in Eastern Europe”, Turin: *European Consortium for Political Research- Joint Sessions*, (22-27 Nisan 2002), s. 8.

Böylece, ilk olarak, tam üye olarak kabul edilen devletlerin ulusal mevzuatları ile Birlik müktesebatı arasında herhangi bir çatışmanın olmaması arzulanmıştır. Bu nedenle, üyelik müzakerelerinin yürütüldüğü dönemlerde - ilk olarak 1998-2005 yılları arasında- aday ve potansiyel aday devletlerle Birlik müktesebatı arasındaki uyumsuzluklar tespit edilmeye ve çözümlenmeye çalışılmıştır⁶⁴. Bu amaçla Birlik söz konusu devletlere strateji belgelerinin ve eylem planlarının hazırlanması, mevzuat çalışmaları, güçlü ve zayıf yönler analizi, boşluk analizi, ihtiyaç analizi gibi birtakım somut ve açık teknik yardımlar ve teşvikler sağlamıştır⁶⁵. PHARE⁶⁶, ISPA⁶⁷, IPA⁶⁸, SIGMA⁶⁹, PSO⁷⁰, MATRA⁷¹ ve Jean Monnet⁷² programları bunlara örnek gösterilebilir.

⁶⁴ Enver Bozkurt, Mehmet Özcan ve Arif Köktaş, Avrupa Birliği Hukuku, 6. B., (Ankara: Yetkin, 2012), s. 85.

⁶⁵ https://www.ab.gov.tr/eslestirme_204.html, erişim tarihi 14.04.2022.

⁶⁶ “Poland and Hungary: Assistance for Restructuring their Economies” (Polonya ve Macaristan: Ekonomilerini Yapılandırmak İçin Yardım). 1989 yılında Bulgaristan ve Polonya ekonomilerinin yeniden yapılandırılması için başlatılmış olsa da; ilerleyen yıllarda Çek Cumhuriyeti, Estonya, Letonya, Litvanya, Macaristan, Polonya, Romanya, Slovakya ve Slovenya’yı da kapsar duruma getirilmiştir. PHARE, AB’nin tam üyelikleri öncesi Orta ve Doğu Avrupa devletlerini desteklediği esas teknik yardım aracı olarak uygulamaya konulmuştur. Ancak, 1995-1997 yılları arasında Polonya ve Macaristan’da PHARE kapsamında yürütülen kurumsal kapasitelerinin yapılandırılması çalışmaları başarısız olunca Komisyon, daha etkili ve teşvik edici bir dış işbirliği aracı olarak eşleştirme mekanizmasını geliştirmiştir. Daha fazla bilgi için bkz. Eliška Tomalová and Elsa Tulmets, “Twinning Project: Analysing the Experience of ‘old’ EU Member States and Evaluating the Benefits of Twinning Out for the ‘new’ EU Member States”, *Institutional Dynamics and the Transformation of Executive Politics in Europe*, ed. Morten Egeberg, (Mannheim: CONNEX, 2007), s. 380.

⁶⁷ “Instrument for Structural Policies for Pre-Accession” (Katılım Öncesi Yapısal Politikalar Aracı).

⁶⁸ “Instrument for Pre-Accession” (Katılım Öncesi Mali İşbirliği Programı).

⁶⁹ “Support for Improvement in Governance and Management” (Orta ve Doğu Avrupa Ülkelerinde Yönetişim ve Yönetimi Geliştirmek İçin Destek Programı).

⁷⁰ “Programma Samenwerking Oost Europa” (Katılım Öncesi Programı).

⁷¹ Hollanda Hükümeti tarafından sağlanan ikili işbirliği programıdır ve “toplumsal dönüşüm” anlamına gelmektedir. Daha fazla bilgi için bkz. <https://icisleri.gov.tr/matra-projesi>, erişim tarihi 16.03.2022.

⁷² 1989 yılında Türkiye Cumhuriyeti ve Avrupa Komisyonu arasında yapılan bir anlaşma ile hayata geçirilen Jean Monnet, lisansüstü eğitime yönelik bir burs programıdır.

İkinci olarak, aday ve potansiyel aday devletlerin sahip oldukları kurumsal yapının Avrupa Birliği ile uyumlu olması arzulanmıştır⁷³. Zira, Avrupa Birliği müktesebatının ulusal hukuk ile uyumu, güçlü bir kurumsal yapılanma ihtiyacını da beraberinde getirmektedir. Bu çerçevede Birlik, aday ve potansiyel aday devletlerde de AB'ye paralel güçlü bir kurumsal yapılanmanın tesisi amacıyla birtakım teknik yardım mekanizmaları hazırlamıştır. Bahse konu teknik yardımlar esas itibarıyla genelde iki hafta ile sınırlı kalan, kısa vadeli TAİEX programları ile TAİEX programlarının kurumsal yapılanma çalışmaları için yeterli olmadığı hallerde daha uzun süreleri kapsayabilen eşleştirme projeleridir⁷⁴. Böylece, uzun vadeli ve geniş kapsamlı bir kurumsal yapılanma mekanizması olarak karşımıza çıkan eşleştirmenin, ilk olarak Avrupa Birliği'nin beşinci genişleme sürecinde, Mayıs 1998'de Komisyon tarafından geliştirilen, Orta ve Doğu Avrupa devletlerinin Avrupa Birliği'ne tam üye olarak kabul edilmelerinden önce kurumsal ve hukuki alt yapılarının hazırlanmasına yönelik somut teknik yardımlar sağlayan bir AB enstrümanı olduğu söylenebilir⁷⁵. 1998 yılından günümüze, eşleştirme projelerinde usule ilişkin birtakım değişiklikler yapılmış olsa da, mekanizmanın ana hedefleri ve işlevleri aynı kalmıştır.

B. Tanımı

İdari alanda Avrupalılaşmanın önemli unsurlarından birisi olarak kabul edilen eşleştirme (*twinning*), Komisyon ile ortaklaşa kararlaştırılan zorunlu çıktıları/sonuçları elde etmek amacıyla, ilgili kamu kurumları ile üye devletlerin ve eşleştirme projelerinden yararlanan devletlerin yetkilendirilmiş organları arasındaki işbirliğine dayanan bir kurumsal yapılanma aracı olarak tanımlanabilir⁷⁶. Diğer bir ifadeyle eşleştirme, çeşitli zorunlu çıktılar elde edilmesi amacıyla belirli bir alanda kurumsal işbirliği öngören bir AB enstrümanıdır. Eşleştirme projeleri ile elde edilmesi planlanan bu zorunlu

⁷³ T.C. Başbakanlık Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, *Twining Mekanizması ve Türkiye*, (Ankara: Ofset Fotomat, 2011), s. 8.

⁷⁴ T.C. Başbakanlık Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, *Twining Mekanizması ve Türkiye*, s. 8.

⁷⁵ T.C. Başbakanlık Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, *Twining Mekanizması ve Türkiye*, s. 8.

⁷⁶ https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/tenders/twining_en, erişim tarihi 19.04.2022.

çıktılar, Katılım Öncesi Mali Yardım (IPA) ve Avrupa Komşuluk Politikası (ENI) tüzüklerinde de öngörülen ve Birlik ile faydalanıcı devlet tarafından ortaklaşa kararlaştırılan politika hedefleri üzerine inşa edilir⁷⁷. Ortak politika hedefleri ise, aday üye devletlerin AB hukukuna uyum süreçlerinin hızlanması ve AB hukukunu etkin bir şekilde uygulamaları için ihtiyaç duydukları adli ve idari sistemlerinin tesisini gerçekleştirmek için oluşturulmuşlardır.

Eşleştirme projelerinin temel mantığı, Avrupa Birliği mevzuatını etkin şekilde uygulayan üye devletin kamu kurumu ile bu seviyeye ulaşması hedeflenen faydalanıcı devlet kurumunun ‘eşleşmesidir’. Bu amaçla, üye devlet kamu sektöründe görevli uzmanlar, proje süresi boyunca bizzat faydalanıcı devlette bulunarak, ilgili kamu kurumunda Birlik müktesebatının uygulanmasına yönelik kurumsal yapılanmanın oluşturulması ve idari kapasitenin güçlendirilmesi için çalışırlar⁷⁸. Böylece, eşleştirme tamamlandığında, faydalanıcı devlet Birlik hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlayan verimli, işleyen bir kurumsal yapıya ulaşmış olacaktır.

Eşleştirme mekanizması vasıtasıyla kurumsal kapasitenin güçlendirilmesine yönelik olarak sağlanan teknik yardımlar asgari 12 azami 36 aylık bir dönemi kapsamakla birlikte, bu süre faydalanıcı devletin spesifik ihtiyaçlarına göre belirlenebilmektedir⁷⁹. Bununla birlikte, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının kurumsal yapılanma ihtiyacının daha az kaynakla karşılanabildiği durumlarda, kısa dönemli eşleştirme mekanizmasından (*Twinning Light*) yararlanılabilmektedir. Bu bağlamda *kısa dönemli eşleştirme*, daha esnek olan, 8 ayı geçmeyecek orta vadeli planları yürütmek üzere tasarlanan ve bütçesi azami 250.000 Avro olan projeler olarak tanımlanabilir⁸⁰. İstisnai durumlarda bu süre 10 aya kadar uzatılabilir⁸¹. Klasik eşleştirmeye kıyasla daha sınırlı bir kapsamda herhangi bir kurumsal sorunu

⁷⁷ European Commission, Twinning Manual (Revision 2017-Update 2020), 2020, https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/system/files/2020-09/twinning_manual_2017_update_2020.pdf, erişim tarihi 16.04.2022, s. 9.

⁷⁸ T.C. Başbakanlık Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, *Twinning Mekanizması ve Türkiye*, s. 9.

⁷⁹ T.C. Başbakanlık Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, *Twinning Mekanizması ve Türkiye*, s. 8.

⁸⁰ European Commission, Twinning Manual, s. 72.

⁸¹ European Commission, Twinning Manual, s. 72.

çözmek üzere tasarlanan kısa dönemli eşleştirme, klasik eşleştirme mekanizmasının temel ilke ve özelliklerini taşıyan bir kurumsal yapılanma aracıdır.

C. Özellikleri

Eşleştirme projeleri üye devletin faydalancı devlete tek yönlü olarak sağladığı teknik bir yardım ya da teşvik değildir. Hem üye devletin hem de faydalancı devletin özel taahhütlerinin bulunduğu bir enstrümandır⁸². Bu bağlamda, faydalancı devlet projede öngörülen zorunlu çıktıları üstlenmeyi ve finanse etmeyi, üye devlet ise proje sonlandırılana kadar sürece eşlik etmeyi taahhüt etmektedir⁸³. Söz konusu taahhütlerin güvenilirliğini desteklemek amacıyla, faydalancı devlet ve üye devlet ortaklaşa hazırladıkları bir eşleştirme çalışma planını imzalar. Çalışma planı, projenin uygulanması sırasında düzenli olarak güncellenen, başlangıçta en az 6 aylık bir süre için öngörülen, geçici bir belgedir⁸⁴.

Eşleştirme mekanizması, mahiyeti itibarıyla bir hibe projesi olsa da, faydalancı devletin de üstlenmesi gereken çeşitli finansal yükümlülükler gereksinim duymaktadır⁸⁵. Bunlar aynı ya da nakdi finansal yükümlülükler şeklinde olabilir. Aynı yükümlülükler örnek olarak gelen üye devlet uzmanlarına ofis, telefon, bilgisayar, internet bağlantısı, fotokopi makinesi, faks makinesi gibi araç ve hizmetlerin sağlanması gösterilebilir. Ancak, aynı yükümlülükler çerçevesinde sağlanan katkılar tek başına yeterli değildir. Bunlara ek olarak, faydalancı devletin eşleştirme bütçesine doğrudan nakdi katkıda bulunmak suretiyle “eş finansman” sağlaması da beklenmektedir.

Eşleştirme projeleri, karşılıklı işbirliğine dayanan ve ortaklaşa yürütülen bir mekanizmadır⁸⁶. Bu nedenle, dolaylı olarak Birliğin etkisini ve gücünü

⁸² https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/funding-and-technical-assistance/twinning_en, (03.05.2022).

⁸³ T.C. Başbakanlık Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, *Twinning Mekanizması ve Türkiye*, s. 9.

⁸⁴ European Commission, *Twinning Manual*, s. 10.

⁸⁵ https://www.ab.gov.tr/eslestirme_204.html, erişim tarihi 03.05.2022.

⁸⁶ Faydalancı kurum, eşleştirme fişinin düzenlenmesinden eşleştirme hibe sözleşmesinin kapanmasına kadar gerçekleşen tüm süreçte proje lideri olarak, “lider ortak” üye devlet temsilcileriyle beraber aktif rol almaktadır. (https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/funding-and-technical-assistance/twinning_en, erişim tarihi 03.05.2022).

sınırlandıran bir enstrümandır⁸⁷. Şöyle ki, eşleştirme projelerinin seçilmesi, uygulanması ve izlenmesi süreçlerinde Komisyonun yetkisi daha çok koordinasyon ve danışmanlık rolü ile sınırlıdır⁸⁸. Zira, eşleştirme mekanizmasında üye devletlerin Komisyona itaat ettikleri bir pozisyonu kabul etmeleri olası değildir⁸⁹. Benzer şekilde, faydalanıcı devletlerin bir üye devletin hakimiyetinde olan bir projeden rahatsızlık duymaları kaçınılmazdır.

Bu bağlamda, eşleştirme mekanizmasında kural faydalanıcı devletin üye devlet ortaklarını seçmesidir⁹⁰. Bu süreçte Komisyonun rolü, başvuru sahibi devlet ile eşleştirme projesinde yer almak isteyen üye devletler arasında sunulan teklifleri⁹¹ iletmekten ve talep gelirse ikili görüşmeler ayarlamaktan ibarettir⁹². Bu amaçla, tüm üye devletlerde ve aday üye devletlerde “Ulusal İrtibat Noktaları (*National Contact Point/NCP*)” oluşturulmuştur.

Eşleştirme projeleri yalnızca danışmanlık gibi klasik teknik destek türlerini sunmak üzere tasarlanmış bir enstrüman değildir. Eşleştirme projeleri vasıtasıyla belirli bir alanda, belirli zorunlu çıktılar elde edilmesi amaçlanır. Bu nedenle, eşleştirme projeleri ile geniş kapsamlı reformların değil, belirli bir alanla sınırlı belirli zorunlu çıktılar gerçekleştirilmesi hedeflenmektedir⁹³.

Eşleştirme projeleri ile amaçlanan zorunlu çıktılar, AB ile faydalanıcı devlet tarafından ortaklaşa kararlaştırılan politika hedefleri üzerine inşa edilir. Bu hedefler, Birliğin çeşitli belge ve düzenlemelerde belirtilen politika yönelimleri ile faydalanıcı devletin reform çabalarını (faydalanıcı devlet tarafından da kabul edilen stratejik belgelerde belirtildiği gibi) birleştirir⁹⁴.

⁸⁷ Steven O’conner and Robert Kowalski, “On Twinning: The Impact of Naming an EU Accession Programme on the Effective Implementation of Its Projects”, *Public Administration and Development*, C. 25, (2005), s. 439.

⁸⁸ Papadimitriou, a.g.e., s. 10.

⁸⁹ O’connor, Kowalski, a.g.e., s. 439.

⁹⁰ European Comission, Twinning Manual, s. 10.

⁹¹ Sürecin şeffaflığını ve verilen tüm tekliflerin eşitliğini sağlamak amacıyla “eşleştirme fişleri”, hem “*EuropeAid*” isimli web sitesinde ilan edilir; hem de ‘Ulusal İrtibat Noktaları’nda dağıtılır. Daha fazla bilgi için bkz. European Comission, Twinning Manual, s. 10.

⁹² Papadimitriou, a.g.e., s. 9.

⁹³ Papadimitriou, a.g.e., s. 8.

⁹⁴ European Comission, Twinning Manual, s. 9.

Eşleştirme projelerinin hedeflenen zorunlu çıktıları elde edebilmek için ise, bir dizi faaliyet ve girdiye ihtiyacı vardır. Bu çerçevede, eşleştirme projeleri kapsamında ihtiyaç duyulan girdilerden en önemlisi, Proje Lideri üye devlet tarafından sağlanan uzmanlık girdisidir⁹⁵. Zira proje ortağı olarak seçilen üye devletin asli görevi, kendi kurumlarındaki kamu sektörü uzmanlığını faydalanıcı devlet kurumlarına transfer etmektir⁹⁶. Bu nedenle tam zamanlı bir üye devlet uzmanının (yani Yerleşik Eşleştirme Danışmanının/YED) faydalanıcı devlet kurumunda görevlendirilmesi, eşleştirme projelerinin omurgasını oluşturmaktadır⁹⁷.

Yine bu çerçevede, eşleştirme projeleri kapsamında gerçekleştirilebilecek faaliyetler; “mevzuat çalışması, web sitesi ve veri tabanı çalışması, güçlü ve zayıf yönler analizi, ihtiyaç analizi, boşluk analizi, kurumsal işleyişi düzenleyen iç prosedürleri ve yöntemleri belirleyen belgelerin hazırlanması, strateji belgeleri ve eylem planlarının hazırlanması, mevzuatın iyi uygulamalarını görebilmek amacıyla düzenlenen eğitimler, eğiticilerin eğitimi ve eğitim modüllerinin hazırlanması, staj ve çalışma ziyaretleri, iletişim ve farkındalık faaliyetleri” şeklinde belirtilmiştir⁹⁸.

Son olarak belirtmek isteriz ki, eşleştirme projeleri yalnızca aday üye devletler için öngörülmüş bir mekanizma değildir. Eşleştirme projelerinin faydalanıcı devletleri üç gruba ayrılabilir. Birinci gruba, “Katılım Öncesi Mali Yardım Aracı (IPA)” kapsamında eşleştirme projelerinden yararlanan Arnavutluk, Bosna-Hersek, Kosova, Karadağ, Kuzey Makedonya, Sırbistan ve Türkiye oluşturmaktadır⁹⁹. İkinci gruba, “Avrupa Komşuluk Politikası (ENP)” kapsamında eşleştirme projelerinden yararlanan Cezayir, Mısır, İsrail, Ürdün, Lübnan, Fas, Filistin, Tunus, Ermenistan, Azerbaycan, Beyaz Rusya, Gürcistan, Moldova ve Ukrayna oluşturmaktadır¹⁰⁰. 2020 yılı itibarıyla uygulamaya konulan üçüncü gruba ise, “Avrupa Kalkınma Fonu (EDF) ve

⁹⁵ European Commission, Twinning Manual, s. 9.

⁹⁶ T.C. Başbakanlık Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, *Twining Mekanizması ve Türkiye*, s. 9.

⁹⁷ European Commission, Twinning Manual, s. 9.

⁹⁸ https://www.ab.gov.tr/eslestirme_204.html, erişim tarihi 05.05.2022.

⁹⁹ https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/funding-and-technical-assistance/twinning_en, erişim tarihi 08.05.2022.

¹⁰⁰ https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/funding-and-technical-assistance/twinning_en, erişim tarihi 08.05.2022.

Kalkınma İşbirliği Aracı (DCI)” kapsamında eşleştirme projelerinden yararlanan Afrika, Karayipler ve Pasifik devletleri ile denizaşırı bölgeler oluşturmaktadır¹⁰¹.

D. Temel Aktörleri

Eşleştirme projeleri iki “Proje Lideri (biri projeyi yöneten üye devlet adına, diğeri faydalanıcı devlet adına)”, iki Ulusal İrtibat Noktası, bir Yerleşik Eşleştirme Danışmanı ve bir Yerleşik Eşleştirme Danışmanı Muadili’nin denetiminde ve koordinasyonunda gerçekleştirilir. Komisyon ise, eşleştirme projelerinin planlanması, seçilmesi, uygulanması ve izlenmesi aşamalarında çeşitli roller alarak sürece dahil olmaktadır.

Üye Devlet Ulusal İrtibat Noktasının (Member State National Contact Points), eşleştirme mekanizmasının teşviki, geliştirilmesi ve koordinasyonu konularında önemli rolleri bulunmaktadır¹⁰². Eşleştirme fişlerinin ilgili üye devlet kurumlarına iletilmesi ve onlara eşleştirme projesi tekliflerinin hazırlanması konusunda tavsiyeler verilmesi, üye devlet tarafından tek başına hazırlanan proje tekliflerinin incelenmesi ve sunulması, Faydalanıcı Devlet Ulusal İrtibat Noktası ile yapılan toplantıların koordinasyonu Üye Devlet Ulusal İrtibat Noktasının sorumluluğundadır¹⁰³.

Faydalanıcı Devlet Ulusal İrtibat Noktası (the Beneficiary National Contact Point), Üye Devlet Ulusal İrtibat Noktasının muadili olarak çalışmaktadır¹⁰⁴. Eşleştirme projesiyle ilgili olarak Komisyon, üye devlet ve faydalanıcı devlet arasında merkezi bir iletişim noktası olarak hareket etmektedir¹⁰⁵.

Üye Devlet Proje Lideri (the Member State Project Leader), “Üye ülke kamu kurumundaki görevine devam ederken, aylık mesaisinin en az üç gününü projenin denetlenmesi ve koordinasyonu için ayıran alanında yetkin

¹⁰¹ European Comission, Twinning Manual, s. 6.

¹⁰² Üye devletler ve faydalanıcı devletler, Ulusal İrtibat Noktalarının adını ve iletişim bilgilerini Eşleştirme Koordinasyon Ekibine iletir. Eşleştirme Koordinasyon Ekibi ise, Üye Devlet Ulusal İrtibat Noktalarının listesini Twinning web sitesinde yayımlar.

¹⁰³ European Comission, Twinning Manual, s. 24-25.

¹⁰⁴ Türkiye’nin Ulusal İrtibat Noktası “Avrupa Birliği Başkanlığıdır”.

¹⁰⁵ European Comission, Twinning Manual, s. 35.

bir üst düzey kamu görevlisidir¹⁰⁶”. Bu tanımdan çıkan ilk sonuç, Üye Devlet Proje Liderinin ad hoc yetkilendirilmiş bir kamu kurumundan seçilemeyecek olmasıdır. İkincisi, Proje Liderinin hem kamu kurumundaki günlük görevlerine devam etmesi hem de eşleştirme projesinin planlanmasına, denetlenmesine ve koordine edilmesine de zaman ayırması beklenmektedir. Bir diğeri, Proje Lideri faydalanıcı devlette bulunmak zorunda değildir. Sonuncusu ise, Proje Liderinin siyasi düzeyde dialog kurmak için yeterli rütbeye sahip, alanında uzman ve yetkin bir kamu görevlisi olması gerekmektedir. Bu çerçevede, bir eşleştirme projesinin doğru ve başarılı bir şekilde uygulanmasının sağlanması ve mali yönetimi Proje Liderinin sorumluluğundadır¹⁰⁷. İlk ve sonraki çalışma planlarının hazırlanması sürecine dahil olması beklenen Üye Devlet Proje Liderinin, eşleştirme projelerinin seçim toplantılarına ve üç ayda bir düzenlenen Proje Yönlendirme Komitesi toplantılarına katılmaları ise zorunludur¹⁰⁸.

Faydalanıcı Devlet Proje Lideri(the Beneficiary Project Leader); “Üye Devlet Proje Liderinin muadili olarak çalışır ve onunla yakın işbirliği içerisinde, projenin genel yönetimi ve koordinasyonunu sağlar¹⁰⁹”. Faydalanıcı devlet tarafından atanan Proje Liderinin ismi Eşleştirme Hibe Sözleşmesi’nde yer almaktadır. Bu nedenle, Proje Liderindeki bir değişiklik Eşleştirme Kılavuzunda belirtilen prosedürler uyarınca yazılı olarak bildirilmelidir¹¹⁰.

*Yerleşik Eşleştirme Danışmanı/YED (The Resident Twinning Adviser/RTA)*¹¹¹; “Kesintisiz bir şekilde proje uygulama süresince faydalanıcı

¹⁰⁶ https://www.ab.gov.tr/eslestirme_204.html, erişim tarihi 11.05.2022.

¹⁰⁷ European Comission, Twinning Manual, s. 25.

¹⁰⁸ European Comission, Twinning Manual, s. 25.

¹⁰⁹ https://www.ab.gov.tr/eslestirme_204.html, erişim tarihi 11.05.2022.

¹¹⁰ European Comission, Twinning Manual, s. 35.

¹¹¹ Yerleşik Eşleştirme Danışmanının bazı niteliklere sahip olması beklenmektedir. Bu bağlamda, öncelikle, Yerleşik Eşleştirme Danışmanının üniversite mezunu olması ya da Birlik müktesebatının veya eşleştirme fişinde ortaya konulan politika hedeflerinin uygulanması konularında en az sekiz yıllık bir çalışma deneyimine sahip olması gerekmektedir. Buna ek olarak, eşleştirme projeleri konusunda bilgili olması, ilgili alanda kurumsal yapılanma ve uygulama deneyimine sahip olması, iletişim ve dil becerilerinin yeterli olması beklenmektedir. Daha fazla bilgi için bkz. European Comission, Twinning Manual, s. 30-31.

ülkede bulunmak ve çalışmak üzere görevlendirilen üye ülke kamu görevlisidir¹¹². Bu tanımdan çıkan ilk sonuç, Yerleşik Eşleştirme Danışmanı faydalanıcı devlete tam zamanlı olarak atanır. Bu sebeple, Faydalanıcı devlette geçerli olan çalışma saati kurallarına tabidir. Diğer, projenin uygulanması için ihtiyaç duyulan günlük faaliyetleri koordine etmek Yerleşik Eşleştirme Danışmanının sorumluluğundadır. Sonuncusu ise, Yerleşik Eşleştirme Danışmanı üye devletin temsilcisi konumundadır. Buna rağmen, görevlerini yerine getirirken yalnızca Birliğin ve faydalanıcı kamu kurumunun çıkarları doğrultusunda hareket etmekle yükümlüdür¹¹³.

Yerleşik Eşleştirme Danışmanı Muadili/YED Muadili (The RTA counterpart), üye devlet ile faydalanıcı devlet arasındaki iletişimi ve bilgi alışverişini kolaylaştırmak amacıyla atanan, YED ile beraber eşleştirme mekanizmasının uygulanmasından sorumlu faydalanıcı devlet kamu kurumu uzmanıdır¹¹⁴. Buna göre, YED Muadili faydalanıcı devleti temsil etmek üzere atanan bir kamu kurumu uzmanıdır. Bu bağlamda YED Muadilinin, eşleştirme projesi kapsamında kullanılan dilde akıcı olması, faydalanıcı kurumun yapısı hakkında bilgi sahibi olması, yürütülen faaliyetlerin organizasyonunu ve uygulanmasını kolaylaştırması beklenmektedir¹¹⁵.

Komisyon, faydalanıcı devlet ile imzalanan bir Finans Antlaşması kapsamında, eşleştirme projesinin uygulanması için ihtiyaç duyulan fonları sağlamakla görevlidir. Bu bağlamda, eşleştirme projesinin seçim sürecinin sona ermesinin ardından proje ortağı olarak seçilen üye devlete (birden fazla seçilmesi durumunda yalnızca lider ortak olan üye devlete), projenin uygulanması için yapılacak harcamalara karşılık gelmek üzere, Eşleştirme Fişinde belirtilen tutarda bir hibe verir¹¹⁶. Dahası, Ulusal İrtibat Noktaları arasında merkezi bir koordinasyon sağlamak Komisyonun sorumluluğundadır. Son olarak Komisyon, yayınlamış olduğu kılavuzlar vasıtasıyla, eşleştirme projelerinin yasal, finansal ve prosedürel çerçevesini belirlemektedir.

¹¹² https://www.ab.gov.tr/eslestirme_204.html, erişim tarihi 13.05.2022.

¹¹³ European Commission, Twinning Manual, s. 29.

¹¹⁴ European Commission, Twinning Manual, s. 35-36.

¹¹⁵ European Commission, Twinning Manual, s. 35-36.

¹¹⁶ European Commission, Twinning Manual, s. 38.

E. Türkiye’de Yürütülen Eşleştirme Projeleri

1. Genel Olarak

Türkiye, ilk olarak 2002 yılında, mali işbirliği programlaması çerçevesinde hazırlanan 11 proje ile eşleştirme projelerinden yararlanmaya başlamıştır¹¹⁷. Sonraki yıllarda çevre, tarım, enerji gibi farklı alanlarda da eşleştirme projeleri başlatılarak uygulaması yaygınlaşmıştır. Avrupa Birliği Bakanlığı (günümüzde Avrupa Birliği Başkanlığı) tarafından yayınlanan raporlara göre Türkiye 2003 yılında 17, 2004 yılında 22, 2005 yılında 7, 2006 yılında 12, 2007 yılında 14, 2008 yılında 12, 2009 yılında 12, 2010 yılında 11, 2011 yılında 6, 2012 yılında 7, 2013 yılında 9, 2014 yılında 12, 2015 yılında 10 olmak üzere toplam 174 eşleştirme projesinden yararlanmıştır¹¹⁸. Bu projelerinden 20’si kısa, 154’ü uzun dönemli eşleştirme projesidir. Kısa dönemli eşleştirme projelerinin 14 tanesi tamamlanmışken, uzun dönemli eşleştirme projelerinin 114 tanesi tamamlanmıştır. Toplamda geri çekilen eşleştirme projesi sayısı 2, iptal edilen eşleştirme projesi sayısı ise 8’dir. 1 kısa dönem, 11 uzun dönem eşleştirme projesi ise devam etmektedir.

Yine, Avrupa Birliği Başkanlığı tarafından Türkiye’de yürütülen eşleştirme projelerinin sektörlere göre dağılımını gösteren bir istatistik yayınlanmıştır¹¹⁹. Buna göre, Türkiye’de yürütülen eşleştirme projelerinden 73 tanesi “adalet ve içişleri” alanındayken; 24’ü “çevre”, 21’si “tarım”, 19’u “finans”, 10’u “ulaştırma”, 7’si “iç pazar”, 5’i “enerji”, 3’ü “sosyal politika”, 2’si “istatistik” ve 1’i “bölgesel politika” alanındadır. İstatistiklere göre Türkiye’de eşleştirme projeleri, en çok adalet ve içişleri alanında uygulanmıştır. Bunlar, “Ulusal Program” öncelikleri doğrultusunda seçilmiştir¹²⁰.

¹¹⁷ 5824 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Avrupa Toplulukları Komisyonu Arasında Katılım Öncesi Yardım Aracı (IPA) ile Temin Edilen Yardımın Uygulanması Çerçevesinde Türkiye Cumhuriyetine Sağlanan Avrupa Topluluğu Mali Yardımlarıyla İlgili İşbirliği Kuralları Hakkında Çerçeve Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun" ve 11 Temmuz 2008 tarihli ilgili Çerçeve Antlaşma, Türkiye’nin eşleştirme projelerinden faydalanmasının çerçevesini belirleyen temel mevzuatlardır.

¹¹⁸ <https://www.ab.gov.tr/40989.html>, erişim tarihi 18.05.2022.

¹¹⁹ <https://www.ab.gov.tr/40989.html>, erişim tarihi 18.05.2022.

¹²⁰ T.C Başbakanlık Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, *Twinning Mekanizması ve Türkiye*, s. 18.

Avrupa Birliği Başkanlığı tarafından yayınlanan istatistik raporuna göre, Türkiye'nin faydalanıcısı olduğu eşleştirme projelerinin %40'ı Almanya'nın "lider ortaklığında" yürütülmüştür¹²¹. Böylece, Türkiye'nin eşleştirme projelerinin uygulanmasında en çok tercih ettiği proje ortağı üye devletin Almanya olduğu görülmektedir. Almanya'yı sırası ile İngiltere, Hollanda, İtalya, İspanya, Fransa, Avusturya, Macaristan, Yunanistan, Danimarka, İsveç, Finlandiya, Litvanya, Slovakya, Polonya, Estonya, Portekiz, Romanya ve Bulgaristan takip eder. Bu devletlerden İsveç, Litvanya, Estonya, Portekiz, Romanya ve Bulgaristan eşleştirme projelerinin yürütülmesinde yalnızca "küçük ortak" olmuşlardır, hiçbir projede "lider ortak" konumunda olmamışlardır.

2. Adalet Bakanlığı Tarafından Yürütülen Eşleştirme Projeleri

Eşleştirme projelerinin amacı, projenin uygulanmasının planlandığı alandaki kurumsal yapının Birlik müktesebatını etkin biçimde uygulayabilecek bir kapasiteye sahip olmasının sağlanmasıdır. Bu bağlamda, "adalet ve içişleri alanı" Birliğin önem verdiği alanların başında gelmektedir. Zira, Kopenhag kriterlerinden "siyasi kriterler" ve "AB müktesebatının iç hukuka aktarılması kriterleri", "adalet ve içişleri alanı" ile doğrudan bağlantılıdır.

Adalet Bakanlığının faydalanıcı kurum olarak yararlandığı başlıca eşleştirme projeleri; "Türkiye'de Adli Yardım Hizmetlerinin Güçlendirilmesi Eşleştirme Projesi", "Organize Suçlarla Mücadelenin Güçlendirilmesi Eşleştirme Projesi", "Türkiye'de Denetimli Serbestlik Hizmetlerinde Çocuklar ve Mağdurlar ile ilgili Çalışmaların Geliştirilmesi Eşleştirme Projesi", "Ceza Adalet Sisteminde Mağdur Haklarının Güçlendirilmesi Eşleştirme Projesi", "Siber Suçlara Karşı Kapasite Geliştirme Eşleştirme Projesi", "Etketif ve Profesyonel Bir Adalet Akademisine Doğru Eşleştirme Projesi", "Türkiye'deki Denetimli Serbestlik Hizmetlerinin Geliştirilmesi Eşleştirme Projesi", "Türkiye'de İstinaf Mahkemelerinin Kurulması Eşleştirme Projesi", "Türkiye'de İfade Alma Yöntemlerinin Geliştirilmesi Eşleştirme Projesi", "Adli Polisinin Kapasitesinin Arttırılması Eşleştirme Projesi", "Kara Paranın Aklanması, Suçun Mali Kaynakları ve Terörizmin Finansmanı Alanında İdari Kapasitenin Arttırılması Eşleştirme Projesi",

¹²¹ <https://www.ab.gov.tr/40989.html>, erişim tarihi, 05.07.2022.

“Emniyet Genel Müdürlüğü Uyuşturucu ve Uyuşturucu Bağımlılığı İzleme Merkezinin İdari Kapasitesinin Güçlendirilmesi Eşleştirme Projesi”, “Örgütlü Suçlarla Mücadelede Polis ve Jandarmanın Soruşturma Kapasitesinin Artırılması Eşleştirme Projesi”, “Sınır Polisinin Eğitimi Eşleştirme Projesi”, “Bilirkişi Sisteminin Geliştirilmesi Eşleştirme Projesi”, “Kitle İletişim Araçları ve Yargı Arasında Geliştirilmiş İlişkiler Eşleştirme Projesi”, “Yasadışı Göçle Mücadele ve Yasadışı Göçmenler İçin Nakil Merkezlerinin Kurulması Konularında Türkiye’nin İdari Kapasitesinin Güçlendirilmesi Eşleştirme Projesi”, “İcra Takibat Ofislerinin Kapasitesinin Geliştirilmesi Eşleştirme Projesi”, “Türkiye’de Suç Analizi ve Önleme Kapasitesinin Geliştirilmesi Eşleştirme Projesi”, “Kara Paranın Aklanması ile Mücadele Eşleştirme Projesi”, “Cezaevlerinde Tatbiki Servislerin İyileştirilmesi Eşleştirme Projesidir”. Bu çalışmada, Türkiye’nin “adalet ve içişleri” alanında yürütmüş olduğu projelerden “Ceza Adalet Sisteminde Mağdur Haklarının Güçlendirilmesi Eşleştirme Projesi” örnek olarak seçilmiştir.

3. Ceza Adalet Sisteminde Mağdur Haklarının Güçlendirilmesi Eşleştirme Projesi

20. Yüzyılın ikinci yarısından itibaren ceza muhakemesinde sanığın konumu ve hakları bilimsel ve politik tartışmalara konu edilmiş ve bu konuda önemli hukuki düzenlemeler getirilmiştir¹²². Ne yazık ki, aynı dönemlerde, hem AB üyesi devletlerde hem de Türkiye’de mağdur ceza muhakemesinin bir süjesi olarak yeterince dikkate alınmayarak ihmal edilmiştir¹²³. Bu durum, “her suçun mağdurunun devlet olduğu” yönündeki klasik ceza hukuku anlayışından kaynaklanmıştır¹²⁴. Ancak, bu anlayış günümüzde artık terk edilmiştir. Modern ceza hukukunda suçun mağduru, suçun konusunun sahibi olan bireydir.

Suçun gerçek mağdurunun birey olduğu yönündeki anlayışın kabul görmesiyle beraber, 1970’lerden itibaren, hem Avrupa’da hem Amerika’da

¹²² Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. B., (İstanbul: Beta, 2018), s. 931.

¹²³ Antony Pemberton and Marc S. Groenhuijsen, “Developing Victim’s Rights Within the European Union: Past, Present and Future”, ed. G. Kirchhoff, *Proceedings of the 13th World Society of Victimology Symposium*, (Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2011), Elecccttronicccopyyavvailaleatt:https://ssrn.com/abstract=11947236, erişim tarihi 14.06.2022, s. 1.

¹²⁴ Centel, Zafer, a.g.e., s. 931; Olgun Değirmenci, “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları”, *TBB Dergisi*, S. 77, (2008), s. 34.

hem de uluslararası düzeyde mağdur hakları pozitif metinlerde yer almaya başlamıştır. Bizim çalışmamız açısından önem arz eden konu ise, Avrupa Birliği'nin mağdur haklarının korunması amacıyla çıkarmış olduğu hukuki düzenlemeler ve tesis ettiği kurumsal yapılardır.

Avrupa Birliği'nde, suç mağdurunun ceza muhakemesindeki konumunun belirlenmesine ilişkin asgari standartların oluşturulması ve suç failleri karşısında dezavantajlı duruma düşmelerinin engellenmesi amacıyla çerçeve karar, direktif, tavsiye ve görüş gibi hukuki enstrümanlardan yararlanılmıştır. 15 Mart 2001 tarihli "Ceza Muhakemesinde Mağdurun Konumuna İlişkin Avrupa Birliği Konseyi Çerçeve Kararı"¹²⁵, 29 Nisan 2004 tarihli "Suç Mağdurlarına Tazminat Ödenmesine İlişkin Avrupa Birliği Konseyi Direktifi"¹²⁶, 2009 Stockholm Programı¹²⁷, Lizbon Antlaşması¹²⁸, 25 Ekim

¹²⁵“ The Council of The European Union Framework Decision of 15 March 2001 On the Standing of Victims in Criminal Proceedings 2001/220/JHA, Official Journal L 082, 22.03.2001”. Söz konusu Çerçeve Karar, “her üye devleti, ceza muhakemesinde mağdurlara saygılı bir şekilde muamele edilmesini güvence altına almak amacıyla her türlü çabayı sarf etmekle” yükümlü kılmıştır. Bu bağlamda, üye devletler mağdurların anlaşılan dillerde ifade vermeleri (anlama ve anlaşılma hakkı olarak ifade edilebilir), delil sunmaları, ihtiyaç duydukları bilgilere erişimleri (bilgi edinme hakkı), danışmanlık hizmetlerinden ve adli yardımlardan ücretsiz faydalanmaları, ceza muhakemesi sırasında zararlarını tazmin etmeleri gibi haklarını güvence altına almakla yükümlüdürler. Dahası, üye devletlerin mağdur destek kuruluşlarının oluşturulması, adli personelin eğitilmesi gibi teşvikler yoluyla mağdurun, ceza muhakemesindeki işlemler hususunda ikinci bir mağduriyet yaşamalarını engellemesi beklenmektedir.

¹²⁶“ Council Directive 2004/80/EC of 29 April 2004 relating to compensation to crime victims, Official Journal L 261/15, 06.08.2004”. Söz konusu Direktif, suç mağdurunun, özellikle şiddet suçu mağdurunun, hangi üye devlette bulunuyor olursa olsun zararlarını tazmin etme hakkına ve imkanına sahip olmasını, bu mümkün olmazsa zararının suçun işlendiği üye devlet tarafından karşılanması gerektiğine ilişkin düzenlemeleri içermektedir.

¹²⁷ 2009 Stockholm Programı, üye devletlere ve Komisyona suç mağdurlarına yönelik farklı yaklaşımların birleştirilmesi ve koordine edilmesi çağrısında bulunmuştur. Suç mağdurlarının haklarının korunmasına ilişkin mevzuatların ve politikaların güçlendirilmesi, bu konuda araştırmaların artırılması gerekliliğinden bahsetmiştir. Bkz. “The Stockholm Programme an Open and Secure Europe Serving and Protecting Citizens”, Official Journal C 115/1, 04.05.2010.

¹²⁸ Lizbon Antlaşması'nın 82(2/c) maddesinde mağdurlarından özel olarak bahsedilmiştir. Bu düzenlemeye göre “Avrupa Parlamentosu ve Konsey, olağan yasama usulü uyarınca hareket ederek, direktifler vasıtasıyla”, mağdur haklarının

2012 tarihli “Suç Mağdurlarının Hakları, Desteklenmesi ve Korunması Hakkında Asgari Standartların Oluşturulmasına İlişkin Avrupa Birliği Parlamentosu ve Konseyi Direktifi¹²⁹” bu düzenlemelerden bazılarıdır. Bahse konu düzenlemeler vasıtasıyla Birlik, AB vatandaşlarının serbest dolaşım haklarından tam olarak yararlanabilmelerini sağlamak ve vatandaş oldukları üye devletten farklı bir üye devlette suç mağduru olmaları durumunda dezavantajlı duruma düşmelerini engellemek için mağdur haklarının korunması hususunun asgari standartlarını tesis etmeye çalışmıştır. Bu çerçevede, Avrupa Birliği üyeliğine aday bir devlet olarak Türkiye’nin, mağdur haklarının korunmasına ve desteklenmesine yönelik olarak Birlik tarafından standartlaştırılmış düzenlemeleri benimsemesi beklenmektedir.

Şöyle ki, AB koşulsallığı Kopenhag kriterlerinin Avrupa Birliği üyeliğine aday bir devlet olarak Türkiye tarafından yerine getirilmesini gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda, Kopenhag kriterlerinden “Avrupa Birliği Müktesebatına uyum” mağdur hakları konusunda Türk ceza adalet sistemi ile Birlik müktesebatı arasında herhangi bir çatışmanın olmamasını gerektirmektedir. Dahası, sanık ve mağdur haklarının dengelenmesi, mağdurun uğradığı zararın ceza muhakemesi içinde ya da dışında tazmini amacıyla AB’ye paralel, güçlü bir kurumsal yapının tesisi elzemdir. Bu hususta ise, uzun vadeli ve geniş kapsamlı bir kurumsal yapılanma mekanizması olan eşleştirme projelerine önemli bir rol düşmektedir. Zira, eşleştirme projeleri vasıtasıyla suç mağdurunun hakları, desteklenmesi ve korunması amacıyla kabul edilen Avrupa Birliği mevzuatlarını etkin bir şekilde uygulayan üye devlet kurumu ile bu seviyeye ulaşması hedeflenen Türkiye kurumu eşleştirilerek, Türkiye’nin Birlik hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlayan verimli ve işleyen bir kurumsal kapasiteye ulaşması sağlanabilir.

korunması amacıyla, kararların karşılıklı tanınmasının ve cezai konularda işbirliğinin kolaylaştırılmasına yönelik asgari normları belirleyebilir.

¹²⁹ “Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA, Official Journal L 315, 14.11.2012”. Söz konusu Direktif “Ceza Muhakemesinde Mağdurun Konumuna İlişkin Avrupa Birliği Konseyi Çerçeve Kararının” yerini almak üzere kabul edilmiştir. Direktifte yer alan mağdur hakları, Çerçeve Karardaki düzenlemeler ile benzerlik göstermektedir.

“Ceza Adalet Sisteminde Mağdur Haklarının Güçlendirilmesi Eşleştirme Projesi (CEMRE)”, IPA II çerçevesinde, “Adalet, İçişleri ve Temel Haklar” alanında, “Mağdur Hakları Daire Başkanlığı” tarafından hazırlanan ve 20 Nisan 2017-18 Haziran 2019 tarihleri arasında gerçekleştirilen bir eşleştirme projesidir¹³⁰. Bu Proje ile, suç mağdurunun haklarına ilişkin Birlik müktesebatını etkin bir şekilde uygulayan üye devletlerden biri olan İspanya Krallığı’nın Adalet Bakanlığı ile bu seviyeye ulaşması hedeflenen Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı eşleştirilmiştir.

Görüldüğü üzere, projenin faydalanıcı devleti Türkiye, proje ortağı üye devlet İspanya Krallığı’dır. Projenin faydalanıcı kurumu ise Adalet Bakanlığıdır. Adalet Bakanlığının yanı sıra, pilot adliye olarak seçilen “İstanbul Anadolu, İzmir, Samsun, Adana, Malatya, Eskişehir ve Rize Adliyeleri” Projenin eş faydalanıcı kurumlarıdır¹³¹.

Projenin amacı, “adli süreçte mağdurlara ve özellikle kırılgan gruplara yönelik onarıcı adalet ve sosyal hukuk devleti ilkeleri çerçevesinde etkin, sürdürülebilir ve ulaşılabilir mağdur destek sistemi kurulmasına katkı sağlamaktır¹³²”. Bunun için AB tarafından öngörülen bütçe “2 milyon 90 bin Euro” olmuştur.

Proje kapsamında öngörülen amaca ulaşmak için hedeflenen ve Projenin tamamlanmasının ardından elde edilen zorunlu çıktılarından ilki, 2013 yılında kurulan “Mağdur Hakları Daire Başkanlığının¹³³” 2019-2023 tarihleri arasında gerçekleştirmeyi hedeflediği faaliyetlerini gösteren Stratejik Planının hazırlanmasıdır¹³⁴. İkincisi, “Mağdurlara Yönelik Hak ve Hizmetler

¹³⁰ “TR 14 IB JH 02 Strengthening the Victims’ Rights in Criminal Justice System”.

¹³¹ Ceza İşleri Genel Müdürlüğü, Projeler, “Ceza Adalet Sisteminde Mağdur Haklarının Güçlendirilmesi Eşleştirme Projesi”, <https://cigm.adalet.gov.tr/Home/SSSorularDetay/17>, erişim tarihi 07.06.2022.

¹³² Ceza İşleri Genel Müdürlüğü, Projeler, “Ceza Adalet Sisteminde Mağdur Haklarının Güçlendirilmesi Eşleştirme Projesi”.

¹³³ Yerine, “10 Haziran 2020 tarihli ve 63 sayılı Suç Mağdurlarının Desteklenmesine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” ile birlikte “Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Dairesi Başkanlığı” kurulmuştur.

¹³⁴ Stratejik Plana göre, Bakanlığın mağdur haklarının korunmasına yönelik olarak kabul ettiği iki politika hedefi bulunmaktadır. Bunlar; “mağdur haklarına ilişkin mevzuat çerçevesinin oluşturulması ve adli görüşme odalarının ülke genelinde yaygınlaştırılmasıdır”. Bkz. Stratejik Plan, s. 9.

Kılavuzunun” hazırlanmasıdır¹³⁵. Üçüncüsü, Mağdur Hakları Daire Başkanlığı tarafından hazırlanan “Mağdura Yaklaşım Kılavuzunun” Proje çerçevesinde yenilenmesidir¹³⁶. Diğeri, “www.magdur.gov.tr” internet sitesinin hazırlanmasıdır¹³⁷. Bu site ile mağdurların sahip oldukları haklara ve yararlanabilecekleri hizmetlere ilişkin bilgilere kolay erişebilmeleri amaçlanmıştır. Proje sonucunda elde edilen diğer bir çıktı; mağdur hakları alanında eğitim veren farklı kurumlardan 150 eğitici ile hakim, Cumhuriyet savcısı, katip ve sosyal hizmet görevlilerinden oluşan 150 kişilik bir gruba iki ayrı eğitimin düzenlenmesidir¹³⁸. Son olarak, “aile içi şiddet, cinsel suçlar, göçmen kaçakçılığı, malvarlığına karşı suçlar ve trafik kazaları mağdurlarına yönelik olarak bilgilendirici ve yönlendirici broşürler” Proje çıktısı olarak hazırlanmıştır¹³⁹.

Görüldüğü üzere, İspanya Krallığı’nın proje ortaklığında yürütülen bu eşleştirme Projesi ile mağdur haklarının korunması için Avrupa Birliği mevzuatları ile uyumlu, etkili ve işleyen bir Türk ceza adalet sistemi kurulmaya çalışılmış; Türkiye’nin AB hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlayan verimli, etkin ve ulaşılabilir bir kurumsal kapasiteye ulaşması amaçlanmıştır.

¹³⁵ Söz konusu Kılavuz, çocuk ve yetişkin mağdurlar için ayrı ayrı hazırlanmış ve basılmıştır. “Yetişkinler İçin Mağdur Hakları Kılavuzunda” mağdurlara adli süreç ve bu süreçte sahip oldukları haklar anlatılmış; ücretsiz avukat atanması, tıbbi ve psikolojik yardım hakları ile zararlarının tazmini için başvurabilecekleri yöntemler gösterilmiştir. Mağdurların “Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Genel Müdürlüklerinden” destek alabilmeleri için gereken şartlar ve usuller, adli görüşme odalarının işleyişi, mağdurlara yönelik koruyucu ve önleyici tedbirler, “Şiddet Önleme ve İzleme Merkezleri” Kılavuzda yer alan diğer düzenlemelerdendir.

¹³⁶ Söz konusu kılavuz ile “adli süreçte mağdura hizmet sunan görevlilerin, mağdurla iletişimde belirlenen ilkeler” altında, uygun tutum ve davranışlarla hizmet sunmaları amaçlanmıştır.

¹³⁷ Site adı “www.magdur.adalet.gov.tr” olarak değiştirilmiştir.

¹³⁸ Ceza İşleri Genel Müdürlüğü, Projeler, “Ceza Adalet Sisteminde Mağdur Haklarının Güçlendirilmesi Eşleştirme Projesi”.

¹³⁹ Ceza İşleri Genel Müdürlüğü, Projeler, “Ceza Adalet Sisteminde Mağdur Haklarının Güçlendirilmesi Eşleştirme Projesi”.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Son yıllarda, bilgi ve iletişim teknolojilerinde yaşanan gelişmeler neticesinde toplumsal değişimin hızlandığı ve buna paralel olarak da suçun git gide büyüyen, değişen ve gelişen bir problem olarak karşımıza çıktığı görülmektedir. Bu durumun ve küreselleşme, Avrupalılaşma, Amerikanlaşma gibi eğilimlerin etkisiyle devletlerin, aralarında doğrudan bir ilişki olmasa dahi, belirli ortak sorunları paylaştığı görülmektedir. Bu nedenle, doğal olarak, Avrupa’da ve dünyanın birçok bölgesinde ceza hukuku başta olmak üzere çeşitli hukuk kurallarının uyumlaştırılması ve yakınlaştırılması yakınsama sürecinin bir parçası olarak karşımıza çıkmaktadır. En genel anlamı ile benzeme süreci olarak tanımlanan yakınsama, aslında devletleri belirli bir hukuk sistemini model olarak benimsemeye zorlamamaktadır.¹⁴⁰ Buna rağmen günümüzde; rekabet baskısı, uyum isteği, meşruluk baskısı, politik talepler ya da uluslararası hukuktan kaynaklanan yasal yükümlülükler gibi farklı sebeplerle devletler, çeşitli mekanizmalar ve vasıtalar aracılığıyla Amerikanlaşmaya ya da Avrupalılaşmaya zorlanmaktadır.¹⁴¹

Avrupa bölgesi sınırları içerisinde yaşanan toplumsal, kurumsal, politik ve yasal alanlarda işbirliğini, uyumlaşmayı ve yakınlaşmayı gerektiren etki, olay ve değişimler bütünü olarak tanımlanabilen Avrupalılaşma; yalnızca Avrupa Birliği’ne özgü bir süreç değildir. Avrupa Birliği’nin yanı sıra Avrupa Konseyi, Birleşmiş Milletler, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Avrupalılaşma sürecine önemli katkılarda bulunmaktadır. Bununla birlikte, kanaatimizce, ceza hukukunun Avrupalılaşmasını Avrupa Birliği’nden bağımsız olarak düşünmek mümkün değildir. Zira, ceza hukukunun Avrupalılaşması tarihsel süreç içerisinde Birlik ilke ve Politikalarından etkilenecek Antlaşmalar, Antlaşma revizyonları ve Adalet Divanının içtihatları yoluyla yavaş yavaş ortaya çıkmış, değişmiş ve gelişmiş bir kavramdır.

Ceza hukukunun Avrupalılaşması, üye devletler ve aday üye devletler için farklı biçimlerde gerçekleşmektedir. Temel Avrupalılaşma mekanizması üye devletler için Birliğin supranasyonal yetkisine dâhil alanlarda yaptırımlarken, aday üye devletler için “koşulsallık” kavramıdır. Koşulsallık,

¹⁴⁰ Wolfgang Wiegand, “Americanization of Law: Reception or Convergence?”, ed. Lawrence M. Friedman, Harry N. Scheiber, *Legal Culture and the Legal Profession*, (Colorado: Westview Press, 1996), s. 147.

¹⁴¹ Wiegand, a.g.e., s. 148.

Avrupa Birliği'ne tam üye olmak isteyen bir devletin, Birlik tarafından kendisine karşı ileri sürülen tüm koşulları kabul etmesini gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda, AB koşulsallığı, "Kopenhag kriterlerinin" aday üye devletler tarafından yerine getirilmesini gerektirmektedir. AB koşulsallığının etkinliği ise, politika transferi vasıtasıyla sağlanabilir. Zira, yükümlü politika transferinin en tipik örneği Avrupa Birliği'dir. Yükümlü politika transferi bağlamında aday üye devletler, Kopenhag kriterlerinde ve müzakere çerçeve belgelerinde belirtilen, Birliğin ilke ve politikaları doğrultusunda hazırlanan reformları çeşitli enstrümanlar vasıtasıyla hayata geçirmeye zorlanmaktadır. Bu enstrümanlardan birisi olarak karşımıza çıkan eşleştirme, faydalanıcı devlet ve üye devlet arasındaki yakın ve özel bir kurumsal işbirliği projesidir.

Eşleştirme, Komisyon ile ortaklaşa kararlaştırılan zorunlu çıktıları elde etmek amacıyla ilgili kamu kurumları ile üye devletlerin ve eşleştirme projelerinden yararlanan devletlerin yetkilendirilmiş organları arasındaki işbirliğine dayanan bir kurumsal yapılanma aracıdır¹⁴². Temel mantığı, Avrupa Birliği mevzuatını etkin şekilde uygulayan üye devlet kamu kurumu ile bu seviyeye ulaşması hedeflenen faydalanıcı devlet kurumunun 'eşleşmesidir'. Bu bağlamda eşleştirme mekanizması, olumsuz koşulsallıktan (reformda geride kalan cezalandırılardan) ziyade olumlu koşulsallığı (reformlar ödüllendiriliri) destekleyen bir politikanın bir parçasıdır¹⁴³.

Avrupa Birliği üyeliğine aday bir devlet olarak Türkiye, 2002 yılından itibaren eşleştirme projelerinden yararlanmaktadır. Bu kapsamda, çevre, tarım, enerji, adalet ve içişleri gibi farklı alanlarda toplam 174 eşleştirme projesinden yararlanmıştır. Bu projelerden 73 tanesi adalet ve içişleri alanındadır. Türkiye'nin "adalet ve içişleri" alanında yürütmüş olduğu projelerden "Ceza Adalet Sisteminde Mağdur Haklarının Güçlendirilmesi Eşleştirme Projesi", 2017-2019 yılları arasında, İspanya Krallığı'nın proje ortaklığında yürütülmüştür. Bu Projeye Türkiye'de, mağdur haklarının korunması için Avrupa Birliği mevzuatları ile uyumlu, etkili ve işleyen bir ceza adalet sistemi kurulmaya çalışılmıştır. Bu amaçla, suç mağdurunun haklarına ilişkin Birlik müktesebatını etkin bir şekilde uygulayan üye devletlerden biri olan İspanya Krallığı'nın Adalet Bakanlığı ile bu seviyeye ulaşması hedeflenen Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı eşleştirilmiştir.

¹⁴² https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/tenders/twinning_en, erişim tarihi 19.04.2022.

¹⁴³ Tomalová, Tulmets, a.g.e., s. 383.

Bu kapsamda, adli süreçte mağdurlara hizmet sunan personellere yönelik eğitimler düzenlenmiş, mağdurlara yönelik sahip oldukları hakları ve sunulan hizmetleri gösterir kılavuzlar ve broşürler hazırlanmış, bu kılavuzlara ve ihtiyaç duyacakları diğer bilgilere kolay erişebilmeleri amacıyla bir web sitesi kurulmuştur. Böylece, eşleştirme tamamlandığında, Türkiye'nin mağdur haklarına ilişkin Birlik mevzuatından kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlayan etkin, sürdürülebilir ve ulaşılabilir bir kurumsal kapasiteye sahip olması için çaba gösterilmiştir.

KAYNAKÇA

- Bayraktar, Köksal, “Uyuşturucu Maddeler ve Suç Siyaseti”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 51, S. 1-4, (1985), ss. 45-64.
- Biondi, Andrea, Eeckhout, Piet and Ripley, Stefanie, *EU After Lizbon*, Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Bomberg, Elizabeth, John Peterson, “Policy Transfer and Europeanization: Passing the Heineken Test?”, *Queen’s Papers on Europeanization*, C. 2, (2002), ss. 1-43.
- Bostancı Bozbayındır, Gülşah, *Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği Ceza Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Bozkurt, Enver, Özcan, Mehmet ve Köktaş Arif, *Avrupa Birliği Hukuku*, 6. B., Ankara, Yetkin, 2012.
- Bulmer, Simon, Dolowitz, David, Humphreys, Peter and Padgett, Stephen, *Policy Transfer in European Union Governance ‘Regulating the utilities’*, Oxon, Routledge, 2007.
- Centel, Nur ve Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. B., İstanbul: Beta, 2018.
- Ceza İşleri Genel Müdürlüğü, Projeler, “Ceza Adalet Sisteminde Mağdur Haklarının Güçlendirilmesi Eşleştirme Projesi”, <https://cigm.adalet.gov.tr/Home/SSSorularDetay/17>, erişim tarihi 07.06.2022.
- Chaves Mariana, *The Evolution of European Union Criminal Law (1957-2012)*, London: The London School of Economics and Political Science, Doktora Tezi, 2012.
- Değirmenci, Olgun, “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları”, *TBB Dergisi*, S. 77, (2008), ss. 33-86.
- Dolowitz, David, Greenwold, Stephen and Marsh, David, “Policy Transfer: Something Old, Something New, Something Borrowed, But Why Red, White And Blue?”, *Parliamentary Affairs, Oxford Journals*, C. 52, (1999), ss. 719-730.
- Dolowitz, David and Marsh, David,, “Who Learns What From Whom: A Review of the Policy Transfer Literature”, *Political Studies*, C. XLIV, (1996), 343-357.
- Erdem, Mustafa Ruhan, *Avrupa Birliği Hukuku’nun Üye Devletlerin Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna Etkileri*, Ankara: Seçkin, 2004.
- Erdem, Mustafa Ruhan, “Lizbon Antlaşması ve Avrupa Ceza Hukuku’nun Geleceği”, *Journal of Yasar University, Özel Sayı (Aydın Zevkliler Armagani)*, C. 8, (2013), ss. 1019-1098.

- Erdenir, F.H. Burak, "Uzun İnce Bir Yol: Türkiye'nin Avrupalılaşma Süreci", *Uluslararası İlişkiler*, C. 12, S. 45, (2015), ss. 23-38.
- European Council, *European Council in Copenhagen 21-22 June 1993*, Conclusion of the Presidency, 1/S-93, https://www.ab.gov.tr/files/_files/Zirve_Bildirileri/co_en_1993.pdf, erişim tarihi 30.05.2022.
- European Comission, *Twinning Manual (Revision 2017-Update 2020)*, 2020, https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/system/files/2020-09/twinning_manual_2017_update_2020.pdf, erişim tarihi 16.04.2022.
- Gruodyte, Edita and Kairiene, Ingrida, "The Europeanisation of Criminal Law in the Member States", *Administrativa un Kriminala Justicija*, C. 2, S. 47, (2009), ss. 32-40.
- Hang, Nguyen Thi Thuy, "Europeanization: Simply A Top-Down Process?", *Marmara Journal Of European Studies*, V. 19, N. 1, (2011), ss. 135-151.
- İnan Orman, Merve, *Avrupa Birliği'nde Organize Suçluluk Mevzuatlarının Uyumlaştırılması ve Yakınlaştırılması*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Karanikolas, Spyridon, *The Impact of EU Criminal Law on the Greek Criminal Justice System*, London: University of London Queen Mary, Doktora Tezi, 2011.
- Kaymas, Serhat, Türkiye'nin Avrupalılaşma Süreci ve Diplomasi Muhabirleri: Diplomasi Muhabirleri Türkiye'nin Avrupalılaşması Üzerine Nasıl Bir Katkı Sunabilirler?, *E-Journal of Intermedia*, Cilt: 2, Sayı: 1, (2015), ss. 235-264.
- Klip, Andre, *European Criminal Law*, 2. b., Cambridge: Intersentia Publishing, 2012.
- Long, Nadja, "Towards a European Criminal Law Code?", http://aei.pitt.edu/33502/1/20110912111748_EipascopeSpecialIssue_Art10.pdf, erişim tarihi 21.05.2022, ss. 49-52.
- Mitsilegas, Valsamis, *EU Criminal Law*, Portland: Hart Publishing, 2009.
- O'Connor, Steven and Kowalski, Robert, "On Twinning: The Impact of Naming an EU Accession Programme on the Effective Implementation of Its Projects", *Public Administration and Development*, S. 25, (2005), ss. 437-443.
- Oliveira, Osmany Porto de and Faria, Carlos Aurélio Pimenta de, "Policy Transfer, Diffusion, and Circulation", *Research Traditions and the State of the Discipline in Brazil*, *Novos Estud, Cebrap, São Paulo*, C. 36, (2017), ss. 13-32.
- Olsen, Johan P., "The Many Faces of Europeanization", *JCMS*, V. 40. N. 5, (2002), ss. 921-952.

- Ouwerkerk, Jannemieke, "Criminal Justice beyond National Sovereignty. An Alternative Perspective on the Europeanisation of Criminal Law", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, C. 23, (2015), ss. 11-31.
- Papadimitriou, Dimitris G., "Exporting Europeanisation: EU enlargement, the Twinning Exercise and Administrative Reform in Eastern Europe", Turin: *European Consortium for Political Research- Joint Sessions*, (22-27 Nisan 2002).
- Pemberton, Antony and Groenhuijsen, Marc S., "Developing Victim's Rights Within the European Union: Past, Present and Future", ed. G. Kirchhoff, Proceedings of the 13th World Society of Victimology Symposium, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2011, Elelectroniccopyyavvailaleatt:https://ssrn..com//absttractt=11947236, erişim tarihi 14.06.2022.
- Raus, Davor, *EU Criminal Law in the Lisbon Treaty*, Saarbrücken: Lambert Academic Publishing, 2012.
- Rose, Richard, "What is Lesson-Drawing?", *Journal of Public Policy*, C. 11, S.1, (1991), ss. 3-30.
- Sobacı, Mehmet Zahid, "Avrupa Birliği Koşullılığının Etkinliği Bağlamında Türkiye'de Reform Üzerine Bir Analiz", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, C. 10, N. 1, (2011), ss. 85-100.
- Sobacı, Mehmet Zahid, "Politika Transferi Bağlamında Kamu Yönetiminde Neo-Liberal Reformların Yayılması: Açık Toplum Enstitüsünün Rolü", *Sosyo Ekonomi*, C. 16, S. 16, (2011), ss. 192-210.
- Sobacı, Mehmet Zahid, *İdari Reform ve Politika Transferi 'Yeni Kamu İşletmeciliğinin Yayılışı'*, Bursa: Dora, 2014.
- Soyaltın, Diğdem, *Avrupalaşma ve Türkiye'nin Dönüşüm Süreci*, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2006.
- T.C Başbakanlık Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, *Twinning Mekanizması ve Türkiye*, Ankara, Ofset Fotomat, 2011.
- The American Academy of Pediatrics, Technical Report, "The Impact of Marijuana Policies on Youth: Clinical, Research, and Legal Update", 2015, s. 774, <https://publications.aap.org/pediatrics/article/135/3/e769/75418/The-Impact-of-Marijuana-Policies-on-Youth-Clinical?autologincheck=redirected>, erişim tarihi 02.04.2022.
- Tomalová, Eliska and Tulmets, Elsa, "Twinning Project: Analysing the Experience of "old" EU Member States and Evaluating the Benefits of Twinning Out for the

- 'new 'EU Member States'', *Institutional Dynamics and the Transformation of Executive Politics in Europe*, ed. Morten Egeberg, Mannheim: CONNEX, 2007, ss. 379-428.
- Vervaele, John A.E., "The Europeanisation of Criminal Law and the Criminal Law Dimension of European Integration, *European Legal Studies*, C. 3, (2005), ss. 1-28.
- Vink, Maarten P., "What is Europeanisation? And Other Questions on a New Research Agenda", *European Political Science*, (January 2005), ss. 63-74.
- Vink, Maarten P. and Grazian, Paolo, "Challenges of a New Research Agenda", in the *Europeanization: New Research*, ed. Paolo Graziano, (Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2008), ss. 3-20.
- Wieczorek, Irene, "Punishment, Deprivation of Liberty and the Europeanization of Criminal Justice", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, C. 25, S. 6, (2018), ss. 651-654.
- Wieczorek, Irene, "EU Constitutional Limits to the Europeanization of Punishment: A Case Study on Offenders 'Rehabilitation'", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, S. 25, C. 6, (2018), ss. 655-671.
- Wiegman, Wolfgang, "Americanization of Law: Reception or Convergence?", ed. Lawrence M. Friedman, Harry N. Scheiber, *Legal Culture and the Legal Profession*, Colorado: Westview Press, 1996, ss. 137-152.
- Yazgan, Hatice, "Bir Kavramsal Çerçeve Olarak "Avrupalılaşıma": Kapsam, Gerekliklik ve Sınırlar", *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 12, S. 4, (2012), ss. 123-140.
- Yıldız, Naciye, "Türkiye'nin Avrupalılaşması", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 44, S. 4, (2011), ss. 69-98.

SPOR MÜSABAKALARINDA GÖREV YAPAN HAKEMLERİN CEZA SORUMLULUĞU

Criminal Liability of Referees in Sports Competitions

Gürkan ÖZOCAK*

ÖZ

Spor faaliyetlerine katılan sporcu, antrenör, yönetici gibi spor süjelerinin fiilleri, ilgili federasyonun talimatlarına aykırı olabileceği gibi, bu fiiller bir ceza normunu ihlal ettiklerinde bu kişilerin ceza sorumlulukları da ortaya çıkabilmektedir. Bu spor süjelerinin en önemlilerinden birisi de hakemlerdir. Özellikle spor müsabakasını yönetme görevini üstlenen ve oyun üzerinde tam hâkimiyete sahip olan hakemlerin ceza sorumluluğunun ayrıca ele alınması son derece önemlidir. Hakemlerin spor müsabakaları esnasında veya spor faaliyetiyle ilgili işleyebilecekleri kasten veya taksirle yaralama, mala zarar verme, hakaret, tehdit, şike ve teşvik primi gibi birçok suçtan bahsedilebilir. Bununla beraber, hangi suç olursa olsun, Türk hukukundaki düzenlemeler uyarınca, hakemler işlemiş oldukları fiiller bakımından “*kamu görevlisi*” sayılmakta ve ceza sorumlulukları buna göre belirlenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Spor hukuku, Hakemin ceza sorumluluğu, kasten yaralama, taksirle yaralama, şike ve teşvik primi.

ABSTRACT

Actions of the key persons in sports such as athletes, coaches, trainers, managers, may both constitute contradiction to the regulations of the relevant federation and bring about criminal liability. One of the most important key persons in sports are the referees. It is crucial to analyze the state of the referees, in terms of criminal liability, who have the essential role of managing the games and thus full control over the game. Moreover, the crimes such as intentional or reckless injury, damage to property, offense of libel (insult), offence of threat and also match-fixing which referees may commit during the

Makalenin Geliş Tarihi: 28.08.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 27.09.2022.

* Dr. Avukat, e-posta: gurkanozocak@gmail.com, ORCID: 0000-0002-5098-7697.

games or at various times are of the importance and requires to put emphasis on. However, regardless of the type of crime committed in accordance with the regulations in Turkish law, referees are considered as “*public officials*” and their liability in terms of the committed crime must be evaluated on such basis.

Keywords: Sports law, Criminal liability of referees, Intentional injury, Reckless injury, Match-fixing.

I. GİRİŞ

Spor faaliyetleri, yalnızca bu faaliyetleri icra eden sporcular yönünden sonuç doğurmazlar. Doğası ve rekabetçi yapısı gereği, özellikle geniş kitlelerin ilgisini çeken spor branşları yönünden, spor faaliyetlerine çok sayıda aktör ya da spor süjesi katılmaktadır. Spor süjeleri sporcular başta olmak üzere antrenörler ya da teknik kişiler, spor kulüplerinin ve spor federasyonlarının yöneticileri, gözlemci, temsilci gibi federasyon görevlileri, masör, malzemeci, tercüman gibi spor kulübü çalışanları ve hatta taraftarlar şeklinde sayılabilecek oldukça geniş bir insan topluluğunu ifade etmektedir. Hiç kuşku yok ki, bu insan topluluğunun ve spor faaliyetlerinin en önemli bileşenlerinden biri de hakemlerdir.

Hakemler, en basit tanımlamayla, bir spor müsabakasını yöneten, önceden belirlenen oyun kurallarını o spor müsabakası yönünden uygulamakla görevlendirilmiş ve müsabaka yönetimi neticesinde kazanan ve kaybedeni belirleyen kimselerdir. Bu yönüyle bir hakemin ilgili spor müsabakası esnasında spor alanı içerisindeki en yetkili kişi olduğu, müsabaka yönünden adaleti sağlamakla yükümlü bulunduğu, dolayısıyla geniş bir yetkinin yanı sıra çeşitli sorumluluklarla donatılmış olduğu tartışmasızdır.

Spor faaliyetleri esnasında ortaya çıkan ihlallere, kural olarak sportif yaptırım uygulanır. Bunun anlamı şudur: Sporun kendine has ve dinamik yapısı, zaman içerisinde spor alanının kendi kurallarını yaratmasına sebebiyet vermiş, bunun neticesinde de ‘spor yargısı’ adı verilen farklı bir alan ortaya çıkmıştır. Spor yargısının ortaya çıkmasındaki temel sebep, sportif ihlallerin, sporu bilen kişilerce verilecek kararlarla, o spor dalında yetkili spor federasyonu tarafından belirlenmiş kurallarla ve mümkün olan en hızlı biçimde çözülmesi ihtiyacıdır. Bu ihtiyaç, önce “*talimatlar hukuku*” şeklinde örgütlenen spor hukuku alanını, bunun ardından da genel itibarıyla kendine özgü bir tahkim yargılaması biçimde yapılan bir ‘spor yargısı’na ortaya

çıkarmıştır. Tam da bu ihtiyaç ve yapılanma nedeniyle spor alanı içerisinde gerçekleşen ve ilgili federasyonun talimatlarını ihlal eden fiillere, spor yargı organlarıncı, sportif yaptırımların uygulanması ana ilke olarak benimsenmiştir. Sportif yaptırım, bahsi geçen spor yargı organlarıncı verilen ve bütün hüküm ve sonuçlarının spor alanında doğduğu yaptırımlardır. Örneğin, bir kulübün alt lige düşürülmesi, puanının silinmesi, seyircisiz veya tarafsız sahada müsabaka oynaması yahut bir sporcunun belirli süreyle spor faaliyetlerinden veya belirli sayıda müsabakadan men edilmesi, lisansının iptali gibi yaptırımlar spor alanını ilgilendiren, bütün hüküm ve sonuçları spor alanında ortaya çıkan ve ulusal yargı organlarının yetki alanına girmeyen ve hatta bu yargı organlarını ilgilendirmeyen sportif yaptırımlardır.

Ne var ki, bazen spor alanında gerçekleşen veya spor faaliyetiyle ilgili bir fiil, federasyonun talimatının yanı sıra, bir ceza normunu da ihlal edebilmektedir. Bu durumda, fiili gerçekleştiren sporcuların veya diğer spor şüphelilerinin bu fiilleri spor faaliyetinin sınırları dışına çıkmış ise, bu kimseler yönünden ceza sorumluluğu söz konusu olabilmektedir. Gerek spor faaliyetinin icrasının en önemli bileşenlerinden biri olmaları, gerekse de spor faaliyeti yönünden son derece kapsamlı bir yetki ve sorumluluk alanına sahip olmaları nedeniyle, spor aktörleri içerisinde hakemlerin ceza sorumluluğunun ayrıca değerlendirilmesi büyük önem arz etmektedir.

Hakemlerin spor faaliyetleri esnasında veya bu faaliyetlerle ilgili olarak gerçekleştirdikleri fiiller ceza hukuku yönünden değerlendirilirken, öncelikle ceza hukukunda fail kavramı ile bu kavramın spor faaliyetleri bakımından uygulanması, bunun akabinde bir “fail” olarak hakemlerin gerçekleştirdikleri fiiller tartışılmalıdır. Bu tartışma yapılırken de esas alınması gereken yasal düzenlemenin 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun olacağı şüphesizdir. Bu nedenle, çalışmamızda hakemlerin işlemesi olası bütün suç tiplerinin tek tek üzerinde durulmayacak, özellikle 6222 sayılı Kanun kapsamında bir değerlendirme yapılarak, kasten ve taksirle yaralama, mala zarar verme, hakaret, tehdit ile şike ve teşvik primi suçları ele alınacaktır.

II. FAİL

A. Türk Ceza Hukukunda Fail Kavramı

Ceza hukukunda bir suçun meydana gelebilmesi için, o suçun bir kişiye özgülenmesi, başka bir deyişle bir kimse tarafından işlenmesi gerekir. Hukuk düzenince suç olarak öngörülen bir fiili gerçekleştiren kişiye “fail” adı verilir¹.

¹ Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı (Ankara: Seçkin, 2019), 494.

Suçun “*aktif süjesi*” (“*il soggetto attivo del reato*”) olarak da adlandırılan fail, ceza hukuku açısından hukuka aykırı fiili işleyen, ceza normunu ihlal eden gerçek kişidir. Buradan hareketle, ancak kendisine ceza sorumluluğu atfedilebilecek, dolayısıyla cezanın hüküm ve sonuçlarını algılayabilecek irade ve temyiz kudretini haiz, bu yönüyle de “*insan*” niteliğine sahip kişiler fail olabilirler². Dolayısıyla ceza hukuku bakımından suçun failinin öncelikle bir “*insan*” olması gerekir. İnsan vasfına sahip olmayan hayvanlar, bitkiler ve cansız varlıklar ile tüzel kişiler suç faili olamazlar. Ayrıca bu “*insan*”ın aynı zamanda “*yaşayan*” bir insan olması gerekmekte olup, artık hayatta olmayan kimselerin ceza hukuku bakımından fail olarak ele alınmaları mümkün değildir³.

Bir insanın fail olabilmesi için fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlayabilecek kapasiteye sahip olması gerekmektedir. Bir kişiye ceza sorumluluğu isnat edilebilmesi için gereken iki şart da serbest irade ve temyiz kudreti olup⁴, bu niteliklere sahip olmayan küçükler, akıl hastaları, sağır ve dilsizler gibi kişiler suçun aktif süjesi olamamaktadırlar.

Kural olarak ceza kanunlarında öngörülen suçlar herhangi bir kimse tarafından işlenebilirler. Ancak bazı suçların sadece belirli kişilerce işlenebileceği öngörülebilir. Herkes tarafından işlenemeyen ve suç failinin yalnızca belirli niteliklere sahip kişiler olabildiği bu suçlara “*özgü suç*” adı verilmektedir⁵. Özgü suçun belirleyici unsuru failin kimliğidir. Örneğin, TCK’nın 247. maddesinde düzenlenen zimmet suçu yalnızca kamu görevlisi

² Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale* (Milano: Giuffrè Editore, 2003), 173; Zeki Hafızoğulları ve Muharrem Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: US-A, 2011), 393; Tahir Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, 3. Basım (İstanbul: İÜHF Yayınları, 1953), 293; Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 25. Baskı (Ankara: Savaş, 2019), 107.

³ Bugün artık çağdaş ceza hukukunun temel ilkelerinden biri haline gelen ölülerin suç faili olamayacakları düşüncesi, tarihin her döneminde geçerli olup kabul görmüş bir ilke değildir. Roma Hukukunda dahi vatana ihanet veya zimmet gibi ağır suçlar nedeniyle ölmüş kişilerin yargılandıkları, hatta cesetlerinin mahkûm edildiği görülmüştür. Örneğin, 896 yılında Papa olan Stefano VI, kendinden önceki Papa Formoso’nun cesedini mezardan çıkarttırmış ve söz konusu ceset kilise mahkemesi önünde yargılanmış, cesedin susması mahkemece “ikrar” sayılmış ve yargılama neticesinde Papa Formoso’nun gasp suçunu işlediğine hükmedilerek başı ve takdis için kullandığı sağ ölünün üç parmağı ceza olarak kesilmiş, cesedi ise Tevere (Tr. *Tiber*) Nehri’ne atılmıştır. Bkz. Demirbaş, *Ceza Hukuku*, 495.

⁴ Bkz. Taner, *Ceza Hukuku*, 301 vd.

⁵ Antolisei, *Manuale de Diritto Penale*, 174.

tarafından işlenebildiğinden ve bu sığata sahip olmayan kimseler zimmet suçunun faili olamayacaklarından, zimmet bir özgü suçtur.

Özgü suçı meydana getiren fiillerden bazıları belirli bir niteliğe sahip olmayan herhangi bir kimse tarafından gerçekleştirildiğinde daha ağır yahut hafif başka bir suçı oluşturabilmekte iken, bazılarında ise bu niteliğe sahip olmayan kişilerce işlenen fiiller herhangi bir suçta vücut vermemektedir. Söz gelimi, zimmet suçı yalnızca kamu görevlisi tarafından işlendiğinde oluşmakta iken, TCK m. 247'deki fiili kamu görevlisi olmayan birisi işlediğinde güveni kötüye kullanma suçı meydana gelmektedir. Oysa birden çok evlilik, hükümlü veya tutuklunun cezaevinden veya tutukevinden kaçması fiiller ikinci gruba girmekte olup, bu fiillerin ceza normunda belirtilen kişilerce işlenmemesi halinde, herhangi bir suç oluşmamaktadır⁶.

Ceza hukukunda suçların faile göre ayrımı iki farklı şekilde yapılmaktadır. İlk ayrım yukarıda bahsettiğimiz *genel suçlar* ve *özgü suçlar* ayrımıdır. Genel suçlar failin sıfatının herhangi bir önem taşımadığı ve herkes tarafından işlenebilen suçlar iken, özgü suçlar, belirttiğimiz gibi ancak belirli sıfat yahut niteliklere sahip kişiler tarafından işlenebilen suçlardır.

Faile göre yapılan ikinci ayrım ise *tek failli suçlar* ile *çok failli suçlar* ayrımıdır. Esasen ceza kanunlarında öngörülen suç tipleri, bazı istisnai haller dışında, tek bir kişi tarafından işlenmeleri göz önünde bulundurularak düzenlenmiştir. Söz gelimi, kasten insan öldürme, kasten yaralama, dolandırıcılık, hırsızlık vb. birçok suç tek faille işlenebilir. Ancak bazen somut olayda, tek bir kişi tarafından işlenmesi mümkün olan ve ceza normunda da bu şekilde düzenlenmiş olan suç tiplerinin birden fazla kişinin katkısı veya etkisi ile işlenmesi de mümkündür. Bu durumda TCK'nın 37 vd. maddelerinde düzenlenen "suça iştirak" kurumu gündeme gelecektir. İştirake ilişkin kurallar, bir kişi tarafından işlenebilen bu suç tiplerinin, birden fazla kişinin katılması, etkide veya yardımda bulunması suretiyle işlenmeleri durumunda, bu suçun işlenmesine iştirak eden diğer ortakların ceza sorumluluklarının nasıl belirleneceği meselesini düzenlemektedir⁷.

Ne var ki, ceza kanunlarında düzenlenen bazı suçların tek bir fail tarafından işlenmesi mümkün değildir. Kanuni tanımına göre tek bir fail tarafından işlenmesi mümkün olmayan ve ancak birden fazla kişi tarafından

⁶ Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku*, 108-109.

⁷ Demirbaş, *Ceza Hukuku*, 499.

işlenebilen istisnai suçlara “çok failli suçlar” yahut “zorunlu iştirak halleri” adı verilmektedir⁸. Rüşvet yahut 765 sayılı mülga TCK’da yer alan zina gibi suçlar çok failli suçlara örnek olarak verilebilir. Bu suçlarda, suçun varlığı için birden fazla failin bulunması suçun kurucu unsuru olup, suçun meydana gelmesi için birden fazla yahut kanunda belirtilen sayıda failin bir araya gelerek fiili gerçekleştirmesi zorunludur. Buna göre, çok failli suçların söz konusu olabilmesi için; kanunun özel kısmındaki suç tanımında faillerin birden fazla olacağının belirtilmesi, suçun faillerin kolektif faaliyetine ilişkin olması, faillerden her birinin icrai ya da ihmali nitelikte bir hareketinin bulunması, her birinin fail sıfatıyla hareket etmesi ve bu hareketlerin kanuni tanımda yer alan unsurlardan olması ve faillerden en az birinin cezalandırılabilmesinin mümkün olması gerekmektedir⁹. Çok failli suçlar bu açılardan suça iştirakten farklı olup, suça iştirakte tek bir fail tarafından işlenebilecek bir suç birden çok failin bir araya gelmesi ile işlenirken, çok failli suçlarda en az kanuni tipte öngörülen sayıda failin bulunması zorunludur. Bununla beraber çok failli suçlara iştirak de mümkündür¹⁰.

B. Spor Faaliyetleri Yönünden Fail

Ceza hukuku bakımından spor faaliyeti, her ne kadar bir ceza normunda özel olarak tanımlanmış olmasa da, kendine özgü ve sırf ‘spor’ olmasından kaynaklı bir hukuka uygunluk nedeni olarak ortaya çıkmaktadır. Buna göre, bu faaliyet çerçevesindeki ağır yaralanma ve ölüm gibi bir takım zararlı sonuçlar “*kabul edilen risk*” bağlamında hukuk düzenince kabullenildiğinden, ilke olarak bu faaliyet neticesinde meydana gelen sonuçlar ceza hukukunun konusu olmamaktadır¹¹. Ne var ki, bazı hallerde fiili gerçekleştiren

⁸ Türkan Yalçın Sancar, *Çok Failli Suçlar* (Ankara: Seçkin, 1998), 31-32. Doktrinde bu suçları “*toplu suçlar*” olarak adlandıran yazarlar da vardır. Bkz. Faruk Erem, “Suça İştirak”, içinde *AÜHF Dergisi*, C. 3, S. 1 (Ankara: 1946), 77.

Ayrıca, bunları zorunlu iştirak olarak kabul edilen çok failli suçlardan ayırmak için, tek faille işlenebilen suçlara iştirake “*muhtemel iştirak*” de denilmektedir. Bkz. Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku*, 317.

⁹ Demirbaş, *Ceza Hukuku*, 497; Yalçın Sancar, *Çok Failli Suçlar*, 55-56. Ayrıca çok failli suçların şartlarına ilişkin çeşitli teoriler ve tartışmalar hakkında bkz. Yalçın Sancar, *Çok Failli Suçlar*, 61 vd.

¹⁰ Devrim Aydın, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak* (Ankara: Yetkin, 2009), 251; Yalçın Sancar, *Çok Failli Suçlar*, 230-231.

¹¹ Spor faaliyetlerinin hukuka uygunluk nedeni olmasına ilişkin tartışmalar ve “*kabul edilen risk*” bağlamında spor faaliyetlerinin hukuka uygun olmasının koşulları ile

sporcuların veya diğer spor süjelerinin, eylemlerinin niteliklerine ve kusurlarına göre bu faaliyetin sınırları dışına çıkmaları mümkündür. Bu gibi hallerde, spor süjelerinin ceza sorumluluğu da söz konusu olabilmektedir.

Spor faaliyetlerinden kaynaklanan ceza sorumluluğu yalnızca spor süjeleri yönünden meydana gelen bedensel zararlarla sınırlı olmayıp, ayrıca kişilik haklarına saldırı, spor alanlarının korunması bakımından malvarlığına karşı suçlar, spor alanlarının güvenliğini tehdit eden davranışlar ve sporun en önemli ilkeleri olan eşitlik ve adil rekabeti ihlal edici bazı fiiller ile de ortaya çıkabilmektedir. Zira çağdaş demokrasilerde, diğer alanlarda olduğu gibi spor alanında da eşit ve adil rekabetin sağlanabilmesi sporda şeffaf yönetimin varlığına bağlı olup, bu nedenle spor alanında şiddet, düzensizlik, hile, yolsuzluk ve rüşvet gibi hukuka aykırı eylem ve oluşumlarla mücadele edilmesi gerekmektedir¹².

Türk hukuku yönünden, spor faaliyetlerinden kaynaklanan ceza sorumluluğuna ilişkin en önemli yasal kaynak 14.04.2011 tarihli ve 27905 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun’dur. 6222 sayılı Kanun spora ilişkin genel bir “*ceza kanunu*” olmamakla beraber, spor alanlarında işlenen bazı suçları ve bunlara uygulanacak cezalar ile güvenlik tedbirlerini bünyesinde barındıran bir özel ceza kanunu niteliğindedir. Spor faaliyetlerinden kaynaklanan tüm eylemler bu kanunda düzenlenmese de, 6222 sayılı Kanunun spor faaliyetleri ile ceza hukuku ilişkisini değerlendirirken nazara alınması gereken en önemli kaynak olarak kabul edilmesi elzemdir. Çünkü Kanunun önemi yalnızca spor alanlarında gerçekleşen yahut spor faaliyetiyle ilgili olan birtakım suçları düzenlemesinden ve kategorize etmesinden değil, aynı zamanda spor faaliyetlerine ceza yaptırımı bağlanmasının amacını belirlemesinden ve spor alanlarındaki suçlara yönelik fail ve mağdur tiplerine ilişkin bir genel çerçeve çizmesinden de kaynaklanmaktadır. Bu itibarla, her ne kadar 6222 sayılı Kanun Türk hukuku bakımından genel bir “*spor ceza hukuku*” rejimi oluşturma amacında değilse de, sayılan özelliklerinden dolayı spor faaliyetlerinden doğan ceza sorumluluğu hallerine ilişkin en önemli yasal kaynak olma niteliği taşımaktadır.

ilgili detaylı bilgi için bkz. Gürkan Özocak, “Spor Faaliyetleri Sırasında İşlenen Kasten Yaralama Suçu”, içinde *Suç ve Ceza – Ceza Hukuku Dergisi*, S. 3 (İstanbul: 2018), 84-97.

¹² Recep Gülşen, *Spor Hukuku*, 2. Baskı (Ankara: Adalet, 2013), 215.

Spor faaliyetlerine katılan gerçek kişiler sporcular, teknik kişiler (*yani teknik direktör, antrenör ve bu sıfatları taşıyan spor insanları*), hakemler, yöneticiler, kulüp personeli ve taraftarlar olup, tüzel kişiler ise spor organizasyonunda yer alan her türlü kuruluş (*spor organizatörleri, yayıncı kuruluş, tedarikçi firmalar vb.*), federasyonlar, spor kulüpleri ve derneklerdir. Ceza hukuku bakımından suç faili yalnızca gerçek kişiler olabildiğinden, yukarıda sayılan gerçek kişi spor süjelerinin tamamı, spor faaliyetinden kaynaklanan bir suçun faili olabilirler. Buna karşın, suçun bir tüzel kişi yararına işlenmesi gibi hallerde, bu tüzel kişiler yönünden de kendilerine özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunabilmektedir.

Bunun yanı sıra, spor faaliyetlerinden doğan ceza sorumluluğuna sebebiyet veren bazı suçlar özgü suç olup yalnızca kanunun öngördüğü spor süjelerince işlenebilmekte, bazı suçlar ise herkes tarafından gerçekleştirilebilmektedir. Özellikle hakemler tarafından işlenen suçlar yönünden, bu suç tiplerine aşağıda ayrıca değinilecektir.

Spor faaliyetleri yönünden fail konusunu irdelerken, bu fiillere iştirakten de bahsetmemiz gerekmektedir. Spor faaliyetleri ile ilgili suçlar bakımından suça iştirak hükümleri uygulama alanı bulmaktadır. Buna göre, spor faaliyetlerinden doğan suç fiillerinde suça iştirakin çeşitli türlerine rastlamak mümkündür. Örneğin iki futbolcunun önceden anlaşarak rakip futbolcuyu kasten yaralamaya karar vermeleri ve maç esnasında buna yönelik davranışlarda bulunmaları halinde, TCK m. 37 uyarınca müşterek faillikten bahsedilebilecektir. Aynı şekilde 6222 sayılı Kanunun 14. maddesindeki hakaret veya tehdit içeren tezahürat suçunun da “*grup halinde veya münferiden*” işlenebileceği düzenlenmiş olup, buna göre söz konusu suç fiilinin birden fazla kişi tarafından işlenmesi halinde yine müşterek faillikten söz edilecek ve faillerin tamamının aynı suçtan dolayı ayrı ayrı ceza sorumlulukları söz konusu olacaktır. Bunun yanı sıra, söz gelimi bir taraftar grubu liderinin grup üyelerini yönlendirerek yasak alanlara girme yahut spor alanlarında taşkınlık yapma suçlarını işlemelerini sağlaması halinde, duruma göre dolaylı faillik veya azmettirme şeklindeki iştirakten söz edilecek, önden içeri giren taraftarların görevlileri derdest ederek bu suçların işlenmesini kolaylaştırmaları durumunda ise TCK’nın 39. maddesi uyarınca yardım etmek suretiyle suça iştirak meydana gelecektir.

Kanunda, spor faaliyetleri ile ilgili olarak çok failli suçlar da öngörülmüştür. Yukarıda izah ettiğimiz üzere, çok failli suçlar, kanundaki düzenlemeleri uyarınca tek faille işlenemeyen ve suçun meydana gelebilmesi için birden fazla faile ihtiyaç duyan suçlardır. 6222 sayılı Kanunun 11.

maddesinde düzenlenen şike ve teşvik primi suçları çok failli suçların tipik örnekleridirler. Zira bu suçlar TCK'daki rüşvet suçuna benzer bir biçimde düzenlenmiş olup; bir yanda spor müsabakasının sonucunu etkilemek amacıyla kazanç yahut sair menfaat temin eden kimse, diğer yanda ise müsabaka sonucunu etkilemek amacıyla kazanç yahut sair menfaat teminini kabul eden kimse bulunmaktadır. Bu itibarla, şike ve teşvik primi suçları, en az iki failin bulunmasının zorunlu olduğu çok failli suçlardandır¹³. Hakemler de bu suçun faillerinden biri olabileceklerinden, hakemler yönünden şike ve teşvik primi suçuna aşağıda daha detaylı bir biçimde değinilecektir.

III. SPOR MÜSABAKALARINDA “HAKEM” KAVRAMI

Spor faaliyetinin en önemli unsurlarından biri önceden belirlenmiş ve oyun esnasında değiştirilmesi mümkün olmayan kurallara göre ve adil rekabet esası uyarınca icra edilmesidir. Özellikle futbol, basketbol gibi büyük ekonomik hacme sahip ve küresel birer organizasyon haline gelen spor branşlarında, bu kuralların katı bir biçimde uygulanması farklı açılardan da önem arz etmektedir. Bu nedenle spor müsabakalarının kurallara uygun şekilde yürütülebilmesi için hakemler spor faaliyetinin en önemli unsurlarından biri haline gelmiştir.

Hakemin, spor müsabakalarında kazanılan puanları saptayan ve önceden belirlenmiş oyun kurallarını o spor müsabakası yönünden uygulamakla görevlendirilen kişi olarak tanımlanması mümkündür. Daha geniş bir tanımla ise, spor faaliyetleri bakımından hakem, spor organizasyonlarının yetkilileri tarafından tayin edilen ve önceden belirlenen kurallar dahilinde müsabakaları yöneten, maçın akışını ve sonucunu, galibini ve mağlubunu, alınan puanları ve cezaları belirleyen kişidir¹⁴. Hakemler, özellikle çok seyirci çeken ve ekonomik hacmi diğer spor dallarına göre devasa boyutlara ulaşan futbol gibi spor branşlarında, verdikleri kararlarla ve oyunu yönetme biçimleriyle o spor müsabakasının izlenir olmasına doğrudan etki eden bir role sahip olup, bu rolleri nedeniyle çoğu kez bir spor müsabakasında sporcuların, skorun ve hatta oynanan oyunun dahi önüne geçebilmektedirler¹⁵.

¹³ Yusuf Yaşar, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Şike ve Teşvik Primi Suçları*, 2. Baskı (Ankara: Seçkin, 2019), 173.

¹⁴ Ahmet Dinç, “Futbol Hakemlerinin Klasmanlarına Göre Mesleki Yeterliliklerinin Belirlenmesi”, içinde İğdır Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, No: 13 (İğdır: Ekim 2017), 128.

¹⁵ Dinç, 129.

Spor müsabakasında görev yapan ve müsabakayı “*yönetme*” görevini üstlenen, dolayısıyla bir spor müsabakasının kurallara uygun, adil ve rekabet esaslarına göre başlayıp sonuçlanmasını sağlayacak kişi olan hakemler, müsabaka içerisinde birçok görev ve yetki ile donatılmışlardır. Bu görev ve yetkiler şu şekilde sayılabilir: Oyun kurallarını uygulamak, diğer hakemlerle (*yan hakem, dördüncü hakem, VAR hakemi*) koordinasyonu sağlamak, oyunu başlatmak, durdurmak ve bitirmek, oyun süresini ve uzatmaları belirlemek, gerektiğinde müsabakayı ertelemek, sporcuların kurallara aykırı davranışlarını cezalandırmak, müsabaka esnasında ve sonrasında saha içerisinde yaşanan tüm olayların raporunu hazırlamak ve bu raporu müsabakadan sonra federasyona sunmak, spor ahlakına uygun davranmayan takım yetkililerini cezalandırmak veya oyun alanından ve çevresinden uzaklaştırmak, özellikle sporcu sağlığının olumsuz etkileneceğini düşündüğü olaylara müdahale etmek, bu tip olayların gerçekleşmesini engellemek ve buna sebebiyet veren kimselere disiplin yaptırımını uygulamak, yetkili olmayan kişilerin oyun alanına girişlerini engellemek ve bunun için gerekli talimatları vermek, müsabaka sonunda skor ve süre raporunu tutmak ve ilgili kurumlara bu raporu sunmak¹⁶.

Esasen hakemin spor müsabakası içerisinde ifa ettiği görevin işlevine bakıldığında, bunun saha içerisinde bir “*hızlı yargılama*” faaliyeti olduğunu söylememiz isabetsiz olmayacaktır. Bu yargılamaya “*hızlı*” dememizin sebebi şudur: Özellikle ceza hukukunda hâkim, ceza normunda suç olarak öngörülen bir fiile ilişkin yargılama yapan kimsedir. Ancak bu yargılama aceleye gelmemekte, tanıklar dinlenmekte, deliller toplanmakta, gerekirse keşif ve bilirkişi incelemeleri yapılmakta ve bazen oldukça uzun bir süreç sonunda olay hakkında bir hüküm tesis edilebilmektedir. Oysa hakemlerin müsabaka içerisinde karar vermek için böyle bir olanakları ve zamanları yoktur. Hakem, bir olayı gördüğü saniye müdahale eder, o an itibarıyla oyun kurallarını hızlıca olaya uygular ve derhal bir karar verir. Futbol müsabakalarında olsa olsa hakem VAR (*Video Asistan Hakem*) incelemesine giderek kararını temellendirebilir. Ancak bunun dışında hakem bahsi geçen “*yargılamayı*” son

¹⁶ Mehmet Kargün, *Futbol Hakemlerinin İş Tatmini ve Mesleki Tükenmişlik Düzeylerinin Çeşitli Faktörler Açısından İncelenmesi*, İnönü Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Malatya: 2011), 12-13; Eyyüp Sarıkol, “Futbol Müsabakalarında Hakemlerin Görev Yetki ve Sorumlulukları”, içinde İğdır Üniversitesi Spor Bilimleri Dergisi, S.1, C. 1 (İğdır: 2018), 31.

derece hızlı yapmalı, saniyeler içerisinde bir karara varmalı ve bu kararı uygulamalıdır. Öyle ki, bu karar verilir oyun başladıktan sonra, kararın geri alınma ihtimali de yoktur¹⁷.

Görüldüğü üzere hakem, bir spor müsabakasını yöneten, oyun kuralları hususunda özel bilgiye sahip ve adeta “*yargılama*” görevini üstlenen, saha içerisindeki en yetkili kişidir¹⁸. Bu itibarla, bu görevi yerine getiren hakemin bazen oyunun gidişatından kaynaklı, bazen mevcut düzenlemeler uyarınca yapması gereken bir edimi yapmama, bazense bu en üst düzey yetkili olma durumunun kötüye kullanılması şeklinde ortaya çıkan birtakım hukuka aykırı davranışları söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda, ilgili federasyonun veya idari kurumun hakem talimatındaki veya müsabaka talimatındaki disiplin yaptırımlarının uygulanmasının yanı sıra, eğer hakemin fiili bir ceza normunu ihlal ediyorsa, hakemin ceza sorumluluğu da gündeme gelecektir.

IV. HAKEMLER TARAFINDAN İŞLENEN FİİLLERİN CEZA HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Hakemlerin İşledikleri Suçlar Yönünden ‘Kamu Görevlisi’ Sayılıp Sayılamayacakları Hususu

Türk hukukunda hakemlerin görevleri esnasında kamu görevlisi sayılacağına yönelik bazı düzenlemeler yapılmıştır. 6222 sayılı Kanunun 20. maddesinde “*spor müsabakalarında görev yapan hakem, gözlemci ve temsilciler bu görevleriyle bağlantılı olarak kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından kamu görevlisi sayılır*” denilerek, hakemlerin kendilerine karşı işlenen suçlar yönünden ‘kamu görevlisi’ sayılacakları açıkça hüküm altına alınmıştır. O halde, hakemlerin mağduru oldukları suçlar yönünden kamu görevlisi oldukları ve suçun kamu görevlisine karşı işlenmesi yönünden kanunda bir nitelikli hal yahut farklı bir hukuki nitelendirme öngörülüyse failin bundan sorumlu olacağı açıktır.

Hakemler tarafından işlenen suçlar yönünden ise 6222 sayılı Kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ne var ki, buna ilişkin düzenlemelere 3289 sayılı Gençlik ve Spor Hizmetleri Kanunu’nda yer verilmiştir. 3289 sayılı Kanunun ek 1. maddesi uyarınca, “*kamu hizmeti olarak yapılan gençlik ve spor organizasyonlarında görevlendirilen geçici görevliler, o organizasyonla ilgili görevlerini fiili olarak yürüttükleri süre*

¹⁷ Bkz. MHK-EPAK, Türkiye Futbol Federasyonu Merkez Hakem Kurulu Hakem ve Gözlemci Rehberi (Ankara: Türkiye Futbol Federasyonu Yayını, 1997).

¹⁸ Kargün, 13-14.

içinde veya bu görevi ile ilgili ilişkileri sırasında kamu görevlisi sayılır. Ceza kanunlarının uygulanması bakımından, bunların işledikleri suçlarla, bunlara karşı işlenen suçlarda Devlet memurlarına ilişkin hükümler uygulanır.”

Hakemlerin, 3289 sayılı Kanunun ek 1. maddesinde belirtilen “spor organizasyonlarındaki geçici görevliler” kapsamında oldukları tartışmasızdır. Nitekim 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun’un 17. maddesinde de hakemlerin “*kamu görevlisi*” niteliğine sahip olduğu ve müsabaka günlerinde çalıştıkları yetkili makamların bilgileri dahilinde görevleri süresince idari izinli sayılacakları belirtilmiştir. O halde, Türk hukuku yönünden spor müsabakalarında görev yapan hakemlerin gerek kendilerine karşı işlenen suçlar, gerekse kendilerinin işlemiş oldukları fiiller yönünden kamu görevlisi oldukları açıktır. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda, spor müsabakalarında ceza hukuku bakımından hakemlerin “*kamu görevlisi*” sayılacağını vurgulamıştır¹⁹.

Bu itibarla, hakemlerin yalnızca mağduru oldukları fiiller bakımından değil, işledikleri suçlardan kaynaklı ortaya çıkacak ceza sorumluluğu halleri yönünden de kamu görevlisi olarak kabul edilmeleri gerektiği kanaatindeyiz. O halde, hakemler spor organizasyonlarındaki görevleri gereği gerçekleştirmiş oldukları fiiller esnasında bir suç işlediklerinde ve bu suçun kamu görevlisi tarafından işlemesi özellik arz ediyorsa, söz konusu hukuki durum hakemler yönünden de uygulama alanı bulacaktır. Örneğin hakemin bir maddi menfaat karşılığı oyun kurallarına aykırı davranışlara göz yumması halinde, kamu görevlisi tarafından bu suç işlendiğinden, görevi kötüye kullanma suçu söz konusu olabilecektir²⁰.

B. Hakemin Kasten ve Taksirle Yaralama Suçları Yönünden Sorumluluğu

Hakemler, özellikle saha içerisindeki yetki ve sorumluluklarının son derece kapsamlı olması nedeniyle, spor faaliyetiyle ilgili işlenen bazı fiillerin süjesi olabilmektedirler. Zira hakemler, gerçekten de müsabaka öncesinde

¹⁹ Bkz. Yargıtay 4. CD, 29.01.2002, 2001/16967 E. ve 2002/739 K.; Yargıtay 4. CD, 03.07.2002, 2002/8943 E. ve 2002/12208 K. Bkz. Pınar Memiş, *Spor Faaliyetlerinden Doğan Ceza Sorumluluğu*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi (İstanbul: 2010), 95.

²⁰ Memiş, *Spor Faaliyetlerinden Doğan Ceza Sorumluluğu*, 96. Görevi kötüye kullanma suçunun unsurları hakkında detaylı bilgi için bkz. Güneş Okuyucu Ergün, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, içinde TBB Dergisi, S. 82 (Ankara: 2009), 145 vd.

sahanın spor faaliyeti gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığı, müsabakada görev alacak sporcuların lisanslarının kontrolü, söz gelimi futbol maçlarında kale ağlarının, korner direklerinin ve diğer araçların talimatlara uygun olup olmadığı gibi hususların denetiminde esas yetkili kimseler oldukları gibi, müsabaka esnasında sporcuların birbirlerine olan davranışlarını gözlemlemek ve müsabakanın talimatlara uygun ve sağlıklı bir biçimde başlayıp sona ermesinden de sorumludurlar²¹. Bu nedenle, hakemlerin doğrudan gerçekleştirdikleri fiillerden dolayı ceza sorumlulukları doğabileceği gibi, verdikleri veya vermedikleri kararlardan dolayı da ceza hukuku yönünden sorumlu tutulabilmeleri mümkündür.

Hakemlerin ceza sorumluluğunu değerlendirirken ele alınması gereken ilk husus, hakemler tarafından gerçekleştirilen yaralama fiilleridir. Bir spor müsabakasında hakemin doğrudan doğruya ve kasten işlemiş olduğu fiiller yönünden ceza sorumluluğunun doğacağına kuşku yoktur. O halde hakemlerin müsabaka esnasındaki yaralama neticesi doğuran fiillerinden dolayı ceza sorumluluğunun ortaya çıkıp çıkmayacağı konusunu, suçun maddi unsuru ve manevi unsuru değerlendirmesi yaparak incelememiz gerekmektedir. Bir hakem, müsabaka öncesinde, esnasında veya sonrasında, bir sporcuya, antrenöre veya başka bir spor süjesine karşı kasten fiili müdahalede bulunur, örneğin kararından dolayı kendisine itiraz eden bir sporcuya tokat atarsa, bu fiilin spor faaliyeti ile hiçbir ilgisi bulunmadığından, hakemin söz konusu fiilden dolayı ceza sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Böyle bir durumda hakemin gerçekleştirdiği eylem, TCK'nın 86. maddesinde düzenlenen Kasten Yaralama suçuna vücut verecek ve fail, bu suçtan dolayı cezalandırılacaktır. Öyle ki, TCK'nın 87. maddesindeki *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama* düzenlemesi uyarınca, “fail” sıfatını taşıyan hakemin bu eylemi nedeniyle mağdurda,

- yüzde sabit iz, duyu veya organlardan birindeki işlev zayıflaması, konuşmada sürekli zorluk, yaşamı tehlikeye sokan bir durumun oluşması;
- mağdurun bitkisel hayata girmesi, duyu veya organlardan birindeki işlevin yok olması, konuşma veya çocuk yapma yetisinin kaybolması, yüzde sürekli değişiklik;
- vücutta kemik kırığı veya çıkığının oluşması;

²¹ Gülşen, *Spor Hukuku*, 22.

- yahut ölüm sonucu irade edilmese dahi ölüm sonucunun meydana gelmesi

gibi haller vuku bulursa, verilecek ceza daha da arttırılacaktır.

6222 sayılı Kanunun 17. maddesinde, spor alanlarında kasten yaralama ve mala zarar verme suçlarının işlenmesi halinde şikâyet şartı aranmaksızın TCK'daki hükme göre ceza verileceği ve bu cezanın da yarı oranında arttırılacağı öngörülmektedir. Spor alanı, 6222 sayılı Kanunun 3/1-(g) maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, “spor müsabakalarının veya antrenmanların gerçekleştirildiği alanlar ile seyircilere ait seyir alanları, özel seyir alanları, sporculara ait soyunma odası ve bu Kanunun uygulanması kapsamında spor yapmaya elverişli alanları, müsabaka öncesinde, esnasında veya sonrasında taraftarların sürekli veya geçici olarak gruplar hâlinde toplandıkları yerleri, müsabakanın yapılacağı yere gidiş ve geliş güzergâhları, takım veya taraftarların toplu olarak seyahat ettikleri araçları ya da takımların kamp yaptığı yerler” spor alanı olarak kabul edilmekte ve bu alanlarda gerçekleştirilen kasten yaralama fiillerinde 6222 sayılı Kanunun 17/1. maddesi uygulanmaktadır. O halde hakemlerin spor müsabakalarının öncesinde, müsabaka esnasında veya sonrasında, spor alanlarında bulunan herhangi bir kimseye karşı kasten yaralama suçunu işlemeleri halinde, 6222 sayılı Kanunun 17/1. maddesi uygulanacak ve verilecek ceza yarı oranında arttırılacak, bunun da ötesinde söz konusu fiil TCK m. 86 bağlamında “basit yaralama” olsa dahi mağdurun şikayetçi olup olmadığına bakılmaksızın hakem hakkında ceza soruşturması ve kovuşturması yapılabilecektir²².

Yukarıda yapılan açıklamalardan hareketle, hakemlerin spor alanlarında gerçekleştirdikleri kasten yaralama suçları bakımından TCK m. 86 ile 6222 sayılı Kanunun 17/1. maddesi hükümlerinin uygulama alanı bulacağı hususunda herhangi bir tartışma yoktur. Ancak belirttiğimiz gibi

²² “6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunun 17. maddesinde “spor alanlarında kasten yaralama suçunun veya mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde şikâyet şartı aranmaksızın 26/09/2004 tarihli Türk Ceza Kanununun ilgili maddelerine göre cezaya hükmolunur” hükmü gereğince şikayetten vazgeçme nedeniyle kamu davasının düşürülmesine karar verilemeyeceğinin gözetilmemesi,” Yargıtay 3. CD., 29.09.2015, 2015/8813 E. ve 2015/26361 K.

somut olayda maddi unsurun yanı sıra manevi unsur, yani kusurluluk değerlendirmesinin de yapılması zorunludur. Zira suçun oluşumu için hakemin fiilinin yalnızca ceza normundaki tipik fiile vücut vermesi yeterli olmamakta, ayrıca failin bu fiilinden dolayı hukuk düzenince kınanabilir durumda olması gerekmektedir. Spor alanlarında işlenen kasten yaralama suçu, suçun unsurları bakımından TCK'nın 86. maddesinde düzenlenen kasten yaralama suçundan herhangi bir farklılık arzetmediğinden, bu suç da genel kasıtle işlenebilen bir suçtur. Bu bağlamda, yukarıdaki örnekte olduğu gibi hakemin spor alanındaki bir spor süjesine kasten vurduğu bir olayda TCK m. 86 ve 6222 sayılı Kanun m. 17 kapsamında ceza sorumluluğu meydana gelecek ise de, söz gelimi, hakemin arkası dönük halde geri geri koşarken bir sporcuyla yaralaması durumunda, o spor branşının sınırlarını aşmaması kaydıyla kasten yaralama fiilinden sorumlu olmayacaktır²³. Ancak hakemin somut olayda dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali nedeniyle ilgili spor kurallarının sınırlarını aşması ve bu durumda zararlı sonucu öngörmeyerek aynı sporcuyla yaralaması durumunda TCK m. 22 bağlamında taksirli sorumluluğu gündeme gelecek ve TCK'nın 89. maddesi uyarınca taksirli yaralama suçundan sorumlu olacaktır. Ne var ki, 6222 sayılı Kanunun 17/1. maddesi yalnızca spor alanlarındaki kasten yaralama suçları yönünden geçerli olduğundan, böyle bir durumda 6222 sayılı Kanunun uygulanması söz konusu olmayacak ve yalnızca TCK'nın 89. maddesindeki genel hüküm uygulanacaktır. Bununla birlikte, kasten yaralama suçunun nitelikli halleri (TCK m. 86/3), neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama (TCK m. 87) ve kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi (TCK m. 88) hallerinde 6222 sayılı Kanunun 17/1. maddesinin uygulama alanı bulacağına kuşku yoktur²⁴.

Kasten yaralama suçunun nitelikli halleri TCK'nın 86. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında düzenlenmiştir. İkinci fıkrada “*kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit ve tıbbi bir müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması*” hafifletici neden olarak sayılmış ve failin cezalandırılması için mağdurun şikâyeti koşul olarak öngörülmüştür. Ne var ki 6222 sayılı Kanunun 17/1. maddesi spor alanlarında işlenen kasten yaralama fiilleri yönünden şikâyet şartı aranmayacağına hükmettiğinden, söz konusu “*hafif yaralama*” fiilinin spor alanlarında işlenmesi halinde şikâyet şartı aranmaksızın fail kasten yaralama suçundan cezalandırılacaktır.

²³ Wolfgang Schild, “Antrenörün, Hakemin ve Seyircinin Ceza Sorumluluğu”, Çev. Hakan Hakeri, içinde *Spor ve Ceza Hukuku*, ed. Yener Ünver (Ankara: Seçkin, 2004), 46.

²⁴ Aynı görüşte bkz. Gülşen, *Spor Hukuku*, 284-285.

TCK'nın 86. maddesinin üçüncü fıkrasında ise kasten yaralama suçunun ağırlaştırıcı nedenleri sayılmıştır. Buna göre, kasten yaralama suçunun “(a) üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı; (b) beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı; (c) kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle; (d) kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle veya (e) silahla” işlenmesi halinde, faile verilecek ceza yarı oranında arttırılacaktır. Bu ağırlaştırıcı nedenlerin tamamı spor alanlarında işlenen kasten yaralama suçları bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Ancak hakemlerin ceza sorumluluğu yönünden bunların bir kısmının ayrıca üzerinde durulması gerekmektedir.

6222 sayılı Kanunun 20. maddesi uyarınca “spor müsabakalarında görev yapan hakem, gözlemci, saha komiseri ve temsilciler bu görevleriyle bağlantılı olarak kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından kamu görevlisi sayılırlar.” TCK'nın 86/3-(c) maddesine göre, “kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle” kendisine karşı kasten yaralama suçunun işlenmesi suçun nitelikli hali olarak kabul edildiğinden, spor alanlarında görev yapan hakemlere, gözlemcilere, saha komiserlerine ve temsilcilere karşı ve bu görevleri nedeniyle kasten yaralama suçunun işlenmesi halinde TCK'nın 86/3. maddesi uyarınca faile verilecek temel ceza arttırılacaktır²⁵. Bu hükmün geçerli olabilmesi için kasten yaralama fiilinin muhakkak kamu görevi sırasında işlenmiş olması zorunlu değildir. Görevin ifa edilmediği bir esnada

²⁵ “Olay tarihinde futbol müsabakasında klasman temsilcisi olarak görev yapan müştekiye karşı sanık M.F.'nin yumrukla vurarak ‘basit bir tıbbi müdahale ile giderilecek’ şekilde yaraladığı anlaşılmıştır... Olayın meydana geldiği futbol müsabakasında mağdurun federasyon klasman temsilcisi olarak görevlendirilip görevlendirilmediği hususunda araştırma yapılmadan sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 86/3-c maddesinin uygulanması,” **Yargıtay 3. CD., 01.04.2013, 2012/12308 E. ve 2013/13393 K.** Bkz. Peyman Hürmüz, 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun, Yasak Fıiller ve Ceza Hükümleri – Yargıtay Yorumu (Ankara: Adalet, 2016), 94.

“Sanığın 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunun 20. maddesi gereği kamu görevlisi sayılan katılanı yaşamını tehlikeye sokacak vücudunda kemik kırılmasına ve iyileşme olanağı bulunmayan hastalığa girmesine neden olacak şekilde yaralama eyleminden dolayı birden fazla nitelikli yaralama suçu işleyen sanık hakkında alt sınırdan uzaklaşarak cezalandırılmaya başlanarak ve TCK'nın 86/1, 86/3-c, 87/2-a-son maddeleri gereği cezanın alt haddinin 8 yıldan az olamayacağının gözetilmeden 4 yıl 2 ay hapis cezasına hükmolunması suretiyle eksik ceza tayini,” **Yargıtay 3. CD., 27.04.2015, 2014/38884 E. ve 2015/14858 K.** Bkz. Hürmüz, 101.

ve fakat bu görevle ilgili olarak yaralama fiilinin işlenmiş olması, ağırlaştırıcı nedenin uygulanması için yeterlidir²⁶. Örneğin, hakemin spor müsabakasında görev yapan yardımcı hakeme veya diğer hakemlere, müsabaka gözlemcisine veya diğer federasyon görevlilerine karşı yaralama fiilini gerçekleştirmesi durumunda, TCK'nın 86/3-(c) maddesinin uygulama alanı bulacağına kuşku yoktur.

TCK'nın 86/3-(d) maddesinde, kasten yaralama suçunun “*kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle*” işlenmesi suçun nitelikli hali olarak sayılmıştır. Bu nitelikli halin söz konusu olabilmesi için kamu görevlisinin zor kullanma yetkisine sahip olan bir kamu görevlisi olması gerekmez. O halde, yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar bağlamında hakemler de işledikleri fiiller bakımından kamu görevlisi sayıldıklarından, hakemlerin saha içerisindeki yetkilerini ve nüfuzunu kötüye kullanarak bu fiili gerçekleştirmeleri halinde suçun nitelikli hali oluşacaktır. Örneğin, bir hakemin başka bir nüfuzlu kimseye karşı bu fiili işleminde “*nüfuzunu kullandığı*” söylenemeyebilir ise de, müsabakadaki sporcular üzerinde mutlak bir surette otoritesi ve nüfuzu bulunduğundan, bir pozisyonla ilgili tartışma yaşandığı esnada bu nüfuzunu kötüye kullanarak sporcuya tokat atması halinde, TCK'nın 86/3-(d) maddesi uygulanacaktır.

Son olarak, TCK'nın 86/3-(e) maddesinde kasten yaralama suçunun silahla işlenmesi de ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiştir. Buradaki “*silah*” deyiminden TCK'nın 6/1. maddesinin (f) bendinde sayılan aletleri anlamak gerekmektedir²⁷. Buna göre, TCK'nın 6/1-(f) maddesinde bahsi geçen aletlerin spor alanlarında kullanılması ile kasten yaralama suçu işlendiğinde TCK'nın 86/3-(e) maddesi ile 6222 sayılı Kanunun 17/1. maddesi birlikte uygulama alanı bulacaklardır.

²⁶ Gülşen, *Spor Hukuku*, 285.

²⁷ “*Silah deyiminden*

1. *Ateşli silahlar,*

2. *Patlayıcı maddeler,*

3. *Saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet,*

4. *Saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler,*

5. *Yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler, anlaşılır”*

TCK'nın 87. maddesinde ise, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama fiilleri düzenlenmiştir. Bu hükmün birinci fıkrasına göre, kasten yaralama fiili mağdurun “*duyu veya organlardan birindeki işlevin zayıflamasına, konuşmasında sürekli zorluğa, yüzünde sabit ize, yaşamını tehlikeye sokan bir duruma, gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına*” sebebiyet vermişse verilecek ceza bir kat; aynı fiil mağdurun “*iyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine, duyu veya organlardan birindeki işlevin yok olmasına, konuşma veya çocuk yapma yetisinin kaybolmasına, yüzünde sürekli değişikliğe, gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğun düşmesine*” neden olmuşsa verilecek ceza iki kat; ayrıca kasten yaralamanın “*vücutta kemik kırığı veya çıkığının oluşmasına*” neden olması durumunda verilecek ceza yarı oranında arttırılır. Nihayet TCK'nın 87. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, kasten yaralama neticesinde mağdur ölmüşse, 86/1. maddedeki kasten yaralamanın basit hali söz konusuysa faile sekiz yıldan oniki yıla kadar, buna karşın 86/3. maddedeki nitelikli hallerden biri söz konusuysa oniki yıldan onaltı yıla kadar hapis cezası verilir²⁸. Bu hallerden birinin spor alanında meydana gelmesi halinde de TCK'nın 87. maddesindeki hükümlere göre ceza sorumluluğu belirlenecek ve ayrıca 6222 sayılı Kanunun 17/1. maddesi uygulanacaktır.

Hakemin ceza sorumluluğu yönünden tartışılabilir bir diğer husus, sporcuların gerçekleştirdiği kasten yaralama suçundan hakemin sorumlu olup olmayacağıdır. Spor müsabakasında hakem, oyunun somut sertliği ve tehlike düzeyi bakımından sorumluluğa sahiptir. Zira oyunun akışı tamamen hakemin kontrolünde olup, hakem oyunun kurallara uygun yürütülmesinden sorumludur. Dolayısıyla hakemin fiili hakimiyetinde gerçekleşen bir spor müsabakasında, bir sporcunun karşı tarafı kasten yaralamaya yönelik hareketlerine ve spor faaliyetinin sınırlarını aşacak bir şekilde sert oynamasına izin verdiği yahut müsamaha gösterdiği takdirde, ihmalin de ötesinde hakemin sporcunun bu fiilini kolaylaştırma yahut yardım etme yönünde bir kastının olduğunun tespit edilmesi halinde, TCK m. 39 kapsamında ilgili sporcunun gerçekleştirdiği kasten yaralama fiiline yardım eden sıfatıyla iştirakten ceza

²⁸ TCK'nın 87. maddesindeki neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama hallerine ilişkin detaylı açıklama için bkz. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 18. Baskı (Ankara: Seçkin, 2020), 260 vd.; Serap Keskin Kızıroğlu, “Kasten Yaralama Suçu”, içinde *Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan C. I* (Ankara: AÜHF Yayınları, 2015), 669 vd.; Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 6. Baskı (Ankara: Savaş, 2012), 49 vd.

sorumluluğunun doğacağıının söylenmesi mümkündür²⁹. Ancak bu hükmün uygulanabilmesi için hakemde iştirak iradesinin bulunması zorunlu olup, hakemin bu yöndeki kastının somut olayda tespit edilememesi halinde herhangi bir ceza sorumluluğundan da bahsedilemeyecektir.

Hakemin ceza sorumluluğu ile ilgili tartışma konusu olabilecek bir diğer husus ise, yaralama fiilinin ihmali davranışla işlenmesi durumudur. TCK'nın 88. maddesinde kasten yaralama suçunun ihmali davranışla işlenmesi hali hafifletici neden olarak öngörülmüş ve bu durumda faile verilecek cezanın indirilebileceği belirtilmiştir. Kişinin ihmali davranışı nedeniyle kasten yaralama suçundan sorumlu tutulabilmesi içinse, bu suça sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması zorunludur³⁰. Bunun anlamı kişinin meydana gelecek zararlı sonucu önleme yükümlülüğü altında bulunması olup, örneğin bir erkeğin acı çeken karısı için doktor çağırması durumunda kasten yaralama suçu ihmal suretiyle işlenmiş sayılacaktır³¹.

Spor alanlarında görev yapan hakem tarafından da ihmal suretiyle kasten yaralama suçunun işlenmesi mümkündür. Örneğin, sahada sakatlanan bir sporcunun tedavisi için ısrarla doktorun çağırılmaması veya sahanın buzlanması, yıldırım tehlikesinin olması yahut bir oyuncunun ayakkabısında demir parçaların bulunduğunu görmesi ya da seyircilerin sürekli olarak sahaya yaralayıcı nitelikte cisimler atması, dolayısıyla oyunun oynanması halinde sporcu sağlığını tehlikeye düşürecek bir durumun söz konusu olması ve buna rağmen oyunu devam ettirmesi halinde, bu durumlardan biri nedeniyle sporculardan yahut teknik heyetten birinin yaralanması veya ölmesi durumunda hakemin ceza sorumluluğunun doğup doğmayacağı tartışılabilir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, hakem oyun üzerinde fiili hakimiyeti bulunan kişidir. Bu itibarla, sporcular yahut diğer spor süjeleri yönünden tehlikeli bir durumun söz konusu olması halinde buna ilişkin tedbirleri almakla da yükümlüdür. Söz gelimi seyircilerin sahaya girme yahut sert cisimler fırlatmaları durumunda oyunu durdurmalı ve gerekirse müsabakayı iptal etmeli, rakibine ısrarla sert müdahalede bulunarak sağlığını tehlikeye atan bir sporcuyu uyarmalı veya oyundan ihraç etmeli, eğer bir sporcu müsabaka esnasında sakatlandıysa bunu farketttiği an oyunu durdurup doktorları sahaya çağırmalı, bir başka deyişle oyunun kurallara uygun ve spor süjelerinin sağlığına zarar vermeyecek şekilde devam edecek her türlü tedbiri ve kararı almalıdır. Yukarıda saydığımız olaylara benzer durumlarda, oyunun devamı

²⁹ Schild, *Antrenörün, Hakemin ve Seyircinin Ceza Sorumluluğu*, 46-47.

³⁰ Keskin Kızıroğlu, *Kasten Yaralama Suçu*, 659.

³¹ Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 248.

halinde bu tehlikeli durumun devam edeceğinin kuvvetle muhtemel olması ve hakemin de bunu tespit etmesine rağmen oyunu durdurmaması yahut gereken tedbirleri almaması ve bunun neticesinde spor süjeleri üzerinde zararlı bir sonucun meydana gelmesi halinde, hakemin bu zararlı sonuç bakımından, örneğin kasten yaralama veya ölüm neticesi yönünden ihmal suretiyle yahut taksirle sorumlu olacağı kanaatindeyiz³².

C. Hakemin Mala Zarar Verme Suçu Yönünden Sorumluluğu

Hakemler tarafından işlenebilecek bir diğer suç mala zarar verme suçudur. Bu suç tipinden özel olarak bahsetmemizin sebebi, 6222 sayılı Kanunun 17. maddesinde bu suçun ele alınmış ve spor alanlarında işlenen mala zarar verme suçu yönünden özel bir hüküm öngörülmüş olmasıdır.

Spor alanlarında işlenen mala zarar verme suçu, kasten yaralama suçunda olduğu gibi, 6222 sayılı Kanunun 17/1. maddesinde ayrıca tanımlanmamış ve “*spor alanlarında ... mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde şikayet şartı aranmaksızın ... Türk Ceza Kanununun ilgili maddelerine göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.*” denilmek suretiyle TCK’daki mala zarar verme düzenlemesine atıfta bulunulmuştur. Dolayısıyla spor alanlarında işlenen mala zarar verme suçu bakımından da TCK’nın genel hükmü uygulanacaktır. Mala zarar verme suçu, TCK’nın 151. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: “*Başkasının taşınır veya taşınmaz malını kısmen veya tamamen yıkan, tahrip eden, yok eden, bozan, kullanılmaz hale getiren veya kirleten kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, dört aydan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.*”

Mala zarar verme suçunun maddi konusu taşınır veya taşınmaz maldır. Burada önemli olan söz konusu malın failden başkasına ait olması ve ekonomik bir değerinin bulunmasıdır³³. Bu nedenle suçun sahipsiz mallar üzerinde işlenmesi mümkün değildir. Buna karşın kaybedilmiş mallar, sahibinin rızasına aykırı bir biçimde zilyetliğinden çıkmış olsa dahi halen bu kimsenin mülkiyetinde olduklarından, mala zarar verme suçunun konusunu oluşturabilmektedirler³⁴.

³² Gülşen, *Spor Hukuku*, 213-214; Schild, *Antrenörün, Hakemin ve Seyircinin Ceza Sorumluluğu*, 47-48.

³³ Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 15. Bası (İstanbul: Beta, 1998), 470; Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 156.

³⁴ İsmail Gürocak, “Türk Ceza Kanunu’nda ‘Mala Zarar Verme’ ve ‘İbadethanelere ve Mezarlıklara Zarar Verme’ Suçları”, içinde *TBB Dergisi*, S. 94 (Ankara: 2011), 158.

Suçun maddi unsuru, TCK'nın 151/1. maddesinde bir başkasının taşınır yahut taşınmaz malın kısmen veya tamamen “yıkılması”, “tahrip edilmesi”, “yok edilmesi”, “bozulması”, “kullanılmaz hale getirilmesi” ya da “kirletilmesi” olarak öngörülmüştür. O halde söz konusu suç seçimlik hareketli bir suç olduğundan, bunlardan birinin veya birden fazlasının gerçekleştirilmesi suçun meydana gelmesi bakımından herhangi bir önem taşımayacak ve tek bir mala zarar verme suçu oluşacaktır³⁵. Bu hareketlerin kısaca üzerinde duracak olursak; “yıkamak” taşınır veya taşınmaz malları gerçek kullanış biçiminde uygun olarak kullanılmaz hale getirmek anlamına gelmektedir³⁶. Örneğin, bir binanın kısmen veya tamamen yıkılması bu kapsamda değerlendirilebilir. “Tahrip etmek”, bir malı harap etmek, kırmak veya bozmak olarak anlaşılabilecek olup, esasen madde metninde “bozmak” ve “yıkamak” kavramları ayrı ayrı kullanıldığından, bu kavrama gerek bulunmamaktadır³⁷. “Yok etmek”, malın maddi varlığının ortadan kaldırılmasıdır³⁸. Ancak bunun için söz konusu malın her zaman tamamen ortadan kaldırılması gerekmez, hak sahibinin o malı tekrar elde edemeyeceği veya elde etmesinin imkansızla yakın olacağı şekilde tasarruf alanından çıkarılması da “yok etme” kapsamında değerlendirilmelidir. Bir kimsenin bavulunun giden bir trenden atılması yahut kafesini açmak suretiyle kuşun kaçmasının sağlanması fiillerinde failin yok etme suretiyle mala zarar verme suçuna vücut verdiği söylenebilir³⁹. “Bozmak” bir malı gerektirdiği gibi ve kendisinden beklenen işlevi gerçekleştirecek şekilde kullanma olanağının ortadan kaldırılması veya zorlaştırılmasıdır⁴⁰. Elektronik bir aletin çalışmaz

³⁵ Gürocak, *Mala Zarar Verme*, 161; Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 831; Selami Turabi, *Mala Zarar Verme Suçları* (Ankara: Seçkin, 2008), 66.

³⁶ Mehmet Emin Alşahin, *Yargıtay Kararları Işığında Mala Zarar Verme Suçları* (Ankara: Turhan, 2010), 36; Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 832.

³⁷ Gürocak, *Mala Zarar Verme*, 162; Turabi, *Mala Zarar Verme Suçları*, 70.

³⁸ Alşahin, *Mala Zarar Verme Suçları*, 38; Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 832.

³⁹ Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 158.

⁴⁰ Alşahin, *Mala Zarar Verme Suçları*, 38; Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 472.

“Sanığın, su deposundan köydeki evlere su götüren boruların, katılanın evine ayrılan bölümünde bulunan ‘T’ borusunu çıkartıp, yerine düz boru takması şeklinde kasten gerçekleştirdiği eylem ile içme suyu tesisatını, kendisinden beklenen fonksiyonu kısmen yapamayacak duruma getirdiği, yani kısmen ‘bozduğu’ anlaşıldığından mala zarar verme suçunun oluştuğunun kabulü

hale getirilmesi, bir kitabın sayfalarının karalanması veya aracın fren balatalarının koparılması böyledir. “*Kullanılmaz hale getirme*” maldan yararlanma olanağının ortadan kaldırılmasıdır⁴¹. Ancak maldan yararlanma olanağının ‘o an için’ ortadan kaldırılması yeterli olup, malın tamir edilemez hale gelip gelmediğinin hiçbir önemi bulunmamaktadır. Fail tarafından yararlanmak amacı olmaksızın bir başkasına ait eşyanın o an bulunamayacak şekilde saklanması gibi durumlar bu seçimlik harekete örnek olarak verilebilir⁴². Son olarak “*kirletmek*” ise, bir malın dış görünüşünü bozarak onu kirli hale getirmek olup, bir kimseye ait duvara yazılar yazılması yahut afiş veya pankart yapıştırılması bu hareketin örnekleri olarak sayılabilir⁴³.

Yukarıda maddi unsurunu oluşturan seçimlik hareketlerin kısaca üzerinde durduğumuz TCK’nın 151. maddesinde düzenlenen mala zarar verme suçuna spor alanlarında da sıklıkla rastlanmaktadır. 6222 sayılı Kanunun 17/1. maddesinde spor alanlarındaki mala zarar verme suçlarında doğrudan TCK’ya atıfta bulunulduğundan ve herhangi bir ayırım yapılmadığından, bu suçların faili ve mağduru spor alanlarında bulunan herkes olabilir. O halde, bu suç taraftarların yanı sıra, sporcular, hakemler, teknik heyet, yöneticiler, spor kulübü veya federasyon görevlileri gibi diğer spor aktörleri tarafından da işlenebilir. Örneğin hakem tarafından bir futbolcunun formasına veya üzerindeki bir başka eşyaya ya da müsabakanın tarafı olan takımlardan herhangi birinin yedek kulübesinde bulunan eşyalarına zarar verilmesi halinde, hakemin bu suçtan dolayı sorumluluğunun doğacağına hiçbir kuşku yoktur.

6222 sayılı Kanunun 17/1. maddesinde, kasten yaralama suçunda olduğu gibi, mala zarar verme suçunun da spor alanlarında işlenmesi halinde faile verilecek cezanın yarı oranında arttırılacağı, ayrıca şikâyet şartı da aranmayacağı öngörülmektedir. Yukarıda 6222 sayılı Kanunun 3/1-(g) maddesi uyarınca “*spor alanı*”ndan ne anlamak gerektiği üzerinde durmuştuk. Buna göre, hakemin bu fiili yalnızca müsabaka esnasında veya müsabaka alanında işlemesine gerek yoktur. Örneğin, müsabaka bittikten sonra stadyumun otoparkında futbolculardan birinin aracını görüp ona zarar veren

gerekir.” **Yargıtay CGK., 26.4.2011, 2011/9-42 E. ve 2011/66 K.** Bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 832.

⁴¹ Alşahin, *Mala Zarar Verme Suçları*, 39; Turabi, *Mala Zarar Verme Suçları*, 75.

⁴² Gürocak, *Mala Zarar Verme*, 162.

⁴³ Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 833; Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 158.

veya bir maçtan önce taraftarların toplu olarak bir yerde bulunduklarını farkedip onların eşyalarını yakan hakemin fiili de 6222 sayılı Kanunun 17/1. maddesi kapsamında değerlendirilecektir.

Spor alanlarındaki mala zarar verme suçu yalnızca spor sùjelerinin veya spor alanlarında bulunan kimselerin eşyalarına karşı değil, bizzat bu alanların kendisine ya da spor alanlarında bulunan o tesise ait eşyalara karşı da işlenebilmektedir. Örneğin futbol müsabakasının yapıldığı sahadaki kale direklerine, reklam panolarına, yedek kulübesine, çimlere yahut basketbol maçının yapıldığı salonun parkelerine, potalarına vs. zarar verilmesi de mümkündür. Kanun koyucu mala zarar verme suçunun bu ikinci gruptaki eşya yönünden işlenmesi hakkında 17/1. maddenin ikinci cümlesinde özel bir düzenleme yapmıştır. Buna göre, *“spor alanları ve bu alanlardaki eşya, mala zarar verme suçu bakımından kamu malı hükmündedir.”* Benzer bir sonuca 3289 sayılı Gençlik ve Spor Hizmetleri Kanunu’ndan yola çıkarak varmak da mümkündür. Bu kanunun 36. maddesine göre spor il müdürlüğünün taşınır ve taşınmaz tüm malları *“Devlet malı”*, bir başka deyişle kamu malı hükmündedir. Ayrıca 3289 sayılı Kanunun ek 9. maddesinin birinci fıkrası uyarınca bağımsız spor federasyonlarının malları da Devlet malı sayılmaktadır. Bu düzenlemeler nazara alındığında, spor müsabakalarının icra edildiği stadyumların ve spor salonlarının ve buralarda bulunan eşyaların *“kamu malı”* olarak değerlendirilmesi gerektiği açıktır. TCK’nın 152/1-(a) maddesinde mala zarar verme fiilinin *“kamu kurum ve kuruluşlarına ait, kamu hizmetine tahsis edilmiş veya kamunun yararlanmasına ayrılmış yer, bina, tesis veya diğer eşya hakkında”* işlenmesi mala zarar verme suçunun ağırlaştırıcı nedeni olarak kabul edilmiştir. Bu itibarla, stadyum veya spor salonu gibi spor müsabakalarının yapıldığı spor alanlar ile ayrıca Bakanlığın bir birimi olan spor il müdürlüklerine yahut spor federasyonlarına ait tesis ve alanlara ya da buralarda bulunan eşya, araç ve gereçlere karşı mala zarar verme fiilinin işlenmesi halinde, TCK m. 152/1-(a) hükmü uyarınca nitelikli mala zarar verme suçu oluşacak ve ayrıca bu fiiller yönünden 6222 sayılı Kanunun 17/1. maddesi de uygulama alanı bulacaktır. Yargıtay da birçok içtihadında spor alanları ve buralarda bulunan eşyaların mala zarar verme suçu yönünden *“kamu malı”* hükmünde olduğuna ve bunlar üzerinde işlenen fiillerin nitelikli mala zarar verme suçuna vücut vereceğine karar vermiştir⁴⁴.

⁴⁴ *“Somut olayda; Turgutlu ilçesi Yedi Eylül Stadyumunda oynanan Ulucak Belediye Spor ile Kuşadası Spor arasındaki futbol müsabakası sırasında Ulucak Belediye*

Spor alanlarında işlenen mala zarar verme suçu yönünden bir diğer önemli nitelikli hal TCK m. 152/1-(g) maddesidir. Bu fıkra, suçun “*sona ermiş olsa bile, görevinden ötürü öç almak amacıyla bir kamu görevlisinin zararına olarak*” işlenmesi ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmiştir. Kasten yaralama suçunda açıkladığımız hususlar bu suç için de geçerli olup, buna göre maçın hakemi, maçta görev yapan diğer hakemlere, temsilciye, gözlemciye veya diğer federasyon görevlilerine karşı bu fiili işlediğinde, suçun bu nitelikli halinden sorumlu olacaktır.

Ayrıca TCK’nın 152/2-(a) maddesi uyarınca, fiilin “*yakarak, yakıcı veya patlayıcı madde kullanarak*” işlenmesi de mala zarar verme suçunun ağırlaştırıcı nedeni olarak sayılmıştır. Dolayısıyla bir maçın hakemi, ister müsabaka alanında isterse 6222 sayılı Kanunda “*spor alanı*” olarak sayılan diğer yerlerde mala zarar verme fiilini bu surette işlerse TCK’nın 152/2-(a) maddesi uygulama alanı bulacak, söz gelimi hakem müsabakadan önce, evvelden arasında husumet olan bir futbolcunun arabasını müsabaka alanına gidiş güzergahında görür ve bu araca yakmak suretiyle zarar verirse, hakeme verilecek olan ceza bu hüküm uyarınca ağırlaştırılacaktır.

Sporun attığı gole sevinen suça sürüklenen çocuğun protokol tribünü ile kapalı tribün arasında bulunan cama yumruk vurarak camın kırılmasına neden olduğu, bu şekilde üzerine atılı kamu malına zarar vermek suçunu işlediği anlaşılmıştır.” **Yargıtay 15. CD., 20.05.2014, 2013/18749 E. ve 2014/9780 K. Bkz.** Hürmüz, 97. “*Somut olayda, sanık S. D.’nin, Yalova Atatürk Stadında oynanan futbol maçını izlemek için stada gittiği, maç sırasında her iki futbol takımının taraftarı arasında meydana gelen kavgada tekme ile stada ait iki adet koltuğu kırdığı ve bu şekilde kamu malına zarar verme suçunu işlediğine yönelik kabulde bir isabetsizlik görülmemiştir.”* **Yargıtay 15. CD., 12.11.2014, 2013/27934 E. ve 2014/18669 K. Bkz.** Hürmüz, 99.

“*Sanığın, Elazığ Atatürk Stadyumu’nda oynanan futbol müsabakasını izledikten sonra, maç içerisinde verdiği kararlar sebebiyle maçın hakemlerine öfkelenerek, konuşmak amacıyla stadyum içerisindeki odalarına giden hakemlerin arkasından ilerlediği sırada, görevlilerin engel olması üzerine çıkan kargaşada, sanığın kapıya yumruk ile vurmak suretiyle yarısı buzlu cam olan kısmını kırarak zarar verdiğinin iddia edildiği olayda, sanık, tanık ve şikayetçi beyanları, görgü tespit tutanağı ile tüm dosya kapsamına göre, eylemin kamu malına zarar verme suçunu oluşturduğuna yönelik mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir.”* **Yargıtay 15. CD., 25.02.2015, 2014/835 E. ve 2015/21400 K.**

D. Hakemin Hakaret ve Tehdit Suçları Yönünden Sorumluluğu

Spor alanlarında hakemler tarafından işlenebilecek suçlar arasında hakaret ve tehdit suçlarını da ele almamız mümkündür.

Hakaret suçu, TCK'nın Şerefe Karşı Suçlar başlıklı sekizinci bölümünde, 125. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: *“Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir.”* Hakaret suçunun hukuki konusu kişinin şeref varlığı olup, “şeref” ise kişinin gerek kendisine ilişkin bakışı yönünden gerekse de içerisinde bulunduğu ortam yahut toplum nazarında sahip olduğu sosyal değer, saygınlık, itibar gibi niteliklerin bütününe ifade etmektedir⁴⁵. Bu bağlamda bazı yazarlar kişinin şeref varlığının “iç şeref” ve “dış şeref” olarak iki unsurdan oluştuğunu ve karma bir nitelik gösterdiğini, bu bağlamda iç şerefin kişinin kendisi hakkında onurlu olduğuna ilişkin taşıdığı olumlu duyguları, dış şerefin ise yaşadığı ortamda ve toplumdaki kimselerin o kişiye verdiği değer, itibar ve saygınlığı belirttiğini, TCK'nın 125. maddesi ile de her iki şeref varlığının kümülatif bir biçimde koruma altına alındığını söylemektedirler⁴⁶.

Tehdit suçu ise TCK'nın 106. maddesinde düzenlenmiş olup, buna göre; *“bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehditte ise, mağdurun şikayeti üzerine, altı aya kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.”* Ceza kanununun hürriyete karşı suçlar kısmında düzenlenen bu suç tipinde, kanun koyucu tehdit fiilinin yöneldiği hukuki değerlere göre bir ayırım yapmış ve mağdurun yahut bir yakınının hayat varlığına, vücut bütünlüğüne veya cinsel dokunulmazlığına bir saldırı gerçekleştirileceği ya da malvarlığı üzerinde ciddi bir zarar meydana getirileceği yönünde bir tehditte bulunulmasını suçun maddi unsuru olarak kabul etmiş, bununla birlikte maddede öngörülen ilk üç halde (hayat varlığı,

⁴⁵ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 229; Murat Kayaççek, *Şerefe Karşı Suçlar* (Ankara: Seçkin, 2008), 16; Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 100.

⁴⁶ Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 628-629.

vücut bütünlüğü ve cinsel dokunulmazlık) suçun re'sen soruşturulacağına, malvarlığı yönünden tehditte ise ancak mağdurun şikayeti üzerine fail hakkında ceza muhakemesi işlemlerinin yürütüleceğine hükmedilmiştir.

Esasen spor alanlarında hakemler tarafından diğer spor süjelerine yönelik gerçekleştirilen hakaret ve tehdit suçları bir özellik arzetmemektedir. Örneğin bir hakem pozisyon gereği yaşanan bir tartışma esnasında tartıştığı futbolcuya TCK m. 125'te öngörüldüğü şekilde hakaret eder veya TCK m. 106'da korunan hukuki değerler üzerinden bir tehditte bulunursa, bu fiile TCK'nın genel hükümleri uygulanacaktır. Ancak konuyu özel olarak ele almamızın sebebi, herhangi bir karışıklığa sebebiyet vermesini önlemek adına, 6222 sayılı Kanunun 14. maddesini hakemler tarafından işlenecek hakaret ve tehdit suçları yönünden değerlendirmektir.

6222 sayılı Kanunun 14. maddesinin birinci fıkrasında tehdit veya hakaret içeren tezahürat suçu düzenlenmiş olup, buna göre "*Spor alanlarında taraftarların grup halinde veya münferiden belirli bir kişiyi hedef veya muhatap alıp almadığına bakılmaksızın duyan veya gören kişiler tarafından tehdit veya hakaret olarak algılanacak tarzda aleni olarak söz ve davranışlarda bulunmaları halinde, fiilleri daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadağı takdirde, şikâyet şartı aranmaksızın, failer hakkında elli günden az olmamak üzere adli para cezasına hükmolunur.*" Görüldüğü üzere kanun koyucu, 6222 sayılı Kanunun 14/1. maddesindeki suçun yalnızca taraftarlar tarafından işlenebileceğini düzenlemiştir. O halde, 14. maddede öngörülen tehdit veya hakaret içeren tezahüratta bulunma suçu bir özgü suçtur. Bu nedenle, spor alanlarındaki taraftarlar dışındaki kimselerin ve dolayısıyla hakemlerin işlemiş oldukları hakaret içeren söz ve davranışlar 14/1. madde kapsamında değerlendirilemeyecek, bu kimseler yönünden yalnızca TCK m. 125. ve 106. madde hükümleri uygulanacaktır.

E. Hakemin Şike ve Teşvik Primi Suçları Yönünden Sorumluluğu

Hakemlerin ceza sorumluluğu bakımından değerlendirmemiz gereken son suç ise 6222 sayılı Kanunun 11. maddesinde düzenlenen şike ve teşvik primi suçlarıdır.

Şike suçu, 11. maddenin birinci fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir: "*Belirli bir spor müsabakasının sonucunu etkilemek amacıyla bir başkasına kazanç veya sair menfaat temin eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Kendisine menfaat temin edilen kişi de bu suçtan dolayı müşterek fail olarak cezalandırılır.*"

Kazanç veya sair menfaat temini hususunda anlaşmaya varılmış olması halinde dahi, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.” Buna göre, şike suçunun maddi unsurunu kazanç veya sair menfaat temini ve şike anlaşması olarak ikiye ayırmamız mümkündür⁴⁷.

Kanundaki düzenleme nedeniyle, şike suçunun oluşumu için anlaşmaya konu kazanç veya sair menfaatin temin edilmesi gerekmez. Taraflar arasında bir spor müsabakasının sonucunu etkilemek amacıyla kazanç veya sair menfaat temin edileceği üzerinde bir anlaşmaya (“*şike anlaşması*”) varılmış olmasıyla birlikte şike suçu tamamlanır ve failler 11. maddedeki şike suçunun tamamlanmış halinden cezalandırılırlar. Dolayısıyla somut olayda bu yönde bir anlaşma varsa, bunun neticesinde müsabakanın sonucuna etki edilmemiş veya üzerinde anlaşmaya varılan menfaat temin edilmemiş olsa bile fail cezalandırılacaktır. Kanun koyucu bu düzenleme ile şike suçunu rüşvet suçuna benzetmiştir. Zira rüşvet suçunu düzenleyen TCK’nın 252. maddesinin üçüncü fıkrasına göre de, “*rüşvet konusunda anlaşmaya varılması halinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.*”⁴⁸.

Teşvik primi esasen şike suçundan ayrı bir suç tipidir. Ancak kanun koyucu, 6222 sayılı Kanunda teşvik primini şike suçunun daha az cezayı gerektiren nitelikli hali (veya hafifletici nedeni) gibi düzenlemiştir. Bu itibarla şike suçu ile ilgili unsurlar teşvik primi yönünden de geçerli olacak, suçun oluşması için teşvik primi bir spor müsabakasının sonucunu etkilemek amacıyla verilecek ya da vaat edilecektir. 6222 sayılı Kanun’un 11. maddesinin beşinci fıkrasında şike suçuna atıfta bulunularak “*suçun bir müsabakada bir takımın başarılı olmasını sağlamak amacıyla teşvik primi verilmesi veya vaat edilmesi suretiyle işlenmesi halinde bu madde hükümlerine göre verilecek ceza yarı oranında indirilir*” denilmektedir. O halde teşvik primi suçunda da, şike suçunda olduğu gibi, bir spor müsabakasının sonucunu etkilemek amacıyla bir menfaat temini veya vaadi söz konusudur. Ancak bu kez söz konusu menfaat, şike suçunun aksine, o

⁴⁷ Şike suçunun unsurları hakkında detaylı bilgi için bkz. Yaşar, *Şike ve Teşvik Primi Suçları*, 154 vd.; Büşra Demiral Bakırman, *Türk Ceza Hukukunda Şike ve Teşvik Primi Suçu* (İstanbul: Oniki Levha, 2017), 103 vd.; Devrim Güngör, “Şike Suçu”, içinde *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2011/4 (Ankara: 2011), s. 39-40; Muharrem Özen ve Sacit Yılmaz, “Şike ve Teşvik Primi Suçları”, içinde *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2012/2 (Ankara: 2012), s. 28-29; Hamide Zafer, “Belirli Bir Spor Müsabakasının Sonucunu Etkilemek Amacıyla Kazanç veya Sair Menfaat Temin Etme Suçu (Şike veya Teşvik Primi Verme)”, içinde *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2012/1 (İstanbul: 2012), s. 61 vd.

⁴⁸ Yaşar, *Şike ve Teşvik Primi Suçları*, 163.

takımın müsabakada daha iyi performans göstermesi, başka bir deyişle başarılı olmasını sağlamak için temin edilmektedir. Şike suçunda olduğu gibi teşvik priminde de, suçun oluşumu için tarafların müsabakanın sonucunu etkilemek amacıyla teşvik primi verilmesi hususunda anlaşma yapmaları, yani bir tarafın teşvik primini teklif edip karşı tarafın bunu kabul etmesi yeterli olup, müsabakanın anlaşmaya göre sonuçlanması veya menfaatin temin edilmemesi suçun oluşumu yönünden önemli arzetmemektedir⁴⁹.

Şike suçu çok failli bir suçtur. Çok failli suçlar, makalemizin faile ilişkin bölümünde değindiğimiz gibi, tek bir fail tarafından işlenebilmesi mümkün olmayan ve en az ceza normunda öngörülen sayıda kişi tarafından iştirak halinde işlenmesi zorunlu kılınan suç tipleridir. Şike suçunda da en az iki kişi arasında şike anlaşmasının yapılmış olması suçun oluşumu için zorunludur. Faillerden birinin şike anlaşması için karşı tarafa teklif götürmesi, ancak karşı tarafça bu teklifin kabul edilmemesi halinde şike suçu meydana gelmemekte, olsa olsa teklif götüren fail yönünden şike suçuna teşebbüs söz konusu olmaktadır⁵⁰. Bu husus, 11. maddenin birinci fıkrasında “*kendisine menfaat temin edilen kişi de bu suçtan dolayı müşterek fail olarak cezalandırılır*” denilerek hüküm altına alınmıştır. Kanun koyucu şike anlaşmasının iki tarafını müşterek fail olarak kabul etmiş ve her ikisinin de aynı fiil nedeniyle cezalandırılacağını öngörmüştür.

Şike suçu her ne kadar bir özgü suç gibi düzenlenmemiş ve kanun koyucu da böyle bir lafzı tercih etmemiş ise de⁵¹, suçun oluşumu için şike anlaşmasının taraflarının müsabaka sonucunu etkileme yetkisi ya da gücü olan kimseler olması gerektiği açıktır. Aksi halde, suçun meydana gelebilmesi için elverişli harekette bulunulduğundan söz edilemez. O halde, ilgili spor müsabakasının sonucunu etkileme gücü, yetkisi veya olanağı bulunan herkes, örneğin sporcular, antrenörler, hakemler, federasyon yetkilileri, kulüp yöneticileri vb. kişiler, şike suçunun faili olabilirler. Bu bakımdan spor müsabakasının hakeminin de şike suçunun faili olabileceğine hiçbir kuşku yoktur.

⁴⁹ Buna ilişkin tartışmalar için bkz. Demiral Bakırman, *Türk Ceza Hukukunda Şike ve Teşvik Primi Suçu*, 128 vd.; Gülşen, *Spor Hukuku*, 231 vd.; İzzet Özgenç, “Değerlendirme ve Sonuç”, içinde *Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu*, ed. Prof. Dr. Cumhur ŞAHİN – Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ – Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ, 2. Bası (Ankara: Seçkin, 2012), 109 vd.

⁵⁰ Yaşar, *Şike ve Teşvik Primi Suçları*, 228; Özen ve Yılmaz, *Şike ve Teşvik Primi Suçları*, 32; Zafer, *Şike veya Teşvik Primi Verme*, 70.

⁵¹ Güngör, *Şike Suçu*, 39.

Bu hususla ilgili şike suçuna iştirake yönelik 11. maddenin ikinci fıkrası önem arz etmektedir. İkinci fıkra düzenlemesine göre, “*Şike anlaşmasının varlığını bilerek spor müsabakasının anlaşma doğrultusunda sonuçlanmasına katkıda bulunan kişiler de birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır.*” Esasen bu hüküm hiç düzenlenmeseydi de şike anlaşmasının varlığını bilerek müsabakanın anlaşmaya göre sonuçlanmasına katkıda bulunan kişilerin cezalandırılması mümkündür. Zira şike anlaşmasının varlığını bilerek bu anlaşmanın sonuçlanmasına katkıda bulunan kimsenin fiili zaten TCK’nın iştirake ilişkin hükümleri kapsamında cezalandırılacaktır. Ancak kanun koyucu bu hususu ayrıca düzenleyerek, şike anlaşmasının tarafı olmasalar da müsabakaya etki etme gücüne ve yetkisine sahip olan kimselerin vaat edilen menfaatten yararlanmak için anlaşmaya sonradan müdahale etmelerini ve müsabakanın anlaşmaya göre sonuçlanmasına doğrudan katkıda bulunmalarını da özel olarak vurgulamak, ayrıca bu hüküm var olmasaydı TCK m. 39 uyarınca “yardım eden” sıfatıyla iştirak nedeniyle ceza alabilecek faillerin müşterek fail gibi cezalandırılmasını sağlamak istemiştir.

Bu açıklamalardan hareketle, bir spor müsabakasında görev yapan hakemin, özellikle saha içerisinde müsabakanın seyri üzerinde en fazla yetki ve kontrole sahip kişi olduğu düşünüldüğünde, şike anlaşmasına taraf olmasa da sonradan vereceği kararlarla müsabakanın şike anlaşmasına göre sonuçlanmasına doğrudan etki etmesi mümkündür. Örneğin, üzerine şike anlaşması yapılan bir futbol maçında, şike anlaşmasının tarafı olan takım aleyhine kasten yanlış penaltı kararı veren, açık ofsayt olmasına rağmen golü geçerli sayan veya anlaşmaya göre yenilmesi gereken takımdan birkaç futbolcuyu kasten yanlış kararlarla kırmızı kart vererek oyundan ihraç eden hakemin fiili 11. maddenin ikinci fıkrası kapsamında değerlendirilmeli ve hakem de şike suçundan müşterek fail olarak sorumlu olmalıdır. Ancak hakemin şike suçunun müşterek faili olarak ceza sorumluluğunun doğması için, şike anlaşmasının varlığını bilerek ve tamamen müsabakanın sonucunun bu şekilde şekillenmesi için hareket etmesi gerekir. Eğer hakem böyle bir anlaşmanın varlığını bilmiyorsa ve buna rağmen anlaşmaya göre yenilmesi gereken takım aleyhine tamamen hakem hatası nedeniyle yanlış bir penaltı kararı verdiyse, bu durumda iştirak iradesinden ve şike suçu yönünden manevi unsurdan söz edilemeyeceğinden, hakem bakımından ceza sorumluluğu da ortaya çıkmayacaktır⁵².

⁵² Özen ve Yılmaz, *Şike ve Teşvik Primi Suçları*, 33.

Avrupa’nın çeşitli ülkelerinde hakemler tarafından yapılan veya hakemlerin müşterek fail olarak iştirak ettiği şike olayları ve bunlara ilişkin yapılan

Bununla beraber, şike anlaşmasının varlığını bilerek müsabakanın bu anlaşmaya göre sonuçlanmasına katkıda bulunan hakemin, şike anlaşmasının tarafı olan ve bu anlaşma doğrultusunda kazanç veya sair menfaat teminini doğrudan kabul eden kişi de olmaması, bu anlaşmanın tarafı olmadan müsabaka sonucuna etki etmesi gerekir. Aksi halde hakemin ceza sorumluluğu 11. maddenin ikinci fıkrasına göre değil, birinci fıkrasına göre değerlendirilecek ve hakem bu hüküm kapsamında şike suçunun faili olacaktır⁵³.

11. maddenin dördüncü fıkrasında şike suçunun ağırlaştırıcı nedenleri sayılmıştır. Kanun koyucu dördüncü fıkranın (a) bendinde, şike suçunun bir kamu görevlisi tarafından ve bu kamu görevinin sağlamış olduğu güven yahut nüfuz kötüye kullanılarak işlenmesinin suç ile korunan hukuki menfaati suçun basit haline nazaran daha fazla ihlal ettiği düşüncesiyle, ağırlaştırıcı bir neden olacağına kanaat getirmiş ve bu durumu suçun nitelikli hali olarak kabul etmiştir. Çalışmamızın önceki bölümlerinde açıkladığımız üzere, her ne kadar 6222 sayılı Kanunda bu yönde bir düzenleme yer almamaktaysa da, gerek 3289 sayılı Kanunun ek 1. maddesi, gerekse de 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kurulu ve Görevleri Hakkında Kanun'un 17. maddesi birlikte değerlendirildiklerinde, hakemlerin işlemiş oldukları fiiller yönünden “*kamu görevlisi*” sayılacaklarına hiçbir kuşku yoktur. Bu itibarla, hakemlerin şike suçunun faili oldukları durumlarda Kanunun 11/4-a maddesindeki ağırlaştırıcı neden uygulanmalı ve suçun nitelikli haline göre ceza sorumluluklarının doğacağı kabul edilmelidir.

V. SONUÇ

Spor faaliyetleri birçok bileşenin katılımıyla icra edilen ve geniş bir insan topluluğunu ihtiva eden aktiviteler olduğundan, bu süreçlerin içerisinde yer alan bütün spor aktörleri, söz konusu faaliyetler neticesinde meydana gelebilecek disiplin veya ceza sorumluluğunun süjesi olabilmektedirler. Sporcular, teknik kişiler, kulüp yöneticileri gibi kimselerin fiillerinin haricinde, spor faaliyetleri nedeniyle ceza sorumluluğu oluşabilecek spor aktörlerinden birisi de hakemlerdir.

yargılamalar hakkında detaylı bilgi için bkz. Marcelo Moriconi, “The official football match-fixing prevention discourse as a cognitive limitation (the cases of Iberian countries)”, içinde *Soccer and Society*, Vol.19 (Londra: 2019), s. 276-282.

⁵³ Özgenç, *Değerlendirme ve Sonuç*, 107; Yaşar, *Şike ve Teşvik Primi Suçları*, 178-179.

Hakemlerin ceza sorumluluğu tartışmasının tek nedeni spor müsabakası esnasında veya spor alanlarında doğrudan işleyecekleri fiiller değildir. Hakem, bir spor müsabakasında saha içerisindeki en yetkili kişi olup, sporcular başta olmak üzere bütün spor şüjeleri üzerinde otoriteye sahip bir biçimde müsabakayı yönetme görevini üstlenmektedir. Ne var ki bu yetki ve otorite, beraberinde sorumluluğu da getirmektedir. Bu nedenle, hakemlerin yalnızca doğrudan işledikleri fiiller bakımından değil, ihmalleri nedeniyle meydana gelen zararlı sonuçlardan dolayı oluşabilecek sorumluluk hallerinin de değerlendirilmesi elzemdir. Örneğin, yalnızca saha içerisinde bir sporcuyu yaralayan hakemin değil, verdiği ya da vermediği bir karardan dolayı spor şüjelerinin zarar görmesine sebebiyet veren hakemin sorumluluğu da ceza hukukunun inceleme alanına girmektedir.

Bu bağlamda, spor müsabakasını yönetme görevini üstlenen hakemlerin saha içerisindeki veya spor faaliyetiyle ilgili davranışları neticesinde, belirli koşulların varlığı halinde, ceza sorumlulukları ortaya çıkabilmektedir. Hakemin ceza sorumluluğu bahsi ele alınırken, özellikle 6222 sayılı Kanun da nazara alındığında hem sıklıkla karşılaşılabilecek hem de oluşumu ve muhakemesi bakımından özellik arzeden suçlar üzerinde durulması önem arz etmektedir. Buna göre, hakemin kasten ve taksirle yaralama suçları, mala zarar verme, hakaret, tehdit ile şike ve teşvik primi suçlarından ceza sorumluluğu halleri ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme yapılırken de, öncelikle bir “*fail*” tipi olarak hakem yönünden ceza hukukunun faile ilişkin genel kavramlarının uygulanması ve konunun spor hukukuna ilişkin mevzuatla birlikte ele alınması gerekmektedir. Bununla beraber, her ne kadar 6222 sayılı Kanunda bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiş ise de, 3289 sayılı Gençlik ve Spor Hizmetleri Kanununun ek 1. maddesinden hareketle, hakemlerin kendileri tarafından işlenen suçlar yönünden “*kamu görevlisi*” sayılacaklarına ilişkin hiçbir kuşku bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

- Alşahin, Mehmet Emin. *Yargıtay Kararları Işığında Mala Zarar Verme Suçları*. Ankara: Turhan, 2010.
- Antoliesi, Francesco. *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*. Milano: Giuffré Editore, 2003.
- Aydın, Devrim. *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*. Ankara: Yetkin, 2009.
- Demiral Bakırman, Büşra. *Türk Ceza Hukukunda Şike ve Teşvik Primi Suçu*. İstanbul: Oniki Levha, 2017.
- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 14. Baskı. Ankara: Seçkin, 2019.
- Dinç, Ahmet. “Futbol Hakemlerinin Klasmanlarına Göre Mesleki Yeterliliklerinin Belirlenmesi”. *İçinde Iğdır Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*. No: 13. 125-150. Iğdır: Ekim 2017.
- Dönmezer, Sulhi. *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*. 15. Bası. İstanbul: Beta, 1998.
- Erem, Faruk. “Suça İştirak”, *İçinde AÜHF Dergisi*. C. 3, S. 1. 62-107. Ankara: 1946.
- Gülşen, Recep. *Spor Hukuku*, 2. Baskı. Ankara: Adalet, 2013.
- Güngör, Devrim. “Şike Suçu”, *İçinde Ankara Barosu Dergisi*. S. 2011/4. 35-43. Ankara: 2011.
- Gürocak, İsmail. “Türk Ceza Kanunu’nda ‘Mala Zarar Verme’ ve ‘İbadethanelere ve Mezarlıklara Zarar Verme’ Suçları”, *İçinde TBB Dergisi*. S. 94. 149-186. Ankara: 2011.
- Hafızoğulları, Zeki ve Özen, Muharrem. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: US-A, 2011.
- Hürmüz, Peyman. *6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun, Yasak Fiiller ve Ceza Hükümleri – Yargıtay Yorumu*. Ankara: Adalet, 2016.
- Kargün, Mehmet, *Futbol Hakemlerinin İş Tatmini ve Mesleki Tükenmişlik Düzeylerinin Çeşitli Faktörler Açısından İncelenmesi*, İnönü Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Malatya: 2011.
- Kayanççek, Murat. *Şerefe Karşı Suçlar*. Ankara: Seçkin, 2008.
- Keskin Kızıroğlu, Serap. “Kasten Yaralama Suçu”. *İçinde Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan C. I.* 639-686. Ankara: AÜHF Yayınları, 2015.
- Memiş, Pınar. *Spor Faaliyetlerinden Doğan Ceza Sorumluluğu*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul: 2010.

- MHK-EPAK, *Türkiye Futbol Federasyonu Merkez Hakem Kurulu Hakem ve Gözlemci Rehberi*. Ankara: Türkiye Futbol Federasyonu Yayını, 1997.
- Moriconi, Marcelo. “The official football match-fixing prevention discourse as a cognitive limitation (the cases of Iberian countries)”, içinde *Soccer and Society*. Vol.19. 271-287. Londra: 2019.
- Okuyucu Ergün, Güneş. “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, içinde *TBB Dergisi*. S. 82. 139-169. Ankara: 2009.
- Özen, Muharrem ve Yılmaz, Sacit. “Şike ve Teşvik Primi Suçları”, içinde *Ankara Barosu Dergisi*. S. 2012/2. 17-41. Ankara: 2012.
- Özgenç, İzzet. “Değerlendirme ve Sonuç”, içinde *Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu*, ed. Prof. Dr. Cumhur ŞAHİN – Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ – Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ. 2. Bası. 95-126. Ankara: Seçkin, 2012.
- Özocak, Gürkan. “Spor Faaliyetleri Sırasında İşlenen Kasten Yaralama Suçu”, içinde *Suç ve Ceza – Ceza Hukuku Dergisi*. 81-114. İstanbul: 2018.
- Sarıkol, Eyyüp. “Futbol Müsabakalarında Hakemlerin Görev Yetki ve Sorumlulukları”, içinde *Iğdır Üniversitesi Spor Bilimleri Dergisi*. S.1, C. 1. 29-34. Iğdır: 2018.
- Schild, Wolfgang. “Antrenörün, Hakemin ve Seyircinin Ceza Sorumluluğu”, çev. Hakan Hakeri, içinde *Spor ve Ceza Hukuku*. ed. Yener Ünver. 41-50. Ankara: Seçkin, 2004.
- Taner, Tahir. *Ceza Hukuku Umumî Kısım*. 3. Basım. İstanbul: İÜHF Yayınları, 1953.
- Tezcan, Durmuş, Erdem, Mustafa Ruhan ve Önok, Murat. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. 18. Baskı. Ankara: Seçkin, 2020.
- Toroslu, Nevzat. *Ceza Hukuku Özel Kısım*. 6. Baskı. Ankara: Savaş, 2012.
- Toroslu, Nevzat ve Toroslu, Haluk. *Ceza Hukuku Genel Kısım*. 25. Baskı. Ankara: Savaş, 2019.
- Turabi, Selami. *Mala Zarar Verme Suçları*. Ankara: Seçkin, 2008.
- Yalçın Sancar, Türkan. *Çok Failli Suçlar*. Ankara: Seçkin, 1998.
- Yaşar, Yusuf. *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Şike ve Teşvik Primi Suçları*. 2. Baskı. Ankara: Seçkin, 2019.
- Hamide Zafer, “Belirli Bir Spor Müsabakasının Sonucunu Etkilemek Amacıyla Kazanç veya Sair Menfaat Temin Etme Suçu (Şike veya Teşvik Primi Verme)”, içinde *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. S. 2012/1. 55-82. İstanbul: 2012.

NÖROTEKNOLOJİ VE BİLİŞSEL ÖZGÜRLÜK

Neurotechnology and Cognitive Liberty

Zeynep KARASULU*

ÖZ

Nöroteknoloji alanında son yıllarda yaşanan büyük gelişmeler, insan beynindeki verilere erişme, bu verileri toplama ve işleme konusunda önemli olanaklar sunmaktadır. Özellikle fonksiyonel manyetik rezonans tekniği gibi beyin görüntüleme tekniklerinin kullanımıyla, insan beynine herhangi bir müdahalede bulunmaksızın beyin aktivitelerinin görüntülenmesi ve kaydedilmesi mümkün hale gelmiştir. Günümüzde, beyin görüntüleme tekniklerinin, kişilerin düşünce ve tutumları hakkında bilgi edinmenin yanında, klinik amaçlarla kullanımı da son derece yaygındır. Bununla birlikte, nöroteknolojinin kullanımı, kişilerin davranışlarında istenmeyen değişikliklere ve zihinsel zararlara yol açarak, temel hak ve özgürlüklerine yönelik tehdit yaratma potansiyeli taşımaktadır. Özellikle ABD’de ortaya çıkan nöro-pazarlama ve nöro-reklamcılık gibi sektörlerin, kişilerin tercihlerinin yönlendirilmesi gibi ticari amaçlarla nöroteknolojik yöntemleri kullanması buna örnek olarak gösterilebilir.

Bu çerçevede, bu çalışmada, öncelikle nöroteknoloji ve insan hakları arasındaki ilişki ortaya konulmaya çalışılmakta ve halihazırdaki hakların, nöroteknoloji alanındaki gelişmelere yanıt vermek bakımından yeterli olmayabileceğinden hareketle, son yıllarda tartışılmaya başlanan bilişsel özgürlük kavramı ile Ienca ve Andorno’nun “nöro-haklar” adı altında öne sürdüğü, “zihinsel gizlilik hakkı”, “zihinsel bütünlük hakkı” ve “psikolojik devamlılık hakkı” tartışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Nöroteknoloji, insan hakları, bilişsel özgürlük, nöro-hukuk, nöro-haklar.

Makalenin Geliş Tarihi: 16.09.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 28.11.2022.

* Araştırma Görevlisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, zkarasulu@gmail.com, ORCID: 0000-0002-0964-4182

ABSTRACT

Major developments in the field of neurotechnology in recent years offer significant opportunities for accessing, collecting and processing data in the human brain. Especially with the use of brain imaging techniques such as functional magnetic resonance technique, it has become possible to monitor and record brain activities without any direct brain intervention. Today, the use of brain imaging techniques for clinical purposes is extremely common as well as obtaining information on people's thoughts and attitudes. However, the use of neurotechnology has the potential to threaten fundamental rights and freedoms by causing undesirable behavior changes and mental harm. As an example, emerging especially in the USA, the sectors such as neuromarketing and neuroadvertising use neurotechnological methods for commercial purposes like directing people's preferences.

Within this framework this paper will initially try to reveal the relationship between neurotechnology and human rights. Subsequently, on the basis of the current rights may not be sufficient to meet the developments in the field of neurotechnology, the concept of cognitive liberty discussed in recent years, and "the right to mental privacy", "the right to mental integrity" and "the right to psychological continuity", which Ienca and Andorno put forward under the name of "neuro-rights" will be discussed.

Anahtar Kelimeler: Neurotechnology, human rights, cognitive liberty, neuro-law, neuro-rights.

GİRİŞ

Nöroteknoloji, elektrotlar, bilgisayarlar ve akıllı protezler gibi teknik bileşenlerin; beyinden gelen sinyalleri kaydedip teknik komutlara çevirmeleri, ya da elektriksel veya optik uyarımlarla beyin aktivitesini etkilemeleri amacıyla sinir sistemi ile doğrudan bağlantısını sağlayan yöntem ve araçların bir araya getirilmesi olarak tanımlanmaktadır¹.

Nöroteknoloji alanında son yıllarda yaşanan gelişmeler, insan beyninin görüntülenmesine, beyin aktiviteleri izlenerek veriler toplanmasına, bilişsel süreçlere müdahale edilerek duygu ve düşüncelerin değiştirilmesi ve hafıza

¹ Oliver Müller, Stefan Rotter, "Neurotechnology: Current Developments and Ethical Issues", Frontiers in Systems Neuroscience, Volume 13, Article 93, December 2017, s. 1.

gibi bilişsel yetilerin iyileştirilmesine olanak tanımaktadır. Esasen, nöroteknolojik gelişmelerin öncesinde, insanın fiziksel varlığı kolaylıkla dışsal müdahalelere maruz kalabilirken, insan beyni büyük ölçüde bu müdahalelerin dışında kalabilmekteydi. Bununla birlikte, nöroteknoloji alanında yapılan çalışmalar bize, insan beyninin yavaş yavaş ulaşılamaz bir kale olmaktan çıktığını göstermektedir.

Nöroteknolojinin kullanımıyla, bir yandan önleyici, tanı ve tedavi edici araçlar geliştirilerek, çeşitli psikolojik ve nörolojik hastalıkların tedavisi mümkün hale gelirken, öte yandan, aynı teknolojilerin kullanımı, insanların bilişsel alanlarına rızaları dışında ya da cebri müdahalelere ortam hazırlamakta ve kişilerin davranışlarında istenmeyen değişikliklere yol açma ve zihinsel zararlara sebep olma potansiyeli taşımaktadır. Dolayısıyla nöroteknolojik gelişmelerin, toplum ve kişiler açısından büyük ölçüde faydalı sonuçlar doğurduğu kabul edilse bile, bu teknolojilerin kötüye kullanımı, kişilerin temel hak ve özgürlüklerine yönelik tehditler yaratma potansiyeline sahiptir.

Bu çalışmada, nöroteknolojik gelişmelerin insan haklarına etkileri bağlamında söz konusu gelişmelere cevaben geliştirilen bilişsel özgürlük kavramı ve bu kavramla ilişkili olarak önerilen “nöro-haklar” ele alınacaktır. Bu çerçevede, meselenin daha iyi anlaşılabilmesi bakımından öncelikle bilişsel özgürlük ihtiyacını doğuran nöroteknolojik gelişmelere yer verilecek, sonrasında nöroteknolojinin insan hakları ile ilişkisi ortaya konulacaktır. Daha sonra, bilişsel özgürlüğün kavramsal çerçevesi ve bilişsel özgürlükle ilişkili olarak Ienca ve Andorno tarafından önerilen “zihinsel gizlilik”, “zihinsel bütünlük” ve “psikolojik devamlılık” hakları ele alınacaktır.

I. NÖROTEKNOLOJİK DEVRİM

İnsan kafatasının sınırları, tarihte çok uzun bir süre boyunca, insanın gözlemlenebilir ve gözlemlenemeyen boyutları arasındaki sınır olarak düşünülmüştür. Antik topluluklarda, beyin dokusunun gözlemlenmesine izin veren trepanasyon² gibi beyin cerrahisinin ilkel tekniklerinin kullanıldığı

² Tarihteki, ilk cerrahi girişimlerden biri olarak tanımlanabilecek trepanasyon işlemi, kafatasının herhangi bir bölgesinde bir delik açılarak, beyin zarı ve beyne zarar vermeksizin, bir parçanın çıkarılıp alınmasını sağlayan bir ameliyat tekniğidir. Daha fazla bilgi için bkz: Erksin Güleç, Can Pelin, “Kuruçay Höyüğü’nde Gün Işığına Çıkarılan Bir Trepanasyon Olgusu”, DTCF Dergisi, Cilt:38, Sayı: 1-2, 1998.

bilinse de bu teknikler; duygular, düşünceler ve davranışların altında yatan nöral ve zihinsel süreçleri gözlemlemekten oldukça uzak kalmıştır. 1878 yılında Richard Canton, hayvan beyni üzerinde yaptığı araştırmalarda, beyindeki elektrik sinyallerinin iletimini keşfetmiş ve bundan 46 yıl sonra, ilk defa insana ait beyin dalgaları çizelgesi (EEG) ortaya konulmuştur. 1990'lara gelindiğinde ise, beyin görüntüleme tekniklerinde büyük bir artış yaşanmıştır³. Bugün, hızla büyüyen bir alan olarak beyin görüntüleme tekniklerinden hem klinik hem de ticari açıdan yararlanılmakta olup, beyin aktivitelerinin beyne herhangi bir müdahalede bulunmaksızın kaydedilmesi ve görüntülenmesi standart uygulamalar haline gelmiştir. Örneğin, günümüzde kullanılan beyin görüntüleme tekniklerinden biri olan fonksiyonel manyetik rezonans tekniği (fMRI); ameliyat öncesi risk değerlendirmeleri ve anormalliklerin belirlenmesi için beyindeki çeşitli bölgelerin haritalanması, ameliyat sonrası iyileşme sürecinin gözlenmesi gibi çok çeşitli amaçlarla kullanılmaktadır. Yine, depresyon ve Alzheimer hastalığı gibi bir dizi nörolojik rahatsızlık, fMRI tekniği kullanılarak teşhis edilebilmektedir⁴.

Yapılan testler, beyin görüntüleme tekniklerinin insanların niyeti, düşünceleri ve tutumları hakkında bilgi edinmek için de oldukça etkili olduğunu göstermektedir. Örneğin ABD'de yapılan bir çalışma, fMRI tekniğinin, Demokratların ve Cumhuriyetçilerin beyinlerindeki fonksiyonel farklılıkların tanımlanması yoluyla, katılımcıların siyasi görüşlerinin ortaya konmasında kullanılabileceğini göstermiştir⁵.

Beyin fonksiyonlarının beyne bir müdahalede bulunmaksızın görüntülenmesi ve fonksiyonel farklılıkların tespit edilebilmesi, pazarlama sektörü açısından da özel bir öneme sahiptir. 2004 yılında ticari amaçlarla yapılan bir araştırmada, aynı insanların Coca Cola etiketli ve üzerinde herhangi bir etiket bulunmayan kolayı içtiklerinde beyinlerinde ne gibi fonksiyonel farklılıklar olduğunu tespit etmek üzere fMRI tekniği kullanılmış ve araştırma sonuçları, pazarlama stratejilerinin tüketicilerin beyninde

³ Judy Illes, "Neuroethics in a New Era of Neuroimaging", American Journal of Neuroradiology, Vol:24, No:9, Ekim 2003, s. 1739-1741.

⁴ Walter Koch et al, "Diagnostic Power of Default Mode Network Resting State fMRI in the Detection of Alzheimer's Disease", Neurobiology of Aging, Vol:33, No:3, Mart 2012, s. 466-478.

⁵ Darren Schreiber, et al., "Red Brain, Blue Brain: Evaluative Processes Differ in Democrats and Republicans", Plos One, 8(2), e.52970, 2013, s. 1-6

birtakım farklılıklar yarattığını ortaya koymuştur⁶. Bugün Google, Disney, Frito-Lay gibi çokuluslu şirketler, tüketici tercihleri ile ürün ve reklamları hakkındaki izlenimleri ölçmek için nöro pazarlama araştırma hizmetlerini kullanmaktadır. EmSense, Neurosence, MindLab International ve Nielsen gibi bir dizi uzmanlaşmış nöropazarlama şirketi, tüketici davranışlarını incelemek, analiz etmek ve tahmin etmek üzere fMRI ve EEG gibi beyin görüntüleme tekniklerini kullanmaktadır. Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki bu teknikler, yalnızca birtakım tercihleri tespit ve tahmin etmek için değil, bastırmak ya da tetiklemek için de kullanılabilir⁷.

Nöroteknoloji alanındaki bu gelişmeler, mobil iletişim sektöründe de giderek daha fazla önem kazanmaktadır. Apple, Samsung ve sektördeki diğer öncü şirketler, ürünlerine ait aksesuarlara, beyin dalgalarını ölçen küçük cihazları entegre etmeye başlamışlardır. Örneğin XWave kulaklık seti gibi Iphone aksesuarları ile kullanıcının beyin dalgaları okunabilmektedir.⁸

⁶ Samuel McClure et al., “Neural Correlates of Behavioral Preference for Culturally Familiar Drinks”, *Neuron*, Vol:44, No:2, 2004, ss. 379-387

⁷ Marcello Ienca, Roberto Andorno, “Towards New Human Rights in the Age of Neuroscience and Neurotechnology”, *Life Sciences, Society and Policy*, Vol:13, No:5, 2017, s. 4

⁸ Nöropazarlama yeni ortaya çıkan, giderek büyüyen ve pazarlamacılar tarafından oldukça güvenilen bir alandır. Bununla birlikte Matthews, pek çok kişinin nörobilimin pazarlama alanındaki başarısı konusuna şüpheyile yaklaştığına işaret etmektedir. Beyin görüntüleme verilerinin doğruluğu ve kullanılabilirliğine ilişkin literatür çeşitlilik göstermektedir. Beyin tarayıcı, hipotalamusun arka bölgelerindeki aktivasyonu tespit ederek yararlı bilgiler sunabilir. Bununla birlikte, beyin anatomisinin statik durumlarının açıklamasına dayanan bir dizi belirli davranış tahmin etmede, başka bir deyişle, kişinin nasıl davranmaya yatkın olduğunu belirlemede o kadar iyi olmayabilir. Bu durum sadece, bu tür eğilimleri tetikleyen çevresel uyaranları hesaba katamayacağından değil, aynı zamanda çok fazla olasılık olmasından kaynaklanmaktadır. Beyin tarayıcısı coşku, korku, iğrenme gibi, belirli duygu türlerini tanımlamada daha iyi olacaktır, çünkü bu duygusal durumlar kısa ömürlü, eyleme yönelik, farklı yüz ifadelerine ve tipik olarak gerçek zamanlı çevresel tepkilere bağlı ortaya çıkmışlardır. Diğer yandan, ruh halleri, belirli duygulardan daha uzun süren, içsel olarak oluşturulmuş arka plan duygulanım durumları olarak kabul edilirse, beyin tarayıcıların deneklerdeki ruh hallerini doğru bir biçimde ortaya koyup koyamayacağı şüphelidir. Bu gibi sebeplerle, beyin tarayıcıların karar verme konusunda değerli veriler üretme kapasitelerine ilişkin iddialara şüpheyile yaklaşmak gerekmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Steve Matthews, “Neuromarketing: What Is It and Is It a Threat to

Bu noktada değinilmesi gereken bir diğer nokta, nöroteknolojinin, birtakım hastalıkların teşhis edilmesi yanında, beyin pili teknolojileri ya da psiko-aktif ilaçların kullanımı gibi yöntemlerle, kişilerin dikkat, odaklanma, hafıza gibi bilişsel yetilerinin geliştirilmesi ve hatta ruh hallerinin, kişilik özelliklerinin ve davranışlarının iyileştirilmesinde kullanılmasıdır. Bu anlamda, nöroteknoloji, kişilik ve ruh halinin değiştirilmesi, hafızanın güçlendirilmesi, bilişsel yetilerin iyileştirilmesi gibi faydalı birtakım amaçlarla da kullanılmaktadır. Dolayısıyla, nöroteknolojinin kötüye kullanımıyla, iyi yönde kullanımı arasındaki farkı kavramak da önemlidir.

Geçmiş yıllarda nöroteknoloji alanında yaşanan gelişmelerle, insan beyni bilimsel yöntemlerle okunabilir hale gelmiştir. Bu gelişmeler, önümüzdeki yıllarda nöroteknolojinin giderek yaygınlaşarak insan hayatının hemen her alanında yer alacağı ve insan davranışlarını etkileyip değiştirmek yönünde artan bir öneme sahip olacağını göstermektedir⁹. Bununla birlikte, bir yandan nöroteknoloji büyük bir hızla gelişmeye devam ederken, diğer yandan özellikle insan hakları bağlamında hukukun, bu gelişmelerin ortaya çıkarabileceği sorunlara cevap vermek bakımından yeterince hazır olup olmadığı soru işaretidir.

Nöroteknoloji insan davranışlarının arkasında yatan zihinsel süreçlerle ilgilenirken, hukuk sistemleri de doğası gereği insan davranışlarının düzenlenmesiyle ilgilenmektedir. Bu anlamda nöroteknoloji ve hukukun doğal ortaklar olduğu da öne sürülmektedir¹⁰.

“Nörohukuk” olarak adlandırılan yeni hukuk dalının temel düşüncesi, beyin hakkında daha fazla bilgiye sahip olmanın, yasaların daha adil ve daha iyi bir biçimde tasarlanmasına katkıda bulunacağı düşüncesidir¹¹. Hukukla ilişkili nöroteknolojik uygulamalar çeşitlilik göstermektedir. Örneğin beyin görüntüleme tekniklerinin, özellikle ceza hukukunda, soruşturmada cezai sorumluluğun değerlendirilmesine, hükümlülerin rehabilite edilmesinden yeniden suç işleme risklerinin ortaya konulmasına kadar önemli katkılar sağlayabileceği düşünülmektedir. Yine aynı teknolojiler kullanılarak görgü

Privacy?”, Jens Clausen, Neil Levy (eds.), *Handbook of Neuroethics*, Dordrecht, Heidelberg, Newyork, London, Springer, 2015, s. 1627-1645.

⁹ Ienca, Andorno, s. 5.

¹⁰ Oliver R Goodenough., Micaela Tucker, “Law and Cognitive Neuroscience”, *Annual Review of Law and Social Science*, No:6, s. 62.

¹¹ Arian Petoft, “Neurolaw: A Brief Introduction”, *Iranian Journal of Neurology*, 14 (1), 2015, s. 54.

tanıklarının güvenilirliğinin değerlendirilebileceğinden, özellikle cinsel suçlar gibi mağdurun olayı hatırlamayı reddettiği durumlarda hafızanın izlerinin sürülebileceği ve olayın aydınlatılabileceğinden söz edilmektedir¹².

Hukukla ilişkili diğer nöroteknolojik uygulamalar, yalan dedektörleri, zihin dekoderleri ve beyin yazıcılarıdır. Poligraf gibi geleneksel yalan dedektörleri, kalp hızı, tansiyon ve kas reaksiyonları gibi bazı bedensel işaretlerin ölçümünü yapmakta olup, güvenilirlikleri oldukça düşük aygıtlar oldukları için kabul edilebilirlik standartlarını karşılamadıklarından, genellikle mahkemelerde kanıt olarak kabul edilmemektedir¹³. EEG ve fMRI temelli yeni nesil yalan dedektörleri ise yalanı kaynağında, yani beynin görüntülenmesiyle saptayabildikleri için poligrafa göre daha güvenilir aygıtlar olarak görülmektedir¹⁴. Bununla birlikte, poligrafi, EEG ve fMRI gibi sözünü

¹² Ienca, Andorno, s. 5-6.

¹³ J. Craft Calvin, James Giordano, “Integrating Brain Science and Law: Neuroscientific Evidence and Legal Perspectives on Protecting Individual Liberties”, *Frontiers in Neuroscience*, Volume 11, Article 621, s.4., Ienca, Andorno, s.6.

¹⁴ Daniel D. Langlaben et.al., “Polygraphy and Functional Magnetic Resonance Imaging in Lie Detection: A Controlled Blind Comparison Using the Concealed Information Test”, *J Clin Psychiatry*, 2016: 77(10):1372-1380.
Poligrafi, özellikle ABD’de II. Dünya Savaşı’ndan sonra kriminal soruşturmalarda ve ordu ile tüm federal polis ve kamu güvenliğine ilişkin kurum ve kuruluşlarda, hem işe alım öncesi güvenlik soruşturmalarında hem de görevi kötüye kullandığından şüphelenen kamu görevlilerinin sorgulanmasında kullanılmıştır. Bkz, David T. Lykken, “Why (Some) Americans Believe in the Lie Detector While Others Believe in the Guilty Knowledge Test”, *Integrative Physiological and Behavioral Science*, Vol:26, No:3, July-September, 1991, s. 214. Yine bazı Avrupa ülkelerinde de poligrafiye başvurulduğu görülmektedir. Örneğin Belçika’da poligrafi, yargı kararlarında kısmen de olsa rol oynayabilmektedir. Esasen, poligrafının kullanımı parlamentoda gündeme geldiğinde, Adalet Bakanı, söz konusu tekniğin yalnızca polis soruşturmalarında kullanılabileceğini, bu teknikte elde edilen sonuçların mahkemelere delil olarak sunulamayacağını belirtmiştir. Bununla birlikte, uygulama aksi yönde gelişmiştir. Asliye mahkemelerinde delil olarak kullanımı reddedilmesine rağmen, Belçika’da jüri yargılaması yapan tek mahkeme olan Cour d’assises’de, jürilerin delil kullarımlarını açıklaması gerekmediğinden fiilen delil olarak kullanılabilmektedir. Hollanda ve Birleşik Krallık’ta ise, ceza yargılamasında kullanılsa da cinsel suçların soruşturulmasında poligrafa başvurulmaktadır. Almanya’da 1998 tarihli Yüksel Mahkeme kararıyla, ceza yargılamalarında poligrafa başvurulması uygulaması terkedilmiştir. *Bundesgerichtshof, 10 February 1999 (3 StR 460/98; NSIZ-RR*

ettiğimiz teknolojilerin kullanımına ilişkin çalışmalar, laboratuvar ortamında yaratılan koşullarda ve gönüllü katılımcılarla yürütülmektedir. Buradan hareketle nörobilim literatüründe, bu teknolojilerin gerçek hayattaki uygunlukları ve bu yolla elde edilen verilerin doğruluklarının ciddi bir biçimde sorgulandığını belirtmekte de fayda vardır.¹⁵

2000, 35). Bununla birlikte, özellikle çocuğun cinsel istismarı iddialarını nedeniyle açılan velayet davalarında olmak üzere, hukuk davalarında poligrafın kullanımına devam edilmiştir. Yine bu uygulama da Yüksek Mahkeme kararıyla sonlandırılmıştır. *Bundesgerichtshof, 24 June 2003 (VI ZR 327/02)*. İskandinav ülkelerinde poligrafın, yalnızca Finlandiya’da nispeten büyük ölçekte kullanıldığı görülmektedir. Finlandiya Ulusal Soruşturma Bürosu (NBI), 1995 yılından bu yana, çoğunlukla cinayet ve cinsel suçlarda olmak üzere, yaklaşık 300 vakada poligrafa başvurmuştur. Bununla birlikte, poligraf ile elde edilen sonuçlar mahkemelerde delil olarak kullanılmamaktadır. Norveç’te poligraf ile elde edilen verilerin kanıt olarak kullanımı meselesi Yüksek Mahkeme önüne gelmiş ve Yüksek Mahkeme 1996 tarihli kararında poligrafın kullanımını reddetmiştir. *H0ysterett (Supreme Court). Kjennelse (verdict). Rt-1990 114 (343- 96)*. Bkz. Ewout H. Meijer, Peter J. Koppen, “Lie Detectors and the Law: The Use of Polygraph in Europe”, in Canter David, Zukauskıene Rita (Eds), *Psychology and Law: Bridging the Gap*, London, Ashgate, 2008., ss. 41-45. Poligraf, Japonya’da ceza soruşturmasında yaygın bir biçimde kullanılmaktadır. Yüksek Mahkeme 1968 taihli bir kararıyla, poligraf ile elde edilen sonuçların mahkemelerde delil olarak kullanılabilmesine hükmetmiştir. Bkz. Izumi Matsuda, Tokihiro Ogawa, Michiko Tsuneoka, “Broadening the Use of the Concealed Information Test in the Field”, *Frontiers in Psychiatry*, February 2019, Volume 10, Article 24. ss. 2-4.

¹⁵ Mehmet Ergen, Yeşim Işıl Ülman, “Nörobilim, Nöroteknoloji, Yalan Tespiti ve Etik”, *Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi*, Cilt: 3, Sayı:3, Temmuz 2012, s.151-153.

Beyin temelli yalan tespiti çalışmaları, başlangıçta umut verici sonuçlar verse de bu çalışmaların en önemli sorunlarından birinin, söz konusu çalışmaların laboratuvar ortamında ve belli bir senaryo dahilinde gönüllü katılımcılarla yapılan deneylerden elde edilen verilere dayanması olduğuna dikkat çekilmektedir. Laboratuvar ortamında yaratılan koşulların; katılımcıların, kendilerini sorgulayan kişileri masum olduklarına ikna edememeleri halinde işlerini, güvenilirliklerini ve hatta özgürlüklerini kaybedebilecekleri gerçek yaşam koşullarını yakalamakta başarılı olup olmadığı belli değildir. Nitekim, bu çalışmalarda yalan tespiti çoğunlukla gerçek dünyadaki karmaşık koşullarını yakalayamayabilecek basit deneysel görevler vasıtasıyla araştırılmaktadır. Katılımcılar kendilerine yöneltilen sorulara genellikle, “evet” ve “hayır” anlamına gelen iki butondan birine basarak yanıt vermektedirler. Bu sözlü olmayan iletişim biçimi, gerçek hayattaki sözlü iletişimden uzak olup, oradaki duygusal tepkilerin laboratuvar ortamındaki deney

esnasında mevcut olup olmadığı belirsizdir. Bkz. Mart Bles, John –Dylan Haynes, “Detecting Concealed Information Using Brain-Imaging Technology”, *Neurocase*, 14(1), s.85-86. Roskies’e göre de beyin görüntüleme çalışmaları katı bilimsel kriterleri karşılama bile, bu çalışmaların sonuçları gerçek dünya koşullarına kolayca uygulanamayabilir. Gerçek dünya ile laboratuvar ortamı arasında çeşitli farklılıklar bulunmaktadır. Gerçek dünyadaki riskler laboratuvarındakinden çok daha yüksektir ve bu durum, deneysel ortamlarda ortaya çıkmayacak duygusal tepkiler üretebilir. Ayrıca, nörogörüntüleme sonuçları, farklı popülasyonlara göre değişkenlik göstermektedir. Çoğu araştırma, sağlıklı, üniversite çağındaki gruplar üzerinde yapılmaktadır. Bu nedenle, hedef çalışmanın farklı bir popülasyonu içerip içermediğine dikkat edilmelidir. Nitekim, yaşlı ve genç nüfusun beyinleri arasında yaşa bağlı önemli değişiklikler olduğunu bilinmektedir. Yine, uyuşturucu bağımlıları, şiddet suçluları ya da psikiyatrik işlev bozuklukları olan kişiler gibi sosyo-ekonomik açıdan uç noktalarda olan grupların da beyinlerinde önemli farklılıkların olduğu bildirilmektedir. Dolayısıyla bu gruplar ilgili çıkarımlarda bulunurken de çok dikkatli olunmalıdır. Yalan tespit teknolojilerinin adli bağlamlarda veya personel taramasında kullanılması çok daha olasıdır. Bu grupların demografik özellikleri çok farklıdır. Dolayısıyla üniversite öğrencilerinden elde edilen verilerin bu farklı grupları temsil edip etmeyeceği ya da bu sonuçların genişletilip genişletilemeyeceği bilinmemektedir. Roskies, nörogörüntüleme tekniklerinin yalan tespiti ile ilgili bazı veriler sağlayabileceğinden şüphe edilemeyeceğini vurgulamakla birlikte, son çalışmaların, yalan söylemenin doğruyu söylemeye göre belli bir dizi beyin bölgesini harekete geçirirse de çalışmalar arasında önemli ölçüde değişkenlik olduğunu ve tüm çalışmalarda aktif hale gelen bir beyin bölgesinin bulunmadığını ortaya koyduğunu belirtmektedir. Roskies’in işaret ettiği bir başka önemli nokta ise, yalan tespiti teknolojilerinin teşhis gücünün belirlenememesidir. Yalan tespitinde hata oranlarının kabul edilir olup olmadığı, ilgili toplulukta yalan söylemenin yaygınlığına bağlı olacaktır. Bu husus anlaşılmadan, tekniğin gerçek teşhis gücünü ortaya koymak mümkün değildir. Bununla birlikte, ilgili topluluk için yalan söylemede esas alınacak bir temel oranın nasıl tespit edileceği açık değildir. Bir temel oran tespit edilebilse bile, bu oranın belirlenmesi gereken ilgili topluluk ve bağlam ne olacaktır? Örneğin, yalan söylemenin toplum içindeki genel oranı mı, suçlanan ve yalan tespiti testine tabi tutulan kişilerin yalan söyleme oranı mı, cezaevlerindeki nüfusun yalan söyleme oranı mı esas alınacaktır. Roskies, böyle bir belirlemenin yapılmasının mümkün olmadığına ve bu belirleme yapılmadan da kullanılan tekniklerin tahmin oranının doğruluğunun değerlendirilemeyeceğine ve bu anlamda çalışmalarda verilen doğruluk oranlarının yanıltıcı olduğuna işaret etmektedir. Bkz. Adina L. Roskies, “Mind Reading, Lie Detection, and Privacy”, Jens Clausen, Neil Levy (eds.), *Handbook of Neuroethics*, Dordrecht, Heidelberg, Newyork, London, Springer, 2015, 679-695.

Daha evvel de belirtildiği gibi, nöroteknoloji ilerledikçe ve bilişsel fonksiyonları denetlemek ve kontrol etmek üzere yeni kapılar açtıkça, hukukun bu tür ilerlemelerle nasıl başa çıkacağı daha çetrefilli bir mesele haline gelmektedir. Yukarıda da görüldüğü gibi, özellikle ceza hukuku bağlamında, nöroteknoloji yoluyla elde edilen kanıtların mahkemelerde kullanılması konusuna dikkat çekilmekle birlikte, nöroteknolojinin insan hakları alanındaki etkileri çok az tartışılmıştır. Bu bağlamda, aşağıda nöroteknoloji ve insan hakları ilişkisine değinilecektir.

II. NÖROTEKNOLOJİ VE İNSAN HAKLARI İLİŞKİSİ

Nöroteknoloji, düşünce özgürlüğü, zihinsel bütünlük, adil yargılanma, kendi aleyhine tanıklık yapmayı reddetme gibi insan haklarını etkileme potansiyeline sahip olmasına rağmen, uluslararası insan hakları hukuku henüz nöroteknolojiye açık bir referans yapmış değildir. Hem ulusal hem de uluslararası düzeyde birtakım standartların belirlenmesine konu olmuş diğer biyomedikal gelişmelerin aksine, nöroteknoloji, insan hakları hukukunun deyim yerindeyse keşfedilmemiş toprakları konumundadır. Bununla birlikte nöroteknolojinin insan hakları üzerindeki potansiyel etkileri düşünüldüğünde, insan hakları hukukunun bu gelişmelere en hızlı şekilde adapte olması ve yanıt vermesi gerektiği düşünülmektedir. Bu noktada insan hakları hukukunun genetik alanındaki teknolojik gelişmelerin doğurduğu çeşitli zorluklara verdiği yanıtlar, bu hukuk dalının nöroteknolojiye nasıl cevap vereceğini öngörmemize de yardımcı olabilir¹⁶.

1990'ların sonlarından itibaren uluslararası toplum, insanın genetik verilerine erişimin giderek artmasından kaynaklanan çeşitli sorunlara çözüm üretmek anlamında kayda değer bir mesafe kat etmiştir. 1997 yılında, genetik verilerin insan hakları ile bağdaşmayan şekillerde toplanmasını ve kullanılmasını önlemek ve insan genomunu gelecek nesiller için zararlı olabilecek manipülasyonlardan korumak amacıyla İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi (UDHGHR) kabul edilmiş¹⁷ ve sonrasında bu belgede yer alan prensipler daha da geliştirilerek 2003 yılında İnsan Genetik Verileri Uluslararası Bildirgesi (IDHGD) kabul edilmiştir¹⁸. Bu noktada,

¹⁶ Ienca, Andorno, s. 7-8.

¹⁷ İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi için bkz. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/universal-declaration-human-genome-and-human-rights>.

¹⁸ İnsan Genetik Verileri Uluslararası Bildirgesi için bkz.

genetik ve insan hakları arasındaki ilişkiden, UDHGHR'nin 5. maddesi ve IDHGH'nin 10. maddesinde yer verilen, “kişinin genetik inceleme ve bunların doğuracağı sonuçlar hakkında bilgi sahibi olma veya olmama hakkı” gibi tamamen yeni hakların ortaya çıkması oldukça dikkat çekicidir.¹⁹ Yeni birtakım hakların tanınmasına ek olarak, kişisel verilerin gizliliği gibi hâlihazırda var olan haklar da genetik alanındaki gelişmelere uyarlanmıştır.

Genetik alanında yaşanan gelişmelerin insan hakları hukukunda doğurduğu sonuçlara benzer şekilde, gelişmekte olan nöroteknolojinin de insan hakları alanında birtakım sonuçlar doğurması kaçınılmaz görünmektedir. Özellikle nöro-cihazların kullanılabilirliği konusunda giderek artan hassasiyet, önümüzdeki yıllarda yeni hakların ortaya çıkmasını ya da en azından var olan hakların yeni gelişmelere uyarlanmasını gerektirmektedir. Bu argüman, modern toplumlarda insan haklarının ortaya çıkışı ve gelişmesiyle de uyumludur. Nitekim insan hakları temelde, insan onuruna ve insanın temel çıkarlarına yönelen tehditlere bir tepki olarak ortaya çıkmıştır.

III. BİLİŞSEL ÖZGÜRLÜK

Bilişsel özgürlük kavramının net ve kapsamlı bir tanımını yapmak son derece zordur. Nitekim bilişsel özgürlük kavramı görece yeni bir kavram olup, ilk defa 2000 yılında W. Sententia ve R.G. Boire tarafından ortaya atılmıştır. Bu noktada “bilişsel” teriminin, kişinin edindiği bilgiyi düzenlemek üzere

[http://portal.unesco.org/en/ev.php-](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)

[URL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html).

¹⁹ 1979 yılında Karel Vasak tarafından yapılan ve insan hakları öğretisinde de kabul gören “Hak Kuşakları” ayrımına göre; insan hakları tarihsel süreçte, insan onuruna yönelen tehditlere cevap olarak ortaya çıkmıştır. Buna göre: Birinci kuşak haklar *klasik haklar*; ikinci kuşak haklar *sosyal haklar* ve üçüncü kuşak haklar *dayanışma hakları* olarak adlandırılmaktadır. Bununla birlikte; insan onuruna yönelik tehditlerin her dönemde farklılık göstermesi, günümüzde dördüncü kuşak haklar tartışmasını da gündeme getirmiştir. Buna göre; özellikle biyoteknoloji ve bilişim teknolojilerindeki gelişmelerle birlikte, 21.yy.’da insan onuruna yönelik yeni tehditler söz konusudur. Bu kapsamda, bilim ve teknolojinin olası kötüye kullanımına karşı insan onurunun korunmasını amaçlayan haklar da dördüncü kuşak haklar çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bu hakların en bilinen örnekleri yukarıda sözünü ettiğimiz haklar ve kişisel bütünlüğün korunması hakkı gibi, biyoteknoloji alanında yapılan düzenlemelerde kendini göstermektedir. Bkz. Oktay Uygun, “Kamu Hukuku İncelemeleri: İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik”, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, ss. 45-74.

işlettiği süreci ifade ettiğini vurgulamak önemlidir²⁰. Bilişsel özgürlük kavramı, bir taraftan geleneksel düşünce özgürlüğünün kapsamını genişletmek, diğer yandan da demokratik toplumların hukuk düzenlerini, böyle bir hakkı anayasal güvence altına almaları için zorlamak üzere geliştirilmiş bir kavramdır²¹.

Bublitz, bilişsel özgürlük kavramını, kişinin nöroteknoloji kullanılarak zihinsel durumunu değiştirme hakkını ve yine nöroteknoloji kullanılarak zihinsel durumuna müdahale edilmesini reddetme hakkını kapsayan bir kavram olarak düşünmektedir²². Bu anlamda bilişsel özgürlük, kişilerin; hem var olan nöroteknolojiyi kullanma hakkını hem de bu teknolojilerin cebri ve rıza dışı kullanımına karşı korunmasını kapsamaktadır. Bir başka tanıma göre ise, bilişsel özgürlük, herkesin özerk ve bağımsız bir biçimde düşünme ve zihinsel yetilerini eksiksiz bir biçimde kullanma hakkını ifade etmektedir. Bu ikinci tanıma açacak olursak; öncelikle düşünceler, kişi onları paylaşmaya karara verene kadar hiçbir müdahaleye maruz kalmaksızın gizli kalabilmelidir. Bu anlamda bilişsel özgürlük, kişi özgürlüğünün, devlet ve nöroteknolojiyi kullanan ticari kuruluşlardan gelebilecek tehditlere karşı korunmasını amaçlamaktadır²³. Diğer yandan herkes, bağımsız bir biçimde düşünebilmeli ve zihinsel yetilerini tam ve eksiksiz bir biçimde kullanabilmelidir²⁴. Bu bağlamda bilişsel özgürlük, kişinin kendi bilinci üzerindeki hâkimiyetini ve düşünce süreçlerini kontrol etme özgürlüğünü ifade etmektedir. Son olarak değinilmesi gereken bir husus; devlet, bilişsel

²⁰ Nick Bostrom, Rebecca Roache, “Smart Policy: Cognitive Enhancement in the Public Interest” 2009, s. 1, <https://nickbostrom.com/papers/smart-policy.pdf>, E.T.:07.12.2018.

²¹ Wrye Sententia, “Freedom by Design: Transhumanist Values and Cognitive Liberty”, Max MorE, Natasha Vita-More (ed), “The Transhumanist Reader: Classical and Contemporary Essays on the Science, Technology And Philosophy of the Human Future”, 2013 içinde, s. 355.

²² Christoph Bublitz, “My Mind is Mine!? Cognitive Liberty as a Legal Concept”, Elisabeth Hildt, Andreas Franke (ed), “Cognitive Enhancement” New York, 2013, s. 234.

²³ Paolo Sommaggio, Marco Mazzocca, Alessio Gerola, Fulvio Ferro, “Cognitive Liberty: A First Step Towards a Human Neuro-Rights Declaration”, Biolaw Journal-Rivista di BioDiritto, No:3, 2017, s. 33.

²⁴ Wrye Sententia, “Neuroethical Considerations: Cognitive Liberty and Converging Technologies for Improving Human Cognition”, Annals of the New York Academy of Sciences, Vol:1013, No:1, s. 223.

yetilerin güçlendirilmesini, bir başkasının haklarını ihlal etmesi durumu dışında, yasaklamamalıdır²⁵.

Sonuç olarak belirtmek gerekir ki, bilişsel özgürlük diğer tüm özgürlükler için gerekli bir kavramdır. Nitekim Sententia da bilişsel özgürlüğün diğer özgürlüklerin bilişsel altyapısını oluşturduğunu ifade etmektedir. Bu sebeple bilişsel özgürlük, genellikle ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü gibi diğer özgürlüklerin temeli kabul edilen düşünce özgürlüğü kavramına benzetilmektedir. Bu anlamda Sententia, nöroteknolojik gelişmelerle birlikte bilişsel fonksiyonların manipüle edilebilmesi ihtimalini de hesaba katarak; bilişsel özgürlüğü, düşünce özgürlüğünün kavramsal bir güncellemesi olarak ortaya koymaktadır²⁶.

A. Negatif Boyut

Nöroteknolojinin kullanımı yoluyla kişilerin bilinç alanına zarar vermek ya da davranışlarını ve tercihlerini yönlendirerek zihinsel değişikliklere sebep olmak, ulusal ve uluslararası alanda yeterince ele alınan bir mesele değildir. Bu sebeple, kişilerin bu tip rıza dışı ya da cebri uygulamalardan korunmasını sağlamak için kavramsal bir çerçeve oluşturmak gerekmektedir. İşte bilişsel özgürlüğün negatif boyutu bu amaca hizmet etmektedir: Kişiyi; devlet, tıbbi kurumlar ya da ticari kuruluşlardan gelebilecek zihinsel istismarlara karşı korumak²⁷.

Bu anlamda, kişilerin zihinsel süreçlerine yapılacak bir müdahale ancak şu iki şartın gerçekleşmesi halinde mümkün olmalıdır²⁸:

- Kişinin, yapılacak müdahale üzerine eğitim almış bir sağlık personeli tarafından, uygulanacak tedavi, tedavinin faydaları, bu tedaviden kaynaklanan riskler ve tedaviden kaçınması ihtimalleri hakkında eksiksiz bir biçimde bilgilendirilmesi,
- Kişinin, tedaviyi kabul edip etmeme yönünde özgürce karar alabilmesi.

²⁵ Sommaggio vd., s. 33.

²⁶ Wyre Sententia, "Cognitive Enhancement and Cognitive Liberty: Comments on the President's Council on Bioethics", Howard F. Didsbury (ed), "21st Century Opportunities and Challenges: An Age of Destruction or an Age of Transformation", World Future Society, Washington, 2003, içinde, s. 234.

²⁷ Sommaggio vd., s. 34.

²⁸ Sommaggio vd., s. 34.

Kişi, söz konusu tedavinin uygulanması konusunda hiçbir baskı altında olmamalı, bu anlamda teşvik, aldatma, zorlama ve benzeri herhangi bir yönlendirmeye maruz kalmaksızın özgürce karar verebilmelidir. Yukarıda sözünü ettiğimiz iki şartın tek istisnası ise, kişinin kendisine ya da başkasına zarar verme ihtimalinin ortaya çıkması ve akıl zayıflığı durumudur²⁹.

Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi'nin *Sell vs. United States*³⁰ kararında, nöroteknolojinin kullanımına ilişkin diğer sınırlar şöyle belirtilmektedir³¹:

- Kamu yararı gerekliliği,
- Uygulanacak tedavinin istenmeyen etkilere neden olmaması,
- Tedavinin, hastanın sağlık durumuna göre en iyi sonucu verecek biçimde uygulanması.

B. Pozitif Boyut

Yukarıda görüldüğü gibi negatif boyutuyla bilişsel özgürlük, kişinin zihinsel süreçlerine özellikle devlet ya da diğer kuruluşlar tarafından gelebilecek rıza dışı ve cebri müdahalelere karşı kişiyi korumaktadır. Buna karşılık bilişsel özgürlüğün pozitif boyutu, mevcut nöroteknolojilerin, talep eden herkes için ulaşılabilir olmasını amaçlamaktadır. Buradaki temel mesele, kişilerin, bilişsel gelişimlerine destek olacak psikoaktif maddeleri ve nöroteknolojik araçları özgürce kullanabilmeleridir³². Bununla birlikte, nöroteknolojiye dayalı tedavi yöntemlerinin kullanımının toplum tarafından kabul edilebilir olduğu düşünülse bile, uzun vadede etkililikleri ve doğurabilecekleri potansiyel güvenlik sorunları konusunda endişeler bulunmaktadır. Bu ikilem, aynı zamanda, “transhümanist” ve “biyo-muhafazakâr” düşünce arasındaki tartışmanın da çıkış noktasıdır. Transhümanist düşünce, insanın fiziksel ve bilişsel yetilerinin geliştirilmesi, yaşlanma ve hastalanma gibi istenmeyen yönlerinin ortadan kaldırılarak daha

²⁹ Sommaggio vd., s. 34.

³⁰ *Sell v. United States*, 539 U.S. 166, 2003.

³¹ Ari U. Etheridge, John R. Chamberlin, “Application of *Sell vs. United States*”, *Journal of the American Academy of Psychiatry and Law*, Vol:34, No:2, 2006, s.248-250.

³² Nick Bostrom, Anders Sandberg, “Cognitive Enhancement: Methods, Ethics, Regulatory Challenges”, *Science and Engineering Ethics*, Vol: 15, No:3, 2009, s.311.

uzun ve daha sağlıklı yaşaması gibi amaçlarla insan geliştirme teknikleri ve yüksek teknolojiye dayanarak faydalanılması gerektiğini öne sürerken³³, biyo-muhafazakâr düşünce, bu teknolojilerin insan onuruna karşı bir tehdit oluşturduğunu ve kullanımlarının toplum için derin ve öngörülemez sonuçlara yol açabileceğini savunmaktadır³⁴.

Nöroteknolojinin kullanımına yönelik bir başka kaygı da toplumdaki eşitsizlikleri artıracak endişesidir. Nitekim söz konusu teknolojilere erişim, refah seviyesi yüksek kesimler için mümkünken, yoksul kesimler için söz konusu olamayacaktır³⁵.

Sonuç olarak, bilişsel yetilerin geliştirilmesinin riskleri ve faydalarının açık bir biçimde ortaya konulması gerekmektedir. Bu anlamda, en azından bu teknolojilerin yan etkilerinin uzun vadeli sonuçları da dikkate alınarak, kullanımları hakkında belli standartların oluşturulması yerinde olacaktır.

Görüldüğü gibi, nöroteknoloji hukuk sistemlerini etkileme kapasitesine sahiptir. Bu çerçevede Şili, 2021 yapılan anayasa değişikliği ile anayasasında nörohaklara yer veren ilk ülke olmuştur.³⁶ Söz konusu değişiklikte, teknolojik gelişmeyle ilişkili olarak beyin aktivitesinin korunmasına açıkça yer verilmekte ve bilimsel ve teknolojik gelişmelerin kullanımına ilişkin düzenlemelerin yasa ile yapılacağı belirtilmektedir. Bu kapsamda, Şili’de nöroteknolojinin gelişmesi ve ilerlemesi karşısında, nörohaklar ve zihinsel bütünlüğün korunmasına ilişkin bir yasa taslağı da hazırlanmıştır.³⁷ Bununla

³³ Nick Bostrom, “Human Genetic Enhancement: A Transhumanist Perspective”, *Journal of Value Inquiry*, Vol:34, No:4, 2003, s.493.

³⁴ Jonathan Pugh, Guy Kahane, Julian Savulescu, “Bioconservatism, Partiality and the Human-Nature Objection to Enhancement”, *The Monist*, Vol:99, No:4, 2016, s.406-422.

³⁵ Sommaggio vd., s. 38.

³⁶ 14 Ekim 2021 tarih ve 21.383 numaralı anayasa değişikliği kanunu ile söz konusu değişiklik kapsamında Anayasanın 19.maddesinin 1.fıkrasına eklenen paragraf şöyledir:

“Bilimsel ve teknolojik gelişmeler halkın hizmetinde olacak ve yaşama saygı ile fiziksel ve zihinsel bütünlüğüne saygı çerçevesinde hayata geçirilecektir. Yasa, bilimsel ve teknolojik gelişmelerin insanlar üzerinde kullanımına ilişkin gereklilikleri, koşulları ve kısıtlamaları düzenler ve özellikle beyin aktivitesini ve bundan elde edilen bilgileri korur.”

Söz konusu değişikliğin İspanyolca orijinali için bkz.

<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302&idParte>

³⁷ Söz konusu tasarı için bkz.

birlikte, daha önce de belirttiğimiz gibi uluslararası insan hakları hukuku nöroteknolojiye herhangi bir atıfta bulunmamıştır. Oysa insan hakları, bir yönüyle, kişinin menfaatlerini, ona yönelebilecek tehditlerden korumak amacıyla ortaya çıkan ihtiyaçlardır. Bu anlamda bilişsel özgürlük de kişinin zihnini, dışarıdan gelebilecek rıza dışı ve cebri müdahalelere karşı korumak amacıyla ortaya çıkmış bir ihtiyaç olarak düşünülmelidir.

C. Ienca ve Andorno'nun Perspektifinden Nöro-Haklar

Bilişsel özgürlük hakkının yalnızca negatif boyutuna, yani nöroteknolojinin rıza dışı kullanımının reddedilmesine odaklanan Ienca ve Andorno, bilişsel özgürlüğün, nöroteknolojinin doğurduğu veya doğuracağı tüm sorunları karşılamada tek başına yeterli olmayacağını ileri sürmekte ve bu çerçevede, bilişsel özgürlük yanında, nöro haklar olarak adlandırdıkları üç

https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=13828-19

Nörohaklar, özellikle Columbia Üniversitesi'nden Prof. Dr. Rafael Yuste ve onun kurduğu Nöro Haklar İnisiyatifi çatısı altındaki pek çok araştırmacı tarafından önerilmektedir. Bkz. Columbia Neuro Rights Initiative, <https://ntc.columbia.edu>, (E.T. 3.11.2022). Söz konusu inisiyatif, özellikle Şili'de nörohaklar üzerine Şili Senatosu ile iş birliği halinde çalışmasıyla ve Şili'de nörohaklar konusunda yasal düzenlemenin ortaya çıkmasındaki girişimleriyle öne çıkmaktadır. Bu çerçevede yukarıda sözünü ettiğimiz yasa taslağında da Nöro Haklar İnisiyatifi tarafından ortaya konulan, “kişisel kimlik hakkı”, “zihinsel mahremiyet hakkı”, “insan kapasitesini artıran teknolojilere eşit bir biçimde erişim hakkı”, “özgür irade hakkı ve ayrımcılık ile önyargıya karşı korunma hakkı” olmak üzere beş temel hak kapsamındaki nörohakların tanınması teklif edilmiştir.

yeni hak daha önermektedirler.³⁸ Bu haklar; “zihinsel gizlilik hakkı”, “zihinsel bütünlük hakkı” ve “psikolojik devamlılık hakkıdır”³⁹.

1. Zihinsel Gizlilik Hakkı

Ienca ve Andorno'nun önerdiği zihinsel gizlilik hakkı konusunda sorulması gereken ilk soru, kişisel verilen gizliliğine ilişkin mevcut koruma standartlarının, zihninizde yer alan verileri kapsayıp kapsamadığıdır. Esasen, nöroteknoloji kullanılarak kişinin zihninden elde edilen veriler de kişisel veri olarak kabul edilebileceği için, bu tür verilerin mevcut koruma standartlarının kapsamına girmemesi için hiçbir sebep yoktur. Bununla birlikte; mevcut koruma standartlarının, kişiler hakkındaki harici bilgileri korumayı

³⁸ Nörohaklar konusunda yapılan bu girişimler Bublitz gibi bazı yazarlar tarafından şiddetle eleştirilmektedir. Özellikle Şili’de nörohaklarla ilgili yaşanan yukarıda sözünü ettiğimiz gelişmeler karşısında yazdığı makalesinde, Bublitz’in eleştirileri temel olarak, mevcut temel hak ve özgürlüklerin nöroteknolojik gelişmelere yanıt verebileceği ve bu sebeple önerilen yeni hakların bir hak enflasyonuna sebep olarak mevcut hakların da etkisini azalttığı noktasında yoğunlaşmaktadır. Bublitz’e göre; bu hak enflasyonu ve hakların değerinin kaybetmesi endişesi, özellikle son yıllarda belirli siyasi hedefleri insan hakları kaygılarıyla çevreleyerek ön plana çıkarmak üzere yapılan sayısız girişimden kaynaklanmaktadır. Ayrıca, kural olarak hukukta reform yapılması talebinde bulunan herkes, öncelikle konuya ilişkin yürürlükteki düzenlemeleri ve bu düzenlemelerdeki eksiklikleri açıklamalıdır. Bu noktada, Bublitz, mevcut insan hakları belgelerinde nöroteknolojiye ilişkin herhangi bir atıf olmamakla birlikte, insan haklarına ilişkin pek çok anlaşmanın yaşayan belgeler olarak kabul edildiğine dikkat çekerek, bu anlaşmalarda yer alan hükümlerin dinamik yorum yoluyla nöroteknolojinin yarattığı tehlikeleri de karşılayabilecek kapasitede olduğunu ifade etmektedir. Philip Alston’a göre; yeni bir hak talebinin bir insan hakkı olarak kabul edilmesi için bazı kriterleri karşılaması gerekir. Buna göre; bu talep, temelde önemli bir değeri yansıtmalı, insan hakları hukukunun mevcut yapısıyla uyumlu olmalı ve onu tekrarlamakla kalmamalı, üzerinde yüksek düzeyde uluslararası fikir birliği oluşmuş olmalı, devletlerin genel uygulamalarıyla uyumlu olmalı veya en azından açıkça uyumsuz olmamalıdır ve tanımlanabilir hak ve yükümlülükler yol açacak kadar kesin olmalıdır. Bkz. Philip Alston, “Conjuring up New Human Rights: A Proposal for Quality Control”, The American Journal of International Law, Vol:78, No:3, Jul 1984, s.615. Bu çerçevede Bublitz, önerilen nörohakların hiçbirinin Alston’un sözünü ettiğimiz kriterlerini karşılamadığına işaret etmektedir. Bkz. Jan Christoph Bublitz, “Novel Neurorights: From Nonsense to Substance”, Neuroethics, Vol:15, No:1, Article No:7, 2022.

³⁹ Ienca, Andorno, s. 11.

amaçladığını vurgulayan Ienca ve Andorno'ya göre, kişinin içsel yaşamı ve kişiliğiyle doğrudan bağlantılı olan zihinsel veriler ve bu verilerin elde ediliş biçimi özel bir nitelik taşımakta olduğundan, bu alan özel bir korumayı gerektirmektedir⁴⁰.

Zihinsel verilerin özelliği, korunacak verinin, verileri üreten kaynağın kendisinden kolayca ayırt edilemez olmasıdır. Bu anlamda, yalnızca zihinsel verilerin değil bu verilerin kaynağının da korunması gerekmektedir. Bu sebeple de gizliliğe ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevcut koruma standartlarından daha geniş bir koruma düzenine ihtiyaç bulunmaktadır. İşte bu noktada Ienca ve Andorno, nöroteknolojik bir aygıt tarafından kaydedilen ve dijital ortamda paylaşılan zihinsel verilerin korunması amacına yönelik olarak zihinsel gizlilik hakkını önermektedir⁴¹. Buna göre bu hak, yalnızca zihinsel verileri değil, aynı zamanda bu verilerin üreticisi olan beyin dalgalarını da koruyacaktır. Kısacası, zihinsel gizlilik hakkı; kişileri, rızaları olmaksızın zihinsel verilerine erişilmesine karşı korumayı amaçlamaktadır.

2. Zihinsel Bütünlük Hakkı

Ienca ve Andorno'nun önerdiği bir diğer hak zihinsel bütünlük hakkıdır. Kişilerin zihinlerine yönelen rıza dışı müdahaleler yalnızca zihinsel gizliliğin ihlali ile sonuçlanmaz, aynı zamanda ilgili kişinin bilişsel alanına zarar verebilir ve zihinsel bütünlüğünün bozulmasına yol açabilir. Kişinin fiziksel ve zihinsel bütünlüğü, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 3. maddesi ile koruma altına alınmıştır⁴². Buna göre; herkes fiziksel ve zihinsel bütünlüğüne saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bununla birlikte Şart; biyomedikal teknolojilerin, insanların fiziksel ve zihinsel bütünlüğü üzerinde

⁴⁰ Ienca, Andorno, s. 14.

⁴¹ Ienca, Andorno, s. 15.

⁴² md.3: (1) Herkes, fiziksel ve zihinsel bütünlüğüne saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.

(2) Tıp ve biyoloji alanlarında, aşağıdaki hususlar özellikle gözetilmelidir:

- yasalarla belirlenen usullere göre, ilgili kişinin özgürce ve bilgilendirilmiş olarak muvafakatinin alınması,
- üstün gen yaratma uygulamalarının, özellikle insan seleksiyonunu amaçlayanların yasaklanması,
- insan vücudunun ve bölümlerinin, parasal kazanç kaynağı haline getirilmesinin yasaklanması,
- insan klonlanmasının yasaklanması.

Bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT>.

doğurabileceği etkiler sebebiyle, bu hakkın tıp ve biyoloji alanlarındaki önemini vurgulamaktadır. Bu hüküm, tıp ve biyoloji alanlarında, özellikle dört hususa odaklanmaktadır: Kişinin özgür ve bilinçli bir biçimde vereceği muvafakat, öjenik uygulamaların yasaklanması, insan bedeninin ve bölümlerinin ticari bir kazanç kaynağı haline getirilmesinin yasaklanması ve insanların klonlama yoluyla üremesinin yasaklanması. Görüldüğü üzere bu hükümde, nöroteknoloji ile ilişkili uygulamalara yapılmış açık bir referans bulunmamaktadır. Şart'ın 2000 yılında imzalandığı düşünüldüğünde, nöroteknolojiye ilişkin bu sessizlik normal karşılanabilirse de Ienca ve Andorno'ya göre, günümüzde nöroteknolojik uygulamalar da tıpkı genetik ve diğer biyomedikal uygulamalar gibi, zihinsel bütünlüğe zarar verme potansiyeli taşımaktadır⁴³. Bu nedenle de Ienca ve Andorno, normatif çerçevenin nöroteknolojik uygulamaları da kapsayacak şekilde genişletilmesi gerektiğini öne sürmekte, bu anlamda zihinsel bütünlük hakkının yeniden kavramsallaştırılmasını önermektedir⁴⁴.

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı zihinsel bütünlüğü bir sağlık hakkı olarak ele almakta ve fiziksel bütünlüğün bir parçası olarak görmektedir. Bununla birlikte, Ienca ve Andorno'ya göre zihinsel bütünlük hakkı, yalnızca bireylerin ruh sağlığı programlarına erişme ve gerektiğinde psikiyatrik tedavi alma hakkını garanti altına almakla kalmamalı, ilaveten bilişsel alanlarını potansiyel zararlardan koruma hakkını da garanti etmelidir⁴⁵.

3. Psikolojik Devamlılık Hakkı

Bilişsel özgürlük kapsamında Ienca ve Andorno'nun önerdiği son hak psikolojik devamlılık hakkıdır. Nöroteknolojik uygulamalar, zihinsel gizlilik ve zihinsel bütünlüğün yanı sıra, bireylerin kişiliklerini de tehdit etme potansiyeli taşımaktadır. Nöroteknolojik cihazlar, yalnızca beynin görüntülenmesi için değil, aynı zamanda beyin fonksiyonlarının uyarılması ve değiştirilmesi için de kullanılabilir. Örneğin transkraniyal doğru akım uyarımı (tDCS), transkraniyal manyetik uyarım (TMS) ve derin beyin uyarımı (DBS) gibi tekniklerle, beyindeki nöronlar uyarılarak beyin aktivitesi değiştirilmekte ve bir takım psikolojik ve nörolojik hastalıklar tedavi edilebilmektedir. Bununla birlikte, beyin uyarımı yoluyla beyin fonksiyonundaki değişiklikler, kişilerin zihinsel durumlarında istenmeyen

⁴³ Ienca, Andorno, s.18.

⁴⁴ A.g.e.

⁴⁵ A.g.e.

değişikliklere neden olma ve bireylerin kişiliklerini etkileme potansiyeline sahiptir⁴⁶. Örneğin bazı bilimsel araştırmalar, DBS tekniğinin bazı hastalarda dürtülerine hakim olamama, saldırganlık gibi davranış değişikliklerine yol açtığını ortaya koymaktadır⁴⁷. Bu noktada, Ienca ve Andorno'nun ilgilendiği sorun, beyin uyarımı tekniklerinin sebep olduğu bu kişilik değişikliklerinin, temel bir insan hakkını ihlal edip etmediğidir.

Ienca ve Andorno'nun ortaya koyduğu psikolojik devamlılık hakkı, yukarıda bahsettiğimiz teknikler karşısında, kişilerin düşünce ve davranışlarının altında yatan bilişsel süreçlerin korunarak, düşüncelerinin harici müdahalelerle değiştirilmesinin engellenmesini ve bireyin kişiliğini ve davranışlarının tutarlılığını korumayı amaçlamaktadır⁴⁸.

Psikolojik devamlılık hakkı, zihinsel bütünlük hakkı ile yakından ilişkilidir ve aslında pek çok noktada bu hakla örtüşmektedir. Nitekim her iki hak da kişilerin bilişsel alanını, rıza dışı müdahalelere karşı korumayı amaçlamaktadır. Bununla birlikte, Ienca ve Andorno'ya göre bu iki hakkı birbirinden farklı kılan şey, psikolojik devamlılık hakkının, nöroteknolojik uygulamanın kişiyi herhangi bir nöral ya da zihinsel zarara uğratmadığı durumlar için de geçerli olmasıdır⁴⁹. Buna karşılık, zihinsel bütünlüğün ihlalinin söz edilebilmesi için, bir zararın ortaya çıkması şarttır.

Psikolojik devamlılık hakkı, yalnızca beyin uyarımı yoluyla değil, aynı zamanda daha iyi niyetli gibi görünen müdahalelerle de ihlal edilebilir. Buna en iyi örnek nöro-pazarlama sektöründe başvuru ve bireylerin tercihlerini yönlendirmeyi amaçlayan nöro reklamcılıktır. Ienca ve Andorno'ya göre psikolojik devamlılık hakkı ile bu alanda ortaya çıkabilecek istismarların da önüne geçilebilecektir⁵⁰.

Son olarak Ienca ve Andorno, önerdikleri nöro hakların birbiriyle ilişki içinde olduklarını vurgulamaktadır. Bu anlamda, onlara göre diğer tüm

⁴⁶ Michael Decker, Torsten Fleischer, "Contacting the Brain-Aspects of a Technology Assessment of Neural Implants", *Biotechnology Journal*, Vol:3, No:12, 2008, s.1503-1505.

⁴⁷ Michael J. Frank, Johan Samanta, Ahmed A. Moustafa, Scott J. Sherman, "Hold Your Horses: Impulsivity, Deep Brain Stimulation and Medication in Parkinsonism", *Science*, Vol: 318, No: 5854, 2007, s. 1309.

⁴⁸ Ienca, Andorno, s. 21.

⁴⁹ Ienca, Andorno, s. 22.

⁵⁰ A.g.e.

özgürlüklerin altyapısını oluşturan bilişsel özgürlük, nöro hakların da ön şartıdır⁵¹.

SONUÇ

Nöroteknolojinin giderek yaygınlaşan kullanımının, bir taraftan çeşitli nörolojik ve psikolojik rahatsızlıkların tedavisinde, pazarlama sektöründe, ulusal güvenlik alanında ve ceza yargılamalarında çok önemli katkılarının olabileceği kabul edilse de diğer yandan kişilerin hak ve özgürlüklerine yönelik büyük bir tehdit oluşturabileceği de ortadadır. Bununla birlikte, nöroteknolojinin hak ve özgürlüklere etkisi ihmal edilmiş ne ulusal ne de uluslararası hukukta nöroteknolojiye açık bir referans yapılmıştır. Oysa bilişsel özgürlük, diğer tüm özgürlüklerin bilişsel altyapısını oluşturması bakımından, bu özgürlüklerin ön şartı olarak düşünülmektedir. İşte nöroteknolojik gelişmelere cevaben geliştirilmiş bilişsel özgürlük kavramı, bireylerin, hem var olan nöroteknolojiyi kullanma hakkını, hem de bu teknolojilerin cebri ve rıza dışı kullanımına karşı korunmasını amaçlamaktadır. Bu anlamda bilişsel özgürlük, nöroteknolojiye ilişkin gelecekteki hukuki düzenlemelere rehberlik etmesi açısından da büyük önem taşımaktadır.

Bilişsel özgürlük, aynı zamanda, zihinsel gizlilik, zihinsel bütünlük ve psikolojik devamlılık gibi nöroteknoloji odaklı yeni birtakım hakların ortaya çıkması açısından da önemli bir kavram konumundadır. Ienca ve Andorno'nun nöroteknolojik gelişmelerin doğurduğu ya da doğuracağı sorunlara yanıt olarak önerdikleri nöro haklar, aslında daha önce de değindiğimiz, genetik alanındaki gelişmelere yanıt olarak ortaya çıkan ve genetik odaklı yeni bir takım insan haklarını tanıyan İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve İnsan Genetik Verileri Uluslararası Bildirgesi'nin gelişimiyle paralellik göstermektedir. Bu anlamda, nöroteknolojik gelişmelerin, önümüzdeki yıllarda nöro haklara odaklanan bir insan hakları bildirgesini tartışmaya açabileceği düşünülmektedir.

⁵¹ Ienca, Andorno, s. 24.

KAYNAKÇA

- ALSTON Philip, “Conjuring up New Human Rights: A Proposal for Quality Control”, The American Journal of International Law, Vol:78, No:3, Jul 1984, ss.607-621.
- BLES Mart HAYNES John –Dylan, “Detecting Concealed Information Using Brain-Imaging Technology”, Neurocase, Issue: 14(1), ss. 82-92.
- BOSTORM Nick, “Human Genetic Enhancement: A Transhumanist Perspective”, Journal of Value Inquiry, Vol:34, No:4, 2003, ss.493-506.
- BOSTORM Nick, SANDBERG Anders, “Cognitive Enhancement: Methods, Ethics, Regulatory Challenges”, Science and Engineering Ethics, Vol: 15, No:3, 2009, ss.311-341.
- BOSTROM Nick, ROACHE Rebecca, “Smart Policy: Cognitive Enhancement in the Public Interest” 2009, <https://nickbostrom.com/papers/smart-policy.pdf>, ss.1-14, E.T.:07.12.2018.
- BUBLITZ Christoph, “My Mind is Mine!? Cognitive Liberty as a Legal Concept”, HILDT Elisabeth, FRANCHE Andreas (ed), “Cognitive Enhancement” New York, 2013, ss.233-264.
- BUBLITZ Jan Christoph, “Novel Neurorights: From Nonsense to Substance”, Neuroethics, Vol:15, No:1, Article No:7, 2022.
- CALVIN J. Craft, GIORDANO James, “ Integrating Brain Science and Law: Neuroscientific Evidence and Legal Perspectives on Protecting Individual Liberties”, Frontiers in Neuroscience, Volume 11, Article 621, ss.1-10.
- DECKER Michael, FLEISCHER Torsten, “Contacting the Brain-Aspects of a Technology Assessment of Neural Implants”, Biotechnology Journal, Vol:3, No:12, 2008, ss.1502-1510.
- ERGEN Mehmet, ÜLMAN Yeşim Işıl, “Nörobilim, Nöroteknoloji, Yalan Tespiti ve Etik”, Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, Cilt: 3, Sayı:3, Temmuz 2012, ss.149-156.
- ETHERIDGE Ari U., CHAMBERLIN John R., “Application of Sell vs. United States”, Journal of the American Academy of Psychiatry and Law, Vol:34, No:2, 2006, ss.248-250.
- FRANK Michael J., SAMANTA Johan, MOUSTAFA Ahmed A., SHERMAN Scott J., “Hold Your Horses: Impulsivity, Deep Brain Stimulation and Medication in Parkinsonism”, Science, Vol:318, No:5854, 2007, ss.1309-1312.
- GOODENOUGH Oliver R., TUCKER Micaela, “Law and Cognitive Neuroscience”, Annual Review of Law and Social Science, No:6, ss.61-92.
- GÜLEÇ, Erksin, PELİN, Can: “Kuruçay Höyüğü’nde Gün Işığına Çıkarılan Bir Trepanasyon Olgusu”, DTCF Dergisi, Cilt:38, Sayı:1-2, 1998.

- IENCA Marcello, ANDORNO Roberto, "Towards New Human Rights in the Age of Neuroscience and Neurotechnology", *Life Sciences, Society and Policy*, Vol:13, No:5, 2017, ss.1-27.
- ILLES Judy, "Neuroethics in a New Era of Neuroimaging", *American Journal of Neuroradiology*, Vol:24, No:9, Ekim 2003, ss.1739-1741.
- KOCH Walter, TEIPEL Stephan, MUELLER Sophia, BENNINGOFF Jens, WAGNER Maxmillian, BOKDE Arun, HAMPEL Harald, COATES Ute, REISER Maximilian, MEINDL Thomas, "Diagnostic Power of Default Mode Network Resting State fMRI in the Detection of Alzheimer's Disease", *Neurobiology of Aging*, Vol:33, No:3, Mart 2012, ss.466-478.
- LANGLABEN Daniel D, HAKUN Jonathan G, SEELING David, WANG An-Li, KOSHA Ruparel, WARREN B Bilker, GUR Ruben C, "Polygraphy and Functional Magnetic Resonance Imaging in Lie Detection: A Controlled Blind Comparison Using the Concealed Information Test", *J Clin Psychiatry*, 2016: 77(10): ss.1372-1380.
- LYKKEN David T., "Why (Some) Americans Believe in the Lie Detector While Others Believe in the Guilty Knowledge Test", *Integrative Physiological and Behavioral Science*, July-September, 1991, Vol:26, No:3, ss.214-222.
- MATSUDA Izumi, OGAWA Tokihiro, TSUNEOKA Michiko, "Broadening the Use of the Concealed Information Test in the Field", *Frontiers in Psychiatry*, February 2019, Volume 10, Article 24, ss.1-10.
- MATTHEWS Steve, "Neuromarketing: What Is It and Is It a Threat to Privacy?", Jens Clausen, Neil Levy (eds), *Handbook of Neuroethics*, Dordrecht, Heidelberg, Newyork, London, Springer, 2015, ss. 1627-1645.
- MCCLURE Samuel, LI Jian, TOMLIN Damon, CYPERT Kim S., MONTAGUE Latane M., MONTAGUE P. Read, "Neural Correlates of Behavioral Preference for Culturally Familiar Drinks", *Neuron*, Vol:44, No:2, 2004, ss.379-387.
- MEIJER Ewout H., KOPPEN Peter J., "Lie Detectors and the Law: The Use of Polygraph in Europe", in DAVID Canter, RITA Zukauskienė (Eds), *Psychology and Law: Bridging the Gap*, London, Ashgate, 2008., ss.31-50.
- MÜLLER Oliver, ROTTER Stefan, "Neurotechnology: Current Developments and Ethical Issues", *Frontiers in Systems Neuroscience*, Volume 13, Article 93, December 2017, ss.1-5.
- PETOFT Arian, "Neurolaw: A Brief Introduction", *Iranian Journal of Neurology*, 14 (1), 2015, ss. 53-58.
- PUGH Jonathan, KAHANE Guy, SAVULESCU Julian, "Bioconservatism, Partiality and the Human-Nature Objection to Enhancement", *The Monist*, Vol:99, No:4, 2016, ss.406-422.

- ROSKİES Adina L., “Mind Reading, Lie Detection, and Privacy”, Jens Clausen, Neil Levy (eds.), *Handbook of Neuroethics*, Dordrecht, Heidelberg, Newyork, London, Springer, 2015, ss. 679-695.
- SCHREIBER Darren, SIMMONS Alan N., DAWES Christopher, FLAGAN Taru, FOWLER James H., PAULUS Marin P., “Red Brain, Blue Brain: Evaluative Processes Differ in Democrats and Republicans”, *Plos One*, 8(2), e.52970, 2013, ss.1-6.
- SENTENTIA Wrye, “Freedom by Design: Transhumanist Values and Cognitive Liberty”, MORE Max, VITA-MORE Natasha (ed), “The Transhumanist Reader: Classical and Contemporary Essays on the Science, Technology And Philosophy of the Human Future”, 2013, içinde, ss.355-360.
- SENTENTIA Wrye, “Neuroethical Considerations: Cognitive Liberty and Converging Technologies for Improving Human Cognition”, *Annals of the New York Academy of Sciences*, Vol:1013, No:1, 2004, ss.221-228.
- SENTENTIA Wyre, “Cognitive Enhancement and Cognitive Liberty: Comments on the President’s Council on Bioethics”, DIDSBURY Howard F.(ed), “21st Century Opportunities and Challenges: An Age of Destruction or an Age of Transformation”, *World Future Society*, Washington, 2003, içinde, ss.233-245.
- SOMMAGGIO Paolo, MAZZOCCA Marco, GEROLA Alessio, FERRO Fulvio, “Cognitive Liberty: A First Step Towards a Human Neuro-Rights Declaration”, *Biolaw Journal-Rivista di BioDiritto*, No:3, 2017, ss. 27-45.
- UYGUN Oktay, *Kamu Hukuku İncelemeleri: İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul*, 2013.