

VOLUME + CİLT: 30 + ISSUE + SAYI: 2 DECEMBER + ARALIK 2024
ISSN: 2529-0142

MARMARA ÜNİVERSİTESİ
HUKUK
ARAŞTIRMALARI
DERGİSİ
MARMARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ



MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

6 Aylık Hakemli Akademik Dergi / Biannual Peer-Reviewed Academic Journal

Volume • Cilt: 30 / Issue • Sayı: 2 / DECEMBER / ARALIK • 2024

ISSN: 2529-0142

Marmara Üniversitesi Rektörlüğü Adına İmtiyaz Sahibi • Owner: Prof. Dr. MUSTAFA KURT (Rektör • Rector)

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına İmtiyaz Sahibi • Owner of the Journal

Prof. Dr. Mehmet AKMAN

Yayın Kurulu / Editorial Board

Prof. Dr. Ercüment ÖZKARACA (Baş Editör)

Doç. Dr. Zafer İÇER (Editör)

Doç. Dr. Kadir BAŞ (Editör)

Doç. Dr. Canan ÜNAL ADINIR (Editör)

Dr. Öğr. Üyesi Ebru ZEYBEK CEBECİ (Editör)

Arş. Gör. Dr. Can YÖNEY

Arş. Gör. Dr. Necdet Umut ORCAN

Arş. Gör. Ümit Barış BAYINDIR

Arş. Gör. Nagihan TANDOĞAN ÖZBAYKAL

Arş. Gör. Kardelen TOKABAŞ

Arş. Gör. Beyza Nur ÇEVİK

Arş. Gör. Görkem KORKMAZ

Arş. Gör. Gözde GÜNAY YILDIRIM

Arş. Gör. Hüseyin Oğuzhan YILMAZ

Arş. Gör. Ahmed Nihat BABACAN

Dizgi • Typesetting

Burcu DİKER, Burcu YILDIRIM, Elif TUFAN KIRKIL, Hakan TEMELOĞLU, Sevinç ZENGİN

Yönetim Yeri ve Yazışma Adresi / Address

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Göztepe Kampüsü B. Blok 118/2 34722 Kadıköy, İstanbul

Tel: 0216-777 2200 **Fax:** 0216-777 2223

E-Posta: hukukdergi@marmara.edu.tr

Marmara Üniversitesi Yayınevi / Marmara University Press

Adres: Göztepe Kampüsü 34722 Kadıköy, İstanbul

Tel/Faks: +90 216 777 1400

E-posta: yayinevi@marmara.edu.tr

Bu yayının tamamının veya bir bölümünün, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılması, dağıtılması, kayda alınması yasaktır. Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler, yazarlara aittir; bu hususta Fakülte, sorumluluk kabul etmez. Dergide çıkan herhangi bir yazıya atıf yaparken "MÜHF-HAD" kısaltmasının kullanılması önerilir. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, TÜBİTAK – ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranan ULUSAL HAKEMLİ bir dergidir.

İçindekiler / Contents

KAMU HUKUKU

Ceza Muhakemesinde Suç Şüphesi ve Dereceleri

Suspicion of Crime and Its Degrees in Criminal Procedure

Hamide ZAFER, Yağız YAVUZ 462

Madencilik Faaliyetlerinde Halkın Katılımı: Sürdürülebilir Kalkınma ve Kanada Maden Hukuku Perspektifi

Public Participation In Mining Activities: A Sustainable Development And Canadian Mining Law Perspective

Gül ÜSTÜN 486

Vergide Şeffaflık Gündemine Küresel Bir Bakış

A Global Perspective on the Tax Transparency Agenda

A. Selçuk ÖZGENÇ 495

7221 Sayılı Kanunla İmar ve Parselasyon Planlarına Karşı Dava Açma Süresinin Sınırlandırılması

Limitation of the Time to File a Lawsuit Against Zoning and Parceling Plans with the Law Numbered 7221

Hüseyin Melih ÇAKIR 506

Konak Devletin Uluslararası Terörizmden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu Çerçevesinde Tazminat Yükümlülüğü

Compensation Liability Under the International Responsibility of the Host State derived from International Terrorism

Hakkı Hakan ERKİNER, İlayda ERAY 535

Ceninin Hukuki Statüsü Bağlamında Gebeliğin Bizatihi Gebe Kadın Tarafından Sonlandırılmasının Türk Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Evaluation of Self-Abortion in Turkish Penal Law in the Context of Legal Status of the Embryo

Tuba KELEP PEKMEZ 561

Murray N. Rothbard'ın Liberteryen Hukuk Kuramı: Felsefi Ana Hatları ve Politik Çıktıları	
Murray N. Rothbard's Libertarian Legal Theory: Its Philosophical Outlines and Political Outcomes	
Muzaffer DÜLGER.....	596
Hukuk ve Uygulamada İnsanca Sığınma Üzerine Dünyadan ve Türkiye'den Notlar	
Notes From the World and Türkiye on Humane Asylum in Law and Practice	
Ekin Deniz UZUN.....	621
“De Minimis Non Curat Praetor/Lex” İdari Yargılama Usulünde Parasal Sınırların Nedenleri Üzerinde Düşünmek	
“De Minimis Non Curat Praetor/Lex” Reflections on Causās for Financial Threshold in Administrative Justice	
Nuray SÜMER.....	655
Trafik Kurallarına Aykırılık Sonucunda Ortaya Çıkan Suçlarda Bilinçli Taksir Kabul Edilmesi Meselesi	
The Question of Whether Negligence is Conscious in Offences Arising from Breaching Traffic Rules of Law	
Özlem ÇELİK BAŞBOZKURT.....	684
Ceza Muhakemesinde DNA Analizinin İspat Kuvveti (Türk, Amerikan ve Alman Mahkeme Kararları Işığında)	
The Probative Value Of DNA Analysis in Criminal Procedure Law (In the Light of Turkish, American and German Court Decisions)	
Ozan SELEK.....	726
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulamasında Prozelitizm ve İstismarı	
Proselytism and Abuse in the Practice of the European Court of Human Rights	
Esra TÜRKOĞLU.....	767
İdarenin Gözetim Yetkisi ve Öğrenci Mahremiyeti: Okullardaki Güvenlik Kameralarının Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında Hukuki Analizi	
Surveillance Power of the Administration and Student Privacy: Legal Analysis of Security Cameras in Schools in The Context of Personal Data Protection	
Emre KILIÇ.....	792

ÖZEL HUKUK

Türkiye’de SMA’lı Çocukların Tedavisi ve Yabancı Ülke Örnekleri

Treatment of Children with SMA in Turkey and Examples from Other Countries

Arzu ARSLAN ERTÜRK.....813

İşçinin 4857 Sayılı İş Kanunu’ndan Kaynaklanan Tazminat ve Alacaklarına Esas Ücretinin Tespiti

Assessment of Employees’ Wage Base for Compensation and Receivables Arising from Labour Law No 4857

Efe YAMAKOĞLU.....839

İşverenin Yönetim Hakkı Kapsamında Çocuk Sahibi Olan Ebeveynin Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş Hakkı – İstanbul BAM 31. Hukuk Dairesi’nin 26.10.2022 Tarihli Kararı Çerçevesinde Bir Değerlendirme-

The Right of Parents with Children to Transition to Part-Time Work within the scope of the Employer’s Management Right -An Evaluation within the Framework of the Decision of the 31st Civil Chamber of the İstanbul Regional Court of Justice Dated 26.10.2022-

Asiye ŞAHİN EMİR.....861

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin Tahkim İtirazı ve Dürüstlük Kuralı Hakkında Vermiş Olduğu Bir Kararının İncelemesi: Uluslararası Tahkim Merkezi Olma Hedefinde Bir Adım İleri İki Adım Geri

An Analysis of a Decision Rendered by the Turkish Court of Cassation (11th Chamber) Regarding Arbitration Objection and Good Faith Principle: One Step Forward and Two Steps Back on the Objective of Becoming a Hub for International Arbitration

Mehmet Polat KALAFATOĞLU 898

Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirkete Karşı Borçlanması ve Faiz Meselesi

The Indebtedness of Shareholders and The Problem of Interest in Joint-Stock Companies

Burçak TATLI 918

Taşınır Mallara İlişkin İyiniyetle Kazanım Kuralının (TMK m. 988) Karşılıksız İşlemler Bakımından Uygulanabilirliği

Applicability of the Rule on Bona Fides Acquisition of Moveables (TCC Art. 988) to Gratuitous Transfers

Gökçe KURTULAN GÜNER.....951

Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Teorileri ve Bunların Sorumluluğa Etkisi

Unlawfulness Theories in Tort and Their Effect on Liability

Fırat KORKMAZ 968

Elektronik Ticaret Platformlarının Üçüncü Kişilerin Fikri ve Sınai Hakkını İhlal Eden İçerikten Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu

Civil Liability of Electronic Commerce Platforms for Content Infringing Intellectual Property Rights of Third Parties

Ekin KORKMAZ GÖKA 994

Şirketler Hukuku İhtilaflarında Tahkim: Rüzgâr Tersine Dönerken

Arbitration of Corporate Law Disputes: *As the Tide Turns*

Abdurrahman KAYIKLIK.....1031

Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisinde İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Sorumluluğu

Employers' Responsibility Arising from Occupational Health Safety in Temporary Agency Work

Gökçe ÖZGEN.....1049

İhtiyati Tedbir Yargılamasında Kanun Yoluna Genel Bakış ve Geçici Ödemede (TBK m. 76) Kanun Yolu İhtiyacı

Overview of Legal Remedies in Interim Measures Proceedings and the Need for Legal Remedies in Provisional Payment (TBK Art. 76)

Tahsin HATİPOĞLU 1076

Ceza Muhakemesinde Suç Şüphesi ve Dereceleri

Suspicion of Crime and Its Degrees in Criminal Procedure

Hamide ZAFER*^{ID}, Yağız YAVUZ**^{ID}

ÖZ

Ceza muhakemesinin harekete geçmesi ve belirli muhakeme işlemlerinin yapılabilmesi suç şüphesinin (tahminin) çeşitli derecelerdeki yoğunluğuna bağlıdır. Bu çalışmada, Alman öğretisi de dikkate alınarak, soruşturma başlatmaya yeterli olan bir suçun işlendiğine dair basit şüphe kavramı, koruma tedbirleri bakımından söz konusu olan makul şüphe ve kuvvetli şüphe kavramları ile iddianamenin bir unsuru olan yeterli şüphe kavramları irdelenmiştir. Çalışmanın odak noktasını, basit suç şüphesinin belirlenmesi teşkil etmektedir. Özellikle soruşturmanın başlatılması için gerekli olan basit suç şüphesinin varlığının araştırılması anlamına gelen ve soruşturma evresinin önünde yer alan ön soruşturma aşaması, Alman öğreti ve uygulamasından örneklerle ortaya koyulmaya çalışılmıştır. Hukuka uygun olan eylemlerin, bir suç şüphesinin tesisine temel teşkil edip edemeyeceğine ve bu suretle soruşturma evresinin başlatılmasını meşrulaştırıp meşrulaştırmayacağına ilişkin olarak Edathy davası bağlamında Alman öğreti ve uygulamasında ortaya çıkan görüşler de çalışmaya yansıtılmıştır. Başlangıç şüphesinin suça yönelik olması gerekir. Faile ilişkin basit şüphenin olaya ilişkin basit şüpheden sonra ortaya çıkmış olması soruşturmanın teknik açıdan başlama tarihini etkileyemeyecektir. Çalışmada iç hukuktaki makul şüphe ve kuvvetli suç şüphesi kavramlarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında nasıl değerlendirildiği de irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Basit suç şüphesi, Makul şüphe, Kuvvetli suç şüphesi, Yeterli şüphe, Soruşturmanın başlaması, Edathy davası, Ön soruşturma.

* Prof. Dr., Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul, Türkiye, hzafer@dogus.edu.tr ORCID: 0000-0003-0697-7261

** Dr. Öğr. Üyesi, Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul, Türkiye, yyavuz@dogus.edu.tr ORCID: 0000-0003-2214-3734.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Hamide ZAFER

E-posta/E-mail: hzafer@dogus.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 10.10.2024

Kabul Tarihi/Accepted: 07.11.2024

How to cite this article/Atf için: Hamide ZAFER ve Yağız YAVUZ, 'Ceza Muhakemesinde Suç Şüphesi ve Dereceleri' (2024) 30(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 462-485. DOI: 10.33433/maruhad.1564887

ABSTRACT

The initiation of criminal proceedings and the ability to carry out certain procedural actions depend on the intensity of the suspicion (estimation) of a crime in various degrees. In this study, taking into account the German doctrine, the concept of simple suspicion that a crime has been committed, which is sufficient to initiate an investigation, the concepts of reasonable suspicion and strong suspicion, which are relevant in the context of protective measures, and the concept of sufficient suspicion, which is an element of the indictment, are examined. The study primarily focuses on determining simple suspicion of a crime. The preliminary investigation phase, which precedes the investigation phase and involves examining the existence of simple suspicion necessary to initiate an investigation, is elaborated with examples from German doctrine and practice. The study also reflects views emerging in German doctrine and practice, particularly in the context of the Edathy case, regarding whether lawful actions can form the basis of a suspicion of crime and thereby legitimize the initiation of the investigation phase. Initial suspicion must be related to the crime. The fact that the simple suspicion regarding the perpetrator emerged after the simple suspicion regarding the incident will not affect the technical starting date of the investigation. The study also examines how the concepts of reasonable suspicion and strong suspicion of a crime are evaluated in the jurisprudence of the European Court of Human Rights.

Keywords Simple suspicion of a crime, Reasonable suspicion, Strong suspicion of a crime, Sufficient suspicion, Initiation of investigation, Edathy case, Preliminary investigation.

GİRİŞ

Ceza muhakemesinin yapısı gereğince adli makamlar, kanun koyucu tarafından soruşturma ve kovuşturma olarak adlandırılan süreçlerde sürekli olarak hukuken suç olarak nitelendirilmesi ihtimal dahilinde olan bir olayın failinin kim olduğu ve olayın gerçekleşme şekli hakkında bir değerlendirme yapmak, geçmişte gerçekleşen vakianın failini ve gerçekleşme şeklini anlamak zorunda kalmaktadır.

Geçmişin karanlığında kalan bir olayın veya olaylar zincirinin günümüze taşınması deliller aracılığı ile olmakta ve güvenilir delillere ulaşıldıkça olayın faili ve gerçekleşme şekli adım adım gün yüzüne çıkmakta veya gün yüzüne çıktığı kabul edilmektedir. Hükümle birlikte olay aydınlatılmış sayılmaktadır. Hüküm aşamasına kadar olayın gerçekleşme şekli ve failinin kim olduğu konusunda bir tahmin yapılmakta ve bu tahmin ceza muhakemesi işlemlerinin dayanağını teşkil etmektedir.

Delillere ulaşılması ve karar merciince bu delillerin doğrudan veya tartışılarak değerlendirilmesi ile olayın aydınlatılması arasında doğru orantı bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle delillere ulaşılması ve ulaşılan delillerin değerlendirilmesi olayın gerçekleşme şekline ilişkin tahmini kuvvetlendirmekte veya zayıflatmaktadır. Somut delillere dayanan ve tahmin olarak nitelendirdiğimiz bu akıl yürütme, olayın gerçekleşme şekline ve faile ilişkindir. Bu aşamada karşılaşılabilecek ihtimallerden birisi olayın suç teşkil ettiği ve suç olarak nitelendirilen bu olayın belirli bir kişi tarafından işlendiğidir. Diğer bir ihtimal ise o belirli kişinin suç tanımına uygun olayda bir dahlinin bulunmadığı veya bulunsa bile olayda cezalandırılmasının mümkün olmadığıdır. Mevcut delillere göre bu tahmin, belirttiğimiz bu iki ihtimal arasında gidip gelmekte yani ya kuvvetlenmekte ya da zayıflamaktadır. Delil durumuna göre, olayın gerçekleşme şekli itibarıyla suç teşkil ettiği ve belirli bir kişinin bu olayı gerçekleştirdiği

yönündeki kuvvetli veya zayıf olan bu tahmin, ceza muhakemesinde suç şüphesi, olayın faili ise suç şüphelisi olarak adlandırılmaktadır.

Hüküm verinceye kadar, kolluk, savcılık ve mahkeme, faile ve olayın gerçekleşme şekline ilişkin şüphe üzerine işlemlerini gerçekleştirir. Hükümle birlikte, faile ve olaya ilişkin şüphe yerini belirliliğe ve bir yargıya yani kanaate bırakır. Hükme kadar şüpheli/sanık, hükümden sonra hüküm kesinleşinceye kadar da hüküm çeşidine göre masum veya hükümlü bir şüpheliden (sanıktan) söz edilir.

Suç şüphesi tek başına şüpheli statüsünü tesis etmediği gibi, otomatik olarak bir ceza soruşturması başlatılmasında gerektirmez. Ceza muhakemesinin harekete geçmesi ve belirli muhakeme işlemlerinin yapılabilmesi suç şüphesinin belirli derecelerdeki yoğunluğuna bağlıdır¹. Her soruşturma işlemi en azından belirli bir yoğunluğa erişmiş suç şüphesini şart koşar. Ceza muhakemesinde soruşturma makamlarının münferit tedbirleri için farklı şüphe dereceleri öngörülmüştür. Ancak kanunda bu şüphe dereceleri tanımlanmadığı gibi en azından Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda tutarlı bir terminoloji kullanımı da mevcut değildir. Alman CMK'da temel olarak şüphe derecelerinin başlangıç şüphesi, yeterli şüphe ve kuvvetli şüphe şeklinde ayrıldığı görülmektedir. Bu şüphe derecelerinin birbirinden ayırt edilmesi büyük önem taşımaktadır². 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'muzda ve Kanun'a uygun olarak Türk öğretisinde şüphe dereceleri, – başlangıç şüphesi olarak da adlandırılan – basit şüphe, makul şüphe, yeterli şüphe ve kuvvetli şüphe şeklinde belirlenmiştir³.

Ceza muhakemesinde (özellikle temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi zorunlu kılan) belirli işlemlerin dayanağını belirli şüphe derecelerinin oluşturması nedeniyle, bu işlemlerin denetiminin sağlanabilmesi ve işlemin objektifliği konusunda işlemin muhatabının ve kamuoyunun adalet

- 1 Lutz Meyer-Goßner ve Bertram Schmitt, *Strafprozessordnung* (59. Auflage, CH Beck 2016) Einl. kn.77. Her muhakeme bir şüpheyi yener. Bkz. Nurullah Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (9. Baskı, Beta 1989) 281.
- 2 Lars Bierschenk, Johannes Koranyi ve Sebastian Weikinger, *Strafprozessrecht* (2. Auflage, Kohlhammer 2023) kn.89. Şüphe, kesinlik arz etmez. Daima kuşkuyla doludur. Bkz. Kai Ambos, *Dölling/Duttge/König/Rössner Gesamtes Strafrecht* (5. Auflage, Nomos 2022) 2 §170 kn.2.
- 3 Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (11. Baskı, Seçkin 2023) 336-338; Mustafa Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku* (6. Baskı, Adalet 2023) 1191-1193. Öğretide bir görüş, şüpheyi basit ve yoğun şüphe şeklinde ikiye ayırarak incelemekte, yoğun şüpheyi de kendi içerisinde yeterli ve kuvvetli şüphe biçiminde ayırmaktadır. Bkz. Bahri Öztürk, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (17. Baskı, Seçkin 2023) 445. Şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığının anlaşılması amacıyla gözlem altına alınma kararı verilebilmesi için o kişinin o fiili işlediği yolunda kuvvetli şüphenin bulunması (CMK m.74/1), gözaltı tedbirinin uygulanabilmesi için yakalanana bir suçu işlediği şüphesini gösteren somut delillerin varlığı (CMK m.91/2), tutuklama koruma tedbirinin uygulanabilmesi için kuvvetli suç şüphesinin (CMK m.100/1) mevcudiyeti, arama koruma tedbirinin uygulanabilmesi için arama yapılacak yerde şüphelinin veya sanığın yakalanabileceğine veya suç delillerinin elde edilebileceğine dair makul şüphenin varlığı (CMK m.116/1), taşınmaz hak ve alacaklara elkoyma (CMK m.128/1), şirket yönetimi için kayyım tayini (CMK m.133/1), bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma (CMK m.134/1), iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması (CMK m.135/1), gizli soruşturmacı görevlendirilmesi (CMK m.139/1), teknik araçlarla izleme, ses veya görüntü kaydı (CMK m.140/1) koruma tedbirlerine karar verilebilmesi için kuvvetli suç şüphesinin varlığı, kamu davasının açılması için (CMK m.170/1) yeterli suç şüphesinin varlığı, uzlaştırma kapsamında yer alan suçlarda dosyanın uzlaştırma bürosuna gönderilmesi için soruşturma konusu suçun uzlaşmaya tâbi olması ve kamu davası açılması için yeterli şüphenin bulunması (CMK m.253/4), hâkimin tarafsızlığını şüpheyi düşürecek sebeplerin mevcudiyeti nedeniyle hakim reddi (CMK m.24/1) davası açılabilmesi için red nedenlerinin mevcudiyetine yönelik basit şüphenin varlığı gerekmektedir.

duygusunun korunabilmesi için şüphe derecelerinin tespitine ilişkin kriter arayışımız bizi bu çalışmayı yapmaya sevk etmiştir. 5271 sayılı CMK'mız ve öğretimiz, Alman CMK'sı ve öğretisini takip ettiği için çalışmamızda biz de özellikle soruşturmayı başlatan şüphe bağlamındaki açıklamalarımızı Alman CMK ve öğretisini esas alarak yapmayı tercih ettik.

I. BAŞLANGIÇ ŞÜPHESİ / BASİT ŞÜPHE

A. GENEL OLARAK

Alman CMK'ya göre, ceza soruşturmasının başlatılabilmesi için, başlangıç şüphesi olarak adlandırılan bir şüphe derecesi gerekli ve yeterlidir. Alman CMK §152/2'ye göre, “kanunla aksi belirtilmediği sürece, maddi olaya dair yeterli fiili dayanak noktaları mevcutsa, kovuşturulabilen tüm suçlarda savcılık harekete geçmekle yükümlüdür”. Alman CMK m.152/2'de yer alan “yeterli fiili dayanak noktaları” ifadesi, Alman öğreti ve uygulamasında başlangıç şüphesi (*Anfangsverdacht*) şeklinde isimlendirilmektedir. Buna göre başlangıç şüphesi, soruşturulabilir bir suçun işlendiğine dair az da olsa bir olasılıktır⁴. Bir suçun işlenmiş olma ihtimali yeterlidir. Ancak bunun salt varsayımın ötesine geçmesi gerekir. Yani başlangıç şüphesi, takip edilebilir bir suçun mevcudiyetine dair, somut olgularla desteklenen ve kriminalistik tecrübelere dayanan bir belirtidir⁵. Mevcudiyeti halinde soruşturma evresinin kapısını açar. Bu itibarla, başlangıç şüphesi soruşturma evresinin ön koşuludur⁶.

5271 sayılı CMK m.160/1'e göre de ceza soruşturmasının başlatılabilmesi için, basit şüphe olarak adlandırılan bir başlangıç şüphe derecesi gerekli ve yeterlidir. Hükme göre, “Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar”. 5271 sayılı CMK m.158'e 15.8.2017 tarih ve 694 sayılı KHK m.145 ile eklenen ve 1.2.2018 tarih ve 7078 sayılı Kanun'un 140. maddesiyle aynen kabul edilen 6. fıkra hükmüne göre, “ihbar ve şikâyet konusu fiilin suç oluşturmadığının herhangi bir araştırma yapılmasını gerektirmeksizin açıkça anlaşılması veya ihbar ve şikâyetin soyut ve genel nitelikte olması durumunda soruşturma

4 Friedrich-Christian Schroeder ve Torsten Verrel, *Strafprozessrecht* (8. Auflage, CH Beck 2022) §12 kn.64. İsviçre ceza hukukunda da başlangıç şüphesi, bir suçun işlendiğine dair en azından belirli dayanak noktalarına istinaden ortaya çıkan şüphe biçiminde tanımlanmaktadır. Bkz. Stefan Seiler, *Strafprozessrecht* (19. Auflage, facultas 2022) 179 kn.620. Türk öğretisinde de başlangıç şüphesi isimlendirmesi kimi yazarlarca kullanılmaktadır. Bkz. Veli Özer Özbeke, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (16. Baskı, Seçkin 2023) 166.

5 Bierschenk, Koranyi ve Weikinger (n 2) kn.89; Claus Roxin ve Bernd Schünemann, *Strafverfahrensrecht* (30. Auflage, CH Beck 2022) §39 kn.15. Benzer başka bir tanıma göre başlangıç şüphesi, kriminalistik tecrübeye göre, takip edilebilir bir suçun işlenmesini mümkün kılan somut fiili dayanak noktaları anlamına gelir. Bkz. Urs Kindhäuser ve Kay H Schumann, *Strafprozessrecht* (6. Auflage, Nomos 2022) §4 kn.10. Muğlak belirtiler ve salt varsayımlar yeterli değildir. Bunlar bir kimsenin bir suçla itham edilmesini meşrulaştırmaz. Bkz. Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) §152 kn.4. Yani varsayımlara dayanarak soruşturma evresine başlanamaz. Bkz. Werner Beulke ve Sabine Swoboda, *Strafprozessrecht* (16. Auflage, CF Müller 2022) kn.175. Benzer şekilde, soruşturmanın ilerletilmesi için bir sebep sağlamayan, bütünüyle temelsiz suçlamalar içeren ihbarlar da başlangıç şüphesi doğurmaz. Bkz. Seiler (n 4) 180 kn.621.

6 Tonio Walter, *Strafprozessrecht* (Mohr Siebeck 2020) kn.92. Şüphenin, soruşturmanın başında, yetkililerin delillere dayanan bir tahmininden ibaret olduğu hususunda bkz. Öztürk (n 3) 444.

yapılmasına yer olmadığına karar verilir”⁷. 5271 sayılı CMK m.160/1 ve 158/6 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, Cumhuriyet savcısının soruşturma başlatma mecburiyetinin doğabilmesi için bir suçun işlendiğine dair şüpheyi ortaya koyan, soyut olmayan, somut yani belirli ve ispatlanabilir bir halin (olgunun/olayların) varlığı gereklidir.

5271 sayılı CMK m.160/1’de “bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâlin” varlığı suçun işlendiğine dair “basit şüphe derecesini” ifade etmektedir. Suçun işlendiğine dair basit şüphe, somut olgulara, olaylara dayanmalıdır⁸. Olgu, var olduğu, doğru olduğu veya gerçekleştiği kabul edilen şeydir. Yalan olmayan, doğru olan şey, hakikat olarak da tanımlanabilir⁹. Somut olgu, suç tanımına uyan fiilin gerçekleştiğini ve failini işaret eden yan olayların delillerle ortaya koyulmuş veya ortaya koyulabilir olmasını ifade eder. Delillendirilebilen, yani ispat edilebilen ve suçun işlendiğine ve/veya faile işaret ederek suça ilişkin şüphe uyandıran, diğer bir ifadeyle kafamızda acaba mı sorusunu doğuran yan olay veya olayların varlığı soruşturma başlatılması için yeterlidir. Örneğin bir kişinin cinayet saatinde olay mahallinde bulunduğu ve/veya maktulle aralarında alacak-borç ilişkisinden doğan bir husumetin olduğunun tanık beyanları ile tespit edilmesi gibi. Delillendirilen yan olay veya olayların yoğunluğu, suça ilişkin somut şüpheyi de derecelendirmeye yardım etmektedir. Delillendirilmeyen olaylara dayanılarak oluşturulan şüphe soyut bir varsayımdan ibarettir. Belirtelim ki, soruşturma makamlarının suç tanımına uygun suç unsurlarını doğrudan doğruya ortaya koyan delillerle suçu öğrenmeleri ve soruşturmayı basit şüphenin ötesinde, hatta öğrenme esnasındaki delillerin niteliğine göre suça ilişkin kesin kanaate yakın bir şüpheyle de başlatmış olmaları mümkündür. Soruşturmanın başlaması için kolluğun ve Cumhuriyet savcısının somut bir soruşturma işlemi yapması gerekli değildir. Suç işlendiği şüphesini ortaya koyan ispatı mümkün olayların öğrenilmesi ile soruşturma başlar.

Başlangıç şüphesinin yoğunluğu yeterli şüpheden, kuvvetli şüpheden ve tabiidir ki mahkumiyet için gereken “ispat edilmiş olmak”tan daha hafiftir¹⁰. Yani başlangıç şüphesi, tüm şüphe derecelerinin en zayıfıdır¹¹. Belirtelim ki, soruşturma evresinde ve ara muhakemede henüz tam bir ispattan söz

7 Hükümün amacı lekelenmeme hakkını korumaktır. Basit şüphenin dahi bulunmadığı hallerde soruşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Bkz. Ahmet Gökçen, M Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (8. Baskı, Adalet 2024) 598, 609. Bu düzenlemenin hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı hususunda bkz. Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt II* (22. Baskı, Adalet 2024) 1427-1429.

8 Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (21. Baskı, Beta 2022) 98-99; Yenisey ve Nuhoglu (n 3) 336. Aynı anlamda kullanılan “hafif şüphe” isimlendirmesi için bkz. Kunter (n 1) 282. Kural olan bireyin yaşamını suç işlemekten sürdürmesidir. Atipik yani olağan dışı olan ise bireyin suç işlemesidir. Bu nedenle, bireyin normal davranış biçiminin dışına çıktığını gösteren somut olguların mevcudiyeti halinde bir suç işlendiği şüphesi doğar. Bkz. Murat Volkan Dülger ve Şaban Cankat Taşkın, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Seçkin 2023) 351. Şüphenin belirli vakialara dayanması, onu herhangi bir emareye dayanmayan yalın tahminden ayırır. Bkz. Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (14 Baskı, Seçkin 2023) 29-30.

9 TDK, olguyu, varlığı deneyle kanıtlanmış şey olarak tanımlamaktadır. Bkz. <<https://www.sozluk.gov.tr>> Erişim Tarihi 8 Eylül 2024.

10 Schroeder ve Verrel, *Strafprozessrecht* (n 4) §12 kn.64. Muhakeme ilerledikçe, yani maddi gerçek araştırıldıkça şüphe azalır. Muhakeme sonunda ise kural olarak şüphe kalmaz. İhtimalin yerini bellilik alır. Bkz. Kunter (n 1) 283. İstisnai olarak muhakemenin sonunda mesele şüpheli kalmışsa, beraati zimmet asıl olduğundan yani herkes aksi sabit olmadıkça suçsuz sayıldığından, delil yetersizliği durumunda kişi cezalandırılmaz. Bkz. Öztekin Tosun, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Cilt I Genel Kısım* (4. Baskı, Acar Matbaacılık 1984) 376-378.

11 Kindhäuser ve Schumann (n 5) §4 kn.10. Öğretide bir görüşe göre, eldeki deliller sayıca az ise veya sayıca az olmasa da delil kuvveti az ise basit şüpheden söz edilebilir. Bkz. Öztürk (n 3) 444.

edilemez. Bu aşamalarda somut olgulara dayanılarak uzak (rastlantısal) olasılıktan yüksek olasılığa kadar farklı olasılık derecelerinde değişen bir suç şüphesinin tesisi söz konusudur¹².

Alman öğretisine göre, başlangıç şüphesinin değerlendirilmesinde soruşturma makamlarının herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Ancak belirli bir değerlendirme serbestisine (marjına) sahip oldukları da kabul edilmektedir^{13 14}. Diğer bir ifadeyle, yeterli fiili dayanak noktalarının bulunup bulunmadığı meselesinin çözümünde belirli bir değerlendirme serbestisi mevcuttur. Ancak bu mesele soyut takdire bağlı bir kararla çözümlenemez¹⁵. Bu aşamada olayla ilgisiz değerlendirmelerden kaçınılmalıdır. Genel geçer değerlendirme ölçütlerine ve temel usul kurallarına uyulmalıdır. Savcılık bu gerekliliklere kusurlu bir şekilde riayet etmezse, cezai ve disiplin sorumluluğu gündeme gelebilir. Değerlendirme serbestisinin kötüye kullanılması aynı zamanda adil yargılamayı sağlama yükümlülüğünün ihlali anlamına da gelir¹⁶.

Başlangıç şüphesinin suça yönelik olması gerekir. Hatanın, hukuka uygunluk sebeplerinin veya mazeret sebeplerinin mevcudiyeti gibi isnadı ortadan kaldıran hususların ve zamanaşımı veya şikayet şartının gerçekleşmemiş olması gibi muhakeme engellerinin de araştırılması gerekir (Alman CMK §160/2)¹⁷. Alman öğretisinde, bir hukuka uygunluk sebebinin mevcudiyetinin kesin suretle tespiti halinde, başlangıç şüphesinin bulunmadığı çıkarımı yapılabileceği ifade edilmektedir¹⁸.

Başlangıç şüphesinin tespiti halinde savcılık resmi bir soruşturma başlatmakla yükümlüdür¹⁹. Savcılık suç şüphesini ihbar yoluyla veya başka bir suretle öğrenebilir (Alman CMK §160/1). İhbar,

12 Roxin ve Schünemann (n 5) §24 kn.1.

13 ibid §39 kn.17. Yazarlara göre, mevcudiyeti daima gerekli olan fiili dayanak noktalarına ek olarak, hukuki inandırıcılık kontrolü de suç şüphesinin bir parçasıdır. İnandırıcılık şüphesi yani bir davranışın suç teşkil edebileceği varsayımı yeterli değildir. Bkz. ibid §39 kn.19.

14 Bu konuda ayrıca bkz. Centel ve Zafer (n 8) 99. “Suç haberinin ciddiyetini takdir yetkisi olaya dayanıp dayanmamanın değerlendirilmesi olarak anlaşılmalıdır”. Bkz. Yenisey ve Nuhoglu (n 3) s.337.

15 Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) §152 kn.4. Bir görüşe göre, Alman CMK’da kullanılan “yeterli fiili dayanak noktaları” formülasyonu belirsiz bir hukuki kavramın tipik bir örneğidir. Bu suretle kanun koyucu, uygulayıcıya olaya özel yakınlığı ve yetkinliği nedeniyle belirli bir öngörü alanı (serbestisi) tanımak istemiştir. Bkz. Matthias Jahn, ‘Strafprozessrecht Begründung der Beschuldigteneigenschaft’ (2007) JuS 962, 963.

16 Walter (n. 6) kn.93.

17 Kindhäuser ve Schumann (n 5) §4 kn.11. Walter’e göre, muhakeme engelleri varsa veya muhakeme şartları gerçekleşmemişse başlangıç şüphesi bulunmaz. Örneğin, suçlanacak kişi ölmüşse veya takibi şikayete bağlı bir suçta şikayet hakkına sahip olan kişi şikayette bulunmayacağını belirtmişse durum böyledir. Bkz. Walter (n 6) kn.92.

18 Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) §152 kn.4c. Suçun öğrenilmesi aşamasında hukuka uygunluk nedeni açıkça ortada ise soruşturmanın başlatılmaması gerekir. Yargıtay konuyu iddianamenin düzenlenmesi bakımından değerlendirmiştir. “Kamu davasını açma tekelini elinde bulunduran Cumhuriyet savcısı soruşturma evresinin sonunda toplanan delillere göre suçun işlendiği hususunda yeterli şüpheyi ulaştığı takdirde iddianame düzenleyecek ve kamu davasını açacaktır. Buna karşın soruşturma işlemleri tamamlandıktan sonra, kamu davasının açılması için suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma imkânını ortadan kaldıran şüphelinin ölümü, af, zamanaşımı, şikâyet süresinin geçmesi, ön ödemenin yerine getirilmesi ve uzlaşmanın sağlanmış olması gibi durumlarda kovuşturmayla yer olmadığına karar verecektir. İddianame toplanan delillere göre suçun işlendiğini gösteren yeterli şüphe oluştuğunda hazırlanacağına göre, elde edilen deliller doğrultusunda hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı ya da failin kusursuzluğu açıkça ortada ise Cumhuriyet savcısı yine kovuşturmayla yer olmadığına karar verebilecektir”. Yargıtay CGK, E 2019/9 K 2019/511, 27.06.2019. Bkz. <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 8 Eylül 2024.

19 Bierschenk, Koranyi ve Weikinger (n 2) kn.82.

esasen başlangıç şüphesinin kontrol edilmesi önerisi hüviyeti taşır²⁰. Bu itibarla ihbar, şüphenin araştırılması ve gereği halinde soruşturma mercilerinin harekete geçmesi için bir sebep teşkil eder²¹.

Soruşturma evresinin başlatılması için başlangıç şüphesinin halihazırda suçun faili olarak belirli bir kişiye yöneltilmiş olması şart değildir²². Somut olaylara dayanan basit şüphenin başlangıçta sadece fiile yönelik olarak gerçekleşmiş olması soruşturmanın başlaması için yeterlidir. Başlangıç şüphesinin henüz belirli bir kişiye yönelik olmaması halinde, ceza soruşturması öncelikle bilinmeyen kişiye karşı yürütülür. Bu halde henüz herhangi bir şüphelinin mevcut olmadığı bir ceza soruşturması söz konusudur²³. Suç teşkil eden fiilin işlenmiş olduğuna dair somut olaylara dayanan basit şüphe ile bu suçun failinin kimliğine ilişkin basit şüphe ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Yasal bir davranışın bir suç şüphesinin tesisine temel teşkil edip edemeyeceği ve bu suretle soruşturma evresinin başlatılmasını meşrulaştırıp meşrulaştırmayacağı Alman öğreti ve uygulamasında Edathy davası çerçevesinde tartışılmıştır. Bu dava özelinde incelenen yasal davranış pornografik olmayan çıplak fotoğraflar satın almaktır²⁴. Almanya Federal Meclisi eski milletvekili Sebastian Edathy'nin internet üzerinden 9-14 yaş arası çıplak erkek çocuklarına ait resim ve filmleri sipariş ettiği bilgisine dayanarak savcılık, politikacı hakkında ceza soruşturması başlatmış ve ardından özel konutu için arama emri çıkartmıştır. Bununla birlikte, sipariş konusu filmler Alman CK §184b'deki çocuk pornografisini cezalandıran suç tipinin kapsamına girmeyen yasal filmlerdir. Savcılık pornografik olmayan filmlerin ele geçirilmesinden, politikacının pedofilik eğilimleri olduğu çıkarımını yapmıştır. Kriminalistik deneyimi (adli tecrübe), bu tür filmleri sipariş eden bir kimsenin evinde yasadışı materyallerin de bulunabilme ihtimalini ortaya koymaktadır. Savcılık da bu ihtimale dayanarak hareket etmiştir. Özetle somut olayda adli makamlarca, ahlaki açıdan kınanması gereken, ancak cezalandırılmayan bir davranışa dayanılarak ceza soruşturması başlatılmıştır²⁵.

Bir kimsenin cezalandırılabilir bir hareket yaptığı sonucuna varmak için, cezalandırılmayan bir hareketin bağlantı noktası olarak kullanılması mümkün müdür? Diğer bir ifadeyle yasal çıplak fotoğraflar satın alan kişinin, deneyimlere göre yasadışı pornografiyle de ilgilendiği çıkarımında

20 Schroeder ve Verrel, *Strafprozessrecht* (n 4) §12 kn.65. İhbar ve şikayet, soruşturma makamlarını bir başlangıç şüphesinin mevcut olup olmadığını incelemekle yükümlü kılar. Bkz. Ambos (n 2) 2 §158 kn.1.

21 Schroeder ve Verrel, *Strafprozessrecht* (n 4) §12 kn.66.

22 Roxin ve Schünemann (n 5) §39 kn.15.

23 Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) §152 kn.5. Örneğin Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararına yansıyan bir olayda, H, karısı G ile kızı J'yi öldürmüş ve cesetleri ormanda saklamıştır. Suçtan birkaç gün sonra G ve J'nin kaybolduğu bildiriminde bulunmuştur. Bu bildirim üzerine polis tarafından öncelikle kayıp arama prosedürü izlenmiş, H'nin tanık sıfatıyla ifadesi alınmıştır. Polisin olayı savcılığa intikal ettirmesi üzerine savcılık tarafından kimliği belirsiz kişiye karşı ceza soruşturması başlatılmıştır. Ancak suçtan on ay sonra H'nin mülkünün yakınında G'nin plastik kartlarının (örn. kredi kartı) olduğu bir deri çanta bulunduğunda, H'nin ilk kez şüpheli sıfatıyla ifadesi alınmıştır. Şüphelisiz başlayan ceza soruşturması bu andan itibaren H'ye yönelmiş ve ceza soruşturması şüphelisi olan bir ceza soruşturması olarak devam etmiştir. Savcılık ve polis kart çantası bulunana kadar, H aleyhinde somut ve ciddi bir şüpheyi tesis edecek herhangi bir olgunun henüz mevcut olmadığını varsaymıştır. Bkz. Jahn (n 15) 962, 963. Şüphelisi belli olmayan olay üzerine soruşturmanın başlayacağı hakkında bkz. Hakan Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (5. Baskı, Nisan Kitabevi 2023) 320.

24 Roxin ve Schünemann (n 5) §39 kn.16.

25 Elisa Hoven, 'Die Grenzen des Anfangsverdachts – Gedanken zum Fall Edathy' (2014) NSTz 361, 361.

bulunularak bu kişi hakkında ceza soruşturması başlatılabilir mi?²⁶. Öncelikle ifade edilmelidir ki başlangıç şüphesinin tespitinde soruşturma makamlarının belirli bir değerlendirme serbestisi vardır. Soruşturma makamının olaya yakın olması, adli deneyime dayanan bu tür bir serbestinin tanınmasına meşruiyet kazandırmaktadır. Ancak bu soruşturma makamının başlangıç şüphesinin tespitinde herhangi bir sınırlamaya tabi olmadığı anlamına gelmez. Cumhuriyet savcısı genel mantık kurallarına ve anayasal sınırlara bağlı olmaya devam eder. Bu itibarla kararın keyfilikten arınmış olması gerekir²⁷. Alman uygulamasında somut örnekte, bir suç tanımına uygun bir fiilin varlığına ilişkin tahminin yani başlangıç şüphesinin (basit şüphenin), ispatlanabilir somut davranış ve olayların kriminolojik veriler ve mantık kuralları çerçevesinde mesleki tecrübeyle yapılan bir değerlendirmeye dayandırıldığı görülmektedir.

Alman öğretisinde, bir suçun işlendiğinin sabit olduğu hallerde, bir kimsenin yasal davranışının da başlangıç şüphesi meydana getirebileceği kabul edilmektedir. Örneğin bir kişi bıçaklanarak öldürülmüş olarak bulunur. Bıçaklanan kişinin kardeşi ile husumeti olduğu ve bu kardeşin olay günü bir bıçak satın aldığı ortaya çıkar. Suç aleti olarak kullanılan bir çekicin veya bıçağın edinilmesi o kişi bakımından başlangıç şüphesi tesis eder. Burada başlangıç şüphesi özünde yasal bir davranış olan bıçak edinme hareketine dayanmaktadır. Ancak Edathy olayından farkı, bu durumda soruşturma organlarının elinde somut bir suçun işlendiğine (bir kimsenin bıçaklanarak öldürüldüğüne) dair kesin bir bilginin mevcut olmasıdır²⁸. Belirtelim ki, söz konusu örnekte, olaya ilişkin ceza soruşturması adli makamların bıçaklanarak öldürülmüş bir kişinin cesedinden haberdar olması ile başlamıştır. Ancak failin kimliğine ilişkin başlangıç şüphesi, yani şüpheliye işaret eden başlangıç şüphesi o kişinin yasaya uygun davranışlarının olayın bütünü içinde değerlendirilmesi ile ortaya çıkmıştır.

Edathy davasında ise, hukuken izin verilen hareket, suça ve faile ilişkin şüphe için tek bağlantı noktası olarak kullanılmıştır. Şüphelinin yasal davranışı somut olarak işlenmiş bir suçla irtibatlandırılmamıştır. Yasal bir davranıştan (fotoğraf ve video satın alınması) hareketle, şüphelinin karakter eğilimi (pedofili) hakkında sonuç çıkarılmış, bu kişilik yapısının onu genel olarak suç işleme hususunda şüpheli yaptığı varsayımı ile ceza soruşturması başlatılmıştır²⁹. Edathy'nin yasal davranışı, özel bir eğiliminin belirtisi olarak değerlendirilmiş ve hakkında genel bir soruşturma açmak için neden olarak kullanılmıştır. Öğretide bu durum, adeta gizli bir başlangıç şüphesi kabul edilerek ilgili kişinin temel haklarına gerekçesiz müdahalelere izin vereceği sebebiyle eleştirilmektedir. Çocuk pornografisini cezalandıran suç tipini genişleterek bir cezai sorumluluk tesis etmek, bu suretle meşru ceza soruşturmaları için gereken koşulları yaratmak yasama organının görevi olmalıdır³⁰.

Sonuç olarak, Edathy olayında başlangıç şüphesinin bulunmadığının kabul edilmesi gerekir. Somut bir suçun işlendiğine dair dayanak noktaları bulunmadan, yalnızca kriminalistik bir hipoteze

26 ibid 362. Esasen başlangıç şüphesi salt spekülasyondan veya kriminolojik hipotezden daha fazlasıdır. Öğretide başlangıç şüphesinin varsayım (sanı) ile bilme arasında bir yerde olduğu ifade edilmektedir. Bkz. ibid 362-363.

27 ibid 364.

28 Meyer-Goßner ve Schmitt (n 31) §152 kn.4a; Hoven (n 25) 364-365. Yasal bir davranışa ancak başka dayanak noktaları da eklenirse başlangıç şüphesi tesis edilebilir. Bkz. Beulke ve Swoboda (n 5) kn.479.

29 Hoven (n 25) 365.

30 ibid 366.

dayanılarak ceza soruşturması başlatılamaz. Tek başına yasal bir davranışa dayanılarak başlangıç şüphesinin kabul edilmesi, spekülatif çıkarımlar yapılması ve koruma tedbirlerinin uygulama alanının genişletilmesi tehlikesini taşır³¹.

Kriminalistik deneyiminin, belirli hareketlerin yalnızca suç geçmişine sahip bir kişinin veya adli makamların bilgisi dışında gün yüzüne çıkmamış ancak işlenmekte olan bir suçun failinin hareketleri olma ihtimalini işaret ettiği durumlar sorundur. Bu gibi hallerde adli merciler söz konusu davranışın, kendisine eşlik eden koşulları bilinçli olarak gizlediği izlenimini verip vermediği gibi başka belirtilerin olup olmadığını da dikkate almaktadır. Örneğin Alman Federal Anayasa Mahkemesi, yurtdışında gizli banka hesabı açılmasının, vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin soruşturma bakımından başlangıç şüphesi oluşturabileceğini kabul etmiştir. Buna karşılık bu tür ilave gizleme tedbirleri olmaksızın icra edilen, yasal olduğu şüphe götürmeyen davranışlardan başlangıç şüphesi türetilemez. Aksi halde, bu yaklaşım yasalara uygun hareketleri genel bir şüphe altına sokar ve örtülü bir başlangıç şüphesi oluşturulması anlamına gelir. Örneğin vergi tasarruf planları, vergi kaçakçılığı için başlangıç şüphesi doğurmaz³². Ancak Alman Federal Anayasa Mahkemesi, kişinin ceza hukukunu ilgilendiren ve ilgilendirmeyen davranışları arasındaki sınır bölgesinde bulunan hareketlerden başlangıç şüphesi çıkartılmasının en azından anayasal olarak sakıncasız olduğu kanaatindedir³³.

B. BAŞLANGIÇ ŞÜPHESİNİN DENETLENMESİ: ÖN SORUŞTURMA

Henüz somut bir başlangıç şüphesi tesis etmeyen ihbarlara istinaden ceza soruşturması başlatılması mümkün değildir³⁴. Uygulamada, başlangıç şüphesinin özellikle zayıf olduğu vakılarda, (soruşturmanın önünde) ön soruşturma olarak adlandırılan özel bir usul gelişmiştir³⁵. Yukarıda ifade edildiği üzere, Alman CMK'nın düzenlemesine göre, soruşturma evresini başlatan şüphe başlangıç şüphesidir. Başlangıç şüphesinin mevcudiyeti için ise “yeterli fiili dayanak noktaları”nın bulunması gerekir. Bununla birlikte, bazen mevcut dayanak noktalarının yeterli olup olmadığının araştırılması gerekebilir. Bu halde yapılan araştırmaya ön soruşturma (*Vorermittlung*) denir³⁶. Yani mevcut dayanak noktalarının gerekli niteliğe sahip olup olmadığını açıklığa kavuşturmak için sınırlı kapsamda ön soruşturma yapılabilir³⁷. Örneğin kuşku duyulan ancak tamamen asılsız olmayan bir ihbarın mevcudiyeti halinde durum böyledir³⁸. Diğer bir ifadeyle, bir kimsenin doğruluğunu kanıtlayacak bilgi olmadan, ancak polisin veya savcılığın içeriğini tamamen göz ardı edemeyeceği şekilde ihbarda bulunması halinde ön soruşturma yapılabilir³⁹.

31 ibid 367.

32 Meyer-Göfner ve Schmitt (n 1) §152 kn.4a.

33 ibid §152 kn.4a.

34 ibid §152 kn.4.

35 Roxin ve Schünemann (n 5) §39 kn.17. Uygulamada, başlangıç şüphesinin bulunup bulunmadığını açıklığa kavuşturmak için sık sık bu tür soruşturmaların yapıldığı ifade edilmektedir. Bkz. Walter (n 6) kn.111.

36 Schroeder ve Verrel, *Strafprozessrecht* (n 4) §12 kn.64.

37 Bierschenk, Koranyi ve Weikinger (n 2) kn.82. Bu tür ön soruşturmalara çok sınırlı ölçüde izin verilmektedir. Bkz. Beulke ve Swoboda (n 5) kn.172.

38 Roxin ve Schünemann (n 5) §39 kn.18.

39 Walter (n 6) kn.111.

Uygulamada, bir ceza soruşturmasının başlatılmasının gerekli olup olmadığını açıklığa kavuşturmak amacıyla giderek yaygınlaşan ön soruşturmalar Alman CMK'ya yabancıdır. Alman CMK'sı da Türk CMK'sı gibi bu konuda herhangi bir düzenleme içermemektedir⁴⁰. Öğretide, bu tür soruşturmaların ceza soruşturması organlarının hukuki veya fiili nedenlerle başlangıç şüphesinin mevcudiyetini kabul etmesinin mümkün olmadığı olay gruplarıyla sınırlı kalması gerektiği vurgulanmaktadır⁴¹. Ön soruşturma ilgili kişiyi kamuoyunda şüpheli olarak damgalanmaktan korur. Bu tür soruşturmalara sadece potansiyel şüpheliyi kamuoyundan korumaya hizmet ediyorsa ve temel haklara önemli bir müdahale içermiyorsa izin verilebilir. Ayrıca ön soruşturma sırasında birtakım tedbirlere müracaat edilmesi de mümkündür. İnternet aramaları, savcılığın ve polisin bilgi sistemlerine başvurulması, suçlanma potansiyeli olan kişinin çevresinde bilgi edinme amaçlı görüşmeler yapılması ve gönüllü olarak verilen belgelerin incelenmesi izin verilen ön soruşturma tedbirleri arasında sayılabilir⁴².

Alman öğretisinde ön soruşturma, kimi yazarlarca belirsiz bir “gri alan” olarak değerlendirilmekte ve bu alana ilişkin yasal düzenleme yapılması ihtiyacının bulunduğu ifade edilmektedir⁴³. Ön soruşturma, kanunla düzenlenmiş olan normal soruşturma evresinden AR (“allgemeines Register” yani genel kayıt) dosya numarası tahsis edilmesi ve (kendi kaderini tayin hakkına müdahale dışında) herhangi bir zorlayıcı araca (*Zwangsmittel*) başvurulmaması nedeniyle ayrılır⁴⁴. Ön soruşturmalar, resmi olarak soruşturma evresinin başlatılmasıyla suç isnadının dosyada kayıtlara geçmesinin veya alenileşmesinin ilgili kişi için önemli özel ve mesleki sakıncalara yol açabileceği düşüncesi ile yaratılmış aşamalardır⁴⁵. Ön soruşturma aşaması, ilgili kişiyi koruma ihtiyacından doğmuştur denilebilir. Bu aşamada ceza muhakemesi tedbirleri uygulanamaz⁴⁶.

Esasen ceza muhakemesi olası bir suç faili olarak şüpheliye yöneliktir⁴⁷. Teknik anlamda şüpheli (*Beschuldigter*) sıfatı ancak soruşturma evresinin başlamasıyla elde edilir. Ön soruşturma yapılan süreçte ise teknik anlamda bir şüphelinin mevcudiyetinden söz edilemez. Bu halde ancak potansiyel şüpheliden (*Verdächtige*) söz edilebilir. Esasen bu suretle başlangıç şüphesine ön gelen bir şüphe derecesi meydana getirilmiş olur⁴⁸.

40 Sadece Alman CMK §159/1'de başlangıç şüphesi gerekliliğinin dar kapsamlı bir istisnasına yer verildiği ifade edilmektedir. Hükme göre, bir cesedin kimliği tespit edilemiyorsa veya doğal olmayan bir ölüm belirtisi varsa, bulunan cesedin savcılığa veya yerel mahkemeye bildirilmesi gerekir. Bu hükümden hareketle, bu gibi hallerde başlangıç şüphesi bulunmasa bile savcılığın durumu araştırması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. ibid kn.111.

41 Beulke ve Swoboda (n 5) kn.479.

42 Walter (n 6) kn.112. Kamusal hayatta yer alan kişiler için resmi soruşturma evresinin başlatılması o kişiler bakımından adeta “mesleki ölüm cezası” verilmesi anlamına gelebilir. Bu nedenle bu tür durumlarda, bir başlangıç şüphesinin olup olmadığını belirlemek için ön soruşturma yürütülür. Bkz. Heribert Ostendorf ve Janique Brüning, *Strafprozessrecht* (4. Auflage, Nomos 2021) §7 kn.4.

43 Schroeder ve Verrel, *Strafprozessrecht* (n 4) §12 kn.64.

44 Roxin ve Schünemann (n 5) §39 kn.17.

45 Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) §152 kn.4b

46 ibid §152 kn.4b.

47 Kindhäuser ve Schumann (n 5) §6 kn.1.

48 Friedrich-Christian Schroeder ve Torsten Verrel, *Ceza Muhakemesi Hukuku* Çev. Salih Oktar (Yetkin 2019) 72, dn.1.

Bir görüşe göre, böyle bir kişiye bilgi edinme amaçlı sorular sorulması, tanık dinleme niteliğindedir. Bu nedenle şüpheli haklarına ilişkin bilgilendirme gerçekleşmez. Zira bir kimse ya şüpheli ya da tanık statüsünde dinlenir. Şüpheli ve tanık dışında, susma hakkına sahip olan bilgi veren kişi şeklinde ayrı bir statü mevcut değildir. Bu kişinin daha sonra şüpheli olarak ifadesi alınırsa, haklarına ilişkin bilgilendirilmesi gerekir. Ancak bu kişinin, daha önce bilgi edinme amaçlı sorular sorulması sırasında yaptığı açıklamalarla bağlı olmadığı konusunda bilgilendirilmesi gerekmez. Bilgi toplamaya yönelik sorular sorulması sırasında yapılan açıklamalar, daha sonra olaya ilişkin ifade verdiğinde şüphelinin aleyhinde kullanılabilir⁴⁹. Ön soruşturma aşamasında, polisin veya Cumhuriyet savcısının teknik anlamda şüphelinin ifadesini almasına izin verilmez. Benzer şekilde, bu aşamada temel haklara müdahale teşkil eden bir tedbire başvurulması da yasaktır. Bu nedenle ön soruşturmada şüpheli hakları zedelenemez. Ancak potansiyel başlangıç şüphesi altında olan kişiye yani potansiyel şüpheliye gönüllülük esasına dayalı bilgi toplamaya yönelik sorular sorulabilir⁵⁰. Türk hukukunda bu durum hiçbir kurala bağlı olmayan bilgi toplama işlemi olarak adlandırılmakta ve kendisine sorular sorulan kişiler ise bilgisine başvuru olarak adlandırılmaktadır⁵¹.

Başka bir görüşe göre ise, bu aşamada potansiyel başlangıç şüphesi altında bulunan kişinin yani potansiyel şüphelinin de şüpheli haklarından mahrum bırakılmaması büyük önem arz eder. Bu itibarla, ön soruşturmanın soruşturulanın lekelenmesine, soruşturma evresinin başlamasının gecikmesine yol açmaması gerekir⁵². İsviçre ceza hukukunda, şüphelinin haklarının dolanılma tehlikesinin, potansiyel başlangıç şüphesi altında bulunan kişinin (*Verdächtige*) yasal statüsü açısından prensip olarak şüpheliyle eşit bir konuma getirilmesiyle büyük ölçüde önlendiği ifade edilmektedir⁵³.

Potansiyel başlangıç şüphesi altında bulunan kişinin aranması kararı verilebilmesi için, hali hazırda belirli bir suçun işlendiğine dair yeterli fiili dayanak noktalarının bulunması gerekir. Ancak arama bir şüphenin temellendirilmesi için gerekli olan olguların araştırılmasına hizmet etmemelidir. Ayrıca şüphenin, şüpheli statüsünü tesis edecek kadar somut olması gerekmez. Bununla birlikte, arama kararı verilmesiyle potansiyel başlangıç şüphesi altında bulunan kişi (potansiyel şüpheli) kural olarak resmen şüpheli haline gelir⁵⁴.

49 Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) Einl. kn.79. Jahn'a göre de potansiyel başlangıç şüphesi altında bulunan kişinin, şüpheli hakları konusunda bilgilendirilmeden, tanık olarak dinlenmesi mümkündür. Bkz. Jahn (n 15) 963. Bu aşamada soruşturma makamı aktif konumdadır. Henüz somut bir kişiden şüphelenilmemektedir. Yani bireyselleştirilmiş bir suç şüphesi mevcut değildir. Genellikle suç mahalline ulaştıktan hemen sonra neler olup bittiğini öğrenmek için bilgi toplamaya yönelik sorular sorulur. Bkz. Beulke ve Swoboda (n 5) kn.174. Örneğin, kaza yapan bir araçtan inen kişilere aracı kimin kullandığının sorulması bu kapsamdadır. Bkz. Ostendorf ve Brüning (n 42) §10 kn.3. Soruşturma makamlarının şüpheliye haklarını bildirme yükümlülüğü, bu yükümlülüğün kapsamı ve hangi durumlarda alınan ifadeyi değerlendirme yasağı oluşacağından hükmün tesisinde bu ifadenin kullanılamayacağı hususunda bkz. Wolfgang Mitsch, 'Beschuldigtenstatus und Belehrungspflicht' (2008) NSZ 49-50.

50 Beulke ve Swoboda (n 5) kn.479.

51 Centel ve Zafer (n 8) 260-261.

52 Schroeder ve Verrel, *Strafprozessrecht* (n 4) §12 kn.64. Yazarlara göre, örneğin cesedin adli muayenesi bir ön soruşturma işlemidir.

53 Seiler (n 4) 66 kn.188. Bilgi edinme amacıyla sorulan sorulara verilen yanıtların, ancak teknik anlamda bir ifade ile doğrulandığında delil olarak kullanılabileceği hususunda bkz. ibid 67 kn.189.

54 Bierschenk, Koranyi ve Weikinger (n 2) kn.122.

Ön soruşturmalar ya normal soruşturma evresinin başlamasıyla ya da ihbarın takip edilmemesiyle sonuçlanır⁵⁵. Potansiyel başlangıç şüphesi altında bulunan kişinin aleyhindeki şüphe noktaları başlangıç şüphesine dönüştüğünde, yani adli tecrübelerle göre kişinin takip edilebilir bir suça katılımını mümkün kılan somut fiili dayanak noktalarının mevcudiyeti halinde, ceza soruşturması makamı potansiyel şüpheliyi resmen şüpheli ilan etmekle yükümlüdür. Bu statü değişikliği beraberinde önemli sonuçları getirir. Zira şüphelinin kendisine özgü hakları ve yükümlülükleri vardır⁵⁶.

Belirtmelidir ki, ön alan soruşturmaları (Vorfeldermittlungen) ön soruşturmalardan farklı bir anlam ifade etmektedir. Bu iki soruşturma şekli birbiriyle karıştırılmamalıdır⁵⁷. Ön alan soruşturmalarına ceza muhakemesi kanunu kapsamında izin verilmez. Ön alan soruşturmalarında henüz işlenildiğinden şüphelenilen bir suç söz konusu değildir. Sadece suç işleme riski taşıyan ortamlarda yararlı bilgiler aranır. Bu alanda soruşturma yapmak gizli servislerin yetki alanına girer. Kimi görüşlere göre ise, suç işlenmesi tehlikesinin önlenmesi kapsamında bu tür soruşturmaların polis tarafından yürütülmesi de mümkündür⁵⁸. Güvenlik makamları tarafından yapılan ön alan soruşturmaları kapsamında elde edilen bulguların ceza muhakemesinde delil olarak kullanılıp kullanılamayacağı ve ne ölçüde kullanılabileceği henüz açıklığa kavuşturulmamıştır. Alman öğretisinde kural olarak bu tür bulguların delil olarak kullanılamayacağı görüşü kabul görmektedir⁵⁹. Belirtelim ki Türk uygulama ve öğretisi de aynı yönde gelişmiştir⁶⁰.

Alman öğretisinde proaktif soruşturmalar da (*Initiativermittlungen*) başlangıç şüphesi bakımından değerlendirilmektedir. Polisin suçu erken aşamada tespit etmek için belirli suç mahallerini gözlemlemesi veya Cumhuriyet savcısı ve polisin kapsamlı bir soruşturma için belirti elde etme amacıyla yasal yetkisi çerçevesinde bilgi edinmesi ya da hali hazırda toplanmış bilgileri birleştirmesi bu kapsamda görülmektedir. Bu aşamada henüz bir suç şüphesi ve soruşturma mercilerinin harekete

55 Roxin ve Schünemann (n 5) §39 kn.18.

56 Beulke ve Swoboda (n 5) kn.172; Schroeder ve Verrel, *Strafprozessrecht* (n 6) §12 kn.69.

57 Schroeder ve Verrel, *Strafprozessrecht* (n 4) §12 kn.64. Ön alan, suç öncesi yapılan araştırmalara karşılık gelir. Bu nedenle soruşturma öncesi araştırma evresi olarak da adlandırılabilir. Ön alan soruşturmaları suçun önlenmesine ve gelecekte işlenmesi muhtemel olan suçlar için önlem almaya yarar. Bkz. Veli Özer Özbek, *Polis Hukuku, İnternet Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Temel Haklara Müdahaleler ve Hukuka Aykırı Müdahalelere Karşı Korunma Çareleri* (2. Baskı, Seçkin 2023) 34.

58 Roxin ve Schünemann (n 5) §39 kn.18. Ön alan soruşturmaları öncelikle birtakım dayanak noktaları (belirtiler) elde etmeye hizmet eder. Ancak bu aşamada herhangi bir başlangıç şüphesi mevcut değildir. Bkz. Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) §152 kn.4b.

59 Meyer-Goßner ve Schmitt, (n 1) §152 kn.4b.

60 Yargıtay CGK, E 2011/93 K 2011/95, 17.05.2011. Bkz. <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 8 Eylül 2024. II. Dünya savaşıdan sonra istihbarat ve kolluk güçlerinin yetki alanları sert çizgilerle birbirinden ayrılmaya çalışılmıştır. İki birimin birbirinden ayrılması gerektiği ayrılma ilkesi (Trennungsgesetz) şeklinde literatürde de yerini almıştır. Polisin siyasi amaçlarla kullanılmasının önlenmesi için bu ilkenin bir sonucu olarak, istihbaratın ve kolluğun teşkilat olarak birbirinden ayrı olması gerektiği ve istihbarat örgütlerinin, polisin görev alanında bulunan zorlayıcı tedbirleri uygulama yetkisinin bulunmadığı, istihbarat ajanları eliyle kişi özgürlüğünü kısıtlayıcı tedbirlerin kullanılamayacağı kabul edilmektedir. İlkenin ikinci sonucu olarak da farklı istihbarat örgütlerinin birbirleri arasında ve bu örgütler ile kolluk arasında istihbari verilerin paylaşılmaması ve istihbari verilerin ceza soruşturma ve kovuşturmalarında kullanılmaması kabul edilmektedir. Bilgi için bkz. Fulya Eroğlu Erman, 'Örgütlü Suçlarda Yargılama Sistemi' (Doktora Tezi, Yeditepe Üniversitesi 2016) 25-26.

geçme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Tek amaç bir başlangıç şüphesinin olup olmadığını açığa çıkarmaktır⁶¹.

II. YETERLİ ŞÜPHE

Alman CMK §170/1'e göre, araştırmalar kamu davasının açılması için "yeterli sebep (*genügende Anlass*)" ortaya koyarsa savcılık yetkili mahkemeye iddianamesini vererek kamu davasını açar. Alman CMK §203'e göre ise "yeterli şüphe (*hinreichende Verdacht*)" mevcutsa kovuşturma evresine geçilir⁶². Kamu davasının açılması için "yeterli sebep" veya eş anlamlı olarak kullanılan "yeterli şüphe" bulunmalıdır. 5271 sayılı CMK m.170/2'de de "Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler" şeklindeki hükümle iddianame düzenlenebilmesi için Cumhuriyet savcısının suçun işlendiğine dair yeterli şüpheye ulaşması gerektiği ifade edilmiştir⁶³. Kanaatimizce iddianamenin düzenlenmesi ve kovuşturma evresine geçilmesi için gerekli olan "yeterli sebep" ve/veya "yeterli şüphe", şüphe ile delil arasındaki sıkı ilişki nedeniyle yeterli şüpheyi oluşturan "yeterli delil" şeklinde de ifade edebilir⁶⁴.

Soruşturma evresinin efendisi olan savcılık, polisin de yardımıyla iddianamenin düzenlenmesi için elverişli sebep olup olmadığını araştırır. Dosyanın o anki durumuna göre, şüphelinin mahkumiyeti beraat etmesinden daha olası ise yeterli suç şüphesi mevcuttur. Savcılığın bakış açısına göre durum böyle ise savcılık iddianame düzenleyerek yetkili mahkemeye gönderir⁶⁵. Esasen bu savcılık için bir yükümlülük teşkil eder. Yani suçun işlendiğine dair yeterli şüphe varsa savcılık ceza davasının mecburiliği prensibi gereğince iddianame düzenlemekle yükümlüdür⁶⁶.

61 Schroeder ve Verrel, *Strafprozessrecht* (n 4) §12 kn.72.

62 ibid §12 kn.64. Bu şüphe derecesi kamu davasının açılmasının ön koşulu olarak görülür. Bkz. Beulke ve Swoboda (n 5) kn.175. Yeterli suç şüphesi teriminin belirsiz bir kavram olduğu, azımsanmayacak bir değerlendirme serbestisi tanıdığı hususunda bkz. Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) §170 kn.1. "Kovuşturma (evresi) şüphesi" isimlendirmesi için bkz. Ostendorf ve Brüning (n 42) §7 kn.4.

63 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda bu kavrama karşılık gelecek şekilde "kâfi emareler" terimi kullanılmıştır. Bkz. Tosun (n 10) s.626. Bu şüphe derecesi esasen soruşturma evresinin ayıklayıcılık işlevine karşılık gelir. Yeterli şüphenin bulunmadığı hallerde, böyle bir olayla mahkemelerin boş yere işgal edilmesi önlenir. Bkz. Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku* (11. Baskı, Vedat 2005) 368-369.

64 Delil ile şüphe arasındaki ilişki için bkz. Karakehya (n 23) 229.

65 Kindhäuser ve Schumann (n 5) §3 kn.3. Roxin ve Schünemann'a göre, şüphelinin mahkumiyeti büyük bir olasılıkla bekleniyorsa yeterli şüphe vardır ve mahkeme kovuşturmayı başlatmakla yükümlüdür. Bkz. Roxin ve Schünemann (n 5) §42 kn.8. Meyer-Goßner ve Schmitt'e göre, mahkum edilme ve mahkum edilmeme olasılığı yaklaşık olarak aynı ise kovuşturma evresine geçilmelidir. Bkz. Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) §203 kn.2. Ambos'a göre yeterli şüphe, suçun ilk değerlendirmesinde, ileride mahkumiyet kararı verilmesinin olasılıkla beklenen bir durum olması anlamına gelir. Yeterli suç şüphesi mevcutsa, muhakeme engeli yoksa ve bir maslahata uygunluk kararı ile muhakemeye son verilmesi imkanı bulunmuyorsa kamu davası açmak için elverişli sebep var demektir. Bkz. Ambos (n 2) 2 §170 kn.2. Maslahata uygunluk kararı ile kast edilen, Cumhuriyet savcısına iddianame düzenleyip düzenlememe hususunda takdir yetkisi tanınan hallerde savcının takdir hakkını kullanarak iddianame düzenlememesidir. Detaylı bilgi için bkz. Centel ve Zafer (n 8) 554, 594.

66 Roxin ve Schünemann (n 5) §40 kn.14. İsviçre ceza hukukunda da maddi vakia yeterince açıklığa kavuşmuş görünüyorsa ve mahkumiyet kararı verilmesi bekleniyorsa savcılığın iddianame düzenlemesi gereğinden söz edilmektedir. Bunun için savcılığın şüphelinin mahkumiyetinin akla yatkın ve beraatından çok daha olası olduğu kanaatine varması gerekir. Bkz. Seiler (n 4) 207-208 kn.724.

Öğretide yeterli suç şüphesi, soruşturmanın tamamlanmasından sonra, soruşturma sonucunda toplanan delillere göre, duruşmada esasa ilişkin mahkumiyet kararı verilmesinin, beraat kararı verilmesinden daha olası görünmesi biçiminde tanımlanmaktadır. Esasen bu suretle önemli ölçüde değerlendirme serbestisi olan bir öngörüde (tahminde) bulunmaktadır. Bu öngörü hem iddianamenin düzenlenmesine hem de kovuşturma evresinin başlamasına etki etmektedir⁶⁷. Savcılık kovuşturma evresinin başlayacağı kanaatindeyse iddianame düzenler. Yeterli suç şüphesi, şüphelinin kovuşturma evresinde suçu işlediğinin kanıtlanabileceği ve mahkumiyetinin beklenebileceği ihtimalini ifade eder. Bu itibarla savcılık, mahkemenin nasıl bir hüküm tesis edeceğini tahmin etmek durumunda kalır⁶⁸.

Savcılık fiili ve hukuki durumu değerlendirdiğinde, duruşma sonunda muhtemelen mahkumiyet kararı verilmesi talebinde bulunacağını öngörüyorsa yeterli sebep var demektir⁶⁹. Savcılık, yeterli şüphenin tespitinde belirli bir değerlendirme serbestisine sahiptir. Şüphelinin kendisini suçlamalardan kurtarmaya yönelik, doğruluğuna dair yeterli belirti bulunmayan beyanları dikkate alınmayabilir. Bununla birlikte, dosyadaki mevcut deliller göz önüne alındığında, muhakemenin sonunda mahkemenin in dubio pro reo ilkesine dayanarak beraat kararı vermesinin olası olduğu gerekçesiyle yeterli şüphenin bulunmadığı kabul edilebilir⁷⁰.

Esasen tüm soruşturma evresinin amacı iddianame düzenlenmesinin ön koşulu olan yeterli suç şüphesinin bulunup bulunmadığını ortaya koymaktır. Yeterli suç şüphesinin mevcudiyeti hem ara muhakemenin hem de kovuşturma evresinin kapısını açar. İddianame düzenlenmesi ve ara muhakeme aşamasına geçilmesi için gereken yeterli suç şüphesinin bulunup bulunmadığı değerlendirmesini savcılık yapar. Ancak kovuşturma evresine geçilmesi için gereken yeterli suç şüphesinin mevcut olup olmadığı değerlendirmesi ise mahkeme tarafından yapılır⁷¹.

Belirtilmelidir ki duruşma yapılmasındaki kamu yararı hiçbir zaman yeterli suç şüphesinin yerini alamaz. Yani kovuşturma evresine geçilmesi kararı verilirken gözetilmesi gereken tek kriter mahkumiyet olasılığıdır. İsnadın duruşmada tartışılmasındaki kamu yararı veya konunun üst mahkeme içtihadı vasıtasıyla açıklığa kavuşturulmasını sağlamadaki yarar gibi hususlar dikkate alınmamalıdır⁷². Kovuşturma evresine geçilmesinden sonra yeterli suç şüphesi ortadan kalkabilir. Bu durumda sanığın iddianamenin kabulü kararının geri alınmasını talep etme hakkı bulunmaz. İddia makamı veya savunma ancak beraat talep edebilir⁷³.

67 Bierschenk, Koranyi ve Weikinger (n 2) kn.89. Alman Federal Yüksek Mahkemesine göre, mahkumiyet olasılığının basit üstünlüğü yeterlidir. Daha yüksek bir olasılık derecesi gerekli değildir. Bkz. Boris Bröckers, *Dölling/Duttge/König/Rössner Gesamtes Strafrecht* (5. Auflage, Nomos 2022) 2 §203 kn.2. Bu itibarla kuvvetli suç şüphesinde olduğu gibi bir yüksek olasılık aranmaz. Bkz. Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) §203 kn.2.

68 Kindhäuser ve Schumann (n 5) §10 kn.2. Suçun ilk değerlendirmesinde, duruşmada mahkumiyet kararı verilmesi olasılığı bulunuyorsa yeterli suç şüphesi vardır. Bkz. Bröckers, (n 67) 2 §203 kn.2.

69 Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) §170 kn.2. Öğretide bir görüşe göre, soruşturma evresinin sonunda, araştırma konusu fiilin suç teşkil ettiği ve suçlunun da bu suçun faili olduğu hususunda yeterli delil elde edilmişse yeterli şüphe var demektir. Bkz. Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (22. Baskı, Savaş 2023) 326.

70 Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) §203 kn.2.

71 Walter (n 6) kn.95.

72 Bröckers, (n 67) 2 §203 kn.3; Roxin ve Schünemann (n 5) §42 kn.8.

73 Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) §203 kn.3.

III. KUVVETLİ ŞÜPHE

Özellikle temel hakları sınırlayan bazı koruma tedbirlerinin (örn. tutuklama koruma tedbirinin) uygulanabilmesi için hem Alman hem Türk kanun koyucu, kuvvetli bir suç şüphesinin varlığını şart koşturmaktadır⁷⁴. Öğretide, kuvvetli suç şüphesinin aynı zamanda mahkumiyet ihtimalinin de yüksek olması anlamına mı geldiği, yoksa salt mahkumiyet olasılığının mevcudiyetinin yeterli görülmesi mi gerektiği tartışmalıdır⁷⁵. Bir görüşe göre kuvvetli suç şüphesi, soruşturmanın mevcut durumuna göre ileride bir mahkumiyet kararı verilmesi ihtimalinin yüksek olmasını ifade eder. Bu ihtimal sadece belirli olgulardan çıkartılabilir⁷⁶.

Başka bir görüşe göre ise kuvvetli suç şüphesi, soruşturmanın o ana kadarki durumuna göre, şüphelinin fail veya şerik olarak hukuka aykırı ve kusurlu bir şekilde suç işlemiş olma ihtimalinin yüksek olması halinde mevcuttur. Kuvvetli suç şüphesinin varlığını kabul etmek için, suç işlemiş olma ihtimalinin yüksek olması, mahkumiyet ihtimalinin ise varlığı yeterlidir. Bu görüşe göre, mahkumiyet ihtimalinin yüksek olması gerekli değildir. Zira ceza muhakemesinin erken bir aşaması olan soruşturma evresinde, muhakemenin bir mahkumiyet kararıyla sonuçlanıp sonuçlanmayacağı kural olarak öngörülebilir değildir⁷⁷. Bu itibarla kuvvetli şüphenin mevcudiyeti biri geriye dönük diğeri ileriye yönelik olmak üzere iki aşamalı değerlendirme ile belirlenir. Önce, belirli olgulara dayanarak şüphelinin fail veya şerik olarak bir suç işlemiş olma ihtimalinin yüksek olduğu tespitinde bulunulmalıdır. Bunun için suçun hukuka aykırı ve kusurlu şekilde işlenmesi, cezalandırılabilir olması gerekir. Bu geriye dönük değerlendirmenin akabinde, ileriye yönelik olarak şüphelinin mahkum olmasının muhtemel olduğu öngörüsünde bulunulmalıdır⁷⁸.

Şüphe dereceleri arasında zamansal bir ayırım yapılabilir. Başlangıç şüphesi soruşturma evresine ait bir şüphe derecesidir. Soruşturmanın başında (yapılmışsa ön soruşturmadan sonra) ortaya çıkması gerekir. Benzer şekilde yeterli suç şüphesinin de soruşturma evresinin sonunda, ara muhakemede ortaya çıkması aranır. Buna karşılık, kuvvetli suç şüphesi zamansal olarak muhakemenin belirli

74 Alman CMK'da ayrıca, sürücü belgesine el koyma (Alman CMK §111a), müsadereyi ya da imhayı güvence altına almak için el koyma (Alman CMK §111b) ve gözlem altına alma (Alman CMK §126a) gibi tedbirlerin uygulanması için de kuvvetli şüphe aranmaktadır. Bkz. Roxin ve Schünemann (n 5) §39 kn.16. Bu itibarla kuvvetli suç şüphesinin bir dizi radikal koruma tedbirinin uygulanmasının ön koşulu olduğu söylenebilir. Bkz. Beulke ve Swoboda (n 5) kn.175. Öğretide bu anlamda "acı/zorlayıcı suç şüphesi" isimlendirmesi de kullanılmaktadır. Bkz. Ünver ve Hakeri (n 7) s.958.

75 Kindhäuser ve Schumann (n 5) §9 kn.7.

76 Bierschenk, Koranyi ve Weikinger (n 2) kn.89. Ostendorf ve Brüning'e göre kuvvetli şüphe, mahkemenin şüphelinin suçluluğuna ikna olmasından kısa bir süre önce ortaya çıkar. Buna göre, şüphelinin bir suçun faili veya şeriki olarak mahkum olması kuvvetle muhtemel olmalıdır. Bkz. Ostendorf ve Brüning (n 42) §11 kn.74.

77 Kindhäuser ve Schumann (n 5) §9 kn.7. Roxin ve Schünemann'a göre de şüphelinin suçu işlediğine dair yüksek bir olasılığın bulunması yeterlidir. Bkz. Roxin ve Schünemann (n 5) §30 kn.5. Örneğin kuvvetli şüphenin mevcudiyetini gerektiren tutuklama kararı, ceza muhakemesinin çok erken bir aşamasında verilebilir. Bu aşamada henüz muhakemenin ileride nasıl seyredeceği öngörülemez. Bu nedenle tutuklama kararı ilerideki mahkumiyet ihtimaline dayanılarak verilemez. Daha ziyade, o ana kadar yürütülen soruşturmanın sonuçlarına dayanılarak kişinin suçlu bulunma ihtimalinin yüksek olması aranır. Bkz. Beulke ve Swoboda (n 5) kn.320.

78 Christian Laue, *Dölling/Duttge/König/Rössner Gesamtes Strafrecht* (5. Auflage, Nomos 2022) 2 §112 kn.3.

bir aşamasına özgülenmemiştir. Yani muhakemenin her aşamasında, soruşturma evresinde veya kovuşturma evresinde ortaya çıkabilir⁷⁹.

Diğer şüphe dereceleriyle kıyaslandığında kuvvetli şüphe hem başlangıç şüphesinden hem de yeterli şüpheden daha güçlüdür (yoğundur). Yeterli şüphe basit mahkumiyet ihtimalinde mevcuttur. Kuvvetli şüphe ise (kabule göre suçun işlenmesine veya ileride mahkumiyet kararı verilmesine yönelik) daha yüksek bir ihtimal derecesi gerektirir. Ayrıca, yeterli şüphe değerlendirmesi tamamlanmış soruşturmanın sonucu dayanak alınarak yapılır. Kuvvetli şüphe değerlendirmesi ise, soruşturmanın mevcut durumuna dayanılarak yapılmaktadır. Yani bu şüphe derecesi mevcut delillere dayanılarak gerekçelendirilir. Soruşturmanın mevcut durumunun değişebilmesi mümkündür⁸⁰. Bir olayda soruşturma evresinde, tutuklama kararı verilebilmesi için aranan kuvvetli suç şüphesinin mevcut olduğu, buna karşılık aynı olayda kamu davasının açılabilmesi için aranan yeterli suç şüphesinin bulunmadığı kabul edilebilir⁸¹. Zira soruşturmanın başında mevcut deliller kuvvetli suç şüphesinin bulunduğu çıkarımına yol açabilir, ancak soruşturma sonucunda şüphelinin lehinde ve aleyhinde toplanan tüm delillere göre yapılan nihai değerlendirmede yeterli suç şüphesinin bulunmadığı sonucuna erişilebilir. Bu nedenle bir olayda soruşturmanın başlangıcında kuvvetli suç şüphesinin mevcudiyeti nedeniyle verilen tutuklama kararı, aynı olayda otomatik olarak yeterli suç şüphesinin de sabit olduğu, her halükarda iddianame düzenleneceği ve kovuşturma evresine geçileceği kabulünde bulunulmasını gerektirmez⁸². Salt varsayımlardan veya soruşturmanın gelecekteki olası sonuçlarından hareketle kuvvetli şüphe tespitinde bulunulamaz. Kuvvetli şüphe ancak mahkemenin önünde kullanılabilecek birtakım olgulardan kaynaklanır⁸³.

Kuvvetli şüpheden söz edilebilmesi için cezalandırılabilirliğin ve takip edilebilirliğin (Alman CMK §130 gereği takibi şikayete bağlı suçlarda şikayet şartı hariç) tüm koşullarının mevcut olması gerekir⁸⁴. Her ne kadar mevcut deliller kuvvetli şüpheyi açıkça ortaya koyuyor olsa bile, giderilemeyen muhakeme engelleri varsa, normatif bir kuvvetli suç şüphesinden söz edilemeyecektir⁸⁵. Zira suç usuli anlamda takip edilebilir olmalıdır. Benzer şekilde, hukuka uygunluk sebebinin, kusuru kaldıran sebebin veya cezaı kaldıran sebebin varlığına yönelik ihtimal, kuvvetli suç şüphesini

79 Walter (n 6) kn.305, 307.

80 Kindhäuser ve Schumann (n 5) §9 kn.8; Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) §112 kn.6. Walter'a göre, başlangıç şüphesi mahkumiyetin mümkün olması, yeterli suç şüphesi mahkumiyetin olası (muhtemel) olması, kuvvetli suç şüphesi ise mahkumiyetin çok olası (kuvvetle muhtemel) olması anlamına gelir. Bkz. Walter (n 6) kn.109. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, özellikle kamu davası açıldıktan sonra, kuvvetli suç şüphesinin yeterli şüpheden daha yüksek bir mahkumiyet olasılığı göstermesi gerekir. Bkz. Laue (n 78) 2 §112 kn.5. Salt hukuk meselelerinin bir olasılık öngörüsüne uygun olmadığı hususunda bkz. Kindhäuser ve Schumann (n 5) §9 kn.8.

81 Beulke ve Swoboda (n 5) kn.320.

82 Meyer-Goßner ve Schmitt (n 1) §112 kn.6. Yazarlara göre, sadece kamu davası açıldığı sırada, kuvvetli şüphenin, yeterli şüpheden daima daha yoğun olması gerekir. Belirtilmelidir ki, CMK m.141/1-e'ye göre, kanuna uygun olarak tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmaya yer olmadığına karar verilen kişiler, tutuklama nedeniyle devletten tazminat isteyebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şahin ve Göktürk (n 8) 312.

83 Laue (n 78) 2 §112 kn.4.

84 Roxin ve Schünemann (n 5) §30 kn.5.

85 Kindhäuser ve Schumann (n 5) §9 kn.8.

ortadan kaldırır⁸⁶. Ancak malvarlığına karşı işlenen bir suçtan ileri gelen zararın miktarının henüz tam olarak belirlenememiş olması kuvvetli suç şüphesinin varlığının kabul edilmesini engellemez⁸⁷.

Birden fazla suça birden fazla kişinin katıldığı durumlarda, her bir suç ortağına (fail veya şerik) hangi somut suç katkısının hangi olgulara dayanılarak isnat edildiği kati suretle belirtilmelidir. Gruba yönelik genel bir değerlendirmede bulunulması yeterli olmayacaktır. Örneğin bir terör örgütüne destek verilmesi durumunda, somut destek hareketi açıklanmalıdır. Beyana karşı beyan durumunda, şüphelinin açıklamalarının güvenilirliği aleyhinde ek bulgular mevcut değilse kuvvetli suç şüphesinin bulunmadığı kabul edilmelidir. Suç isnadının sadece dosya durumuna göre tutarsızlık gösteren ancak duruşmada delillerin ortaya konulmasıyla açıklığa kavuşturulabilecek belirtilere dayanması halinde, aleyhte şahitlik yapan tek tanığın güvenilmez görünmesi halinde veya suç isnadının temel olarak, bir güvenilir kişinin tutarsız beyanlarına dayanması halinde de durum böyledir. Birden fazla dolaylı tanığın yani duyduğunu aktaran tanıkların beyanları da prensip olarak kuvvetli suç şüphesini desteklemez⁸⁸.

Tutuklama koruma tedbiri Alman CMK §112'de düzenlenmiştir. Hükmün 3. fıkrasında katalog suçlar (örn. kasten öldürmenin temel ve nitelikli şekilleri gibi) sayılmış, bu suçlardan birinin işlendiği hususunda kuvvetli şüphe bulunan hallerde, 2. fıkra da zikredilen tutuklama sebepleri gerçekleşmese bile tutuklama kararı verilebileceği ifade edilmiştir. Hükmün 2. fıkrasında tutuklama sebebi olarak özetle kaçma veya delilleri karartma tehlikesinin mevcudiyeti ile şüphelinin kaçak olması öngörülmüştür. Öğretide, tutuklama sebebi bulunmadan, sırf 3. fıkra da sayılan katalog suçlardan birinin işlendiği şüphesiyle verilen tutuklama kararlarının, tüm koruma tedbirlerinin temel koşulu olan muhakemeyi güvence altına alma amacından yoksun olacağı, orantılılık ilkesi ile bağdaşmayacağı, bir tür "şüphe cezası" anlamına geleceği ifade edilmektedir⁸⁹. Bu itibarla 3. fıkra hükmü hukuk politikası açısından sakıncalı görülmektedir⁹⁰. Nitekim Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 3. fıkranın Anayasaya uygun yorumunu yapmıştır. Buna göre, bu hükme dayanılarak tutuklama kararı verilebilmesi için, hükümde sayılan bir katalog suçun işlendiğine dair kuvvetli şüpheye ek olarak (Kanun'un açık lafzına rağmen) olayın durumuna göre kaçma veya delilleri karartma tehlikesi tutuklama sebebi de bulunmalıdır. Ancak Alman Federal Anayasa Mahkemesi bu durumda tutuklama sebebinin kanıtlanmasına 2. fıkra da olduğu kadar sıkı koşullar getirmemiştir. Buna göre, kaçma veya delilleri karartma tehlikesinin zorunlu olarak somut olgularla kanıtlanması gerekmemektedir. Bu itibarla tespiti kolaydır. Daha ziyade münferit olayın koşullarına göre bu tür tehlikelerin göz ardı edilemez olması veya şüphelinin benzer fiilleri tekrarlayacağından (benzer türden başka suçlar işleyeceğinden) ciddi şekilde korkuluyor olması yeterli addedilir⁹¹. Belirtelim ki Alman hukukunda Türk hukukundan farklı olarak şüphelinin benzer fiilleri tekrarlama ihtimali bir tutuklama nedenidir. Diğer yönleriyle düzenleme Türk hukukunda da aynıdır.

86 Laue (n 78) 2 §112 kn.3. Bu nedenle bu tür durumların yüksek ihtimale bulunmadığı kabul edilebilir olmalıdır. Bkz. Seiler (n 4) 163 kn.562.

87 Meyer-Gößner ve Schmitt (n 1) §112 kn.5.

88 Laue (n 78) 2 §112 kn.4.

89 Kindhäuser ve Schumann (n 5) §9 kn.26.

90 Beulke ve Swoboda (n 5) kn.324.

91 Kindhäuser ve Schumann (n 5) §9 kn.26; Beulke ve Swoboda (n 5) kn.324.

Tutuklama kararı soruşturma evresinde verildiğinde, soruşturma dosyası bu kararın dayanağını oluşturur. Duruşmada tutuklama kararı verilirse, delillerin ortaya konulmasının sonucu da dikkate alınmalıdır. Bu nedenle bu aşamada tutuklama kararının “bu kararın verilmesindeki gerekçelerle” devam ettirilmesi mümkün değildir. İlk karardaki gerekçeler yeni durum karşısında değerlendirilmeden devam eden suç şüphesinin gerekçesi olarak görülemez. Hükümle tutuklama veya tutukluluğun devamına karar verilmiş ise, kuvvetli suç şüphesine ilişkin karar bu hükümde ortaya konan olgulara dayandırılmalıdır⁹².

IV. MAKUL ŞÜPHE

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nda ve öğretisinde “makul şüphe” derecesi kabul edilmemiştir. Makul şüphe derecesi, Türk Ceza Muhakemesi Kanunu’nda “şüpheli veya sanıkla ilgili arama” başlıklı m.116’da, “yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir” hükmü ile şüpheli veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerlerde arama kararı verilebilmesinin bir koşulu olarak öngörülmüştür. Bu maddede yer verilen makul şüphe, diğer şüphe derecelerinden farklı olarak suçun işlendiğine dair bir tahmin (şüphe) derecesi olmayıp şüpheli/sanığın veya delillerin hükümde belirtilen yerlerde bulunduğu dair tahmini ifade eden bir şüphe derecesidir. CMK m.117/2’de diğer kişilerle ilgili arama düzenlenmiş ve diğer kişilerle ilgili aramanın yapılması ise aranan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğunun kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlı kılınmış ve makul şüpheden söz edilmemiştir.

Alman CMK’da arama ile ilgili hükümde makul şüphe kavramına yer verilmemiştir. Şüpheli ile ilgili aramayı düzenleyen Alman CMK §102’de, hükümde sayılan ve şüpheli olan kişilerin bu kişilere ait yerlerde bulunabileceği ve delillere ulaşılacağı tahmin ediliyorsa bu yerlerin aranacağından bahsedilmektedir. Diğer kişilerle ilgili aramayı düzenleyen Alman CMK §103’te, diğer kişilerde aramanın şüphelinin yakalanması veya bir suçun izlerinin takip edilmesi veya belirli eşyalara el konulması ve ancak aranan kişi, iz veya şeyin aramanın yapılacağı yerlerde bulunduğunu gösteren olgular mevcutsa kabul edilmiştir⁹³.

Diğer şüphe dereceleri Türk mevzuatında tanımlanmamışken makul şüphe kavramı tanımlanmıştır. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nde “makul şüphe” derecesi şöyle tanımlanmıştır: “Makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir. Makul şüphe, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşındığından şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenir. Makul şüphede, ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması gerekir. Belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır. Arama sonunda belirli bir şeyin

92 Laue (n 78) 2 §112 kn.6.

93 Feridun Yenisey, Salih Oktar ve Ayla Oktar, *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu* (3. Baskı, Beta 2020) 156-157.

bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut bulunmalıdır” (Arama Y. m.6)⁹⁴ ⁹⁵.

Türk ceza muhakemesi hukukunda makul şüphe derecesi, belirli bir suçun belirli bir kişi tarafından işlendiğine dair tahmini içermeyen bir şüphe derecesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir suçun işlendiğine dair makul şüphe derecesi kavramı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında karşılık bulmaktadır.

Özgürlük ve güvenlik hakkının düzenlendiği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 5/1-c maddesinde “Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran “makul gerekçelerin” varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması”nın mümkün olduğu belirtilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde yakalama ve tutulma (yani gözaltı veya tutuklama) kararı verilebilmesi için “*reasonable suspicion*” aranmaktadır. Bu kavram Türkçeye genellikle “makul şüphe” biçiminde çevrilmiştir⁹⁶. Alman öğretisinde ise bu kavram yeterli şüphe (*hinreichenden Verdacht*) biçiminde anlaşılmaktadır⁹⁷. AİHS m.5/1-c hükmünde yakalamanın ve tutulmanın (gözaltı ve tutukluluğun) dayandırılması gereken şüphenin “makullüğü”, keyfi tutulmaya karşı sunulan güvencenin önemli bir parçasını teşkil etmektedir⁹⁸.

94 Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği, RG 01.06.2005/25832.

95 AİHM içtihatlarına göre, yakalama koruma tedbiri bağlamında şu kriterler dikkate alınarak makul şüphenin varlığına karar verilir: “a) Bir olayın varlığı ya da bir şahsın bir olayın faili olduğu yönünde bazı basit bilgi, belge, bulgu ve emarelerin olması, b) Bu bilgi, belge, bulgu ve emarelerin doğruluğunun ön yargıdan arınmış orta zekada bir insanın akıl, mantık kuralları, gözlem ve tecrübeleri ile yakalamanın yapıldığı andaki şartlar nazara alınarak değerlendirilmesi, c) Bu özelliklere sahip bir şahıs tarafından değerlendirilen bilgi, bulgu ve emarelerin doğruluğu hususunda bir takım ön araştırmaların yapılması ve yapılan bu araştırmalar sonucu elde edilen bilgi, belge ve emarelerin doğruluğunu destekleyen objektif ve gözle görülür bazı somut sonuçlara ulaşılmış olması”. Fox, Campbell and Hartley v United Kingdom App no 12244/86 (ECHR, 30 August 1990) Para 167-168. Bkz. <<https://hudoc.echr.coe.int>> Erişim Tarihi 9 Kasım 2024; Murray v United Kingdom App no 14310/88 (ECHR, 28 October 1994) Para 54-63. Bkz. <<https://hudoc.echr.coe.int>> Erişim Tarihi 9 Kasım 2024. Makul şüphenin ummadan daha fazla ve fakat yeterli ve kuvvetli şüpheden daha dar bir anlama sahip olduğu hususunda bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 4) 305. Benzer şekilde, makul şüphenin yoğunluğu bakımından, basit şüphe ile yeterli şüphe arasında yer aldığı hususunda bkz. Dülger ve Taşkın (n 8) 352-353.

96 “Sözleşme’nin 5. 1 (c), 5/2, 5/3 ve 5/4 maddeleri mutlak surette soruşturma sırasında tutuklanmaya, kovuşturma süresince tutukluluk halinin devamına ve tutuklu yargılanmaya ilişkindir. Bu bağlamda Sözleşme’nin 5. 1 (c) maddesinde yer alan ve Türkçe’ye “makul veya kabul edilebilir şüphe” olarak çevrilmesi gereken “*reasonable suspicion*” deyimini, 1954 tarihli resmi çeviride “bir suç işlendiği şüphesi doğuran makul sebep” olarak çevrilmişken, hâlihazırda AİHM’in internet sayfasında yer alan çeviride ise “kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebep” şeklinde, çevrilmiştir. Söz konusu farklar AİHM tarafından Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu davalara ilişkin olarak verilen ve Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı tarafından çevirisi yaptırılıp, AİHM’in içtihatlarının yayımlandığı veri bankasında yer alan Türkçe kararlara da yansımış bulunmaktadır” Bkz. Recep Doğan, ‘AİHM Kararları Işığında Tutuklama Tedbirinin Hukuka Uygunluğunun Denetimi’ Türkiye Barolar Birliği Dergisi (2021 155) 1, 5-6.

97 Laue (n 78) 2 §112 kn.5.

98 Şık v Turkey (No.2) App no 36493/17 (ECHR, 24 November 2020) Para 114. Bkz. <<https://hudoc.echr.coe.int>> Erişim Tarihi 9 Kasım 2024.

Belirtilmelidirki, AİHS'in 5. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi gereğince, tutuklama koruma tedbirinin uygulanabilmesi için, her şeyden önce kişinin suç işlediğine dair makul bir şüphenin bulunması gerekir. Bu yönüyle 5. madde tutuklama için kuvvetli suç şüphesini arayan Alman CMK §112 ve Türk CMK m.100 hükmünden kısmen ayrılmaktadır. Mantiken makul şüphe, kuvvetli şüpheden daha az yoğun bir şüpheyi ifade etmektedir. AİHS m.5'e ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına göre, tutuklamaya ilişkin kararların suç şüphesi derecesi iç hukukta aranan suç şüphesi derecesinden daha zayıftır. Ancak uygulamanın tam tersi bir durumda olduğunu söylemek mümkündür. Yani uygulamada sözde kuvvetli suç şüphesi standardı ile verilen tutuklama kararlarının, AİHS m.5/1-c hükmünde gösterilen makul şüphe standardını yakalayamadığı söylenebilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarıyla ortaya çıkan makul suç şüphesi kriterinin kuvvetli suç şüphesi kriteri olarak iç hukuka uyarlanması hak ihlallerinin önlenmesi bakımından önem taşımaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, bir kişi yakalandığı ve tutulduğu (gözetim altına alındığı, tutuklama veya tutukluluğun devamına karar verildiği) sırada hakkındaki suç şüphesinin "makul" olması gerekir. Yani makul şüphe, yakalama ve ilk tutulma anında mevcut olmalıdır⁹⁹. Makul şüpheyi ortaya koyan delillerin kişinin tutulduğu/tutuklama kararı verildiği anda mevcut olmayıp daha sonra toplanarak bu şüphe derecesine ulaşılmış olması, ilk tutma/tutuklama kararının da Sözleşme'nin 5/1-c maddesinde belirtilen makul şüphe şartını taşıdığı anlamına gelmez.

Mahkemeye göre, makul şüphe gerekliliğinin biri olaya ilişkin, diğeri suç teşkil eden davranış olarak nitelendirmeye ilişkin olmak üzere iki yönü bulunmaktadır. İlk olarak, olaylara ilişkin yönü incelendiğinde, "makul şüphe" kavramı, objektif bir gözlemciyi ilgili kişinin suç işlemiş olabileceği konusunda ikna edecek olgu veya bilgilerin bulunmasını gerekli kılmaktadır. Neyin "makul" olarak nitelendirilebileceği tüm koşullara bağlıdır¹⁰⁰. Bilgi ve olguların inandırıcılığı, somut olayın koşulları bir bütün olarak değerlendirilerek tespit edilir. Yakalanan ve/veya tutuklanan kişinin iddia edilen suçu işlediğine dair hakkında şüphelenilmesini gerektiren makul gerekçelerin bulunduğu konusunda Mahkemeyi ikna edebilecek, en azından bazı olayları veya bilgileri Mahkemeye bildirme görevi, davalı Hükümete aittir¹⁰¹.

Mahkeme, olgusal yönü değerlendirirken, yakalama ve tutulmanın, mevzu bahis olguların gerçekten meydana geldiğine ve zan altındaki kişilere atfedilebilir olduğuna dair "makul bir şüphenin" gerekçelendirilmesi için yeterli seviyede ve tarafsız unsurlara dayanıp dayanmadığını dikkate almaktadır¹⁰².

99 Alpergin and Others v Turkey App no 62018/12 (ECHR, 27 October 2020) Para 45. Bkz. <<https://hudoc.echr.coe.int>> Erişim Tarihi 9 Kasım 2024.

100 Sabuncu and Others v Turkey App no 23199/17 (ECHR, 10 November 2020) Para 145, 146. Bkz. <<https://hudoc.echr.coe.int>> Erişim Tarihi 9 Kasım 2024.

101 Alpergin and Others v Turkey (n 99) Para 42. Aynı yönde bkz. İşçi and Others v Turkey App no 67483/12 (ECHR, 20 October 2020) Para 38. Bkz. <<https://hudoc.echr.coe.int>> Erişim Tarihi 9 Kasım 2024. AİHM'e göre, savcılık ve mahkemeler tarafından verilen kararlarda belirsiz "dava belgelerine" herhangi bir kesin ifade, belge veya somut şikâyetin yokluğunda yapılan muğlak ve genel atıflar, başvuranın yakalanmasının ve tutuklanmasının dayanağı olarak gösterilen şüphenin "makullüğünü" haklı kılmaz. Bkz. Ilgar Mammadov v Azerbaijan App no 15172/13 (ECHR, 29 May 2019). Bkz. <<https://hudoc.echr.coe.int>> Erişim Tarihi 9 Kasım 2024.

102 Şık v Turkey (No.2) (n 98) Para 115.

İkinci olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.5/1-c anlamında, “makul bir şüphenin” varlığı için ilgili davranışın suç olarak nitelendirilebilmesi gerekir. İleri sürülen olaylara göre, ilgili davranışın ceza mevzuatı hükümlerinden birinin kapsamına girdiğinin makul olarak kabul edilebilmesi aranır. Bu itibarla, tutulan bir kişi hakkında ileri sürülen eylem veya olayların, bunların meydana geldiği tarihte suç teşkil etmemesi halinde, makul şüphe bulunmaz¹⁰³.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre, bir şüphe eğer AİHS tarafından tanınan hak ve özgürlüklerin kullanılmasını “suç teşkil eden bir davranış olarak nitelendirmeyi” içeren bir yaklaşıma dayanıyorsa bu şüphe makul olarak değerlendirilemez. Zira aksi yöndeki uygulama, kişilerin AİHS kapsamındaki hak ve özgürlüklerini kullanmalarını imkânsız hale getirme riskini doğuracaktır¹⁰⁴. Sözleşme kapsamında kalan hakların kullanılması teşkil eden davranışlar, makul şüphe yaratan eylemler olarak kabul edilemez. Ancak bu eylemlerin dışında veya yanında kişilerin örneğin bir suç örgütüne üye olduklarına, örgütle ve birbiriyle bağlantılı olduklarına dair objektif bir gözlemciyi ikna etmeye uygun ve yeterli deliller, olay ve olgular makul şüphe gerekçesi olabilir¹⁰⁵.

SONUÇ

Hem Türk hem de Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nda işlevleri itibarıyla birbiriyle örtüşen benzer şüphe dereceleri tasvir edilmiştir. Bunlar basit şüphe / başlangıç şüphesi, yeterli şüphe ve kuvvetli şüphe biçiminde sıralanabilir. Basit şüphe / başlangıç şüphesi, her iki kanunda da soruşturma evresini başlatan şüpheye karşılık gelmektedir. Bu itibarla en zayıf şüphe derecesidir. Yeterli şüphe ise yine her iki kanunda iddianamenin düzenlenmesi ve kovuşturma evresine geçilebilmesi için mevcudiyeti gereken şüphe derecesi olarak tasnif edilmiştir. Son olarak, kuvvetli şüphe hem Türk hem de Alman kanun koyucusu tarafından tutuklama gibi temel hak ve özgürlüklere ciddi müdahale teşkil eden bazı koruma tedbirlerinin uygulanabilmesinin ön koşulu olarak konumlandırılmıştır. Kuvvetli şüphe her iki kanuna göre en yoğun şüphe derecesidir.

103 Sabuncu and Others v Turkey (n 100) Para 147; Alpergin and Others v Turkey (n 99) Para 43. Aynı yönde bkz. İşçi and Others v Turkey (n 101) Para 39. Mahkemeye göre, “makul şüphenin” varlığının diğer yönü, yani suç teşkil eden bir davranış olarak sınıflandırma, dayanılan olguların makul bir şekilde, Ceza Kanunu’nda suç teşkil eden bir davranış tanımlayan kanun maddelerinin birinin kapsamına girdiğinin değerlendirilebilmesini gerektirmektedir. Dolayısıyla, tutuklu bulunan bir kişiye isnat edilen eylemler veya olaylar, gerçekleştikleri dönemde suç teşkil etmiyorsa “makul şüphe” söz konusu olamaz. Bkz. Şık v Turkey (No.2) (n 98) Para 116.

104 Şık v Turkey (No.2) (n 98) Para 117.

105 Çağdaş Yaşamı Destekleme Derneği üyesi veya yöneticisi olan başvuranların, Ergenekon terör örgütüne üye oldukları iddiasıyla yürütülen soruşturmalarda gözaltına alınmasına ve başvuru Ayşe Yüksel’in tutuklanmasına ilişkin olarak açtıkları davada, AİHM söz konusu derneğin üyelerinin, yasadışı bir örgüte üye olduklarına, *örgütte ve birbiriyle bağlantılı olduklarına dair hükümetin bir delil sunmadığını belirterek*, derneğin burs verdiği bir kişinin başka bir yasa dışı örgüte üye olduğuna dair şüphenin, başvuranların da yasadışı bir örgüte üye olma suçunu işlediği hususunda objektif bir gözlemciyi ikna etmeye uygun ve yeterli olmadığı gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir. Bu davada hükümet, Derneğin bazı üye ve yöneticilerinin isimlerinin Ergenekon örgütünün temel belgelerinde geçtiği gerekçesiyle yapılan işlemlerin, Sözleşme’nin 5. maddesinin 1. fıkrasına uygun olduğu yönünde iddiada bulunmuştur. Bkz. Ayşe Yüksel and Others v Turkey App no 55835/09, 55836/09 ve 55839/09, (ECHR, 31 May 2016) Para 56. Bkz. <<https://hudoc.echr.coe.int>> Erişim Tarihi 9 Kasım 2024.

Alman mevzuatı ve öğretisinde makul şüphe şeklinde adlandırılan bir şüphe derecesine rastlanmamıştır. Buna karşılık Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'nda bu şüphe derecesine arama koruma tedbiri bağlamında yer verilmiş ve tanımlanmıştır. Bu bağlamda makul şüphe, suçun ilgili kişi tarafından işlendiğine dair bir şüphe derecesi olmayıp arama yapılacak olan yerde aranacak eşyanın bulunma ihtimaline ilişkin bir şüphe derecesi olarak gösterilmiştir. Öte yandan, makul şüphe kavramına, ilgili kişinin suçu işlediğine dair bir tahmin derecesi olarak AİHS m.5'te yakalama ve tutulma (gözaltı ve tutuklama) tedbirleri ile ilgili olarak yer verilmiş ve AİHM içtihatları ile de içeriği açıklanmıştır. AİHS'e göre, makul şüphenin mevcudiyeti yakalama ve tutulmanın (gözaltı ve tutuklamanın) ön koşuludur. Makul şüphe, söz konusu kişinin, atılı suçu işlediğine dair objektif bir gözlemciyi ikna etmeye uygun olguların ve bilgilerin neden olduğu şüphedir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere Türk ve Alman mevzuatında tutuklama koruma tedbirinin uygulanabilmesi için kuvvetli suç şüphesinin mevcudiyeti şart koşulmuştur. Bu koşul Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı ile makul şüphe şeklinde adlandırılarak tarifi yapılmıştır.

Sonuç olarak, suçun işlendiğine dair şüphe dereceleri, basit şüphe, yeterli şüphe ve kuvvetli şüphe olarak tasnif edilebilir.

Soruşturmanın başlaması suçun işlendiğine dair basit şüphe koşuluna, iddianamenin düzenlenmesi suçun işlendiğine dair yeterli şüphe koşuluna, soruşturma ve kovuşturma evrelerinde koruma tedbirlerine başvurulması ise kural olarak suçun işlendiğine dair kuvvetli suç şüphesi koşuluna bağlanmıştır.

Tutuklama koruma tedbirinde “kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgulardan” (CMK m.100), adli kontrol koruma tedbirinde tutuklamanın yerine dendiğinden bu tedbir bakımından da “kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgulardan” (CMK m.109), taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma tedbirinde “soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair kuvvetli şüphe sebebi bulunan hallerden” (CMK m.128), şirket yönetimi için kayyım tayini tedbirinde “suçun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığından” (CMK m.133), iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirinde “suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığından” (CMK m.135), gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinde “suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunmasından” (CMK m.139), teknik araçlarla izleme tedbirinde “suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebepleri bulunmasından” (CMK m.140) söz edilmektedir.

Yakalama tedbirine kolluk ve vatandaşlar tarafından suçüstü halinde başvurulabilmektedir. Kolluğa ayrıca tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren hallerde fiili yakalama yapma yetkisi verilmiştir (CMK m.90). CMK m.91'e göre, “soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir”. Bu hükümlere göre, kolluğa, suçüstü ve tutuklamanın suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphe koşulunun gerçekleşmesi hallerinde yakalama yetkisi tanınmıştır. Ayrıca, soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında da yakalama emri düzenlenmesi mümkün olduğundan kolluğun basit suç şüphesi

ile yakalama yapabileceği düşünülebilir. Sonuç olarak, suçüstü halinde ve tutuklamanın koşullarının dosya kapsamından anlaşıldığı hallerde kolluğun yakalama yetkisinin dayanağı olarak kuvvetli şüphe derecesinin arandığı, ancak şüphelinin ifade için yapılan davete uymaması nedeniyle kolluğun yakalama yetkisinin dayanağı olarak basit şüphe derecesinin de kabul edildiği söylenebilir.

Fiili yakalamanın sonucu gözaltı koruma tedbiridir. Gözaltı kural olarak yukarıda ifade edilen yakalamayı takip ettiği için gözaltına ilişkin şüphe derecesinin, yakalamaya ilişkin şüphe derecesi olduğu düşünülebilir. CMK m.91/2'ye göre "gözaltına alma, bu tedbirin soruşturma yönünden zorunlu olmasına ve kişinin bir suçu işlediğini düşündürecek emarelerin varlığına bağlıdır" denilmek suretiyle gözaltı tedbiri bakımından şüphe derecesi netleştirilmiştir.

Arama ve basit elkoyma tedbirlerinin (CMK m.116-127) uygulanabilmesi için suçun işlendiğine dair bir şüphe derecesi öngörülmemiştir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere makul şüphe derecesi aranan eşyanın aranacak yerde bulunmasına ilişkin bir şüphe derecesidir. Bu tedbirlerin uygulanması bir ceza soruşturmasının başlamasını gerekli kıldığından arama ve elkoymanın suçun işlendiğine dair basit şüphe derecesi ile başlayan ceza soruşturması kapsamında uygulanan tedbirler olduğunu söylemek mümkündür.

Türk ceza muhakemesi hukukunda yukarıda belirtilen belirli tedbirler bakımından hükümde açıkça kuvvetli suç şüphesi, yakalama bakımından dolaylı olarak kısmen kuvvetli suç şüphesi kısmen de başlangıç şüphesi, gözaltı bakımından ise suçun işlendiğini düşündüren emarelerin varlığı şüphe derecesi olarak gösterilmiştir. Arama ve el koyma tedbirleri bakımından özel bir şüphe derecesi belirtilmemiştir.

Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre, ceza muhakemesinde basit şüphe, yeterli şüphe ve kuvvetli şüphe derecelerinin net olduğu, ancak yakalama, gözaltı, arama ve elkoyma koruma tedbirleri bakımından suç şüphesi derecelerinin muallak olduğu söylenebilir.

Belirtelim ki, suç şüphesi derecelerinin objektif kriterleri bulunmamaktadır. Özellikle Türk uygulamasında suçun ciddiyeti, kamuoyunun ve tarafların baskısı, siyasi ve sosyal çalkantılar gibi nedenlerle şüphe dereceleri konusunda karar verilmekte ve muhakeme işlemleri yapılmaktadır. Bu nedenle kanaatimizce, şüphe derecesine ilişkin koşulu gerektiren muhakeme işlemlerinde, özellikle koruma tedbirleri bakımından bütün koruma tedbirlerinde geçerli olacak ve tedbire karar verecek olan makamın sabit olay ve olguları objektif bir üçüncü şahıs gibi değerlendirmesini empoze edecek tek bir şüphe derecesinin kabul edilmesi gerekir. Bu şüphe derecesi nasıl adlandırılırsa adlansın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarında gelişen kriter ışığında şekillendirilmelidir. En önemli husus şüphenin kaynağı olan sabit, somut olayların gösterilebiliyor ve sabit olaylarla şüphe arasındaki bağın dosyayı inceleyen üçüncü şahıs tarafından kurulabiliyor olmasıdır.

KAYNAKÇA

- Ambos K, *Dölling/Duttge/König/Rössner Gesamtes Strafrecht* (5. Auflage, Nomos 2022).
- Beulke W ve Swoboda S, *Strafprozessrecht* (16. Auflage, CF Müller 2022).
- Bierschenk L, Koranyi J ve Weikinger S, *Strafprozessrecht* (2. Auflage, Kohlhammer 2023).
- Bröckers B, *Dölling/Duttge/König/Rössner Gesamtes Strafrecht* (5. Auflage, Nomos 2022).
- Centel N ve Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (21. Baskı, Beta 2022).
- Doğan R, 'AİHM Kararları Işığında Tutuklama Tedbirinin Hukuka Uygunluğunun Denetimi' (2021 155) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 1-50.
- Dülger MV ve Taşkın ŞC, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Seçkin 2023).
- Eroğlu Erman F, 'Örgütlü Suçlarda Yargılama Sistemi' (Doktora Tezi, Yeditepe Üniversitesi 2016).
- Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (8. Baskı, Adalet 2024).
- Hoven E, 'Die Grenzen des Anfangsverdachts – Gedanken zum Fall Edathy' (2014) NSTZ 361-367.
- Jahn M, 'Strafprozessrecht Begründung der Beschuldigteneigenschaft' (2007) JuS 962-964.
- Karakehya H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (5. Baskı, Nisan Kitabevi 2023).
- Kindhäuser U ve Schumann KH, *Strafprozessrecht* (6. Auflage, Nomos 2022).
- Kunter N, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (9. Baskı, Beta 1989).
- Laue C, *Dölling/Duttge/König/Rössner Gesamtes Strafrecht* (5. Auflage, Nomos 2022).
- Meyer-Goßner L ve Schmitt B, *Strafprozessordnung* (59. Auflage, CH Beck 2016).
- Mitsch W, 'Beschuldigtenstatus und Belehrungspflicht' (2008) NSTZ 49-50.
- Ostendorf H ve Brüning J, *Strafprozessrecht* (4. Auflage, Nomos 2021).
- Özbek VÖ, *Polis Hukuku, İnternet Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Temel Haklara Müdahaleler ve Hukuka Aykırı Müdahalelere Karşı Korunma Çareleri* (2. Baskı, Seçkin 2023).
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (16. Baskı, Seçkin 2023).
- Özen M, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku* (6. Baskı, Adalet 2023).
- Öztürk B, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (17. Baskı, Seçkin 2023).
- Roxin C ve Schünemann B, *Strafverfahrensrecht* (30. Auflage, CH Beck 2022).
- Schroeder FC ve Verrel T, *Strafprozessrecht* (8. Auflage, CH Beck 2022).
- Schroeder FC ve Verrel T, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Çev. Salih Oktar (Yetkin 2019).
- Seiler S, *Strafprozessrecht* (19. Auflage, facultas 2022).
- Şahin C ve Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (14 Baskı, Seçkin 2023).
- Toroslu N ve Feyzioğlu M, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (22. Baskı, Savaş 2023).
- Tosun Ö, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Cilt I Genel Kısım* (4. Baskı, Acar Matbaacılık 1984).
- Ünver Y ve Hakeri H, *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt II* (22. Baskı, Adalet 2024).
- Walter T, *Strafprozessrecht* (Mohr Siebeck 2020).
- Yenisey F ve Nuhoglu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (11. Baskı, Seçkin 2023).
- Yenisey F, Oktar S ve Oktar A, *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu* (3. Baskı, Beta 2020).
- Yurtcan E, *Ceza Yargılaması Hukuku* (11. Baskı, Vedat 2005).

Madencilik Faaliyetlerinde Halkın Katılımı: Sürdürülebilir Kalkınma ve Kanada Maden Hukuku Perspektifi

Public Participation In Mining Activities: A Sustainable Development And Canadian Mining Law Perspective

Gül ÜSTÜN* 

ÖZ

Madencilik, ekonomik kalkınmaya önemli katkılar sağlarken, çevresel etkileri ve yerel toplulukları nasıl etkilediği konularında endişelere neden olmaktadır. Bu bağlamda, sürdürülebilir kalkınmanın sağlanması için madencilik faaliyetlerinin doğru bir şekilde yönetilmesi gerekmektedir. Halkın katılımı, madencilik faaliyetlerinin düzenlenmesinde demokratik değerlere dayalı bir zemin oluşturabilir. Yerel toplulukların madencilik projelerine dahil olması, endişelerini paylaşımlarına olanak tanıyarak çözümlere katkı sağlar. Bu katılımın sağlanması sürdürülebilir kalkınma hedeflerinin sağlanmasına ve maden faaliyetinin sürdürülebilirliğinin sağlanmasına yardımcı olacaktır.

Madencilik sektöründe önemli bir yere sahip Kanada uygulamasında, çevresel etki değerlendirmesi haricinde katılım ilkesi dikkate alınmakta olup, özellikle Britanya Kolombiyası Yüksek Mahkemesinin 2023 yılında tesis ettiği karar bu konuda referans alınacak niteliktedir.

Anahtar Kelimeler: Maden Hukuku, Halkın Katılımı, Sürdürülebilir Kalkınma, Sürdürülebilir Madencilik, Kanada Maden Hukuku.

ABSTRACT

While mining contributes significantly to economic development, it raises concerns about its environmental impacts and impacts on local communities. In this context, proper management of mining activities is essential to ensure sustainable development. Public participation can provide a democratic basis for the regulation of mining activities. Involving local communities in mining projects provides an opportunity for them to voice their concerns and contribute to solutions. Ensuring such participation will contribute to achieving sustainable development goals and maintaining the sustainability of mining operations.

In the Canadian context, which has an important place in the mining sector, the principle of public participation is taken into account not only in environmental impact assessments but also in other stages of mining activity. In particular, the decision of the Supreme Court of British Columbia in 2023 constitutes an important reference in this regard.

Keywords: Mining Law, Public Participation, Sustainable Development, Sustainable Mining, Canadian Mining Law.

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5081-1771>.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Gül ÜSTÜN

E-posta/E-mail: gul.ustun@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 30.10.2024

Kabul Tarihi/Accepted: 09.11.2024

GİRİŞ

Madencilik, ekonomik kalkınmaya önemli katkılar sağlarken, beraberinde çevresel ve sosyal sorumlulukları da getirmektedir. Çalışmamız kapsamında ise, halkın katılımının bu denkleme nasıl entegre edilebileceği, böylelikle madencilik sektörünün sürdürülebilirlik perspektifinden değerlendirilmesi hedeflenmektedir.

Madencilik faaliyetlerinin düzenlenmesinde halkın katılımı, demokratik değerlere ve sürdürülebilirlik ilkelerine dayalı bir zemin oluşturabilir. Bu süreç, yerel toplulukların madencilik projelerine dahil olmalarını sağlamak, endişelerini paylaşımlarına ve çözümlere katkıda bulunmalarına fırsat tanımaktadır. Kaldı ki, sürdürülebilir kalkınma ile ilgili uluslararası metinler dikkate alındığında halkın katılımının sağlanmasının bir Devlet yükümlülüğü olduğunu öngörmek mümkündür. Keza, çalışmamızda madencilik sektöründe Devletin bu yükümlülüğüne ilişkin – madencilik alanında Dünyada önemli bir yere sahip olan-Kanada Hukuku uygulamaları referans alınarak değerlendirme yapılacaktır.

I. SÜRDÜRÜLEBİLİR KALKINMADA MADENCİLİĞİN YERİ

Madenlerin, endüstri için ham madde ve enerji kaynağı olarak hayati öneme sahip oldukları, günlük kullanımımızda da kayda değer bir yere sahip olduğu muhakkaktır. Madenciliğin ülke ekonomisine katkısının da büyük olduğu bilinmektedir¹. Örneğin Amerika'da sadece 2021 yılında, 459.000 iş olanağının doğrudan olarak maden sektöründe sağlandığı, 800.000 madencilik faaliyetini destekleyici (dolaylı) iş olanağının sağlandığı, yurt içi ve yurt dışı yatırımlarla Devletin büyük gelir elde ettiği belirtilmektedir². Kanada' da ise, yine aynı yıl, madenciliğin ekonomiye doğrudan katkısı 91 milyar Kanada Doları iken, dolaylı katkısı 33 milyar Kanada Doları olmuştur³. Ülkemiz açısından ise, gayri safi yurtiçi hasılat bakımından üretim ve istihdamla birlikte, "...2009 yılında 11 milyar TL'nin üzerinde katkı sağlarken 2019 yılına gelindiğinde bu değer 4 kat artarak 46,7 milyar TL üzerine çıkmıştır. 2020 yılında ise 59,2 milyar TL ile bir önceki yıla oranla %23 seviyesinde artış gözlemlenmiştir. Aynı dönemde madenciliğin GSYH içindeki payı %1,12 den %1,17 seviyesine yükselmiştir..."⁴.

Ancak bu faydalarının yanı sıra, maden işletmeciliğinin, özellikle, kaynağından özünü çıkarma süreçlerinde jeolojik ve ekolojik olarak çevreye zarar veren bir faaliyet olduğu bilinmektedir. Bu olumsuz etkiler, yerel ve merkezi otoritelerin gündeminde yer almışken, yatırımcılar, vatandaşlar

- 1 Sisi Que, Liang Wang, Kwame Awuah Offei, Yao Chen and Wei Yang 'The Status of The Local Community in Mining Sustainable Development beyond the Triple Bottom Line' (2018) 10 (6) Sustainability <<https://www.mdpi.com/2071-1050/10/6/1749#:~:text=The%20triple%20bottom%20line%20allows,sustainable%20from%20a%20community's%20perspective>> accessed 5 January 2024.
- 2 *The Economic Contributions of U.S. Mining 2021*, E-1 <<https://nma.org/wp-content/uploads/2021/02/Economic-Contributions-of-Mining-in-2021.pdf>> accessed 7 January 2024.
- 3 <<https://natural-resources.canada.ca/our-natural-resources/minerals-mining/mining-data-statistics-and-analysis/minerals-and-the-economy/20529>> accessed 7 January 2024.
- 4 *Türkiye Madencilik Sektörü Gelişim Raporu 2020* 69 <<https://enerji.gov.tr/Media/Dizin/TKDB/tr/Belgeler/TMSGR2020.pdf>> Erişim Tarihi 12 Ocak 2024.

ve sivil toplum örgütleri bu etkilerin muhatabı olmuştur. Dolayısıyla, hükümet politikalarının rolü, çevresel etkiler, yerel halk üzerindeki etkiler, sosyal sorumluluk ve maden işletme faaliyetinin ekonomik kalkınmadaki rolü, madencilik faaliyeti kapsamında tartışılan başlıklar olmuştur⁵. Keza bu kapsamda özellikle son yıllarda, sürdürülebilir kalkınma anlayışının tüm dünyada egemen olmasıyla madenciliğin çevresel zararlarının azaltılması hedeflenmiştir⁶. Sürdürülebilir kalkınma hedeflerini ortaya koyan yasal metinlerden biri olan Çevre ve Gelişim Hakkında Rio Deklarasyonunun 10. maddesinde⁷, çevresel konuların bütün vatandaşların katılımıyla idare edilebileceği ifade edilerek, çevresel zararların azaltılmasında katılımın önemi ortaya konulmuştur.

Sürdürülebilir kalkınma, çevresel, ekonomik ve sosyal uzlaşmayı sağlama anlayışı olduğundan, çevresel zararların azaltılması hatta ortadan kaldırılması yönündeki çevresel amacın yanı sıra, halkın katılımının sağlanması sosyal uzlaşma amacı bakımından da önem arz etmektedir⁸. Nitekim, madencilik faaliyetlerinde de halkın katılımının sağlanması hem sürdürülebilir kalkınma bakımından hem de madenlerin sürdürülebilirliği bakımından muhakkak ki elzemdir. Bir kararın uygulanabilmesi o karara bireylerin direnmemesiyle mümkün olduğu gibi, toplumun direnmemesi için de o karara bireylerin doğrudan ya da dolaylı katılımı gerekmektedir⁹. Halkın katılımının sağlandığı bir maden projesinin de sürdürülebilir olacağı muhakkaktır¹⁰. Devlet veya yatırımcı katılımının sağlanması halinde olası muhalefeti öğrenerek, başka alternatifler değerlendirerek bir çözüm sağlayacak, stratejik önlemler geliştirebilecektir¹¹. Bireyler de madencilik faaliyetinin sürdürülebilir kalkınma ve iklim değişikliğiyle mücadelede önemli bir rol oynadığı, fosil yakıt tüketiminin azaltılması veya bitirilmesi konusunda önemli bir kaynak olduğu¹² gibi etkenleri öğrenerek önyargılarını kaldırabilecektir.

II. MADENCİLİK FAALİYETLERİNDE HALKIN KATILIMI

Madencilik faaliyetlerinde, halkın katılımı genellikle, çevre sağlığı ve bütünlüğü ile ekonomik ve sosyal kalkınmanın dengelenmesi gerekliliğinin ortaya konulduğu çevresel etki değerlendirilmesi

5 Maja Due Kadenic, 'Socioeconomic Value Creation And The Role Of Local Participation In Large-Scale Mining Projects In The Arctic' (2015) (2) *The Extractive Industries and Society* 562, 562.

6 Que, Wang, Awuah-Offei, Chen and Yang (n 1).

7 Metnin tamamı için bkz.

<https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.151_26_Vol.I_Declaration.pdf> accessed 5 January 2024.

8 Frans HJM Coenen, *Public Participation and Better Environmental Decisions* (Springer Dordrecht 2008) 2.

9 Mehmet Çakılıoğlu ve Ömer Faruk Cebeci, 'Kentin Çöküntü Alanlarında Uygulamada Yetersiz Kalan İmar Planlarının Yerine Alternatif Planlama Süreçleri', *Kentsel Dönüşüm Sempozyumu Bildiriler, TMMOB İstanbul Şubesi 11-13 Haziran 2003 Yıldız Teknik Üniversitesi Oditoryumu, (İstanbul: YTÜ Basım Yayın Merkezi 2003) 295, 296.*

10 Örneğin, su kirliliğinin diğer çevre kirliliklerine göre halk tarafından daha önemli bulunması durumunda, su kirliliğini önleyici tedbirlere daha fazla harcama yapılabilecek böylelikle projenin yürütülebilmesi konusunda halk engeli azaltılabilecek/ortadan kaldırılabilir. Que, Wang, Awuah-Offei, Chen and Yang (n 1).

11 Coenen, halkın katılımının sağlanması halinde Devletin sorunları ve sebepleri öğrenerek alternatif stratejik seçenekler geliştirmesinin mümkün olduğunu ifade etmektedir. Coenen (n 8) 2.

12 Bu konuda bkz. <<https://madencilikturkiye.com/yenilenebilir-enerji-kaynaklarina-yonelim-madencilik-sektorunun-onemini-arttirdi/>> Erişim Tarihi 14 Ocak 2024; <<https://www.cbc.ca/amp/1.7082260>> accessed 14 January 2024.

aşamasında sağlanmaktadır¹³. Ancak, çevresel etki değerlendirmesi haricinde de, madencilik alanında birlikte karar alma mekanizması kurulması, maden ruhsat sahibinin halkın tercihlerini dikkate alması hatta sosyal-ekonomik-çevresel boyutta (yani sürdürülebilir kalkınma boyutuyla) bir anlaşma zemini sağlanması arzu edilmektedir¹⁴.

Bu kapsamda örneğin, Güney Afrika'da, maden kaynaklarını konu alan yasal düzenlemede, maden hakkına ilişkin başvurularda kamuoyuna danışılacağı ifade edilmiş, Avustralya'da da kıyıda uzakta maden çıkarılması ve işletilmesini konu alan yasal düzenlemede, kamuoyuna danışmanın zorunlu olduğu, madencilik başvurusunda bulunan kişinin başvurudan sonra (revize halinde revizeden sonra) 14 gün içinde ulusal bir gazetede vereceği detaylı bir ilanla bu süreci yürütmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁵.

Ülkemizde ise madencilik mevzuatında çevresel etki değerlendirmesi sürecine gönderme yapılarak halkın katılımı sağlanmakta olup¹⁶, maden ruhsat ve izinlerine ilişkin takip edilmesi gereken diğer süreçlerde ise bu yönde bir yükümlülük öngörülmemiştir. Örneğin, Maden Kanununda; Kanunun 3. maddesinde *“Bir cevher kaynağının ekonomik olarak işletilebilirliğini göstermek amacıyla jeolojik, madencilik, metalürjik, ekonomik, pazarlama, yasal, çevresel, sosyal ve mali etkenlerin önerilen maden projesinde yeterli ayrıntıda incelendiği kapsamlı rapor”* olarak tanımlanan fizibilite raporunun en azından “sosyal etken” kısmının doğru analizi bakımından halkın katılımını öngören bir düzenleme yer almamaktadır. Keza, Kanunun 7. Maddesinde yer alan, *“Madencilik faaliyetlerinin yapılması ve ruhsatlandırma işlemlerinin yürütülmesi ile ilgili olarak yeni verilecek ruhsat alanlarına maden işletme yöntemi, faaliyetin yapıldığı bölge, madenin cinsi, yapılacak yatırımın çevresel etkileri, şehirleşme ve benzeri hususlar dikkate alınarak, temdit talepleri dahil ruhsat verilen alanlarda kazanılmış haklar korunmak kaydıyla, ilgili kurumların görüşleri alınarak Bakanlık tarafından kısıtlama getirilebilir”* hükmünün içerisinde sadece *“ilgili kurumların görüşlerine”* yer vermiştir.

Oysa ki, katılım, çevre hakkının gerçekleştirilmesindeki usuli haklardan biri¹⁷ ve aynı zamanda demokratik rejimin varlık koşuludur¹⁸. Zira, demokratik rejimin gerçekleştirilmesinin temel şartı, ilgililerin idarenin karar alma sürecine her aşamada katılmasını, onu etkileyebilme yeteneğine sahip

13 Elisabetta Menini, Anindita Chakraborty and Stephen E Roady, ‘Public Participation in Seabed Mining Areas Beyond National Jurisdiction: Lessons Learned from National Regulators in the Terrestrial Mining Sector’ (2022) 146 Marine Policy <<https://doi.org/10.1016/j.marpol.2022.105308>> accessed 7 January 2024.

14 Bkz. Que, Wang, Awuah-Offei, Chen and Yang (n 1).

15 Menini, Chakraborty and Roady (n 13).

16 Maden Kanununun madencilikte izinler başlıklı 7. Maddesinde çevresel etki değerlendirmesi raporuna atıfta bulunmaktadır. Çevresel etki değerlendirmesi raporunun tesis edilebilmesi için ise Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliğinin 9. Maddesi uyarınca halkın bilgilendirilmesi ve sürece katılımı toplantısı sürecinin yürütülmesi gerekmektedir.

17 İbrahim Kaboğlu, *Çevre Hakkı* (İmge Yayınevi 1996) 104; Mihriban Şengül, “Çevre Yönetimine Halk Katılımı” Yolu Olarak “Belediye Yönetimine Halk Katılımı” (2002) 11(2) Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi 25, 26.

18 Kaboğlu (17) 104. Halkın katılımının sıklıkla çevresel, bilimsel ve teknolojik konuların yönetimine yönelik demokratik bir ‘düzeltme’ olarak sunulmuştur. Anabela Carvalho, Zara Pinto-Coelho and Eunice Seixas, ‘Listening to the Public-Enacting Power: Citizen Access, Standing and Influence in Public Participation Discourses’ (2019) 5 (21) Journal of Environmental Policy & Planning 563, 563.

olmasını sağlayacak yasal düzenlemelerin yapılmasıdır¹⁹. Devletin halkın görüşüne başvurması, kararlara halkın katılımını sağlaması yönünde yükümlülüğünün çevresel etki değerlendirmesi sürecinden ayrı olarak madencilik faaliyetleri bakımından da değerlendirilmesi bir gereklilik olup, bu kapsamda Britanya Kolombiyası Yüksek Mahkemesinin Gitxaala-Britanya Kolombiyası, 2023 BCSC 1680 Kararında²⁰ belirtilen ilkelerin referans olarak alınması mümkündür.

III. KANADA'DA MADENCİLİK FAALİYETLERİNDE KATILIM

Kanada'da serbest madencilik sistemi (*free mining system*) mevcut olup²¹, yer üstü ve yer altı mülkiyeti ayrı ayrı değerlendirilmektedir. Toprağın üst kısmına malik olan yer altı kısmına sahip olmamakta, yer altı kısmı doğrudan kraliyete ait olmaktadır²². Maden arama faaliyeti için izin belgesine sahip olan kişiler tarafından serbest bir şekilde arama faaliyeti yürütülmekte olup, işletme faaliyetinin yürütülmesi için ülkemizdekine benzer şekilde izin ve ruhsat süreci yürütülmektedir²³. Kanada'da kendilerinden önce Kuzey Amerika'da yaşayan milletlere/topluluklara danışılması, onların mülkiyetlerini, kültürlerini etkileyen konularda kararlara ilişkin görüşlerinin sorulması kraliyetin bir – Anayasal – yükümlülüğü olarak öngörülmektedir²⁴. Bu yükümlülük madencilğe ilişkin yasal düzenlemelerde zikredilmese de²⁵, Anayasal bir yükümlülük olmasından ötürü madencilik faaliyetlerinde de yerine getirilmesi gerekmektedir. Yani, söz konusu toplulukların haklarının etkileneceği maden ruhsat, izin, işletme faaliyeti vs. gibi süreçlerde kendilerine danışılması gerekmektedir²⁶. Ancak, serbest madencilik sistemi gereği, arama faaliyetleri için danışılma yükümlülüğü mevcut değildir. Bu yükümlülüğün mevcut olmayışı, The Gitxaala ve Ehattesaht toplulukları tarafından Britanya Kolombiyası Yüksek Mahkemesi önüne getirilmiştir.

19 İl Han Özay, *Güneşinde Yönetim* (Filiz Kitabevi 2004) 15, dn.28.

20 <<https://www.canlii.org/en/bc/bcsc/doc/2023/2023bcsc1680/2023bcsc1680.html>> (23.09.2023) accessed 29 September 2024.

21 Dwight Newman, *Mining Law of Canada* (LexisNexis 2018) 79 vd.

22 Elbette ki, Kanada'daki yer yüzü ve yer altı mülkiyetinin bu kadar kısaca anlatılması mümkün olmayıp, konu sadece çalışmamız kapsamında ele alınan Mahkeme kararının rahat anlaşılabilmesi amacıyla genel bir bilgi olarak verilmektedir. Nitekim, istisnai olsa da yer altının özel hukuk kişilerine ait olduğu istisnai durumlar mevcuttur. Kanada'daki yer altı ve yer üstü mülkiyeti hakkında detaylı bilgi için bkz. Douglas C. Harris, Jeremy De Beer, Tenille E. Brown and Patricia L. Farnese, *A Property Law Reader: Cases, Questions, And Commentary* (Thomson Reuters 2022) 181 vd.

23 Keza, Kanada' daki madencilik faaliyetinin süreci çalışmamız kapsamında istisna ve detaylarına girilmeden öz bilgi olarak verilmiştir.

24 "Indigenous people" veya "Aborgins" olarak isimlendirilen bu topluluklara ilişkin yükümlülükler, bu toplulukların hakları, bu konulara ilişkin sözleşmeler ayrıca bir hukuk dalı olarak mevcut olup, hukuk fakültelerinde ayrı bir ders olarak okutulmakta hatta bazı hukuk derslerinin içinde ayrı bir başlık olarak yer almaktadır. Elbette ki, tüm bu yükümlülüklerin diğer bir dayanağı UNDRIP (*United Nations Declaration On The Rights of Indigenous People*)' tir.

25 Madencilğe ilişkin yasal düzenlemelerin yerel insanların karar alma sürecine katılımını tek başına sağlamadığı yönündeki görüş için bkz. Christina Allard, Deborah Curran, 'Indigenous Influence and Engagement in Mining Permitting in British Columbia, Canada: Lessons for Sweden and Norway?' (2023) 72 *Environmental Management* 1, 5 <<https://doi.org/10.1007/s00267.021.01536-0>> accessed 5 January 2024.

26 Madencilik faaliyetlerinde söz konusu topluluklara danışılması yükümlülüğü hakkında detaylı bilgi için bkz. Newman (n 21) 34-38.

Yüksek Mahkemenin Gitxaala-Britanya Kolombiyası 2023 BCSC 1680 Kararında , danışma yükümlülüğünün zincirleme bir yükümlülük olduğu, kültürel ve tarihi değerler üzerinde etki doğuracak faaliyetlerde, sahip olunan taşınmazların yürütülen faaliyet nedeniyle değer kaybına uğraması durumunda, taşınmazların mülkiyetinin veya üzerindeki başkaca hakların transferi durumunda²⁷, mevcut taşınmazların yürütülen faaliyet nedeniyle satışın imkansız hale gelmesi veya değer kaybına uğraması halinde danışma yükümlülüğünün bulunduğu ifade edilmiştir. Kararda bu yükümlülüğü öngören bir sistemin geliştirilmesi gerekliliği ifade edilerek, yine bu gerekliliğin katılımcı bir şekilde sağlanması, maden endüstrisi ile ilk toplulukların görüşlerinin alınarak on sekiz aylık bir süre içerisinde katılımcı bir maden rejimi dizayn edilmesi yönünde hüküm tesis edilmiştir²⁸.

Söz konusu karar, Kuzey Amerika'daki ilk topluluklar bakımından değerlendirme yapmakta ise de, bu kararın muhatabından bağımsız olarak değerlendirilmesi, niteliksel değerlendirilmesi dikkate alınmalıdır. Kararın, sürdürülebilir kalkınma, sosyal uzlaşma ve halkın katılımının sağlanması bakımından, kamunun/halkın katılımının özellikle hangi durumlarda sağlanması gerekliliği yönündeki vurgunun referans alınması, kararda benimsenen ilkelerin ülkemiz madencilik faaliyetlerinde de esas alınması mümkündür. Yani, madencilik faaliyetinin yürütülmesi nedeniyle kültürel-tarihi değerlerin etkilenmesi, mali ve finansal olarak kişilerin kayba uğraması muhtemel olup, çevresel etki değerlendirmesi aşaması haricinde de madencilik faaliyetlerine ilişkin diğer aşamalarda halkın katılımı sağlanmalıdır. Zira, bu tür etkilerin çevresel etki değerlendirilmesi sürecinde değerlendirilmesi mümkün olmayıp²⁹, ayrıca değerlendirilmesi, halkla birlikte ele alınması gerekmektedir. Ancak, elbette ki, söz konusu etkilerin üzerinde gerçekleşeceği kişilerin farklı farklı kişiler olabileceği, tüm bu kişilere ulaşmanın güçlükler arz edebileceği, söz konusu etkilerin farklı şekilde ölçülebileceği, mahiyetinin de farklı olabileceği düşünüldüğünde halkın katılımı için uygun olan yöntemin tercihi de mutlaka sağlanmalıdır.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Sürdürülebilir kalkınmanın sağlanması için, insanlığın ortak mirası olan madenlere ilişkin faaliyetlerde karar ve uygulama aşamalarında geniş ölçüde katılımın sağlanması bir gerekliliktir³⁰.

27 Kanımızca mülkiyetin veya başkaca bir hakkın transferi haricinde transfer ihtimalinin ortaya çıkması durumu da bir unsur olarak değerlendirilebilecektir.

28 Kararda ilk topluluklara ilişkin anayasal hükümlerin, yasal düzenlemelerin ve sözleşme hükümleri bakımından değerlendirmeler de yer almaktadır. Ancak, çalışmamız kapsamında konuyu dağıtmamak adına bahsedilen kısımlara değinilmemiştir.

Bu başlıkları da içeren genel bir değerlendirme için bkz. Don Collie, Alan Monk, Josh Jantzi, Wally Brault, Denis Silva, Megan Filmer, R. Max Collett, Saje Gosal, Jianna Faner, 'Court Orders Consultation with First Nations Before Granting Mineral Claims in BC' <<https://www.dlapiper.com/en-ae/insights/publications/2023/10/court-orders-consultation-with-first-nations-before-granting-mineral-claims-in-bc>> (02.10.2023) accessed 14 January 2024.

29 Allard and Curran (n 25) 9.

30 Elbette ki toplantı, anket, kamuoyu yoklaması, veto etme yetkisi tanınması gibi farklı katılım türleri benimsenmesi mümkün olup, kullanılan yöntemin ve yürütülecek sürecin, katılımın sağlanacağı yer ve katılımı sağlanacak topluluğa göre belirlenmesi gerekmektedir.

Örneğin, "Danıştay 6. Dairesi tarafından; "...projelerin özellikle kırsal bölgelerde yapıldığı dikkate alındığında, burada yaşayanların yaşam koşulları itibarıyla sadece internette ve il müdürlüğünde yapılan bir ilanla projeden haberdar olmasını

Benzer şekilde, okyanusların sadece o okyanusa kıyısı olan ülkeye ait olmadığı, insanlığın ortak mirası olduğu göz önünde bulundurulması gerekmekte olduğundan denizlerin/okyanusların korunması amacıyla Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi (*International Seabed Authority-ISA*) kurulmuştur³¹. ISA, bu kapsamda deniz yataklarında yürütülecek madencilik faaliyetlerinde kamuya danışmaya önem vermekte ve bu danışmayı ikiye ayırmaktadır: birincisi ISA'nın organlarının toplantılarında ve inceleme/değerlendirme süreçlerinde, ikincisi maden kaynaklarının idaresine ilişkin kurallar ve düzenlemeler yapılması süreçlerinde kamunun görüşünün dikkate alınmasının sağlanmasıdır³².

ISA tarafından kabul edilen bu katılım şekillerinin Türk Hukukunda madencilik faaliyetleri bakımından da değerlendirilmesi mümkündür. Maden izinleri, ruhsatları ve çevresel etki değerlendirmesi süreçlerinde doğrudan bir katılım sağlanması yani, halk toplantıları yapılması, teknolojik imkanlardan yararlanarak plan ve projelerin ilan edilmesi ve Internet üzerinden kamuoyu yoklaması yapılması gibi yöntemlerle halkın katılımının sağlanması mümkündür. Örneğin ISA, Çevresel Etki Değerlendirmesi, Çevresel İzleme ve İşletme Planlaması ve Maden Faaliyetinin Sona Erdirilmesi planlarına ilişkin olarak, web sayfasında ilgili dokümanların paylaşımını yapmakta ve ilgililerin gönüllü bir şekilde yaptıkları yorumları dikkate almakta, cevaplamaktadır³³.

Ancak, toplumun her kesiminin aynı bilgi ve deneyime sahip olmadığı, teknik kavramlardan uzak olabileceği, en azından bir kısmının kalkınma-çevre dengesinin korunması gerekliliği konusunda teknik, sosyal ve detaylı bilgiye ihtiyaç duyabileceği düşünüldüğünde halkın gerekli konularda aydınlatılması ve uzmanlar yardımı ile toplantıların gerçekleştirilerek görüşlerin temin edilmesi daha yerinde olacaktır. Bu şekilde yürütülen bir süreç, madencilik faaliyetinin benimsenmesini sağlayacak, sosyal adalet ve barışı temin ederek, sürdürülebilir kalkınmanın gerçekleşmesine yardım edecektir.

Madencilik faaliyetlerine ilişkin yasal düzenlemelere ilişkin olarak da halkın görüşlerini de temin etmek mümkündür. Artık günümüzde bilgiye ulaşma, teknolojik gelişmelerle görüş ve yorumların temini hatta cevaplandırılması kolay ve fazlaca vakit almadığından, bu yönde bir katılımın rahatlıkla sağlanması mümkün görünmektedir.

Madencilikte halkın katılımının sağlanması bakımından dikkat edilmesi gereken diğer bir unsur da, Britanya Kolombiyası Yüksek Mahkemesinin kararından da anlaşılabacağı üzere, katılımı hedeflenen

beklemenin gerçekçi olmadığı, dolayısıyla halkın ÇED sürecine etkin bir şekilde katılımının sağlanması amacıyla askıda ilanın hem valilik, kaymakamlık hem de muhtarlık binasında yapılması gerektiği, dava konusu düzenlemenin ise bu haliyle çevrenin korunması, sürdürülebilir çevre ve katılım ilkeleri ile kamu yararı ile bağdaşmadığı... ve *"...ÇED sürecinin şeffaflı yürütülebilmesi ve çevre hukukunun temel ilkelerinden olan katılım ilkesinin tam olarak sağlanabilmesi amacıyla projeye ilgili başvuru yapılmasından itibaren tüm sürecin, Yönetmeliğin ilanla ilgili diğer maddelerinde olduğu gibi, hem internette hem de anons veya askıda ilan ile duyurulması gerektiği..."*yönünde hüküm tesis edilmiştir. <<https://dogadernegi.org/danistay-cevresel-etki-degerlendirme-yonetmeliginde-halkin-katilimini-zorlastiran-maddelerin-yurutmesini-durdurdu/>> Erişim Tarihi 12 Ocak 2024.

31 Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Serap Gülbicim, 'Uluslararası Deniz Yatağı ve Otoritesi' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2022) 63 vd. <<https://dergiler.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/86589/756498.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Erişim Tarihi 7 Ocak 2024.

32 Menini, Chakraborty and Roady (n 13).

33 Menini, Chakraborty and Roady (n 13).

kişilerin sadece faaliyete konu yerde yaşayan kişilerin değil, faaliyet konusu yerle sadece ikamet bağı değil manevi bağı bulunan kişilerin kararlara katılımının sağlanması gerekliliğidir. Örneğin, halihazırda madencilik konusu alanda ikamet etmemekle veya bu alanda taşınmazı bulunmamakla birlikte, "...köyünün çocuğu olma", "...ilçesinde yıllarca hizmet etmiş olma" veya bu alanda belirli bir geleneğin yaşatılıyor olması durumları dikkate alındığında bu kişilere de karar tesis süreçlerinde söz hakkı verilmesi gerekmektedir. Ancak, elbette ki bu kişileri bulmak, tebligat yapmak güç olup, aslında biraz muğlak ve sübjektif kıstaslardan bahsediliyor oluşu katılımın tarafını – kesin olarak – tespit etmeyi imkansız kılmaktadır. Kaldı ki, özellikle kültürel değerler mevzu bahis olduğunda neredeyse tüm vatandaşların, tüm yerleşik kişilerin söz hakkı sahibi olduğundan bahsetmek olanaklıdır. Bu durumda belki de en iyi çözüm halkın katılımının ikili bir ayrımla sağlanmasıdır: Madencilik faaliyetine konu alanda ikamet eden veya faaliyet gösteren kişilerinin, taşınmazları değer kaybına uğrayan kişilerin, toplantılara katılma, bilgiye yüz yüze ulaşma yöntemlerine muhatap olmasının zorunlu olarak sağlanması, başkaca yöntemlerin tercihe bağlı kullanılması iken, diğer kişilerin teknoloji kullanılarak İnternet üzerinden genel kamuoyu yoklaması, E-Devlet anketleri, yine E-Devlet üzerinden bilgilendirilmelerinin sağlanması gibi yöntemlerle katılımının sağlanması düşünülebilecek yöntemlerdir.

Nitekim Britanya Kolombiyası Yüksek Mahkemesinin de belirttiği üzere, Devlete düşen görev geniş ölçüde katılımın sağlanması ve bu görevin yasal düzenlemeye konu edilmesi olup, hangi yöntemlerle bu yükümlülüğün yerine getireceği takdir yetkisi kapsamında yer almaktadır.

KAYNAKÇA

- Allard C and Curran D, 'Indigenous Influence and Engagement in Mining Permitting in British Columbia, Canada: Lessons for Sweden and Norway?' (2023) 72 Environmental Management 1-18 <<https://doi.org/10.1007/s00267-021-01536-0>>
- Coenen F.H.J.M, *Public Participation and Better Environmental Decisions* (Springer Dordrecht 2008).
- Collie D, Monk A, Jantzi J, Braul W, Silva D, Filmer M, Collett R.M., Gosal S and Faner J , 'Court Orders Consultation with First Nations Before Granting Mineral Claims in BC' <<https://www.dlapiper.com/en-ae/insights/publications/2023/10/court-orders-consultation-with-first-nations-before-granting-mineral-claims-in-bc>>
- Çakılcıoğlu M ve Cebeci ÖF, 'Kentin Çöküntü Alanlarında Uygulamada Yetersiz Kalan İmar Planlarının Yerine Alternatif Planlama Süreçleri', *Kentsel Dönüşüm Sempozyumu Bildiriler*, TMMOB İstanbul Şubesi 11-13 Haziran 2003 Yıldız Teknik Üniversitesi Oditoryumu, (İstanbul: YTÜ Basım Yayın Merkezi 2003) 295-300.
- Gülbiçim S, 'Uluslararası Deniz Yatağı ve Otoritesi' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2022) <<https://dergiler.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/86589/756498.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>
- Harris DC, De Beer J, Brown TE and Farnese PL, *A Property Law Reader: Cases, Questions, And Commentary* (Thomson Reuters 2022).
- Kaboğlu İ, *Çevre Hakkı* (İmge Yayınevi 1996).
- Kadenic MD, 'Socioeconomic Value Creation And The Role Of Local Participation In Large-Scale Mining Projects In The Arctic' (2015) (2) The Extractive Industries and Society 562,571.

- Menini E, Chakraborty A. and Roady S.E, 'Public Participation in Seabed Mining Areas Beyond National Jurisdiction: Lessons Learned from National Regulators in the Terrestrial Mining Sector' (2022) 146 Marine Policy <<https://doi.org/10.1016/j.marpol.2022.105308>>
- Newman D, *Mining Law of Canada* (LexisNexis 2018).
- Özay İH, *Günüşğinde Yönetim* (Filiz Kitabevi 2004).
- Que S, Wang L, Awuah-Offei K, Chen Y and Yang W, 'The Status of The Local Community in Mining Sustainable Development beyond the Triple Bottom Line' (2018) 10 (6) Sustainability <<https://www.mdpi.com/2071-1050/10/6/1749#:~:text=The%20triple%20bottom%20line%20allows,sustainable%20from%20a%20community's%20perspective>>
- Şengül M, "Çevre Yönetimine Halk Katılımı" Yolu Olarak "Belediye Yönetimine Halk Katılımı" (2002) 11(2) Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi 25-40.
- The Economic Contributions of U.S. Mining, 2021* <<https://nma.org/wp-content/uploads/2021/02/Economic-Contributions-of-Mining-in-2021.pdf>>
- Türkiye Madencilik Sektörü Gelişim Raporu 2020* <<https://enerji.gov.tr/Media/Dizin/TKDB/tr/Belgeler/TMSGR2020.pdf>>
- <<https://www.bccourts.ca/jdb-txt/sc/23/16/2023BCSC1680.htm>>
- <<https://www.cbc.ca/amp/1.7082260>>
- <<https://dogadernegi.org/danistay-cevresel-etki-degerlendirme-yonetmeliginde-halkin-katilimini-zorlastiran-maddelerin-yurutmesini-durdurdu/>>
- <<https://madencilikturkiye.com/yenilenebilir-enerji-kaynaklarina-yonelim-madencilik-sektorunun-onemini-arttirdi/>>
- <<https://natural-resources.canada.ca/our-natural-resources/minerals-mining/mining-data-statistics-and-analysis/minerals-and-the-economy/20529>>
- <https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.151_26_Vol.I_Declaration.pdf>

VERGİDE ŞEFFAFLIK GÜNDEMİNE KÜRESEL BİR BAKIŞ

A GLOBAL PERSPECTIVE ON THE TAX TRANSPARENCY AGENDA

A. Selçuk ÖZGENÇ^{*} 

ÖZ

Bu makalede, OECD tarafından başlatılan Vergilendirmede Matrahın Aşındırılması ve Karın Kaydırılması (BEPS) projesi sonrası, vergide şeffaflık açısından geline nokta, OECD tarafından yayınlanan üç güncel rapor (gayrimenkuller, gerçek faydalanıcı, kripto varlıklar) ile ele alınmakta, bu raporlardan hareketle çıkarımlarda bulunmaktadır. Çok katmanlı-terafı ve kesişenli bir özellik gösteren vergisel şeffaflık çalışmalarının hukuki açıdan ortak hassasiyet alanı vergi mükellefi bakımından özel hayatın gizliliğinin ve ticari sırrının korunmasıdır. Yeni küresel vergi düzeninin, bu alanların korunmasına yönelik kurduğu cümle ve taahhütlerin mükellef bakımından nasıl hayata geçtiğini ölçümlemek özellikle bu üç rapor açısından şimdilik zor görünmektedir. Bununla birlikte, olması gereken hukuk açısından idare ve mükellef menfaatleri arasındaki dengenin eşit olması, vergi gelirlerini artırmaya yönelik şeffaflık girişimlerinde söz konusu dengenin bir diğeri aleyhine bozulmaması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Şeffaflık, Gayrimenkullerde şeffaflık, Gerçek faydalanıcı, Kripto varlıklar

ABSTRACT

This article examines the current state of tax transparency following the OECD's BEPS initiative, with a particular focus on three recent OECD reports (concerning real estate, beneficial ownership, and crypto-assets). Based on these reports, various inferences are drawn. Tax transparency efforts, which are multilayered, multilateral, and intersectional in nature, share a common sensitivity regarding the protection of taxpayers' privacy and trade secrets. At present, it remains challenging to assess the extent to which the global tax order's commitments to safeguarding these areas are being fulfilled, particularly in light of the issues raised in these three reports. Nonetheless, from a normative legal perspective, the balance between the interests of tax administrations and taxpayers should remain equitable. Transparency initiatives aimed at enhancing tax revenues must not disrupt this balance to the detriment of either party.

Keywords: Tax Transparency, Tax Transparency on Real Estate, Beneficial Ownership, Crypto-Assets

* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0003-4173-7829.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: A. Selçuk ÖZGENÇ

E-posta/E-mail: ayhan.ozgenç@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 26.11.2024

Kabul Tarihi/Accepted: 04.12.2024

GİRİŞ

2008 sonrası küresel durgunluk ve finansal sıkışıklık, temeli 20. yüzyıl başlarına dayanan vergilendirme kurallarının işleyiş ve yapısını kaçınılmaz olarak tartışmaya açmış, dinamik ve değişkenleri çok farklı olan yeni iş modelleri, gelir elde etme ve değer yaratma kavramlarının mevcut vergilendirme kurallarına uyumlanması meselesi yüksek ses ve güçlü bir politik destekle tartışılmaya başlanmıştır. Küresel belirleyiciler, bir yandan uluslararası vergi mimarisini yine ve yeniden inşa etme çabasını sürdürürken, var olan mevcut kuralların yeni bir anlayışla ele alınması meselesi bu çalışmalara eşlik etmiştir. Bu meselelerden biri, vergide şeffaflık konusudur. Tartışma alanları birden fazla ulusal üstü yahut uluslararası yapıda oluşturulan çalışma gruplarında ele alınmakla birlikte, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD) çalışmaları uluslararası vergi hukukuna ağırlıklı yön veren bir kuruluş olarak öne çıkmaktadır.

Bu makale, şeffaflık açısından Vergilendirmede Matrahın Aşındırılması ve Karın Kaydırılması (BEPS) projesi asgari standartlarından biri olan ve tüm büyük çok uluslu işletmelerin faaliyet gösterdikleri vergisel yetki alanları arasında gelir, kâr, ödenen vergiler ve ekonomik faaliyetlerin küresel dağılımına ilişkin toplu veriler içeren rapor hazırlamalarına yönelik Ülke Bazlı Raporlamaya (Eylem 13) değil, BEPS ertesini, uluslararası vergi mimarisini geliştirmeyi, mevcut kuralları tamamlamayı hedefleyen şeffaflık çalışmaları ve bunların güncel verilerine odaklanmıştır. Bu nedenle, OECD tarafından başlatılan BEPS projesi sonrası, vergide şeffaflık açısından gelinen nokta, OECD tarafından yayınlanan üç güncel rapor (gayrimenkuller, gerçek faydalanıcı, kripto varlıklar) ile ele alınmakta, bu raporlardan hareketle çıkarımlarda bulunmaktadır.

1. GAYRİMENKULLERDE ULUSLARARASI VERGİ ŞEFFAFLIĞI

1.1. Raporun Arka Planı

Temmuz 2023'te, Hindistan G20 Başkanlığı'nın talebi üzerine OECD, gayrimenkullerde vergi şeffaflığının artırılması için bir rapor yayınlamış ve mevcut yapıyı gönüllülük esasına göre iyileştirmek için bir dizi kavramsal çözüm ortaya koymuştur¹. Rapor, vergi idarelerinin gayrimenkullerin sınır ötesi mülkiyeti (ve bundan elde edilen gelir) üzerinde sınırlı bir bilgiye sahip olduğunun altını çizmiş, aynı zamanda, dar mükelleflerin sahip olduğu gayrimenkul oranının son yıllarda artmaya devam ettiğine ilişkin tespitlerde bulunmuştur².

O tarihten bu yana, vergi idarelerinin bilgi ihtiyaçlarının anlaşılmasını, sahip oldukları bilgileri ve bu alanda artan şeffaflığı sağlamak için gereken adımları geliştirmek amacıyla OECD düzeyinde teknik çalışmalar devam etmiştir. Mevcut uluslararası araçlar, devletlerin genellikle vergisel amaçlı talep

1 OECD (2023), Enhancing International Tax Transparency on Real Estate: OECD Report to the G20 Finance Ministers and Central Bank Governors, OECD Publishing, Paris. Bkz. https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2023/07/enhancing-international-tax-transparency-on-real-estate_4567c0aa/37292361-en.pdf (Erişim: 15.08.2024)

2 Bkz. https://www.oecd.org/en/publications/strengthening-international-tax-transparency-on-real-estate-from-concept-to-reality_fa2db2a4-en.html (Erişim: 15.08.2024)

üzerine gayrimenkul bilgilerini değiştirmelerini gerektirmesine rağmen, devletler bu tür bilgilerin kullanımını ve erişimini sağlamakla yükümlü olmadığından vergi idarelerinin bu bilgilere kolayca erişiminden bahsetmek mümkün değildir. Ayrıca, gayrimenkulle ilgili kendiliğinden ve otomatik bilgi alışverişlerinin kapsamı da sınırlı bir görünüm taşımaktadır³.

Bu çerçevede rapor, gayrimenkul sahipliği bakımından şeffaflığın artırılmasını uygulamaya geçirecek yapı taşlarını ortaya koymaktadır. Bu yapı taşları, ilgili yetki alanları arasında mevcut bilgi alışverişinin en üst düzeye çıkarılmasından başlayarak, gayrimenkuller konusunda uluslararası iş birliği için güvenilir veri kaynakları oluşturmaya yönelik etkin yöntemleri ele almaktadır. Bu yapısal çözümler aynı zamanda gayrimenkullerin tüzel kişilikler veya benzeri tertipler aracılığıyla elde tutulduğu durumlarda gerçek faydalanıcı bilgilerine erişimi de sağlayacaktır⁴.

1.2. Raporun Maddi İçeriği

Genel bir bakış açısıyla raporda, gayrimenkul sahipliğine ilişkin vergi şeffaflığının artırılması amacıyla mevcut uluslararası vergi mimarisinde kısa vadede ve yapısal olarak gerçekleştirilebilecek potansiyel iyileştirmeler, üç temel husus çerçevesinde değerlendirilmektedir. Rapor, ilk olarak, ilgili ülkelerin ve özellikle de Vergi Konularında Karşılıklı İdari Yardımlaşma Sözleşmesi'ne⁵ (MAAC) katılan 150'ye yakın yetki alanının mevcut değişim açısından tam olarak yararlanmasına olanak sağlamak üzere vergi idareleri arasında gayrimenkul işlemleri, varlıkları ve gelirleri hakkında hazır bilgilerin etkin bir şekilde değişimini sağlamak için yapılması gerekenleri ele almaktadır. İkinci olarak, gayrimenkullerle ilgili bilgi değişimi için ortak durum tespiti ve raporlama gereklilikleri yoluyla eldeki bilginin tutarlılığını ve kalitesini daha da artırmaya yönelik yaklaşımları ortaya koymaktadır. Son olarak, gayrimenkul ve gerçek faydalanıcı kayıtlarındaki bilgilere vergisel amaçlı hızlı erişim için tüzel kişilikler ve benzeri tertipler yoluyla dolaylı olarak elde tutulanlar da dahil olmak üzere, gayrimenkul sahipliğinde vergi şeffaflığının sağlanmasına yönelik potansiyel bir yapısal modelin temel hususları ortaya koyulmaktadır⁶.

1.2.1. Mevcut Bilgilerin Paylaşımı

Bu mesele raporda, yetki alanlarının ihtiyaç duyduğu bilgilerin anlaşılması, otomatik ve kendiliğinden bilgi değişimi için uluslararası yasal bir zemin tasarlanması, bilgi değişimi için etkin bir operasyonel çerçeve oluşturulması başlıkları çerçevesinde ele alınmaktadır⁷.

3 İbid.

4 İbid.

5 RG: 26.11.2017, S: 30252; Anlaşmanın 2018/11790 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla, 01.07.2018 tarihi itibarıyla yürürlüğe girdiği tespit edilmiştir. RG:26/06/2018, S:30460.

6 OECD (2024), Strengthening International Tax Transparency on Real Estate – From Concept to Reality: OECD Report to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors, OECD Publishing, Paris, s.3. Bkz. https://www.oecd.org/en/publications/strengthening-international-tax-transparency-on-real-estate-from-concept-to-reality_fa2db2a4-en.html (Erişim: 15.08.2024)

7 Strengthening International Tax Transparency on Real Estate, OECD (2024), s.5.

Temmuz 2023 raporunda da vurgulandığı üzere, halihazırda vergi idareleri arasında gayrimenkullere ilişkin bilgi alışverişi, söz konusu vergi idareleri için mevcut olanlarla sınırlıdır. Halihazırda vergi idarelerinin erişimine açık olan ve bu nedenle kısa vadede potansiyel olarak paylaşılabilecek bilgilerin kapsamının daha iyi anlaşılmasını sağlamak amacıyla OECD, kısa bir süre önce gayrimenkullerin edinimi, elden çıkarılması ve elde tutulmasının yanı sıra gayrimenkullerden elde edilip tekrarlayan gelir ve gayrimenkullerin gerçek sahiplerine ilişkin bilgileri kapsayan 2024 Anketi'ni gerçekleştirmiştir⁸.

Gayrimenkullerin edinimi, elden çıkarılması ve elde tutulması ile ilgili olarak, vergi idareleri genellikle mal sahibinin adı, mal sahibinin birey olması durumunda doğum tarihi, adresi ve mülkiyet yüzdesi gibi bilgileri içeren emlak kayıtları ve devlet veri tabanları gibi bilgi havuzlarına erişebilmektedir. Bu bağlamda mevcut önemli bir sınırlama, veri havuzlarının yalnızca küçük bir kısmının vergi ikametgahı yetki alan(lar)ını ve mal sahibinin, satıcının veya satın alanın ikamet ettiği yetki alanının Vergi Kimlik Numarasını (VKN) içermesidir. Buna ek olarak, gayrimenkul bilgilerini muhafaza eden veri havuzlarının çok azı, yasal sahibin bir tüzel kişi olduğu durumlarda gerçek faydalanıcı hakkında bilgi içermektedir. Varlığın kendisi ile ilgili olarak, bilgi havuzları genellikle varlığın tapu numarası veya referansı, varlığın adresi ve gayrimenkulün türü (örneğin, ev, daire, bina, arsa, vb.) gibi ayrıntılı bilgileri içermektedir. İşlem düzeyinde, çoğu veri havuzunda işlem tarihi, edinim türü (örneğin, miras, bağış, satın alma, mülkiyetin bölünmesi, vb.) ve gayrimenkulün edinim fiyatı gibi bilgiler de yer almaktadır. Bununla birlikte, az sayıda veri havuzu, örneğin ipotek veya rehin gibi daha ayrıntılı finansal bilgileri içermektedir⁹.

Yukarıdaki bulgular ışığında, düzenli, talep üzerine veya otomatik olarak gayrimenkul edinimleri, elden çıkarılmaları ve elde tutulmaları ile tekrarlayan gayrimenkul gelirleri hakkında bilgi değişimi için koordineli bir yaklaşımın temelini oluşturabilecek ortak bir dizi bilgi ögesinin belirlenmesi mümkün görünmektedir. Bununla birlikte, bu bilgilerin sadece çok sınırlı sayıda durumda gayrimenkul sahibinin vergi ikametgahı ve vergi kimlik numarasına ilişkin bilgileri kapsayacağını belirtmek gerekir; bu da pratik bir mesele olarak, mal sahibinin vergi ikametgahının ve dolayısıyla amaçlanan alıcının ülkesi veya yetki alanın, mal sahibine ilişkin mevcut adres bilgilerinden türetilmesi gerektiği anlamına gelir¹⁰.

Devletler yahut yetki alanları, gayrimenkullerin vergilendirilmesinde elden çıkarmaya yönelik değer artış kazancı, kira gelirleri üzerinden gelir vergisi, gayrimenkul devirlerinde ise devir vergileri, veraset ve intikal vergileri dahil olmak üzere farklı yaklaşımları benimsemektedir. Sınır ötesi bağlamda, mal sahibinin vergi ikametgahının mülkün bulunduğu yetki alanından farklı olduğu durumlarda, gayrimenkulden elde edilen geliri vergilendirme hakkı, genellikle kaynak ülkeye veren/verecek olan geçerli bir ÇVÖA (Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması) ile birlikte iç hukuk tarafından belirlenir. Aynı zamanda, çoğu anlaşma çifte vergilendirmeyi önlemek için mahsup yöntemini

8 Strengthening International Tax Transparency on Real Estate, OECD (2024), s.7.

9 Strengthening International Tax Transparency on Real Estate, OECD (2024), s.8.

10 Strengthening International Tax Transparency on Real Estate, OECD (2024), s.9.

öngörmektedir. Bu nedenle, bu tür gelirlere daha yüksek vergi oranları uygulayan mal sahibinin vergi ikametgahının bulunduğu yetki alanında ek vergi ödenmesi gerekebilir¹¹.

Temmuz 2023 raporunda da vurgulandığı üzere, gayrimenkul alanında bilgi değişimi halihazırda ancak parçalı bir şekilde gerçekleşmektedir. MAAC, yaklaşık 150 katılımcı yetki bölgesi arasında talep üzerine, kendiliğinden ve otomatik olarak vergi amaçlı (gelir, servet ve veraset vergileri dahil) gayrimenkul bilgilerinin değişimini sağlamaktadır. Buna ek olarak, çok çeşitli ikili vergi anlaşması ve bilgi değişimi anlaşması, vergiyle ilgili gayrimenkul bilgilerinin paylaşılmasına izin vermektedir. Geniş kapsamlı bir uluslararası olanakların varlığına rağmen, gayrimenkul alanındaki fiili bilgi değişim uygulaması yetki bölgeleri arasında önemli farklılıklar göstermektedir¹².

Bu noktada, MAAC kapsamında Çok Taraflı Yetkili Makam Anlaşması, yetki alanlarının kendiliğinden veya otomatik olarak gayrimenkul konusunda daha yapılandırılmış bilgi değişimi başlatmasına olanak tanıyan bir hukuki araç taslağı hazırlamak için yeterli temele sahiptir. Bununla birlikte, tüm yetki alanlarının aynı ihtiyaçlara sahip olmaması ve tüm yetki alanlarının aynı bilgilere sahip olmaması nedeniyle, Çok Taraflı Yetkili Makam Anlaşması modüler bir şekilde tasarlanabilir¹³.

Ortak Raporlama Standardı ve Ülke Bazlı Raporların vergi idareleri arasında güvenli bir şekilde iletilmesini kolaylaştıran Ortak İletim Sisteminin (Common Transmission System) uygulamaya geçirilmesiyle birlikte, yetki alanlarının birbirleriyle güvenli bir şekilde gayrimenkul bilgisi değişiminde bulunmalarını sağlayan ortak bir sistem mevcuttur. Bununla birlikte, şu anda gayrimenkul işlemleri, mülkiyeti ve geliri ile ilgili bilgileri tutarlı bir şekilde yakalayan kapsamlı bir uluslararası teknik format bulunmamaktadır¹⁴.

Bu nedenle, gönderen vergi idarelerinin değişim için bilgileri verimli bir şekilde derlemelerine ve alıcı vergi idarelerinin de vergi uyum faaliyetleri amacıyla bilgileri kendi sistemlerine sorunsuz bir şekilde entegre etmelerine olanak sağlamak için yapılandırılmış ve standartlaştırılmış teknik bir formatın hayata geçirilmesi yerinde olacaktır¹⁵.

1.2.2. Bilgilerin Tutarlılığının ve Kalitesinin Artırılması

Daha önce ele alındığı üzere, mevcut çerçevede kaydedilebilecek önemli ilerlemeler vardır, ancak eksiklikler devam edecektir. Bunun başlıca nedeni, belirli bilgi kalemleri için güvenilir veri kaynaklarının bulunmaması veya bilgilerin eksiksiz, güvenilir ve güncel olmasını sağlamak için etkin durum tespiti prosedürlerinin bulunmamasıdır¹⁶.

11 Strengthening International Tax Transparency on Real Estate, OECD (2024), s.10.

12 Strengthening International Tax Transparency on Real Estate, OECD (2024), s.11.

13 Modüllerin ayrıntılı örnekleme için bkz. Strengthening International Tax Transparency on Real Estate, OECD (2024), s.14.

14 İbid.

15 Strengthening International Tax Transparency on Real Estate, OECD (2024), s.15.

16 Strengthening International Tax Transparency on Real Estate, OECD (2024), s.16.

Bu bilgi eksikliklerinin üstesinden gelmek için, alıcı ülkeler için öngörülebilir şekilde ilgili olan yüksek kaliteli ve eksiksiz bilgilerin vergi idareleri tarafından değişimine olanak sağlamayı amaçlayan ortak raporlama ve durum tespiti kurallarının geliştirilmesi düşünülebilir. Gayrimenkul edinme veya elden çıkarma işlemleriyle ilgili olarak, bu tür bilgilerin kendiliğinden değişimini desteklemek amacıyla, ilgili hizmet sağlayıcılar, özellikle noterler, avukatlar ve emlakçılar ve/veya gayrimenkul edinme ve elden çıkarma işlemlerini kaydeden devlet kayıtları üzerinde bir dizi ortak raporlama ve durum tespiti yükümlülüklerine sahip olabilir¹⁷.

1.2.3. Faydalanıcı Kayıtlarına Hızlı Erişim

Rapor, gayrimenkul ve faydalanıcı mülkiyet kayıtlarındaki bilgilere vergisel amaçlı hızlı erişim için potansiyel bir model sunmaktadır. Çok az sayıda devlet, ülkesinde bulunan gayrimenkullerle bağlantılı olarak güncel gerçek faydalanıcı bilgilerini sistematik olarak toplamaktadır. Gayrimenkul kayıtları çoğu durumda yalnızca gayrimenkulün yasal sahipleri hakkında bilgi içermekte ve temel amaçları bir mülkün mülkiyeti hakkında netlik ve belirlilik sağlamaktır. Bazı ülkeler, gayrimenkule özgü gerçek faydalanıcı kaydı zorunluğu getirmiştir (Kanada, Britanya Kolombiyası'nda getirilen Arazi Sahipliği Şeffaflık Kaydı). Bazı devletler, yerel gayrimenkule sahip yabancı tüzel kişi ve yapıların gerçek faydalanıcı mülkiyet bilgilerini kayıt altında almıştır¹⁸ (örneğin, Birleşik Krallık Denizaşırı Varlıklar Kaydı).

Vergi idarelerinin, belirli mükelleflerin doğrudan veya dolaylı olarak yurtdışında gayrimenkul sahibi olup olmadıklarını tespit etmek amacıyla gayrimenkul ve gerçek faydalanıcı kayıtlarında yer alan bilgilere hızlı erişim sağlamalarına olanak tanıyan bir yapı oluşturulmalıdır. Yabancı vergi makamlarının bu tür bilgilere etkili ve hızlı bir şekilde erişimini sağlamak için, vergi makamlarına, uygun erişim koşullarına tabi olarak ilgili gayrimenkul sicillerine ve faydalanıcı mülkiyet sicillerine erişim izni verilmesi düşünülebilir, böylece sınır ötesi bilgilerin hızlı ve etkili bir şekilde değiştirilmesi sağlanabilir¹⁹. Gayrimenkul ve gerçek faydalanıcı kayıtlarına erişimin (tam olarak) kamuya açık olmadığı sık rastlanan durumlarda, bu tür kayıtlara sınır ötesi erişim, vergi amaçları için bu tür bilgilerin sorgulanması ve alınmasına ilişkin koşulları ve yöntemleri tanımlayacak uygun bir uluslararası hukuk aracı gerektirecektir²⁰.

2. Vergisel Şeffaflık Açısından Gerçek Faydalanıcı

2.1. Raporun Arka Planı

Vergi kaçakçılığı, yolsuzluk, kara para aklama ve diğer yasadışı finansal akış faaliyetleri teknik olarak şeffaf olmayan mülkiyet haklarının arkasına gizlenebilir niteliktedir. Şirketler, vakıflar, ortaklıklar,

17 İbid.

18 Strengthening International Tax Transparency on Real Estate, OECD (2024), s.18.

19 İbid.

20 Strengthening International Tax Transparency on Real Estate, OECD (2024), s.20.

trustlar ve benzer kuruluşlar üzerinden karmaşık ilişki zincirleri kullanılarak, varlıkları nihai olarak kontrol eden gerçek faydalanıcıların kimliği belirsiz hale gelebilmektedir. Bu anonimlik, suistimal edenler bakımından hamiline hisse senetleri, hissedar temsilciler ve yöneticiler, suni ve fiilen var olmayan şirketler gibi çeşitli yapıların stratejik biçimde kullanımını daha da artırmaktadır²¹.

G20 üyesi ülkeler, vergi makamlarının ve diğer kolluk kuvvetlerinin gerçek faydalanıcıyı belirleme yeteneğinin önemli biçimde sınırlandırılması nedeniyle, 2013 yılında konuyla ilgili çalışmalar yapmak üzere OECD bünyesinde bulunan Mali Eylem Görev Gücü Grubu'na (Financial Action Task Force, FATF) bir çağrıda bulunmuşlardır. Grup, teknik olarak, gerçek faydalanıcıyı, “Bir müşteriyi nihai olarak sahipliğinde ya da kontrolünde bulunduran gerçek kişi ve/veya hesabına işlem yürütülen gerçek kişi” olarak tanımlamaktadır²². Diğer bir deyişle, gerçek faydalanıcı ister tüzel kişi ister düzenleme olsun, bir tüzel kişiliğin arkasında yer alan ve onun üzerinde kontrol sahibi olan gerçek kişi(ler)i ifade etmektedir²³.

Küresel Forum, 2016 G20 çağrısına yanıt vermek üzere üç bileşenli bir eylem planı geliştirmiş ve bu plan Ekim 2016'da G20 Maliye Bakanlarına sunulmuştur²⁴. Planın üç bileşeni; 1) şeffaflık ve talep üzerine bilgi değişimi (Exchange of Information on Request, EOIR) için gerçek faydalanıcı standardının etkin bir şekilde uygulanmasına odaklanan akran incelemeleri, 2) gerçek faydalanıcı konusundaki ilgili çalışmaların tutarlılığını ve karşılıklı olarak güçlendirilmesini daha fazla sağlamak için FATF ve Küresel Forum arasında güçlendirilmiş işbirliği ve 3) etkin uygulama örneklerini derlemek, yaymak ve yardım sağlamak için ilgili kurumlarla etkileşim olarak belirlenmiştir²⁵.

2.2. Raporun Maddi İçeriği

Rapor, genel olarak, gerçek faydalanıcı şeffaflığının vergi kaçakçılığı ve yasadışı finansal akışlarla mücadeledeki kritik rolünü incelemektedir. Buradan hareketle, raporda, G20'nin bu alandaki yetkilerine atıfta bulunarak, vergi amaçlı şeffaflık ve bilgi değişimi standartlarında belirtilen gerçek faydalanıcı gerekliliklerinin uygulanmasında kaydedilen ilerleme ele alınmaktadır. Küresel bir perspektif sunan rapor, yetki alanlarındaki uygulama durumunu değerlendirmekte, talep üzerine bilgi değişimi için akran inceleme sonuçlarını ve küresel vergi ortamında gerçek faydalanıcı şeffaflığını güçlendirmeye yönelik en iyi uygulamaları analiz etmektedir. Rapor ayrıca, yetki alanlarına etkin gerçek faydalanıcı çerçeveleri oluşturmada yardımcı olmak için kapasite geliştirme faaliyetlerini ele almaktadır²⁶.

21 OECD (2024), Beneficial Ownership and Tax Transparency – Implementation and Remaining Challenges: OECD and Global Forum Report to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors, OECD Publishing, Paris, s.8 (Erişim: 18.08.2024)

22 İbid.

23 Beneficial Ownership and Tax Transparency, OECD (2024), s.8.

24 OECD (2016), OECD Secretary-General Tax Report to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors (Washington DC, October 2016), OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/0a6fec16-en>. (Erişim: 18.08.2024)

25 Beneficial Ownership and Tax Transparency, OECD (2024), s.8-9.

26 Bu yönde açıklamalar için bkz. https://www.oecd.org/en/publications/beneficial-ownership-and-tax-transparency-implementation-and-remaining-challenges_f95790b1-en.html (Erişim: 17.08.2024)

G20'nin bu görevleri çerçevesinde, bu rapor, özellikle EOIR Standardına odaklanarak, bilgi değişimi standartları dahilinde gerçek faydalanıcı gerekliliklerinin uygulanmasını incelemektedir. Rapor, küresel bir perspektiften bakarak 2016'daki üç bileşenli planın uygulanmasının sonuçlarını yansıtmaktadır. EOIR ve AEOI (Automatic Exchange of Information) akran değerlendirmelerinde kanıtlandığı üzere, yetki alanlarındaki mevcut uygulamaları incelemekte, EOIR amaçları için gerçek faydalanıcı gerekliliklerinin etkili bir şekilde uygulanmasına ve zorluklara ilişkin EOIR akran değerlendirmelerinin sonuçlarını analiz etmekte, gerçek faydalanıcı şeffaflığı için en iyi uygulamaları araştırmaktadır. Rapor ayrıca, FATF tavsiyelerindeki son değişikliklerin uyumluluk ve sinerji açısından EOIR incelemeleri ile bağlantısını tartışmaktadır. Son olarak, küresel vergi ortamında gerçek faydalanıcı şeffaflığını daha da güçlendirmek için önerilerde bulunmaktadır²⁷.

2.2.1. Akran Değerlendirmesi

Mali Eylem Görev Gücü Grubu ve OECD tarafından geliştirilen kuralların ülkeler tarafından nasıl uygulandığının değerlendirilmesinin önemli olması nedeniyle ülkelerin değerlendirmeye tabi tutulduğu bir akran değerlendirme süreci öngörülmüştür.

Bu değerlendirme sonuçları, banka hesaplarına ilişkin gerçek faydalanıcı bilgileri açısından tatmin edici bulunmuştur. Ancak, tüzel kişilerin gerçek faydalanıcısı ve Talep Üzerine Bilgi Değişimi Standardı kapsamındaki düzenlemelerle ilgili olarak, bugüne kadar değerlendirilen 112 ülkenin yaklaşık %50'sinin ulusal mevzuatlarında gerçek faydalanıcı tespitlerine ilişkin ciddi eksiklikler bulunmaktadır. Karşılaşılan eksiklikler temel olarak eksik mevzuat, denetim ve yaptırım eksikliğinden kaynaklanmaktadır²⁸.

Akran değerlendirmeleri, sağlam bir sistemin temel unsurlarının (i) gerçek faydalanıcı tespiti için çok yönlü bir yaklaşım gerektiren daha güçlü bir mevzuat, (ii) doğru, yeterli ve güncel bilgilerin kullanılabilirliğini sağlamak için etkili denetim ve yaptırım ve (iii) bilgi alışverişinde hem yerel hem de uluslararası düzeyde geliştirilmiş iş birliği olduğunu göstermiştir²⁹.

2.2.2. Mevzuatımızda Durum

Ülkemiz mevzuatında mesele, vergisel yönüyle 529 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği³⁰ ve 145 Nolu Vergi Usul Kanunu Sirkülerinde³¹ ele alınmaktadır. Ayrıca 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun³² ve buna bağlı mevzuat da konuyla ilgili düzenlemeler içermektedir.

27 Beneficial Ownership and Tax Transparency, OECD (2024), s.8-9.

28 Beneficial Ownership and Tax Transparency, OECD (2024), s.5.

29 İbid.

30 RG: 13/07/2021, S:31540

31 Bkz.http://ordusmmmo.org.tr/assets/upload/files/özelgeler/Ger_ek_Faydalan_c__166.244.2305.pdf (Erişim: 20.08.2024)

32 RG:18/10/2006, S: 26323

5549 Sayılı Kanun'un 2. maddesinde yapılan değişiklikle³³ avukatlar, taşınmaz alım satımı, sınırlı ayni hak kurulması ve kaldırılması, şirket, vakıf ve dernek kurulması, birleştirilmesi ile bunların idaresi, devredilmesi ve tasfiyesi işlerine ilişkin finansal işlemlerin gerçekleştirilmesi, banka, menkul kıymet ve her türlü hesaplar ile bu hesaplarda yer alan varlıkların idaresi işleriyle sınırlı olmak üzere bilgi vermek bakımından yükümlü kılınmıştır. Ancak bu düzenleme, Anayasa Mahkemesi tarafından "... avukatlık mesleğinin önemi ve adalet hizmetindeki rolü karşısında mesleklerinin icrası noktasında serbest avukatlara katlanamayacakları bir külfet yüklemekte olup kuralla özel hayata saygı hakkına getirilen sınırlamanın orantılı ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmadığı anlaşılmıştır" gerekçesi ile Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerine yapılan atıfla iptal edilmiştir³⁴.

3. Kripto Varlıklarda Vergisel Amaçlı Şeffaflık

3.1. Raporun Arka Planı

Kripto varlık pazarının hızla büyümesi beraberinde yeni ekonomik fırsatlar ve iş yapma biçimlerinin doğmasına neden olmuş ancak aynı zamanda vergi mükelleflerinin (bireyler ve kuruluşlar) gelirlerini ve servetlerini, vergi makamları ve diğer düzenleyici kurumlardan gizleme olanağı da yaratmıştır. Bunun temel nedeni, kripto varlıkların artan kullanımının, geleneksel finans kurumları ve finansal ürünlerin dışında kalmasıdır. Kripto varlıklar, tipik olarak vergisel raporlamaya tabi değildir ve bunun yarattığı sakıncalar çerçevenin hazırlanması için temel hareket noktası olmuştur³⁵.

Mevcut vergisel amaçlı otomatik bilgi değişimi çerçeveleri tarafından kapsanmayan varlıkların ve/veya araçların kullanımı, son yıllarda ortak raporlama standardının yaygın uygulanmasıyla elde edilen faydaları tehlikeye sokmaktadır. Örneğin, 2023'te 108 ülke, yaklaşık 135 milyon finansal hesapla ilgili yaklaşık 12 trilyon avro değerindeki finansal varlık için ortak raporlama standardı kapsamında bilgi değişiminde bulunmuş ve geliştirmekte olan ülkeler değişime tabi bilginin yaklaşık üçte birine erişmiştir³⁶.

Buna bağlı bir sonuç olarak, küresel şeffaflık gündeminin bir parçası olan kripto varlıklar, vergilendirme açısından vergi idarelerinin radarına girmiştir. OECD'nin son yayınladığı Kripto Varlıklarda Şeffaflık raporu, vergisel amaçlı otomatik bilgi değişimini kripto varlıklar için genişleten ve kısa süre önce kabul edilen OECD/G20 Kripto Varlık Raporlama Çerçevesinin (Crypto-Asset Reporting Framework, CARF) uygulanmasına yönelik çalışmalar hakkında bir güncelleme sunmaktadır³⁷.

33 27/12/2020 tarihli ve 7262 sayılı Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Finansmanının Önlenmesine İlişkin Kanun için bkz. RG: 31/12/2020, S: 31351 (5. Mükerrer)

34 Anayasa Mahkemesi, E.2021/28, K. 2024/11, T.18.01.2024 (RG:03/04/2024, S:32509)

35 OECD (2024), Bringing Tax Transparency to Crypto-Assets – An Update: Global Forum Report to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/b33c9aa1-en>, s.5 (Erişim:21.08.2024)

36 Bringing Tax Transparency to Crypto-Assets, OECD (2024), s.7.

37 https://www.oecd.org/en/publications/bringing-tax-transparency-to-crypto-assets-an-update_b33c9aa1-en.html (Erişim:21.08.2024)

3.2. Raporun Maddi İçeriği

G20, Şeffaflık ve Vergisel Amaçlı Bilgi Değişimi Küresel Forumu'ndan OECD/G20 Kripto Varlık Raporlama Çerçevesinin yaygın bir şekilde uygulanmasını sağlamak için ülkelerden taahhüt ve izleme süreçlerini geliştirmesini istemesi üzerine Küresel Forum, çalışmalarının ilerleyişi hakkında G20 ülkelerini bilgilendirmek üzere söz konusu raporu hazırlamıştır. Raporda, 58 Küresel Forum üyesi ülke 2027 yılında çerçevenin uygulanmasına başlama niyetlerini açıklamıştır³⁸.

Rapor, (i) G20 de dahil olmak üzere vergi şeffaflığı perspektifinden riskleri ele almak için talep edilen aksiyonları, (ii) Kripto Varlık Raporlama Çerçevesinin gelişimini ele almakta ve (iii) Çerçevenin yaygın bir şekilde uygulanmasını sağlamak için Küresel Forum'un çalışmalarını özetlemektedir³⁹.

Bilgi değişiminin etkili bir şekilde işlemesi ve paylaşılan bilgilerin doğruluğu ve vergi uyumluluğunu sağlamak açısından bilgilerin titiz ve standartlaştırılmış bir şekilde elde edilmesi gerekir. Bu nedenle çerçeve, raporlanması gereken bilgileri belirlemek için uyulması gereken ayrıntılı koşulları içermektedir⁴⁰.

Çerçeve bilgilerinin uluslararası değişimi, otomatik bilgi değişimini sağlayan ve bilgilerin gizli tutulacağını garanti eden bir hukuki temel gerektirmektedir. Bu, halihazırda 147 imzacısı bulunan Vergi Konularında Karşılıklı İdari Yardım Sözleşmesi ve Kripto Varlık Çok Taraflı Yetkili Otorite Anlaşması ile sağlanabileceği gibi ikili düzenlemeler içeren diğer değişim anlaşmalarıyla da sağlanabilir⁴¹.

3.2.1. Mahremiyet ve Veri Koruma Önlemleri

Başta AEOI olmak üzere vergisel amaçlı bilgi değişimine yönelik uluslararası çerçeveler kapsamında, yetki alanlarının gönderdikleri bilgilerin gizli tutulacağına ve uygun şekilde korunacağına dair güvenceye ihtiyaçları vardır. Bu, CRS'nin yanı sıra CARF için de geçerlidir. Bu nedenle Küresel Forum, mahremiyet ve veri koruma önlemleri konusunda uzun yıllardır önemli çalışmalar yürütmektedir. Bu çalışmalar, bilgi alışverişinde bulunan yetki alanlarına güvence sağlamak için yapılan değerlendirmeleri ve sorunların tespit edildiği durumlarda kapsamlı destek sağlanmasını içermektedir⁴².

3.2.2. Raporlamanın Faydası

Devletler, otomatik bilgi değişiminin kripto varlık sektörüne genişlemesiyle vergi şeffaflığı ve vergisel amaçlı bilgi alışverişinde yeni bir dönemin eşliğindedir. Bu durum hem gelişmekte olan hem de gelişmiş ülkelerdeki vergi makamlarına önemli faydalar sağlama potansiyeline sahiptir. Bu sayede, vergi mükelleflerinin kripto varlıklarını ve ilgili gelirlerini yerel vergi yasalarının gerektirdiği şekilde düzgün bir şekilde beyan etmeleri sağlanacak, vergi gelirleri güvence altına alınarak eşitsizlikle mücadele edilebilecektir⁴³.

38 Bringing Tax Transparency to Crypto-Assets, OECD (2024), s.8.

39 İbid.

40 Bringing Tax Transparency to Crypto-Assets, OECD (2024), s.11.

41 Bringing Tax Transparency to Crypto-Assets, OECD (2024), s.11-12.

42 Bringing Tax Transparency to Crypto-Assets, OECD (2024), s.13.

43 Bringing Tax Transparency to Crypto-Assets, OECD (2024), s.17.

SONUÇ

Bu makalede, çok katmanlı-taraflı ve kesişenli bir özellik gösteren vergisel şeffaflık konusu OECD'nin güncel çalışmaları açısından ele alınmıştır. Hiç şüphesiz çalışmaların ortak hassasiyet alanı vergi mükellefi bakımından özel hayatın gizliliğinin ve ticari sırrının korunmasıdır. Yeni küresel vergi düzeninin, bu alanların korunmasına yönelik kurduğu cümle ve taahhütlerin mükellef bakımından nasıl hayata geçtiğini ölçümlemek özellikle bu üç rapor açısından şimdilik zor görünmektedir. Bununla birlikte, olması gereken hukuk açısından idare ve mükellef menfaatleri arasındaki dengenin eşit olması, vergi gelirlerini artırmaya yönelik şeffaflık girişimlerinde söz konusu dengenin bir diğeri aleyhine bozulmaması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Raporlar

- OECD (2016), OECD Secretary-General Tax Report to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors (Washington DC, October 2016), OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/0a6fec16-en>. (Erişim: 18.08.2024)
- OECD (2023), Enhancing International Tax Transparency on Real Estate: OECD Report to the G20 Finance Ministers and Central Bank Governors, OECD Publishing, Paris. Bkz. https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2023/07/enhancing-international-tax-transparency-on-real-estate_4567c0aa/37292361-en.pdf(Erişim: 15.08.2024)
- OECD (2024), Strengthening International Tax Transparency on Real Estate – From Concept to Reality: OECD Report to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors, OECD Publishing, Paris, s.3. Bkz. https://www.oecd.org/en/publications/strengthening-international-tax-transparency-on-real-estate-from-concept-to-reality_fa2db2a4-en.html (Erişim: 15.08.2024)
- OECD (2024), Beneficial Ownership and Tax Transparency – Implementation and Remaining Challenges: OECD and Global Forum Report to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors, OECD Publishing, Paris, s.8 (Erişim: 18.08.2024)
- OECD (2024), Bringing Tax Transparency to Crypto-Assets – An Update: Global Forum Report to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/b33c9aa1-en>, s.5 (Erişim:21.08.2024)

İnternet Siteleri

- https://www.oecd.org/en/publications/strengthening-international-tax-transparency-on-real-estate-from-concept-to-reality_fa2db2a4-en.html (Erişim: 15.08.2024)
- https://www.oecd.org/en/publications/beneficial-ownership-and-tax-transparency-implementation-and-remaining-challenges_f95790b1-en.html (Erişim: 17.08.2024)
- http://ordusmmmo.org.tr/assets/upload/files/özelgeler/Ger_ek_Faydalan_c__166.244.2305.pdf (Erişim: 20.08.2024)

7221 Sayılı Kanunla İmar ve Parselasyon Planlarına Karşı Dava Açma Süresinin Sınırlandırılması

Limitation of the Time to File a Lawsuit Against Zoning and Parceling Plans with the Law Numbered 7221

Hüseyin Melih ÇAKIR* 

ÖZ

7221 sayılı Kanun’la 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 8.maddesine eklenen hükümle “(k)esinleşen imar planları veya parselasyon planlarına karşı kesinleşme tarihinden itibaren her halde beş yıl içinde dava açılabilir” düzenlemesine yer verilmiştir. 14.02.2020 tarihinde yürürlüğe giren Kanun’un getirdiği beş yıllık dava açma süresi sınırı, bu tarihten önce yürürlüğe giren imar ve parselasyon planları açısından 14.02.2025 tarihinden itibaren kişilerin yargı yoluna gitmelerini engelleyici bir nitelik arz etmekte; hak arama özgürlüğünü ölçsüz şekilde sınırlandırmaktadır. Buna karşın Kanun’un Anayasa’ya uygunluğu, Anayasa Mahkemesi’nce parselasyon planları yönünden itiraz yoluyla incelenmiş ve hukuka uygun bulunmuştur. Bu nedenle, 7221 sayılı Kanun’la getirilen ve imar ve parselasyon planlarına karşı dava açma süresini sınırlandıran hükmün, idari yargının imar ve parselasyon planlarına karşı dava açma süresine ilişkin yıllardır geliştirdiği içtihatlar, imar ve parselasyon planlarının hukuki niteliği, yürürlüğe giriş usulü, başta mülkiyet olmak üzere temel hak ve özgürlüklerle olan ilişkisi, planların hazırlanması ve yürürlüğe konulmasında idarelerin tutum ve davranışları gibi birçok unsur göz önünde bulundurularak ele alınmasını zorunlu kılmıştır. Bu çalışma, imar ve parselasyon planlarına karşı dava açma süresini sınırlandıran kanun hükmü sonrasında ortaya çıkan hukuki durumun ortaya çıkarması müstakbel hukuki problemlerin ortaya konulması ve bu problemlere çözüm önerisi getirme amacı doğrultusunda kaleme alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: 7221 sayılı kanun, imar planları, parselasyon planları, dava açma süresi, beş yıl

* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye, Orcid Numarası: 000-0003-3164-3407.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Hüseyin Melih ÇAKIR

E-posta/E-mail: melih.cakir@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 08.10.2024

Kabul Tarihi/Accepted: 24.10.2024

ABSTRACT

Law numbered 7221 added a provision to article 8 of the Zoning Law ("Law") numbered 3194 stating that "suit may be filed against the finalized zoning plans or parceling plans within five years from the date of finalization in any case". The five-year time limit for filing a lawsuit introduced by the Law, which entered into force on 14.02.2020, prevents people from taking judicial action as of 14.02.2025 in terms of zoning and parceling plans that entered into force before this date; it restricts the freedom to seek rights in a disproportionate way. On the other hand, the constitutionality of the Law was examined by the Constitutional Court through objection in terms of parcelization plans and found to be in conformity with the legislation. For this reason, the provision introduced by Law numbered 7221 limiting the time limit for filing a lawsuit against zoning and parceling plans must be addressed by taking into consideration many factors such as the jurisprudence developed by the administrative judiciary for years regarding the time limit for filing a lawsuit against zoning and parceling plans, the legal nature of zoning and parceling plans, the procedure for their entry into force, their relationship with fundamental rights and freedoms, especially property rights, and the attitude and behavior of administrations in the preparation and enforcement of plans. This study has been written in order to reveal the future legal problems that may arise from the legal situation that emerged after the legal provision limiting the time to file a lawsuit against zoning and parceling plans and to propose solutions to these problems.

Keywords: Law numbered 7221, zoning plans, parcelization plans, time to file a lawsuit, five years

GİRİŞ

7221 sayılı Kanun'la 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 8.maddesine eklenen hükümde, "(k)esinleşen imar planları veya parselasyon planlarına karşı kesinleşme tarihinden itibaren her halde beş yıl içinde dava açılabilir" düzenlemesine yer verilmiştir. 14.02.2020 tarihinde yürürlüğe giren Kanun'un getirdiği beş yıllık dava açma süresi sınırı, bu tarihten önce yürürlüğe giren imar ve parselasyon planları açısından 14.02.2025 tarihinden itibaren kişilerin yargı yoluna gitmelerini engelleyici bir nitelik arz etmektedir. Bu tarihten sonra yürürlüğe girerek kesinleşen imar ve parselasyon planları açısından da kesinleşme tarihinden beş yıl sonra dava açma süresinin sona ereceği düzenlenmiştir. İmar Kanunu'na eklenen bir cümleyle, imar düzeni yönünden idari istikrarın sağlanması amaçlanmaktadır. Bu Kanun sayesinde imar ve parselasyon planları beş yıl geçince dava konusu edilemeyecek; böylece, yıllar sonra idari yargıdan gelmesi muhtemel iptal kararlarının uygulanması sorunu ortadan kaldırılmış olacaktır. Ancak bu konu, Kanun'la getirilen bir cümleyle çözülemeyecek kadar karmaşık bir nitelik arz etmektedir. Buna karşın kanun koyucu böyle bir yöntemi tercih etmiştir. Şu halde, 7221 sayılı Kanun'la getirilen ve imar ve parselasyon planlarına karşı dava açma süresini sınırlandıran hükmün, idari yargının imar ve parselasyon planlarına karşı dava açma süresine ilişkin yıllardır geliştirdiği içtihatlar, imar ve parselasyon planlarının hukuki niteliği, yürürlüğe giriş usulü, başta mülkiyet olmak üzere temel hak ve özgürlüklerle olan ilişkisi, planların hazırlanması ve yürürlüğe konulmasında idarelerin tutum ve davranışları gibi birçok unsur göz önünde bulundurularak ele alınması gerekmektedir. Bu çalışmada, ülkemiz imar hukukunu derinden etkileyecek bu hükmün geniş bir bakış açısıyla incelenmesi ve kişiler açısından ortaya çıkaracağı olumsuz hukuki sonuçların öngörülerek, doğmadan engellenmesine katkı sunulması hedeflenmektedir.

I. GENEL OLARAK İMAR VE PARSELASYON PLANLARI

İmar planı yapılması, usulü ayrıntılı olarak önceden belirlenmiş bir süreçte, belirli bir arazinin (mekanın) kullanımının planlama ilkelerine uygun olarak yazılı hale getirilmesidir¹. “İmar planı insan, toplum, çevre ilişkilerinde kişi ve aile mutluluğu ile toplum hayatını yakından etkileyen fiziksel çevreyi sağlıklı bir yapıya kavuşturmak, yatırımların yer seçimlerini ve gelişme eğilimlerini yönlendirmek ve toprağın koruma kullanma dengesini en rasyonel biçimde belirlemek amacıyla hazırlanır”². İnsanların yaşayacağı fiziksel çevreyi şekillendiren imar planları, birlikte yaşayan insanların, yerleşme ve yapılaşma açısından arazi parçalarının kullanılış biçimlerini ve bölgelerini göstermektedir³. Mevzuatta ‘imar planı’ esas itibariyle tanımlanmamış; doktrin⁴ ve yargı kararlarında⁵ tanım çabasına girilmiştir. 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 8.maddesinde imar planının nazım imar planı ve uygulama imar planından meydana geldiği ifade edilmek suretiyle kavramın bu iki plan türüne karşılık geldiği ortaya konulmuştur. Bu iki plan türü dışında da mekânsal plan türleri olmakla beraber; dar anlamda imar planından anlaşılması gerekenin nazım ve uygulama imar planı olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

1 Hasan Nuri Yaşar, *İmar Hukuku* (Filiz 2008) 29.

2 Danıştay 6 D, E 2007/10171 K 2009/9275, 06.10.2009. (Danıştay kararına “Lexpera” arama motoru aracılığıyla erişilmiş olup; bundan sonraki Danıştay ve Bölge İdare Mahkemesi kararlarının da başkaca referans gösterilmediği takdirde bu arama motoru aracılığıyla temin edildiği anlaşılmaktadır.) Anayasa Mahkemesine göre de, “(i)mar planlamasının amacı, düzenli bir kentleşmenin sağlanabilmesi amacıyla kimi uygulamaların planlanması, sürdürülebilir kalkınmanın gerçekleştirilmesi, çevre, doğa, kültür ve doğal miras ile diğer alanların korunması olup bu yolla kamusal yararın gerçekleştirilmesidir. Yerleşme yerleri ile bu yerlerdeki yapılaşmaların; plan, fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun oluşumunu sağlamak amacıyla kabul edilen imar planları estetik, düzenli ve sağlıklı bir şehirleşmede önemli bir rol oynamaktadır”. (Anayasa Mahkemesi (AYM), E 2020/42, K 2023/99, 18.05.2023.) (Anayasa Mahkemesi kararı, Mahkemenin resmi sitesi <https://www.anayasa.gov.tr> adresinden alınmış olup; bundan sonraki kararların da başkaca referans gösterilmediği takdirde resmi siteden temin edildiği anlaşılmaktadır.)

3 AYM, E 2023/97, K 2023/192, 08.11.2023.

4 Nazım ve uygulama imar planı tanımlarını göz önüne alarak yapılan bir imar planı tanımı için bkz. “İmar planları; şehircilik ilkeleri ve planlama esasları doğrultusunda, kestirimlere (yerleşim yerlerinin nüfus projeksiyonlarına) dayalı olarak, arazilerin fonksiyonlarını, bu anlamda kullanım tür, biçim ve yoğunluğunu ayrıntılı ve bütüncül biçimde belirleyip, yerleşme ve yapılaşmaya ilişkin kurallar getirmek suretiyle, kapsadığı coğrafi alanın genel imar düzenini oluşturan/çerçeveleyen, yazılı ve çizili/şematik unsurlardan teşekkül eden, atipik düzenleyici idari işlem niteliğindeki bağlayıcı hukuksal belgelerdir.” Serdar Yılmaz, *İmar Planlarının Hukuki Rejimi* (Seçkin 2021) 82. İmar planı tanımları için ayrıca bkz. Sadık Artukmaç, *Türk İmar Hukuku* (5. Baskı, Turhan 1979) 5; Oğuz Sancakdar, *Belediyenin İmar Planı Yapması – Değiştirmesi ve İptal Davası* (Seçkin 1996) 28; Aydın Zevkliler, *İmar Kurallarına Aykırı ve Zarar Verici İnşaat* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1982) 172.

5 Anayasa Mahkemesine göre imar planı: “...(B)elde halkının sosyal ve kültürel ihtiyaçlarını karşılamayı, sağlıklı ve güvenli bir çevre oluşturmayı, yaşam kalitesini arttırmayı hedefleyen ve bu amaçla beldenin ekonomik, demografik, sosyal, kültürel, tarihsel, fiziksel özelliklerine ilişkin araştırmalara ve verilere dayalı olarak hazırlanan, kentsel yerleşme ve gelişme eğilimlerini alternatif çözümler oluşturmak suretiyle belirleyen, arazi kullanımı, koruma, kısıtlama kararları, örgütleme ve uygulama ilkelerini içeren pafta, rapor ve notlardan oluşan belgedir”. (AYM, E 2020/42, K 2023/99, 18.05.2023). “Kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla üretilmiş birer belge niteliğinde olan imar planları mevzuatta ve yargı içtihatlarında yöre halkının sağlığını ve çevreyi korumak, sosyal ve kültürel ihtiyaçlarını, iyi yaşama düzenini, çalışma koşullarını ve güvenliğini sağlamak amacıyla, ülke, bölge ve şehir verilerine göre oturma, çalışma, dinlenme ve ulaşım gibi kentsel fonksiyonlar arasında mevcut ve sağlanabilecek olanaklar ölçüsünde en iyi çözüm yollarını bulmak için varsa kadaströ durumu da işlenmiş, onaylı haritaların kopyalan üzerine nazım plan ve uygulama planı olarak düzenlenip onaylanmış metinler olarak tanımlanmaktadır”. (Danıştay 6 D E 1998/6752, K 2000/4201, 22.06.2000).

İmar planları, bünyesinde, pafta, yapılış amacının gerektirdiği açıklamaları içeren plan raporu ve çizim ve gösterim (lejant) ile arazi kullanımına yönelik kararları ihtiva eden plan notlarını barındıran karmaşık bir işlem olarak nitelendirilmekte⁶; yargı kararlarında ise düzenleyici işlem olarak kabul edildiği görülmektedir⁷. İmar planlarının düzenleyici işlem niteliğinin yanı sıra, mekânsal planlar arasındaki plan hiyerarşisinin bir sonucu olarak alt ölçekli planların üst ölçekli planların uygulama işlemi olduğu ifade edilmektedir⁸.

Parselasyon planları ise, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18.maddesi ile Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelik⁹ (AADH Yönetmelik) kapsamında gerçekleştirilen, düzenleme sahasında taşınmazı bulunanlar açısından¹⁰, uygulama imar planının¹¹ uygulama işlemidir¹². AADH Yönetmelik'e göre parselasyon planı, *"İmar Kanunu'nun 18 inci maddesi hükümlerine ve uygulama imar planına uygun olarak imar parsellerinin oluşturulduğu, parselasyon planı açıklama raporu, parselasyon paftaları ile tescile esas belgeleri içeren uygulama dosyası ile bir bütün olan plandır"*. Parselasyon planlarının işlevi, imar planı bulunan alanlarda imar planlarına ve imar mevzuatına uygun ifraz ve tevhit işlemlerinin yapılması¹³; bu kapsamda kamu hizmetleri için ihtiyaç duyulan taşınmazların kamu hizmetine ayrılmasının sağlanması¹⁴ olarak ifade edilebilecektir¹⁵. Parselasyon planının yapılmasının yerleşme yerlerindeki yapılaşmaların plan, fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun şekilde yapılmasını sağlamaya yönelik olduğuna kuşku yoktur¹⁶. İmar planıyla belirlenmiş işlemlere uygun parselasyon yapılarak kadastral parsellerin imar parseline dönüştürülmesi için parselasyon

6 M. Ayhan Tekinsoy, 'İmar Planlarının Hukuksal Niteliği, İmar Planı İptalinin Bu Plana Dayanılarak Verilmiş Ruhsatlar Üzerindeki Etkisi' (2008) 2, Ankara Barosu Dergisi 46, 52.

7 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (İDDK), E 2021/65 K 2021/1203 09.06.2021; Aynı yönde bkz. Danıştay İDDK, E 2021/154 K 2021/1202 09.06.2021.

8 Danıştay İDDK, E 2021/258 K 2021/1204, 09.6.2021. Aynı yönde bkz. Danıştay 6 D, E 2019/21280 K 2020/2859 02.03.2020; Danıştay İDDK, E 2007/2520, K 2012/183, 09.03.2012, Danıştay 6 D, E 2013/5119 K 2016/1014, 08.03.2016; Danıştay 6 D, E 2011/3006 K 2014/2521, 01.04.2014; Danıştay 6 D, E 2016/4741, K 2018/465, 23.01.2018; Danıştay 6 D, E 2013/7944 K 2017/6359, 20.09.2017.

9 Resmi Gazete Tarihi: 22.02.2020 Resmi Gazete Sayısı: 31047

10 "...(P)arselasyon işlemi, bu parselasyonda taşınmazı bulunan taşınmaz sahipleri yönünden imar planının uygulama işlemi olduğundan,...". (Danıştay 6 D, E 2010/9741 K 2014/1522, 03.03.2014).

11 "...(P)arselasyon gibi subjektif uygulama işlemlerine esas olan uygulama imar planının...". (Danıştay İDDK, E 2013/941 K 2015/494, 23.02.2015.)

12 "Parselasyon işlemi, imar planının araziye uygulaması işlemi olup...". Danıştay 6 D, E 2012/1904 K 2013/6299, 05.11.2013. Aynı yönde bkz. Danıştay 6 D E 2013/5119 K 2016/1014, 08.03.2016.

13 AYM, E 2021/20 K 2022/84, 30.06.2022.

14 AYM, E 2016/196 K 2018/34, 28.03.2018.

15 Danıştay da parselasyon planının amacını benzer şekilde ortaya koymuştur: "(P)arselasyon işlemiyle amaçlanan; imar planı, plan raporu ve imar yönetmeliği hükümlerine göre imar adasının tüm biçim ve boyutu, yapı düzeni, inşaat yaklaşma sınırı ve bahçe mesafeleri, yapı yüksekliği ve derinliği, yerleşme yoğunluğu, taban alanı ve kat alanı katsayısı, arazinin kullanma şekli, mülk sınırları, mevcut yapıların durumu göz önüne alınmak suretiyle üzerinde yapı yapmaya elverişli imar parseli oluşturmak ve yol, yeşil alan gibi kamu alanlarının imar parsellerinde oluşan değer artışı karşılığında düzenlemeye giren parsel maliklerinden bedelsiz olarak alınarak kamunun eline geçmesini sağlamaktır". (Danıştay 6 D, E 2011/6583 K 2015/1105, 26.2.2015). Aynı yönde bkz. Danıştay 6 D, E 2013/9090 K 2017/6883, 27.9.2017; Danıştay 6 D, E 2012/1904 K 2013/6299, 05.11.2013.

16 AYM, E 2021/20 K 2022/84, 30.06.2022.

planları yapılmaktadır¹⁷. Her ne kadar “plan” olarak ifade edilse de, normlar hiyerarşisi bakımından imar planının altında yer alan parselasyon planlarının¹⁸ bireysel idari işlem olarak kabul edildiği görülmektedir¹⁹.

II. İMAR VE PARSELASYON PLANLARININ KESİNLEŞMESİ

7221 sayılı Kanun’la İmar Kanunu’nun 8.maddesine eklenen hükümde, “(k)esinleşen imar planları veya parselasyon planlarına karşı kesinleşme tarihinden itibaren...” beş yıl içerisinde dava açılabileceği hüküm altına alınmıştır. Şu halde, dava açabilmek için getirilen beş yıllık sürenin başlayabilmesi için öncelikle imar ve parselasyon planlarının kesinleşmesi gerekmektedir. Bu nedenle imar ve parselasyon planlarının kesinleşme anı önem arz etmektedir.

İmar planları, konu edindikleri alan veya plan türüne göre farklı idare ya da organ tarafından onaylanabilmektedir. Ancak onaylanan planlarının hukuki sonuç doğurabilmesi ve dava konusu edilebilmesi için kesinleşmesi gerekmektedir²⁰. İmar planlarının kesinleşmesi usulü, İmar Kanunu ve Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği’nde (MPYY) düzenlenmiştir. İmar Kanunu’nun 8/1-b maddesine göre, onaylanan imar planları ilgili idarece (Belediye veya Valilik) tespit edilen ilan yerlerinde ve ilgili idarelerin internet sayfalarında bir ay²¹ süreyle eş zamanlı olarak ilan edilir. Planların, onay tarihinden itibaren on beş gün içerisinde ilan edilmesi²²; yapılacak ilan süresi içinde planlara itiraz edilebileceği düzenlenmiştir²³. İmar planlarına karşı ilan süresi içerisinde itiraz edilmemesi halinde askı süresinin sonunda; yapılan itirazların idarenin karar merciince reddedilmesi halinde ise başkaca bir onay işlemine gerek kalmaksızın ret kararı tarihinde planlar kesinleşir²⁴. Onaylanmış planlarda yapılacak revizyon, ilave ve değişiklikler de bu usullere tabidir²⁵.

Parselasyon planları için de imar planlarına benzer bir kesinleşme usulü benimsendiği söylenebilecektir. İmar Kanunu’nun 19.maddesine göre parselasyon planları, belediye ve mücavir alan içinde belediye encümeni; dışında ise il idare kurulunun onayından sonra yürürlüğe girmektedir²⁶.

17 Aydın Gülan, *Türk İmar Hukuku’nda ‘Hamur Kuralı’ Uygulaması* (Doçentlik Tezi, İstanbul Üniversitesi 2000) 58.

18 Gülan, *Türk İmar Hukuku’nda ‘Hamur Kuralı’ Uygulaması* (n 18) 9.

19 “3194 sayılı İmar Kanunu’nun 18. maddesi uyarınca parselasyon planlarında ve dağıtım cetvellerinde kapsadıkları alan içindeki her taşınmaz mala karşılık sahiplerine verilecek bağımsız veya şuyulu imar parsellerinin parsel büyüklükleri, hisse miktarı, parsellerin konumu gibi hususlar ayrı ayrı gösterildiğinden bu planların düzenlemeye tabi tuttukları taşınmaz sahipleri için sübjektif ve kişisel işlemler oldukları kuşkusuzdur”. Danıştay 6 D, E 1997/4802 K 1998/4766, 21.10.1998.

20 Halil Kalabalık, *İmar Hukuku Dersleri* (12.Baskı, Seçkin 2023) 175.

21 MPYY’nin 33/1’inci maddesinde, ‘bir ay’ ifadesi yerine ‘otuz gün’ şeklinde düzenlemeye gidilmiş ve Kanun’da yer verilen ‘bir ay’dan anlaşılması gerekenin ‘otuz gün’ olduğu hüküm altına alınmıştır. Aksi yönde bkz. Yönetmelikte getirilen otuz günlük sürenin Kanun’a aykırı olduğu ve doğrudan Kanun’un uygulanması gerektiği hususunda bkz. Kalabalık, *İmar Hukuku Dersleri* (n 21) 175; Yılmaz, *İmar Planlarının Hukuki Rejimi* (n 5) 458 dipnot 1482.

22 MPYY, Madde 33/1.

23 İmar Kanunu, Madde 8/1-b; MPYY, Madde 33/7.

24 MPYY, Madde 33/4.

25 İmar Kanunu, Madde 8/1-b; MPYY, Madde 33/4.

26 AADH Yönetmelik, Madde 25/2: “Parselasyon planları, parselasyon planına ait belgelerle beraber; büyükşehirlerde,

Bu planlar, bir ay müddetle ilgili idarede asılmalı ve ayrıca mutata vasıtalarla duyurulmalıdır. Bir aylık askı süresinin sonunda parselasyon planı kesinleşmektedir. Askı süresi içerisinde, parselasyon planına itiraz edilmemesi veya yapılan itirazların reddi neticesinde plan kesinleşmektedir²⁷.

Görüldüğü üzere, gerek imar gerekse de parselasyon planlarının onaylanması sonrasında kesinleşebilmesi için ilan ve askı usulü benimsenmiştir. İlan ve askı süresi içerisinde itiraz edilmeyen veya itiraz edilmekle beraber itirazı reddedilen planlar kesinleşmekte;-kural olarak – beş yıllık dava açma süresi sınırının başlangıcı olarak bu kesinleşme tarihi esas alınmaktadır.

III. İMAR VE PARSELASYON PLANLARINA KARŞI DAVA AÇMA SÜRESİ

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda (İYUK) dava açma süresine ilişkin genel hükümler yer almaktadır. Buna göre, idari dava açma süresi özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay'da ve idare mahkemelerinde altmış gün olarak düzenlenmiştir. (m.7/1) Dava açma süresi, bireysel idari işlemlerde yazılı bildirimin yapıldığı (m.7/2-a); ilanı gereken düzenleyici işlemlerde ise ilan tarihini izleyen günden itibaren başlamaktadır. Bunun yanı sıra, düzenleyici işlemlerin uygulanması üzerine ilgililer, düzenleyici işlem veya uygulanan işlem yahut her ikisi aleyhine birden dava açabilmektedirler. (m.7/4)

3194 sayılı İmar Kanunu'nda, 7221 sayılı Kanun'la getirilen beş yıllık dava açma süresi sınırı dışında imar ve parselasyon planlarına karşı dava açma süresine dair özel bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle, bu planlara karşı dava açma süresinin başlangıcı ve sona ermesine ilişkin, imar ve parselasyon planlarının kesinleşme usulü ile hukuki niteliği göz önüne alınarak İYUK'ta yer alan hükümler dairesinde değerlendirilmede bulunulabilecektir.

A. DAVA AÇMA SÜRESİNİN BAŞLANGICI

İmar ve parselasyon planlarının farklı hukuki niteliği haiz idari işlemler olması nedeniyle, bu planlara karşı dava açma süresinin başlangıcı hususunun ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir.

1. İmar Planlarına Karşı Dava Açma Süresinin Başlangıcı

İmar planlarının hukuki niteliği itibarıyla düzenleyici işlem olarak kabul edilmesi²⁸ ve bu planların yürürlüğe girebilmesi için ilan usulünün belirlenmesi²⁹ sebebiyle, ilanı izleyen günden itibaren dava

Büyükşehir Belediyesi Kanunu kapsamında parselasyon planlarının büyükşehir belediyesince yapılması halinde büyükşehir belediyesi encümeni kararı ile; parselasyon planlarının ilçe belediyesince yapılması halinde, ilçe belediye encümeni kararı ve büyükşehir belediyesi encümeni kararı ile; diğer belediyelerde, belediye ve mücavir alan içinde belediye encümeni kararı; dışında ise il idare kurulu kararı veya parselasyon planlarını onaylamaya yetkili idarenin onayından sonra yürürlüğe girer”.

27 AADH Yönetmelik, Madde 25/4.

28 Bu hususta bakınız. “Genel Olarak İmar ve Parselasyon Planları” başlığı.

29 Bu hususta bakınız. “İmar ve Parselasyon Planlarının Kesinleşmesi” başlığı.

açma süresi (altmış gün) başlayacaktır³⁰. Zira İYUK'a göre, dava açma süreleri, tebliğ, yayın veya ilan tarihini izleyen günden itibaren işlemeye başlamaktadır. (m.8/1) İmar planlarını ilanı gereken diğer düzenleyici işlemlerden ayıran husus ise, planın kesinleşmesi için özel bir usul öngörülmüş olmasıdır. Bu nedenle, plana karşı dava açma süresi, askı süresi sonunda, planın kesinleşmesi tarihinden itibaren başlayacaktır. İmar planına karşı ilgililerin, askı süresi içerisinde itiraz etmesi halinde; i) askı süresi içinde değerlendirilerek reddedilen itiraza karşı askı süresi sonundan itibaren; ii) askı süresinin sonrasında ve/fakat zımni ret süresi (otuz gün) içerisinde reddedilen itiraza karşı ret kararının tebliğini izleyen günden itibaren; iii) askı süresinin sonrasında ve zımni ret süresi geçtikten sonra reddedilen itiraza karşı zımni ret tarihinden itibaren, dava açma süresi başlayacaktır. İmar planına karşı yapılan itiraz, hukuki niteliği itibarıyla İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11.maddesi kapsamında yer aldığı için; zımni ret kararı sonrasında idarece yapılan itiraza verilecek cevap işlemeye başlamış olan dava açma süresini canlandırmayacaktır^{31 32}.

İmar planlarına karşı dava açma süresinin başlangıcında ilanı izleyen günün esas alınması nedeniyle imar planlarının aleniyetinin sağlanması büyük önem arz etmektedir. *“İmar planları alenidir”*³³. Bu kapsamda, imar planlarının – planı yapan idareye göre – belediye başkanlığınca veya valilikçe tespit edilen ilan yerinde ve ilgili idarelerin internet sayfalarında bir ay süreyle eş zamanlı olarak ilan edilmelidir. Askıya çıkarılarak ilan edilmeyen planların yürürlüğe girdiğinden bahsedilemeyecektir³⁴.

30 “...2577 sayılı Yasanın 7.maddesinin 4.fıkrası uyarınca ilanı gereken düzenleyici işlemlerde dava süresinin ilan tarihini izleyen günden itibaren başlayacağı hükme bağlanmış olup dava konusu Balıkesir-Çanakkale Planlama Bölgesi 1/100.000 ölçekli Çevre Düzeni Planı Değişikliği” (... Plan Paftası) 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 102. maddesi uyarınca 11.07.2019 tarihinde onaylanıp 24.07.2019 tarihinde Balıkesir Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğü ilan panosunda 1 ay süre ile ilan edildiği, ilan askı süresinin son gününden itibaren 60 günlük yasal dava açma süresi içinde dava açılması gerekirken 06.09.2021 tarihinde açılan davanın, davacılar ... Derneği, ...Derneği, ... Derneği, ... Evi, ... Kooperatifi, ... ve ... yönünden süre aşımı nedeniyle esasının incelenmesine hukuki imkan bulunmamaktadır”. (Danıştay 6 D, E 2021/8346 K 2021/9247, 13.09.2021).

31 Şevki Davut ve Şenol Coşkun, ‘İmar Planlarına Karşı Açılacak İptal Davalarında İdari Dava Açma Süresi’ (2011) 69 (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1209, 1214-1218.

32 Danıştay da bir kararında bu ihtimalleri şu şekilde özetlemiştir: “...(İ)mar planlarına karşı askı süresi içerisinde yapılan itirazların, askı süresi dolduktan sonra, bu itirazlara yönelik idari işlem tesis edilmesi için yetkili mercie gönderildiği hususu ile 2577 sayılı Kanun’un 7. maddesi birlikte ele alındığında, dava açma süresinin başlangıcında, askıda yapılan itiraz tarihi yerine, itirazlar hakkında değerlendirme yapılacak sürecin başladığı askıdan inmeyi takip eden tarihin esas alınması gerekmektedir.

Sonuç olarak, 3194 sayılı Kanun’un 8. maddesi ve 2577 sayılı Kanun’un 7. maddesi ile üst makamlara başvurmaya düzenleyen 11. maddesi hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden; imar planlarına karşı, bir aylık askı süresi içerisinde 3194 sayılı Kanun’un 8/b maddesi kapsamında başvuruda bulunulması ve idari dava açma süresinin başlangıç tarihi olan ilan-askı süresinin son gününü izleyen günden itibaren 60 gün (2577 sayılı Kanunda yapılan değişiklik ile bu süre 30 güne indirilmiştir) içerisinde bu başvuruya cevap verilmeyerek isteğin reddedilmiş sayılması halinde, zımni reddin olduğu bu tarihi takip eden 60 günlük dava açma süresi içerisinde veya ilan-askı süresinin son gününü izleyen 60 gün içerisinde cevap verilmek suretiyle isteğin reddedilmesi halinde, bu cevabın tebliğ tarihini izleyen günden itibaren 60 günlük dava açma süresi içerisinde idari dava açılabilir; imar planlarına askı süresi içinde bir itirazda bulunulmamış ise davanın, 2577 sayılı Kanun’un 7. maddesi uyarınca, imar planının ilan-askı süresinin son gününü izleyen günden itibaren 60 gün içinde açılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Öte yandan, bu süreler geçirildikten sonra yapılacak başvuruların ise, dava açma süresini ihya etmeyeceği açıktır”. Danıştay İDDK, E 2022/3008 K 2023/728, 10.04.2023. Aynı yönde bkz. Danıştay İDDK, E 2022/1061 K 2022/2917, 13.10.2022. Danıştay 6 D, E 2022/8146 K 2023/1909, 23.02.2023.

33 İmar Kanunu, Madde 8/1-b.

34 “Dosyanın incelenmesinden 05/08/2013 tarihli 90 sayılı belediye meclis kararı ile 1/1000 ölçekli uygulama imar planı

Ayrıca imar planları ve bu planlardaki değişikliklerin nerede askıya çıktığına dair bilgilendirme ilanı, askı süresi ile eş zamanlı olarak ilgili muhtarlıkların panosunda duyurulmalı; plan değişikliği hakkında, değişikliğe konu alanda görülebilir bir şekilde en az iki adet tabela ile otuz gün süreyle bilgilendirme yapılmalıdır³⁵.

İmar planlarının yürürlüğe girişi aşamasında aleniyeti sağlamak adına getirilen ve hak arama özgürlüğü, adil yargılanma hakkı açısından büyük önem arz eden³⁶ bu düzenlemelerin, 7221 sayılı Kanun'la imar planlarına karşı dava açma süresinin beş yıla sınırlandırılmasından sonra, bahsi geçen temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından yeterli güvenceyi sağladığını söylemek oldukça güçtür. İlan ve askı suretiyle duyurulmayı gerektiren ve bu yolla aleniyetin sağlandığı durumlarda, idarelerin kişilerin hak arama yollarına gitmelerinin önüne geçebilmek adına bu usulü kötüye kullandığı hallere sıkça rastlanılmaktadır. 7221 sayılı Kanun'la imar planlarına karşı dava açma süresinin sınırlandırılmasından önce, uygulama işlemleri sonrasında imar planlarına her zaman dava açılabilirdiği³⁷ göz önüne alındığında, planın yürürlüğe girişi aşamasında aleniyet ilkesine aykırı idare uygulamalarının kişilerin – başta mülkiyet hakkı olmak üzere – hak kaybına uğramalarına etkisi sınırlı düzeyde kalabilmekteydi. 7221 sayılı Kanun'dan önce kişiler her imar uygulama işlemiyle birlikte dava açma hakkını elde edebilmekte ve yargısal korunmayı sağlayabilmekteyken; mezkur Kanun sonrasında dava açma hakkı beş yıla sınırlandırılmıştır. Bu da, planların yürürlüğe girmesi aşamasında aleniyetin sağlanmasını ve bu ilkenin hayata geçirilmesi için getirilen kurallara uyulmasını kişilerin temel hak ve özgürlükleri açısından daha önemli hale getirmiştir. Bu kapsamda, imar planlarının yürürlüğe girmesi aşamasında aleniyetin sağlanmasına yönelik usul kurallarının plan yapmaya yetkili idarelerce sıkı şekilde uygulanması ve ne şekilde uygulandığının belgelendirilmesi gerekmektedir. Özellikle bilgilendirme ilanı ve pano uygulamasının ne şekilde yapılması gerektiği hususunda düzenleme yapılması bugünkü hukuki durum açısından bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Panoların boyutu, nerede ve ne şekilde asılacağı, planlama sahasının büyüklüğüne göre sayısı, asıldığının ve otuz gün süreyle asılı kaldığının belgelendirilmesi gibi hususlar düzenlemeye

ile 1/5000 ölçekli nazım imar planının onaylandığı, anılan planların 06/08/2013-06/09/2013 tarihleri arasında askıya çıkarıldığı, davacıya ait parselin konut alanından kreş alanına dönüştürüldüğü, davacı dışında plan onama sınırları içerisinde parselleri bulunan kişilerce söz konusu meclis kararına itirazlarda bulunulduğu, itirazların değerlendirilmesi sonucu planlarda yapılan değişikliklerin dava konusu meclis kararı ile onaylandığı, Dairemizin 01/06/2016 tarihli ve 20/02/2017 tarihli ara kararları ile dava konusu 07/10/2013 tarihli 110 sayılı belediye meclis kararına ait askı ilan tutanaklarının dosyaya sunulması istenilmiş olmasına rağmen davalı idarece dava dosyasına 05/08/2013 tarihli 90 sayılı belediye meclis kararına ilişkin askı ilan tutanaklarının sunulduğu, itirazların değerlendirilmesi sonucunda planların onaylanmasına ilişkin dava konusu 07/10/2013 tarihli 110 sayılı belediye meclis kararının askıya çıkarılmadığı anlaşılmaktadır.

Olayda, 1/1000 ölçekli uygulama imar planı ile 1/5000 ölçekli nazım imar planlarının onaylanmasına ilişkin belediye meclis kararına karşı yapılan itirazların değerlendirilmesi sonucu 07/10/2013 tarihinde planların onaylandığı, ancak askıya çıkarılarak ilan edilmeden yürürlüğe konulduğu anlaşıldığından, 3194 sayılı Yasada öngörüldüğü biçimde ilan edilmeksizin yürürlüğe konulan uygulama imar planı ve nazım imar planlarında hukuka uyarlık bulunmamaktadır". Danıştay 6 D, E 2016/3903 K 2017/5808, 14.07.2017.

35 İmar Kanunu, Madde 8/1-b.

36 Yılmaz, *İmar Planlarının Hukuki Rejimi* (n 5), 457.

37 "...(İ)mar planlarına ilan askı süresi içinde yapılan itirazın reddi ya da ilan askı süresinin son gününden itibaren süresi içinde dava açılmaması durumunda, 2577 sayılı kanunun 10. maddesi kapsamında yapılacak imar planı değişikliği başvurusunun reddi ya da herhangi bir uygulama işlemi (parselasyon, kamulaştırma gibi) üzerine yasal dava açma süresi içinde dava açılabilirdiği tabiidir". Danıştay 6 D, E 2023/818 K 2023/2158, 02.03.2023.

konu edilmeli; düzenleme yapılana kadar da idarelerce aleniyetin sağlandığı bu unsurları kapsar şekilde tevsik edilmelidir. Örneğin; her yedi günde bir idarenin personeli, muhtar ile planlama sahasında ikamet eden farklı kişilerin birlikte tanzim edeceği bir tutanakla panoların varlığı ve varlık amacına uygun şekilde aslı kaldığının belgelendirilmesi zorunluluğu getirilebilecektir.

Benzer belgelendirmenin, “(i)mar planlarının nerede ve nasıl görülebileceği mahalli haberleşme araçları ile yerel veya ulusal basında veya ilgili muhtarlıklarda duyurulur”³⁸ şeklindeki norm kapsamında da gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Duyurunun ayrıca bilişim teknolojileri aracılığıyla yapılması gerekliliği norm olarak ihdas edilmelidir. Bu kapsamda, imar planlarının hazırlanma aşamasında planlama sahasında yer alan kişilerin planlama sürecine katılımını³⁹ sağlamak da, kişilerin planlamadan haberdar olması ve hukuki başvuru yollarına gitme, hak arama özgürlüğünü kullanmasını sağlama imkanını artıracaktır.

İmar planlarının yürürlüğe giriş usulüne tam olarak uyulmaksızın kesinleşen imar planları uygulanabilir olmakla birlikte⁴⁰; planlara karşı dava açma süresinin başladığı söylenemeyecektir⁴¹. Kanun’da öngörülen usule aykırı şekilde kesinleşen imar planlarına karşı dava açma süresi, ilanı izleyen günden değil; öğrenme tarihinden başlayacaktır⁴². Nitekim Danıştay da nazım imar planı revizyonunun dava konusu edildiği bir uyuşmazlıkta, imar planlarına ilişkin aleniyetin sağlanması gerektiğini; planın nerede nasıl görülebileceğinin mahalli haberleşme araçları ile duyurulduğuna dair bilgi ve belge bulunmaması durumunda dava açma süresinin öğrenme tarihinden başlayacağına hükmetmiştir⁴³.

38 MPYY, Madde 33/2.

39 İmar planlarının yapımı aşamasında katılıma ilişkin bkz. H.Alphan Dinçkol, ‘Belediyenin İmar Planlama Faaliyetinde Katılım İlkesi’ (2024) 1 GSÜHFD 99.

40 “...(H)er ne kadar, dava konusu nazım imar planı revizyonu ... ilçesinde askıya çıkarılıp ilan edilmemiş ise de bu haliyle yürürlük kazandırılıp uygulanan ve yürürlük kazanan uyuşmazlığa konu imar planının esasının incelenmesi suretiyle bir karar verilmesi gerekmektedir”. Danıştay 6 D, E 2017/3649 K 2021/3215, 08.03.2021.

41 “Düzenleyici işlemler için yayın yolu, idari kararların ise yazılı bildirim ile ilgililere duyurulması zorunludur. Bu muameleler, mevzuatta öngörülen şekiller uyarınca yapılmadığı takdirde, gerçekleşmiş sayılmaz ve örneğin dava açma süreleri işlemeğe başlamaz”. Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları* (İstanbul Üniversitesi 1982) 410.

42 “Ayvacı Belediye mücavir alan sınırları içerisinde bulunan dava konusu imar planının ilgili belediye olan Ayvacı Belediye Başkanlığında ilan edilmesi gerekirken, Bayındırlık ve İskan Müdürlüğü panosunda 23/08/2010 – 23/09/2010 tarihleri arasında askıya çıkarıldığı anlaşılmakta olup, bu itibarla, mevzuatta öngörülen usule uygun, geçerli bir askı ilanından bahsetmeye olanak bulunmadığından uyuşmazlık konusu plan örneğinin davacıya gönderilmesi üzerine 30/12/2011 gününde açılan davada süre aşımı bulunmamaktadır”. İDDK., E. 2013/750 K. 2015/102 T. 26.1.2015. Aynı yönde bkz. “...(D)avacının itirazına konu olan il çevre düzeni planının 21/03/2014-21/04/2014 tarihleri arasında sadece Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğü ilan panosunda ilan edildiği, bunun yanında ilgili idare olan Sakarya Büyükşehir Belediyesi ilan panosunda ve internet sayfasında ilan edilmediği davacının itirazının yetkili olan Çevre ve Şehircilik Bakanlığına gönderilmediği dikkate alındığında itirazın reddine ilişkin büyükşehir belediye meclisi kararının tebliği üzerine anılan işlemin iptali istemiyle yasal sürede açılan davada süre aşımı bulunmamaktadır”. Danıştay 6 D, E 2015/3129 K 2016/3131, 24.05.2016; Danıştay İDDK, E 2012/412 K 2014/526, 03.03.2014.

43 “5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu’nda yapılan değişiklik sonucu büyükşehir belediyesi sınırları il mülki sınırları olarak değiştirilerek ilçe belediyeleri büyükşehir belediyesi sınırlarına dahil edilmiş ve buralara götürülecek hizmetler de büyükşehir belediyesi sorumluluğuna verilmiş ve buna bağlı olarak planlanan alan, merkez ilçe dışında bir ilçede olsa bile planın büyükşehir belediyesi tarafından ilan edilmesi ve bu ilanla birlikte, ilgili planın nerede ve nasıl görülebileceğinin mahalli haberleşme (hoparlör) araçları ile duyurulması ve bunun tutanağa bağlanması gerekmektedir. (...) Bu durumda, davacının İzmir İli, Urla İlçesi, Tekeli Mahallesinde ikamet ettiği ve bu yerde söz konusu planın

2. Parselasyon Planlarına Karşı Dava Açma Süresinin Başlangıcı

Parselasyon planlarının yürürlüğe girebilmesi ve kesinleşmesi için de – imar planlarına benzer şekilde – ilan usulünün belirlenmesine⁴⁴ karşın, parselasyon işleminin hukuki niteliği itibarıyla bireysel işlem⁴⁵ olarak kabul edilmesi sebebiyle dava açma süresi (altmış gün) tebliğden itibaren başlayacaktır. Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu da, 1961 Anayasası'nın 114. maddesinde yer alan “İdarenin işlemlerinden dolayı açılacak davalarda süre aşımı, yazılı bildirim tarihinden başlar” hükmünden hareketle⁴⁶, parselasyon planlarına karşı açılan davalarda dava açma süresinin yazılı bildirim tarihinden itibaren başlayacağına hükmetmiştir⁴⁷. Yazılı bildirimden kasıt, parselasyon planının 7201 sayılı Kanun'un ilgili hükümleri uyarınca tebliğ edilmesidir⁴⁸. Şayet bu şekilde yapılmış bir tebligat söz konusu değilse; dava açma süresi, ilgilinin öğrenme⁴⁹ (ya da öğrenmiş sayılma⁵⁰) tarihinden başlayacaktır. ‘Öğrenme’nin gerçekleştiğinin kabulü içinse, ada dağıtım cetveli, düzenleme ortaklık payı ile ilgili hususlar gibi parselasyon planı kapsamında yer alan teknik ve hukuki bilgi-belgelerin işlemin muhatabınca bilinmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵¹.

nere ve nasıl görülebileceğine ilişkin bir duyuru yapılmadığından, plan değişikliği işleminden davacının haberdar olduğu tarih esas alınmak suretiyle davanın süresinde açıldığı kabul edilerek davanın esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken aksi yönde verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.” Danıştay 6 D, E 2013/6634 K 2014/3737, 14.5.2014. Aynı yönde bkz. “...(P)rojenin gerçekleştirileceği alanda veya etkilene alanında dava konusu işlemin ilan edildiğine dair davalı idare tarafından herhangi bir belge sunulmadığı dikkate alındığında, dava konusu işlemi öğrenme tarihinden itibaren dava açma süresinin başladığının kabulü gerektiği...”. Danıştay 6 D, E 2020/10584 K 2021/5613 15.04.2021.

44 Bu hususta bakınız. “İmar ve Parselasyon Planlarının Kesinleşmesi” başlığı.

45 Bu hususta bakınız. “Genel Olarak İmar ve Parselasyon Planları” başlığı.

46 1982 Anayasası, Madde 125/3: “İdari işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden başlar”.

47 Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı (İBK), E 1969/2 K1970/1, 12.02.1970, RG.: T.05.07.1970-S.13539, 6.

48 “...(İ)darenin böyle bir işlemi bizzat davacıya 7201 sayılı Yasanın ilgili hükümleri uyarınca tebliğ etmesi gerekmektedir”. Danıştay 6 D, E 2008/3956 K 2010/3924, 16.04.2010. Aynı yönde bkz. Danıştay 6 D, E 2021/8192 K 2022/1087, 07.02.2022. Danıştay 6 D, E 2008/10029 K 2010/8094, 20.09.2010. Ayrıca bkz. “Parselasyon işlemi niteliği itibarıyla subjektif bir işlem olup, işlemin yasal bildirimi üzerine dava açma süresinin başlaması esastır”. Danıştay 6 D, E 2012/5006, K 2013/3620, 23.05.2013. Aynı yönde bkz. Danıştay 6 D, E 2014/5470 K 2017/6852, 27.09.2017; “3194 sayılı İmar Kanunu’nun 18. maddesi uyarınca yapılan parselasyon planlarında ve dağıtım cetvellerinde, düzenlemeye giren her taşınmaz mala karşılık sahiplerine verilecek bağımsız veya şuyulu imar parsellerinin parsel büyüklükleri, hisse miktarı, parsellerin konumu gibi hususlar ayrı ayrı gösterildiğinden, bu planların düzenlemeye tabi tuttukları taşınmaz sahipleri için subjektif ve kişisel işlemler oldukları kuşkusuzdur. Bu itibarla idarenin böyle bir işlemi bizzat davacıya 7201 sayılı Tebligat Kanunu’nun ilgili hükümleri uyarınca tebliğ etmesi gerekmektedir”. (Danıştay 6 D, E 2009/355 K 2011/1371, 16.05.2011).

49 “...(P)arselasyon işlemi gibi subjektif ve kişisel nitelikte idari işlemlere karşı dava açma süresinin başlaması için ilgililere yazılı bildirim yapılması gerekmektedir. Yazılı bildirim yapılmaması halinde, ilgililerin işlemi ve kime karşı dava açabileceklerini öğrenmeleri üzerine dava açabilecekleri tabidir” (Danıştay 6 D, E 2015/9132 K 2019/9136, 14.10.2019).

50 Danıştay 6 D, E 2015/9132 K 2019/9136, 14.10.2019. Danıştay tebliğ edilmemiş olmakla beraber, askı süresi içerisinde itiraz edilen parselasyon planının öğrenilmiş sayılması gerektiğine karar vermiştir: “...(P)arselasyon işlemi 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre davacıya tebliğ edilmemiş ise de, davacının, anılan işlemin askıya çıkarıldığı 16/08/2007-16/09/2007 tarihleri arasında, 2577 sayılı Kanun’un 11. maddesi uyarınca 05/09/2007 tarihinde yapmış olduğu itiraz başvurusu dilekçesinden, işlemi tüm unsurları ile öğrendiği anlaşılmıştır”. Danıştay İDDK, E 2010/2858 K 2014/49, 20.01.2014.

51 “Parselasyon işleminin tebliğ edilmediği durumlarda, birçok teknik ve hukuki ayrıntısı bulunan bu işlemten muhatabın tüm unsurları itibarıyla haberdar olduğu tarihin tespit edilerek dava açma süresinin başlatılması gerekir. Bunun yanında parselasyon planı, ada dağıtım cetveli, düzenleme ortaklık payı ile ilgili hususları ihtiva etmeyen bilgi ve belgelere itibar edilerek dava açma süresinin başlatılması mümkün değildir. İşlemin tüm unsurlarıyla muhatabına tebliğ edilmesi gerekmektedir. (...) Bu durumda, Mahkeme kararında belirtildiği üzere davacı tarafından verilen emlak

AADH Yönetmelik'in "Parselasyon planlarının tebliği" başlıklı 26.maddesinde, düzenleme alanının büyüklüğü, parsel maliki ve parsellerdeki hissedar sayısının çokluğu, bu kişilerin bulundukları yer itibarıyla birebir tebligat yapılamaması ya da adres kayıt sisteminde kayıtlı olduğu yerde bulunmaması gibi nedenlerle karşılaşılabilecek zorluklar dikkate alınarak parselasyon planlarının askıya çıkarılması, internet sitesinde yayımlanması, belediye duyurusu, gazete ve benzeri mutata vasıtalarla da duyurulmasıyla düzenleme sahasındaki taşınmaz maliklerine tebliğ edilmiş sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak bu düzenlemenin, idarelerin parselasyon işlemini tebliğ etme yükümlülüğünden kurtulduğu şeklinde yorumlanmasına olanak bulunmamaktadır. Anayasamızın 125/3. maddesinde idari işlemlere karşı dava açma süresinin yazılı bildirim tarihinden başlayacağı açıkça hüküm altına alınmıştır. Anayasanın açık hükmü ile bu esastan hareketle verilmiş Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu kararının varlığına karşın, Yönetmelikle yazılı bildirim (tebligat) kuralına istisna getirilebileceğini söylemek mümkün değildir⁵².

vergisi beyannamesinde, taşınmazın ada ve parsel numarasının yeni haliyle belirtildiğinden bahisle, teknik bir işlem olan parselasyon işleminin en geç bu belgelerin düzenlendiği tarihte öğrenildiği kabul edilerek davanın süre aşımı nedeniyle reddine karar verilmiş ise de, işlemin tüm unsurlarıyla bu belgelerden öğrenilmesinin mümkün olmadığı, subjektif bir işlem olan parselasyon işleminin davacıya tüm unsurlarıyla tebliğ edilmesi gerektiği, dava konusu işlemin, davacının beyan ettiği 16.03.2012 tarihinde öğrenildiğinin kabul edilerek yasal dava açma süresinde açılan davanın esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken aksi yönde verilen Mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır. Danıştay 6 D, E 2012/5006 K 2013/3620, 23.05.2013. Aynı yönde bkz. Danıştay 6 D, E 2014/5470 K 2017/6852, 27.09.2017. "...Nazilli 1. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin E:2011/952 sayılı esasında açılan ortaklığın giderilmesi davasında 18.09.2013 tarihinde yapılan ve davacının katıldığı keşif sonrasında düzenlenen ve ihtilaf konusu taşınmazı kapsayan alanda imar uygulaması yapıldığını belirten bilirkişi raporunun 31.10.2013 tarihindeki duruşmada davacıya elden tebliği ile davacının itilasına girdiği esas alınmış ise de, bu bilirkişi raporunun tebliğ alınması ile parselasyon işleminin yukarıda açıklandığı şekilde tüm unsurları ile davacı tarafından öğrenildiği sonucuna varılması mümkün değildir.

Bu durumda, davacı tarafından 08.11.2013 tarih, 3004 sayılı davalı belediye yazısı ve eki ile parselasyon işlemi öğrenilmesi üzerine, 09.01.2014 tarihinde açılan davada süres aşımı bulunmamaktadır". Danıştay 6 D, E 2014/5643 K 2015/2047, 03.04.2015. Taşınmazın parselasyon sonrası 04.03.2003 tarihinde davacı adına tapuda tescil edildiği, dosyada mevcut tapu senedi fotokopisine göre, davacının 05.11.2008 tarihinde imzası karşılığında tapu senedinin aslını teslim aldığı, dolayısıyla bu tarih itibarıyla davalı idarece yapılan imar uygulamasından haberdar olduğu ve dava açma süresinin bu tarihten itibaren başlayacağı hususunda bkz. Danıştay 6 D, E 2014/1239 K 2015/3134, 14.05.2015.

- 52 Anayasal bir kurala idari işlemle getirilecek istisnaların Anayasa aykırılık taşıyacağı hususunda bkz. Taner Ayanoglu, *Bireysel İdari İşlemlere Karşı Dava Açma Süresinin Başlangıcı* (On İki Levha 2017) 40.

Anayasa Mahkemesi 7221 sayılı Kanun'la parselasyon planlarına karşı dava açma süresini beş yılla sınırlandıran normun hukuka uygunluğunu değerlendirdiği kararında, kanunla bu yönde sınırlama yapılabileceğini ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme kararında plan tebliğ edilmeksizin planın kesinleşme tarihinden itibaren beş yıllık sürenin başlamasının Anayasaya aykırı olmadığına hükmetmiş; zorunluluğun bulunduğu bazı hallerde (parselasyon planlarını bu kapsamda saymıştır) tebligat dışındaki yöntemlerin de 'yazılı bildirim' olarak kabul edilebileceğine karar vermiştir: "Yönetimde açıklık ilkesinin de bir sonucu olan yazılı bildirimin amacı, ilgilinin hakkında tesis edilen işlem konusunda bilgilendirilmesidir. Anayasa'nın anılan hükmünde dava açma süresinin yazılı bildirim tarihinden itibaren işlemeye başlayacağı belirtilmekle birlikte yazılı bildirinin yapılış usulüne ilişkin herhangi bir sınırlayıcı hükme yer verilmemiştir. Elbette asıl olan hakkında idari işlem yapılan her bir kişiye ayrı ayrı şahsen tebliğ yapılmasıdır. Ancak somut olayın zorunlu olarak gerektirmesi halinde ve yazılılık ile bildirme unsurlarını taşımak kaydıyla posta yoluyla şahsen tebliğ dışındaki tebliğ yöntemlerinin de Anayasa'nın anılan hükmüne aykırılık teşkil etmeyeceğinin kabul edilmesi gerekir.

İtiraz konusu kuralda parselasyon planlarına karşı kesinleşme tarihinden itibaren herhâlde beş yıl içerisinde dava açılacağı hükmüne yer verilmiş, 3194 sayılı Kanun'un 19. maddesinin birinci fıkrasında ise parselasyon planlarının bir ay müddetle ilgili idarede asılacağı ayrıca mutata vasıtalarla duyurulacağı ve bu sürenin sonunda planın kesinleşeceği hükmüne yer verilmiştir. Parselasyon planlarının işin mahiyeti gereği bir veya birden fazla mahalleyi, dolayısıyla yüzlerce/binlerce kişiyle ilgili olması, kuralın kesinleşme işleminin parselleme yapılan yerdeki tüm taşınmazların mülkiyetine ilişkin belirsizliklerin biran önce giderilmesi amacıyla matuf olması ve kuralda öngörülen sürenin beş yıl olması karşısında kurala öngörülen yöntemin Anayasa'nın 125. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen hükme aykırı

Parselasyon işleminin niteliği gereği mülkiyet hakkıyla yakın ilişki içerisinde olması, büyük çoğunlukla idarece talep olmaksızın yapılması ve kişilerin tebligat olmaksızın parselasyon planından haberdar olmalarının beklenemeyeceği hususları birlikte değerlendirildiğinde, AADH Yönetmeliğin 26.maddesi hükmünün idareleri tebligat yükümlülüğünden bağımsız tutmaya yetmeyeceği sonucuna varılmaktadır. Aksi bir düşünüşte dahi, AADH 26.maddesinde yer alan gerekçelerin (düzenleme alanının büyüklüğü, parsel maliki ve parsellerdeki hissedar sayısının çokluğu gibi) varlığının yanı sıra, parselasyon planını yapmaya yetkili idarenin, düzenleme sahasında yer alan maliklere parselasyon planını tebliğ etmek konusunda gerekli tüm çabayı gösterdiğini; tüm bu çabaya karşın parselasyon planını tebliğ edemediğini; AADH 26.maddesinde belirtildiği şekilde askı, ilan, duyuru vb. yöntemlerle aleniyeti sağlayarak parselasyon planını yürürlüğe koyduğunu objektif şekilde ortaya koyması beklenmelidir. Nitekim Danıştay da, ilanen tebligat yoluna başvurabilmek için 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 28.maddesi kapsamında 'adresi meçhul olan'⁵³ kişilerin varlığını aramaktadır⁵⁴. Bu durumda dahi dava açma süresinin başlayabilmesi için, kişilerin ilan, duyuru, askı vb. yöntemlerle yürürlüğe konulan planı öğrenme olanağına objektif olarak sahip olması gerekmektedir⁵⁵.

Şu halde, kişilerin mülkiyet hakkına doğrudan etki eden parselasyon planlarının, düzenleme sahasında yer alan hak sahiplerine tebliğ edilme zorunluluğuna ilişkin herhangi bir duraksama bulunmamaktadır. Bu usule aykırı şekilde, parselasyon planlarının düzenleme sahasında yer alan hak sahiplerine tebliğ edilmemesi durumunda ise, – imar planlarının yürürlüğe girme usulünde olduğu gibi – parselasyon planları uygulanabilir olmakla birlikte; planlara karşı dava açma süresi öğrenme tarihinden başlayacaktır.

bir yönünün olmadığı ve bu usulde yazılılık ve bildirme unsurlarının gerçekleşmediğinin söylenemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır. Bu çerçevede kuralın Anayasa'nın sözüne aykırı bir yönü bulunmamaktadır". (AYM, E 2021/20 K 2022/84, 30.06.2022).

- 53 7201 sayılı Kanun, Madde 28: "Adresi meçhul olanlara tebligat ilanen yapılır. Yukarıdaki maddeler mucibince tebligat yapılamıyan ve ikametgahı, meskeni veya iş yeri de bulunamıyan kimsenin adresi meçhul sayılır".
- 54 "... (D)avalı idare tarafından dava konusu düzenlemeye ilişkin belediye encümeni kararının adresleri bulunamayanlara 7201 sayılı Tebligat Kanununun 28 inci ve 29 uncu maddeleri uyarınca ilanen tebliğ edildiği ve bu tebligatın dikkate alınması durumunda davacıların yasal süre içinde davalarını açmadıklarının anlaşılacağı ileri sürülmekte ise de; 7201 sayılı Yasanın 28nci maddesinde ilanen tebligat düzenlenmiş olup, adresi meçhul olanlara tebligatın ilanen yapılacağı ve kendisine bu yasanın diğer hükümlerince tebligat yapılamayan ve ikametgahı, meskeni ve işyeri de bulunmayan kimselerin adreslerinin meçhul sayılacağına hükme bağlanmış bulunduğu; dosyanın incelenmesinden; davalı idarece ilanen tebligatın yapılabilmesi için 7201 sayılı Yasanın 28nci maddesinde belirtilen şartların varlığını gösteren herhangi bir bilgi ve belgenin dosyaya ibraz edilemediği anlaşıldığından davalı idarenin iddialarına katılmanın mümkün bulunmadığı, bu nedenlerle idare mahkemesince temyiz isteminde bulunan davacılar yönünden de davanın esası hakkında karar verilmesi gerekirken davanın bir kısım davacılar açısından süre yönünden reddine ilişkin kararda isabet görülmemiştir." (Danıştay İDDK, E 1995/242 K 1996/405, 05.07.1996).
- 55 "Olayda ise yurt dışında işçi olarak çalışan davacının 19.07.1987 gününde yurda giriş yaptıktan sonra maliki olduğu taşınmaz hakkındaki düzenleme işlemini öğrendiğini belirterek anılan işleme karşı 10.08.1987 günlü dilekçeyle itiraz ettiği, ancak itirazın davalı idarece 60 gün içinde cevap verilmemek suretiyle reddedilmesi üzerine 19.10.1987 günlü dilekçeyle parselasyon işleminin iptali için bu davanın açıldığı dosyanın incelenmesinden anlaşılmaktadır. Bu itibarla, yurt dışında oturan bir kimsenin belediye sınırları içindeki hoparlör, askı v.s. gibi yollarla işleminden haberdar olmasının mümkün bulunmadığı, ancak yurda döndükten sonra haberdar olarak yaptığı yazılı itirazın reddinden itibaren dava açma süresinin başlayacağı gösterilmeksizin davanın süre aşımı yönünden reddinde isabet görülmemiştir." (Danıştay 6 D, E 1988/1456 K 1988/1497, 29.12.1988 (Legalbank))

B. DAVA AÇMA SÜRESİNİN SONA ERMESİ

İmar ve parselasyon planlarına karşı dava açma süresinin başlangıcının tespiti, aslında, 2577 sayılı İYUK'ta düzenlenen dava açma süreleri uyarınca dava açma süresinin ne zaman sona ereceğinin de belirlenmesi anlamına gelmektedir. Bu anlamda da, imar ve parselasyon planlarına karşı dava açma süresine ilişkin idari yargı nezdinde uzun zamandır süregelen, yerleşmiş içtihatların varlığından bahsetmek mümkündür. Ancak 7221 sayılı Kanun'la, imar ve parselasyon planlarına karşı kesinleşme tarihinden itibaren beş yıl geçtikten sonra dava açılmayacağına yönelik hükmün İmar Kanunu'na eklenmesi sonrasında bu meselenin yeniden ele alınması gerekmektedir.

1. 7221 sayılı Kanun'la Getirilen Beş Yıllık Dava Açma Süresi Sınırının İdari Dava Türleri Açısından Değerlendirilmesi

7221 sayılı Kanun'la İmar Kanunu'nun 8.maddesine eklenen hükümde, “(k)esinleşen imar planları veya parselasyon planlarına karşı kesinleşme tarihinden itibaren her halde beş yıl içinde dava açılabilir” düzenlemesine yer verilmiştir. Kanun'un lafzına bakıldığında, “...imar planları veya parselasyon planlarına karşı (...) beş yıl içinde dava açılabilir” denilmek suretiyle, ‘planlara karşı’ açılacak davaların beş yılla sınırlandırıldığı görülmektedir. Bu ifadenin, iptal ve tam yargı davalarının her ikisini de kapsayıp kapsamadığı; bir diğer ifadeyle, imar ve parselasyon planlarına karşı dava açma süresinin her iki dava türü açısından da geçerli olup olmadığı üzerinde durulması gerekmektedir.

7221 sayılı Kanun'un gerekçesine bakıldığında kuralla, “(i)mar planlarının ve imar uygulamalarının sürüncemede kalmaması, mülkiyet haklarının kısıtlanmaması ve idari işlemlerin istikrarının sağlanması amacıyla kesinleşmiş planlara ve parselasyon planlarına karşı kesinleşme tarihinden itibaren herhalde beş yıl içinde dava açılabilmesi (...) amaçlanmaktadır”⁵⁶.

Anayasa Mahkemesi de 7221 sayılı Kanun'la getirilen beş yıllık dava açma sınırının Anayasaya uygunluğunu parselasyon planları yönünden incelediği kararında şu ifadelere yer vermiştir: “...kuralın parselasyon planlarına karşı dava açabilmek için belirli bir süre belirlemek suretiyle imar planlarının ve imar uygulamalarının sürüncemede kalmayarak imar mevzuatına uygun inşaatların bir an önce yapılmasını sağlayayı amaçladığı anlaşılmaktadır”⁵⁷.

Gerek Kanun'un gerekçesinde gerekse de Anayasa Mahkemesi'nin kararında yer verilen ‘imar planlarının ve imar uygulamalarının sürüncemede kalmaması’, ‘idari işlemlerin istikrarının sağlanması’ amaçlarının gerçekleşmesine engel olabilecek dava türünün iptal davası olduğuna kuşku yoktur. Nitekim, uygulamada yaşanan sorunların da, imar ve parselasyon planlarına karşı açılan iptal davaları sonucunda verilen iptal kararlarının uygulanması aşamasında ortaya çıktığı bilinmektedir. Hem Kanun'un gerekçesinde hem de Anayasa Mahkemesi kararında, idari yargı mercilerince verilen iptal kararlarının sonuçlarına işaret edildiği aşikardır. Bu durumda, “imar planları veya parselasyon planlarına karşı” ifadesinin, bu planlara karşı iptal davası açma süresini sınırlandırdığı; Kanun'un

56 <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d27/c034/tbmm27034049ss0161.pdf>. (Erişim Tarihi: 11.07.2024.)

57 AYM, E 2021/20 K 2022/84, 30.06.2022.

amacının bu doğrultuda olduğu; tam yargı davası açısından beş yıllık dava açma süresi sınırının bulunmadığı ifade edilebilecektir.

Aynı sonuca Kanun'un lafzi yorumdan yola çıkarak ulaşmak da mümkündür. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2.maddesinde yer verilen iptal⁵⁸ ve tam yargı davası⁵⁹ tanımlarında, idari davaların idari işlemlere 'karşı' açıldığı yönünde bir düzenleme yer almamaktadır⁶⁰. İptal davasının, davanın konusunu oluşturan idari işlemin hukuk düzeninden kaldırılması amacıyla açılması nedeniyle, imar ve parselasyon planlarının iptali istemiyle açılacak davanın, bu işlemlere 'karşı' açıldığı söylenebilecektir. Tam yargı davalarında ise, idari işlem dolayısıyla kişisel hakkı ihlal edilen, zarara uğrayan kişilerin uğradığı zararın tazmini talep edilmektedir. Burada, idari işlemin hukuk düzeninden kaldırılması değil; işlem dolayısıyla ortaya çıkan zararın tazmini dava konusudur. Dolayısıyla, imar ve parselasyon planları sonucunda ortaya çıkan zararın⁶¹ tazmini istemiyle açılacak tam yargı davasının, "*imar planları veya parselasyon planlarına karşı*" bir dava olduğunu söylemek zordur. Nitekim bu davada davanın konusu da, – iptal davasından farklı olarak – idari işlem (imar ve parselasyon planı) değil; idari işlemin (imar ve parselasyon planı) doğurduğu zararın tazminidir. Bu nedenle, 7221 sayılı Kanun'un idari işleme karşı açılacak iptal davasını konu edindiği; tam yargı davaları açısından beş yıllık dava açma süresi sınırının geçerli olmadığı ifade edilmelidir.

Öte yandan, 2577 sayılı İYUK'un 12.maddesinde ilgililerin haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla, işlemin iptalini talep etmeksizin doğrudan doğruya tam yargı davası açabileceği hüküm altına alınmıştır. Bir diğer ifadeyle, idari işlem sebebiyle uğranılan zararın tazmini amacıyla tam yargı davası açabilmek için, işlemin iptalinin istenilmesi veya iptali istenilmişse davanın lehine sonuçlanması şart değildir. İptal davasının reddedilmiş olması, idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Somut olayda idarenin kusurlu veya kusursuz sorumluluğu söz konusu edilebiliyorsa, tam yargı davası açılabilir⁶². 7221 sayılı Kanun'la getirilen beş yıllık süre sınırı

58 Madde 2/1-a: "İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları,"

59 Madde 2/1-b: "İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları,"

60 Bu kelimeye, Anayasamızın 125/3.maddesinde dava açma süresinin başlangıcına ilişkin hükümde yer verilmiştir: "İdari işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden başlar".

61 "... (D)ava dilekçesinde, İSKİ İçmesuyu Havzaları Yönetmeliği gereği imar planlarında dere mutlak koruma alanında bırakılarak, tasarruf hakkı kullanılmayacak şekilde kısıtlanan müvekkillerinin taşınmazlarının bedelinin ödenmesine hükmedilmesinin istenildiği; mülkiyet hakkına getirildiği söylenen kısıtlamanın, taşınmazın maliki yönünden zarar doğurucu sonuçlarının olabileceğinde kuşku bulunmadığı, ancak; bu sonuç ya da sonuçların, bir idari işlem olan Yönetmelik ve imar planlarından başka anlatımla da, idari işlemlerden ve davalı idarenin Yönetmelik gereği yapılması gereken kamulaştırmalar konusundaki hareketsizliği şeklinde ortaya çıkan idari eylemlerden kaynaklandığı anlaşılmış olup, belirtilen duruma göre, Yönetmelik, imar planı ve buna dayalı imar uygulaması sonucunda uğranılan zararın tazminine yönelik bulunan davanın,..." Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü (HB), E 2013/1288 K 2013/1563,11.11.2013.

62 Turan Yıldırım, *İdari Yargı* (2. Baskı, Beta Basım 2010) 462. Bu yönde bir karar için bkz. "...Dosyanın incelenmesinden, davacıların taşınmazının imar planında kamu hizmetlerine tahsisli alanda kaldığı ve bu plan uyarınca parselasyon işlemi sonucunda eski yerinden taşınmaz tahsis edilmesi mümkün olmadığından, düzenleme ortaklık payı alındıktan sonra kalan taşınmazın iskan alanında bulunan 1288 ada, 1 parsel ve 1287 ada, 4 parsel sayılı taşınmazlardan pay verilerek karşılandığı, parselasyon işleminin iptali istemiyle açılan davanın ise mahkemece reddedildiği ve kararın kesinleştiği anlaşılmaktadır. (...) Parselasyon işlemi sırasında, eski yerinden taşınmaz tahsis edilmesinin mümkün olmadığı

nedeniyle imar ve parselasyon planına karşı – iptal davası – dava açıl(a)maması, idari işlem (imar ve parselasyon planı) nedeniyle uğranılan zararın tazminine engel teşkil etmeyecektir.

Burada, idari işlemten kaynaklanan tam yargı davası ile iptal davasına dair dava açma süresine ilişkin 2577 sayılı Kanun'da aynı hükümlerin öngörüldüğü; bir dava için geçen sürenin, diğeri için de geçmiş olacağı düşünülebilir. Gerçekten de, tam yargı davaları ile iptal davaları arasında sürenin işleyişi yönünden bir farklılık bulunmamaktadır. Bir diğer ifadeyle, iptal ve tam yargı davaları arasında dava başlangıcına ilişkin bir ayrım yoktur⁶³. Ancak, imar ve parselasyon planlarının özelliği ve idarelerin bu planların yapımında gösterdikleri gecikmeler, farklı olasılıkları gündeme getirebilmektedir. Örneğin, parselasyon sahasına komşu alanda taşınmazı bulunan kişiye, parselasyon planının tebliğ zorunluluğu bulunmamaktadır. İdare, parselasyon işlemini usule uygun şekilde yürürlüğe koymuş olsa da, komşu alanda yer alan taşınmaz sahibi, kendisini zarara uğratan – belki de hukuka aykırı gerçekleştirilen – parselasyon işleminden çok uzun zaman sonra haberdar olabilecektir. Maddenin lafzına bakıldığında, dava açma ehliyetine ilişkin herhangi bir düzenlemeye gidilmediği görülmektedir. Bir diğer ifadeyle, kanun koyucu imar ve parselasyon planlarından kimin etkilendiğinden bağımsız şekilde söz konusu idari işlemlerin hukuki geçerliliğini muhafaza etme amacıyla mezkur kanuni düzenlemeyi ihdas etmiştir. Kanun koyucunun amacının, beş yıllık sürenin sonunda planlara karşı dava açılmasının önüne geçerek, idari istikrarı sağlamak olduğu görülmektedir. Bu durumda, 7221 sayılı Kanun'la amaçlanan idari istikrarın sağlanması amacı doğrultusunda parselasyon planının iptali istenemese de; plandan dolayı zarara uğrayan kişinin uğradığı zararın tazmin edilmesi gerekmektedir. İmar ve parselasyon planlarına karşı getirilen beş yıllık dava açma süresinin geçmesi sonrasında, bu planların hukuk alemindeki varlığını devam ettirecek olması, bu işlemler dolayısıyla veya bu işlemler dayanak alınarak tesis edilen diğer uygulama işlemleri sebebiyle kişilerin uğradığı zararların tazminine engel teşkil etmeyecektir. Bu husus, “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür” şeklindeki Anayasa hükmü ve hukuk devleti olmanın gereğidir.

Şu halde, 7221 sayılı Kanun'la getirilen beş yıllık dava açma sınırının idari yargıda açılacak iptal davalarına ilişkin olduğu; tazminat davaları açısından bir sınırlama getirmediği ifade edilmelidir. Tazminat talebini konu edinen bu davalara ilişkin beş yıllık süre sınırının uygulanamayacağı yönündeki değerlendirme, adli yargıda açılacak davaları da kapsamaktadır. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu EK Madde 1'e göre, “(u)ygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmi kurumlara ayrılmak suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu hukuken

durumlarda, olabildiği kadar eski yerine yakın ve eşdeğer imar parsellerinin tahsis edilmesi Yasa gereğidir. Ancak, dava konusu uyumsuzlukta mümkün olan en uygun yer tahsis edilmiş olmasına rağmen, üzerinden yüksek gerilim hattı geçmesi ve ana yola uzak olması gibi nedenlerle bu yerin, eski taşınmaz ile eşdeğerde olmadığı iddia edilmektedir. Bu durum karşısında, anılan iddiaların araştırılması ve taşınmazların imar planındaki tahsis amaçları da göz önünde bulundurularak eski yer ile yeni yer arasındaki değer farkının, yüksek gerilim hattının etkilerinin ve plan ile getirilen kat adedinin de dikkate alınması suretiyle tespit edilmesi için, konunun uzman kişilerden oluşturulacak kurula keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılması ve düzenlenecek raporun değerlendirilmesi sonucunda dava hakkında yeniden bir karar verilmesi gerektiğinden, idare mahkemesi kararında isabet görülmemiştir”. Danıştay 10 D, 16.10.2001 tarih, 5631/4732, Aktaran. E. Ender Atay, Hasan Odabaşı ve Hasan Tahsin Gökcan, *İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları* (2. Baskı, Seçkin Yay. 2010) 339-340.

63 Onur Karahanoğulları, *İdari Yargı-İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)* (2. Baskı, Turhan 2024) 403.

kısıtlanan taşınmazlar hakkında, uygulama imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre içerisinde imar programları veya imar uygulamaları yapılır ve bütçe imkânları dâhilinde bu taşınmazlar ilgili idarelerce kamulaştırılır veya her hâlde mülkiyet hakkını kullanmasına engel teşkil edecek kısıtlılığı kaldırarak şekilde imar planı değişikliği yapılır/yaptırılır. Bu süre içinde belirtilen işlemlerin yapılmaması halinde taşınmazların malikleri tarafından mülkiyet hakkından kaynaklı bedele ilişkin açılacak davalar, adli yargıda görülür”. Hukuki el atma⁶⁴ olarak da adlandırılan bu durumda, taşınmaza imar planıyla verilen fonksiyon gereğince mülkiyet hakkı tam olarak kullanılamamaktadır⁶⁵. İdarelerce uygulama imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık sürede mülkiyet hakkının kullanımını sağlayacak işlemlerin (kamulaştırma veya imar planı değişikliği) tesis edilmesi gerektiği; bu süre içerisinde işlem tesis edilmemesi halinde mülkiyet hakkı ihlali nedeniyle bedele ilişkin dava (tazminat davası) açılabileceği, açılacak davada görevli yargı yerinin ise adli yargı olduğu açıkça düzenlenmiştir. Burada, kişilerin mülkiyet hakkını kullanmasının önüne geçen ve bu sebeple de zarara uğramasına yol açan işlem, taşınmazın imar planında kamusal fonksiyona ayrılmasıdır. Kanun koyucu, imar planı dolayısıyla mülkiyet hakkının kullanılamaması sebebiyle ortaya çıkan zararın dava edilebilirliğini, beş yıl içerisinde mülkiyet hakkını kullanmasının önüne geçen işlemin kaldırılmaması veya kamulaştırma bedelinin ödenmemesi şartlarına bağlamıştır. Beş yıl içerisinde bu işlemlerin tesis edilmemesi halinde, kişiler imar planı sebebiyle mülkiyet haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle uğradıkları zararın tazmini istemiyle adli yargıda dava açabileceklerdir. Ancak, 7221 sayılı Kanun’la İmar Kanunu’na getirilen beş yıllık dava açma sınırının tazminat davalarını da kapsadığı düşüncesinde, Kamulaştırma Kanunu EK Madde 1’e göre, imar planında getirilen mülkiyet hakkı kısıtlaması sebebiyle uğradığı zararın tazmini için uygulama imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıl beklemek zorunda olan kişi; beş yıl geçtikten sonra da 7221 sayılı Kanun’la getirilen ‘plana karşı beş yıl içerisinde dava açabilir’ sınırına takılacak ve dava yoluna gidemeyecektir. Böylece, idari işleminden doğan zarara karşı yargı yolu kapatılmış olacaktır. Bu durumu, yukarıda yer verilen Anayasamızın 125/6.maddesi hükmüyle bağdaştırmaya olanak bulunmamaktadır. Ancak, Kanun’un lafzına bakıldığında, beş yıllık süre sınırı yönünden yargı kolu anlamında bir ayrıma gidilmediği de görülmektedir. Bu nedenle, 7221 sayılı Kanun’la getirilen beş yıllık dava açma süresi sınırının, ister adli ister idari yargıda açılsın, bedele ilişkin davalarda uygulanabilir olmadığı söylenmelidir.

64 Hukuki el atma hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Turan Yıldırım, ‘İmar Planı Yoluyla Kamulaştırmaz El Atma (Karar incelemesi-Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 15.12.2010 tarihli, 2010/651 K. sayılı kararı)’ (2011). Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 0(81-82),183-199; Ömer Faruk Erol, ‘Yargı Kararlarında İmar Planı Yoluyla Kamulaştırmaz El Atma.’ (2013) 9 (105-106) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 193-228.

65 “İmar planları onaylanarak idare ve bireyler açısından hukuki sonuçlar doğurmaktadır. İmar planlarının onaylanmasından sonra özellikle imarlı alan içinde bulunulacak her türlü imar ve yapı faaliyetlerinde imar plan ve programlarına uygun davranma, her türlü yapı için ilgili idareden izin alma ve izin ilkelerine uygun olarak yapı inşa etme yükümlülüğü ilgililer açısından doğmaktadır. Bunun yanında taşınmazın imar planında kamu hizmetine ayrılması henüz bir kamulaştırma yapılmayıp fiilen de taşınmaza el atılmadığı için mülkiyet hakkını ortadan kaldırmamakla birlikte malikin mülkiyet hakkından doğan yetkilerini önemli ölçüde kısıtlamaktadır. Bu kapsamda kamu hizmet alanı olarak ayrılmasından dolayı taşınmaz üzerinde inşai faaliyette bulunulabilmesi mümkün olamadığı gibi bu durumun satış, bağış, ipotek ve diğer irtifak haklarının tesisi yönünden yapılacak işlemler ve taşınmazın rayiç değeri bakımından da olumsuz etkileri bulunmaktadır. Dolayısıyla imar uygulamalarının ve bu bağlamda taşınmazların imar durumunun kamu hizmet alanı olarak belirlenmesinin mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiği kuşkusuzdur”. (AYM, E 2016/196 K 2018/34, 28.03.2018).

2. 7221 sayılı Kanun’la Getirilen Beş Yıllık Dava Açma Süresi Sınırının Hak Arama Özgürlüğü Yönünden Değerlendirilmesi

İmar ve parselasyon planları açısından getirilen beş yıllık azami dava açma süresi sınırının hak arama özgürlüğü açısından değerlendirilmesi faydalı olacaktır. Zira, mezkur değişiklik sonrasında idarelerin imar ve parselasyon planlarının yürürlüğe girmesi aşamasındaki tutumları ile idari yargı mercilerinin bu tutum karşısında benimseyecekleri içtihat, kişilerin adil yargılanma ve mülkiyet haklarına doğrudan etki edecek niteliktedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6.maddesinde ve Anayasamızın 36.maddesinde pozitif dayanağını bulan adil yargılanma hakkının bileşeni⁶⁶ olan hak arama özgürlüğü, “*kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmayı ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisidir*”⁶⁷. Dava açma sürelerine ilişkin kurallar, hak arama özgürlüğünü (mahkemeye erişim hakkını) sınırlandıran kurallardır. İdari işlemlerin belirli bir süre sınırlaması olmaksızın, süreklilik arz edecek şekilde veya makul olmayacak ölçüde uzun bir süre dava konusu edilebilme olasılığının bulunmasının, kamu hizmetlerinin işleyişini aksatacağı ve idari istikrarı bozacağı ifade edilerek, idari dava açma sürelerinin sınırlanabileceği kabul edilmektedir⁶⁸. Bu nedenle, idari davalarda dava açma süresinin belirlenmesi idari istikrarın sağlanması anlamında kamu düzeninin gereği olarak öngörülen bir usul kuralı olarak değerlendirilmektedir⁶⁹. Nitekim 7221 sayılı Kanunun yürürlüğe konulma amaçlarından biri olarak “*idari işlemlerin istikrarının sağlanması*” hususuna madde gerekçesinde⁷⁰ yer verilmiştir.

İmar ve parselasyon planları açısından da, 2577 sayılı İYUK’ta öngörülen dava açma süreleri uygulama alanı bulmakta; aslında bu işlemlere karşı dava açma hakkı sınırlandırılmaktadır. Bu sınırlamaya ek olarak, 7221 sayılı Kanun’la azami dava açma süresi (beş yıl) getirilerek, sınırlamanın kapsamı genişletilmektedir. Gerçekten de, imar ve parselasyon planlarına karşı dava açma süresinin beş yılla sınırlandırılması hususu, idari istikrarın temini amacıyla hak arama özgürlüğüne yapılmış bir müdahale olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanun koyucu, uygulamada imar ve parselasyon planlarının yürürlüğü ve uygulanmasından uzun süre geçtikten sonra ilgililer tarafından açılan iptal davaları neticesinde planların iptali ihtimalinde, yargı kararlarının uygulanmasında ortaya çıkan zorlukları planlara karşı dava açma süresini sınırlandırarak gidermek istemiştir. Nitekim, 7221

66 “Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından biri mahkemeye erişim hakkıdır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesi ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesi ve zararını giderebilmesinin en etkili yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Mahkemeye erişim hakkı, bireylerin iddia ve savunmalarını bir yargı mercii önünde ileri sürebilmelerine imkân sağlayan ve adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak kabul edilen bir haktır”. (AYM, E 2016/37 K 2016/135, 14.07.2016).

67 AYM, E 2017/20, K 2018/75, 05.07.2018.

68 AYM, E 2016/37, K 2016/135, 14.07.2016.

69 Danıştay 17 D, E 2015/9249 K 2015/841, 24.03.2015.

70 “İmar planlarının ve imar uygulamalarının sürüncemede kalmaması, mülkiyet haklarının kısıtlanmaması ve idari işlemlerin istikrarının sağlanması amacıyla kesinleşmiş planlara ve parselasyon planlarına karşı kesinleşme tarihinden itibaren herhalde beş yıl içinde dava açılabilmesi, (...) amaçlanmaktadır”. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d27/c034/tbmm27034049ss0161.pdf>.

E.T.: 11.07.2024.

sayılı Kanun’la, parselasyon planlarının yargı kararıyla iptali sonrasında ortaya çıkabilecek hukuki veya fiili imkânsızlıklara ilişkin olarak da İmar Kanunu’nun 18.maddesine hüküm eklenmiştir⁷¹. Ancak, hukukî istikrar ve güvenlik korunurken kişilerin hak arama özgürlükleri de güvencesiz bırakılmamalıdır. Bu nedenle mahkemeye erişim hakkını sınırlayıcı düzenlemeler yapılırken hukukî istikrar ile hak arama özgürlüğü arasında makul bir dengenin gözetilmesi zorunludur⁷². Nitekim Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu da bir kararında, kişilerin idari işlemlere karşı diledikleri zaman dava açamayacağını ifade ederken; bu ifadeyi yazılı bildirim şartına bağlamak suretiyle makul dengenin bu şekilde ortaya çıkacağını ortaya koymuştur: *“Kişilerin, kendilerine yazılı bir bildirim yapıldığı hâlde, idarî işlemin iptali istemiyle istedikleri zaman dava açabilecekleri şeklinde bir hakka sahip olmadıklarını bilmesi gerekir. Zira, dava açma süresi, kamu düzenine ilişkin bir konu olup, sürenin başlangıcının kişilerin takdirine bırakılması mümkün değildir”*⁷³.

İmar ve parselasyon planlarının yürürlüğünden uzun süre sonra dava konusu edilmesi ve iptali sonucunda, yargı kararlarının gereklerinin yerine getirilmesinin birçok yeni hukuki problemi beraberinde getirdiği bir gerçekliktir⁷⁴. Ancak bu sorunun çözümünün kişilerin hak arama özgürlüğünü sınırlandırmak yerine, yetki saptırmasıyla⁷⁵ yürürlüğe konulan planların yapılmasını önleme yoluna gidilmesi suretiyle gerçekleştirilmesi şüphesiz daha doğru bir yöntem olacaktır. İdarelerin hukuka aykırı işlemlerinin sonuçlarına kişilerin katlanmasını beklemenin – hukukiliği bir yana – isabetli bir yaklaşım olmadığının da altının çizilmesi gerekmektedir. Buna karşın, hak arama özgürlüğünü ölçsüz şekilde sınırlandıran, imar planlarının yargısal denetiminin önüne geçen, hukuk devleti ilkesine aykırı sonuçlar doğuracak olan⁷⁶ ve henüz uygulanabilir nitelikte olmayan⁷⁷

71 Bkz. İmar Kanunu, Madde 18/19. Bu amaca matuf bir düzenleme AADH Yönetmeliğin “Mahkeme kararıyla iptal edilen parselasyon planları” başlıklı 37.maddesinde de yer almaktadır.

72 AYM, E 2016/133, K 2017/155, 15.11. 2017.

73 Danıştay İBK E 2021/2 K 2022/1, 15.03.2022, Resmi Gazete Sayısı: 31871 Resmi Gazete Tarihi: 19.06.2022

74 Bu husus Danıştay tarafından şu şekilde ifade edilmektedir: “Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere, idari işlemlerin belirli bir süre sınırlaması olmaksızın, süreklilik arz edecek şekilde veya makul olmayacak ölçüde uzun bir süre dava konusu edilebilme olasılığının bulunmasının, kamu hizmetlerinin işleyişini aksatacağı ve idarede bulunması gereken istikrarı bozacağı kuşkusuzdur. Dolayısıyla hukuki güvenlik ve idari istikrarın sağlanabilmesi amacıyla dava açma sürelerinin, idarenin işlem ve eylemlerinin özelliklerine göre belli bir süre ile sınırlandırılabilceği, ayrıca süresiz/ sınırsız dava açma tehdidinden ötürü, idareye güven doğrultusunda alınan izinlere ve ruhsatlara dayanılarak yüksek maliyetlere katlanılmak suretiyle gerçekleştirilen yatırımlar nedeniyle maddi ve manevi zararların ortaya çıkabileceği, bu zararların tazmin edilmesi için adli ve idari davalar açılarak bozulan hukuk düzeninin yeniden oluşturulması yoluna gidileceği, bunun da hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacağı, idari istikrar ve hukuki güvenlik ilkelerinin ihlal edileceği açıktır”. Danıştay İBK E 2021/2 K 2022/1, 15.03.2022, Resmi Gazete Sayısı: 31871 Resmi Gazete Tarihi: 19.06.2022.

75 Hasan Nuri Yaşar, *İdare Hukuku* (2. Baskı, Der Yayınları 2024) 381.

76 Hüseyin Melih Çakır, ‘İmar Durum Belgesi’ (2024) 30 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1, 29.

77 “Yasaların kural olarak yayımlandıkları tarihte yürürlüğe girecekleri ve bu tarihten sonraki olay ve hukuki uyumsuzluklara uygulanacakları tabiidir.

Yukarıda yer verilen Anayasa Mahkemesi kararlarından, hukuki güvenlik ilkesinden hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınması gerektiği anlaşılmakta olup kural olarak hukuki güvenlik ilkesi, kanunların geriye yürütülmemesini gerekli kılmaktadır. Uyuşmazlığa konu düzenlemenin daha önce tesis edilmiş bulunan işlemlerin doğurduğu hukuki sonuçları ortadan kaldıracak şekilde yorumlanması, hukuki güvenlik ilkesine aykırılık oluşturacağı gibi hukukun genel ilkelerinden biri olan kazanılmış haklara saygı ilkesinin de zedelenmesine neden olacaktır.

7221 sayılı Kanun’la getirilen beş yıllık dava açma süresi sınırının Anayasa’ya uygunluğu, Anayasa Mahkemesi’nce parselasyon planları yönünden Anayasa’ya aykırı şekilde itiraz yoluyla⁷⁸ incelenmiş

Düzenlemede, yürürlük tarihinden önce kesinleşmiş imar planı ve parselasyon işlemlerine dava açılması durumunda dava açılmasını engellemeye yönelik hak düşürücü nitelikte olan 5 yıllık sürenin uygulanıp uygulanmayacağı hususunda bir hüküm yer almamaktadır. Bu açıdan bakıldığında düzenlemenin, 7221 sayılı

Yasanın 6. maddesi ile yürürlük tarihinden önce kesinleşmiş imar planı ve parselasyon işlemlerini de kapsayıp kapsamadığı hususunda tereddüt bulunmaktadır. Bu durumda, yapılan düzenlemenin kanunların geriye yürütülmemesi ilkesinin istisnaları kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunun irdelenmesi gerekmektedir.

7221 sayılı Kanunun 6. maddesi ile getirilen sınırlama, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirmesi, kazanılmış hakların korunması, mali hakların iyileştirilmesi gibi ayrıksı bir durum kapsamında değerlendirilemez.

Bu sebeple, 7221 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden önce, 2577 sayılı Yasanın 7/4 maddesi uyarınca düzenleyici işlem niteliğinde olan imar planlarına karşı uygulama işlemi üzerine yasal dava açma süresi içinde dava açabileceklerine dair düzenlemeden faydalanma hakkına sahip kişilere yönelik 7221 sayılı Yasanın dava açma süresini beş yıl olarak sınırlayan hükmünün geriye dönük olarak uygulanması hukuka olan güven duygusunu zedeler ve hukuk güvenliği ilkesi ile de bağdaşmaz. (...)

7221 sayılı Kanunun 6. maddesi ile getirilen düzenlemenin, yasanın yayım tarihinden önce kesinleşmiş imar planı ve parselasyon planlarına karşı dava açma süresini beş yıl olarak sınırlandığı biçiminde yorumlanması yasa hükmünün geriye yürütülmesi anlamına gelmekte ve Anayasada yer alan hukuk devleti kapsamındaki hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Bu durumda, imar durum belgesi, mevcut uygulama imar planının uygulaması niteliğinde bir işlem olduğundan, askı-ilan sürelerine bağlı kalınmaksızın, düzenleyici işlem mahiyetindeki mevcut uygulama imar planının iptali istenebileceğinden 15.11.2005 tarihinde onaylanan 1/1000 ölçekli uygulama imar planına karşı 01.12.2020 tarihinde yapılan başvuru üzerine 03.12.2020 tarihli imar durumu belgesi düzenlenmesi ve 20.01.2021 tarihinde tebliğ edilmesi üzerine dava açma süresi içinde 10.02.2021 tarihinde açılan davada süre aşımı bulunmamaktadır”.

Danıştay 6 D, E 2021/8192 K 2022/1087, 07.02.2022.

- 78 Anayasa Mahkemesi, parselasyon planlarına karşı dava açma süresini beş yıla sınırlandıran Kanun hükmü henüz uygulanabilir nitelikte olmamasına karşın (Bu hususta bkz. bir üst dipnotta yer alan Danıştay’ın E 2021/8192 No’lu kararı) anayasaya uygunluğunu itiraz yoluyla inceleyip karara bağlamıştır. Anayasamızın 152/1.maddesine göre, “(b) ir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır”. Maddenin devamında ise, “Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır” hükmü yer almaktadır. (Madde 152/3) Görüldüğü üzere, itiraz yoluyla Anayasaya aykırılık iddiasında bulunabilmek için, öncelikle somut uyumsuzlığa uygulanacak bir kanunun varlığına ihtiyaç bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi bu hususu bir kararında şu şekilde ifade etmektedir: “Anayasa’nın 152. ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 40. maddelerine göre bir davaya bakmakta olan mahkeme, bu dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasa’ya aykırı görmesi hâlinde veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması durumunda bu hükümlerin iptalleri için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidir. Ancak anılan maddeler uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görev alanına giren bir dava bulunması, iptali talep edilen kuralın da o davada uygulanacak olması gerekir. Uygulanacak kural ise bakılmakta olan davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır”. (AYM, E 2024/92, K 2024/99, 09.05.2024) Anayasa Mahkemesi bir başka kararında da şu ifadelere yer vermiştir: “Vurgulamak gerekir ki bir kuralın idari işlemin gerekçesi olarak gösterilmesi ya da mahkeme kararının gerekçesinde yer alması/alacak olması tek başına o kuralın olayda uygulandığı veya uygulanacağı anlamına gelmez. (...) Anayasa’nın 152. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen bir davaya uygulanacak kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümleri özerk bir kavram olup buna göre kuralın uygulanması kavramı o kurala ilişkin maddi koşulların anayasallığının tartışılabilir hâle gelmesini ifade etmektedir. Maddi koşulları oluşmadan uygulanan bir kural Anayasa’nın 152. maddesi anlamında davada uygulanacak kural değildir”. (AYM, E 2024/55, K 2024/66, 07.03.2024)

Anayasa Mahkemesi’nin E.2021/20 No’lu kararına konu ettiği parselasyon planına karşı dava açma süresi sınırını düzenleyen 7221 sayılı Kanun’un ise, Yüksek Mahkemece yargısal denetimin gerçekleştirildiği sırada ‘davada uygulanabilir’ niteliği bulunmamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin itiraz konusu kuralı esastan inceleyerek

ve hukuka uygun bulunmuştur⁷⁹. Anayasa Mahkemesi'nin parselasyon planları yönünden sergilediği yaklaşımı, imar planları yönünden de devam ettireceğini öngörmek hiç de zor değildir. Bu nedenle, yeni hukuki durum çerçevesinde imar ve parselasyon planlarına karşı dava açma süresinin başlangıcı ve ne zaman sona erdiğinin tespiti bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

3. İmar Planlarına Karşı Dava Açma Süresinin Sona Ermesi

İmar planlarına karşı dava açma süresinin planın kesinleşmesi için öngörülen ilan-askı süresinin sonundan başlayacağı; her uygulama işlemiyle birlikte dava açma süresinin uygulama işlemine ilişkin dava açma süresine tabi olacağı; planların yürürlüğe konulması için öngörülen usul kurallarına uyulmaması halinde ise dava açma süresinin başlangıcında öğrenme tarihinin esas alınması gerektiği daha önce ifade edilmişti⁸⁰. Dava açma süresinin başlangıcının tespitiyle birlikte, 2577 sayılı İYUK'ta düzenlenen dava açma süreleri kapsamında imar planlarına karşı dava açılabilmesine kuşku yoktur. Burada üzerinde durulması gereken husus ise, öğrenmenin ya da uygulama işleminin 7221 sayılı Kanun'la getirilen beş yıllık dava açma süresi sonrasında gerçekleşmesi ihtimalidir.

Burada ikili bir ayırım yapmak mümkündür. Plan yapmaya yetkili idarelerin, imar planlarını ve uygulama işlemlerini (özellikle parselasyon işlemini) hukuka uygun şekilde yürürlüğe koyup

reddettikten sonra da, Anayasaya aykırılık iddiasında bulunan mahkemece dava, Anayasa m. 152/3 hükmü uyarınca, 'yürürlükteki kanun hükümlerine göre' süre yönünden reddedilemeyecektir. Bir üst dipnotta yer alan Danıştay'ın E 2021/8192 No'lu kararı bu durumun göstergesidir. Bu nedenle, yürürlüğe girdiği tarihten beş yıl sonra dava açma süresi yönünden uygulanabilir olması nedeniyle 'davada uygulanabilir' niteliği bulunmayan 7221 sayılı Kanun hükmünün Anayasa Mahkemesince itiraz yoluyla 'alelacele' yargısal denetiminin yapılması Anayasa'ya uygun olmamıştır.

79 "İtiraz konusu kuralda parselasyon planlarına karşı kesinleşme tarihinden itibaren herhâlde beş yıl içerisinde dava açılabilceği hükmüne yer verilmiş, 3194 sayılı Kanun'un 19. maddesinin birinci fıkrasında ise parselasyon planlarının bir ay müddetle ilgili idarede asılacağı ayrıca mutut vasıtalarla duyurulacağı ve bu sürenin sonunda planın kesinleşeceği hükmüne yer verilmiştir. Parselasyon planlarının işin mahiyeti gereği bir veya birden fazla mahalleyi, dolayısıyla yüzlerce/binlerce kişiyle ilgili olması, kuralın kesinleşme işleminin parselleme yapılan yerdeki tüm taşınmazların mülkiyetine ilişkin belirsizliklerin biran önce giderilmesi amacıyla matuf olması ve kuralda öngörülen sürenin beş yıl olması karşısında kuralla öngörülen yöntemin Anayasa'nın 125. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen hükme aykırı bir yönünün olmadığı ve bu usulde yazılılık ve bildirme unsurlarının gerçekleşmediğinin söylenemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır. Bu çerçevede kuralın Anayasa'nın sözüne aykırı bir yönü bulunmamaktadır.(...)

Kuralda belirtilen parselasyon planları bir veya birden fazla mahalleyi, dolayısıyla yüzlerce/binlerce kişiyi ilgilendirebilecektir. Bu türden geniş alanları ve çok sayıda kişiyi ilgilendiren çalışmalar bakımından her bir kişiye tek tek şahsen tebligat yapılabilmesi bu çalışmaların sonuçlandırılabilmesini önemli ölçüde geciktirebilir. Bu nedenle dava açma süresinin parselasyon planlarının kesinleşme tarihinden itibaren başlamasının yukarıda değinilen sınırlandırma sebebi bakımından gerekli olduğu da söylenebilir.

Parselasyon planlarıyla mülkten yoksun bırakma sonucuna yol açmadığı, bu planların kesinleşebilmesi için bir ay süreyle ilgili idarede asılması ve mutut vasıtalarla duyurulması gerektiği ve kesinleşme tarihinden itibaren herhâlde beş yıl içinde dava açılabilceği dikkate alındığında söz konusu işlemlerin bir an önce sonuçlandırılması için ihtiyaç duyulan dava açma süresinin başlamasına ilişkin belirlenen usulün dava açmayı aşırı derecede zorlaştırmadığı da açıktır. Ayrıca taşınmaz mülkiyetine ilişkin hukuki güvenlik ve istikrar ile kişilerin bir an evvel daha sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamalarının temini amacıyla öngörülen beş yıllık dava açma süresinin kişilerin dava haklarını kullanabilmeleri açısından kısa ve yetersiz olduğu da ileri sürülemez.

Bu çerçevede kuralla bireyin hakları ile kamu yararı arasındaki makul dengenin gözetildiği ve kuralın orantısız bir sınırlamaya neden olmadığı anlaşılmıştır. Dolayısıyla kuralın hak arama özgürlüğü yönünden ölçüsüz bir sınırlama niteliği taşımadığı sonucuna ulaşılmıştır". (AYM, E 2021/20, K 2022/84, 30.06.2022)

80 Bu hususta bkz. "Dava Açma Süresinin Başlangıcı" başlığı.

koymadıkları dava açma süresinin sona ermesine etki edecek niteliktedir. İdarelerin – önceki başlıklarda açıklandığı üzere – imar ve parselasyon planlarını mevzuatta öngörülen usul doğrultusunda hukuka uygun ve kişilerin dava açma hakkını kullanmalarına imkan tanıyacak şekilde yürürlüğe koymaları halinde, dava beş yıllık dava açma süresi geçtikten sonra imar planlarına karşı dava açılmayacağı ifade edilebilecektir. Burada, 7221 sayılı Kanun’un yürürlüğe konulmasındaki gerekçelerin hukuken kabul edilebilir sonuçlarının varlığından bahsedilebilecektir. Ancak bu durumda dahi kişilerin İYUK m.10 kapsamında yapacağı bir başvuruyla imar planında değişiklik talep etme ve reddi halinde yargı yoluna gitmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

İmar planlarının yürürlüğe konulmasında öngörülen usule aykırı şekilde, aleniyet sağlanmaksızın planların kesinleşmesi halinde, planlara karşı başlamayan dava açma süresi sona erecek midir? Bu soruya olumlu cevap vermek mümkün gözükmemektedir. Kişilerin, usulüne uygun şekilde yürürlüğe konulmayan imar planlarına karşı, öğrenme tarihinden veya uygulama işlemi sonrasında uygulama işlemine karşı dava açma süresi içerisinde dava açabileceklerinin kabulü gerekmektedir. İmar planlarını usulüne uygun şekilde yürürlüğe koyduğunu ispat külfeti plan yapmaya yetkili idare üzerindedir. Bu yorum, 7221 sayılı Kanun’la getirilen beş yıllık dava açma süresinin ihdas edilme amacına aykırı olarak nitelendirilebilecektir. Ancak, aksi düşünüş, idarelerin dava açma hakkını engelleyerek hukuka aykırı şekilde yürürlüğe koydukları imar planlarının ortaya çıkardığı hukuki sonuçlara kişilerin katlanmaları gibi hukuken kabul edilemeyecek bir sonuç ortaya çıkaracaktır. Bu da, başta mülkiyet hakkı olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesine yol açacaktır. Anayasa Mahkemesi de 7221 sayılı Kanun’la getirilen beş yıllık dava açma sınırının Anayasaya uygunluğunu parselasyon planları yönünden incelediği kararında, beş yıllık sürenin kesinleşme tarihinden başlamasının Anayasaya uygun olduğuna hükmederken, *“dava açma süresinin başlamasına ilişkin belirlenen usulün dava açmayı aşırı derecede zorlaştırmadığı”*na vurgu yapmıştır. Şu halde, planların yürürlüğe girmesi aşamasında öngörülen ve kişiler açısından dava açma hakkının güvencesini oluşturan bu usule uyulmaksızın yürürlüğe konulan imar planlarına karşı dava açma süresinin kesinleşme tarihinden başlayacağını söylemek mümkün değildir⁸¹.

81 Örneğin, İstanbul Büyükşehir Belediyesi (İBB), Kadıköy İlçesi, Göztepe Mahallesi, 508 Ada, 2 Parsele ilişkin 1/5000 ölçekli 17.01.2024 tasdik tarihli plan notu tadilatı yapmış; değişikliği Göztepe mahallesinde mezkur parsel üzerinde panoyla duyurmuş; panoda planın İBB Başkanlığı binasında görülebileceği ifade edilmiştir. %40 park ve dinlenme alanı, %60 dini tesis alanı olarak fonksiyonlandırılan parsel, plan (notu) değişikliğiyle, mülkiyetin bedelsiz olarak idareye terk edilmesi karşılığında, E:2,07 emsal değeri üzerinden parsel alanının %60’ının emsali “11.05.2006 onaylı 1/1000 ölçekli Merkez E5 Otoyolu Ara Bölgesi Uygulama İmar Planı” sınırları içindeki konut yapılabilen başka parsel ya da parsellere konut olarak transfer edilmesi kararlaştırılmıştır. Bu şekilde gerçekleştirilen imar hakkı transferi uygulamasının hukuka aykırı olduğu konusunda kuşku bulunmamaktadır. Plan (notu) değişikliğinin, değişikliğe ilişkin panonun asıldığı parsel çevresinde yaşayan kişilerin menfaatini olumsuz etkilediği söylemek de mümkün değildir. Zira değişiklikle parselin fonksiyonu değişmemiştir. Parsel bazında yapılan değişiklik, imar hakkı transfer edilen “11.05.2006 onaylı 1/1000 ölçekli Merkez E5 Otoyolu Ara Bölgesi Uygulama İmar Planı” sınırları içerisinde kalan sahada yaşayan kişilerin menfaatini olumsuz etkilemekte; plan genel ilkelerinden sapılarak, yoğunluk artırılmaktadır. Ancak, bu nazım imar planı değişikliğinden bahsi geçen uygulama imar planı sahasında yaşayan kişiler haberdar olmadıkları gibi; haberdar olsalar da hangi parsel transferin gerçekleştirildiği, kimin/kimlerin bu işlemten etkilendiği belirli değildir. Yapılan nazım imar planı değişikliği sonrasında uygulama imar planının üst ölçekli plana en geç bir yıl içerisinde uygun hale getirilmesi gerekmektedir de ; uygulamada bu süre daha uzun zaman alabilmektedir. Bu durumda, imar hakkı transferinin yapıldığı sahada yaşayan kişiler, bu hukuka aykırılığı ve emsal artışını ancak yapı inşasına başlandığında, hatta daha doğru bir ifadeyle yapı tamamlandığında fark edebileceklerdir. Planın kesinleşmesinden beş yıllık süre geçtikten sonra, kişilerin hukuka aykırı şekilde yürürlüğe konulan imar planına karşı dava açma süresinin geçtiğini söylemek mümkün değildir.

Öte yandan, imar planlarının yapılma zamanı açısından da beş yıllık dava açma süresinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Bilindiği üzere, “(s)on nüfus sayımında, nüfusu 10.000’i aşan yerleşmelerin imar planlarının yaptırılmaları mecburidir”⁸². İdarelerin bu konuda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. İdareler, nüfus kriterini sağlayan yerleşmelerde nazım ve uygulama imar planlarını yapmak zorundadırlar⁸³. Ancak 1/25.000 ölçekli nazım imar planını yapan idarelerin 1/5000 ölçekli nazım imar planının⁸⁴; 1/5000 ölçekli nazım imar planını bulunan mahallerde uygulama imar planının ne zaman yapılacağı konusunda belirlilik bulunmamaktadır⁸⁵. Uygulamada idareler nazım imar planının kesinleşmesinden çok uzun yıllar sonra uygulama imar planı yapabilmektedirler. Uygulama imar planının nazım imar planının, 1/5.000 ölçekli nazım imar planının 1/25.000 ölçekli nazım imar planının plan hiyerarşisinde altında kalması, alt ölçekli planın üst ölçekli planın uygulama işlemi olarak nitelendirilmesi ve alt ölçekli planın dava açma süresini canlandırması karşısında, bu planların yapılmasının/yapılmamasının kişilerin hak arama özgürlüğüne doğrudan etkisi olduğu açıktır. Özellikle uygulama imar planının varlığının, parselasyon planı açısından bir şart olduğu⁸⁶; uygulama imar planının etaplar halinde yapılabileceğinin hüküm altına alınmış olması⁸⁷ uygulama imar planının yapımındaki gecikmenin, kişilerin plandan haberdar olmaları ve dava yoluna gitmelerini engelleyebilecek nitelik arz ettiği açıktır. Bir diğer ifadeyle, nazım imar planı bulunan ve/fakat planın kesinleşmesinden itibaren beş yıllık sürede uygulama imar planı ve dolayısıyla parselasyon planı yapılmayan sahada malik olan kişilerin imar planı ve kararlarından haberdar olmaması kuvvetle muhtemeldir. Nazım imar planının kesinleşmesinden beş yıl geçtikten sonra yapılan uygulama imar planına dava açılmak istenmesi halinde ise, nazım imar planının dava konusu edilemeyeceği; uygulama imar planının ise nazım imar planına uygun yapıldığı gerekçesiyle yargısal denetimin sınırlı şekilde gerçekleşeceği sonucu ortaya çıkabilecektir⁸⁸. Bu yaklaşımın benimsenmesi halinde, üst ölçekli imar planına (Örn:1/25.000 ölçekli nazım imar planı) karşı dava açma süresini kaçıran kişilerin, bu plana uygun şekilde yürürlüğe konulan alt ölçekli plana ve ona uygun yapılan uygulama işlemlerine dava açmaları anlamsız hale gelecektir. İdareler uygulama imar planı yapımını – ya da 1/25.000 ölçekli nazım imar planının varlığı halinde 1.5000 ölçekli nazım imar planının yapımını – geciktirmek suretiyle imar planlarının yargısal denetimi engelleyebilecek ya da etkili bir yargı denetiminin önüne geçebileceklerdir. Bu durumda, nazım imar planına karşı dava açma süresinin geçirilmesiyle birlikte, bu planın ne denli hukuka aykırı olursa olsun hukuk alemindeki varlığı dava tehdidinden uzak olacak ve bu hukuka aykırı

82 İmar Kanunu, Madde 8/1-b.

83 Yılmaz, *İmar Planlarının Hukuki Rejimi* (n 5) 195,196, 217, 218.

84 Büyükşehirlerde 1/25.000 ölçekli nazım imar planının varlığının uygulama imar planı yapılması için yeterli olmayacağı; uygulama imar planı yapılabilmesi için 1/5.000 ölçekli nazım imar planının da yapılması gerektiği hususunda bkz. Danıştay 6 D, E 2012/915 K 2013/8099, 09.12.2013.

85 Var olan alt kademe planın üst kademe plana uygun hale getirilmesi zorunluluğuna ilişkin bkz. İmar Kanunu, Madde 8/1-d.

86 MPYY, Madde 32/1: “Çevre düzeni planı, nazım imar planı ve uygulama imar planı ile bu planlara ilişkin revizyon, ilave ve değişiklikler idarelerin karar mercilerince onaylanarak yürürlüğe girer. Ancak uygulama imar planı kesinleşmeden imar uygulaması yapılamaz”.

87 MPYY, Madde 24/1: “Uygulama imar planlarının tamamı bir aşamada yapılabileceği gibi sosyal ve teknik altyapı alanı dengeleri gözetilerek etaplar halinde de yapılabilir”.

88 Aynı yönde bkz. Elif Emel Çelik, Çağrı Şengöz, ‘İmar Planlarına Karşı Açılacak Davalarda Dava Açma Süresinin Değerlendirilmesi’ (2020) 152 Danıştay Dergisi 39, 64.

plan doğrultusunda imar düzeni oluşacaktır. Bu yorum, kişilerin hak arama özgürlüğünü ölçüsüz şekilde sınırlandırmanın yanı sıra; Anayasamızın 56. maddesinde yer alan sağlıklı ve dengeli çevrede yaşama hakkı ile İmar Kanunu'nun 1. maddesinde yer verilen *“yerleşme yerleri ile bu yerlerdeki yapılaşmaların plan, fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun teşekkülünü sağlamak”* şeklindeki Kanun'un amacına aykırılık teşkil edecektir. Dolayısıyla, ne kişilere pür dikkat nazım imar planı takip etme yükümlülüğü yüklemek ne de imar kamu düzenini bozucu böyle bir yorumu kabul etme imkanı bulunmaktadır. Bu durumda, idari yargı mercilerinin uygulama imar planının yargısal denetimini, üst ölçekli plan olan nazım imar planından bağımsız şekilde, kamu yararı, planlama ve şehircilik ilkelerine uygunluk yönünden gerçekleştirebileceği düşünülebilir. Gerçekten de İYUK m.7/4'e göre, *“(d)üzenleyici işlemin iptal edilmemiş olması bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmaz”*. Ancak üst ölçekli plana uygun şekilde yapılan alt ölçekli planın, üst ölçekli plandan bağımsız şekilde yargısal denetiminin yapılması ve iptali, idari yargı kararlarının icapları doğrultusunda işlem tesis etmek zorunda olan idarenin üst ölçekli planda değişiklik yapması zorunluluğunu doğurabilecektir. Bu durum, üst ölçekli planın dava konusu edilmesiyle benzer sonuçları ortaya çıkaracak olmakla beraber; idarelerin üst ölçekli plana dava açıl(a)mamış olmasından hareketle planda değişiklik yapmama konusunda direnç göstermelerine ve yeni hukuki problemlerin ortaya çıkmasına yol açabilecek niteliktedir. Bu nedenle, üst ölçekli planın yargısal denetiminde, onun uygulama işlemi olan alt ölçekli plana karşı dava açma süresinin esas alınması gerekmektedir. İYUK m.7/4'te yer alan, *“(i)lanı gereken düzenleyici (...) işlemlerin uygulanması üzerine ilgililer, düzenleyici işlem veya uygulanan işlem yahut her ikisi aleyhine birden dava açabilirler”* hükmü uyarınca uygulama işlemiyle birlikte üst ölçekli planın da yargısal denetimi gerçekleştirilecektir. 7221 sayılı Kanun'la getirilen dava açma süresi sınırı, alt ölçekli planla birlikte düzenleyici işleme (üst ölçekli plana) dava açılmasını önlemeye yönelik değildir⁸⁹. Bu nedenle, etkili bir yargı denetiminin gerçekleştirilebilmesi ve sağlıklı ve dengeli bir çevrede imar düzeninin oluşturulabilmesi için, imar planlarının birlikte değerlendirilmesi gerektiğine kuşku yoktur.

Burada son olarak üzerinde durulması gereken konu, beş yıllık sürenin imar planlarının yanı sıra, plan değişiklikleri, revizyon ve ilaveleri için de geçerli olup olmadığıdır. Plan değişiklikleri, revizyon ve ilaveleri de imar mevzuatında gösterilen ilke, esas ve standartlara uygun olarak yürürlüğe konulan imar planlarıdır. Bu anlamda kural olarak beş yıllık dava açma süresinin plan değişikliği, revizyon ve ilaveler için de geçerli olduğunu söylemek mümkündür. İmar planı değişikliği veya revizyonu yapılan alana ilişkin askı ve ilan süreci yeniden başlayacağından sadece değişiklik ve revizyon yapılan kısımlar yönünden beş yıllık dava açma süresi yeniden başlayacak, diğer kısımlar için planın ilk kesinleşme tarihinden beş yıllık süre hesaplanacaktır⁹⁰. Ancak, imar planı değişiklik, revizyon ve ilavelerinden, kişi yararını hedef tutan, parsel bazlı, kamu düzenini bozucu nitelik taşıyan ve yargı kararıyla iptal edildiği takdirde 7221 sayılı Kanun'un yürürlüğe konulma amaçlarına aykırılık teşkil etmeyen, idari istikrarı bozmayan planlar açısından beş yıllık dava açma süresi sınırının geçerli ve uygulanması gerekli olmadığı düşünülebilir. Zira, bu nitelikteki planların⁹¹ iptali sonucunda,

89 Bu husustaki değerlendirmeler için ayrıca bkz. “Parselasyon Planlarına Karşı Dava Açma Süresinin Sona Ermesi” başlığı.

90 Çelik, Şengöz, ‘İmar Planlarına Karşı Açılacak Davalarda Dava Açma Süresinin Değerlendirilmesi’ (n 89) 63.

91 7221 sayılı Kanun'un bu nitelikte plan değişikliği ve revizyonlarını ortaya çıkarma ihtimali olduğu yönünde ayrıca bkz. Çelik, Şengöz, ‘İmar Planlarına Karşı Açılacak Davalarda Dava Açma Süresinin Değerlendirilmesi’ (n 89), 65-66.

7221 sayılı Kanun'la korunmak istenilen imar (kamu) düzeni bozulmamaktadır. Aksine, bu denli hukuka aykırılık taşıyan bir planın hukuk düzeninde varlığını devam ettirmesi kamu düzenini bozmakta ve hukuk devleti ilkesine aykırılık taşımaktadır. Ancak, böyle bir ayrıma gidilebilmesi için, uyuşmazlığın esasına ilişkin yargılamanın yapılması gerekmektedir. Bu da, beş yıllık dava açma süresi sınırına ilişkin idari yargıda gerçekleştirilecek incelemenin, ilk inceleme aşamasında mı yoksa esasa ilişkin yapılacak yargılama içerisinde mi gerçekleştirileceği sorusunu beraberinde getirmektedir. Bir diğer ifadeyle, beş yıllık dava açma sınırına ilişkin süre, salt bir usul kuralı mıdır yoksa bazı durumlarda uyuşmazlığın esasına ilişkin bir nitelik arz edebilir mi? İmar ve parselasyon planlarına karşı dava açma süresinin başlangıcına ilişkin olarak 2577 sayılı İYUK'ta düzenlenen sürelerin uygulama alanı bulduğu daha önce ifade edilmişti. İYUK, idari yargılama usulüne ilişkin kuralları ihtiva eder bir usul kanunudur. İmar ve parselasyon planlarına karşı kesinleşme tarihinden itibaren beş yıl geçtikten sonra dava açılmayacağına yönelik hüküm ise, bir usul kanunu olan İYUK'a değil; maddi hukuka (imar hukuku) ilişkin kuralları düzenleyen İmar Kanunu'na eklenmiştir. Buna karşın, idari işlemin dava edilebilirliğini süre yönünden sınırlandıran bu düzenlemenin bir usul kuralı olduğu ve ilk inceleme aşamasında değerlendirilmesi gerektiği söylenmelidir. İdari yargı mercii, ilk inceleme aşamasında dava açma süresinin başlangıcı ve sona ermesine ilişkin – gerekli – bilgi ve belgeleri toplayarak, davanın süresinde açılıp açılmadığına karar verecektir. Ancak, yukarıda yer verilen nitelikteki hukuka aykırı planların varlığı ve kamu yararının gerektirdiği durumlarda, idari yargı hakiminin beş yıllık dava açma süresini bir maddi hukuk kuralı olarak değerlendirmesi ve dava açma süresinin başlangıcına⁹² ilişkin hükümleri esas alarak uyuşmazlığın esasına girmek suretiyle inceleme yapmasının, hukuk devleti açısından daha isabetli bir yaklaşım olacağının altı çizilmelidir.

4. Parselasyon Planlarına Karşı Dava Açma Süresinin Sona Ermesi

Parselasyon planlarının yürürlüğe girebilmesi ve kesinleşmesinin – imar planlarına benzer şekilde – ilan-askı süresi sonunda gerçekleşeceği; kesinleşen planlara karşı dava açma süresinin ise planın kişilere tebliği sonrasında başlayacağı ifade edilmişti. Hukuka uygun şekilde yürürlüğe konulan ve kişilere tebliğ edilen bireysel işlem niteliğindeki parselasyon planlarına karşı dava açma süresi (altmış gün) içerisinde yargı yoluna gidilmediği takdirde, işlemten etkilenen kişilerin bu işleme karşı dava açamayacağı açıktır. İmar planlarının düzenleyici işlem niteliği sebebiyle uygulama işlemi tesisiyle idari davaya konu edilebilmesi karşısında; parselasyon işleminin bireysel işlem niteliği ve işleme karşı süresinde yargı yoluna gidilmemesi halinde işlem muhatabı açısından dava edilemez duruma gelmesi söz konusudur. Dolayısıyla, parselasyon planları açısından işlemin muhatabına yapılan yazılı bildirim neticesinde, dikkate alınması gereken süre altmış günlük dava açma süresidir.

Burada cevaplanması gereken soru ise, bireysel işlem niteliği taşıyan ve tebliği sonrasında dava açma süresi başlayan parselasyon işlemi için neden azami dava açma süresi sınırı getirildiğidir. Bunun sebebi, parselasyon işleminin muhatabına – istisnai hallerde – tebligat dışındaki yöntemlerle bildirilebiliyor olmasıdır. Böyle durumlarda kişiler parselasyon planından çok uzun zaman sonra haberdar olabilmekte; işlemi öğrenme tarihini esas alarak dava yoluna gidebilmektedirler. Bu

92 Bu hususta bkz. "Dava Açma Süresinin Başlangıcı" başlığı.

davalar sonucunda verilen iptal kararları sonrasında, geri dönüşüm işlemlerinin yapılarak parselasyon planından önceki kök parsellere dönülmesi ve yargı kararının gerekleri doğrultusunda işlem tesis edilmesi büyük zorlukları beraberinde getirebilmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, 7221 sayılı Kanun’la parselasyon planlarına karşı dava açma süresini beş yılla sınırlandıran normu hukuka uygun bulduğu kararında, parselasyon planlarına dava açma süresinin uzamasının hukuki belirsizliğe yol açtığını ifade ederken⁹³; düzenleme sahasında bulunan tüm kişilere tebligat yapılamayabileceği düşüncesinden hareketle planlara karşı beş yıllık dava açma süresinin planın kesinleşmesinden başlatılmasını ölçülü (gerekli) bulmuştur⁹⁴.

Bu noktada, yukarıda imar planları bakımından sorulan soruya parselasyon planları açısından da cevap aramak gerekmektedir: Parselasyon planlarının yürürlüğe konulmasında öngörülen usule aykırı şekilde, aleniyet sağlanmaksızın planların kesinleşmesi ve usulüne uygun şekilde tebliğ edilmemesi halinde, planlara karşı başlamayan dava açma süresi sona erecek midir? Bu soruya – imar planlarında olduğu gibi – olumlu cevap vermek mümkün değildir. İdare, parselasyon planının yürürlüğe konulması ile kişilere bildirim konularında hukuka uygun hareket etmeli, kişilerin plandan haber olmalarını sağlamalıdır. İdare tarafından kişilere hukuka uygun şekilde tebliğ edilmeyen planlara karşı dava açma süresinin öğrenme tarihinden başlayacağı; öğrenmenin planın kesinleşmesinden beş yıl sonra gerçekleşmesi durumunda da, dava açma süresinin hesabında öğrenme tarihinin esas alınması gerektiği; beş yıllık sürenin burada dikkate alınamayacağı ifade edilmelidir⁹⁵. Aksi halde,

93 “Parselasyon planlarının kesinleşmesinden sonra dava açma süresinin uzaması taşınmaz mülkiyetine ilişkin tereddütlerin ve hukuki belirsizliklerin yaşanmasına neden olabilecektir. Yapılan parselasyon planlarına karşı dava açma süresinin öngörülmesinin tek bir taşınmazın değil, parselleme yapılan yerdeki tüm taşınmazların mülkiyetine ilişkin belirsizlikleri belirli bir süre sonra sona erdirmeye amacı taşıdığı açıktır. Bu bağlamda pek çok parseli ilgilendiren parselasyon planlarına karşı dava açmak için bir süre belirlenmesinin anılan amaca ulaşma yönünden elverişli olmadığı söylenemez”. (AYM, E 2021/20, K 2022/84, 30.06.2022).

94 “Yönetimde açıklık ilkesinin de bir sonucu olan yazılı bildirimin amacı, ilgilinin hakkında tesis edilen işlem konusunda bilgilendirilmesidir. Anayasa’nın anılan hükmünde dava açma süresinin yazılı bildirim tarihinden itibaren işlemeye başlayacağı belirtilmekle birlikte yazılı bildirimin yapılış usulüne ilişkin herhangi bir sınırlayıcı hükme yer verilmemiştir. Elbette asıl olan hakkında idari işlem yapılan her bir kişiye ayrı ayrı şahsen tebliğ yapılmasıdır. Ancak somut olayın zorunlu olarak gerektirmesi halinde ve yazılılık ile bildirme unsurlarını taşımak kaydıyla posta yoluyla şahsen tebliğ dışındaki tebliğ yöntemlerinin de Anayasa’nın anılan hükmüne aykırılık teşkil etmeyeceğinin kabul edilmesi gerekir. İtiraz konusu kuralda parselasyon planlarına karşı kesinleşme tarihinden itibaren her hâlde beş yıl içerisinde dava açılabilmesi hükmüne yer verilmiş, 3194 sayılı Kanun’un 19. maddesinin birinci fıkrasında ise parselasyon planlarının bir ay müddetle ilgili idarede asılacağı ayrıca mutad vasıtalarla duyurulacağı ve bu sürenin sonunda planın kesinleşeceği hükmüne yer verilmiştir. Parselasyon planlarının işin mahiyeti gereği bir veya birden fazla mahalleyi, dolayısıyla yüzlerce/binlerce kişiyle ilgili olması, kuralın kesinleşme işleminin parselleme yapılan yerdeki tüm taşınmazların mülkiyetine ilişkin belirsizliklerin biran önce giderilmesi amacıyla matuf olması ve kuralda öngörülen sürenin beş yıl olması karşısında kuralla öngörülen yöntemin Anayasa’nın 125. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen hükme aykırı bir yönünün olmadığı ve bu usulde yazılılık ve bildirme unsurlarının gerçekleşmediğinin söylenemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır. Bu çerçevede kuralın Anayasa’nın sözüne aykırı bir yönü bulunmamaktadır. (...)

Kuralda belirtilen parselasyon planları bir veya birden fazla mahalleyi, dolayısıyla yüzlerce/binlerce kişiyi ilgilendirebilecektir. Bu türden geniş alanları ve çok sayıda kişiyi ilgilendiren çalışmalar bakımından her bir kişiye tek tek şahsen tebligat yapılabilmesi bu çalışmaların sonuçlandırılabilmesini önemli ölçüde geciktirebilir. Bu nedenle dava açma süresinin parselasyon planlarının kesinleşme tarihinden itibaren başlamasının yukarıda değinilen sınırlandırma sebebi bakımından gerekli olduğu da söylenebilir”. (AYM, E 2021/20, K 2022/84, 30.06.2022).

95 Bu hususta bkz. “Dava Açma Süresinin Başlangıcı” başlığı.

kişiler mülkiyet haklarına doğrudan etki eden ve/fakat haberdar olmadıkları hukuka aykırı idari işlemin sonuçlarına katlanmak zorunda kalabileceklerdir.

Bunun yanı sıra, kişilere tebliğ edilmemesine karşın, beş yıllık dava açma süresi geçtikten sonra parselasyon planına dava açılmayacağına söylenmesi, idareleri hukuka aykırı davranmaya yöneltilecek; planın yürürlüğe konulmasında öngörülen usul kurallarının idarelerce ihmal edilmesine neden olacaktır. Her durumda beş yıllık süre sonunda parselasyon planına dava açılmayacağını bilen idareler, planı kişilere tebliğ etmek şöyle dursun planın yürürlüğe girmesi aşamasında aleniyeti sağlayacak kurallara riayet etmekten kaçınabilecektir. Böyle bir yaklaşımın hukuk devletinde kabulü mümkün değildir.

Öte yandan, parselasyon planlarının yapılma zorunluluğu ve zamanı da, kişilerin mahkemeye erişim hakkına doğrudan etki edecek niteliktedir. Zira, parselasyon planları, kişilerin imar planından haberdar olma aracıdır. İmar planlarının yapılması sonrasında idarelerce resen tesis edilen ilk uygulama işlemi – çoğu zaman – parselasyon planlarıdır. kişilerden belirli aralıklarla taşınmazlarının imar durumunu sorgulaması beklenemeyecektir. Kişiler, parselasyon planının kendilerine tebliğiyle birlikte, taşınmazın imar planında ayrıldığı fonksiyonu öğrenme imkanını elde etmektedirler. Bu nedenle, uygulama imar planının yürürlüğe konulmasından sonra yapılması zorunlu olan parselasyon planının⁹⁶ ne süre içerisinde yapılacağı büyük önem taşımaktadır. Ancak İmar Kanunu'nda bu yönde bir düzenleme yer almamaktadır⁹⁷. Uygulamada, uygulama imar planının yürürlüğe girmesinden çok uzun zaman sonra parselasyon planı yapılabilmektedir. Bu da, kişilerin mülkiyet haklarını kullanmalarının önünde geçmesinin yanı sıra, iş bu makale kapsamında ele alınan imar planlarına karşı dava açma ve adil yargılanma hakkını da sınırlandırabilecek niteliktedir. Zira, idarelerce imar planının kesinleşmesi sonrasında parselasyon planının beş yıl içerisinde yapılmaması halinde, kişilerin imar planında haberdar olmasının zorlaşmasının yanı sıra, parselasyon planına karşı süresinde açılacak bir davada yargısal denetimin sınırlı şekilde yapılması sonucu ortaya çıkabilecektir. Parselasyon planının imar planının uygulama işlemi olduğu göz önüne alındığında, parselasyonun imar planına uygun olduğu ve/fakat imar planının hukuka aykırı olduğu ihtimalde etkili bir yargısal denetim gerçekleştirilemeyecektir. İdareler, hukuka aykırı imar planını, parselasyon planını beş yıllık süre geçtikten sonra yapmak suretiyle yargı denetiminden kaçırma imkanına kavuşabileceklerdir⁹⁸.

96 Oğuz Sancakdar, *İmar Hukuku* (2. Baskı, Seçkin 2024) 77.

97 Bu husustaki açıklamalar için bkz. Gülan, *Türk İmar Hukuku'nda 'Hamur Kuralı' Uygulaması* (n 18) 70-75.

98 Benzer durum, yapılaşma açısından da ortaya çıkabilecektir. Her ne kadar yapı ruhsatının verilebilmesi için öncelikle parselasyon planının yapımı ve kişilere tebliği gerekliyse de; beş yıllık dava açma süresinin katı şekilde uygulanması, parselasyon planının yürürlüğe girmesi usulüne uymayan idarelerce uygulama imar planı kesinleştikten beş yıl geçtikten sonra verilen veya daha önce verilmekle beraber inşai faaliyete kesinleşmeden beş yıl geçtikten sonra başlanılan yapı ruhsatlarının yargısal denetiminin sınırlı şekilde yapılması sonucunu doğuracaktır. Zira, verilen ruhsattan menfaati etkilenen kişiler, ruhsat işlemini ve dayanağı imar planını, inşai faaliyet başladığında öğrenme imkanına kavuşabileceklerdir. Uygulama imar planıyla getirilen yapılaşma şartlarının imar mevzuatına aykırılık teşkil etmesi durumunda, ilgilinin yalnızca yapı ruhsatının iptali istemiyle dava açabilecektir. Zira, imar planına karşı açılacak davada, planının kesinleşmesinden itibaren beş yıllık süre geçtiği için süre aşımı bulunduğunu kabul etmek gerekecektir. Bu kabul, hukuka aykırı olan imar planına dayanılarak düzenlenen yapı ruhsatının, dayanağı imar planına uygun olması nedeniyle iptaline karar verilememesi sonucunu doğuracaktır. Üstelik süre aşımı nedeniyle dava konusu edilemeyen hukuka aykırı imar planına dayanılarak birçok taşınmaza daha yapı ruhsatı düzenlenebilecektir. Çelik, Şengöz, 'İmar Planlarına Karşı Açılacak Davalarda Dava Açma Süresinin Değerlendirilmesi' (n 89) 64-65. Benzer tartışmalar için

Bu nedenle, parselasyon planına süresinde açılan davada, dayanağı imar planlarının da yargısal denetiminin yapılabilceğinin kabulü bir zorunluluktur. Bir diğcr ifadeyle, idarelerin parselasyon planını gecc yapmaları, uygulama işlemleriyle (parselasyon planı) birlikte düzenleyici işlemin (imar planının) dava konusu edilmesine ve yargı denetiminin yapılmasına engel olamayacaktır.

7221 sayılı Kanun'la getirilen dava açma süresi sınırıyla kanun koyucu, imar planlarına ilan askı süresi içinde yapılan itirazın reddi ya da ilan askı süresinin son gününden itibaren süresi içinde dava açılmaması durumunda, 2577 sayılı kanunun 10. maddesi kapsamında yapılacak imar planı değışikliğı başvurusunun reddi ya da bu kapsamda yapılacak başvurular sonucunda ortaya çıkan uygulama işlemi üzerine yasal dava açma süresi içinde her zaman dava açılabilmesi olanağını⁹⁹ sınırlandırmak istemektedir. Şu halde, imar planları doğrultusunda ve plana uygun imar düzenini sağlamak amacıyla idarece gerçekleştirilmek zorunda olan uygulama işlemleriyle (alt ölçekli plan, imar programları, parselasyon planı, kamulaştırma gibi) birlikte imar planlarının da yargısal denetiminin yapılabilceğı; 7221 sayılı Kanun'la getirilen beş yıllık dava açma süresi sınırının buna engel teşkil etmeyeceğı ifade edilmelidir. İYUK m.7/4 gereğince, parselasyon işlemiyle, düzenleyici işlem olan imar planlarına karşı da dava açılabilir. Kanun koyucu, bu hükmün uygulanmasını engelleyecek bir düzenlemeye gitmemiştir¹⁰⁰. Bu nedenle, parselasyon planına karşı süresinde dava açılması halinde, dayanağı imar planlarının da – dava konusu edilmeleri halinde – yargısal denetiminin gerçekleştirilmesi gerektiğı ifade edilmelidir.

SONUÇ

7221 sayılı Kanun'la imar ve parselasyon planları için getirilen azami beş yıllık dava açma süresi sınırıyla kanun koyucu, bu idari işlemler yönünden idari istikrarı sağlamak istemiştir. Kanun'un lafzı ve amacından hareketle, bu süre sınırının iptal davaları açısından geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Zira, imar ve parselasyon planlarının aradan geçen uzun yıllar sonucunda yargı kararıyla iptali; bu iptal kararının gerekleri doğrultusunda işlem tesis etmenin zaman zaman imkansızlığı uygulamada idareleri oldukça zorlayabilmektedir. Bu gerekçeye, kanun koyucu, idarelerin hukuka aykırı idari işlemlerinin (imar ve parselasyon planları) yargısal denetimini, idari istikrarı sağlama adına beş yıla sınırlandırmıştır. Ancak bu amaçla çıkarılan Kanun'un hak arama özgürlüğü, mülkiyet hakkı, hukuk devleti gibi Anayasal hak ve ilkeleri gözettiğı, bu ilkelere uygunluk taşıdığı söylenemeyecektir. Burada tercih ettiğı yöntem, kişilerin hak arama özgürlüğünü ihlal edici nitelik taşımaktadır. İdari istikrarı, hukuka uygun imar ve parselasyon planı yapma konusunda idareyi, onun yetkili organ/personelini zorlama yerine; kişilerin hak arama özgürlüğünü

ayrıca bkz. "İmar Planlarına Karşı Dava Açma Süresinin Sona Ermesi" başlığı.

99 Danıştay 6 D, E 2023/818 K 2023/2158, 02.03.2023.

100 Bu yönde bir düzenleme için bkz. 6306 sayılı Kanun, Ek Madde 1: "(2) a) Riskli alan kararına karşı Resmi Gazete'de yayımı tarihinden itibaren dava açılabilir. Uygulama işlemleri üzerine riskli alan kararına karşı dava açılmaz". Görüldüğü üzere, 6306 sayılı Kanun'un ek 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) bendinin birinci cümlesinde, riskli alan kararlarına karşı Resmi Gazete'de yayımı tarihinden itibaren dava açılabilceğı ifade edildikten sonra dava konusu ikinci cümlesinde, uygulama işlemleri üzerine riskli alan kararına karşı dava açılmayacağı hüküm altına alınmıştır.

sınırlandırmada aramanın Anayasamızın 2.maddesinde yer alan “insan haklarına saygılı” devletle bağdaştığını söylemek oldukça zordur.

7221 sayılı Kanun’la, idareye herhangi bir külfet yüklenmeksizin, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması söz konusudur. Kişilerin temel hak ve özgürlüklerine sınırlandırma getirilirken, idarenin – en azından – meri mevzuata tümüyle uygun hareket etmesinin beklenmesi olağandır. Bir diğer ifadeyle, beş yıllık dava açma süresinin kişiler açısından uygulanabilmesi için, idarenin imar ve parselasyon planlarının yürürlüğe konulması usulüne ve süresine uygun; kişilerin hak arama özgürlüklerini kullanmasına imkan sağlayacak şekilde hareket etmesi gerekmektedir. Aksi halde, kişiler açısından imar ve parselasyon planlarına karşı dava açma süresinin başlamayacağı; başlamayan sürenin ise sona ermeyeceği söylenmelidir. Bu kapsamda, idarelerin imar ve parselasyon planlarının hazırlanması aşamasında kişilerin katılımını sağlaması oldukça önemlidir. Yine, planların yürürlük aşamasında gerçekleştirilecek duyurunun bilişim teknolojileri aracılığıyla da yapılması gerekliliği norm olarak ihdas edilmelidir. Bu yöntemin hali hazırda tercih edilmesinin önünde hukuken herhangi bir engel bulunmasa da, telefon ve internet kullanımının bu denli yaygın olduğu ülkemizde idareler aleniyeti sağlamak adına bu aracı kullanmamaktadırlar. Seçim zamanı vatandaşlara çok sayıda e-posta, kısa mesaj ve hatta telefon eden plan yapmaya yetkili idarelerin imar planı yapımı sırasında bu yöntemlere başvurmuyor olmasının bilgisizlikten kaynaklı olmadığı açıktır.

Öte yandan, imar ve parselasyon planlardaki hukuka aykırılıkların tümüyle ‘sehven’ bir değerlendirme hatası neticesinde meydana geldiğini düşünmek oldukça iyimser bir yaklaşım olacaktır. İdarelerin imar ve parselasyon planlarının hazırlanması aşamasında sıkça kişi yararının ya da zararını hedef tutan davranışlar sergiledikleri bilinen bir gerçektir. 7221 sayılı Kanun’la getirilen dava açma süresi sınırı, bu tutum ve davranışlar neticesinde ortaya çıkan planlara karşı dava açılmasını engellemek suretiyle, bir nevi bu tutum ve davranışı taltif etmektedir. Bu nedenle, idarelerin kişi yararının ya da zararını hedef tutan imar planı, değişikliği, ilave ve revizyonlarının beş yıllık dava açma süresi sınırında bağışık tutulması, kişilerin hukuka ve idareye olan güveninin sarsılmaması açısından büyük önem arz etmektedir.

7221 sayılı Kanun sonrasında, imar ve parselasyon planlarına karşı dava açma süresine ilişkin idari yargı içtihatlarında farklılık olacağı kuşkusuzdur. Burada idari yargı mercileri Kanun’un getirilme amacını, yürürlükteki mevzuatı, idari işleyişi ve en önemlisi varlık sebebi olan kişilerin temel hak ve özgürlüklerini koruma misyonunu doğru şekilde bir potada eritmelidir.

KAYNAKÇA

Artukmaç S, *Türk İmar Hukuku* (5. Baskı, Turhan 1979)

Atay E. E, Hasan Odabaşı ve Hasan Tahsin Gökcan, *İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları* (Seçkin Yay. 2010 2. baskı)

Ayanoğlu T, *Bireysel İdari İşlemlere Karşı Dava Açma Süresinin Başlangıcı*, (On İki Levha 2017)

Çelik E. E ve Şengöz Ç., ‘İmar Planlarına Karşı Açılacak Davalarda Dava Açma Süresinin Değerlendirilmesi’ (2020) 152 Danıştay Dergisi, 39-69.

- Davut Ş ve Coşkun Ş, ‘İmar Planlarına Karşı Açılacak İptal Davalarında İdari Dava Açma Süresi’ (2011) 69 (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1209–1241.
- Dinçkol H. A, ‘Belediyenin İmar Planlama Faaliyetinde Katılım İlkesi’ (2024) 1 GSÜHFD, 99-157.
- Duran L, *İdare Hukuku Ders Notları*, (İstanbul 1982).
- Erol Ö. F, ‘Yargı Kararlarında İmar Planı Yoluyla Kamulaştırmaz El Atma.’ (2013) 9 (105-106) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 193-228.
- Gülan A, *Türk İmar Hukuku’nda ‘Hamur Kuralı’ Uygulaması* (Doçentlik Tezi, İstanbul Üniversitesi 2000)
- Kalabalık H, *İmar Hukuku Dersleri* (12.Baskı, Seçkin 2023)
- Karahanoğulları O, *İdari Yargı-İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)* (2. Baskı, Turhan 2024)
- Sancakdar O, *Belediyenin İmar Planı Yapması – Değiştirmesi ve İptal Davası* (Seçkin, 1996)
- Sancakdar O, *İmar Hukuku* (2. Baskı, Seçkin 2024)
- TEKİNSOY M. A, ‘İmar Planlarının Hukuksal Niteliği, İmar Planı İptalinin Bu Plana Dayanılarak Verilmiş Ruhsatlar Üzerindeki Etkisi’ (2008) 2, Ankara Barosu Dergisi, 46-56.
- Yaşar H. N, *İdare Hukuku* (2. Baskı, Der Yayınları 2024)
- Yaşar H. N, *İmar Hukuku* (Filiz 2008)
- Yıldırım T, ‘İmar Planı Yoluyla Kamulaştırmaz El Atma (Karar inceleme-si-Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 15.12.2010 tarihli, 2010/651 K. sayılı kararı)’ (2011). Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 0(81-82),183-199.
- Yıldırım T, *İdari Yargı* (2. Baskı, Beta Basım 2010)
- Yılmaz S, *İmar Planlarının Hukuki Rejimi* (Seçkin, 2021)
- Zevkliler A, *İmar Kurallarına Aykırı ve Zarar Verici İnşaat* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1982)

Konak Devletin Uluslararası Terörizmden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu Çerçevesinde Tazminat Yükümlülüğü

Compensation Liability Under the International Responsibility of the Host State derived from International Terrorism

Hakkı Hakan ERKİNER^{*}, İlayda ERAY^{**}

ÖZ

Günümüzde bazı devletler gerek politik gerek askeri çıkarlarını elde etmek amacıyla başka devletlere karşı uluslararası terör faaliyetlerini desteklemektedir. Bir devlet üzerinde barınan terör unsurları tarafından hedef devlete yönelik olarak gerçekleştirilen terör saldırıları uluslararası terörizm niteliğindedir. Topraklarında terör unsurları barındıran devlet, konak devlet; barınan teröristler, konuk teröristler olarak adlandırılmaktadır. Eldeki çalışmada, uluslararası sorumluluk hukuku kuralları uyarınca terörist unsurları barındıran ya da barınmalarını engelleme yeteneği bulunmayan konak devletin, tazminat yükümlülüğünün aktarılması amaçlanmıştır. Bu bağlamda, uluslararası sorumluluk hukukuna ilişkin asli ve yardımcı kaynaklar incelenmiş ve uluslararası sorumluluk hukukunun teorisi ortaya koyulmuştur. Uluslararası sorumluluğun önemli bir neticesi olan tazminat hususu aktarılmış ve buna ilişkin özel bazı koşullar tespit edilmiştir. Devletlerin uluslararası hukukta terörizme ilişkin hangi birincil yükümlülüklerinin mevcut olduğu, bu yükümlülüklerin kaynakları da belirlenmek suretiyle izah edilmiştir. Konak devletin konuk teröristlere ev sahipliği yapmasıyla ihlal ettiği yükümlülüklerle ilişkin tespitler, konuya ilişkin literatür incelenerek aktarılmıştır. Ayrıca konak devletin, konak olması ile gerçekleştirdiği uluslararası haksız fiilinin tazminat özelinde neticeleri incelenmiştir. Hedef devlette terör saldırıları sonucu ve uluslararası terörizme karşı meşru müdafaa hakkını kullanırken ortaya çıkan operasyonel zararların giderilmesi için, konak devletten tazminat talep etme süreci izah edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Sorumluluk Hukuku, Uluslararası Terörizm, Tazminat, Konak Devlet, Konuk Terörist

* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye, herkiner@marmara.edu.tr. ORCID: 0000-0002-0779-6414

** Araştırma Görevlisi, Milli Savunma Üniversitesi, Atatürk Stratejik Araştırmalar ve Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Harp ve Silahlı Çatışma Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye, ilayda.eray@outlook.com ORCID: 0000-0001-6246-0182

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Hakkı Hakan ERKİNER

E-posta/E-mail: herkiner@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 20.09.2024

Kabul Tarihi/Accepted: 03.11.2024

How to cite this article/Atf için: Hakkı Hakan ERKİNER ve İlayda ERAY, 'Konak Devletin Uluslararası Terörizmden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu Çerçevesinde Tazminat Yükümlülüğü' (2024) 30(2). Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 535-560. DOI: 10.33433/maruhad.1553261

ABSTRACT

States have been supporting international terrorist activities against other states in order to achieve their political and also military interests. This is a method used by some states to evade international responsibility. In some cases, international terrorism can be carried out by terrorist elements hosted in a state against the target state. A state hosting terrorist elements on its territory is referred to as a host state and the terrorists being hosted as hosted terrorists. The present study aims to explain the compensation obligation of the host state that hosts terrorist elements or does not have the capacity to prevent their hosting in accordance with the rules of international law of responsibility. In this context, the primary and secondary sources on the law of international responsibility are analyzed and the theory of the law of international responsibility is put forward. The issue of compensation, which is an important consequence of international responsibility, has been analyzed and some special conditions regarding this issue have been determined. The primary obligations of states under international law in relation to terrorism are explained by identifying the sources of these obligations. The determinations regarding the obligations breached by the host state by hosting terrorists have been conveyed by analyzing the literature on the subject. In addition, the consequences of the host state's being a host, in the presence of some special conditions, constituting an internationally wrongful act in terms of compensation are analyzed. The process of claiming compensation from the host state for operational damages incurred by the target state as a result of terrorist attacks and in the exercise of its right of self-defense against international terrorism is explained.

Keywords: International Law of Responsibility, International Terrorism, Compensation, Host State, Hosted Terrorist

1. GİRİŞ

Birleşmiş Milletler (BM) Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun (UHK) Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu'na ilişkin maddeler metni çalışması (Maddeler Belgesi)¹ devletin icraı surette veya ihmal suretiyle gerçekleştirdiği uluslararası nitelikteki haksız fiillerinden kaynaklı sorumluluğunu ve bu sorumluluğun neticelerini düzenleyecek ikincil kuralları ortaya koymak ve uluslararası hukukun bu konudaki sistematığını belirlemek ve kodifikasyonunu gerçekleştirmek amacıyla yapılmıştır². UHK, anılan maddeler çalışmasını devletlerin süregelen uygulamalarından ve uluslararası yargı kararlarından hareketle kaleme almıştır. Bunun anlamı, anılan maddelerin ihtiva ettiği kuralların uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarını yansıtır olmasıdır. Maddeler Belgesi ile amaçlanan, devletlerin yerine getirmesi gereken uluslararası yükümlülüklerinin tanımlanması değildir. Bu tanımlamayı yapmak birincil kurallara ait bir fonksiyondur. Uluslararası yükümlülükleri ihtiva eden birincil kuralların uluslararası hukuktaki konumu, örf ve âdet ve

1 Resolution on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, UNGA A/RES/56/83 (28 January 2002) <<https://undocs.org/en/A/RES/56/83>> (17.07.2024); Résolution adoptée par l'Assemblée générale, UNGA A/RES/56/83 28 Janvier 2002 <<https://undocs.org/fr/A/RES/56/83>> accédé 17 Juillet 2024; Türkçe tercümesi için bkz. Hakkı Hakan Erkiner, Tercüme – Devletin Uluslararası Sorumluluğu Maddeleri – Responsibility of States – Responsabilité de l'État; <<https://marmara.academia.edu/HakkıHakanErkiner>> Erişim Tarihi 17 Temmuz 2024.

2 Draft articles on responsibility of States for international wrongful acts with commentaries, (2001) 31; <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf> accessed 17 July 2024; Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, (2001) 61; <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9_6_2001.pdf> accédé 17 Juillet 2024.

konvansiyonel pozitif uluslararası hukuk kuralları içerisinde. Bu bağlamda, bir uluslararası hukuk kuralından kaynaklanan davranış yükümlülüğünü tanımlamak ile bu yükümlülüğe aykırı bir davranış gerçekleştirildiğinde uygulanacak sorumluluk hukuku kurallarını tanımlamak iki farklı meşgaledir. Uluslararası hukuk kurallarından kaynaklanan yükümlülükler birincil yükümlülükler, bunların ihlali neticesinde devreye girecek olan sorumluluk hukuku kuralları ise ikincil yükümlülüklerdir. Maddeler Belgesi'nin amacı bu ikincil yükümlülükleri ortaya koymaktadır.

Bir devletin, uluslararası hukuk kurallarından kaynaklanan birincil bir yükümlülüğe uygun davranıp davranmadığı tespit edilirken bazı hukuki hususlar dikkate alınmalıdır. Öncelikle, iç hukuktan bağımsız olarak devletin birincil yükümlülüğünü ihtiva eden birincil kuralın o devlet için kıymetinin ne olduğu belirlenmelidir. Ayrıca, uluslararası hukuk kişisi olan devlete bir davranışın isnat edilmesi için gerekli koşulların varlığı incelenmelidir. Bir uluslararası yükümlülüğün ihlali niteliğinde olan davranışın ne kadar süre ile gerçekleştiği ve ihlalin meydana geldiği zaman ile devletin uluslararası haksız fiil niteliğindeki davranışından dolayı bir başka devletin uluslararası sorumluluğunun doğup doğmadığı da tespit edilmesi gereken hususlardandır. Bununla birlikte, devletlerin haksız fiilden kaynaklanan uluslararası sorumluluğunda, bu davranışın uluslararası hukukta hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği cevaplanmalıdır. Haksız fiil niteliğindeki bir davranış bulunan devletin uluslararası sorumluluğunun ikincil kurallar çerçevesinde kapsam ve sonuçları bakımından açıklanması ve uluslararası sorumluluktan ötürü uygulanabilecek karşı önlemlerin ne olduğunun izah edilmesi gerekmektedir. Bu hususların tamamı, uluslararası sorumluluğa ilişkin ikincil uluslararası hukuk kuralları aracılığıyla çözümlenmektedir.

Eldeki çalışmada, uluslararası terör gruplarına konaklık eden devletin bu hareketiyle hangi uluslararası yükümlülüklerini ihlal ettiği belirlenmeye çalışılmıştır. Bu değerlendirme, uluslararası hukukun asli kaynakları olan örf ve âdet hukuku, uluslararası antlaşmalar ve uluslararası hukukun genel ilkeleri incelenmek suretiyle yapılmıştır. Ayrıca uluslararası yargı kararları ile uluslararası hukuk doktrininin konuya yaklaşımı izah edilmiştir. Devamında, eldeki çalışmada, topraklarında terör saldırıları düzenlenen devletin hedef devlete yönelik tazminat yükümlülüğü incelenmiştir.

II. ULUSLARARASI SORUMLULUK HUKUKU REJİMİNİN KONAK DEVLETE TESİRİ

A. ULUSLARARASI TERÖRİZM VE EXTRA-TERRİTORİUM KUVVET KULLANMA

Uluslararası terörizmden kaynaklanan uluslararası sorumluluk hukuku rejimi münferit, farklı veya istisnai bir rejim değildir. Uluslararası sorumluluk hukuku, devletin ihlal ettiği her türlü uluslararası yükümlülüğün varlığı halinde devreye giren yeknesak bir mekanizmadır. Bu bağlamda, örneğin uluslararası çevre hukukundan kaynaklanan bir yükümlülüğün ihlali halinde uygulanacak sorumluluk hukuku kuralları ile uluslararası terörizmden kaynaklanan bir yükümlülüğün ihlaline uygulanacak sorumluluk hukuku kuralları farklı olmayacaktır. Diğer bir ifade ile ihlal edilen birincil

kuralların farklılaşması, bu ihlal neticesinde tatbik edilecek ikincil kuralların, yani sorumluluk hukuku kurallarının farklılaşmasına yol açmamaktadır.

Uluslararası sorumluluk hukukuna ilişkin kurallar, UHK Maddeler Belgesi çerçevesinde özel bazı durumlar da tespit edilerek ortaya konulmuştur. Bu özel durumların, konak devletin uluslararası terörizmden kaynaklanan uluslararası sorumluluğu hususunda nazarı dikkate alınması önem arz etmektedir. Nitekim, konak devletin uluslararası terörizmden kaynaklanan uluslararası sorumluluğunun doğrudan kabul edilmesi hukuki dayanaktan yoksun olmaktadır. Konak devletin sorumluluğunun meşruiyeti, bu devletin uluslararası hukukun getirdiği yükümlülüklerden hangilerini ihlal ettiği, terör unsurlarının eylemlerini devlet organı olarak gerçekleştirip gerçekleştirmediği veya konak devletin terör unsurlarına desteğinin seviyesi gibi durumlar dikkate alınarak belirlenebilecektir.

Uluslararası hukuk, extra territorium yani sınır dışı kuvvet kullanmayı yasaklamıştır. Bu husus BM Şartı 2/4. maddesinde yerini almış ve devletlere başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığına karşı kuvvet kullanmama yönünde bir yükümlülük yüklenmiştir³. Bu kurala aykırı bir davranış uluslararası haksız fiil niteliğinde olmaktadır. Uluslararası haksız fiil niteliğindeki bu davranışın hukuka aykırılığını ortadan kaldıran istisnai hal meşru müdafaa'dır. Uluslararası bir yükümlülüğün ihlali ve bu ihlalin devlete isnadı ile gerçekleştirilen eylemin uluslararası haksız fiil niteliğinde olması, uluslararası sorumluluk hukukunun ihlal edilmesi anlamına gelmekte iken; meşru müdafaa hakkı ise uluslararası barış ve güvenlik hukuku çerçevesinde bir hakkın kullanımı olarak karşımıza çıkmaktadır⁴. Bir hak olarak meşru müdafaa, BM Şartı'nın 51. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Anılan maddeye göre:

“Bu Antlaşma'nın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletler üyelerinden birinin silahlı bir saldırıya hedef olması halinde, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli önlemleri almaya dek, bu üyenin doğal olan bireysel ya da ortak meşru müdafaa hakkına halel getirmez. Üyelerin bu meşru müdafaa hakkını kullanırken aldıkları önlemler hemen Güvenlik Konseyi'ne bildirilir ve Konsey'in işbu Antlaşma gereğince uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için gerekli göreceği biçimde her an hareket etme yetki ve görevini hiçbir biçimde etkilemez⁵.”

Anılan maddeden de anlaşılacağı üzere meşru müdafaa hakkının doğması için devletin silahlı saldırıya maruz kalması gerekmektedir. Meşru müdafaa hakkını doğuran bir silahlı saldırının eşiği ise bazı uluslararası yargı kararlarında tespit edilmiştir. Uluslararası Adalet Divanı (UAD), 27 Haziran 1986 tarihli Nikaragua kararında meşru müdafaa hakkını doğuran silahlı saldırının eşliğini şu şekilde tespit etmiştir:

3 UN Charter, Article 2/4.

4 Hakkı Hakan Erkiner, Uluslararası Terörizme Karşı Meşru Müdafaa (Seçkin 2021) 320.

5 UN Charter, Art 51.

“[...]Özellikle, silahlı saldırının sadece düzenli silahlı kuvvetlerin sınır ötesinde gerçekleştirdiği uluslararası eylemleri değil, aynı zamanda ‘bir devlet tarafından ya da onun adına hareket eden silahlı çetelerin, grupların, düzensiz birliklerin ya da paralı askerlerin başka bir Devlete karşı düzenli kuvvetler tarafından gerçekleştirilen gerçek bir silahlı saldırıya varacak ağırlıkta silahlı kuvvet kullanması ya da bu eylemlere önemli ölçüde katılması’ olarak anlaşılması gerektiği konusunda mutabık kalındığı düşünülebilir⁶ [...]”

Divan, anılan kararında meşru müdafaa hakkını doğuracak silahlı saldırının eşğini devletin düzenli ordularıyla sınır ötesinde gerçekleştireceği kuvvet kullanma şiddetinde olan saldırılar olarak belirlemiştir. Bununla birlikte, bir devlet adına hareket eden paramiliter grupların veya düzensiz birliklerin saldırı fiillerinin bu eşği geçmesi halinde hedef devletin meşru müdafaa hakkı doğduğu kabul edilmektedir⁷.

Uluslararası terörizme karşı sınır dışı kuvvet kullanılması meselesi, uluslararası hukukun iki boyutunda, sebep-sonuç ilişkisi ve etki alanı bakımından farklılaşmaktadır. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir durum olarak meşru müdafaa hakkının doğumu açısından sebep, silahlı saldırı olayıdır. Bu hak bakımından sonuç ise hedef devlet tarafından meşru müdafaa hakkının icra edilmesidir. Ayrıca bu hak, konak devlet üzerindeki konuk teröristlere yönelik olarak kullanılmaktadır. Uluslararası sorumluluk hukuku açısından konak devlet, konuk teröristlerin, kendi topraklarında barınmasına izin vererek terörizmi önleme ve topraklarından diğer devletlere zarar vermeme şeklindeki uluslararası yükümlülüklerini ihlal etmektedir. Bu ihlalin neticelerinden biri konak devletin uluslararası sorumluluğunun doğması iken diğer neticesi ise hedef devletin konak devletten tazminat talep edebilmesidir⁸. Konuk teröristlerin konak devlete isnat edilemeyecek şekilde sınır ötesi kuvvet kullanması meselesinde işletilen sorumluluk hukuku rejiminin yöneldiği kişiler konuk teröristler değil bu teröristleri barındırarak uluslararası yükümlülüğünü ihlal eden konak devlettir.

Terör unsurlarının bir devletten başka bir devlete yönelik terör eylemleri uluslararası terörizm niteliğindedir. Terör unsurları hedef devlete yönelik saldırılarını başka bir devlette barınmak suretiyle gerçekleştiriyorsa, bu terörist unsurlar konuk terörist, barınmaya izin veren devlet ise konak devlet olarak isimlendirilmektedir⁹.

B. ULUSLARARASI TOPLULUĞUN TERÖRİZMLE MÜCADELE VİZYONU

Uluslararası terörizmin en önemli unsuru yabancılık unsurudur. Bir devlet üzerinde konuşlanan terör unsurlarının başka bir devleti hedef gözeterek ona yönelik saldırılar meydana getirmesi uluslararası terörizmdir. Uluslararası terörizmin bu halinde, yani bir devletin topraklarında terör unsurları barındırması durumunda bu devlet, konak devlet olarak adlandırılmaktadır. Konak

6 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (1986) I.C.J. Reports, 103, <<https://www.icj-cij.org/case/70/judgments>> accessed 16 April 2024.

7 Eren Alper Yılmaz ve Orhan İrk, “Nikaragua Divan Kararları Işığında Kuvvet Kullanma ve Meşru Müdafaa Sorunu” (2015) 13 (2) CBÜ Sosyal Bilimler Dergisi 151, 157.

8 Erkiner, *Meşru Müdafaa* (n 4) 321.

9 ibid 83-84.

devlet üzerinde barınan teröristler tarafından hedef devlete yönelik terörizm faaliyetleri, en az iki farklı devletin egemenlik alanında gerçekleştiğinden uluslararası terörizm faaliyeti niteliğinde olmaktadır¹⁰. Bununla birlikte devlet desteği, uluslararası terörizm için aranan bir şart değildir¹¹.

Uluslararası sorumluluk hukuku açısından konak devletin, topraklarında konuşlanan terör unsurlarına karşı reaksiyonu önem arz etmektedir. Bazı devletler terörizme karşı gerekli reaksiyonları kendi rızalarıyla göstermemekte, bazı devletler bu reaksiyonu gösterecek kapasitesi bulunmadığından gösterememekte, bazı devletler ise reaksiyon göstermekte isteksiz davranmaktadır¹². Bu üç farklı davranış biçimi devletin bulunduğu üç farklı durum ile açıklanmaktadır. Buna göre devletler, başarısız devlet, isteksiz devlet ve destekleyen devlet olarak sınıflandırılmaktadır. Bu kavramlar uluslararası güvenlik ve terörizmle mücadele adına önemli farklılıkları ve dinamikleri ortaya koymaktadır.

Bir devletin toprakları üzerinde barınmak veya konuşlanmak yoluyla hedef devlete yönelik terör saldırısı gerçekleştiren terör unsurları konuk teröristlerdir¹³. Diğer bir ifade ile konak devlet üzerindeki konuk teröristler başka bir devlete karşı terör faaliyeti yürüten teröristlerdir.

Türkiye açısından sınırları ötesindeki en belirgin konuk terörist örneği PKK terör örgütüdür. PKK, Suriye ve Kuzey Irak'ın belirli bölgelerinde barınmakta olup çeşitli zamanlarda bu bölgelerden Türkiye'ye yönelik saldırılar gerçekleştirmektedir. PKK ile ilişkili örgütler, İran'da PJAK, Irak'ta Tavgarı Azadi ve Suriye'de PYD/YPG olarak bilinmekle birlikte gerek yönetim gerek faaliyetlerinin içeriği ve teröristlerin eğitimi konusunda strateji ve mekân gibi hususlarının müşterek olduğu açıktır¹⁴. PKK'nın farklı isimlerle ya da bir dalı niteliğinde varlığını sürdüğü bu örgütler de konuk terörist niteliğindedirler¹⁵.

Konak devletin, topraklarında konuk teröristlerin barınmasına müsaade etmesi neticesinde uluslararası sorumluluğunun işletilebilmesi için uluslararası haksız fiil mevcut olmalıdır. Uluslararası haksız fiilin varlığı için uluslararası bir yükümlülük ihlal edilmeli ve bu ihlal, eylemi gerçekleştiren devlete isnat edilebiliyor olmalıdır¹⁶. Bu doğrultuda, konak devletin topraklarında konuk teröristlerin barınması halinde uluslararası hukuktaki hangi birincil yükümlülüklerini ihlal ettiği belirlenmelidir. İkinci olarak araştırılması gereken husus, bu ihlalin konak devlete isnat edilip edilemeyeceği hususudur. Şayet konak devlet terör unsurlarına barınak sağlayarak bir uluslararası yükümlülüğünü ihlal ediyorsa ve ihlal niteliğindeki fiil kendisine isnat edilebiliyorsa bu fiil uluslararası haksız fiil

10 Erkiner (n 4) 189.

11 Fatma Taşdemir, *Terörizm ve Ülke Dışı Kuvvet Kullanma Hukuku* (Nobel Yayın 2020) 42.

12 Antonio Cassese, "The International Community's 'Legal' Response to Terrorism" (1989) 3 (38) *International and Comparative Law Quarterly*, 589, 598.; Vincent-Joel Proulx, "Reconceptualizing International Law After 9/11: What Role for State Responsibility in the Prevention and Suppression of Transnational Terrorism?" (Doctoral Thesis, McGill University, 2010) 131.

13 Erkiner, *Meşru Müdafaa* (n 4) 186.

14 Türkiye Cumhuriyeti Dış İşleri Bakanlığı Resmi İnternet Sitesi, <<https://www.mfa.gov.tr/pkk.tr.mfa>> Erişim Tarihi 05 Nisan 2024.

15 Fatma Taşdemir ve Adem Özer, "Kuvvet Kullanma Hukuku Açısından Fırat Kalkanı Operasyonu" (2017) 4 (7) *Akademik Hassasiyetler* 53, 62.

16 A/RES/56/83, Article 2.

teşkil etmektedir. Bu durumun uluslararası sorumluluk hukuku bakımından neticesi konak devletin onarım yükümlülüğünün doğmasıdır.

Uluslararası topluluk tarafından 1937 yılında Milletler Cemiyeti öncülüğünde hazırlanan ancak yürürlüğe girmeyen Terörizmin Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'den başlanarak terörizme ilişkin bir dizi uluslararası sözleşme akdedilmiştir. Genel itibariyle terörizm ile ilgili uluslararası sözleşmelerin kesişim noktaları, terörizme karşı uluslararası iş birliğinin sağlanması ve terörizmi engellemek için gerekli önlemlerin alınması hususlarıdır¹⁷.

Uluslararası terörizme ilişkin birden fazla Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi (BMGK) kararı mevcuttur. Terörizm ile ilgili çeşitli yükümlülükler öngören Terörist Bombalamalarının Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme'ye 170¹⁸ ve Terörün Finansmanının Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme'ye 188¹⁹ devlet taraftır. Ayrıca üye devletler bakımından bağlayıcı nitelikte olan BMGK'nin bazı kararları da terörizm ile mücadele adına çeşitli yükümlülükler getirmektedir. Anılan Sözleşmelere taraf olan devlet sayısının çokluğu ve uluslararası topluluğun büyük bir çoğunluğunun taraf olduğu BM'nin organı olan BMGK'nin kararları, terörizme ilişkin uluslararası bakış açısını yansıtmaları bakımından önemli görülmektedir.

BM Genel Kurulu'nun 1994 yılında kabul etmiş olduğu 49/60 sayılı Uluslararası Terörizmin Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Önlemler Bildirisi'nde "devletlerin, terörle mücadele adına uluslararası hukuk kapsamındaki yükümlülüklerine uygun önlemleri alması" yönünde çağrıda bulunulmuştur²⁰. Bununla birlikte BMGK, 28 Eylül 2001 tarihli 1373 sayılı kararı ve 8 Ekim 2004 tarihli 1566 sayılı kararı ile devletlere terörizmi önlemeye yönelik çeşitli yükümlülükler getirmektedir.

Bu bağlamda, 1373 sayılı karar ile devletlerin uluslararası terörizme karşı iş birliği halinde çalışmaları gerektiği yinelenmiş ve terör unsurlarının mali kaynaklarının dondurulması ve terör faaliyetlerine destek veren kişilerin yargılanması öngörülmüştür. Ayrıca anılan kararda, devletlerin terörist faaliyetlerde bulunan şahıslara herhangi bir destek sağlamaktan kaçınması, terör gruplarının üye kazanmasını ve silah temin etmesini önlemek için gerekli adımları atması ve terör faaliyetlerini finanse eden, planlayan, destekleyen veya gerçekleştiren kişilere güvenli barınak sağlamaması yönündeki yükümlülükleri yer almaktadır.²¹

BMGK, 1566 sayılı kararının 2. paragrafına göre:

- 17 Fatma Taşdemir, Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi (USAK Yayınları 2006) 22.
- 18 International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings, UN Treaty Collection (1997) <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtidsg_no=XVIII-9&chapter=18&clang=_en> accessed 10 May 2024.
- 19 The International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, UN Treaty Collection (1999) <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtidsg_no=XVIII-11&chapter=18&clang=_en> accessed 10 May 2024.
- 20 UNGA Resolution 49/60 Measures to Eliminate International Terrorism, A/RES/49/60, <<https://www.legal-tools.org/doc/32083e/>> accessed 17 April 2024.
- 21 UN Security Council, UN Doc. S/RES/1373 (2001) <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.unodc.org/pdf/crime/terrorism/res_1373_english.pdf> accessed 17 April 2024.

“Devletler, terör eylemlerinin finansmanına, planlanmasına, hazırlanmasına veya işlenmesine destek veren, kolaylaştıran, katılan veya katılmaya teşebbüs eden ya da güvenli barınak sağlayan kişileri bulmak, güvenli barınaktan mahrum etmek ve iade etme veya kovuşturma ilkesi temelinde adalete teslim etmek amacıyla, uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerine uygun olarak, özellikle vatandaşlarına karşı terör eylemlerinin işlendiği Devletlerle terörle mücadelede tam işbirliği yapmalıdır.”²².

Görüleceği üzere BMGK’nin anılan kararları uluslararası terörizm ile mücadele ve terör faaliyetlerinin desteklenmesinin engellenmesi amaçlarıyla bazı önlemler içermektedir. BMGK’nin üye devletler açısından bağlayıcı nitelikteki bu kararları, özellikle “güvenli barınaktan mahrum etme” ibaresi açısından önemli gözükmektedir. Nitekim bu karar ile devletlere terör unsurlarına barınak sağlanmasına müsaade etmeme yükümlülüğü getirilmektedir.

III. KONAK DEVLETİN TÂBİ OLDUĞU ULUSLARARASI YÜKÜMLÜLÜKLER

A. TERÖRİZMİ ÖNLEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

BMGK’nin kararları ve yukarıda izah edilen uluslararası sözleşmeler uyarınca, kanaatimizce barınak sağlamama yükümlülüğü açıkça ifade edilmese bile terörizmin önlenmesi yükümlülüğüne içkin olarak varlığını sürdürmektedir. Nitekim terörizmin önlenmesi, niteliği gereği, muhtelif araç veya metot kullanılarak gerçekleştirilebilmektedir. Kuşkusuz, bir devletin topraklarında terör unsurlarının barınmasına izin vermemesi veya bu yönde bir girişimi engellemesi, terörizmin önlenmesi yükümlülüğüne uygun bir mahiyet arz etmektedir.

Burada açıklanan yükümlülük, konak devletin terör unsurlarına barınak sağlaması ile ilgilidir. Konak devletin toprakları üzerindeki konuk teröristlerin fiillerinin konak devlete isnadı, bu durumda değerlendirilecek bir mesele değildir. İsnat edilebilirlik bakımından konak devlete isnat edilen ihlal, konuk teröristlere barınak sağlamak suretiyle terörizmi önleme yükümlülüğünün ihlalidir.

Bu merhalede başarısız devletin ve isteksiz devletin terör unsurlarının barındığı bir konak olması halinde, bu devletin uluslararası sorumluluğunun doğup doğmayacağı sorusu mevzu bahis olmaktadır. İsteksiz konak devlet açısından, terör unsurlarını topraklarından bertaraf etme kapasitesi bulunmasına rağmen harekete geçmeme durumu söz konusudur. Bozkurt’un da belirttiği üzere uluslararası hukukta yükümlülükler devletin aktif bir eylemini gerektiren “davranış yükümlülükleri” ve neticeye teminat sağlama amacı taşıyan önleme yükümlülükleri olarak ikiye ayrılabilir²³. Konuk teröristleri barındırmama şeklindeki davranış yükümlülüğü terörizmi önleme yükümlülüğünde mündemiçtir. Dolayısıyla isteksiz konak devlet, barınak sağlamama

22 UN Security Council, UN Doc. S/RES/1566 (2004) <chrome-extension://efaidnbmnnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n04/542/82/pdf/n0454282.pdf?token=IWcOg1RQxKnyZHq37L&fe=true> accessed 17 April 2024.

23 Enver Bozkurt, Selcen Erdal ve Yasin Poyraz, *Devletler Hukuku*, (9. Baskı, Seçkin 2017) 305.

yükümlülüğüne aykırı hareket ederek uluslararası hukukun getirdiği “yapmama” şeklindeki bir davranış kuralını ve dolayısıyla terörizmi önleme yükümlülüğünü ihlal etmektedir.

Başarısız konak devlet ise terörizmle mücadele yetkinliği bulunmadığından konuk teröristlerin varlığına müdahale edememektedir. Bununla birlikte başarısız devlet, uluslararası hukuk uyarınca devlet vasfına sahip olmaya devam etmektedir. Bunun neticesinde başarısız devletin hakları ve yükümlülükleri devam etmektedir. Uluslararası hukuk doktrininde başarısız devletin, devlet namına hareket etme yetkisine sahip kurum veya yetkilileri yoksa sorumlu tutulamayacağı ilkesel olarak kabul edildiğini savunan görüşler mevcuttur²⁴. Bir devletin başarısız veya isteksiz devlet olması kusursuzluk bakımından değerlendirilebilir. Ancak devletlerin uluslararası sorumluluğunun doğabilmesi için kusur aranan bir şart değildir. Kusur, uluslararası haksız fiilin unsuru değildir. Bir devletin haksız fiili sebebiyle uluslararası sorumluluğunun doğabilmesi iki ana unsurun varlığına bağlıdır. Bunlar uluslararası bir yükümlülüğün ihlali ve bu ihlalin devlete isnadıdır²⁵. Nitekim, örf ve âdet hukuku kurallarını yansıtan Maddeler Belgesi’nde, devletin icraî surette veya ihmal suretiyle gerçekleştirdiği her haksız fiilinden sorumlu olduğu belirtilmiş ve kusur bir unsur olarak aranmamıştır. Diğer bir ifade ile devletin uluslararası haksız fiili gerçekleştirirken ki iradesi yani sonucu isteyip istememesi, uluslararası sorumluluğu açısından dikkate alınmamaktadır.²⁶ Bir devletin uluslararası sorumluluğunu ortadan kaldıran haller Maddeler Belgesi’nde hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller olarak sayılmıştır. Bunlar; rıza, meşru müdafaa, karşı önlemler, mücbir sebep, tehlike ve zaruret halidir.²⁷ Bu haller dışında devletin niteliği, haksız fiildeki kusur oranı veya egemenlik yetkisini tam olarak icra edip edememesi gibi durumlar devletin haksız fiilinden kaynaklı sorumluluğunu etkilememektedir. Kaldı ki, erga omnes yükümlülüklerin ihlali bakımından meşru müdafaa hali hariç bir hukuka uygunluk nedeni de olamaz. Başarısız devlet, devlet olma niteliği gereği bazı haklara sahiptir ve yükümlülükler altındadır. Başarısız devletin uluslararası haksız fiil gerçekleştirmesi durumunda, bu devletin başarısız devlet niteliği fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmamaktadır. Dolayısıyla konak devlet, başarısız veya isteksiz devlet olması fark etmeksizin gerekli tedbirleri almayarak terörizmi önleme yükümlülüğünü ihlal etmektedir.

B. TOPRAKLARINDAN BAŞKA DEVLETLERE YÖNELEN ZARARI ENGELLEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

On sekizinci yüzyılda İsviçreli uluslararası hukuk yazarı Emer De Vattel’in kaleme aldığı, devletlerin zarar vermeme yükümlülüğü ve extra territorium kuvvet kullanmaya ilişkin şu satırlar önem arz etmektedir:

“Eğer komşum, düşmanlarım yenilgiye uğradığında ve benden kaçamayacak kadar güçsüz olduklarında onlara sığınacak bir yer sağlar ve toparlanmaları ve topraklarına yeni bir

24 Daniel Thrüer, “The ‘Failed State’ and International Law” (1999) 836 (81) International Review of the Red Cross, 731, 747.

25 A/RES/56/83, Article 2.

26 Erkiner, *Meşru Müdafaa* (n 4) 189.

27 A/RES/56/83, Article 20-25.

saldırı düzenlemek için fırsat kollamaları için zaman tanırsa, güvenliğime ve refahıma zarar veren bu davranış tarafsızlıkla bağdaşmaz. Bu nedenle düşmanlarım, yenilgiye uğradıktan sonra onun topraklarına çekildiklerinde, ... bana yeni bir saldırı yapmak için fırsat kollamalarına izin vermemelidir; aksi takdirde onları kendi topraklarına kadar takip etmem için bana bir hak sağlamış olur. Devletler kendi topraklarına karşı gereken saygıyı göstermedikleri zaman ortaya çıkan durum budur²⁸.”

Uluslararası hukukta tüm devletlerin kendi topraklarından diğer devletlere yönelen, saldırı gibi zararları önleme yükümlülüğünün mevcut olduğu kabul edilmektedir²⁹. Bu yükümlülüğün ilkesel olarak karşılığı *sic utere tuo ut alienum non laedas* ilkesidir. Bu ilke, egemenlik yetkilerini icra eden devlete diğer devletlerin haklarına zarar vermeme yükümlülüğü yüklemektedir. Kendi mülkünü veya egemenlik alanını veya yetki sahasını başkalarına zarar vermeyecek şekilde kullanmak³⁰ anlamına gelen bu ilke ilk olarak çevre hukukunda görünmüştür. Trail Smelter Davası'nda topraklarından başka devletlere yönelen zararı engelleme ilkesinin uluslararası hukukta uygulanabilirliği ortaya koyulmuştur. Bu ilke, devletlerin çevresel zararları önlemek ve ortaya çıkan zararları gidermek hususlarındaki sorumluluğunu vurgulayan önemli bir kural haline gelmiştir³¹.

Mevzu bahis ilke ilk olarak uluslararası çevre hukukunda ortaya çıkmış olsa da uluslararası sorumluluk hukukunun müşterek niteliği gereği diğer alanlara da teşmil edilmektedir. Topraklarından başka devletlere yönelen zararı engelleme ilkesi bir uluslararası hukuk genel ilkesidir. Uluslararası hukukun genel ilkelerinin asli kaynak niteliği gereği bu ilke, bağlayıcılık arz etmekte ve devletlere topraklarından başka devlete yönelen zararları engelleme yükümlülüğü getirmektedir. Bu kuralın herhangi bir ihlali, devletlerin uluslararası sorumluluğunu ve bunun neticelerinden olan tazminat ödeme yükümlülüğünü ortaya çıkarmaktadır³².

Suriye üzerinde konak olan “PKK terör örgütü”nün hedef devlet haline gelen Türkiye'ye yönelik sürekli saldırıları bu ihlale örnek niteliğindedir. PKK'nın Suriye'ye yerleşmesi 1979'lu yıllara tekabül etmekte olup Türkiye ile Suriye arasında 22 Ekim 1998 tarihinde akdedilen Adana Mutabakatı ile karar verilen hususlar doğrultusunda Suriye'nin PKK'ya verdiği destek kesilmiş ve örgüt üs olarak kullanabileceği yeni bölgeler için arayışa girmiştir³³. Bu dönemde muhtelif bölgelerde faaliyet gösteren PKK, 2011 yılında Suriye'de iç karışıklıkların meydana gelmesinden faydalanarak bu bölge üzerindeki konuşlanmasına hız vermiştir. Örgüt, bu faaliyetlerini Suriye ayağı niteliğindeki PKK/KCK-PYD/YPG vasıtasıyla sürdürmektedir³⁴.

28 Ashley S. Deeks, “Unwilling or Unable: Toward a Normative Framework for Extraterritorial Self-Defense” (2012) 52 (3) Virginia Journal of International Law 483, 499.

29 Ben Saul, *Defining Terrorism* (Oxford University Press 2006) 215 ff.

30 Oxford Reference, Oxford University Press, <<https://www.oxfordreference.com/display/10.1093/oi/authority.201.108.03100504563>> accessed 16 April 2024.

31 Trail Smelter Case, Reports Of International Arbitral Awards (1950) <<https://www.un-ilibrary.org/content/books/978.921.3627839c028>> accessed 16 April 2024

32 TR Subramanya and Shuvro Prosun Sarker, “Emergence of Principle of Sic Utere Tuo Ut Alienum Non-Laedes in Environmental Law and Its Endorsement by International and National Courts: An Assessment” (2017) 5 (2) Kathmandu School of Law Review 1, 13.

33 Türkiye Cumhuriyeti İçişleri Bakanlığı, “PKK/KCK Terör Örgütünün Suriye Kolu: PYD-YPG”, *Raporlar* (2017) 10.

34 Ahmet Özcan ve Emrah Özdemir, *Kore'den Suriye'ye Türk Ordusu Sınır Ötesi Harekatlar* (Yeditepe 2023) 172.

Suriye'deki KCK yapılanması ile PKK arasındaki ilişkinin gizlenmesi yönünde bir çaba olsa da siyasi kanatta PYD ve silahlı kanatta YPG/YPJ şeklindeki yapılanmasıyla PKK'nın bir dalı niteliğindedir.³⁵ Bu çalışmada, "PKK terör örgütü" ibaresi bütün uzantılarını kapsayacak şekilde kullanılmaktadır. PKK'nın Suriye üzerinde üs kurarak konaklama faaliyetleri devam ederken bazı bölgelerin etkin kontrolünü kaybeden Suriye yönetimi de terör unsurlarını araç olarak kullanmaya başlamıştır³⁶.

PKK terör örgütünün mevzu bahis eylemleri çeşitli zamanlarda tekrarlanması sebebiyle süreklilik arz etmektedir. Bu doğrultuda, örgüt yürüttüğü terör faaliyetleriyle 2006 yılında Hakkari'de seyir halindeki okul servisine yönelik saldırısı sonucu 8 asker ile 11 öğrenci ve 2 sivil olmak üzere 21 kişinin yaralanmasına³⁷, 2008 yılında Güngören Patlaması'nda 5'i çocuk 18 kişinin ve 2008 yılında Diyarbakır'da askeri servis aracına yönelik bombalı saldırıda 6'sı dersane öğrencisi 7 kişinin yaşamını yitirmesine ve 73 kişinin yaralanmasına, 2011 ve 2015 yıllarındaki farklı yerlerdeki saldırılarında toplam 7 vatandaşın yaşamını yitirmesine³⁸ sebebiyet vermiştir. Burada zikredilen PKK terör örgütünün Türkiye'ye yönelik eylemleri yalnızca örnek mahiyetinde ve genel tablonun küçük bir kısmı niteliğinde olmaktadır. Nitekim Türkiye'de PKK'nın 1984 ve 2015 yılları arasında gerçekleştirdiği terör saldırılarında 6 bin 741 sivil yaşamını yitirmiştir³⁹. Türkiye'nin uğradığı bu can kayıplarının yanında, resmi veri olmamakla birlikte, terörün toplam maliyetinin 500 milyar dolara ulaştığı ifade edilmiştir⁴⁰.

Türkiye'nin özellikle 2015 ve 2017 yılları arasında maruz kaldığı, PKK tarafından gerçekleştirilen terör saldırılarının birçoğunun planlaması, yürütülmesi ve tamamlanması Afrin üzerinden yapılmıştır⁴¹. Bu saldırıların sistematik ve sürekli şekilde tekrarı neticesinde Türkiye, meşru müdafaa hakkı kapsamında, Suriye'deki terör unsurlarına yönelik bir dizi operasyon başlatmıştır⁴². Bununla birlikte Türkiye'nin sorumluluk hukuku kapsamında ileri sürebileceği bazı talepler mevcuttur.

PKK terör örgütüne konak devlet olan Suriye'nin Türkiye'ye karşı tazminat yükümlülüğü mevcuttur. Öncelikle Suriye, konuk teröristlerin topraklarında barınmasına ve konuşlanmasına izin vermesi ve bu duruma müdahale etmemesi sebebiyle kendi topraklarından başka devletlere yönelecek zararları engelleme yükümlülüğüne aykırı hareket etmektedir. Dolayısıyla konak devlet, uluslararası haksız fiili sebebiyle uluslararası sorumluluk hukukuna göre sorumludur. Terörizmi önleme yükümlülüğü bakımından sorumluluk, Suriye'nin başarısız devlet olarak nitelendirilmesi halinde de devletin

35 Türkiye Cumhuriyeti İçişleri Bakanlığı (n 33) 12.

36 Özcan ve Özdemir (n 34) 176.

37 Hürriyet, "Hakkari'de Askeri Araca Saldırı", <<https://www.hurriyet.com.tr/gundem/hakkari-de-askeri-araca-saldiri-4356224>> Erişim Tarihi 12 Mayıs 2024.

38 Anadolu Ajansı, "Barış Pınarı Harekâtı", <<https://www.aa.com.tr/tr/baris-pinari-harekati/teror-orgutu-pkk-35-yildir-kan-dokuyor/1625988>> Erişim Tarihi: 12 Mayıs 2024.

39 TRT Haber, "PKK 1984'ten beri 7 Bin Sivili Katletti", <<https://www.trthaber.com/haber/turkiye/pkk-1984ten-beri-7-bin-sivili-katletti-200648.html>> Erişim Tarihi 12 Mayıs 2024.

40 Bloomberg, "Bakan Arslan: Bugüne Kadar Teröre Harcanan Parar En Az 500 Milyar Dolar", <<https://www.bloomberght.com/haberler/haber/2037618-bakan-arslan-bugune-kadar-terore-harcanan-para-en-az-500-milyar-dolar>> Erişim Tarihi 12 Mayıs 2024.

41 Hakkı Hakan Erkiner, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu* (Seçkin 2023) 384.

42 Mevzubahis operasyonların muhteviyatı için bkz.: Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı Resmi Sitesi <<https://www.mfa.gov.tr/turkiye-suriye-siyasi-iliskileri-tr.mfa>> Erişim Tarihi: 12 Mayıs 2024.

uluslararası haksız fiili yine de mevcut olacağından uluslararası hukuk uyarınca sorumluluğu doğmaktadır. Nitekim kusur, devletlerin uluslararası haksız fiil gerçekleştirmesinde unsur olarak aranmamaktadır. Uluslararası haksız fiilin yegâne iki unsuru ihlal ve isnattır. Başarısız devlet olmak diye bir hukuka uygunluk sebebi de yoktur. Bununla birlikte, başarısız devletin terör saldırılarının yöneldiği hedef devlet ile iş birliği yapması veya terör unsurlarının bertaraf edilmesi için yardım talep etmesi, terörizmi önleme açısından önemli bir irade göstergesi olacaktır. Suriye'nin terör unsurlarına müdahaleye karşı isteksiz davranması durumunda sorumluluğunun doğacağına ilişkin bir şüphe yoktur. İsteksiz konak devletin terör unsurlarına müdahale yetkinliği bulunmakta olup, müdahale etmeme yönünde bir seçimi söz konusudur.

C. KUVVET KULLANMAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE BU YÜKÜMLÜLÜĞE İLİŞKİN ÖZEL ŞARTLAR

Yukarıda izah edilen ve konak devletin ihlal ettiği iki temel yükümlülük terörizmi önleme yükümlülüğü ile topraklarından başka devletlere yönelen zararı engelleme yükümlülüğüdür. Burada ihlal teşkil edebilecek üçüncü yükümlülük kuvvet kullanmama yükümlülüğüdür. Fakat böyle bir ihlalin gerçekleşmesi için uluslararası sorumluluk hukukunun getirdiği bazı özel isnat kurallarının konak devlete karşı uygulanabiliyor olması gereklidir.

Maddeler Belgesi'nin 2. maddesinde de belirtildiği üzere isnat edilebilirlik uluslararası haksız fiilin olmazsa olmaz unsurlarındandır⁴³. Devlet, maddi dünyada netice doğuracak eylemleri ancak yetkilendirdiği kişiler vasıtasıyla gerçekleştirebilmektedir⁴⁴. Bu sebeple devletler ancak kamu otoriteleri tarafından gerçekleştirilen eylemleri sebebiyle sorumlu tutulabilmektedir⁴⁵. Devletin hukuki kişiliğinin doğal bir neticesi olarak eylem kabiliyetinin ne kadar çeşitli olabileceği de UHK nazarında dikkate alınmıştır. UHK, Maddeler Belgesi, devlete isnat edilebilir davranışları ayrı ayrı tespit etmiştir. Maddeler Belgesi gereğince devlete isnat edilebilecek davranışlar şu şekilde sıralanabilir:

Devlet organlarının davranışları (Madde 4)

Kamu gücü yetkilerini kullanırken bir kişinin ya da bir birimin davranışı (Madde 5)

Bir devlet tarafından bir başka devletin emrine verilmiş bir organın davranışı (Madde 6)

Yetki aşımı ya da talimatlara aykırı davranış (Madde 7)

Devletin yönlendirmesi ya da denetimi altında iken davranış (Madde 8)

Resmî otoritelerin yokluğunda ya da yetersizliği hâlindeki davranış (Madde 9)

Bir isyan hareketinin ya da benzerinin davranışı (Madde 10)

43 A/RES/56/83 Maddeler Belgesi'nin 2. Maddesi: "Şayet, icrai surette ya da ihmal suretiyle işlenen bir davranış: a) Uluslararası hukuka göre Devlete isnat edilebiliyorsa ve Devletin bir uluslararası yükümlülüğünün ihlalini oluşturuyorsa, Devletin bir uluslararası haksız fiili vardır."

44 Malcolm N. Shaw, *International Law*, Yücel Acer, İbrahim Kaya, M. Turgut Demirtepe, G. Engin Şimşek (çev) (TÜBA, 2018) 566.

45 Erkiner, *Sorumluluk* (n 34) 115.

Devlet tarafından kendisinin olarak tanınan ve benimsenen davranış (Madde 11)

Konak devletin terörizmi önleme yükümlülüğünü ve topraklarından başka devlete yönelen zararı engelleme yükümlülüğünü ihlal etmesi açısından ihlal, doğrudan devlet tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu iki yükümlülük çerçevesinde ihlal, konuk teröristlerin barınmasına müsaade eden devletin yasamaya, yürütmeye, yargıya ilişkin veya diğer işlevleri yerine getiren ve bu Devlet örgütlenmesi içindeki vasfı ne olursa olsun, o devletin organı olan bir birimi tarafından gerçekleştiği için konak devletin fiili sayılmaktadır⁴⁶. Devlet organı olmasa bile konuk teröristlerin barınmasına izin veren birim konak devletin kamu gücü ile yetkilendirilmiş ise ihlal yine konak devlet tarafından gerçekleştirilmiş sayılmaktadır⁴⁷.

Konak devletin konuk teröristlerle ilişkisi açısından kuvvet kullanma yasağını ihlal etmesi “Devletin yönlendirmesi ya da denetimi altında iken davranış” başlıklı 8. maddenin uygulanabilir olması durumunda mümkün olmaktadır. Maddeler Belgesi’nin 8. maddesine göre bir kişi ya da grubun eylemlerinin devlete isnat edilebilmesi eylemin o devletin talimatı, emri ya da denetimi altında gerçekleşmiş olması halinde mümkündür. Dolayısıyla isnat, ancak devlet ile eylemleri gerçekleştiren kişi ya da gruplar arasındaki kuvvetli bağın varlığı halinde gerçekleşebilecektir⁴⁸. Bu maddenin uygulanması ve Devletin sorumluluğunun doğabilmesi için devletin talimatı, emri ya da denetimi, diğer bir ifade ile kontrolünün hangi eşikte olması gerektiği önemli bir sorudur.

UAD, Nikaragua’daki Askeri ve Yarı Askeri Faaliyetler Davası’na ilişkin verdiği kararda bu hususa değinmiştir. Dava konusu olayda Nikaragua Hükümeti, ABD’nin kendi iç işlerine müdahale ettiği, hükümeti devirmek isteyen kontralara destek sağladığı ve egemenliğini ihlal ettiği iddiasıyla UAD’a başvurmuştur⁴⁹. UAD, 15 Haziran 1986 tarihli kararında ABD’nin Nikaragua’nın iç işlerine müdahale ettiğini ve kontralara destek vererek uluslararası hukuku ihlal ettiğini tespit etmiştir. Bununla birlikte kontraların eylemlerinin ABD’ye isnat edilebilmesi için gerekli eşik mevcut olmadığı anılan kararda ifade edilmiştir. Divan’a göre devlet ile kişi veya grup arasındaki genel bir kontrole dayalı ilişki, eylemin devlete isnat edilebilmesi için yeterli görülmemektedir. Diğer bir ifade ile devletin, kişi veya gruba yalnızca ekonomik, lojistik ve askeri seviyedeki desteği bu kişi veya grupların devlet adına hareket ettiği anlamına gelmemektedir. Aradaki ilişki, devletin bu kişi veya gruplar üzerinde etkili bir otoriteye sahip olması halinde etkin kontrol niteliğinde olmaktadır. Bu çeşit eylemlerin devlete isnat edilebilmesi için etkin kontrol mevcut olmalıdır⁵⁰.

UAD’ın eylemlerin devlete isnat edilebilirliği hususundaki içtihadı, 26 Şubat 2007 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi’nin Uygulanmasına İlişkin Davada da devam etmiştir. 20 Mart 1993 tarihinde, Bosna Hersek, BM Genel Kurulu tarafından 9 Aralık 1948 tarihinde kabul edilen Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi’nin ihlal edildiği

46 A/RES/56/83, Art. 4.

47 A/RES/56/83, Art. 5.

48 Erkiner, *Meşru Müdafaa* (n 4) 85.

49 Dava özeti için bkz.: Hamza Yüce, *Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma Tehdidi*, (On İki Levha 2024) 109 vd.

50 Erkiner, *Sorumluluk* (n 34) 127.

iddiası ile Federal Yugoslavya Cumhuriyeti'ne karşı dava açmıştır. Kararın 385-407 paragraflarında Srebrenica'da gerçekleşen eylemlerin devlete isnat edilebilirliği hususu Maddeler Belgesi üzerinden açıklanmıştır. Bununla birlikte, bu maddelerin uluslararası örf ve âdet hukukunu yansıttığı da belirtilmiştir⁵¹. Kararda Maddeler Belgesi'nin 8. maddesine atıf yapılmış ve isnat edilebilirlik için genel kontrolün yeterli görülmesinin bir devletin yalnızca kendi eylemlerinden sorumlu olduğu temel ilkesini genişleteceği ifade edilmiştir⁵². Divan anılan davada, delilleri de dikkate almak suretiyle Federal Yugoslavya Cumhuriyeti'nin kişiler üzerinde etkin denetimi olmamasından dolayı sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir⁵³.

Anılan kararlar yardımcı kaynak niteliğinde olmakla birlikte bu kararlar, örf ve âdet hukukunu yansıtan Maddeler Belgesi'nin uygulanması açısından yol gösterici mahiyettedir. Cassese'ye göre devlet tarafından teröre destek; devletin sınır ötesi terör faaliyetleri yürütmesi, suç örgütleri ve özel silahlı kişileri vasıta olarak kullanması, terör unsurlarına ekonomik, lojistik ve silah desteği sağlaması, toprakları üzerinde konuşlanan terör gruplarının varlığına izin vermesi ve terör unsurlarının uluslararası alanlarda gerçekleştirdiği faaliyetleri desteklemesi şeklinde zuhur etmektedir⁵⁴. Ancak devlet desteğinin yalnızca bu boyutlarıyla varlığı, konak devletin uluslararası sorumluluğu açısından yeterli gözükmemektedir. Konak devletin sınırları içerisinde barınmakta olan konuk teröristler, konak devletin emir ve talimatları altında hareket ediyorsa, bu eylemler konak devlete isnat edilebilmektedir. Fakat konak devletin yalnızca destekleyen devlet niteliğinde olması sorumluluk açısından kuvvet kullanmama yükümlülüğünün ihlali anlamında yeterli görülmemektedir. Konak devlet ve konuk terörist arasındaki destek ilişkisi etkin kontrol eşliğinde olmalıdır. Bu durumda konuk teröristlerin kuvvet kullanmama yükümlülüğüne aykırı eylemleri konak devletin eylemleri sayılacaktır.

Suriye'nin kuvvet kullanma yasağını ihlalden sorumlu olması hali ancak PKK terör unsurları ve Suriye arasında bir destek ilişkisi bulunması ve bu destek ilişkisinin Maddeler Belgesi'nin 8. maddesi doğrultusunda etkin kontrol eşğine ulaşması halinde mümkün olmaktadır. PKK ve uzantılarını dönem dönem siyasi çıkarları için araç olarak kullanan Suriye ile PKK arasında bir ilişki olduğu açıktır. Bu doğrultuda Kararbulut'un aktardığı üzere:

“Dönemin İçişleri Bakanı İsmet Sezgin 14 Nisan 1992’de Şam’da resmi ziyarette bulunmuş ve Suriye’nin PKK’ya verdiği desteği kanıtlayan belgeleri Suriyeli meslektaşına vermişti. Bu belgeler içinde özetle: PKK terör örgütü ele başı Öcalan’ın Şam’da yaşadığına ve Suriye gizli servisi tarafında korunduğuna ilişkin belgeler, PKK terör örgütü elemanlarının üzerinden çıkan Suriye kaynaklı sahte kimlikler, Suriye’nin SAM-7 füzeleriyle koruduğu Beka Vadisi’ndeki PKK kamp ve eğitim merkezinin yerlerine ait bilgiler, PKK

51 ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) (Judgment, I.C.J. Reports 2007) 202, <<https://icj-cij.org/case/91/judgments>> accessed 20 November 2023.

52 ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (2007) 210.

53 ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (2007) 214.

54 Cassese (n 10) 598.

terör örgütü elemanlarıyla birlikte ölü olarak ele geçirilen Suriyelilerin resimleri ve kimlikleri, PKK'nın terör eylemleri sırasında yakalanan, örgüt mensubu 25 Suriye vatandaşının ifadeleri yer almaktadır⁵⁵."

Buna ek olarak bu ilişkinin varlığı, uluslararası sorumluluk hukukunun kuvvet kullanmama yükümlülüğünün ihlali ile devreye girmesi bakımından yeterli gözükmemektedir. Bu meselenin hukuki alt yapısı gerek Nikaragua gerekse de Soykırım Kararı'nda ifade edilmiştir. Suriye'nin kuvvet kullanma yasağını ihlali neticesinde sorumluluğu ancak Suriye'nin PKK üzerinde etkin kontrolü bulunması halinde PKK terör örgütünün eylemlerinin kendisine isnat edilebilmesi ile mümkün olmaktadır. Fakat her halükârda topraklarından diğer devletlere zarar vermeme yükümlülüğü ihlal edilmiştir.

Netice itibarıyla, konak devlet konuk teröristlerin topraklarında barınmasından ötürü (Suriye-PKK örneği gibi) kendi topraklarından başka devletlere yönelecek zararları engelleme yükümlülüğüne aykırı hareket etmektedir. Dolayısıyla konak devlet, gerçekleştirmiş olduğu uluslararası haksız fiili sebebiyle uluslararası sorumluluk hukuku uyarınca sorumlu olmakta ve hedef devlete karşı meydana gelen zararları onarma yükümlülüğü altındadır.

Konak devlet, etkin kontrol eşiğine ulaşan destekleyen devlet niteliğinde olması durumunda ise kuvvet kullanma yasağını ihlal etmektedir. Bu eşiğe ulaşmayan konak devlet ise terörizmi önleme ve topraklarından başka devlete yönelen zararları engelleme yükümlülüğünü ihlal etmiş olacaktır. Bunun neticesinde, konak devletin hedef devlete karşı meydana gelen zararlara ilişkin onarım yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır.

IV. KONAK DEVLETİN TAZMİNAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Uluslararası haksız fiil gerçekleştiren devlet, bunun neticesinde uluslararası sorumluluk hukuku rejimi uyarınca yeni bir yükümlülük altına girmektedir. Bu yükümlülük, onarım yükümlülüğüdür. Onarımın gerçekleştirilebilmesi için başvurulacak araçlar; eski hale iade, tarziye ve tazminattır.

Maddeler Belgesi'nin 36. maddesine göre:

"1. Uluslararası haksız fiilin sorumlusu olan devlet, bu eylemi ile sebep olunan zararı, bu zarar eski hale iade ile onarılamadığı ölçüde, tazmin etmek yükümlülüğündedir.

2. Tazminat, mali olarak hesaplanabilecek tüm zararı, saptanabilir olmak şartıyla mahrum kalan kazançlar da dâhil olmak üzere kapsar⁵⁶."

Maddeden anlaşılacağı üzere tazminat, eski hale iadenin gerçekleşemediği oranda zararın tazmin edilmesi durumudur. Bir devletin tazminat yükümlülüğünün ortaya çıkması için zarar meydana gelmiş olmalıdır. ABD ve Almanya arasında görülen Lusitiana Tahkim Kararında, Tahkim

55 Umut Karabulut ve Engin Eryılmaz, "PKK Terör Örgütü ve Türkiye-Suriye İlişkilerine Etkileri (1991-2003)" (2016) 11 (1) Belgi 17, 28.

56 A/RES/56/83, Art. 36.

Komisyonu tarafından uluslararası haksız fiillerden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin yapılan değerlendirmede her ihlalin bir zarara yol açtığı ve her zarar için hukukun bir tazminat öngördüğü ifade edilmiştir⁵⁷. Dolayısıyla uluslararası haksız fiil neticesinde tazminata başvurulması için tazminat talep eden devletin zarara uğraması gerekmektedir. Buna ilaveten, ortada bir zarar olmasa bile uluslararası haksız fiil gerçekleştiren devletin ihlale son verme ve ihlali tekrar etmeme ile yükümlülüğü mevcuttur⁵⁸.

Tazminat, mali değeri belirlenebilecek bütün zararlar ile tespit edilmiş mahrum kalınan kazançların toplamını ifade etmektedir. Dolayısıyla tazminat hesaplanırken hem maddi hem manevi zararlar nazarı dikkate alınacaktır⁵⁹. Uluslararası Daimî Tahkim Mahkemesi (UDTM), Eritre ve Etiyopya arasındaki uyuşmazlığa ilişkin kararında, ortaya çıkan zarar ile uluslararası yükümlülüğü ihlal eden fiil arasında illiyet bağı var ise uğranılan öngörülebilir zararlar için tazminata hükmedilebileceğini belirtmiştir⁶⁰.

Uluslararası yargı kararlarına bakıldığında, tazminat ile ilgili olarak devletlerin talep ettikleri miktarlar kadar uzman görüşlerinin de dikkate alınarak bir hesaplama metodu kullanıldığı görülmektedir. Ancak, devletin tazminat talebinin uzman görüşünün belirlediği tazminat miktarından farklı olması halinde, öncelikli olarak o devletin talep ettiği miktarın dikkate alındığı kararlar da mevcuttur. Bu yönde Korfu Boğazı davası, Birleşik Krallık gemilerinin Arnavutluk karasularındaki mayınlardan gördüğü zarar sonucunda tazminat talebinde, miktarın devletin talebi ile sınırlı olması konusunda örnek teşkil etmektedir. Karara konu olayda Birleşik Krallık, Arnavutluk karasularında mayınlardan zarar gören gemileri için üç farklı zarar kaleminden tazminat talep etmiştir. Divan, Birleşik Krallık'ın tazminat talebinin değerlendirilmesi amacıyla uzman görüşüne başvurmuştur. Divan, zarar kalemlerinden birinin miktarı, uzmanlar tarafından Birleşik Krallık'ın talep ettiği miktardan daha fazla belirlenmesine rağmen Birleşik Krallık'ın talep ettiğinden daha fazla tazminat vermemiştir⁶¹.

Bir devletin uluslararası haksız fiilden kaynaklı olarak tazminat talebinde bulunabilmesi için haksız fiil ile zarar arasında illiyet bağı mevcut olmalıdır. UHK, Maddeler Belgesi 31. maddenin şerhinde haksız fiil ile zarar arasında olması gereken illiyet bağının eşliğini tespit etmiştir. Buna göre, zarar ile haksız fiil arasındaki bağ, doğrudanlık, öngörülebilirlik ve uzaklık kıstaslarına göre değerlendirilmelidir. Ancak, UHK şerhin devamında başka kriterlerin de dikkate alınabileceğini ifade etmiş, uluslararası bir yükümlülüğün her ihlali için gerekli illiyet bağının mahiyetinin farklı olduğunu ifade etmiştir. Buradan hareketle, tazminat yükümlülüğünün varlığı için öncelikli olarak zarar ve uluslararası haksız fiil arasında doğrudanlık, öngörülebilirlik ve uzaklık kriterleri dikkate alınmakla birlikte, ihlal edilen yükümlülüğün niteliği bu kriterlerin uygulanmasında veya yeni kriterler geliştirilmesinde etkili olmaktadır.

57 Reports of International Arbitral Awards, Opinion in the Lusitania Cases, Volume VII (1923) 34.

58 James Crawford, *State Responsibility The General Part* (Cambridge Press 2013) 489.

59 Erkiner, *Sorumluluk* (n 34) 185.

60 CA, Ethiopia's Damages Claims, Final Award (2009) 9-11, <<https://pca-cpa.org/en/cases/71/>> accessed 20 November 2023.

61 ICJ, Corfu Channel Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania) (1949) ICJ Reports <<https://www.icj-cij.org/index.php/case/1>> accessed 16 April 2024.

Devletin destekleyen konak devlet olması durumunda illiyet bağı için doğrudanlık, öngörülebilirlik ve uzaklık kriterleri uygulama alanı bulmaktadır. Konuk teröristler üzerinde etkin kontrolü bulunan konak devletin terör saldırılarının doğuracağı neticeleri öngörebileceği ve terör saldırılarının bu devletin barınma alanı sağlamasından destek alınarak gerçekleşmesi ve saldırıların bu vesileyle şiddetinin artması göz önünde bulundurulduğunda tazminat yükümlülüğünün doğduğu kabul edilmektedir.

Tazminata hükmedilmesine rağmen sorumlu devletin tazminat ödemeyi reddetmesi ihtimali de mevcuttur. Bunun gibi bazı özel durumlarda uluslararası hukukun sunduğu zorlayıcı yollar bulunmaktadır. Karşı önlemler, bu yollarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Karşı önlemler, Maddeler Belgesi'nin "Karşı Önlemler" başlıklı ikinci babında, "Sorumlu Devletin Uluslararası Sorumluluğunun Kapsamı" başlıklı ikinci bölümünde belirtilen yükümlülüklerini yerine getirmesi için hedef devlet tarafından başvurulabilecek bir hukuki müessese olarak düzenlenmiştir⁶². Ayrıca üçüncü bölümün ikinci babında uygun olarak (Maddeler Belgesi 49-54. maddeler) alınmış karşı önlemler hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller arasında sayılmaktadır⁶³. Karşı önlemler, kuvvet kullanma yasağını, temel insan hakları kurallarını, misillemeyi yasaklayan insancıl nitelikteki yükümlülükleri ve emredici hukuk kurallarını ihlal etmemelidir⁶⁴. Karşı önlemlere başvuran hedef devlet, sorumlu devlete yükümlülüklerini yerine getirmesini ihtiva eden bir bildirimde bulunmalı ve karşı önlemlere başvurmadan önce müzakere teklif etmelidir⁶⁵. Karşı önlemlere başvurulması halinde alınan önlemler orantılılık ilkesine uygun olmalıdır⁶⁶. Bununla birlikte sorumlu devletin yükümlülüğünü yerine getirmeye başladığı an karşı önlemler sona erdirilmelidir⁶⁷.

Karşı önlemlere hedef devlet haricinde üçüncü devletler de başvurabilmektedir. Fakat bu durum Maddeler Belgesi'nin 48. maddesinde sayılan kendisinin de parçası olduğu bir grup devletin menfaatinin ihlali veya uluslararası topluluğun geneline yönelik ihlalin meydana gelmesi hallerinde mümkün olmaktadır. Üçüncü devlet bu madde kapsamında sorumluluğu ileri süremiyorsa karşı önlemlere katılamayacaktır⁶⁸.

Konak devletin yalnızca konuk teröristleri himayesinden kaynaklı sorumluluğu *sic utere tuo ut alienum non laedas* ilkesi gereği devletin topraklarından başka devletlere yönelik zarar vermeme ve terörizmi önleme yükümlülüklerine aykırılık teşkil etmektedir. İki yükümlülük de mahiyet açısından doğrudan konak devletin bazı önlemleri alması veya topraklarındaki faaliyetlere bazı aktif müdahalelerde bulunmasını gerektirmektedir. Bu durumda konuk teröristlerin barınmasına müsaade eden konak devlet, bu terörist eylemlerinin hedef devlete yönelmesiyle ortaya çıkacak zararlara doğrudan sebebiyet vermiş olmaktadır. Konak devletin, bir devleti, politik veya ideolojik sebeplerle aleni şekilde hedef alan konuk terör unsurlarının eylemlerinin, hedef devlete yöneleceğini

62 A/RES/56/83, Art 49.

63 A/RES/56/83, Art 22.

64 A/RES/56/83, Art 50.

65 A/RES/56/83, Art 52.

66 A/RES/56/83, Art 51.

67 A/RES/56/83, Art 53.

68 Erkiner, *Sorumluluk* (n 34) 250.

öngörmesi gerekmektedir. Nitekim Türkiye-Suriye-PKK örneğinde PKK terör örgütünün 1980’li yıllardan beri Türkiye’ye ve vatandaşlarına yönelik sürdürdüğü eylemleri neticesinde hem maddi hem de manevi zararlar meydana gelmiştir. Bu zararlar hem devlet hem de vatandaşları uhdesinde ekonomik kayıp niteliğinde olmakla birlikte vatandaşlar uhdesinde acı ve ıstırap gibi manevi zararları da beraberinde getirmiştir.

UHK, devlet uhdesinde meydana gelen zararlar bakımından ekonomik olarak ölçülebilen zararları tazminat kapsamında değerlendirmektedir. Bir devletin meşru müdafaa hakkını kullanırken, operasyonel faaliyetler sürecini yürütmesi kapsamlı bir askeri ve ekonomik planlama gerektirmektedir. Bununla birlikte operasyonlar sırasında, operasyonu yürüten devletin silahlı kuvvetlerinde zarar meydana gelmesi kaçınılmazdır. Uluslararası terör saldırılarına karşı meşru müdafaa hakkı kapsamında yürütülen operasyonlarda terör unsurları ile bir mücadele sürecinde, meşru müdafaa hakkını kullanan devlet uhdesinde hem maddi hem de manevi zarar meydana gelmektedir. Hedef devletin meşru müdafaa hakkını icra etmesinin asıl sebebi, terör unsurlarının topraklarında barınmasına müsaade eden konak devlettir. Zarar gören ve terör unsurlarının hedefi haline gelmiş olan devlet uluslararası terörizme karşı meşru müdafaa hakkı kapsamında hareket etmektedir. Aynı zamanda konak devlet, terör unsurlarının ülkesi üzerindeki varlığına son vermemesi sebebiyle sorumluluk hukuku kurallarının yöneldiği devlettir.

Kanaatimizce, meşru müdafaa hakkı ve sorumluluk hukuku kurallarının bu şekilde kesişmesi durumunda hedef devletin meşru müdafaa hakkı çerçevesinde yürüttüğü operasyonel faaliyetler sırasında uğradığı maddi zararların tazminini konak devletten talep edebilmesi gerekmektedir. Konuk teröristlerin eylemleri konak devlete isnat edilebiliyorsa tazminat talebi için gerekli olan zarar ve zarar ile uluslararası haksız fiil arasında uygun illiyet bağı koşullarının sağlandığı açıktır. Konak devlet, konuk teröristlerin kendisine isnat edilen eylemleri sebebiyle kuvvet kullanma yasağını ihlal etmekte ve bu ihlal sonucunda meşru müdafaa hakkına başvuran devlet uhdesinde zarar meydana gelmektedir. Bununla birlikte, konuk teröristlerin eylemlerinin konak devlete isnat edilememesi ihtimalinde, konak devletten meşru müdafaa hakkının kullanılmasından kaynaklanan zararların tazmininin talep edilmesinin önünde bir engel yoktur. Bu ihtimalde, hedef devleti meşru müdafaa hakkını kullanmaya iten temel neden, konak devletin terörizmi önleme ve topraklarından başka devletlere yönelen zararı engelleme yükümlülüklerine icrai surette de olsa ihmalî surette de olsa aykırı hareket ediyor olmasıdır. Uluslararası bir yükümlülüğün her ihlali için gerekli illiyet bağının mahiyetinin farklı olabileceği göz önüne alındığında söz konusu durumda bu bağın kurulmaması için bir sebep gözükmemektedir.

Bir devletin tarziye gibi onarım yöntemleriyle giderilebilen ve ekonomik olarak ölçülemeyen manevi zararları tazminatın hesaplanmasında dikkate alınmayacaktır. Fakat devlet uhdesindeki ekonomik eksilme, mali değeri olan ve hesaplanabilir zararlardandır. Dolayısıyla hedef devlet, meşru müdafaa hakkı kapsamında meydana gelen zararları konak devletten talep edebilecektir.

Meşru müdafaa hakkı kapsamında konak devletten tazminat talebi, kuvvet kullanma yasağının isnat kuralları çerçevesinde konak devlete isnat edilebilirliğine bağlıdır. Buna ilaveten, her halükârda

konak devletin terörizmi önleme yükümlülüğü ve zarar vermeme yükümlülüğünü ihlal ettiği açıktır. Dolayısıyla, uluslararası sorumluluk hukuku kuralları uyarınca ve Maddeler Belgesi ışığında konak devlet, hedef devlete karşı sorumludur ve hedef devlet meydana gelen zararlardan ötürü tazminat talebinde bulunma hakkına sahiptir.

V. SONUÇ

Uluslararası hukuk, sistematığı dolayısıyla devletler arası ilişkileri düzenlemekte olup, aynı zamanda devletlerin hareket kabiliyetini sınırlandırmak yönünde bir işleve de sahip olmaktadır. Bu işlevin aksamadaki nedenler, devletlerin kendi koydukları kurallara uymamalarında veya bu kuralların uygulanmasında yaşanan sistemsel tıkanıklıktır. Bu tıkanıklığı çözmek adına gerçekleşen önemli gelişmelerden biri sorumluluğa ilişkin kuralların ortaya koyulması amacıyla UHK'nin, kodifikasyon çalışmaları ile uluslararası hukukun mevcut normları ve uygulamaları hukuki metinlere aktarmasıdır. Bu aktarım neticesinde Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Doğan Sorumluluğu'na İlişkin Taslak Maddeler çalışması ortaya çıkmıştır.

Bir devletin başka bir devlete yönelik terör saldırıları gerçekleştirmesi, içerdiği yabancılık unsuru bakımından uluslararası terörizm niteliğindedir. Terör unsurları, hedef devlete yönelik saldırılarını başka bir devlette barınmak suretiyle gerçekleştiriyorsa, bu unsurlar “konuk terörist”, topraklarında barınmaya/konuşlanmaya müsaade eden devlet ise “konak devlet” olarak adlandırılmaktadır. Konak devletin, topraklarında konuk teröristlerin barınmasına izin vermesi, uluslararası haksız fiil teşkil etmelidir ki uluslararası sorumluluk hukuku kuralları işletilebilsin. Bu doğrultuda, konak devletin hangi uluslararası yükümlülükleri ihlal ettiği tespit edilmelidir.

Konak devletin uluslararası hukuka göre sorumlu olabilmesi için uluslararası hukukun birincil normlarından doğan birincil yükümlülüklerini ihlal etmiş olması gerekmektedir. Bu ihlalin gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenebilmesi için öncelikle konak devletin birincil yükümlülükleri tespit edilmelidir. Nitekim, eldeki çalışmada konak devletin birincil yükümlülükleri; kuvvet kullanmama yükümlülüğü, terörizmi önleme yükümlülüğü ve topraklarından başka topraklara yönelen zararları engelleme yükümlülüğü olarak tespit edilmiştir.

Uluslararası terörizm uluslararası topluluğun bütününe ilgilendirmesi açısından önem arz etmektedir. Bu önemin varlığı baki olmakla birlikte devletlerin uluslararası terörizme reaksiyonu politik çıkarları ve stratejileri çerçevesinde yön değiştirmektedir. Bu kapsamda uluslararası terörizmi, uluslararası alandaki faaliyetleri için bir vasıta olarak kullanan herhangi bir devletin terörizmi önlemeye yönelik bir irade göstermeyeceği açıktır. Ancak uluslararası hukuk, getirdiği kurallar ve bu kurallardan doğan yükümlülükler kapsamında devletleri terörizm ile mücadele etmeye iten bazı kurallar ihtiva etmektedir. BMGK'nin bağlayıcı kararları ve terörizm ile ilgili uluslararası antlaşmalar, terör faaliyetlerini engellemek için gerekli önlemleri almayı ve uluslararası iş birliğini sağlamayı öngörmektedir. Konak devletin terör unsurlarına barınak sağlamama yükümlülüğü, terörizmi önleme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmekte, dolayısıyla bu yükümlülüğün ihlali, konak devletin uluslararası sorumluluğunu doğurmaktadır.

Konak devletin diğ er bir yükümlülüğü kuvvet kullanmama yükümlülüğüdür. BM Şartı'nın 2/4. maddesi uyarınca, bir devletin baş ka bir devlete karşı kuvvet kullanması yasaktır. Bu yasağ ın ihlali bazı durumlarda kuvvet kullanma yasağ ı aracılığıyla konak devletin uluslararası sorumluluğunu doğ urabilmektedir. Konak devlet, topraklarında barınan terör unsurlarının hedef devlete yönelik saldırılarını destekliyor veya yönlendiriyorsa ve bu terör unsurları ile arasındaki iliş ki Maddeler Belgesi'nin etkin kontrol testinin düzenlendiğ i 8. maddesi kapsamında isnat edilebilir nitelik arz ediyor ise kuvvet kullanma yasağ ını ihlal etmiş sayılmakta ve konak devletin uluslararası sorumluluğunu doğ urmaktadır.

Devletlerin kendi topraklarından diğ er devletlere yönelen zararı engelleme yükümlülüğü vardır. Ş üpheş u bu yükümlülük, konak devlet için de birincil yükümlülük niteliğ indenidir. Konak devletin, konuk teröristlerin topraklarında barınmasına mü saade etmesi ve bu duruma mü dahale etmemesi, uluslararası hukukun genel ilkelerinden *sic utere tuo ut alienum non laedas* ilkesine aykırıdır. Bu ilkenin doğ urduğı yükümlülük, devletlere topraklarında egemenlik haklarını icra ederken diğ er devletlere zarar vermeme yükümlülüğüdür.

Bu ilkenin ihlali, konak devletin uluslararası sorumluluğunu doğ urmaktadır. Bir devletin uluslararası sorumluluğunun doğ ması ile sorumlu devletin onarım yükümlülüğü meydana gelmektedir. Onarımın gerç ekleş mesi için belirlenen metotlar: tazminat, tarziye ve eski hale iadedir. Nitekim uluslararası hukukta, devletlerin haksız fiillerinden kaynaklanan zararların tazmin edilmesi, caydırıcılık ve uluslararası barış ve güvenliğ in devamlılığ ı açısından önemli göz ükmektedir.

Ç alışmada konak devletin tazminat yükümlülüğü irdelenmiştir. Tazminat yükümlülüğ ünün konak devlet açısından gündeme gelebilmesi, bazı şartlara bağı lıdır. İlk olarak konak devletin bir uluslararası haksız fiili mevcut olmalıdır. Bu halde, uluslararası haksız fiil, konak devletin konuk teröristleri barındırarak onlara ev sahipliğ i yapmasının uluslararası bir yükümlülüğ ünü ihlal etmesine ve bu ihlalin kendisine isnat edilebilmesine bağı lı olmaktadır. Eldeki ç alışmada, konak devletin konuk teröristlerin topraklarında konuş lanmasına veya bu bölgede ikamet etmesine izin vermesi veya konuk teröristlere mü dahale etmeyi tercih etmemesi durumları uluslararası hukukun ihlali niteliğ inde olacağ ı tespit edilmiştir.

Bu ihlaller neticesinde konak devletin, onarım yükümlülüğü kapsamında tazminat yükümlülüğ ünü doğ maktadır. Tazminata konu olan zarar, hedef devletin maddi ve manevi zararlarını kapsamaktadır. Bununla birlikte devletin talep edebileceğ i zararlar tarziye kapsamına girmeyen, ekonomik olarak ölç ülebilen zararlardır. Tazminat, eski hale iadenin mümkün olmadığı durumlarda mali zararların karşı lanması anlamına gelmektedir. Uluslararası hukukta, zarar ile haksız fiil arasında illiyet bağı mevcut ise tazminat talep edilebilir. İ lliyet bağı nın tespitinde aranan kriterler Maddeler Belgesi'nin 31. maddesinin ş erhinde "doğ rudanlık, ö ngörülebilirlik ve uzaklık" olarak tespit edilmiş olmasına karş ılık UHK, her uluslararası yükümlülüğ ün her ihlali için aranan illiyet bağı nın niteliğ i gereğ i farklı kriterlerin de söz konusu olabileceğ i ifade edilmiştir. Dolayısıyla tazminat yükümlülüğ ünün doğ masında doğ rudan, ö ngörülebilir ve uzak olup olmadığı hususları dikkate alınacak fakat yükümlülüğ ün niteliğ i bu kriterlerin uygulanmasında ve yeni kriterler geliştirilmesinde etkili olacaktır.

Bu doğrultuda, konuk teröristlerin eylemlerinin konak devlete isnat edilememesi ihtimalinde, konak devletten meşru müdafaa hakkının kullanılmasından kaynaklanan zararların tazmininin talep edilemeyeceği sorusu cevaplanmalıdır. Bu ihtimalde, hedef devletin meşru müdafaa hakkına başvurmasının ana sebebi, konak devletin terörizmi önleme ve topraklarından başka devletlere yönelen zararı engelleme yükümlülüklerine icraî surette de olsa ihmal suretiyle de olsa aykırı hareket ediyor olmasıdır. Eğer konak devlet, terörizmi önleme ve topraklarından başka devletlere yönelen zararı engelleme yükümlülüklerine uygun olarak terör unsurlarının kendi topraklarında barınmasına müsaade etmeseydi, hedef devletin meşru müdafaa hakkına başvurmasına gerek olmayacaktı. Dolayısıyla, uluslararası bir yükümlülüğün her ihlali için gerekli illiyet bağının mahiyetinin farklı olabileceği dikkate alındığında uygun illiyet bağının kurulması mümkün olmaktadır.

Devletin destekleyen konak devlet olması durumunda tazminat yükümlülüğünün doğduğu kabul edilebilir. Bununla birlikte konak devletin yalnızca konuk teröristleri himayesinden kaynaklı sorumluluğu ise *sic utere tuo ut alienum non laedas* ilkesi gereği başka devletin topraklarından başka devletlere yönelik zarar vermeme ve terörizmin önlenmesi yükümlülüklerine aykırılık teşkil etmektedir. Mevzubahis iki yükümlülüğü yerine getirilebilmek için konak devlet, gerekli önlemleri almalı veya lazım geldiği ölçüde aktif müdahalelerde bulunmalıdır. Dolayısıyla konuk teröristlerin barınmasına müsaade eden konak devlet, bu terörist eylemlerinin hedef devlete yönelmesiyle ortaya çıkacak zararlara doğrudan sebebiyet vermiş olmaktadır. Konak devletin, bir devleti, politik veya ideolojik sebeplerle aleni şekilde hedef alan konuk terörist unsurların eylemlerinin, hedef devlete yöneleceğini öngörmesi gerekmektedir. Konak devlet, uluslararası sorumluluk hukuku kuralları uyarınca ve UHK Maddeler Belgesi ışığında hedef devlete karşı sorumludur ve hedef devlet, meydana gelen zararlardan ötürü tazminat talebinde bulunma hakkına sahiptir.

Eldeki çalışmada uluslararası sorumluluk hukuku kuralları, konak devlet olduğu kabul edilen Suriye açısından da incelenmiştir. Suriye, özellikle 2015 ve 2017 yılları arasındaki saldırı yoğunluğu da göz önüne alındığında, PKK terör örgütü tarafından Türkiye'ye yönelik saldırılar için bir konak devlet niteliğindedir. Nitekim Türkiye terör saldırılarının kaynağı olan bölgelere meşru müdafaa hakkı kapsamında muhtelif sınır ötesi operasyonlar düzenlemiştir. Bu sebeple Suriye, bu duruma müdahale etmemesi sebebiyle kendi topraklarından başka devletlere yönelecek zararları engelleme yükümlülüğüne aykırı hareket etmektedir.

Terörizmi önleme yükümlülüğü bakımından Suriye'nin başarısız devlet olarak nitelendirilmesi davranışın haksız fiil niteliğini etkilememektedir. Çünkü başarısız devletin bu yükümlülüğü yerine getirme yetkinliği bulunup bulunmaması uluslararası sorumluluğun doğması açısından aranan bir koşul veya hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir hal değildir. Bununla birlikte, başarısız devletin terör saldırılarının yöneldiği hedef devlet ile iş birliği halinde olması veya terörist unsurların bertaraf edilmesi için diğer devletlerden uluslararası yardım talep etmesi de her zaman için mümkündür. Bu yönde bir talep, terörizmle mücadele adına önemli bir irade göstergesi olmaktadır. Suriye'nin terör unsurlarına müdahaleye karşı isteksiz davranması durumunda, Suriye isteksiz devlet niteliğiyle terör unsurlarına müdahale kapasitesi bulunmakta ancak müdahale etmeme yönünde bir seçim

yapmaktadır. Bu durum, uluslararası haksız fiil niteliğinde bir davranış teşkil edeceğinden uluslararası hukuka göre sorumluluğu doğmaktadır.

Konak devletin kuvvet kullanma yasağının konuk teröristlerce ihlalinden sorumlu olması hali bazı durumlarda mümkündür. Uluslararası hukuk, BM Şartı'nın 2/4. maddesi doğrultusunda kuvvet kullanma ve kuvvet kullanma tehdidinde bulunmayı yasaklamaktadır. Kuvvet kullanma yasağı, uluslararası örf ve âdet hukuku ve BM Şartı gibi uluslararası antlaşmalar tarafından desteklenmektedir. Suriye örneğinde ise kuvvet kullanma yasağını doğrudan ihlal eden bir devlet değil bir terör örgütü mevzu bahistir. Dolayısıyla öncelikle sorumluluk hukukunun yöneleceği özne tespit edilmelidir.

Konak devletin, konuk teröristlerin barınmasına göz yumuyor olması sebebiyle kuvvet kullanma yasağını ihlal ediyor olması uluslararası hukukun çok geniş yorumlanmasına ve teorinin pratiğe uydurulmasına yol açma tehlikesini doğurmaktadır. Devletler arasında kuvvet kullanımının yasaklandığı göz önüne alındığında konuk teröristin bu yöndeki eyleminden konak devletin sorumlu tutulabilmesinin tek yolu bu eylemlerin kendisine isnat edilmesidir. Sorumluluk hukukunda devletin kişi ya da gruplar ile kurduğu her ilişki isnada yol açmamaktadır. Maddeler Belgesi'nin devletin yönlendirmesi ya da denetimi altında iken davranış hususunu içeren 8. maddesi “davranış yapılırken, devletin talimatları, emri ya da denetimi altında olmak” kriterini getirmektedir. Bu husus Nikaragua Kararı'nda da yer almaktadır. Terör eylemlerinin devlete isnadı, terör unsurları ile o devlet arasındaki sıkı bağın mevcudiyeti ve bu mevcudiyetin ispatı halinde mümkün olacaktır. Buradaki sıkı bağ ile kasıt, devletin terör faaliyetlerine doğrudan yönlendirme ve destekleme şeklindeki katılımıdır.

İzah edilen sebeplerle 8. madde ile getirilen isnat kuralının konak devletin kuvvet kullanma yasağını ihlalinden kaynaklanan sorumluluğunun doğabilmesi için uygulama alanı bulabilmesi gerekmektedir. Konak devletin sınırları içerisinde barınmakta olan konuk teröristler, konak devletin emir ve talimatları altında hareket ediyorsa, bu eylemler konak devlete isnat edilebilecektir. Ancak bu durumda konak devlet ve konuk terörist arasındaki destek ilişkisi etkin kontrol eşiğinde olmalıdır. Etkin kontrol eşiği mevcut ise konuk teröristlerin kuvvet kullanmama yükümlülüğüne aykırı eylemleri konak devletin eylemleri sayılacaktır.

Bazı durumlarda meşru müdafaa hakkı ile sorumluluk hukuku rejimi kesişebilmektedir. BM Şartı'nın 51. maddesi uyarınca meşru müdafaa hakkı, sınır ötesi kuvvet kullanmada istisnai bir hak olarak kabul etmektedir. Bununla birlikte uluslararası sorumluluk hukuku kapsamında meşru müdafaa hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir haldir. Meşru müdafaa hakkının doğabilmesi silahlı saldırının varlığına bağlıdır. İlâveten, UAD Nikaragua Kararı'nda da belirtildiği üzere silahlı saldırının şiddeti bir devletin düzenli ordusu tarafından sınır ötesinde gerçekleştirdiği silahlı kuvvet kullanımı eşiğine ulaşmalıdır. Uluslararası terörizme karşı meşru müdafaa hakkı konak devletteki konuk teröristlere yönelik olabileceği gibi eğer konuk teröristlerin eylemleri konak devlete isnat edilebiliyorsa konak devlete de yönelebilmektedir. Konuk teröristlerin eylemleri konak devlete isnat edilebiliyorsa, kuvvet kullanma yasağı konak devlet tarafından ihlal ediliyordur. Bu durum mevcutsa konak devletin kuvvet kullanma yasağının ihlal etmek suretiyle gerçekleştirdiği uluslararası haksız fiili dolayısıyla uluslararası sorumluluğu doğmaktadır. Fakat konak devletin kuvvet kullanma yasağını hedef devlete

yönelik olarak ve konuk teröristler aracılığıyla ihlal etmesi hedef devlet açısından meşru müdafaa hakkının kullanılmasının itkisi olmaktadır. Dolayısıyla böyle bir durumda, hedef devletin meşru müdafaa hakkı çerçevesinde yürüttüğü operasyonel faaliyetler sonucu meydana gelen zararın konak devlet tarafından tazmin edilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- AA, Bloomberght (İstanbul, 4 Ağustos 2017) “Bakan Arslan: Bugüne Kadar Teröre Harcanan Parar En Az 500 Milyar Dolar”, <<https://www.bloomberght.com/haberler/haber/2037618-bakan-arslan-bugune-kadar-terore-harcanan-para-en-az-500-milyar-dolar>> Erişim Tarihi 12 Mayıs 2024.
- AA, Hürriyet (İstanbul, 3 Mayıs 2006) “Hakkari’de Askeri Araca Saldırı”, <<https://www.hurriyet.com.tr/gundem/hakkari-de-askeri-araca-saldiri-4356224>> Erişim Tarihi 12 Mayıs 2024.
- Bozkurt E, Erdal S ve Poyraz Y, *Devletler Hukuku*, (9. Baskı, 2017).
- Cassese A, “The International Community’s ‘Legal’ Response to Terrorism” Quarterly (1989) 38(3) International and Comparative Law 589-608.
- Crawford J, *State Responsibility The General Part* (Cambridge Press, 2013).
- Deeks AS, “Unwilling or Unable: Toward a Normative Framework for Extraterritorial Self-Defense” (2012) 52 (3) Virginia Journal of International Law 483-550.
- Draft articles on responsibility of States for international wrongful acts with commentaries, 2001, <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf> accessed 17 July 2024.
- Erkiner HH, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu* (Seçkin, 2023).
- Erkiner HH, *Uluslararası Terörizme Karşı Meşru Müdafaa* (Seçkin, 2021).
- Erkiner HH, Tercüme – Devletin Uluslararası Sorumluluğu Maddeleri – Responsibility of States – Responsabilité de l’État; <https://marmara.academia.edu/HakkıHakanErkiner> Erişim Tarihi 17 Temmuz 2024.
- ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment (I.C.J. Reports, 2007) <<https://icj-cij.org/case/91/judgments>> accessed 20 November 2023.
- ICJ, Corfu Channel Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania) (1949) ICJ Reports <<https://www.icj-cij.org/index.php/case/1>> accessed 16 April 2024.
- ICJ, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (1986) ICJ Reports <<https://www.icj-cij.org/case/70/judgments>> accessed 16 April 2024.
- International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings, UN Treaty Collection (1997) <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-9&chapter=18&clang=en> accessed 10 May 2024.
- Kaplan S, “Barış Pınarı Harekâtı”, *Anadolu Ajansı*, (İstanbul, 25 Ekim 2019) <<https://www.aa.com.tr/tr/baris-pinari-harekati/teror-orgutu-pkk-35-yildir-kan-dokuyor/1625988>> Erişim Tarihi 12 Mayıs 2024.
- Karabulut U, Eryılmaz E, “PKK Terör Örgütü ve Türkiye-Suriye İlişkilerine Etkileri (1991-2003)” (2016) 11 (1) Belgi 17-40.
- Oxford Reference, Oxford University Press, <<https://www.oxfordreference.com/display/10.1093/oi/authority.201.108.03100504563>> accessed 16 April 2024.
- Özcan A, Özdemir E, *Kore’den Suriye’ye Türk Ordusu Sınır Ötesi Harekatlar* (Yeditepe, 2023).
- PCA, Ethiopia’s Damages Claims, Final Award (2009), <<https://pca-cpa.org/en/cases/71/>> accessed 16 April 2024.
- Projet d’articles sur la responsabilité de l’État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, 2001, <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9_6_2001.pdf> accédé 17 Juillet 2024.

- Proulx V, “Reconceptualizing International Law After 9/11: What Role for State Responsibility in the Prevention and Suppression of Transnational Terrorism?” (Doktora Tezi, McGill University, 2010).
- Reports of International Arbitral Awards, Opinion in the Lusitania Cases, Volume VII, (1923).
- Resolution adopted by the General Assembly, A/RES/56/83, Responsibility of States for internationally wrongful acts <<https://undocs.org/en/A/RES/56/83>> accessed 17 July 2024.
- Résolution adoptée par l’Assemblée générale, A/RES/56/83, Responsabilité de l’État pour fait internationalement illicite <<https://undocs.org/fr/A/RES/56/83>> accédé 17 Juillet 2024.
- Saul B, *Defining Terrorism* (Oxford University Press, 2006).
- Shaw MN, *International Law*, Yücel Acer, İbrahim Kaya, M. Turgut Demirtepe, G. Engin Şimşek (çev) (TÜBA, 2018).
- Subramanya TR and Sarker SP, “Emergence of Principle of Sic Utere Tuo Ut Alienum Non-Laedes in Environmental Law and Its Endorsement by International and National Courts: An Assessment” (2017) 5 (2) Kathmandu School of Law Review 1-13.
- Taşdemir F, Özer A, “Kuvvet Kullanma Hukuku Açısından Fırat Kalkanı Operasyonu” (2017) 4 (7) Akademik Hassasiyetler 53-70.
- Taşdemir F, *Terörizm ve Ülke Dışı Kuvvet Kullanma Hukuku* (Nobel Yayın, 2020).
- Taşdemir F, *Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi* (USAK Yayınları, 2006).
- The International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism (United Nations, 1999) <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-11&chapter=18&clang=_en> accessed 1 February 2024.
- The International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, UN Treaty Collection (1999) url: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-11&chapter=18&clang=_en> accessed 1 February 2024.
- Thrürer D, “The ‘Failed State’ and International Law” (1999) 836 (81) International Review of the Red Cross 731-761.
- Trail Smelter Case, Reports Of International Arbitral Awards (1950) III, accessed: <<https://www.un-ilibrary.org/content/books/978.921.3627839c028>> accessed 16 April 2024.
- TRT Haber, “PKK 1984’ten beri 7 Bin Sivili Katletti”, <<https://www.trthaber.com/haber/turkiye/pkk-1984ten-beri-7-bin-sivili-katletti-200648.html>> Erişim Tarihi 12 Mayıs 2024.
- Türkiye Cumhuriyeti Dış İşleri Bakanlığı Resmi İnternet Sitesi, <<https://www.mfa.gov.tr/pkk.tr.mfa>> Erişim Tarihi 05 Nisan 2024.
- Türkiye Cumhuriyeti Dış İşleri Bakanlığı Resmi İnternet Sitesi: <<https://www.mfa.gov.tr/turkiye-suriye-siyasi-iliskileri-.tr.mfa>> Erişim Tarihi 12 Mayıs 2024.
- Türkiye Cumhuriyeti İçişleri Bakanlığı, “PKK/KCK Terör Örgütünün Suriye Kolu: PYD-YPG”, *Raporlar* (2017).
- UNGA Resolution 49/60 Measures to Eliminate International Terrorism, A/RES/49/60, <<https://www.legal-tools.org/doc/32083e/>> accessed 17 April 2024.
- UN Security Council, UN Doc. S/RES/1566 (2004), <[chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n04/542/82/pdf/n0454282.pdf?token=IWcOg1RQxKnyZHq37L&fe=true](https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n04/542/82/pdf/n0454282.pdf?token=IWcOg1RQxKnyZHq37L&fe=true)> accessed 17 April 2024.
- UN Security Council, UN Doc. S/RES/1373 (2001) <[chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.unodc.org/pdf/crime/terrorism/res_1373_english.pdf](https://www.unodc.org/pdf/crime/terrorism/res_1373_english.pdf)> accessed 17 April 2024.
- Yılmaz EA, İrk O, “Nikaragua Divan Kararları Işığında Kuvvet Kullanma ve Meşru Müdafaa Sorunu” (2015) 13(2) CBÜ Sosyal Bilimler Dergisi 151-166.
- Yüce H, *Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma Tehdidi*, (On İki Levha, 2024).

Compensation Liability Under the International Responsibility of the Host State Derived from International Terrorism

Hakkı Hakan ERKİNER*, İlayda ERAY**

In the early 20th century, terrorism began to be used as a tool of struggle by national liberation movements. One of the important events in this period was the assassination of Archduke Franz Ferdinand of Austria in 1914, which led to the outbreak of World War I.

During the Cold War, which lasted between 1947 and 1991, terrorism emerged as a reflection of ideological conflicts. During this period, the US and the USSR avoided direct conflicts and continued their struggle by waging proxy wars with the support they provided to various groups. In the late 1970s and 1980s, international terrorism became more organized. The hijacking of the Achille Lauro and the bombing of Pan Am Flight 103 are among the major terrorism incidents of this period. In addition to the expansion in the types of terrorism, terrorism has also transformed conceptually. In 1793, several uprisings broke out in France against the revolutionary government. When the Jacobins, led by Robespierre, adopted terror as a means to suppress traitors, the reign of terror began in France, and about 17,000 people were executed, while many others were killed without trial. The difference between France's understanding of terrorism in 1793 and modern understanding of terrorism in today is undeniable. In the 230 years from 1793 to 2023, terrorism, which the state used as a policy to suppress rebellions against itself, has evolved as a proxy tool for states to wage proxy wars.

Terrorism, which is used as a strategy in the international arena, is named in various ways according to its method, location and target. In this context, international terrorism is categorized as a type of terrorism with a foreign element. The September 11 attacks carried out by Al-Qaeda in 2001, a turning point for international terrorism, radically changed global security policies and counterterrorism strategies. In the post-9/11 period, the United States took action and the counterterrorism movement gained a universal character. As a result of this characterization, some consequences for states that supports international terrorism have started to come to the agenda. In this regard, some obligations

* Assoc. Prof. Hakkı Hakan ERKİNER, Marmara University Faculty of Law, International Law Department, ORCID: 0000-0002-0779-6414, E-mail: herkiner@marmara.edu.tr.

** Res. Asst. İlayda ERAY, Turkish National Defence University, Atatürk Strategic Studies and Graduate Institute, Law of War and Armed Conflict Department, ORCID: 0000-0001-6246-0182, E-mail: ilayda.eray@outlook.com.

towards states have been determined by the international community. However, for the functioning of the legal system, not only the determination of obligations is not sufficient, but also the emergence of certain consequences is required. International law of the responsibility is the field of international law that regulates these consequences. Whether the rules of the law of international responsibility can be invoked against the host state that hosted terrorists or does not have the capacity to intervene in their hosting and the consequences related to this need to be put forward in the context of compensation. The text of the “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts” was codified by the ILC through the codification of customary law rules. This text was adopted by the UN at its 53rd session in 2001 by resolution 83 (A/RES/56/83). Adopted in 2001 by the UN, this document no longer qualifies as a draft.

The rules of international responsibility law are secondary rules. In order for the rules of international responsibility law to come into play, there must be a violation of the primary rules of international law. In the event of a violation of primary rules, which may be related to international treaties, customary international law or general principles of international law, if the violation can be attributed to the state, it is an international wrongful act. The characteristics of the host state (in terms of being a failed state, a willing state or a supporting state) have implications for the international obligations breached by that state. If the host state has violated an international obligation, then the target state may apply for compensation, which is an important method of reparation.

Ceninin Hukuki Statüsü Bağlamında Gebeliğin Bizatihi Gebe Kadın Tarafından Sonlandırılmasının Türk Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Evaluation of Self-Abortion in Turkish Penal Law in the Context of Legal Status of the Embryo

Tuba KELEP PEKMEZ* 

ÖZ

Gebeliğin sonlandırılması meselesi pek çok farklı alanı meşgul ettiği gibi hukukun da önemli tartışmalı alanlarından biridir. Çeşitli menfaatler dengelenmeye çalışılarak ceza hukukunda da bazı suç tipleri ile yasaklanan bu hareketin en önemli noktalarından birini ise gebe bir kadının kendi gebeliğini sonlandırmasının cezalandırması oluşturmaktadır. Türk Ceza Kanunu m. 100'de yer alan suç tipi gebeliğin gebe kadının kendisi tarafından sonlandırılmasını yasaklamakla birlikte, bu suç tipi ile ilgili olarak hem korunan hukuki değer hem de mağdur başta olmak üzere pek çok sorunlu alan bulunmaktadır. Bu makalenin amacı bu suç tipi ile ortaya çıkan sorunların giderilmesi bakımından suç tipinin incelenmesidir.

Anahtar kelimeler: Gebeliğin sonlandırılması, Çocuk düşürme, Çocuk düşürtme, Cenin,

ABSTRACT

The issue of termination of pregnancy preoccupies many different fields and is also one of the most controversial areas of law. One of the most important aspect of this act, which is prohibited by types of crimes in criminal law in order to balance various interests, is the punishment of a pregnant woman for terminating her own pregnancy. Although the crime type in Turkish Penal Code art. 100 prohibits self abortion, ie; the termination of pregnancy by the pregnant woman herself, there are many problematic areas regarding this crime, such as the protected legal value and the victim. The purpose of this article is to examine art. 100 of TPC in order to eliminate the problems that arise with this crime.

Keywords: Termination of pregnancy, Self abortion, Abortion, Embryo

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, tubakelep@gmail.com, ORCID: 0000-0002-2042-2492.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Tuba KELEP PEKMEZ

E-posta/E-mail: tubakelep@gmail.com

Geliş Tarihi/Received: 23.11.2024

Kabul Tarihi/Accepted: 09.12.2024

GİRİŞ

Bir gebe kadının kendi gebeliğine son vermesi¹, hemen hemen tüm ülkelerde cezalandırılabilir bir hareket olarak düzenlenmektedir². İstisnai olarak bazı ülkeler, özel kanunlarında bir gebe kadının gebeliğini kendisinin sonlandırmasını ya da kanuna aykırı olarak gebeliğin sonlandırılmasına rıza göstermesini cezalandırmamaktadır. Örneğin Yeni Zelanda 2020’de, İrlanda ise 2018 yılında kabul ettiği kanuni düzenlemelerde gebe kadının gebeliğine son verme bakımından hiçbir şekilde cezalandırılmayacağını kabul etmektedir³. Bu istisnalar bir tarafa bırakılacak olduğunda, bazı ülkelerin gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin düzenlemeleri incelendiğinde gebeliğin sonlandırılmasının bir prosedür olarak görüldüğü, bu anlamda bir kimsenin gebeliğinin sonlandırılması işlemini gerçekleştirebilecek kişilerin belirli olması ve/veya gebeliğin sonlandırılması öncesinde bazı

- 1 Gebeliğin sonlandırılmasının olağan yolu olarak doğum bu çalışma kapsamında gebeliğin sonlandırılması kapsamında değerlendirilmemektedir. Çalışmamızda gebeliğin sonlandırılması ifadesi ceninin yaşamsal faaliyetine son vermek amacıyla gerçekleştirilen ve nihayetinde bu nedenle gebeliğin devamının mümkün olmadığı durumları ifade etmektedir. Belirtilmelidir ki gebe bir kadının gebeliğine kendisinin son vermesi, vajinaya cisim sokma, yüksek bir yerden atlama, alkol tüketme, bitkisel karışımlar içme, abdominal bölgeye kuvvet uygulama ya da buna yönelik tıbbi ilaçları bir sağlık mesleği mensubunun önerisi ya da reçetesi olmaksızın alma gibi çeşitli yöntemlerle gerçekleştirilebilir. M. Antonia Biggs, Daniel Grossman, Andrea Becker, Sarah Raifman, Rosalyn Schroeder and Lauren Ralph, ‘Support for criminalization of self-managed abortion (SMA): A national representative survey’ (2024) (340) Social Science and Medicine 1, 1-2. Bununla birlikte son yıllarda yapılan araştırmalar gebe kadınların gebeliklerini kendilerinin sonlandırmalarında daha çok tıbbi yöntem olarak ilaç kullanımını tercih ettiklerine işaret etmektedir. Bkz: Daniel Grossman and Nisha Verma, ‘Self – Managed Abortion in the US’, (2022) 328 (17) JAMA 1693,1693; diğer yandan Alman StGB açısından gebe kadın tarafından gebeliğin sonlandırılması durumunun dört biçimde görülebileceği belirtilmektedir. Bunlardan ilki gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin tüm hareketlerin yalnız ve bizatihi gebe kadın tarafından yapılması; ikincisi dolaylı faillik yoluyla gebeliğin sonlandırılması suçunun işlenmesi; üçüncüsü müşterek fail olarak üçüncü kişinin çocuk düşürtmesi suçuna katılınması ve dördüncüsü ise üçüncü kişilerin çocuk düşürtmesine rıza göstermek suretiyle olabilir. Bkz: Albin Eser and Bettina Weißer, StGB ‘§ 218 Schwangerschaftsabbruch’ Albin Eser et al (eds) *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch*, (30. Bs Beck 2019) Rn 30.
- 2 Son birkaç yıldır gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin hukuki tartışmaların en yoğun yaşandığı ülkelerin başında ise Amerika Birleşik Devletleri gelmektedir. 2022 yılında, yaklaşık elli yıldır Amerikan gebeliğin sonlandırılması politikalarına ve bu anlamda bunun cezalandırılabilirliğine ilişkin kuralların tanınmasında göz önünde bulundurulmuş, gebeliğin sonlandırılmasının anayasal bir hak olduğunu açıklayan Roe v. Wade (Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 116 (1973)) kararı Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization (Dobbs v. Jackson Women’s Health Org., 142 S. Ct. 2228 (2022)) kararı ile geçersiz kılınmıştır. Roe v. Wade kararı gebeliğin sonlandırılmasını gebe kadın bakımından anayasal bir hak olarak görüyor; gebeliğin sürdürülmesinin zorunlu kılınmasını ise yasaklıyordu; Dobbs kararında mahkeme Ondördüncü Değişikliğin kürtaj hakkını kapsamadığını, zira bu değişiklik yürürlüğe girdiğinde eyaletlerin kürtajı yasaklayan düzenlemeleri olduğunu dolayısıyla da bu hakkın tarihsel ve geleneksel olarak anayasal haklardan biri olmadığını belirtmiştir. Reva B. Siegel, ‘How “History and Tradition” Perpetuates Inequality: Dobbs on Abortions’ Nineteenth Century Criminalization’ (2023) 60 (4) Houston Law Review, 905, 905-906; Mahkemenin yeni tarihli Dobbs kararı ile kürtajın anayasal bir hak olarak tanınmaması sonucunda pek çok eyalet kürtajın cezalandırılması için; pek çoğu da kürtaj haklarını genişletmek üzere yeni düzenlemeler yapmaya başladılar. Eyaletlerin Demokratlar veya Cumhuriyetçiler tarafından yönetilip yönetilmemesine göre yapılan bu ayırım, Amerikan sivil savaşında köleliğin kaldırılması bakımından Amerika’nın iki keskin kampa bölünmesinden sonra en geniş çaplı bölünme olarak görülmektedir. Bkz: Paul Schiff Berman, Roey Goldstein and Sophie Leff ‘Conflicts of law and the abortion war between the states’ (2024) 172 (2) University of Pennsylvania Law Review 399, 400; 29 Temmuz 2024 tarihi itibarıyla sınırlı istisnalar dışında tam bir kürtaj yasağı uygulamaya başlayan on dört eyalet bulunmaktadır. Tam kürtaj yasağı, kürtajın son derece sınırlı durumlarda – örneğin gebe kadının hayatı riski bulunması – kabul edilmesi anlamına gelmektedir. Bkz: <https://states.guttmacher.org/policies/wisconsin-abortion-policies>.
- 3 Lucia Berro Pizzarossa and Patty Skuster ‘Toward Human Rights and Evidence-Based Legal Frameworks for (Self-Managed) Abortion: A Review of the Last Decade of Legal Reform’ (2021) 23(1) Health and Human Rights Journal 199, 205-206.

danışmanlık hizmetlerinin alınması gibi prosedürlerin yerine getirilmesi gebeliklerin hukuka uygun olarak sonlandırılmasının şartları olarak karşımıza çıkmaktadır⁴. Dolayısıyla gebeliğin sonlandırılması işlemi genellikle bir tıbbi müdahale olarak görülmekte; bu anlamda da bu tıbbi müdahalenin hukuka uygun kılınmasının koşulları kanunlarla farklı şekillerde belirlenmekte⁵ ve genel olarak bir kadının kendi gebeliğini kendisinin sonlandırılması cezalandırılmaktadır⁶.

Denge kurulmaya çalışılan yararlar göz önüne alındığında, gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin düzenlemelerin bir ikilemin yansıması olduğu söylenebilir⁷. Nitekim gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin hukuki düzenlemeler henüz doğmamış bir insanın yaşamını koruma görevini yerine getirirken diğer yandan gebe kadının kendi kaderini tayin hakkını da göz önünde bulundurmaktadır⁸. Alman hukuku bakımından ceza kanununda yer alan gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin düzenlemeler Anayasal koruma altına alınmış olan doğmamış çocuğun yaşam hakkını koruma yükümlülüğünü yerine getirmektedir⁹. Ancak bu düzenlemeler bakımından göz önünde bulundurulması gereken mesele “doğmamış çocuğun kaderinin annenin kaderine bağlı olması”dır¹⁰. Dolayısıyla devletin doğmamış çocuğun hayatını koruma yükümlülüğünün sınırını gebe kadının vücut bütünlüğü ve insan onuru oluşturmaktadır ki bu husus da gebe kadının gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin her düzenleme bakımından kazanılmasını gerektirmektedir¹¹. Gebe kadının bir çocuğu doğurmaya zorlanamayacağı durumlar göz önünde bulundurulduğunda, gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin düzenlemeler her zaman için – ağırlıkları değişen – farklı yararların dengelenmesini gerektirmektedir¹². Nitekim Alman ceza kanununda daha önceden kullanılan “düşürmek” ifadesi yerine daha nötr olan “gebeliğin sonlandırılması” ifadesinin tercih edilmesinin nedenlerinden biri olarak, doğmamış bir hayatın sonlandırılmasının her durumda ceza hukuku açısından bir haksızlık oluşturmayacağı gerçeği gösterilmektedir¹³. Doğmamış insanları öldürme konusundaki düzenlemelerin doğmamışları

4 *Ibid* 208; Alman ceza kanununda temelde yasak normun – gebeliğin sonlandırılması yasağı – konulması ve fakat takip eden hükümlerde bu yasağa istisnalar getirilmesi şeklinde bir sistemin belirlenmiş olması Alman ceza hukukunun olduğu kadar Alman toplumsal gerçekliğiyle de ilgili görülmektedir. Reinhard Merkel ‘StGB § 218’, in Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ulrich Paeffgen and Frank Saliger (eds) *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch* (6. bs Nomos 2023) Rn. 1; bununla birlikte Alman hukukunda kural olarak on ikinci haftaya kadar gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin her işlemin hukuka aykırı olarak nitelendirilmesine karşın cezalandırılmıyor olması hukuki bir paradoks olarak değerlendirilmekte ve doktrinde eleştirilmektedir. Bkz. Ralf Eschelbach, StGB § 218 Schwangerschaftsabbruch, *BeckOK StGB*, ed., Bernd von Heintschel-Heinegg, Hans Kudlich, Münih: Beck, 63. bs., 2024, Rn.1.

5 Ulrike Wollersheim ‘§ 6 Ärztliches Berufsrecht’ in Tilman Clausen and Jörn Schroeder-Printzen (eds) *Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht*, (3. bs, Beck 2020) Rn. 175-184.

6 Gebeliğin sonlandırılmasının tıbbi müdahale olarak görülmemesi ve gebeliğin sonlandırılmasının tıbbi müdahale olarak değerlendirilmekten çıkarılması ile cezalandırılmaktan çıkarılmasının birlikte gelişmesi gerektiği ifade edilmektedir. Pizzarossa and Skuster (n 3) 208.

7 Walter Gropp and Liane Wörner, ‘Vor. § 218’ in Volker Erb and Jürgen Schäfer (eds) *Münchener Kommentar zum StGB* (4. bs Beck 2021) Rn. 11.

8 Reinhard Merkel, ‘vor. StGB § 218’ in Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ulrich Paeffgen and Frank Saliger (eds) *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch* (6. bs Nomos 2023) Rn.1-3.

9 Ulrich Sommer and Michael Tsambikakis ‘§ 3 Strafrechtliche Arzthaftung’ Tilman Clausen and Jörn Schroeder-Printzen (eds) *Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht*, (3. bs Beck 2020) Rn. 223-229

10 Gropp and Wörner (n 7) Rn. 11.

11 *Ibid*

12 Merkel (n 8) Rn. 1-3; Gropp and Wörner (n 7) Rn 11.

13 *Ibid*; bu ifadelerin birbiri yerine tercih edilmesinin hüküm bakımından bir açıklık getirmedeği ve isabetli olarak

korumaya hizmet ettiği yönündeki fikir birliği, gebeliğin sonlandırılması düzenlemelerinin tarihi bakımından oldukça yenidir¹⁴. Bunlar göz önünde bulundurulduğunda hukuk tarihi boyunca gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin normların gelişiminin doğrusal bir boyutta değil, çeşitli faktörlerin göz önüne alındığı dalgali bir seyir izlediği ve bu nedenle de tüm ilgililer bakımından tatmin edici bir yere ulaşamadığı görülmektedir¹⁵.

Gebeliğin sonlandırılması meselesi ahlaki, sosyal, ekonomik yönlerden tartışıldığı gibi kaçınılmaz olarak her zaman için ceza hukukunun da tartışmalı alanlarından biri olmuştur. Gebeliğin sonlandırılmasını diğer tıbbi müdahalelerden ayıran ve bu denli çok yönlü alanlar bakımından tartışılmasına neden olan ise ceninin statüsünün belirlenmesi noktasındaki farklı yaklaşımlardır. Gebe kadının vücudunun sıradan bir parçası olmanın çok ötesinde bir anlama sahip olan ceninin, doğumla birlikte insan statüsüne kavuşacak olması, insan olmaya ilişkin bu potansiyelin özel olarak korunmasını gerektirmektedir. Diğer yandan gebe kadının vücudu üzerinde belirli tasarruflarda bulunması bağlamında ortaya çıkan ve uluslararası metinler bakımından da kabul edilen bazı haklar ceninin özel korunmasının sınırsız olamayacağına işaret etmektedir. Bu bakımdan ceninin potansiyelinin korunması ile gebe kadının bazı haklarını kullanabilmesi noktasında bir dengelenme ihtiyacı hasıl olmaktadır.

Gebe bir kadının gebeliğine son verilmesine ilişkin kurallar farklı hukuk disiplinler tarafından düzenlenmektedir¹⁶. Ceza hukuku da belirli şartları taşımayan gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin bazı hareketleri suç tipleri ihdas etmek suretiyle cezalandırmaktadır. Biyolojik açıdan insan yaşamının kısımlara ayrılamayan; bütünlük arz eden bir seyri olduğu kabul edilmektedir¹⁷. Oysa ki ceza hukuku bakımından hayatın başlangıcından önceki evrelerin ve başlamasından sonra yaşamın korunmasının farklı hükümler vasıtasıyla gerçekleştirilmesi söz konusu olmaktadır¹⁸. Öte yandan gebeliğin sonlandırılması bireyin kendi geleceğini belirleme hakkı ile bağlantılı bir husustur¹⁹. Buna göre kişinin varolan bir duruma ilişkin karar vermek suretiyle, gelecekte olabileceklere etkide bulunabilme ve bu yolla geleceği şekillendirebilme olanağı yaratabilme kişinin geleceğini belirleme hakkının kullanılması olarak görülmektedir²⁰. Gebeliğin sonlandırılması da bir tarafta ceninin korunması diğer tarafta ise kadının kendi geleceğini belirleme hakkına ilişkin değerlerin çatıştığı

nitelendirilemeyeceği yönündeki eleştiri için bkz: Merkel (n 4) Rn. 9.

14 Gropp and Wörner (n 7) Rn. 13.

15 Merkel (n 8) Rn. 1-3.

16 Gebeliğin sonlandırılması hukuk bilminde tartışılan bir husus olduğu kadar ekonomik, ahlaki ve etik yönleri de olan çok boyutlu tartışma konularından biridir. Bkz. Şemsettin Varol 'Yaşam Hakkı ve Kürtaj' (2020) 15(171), Tıp Hukuku Dergisi 2303, 2304.

17 Hans Lüttger 'Gebeliğin Önlenmesi İle Çocuk Düşürme Arasındaki Sınırı Tesbitte Federal Almanya Ceza Hukukunda Yeni Problemler.' (1971) 28(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 250, 250

18 Merkel (n 8) Rn. 23; Lüttger (n 17) 250.

19 Alper Uyumaz and Yasemin Avcı 'Türk Hukuku'nda Gebeliğin Sonlandırılması' (2016) 17 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 579, 586-587; Salih Oktar, *Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Düşürtme ve Çocuk Düşürme Suçları (TCK m. 99-100)* (1. Baskı Oniki Levha Yayıncılık 2016) 13.

20 Çağatay Üstün and Gülsün Ayhan Aygörmüş Uğurlubay 'Sağlık Hukukunda Bireyin Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Bu Hakkın Etik Açısından Değerlendirilmesi' (2014) (53) Fasikül 29, 29.

bir alandır²¹. Ceza hukuku da çatışan bu iki değerin adil bir şekilde dengelenmesi amacına hizmet eden bir pozisyonda görülmekle birlikte, bu iki değerden bir diğerine daha fazla üstünlük tanınması – gebeliğin istem üzerine sonlandırılmasını mutlak olarak suç olarak düzenlemek veya gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin hiçbir sınırlama getirmemek – gibi görüşler de mevcuttur²².

Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) özel hükümler kısmı incelendiğinde ise henüz bir insan vasfını kazanmamış – doğmamış insanın – olan ceninin de belirli hükümlerle koruma altına alındığı görülmektedir. Nitekim pek çok suç tipinde gebe kadının vaktinde önce doğum yapmasına ya da çocuğun düşmesine neden olunması biçimindeki neticeler failin daha fazla cezalandırılması noktasında göz önünde bulundurulmuştur²³. Bu düzenlemeler ceninin korunmasına dolaylı yoldan hizmet etmekle birlikte doğrudan doğruya ceninin korunmasına hasredilmiş düzenlemeler de mevcuttur. TCK ’nın “Kişilere Karşı Suçlar” başlığını taşıyan İkinci Kısımının “Çocuk Düşürtme, Düşürme veya Kısırlaştırma” başlıklı Beşinci Bölümü’nde sırasıyla; çocuk düşürtme (m. 99) , çocuk düşürme (m. 100)²⁴ ve kısırlaştırma (m. 101) suçları düzenlenmiştir. Kısırlaştırma suçu hariç olmak üzere, bu kısımda düzenlenen bu iki suç tipi, doğrudan doğruya hukuka aykırı olarak sonlandırılan gebelikler bakımından suç tipleri ihdas etmektedir. Söz konusu suç tiplerine ilişkin düzenlemeler gebelik süresi on haftayı²⁵ aşmayan bir kadının gebeliğini kendisinin sonlandırmasını veya on haftayı aşmayan gebeliğin kadının rızasıyla yetkili bir üçüncü kişi tarafından sonlandırılmasını yaptırım altına almamaktadır. Ancak tıbbî zorunluluk bulunmamasına rağmen gebe kadının rızasının varlığı halinde dahi, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürtmek (m. 99/2) ve gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu kendi isteğiyle düşürmesi (m. 100) suç teşkil etmektedir.

Çalışmamızda Türk Ceza Hukuku bakımından söz konusu bu yararların ne şekilde dengelenmeye çalışıldığını tespit edebilmek amacıyla, gebe kadının bizzatı kendisi tarafından gerçekleştirilen gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin hareketlerin cezalandırılabilirliğine ilişkin norm incelenecektir. Bu norm incelenmeden önce ise ilgili suç tipi bakımından özellikle tartışmalı olarak gördüğümüz korunan hukuki değerin ve bu suçun mağdurunun tespit edilmesi hususlarına hizmet edeceği

21 Oktar (n 19) 12.

22 Oktar (n 19) 13.

23 Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunun TCK m 87/1-e gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına, TCK m. 87/2-e gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine; Taksirle yaralama TCK m. 89/2-f gebe bir kadının çocuğunun vaktinden önce doğmasına, TCK m. 89/3-e gebe bir kadının çocuğunun düşmesine neden olmuşsa; neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence TCK m. 95/1-e gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına TCK m. 95/2-e gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine sebep olması şeklindeki hükümler bu hususu düzenlemektedir.

24 Çocuk düşürtme ve düşürme suçlarının gebeliğin sonlandırılması başlığı altında aynı suç tipi içerisinde düzenlenmesi, gebe kadının gebeliğine kendisinin son vermesi halinin Alman StGB’de olduğu gibi suçun daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli hali olarak yer alması gerektiği hakkındaki öneri için bkz: Hüseyin Ertuğrul, *Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları* (Adalet 2016) 81.

25 Mevzuatımızda gebeliğin isteğe bağlı sonlandırılması için üst sınırın on hafta olarak belirlenmesi, çocuğun cinsiyetinin yaklaşık on ikinci hafta civarı tespit edilebilir hale geldiği göz önünde alındığında isabetli bir yaklaşım olmaktadır. Zira aksi durumda cinsiyete dayalı olarak gebeliğin sonlandırılmasını talep etme ihtimali bulunabilecektir. Aynı yönde bkz. Ertuğrul *Suçlar* (n 24) 81.

kanaatıyla Türk Hukuku'nda gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin ceza hukuku dışındaki normlar ve ceninin hukuki statüsü kısaca ele alınacaktır.

I. CENİN KAVRAMI VE CENİNİN HUKUKİ STATÜSÜ

Çocuk düşürme suçu açısından önem arz eden kavramlardan ilki cenin kavramıdır. Cenin “döllenmiş yumurtanın ana rahmine yerleşmesinden doğumuna kadar gelişim sürecindeki²⁶ insan oluşumu” olarak tanımlanmaktadır²⁷. Gebeliğin gelişim aşamalarına bakıldığında gebeliğin ilk sekiz haftasında döllenmiş bir yumurtaya zigot (embriyo) denildiğini; sekizinci haftadan sonra ise bunun fetüs ya da cenin adını aldığı görülmektedir.

Öte yandan mevzuat incelendiğinde cenin kavramına ilişkin hukuki bir tanıma rastlanmamaktadır. Cenin kavramı TCK'da ya da diğer mevzuatta tanımlanmamıştır²⁸. Türk hukukunda cenin kavramına ilişkin normatif bir tanım bulunmamakta ise de, ceninin hukuki olarak koruma altına alındığı bazı mevzuat hükümleri bulunmaktadır²⁹. Bu açıdan ceninin hukuki statüsünü tespit etmek önem arz etmektedir³⁰.

Türk Medeni Kanunu m. 28 “*Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümlle sona erer. Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder.*” demektedir. Hükmün lafzından anlaşıldığı üzere Türk hukukunda hak ehliyetinin başlangıç anı çocuğun ana rahmine düştüğü andır³¹. Ancak kişiliğin kapsamı içerisinde yer alan hak ehliyetinin ana rahminden itibaren başlaması, tam ve sağ doğum şartına bağlanmıştır. Şayet çocuk tam ve sağ doğum³² gerçekleşirse ana rahmine düştüğü andan itibaren kişiliğe ve bu kapsamda hak ehliyetine sahip olacaktır. TMK m. 28'e göre çocuğun kişiliği ana rahmine düştüğü andan itibaren başlayacağından doktrinde³³, çocuğun “ana rahmine düştüğü an” ifadesinden genel olarak gebeliğin

26 Ceninin ana rahmindeki gelişim evreleri bakımından farklı isimlere sahip olduğu tespit edilebilmekle birlikte TCK bakımından bu durum önem taşımamaktadır. Bkz. Oktar (n 19) 6.

27 Oktar (n 19) 5; “Anne karnına düşmüş ancak doğmamış olan çocuk” tanımı için bkz. Rona Serozan *Çocuk Hukuku* (Vedat 2017), s. 91; Kemal Oğuzman, Özer Seliçi and Saibe Oktay – Özdemir, *Kişiler Hukuku*, (20. Bası Filiz 2021) 10; Tülay Aydın Ünver *Cenin Hukuki Konumu* (1. Baskı Oniki Levha, 2011) 8; Leyla Müjde Kurt, ‘Cenin Malvarlığı Hakları’ (2011) (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 177, 179.

28 Ancak bazı hukuk sistemlerinde embriyo ve cenin kavramlarının tanımlayan mevzuatlar bulunabilmektedir. Örneğin Alman hukukunda Embriyonun Korunması Hakkında Kanun buna örnektir. Bkz. Oktar (n 19) 10 dn 19.

29 Oktar (n 19) 10.

30 Fulya Korkmaz ‘Çocuk Düşürme Suçunda Mağdur Kim Olduğu Sorunu ve Ceninin Hukuki Niteliği’ (2024) (59) TAAD 273, 277.

31 Halbuki gebeliğin başlangıç anı olarak nidation yani anne rahmine tutunma anının göz önünde bulundurulması gerektiğinden, TMK bakımından da ilgili düzenlemede bu yönde bir değişikliğin yapılması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Ertuğrul Suçlar (n 24)13.

32 Tam doğumdan kastedilenin, çocuğun göbek kordonunun kesilip kesilmediğine bakılmaksızın ana rahminden ayrılarak bağımsız bir varlık kazanması iken, sağ doğumdan kastedilenin ise çocuğun bir an için dahi olsa anneden bağımsız yaşaması olduğu yönünde bkz. Mustafa Dural and Tufan Öğüz, *Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku C.2*, (Filiz 24. Bası 2024) 17; Aydın Ünver (n 27) 10 ff

33 Dural and Öğüz (n 32) 21; Aydın Ünver (n 27) 18; Muhammet Hamza Muş *Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Düşürme Suçu* (Adalet 2019) 23; krş. Oğuzman, Seliçi and Oktay-Özdemir (n 27) 10 ff

başladığı anın anlaşılması gerektiği, gebeliğin başlangıç anının ise tıp bilimine bırakılması gerektiği ifade edilmektedir.

TMK m. 28'de aranan tam ve sağ doğum şartı doktrindeki baskın görüşe³⁴ göre geciktirici şarttır. Bu nedenle tam ve sağ doğum anına kadar ceninin statüsü ile tam ve sağ doğum şartının gerçekleşmesi sonrası statüsü farklılaşabilmektedir. Düzenleme ceninin gebeliğin başladığı andan itibaren tam ve sağ doğum şartına bağlı bir hak sujesi olarak görülmesini sağlamakla birlikte geciktirici şart gerçekleşene kadar ceninin annenin bedenine ait bir parça olarak değerlendirilmesini sonuçlamaktadır³⁵. Cenin açısından ise şart geciktirici olduğundan tam ve sağ doğum gerçekleşmezse kişilik başlamayacak, çocuğun ana rahmine düşme anı önemini yitirecektir. Örneğin cenin anne karnında iken ölürse, sağ doğum gerçekleşmeyeceğinden kişiliğin varlığından bahsedilemeyecektir. Ancak tam ve sağ doğum şartının gerçekleşmesiyle gebeliğin başladığı andan itibaren kişiliği başlayan çocuğa anne karnındaki müdahalelere karşı tam ve sağ doğum sonrası hukuki mekanizmalara başvurabilme imkanı tanınmıştır. Örneğin anne karnındaki kendisine yapılan hukuka aykırı müdahaleden bir süre sonra bu müdahale nedeniyle kısmi felçli doğan çocuk, anne karnındaki müdahale nedeniyle yapılan saldırıya karşı tam ve sağ doğum sonrası tazminat davası açabilme hakkına sahiptir³⁶. Hülâsa TMK uyarınca cenin tam ve sağ doğum şartının gerçekleşmesinden önce hem üçüncü kişilerin hem de ana ve babanın zarar verici nitelikteki hareketlerine karşı tam ve sağ doğum şartının gerçekleşmesiyle korunmaktadır³⁷.

Türk Medeni Kanunu çerçevesinde kural bu yönde olmakla birlikte, tam ve sağ doğum şartıyla mirasa ehil olabilecek bir ceninin varlığı özellikle miras hukukunda çeşitli hükümlerle göz önüne alınmaktadır. Örneğin TMK m. 643/1'e göre mirasın paylaşılması sırasında henüz doğmamış bir cenin varsa paylaşırma doğum anına kadar ertelenir. Cenin tam ve sağ doğarsa, ana rahmine düştüğü andan itibaren sahip olduğu mirasçı sıfatıyla paylaştırmaya katılır. Bununla birlikte kural olarak tam ve sağ doğum şartının birlikte gerçekleşeceği ana kadar ceninin ana ve babanın kişilik haklarının bir parçası olarak kabul edildiği ve cenine sağlanan hukuki korumanın bu kapsamda sağlandığına işaret edilmektedir³⁸. Ara sonuç olarak ceninin hukuki statüsü tam ve sağ doğum şartının gerçekleşip gerçekleşmediğine göre farklılaşmaktadır. Bu sonuç TCK m. 99 ve 100'deki çocuk ifadesinin ceninle olan ilişkisini belirlemesi bakımından da önem arz eder.

TCK m. 99 ve m. 100'de ise çocuk ifadesinin kullanılmış olduğu görülmektedir. Çocuk, TCK m. 6'tan tanımlanmıştır ve esasen söz konusu suçlar açısından bu tanım göz önünde bulundurulduğunda

34 Dural and Ögüz (n 32) 21; Aydın Ünver (n 27) 25; Kurt (n 27) 181; Dilşad Keskin 'Doğum Öncesi Gerçekleşen Zarar Verici Fiil Nedeniyle Tazminat: Ceninin Tazminat Talebi' (2013) 17(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 743, 745-746; şartın bozucu şart olduğunu savunan görüş ile hakkın niteliğine ve ceninin korunma ihtiyacına göre şartı bozucu veya geciktirici kabul eden görüşlerin isabetsiz olduğuna ilişkin değerlendirme için bkz. Kurt (n 27) 181-182; Keskin (n 34) 746-747; krş. Aydın Ünver (n 27) 27 ff

35 Oğuzman, Seliçi and Oktay-Özdemir (n 27) 10-11; Oktar (n 19) 10; Keskin (n 34) 752; Kurt (n 27) 191, dn. 66.

36 Ceninin bu süreçteki müdahalelere karşı tam ve sağ doğum sonrasındaki tazminat talebine ilişkin ayrıntılı değerlendirme ve diğer ihtimaller için bkz. Keskin (n 34) 748 vd; Aydın Ünver (n 27) 25-26; Kurt (n 27) 192 vd.

37 Dural and Ögüz (n 32) 22; Oğuzman, Seliçi and Oktay-Özdemir (n 27) 11 ff; Keskin (n 34) 752; haksız fiile karşı korunma ya da ana-babanın özen yükümlülüğü şeklindeki hükümler buna örnek olarak gösterilmektedir. Bkz. Oktar (n 19) 11.

38 Oktar (n 19) 11.

çocuk ifadesinin kullanılmasının isabetli olmadığını belirtmek gerekmektedir³⁹. Nitekim bu hükümler bakımından çocuk ifadesi ile on sekiz yaşını doldurmamış kişilerin değil, ceninin anlaşılması gerekmektedir. Dolayısıyla söz konusu suç tiplerinde kullanılan çocuk kavramı, TCK m. 6'da yer alan tanımıyla çocuğu değil, cenini ifade eder şekilde anlaşılmalıdır⁴⁰. Dolayısıyla TCK'da yer verilen "çocuk düşürme/düşürme" ifadesinin isabetsiz olduğunu belirtmek gerekmektedir⁴¹. Maddenin çocuk düşürülmesi şeklinde düzenlenmiş olması isabetli değildir. Zira TCK bakımından çocuk on sekiz yaşın altındaki kişileri ifade ederken (TCK m. 6), ceninin tam ve sağ doğum şartının gerçekleşmesinden önce bir kişiliği bulunmamaktadır. Kural olarak, kişiliğe sahip olmayan cenin bir varlık veya menfaatin sahibi ya da hamili olarak kabul edilemez⁴². Çocuk düşürme/düşürtme ifadesi ise içeriğinde tam ve sağ doğum şartının gerçekleşmediği sonucunu zorunlu kıldığından çalışmada bu nedenlerle cenin kavramı tercih edilmiştir.

Bu bakımdan da bu suç tipi açısından önem arz eden cenin sıfatının başladığı ve sona erdiği anın tespit edilmesidir. Cenin sıfatının başlangıcına ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bunlardan ilkinde göre cenin sıfatı yumurtanın sperm tarafından döllenmesi ile başlarken; bir diğer görüşe göre ise cenin sıfatı döllenmeden sonraki yaklaşık bir haftalık süreden sonra gerçekleşen ve döllenmiş yumurtanın uterus iç zarına yerleşmesi yani "nidation" ile kazanılmaktadır⁴³. Bu iki görüşten birinin tercih edilmesi ceza hukuku sorumluluğunun belirlenmesi noktasında önem arz etmektedir. Nitekim ilk görüş kabul edildiğinde doğum kontrol hapları döllenmeyi önlediğinden ortada bir cenin bulunmayacak ve dolayısıyla ceza hukuku açısından bir sorumluluk doğmayacaktır. Yine ertesi gün hapları (morning after pill) ise döllenmeyi değil; döllenmiş yumurtanın rahme yerleşmesini önlediğinden ilk görüşün kabulü durumunda ceza hukuku sorumluluğu doğacakken, ikinci görüşün kabulü durumunda ceza hukuku sorumluluğu doğmayacaktır⁴⁴. Doktrindeki hakim görüş cenin sıfatının nidasyon ile kazanıldığını kabul etmektedir⁴⁵. Bu açıdan cenin nidasyon ile doğum arasındaki evrede anne rahmindeki varlık olarak tanımlanmaktadır⁴⁶.

Kanaatimizce Türk hukuku bakımından nidation anının ceninin belirlenmesi noktasında göz önünde bulundurulması eğilimi, Alman Ceza Kanunu m. 218'de yer alan ve gebeliğin sonlandırılması hareketlerinin döllenmiş yumurtanın ana rahmine yerleşmesinden önce gerçekleştirilmesi

39 Aynı yönde bkz: Mustafa Özen *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri* (Adalet Yayınevi 2024) 305; Murat Aydın 'Çocuk Düşürtme Fiilleri ve Ceza Sorumluluğu' (2011) 19(2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 69, 73; Recep Doğan 'Kadının Üreme Hakkı, Kürtaj, Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları' (2016) 127 TBB Dergisi 73, 101; Bu suç tiplerinde yer alan çocuk ifadesi bakımından TCK m. 6/b'de yer alan tanımın geçerli olmadığı da doktrinde ayrıca ifade edilmektedir. Bkz: Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem and Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, (19 bs Seçkin 2021) 376.

40 Burcu Dönmez 'TCK'da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM'in Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması' (2007) 9 (2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 99, 106; Oktar (n 19) 5.

41 Aynı yönde; Dönmez (n 40) 106.

42 Korkmaz (n 30) 279.

43 Lüttger (n 17) 250.

44 Eser and Weißer (n 1) Rn 21; Lüttger (n 17) 250.

45 Serap Keskin – Kızıroğlu 'Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları' (2003) 19(2) Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 166, 172; Oktar (n 19) 6; Lüttger (n 17) 250.

46 Dilek Erdem 'Çocuk Düşürtme Düzenlemesi' (2016) 65(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1637, 1649.

durumunda cezalandırılmayacağını belirten hükmün varlığı ile ilgilidir. Nitekim çocuk düşürtme ve düşürtme suçlarının düzenlemesi göz önüne alındığında, Alman hukukunda doğmamış olan insana dört katmanlı bir yaşam koruması tanındığı görülmektedir⁴⁷. Bu bakımdan ilgili hükümler nidation öncesi evreye ilişkin bir koruma sağlamazlar⁴⁸. Dolayısıyla Alman hukukunda söz konusu koruma, gebe kadının son menstrüasyon tarihinden sonraki beşinci haftaya tekabül ettiği kabul edilen nidation ile başlamaktadır⁴⁹. Döllenmiş yumurtanın rahime yerleşme yani nidation anı hamileliğin başlangıcı olarak kabul edilmektedir⁵⁰. Ancak kanundaki ifadenin kanunkoyucunun döllenmenin başlangıcından itibaren oluşan süreci hamilelik olarak nitelediği şeklinde de yorumlanmaktadır⁵¹. Zira hamilelik terimi doğmamış çocuğun rahim içinde olmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla aşılama öncesi durumdaki embriyo ya da dış gebelik gibi durumlarda bir gebelikten söz edilemez⁵². Bu görüş suçun konusunu ise cenin olarak kabul etmektedir⁵³. Bu nedenle bu suç tipinde yaşamın başlangıcı meselesi değil, cenin sıfatının kazanılma anının tespit edilmesi suç tipinin incelenmesi yönünden önem arz etmektedir⁵⁴. Oysa ki TCK'da esas alınan gebelik haftalarının hesaplanmasında nidation anına ilişkin bu yönde dışlayıcı bir düzenleme olmadığından, cenin sıfatının kazanılması bakımından nidation anı bir önem teşkil etmez. Zira bize göre TCK'da hükümlerin yorumlanması bakımından, kabul edilen bu cenin tanımı yetersiz kalmaktadır. Zira TCK m. 100 gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu düşürmesinden bahsetmektedir. Bu durumda çocuk ifadesinin cenin olarak kabul edilmesi gerektiği kabul edildiğinde bile, nidation anı TCK bakımından ceninin varlığını tespit açısından uygun bir yöntem olmayacaktır. Zira TCK'da dikkate alınan husus gebelik haftası olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim TCK gebeliğin ilk on haftasında gebeliğin gebe kadının kendisi veya bir üçüncü kişi tarafından sonlandırılmasını cezalandırmaz. Bu nedenle TCK'nın cenini onuncu haftadan başlayarak canlı bir varlık olarak kabul ettiği değerlendirilmektedir. Bu bakımdan TCK açısından ceninin gebeliğin onuncu haftasından sonra canlı bir varlık olduğu sonucuna ulaşılmaktadır⁵⁵. Nitekim bu sonuç TMK'da yer alan hükümlerle de uyum arz eder.

II. TÜRK HUKUKUNDA GEBELİĞİN SONLANDIRILMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Türk Hukukunda gebeliğin sonlandırılması, sterilizasyon ve kastrasyona ilişkin hususlar 24.5.1983 tarihli ve 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun⁵⁶'da(NPHK) ve buna dayanılarak çıkarılan

47 Gropp and Wörner (n 7) Rn. 48; Merkel (n 4) Rn. 10.

48 Gropp and Wörner (n 7) Rn. 49; ancak bu evre için koruma Emrbriyonun Korunması Hakkında Kanun ile sağlanmaktadır. Bkz. *Ibid* Rn. 50.

49 *Ibid* Rn. 57; bunun dışında tıbbi – sosyal endikasyon ve kriminal endikasyonlar ile de doğum öncesi yaşamın korunduğu belirtilmektedir. Bkz: *Ibid* Rn. 58.

50 *Ibid* Rn. 72.

51 *Ibid*

52 *Ibid*

53 Lüttger (n 17) 251.

54 *Ibid*

55 Dönmez (n 40) 106.

56 RG 27.05.1983 t 18059 s

83/7395 sayılı 14.11.1983 tarihli Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük (Tüzük) ile düzenlenmektedir⁵⁷. 1965 yılına kadar gebeliğin⁵⁸ sonlandırılmasının yasaklandığı Türk Hukukunda, önce 557 sayılı NPHK ile gebeliğin tıbbi zorunluluk halinde sona erdirilebileceğine ilişkin hükümler getirilmiş; daha sonra ise 2827 sayılı NPHK'nın kabulü ile belirli koşullar altında gebeliğin isteğe bağlı olarak da sonlandırılabilmesine ilişkin düzenlemeler kabul edilmiştir⁵⁹. Bu düzenlemelere göre on haftayı aşmayan gebelikler kadının rızasıyla tıbbi yöntemlerle sona erdirilebilir⁶⁰. Bununla birlikte tıbbi zorunluluklar halinde süreye bağlı olmaksızın yine tıbbi yollarla gebeliklerin sonlandırılması mümkündür⁶¹. Türkiye'de bu hususun bir sessizlik içerisinde fazla toplumsal muhalefet veya tartışmaya yer vermeksizin kanunlaşması "*Türk halkının gerçekleri görme ve kabul etme hususundaki salim tutumu*" ile bağdaştırılmaktadır⁶².

NPHK m. 2/4 uyarınca bu Kanunun öngördüğü haller dışında gebelik sona erdirilemez ve kısırlaştırma veya kastrasyon işlemleri yapılamaz. Tüzük'e göre ise gebeliğin sonlandırılması rahim tahliyesini; sterilizasyon kadınlarda tüp ligasyonunu (tüplerin bağlanması), erkeklerde vazektomiyi (erkeğin tohum kanallarının ameliyatla bağlanması) ifade etmektedir (Tüzük m. 2/ b, c). NPHK'da gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin hususlar m. 5 ve 6'da düzenlenmekte; konunun ayrıntıları ise Tüzük'te m. 3-9 arasında yer almaktadır.

TCK, NPHK ve Tüzük'te gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin yer verilen ifadeler bakımından kanunkoyucunun terim birliğini sağlayamadığı görülmektedir⁶³. TCK'da çocuk düşürme/düşürme

57 Ayrıca Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 22 de konuya ilişkin bir hüküm getirmektedir. Bu düzenlemede "*Ananın hayatını kurtarmak için yegane çare teşkil ettiği takdirde, avortman yapılması caizdir*" ifadesine yer verilmektedir. Görüldüğü üzere bu düzenleme gebeliğin sonlandırılmasını "avortman" ile ifade etmektedir.

58 Gebelik "cinsel ilişki sonunda döllen yumurtanın ana rahmine düşmesi, yani ana rahminde bulunması gereken yerde bulunması ve gelişme sürecine girmesiyle başlar, belli bir süre sonunda canlının (feto) vücuttan doğal olarak dışarı atılması, yani doğumla sona erer" şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz: Zeki Hafızoğulları and Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, (US-A Yayıncılık 5. Baskı 2016) 139.

59 Sulhi Dönmezer 'Çocuk Düşürme ve Düşürtmenin Dünyü ve Bugünü' (1984) 50 (1-4) İÜHF 3, 3; Duygun Yarsuvat, 'Ceza Hukukunda Gebeliğin Durdurulması Meselesi', 1982-83 48-49 (1-4) İHF 451, 458 ff; Bu düzenleme ile gebeliğin isteğe bağlı sonlandırılmasını kadının cenin üzerinde tasarruf edebilme hakkının tanımlanması olarak yorumlanmaktadır. Bkz: Erdener Yurtcan *Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması Yasal Kürtaj ve Sterilizasyon Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları* (2. Baskı Kazancı Hukuk Yayınları 1990) VIII; NPHK düzenlemelerinin günümüzde bireylerin üreme haklarını etkin bir şekilde kullanabilmelerinin sağlanması noktasında eksiklik taşıdığı eleştirisi getirilmektedir. Buna göre kanunun gebeliğin kadının rızası dahilinde onuncu haftaya kadar sonlandırılabilmesine ilişkin düzenlemesi, onuncu haftanın üst sınırı olarak kabul edilmesinin gerekçelendirilmemesi bakımından çağın ihtiyaçlarına cevap verecek nitelikte değildir. Aynı değerlendirme benzer gerekçelerle TCK bakımından da yapılmaktadır. Bkz. Melike Şentürk Tur 'Kadının Üreme ve Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı Çerçevesinde Gebeliğin Sonlandırılmasında Yasal Sürelerin Başlangıcı' (2023) 27(3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 383, 400.

60 Gebeliğin tıbbi yöntemlerle sonlandırılması ilaç ile olabileceği gibi, cerrahi müdahale – ki kürtaj ve vakumlama yöntemlerini ifade eder – ile olabilmektedir. Gropp and Wörner (n 7) Rn. 79-81. Ertuğrul Suçlar (n 24)21-22.

61 AİHM'e göre gebeliğin sonlandırılmasına yasal olarak izin veren devletler, aynı zamanda gebe kadınların bundan yararlanmalarını önleyebilecek nitelikteki engelleri de ortadan kaldırmak zorundadır. Bkz. Eray Sinan Demirhan 'Abortion Jurisprudence Under the European Convention on Human Rights (2024) 12(23) ABÜHF 25,28.

62 Dönmezer (n 59) 3; Alman hukukunda ise danışmaya dayalı süre modeli benimsenmiş ve bu durum ceza kanununa yansıtılmıştır. Bkz: Merkel (n 4) Rn. 1-6.

63 Türk hukukunda gebeliğin sonlandırılması, gebeliği durdurma, çocuk düşürme ve düşürtme ifadelerinin eşanlamlı olduğu; bunun yanında gebeliğin sonlandırılması işleminin bir türü olan kürtajın ise Türk Hukuku bakımından bunları kapsayacak şekilde kullanıldığı da ifade edilmektedir. Bkz: Yurtcan (n 59) VII.

olarak ifade edilen gebeliğin sonlandırılması terimi, NPHK’da gebeliğin sona erdirilmesi olarak yer almakta; Tüzük ’te ise rahim tahliyesi şeklinde ifade edilmektedir. Buna göre ilgili Tüzük m. 2/b ise rahim tahliyesini “gebeliğin sonlandırılması” olarak tanımlamaktadır. Kanaatimizce hem TCK hem de ilgili kanun ve tüzük bakımından bu hareketi ifade etmek üzere kullanılabilecek en uygun terim “gebeliğin sonlandırılması” olacaktır⁶⁴. Terim birliğini sağlamak adına Kanun ve ilgili Tüzük ’te aynı ifadelerin kullanılması uygun olacaktır. Ayrıca TCK’da yer alan suç tipinde de gebeliğin sonlandırılması ifadesinin kullanılmasının daha uygun olacağı yönündeki görüşe biz de iştirak ediyoruz⁶⁵.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, gebeliğin sonlandırılması kavramı çocuğun normal veya müdahaleyle doğumunu sağlamaya yönelik ve çocuğu yaşatma amacına yönelik doğum, erken doğum, sezaryen gibi ameliyeleri kapsamamaktadır. Bu ifade, ana rahmin gelişimi sürdürmekte olan ve canlı halde bulunan ceninin, cenini yaşatma amacı olmaksızın, müdahale ile rahimden ihraç edilmesi anlamını taşımaktadır⁶⁶. Bir başka tanıma göre fetüsün uterusun dışında yaşama yeteneğini kazanmadan, gebenin yazılı iznini müteakip, gebeliğinin kendi isteği ile ya da tıbbi zorunluluk nedeniyle çeşitli yöntemler kullanılarak sonlandırılması işlemine denilmektedir⁶⁷. Biz çalışmamızda gebeliğin sonlandırılması kavramını tercih etmekteyiz

Gebeliğin sonlandırılması meselesi, ceza hukukunu da yakından ilgilendiren kanunkoyucunun belirli koşulları taşımayan gebeliğin sonlandırılması hareketlerini suç tipleri ihdas etmek suretiyle cezalandırma yoluna gittiği bir husustur. Türk Ceza Hukuku bakımından gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin suç tipleri TCK’nın Özel Hükümler Kitabının “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı İkinci Kısımında, “Çocuk Düşürtme, Düşürme veya Kısırlaştırma” başlıklı Beşinci Bölümünde çocuk düşürtme (m. 99) ve çocuk düşürme (m. 100) suçları olarak düzenlenmektedir. Bu suç tipleri mülga 765 sayılı TCK’da da aynı şekilde çocuk düşürtme ve çocuk düşürme suçları olarak isimlendirilmektedir⁶⁸.

Gebeliğin sonlandırılması hususunda çatışan değerlerin dengelenmesi amacıyla kanunlarda gebeliğin farklı durumlarda sonlandırılması halinde bunu gerçekleştiren kişiler bakımından bir imkan tanınma, buna izin verilme ya da cezasızlık sebebi olarak görme şeklinde ortaya çıkmaktadır⁶⁹. Gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin kabul edilen kanuni düzenlemelerde temelde üç farklı model benimsenmektedir. Bunlardan ilki gebeliğin belirli bir zamana kadar sona erdirilebileceğinin kabul edildiği süre modelidir. Bu modelde gebe kadınlara gebeliğin belirli haftasına kadar istekleri doğrultusunda gebeliğin sonlandırılması imkânı verilmektedir⁷⁰. Bir diğer model endikasyon modeli olarak adlandırılan modeldir. Bu modelde gebeliğin süresi önem taşımamakta, mevzuatta yer alan

64 Aynı yönde, Dönmez (n 40) 107.

65 Hüseyin Ertuğrul ‘Türk Ceza Kanununda Çocuk Düşürme Suçu’ (2016) 6(2) Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 362, 372; Muş (n 33) 25.

66 Bkz. Oktar (n 19) 9.

67 Engin Kurt and Yusuf Tunca ‘Temel Etik İlkeler Çerçevesinde Gebeliğin Sonlandırılmasındaki Etik İlkeler Bir Bakış’ (2016) (54) Medical Bulletin Haseki 57, 57.

68 Oktar (n 19) 5.

69 Oktar (n 19) 20.

70 *Ibid*

belirli endikasyonların varlığı halinde gebeliğin sonlandırılmasına hukuki olarak izin verilmektedir⁷¹. Bu modelde gebeliğin ancak gebe kadında veya ceninde belirli endikasyonların gelişmesi suretiyle sonlandırılması imkanının getirildiği tıbbi endikasyonlar göz önünde bulundurulabileceği gibi (tıbbi sebepler ve embriyopatolojik sebepler⁷²); hukuki – ahlaki (kriminolojik) sosyal – ekonomik⁷³ veya endikasyonların göz önünde bulundurulması da mümkün olabilmektedir. Üçüncü model ise acil durum modeli olarak karşımıza ve bu durumda gebeliğin gebe kadının yaşamını tehlikeye sokan acil bir durumda sonlandırılması imkanı getirilir. Türk hukukunda yer alan hükümler bu modeller göz önünde bulundurularak değerlendirildiğinde Türk Hukuku bakımından gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin olarak birden fazla modelin kabul edildiğini söylemek mümkündür. Buna göre gebeliğin onuncu haftaya kadar başkaca bir koşul aranmaksızın isteğe bağlı olarak sonlandırılması mümkün olduğundan süre modelinin; on haftadan sonra ise tıbbi endikasyon (tıbbi zorunluluk hali veya gebeliğin gelecek nesiller için ağır maluliyet riski taşıması) modelinin benimsendiği görülmektedir⁷⁴. Bunun yanında mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalan kadının bu endikasyonlar olmaksızın ve belirtilen sürelerden daha uzun bir sürede karar verebileceği şekilde gebeliğinin sonlandırılması imkanı bakımından da kriminolojik endikasyon modelinin benimsendiği görülmektedir⁷⁵. Ayrıca gebe kadının hayatının tehlikede olduğu acil hallerde de gebeliğin sonlandırılması imkanının tanınmış olması, acil durum modelinin kabul edildiğine işaret etmektedir. Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde Türk Hukuku'nda gebeliğin iki halde sona erdirilebileceği saptanmaktadır⁷⁶. Bunlardan ilki gebeliğin isteğe bağlı olarak sonlandırılması, diğeri ise gebeliğin tıbbi zorunluluk haline bağlı olarak sonlandırılmasıdır.

Buna göre gebelik, onuncu haftaya kadar gebe kadının sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde isteğe bağlı olarak sonlandırılabilir (NPHK m. 5/1). Gebeliğin onuncu haftasının dolmamış olması ve gebe kadının sağlığı bakımından tıbbi bir sakıncanın bulunmaması şartları, gebeliğin isteğe bağlı olarak sonlandırılması için birlikte bulunması gereken şartlardır. Gebeliğin bu şartlarda sonlandırılmasına yönelik işlem Tüzük m. 3/2 uyarınca kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarınca yapılır. Ancak, Tüzük m. 3/3 uyarınca Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimlere de, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetiminde menstrüel regülasyon yöntemiyle rahim tahliyesi yapabilme yetkisi tanınmıştır. Menstrüel regülasyon

71 Ibid 21; Gebeliğin sonlandırılmasında tıbbi endikasyonların göz önünde bulundurulmasına yönelik olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Tysiac v. Polonya kararında, m. 8 yönünden yaptığı incelemede devletlerin gebeliğin gebe kadının sağlığına yönelik tehlike durumunda sonlandırılmasına ilişkin kanuni düzenlemelerin gebe kadın ve hekimler arasındaki çıkar çatışmasını düzenleyen kapsayıcı nitelikte olması gerektiğini belirtmektedir. Bkz Demirhan (n 61) 28.

72 Oktar (n 19) 21-22.

73 Ibid 23-24.

74 Ibid

75 Ibid 24; Erdem (n 46) 1640.

76 Gebeliğin sonlandırılmasına yönelik sınırlamaların kimi durumlarda kadınları sağlığa elverişsiz koşullar altında gebeliğin sonlandırılması müdahalesinin yapılmasına ittiği iddia edilmektedir. Bkz. Helin Rojda İlalı 'Kadının Menfaati Bakımından Rahim Tahliyesi' (2020) (2) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 671, 672. Ancak kanaatimizce gebeliğin sonlandırılmasına hiçbir sınır getirilmemesinin yaratacağı ahlaki, etik ve hukuki sorunlar düşünüldüğünde, elbette ki bu müdahalenin belirli şartlara tabi kılınması olağandır ve gereklidir.

(MR) deyimi, vakum aspirasyon yönteminin kullanıldığı küçük cerrahi müdahaleyi ifade eder (Tüzük m. 2/d).

Diğer yandan gebeliğin onuncu haftasının dolmasından sonra sonlandırılması, ancak tıbbi bir zorunluluğun varlığı halinde mümkündür. Burada TCK m. 99 uyarınca kadının mağduru olduğu bir suç sonucu⁷⁷ gebe kalması durumunda gebelik süresinin yirmi haftayı aşmamak ve kadının rızası olmak şartlarıyla gebeliğin sonlandırılmasının tıbbi bir zorunluluk olmaksızın mümkün kılındığını eklemekte fayda bulunmaktadır.

Gebeliğin sonlandırılması için ilgilinin rızası gerekmektedir. NPHK m. 6 uyarınca hem onuncu hafta dolmadan önce hem de onuncu hafta dolduktan sonra gebeliğin sonlandırılması için izin şartı getirilmiştir. Tüzük m. 13 ise yalnızca on haftası dolmamış gebelikler bakımından izin şartı getirmektedir. Gebeliğin sonlandırılmasında gebe kadın reşitse kendisinden, küçükse kendisinin de rızası alınmakla birlikte velisinden, vesayet altında bulunup da reşit ya da mümeyyiz değilse reşit olmayan gebe kadını kendisinden ve vasisinden ve ayrıca sulh hakiminden izin alınması gerekmektedir (NPHK, m. 6; Tüzük, m. 13). Tüzük'te ayrıca belirtilmeyen fakat NPHK'da yer alan bir başka koşul ise gebe kadının evli olması durumunda eşinin de söz konusu tıbbi müdahale için izninin gerekmesidir. Gebe kadının reşit olmasına rağmen kendisinin rızasının aranmayacağı hallerden

77 TCK'da kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinin hangi makam tarafından tespit edileceğine ilişkin bir açıklık bulunmaması eleştirilmektedir. Keskin-Kızıroğlu (n 45) 183; Uyumaz and Avcı (n 19) 607; buna göre bu suçun varlığını tespit açısından kesinleşmiş bir mahkeme kararının aranması durumunda bu cezazırlık nedeni uygulama olanağı bulamayacaktır, zira bir ceza mahkemesi hükmünün yirmi haftadan önce kesinleşmesi pratikte mümkün değildir. Bu durumda Alman StGB 218A(3)'de yer alan ve bir hekim tarafından gebe kadına karşı bu şekilde bir suçun işlendiğinin ve gebeliğin bu suç sonucu oluştuğunun kuvvetle muhtemel görülmesi şeklindeki şartın TCK bakımından da getirilmesi önerilmektedir. Bkz. Keskin-Kızıroğlu (n 45) 183; hükmün uygulanması noktasında gebeliğin suç sonucu olduğunun belirlenmesi hususundaki yetkinin hekime verildiğine ilişkin hükümde bir açıklık olmadığı ve fakat hükümde bunun yasaklanmadığı da belirtilerek söz konusu kararın hekim tarafından verilmemesinin hukuka uygun olacağı yönünde bkz: Barış Işık, 'Mağduru Olduğu Suç Sonucu Gebe Kalan Kadının Çocuğunun Düşürülmesi Suçu (TCK m. 99/6)' (2015) 3(2) CHKD 25, 39; hükmün uygulanması için gebeliğin bir suç sonucu olup olmadığı noktasındaki araştırmanın Cumhuriyet savcılığı tarafından yapılması ve buna ilişkin kuvvetli şüphenin elde edilmesi durumunda gebeliğin sona erdirilebilmesine izin verilmesi şeklindeki bir başka öneri için bkz: Özen *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 39) 314; öte yandan konu Anayasa Mahkemesi tarafından da bireysel başvuru yoluyla tartışılmıştır. Anayasa Mahkemesi önüne gelen somut olayda suç tarihinde onsekiz yaşını doldurmamış bir çocuğun gebeliğinin sonlandırılması talebinin ilgili makamlarca yerine getirilmemesini AY m. 17'ye aykırı göyerek ihlal kararı vermesinin yanında, suçun mağdurunun çocuk olması durumunda TCK m. 99/6 ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi gerektiğine işaret etmiştir. Buna göre "5237 sayılı Kanun'un 99. maddesinin (6) numaralı fıkrasında, bir suç sonucu oluşan gebeliğin sonlandırılması ile ilgili olarak alınması gerekli iznin nasıl bir usul izlenerek hangi yargısal makam tarafından verileceği konusunda bir düzenleme yer almadığı görülmektedir. Ancak somut olay bakımından bu durum kanunilik kriteri yönünden bir eksiklik ortaya çıkarmamaktadır. Zira somut olayda başvurucunun 18 yaşından küçük, hukuken *çocuk* statüsünde olması dolayısıyla 5237 sayılı Kanun'un anılan hükmün 5395 sayılı Kanun hükümleri ile birlikte uygulanması zorunludur. 5395 sayılı Kanun ise yukarıda da detaylı olarak açıklandığı üzere suç mağduru çocuk yönünden alınması gereken koruyucu ve önleyici tedbirler ile bu tedbirlere karar verecek yetkili yargı makamlarının hangileri olduğu konularında açık ve ayrıntılı düzenlemeler içermektedir. Nitekim kanun yararına bozma talebini inceleyen Yargıtay'ın kararında da somut olay bakımından 5395 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması gereğine işaret edilmiştir. Bu durumda somut olay bakımından müdahalenin dayanağı olan kanun hükümleri 5237 sayılı Kanun'un 99. maddesinin (6) numaralı fıkrası ile 5395 sayılı Kanun'un suç mağduru çocukla ilgili koruyucu ve destekleyici tedbirleri düzenleyen hükümleridir." demek suretiyle TCK m. 99/6'nın uygulanmasında suç mağduru çocuklar yönünden gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin kararın 5395 sayılı Kanun kapsamında alınabileceğini belirtmektedir. Karar için bkz: R.G. BAŞVURUSU Başvuru Numarası: 2017/31619 Karar Tarihi: 23/7/2020.G. Tarih ve Sayı: 10/9/2020-31240.

biri gebe kadının “*akıl maluliyeti nedeniyle şuur serbestisine sahip olmaması*” halidir (NPHK m. 6/1, Tüzük m. 14). Ayrıca küçüklerde veliden, reşit ve mümeyyiz olmayan vesayet altındaki kişilerde ise sulh mahkemesinden izin alınması zamanı gerektiriyorsa ve derhal müdahale edilmediği takdirde yaşamı veya yaşamsal organlardan birini tehdit eden acil durum varsa bunlardan izin alınması koşulu aranmaz. Ancak reşit kişiler bakımından bu gibi acil durumlarda izin alınmadan müdahalenin gerçekleştirilmesine ilişkin bir düzenleme bulunmadığı belirtilmelidir⁷⁸.

Bu düzenlemeler gebe bir kadının gebeliğinin on haftaya kadar kendisi veya rızası olmak koşulu ile bir yetkili hekim tarafından sonlandırılmasını söz konusu suçların kapsamı dışında değerlendirmektedir. Bu nedenle de söz konusu hükümler birlikte değerlendirildiğinde gebe kadının kendi geleceğini belirleme hakkının gebeliğin onuncu haftasının dolmasına kadar korunduğu belirtilmektedir⁷⁹. NPHK on haftayı aşmayan gebeliklerde gebeliğin sonlandırılması işleminin yetkili hekim tarafından gerçekleştirilmesi gerektiğini belirtirken, TCK açısından böyle bir şart aranmamaktadır. TCK on haftayı geçmeyen bir gebeliğin gebe kadının kendisi tarafından sonlandırılmasını cezalandırmamaktadır. Ancak on haftayı geçtikten sonra gebeliğin gebe kadının kendisi tarafından sonlandırılması her halükarda suç olarak düzenlenmiştir⁸⁰.

TCK’nın 100. maddesine göre çocuk düşürme suçu “*gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi halinde bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur*”. Dolayısıyla TCK m. 100 ise on haftayı aşan gebeliklerin gebe kadının kendisi tarafından sonlandırılmasını çocuk düşürme suçu olarak düzenlemektedir⁸¹. Mülga TCK’da söz konusu hüküm m. 469’da yer almaktaydı ve cezası bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmişti. Aşağıda ayrıca ele alacağımız üzere bu iki düzenleme arasında ilk olarak suç tipi karşılığında öngörülen yaptırım bakımından önemli bir fark bulunmaktadır. İkinci olarak ise mülga TCK m. 469/2’de gebe kadını çocuk düşürmeye yarayacak vasıta tedarik etmek suretiyle çocuğu düşürmeye tahrik eden kişinin cezalandırılmasına ilişkin düzenlemeye TCK m. 100’de yer verilmemiştir. Bu bakımdan çocuk düşürme suçuna iştirak genel hükümlere göre cezalandırılacaktır⁸². Alman StGB ise 218/III’te de buna benzer olarak gebe kadının gebeliğini kendisinin sona erdirmesi suç olarak düzenlenmiş ve bir yıla kadar hapis ya da adli para cezası şeklinde bir yaptırım öngörülmüştür.

78 Bu gibi durumlarda zorunluluk halinin fiili hukuka uygun kılacağı yönünde bkz. Keskin-Kızıroğlu (n 45) 168.

79 Üstün and Aygörmüş Uğurlubay (n 20) 34; doktrinde kişinin kendi bedeni üzerinde karar verme hakkıyla ceninin yaşama hakkının çatışmasına dayanan gebeliğe son verilmesine ilişkin ikilemin, gebe kadının söz konusu hakkının sınırsız bir biçimde kabul edilmeyip ceninin yaşam hakkının kutsal kabul edilmesi suretiyle aşılabileceği; bu yönden Türk hukukunda bahsettiğimiz düzenlemelerin gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin bu çatışmaya makul bir çözüm getirdiği dile getirilmektedir. Bkz: Uyumaz and Avcı (n 19) 589; bu yöndeki ikilemin tıp etiği açısından ortaya koyduğu sorunlar için bkz: Kurt and Tunca (n 67) 58 ff

80 Bu suç tipinin gebeliğin 11 ila 40’ıncı haftaları arasında hangi evrede gerçekleştirildiğinin cezalandırma bakımından bir etkisinin olmaması doktrinde eleştirilmektedir. Bkz. Mustafa Özen ‘Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları’ (2007) (5) THD 97,101.

81 Ertuğrul Düşürme (n 65) 362.

82 Veli Özer Özbek, Koray Doğan and Pınar Bacaksız *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (19. Baskı Seçkin 2024) 322.

III. GEBELİĞİN BİZATİHİ GEBE KADIN TARAFINDAN SONLANDIRILMASI BAKIMINDAN TCK M. 100'ÜN İNCELENMESİ

A. SUÇ TİPİYLE KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Bu suç tipi ile korunan hukuki değer ne olduğu hususunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Belirtmek gerekmektedir ki bu suçla korunan hukuki değer in tespiti, esasen ceninin yaşam hakkına sahip olup olmadığı tartışmaları ile bağlantılıdır. Etik açıdan ceninin yaşam hakkına sahip olup olmadığı meselesi, hukuki boyutuyla gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin düzenlemelerin hayata geçirilmesi noktasında önemli bir rol oynamaktadır. Yaşam hakkı bir çok uluslararası belgede korunma altına alınan temel haklardan biridir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Bildirisi m. 3; Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m. 6, Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 6 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 2 bu temel hakkı koruma altına almaktadır. Söz konusu hükümler incelendiğinde ulaşılan ortak kanaat, bir çocuğun yaşam hakkına sahip olduğunun kabul edilebilmesi için doğmuş olması gerektiği yönündedir⁸³. Örneğin gebeliğin sonlandırılmasının AİHS sistemi bakımından herhangi bir hakkın ihlalini oluşturup oluşturmadığı meselesi AİHM kararlarında ele alınmaktadır. AİHS sistemi bakımından konu yaşam hakkı (m. 2) , özel hayat ve aile hayatının korunması (m. 8), adil yargılanma hakkı (m. 6) ve ifade özgürlüğü (m.10) kapsamında incelenmektedir⁸⁴. Korunan hukuki değer in tespit edilmesi noktasından yaklaşıldığında, AİHS'in yaşam hakkına ilişkin sağladığı koruma önem kazanmaktadır. AİHS m. 2 herkesin yaşam hakkını güvence altına almaktadır. Sözleşmenin uygulanması noktasında da tartışılan esaslı meselelerden biri ceninin de AİHS m.2 kapsamında yaşam hakkı güvence altına alınan *herkes* olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve bu bağlamda ceninin yaşam hakkından bahsedilip edilemeyeceğidir. AİHM Vo v. Fransa⁸⁵ kararında rutin kontrolü için doktor kontrolüne giden başvuru, isimle aynı soyisme sahip olan bir başka hasta ile isimlerinin karışması sonucu diğer hastanın üzerinde uygulanması gereken tıbbi müdahaleye maruz kalarak bebeğini kaybetmiştir. Başvurucunun AİHM'e başvurusunun gerekçesi gebeliğinin sona ermesi sonrası doktor hakkında yapılan yargılamada ceninin taksirle öldürülmesine ilişkin bir sorumluluğunun yerel mahkemeler tarafından tespit edilmemesi olmuştur. Bu anlamda başvuru ceninin yaşam hakkının ihlal edildiğini öne sürmektedir⁸⁶. "*Başvurucunun gündeme getirdiği temel soru Fransız hukuk sisteminde ceninin kasit olmaksızın yok edilmesini cezalandıracak bir ceza çaresinin bulunmamasının, Devletin sözleşmenin 2inci maddesinin anlamı dahilinde yaşam hakkını korumada kanunla korumada başarısız olup olmadığıdır*".⁸⁷ Bu bağlamda Mahkeme yaptığı değerlendirmede sözleşmenin ikinci maddesinde geçen "herkes" ifadesinin sözleşme kapsamında tanımlanmadığını; dolayısıyla sözleşmenin kimlerin yaşam hakkına sahip olduğu hususunda sessiz kaldığını; bu nedenle de bir kişinin yaşamının ne zaman başladığını ve bu başlangıcın doğmamış

83 Şemsettin Varol *Yaşam Hakkı Bağlamında Ötanazi ve Kürtaj*, (1. Baskı Seçkin Yayıncılık, 2022) 92-94.

84 *Ibid* 216.

85 Vo v. Fransa, Başvuru No: 53924/00; bu konuda AİHM kararları olduğu gibi konu Komisyon önüne de gelmiştir. Bkz: X. v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 8416/78; H. v. Norveç, Başvuru No:17004/90

86 Vo v. Fransa, para. 49.

87 Vo v. Fransa, para. 74.

bir çocuğu da kapsayıp kapsamadığının tespit edilmesi gerektiği üzerinde durmuştur⁸⁸. Ancak Mahkeme'nin taraf devletlerin hukuk sistemlerinde ceninin statüsünün farklı ele alınmasını göz önünde bulundurarak ceninin yaşam hakkı olup olmadığı hususunda görüş açıklamadığını belirtmek gerekmektedir⁸⁹. Ceninin yaşam hakkının açık bir biçimde tanınmamış olması, doğum öncesinde belirli korumalardan yararlanabilmesinin önünde bir engel teşkil etmemektedir. Dolayısıyla her ne kadar yaşam hakkının başlangıç anı doğum olsa da, cenin de annenin menfaatleri ile dengelendiği ölçüde hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde belirli korumalardan yararlanmaktadır. Bu açıdan kanaatimizce söz konusu suç tipi kapsamında ceninin yararlandığı menfaatin ne olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Öte yandan bu suç tipinde korunan hukuki değerin tespit edilmesi mağdurun belirlenmesi için zorunluluk etmektedir⁹⁰. Söz konusu suç tipinde korunan hukuki değerin ne olduğu hususunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır.

Belirtmek gerekmektedir ki bir görüş, cenini hem TCK m. 99 hem de TCK m. 100'de yer alan suçlar bakımından bir hukuki değer olarak nitelendirmektedir⁹¹. Ancak kanaatimizce suçun konusunu oluşturan cenin, bir değer olarak değil, maddi varlığı haiz bir suje olarak suçun konusunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu suçta, aşağıda görüleceği üzere bazı yazarlar tarafından dile getirildiği gibi, cenine ait olan bir değer korunmasından bahsetmek mümkün olabilirse de, ceninin bir hukuki değer olduğundan bahsetmek mümkün değildir.

Çocuk düşürme ve düşürme suçlarında korunan hukuki menfaatleri bütüncül olarak ele alanlardan bir kısmı, bu suçlarda hem kişisel hem de kamusal menfaatlerin korunduğunu öne sürmektedir. Buna göre söz konusu hükümlerle korunan hukuki değerlerden kişisel olanlar ana rahminde meydana gelen canlı varlığın yani ceninin hayatının veya bağımsız bir hayat sahibi olma imkanı bir başka deyişle çekirdek halindeki insan hayatı⁹² ile gebe kadının hayat ve sağlığı ile cinsel özgürlüğüdür⁹³. Buna annenin biyolojik olma hakkı ile baba adayının baba olabilme hakkını ekleyenler de bulunmaktadır⁹⁴. Söz konusu suçlarla korunan kamusal menfaatler ise devletin nüfus politikası olarak belirlenmektedir⁹⁵.

Diğer yandan bu suç ile cenine ait menfaatlerin korunduğunu öne sürenler bu menfaati değişik biçimlerde ifade etmektedir. Bunların bir kısmına göre bu suçla korunan hukuki değer ceninin

88 Vo v. Fransa, para.75; AİHM'in konuya ilişkin benzer yönde değerlendirmeleri bakımından bkz: Boso v. İtalya, Başvuru No: 50490/99; Open Door and Dublin Well Woman v. İrlanda, Başvuru No: 14235/88

89 Varol (n 83) 94.

90 Korkmaz (n 30) 291.

91 Oktar (n 19) 12.

92 Dönmezer (n 59) 7.

93 *Ibid*; kadının cinsel özgürlüğünün korunduğu yönünde bkz: Yurtcan (n 59) 45; ceninin gelecekteki yaşam hakkı ile devletin nüfus politikasının; ancak bunlar yanında insanların kendi sağlıkları üzerindeki tasarruf yetkilerinin kısıtlı olmasından hareketle gebe kadının sağlığının da korunduğu belirtilmektedir. Bkz. Özbek, Doğan and Bacaksız (n 82) 322; Üstün and Aygörmez Uğurlubay (n 20) 34.

94 Ertuğrul Suçlar (n 24)134; Ertuğrul Düşürme (n 65) 372-373.

95 Dönmezer (n 59) 7; Ertuğrul Düşürme (n 65) 372-373; diğer yandan 765 sayılı TCK'da çocuk düşürme ve düşürme suçları, kanuni olarak isteğe dayalı gebeliğin sonlandırılmasına izin verilen düzenlemelerin hayata geçirilmesinden önce, "İrkin tümlüğü ve sağlığı aleyhinde cürümler" başlığı altında düzenlenmekteydi. Bu nedenle bu dönemde söz konusu suç tipleri ile mülga TCK'da milletin tümlüğü ile çoğalma gücünün korunduğu savunulmaktaydı. Dönmezer (n 59) 8.

gelecekteki yaşam hakkıdır⁹⁶. Bir başka görüş ise bu suçla korunan hukuki değeri anne karnındaki biyolojik varlığın insana dönüşme potansiyeli olarak ele almaktadır⁹⁷. Buna benzer biçimde rahimde belirli bir haftaya kadar gelişimini tamamlamış olan ceninin doğma hakkının korunduğu da belirtilmektedir⁹⁸. Söz konusu değeri ceninin mevcut yaşamı olarak tespit edilmesi gerektiğini belirtenler de bulunmaktadır⁹⁹. Bu görüşe göre TCK sistemi cenini bir suje olarak korumaktadır. Cenin bir insan veya kişi niteliğini haiz olmamakla birlikte insan varlığına dahil sayılmakta; ancak doğan bir insanla eşit bir korumadan değil daha zayıf bir korumadan yararlanmaktadır¹⁰⁰. Gebe kadının yaşamının ve sağlığının korunduğu şeklindeki yaklaşıma karşı çıkanlar, bu suçta gebe kadının kendisinin fail olması dolayısıyla ona ait bir hak veya menfaatin korunamayacağı düşüncesinden hareket etmektedir¹⁰¹.

Bir başka görüş ise korunan hukuki değerın kamusal bir yarar olduğunu ve bunun ise beşeri hayatın başından başlayarak bunun esenliğinin ve güvenliğinin teminine yönelik yararlar olduğunu belirtmektedir¹⁰². Buna göre insan hayatının esenliği ve güvenliği¹⁰³ kamusal bir yarar olarak korunmaktadır¹⁰⁴.

Diğer yandan çocuk düşürmenin suç olmaktan çıkarılması gerektiği görüşünde olanlar, bu suçla korunan bir hukuki değer olmadığını belirtmektedirler. Buna göre insanların üremesi, hayvanlardan farklı olarak doğa kanunlarına bırakılamaz. Nitekim soyunu sürdürebilme veya üreme özgürlüğü çocuk sahibi olmayı kapsadığı kadar, çocuk sahibi olmamayı da kapsamaktadır. Bu konudaki kararı da eşlerin vermesi gerekmektedir. Bu nedenle de gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin düzenlemelerde bu hususa riayet edilmesi gerekmektedir. Gebeliğin sonlandırılmasının serbest olmasının yanında; bunun uygulanmasını mümkün olduğunca kolaylaştırmak bakımından hem tıbbi hem de sosyal yardımların yapılması gerektiği öne sürülmektedir¹⁰⁵.

96 Berrin Akbulut and Ola Raheem Kareem 'Türk Ceza Kanunu ve Irak Ceza Kanununda Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları' (2018) 13(37) Ceza Hukuku Dergisi 11, 60; Aylin Kul 'Türk Ceza Hukuku'nda Çocuk Düşürme Suçunun Tartışmalı Yönleriyle İncelenmesi' (2018) 4(7) Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 88; Tezcan, Erdem and Önok (n 39) 373; Keskin-Kızıroğlu (n 45) 184; Muş (n 33) 63; gebe kadının kendi vücut bütünlüğüne zarar vermesinin önlenmesine ilişkin bir amaç güdülmüş olabileceği de belirtilmektedir. Bkz. Kul, (n 95) 89; çocuk düşürtme ve düşürme suçlarıyla doğmamış ceninin yaşamının yanı sıra gebe kadının yaşamına ve sağlığına ilişkin değerlerin korunmasının amaçlanması nedeniyle söz konusu suç tipleriyle biyolojik babaya ait bir değerın ihlal edilmediği belirtilmektedir. Bkz: Walter Groppe and Liane Wörner 'StGB. § 218' in Volker Erb and Jürgen Schäfer (eds) *Münchener Kommentar zum StGB* (4. bs Beck 2021) Rn. 33

97 Doğan (n 39) 100.

98 Oktar (n 19) 232.

99 Korkmaz (n 30) 292.

100 *Ibid*

101 *Ibid* 291.

102 Hafızoğulları and Özen (n 58) 143.

103 *Ibid* 146; Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 39) 332.

104 Hafızoğulları and Özen (n 58) 146

105 Faruk Erem *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1985) 474 ff.

Alman hukukuna bakıldığında Alman StGB 218 hükmünün hayata karşı suçlar arasında düzenlendiği görülmektedir. Nitekim buna paralel olarak korunan hukuki değer “hayat tohumu” farklı bir ifadeyle “oluşmakta olan hayat”¹⁰⁶ veya anne rahminde henüz doğmamış insanın gelişmekte olan yaşamı¹⁰⁷ olduğu ifade edilmektedir. Böylelikle hayat annenin iradesinden ve hayatından bağımsız kişisel bir hukuki menfaat olarak korunmaktadır¹⁰⁸. Ancak bu korumanın ceninin bağımsız bir yaşam hakkı sahibi olduğu anlamına gelmediği zira ceza hukukunda korunan değer temel bir hakkı yansıtmak zorunda olmadığı da ifade edilmektedir¹⁰⁹. Doğmamış çocuğun anneye fiili bağımlılığına karşın korunma ihtiyacı annenin görüşünden bağımsız olarak değerlendirilir. Hamilelikte birden fazla cenin bulunuyorsa, bu durumda her bir ceninin hayatı bağımsız birer hukuki değer olarak korunmaktadır. Ancak gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin suçlar karşılığında öngörülen cezaların öldürme suçlarına nazaran daha az olması, ceninin yaşamının doğmuş bir kişinin yaşamından daha az değerli olduğu anlamına gelmemektedir. Aksine anne ve çocuk eşit bireyler olarak görülmektedir. ancak yine de, doğmamış çocuğun yaşam hakkı kabul edilse bile, bunun ceza hukuku bakımından annenin yaşamından ve diğer temel haklarından daha az korunduğu görülmektedir¹¹⁰. Ancak cenine tanınan bu korumanın döllenme anından itibaren başladığı kabul edilse bile, ceninin anne rahmindeki “yaşayabilirlik” düzeyine göre bu korumanın sınırı artırılıp azaltılabilmektedir¹¹¹. Bunun yanında Alman hukuku bakımından annenin sağlığının korunup korunmadığı hususu tartışmalı olmakla birlikte, gebeliğe son verilmesi noktasında tıbbi gereksinimlerin, sürelerin ve kadının rızasının göz önünde bulundurulması bağlamında gebe kadının sağlığının ve karar verme özgürlüğünün de korunduğu belirtilmektedir¹¹². Alman hukukunda gebe kadının gebeliğini devam ettirmesine yönelik açıkça teşvik edici bir danışmanlık modeli getirilmiş olmasından nüfus politikalarının bu suçla korunmadığı da belirtilmektedir¹¹³. Bu düzenlemeler ceninin gelecekteki yaşam hakkının ihlal edildiğine işaret etmektedir. Bu nedenle de Alman hukukunda cenin doğumdan sonra başlayan yaşam hakkının sahibi bir kişi olarak değil, fakat bir embriyo olarak koruma altına alınmaktadır.

Kanaatimizce ceninin doğumdan önce bir hak sujesi olamayacağı hususu göz önünde bulundurulduğunda, Türk hukuku bakımından ceninin yaşam hakkının varlığından ve bu hakkın korunduğundan bahsetmek isabetli olmayacaktır. Suçun kişilere karşı suçlar arasında düzenlenmiş olmasından hareketle ise bu suç tipiyle korunan hukuki menfaatin kişisel hukuki menfaatlerden olması gerektiği açıktır. Bu bakımdan TMK hükümleri de göz önünde bulundurularak ceninin anne rahminde bulunduğu sırada doğum sonrasında üzerinde tasarruf edebileceği bir yaşam hakkının sujesi olduğu tespitini yapmak gerekmektedir. Dolayısıyla tıpkı ceninin üzerinde tasarruf edebileceği diğer hakları gibi anne rahminde bulunduğu süre içerisinde bu hakları muhtemel doğuma bağlı olarak belirli bir koruma altına alınmaktadır. Türk hukuku bakımından ceninin muhtemel yaşam

106 Lüttger (n 17) 251.

107 Gropp and Wörner (n 7) Rn. 38; Eschelbach, StGB § 218, Rn. 1; Merkel, (n 8) Rn. 7

108 Gropp and Wörner (n 7) Rn. 38.

109 Merkel (n 8) Rn. 7.

110 Gropp and Wörner (n 7) Rn. 38.

111 *Ibid* Rn. 39.

112 *Ibid* Rn. 40, 42.

113 *Ibid* Rn. 43.

hakkı koruması onuncu gebelik haftası itibariyle başladığından, bu suç tipiyle öncelikli olarak ceninin **muhtemel yaşam hakkının** korunduğunu belirtmek gerekmektedir. Bunun yanında söz konusu korumanın başlamasından önce, ceninin anne rahminden ayrılması işlemi Türk hukuku bakımından bir tıbbi müdahale olarak nitelendirilmektedir ve yukarıda belirtildiği üzere belirli koşullara tabi kılınmıştır. Bu müdahalenin belirli koşullara tabi kılınmasının nedenlerinden en önemlisi gebe kadının sağlığının korunmasıdır. Bu açıdan bize göre bu suç tipiyle gebe kadının sağlığının teminine ilişkin menfaatlerin de korunduğunu söylemek mümkündür. Kanaatimizce gebe kadının bu suçun faili olması, soyut olarak gebe kadının sağlığının teminine ilişkin menfaatlerin korunmasını engellemez.

B. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

1. Suçun Konusu

Doktrinde suçun konusuna ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Bunlardan ilki suçun konusunu on haftayı geçmiş anne karnındaki ceninin gelecekteki hayatı olarak kabul etmektedir¹¹⁴. Diğer bir görüş ise suçun konusunu gebe kadının vücudu ve düşürülen cenin olarak ele almaktadır¹¹⁵. Farklı bir görüş ise suçun konusunun gebe kadın olduğu kanaatindedir¹¹⁶. Kanaatimizce bu suçun konusunu cenin oluşturmaktadır¹¹⁷. Ceninin doğal veya tıbbi yollarla oluşup ana rahminde yer alması önem arz etmez¹¹⁸. Suçun konusunu oluşturabilecek nitelikteki ceninin muhakkak canlı durumda olması gerekmektedir¹¹⁹. Bu bakımdan ceninin ölümü açısından beyin ölümü kriteri kullanılmaz. Zira beynin varlığı, özellikle ilk haftalarda bir beyinden söz edilemeyeceğinden, ceninin yaşama kriteri olarak ele alınamaz. Bu noktada cenin açısından yaşama belirtisi olarak embriyonik kalp hareketliliği esas alınmaktadır¹²⁰. Bununla birlikte ceninin gelişimi ya da hastalıklı olup olmaması suçun konusunu oluşturmaması açısından önem arz etmez¹²¹. Dolayısıyla ceninin doğum sonrasında yaşama kabiliyetine sahip olup olmadığı araştırılmaz¹²². Alman hukukunda suçun konusu döllenmiş yumurtanın rahim iç zarına yerleşmesiyle başlayan ve doğum sancılarına kadar devam eden süreçteki anne rahminde bulunan doğmamış insan olarak görülmektedir¹²³.

Suçun konusu cenin olarak tespit edildiğinde anne rahminde yer alan gebelik ürününün hangi andan itibaren cenin sayıldığı meselesi de önem arz etmektedir. Nitekim eğer ki gebelik ürünü eğer

114 Akbulut and Kareem (n 96) 62; Ertuğrul Düşürme (n 65) 273; Doğan (n 39) 99-101; Erdem (n 46) 1681; Ertuğrul *Suçlar* (n 24) 135.

115 Özen *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 39) 332.

116 Özbek, Doğan and Bacaksız (n 82) 322; yazarlar cenini ise suçun hukuki konusu olarak ele almaktadır. Bkz: *Ibid* 322.

117 Keskin-Kızıroğlu (n 45) 172; Doğan (n 39) 101; Erdem (n 46) 1681; Dönmez (n 40) 112; Eser and Weißer (n 1) Rn. 5; Merkel, (n 8) Rn.17.

118 Hafizoğulları and Özen (n 58) 139.

119 Merkel (n 8) Rn. 19; Akbulut and Kareem (n 96) 62; Dönmez(n 40) 112.

120 Merkel (n 8) Rn. 20-21.

121 Akbulut and Kareem (n 96) 62.

122 Merkel (n 8) Rn. 19.

123 Gropp and Wörner (n 96) Rn. 5; Eschelbach, StGB § 218, Rn. 2; Sommer and Tsambikakis (n 9) Rn. 223-229.

henüz cenin sıfatını kazanmamışsa, bu durumda çocuk düşürme suçunun konusunun varlığından söz edilemez. Yukarıda da açıklandığı üzere cenin sıfatı embriyonun ana rahmine yerleştiği anda yani nidation ile kazanılmış sayılmakta, bunun da döllenmeden sonraki yaklaşık yedi gün ile sekiz hafta içerisinde gerçekleştiği kabul edilmektedir¹²⁴. Bu durumda cinsel ilişki sonrasında embriyonun ana rahmine tutunmasını önleyici nitelikteki ilaçların kullanımı durumunda henüz tıbbi olarak bir ceninden bahsedilemeyeceği için, ortada suçun konusu bulunmayacak ve bu hareketler suç oluşturmaz. Benzer şekilde tüpte döllenmiş olan embriyo da henüz cenin sıfatını kazanmadığından, bunlar da bu suçun konusunu oluşturamazlar¹²⁵. Nidation gerçekleşmesine rağmen ceninde canlılık yok ise, bu durumda bulunan embriyo da suçun konusunu oluşturamaz¹²⁶. Ancak özellikle ifade etmek gerekmektedir ki, nidation anının tespit edilmesi şu andaki tıp biliminin verileri dikkate alındığında mümkün değildir. Nitekim gebelik haftalarının hesaplanmasında kullanılan yöntem kadının son menstrüal döngüsünün başladığı gün olarak kabul edilmektedir¹²⁷. Bu yöntem gebelik süresinin tıbbi olarak hesaplanması anlamına gelmektedir¹²⁸. Dolayısıyla suçun konusunun tespiti bakımından bu hesaplama yapılarak on haftayı doldurmamış gebelikler bakımından bu suçun konusunun bulunmadığı sonucuna varmak gerekmektedir. Bununla birlikte TCK'nın gebelik haftasına özel bir önem vermesi ve fiilin suç tipi kapsamında kalıp kalmadığının tespiti bakımından bu sürelerin hesaplanması büyük önem arz etmektedir. Nitekim TCK ceninden bahsetmemekle birlikte, fiilin suç teşkil etmesi için gebe kadının gebeliğinin onuncu haftayı doldurmuş olmasını aramaktadır. Gebeliğin başlangıcı bakımından gebelik haftasına ilişkin sürelerin hesaplanmasına ilişkin bir düzenlemenin TCK'da yer almaması ise, söz konusu düzenlemelerin belirlilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle eleştirilmektedir¹²⁹. Ancak StGB'de gebeliğin başlangıç anına ilişkin olarak döllenme anının kabul edildiğini ifade ederek bu şekildeki bir düzenlemenin belirlilik ilkesi bakımından uygunluk sağlayacağına dair örnek getiren bu görüş, döllenme anının belirlenmesinin kadının menstrüal döngüsünün başlangıç anını belirlemekten daha zor ve hatta çoğu zaman imkansız olduğu hususunu göz ardı etmektedir¹³⁰. Nitekim Alman uygulamasında da gebeliğin ilk haftasının son menstrüal döngü tarihinden itibaren hesaplandığını, kanun tarafından verilen 12 haftalık sürenin bu süreden başlanarak hesaplandığı belirtilmektedir¹³¹. Bize göre tıp biliminin verileri göz önünde bulundurularak hesaplanması gereken ve hakim kendi bilgisi ile değil hekim bilirkişinin bilgisine başvurulması suretiyle çözüme kavuşturabileceği bir mesele olan gebelik süresinin hesaplanması hususunda, kanunda bir düzenleme olmaması belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmez. Bu husus

124 Lüttger (n 17) 250; Ertuğrul Suçlar (n 24) 13.

125 Lüttger (n 17) 253; Gropp and Wörner (n 96) Rn. 6; Keskin-Kızıroğlu (n 45) 213; Ertuğrul Düşürme (n 65) 377, Eser and Weißer (n 1) Rn 4; Tezcan, Erdem and Önok (n 39) 373

126 ; Keskin-Kızıroğlu (n 45) 173.

127 Kul (n 95) 94.

128 Ancak tıbbi gebelik sürelerinin hesaplanmasında iki farklı yöntem olduğu; bunlardan birinin bahsettiğimiz ve Türk doktrininin geneli tarafından da kabul edilen son menstrual döngünün ilk günü olarak kabul edildiği, bir diğerinin ise döllenme anını esas aldığı belirtilmektedir. Bu hesaplama yöntemlerinden menstrual döngü yönteminin kullanılması durumunda gebelik süresinin başlangıcının hesaplanması bakımından gebe kadının aleyhine olmak üzere yaklaşık iki haftalık bir sapma olduğu belirtilmektedir. Bkz: Şentürk Tur (n 59) 392, 399.

129 Şentürk Tur (n 59) 403.

130 Aynı yönde bkz: Eser and Weißer (n 1) Rn11.

131 Gropp and Wörner (n 96) Rn. 11; Şentürk Tur (n 59) 405, dn. 82.

her halükarda tıp ilminin verileri ile çözülecektir ve kanunda ayrıca açıklık getirilmesi gereken bir mesele teşkil etmemektedir.

2. Suçun Faili

Çocuk düşürme suçunun faili gebeliği sona eren kadındır¹³². Bu suç yalnızca gebe kadın tarafından işlenebilen bir özgül suçtur¹³³. Ayrıca bizzat işlenebilen suçlardandır¹³⁴. Gebe kadının yaşının ya da evli veya bekar olmasının faillik sıfatı üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır¹³⁵. Bu suçun faili olan gebe kadın ancak on haftayı doldurmuş gebelik bakımından bu suçu işleyebilir. On haftayı doldurmayan gebelikler bakımından kadının kendi gebeliğine son vermesi hali bu suç tipi kapsamında cezalandırılmaz¹³⁶. Ayrıca belirtmek gerekmektedir ki gebe kadın gebeliğinin bir başkası tarafından sonlandırılmasına rıza gösterirse uygulanacak olan hüküm TCK m. 100 değil TCK m.99/2 olacaktır¹³⁷.

Taşıyıcı annenin gebeliğine son vermesi durumunda hangi suçun oluşacağı noktasında doktrinde görüş ayrılığı bulunmaktadır. İlk görüşe göre taşıyıcı anne kendi gebeliğini sona erdirirse TCK m. 99/1'de yer alan rızasız çocuk düşürme suçu oluşur¹³⁸. Aksi görüş ise taşıyıcı anne bakımından gebeliği ilk on haftadan sonra sona erdirmesi durumunda TCK m. 100'de yer alan çocuk düşürme suçunun oluşacağını; gebeliğin ilk on haftası açısından ise tıpkı olağan hamileliklerde olduğu gibi bu hareketin suç teşkil etmediğini kabul etmektedir¹³⁹. Gerçekten de suç tipinde gebe kadının hamileliğinin kendi yumurtasının döllenmesi ile mi yoksa bir başkasının yumurtasının döllenerek rahmine yerleştirilmesi suretiyle mi oluştuğuna ilişkin bir ayrım yapılmadığından, her türlü gebeliğin bu suç kapsamında değerlendirilmesi mümkündür.

3. Suçun Mağduru

Çocuk düşürme suçunun mağdurunun kim olduğu noktasında doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

a. Mağdurun gelecekteki ebeveynler veya anne/ baba olduğu görüşü

İlk görüşe göre bu suçun mağduru gelecekteki ebeveynlerdir, zira cenin henüz kişilik veya hak sahibi değildir¹⁴⁰. Buna göre cenin bu suçun konusunu oluşturmaktadır. Suçun konusu olan cenin de ana

132 Keskin-Kızıroğlu (n 45) 184; Doğan (n 39) 101; Oktar (n 19) 233; Ertuğrul *Suçlar* (n 24) 135; Alman hukukundaki düzenleme incelendiğinde ise gebeliğin gebe kadının kendisi tarafından sonlandırılmasının ayrı bir hüküm ile düzenlenmemiş olduğu tespit edilmektedir. Eser and Weißer (n 1) Rn 1-3; buna göre gebeliğin sonlandırılması suçunun gebe kadının kendisi tarafından gerçekleştirilmesi söz konusu suç bakımından cezanın azaltılmasına neden olan bir şahsi sebep olarak yer almaktadır. Bkz. Gropp and Wörner (n 96) Rn. 37; Merkel (n 8) Rn. 1-6.

133 Oktar (n 19) 233; Hafızoğulları and Özen (n 58) 146; Keskin-Kızıroğlu (n 45) 184; Akbulut and Kareem (n 96) 61 ; Doğan (n 39) 101, Erdem (n 46) 1681; Özbek, Doğan and Bacaksız (n 82) 322.

134 Merkel (n 8) Rn. 45b; Akbulut, Kareem, s. 61.

135 Kul (n 95) 91.

136 Akbulut and Kareem (n 96) 61.

137 *Ibid*

138 Doğan (n 39) 101-102.

139 Akbulut and Kareem (n 96) 61.

140 Halil Yılmaz 'Cenini Öldürme (Düşürtme/Düşürme) Suçu' (2001) 27(4) Yargıtay Dergisi 705, 718.

ve babaya ait olduğundan, söz konusu suçun mağduru ana ve baba olarak kabul edilmelidir¹⁴¹. Bu görüşe karşı çıkanlar gebe kadının suçun faili olması hususu üzerinde durmaktadır. Suçun faili ve mağduru aynı kişi olamayacağından, suçun mağdurunu gebe kadın olarak kabul etme imkanı bulunmamaktadır¹⁴². Dolayısıyla da bu durumda mağduru baba olarak tespit edilmelidir¹⁴³. Anne ve babanın mağdur olarak belirlenmesi gerektiği ancak suçun şu andaki düzenlenişi itibarıyla bunun mümkün olmadığını belirtenler, suç tipinin kişilere karşı suçlar arasında değil; aile düzenine karşı suçlar arasında düzenlenmesini önermektedir¹⁴⁴. Kanaatimizce suçun aile düzenine karşı suçlar arasında düzenlenmesi, gebeliğin evlilik birliği içerisinde gerçekleşmemiş olması ihtimalinde ve bu suçun işlenmesinde hangi değer korunduğu ve mağdurun belirlenmesini güçleştireceği için kabul edilemez. Nitekim suç aile düzenine karşı suçlar arasında düzenlendiğinde mağdur eş olarak kabul edilerek sorun aşılmaktadır. Ancak bu ihtimalde evlilik birliği içerisinde oluşmamış olan bir gebeliğin sonlandırılması için söz konusu suçun işlenmesi durumunda korunan hukuki değer olarak aile düzeni veya ailenin birliği gibi değerler öne sürülemeyeceği gibi; bu defa da mağdurun eş olarak belirlenmesi mümkün olmayacaktır. Bu takdirde mağdurun evlilik birliği içerisinde olsun olmasın baba olarak kabulü durumunda ise korunan hukuki değer ve mağdur bakımından bir uyumsuzluk ortaya çıkmaktadır.

b. Mağdurun cenin olduğu görüşü

Bir kısım ise TCK sistemi bakımından ceninin bizatihi bir varlık olarak koruma altına alındığını, kişilere karşı suçlar altında düzenlenen bu suç bakımından kanunkoyucunun cenini “potansiyel kişi” olarak gördüğünü ve bu nedenle de suçun mağdurunu cenin olarak kabul etmek gerektiğini belirtmektedir¹⁴⁵. Benzer biçimde her ne kadar medeni hukuk bakımından cenine doğmadan evvel kişilik tanınmamış olsa da, bu durumun ceninin söz konusu suç açısından mağdur olarak görülemeyeceği anlamına gelmeyeceği belirtilmektedir¹⁴⁶. Bu görüşe göre TCK’da bu şekilde bir suç tipinin kabul edilmesi ile kanunkoyucu Medeni Kanun düzenlemelerinden ayrılan bir düzenleme getirmiş; hukukun yeknesaklığını bozan bu düzenleme ise bir istisna olarak kabul edilmek suretiyle bir kuralın içine sıkışılmasını önlemiş olmaktadır¹⁴⁷. Dolayısıyla suçun mağdurunu gebe kadının rahmindeki onuncu haftayı doldurmuş cenin olarak belirlemek gerekmektedir¹⁴⁸. Cenin bir insan olmaya aday, yaşayan bir varlık olarak nitelendirilmektedir. Bu potansiyeli nedeniyle de hukuk sistemi, doğumdan önce de cenini, insan onuru adına korur ve ona birtakım haklar tanır. Örneğin sağ ve tam doğum şartıyla, ceninin anne rahmine düştüğü andan itibaren miras hakkına sahip olması, çocuk

141 *Ibid*

142 Ertuğrul Düşürme (n 65) 374; Korkmaz (n 30) 294; Samet Sarıkaya “Türk Ceza Hukuku ve Türk Medeni Hukukunun Tarihsel Gelişimi Işığında Çocuk Düşürme Suçunun Mağduru Sorunsalı”(2024) 2(1) Periodicum Iuris Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 77, 87; Kul (n 95) 93; Tezcan, Erdem and Önok (n 39) 375;

143 Babanın suçtan zarar gören olduğuna ilişkin olarak bkz: Ertuğrul Düşürme (n 65) 375; Kul (n 95) 94

144 Nevzat Toroslu *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu* (Sevinç Matbaası, 1970) 313; Aynı yönde bkz: Erdem (n 46) 1654.

145 Korkmaz (n 30) 293.

146 Oktar (n 19) 233; Kul (n 95) 94.

147 *Ibid*

148 Akbulut and Kareem (n 96) 61; Keskin-Kızıroğlu (n 45) 185.

düşürme ve düşürtme suçunun konusunu oluşturması gibi düzenlemeler buna örnektir. Ancak bu koruma ve haklar, onu ceza hukuku anlamında “yaşam hakkı” na sahip bir “kişi” haline getirmez¹⁴⁹. Ancak bu görüş ceninin Medeni Kanun uyarınca henüz kişilik kazanmadığı ve suçun mağdurunun ancak gerçek kişiler olabileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Dolayısıyla Türk hukukundaki mevcut düzenlemeler bakımından cenin de suçun mağduru olarak kabul edilemez¹⁵⁰.

c. Mağdurun toplum/ toplumu oluşturan herkes olduğu görüşü

Bir başka görüş çocuk düşürme suçunun mağdurunu toplum olarak kabul etmektedir¹⁵¹. Buna göre bu suçun mağduru toplumu oluşturan ve yaşama hakkına sahip olan herkeştir¹⁵². Baba adayı ise suçtan zarar gören olarak kabul edilmektedir¹⁵³. Diğer yandan bu suçun mağdurunun toplum da olamayacağı, zira suçun kişilere karşı suçlar arasında düzenlendiği belirtilmektedir¹⁵⁴. Diğer yandan bir başka görüş suçtan zarar görenin toplum ve devlet olduğunu belirtirken mağdura ilişkin bir tespitte bulunmamaktadır¹⁵⁵. Toplum ve devletin suçtan zarar gören olduğunu belirten ancak mağduru tespit etmeyen görüşler de bulunmaktadır¹⁵⁶. Suç tipinin düzenlendiği yer göz önünde bulundurulduğunda, bu suçun kişilere karşı suçlar arasında düzenlendiği görülmektedir. Bu nedenle kanaatimizce burada toplumu oluşturan herkes ya da toplum mağdur olarak görülemeyecektir¹⁵⁷.

d. Kanaatimiz

Cenin hukukumuz bakımından kişi olarak kabul edilmemektedir. Suçun mağdurunun ancak gerçek kişiler olabileceği göz önünde bulundurulduğunda, kanaatimizce bu suçta mağdurun cenin olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Öte yandan fail olan annenin aynı zamanda mağdur olarak kabul edilmesi de mümkün gözükmemektedir. Suç, kişilere karşı suçlar arasında düzenlenmiş olduğundan kanaatimizce suçun mağdurunun toplumu oluşturan herkes olarak kabulü isabetli değildir. Bu bakımdan doktrinde suçun aile düzenine karşı suçlar arasında yer alması ya da suçla korunan hukuki değer olarak gebeliğin sonlandırılmasının tıbbi müdahale yolu ile gerçekleştirilmesindeki kamusal menfaat de göz önüne alınmak suretiyle farklı bir düzenleme yapılması önerilmektedir¹⁵⁸. Söz konusu değişiklik önerileri mağdurun tespitini kolaylaştırmak açısından göz önünde bulundurulabilirse de, şu andaki düzenleme bakımından mağdurun kim olduğunun tespitini ceza hukukunun mağdurunun tespitine ilişkin genel kabulleri uyarınca yapmak gerekmektedir. Mağdurun tespiti bakımından,

149 Güneş Okuyucu Ergün ‘Gebe Olduğu Bilinen Kadına Karşı İşlenen Kasten Öldürme Suçuna İlişkin Bazı Tesbit ve Değerlendirmeler’ Muharrem Özen et al (eds) *Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan C. II* (Ankara Üniversitesi Yayınları 2015) 832.

150 Aynı yönde bkz: Erdem (n 46) 1653.

151 Özen *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 39) 332

152 Ertuğrul Düşürme (n 65) 374; Ertuğrul Suçlar (n 24) 136

153 Ertuğrul Düşürme (n 65) 374; Ertuğrul Suçlar (n 24) 136

154 Korkmaz (n 30) 291.

155 Özen *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 39) 332.Özen *Çocuk* (n 80) 247.

156 Özbek, Doğan and Bacaksız (n 82) 322

157 Bu suçun yapılacak bir değişiklikle topluma karşı suçlar arasında yer alması önerilmektedir. Bkz. Sarıkaya (n 142) 93.

158 Erdem (n 46) 1682.

suçun mağdurunu suçla korunan hukuki değer sahibi olan gerçek kişiler olarak kabul eden görüş esas alındığında, bu suçun mağduru cenin olarak tespit edilir. Ancak bu görüş, belirttiğimiz üzere, ceninin bir kişi olarak kabul edilmemesinden dolayı bu suç tipinde uygulanamaz. Diğer yandan suçun konusunun sahibini mağdur olarak kabul ettiğimizde, suçun konusunu teşkil eden ceninin *sahibinin* gebe kadın ve biyolojik baba olmasından hareketle, bu kişilerin mağdur olabilmek ihtimalleri değerlendirilmelidir. Bu bakımdan gebe kadının aynı zamanda suçun faili olması dolayısıyla mağdur olarak kabul edilmesi mümkün olmadığından, şu andaki düzenleme bakımından mağdurun biyolojik baba olarak belirlenmesi zorunluluk arz etmektedir.

4. Hareket

Çocuk düşürme suçu serbest hareketli suçlardandır¹⁵⁹. Bu bakımdan çocuk düşürme neticesini doğurmaya elverişli her türlü hareketle bu suçun işlenmesi mümkündür. Dolayısıyla bu suçun hareketi rahimdeki canlı durumdaki ceninin canlılığını sona erdirebilecek nitelikteki her türlü hareket olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁶⁰. Bu nedenle hareketin ana rahmine doğrudan fiziki bir müdahale niteliği arz etmesi gerekmez. Kimyasal ya da biyolojik yöntemlerin kullanılması da mümkündür¹⁶¹. Ayrıca ceninin oluşmasını önleyici nitelikteki hareketler de bu suç tipi kapsamında değerlendirilmez¹⁶². Doktrinde suçun sadece icrai hareketlerle işlenebileceğini ifade edenler¹⁶³ olduğu gibi; baskın görüş bu suçun icrai hareketler yanında ihmali hareketlerle de işlenebileceğini kabul etmektedir¹⁶⁴.

5. Netice

Bu suç neticeli bir suçtur. Suçun neticesi çocuğun düşmesidir¹⁶⁵. Çocuk düşürme suçu serbest hareketli bir suç olmakla birlikte, netice olarak çocuğun düşmesi neticesinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu ise ceninin ana rahminden ayrılmasını gerektirmemekle birlikte doğumdan önce ceninin canlılığını kaybetmesi olarak anlaşılabilir¹⁶⁶. Ana rahmine yerleşmiş olan döllenmiş yumurtanın (nidation) yerleşme durumunu ortadan kaldıran vasıta ve metotlar gebeliğin sonlandırılması yani çocuk düşürme olarak değerlendirilmelidir¹⁶⁷.

159 Oktar (n 19) 234; Akbulut and Kareem (n 96) 62; Kul (n 95) 95; Yurtcan (n 59) 75; Özbek, Doğan and Bacaksız (n 82). 322

160 Eser and Weißer (n 1) Rn 20; Keskin-Kızıroğlu (n 45) 173; Oktar (n 19) 179;

161 Eser and Weißer (n 1) Rn 20; Dönmez (n 40) 113.

162 Aydın (n 39) 76.

163 Tezcan, Erdem and Önok (n 39) 375; Aydın (n 39) 77; Ertuğrul Suçlar (n 24) 141; Merkel (n 8) Rn.90.

164 Hafizoğulları and Özen (n 58) 139; Akbulut and Kareem (n 96) 62; Kul (n 95) 96; Ertuğrul Düşürme (n 65) 376; Erdem (n 46) 1682; Özen Çocuk (n 80) 247; Oktar (n 19) 181.

165 Akbulut and Kareem (n 96) 63; Alman hukukunda suçun hayata karşı suçlar altında düzenlemesi de göz önünde bulundurularak suçun neticesi ceninin ölümü olarak kabul edilmektedir. Bkz: Gropp and Wörner (n 96) Rn. 13; Eser and Weißer (n 1) Rn19; Eschelbach, StGB § 218, Rn. 9; Merkel, StGB § 218, Rn. 46.

166 Merkel (n 8) Rn. 46; Ertuğrul Düşürme (n 65) 378; Hafizoğulları and Özen (n 58) 140; Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 39) 335.

167 Lüttger (n 17) 253.

Bu neticenin gerçekleşmiş sayılması için ana rahmindeki ceninin canlılığını yitirmesi gerekmektedir. Ceninin canlılığını yitirmesinin ana rahminde mi gerçekleşmesi gerektiği yoksa bunun ana rahmi dışında gerçekleşmesi durumunda da bu suçun oluşup oluşmayacağı meselesi ise tartışmalıdır.

Bir görüşe göre gerçekleşen hareket nedeniyle cenin canlılığını ana rahminde yitirebileceği gibi, ana rahminden canlı olarak çıkartılıp yaşama kabiliyetine sahip olmadığından bu canlılığı ana rahmi dışında yitirmesi durumunda da çocuk düşmüş sayılacaktır¹⁶⁸. Dolayısıyla bu görüşe göre ceninin canlılığını yitirmesi cenin ana rahmindeyken yapılan çocuk düşürmeye elverişli hareket sonucu gerçekleşmiş olmalıdır, ancak çocuğun ana rahminin içinde ya da dışında canlılığını kaybetmesi önemli değildir. Gerçekten de bu neticenin gerçekleşmiş sayılması için ceninin ana rahminden tamamen ayrılmış olması aranmamalıdır. Burada rahim içinde ceninin canlılığının imkansız hale gelmesi durumunda da neticenin gerçekleştiği kabul edilir¹⁶⁹. Ayrıca dikkat edilmesi gereken husus cenin ana rahminden ayrılıp da kordon bağı kesilene kadar canlılığın yitirilmesi gerektiğidir¹⁷⁰. Bu açıdan erken doğum yapılmış olması çocuk düşürme olarak nitelendirilmez¹⁷¹. Her halde gerçekleşen neticenin faile objektif olarak isnat edilebilmesi gereklidir¹⁷².

C. SUÇUN MANEVİ USURU

Bu suçun manevi unsuru kasttır. Bu durumda gebe kadın gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin hareketleri kasten gerçekleştirmelidir. Fail suçu gebe olduğunu, gebelik süresinin on haftadan fazla olduğunu bilerek ve canlı olan ceninin canlılığını sona erdirmeyi isteyerek işlemelidir¹⁷³. Kastın ceninin rahim içinde ya da rahim dışında canlılığını kaybetmesine yönelik olup olmadığı ise önem arz etmemektedir¹⁷⁴. Kanuni düzenleme açıkça gebe kadının çocuğunu isteyerek düşürmesinden bahsetmektedir. Bu nedenle bu kast doğrudan kast olarak anlaşılmalıdır¹⁷⁵. Zira olası kast bakımından failin istemesinden bahsedilemez¹⁷⁶. Bunlarla birlikte bu suçun taksirli hali kanunda düzenlenmediğinden, gebe kadının dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması suretiyle gebeliğinin sona erdiği; yani çocuğun düştüğü hallerde gebe kadın cezalandırılmayacaktır. Gebe

168 Keskin-Kızıroğlu (n 45) 174; Dönmez (n 40) 113; Aydın (n 39) 77; örneğin “iyi niyetle” başlatılan erken doğumun ceninin yaşama kabiliyeti olmaması nedeniyle ölmesi ile sonuçlanması tamamlanmış çocuk düşürme olarak kabul edilmektedir. Gropp and Wörner (n 96) Rn. 13.

169 Eser and Weißer (n 1) Rn 22; Kul (n 95) 96; Aydın (n 39) 80; Oktar (n 19) 185.

170 Ertuğrul Suçlar (n 24) 91.

171 Eser and Weißer (n 1) Rn.19.

172 Gropp and Wörner (n 96) Rn. 18; Merkel (n 8) Rn. 48; Akbulut and Kareem (n 96) 63; Özbek, Doğan and Bacaksız (n 82) 323

173 Keskin-Kızıroğlu (n 45) 185; Merkel (n 8) Rn. 127; benzer şekildeki tespit için bkz: Oktar (n 19) 236.

174 Gropp and Wörner (n 96) Rn. 26; Eschelbach, StGB § 218, Rn. 9.

175 Hafizoğulları and Özen (n 58) 140; Özen *Ceza Hukuku Özel Hükmeler* (n 39) 334; Keskin-Kızıroğlu (n 45) 185; Akbulut and Kareem (n 96) 63; Ertuğrul Suçlar (n 24) 143. Özbek, Doğan and Bacaksız (n 82) 323; Merkel, (n 8) Rn. 127; Gropp and Wörner (n 96) Rn. 24; aksi görüş için bkz Tezcan, Erdem and Önok (n 39) 375; Kul (n 95) 97; ancak suçun olası kastla işlendiğinde cezalandırılacağını kabul etmekle birlikte tercih edilen suç politikası bakımından isabetli olmadığı yönünde bkz: Erdem (n 46) 1683

176 Gebe kadının intihara teşebbüs ettiği durumlarda aynı zamanda çocuğunun düşmesine yönelik kastının olup olmadığının da değerlendirilmesi gerekmektedir. Bkz: Gropp and Wörner (n 96) Rn. 25.

kadının ceninin canlılığı ya da gebeliğinin süresi bakımından hataya düşmesi mümkündür¹⁷⁷. Nitekim gebe kadının ceninin canlı olmadığını ya da gebelik süresinin on haftayı aşmadığını düşünerek bu suçu işlemesi durumunda TCK m. 30/1 uyarınca hataya ilişkin hükmün uygulanması gerekmektedir.

D. SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Bu suç bakımından kanunda herhangi bir hukuka uygunluk sebebi öngörülmemiştir¹⁷⁸.

Onuncu haftadan önce gebe kadının kendi çocuğunu düşürmesi hali cezalandırılmadığından bu durum kanunkoyucunun gebe kadına isteyerek çocuğunu düşürme yetkisi vermesi olarak yorumlanmakta¹⁷⁹; dolayısıyla suçun gebeliğin onuncu haftasından önce gerçekleşmesi halinde hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin gündeme geleceği belirtilmektedir¹⁸⁰. Halbuki bu hareketin cezalandırılmaması, gebe kadının kendisinin gerçekleştirdiği bu fiil nedeniyle yetkili olduğu veya onuncu haftaya kadar kadına kendi gebeliğini kendisinin sonlandırmasına ilişkin bir hak tanındığı anlamına gelmemektedir. Nitekim gebeliğin sonlandırılması, yukarıda da belirttiğimiz üzere yetkili hekimler tarafından gerçekleştirilmesi gereken bir tıbbi müdahaledir. Bu nedenle aslında onuncu haftadan önce böyle bir yetkinin veya hakkın gebe kadına tanınmasından değil, gerçekleşen haksızlığın kanunkoyucu tarafından cezaya layık bir haksızlık olarak görülmemesinden bahsetmek kanaatimizce daha isabetli olacaktır¹⁸¹.

Diğer yandan mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalan kadının gebeliğinin sonlandırılması bakımından istisnai bir hüküm sevk edildiği de görülmektedir. Buna göre TCK m. 99/6'da kadının mağduru olduğu bir suçun sonucunda gebe kalması hâlinde, gebelik süresinin yirmi haftayı aşmaması ve kadının da rızasının bulunması koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmeyecektir. Ancak bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sonlandırılması gerekmektedir¹⁸².

177 Gropp and Wörner (n 96) Rn. 27.

178 Akbulut and Kareem (n 96) 63; Oktar (n 19) 236; Özbek, Doğan and Bacaksız (n 82) 323; Gropp and Wörner (n 96) Rn. 28; Merkel (n 8) Rn. 136 vd; gebe kadının rızasının hukuka uygunluk nedeni olduğu belirtilmektedir. Özen *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 39) 335; bundan başka tıbbi nedenlerin bulunması durumunda gebeliğini sonlandıran kadın bakımından bu nedenlerin de hukuka uygunluk nedeni teşkil edeceği ileri sürülmektedir. Hafizoğulları and Özen (n 58) 147; Varol (n 83) 241. Biz bu görüşlere iştirak etmiyoruz

179 Korkmaz (n 30) 291.

180 Kul (n 95) 99; ayrıca bu durumun kanuni düzenlemeler arasında bir çelişki olduğu yönünde yorumlanabileceği de belirtilmektedir. Bkz. Erdem (n 46) 1681.

181 Karşı görüş ise kanunun bu şekildeki düzenlemesinin gebeliğin gebe kadının kendisi tarafından sona erdirilmesi haline izin verildiği şeklinde yorumlamakta; kanunkoyucunun on haftanın altındaki gebeliklere gebe kadının kendisi tarafından son verilmesi hareketini; gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin olarak NPHK m. 5 ve Tüzük m. 3 ve 4 de göz önünde bulundurularak çelişkili olarak yorumlanmaktadır. Bkz. Erdem (n 46) 1681.

182 Bir suç sonucu gebe kalan kadının gebeliğini söz konusu şartlara uymayarak kendisinin sonlandırması halinin suç teşkil edeceği belirtilmektedir. Zira TCK'da bu durumun cezalandırılmayacağına ilişkin istisnai bir hüküm bulunmamaktadır. Bkz. Özbek, Doğan and Bacaksız (n 82) 323; Suç sonucu gebe kalınması halinde gebeliğin yirminci haftaya kadar sonlandırılması mümkün olsa da bu kararın kim tarafından verileceğine ilişkin kanunda bir açıklık bulunmaması haklı olarak eleştirilmektedir. Bkz: Dönmez (n 40) 134; Keskin-Kızıroğlu (n 45) 215-216; bu durumlarda söz konusu kararın Cumhuriyet savcıları tarafından verilmesi gerektiği ancak bu hususun kanunda açık olarak düzenlenmesinin yerinde olacağı yönünde bkz: Doğan (n 39) 114-116; bu düzenlemenin hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni

Kanunda mağduru olduğu suçun sonucunda gebe kalan kadının yirmi haftayı aşmayan gebeliğini kendisinin sonlandırması hâlinde cezalandırılmayacağına ilişkin bir düzenleme bulunmadığından bazı yazarlar bu durumda da fiilin suç teşkil edeceğini düşünmektedir¹⁸³. Gerçekten de TCK m. 100 bakımından TCK m. 99/6'daki hükme benzer bir düzenleme mevcut değildir. Bu durumda bu hükmün TCK m. 100 bakımından da uygulanıp uygulanamayacağı tespit edilmelidir. Kanaatimizce, TCK m. 99/6'da gebeliğin sonlandırılmasının süresinin daha uzun olabileceğine ilişkin olarak getirilen istisna, TCK m. 100 bakımından uygulama alanı bulamaz. Zira aksi kabul kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir¹⁸⁴. TCK m. 100'ün uygulanmasında gebe kadının cinsel dokunulmazlığa yönelik bir suç sonucunda gebe kalmış olması hali bir istisna teşkil etmez. Eğer ki gebe kadın cinsel dokunulmazlığa yönelik bir suç sonucunda gebe kalmışsa, bu gebeliğin, gebe kadının rızasıyla gebeliğin yirminci haftasına kadar uzman hekimler tarafından hastane ortamında sonlandırılması mümkündür (TCK m. 99/6)¹⁸⁵. Dolayısıyla her halükarda gebeliğin onuncu haftasından sonra gebe kadının kendisinin gebeliği sonlandırması durumunda, TCK m. 100'de yer alan çocuk düşürme suçu oluşacaktır¹⁸⁶.

E. KUSUR VE KUSURLULUĞU ETKİLEYEN NEDENLER

Bu suç kusur ve kusurluluğu etkileyen nedenler bakımından bir özellik göstermez¹⁸⁷. Suçta özellikle zorunluluk hali bir mazeret sebebi olarak ortaya çıkabilir¹⁸⁸. Dolayısıyla TCK m. 25/2'de yer alan şartların gerçekleşmesi durumunda zorunluluk halinde suçun işlenmesi durumunda mazeret nedeninin varlığı nedeniyle kadın cezalandırılmayacaktır. Ancak zorunluluk hali değerlendirmesinde tıbbi zorunluluğun varlığı bakımından NPHK ve Tüzük'te belirlenen koşulların göz önünde bulundurulması gerektiğini; dolayısıyla bu halin varlığı durumunda TCK m. 25/2'nin yorumunda bu ek koşulların da uygulanacağını belirtmek gerekmektedir. Dolayısıyla bir gebe kadın tıbbi bir zorunluluk halinin varlığı dolayısıyla kendi gebeliğine son verdiği takdirde, bu tıbbi zorunluluğun NPHK ve Tüzük gereği bir yetkili hekim tarafından belirlenmesi ve ayrıca bu durumda gebeliğin yetkili kişiler tarafından sonlandırılması gerektiği için, kanaatimizce TCK m. 25/2'de yer alan zorunluluk halinin uygulanması mümkün olmayacaktır¹⁸⁹.

kapsamında değerlendirilmesi ve ayrıca suç tipinde yer alan kadının "mağduru olduğu suç"un tespit edilmesinde zorunlu olarak kesin hükmün aranması gerektiği, bu nedenle ifadenin "suç şüphesi sonucu gebe kalma" şeklinde değiştirilmesi gerektiği yönünde bkz: Muş (n 33) 119-120.

183 Ertuğrul *Suçlar* (n 24) 140

184 Özen *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 39) 320.

185 Doktrinde bu halin özel bir zorunluluk hali olduğu savunulduğu gibi, şahsi cezasızlık sebebi olarak kabul edildiği de görülmektedir. Görüşler için bkz: Işık (n 77) 34.

186 Ertuğrul *Düşürme* (n 65) 376; aynı yönde bkz: Akbulut and Kareem (n 96) 63; Özbek, Doğan and Bacaksız (n 82) 323.

187 Groppe and Wörner (n 96) Rn. 31; Merkel (n 8) Rn. 143.

188 Zorunluluk halinin fiili hukuka uygun kılacağı yönünde bkz: Keskin-Kızıroğlu (n 45) 185; Oktar (n 19) 236; Türk Hukukunda gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin olarak hiçbir istisnanın kabul edilmediği yasak döneminde doktrinde kadının bir suç sonucu gebe kalması halinde veya kadının hayatının kurtarılması için uygulanan tıbbi müdahale ile gebeliğin sonlandırılması durumlarının zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmesi savunulmaktaydı. Bkz. Muhtar Çaglayan 'Çocuk Düşürmede Zaruret Hali' (1955) 46(12) *Adalet Dergisi* 1180-1183.

189 Tıbbi zorunluluk durumlarında da belirli durumlarda zorunluluk haline ilişkin TCK m.25/2'nin şartlarının bağımsız olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Kul (n 95) 100.

Bu suç bakımından tartışılması gereken bir diğer husus ise haksız tahrik hükümlerinin bu suçta uygulanıp uygulanamayacağı olabilir. Kanaatimizce bu suç bakımından haksız tahrik kurumunun uygulanması, şartların belirlenmesi bakımından, bu suçta mağdurun kim olduğunun kabulüne göre değişecektir. Zira haksız tahrikte fail suçu haksız fiili gerçekleştiren kişiye karşı gerçekleştirmelidir. Eğer ki suçun mağduru baba olarak kabul edilirse, gebe kadın haksız fiil gerçekleştiren babanın bu haksız fiili sonucunda kapıldığı şiddetli elem ve öfkenin etkisi ile bu suçu işlerse haksız tahrik indiriminden faydalanabilecektir. Halbuki mağdur cenin olarak kabul edildiğinde, gebe kadının hiçbir ihtimalde haksız tahrik indiriminden faydalanma imkanı bulunmamaktadır.

F. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

a. Teşebbüs

Bu suç bakımından teşebbüs mümkündür¹⁹⁰. Bu suçta teşebbüs hem elverişli hareketlere icraya başlanıp da icra hareketlerinin tamamlanamaması hem de hareket tamamlanmış olmasına rağmen neticenin ortaya çıkmaması durumlarında söz konusu olabilir. İcra hareketlerine başlanmış olmasına rağmen hareketin tamamlanması haline örnek olarak gebeliği sonlandırmaya elverişli içeceği hazırlayıp içmek üzereyken içeceğin dökülmesi sonucu icra hareketinin tamamlanması verilebilir. Ancak elbette ki suçun hazırlık hareketleri ile icra hareketlerinin başlangıç anını ayırmak bazı durumlarda zorluk arz edebilir. Yine de gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin ilaç satın alma, bu yönde bilgiler edinme gibi hareketler hazırlık hareketi olarak nitelendirilmelidir¹⁹¹. Diğer yandan neticenin gerçekleşmediği durumlarda da teşebbüs söz konusu olabilir. Örneğin cenin elverişli harekete rağmen canlılığını kaybetmeksizin ana rahminden tahliye edilmişse, bu halde suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilir¹⁹². Fail suçun işlenmesinden gönüllü vazgeçtiği takdirde TCK m. 36 uyarınca faile ceza verilmeyecektir¹⁹³. Ayrıca failin o ana kadar kendi vücudu üzerinde gerçekleştirdiği düşürmeye yönelik hareket kasten yaralamanın tipik neticelerini oluştursa da, bu fiili suç teşkil etmediğinden fail cezalandırılmaz¹⁹⁴.

Bu suçun hazırlık hareketlerinin NPHK m. 7 ile ayrıca cezalandırıldığı belirtilmektedir¹⁹⁵. NPHK m. 7/1 “Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca bu Kanunun 3 üncü maddesine göre gebeliği önleyici nitelikte oldukları kabul edilmeyen ilaç ve araçları yurt içinde imal edenler veya her ne suretle olursa

190 Alman hukukunda ise bu durum şahsi cezasızlık nedeni olarak nitelendirilmekte ve teşebbüs aşamasında kalan çocuk düşürme durumunda gebe kadın cezalandırılmamaktadır. Zira kendileri çocuk düşürmeye başvurarak sağlıklarını tehlike altına atan kadınların bir hekim yardımından yararlanma yolunun kapatılmaması gerektiği düşünülmektedir. Gropp and Wörner (n 96) Rn. 35; Eser and Weißer (n 1) Rn 45; Eschelbach, StGB § 218, Rn. 10; Merkel (n 8) Rn. 144

191 Aynı yönde bkz: Akbulut and Kareem (n 96) 64; Aydın (n 39) 93; benzer şekilde çocuk düşürülmesi suçu açısından da bunların yanında doktorla anlaşma, randevu alma, hastaneye gitme gibi hareketler hazırlık hareketidir. Bkz. Keskin-Kızıroğlu (n 45) 175.

192 Keskin-Kızıroğlu (n 45) 175.

193 Aydın (n 39) 93; Gropp and Wörner (n 96) Rn. 49; Eser and Weißer (n 1) Rn 49; Eschelbach, StGB § 218, Rn. 12; Merkel (n 8) Rn. 145.

194 Akbulut and Kareem (n 96) 64.

195 Kul (n 95) 102; Dönmez (n 40) 126; Ertuğrul Suçlar (n 24) s. 94.

olsun dağıtılar veya ticaret maksadıyla yurda sokanlar veya bu maksatla bulunduranlar bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır” şeklinde bir suç tipi öngörmektedir. Ancak kanaatimizce nüfus planlaması hizmetleri çerçevesinde gebeliği önleyici nitelikte olduğu NPHK m. 3 uyarınca belirlenmemiş olan ilaç ve araçların imalini; dağıtımını veya ticari amaçlarla yurda sokulması veya bulundurulmasını suç olarak düzenleyen bu hüküm, söz konusu suçun hazırlık hareketi niteliğinde sayılamaz. Zira hükümde yer alan ilaç ve araçlar *gebeliği önleyici nitelikte oldukları kabul edilmeyen* olarak nitelendirilmektedir. Gebeliği önleyici nitelikte olmayan ilaç ve araçların, gebeliği sonlandırmaya yönelik olduğu kabul edilemez. Oysa ki bu suçun hazırlık hareketi failin suçun işlenmesinden önce gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin ilaç veya araçları temin etmesini kapsamaktadır ki, söz konusu NPHK m. 7’de cezalandırılan hareket bu değildir¹⁹⁶.

b. İştirak

Bu suç özgü suç olarak düzenlenmiştir. Ayrıca bu suçun icra hareketlerinin bizzat gebe kadının kendisi tarafından gerçekleştirilmesi zorunluluk arz ettiğinden suç aynı zamanda bizzat işlenebilen suçlardandır¹⁹⁷. Bu nedenle TCK m. 40/2 uyarınca bu suçun işlenişine iştirak eden kişiler ancak azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu tutulur¹⁹⁸. Bu suçun işlenişine müşterek fail ya da dolaylı fail¹⁹⁹ olarak katılmak mümkün değildir²⁰⁰. TCK m. 100’de yer alan hareketin bizatihi gebe kadın tarafından gerçekleştirilmesi zorunluluk arz ettiğinden, bu suça müşterek fail olarak iştirak mümkün değildir²⁰¹.

Bunlar yanında iştirak bakımından özellikle TCK m. 99 hükümlerinin de göz önünde bulundurulması zorunluluk arz etmektedir. Nitekim eğer ki gebe kadın ve üçüncü bir kişi çocuk düşürtmeye yönelik hareketleri birlikte gerçekleştirmişlerse, bu durumda çocuğun düşürtülmesi bakımından üçüncü kişi/ler TCK m. 99/2 uyarınca sorumlu olacaklardır²⁰². Gebe kadının bu suça iştiraki ise müşterek fail olarak cezalandırılması sonucu doğurmamaktadır. Nitekim bu suç doktrinde çok failli suç olarak kabul edilmektedir²⁰³. Birçok failli suç türü olarak karşılaşma suçu niteliği taşıyan bu suçta gebe kadın faildir. Buna ilişkin olarak TCK m. 99/2’de getirilen özel düzenleme gereği gebe kadın suçun diğer faillerine göre daha az bir ceza ile cezalandırılmaktadır. Bu suçta suç politikası gereği kanunkoyucu gebe kadının daha az cezalandırılması yolunu tercih etmiştir. TCK m. 100 bakımından dolaylı faillik

196 Gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin bazı hazırlık hareketleri StGB 219a ve 219b’de yaptırım altına alınmıştır. Gropp and Wörner (n 96) Rn. 45; Eser and Weißer (n 1) Rn, 50.

197 Eschelbach, StGB § 218, Rn. 13.

198 Keskin-Kızıroğlu (n 45) 186; Akbulut and Kareem (n 96) 64; Erdem (n 46) 1683; Dönmez (n 40) 129; Hafizoğulları and Özen (n 58) 146; Ertuğrul Suçlar (n 24) 146; Eschelbach, StGB § 218, Rn. 13

199 Aksi yönde bkz: Oktar (n 19) 227; Ertuğrul Düşürme (n 65) 383; Akbulut and Kareem (n 96). 64.

200 Akbulut and Kareem (n 96) 64.

201 Özen *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 39) 336; Oktar (n 19) 238; aksi görüşe göre bu suçun üçüncü kişilerin müşterek fail olarak iştiraki suretiyle işlenmesi mümkündür. Ancak bu halde suça müşterek fail olarak iştirak eden üçüncü kişiler TCK m. 99 uyarınca sorumlu olacaklardır. Bkz: Kul (n 95) 103; Ayrıca karşılaştırınız: Eser and Weißer (n 1) Rn 55; Merkel, (n 8) Rn. 148.

202 Akbulut, and Kareem (n 96)65; Özbek, Doğan and Bacaksız (n 82) 325.

203 Akbulut and Kareem (n 96) 57.

de mümkün görünmemektedir. Bu durumda örneğin cebir uygulamak ya da tehdit etmek suretiyle bir kadının çocuğunu düşürmesini sağlanması durumunda cebir ya da tehdidi gerçekleştirenler TCK m. 99 uyarınca çocuk düşürme suçundan dolayı sorumlu olacaklardır²⁰⁴.

c. İçtima

Çocuk düşürme suçunu düzenleyen m. 99 ile m. 100 arasında görünüşte içtima ilişkisi olup olmayacağı hususunu ele almak gerekmektedir. Zira TCK m. 99/2 uyarınca gebe kadının rızası ile çocuğunun düşürülmesi durumunda çocuğunun düşürülmesine rıza gösteren kadının da cezalandırılması söz konusu olmaktadır. Oysa ki TCK m. 100 bakımından kadın çocuğun düşmesine yönelik hareketleri kendisi gerçekleştirmektedir. Kanaatimizce bu iki hüküm arasında bir içtima ilişkisi bulunmamaktadır. Nitekim burada öngörülen suç tipleri bakımından hareketler birbirinden farklılık arz etmektedir. Ancak işaret etmek gerekmektedir ki TCK m. 99/2 ve TCK m. 100 bakımından gebeliği sonlanan fail kadın için öngörülen cezalar bakımından bir fark bulunmamaktadır²⁰⁵.

Bu suçta zincirleme suç (TCK m. 43/1) hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı meselesinde doktrinde ağırlıklı görüş bu suçun zincirleme suç olarak işlenmeye müsait olmadığı yönündedir. Zira bu suçun işlenmesinde aynı suç işleme kararından bahsetmek mümkün olmaz²⁰⁶ ya da suçun niteliği zincirleme suç olarak işlenmeye elverişli görülmez²⁰⁷. Zincirleme suç bakımından ele alınması gereken bir diğer husus ise bu suçta mağdurun belirlenmesi meselesi ile yakından ilişkilidir. Nitekim bu suçun bir suç işleme kararı kapsamında bir kadının tekrar eden gebelikleri bakımından gerçekleştirilmesi durumunda aynı suç işleme kararının varlığı kabul edilecek olsa bile, suçun mağdurunu cenin olarak kabul eden görüş bakımından suçun zincirleme suç olarak gerçekleşmesi mümkün olmayacaktır. Suçun mağdurunu baba olarak kabul ettiğimizde ise, babanın her gebelik bakımından aynı kişi olması gerekmektedir ki, bu suçta zincirleme suç hükümleri uygulanabilsin. Bu bakımdan suçun mağdurunu cenin olarak kabul edenler, bu gerekçeyle suçun zincirleme suç olarak işlenmeye müsait olmadığı görüşündedir²⁰⁸. Öte yandan suçun mağdurunu toplum olarak kabul edenler bu suçun zincirleme suç olarak işlenmesinin mümkün olduğu sonucuna varmaktadır²⁰⁹. Bu bakımdan bu suçun mağdurunun doğru olarak tespit edilmesini sağlayacak açıklıkta bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır²¹⁰.

Bu suçun işlenmesinde gebe kadının çoğul gebeliğe sahip olması durumunda içtima bakımından ne şekilde hareket edileceği de önem arz etmektedir. Eğer ki gebe kadın çoğul gebelik yaşadığını biliyor ve hareketiyle tüm ceninlerin düşmesine sebep oluyorsa, bu durumda aynı neviden fikri içtima (TCK m. 43/2) hükümlerinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira çoğul gebelik durumunda

204 .*Ibid* 64.

205 Akbulut and Kareem (n 96) 65; failin sıfatının cezalandırma noktasında farklılık arz etmesi yönünde getirilen eleştiri için bkz: Özen *Çocuk* (n 80) 101.

206 Erdem (n 46) 1683; Akbulut and Kareem (n 96) 57; Aydın (n 39) 96.

207 Özbek, Doğan and Bacaksız (n 82) 325.

208 Dönmez (n 40) 127.

209 Özen *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 39) 336; Ertuğrul *Suçlar* (n 24) 147.

210 Dönmez (n 40) 128.

anne rahminde suçun konusunu oluşturan birden fazla cenin bulunmakta²¹¹ ve bunların her biri bakımından çocuk düşürme suçu tek bir hareketle gerçekleşmektedir. Ancak bu durumda suçun konusu farklı olsa da, suç tek bir mağdura karşı gerçekleştiğinden burada TCK m. 43/2'nin uygulanma olanağı bulunmamaktadır²¹². Gebe kadının çoğul gebeliği bilmediği durumlardaysa, tek hareketiyle birden fazla ceninin düşmesine sebep olması durumunda, çocuk düşürme suçunun taksirli hali kanunda düzenlenmediğinden gebe kadının tamamlanmış tek bir çocuk düşürme suçundan dolayı cezalandırılması gerekecektir.

G. MUHAKEME VE YAPTIRIM

Bu suç re'sen soruşturulan bir suçtur. Suçun soruşturulması bakımından şikayet şartının aranmamış olmasının isabetli olduğunu belirtmek gerekmektedir²¹³.

765 sayılı TCK'da bu suç m. 469'da düzenlenmekteydi. Bu hüküm çocuk düşürme suçunun cezasını bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası olarak belirlemekteydi. Oysa ki TCK m. 100'de suç karşılığı öngörülen yaptırım bir yıla kadar hapis veya adli para cezası öngörülmektedir. Dolayısıyla yeni düzenlemeden suç tipi karşılığı öngörülen yaptırımın sanığın lehine olduğu yorumunu yapmak mümkündür²¹⁴. Hüküm gerekçesine bakıldığında cezanın eski düzenlemeye göre hangi gerekçeyle daha az öngörüldüğüne ilişkin bir açıklama yer almadığı görülmektedir. Ayrıca bu suçun cezasının, TCK m. 99'da düzenlenen çocuk düşürtme suçları ile kıyaslandığında da oldukça düşük olması doktrinde eleştirilmektedir. Nitekim TCK m. 100 bağlamında gebe kadın, gebeliğin sonlandırılması şeklindeki tıbbi müdahaleyi gerçekleştirme yetkisi olmayan kişilerden biridir. Bu bakımdan gebe kadının yetkisiz olmasına rağmen, yetkisiz üçüncü kişilere göre gebeliğini kendisinin sonlandırmasına ilişkin hareketine niye daha az ceza öngörüldüğü sorusu ortaya çıkmaktadır. TCK m. 99/5'de yer alan suç tipi bakımından ceza, suç gebeliğin ilk on haftasında gerçekleştiyse iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası; diğer hallerde ise ilk iki fıkradaki cezaların yarı oranında artırılarak belirlenecektir. Kanunkoyucu tarafından cezalar arasındaki bu belirgin farkın bir gerekçe gösterilmeden yapılması yerinde bulunmamakta ve eleştirilmektedir²¹⁵. Buna karşın doktrinde gebe kadının bu hareketinden dolayı daha az cezalandırılmasının yerinde olduğu da savunulmaktadır²¹⁶. Bu görüşe göre gebeliğini kendisi sona erdirerek bu suçu işleyen kadın "ağır bir iç çatışma yaşayarak" bu fiili gerçekleştirmekte; nitekim ya annelik içgüdüğü ve şefkati kendisinde gelişmediği görülen, istemediği bir gebelik yaşayan ya da bu güdü gelişmiş olsa bile gebeliğin sonlandırılması iradesinin ağır sosyal ve öznel koşullar altında ortaya çıkan; ancak her iki halde de kendi sağlığını ve hatta hayatını riske atarak bu suçu

211 Eser and Weißer (n 1) Rn.8.

212 Aynı yönde bkz: Aydın (n 39) 95; Özen *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 39) 324; Eğer ki bu suçta mağdur olarak cenin kabul edilseydi bu takdirde aynı neviden fikri içtima hükmünün uygulanması mümkün olabilirdi. Mağduru cenin olarak kabul ederek bu uygulamayı savunan ve fakat adil bir çözüm olmadığını belirten görüş için bkz: Akbulut and Kareem (n 96) 58; Aynı yönde bkz: Oktar (n 19) 239; Erdem (n 46) 1683; Kul (n 95) 104.

213 Aynı yönde bkz: Kul (n 95) 105.

214 Oktar (n 19) 229.

215 Özbek, Doğan and Bacaksız (n 82) 325.

216 Oktar (n 19) 231.

gerçekleştiren kadının bu durumunun kanun koyucu tarafından göz önünde bulundurulduğu öne sürülmektedir²¹⁷.

SONUÇ

Türk hukukunda gebeliğin sona erdirilmesine ilişkin düzenlemelerin incelenmesi çerçevesinde gebeliğin bizatihi gebe kadın tarafından sonlandırılmasının bağımsız bir suç tipi olarak düzenlendiği görülmektedir. Gebe kadının bu suçtan dolayı cezalandırılabilmesinin gebeliğin onuncu haftasından sonra mümkün olduğu göz önüne alındığında, gebe kadının kendi geleceği hakkında karar verme hakkı ile ceninin muhtemel yaşam hakkının korunmasına ilişkin menfaatlerin dengelenmesinin sağlanmaya çalışıldığı görülmektedir. TCK m. 100 düzenlemesinin TCK m. 99 ve NPHK ile ilgili Tüzük düzenlemeleri de göz önünde bulundurulduğunda bu dengelemeyi sağlamak bakımından bazı eksiklikler ihtiva ettiğini değerlendirmekteyiz. Öncelikli olarak suç tipinin adının *çocuk düşürme* olarak belirlenmesi, TCK m. 6'da yer alan çocuk tanımı göz önünde bulundurulduğunda ve ayrıca cenin kavramını dışladığı için isabetli değildir. Bu bakımdan hem TCK m. 99 hem de TCK m. 100'de yer alan suç tiplerinde bu ifade yerine gebeliğin sonlandırılması ifadesinin kullanılması gebelik ürünü olarak ceninin işaret edilmesi ve ayrıca suç tipinde gebelik haftalarına verilen önem sebebiyle daha uygun olacaktır. İkinci olarak suç tipi ile korunan hukuki değerin belirlenmesi noktasında ortaya çıkan görüş ayrılıklarının giderilebilmesi bağlamında, bu suçların hayata karşı suçlar altında düzenlenmesi, ceninin muhtemel yaşamına verilen önemi göstermesi açısından gereklidir. Elbette bu noktada ceninin yaşam hakkına sahip olan bir kişi olarak değil, muhtemel yaşam hakkına sahip bir suje olarak korunduğunu da tekrar etmekte fayda bulunmaktadır. Üçüncü olarak bu suç tipinde TCK m. 99/6'da yer verilen cezasızlık sebebinin yer almaması kanaatimizce büyük bir eksiklik teşkil etmektedir. Yukarıda bahsettiğimiz, bu durumda gebeliğin bir suç sonucu oluşup oluşmadığının tespiti bakımından yapılan tartışmalar bir kenara bırakılacak olduğunda, gebe kadının bir suç sonucu oluşan gebeliğini onuncu haftadan yirminci haftaya kadar olan zaman diliminde sonlandırılması durumunda, bu halin tespit edilmesi yeterli addedilerek fail gebe kadına bu suçtan dolayı bir ceza yaptırımını uygulanmaması gerekmektedir. Nitekim kriminolojik endikasyon olarak nitelendirilen bu halin, failin kim olduğu önem arz etmeksizin gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin tüm suç tipleri bakımından öngörülmesi daha yerinde olacaktır. Biz gebeliğin gebe kadın tarafından sonlandırılmasının suç olmaktan çıkarılmaması gerektiğini, zira bu halde hem özellikle TCK m. 99'un uygulanması bakımından sorunlar yaşanabileceğini hem de gebe kadının menfaatleri ile ceninin menfaatleri arasındaki dengenin bu durumda gebe kadın lehine bozulacağını ve fakat bu menfaat dengesinin korunmasının önemli olduğunu düşünüyoruz. Bu nedenlerle ifade ettiğimiz değişikliklerin yapılması suretiyle gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin düzenlemelerin iyileştirilebileceği kanaatindeyiz.

217 *Ibid.*

KAYNAKÇA

- Akbulut B and Kareem OR ‘Türk Ceza Kanunu ve Irak Ceza Kanununda Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları’ (2018) 13(37) Ceza Hukuku Dergisi 11-85.
- Aydın M ‘Çocuk Düşürtme Fiilleri ve Ceza Sorumluluğu’(2011) 19(2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 69-100.
- Aydın Ünver T *Ceninin Hukuki Konumu* (1. Baskı Oniki Levha, 2011)
- Berman P S Goldstein R and Leff Sophie, ‘Conflicts of law and the abortion war between the states’ (2024) 172 (2) University of Pennsylvania Law Review 399-518.
- Biggs, M A, Grossman D, Becker A, Raifman S, Schroeder R and Ralph L “Support for criminalization of self-managed abortion (SMA): A national representative survey”, *Social Science and Medicine*, S. 340, (2024): 1-10.
- Çağlayan M ‘Çocuk Düşürmede Zaruret Hali’ (1955) 46(12) Adalet Dergisi 1180-1183.
- Demirhan ES ‘Abortion Jurisprudence Under the European Convention on Human Rights (2024) 12(23) ABÜHFD 25-45.
- Doğan R ‘Çocuk Düşürtme Fiilleri ve Ceza Sorumluluğu’(2011) 19(2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 73-120.
- Dönmez B ‘TCK’da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM’in Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması’(2007) 9 (2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 99-142.
- Dönmezer S ‘Çocuk Düşürme ve Düşürtmenin Dünü ve Bugünü’ (1984) 50 (1-4) İÜHF 3-11.
- Dural M, Ögüz T *Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku C.2*, (Filiz 24. Bası 2024)
- Erdem D “‘Çocuk Düşürtme Düzenlemesi’ (2016) 65(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1637-1688.
- Erem F *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1985)
- Ertuğrul H ‘Türk Ceza Kanununda Çocuk Düşürme Suçu’ (2016) 6(2) Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 362-386
- Ertuğrul H *Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları* (Adalet 2016)
- Eschelbach, Ralf StGB § 218 Schwangerschaftsabbruch, *BeckOK StGB*, ed., Bernd von Heintschel-Heinegg, Hans Kudlich, Münih: Beck, 63. bs., 2024.
- Eser A and Weißer B, ‘StGB § 218 Schwangerschaftsabbruch’, *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch*, Albin Eser et al (eds) (30. Bs Beck 2019).
- Gropp W and Wörner L ‘Vor. § 218’ in Volker Erb and Jürgen Schäfer (eds) *Münchener Kommentar zum StGB* (4. bs Beck 2021)
- Gropp W and Wörner L ‘StGB. § 218’ in Volker Erb and Jürgen Schäfer (eds) *Münchener Kommentar zum StGB* (4. bs Beck 2021)
- Grossman D and Verma N ‘Self – Managed Abortion in the US’, (2022) 328 (17) JAMA 1693-1694.
- Hafizoğulları Z Özen M *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, (US-A Yayıncılık 5. Baskı 2016)
- Işık B ‘Mağduru Olduğu Suç Sonucu Gebe Kalan Kadının Çocuğunun Düşürtülmesi Suçu (TCK m. 99/6)’ (2015) 3(2) CHKD 25-55.
- İlaldı HR ‘Kadının Menfaati Bakımından Rahim Tahliyesi’ (2020) (2) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 671-694.
- Karasaç, Eda Gülsüm Ceninin Yaşama Hakkı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 71, S. 3, 2022, s. 1063 (1051-1097)

- Keskin D ‘Doğum Öncesi Gerçekleşen Zarar Verici Fiil Nedeniyle Tazminat: Ceninin Tazminat Talebi’ (2013) 17(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 743-774.
- Keskin Kızıroğlu S ‘Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları’ (2003) 19(2) Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 166-183.
- Korkmaz, Fulya ‘Çocuk Düşürme Suçunda Mağdurun Kim Olduğu Sorunu ve Ceninin Hukuki Niteliği’ (2024) (59) TAAD 273-298.
- Kul A ‘Türk Ceza Hukuku’nda Çocuk Düşürme Suçunun Tartışmalı Yönleriyle İncelenmesi’ (2018) 4(7) Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 85-110.
- Kurt, Leyla Müjde “Ceninin Malvarlığı Hakları”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.1 (2011) s. 177-207.
- Kurt E, Tunca Y “‘Temel Etik İlkeler Çerçevesinde Gebeliğin Sonlandırılmasındaki Etik İkilemlere Bir Bakış’ (2016) (54) Medical Bulletin Haseki 57-61.
- Merkel R ‘StGB vor § 218’, in Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ullrich Paeffgen and Frank Saliger (eds) *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch* (6. bs Nomos 2023)
- Merkel R ‘StGB § 218’, in Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ullrich Paeffgen and Frank Saliger (eds) *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch* (6. bs Nomos 2023)
- Muş MH *Türk Ceza Kanunu’nda Çocuk Düşürtme Suçu* (Adalet 2019)
- Lüttger H ‘Gebeliğin Önlenmesi İle Çocuk Düşürme Arasındaki Sınırı Tesbitte Federal Almanya Ceza Hukukunda Yeni Problemler.’ (1971) 28(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 250-253.
- Oğuzman K, Seliçi Ö and Oktay – Özdemir S *Kişiler Hukuku*, (20. Bası Filiz 2021)
- Okuyucu Ergün G ‘Gebe Olduğu Bilinen Kadına Karşı İşlenen Kasten Öldürme Suçuna İlişkin Bazı Tesbit ve Değerlendirmeler’ Muharrem Özen et al (eds) *Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan C. II* (Ankara Üniversitesi Yayınları 2015) 821-844.
- Oktar S *Türk Ceza Kanunu’nda Çocuk Düşürtme ve Çocuk Düşürme Suçları (TCK m. 99-100)* (1. Baskı Oniki Levha Yayıncılık 2016)
- Özen M ‘Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları’ (2007) (5) THD 97-101.
- Özen M *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri* (Adalet Yayınevi, 2024)
- Özbek VÖ Doğan K and Bacaksız P *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (19. Baskı Seçkin 2024)
- Pizzarossa L B and Skuster P ‘Toward Human Rights and Evidence-Based Legal Frameworks for (Self-Managed) Abortion: A Review of the Last Decade of Legal Reform’ (2021) 23(1) Health and Human Rights Journal 199-212.
- Sarıkaya S ‘Türk Ceza Hukuku ve Türk Medeni Hukukunun Tarihsel Gelişimi Işığında Çocuk Düşürme Suçunun Mağduru Sorunsalı’ (2024) 2(1) Periodicum Iuris Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 77-99.
- Serozan R *Çocuk Hukuku* (Vedat 2017)
- Siegel R B. ‘How “History and Tradition” Perpetuates Inequality: Dobbs on Abortions’ Nineteenth Century Criminalization’ (2023) 60 (4) Houston Law Review 905-906
- Sommer U and Tsambikakis M ‘§ 3 Strafrechtliche Arzthaftung’ Tilman Clausen and Jörn Schroeder-Printzen (eds) *Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht*, (3. bs Beck 2020)
- Şentürk Tur M Kadının Üreme ve Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı Çerçevesinde Gebeliğin Sonlandırılmasında Yasal Sürelerin Başlangıcı’ (2023) 27(3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 383-414
- Tezcan D Erdem MR ve Önok M *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, (19 bs Seçkin 2021)

- Toroslu Nevzat *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu* (Sevinç Matbaası, 1970).
- Uyumaz A and Avcı Y 'Türk Hukuku'nda Gebeliğin Sonlandırılması' (2016) 17 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 579-638.
- Üstün Ç Aygörmez Ugurlubay G A "Sağlık Hukukunda Bireyin Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Bu Hakkın Etik Açısından Değerlendirilmesi" (2014) (53) Fasikül 29-37.
- Varol Ş 'Yaşam Hakkı ve Kürtaj' (2020) 15(171), Tıp Hukuku Dergisi 2303-2313.
- Varol Ş *Yaşam Hakkı Bağlamında Ötanazi ve Kürtaj*, (1. Baskı Seçkin Yayıncılık, 2022)
- Yarsuvat D 'Ceza Hukukunda Gebeliğin Durdurulması Meselesi', 1982-83 48-49 (1-4) İHFM 451-471.
- Wollersheim U '§ 6 Ärztliches Berufsrecht' in Tilman Clausen and Jörn Schroeder-Printzen (eds) *Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht*, (3. bs, Beck 2020)
- Yılmaz H 'Cenini Öldürme (Düşürtme/Düşürme) Suçu' (2001) 27(4) Yargıtay Dergisi 705-728.
- Yurtcan E *Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması Yasal Kürtaj ve Sterilizasyon Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları* (2. Baskı Kazancı Hukuk Yayınları 1990)

Murray N. Rothbard'ın Liberteryen Hukuk Kuramı: Felsefi Ana Hatları ve Politik Çıktıları

Murray N. Rothbard's Libertarian Legal Theory: Its Philosophical Outlines and Political Outcomes

Muzaffer DÜLGER* 

ÖZ

Çağdaş liberteryen felsefenin ve anarko-kapitalist düşüncenin en önde gelen figürlerinden biri Murray Rothbard'tır. Rothbard bir iktisatçı olarak bilinir ancak özellikle birkaç eserinde liberteryen bir hukuk kuramı ortaya koymaya ve mevcut hukuk dogmatığının hatalarını işaretlemeye çalışmıştır. Avusturya İktisat Okulu'nun praksiyolojik bakış açısı ve rasyonalist doğal hukuku gelenekleri üzerinde yükselen bir görüntü arz eden Rothbard'ın hukuk kuramına iki aksiyom şekil verir: Kendine-Sahiplik Aksiyomu ve Saldırmazlık Aksiyomu. Tasarımındaki hukuk düzeninin tüm açılımları, tümdengelimsel bir biçimde bu aksiyomlardan neşet eder. Onun liberteryen hukuk kuramının diğer karakteristik özellikleri, adeta kutsallaştırılmış bir özel mülkiyet hakkı, bu özel mülkiyet hakkının belirlemiş olduğu negatif bireysel özgürlük alanı ve bireyin ahlaki önceliğidir. Liberal hukuk ideolojisi tarafından adalet ve güvenlik ihtiyaçları nedeniyle "gereklî bir kötülük" olarak takdim edilen devlet mekanizması, Rothbard'ın kuramında hukuk düzeni içerisinde sökülüp atılmıştır. Çünkü o artık "gereksiz bir saldırgan"dır ve onun sunmuş olduğu tüm hizmetler, özel piyasa aktörleri tarafından da pekala sunulabilir. Bu makalede, teorik yapının esaslı unsurları ortaya konacak ve pratik çıktılar arasında en tartışmalı olanlar seçilerek Rothbard'ın liberteryen hukuk kuramının genel bir görüntüsü aksettirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Murray N. Rothbard, Liberteryenizm, Anarko-Kapitalizm, Rasyonalist Doğal Hukuk Teorisi, Praksiyoloji

* Doktor Öğretim Üyesi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye, ORCID: 0000-0002-0359-9368

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Muzaffer DÜLGER

E-posta/E-mail: muzaffer.dulger@medeniyet.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 21.09.2024

Kabul Tarihi/Accepted: 11.11.2024

How to cite this article/Atıf için: Muzaffer DÜLGER, 'Murray N. Rothbard'ın Liberteryen Hukuk Kuramı: Felsefi Ana Hatları Ve Politik Çıktıları' (2024) 30(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 596-620. DOI:10.33433/maruhad.1553979

ABSTRACT

One of the most prominent figures in contemporary libertarian philosophy and anarcho-capitalist thought is Murray Rothbard. Rothbard is known as an economist, but in several of his works in particular he has attempted to put forward a libertarian theory of law and to point out the errors of existing legal dogmatics. Building on the praxeological perspective of the Austrian School of Economics and the rationalist natural law tradition, Rothbard's legal theory is characterized by two axioms: Self-Ownership and Non-Aggression. All the expansions of legal order in his design arise deductively from these axioms. Other characteristic features of his theory are a sanctified private property right, the negative individual liberty determined by private property, and the moral primacy of the individual. The state mechanism, which is presented as a necessary evil in liberal legal ideology due to the needs of justice and security, is dismantled from the legal order in Rothbard's theory. Because it is now an "unnecessary aggressor" and all the services it provides can be provided by private market actors. This article will present an overall picture of Rothbard's libertarian legal theory by laying out the essential elements of the theoretical structure and selecting the most controversial practical outcomes.

Keywords: Murray N. Rothbard, Libertarianism, Anarcho-Capitalism, Rationalist Natural Law Theory, Praxeology

I. GİRİŞ

Murray Newton Rothbard (d: 02.03.1926 – ö: 07.06.1995) Columbia, New York ve Nevada üniversiteleri gibi pek çok kurumda iktisat, hukuk ve siyasal düşünce alanlarında çalışmış bir akademisyen, liberteryen ideolojinin ve anarko-kapitalizmin en önde gelen düşünürlerinden bir tanesidir¹. Liberteryen düşüncenin kurumsal merkezi olarak kabul gören Mises Enstitüsü'nde uzun süre çalışmalar yapmış, başkan yardımcısı olarak idari yapısında da görev almıştır. Rothbard'ın entelektüel konumunu işaretleyebilmek için öncelikle liberalizm, liberteryenizm ve anarko-kapitalizm arasındaki sınır çizgilerini belirginleştirmek gerekir. *Liberteryenizm* kavramı, özellikle 1929 Ekonomik Buhranı sonrasındaki süreçte *New Deal* politikaları, John Maynard Keynes ve daha sonrasında John Rawls gibi düşünürlerin etkisiyle, bünyesine dağıtım adaleti ve sosyal devlet temalarını dahil etmiş olan liberal düşüncenin – bu yüzden – bozulmuş ve raydan çıkmış bir düşünce haline geldiğini ileri süren entelektüellerin, kendilerini o ("eşitlikçi-sol") liberal cenahtan ayırmak için tasarlayıp benimsedikleri bir kavram olmuştur². Rothbard da kendisini bir liberteryen olarak nitelendirir. Fakat günümüzde bu ideolojik saha üzerinde çalışan pek çok araştırmacı, liberteryenizm ile anarko-kapitalizm arasındaki farkları vurgulayarak Rothbard'ı bir anarko-kapitalist olarak da zikretmektedir³. Birleştirici bir tâbirle, anarko-kapitalist bir liberteryen olan Rothbard'ın fikirlerinin,

1 Coşkun Can Aktan ve Merve Yolal Eloğlu, 'Murray N. Rothbard: Devletin Meşruiyetine Radikal Bir Eleştiri' (2019) 11(2) Ekonomi Bilimleri Dergisi, 108, 110 vd.

2 Jason Brennan, *Liberteryenizm*, Atilla Yayla (çev.) (Liberte Yayınevi 2015) 36; Seval Yaman ve Belgin Tarhan, *Liberteryenizmin Felsefi Temelleri* (Liberus Yayınevi 2021) 103.

3 Örnek olarak: Aktan ve Yolal Eloğlu (n 1) 110. Liberteryenizm, liberal ideolojinin devlete biçtiği rolü iyiden iyiye minimize etmeye çalışan, liberalizmin "sınırlı devlet" anlayışını "minimal ya da ultra-minimal devlet" biçimine dönüştürmeyi amaç edinip savunan bir felsefedir. Vergara gibi pek çok liberalizm araştırmacısı bu yüzden liberteryenizme ultra-liberal ya da radikal liberal bir düşünce gözüyle bakarlar. Bkz. Francisco Vergara, *Liberalizmin Felsefi Temelleri: Liberalizm ve Etik*, Bülent Arıbaş (çev.) (İletişim Yayınları 2006) 165; Brennan (n 2) 47. Liberalizm de liberteryenizm de, farklı

genel hatlarıyla; (i) bireyin ve bireysel özgürlüğün ahlakî değeri ve üstünlüğü, (ii) serbest piyasa ilkelerinin insan doğasına uyumluluğu, (iii) tüm toplumsal düzenin serbest piyasa ilkeleri ve algoritmasına bırakılması, (iv) gereksiz bir kötülük olan devlet mekanizmasının sosyo-ekonomik sahaya yapmış olduğu tüm müdahaleleriyle birlikte ortadan kaldırılmasının gerekliliği, biçiminde dört temel tez etrafında toplanabilmesi mümkündür. Bu fikir ve tezlerin, hukukî düşünce sahasına sarkaçları oldukça fazladır. Bu minvalde Rothbard, yargı fonksiyonunun (devletsiz) yeniden yapılanmasından, bireysel hak ve özgürlük sahasının kamu gücünün haksız müdahalelerinden arındırılması yollarına dek pek çok mesele üzerinde kalem oynatır. Öyle ki genel tanınırlığı iktisat alanında olmakla birlikte, kendisini aynı zamanda *liberteryen bir hukuk kuramı* geliştirme amacıyla da takdim eder. 1973 tarihli *For A New Liberty: A Libertarian Manifesto*⁴ ve 1982 tarihli *Özgürlüğün Etiği*⁵ (*Ethics of Liberty*)⁶ isimli eserlerinde bu amacı güttüğünü özellikle vurgular⁷. Bu iki eserin, içeriği ve genel yapısına bakıldığında, esasında birer hukuk kuramı metni vasfında oldukları da açık bir biçimde görülebilir. Bu makalede, kısmen diğer eserlerinden de veriler taşımak suretiyle, ama ağırlıklı olarak Rothbard'ın bu iki eseri üzerinde durularak, onun liberteryen hukuk kuramının genel hatları, aksiyomatik unsurları ve sistematîğiyle birlikte hukuk politikası önerileri biçiminde yansıyan çıktıları ele alınacak ve tartışılacaktır.

II. ROTHBARD'IN DÜŞÜNCE EVRENİNİN KAYNAKLARI

Rothbard, eserlerinde kendisini, 17.yy'da İngiliz İç Savaşında ortaya çıkmış mutlak monarşi karşıtı bir politik akım olan Levellers (Tesviyeciler) hareketinin, ayrıca John Locke, Herbert Spencer ve Lysander Spooner gibi düşünürlerin bir takipçisi olarak kimliklendirmektedir⁸. Bu kaynaklar daha ziyade onun siyaset felsefesi açısından değerlendirilebilecek düşüncelerinin ve devlet aygıtına dönük bireyci-anarşist fikirlerinin zeminini oluşturmuştur. Devlet karşısında bireyci fikirlerinin membaı, büyük ölçüde Lockeçu doğal haklar kuramı ve Spencer gibi teorisyenlerden gelir. Bu konumunu anarşist bir çizgide radikallemesinin ardında ise esas olarak, kendisinin “beni ben yapan kitaplar”

derecelerde de olsa, devlete “gerekli bir kötülük” gözüyle bakar. Anarko-kapitalizm ise devletin “gereksiz bir kötülük” olması nedeniyle tamamiyle ortadan kalkması ve tüm sosyal düzenin piyasa ilkeleri ve algoritmasına bırakılması gerektiğini savunur. Bkz. Aktan ve Yolal Eloğlu (n 1) 110. Liberteryenizm içerisinde Nozick ve Ayn Rand gibi devlete çok sınırlı bir rol biçenler de vardır (*minarchism*), Rothbard, David Friedman ve Hans-Hermann Hoppe gibi tamamiyle reddedenler de (*anarchism*). Yani liberteryenizmin kendi içerisinde minarşist ve anarşist kanatları olduğu da pekala ifade edilebilir. Bkz. Ahmet Taner, *Murray N. Rothbard: Liberal Gelenekte ve Siyaset Felsefesindeki Yeri* (Liberte Yayınevi 2010) 46. İki kanat da serbest piyasacı ve bireycidir. Farklılıkları yukarıda da bahsedildiği üzere, esasen devlet üzerinedir. Dolayısıyla Rothbard, kendi kendini nitelendirdiği şekilde “liberteryen” ya da sonradan gelişmiş literatürün haklı vurgularını yansıtır ve daha yerinde bir tabirle “anarşist liberteryen” olarak anılabilir.

4 Murray N. Rothbard, *For A New Liberty: A Libertarian Manifesto* (3th edn, Collier MacMillan Publishing 2002).

5 Eserin Türkçe tercümesi bulunmaktadır: Murray N. Rothbard, *Özgürlüğün Etiği*, Recep Tapramaz (çev.) (Liberte Yayınevi 2009).

6 Gerektiğinde karşılaştırma yapılabilmesi maksadıyla, orijinal metne de referansta bulunulacaktır: Murray N. Rothbard, *Ethics of Liberty* (New York University Press 1998).

7 Rothbard (n 5) li (önsöz).

8 Rothbard (n 5) 21 vd.

dediği⁹ eserlerin yazarı olan Spooner¹⁰ ismi yer alır. Liberteryenizm yukarıda da kısmen değinildiği üzere, 20.yy'ın ikinci yarısı itibariyle liberalizmin kendi içinden bir memnuniyetsizlik ve özeleştirici neticesinde doğmuş bir kavramdır. Rothbard, özetle bu iki çizgiyi, yani bireyci ve piyasacı anarşizm ile liberteryen kavrayışı sentezleyen bir düşünür profili sergiler.

Bunun dışında Rothbard'ın düşünce evreninin özellikle ontolojik ve epistemolojik çerçevesini, ciddi ölçüde Aristotelesçi realizm, Yeni-Tomasçılık (Neo-Thomism), Rasyonalist Doğal Hukuk kavrayışı ve Avusturya İktisat Okulu'nun şekillendirdiğini belirtmek gerekir. Doğal hukuk düşüncesi içerisinde kendini fıkren bağlamış olduğu cenah, Locke, Levellers Hareketi ve A.B.D. Devrimi felsefesinde kendini göstermiş olan *doğal haklar* felsefesi ve onun bireyci ve devrimci kavranışıdır¹¹. Doğal hukuk düşüncesi salt hukuki-siyasi bir düşünce değildir, aynı zamanda epistemolojik bir içerik de barındırır. Rothbard, meselenin bu yönü itibariyle Neo-Thomist bir kavrayışa sahip olduğunu belirtir: “Thomist gelenekte tabiat kanunları, fizik kanunları olduğu kadar da etik kanunlardır ve insanın bu kanunları idrak etme aracı kendi aklısıdır – inanç, sezgi, vahiy, ilham veya benzer başka bir şey değildir.”¹² Aynı zamanda insan zihninde kaotik evren karşısında *a priori* olarak var olduğu iddia edilen bir takım mantık yasalarından ziyade, bu yasaların ve bunlardan kaynaklanan birincil ve ikincil aksiyomların, gerçeklik dünyasından empirik bir süreçle çıkarıldığını düşünür¹³. Dolayısıyla Rothbard'ın düşünce aleminde, akılcı ve deneyci epistemolojilerin kendine özgü bir sentezinin yer aldığı pekala söylenebilir.

Dolayısıyla onun düşünce dünyasının kaynak havzasına bakıldığında, son derece eklektik bir yapının bulunduğu fark edilecektir. Kendisinin iktisat teorisi içindeki konumunun teşhisine gelirse; öğrencisi olduğu Ludwig von Mises'in praksiyolojik metodolojisinden etkilenmesinin¹⁴ yanı sıra, kapitalizmi 20.yy'ın ana-akım pozitivist iktisat ekollerinden farklı olarak *etik* bir zeminde haklılaştırma çabası nedeniyle liberteryen felsefeyle yine bir dirsek teması kurar. Bu doğrultuda kapitalizmi etik

9 Aktaran: Aktan ve Yolal Eoğlu (n 1) 112.

10 Lysander Spooner, Proudhonculuğun A.B.D.'ye sirayetinin Benjamin Tucker ile birlikte en önemli simalarından biridir. Yine John Locke çizgisinde bir doğal hak savunucusu, serbest piyasa taraftarı ve kölelik karşıtıdır. Daha geniş bir bilgi olarak bkz. Muzaffer Dülger, 'Anarko-Bireyci Bir Doğal Hukuk Yorumu: Lysander Spooner ve Hukuk Teorisi' (2023) 81(2) İstanbul Hukuk Mecmuası, 507.

11 Rothbard (n 5) 21 vd.

12 Rothbard (n 5) 6.

13 Murray N. Rothbard, 'Praxeology: The Methodology of Austrian Economics' in Edwin G. Dolan (ed), *The Foundations of Modern Austrian Economics* (Sheed & Ward, Inc. 1976) 23. Ayrıca bkz. Konrad Graf, 'Action-Based Jurisprudence: Praxeological Legal Theory in Relation to Economic Theory, Ethics, and Legal Practice' (2011) 3(19) Libertarian Papers, 1, 11 vd.

14 *Praksiyoloji*, Rothbard'ın hocası Mises'in insan eylembilimini adlandırmak için kullandığı terimdir. Eski Yunanca edim, eylem manasına gelen πρᾶξις (praxis) kelimesinden türetilmiştir. Mises'e göre sosyal bilimlerde değerlendirilen hemen hemen tüm bilimler praksiyolojinin alt dalları mahiyetindedir. Praksiyoloji insan eyleminin formel kuramıdır; bu nedenle hem bir üst kavram olarak kendisinin, hem de içeriklendirmiş olduğu onun en gelişkin kullanım alanı olan iktisadın, daha ziyade yoruma bağlı disiplinler olan sosyoloji ve tarihten farklılığını ortaya koyar. Rothbard da düşünme yöntemine yön vermesi dolayısıyla hocası Mises'in praksiyolojisini benimser ve sürdürür. Öyle ki Rothbard'ın iki ciltlik büyük eseri *İnsan, İktisat ve Devlet*, esasında, hocası Mises'in *İnsan Eylemi* isimli eserine yine praksiyolojik metotla düşülmüş bir şerh vasfındadır. Rothbard (n 13) 19; Graf (n 13) 5; Joseph R. Stromberg, 'Türkçe Baskı İçin Takdim' iç Murray N. Rothbard, *İnsan, İktisat ve Devlet – I – İktisadın İlkeleri Üzerine Bir İnceleme*, Ahmet Uzun ve Ayşe Meral Uzun (çev.) (Liberte Yayınevi 2009) xxx.

gerekleştirmeyi insan doğasına ve rasyonalist doğal hukuk düşüncesine de dayandırır. Rasyonalist olması dolayısıyla aynı iktisadi ekol (Avusturya İktisat Okulu) içinde konumlandırıldığı Hayek ile de karşı karşıya gelmiştir. Zira Hayek, İskoç Aydınlanması'ndan beslenen *anti-rasyonalist* Hume-Smith geleneğini takip eder ve beşeri kurumlarda bilinçli ve rasyonalist bir yapılanmadan ziyade evrimsel ve kendiliğinden (*spontaneous*) gelişim içinde dönüştüğünü savunurken¹⁵, Rothbard, hocası Mises'in rasyonalizmine bağlı kalır¹⁶. Bu bağlılığı, bireyci anarşizm ve doğal hukuk düşüncesi ile birleştirerek kendine özgü bir entelektüel pozisyon edinir.

Liberteryenizmin temel savlarının zeminini ahlak felsefesi ve bireyin ahlaki değeri kurgular. Bu liberteryen tavır, Rothbard'ın iktisata bakış açısına da etki etmiş, salt matematiksel iktisadın dışında bir anlayışla, iktisat, ahlak, hukuk ve siyaset dörtgeninde çalışma eğilimi sergilemesine kaynaklık etmiştir. Rothbard bunu yaparken etik bir zemin üzerinde fikirlerini geliştirdiğini vurgulayarak, kendi yaklaşımını değerden-bağımsız (*value-neutral*) bir biçimde şekillenmiş olma iddiasındaki iktisadi öğretilerden ayırır¹⁷.

Ben hiçbir zaman özgür olma durumunun değerden bağımsız bir analiz, iktisat veya faydacılık (*utilitarianism*, iktisatçıların sosyal felsefesi) ile ikamesinin mümkün olduğuna inanmadım. İktisat, bir liberteryen için çok sayıda veri (girdi) sağlamada yardımcı olur, fakat asla siyaset felsefesi tesis edemez. Siyasi hükümler, esasta değer hükümleridir; dolayısıyla siyaset felsefesi etiğin bizzat kendisidir¹⁸.

Bahsi geçmişken, Rothbard'ın pek çok eserinde eleştirdiği faydacılığı (*utilitarianism*) liberal düşünce tarihinde nasıl konumlandığını da kısaca değinmek gerekebilir. Ona göre faydacılık, kendisinin de izleyicisi olduğu doğal hakçı liberal çizgiden bir sapmayı ifade eder. Bu sapma, liberal düşünce üzerinde 19.yy'da yaşanmış iki büyük sapmadan biridir. Faydacılar, Rothbard'ın deyişiyle serbest piyasa sloganları ile yola çıkmış, fakat sonradan krallara ve yöneticilere ekonomi danışmanları haline gelmişlerdir. Fayda-maliyet hesabını politik kültüre dahil etmekle birlikte, işin kötü yanı, devlet mekanizmasına “kamu yararı” bahanesiyle her alana müdahale etme olanağını tasarlayıp altın tepside sunmuşlardır. Bu yüzden faydacılar ile devrimcilik ya da gerçek anlamda reformistlik yan yana gelemmez; çünkü onlar devrimin de fayda-maliyet analizini yaparlar. Mesela tam anlamıyla kölelik karşıtı olamamışlardır, çünkü fayda-maliyet analizi tüm değer ölçülerinin önüne geçmiştir. Rothbard'ın 19.yy'ın liberal düşünce üzerindeki ikinci kırılma tesiri olarak saydığı Evrimci-Darwinizmin de faydacılıkla benzer biçimde devrimci zihniyete uzak bir karakteri vardır. Onlar da sosyal evrimin zaten tedrici bir biçimde gerçekleşeceği düşüncesiyle kısa vadeli programlar

15 Taner (n 3) 82 vd.

16 Mises tıpkı Hayek gibi totaliter rejimlerin mekanı haline gelen Kıta-Avrupası'ndan A.B.D.'ye göç etmiştir. Hayek Chicago Üniversitesi'nden davet alırken, Mises New York Üniversitesi'ne geçer. Rothbard ve Kirzner gibi isimlerin Mises ile bağlantısı buraya dayanır. Nicholas Mercuro, 'The Jurisprudential Niche Occupied by Law and Economics' (2009) 2 The Journal of Jurisprudence, 61, 105.

17 Norman P. Barry, *On Classical Liberalism and Libertarianism* (Macmillan Press 1986) 172 vd.

18 Rothbard (n 5) xlix (önsöz).

hazırlamaktan uzak bir düşünce yapısı geliştirmişlerdir¹⁹. Buna karşın Rothbard kendisini doğal hakçı liberalizmin devrimci cenahından sayar. Liberteryenizmin ve Rothbard'ın sözlerinin radikal bir görüntü arz etmesinin sebebini, onun 19.yy. liberalizminin tarih okumasından bu şekilde çıkarabilmek mümkündür.

III. BİR LİBERTERYEN HUKUK KURAMI

A. RASYONALİZM, PRAKSİYOLOJİ VE CRUSOE İKTİSADINDAN İKİ DOĞAL HUKUK AKSİYOMUNA

Rothbard, *Özgürlüğün Etiği* (1982) ve *For A New Liberty: The Libertarian Manifesto* (1973) başlıklı kitaplarında tasarladığı şeyin “liberteryen bir hukuk kuramı” olduğunu belirtir²⁰. Bu kuramın özünün ise özgürlüğün pozitif teorisinin ortaya konulması olduğunu belirtir:

Özgürlük teorisinin anahtarı, özel mülkiyet haklarının tesisidir; yani her bireyin haklı bir biçimde serbestçe hareket etme alanının tespiti ancak bireyin mülkiyet haklarının analizi ve tesisiyle mümkündür. Bunun peşinden “suç”, yani bireyin haklı [just] mülkiyetine karşı (ki buna kendi bedenine ve kişiliğine sahip olmak da dahildir) başka birinin müdahalesi veya saldırısı olarak tanımlanabilir ve analiz edilebilir. Buna göre, pozitif özgürlük teorisi neyin mülkiyet hakkı olarak dikkate alınacağı ve dolayısıyla neyin suç olarak dikkate alınacağının analizi olacaktır²¹.

Rothbard'ın liberteryen hukuk kuramı, “pozitif bir özgürlük teorisi”dir. Burada kastedilen klasik “negatif özgürlük / pozitif özgürlük” ayrımındaki pozitif özgürlük kavramı değildir. Bu açıdan Rothbard net bir biçimde negatif özgürlük taraftarı olup, pozitif özgürlük kavramını benimsemez. Pasajdaki “pozitif özgürlük teorisi” ifadesinde geçen pozitif sıfatı özgürlük kavramını değil teori kavramını niteler. Yani bireyin, kendi özel mülkiyet hakkı sınırları içerisinde, başkaları (ve devlet) tarafından karışılmaz bir biçimde istediğini yapabilme olanaklarının ve bunların ne şartlar altında meşruiyetinin ortadan kalkabileceğinin – spekülasyon değil praksiyolojik – teorisini inşa etmeye çalışır.

Rothbard, eserlerinde, hemen hemen her şeyin özel mülkiyet hakkına ve parasal değere endekslediği, diğer bir deyişle piyasalaştırılabildiği bir dünya çizer ve onu savunur. Tüm bunların zeminini soruşturabilmek adına, onun hukuk ve iktisat bağlamı içerisinde şekillenen doğal hukukçu kavrayışının çerçevesini çizmek anlamlı olacaktır. Rothbard, iktisadı salt ekonomik eylemlerle ilgili matematiksel bir düşünce alanı olarak görmez, genel olarak *insan eylemi bilimi* olarak tanımlar ve bu çerçevede Avusturya Okulu'nun geliştirdiği praksiyolojik (eylembilimsel) bir düşünce şablonuna sahiptir. İşte doğal hukuk düşüncesini de bu praksiyolojik çizgi üzerinden ele alır ve işler. Onun liberteryen hukuk kuramına kaynak vazifesi gören doğal hukuk görüşü, teolojik gönderileri olan ya

19 Rothbard (n 4) 16 ff.

20 Rothbard (n 5) li (önsöz).

21 Rothbard (n 5) li (önsöz); Karş. Rothbard (n 6) xlviii.

da “insan, doğası gereği...” başlangıçlı naturalist önermelerle örülü klasik kavrayışların dışındadır. Eyleyen insanın adım adım soruşturulmasına dayalı olarak, insan eyleminin ilkelerini ortaya çıkarmayı ve bunları birer aksiyom olarak varsayıp tüm hukuk sistemini bu aksiyomlar üzerinde temellendirerek kritik etmeyi amaçlar. Bu çerçevede Rothbard, rasyonalizm ile emprisizmi bir biçimde sentezlediği epistemolojisi ve praksiyolojik tümdengelimciliğiyle uyumluluk arz eder biçimde, “Crusoe İktisadı” vasıtasıyla akıl temelli doğal hukukun aksiyomatik zeminini açıklığa kavuşturmaya çalışır. *Crusoe İktisadı*, Cuma’sız Robinson Crusoe’nun, mahsur kaldığı ıssız adada sanki kaza sonucu hafızasını kaybetmiş gibi, önceye dair bilgisini yitirmiş bir biçimde düşünme faaliyetini ve buna dayalı eylemlerini nasıl merhale merhale başlatıp iktisadileştirdiğini ele alan, yalıtılmış insanın praksiyolojik analizidir. Bu adımlar Rothbard’a göre – özetle ve sırayla – şöyledir²²:

- (1) Crusoe önce kendisine ve kendi bedenine farkındalık kazanacaktır.
- (2) Daha sonra çevresine karşı farkındalık kazanacaktır.
- (3) Birçok isteği olduğunu fark edecektir, ki buna *öğrenme* denir; önce *zaruri* ihtiyaçları, sonra da *gelişkin* istekleri öğrenecektir. Bunların hepsi onun *amaçları* olacaktır.
- (4) Sonra bu amaçlara nasıl ulaşacağını (yani *araçları*) öğrenecektir.
- (5) Sonra da araçları *etkin* kullanmayı öğrenecektir. Bu da üretim ve tüketime farkındalık anlamına gelir. Yani sermaye araçlarını (ör. ok ve yay) ve tüketim mallarını (ör. keklik) yapıp, kullanıp, onlardan faydalanmayı öğrenir. Böylece insan, doğayı dönüştürme işini öğrenmiş olur; o, aklını kullanmak suretiyle çevresini hayvanlardaki gibi *doğanın belirlediği* biçimde kullanmak yerine, *kendi amaçlarına* göre şekillendirir ve değiştirir.

Bu süreç aynı zamanda Rothbard’ın kabulündeki önemli bir praksiyolojik aksiyomun tarifidir; “*insanın amaçlarına erişmek için doğuştan, içgüdüsel veya otomatik biçimde elde edilmiş bilgisi ya da amaca ulaşabileceği araçlar hakkında bilgisi yoktur; öğrenmek için gözlem, çıkarım ve düşünce gücünü, kısaca aklını kullanmalıdır.*”²³ Dolayısıyla Rothbard, akıl aracılığıyla irade ve özgürlük kavramlarını da temellendirmeye çalışır. Özgür irade problemi, çok fazla paradoksal içeriği bünyesinde barındıran netameli bir meseledir: İnsan ne derece kendi özgür iradesiyle davranabilir? İnsana dışsal olan duygu, istek, arzu ve hatta bunların ardında yatan doğal, biyolojik ve psişik unsurlar eğer insanın seçimlerinde etkin ise, özgür irade ne derece mümkün olur? Bu konuda Rothbard, insanın doğayla bağlı olduğu, dolayısıyla da özgür olmadığı tezine karşı çıkararak bu tezin özgürlük ile gücü birbirine karıştırdığı eleştirisinde bulunur²⁴. Rothbard, insan iradesinin özgür olduğu fikrine öylesine bağlıdır ki, çok vurucu bir örnek vermek gerekirse, suça teşvik eden beyanları, şiddet çağrılarını, yalan ve iftiraları ifade özgürlüğü kapsamında görerek, bunların bir kişinin özgürlüğüne ve mülkiyetine *doğrudan* fiziki bir saldırı oluşturmadığı için suç oluşturulmaması gerektiğini ifade eder²⁵. Rothbard’ın

22 Rothbard (n 5) 32-3.

23 Rothbard (n 5) 33.

24 Rothbard (n 5) 35.

25 “Görüşümüzce “suça teşvik” ancak her insanın irade/tercih özgürlüğüne sahip olduğu gerçeğini reddetmemiz durumunda ve A kişinin B ve C kişilerine siz ikiniz doğruca gidin ve ayaklanma çıkarın dediğinde B ve C’nin bir şekilde yanlış eyleme karşı koymaksızın talimatı izlemek durumunda kalmaları halinde suç olarak değerlendirilebilir.” Aktarım: Taner (n 3) 120-121. Karş. Rothbard (n 4) 94.

pek çok metninde göz çarpan sivri dilliğin sebebi de bu olabilir. Özgür iradeye bu bağılıklarıyla liberteryenler, genel olarak, bu konuda ifrata kaçma eleştirileriyle muhatap olmuşlardır²⁶.

Özetle Rothbard, *Crusoe İktisadı* olarak zikrettiği bakış açısından bir *Crusoe Hukuku* çıkarır. Bu minvalde iktisat ile hukuku, ortak bir çekirdek kavram etrafında yeniden örgütler: Mülkiyet. Ve kendince tanımlayıp etrafına bariyerler kurduğu bu kutsal mülkiyet hakkı, öyle bir mülkiyetçi ideolojiye zemin hazırlar ki, en büyük ahlaki değeri ifade eden birey, aslında çeşitli mülkiyet haklarının toplamından mürekkep bir varlık halini alır.

B. KURUCU AKSİYOMLAR

1. Kendine-Sahiplik (Self-Ownership) Aksiyomu

Crusoe iktisadının ilerleyen adımlarından, Rothbard'ın entelektüel işçiliğiyle, doğal hukukun iki praksiyolojik aksiyomu meydana gelir. Yukarıdaki adımlardan Adım (1), Rothbard'ın “Kendine sahiplik aksiyomu” (*Self-Ownership Axiom*) olarak bahsettiği aksiyomu kurar. Bu aksiyom bir yönüyle de kendine sahiplik, kendi bedeninin ve kişiliğinin üzerinde mutlak ve doğal hakkı, Lockeçu manada bir doğal hak olarak yaşam hakkını da temellendirir. Adım (2)'den itibaren ise bir doğal hak olarak özel mülkiyet hakkının genişleyen içeriği praksiyolojik olarak temellendirilmeye çalışılır.

Liberteryenizmin özgürlük teorisinin ana hatları, kendine-sahiplik aksiyomundan temellenen²⁷ özel mülkiyet kavramı üzerinden tanımlanır²⁸. Kendine sahiplik aksiyomu, aynı zamanda özel mülkiyet hakkının doğrudan insan doğasından temellendiğinin bir başka ifadesidir. Dolayısıyla bu

26 Bu konu apayrı bir çalışma konusu olabileceği için sadece bir örnek vererek konuyu kapatmak ihtiyacı hissetmekteyim. Bkz. Thomas Pink, *Özgür İrade: Kısa Bir Giriş*, Kurtul Gülenç (çev.) (Say Yayınları 2023) 109 vd. Pink, bu eserde libertenizmi “Uyumsuzluk (*Incompatibilism*)” olarak adlandırır ve Kuantum Fiziği ile birlikte ifrada varan aşırı uçta konumlandırır. Tefride varan diğer uca (yani özgür iradenin olmadığı, herşeyin geçmişle belirlendiği görüşüne) ise “Nedensel Belirlenimcilik” diyerek Newtonculuk ve Stoacılığı bu kanada konumlandırır. Daha detaylı bir tartışma için bkz. ibid 26 vd.

27 Rothbard mülkiyet kavramının temellendirilmesinde genel olarak Locke felsefesini ve onun kendine-sahiplik prensibini benimsemiştir. Kişi doğaya, kendinden bir şey katarak (emek) onu kendinin kılar. Bu ilksel sahiplik üretimdir. İşgal de bir uğraş ve emek gerektirdiği için aynı kapsamdadır. İkinci mülk edinme biçimi ise mübadele ve bağıştır. Miras da bu kapsamdadır. Rothbard'ın Lockeçu çizgiden kısmen ayrıldığı nokta, Locke'un mülkiyet edinme koşulu olan “başkalarının kullanımı için yeterli ve iyi durumda mal bırakmak” konusundadır. Rothbard bu koşulu benimsemez; bir kimsenin, başkalarına mal bırakmasını şart koşmak anlamında mal edinebilme özgürlüğünün sınırlanması Rothbard'a göre bireyin özgürlüğüne müdahale ve onu başkalarına iyilik yapmaya zorlamaktır. Kişinin mal edinebilmesinin sınırı erişilebilir ve kontrol edilebilir sınırı kadardır. Buna ne Lockeçu koşulla sınır konabilir, ne de Nozick'in bu koşul yerine ikame ettiği “başkalarının içinde bulundukları koşulları kötüleştirmemek” koşulu ile... Rothbard, bu Lockeçu temellere alternatif olarak genel destek görmüş faydacı ve sözleşmecî mülkiyet hakkı gerekçelendirmelerini ise reddeder. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Murray N. Rothbard, *Eşitlikçilik: Doğaya Karşı İsyan*, Mustafa Acar (çev.) (Liberte Yayınevi 2009) 68-69; Rothbard (n 5) 36, 52, 59; Taner (n 3) 111, 114 vd.; Stanislaw Puchniewicz, ‘Property Rights as The Source and Limitation of The Rights of An Individual, and The Foundation of A Society According to Murray Newton Rothbard’ (2019) 10 Zoon Politikon, 58, 63. Rothbard'ın sınır tanımazlığa varacak mülkiyetçiliğini Locke'tan geriye Fransisken-Dominiken tartışmasına geri götüren (ve Rothbard'ı Dominiken Thomas Aquinas'a bağlayan) bir çalışma olarak bkz. Siegfried Van Duffel, ‘Libertarian Natural Rights’ (2004) 16(4) Critical Review, 353, 365

28 Rothbard (n 5) 1; Murray N. Rothbard, *İnsan, İktisat ve Devlet – II – İktidar ve Piyasayla Birlikte*, Ahmet Uzun ve Ayşe Meral Uzun (çev.) (Liberte Yayınevi 2009) 1137.

yönüyle Rothbard, özel mülkiyeti faydacı veya sözleşmecî temellere dayandıran diğer liberteryen ve liberallerden kendini ayırıştırır²⁹. Özel mülkiyet hakkı tüm hak sahasını tanımlama açısından bir temel vazifesi görür. İnsanın doğal haklarının hepsinin zeminine mülkiyet hakkını yerleştirip tüm normatif alanı bu hakka göre tanımlar. Örneğin özgürlük kavramını tanımlarken şöyle der: “Özgürlük, bir kimsenin *sahip oldukları* üzerinde başkalarının müdahalesi olmaksızın tasarrufta bulunabilmesidir.”³⁰ Yani özgürlük kavramı, müdahaleyi dışlama açısından *negatif özgürlük* kavramıyla uyumludur ancak sınırlarının özel mülkiyet hakkı ile çevrelenip belirlendiğini Rothbard özellikle vurgular. Zira liberteryen bir toplumun ve liberteryen bir hukuk anlayışının temel kuralı: “hiç kimse, bir başkasının *meşru* ve *adil* bir biçimde sahip olduğu mülkiyetine saldıramaz”³¹ şeklindedir. O kişinin bedeni de onun mülküdür, düşünceleri de maddi malları da...

Özel mülkiyet hakkı, mübadelenin insan doğasından kaynaklanan bir ihtiyaç olduğu zemininde temellenen³² sözleşme özgürlüğünün de sınırlarını belirler. Örneğin taahhüt içeren sözleşmelerde, sözleşme esnasında mülkiyet durumunda bir değişiklik olmuyorsa yani mülkiyet devri olmaksızın bir taahhüt söz konusu ise, Rothbard taahhütte bulunanın bu taahhütlere uymaya zorlanamayacağını, zorlanma durumunda onun mülkiyet haklarının ihlal edilmiş olacağını söyler. Yani sözleşmenin sınırları ondan daha üstün ve ona temel vazifesi gören mülkiyet hakkına göre belirlenir. Sözleşme özgürlüğünün sınırları konusunda Rothbard'ın temas ettiği bir başka önemli nokta ise, emeğin devredilebilirliği ama iradenin insanın doğası gereği devredilemezliği tezinden kaynaklanır. Bu noktadan rasyonel adımları daha da ilerlettiğimizde şu önermelere varırız: bir kişi kendisini sözleşmeyle başka bir kişinin kölesi yapamaz, çünkü iradesini devredemez; ama işçisi yapabilir, çünkü emeğini devredebilir. Bu önermeler *kendine-sahiplik* aksiyomundan zorunlu olarak çıkar³³.

Kendine-sahiplik aksiyomu temellerini akıldan ve doğal hukuktan alır. Bu aksiyomun karşıtı olan alternatifleri ise, Rothbard, yine aynı rasyonalist doğal hukukçu düşünce üzerinden geçersiz kılmaya çalışır. Bu alternatifler: (i) *Sınıfçı Sahiplik Sistemi*, (ii) *Kolektif Sahiplik Sistemidir*. Sınıfçı sahiplik sisteminde bir toplumsal sınıf diğer sınıf üzerinde hak sahibidir ve bu sistem doğal hakları insanların bir kısmına tanıyıp diğerlerine tanımaması nedeniyle kendi içinde çelişkilidir. Kolektif sahiplik sistemi ise her bir bireyi milyonlarca birey üzerinde ufacak ufacak hissedarlar haline getirir. Bir bireyin kendisi üzerinde, milyonlarca bireyin hisseleri söz konusu olduğunda, bu sefer kendi payı mikroskobik olacaktır. Dolayısıyla bu, Rothbard'a göre, karar alışlarda ütöpik ve uygulanması imkansız bir model oluşturmanın yanında, Sınıfçı Sahiplik Sistemine evrilme tehlikesini de içinde barındırır. Netice itibarıyla, Rothbard'a göre, iki sistem de insan doğasıyla ve akılla uyumsuzdur³⁴.

Kendine sahiplik aksiyomu, kişinin kendi kişiliğine, yeteneklerine ve emeğine sahipliği dolayısıyla bunları kullanma ve kendi kaderini tayin etme konusunda tek meşru karar vericinin kendisi olduğunu

29 Puchniewicz (n 27) 58.

30 Rothbard'ın *Power, Market-Government and Economy* başlıklı eserinden aktarım: Taner (n 3) 124.

31 Rothbard (n 6) 51 ff. Karş. Rothbard (n 5) 56.

32 Hans-Hermann Hoppe, “Takdim, iç *Özgürlüğün Etiği*, Recep Tapramaz (çev.) (Liberte Yayınevi 2009) xx-xxi.

33 Rothbard'ın bu görüşüne pek çok eleştiri de beraberinde gelmiştir; en basitinden, onun taahhüdü bu şekilde ele alması, yine kendi aksiyomu olan rasyonel bireyin sorumluluğu ile uyumsuz bir görüntü çizmektedir. Bkz. Taner (n 3) 131.

34 Rothbard (n 5) 49 vd.

belirterek bireysel özgürlük nosyonunun temelini meydana getirir. Fakat bu bencil karar vericilik hiçbir şekilde bireyin başkalarına haksızlık oluşturacak biçimde saldırıda bulunması anlamına gelmez. Öyle ki Rothbard'ın liberteryen özgürlük anlayışı, saldırmazlık aksiyomu ile birlikte tam hale gelir.

2. Saldırmazlık (Non-Agression) Aksiyomu

Rothbard'ın liberteryen hukuk kuramının Kendine Sahiplik (*Self-Ownership*) Aksiyomu sonrasındaki ikinci temel aksiyomu ise, tıpkı Aristotelesçi klasik mantığın üç temel ilkesinin birbirini oluşturması gibi, kendine-sahiplik aksiyomundan zorunlu olarak doğan *Saldırmazlık (Non-Agression) Aksiyomudur*. Kendine sahiplik durumunun sürdürülebilmesi için buna saldırılmaması gerekir. Saldırı durumunda ise bu saldırıya karşı-saldırı yahut savuşturmalar yoluyla müdahale etme meşruiyet arz edecektir. Özgürlüğün ne zaman bir başka kimsenin özgürlüğüne (ya da özel mülkiyetine) tecavüz oluşturduğunu ve buna karşı meşru müdafaayı (dolayısıyla ceza hukukunun temelini) işte bu saldırmazlık aksiyomu kurar³⁵. Saldırı (*aggression*) Rothbard tarafından hak ihlali (*invasion*) ile aynı manada ele alınır. Zararlı eylem ile saldırı ise birbirinden farklı kavramlardır. Ceza hukuku kural olarak saldırı ile ilgilenir. Meşru müdafa hakkı saldırı ve ihlal durumuna karşı caridir. “Zarar” ise içeriği soyut ve muğlak olduğu için bu kapsamın dışında tutulmalı ve dar yorumlanmalıdır. Bir eylem doğrudan ve somut bir şekilde bize ve korunan bir menfaaimize yönelmedikçe, bir takım zararlı etkileri olsa bile, hak ihlali oluşturacak seviyede bir saldırı olarak değerlendirilmeyebilir³⁶. Zararın geniş yorumlandığı bir durumda ise, piyasaya yeni bir ürün arz ederek rakip şirketlerin ürün satış rakamlarının düşmesine sebebiyet veren bir şirket de “saldırgan” olarak değerlendirilecektir ki, bu da piyasanın meşru rekabetçi doğasına aykırı ve hatalı bir değerlendirme olacaktır.

Rothbard'a göre, devlet bir *saldırgan*, devlet müdahalesi de özü itibarıyla bir *saldırı* mahiyetindedir³⁷. Devlet, Rothbard'ın gözünde, başkaca hiçbir kişi ya da gruba tanınmamış gayriahlakî olduğu

35 Bu sebepten ötürü, Rothbard'a göre, ceza hukukunun tüm ilkeleri meşru müdafa ilkesinden neşet eder. Dolayısıyla suçludan hesap soracak esas konuma sahip kişi mağdur veya suçtan zarar gören(ler)dir. Hatta bu nedenle Rothbard, mağdura cezayı belirlemede söz hakkı verilmesi taraftarıdır. Ceza hukuku süreçlerinde, hesaplaşacak olan bu esas konumdaki suçlular ile mağdurların arasına “kamu” hukuku sülhlerinin (örneğin savcılık kurumunun) ya da “kamu” hukuku varsayımlarının (örneğin bir suçtan, mağdurun değil esasında kamunun zarar gördüğü varsayımı gibi) girmesini hatalı bulur. Buna göre ceza hukukunun hedefi, suçlunun tespiti ve mağdurun tatmini (gerekirse suçluyu mağdurun zararını giderene kadar köle gibi çalıştırmak) olmalıdır, devlet ya da farazi bir “kamu”nun farazi tatmini değil. Bkz. Rothbard (n 4) 45; Rothbard (n 5) 90 vd.

36 Taner (n 3) 108 vd.

37 Rothbard (n 4) 22, 45 vd. Bu noktada, devleti bir tür haydut çetesi gibi gören Lysander Spooner'in bir takipçisidir. Kitabının devleti ele alan bölümünde, Spooner'in etkileyici devlet tarifini aynen alıntılar. Rothbard (no 4) 52: “Devlet tıpkı bir eşkiya gibi ‘ya paran, ya canın’ der. Vergilerin tamamını olmasa bile çoğunu bu tehdit altında toplar... Devlet, ıssız bir yerde pusuya yatıp, yol kesip, kafaya tabanca dayayıp cep boşaltmaz. Ama soygun yine de bir soygundur. Hatta bu seferki, daha namertçedir. Eşkiya kendi eylemine ait tehlike ve suç sorumluluğunu tamamen kendisi üstlenir. Sizin paranız üzerinde bir hakkı varmış veya bu parayı sizin kendi yararınız için kullanmaya niyetliymiş gibi davranmaz... O kadar yüzüstleşmemiştir. Dahası, paranızı aldığında sizi bırakır, ki siz de zaten bunu istersiniz. Hakiki egemeniniz olduğu varsayımıyla size koruma sağlamak adına, yol boyunca sizi ısrarlı biçimde takip etmez. Önünde eğilip kendisine hizmet etmenizi emrederek, şunu yapmanızı isteyip bunu yapmanızı yasaklayarak, çıkarı ve keyfi ne zaman gerektirirse daha çok paranızı çalarak, otoritesini tartışmaya kalktığınız veya taleplerine direndiğinizde hemen sizi bir isyankar, hain ve ülke düşmanı olarak damgalayıp acımadan kurşunlayarak sizi ‘koruma’yı sürdürmez. Yani eşkiya bunca sahtekarlık,

düşünülen pek çok faaliyete yetkili addedilmiş hastalıklı bir yapıdır. Ona göre zorunlu eğitim ve zorunlu askerlik bir kölelik düzenidir; Savaş açmak ya da yıkıcılığı bastırmak için şiddet kullanmak zorbalık ve saldırının ta kendisidir. Vergi ise gasptır³⁸. Liberteryenizm, genel ahlak ilkelerinin ve yasalarının, istisnasız herkesi bağlaması gerektiğini, hiçbir kişi ya da kolektivitinin bundan muaf kılınmayacağını savunur. Devlet de bir tür kolektivite olarak, onun adına hareket eden tüm kamusal aktörler ve personelleriyle birlikte bu kapsamdadır. Rothbard'a göre, eski çağların sahtekâr saray entelektüelleri, bir politik teoloji uydurarak, devleti ya da bir kralı her şeye muktedir ve ilahî hak sahibi gibi göstermiş ve insanları buna inandırmışlardır. Günümüzde modern devletlerin bireysel hak ve özgürlüklere müdahale araçları olan “kamu yararı” ve “kamu güvenliği” gibi kavramlar, Rothbard'a göre, bu sahtekâr politik teolojinin birer uzantısı ve türevi niteliğindedir³⁹. Aynı zamanda Rothbard, “devlet” düzeni ile “biz” kavramının da bir tür politik sihir yoluyla özdeşleştirildiğini, bu şekilde her tür devlet saldırganlığının “biz” olarak halka ve onun tekil parçalarına teşmil edilmek suretiyle, bir biçimde hafifletildiğini (ya da sorumluluğunun dağıtıldığını) düşünür⁴⁰. Böyle bir sihri bir kenara itersek, devletin kendini meşrulaştırma yolundan bir diğeri olan çoğunluk fikriyle karşı karşıya kalırız. Ancak Rothbard bu fikre de karşıdır: bir toplumun %90'ının, %10'unu öldürmeye karar vermesinin meşru olamayacağını, saldırının yine de bir saldırı olacağını dile getirir⁴¹.

IV. ROTHBARD'IN LİBERTERYEN HUKUK KURAMININ HUKUK POLİTİKASI ÇIKTILARI: ELEŞTİRİLER, ÖNERİLER VE GEREKÇELER

A. ÖZEL MÜLKİYET SAHASININ GENİŞLEMESİ

Rothbard mülkiyet ve devlet kavramlarını birbirine karşıt konumlandırırken onun liberteryen hukuk kuramının açılımları da gün yüzüne çıkmış olur. Modern devlet üç farklı düzlemde özel mülkiyete (dolayısıyla *self-ownership* aksiyomunun açılımı olan her şeye) zarar verir⁴²: (i) Devlet özel mülkiyete, öncelikle kendi gelirlerini vergi yoluyla tahsil etmesi nedeniyle zarar verir. (ii) Belirli bir toprak üzerinde zor kullanma tekeli olması itibarıyla bu sefer o ülke (*territorial*) alanındaki güvenlik ihtiyacının ardına sığınmak suretiyle serbest rekabet düzenine müdahale ederek, aynı zamanda özel mülkiyet rejimine de zarar verir. (iii) Aynı ülke alanında nihai karar alma mekanizması ve yargı gücü

alçaklık ve aşağılamanın suçlusu olmayacak kadar centilmendir. Sizi soymasına ilaveten kendisinin bir kuklası ve kölesi yapmaya çalışmaz.” Lysander Spooner, *No Treason: The Constitution of No Authority* (No.VI) (Boston 1870) 12'den Türkçe tercümenin alıntılandığı eser: Lysander Spooner, *Hukuk Nedir? – Seçme Metinler*, Muzafer Dülger (der. çev.) (XII Levha Yayıncılık 2022) v-vi.

38 Rothbard (n 4) 23; Puchniewicz (n 27) 71.

39 Rothbard (n 4) 24, 46.

40 Rothbard (n 4) 49. Gelişkin demokratik sistemlerde dahi devlet denince, halk olarak “biz” onu meydana getirmeyiz. Devlet, yönetici elit kesim, bürokrasi ve çıkar gruplarından oluşur. Geri kalan insan kitlesi, yönetilenlerdir. Rothbard, topluma bu minvalde John C. Calhoun'un tabiriyle bakar: “net olarak vergi ödeyenler” ve “net olarak vergilerle yaşayanlar/geçinenler” olarak toplum ikiye ayrılmıştır onun gözünde. Bkz. Rothbard (n 4) 53.

41 Rothbard (n 4) 50; Rothbard (n 27) 37-38.

42 Hoppe (n 32) xx-xxi.

rolüyle devlet bu sefer gönüllü mübadele ve tasarruf özgürlüğüne müdahale yoluyla mülkiyete zarar verir.

Devlet ve gelecekte devletin gereksizliği üzerine Rothbard'ın görüşleri anahatlarıyla şöyledir; (i) Liberal sınırlı devlet fikri çok iyimser bir fikirdir, zira Lord Acton'un deyimiyle "güç, yozlaştırır...". Devlet öyle bir varlıktır ki, kendi kendine bile koymuş olsa, koymuş olduğu bu sınırları devamlı surette aşma ve ihlal etme eğilimini içinde barındırır. (ii) Hizmetler ve mallar arasında yapılan kamusal-özel ayrımı gereksiz bir ayrımdır. Kamu hizmeti ve bunların başlıcaları güvenlik ve yargı hizmetleri kamusal olmak zorunda değildir, devlet-dışı yollarla da bu hizmetler pekala sunulabilir, hatta daha da verimli sunulur. (iii) devlet olmazsa hukuk olmaz fikri de Rothbard'a göre çağımız için artık çürümüş bir fikirdir, zira günümüzde evrensel kabul edilen hukuk normları aslında devletlerin bahşetmeleriyle değil sivil toplumdan doğan mücadelelerle kazanılmıştır, ayrıca örf ve adet hukuku ile yargısal süreçten neşet eden hukuk da bu konuda devletin olmazsa olmazlığı (yasama-aktif hukuk üretimi) fikrini geçersiz hale getirir⁴³.

Özel mülkiyet hakkı, Rothbard'a göre, insanın temel hak ve özgürlüklerinin özünü teşkil eden tek gerçek haktır⁴⁴. Kendine-sahiplik aksiyomu, özel mülkiyet hakkını, bir kimsenin kendi bedeni, yaşamı, aklı, hisleri, emeği, eylemleri ve eylemlerinin neticelerine (maddi ve gayrimaddi metalara) doğru ilerler biçimde rasyonel temelini meydana getirir⁴⁵. Aynı zamanda özel mülkiyet hakkı, insan eylemlerinin sınırlarını çizen, onların haklı-haksız, doğru-yanlış değerlendirilmelerini olanaklı ve belirli kılan yegâne vasıta⁴⁶. Bu bağlamda Rothbard, hakların sınırını çizmekte başvuru (sınırlandırma ölçütleri) "kamu yararı", "kamu güvenliği" gibi kavramlara saldırarak onların işe yaramazlığını ileri sürer. Örneğin birkaç birey toplanıp toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ve ifade özgürlüğü kapsamında eylem yapacaklardır. Bunun için bir caddeyi seçmişlerdir. Polis ve idari makamlar, gösteriye kamu yararı (ör. Trafikğin engellenmemesi) ve kamu güvenliği (ör. Asayişin sağlanması vs.) gibi gerekçelerle izin vermemektedirler. Bu engelin bir başka dayanağı, kamunun ortak malı olarak cadde ve sokakların devletin egemenliğinde olmasıdır. Buna karşılık göstericiler de caddenin inşasından bakımına dek her şeyin vergilerle finanse edildiğini, dolayısıyla bu hak ve özgürlüklerin kullanımında caddeleri kullanmak istemelerinin meşru olduğunu savunmaktadırlar. Rothbard, bu karşılıklı savların meseleyi içinden çıkılmaz bir hale soktuğunu ve en nihayetinde bu durumun zor gücünü (Gordion düğümünü kesen kılıncı) elinde bulundurana yaradığını düşünür. Oysa ki cadde, kamu mülkiyetinde (devletin tasarrufunda) değil de özel şahısların mülkiyetinde olsaydı, caddede eylem yapmak isteyenler, birkaç saatliğine cadde sahibinden izin alarak ya da ücreti mukabil orayı kiralayarak, istedikleri eylemi yapabilecek, ifade ve toplanma hürriyetlerini

43 Taner (n 3) 147 vd.

44 Rothbard (n 28) 1137.

45 İnsan öncelikle kendisinin (bedeninin, emeğinin ve düşüncesinin) sahibidir. Bu kendine sahiplikten doğaya sahiplik prensipleri de çıkar. Sahipsiz tüm tabii varlıklar, bunları ilk bulan ve faydalı bir hale dönüştüren emeği sergileyenin olur (*homestead* ilkesi). Rothbard (n 5) 61.

46 Van Duffel (n 27) 357.

yaşayabileceklerdir. Dolayısıyla özel mülkiyet hakkı, Rothbard'a göre, tüm hak ve hürriyetlerin yaşanabilirliğinin zeminini ve imkânını tesis eden en temel haktır⁴⁷.

Rothbard bu konuda bir başka farazi örnek daha zikreder. Örneğin kalabalık bir tiyatroda, ortada hiçbir sebep yokken, bir kimse “yangın var” diye fütursuzca bağırıp çağırılmaz. Bunun genel (“kamusal”) bir huzursuzluk ve güvensizlik yarattığı, zararlara sebebiyet verdiği kabul edilir. Fakat Rothbard meseleyi başka bir yönden, özel mülkiyet hakkı üzerinden analiz etme taraftarıdır. Tiyatroda bu şekilde bağırabilecek iki tür kişi vardır: (i) Tiyatronun sahibi ve sahibi olarak ya da namına davranan kimseler (örneğin kiralayan, işleten veya çalışanları) (ii) Tiyatroda o esnada bulunan müşteriler ya da misafirler. Bağırınlar şayet (i)'de sayılan kişiler ise, tiyatro sahibinin, orada bulunan ve parasını ödeyerek huzurla tiyatro izlemek arzusunda olan müşterilerin özel mülkiyet hakkına haksız bir saldırı ve zarar gerçekleştirdiği kabul edilir; tazminat yükümlülükleri ya da bilet iadeleri gerekliliği vs. devreye girer. Yok eğer bağırınlar (ii)'de sayılan kişiler ise, bu sefer de tersi bir durum, yani müşterilerin tiyatro sahibinin özel mülkiyet hakkına tecavüzü söz konusu olur; zira tiyatro gösterisi berbat olmuştur, oynanamamıştır veya izdiham nedeniyle maddi zarar meydana gelmiştir. Dolayısıyla Rothbard'a göre, özel mülkiyet hakkı, sorumluyu ve sorumluluğu belirginleştirir. Kamu yararı veya güvenliği gibi mahiyeti belirsiz sınırlandırma ölçütleri gibi meseleyi muğlak bir duruma getirmez⁴⁸.

Rothbard özel mülkiyet sahasının genişletilmesi fikrini savunurken, bu kavramın antipodu konumundaki “kamu mülkiyeti” kavramına, çeşitli eserlerinde farklı farklı gerekçelerle taarruzlarını sürdürmüştür. Ona göre mülkiyet hakkının esası, onun fiilen kullanımı ve kontrolü üzerinden şekillenir; bu noktada onun yasal-formel tanımlanışı o denli ehemmiyet arz etmez. Kamu mülkiyeti yasal-formel olarak bürokrasinin *emaneti* altındadır, ama sadece belli bir süre (atanma veya seçilmeye bağlı görev süreleri) o mülkiyeti kullanma ve kontrol etme yetkileri olan bürokrasi, Rothbard'a göre, bunları emanetinde olan (esas sahibinin “kamu” olduğu) mallar değil, kendi mülkiyetinde olan mallar gözüyle görme eğiliminde olurlar. Öyle ki biz bu eğilimin neticelerine genel bir adlandırmayla “yolsuzluk” demektediriz. Ayrıca Rothbard, bu doğrultuda, kamu görevlilerinin *kamu yararı* hassasiyetleriyle kamu mülkiyetinin kullanımı konusunda uzun vadeli planlamalar yapabilmeleri olarak zikredilen varsayımsal erdeme de saldırır. Rothbard'a göre, tam tersine, sınırlı bir süre bu kullanım ve kontrol yetkilerini elinde bulunduran bürokrasi miyopluğa mahkumdur, uzağı göremez. O sadece kendi politik geleceği konusunda öz-çıkarıcı bir ileri-görüşlülüğe sahip olabilir. Ama bunun kamu mülkiyeti ve kaynaklarının kullanımı konusundaki yansıması, kısa vadeli (esasen öz-çıkarıcı) *sözde* kamusal planlamalar, kamusal borçlanma, sömürü ve israftır⁴⁹.

Kendi mülkiyetini uzun vadeli, ileri görüşlü ve verimli bir biçimde kullanabilme kapasitesi, Rothbard'a göre, yalnızca miras ve sair yollarla mütemediyen devredilebilir özellikteki⁵⁰ (ve tüm sınırlarından

47 Rothbard (n 28) 1138.

48 Rothbard (n 28) 1139 vd.

49 Rothbard (n 28) 812-814.

50 Miras hakkının meşru özel mülkiyet hakkından doğrudan türeyen ve bu çerçevede sınırlanamaz niteliğine dair bkz. Rothbard (n 27) 70 vd.

arındırılmış) özel mülkiyet hakkı çerçevesinde mümkündür. Örneğin Rothbard bu açıdan, fikir eserlerinin, üzerlerindeki telif haklarının belli bir süre sonra sönümlenmesi suretiyle kamuya mal edilmesi prensibini de eleştirir. Ona göre, “kamusal” olduğu söylenilen her şeye aslında devlet daha fazla el uzatmaya olanaklı hale gelir; bundan bu anlamı çıkartmak gerekir. Telif hakkının, bu tip sınırlamalardan bağımsız olması durumunda, fikrin kişilikten türemesi dolayısıyla kendine-sahiplik aksiyomu üzerinde şekillendiğini, yani liberteryen ilkelerle uyumlu olduğunu düşünür. Fakat Rothbard, patent hakkına telife göre çok daha fazla çekince koyar. Bunun birinci sebebi, telif hakları gibi kendine-sahiplikten ve doğrudan kişilikten türememesidir. Patentlerin ardında çoğunlukla kişi değil doğa vardır ve onlar telif gibi kişiden doğrudan kopan yaratımlar değil doğa üzerindeki bulgu ve keşiflerdir. İkinci çekince sebebi, patent korumalarının, birbirinden habersiz mucitlerin aynı şeyi bulup, geliştirip piyasaya arz etmelerine ket vurması ve bu yönüyle serbest piyasaya hizmet etmemesidir⁵¹.

B. HUKUKİ YÜKÜMLÜLÜK FİKRİNİN SAFLAŞTIRILMASI

Rothbard’ın zihnindeki hak kavramı, yukarıda izah edildiği üzere, özel mülkiyet hakkının etrafında gelişen dışlayıcı ve negatif bir hak anlayışıdır⁵². Devlet mekanizmasına pozitif edimsel (müdahaleci) hareket serbestisi veren *pozitif hak* kavramını Rothbard açık bir biçimde reddeder⁵³. Makale boyunca ilgili olacağımız özel mülkiyet kavramı ekseninde genel hatları ortaya çıkan hak kavramını bir kenara alıp, madalyonun diğer yüzü olan yükümlülük kavramını incelemeye alırsak, Rothbard’ın zihninde son derece radikal saflaştırma (*purification*) fikirlerinin geliştiği görülecektir. O aslında bireyin kendi kendine yüklediği salt ahlaki sorumluluklar dışında, ona dışarıdan yüklenen ve hukukun cebriyle muhatap kılınan yükümlülük fikrine bir istisna hariç tümüyle düşmandır. Bu, saldırmazlık aksiyomunun doğrudan çıktısı, hukuki yükümlülüğün tek meşru tipi ve hatta özdeşidir: “başkasının mülkiyetine saldırma”.⁵⁴ Rothbard, bunun dışındaki modern hukuk düzenlerinin birey üzerine yüklediği hiçbir yükümlülüğü tanımaz. Vatandaşlık görevleri olarak adlandırılan zorunlu askerlik ve vergi gibi yükümlülükler, kölelik ve gasp gözüyle bakar⁵⁵. Bunun dışında hiç kimsenin bir başka kişiye ya da kişilere iyilik yapmak veya yardım etmek gibi bir yükümlülüğü olmadığını, bu yönde bireye yüklenen yüklerin gayrimeşru olduğunu savunur. İyilik ve yardım ancak ve ancak gönüllü olarak yapılabilir (bu ahlakidir de) ama dışsal dayatmayla değil. Dolayısıyla bu yükleri bireyin üzerine yükleyen hukuk kuralları, Rothbard’a göre, rasyonel doğal hukuk ilkelerini de ihlal eder⁵⁶. Bir kimsenin başka bir kişiye iyilik yapma biçiminde beliren yükümlülükleri, sosyal güvenlik

51 Rothbard (n 28) 638-646.

52 Barry (n 17) 177; Van Duffel (n 27) 354.

53 Rothbard (n 5) 104.

54 Puchniewicz, bu düstur üzerine, Rothbard’ın resmettiği liberteryen toplumun deontolojik bir temele dayandığı yorumunda bulunur. Puchniewicz (n 27) 72.

55 Rothbard (n 4) 313; Rothbard (n 5) 169.

56 Rasyonalist doğal hukuk geleneğinde, Hugo Grotius’un yapmış olduğu tam (*perfect*) ve eksik (*imperfect*) yükümlülükler ayrımı ve bu ayrım üzerine Thomasius ve Pufendorf gibi takipçilerin düştüğü şerhler, bu bakış açısının temelleri olarak düşünülebilir. Bu filozoflar başkasına yardım/iyilik yapmak gibi karşılıksız iyilik (literatürde Luka 10: 25-37’a atıfla İyi Samiriyeli/*Good Samaritan* olarak ifade edilen) davranışların dışsal bir zorlama ve hukuki yükümlülük (karşı taraf için de bir hukuki hak) halini alamayacağını savunmuşlardır. Bunlar eksik yükümlülüklerdir. Tam yükümlülükler konusunda

primlerinin ödenmesinden bir aile üyesine (örneğin ebeveynin çocuğuna) bakma yükümlülüklerine kadar çeşitlendirebilmek mümkündür. Sosyal güvenlik sistemlerinde genç nesiller, geçmiş kuşaklara bakmaya zorlanmaktadır⁵⁷. Buradaki bakış açısı vergilere karşı liberteryen muhalifliğin özü itibarıyla bir benzeri (bireyin, gönüllü olmadıkça hiçbir kolektif yapıya katılmaya zorlanamaması gerektiği fikri) olduğu için, daha girift bir itiraz olan “çocuğa bakma” yükümlülüğünün reddine odaklanmak daha işlevsel olacaktır.

Rothbard’a göre, liberteryen bir toplumda, bireylerin çocuklarına bakma yükümlülükleri olmaz. Bu durum anne karnından başlar. Kürtaja aleyhtar görüşler, anneye, bir varlığın dünyaya getirilmesi için zorla ona yardım etme yükümlülüğü yüklerler (zira cenin, yardım olmadan, yani anne o cenine vücudunu kullandırtmadan doğamaz) ve bu sebeple annenin kendi bedeninin sahibi olduğunu görmezden gelirler⁵⁸. Bakma yükümlülüğünün olmaması bebek doğduktan sonra da devam eder. Rothbard şöyle garip bir örnek de verir: Diyelim ki, teknoloji ilerledi ve insanın klonlanmasının da önü açıldı. Bu durumda bir bilim insanının laboratuvar ortamında bir insanı dünyaya getirmesi ihtimalinde, o bilim insanına – tıpkı bir anne gibi – müsebbibi olduğu klon insana bakma yükümlülüğü mü yükleyeceğiz diyerek, Rothbard durumu açıkça saçmaya indirger⁵⁹.

Çocuğa bakma yükümlülüğü olmamasına dönük kavrayışı sorgulayabilmek için, öncelikle çocuğun statüsünün ne olduğunu saptamak gerekir. Çocuk, Rothbard’a göre, (iradî olarak henüz tam biçimde kendinin sahibi olamamış olsa da) kendinin sahibi olma potansiyeli taşıyan ve ebeveynin özel mülkiyeti dahilinde olan bir varlıktır. Çocuk, öncelikle anneden doğduğu için ona ait ya da babayla elbirliğiyle içinde bir özel mülkiyet konusudur. Ama bu özel mülkiyet hakkı, *abusus* yani o bebeğin/çocuğun varlığını ortadan kaldırmak gibi bir olanağı malike (ebeveyne) vermez. Yani çocuk üzerindeki mülkiyet, cansız nesneler ya da hayvanlar üzerindeki mutlak hak türünden bir mülkiyet değildir⁶⁰. Çünkü aksi halde, kendi kendisinin sahibi olan veya buna potansiyel olarak sahip olan bir varlığa karşı saldırmazlık prensibi ihlal edilmiş olur. Saldırı, zarar ve yok etme engeli olmakla birlikte, yine de ebeveynin o bebeğe/çocuğa bakma yükümlülüğü yoktur⁶¹. Liberteryen bir toplumda, bakmak istemiyor ya da bakamıyor ise ebeveyn, çocuğunu terk etmek ya da ona bakmak isteyen birine satabilmek özgürlüğüne sahiptir. Bu yüzden, insanı bir “şey” (*res*) olarak kodlamayan hukuk dogmatığı, Rothbard’a göre, gerçeklikle uyumsuzdur, etkin değildir ve gayriahlakidir. Gerçeklikle uyumsuzdur, çünkü gerçeklikte, insanlar evlatlık alma ya da verme işlerinde çoğu zaman maddi beklentilerle de hareket etmektedirler; yani dünyanın neresine gidilirse gidilsin, bu konuda *de facto* bir piyasanın var olduğu ve işlediği görülebilir. Ayrıca etkin de değildir, çünkü serbest bir çocuk/ bebek piyasasının herkese kazandıracağı bir alveriş, devlet eliyle konan engeller (insan ticareti suçu gibi) ve tekel (çocuk esirgeme kurumu türünden kurumlar) yoluyla engellenmektedir. Bu durumda

ise birey üzerinde dışsal bir baskı kurulabilir. Bu tam yükümlülüklerin özü ise *neminem laedere* yani “kimseye zarar verme” ödevidir. Bkz. Hugo Grotius, *The Rights of War and Peace: Including The Law of Nature and Nations*, A. C. Campbell (trans.) (M. Walter Dunne Publication 1901) 272-273 [II, 22, xvi].

57 Rothbard (n 28) 814-815.

58 Rothbard (n 5) 101 vd.

59 ibid 106.

60 Rothbard (n 5) 104; Rothbard (n 27) 103.

61 Rothbard (n 5) 105.

bebek sahibi olmak isteyip de olamayan ve evlat edinmek için sırada bekleyen kişiler de, bebeğine bakmaya – maddi, manevi – gücü yetmemesine ya bunu istememesine rağmen zorlanan kişiler de zarar görmektedir. Oysa bebek ya da çocuk piyasasının mümkün hale getirilmesiyle birlikte, bunun olmadığı durumda sadece devletin tekel olarak faydalandığı durumdan, herkesin kazan-kazan ilkesiyle kazanabildiği bir duruma geçilmiş olacaktır. Çocuk da bundan faydalanacaktır, çünkü onu en çok isteyen kişilerin olacaktır⁶².

Başkasına yardım ya da iyilik yapma olgusu karşısında, bir kişinin kendisine iyilik yapması yer alır, ki bu zaten liberteryenizme göre bireyin kendi özel mülkiyet haklarından istifade edebilmesi demektir. Peki kişi kendi özel mülkiyetini yine kendisine zarar getirecek şekilde hatalı kullanırsa ne olacaktır? Ya da bu durumda diğer kişiler ya da devlet, bu hatalı kişiyi uyarıp onu doğru yola çekmekle yükümlü ya da yetkili midir? Rothbard böyle bir yükümlülüğü ya da yetkiyi yukarıdaki pasajlardan da anlaşılacağı üzere zaten kabul etmez; herkes kendisinden sorumludur ve babacıl (*paternalist*) bir devlet fikri bireysel özgürlüklere daha fazla haksız müdahale dışında hiçbir şey getirmez⁶³. Bu yüzden hatalı davranışın sorumluluğu bireyin kendi üzerinde bırakılır⁶⁴. Bir kişi kendi mülkiyetini nasıl kendisine zarar verecek şekilde hatalı kullanır? Örneğin bir kimsenin otomobilini aşırı hızlı ve tehlike arz eder biçimde kullanması... Bu sadece o kişinin kendisine zarar vermez, başkalarının özel mülkiyet haklarını da çiğner. Dolayısıyla bu hatalı davranışa müdahalenin meşru olmasının nedeni, kişinin kendine değil, başkalarına zarar verme olasılığının yüksek oluşudur. Salt kendine zarar örneği olarak, aşırı alkol ve uyuşturucu madde tüketmeyi ele alalım. Birinci ihtimal olarak, bu tüketim neticesinde kişi başkalarına zarar verir bir seviyeye ulaşırsa buna, zaten saldırmazlık aksiyomunu (başkasına zarar vermemek düsturunu) deldiği için müdahale edilebilir. Ama ikinci ihtimalle, bu kişi hiç kimseye zarar vermeden sadece kendi sağlığını bozar biçimde bu maddeleri kullanıyorsa, liberteryen görüş açısından buna müdahale edilemez; çünkü bu yasakçılığın sınırı yoktur, yine oldukça zararlı olan şeker tüketiminin ya da fast-food'un yasaklanmasına kadar varabilir. İşin tuhaf yönü, Rothbard uyuşturucu yasakları gibi genel yasakların ardındaki birinci ihtimali (ve ondan doğan genel önleme maksadını) dikkate almaksızın, uyuşturucu ticaretinin hukukileştirilmesi gerektiğini savunur. Örneğin A.B.D'de 1919-1933 yılları arasında alkol de yasaklanmıştır ama insanlar alkolü bir biçimde tüketmeye devam etmiştir. Bu tüketim hukuk-dışı olmuştur ve karaborsa biçiminde işlemiştir. Dolayısıyla devlet bunu yasaklayarak kontrol etmeyi planlarken, tamamıyla kontrol dışı bir durum oluşmuş, mafya büyümüş ve örgütsel şiddet suçlarının artışı beraberinde getirmiştir. Netice olarak liberteryenlere göre bu genel yasağın olumsuz neticeleri olumlu neticelerinden bir hayli fazladır⁶⁵. Rothbard uyuşturucu konusunda da aynı şeyi düşünür. Bu maddeler serbest bırakılırsa,

62 ibid 107 vd.

63 Michael J. Sandel, *Adalet: Yapılması Gereken Doğru Şey Nedir?*, Mehmet Kocaoğlu (çev.) (Bingbang Yayıncılık 2013) 79-80.

64 Bu anlayışın, John Stuart Mill'in özgürlük ilkesi olarak zikrettiği ama literatürde "Zarar İlkesi" (Harm Principle) olarak zikredilen ilkeye katı bir bağlılık yansıttığı söylenebilir. Bu ilkeye göre, "uygar bir toplumun bir üyesine, rızası hilafına, haklı olarak güç uygulanmasının tek amacı, başkalarına gelecek zararını önlenmektir." John Stuart Mill, *Hürriyet Üstüne*, M. O. Dostel (çev.) (3. Baskı, Liberte Yayınevi 2012) 50.

65 Brennan (n 2) 140 vd. Benzer bir bakış açısını Rothbard'ın öncülerinden Spooner da "Vices are Not Crimes" başlıklı yazısında savunmuştur. Bkz. Spooner (n 37) 33 vd. Bu yazıda 19.yy'da A.B.D'nin bazı kesimlerinde uygulanmış alkol satışı yasaklarına ciddi eleştiriler dile getirilmiştir. Bu tip mağdursuz suçlarda devlet aslında kişileri ahlaki kılmaya

Rothbard'a göre, insanların bir çoğu zaten kendi sağlığını düşünerek bu maddelerden kaçınmayı sürdürecektir. Bunun yanında maddelerin transferi artık daha az risk oluşturacağı için fiyatı düşecek, eski düzende transfer ve satış riskini üstlenip, bundan yüksek kâr edinen suç örgütleri varlık nedenlerini yitirerek ortadan kalkacaktır⁶⁶.

Rothbard, kendine zarar problemi ve bu tip durumlara müdahalenin gayrimeşruluğu konusunda mağdursuz suçlara da değinir. Örneğin bu kapsamda çeşitli hukuk düzenlerinde suç politikası içerisine alınmış olan pornografi, cinsel sapma ve fuhuş aktivitelerine katılımın engellenmesini, eğer bu katılımlar rızai ise, birer özgürlüğe saldırı/müdahale, özel mülkiyete ve bireysel özgürlüğe müdahale çerperlerini iyiden iyiye daraltmaya dönük politikalar olarak değerlendirir⁶⁷. “Genel ahlaka mugayir suçlar” olarak isimlendirebileceğimiz bu tip suçların varlığına muhalefet, liberteryenlerin genel bir eğilimidir. Buna göre, kamu ahlakı ya da genel ahlak gibi kavramlar uydurma kavramlardır. Örneğin fuhuş yapan kişiler de, tıpkı bir hamal veya futbolcu nasıl ki işverenine emeğini ve vücudunu kiralamışsa, esasen bir benzerini yapmaktadırlar⁶⁸.

C. KAMU HUKUKUNUN SONU: YARGI VE GÜVENLİK PİYASASI

Klasik liberal düşünürler ve neoklasik iktisatçılar, devlet mekanizmasına etkin olmasa da gerekli bir kötülük gözüyle bakmış ve en azından güvenlik ve yargı hizmetlerini sunmakla sınırlı yapısının korunması ve sürdürülmesi gerektiğini düşünmüşlerdir. Anarşist liberteryenlerin – ve tabii Rothbard'ın – en belirgin özellikleri devlete bu sınırlı gerekçeyle de olsa hiçbir meşruiyet atfetmemeleri⁶⁹ ve ona

zorlamaktadır, fakat “kimin” ahlakına? Sonradan pek çok liberteryenin de benimsediği şekliyle, bu hukuki ahlakçılık (*legal moralism*) ya da ahlaki yasakoyuculuk, bireysel özgürlükleri ve bireyin kendisi üzerindeki hakimiyetini tarumar eder ve tek ahlaki bir bakış açısını – sanki tek hakikat oymuşçasına – birey üzerinde dayatır, o yüzden zorbacadır, gayrimeşrudur. Bkz. Rothbard (n 5) 110.

66 Rothbard (n 4) 111.

67 Rothbard (n 4) 22.

68 Yaman ve Tarhan (n 2) 160 vd.

69 Rothbard'ın devlet kavramı konusunda birkaç önemli hususa daha değinmek gerekebilir. O, devleti, varlık sebebi itibariyle saldırmazlık prensibinin ihlali olarak görür. Bu yüzden devletin vergi ver, yalan beyanda bulunma gibi tüm talimatları, bir suçlunun masum birine dönük zorbaca dayatmaları gibi gayrimeşrudur Bkz. Rothbard (n 5) 189 vd. Devlet aynı zamanda zorbalığını önemli ölçüde tekel olarak hareket etmesine dayandırır. Devletin tekel olarak varlığına dair liberteryenlerin çok parçalı iktidar yapılarının var olduğu ve tam olarak bugünkü manasıyla tekel olarak bir devletin var olmadığı toplumlara dair tarihsel ilgileri göze çarpmaktadır. Rothbard da bu ilgiyle Eski İrlanda'daki politik ve yargısal yapı olan Túath'ı idealize etmektedir. Bu oluşum, toprağı olan özgür insanların, çeşitli mesleklerden kişilerin ve savaşıcların üyesi olduğu, gönüllülük esasıyla katılan birliklerdir. Yıllık toplantılarında ortak politikalara, savaşa, barışa, kral seçmeye veya tahttan indirmeye dönük kararlar alırlar. İrlanda ülkesinde tek bir túath da olmamıştır. Belli bir tarihsel kesitte aynı anda 300'ün üzerinde túath'ın varlık gösterebilmiş olduğunu ve zaman zaman bazılarının birbirleriyle birleştiğini yazar. Herhangi bir túath'a ailevi vs. bağlar nedeniyle zorunlu bir bağlılık da söz konusu olmayıp, bir kişi isterse bir túath'tan çıkıp bir başkasına üye olabilir. Túath'ların haricinde Kral da vardır ama onun siyasal yetkileri sınırlı olmuştur. O bir dini lider hüviyetiyle birlikte savaşta ordunun başında yer alır ama yasa yapamaz, túath üyeleri üzerinde yargılayıcı veya kural koyucu bir pozisyona da sahip değildir. Hukuk, Kral'ın bir yasakoyuculuk vasfının olmadığı örf ve adet hukukudur ve bu konuda bilgisi yüksek olan *brehon* adlı kişilerin eliyle tatbik edilir. Brehon'ların Kral veya túath'lar ile herhangi bir bağı olmamıştır, kamu görevlisi vasfında kişiler değildirler; husumetli kişilerin talepleri üzerine hukukun ne olduğunu bildirip, aralarında hakemlik yapmışlardır. Bkz. Rothbard (n 4) 236 ff. Çok bellidir ki, bu tarihsel veriyle, Rothbard gibi liberteryenlerin fikriyatına yakın biçimde gönüllü birlikler, tekel olmayan siyasal yapılar ve bir tekelin elindeki oyuncu vasfında olmayan bir hukuk düzeni örneklenmektedir.

yüklenen tüm fonksiyonların – burada kritik önemleri olan yargı ve güvenlik dahil – serbest piyasaya aktarılması gerektiğini savunmalarıdır. Koruma ve güvenlik hizmeti piyasa tarafından sunulursa, talep ve ücrete göre arttırılabilir ve azaltılabilir. Böylece yüksek güvenlik ihtiyacı olan müşteriler, standart sunulan kamu hizmetlerinin etkinsizliğinden kurtulmuş olurlar; az güvenlik ihtiyacı olan kesimler için ise standart kamu hizmetlerinin israf biçiminde arz edilmesi önlenmiş olur. Biz tüketiciler için bu hizmetlerin sunulmasının en etkin ve ahlakî yolu budur.⁷⁰ Liberteryen bir toplumda kolluk hizmetleri bir kamu hizmeti olarak devlet tekeline arz edilmemeli, özel girişimler şeklinde yürütülmelidir. Bu özel kolluk hizmetlerini ya bir özel mülkün sahibi ihtiyacı ölçüsünde satın alır/abone olur ya da suçtan zarar görenlere anlaşmalar karşılığında ödemeler yapan sigorta şirketlerince ya bir işkolu olarak yürütülür. “Sigorta şirketleri suç mağdurlarına yardım ödemesi yapacağından, suçu ve dolayısıyla yardım ödemelerini azaltmanın bir yolu olarak polis hizmeti sağlamaları kuvvetle muhtemeldir.”⁷¹ Liberteryenlerin futurist tezlerinde yargı, güvenlik, sigorta ve finans şirketlerinin bu doğal bağlar mucibince birbirlerinin iştiraki olarak faaliyet görecekları yönünde tahminler söz konusudur.⁷² Koruma, güvenlik ve yargı hizmetlerinin satın alındığı bu ortamda, örneğin özel polis teşkilatlarının kendilerine ödeme yapan tüketicilerin talepleri doğrultusunda, tüketiciler arasındaki çatışmanın maşaları olmaları ihtimaline ve eleştirilerine dair Rothbard şunu söyler:

Gerçekçi olmak gerekirse, günlük yaşamda polis teşkilatları arasında doğrudan çatışmalara pek yer olmayacaktır. Ancak, bazen olduğu gibi, iki komşu mülk sahibinin kavga ettiğini, her birinin diğerini saldırı ya da şiddeti başlatmakla suçladığını ve farklı [güvenlik] şirketlerine abone olmaları durumunda her birinin kendi polis şirketini aradığını varsayalım. Bu durumda ne olacak? Bu iki polis şirketinin birbiriyle çatışmaya başlaması anlamsız ve ekonomik olduğu kadar fiziksel olarak da kendilerine zarar verici olacaktır. Bunun yerine, her polis şirketi, faaliyetlerine devam edebilmek için, kimin hatalı olduğuna karar vermek üzere özel mahkemeler ya da hakemler kullanmayı hizmetinin hayati bir parçası olarak ilan edecektir.⁷³

Hileli ve taraflı işlem sorunu da liberteryen bir toplumda kamudan özele aktarılabacak bu hizmetler için önemli bir sorundur. Bir özel yargı veya güvenlik kurumu, yargı ya da güvenlik hizmetini, kendisine daha çok ödeme yapan kişilerin lehine olacak biçimde sunarsa ve kararlarına bu yönde hile katarsa ne olacaktır? Rothbard’ın hileli adalet sorununa cevabı, piyasanın ödül/ceza başarısı çerçevesindedir. Örneğin hileli ve taraflı hükümler kuran bir mahkemenin faaliyetleri bilinir hale geldikçe, bu kötü şöhretle, piyasa içinde tutunabilmesi ihtimali ve vereceği kararların güvenilirliği düşecektir. Kitlesel tüketici pazarını kaybetmek pahasına birkaç zengine taraflı hizmet sunmak, bu kuruluşların faaliyetleri

70 Rothbard (n 4) 220 ff.

71 ibid 222. Özel girişim olarak güvenlik hizmeti arzı fikrini 19.yy’da Gustave De Molinari de savunmuştur. Bkz., Gustave de Molinari, *Serbest Piyasa ve Güvenlik*, Gürkan Polat (çev.) (Liber Plus Yayınları 2016) 44 vd. Güvenlik ve yargı hizmetlerinin özel sektöre verilmesi fikri, çağdaş anarşist liberteryenlerin de savunduğu bir fikirdir. Örnek olarak bkz. Robert P. Murphy, *Kaos Teorisi: Piyasa Anarşizmi Üzerine İki Makale*, Talha Gülmez (çev.) (Liber Plus Yayınevi 2016). Daha ılımlı bir liberteryen görüş (devlet mahkemelerinin adem-i merkezi / *decentralized* bir yargısal sahada olması, yani tekel olmaması) olarak bkz. Stephan Kinsella, *Legal Foundations of A Free Society* (Papinian Press 2023) 333.

72 Örneğin bkz. Murphy (n 71) 27, 44.

73 Rothbard (n 4) 226.

için sürdürülebilir olmayacak, ayrıca bu hileli davranışları nedeniyle bu sözde yargıç veya hakemlerin başkalarına zarar vermeleri nedeniyle cezalandırılabilmeleri de pek muhtemel olacaktır⁷⁴. Neticede liberteryen bir toplumda artık, yargı ve güvenlik hizmetleri için piyasada tür olarak aynı hizmeti sunan pek çok ekonomik aktör vardır, hiçbiri (devlet gibi) tek ve vazgeçilemez değildir. Rothbard'ın deyimiyle Amerikan kuvvetler ayrılığı rejimindeki gibi göstermelik ve sahte⁷⁵ bir denge ve denetleme sistemi yerine artık çok aktörlü gerçek bir denge ve denetleme sistemi söz konusu olacaktır.

Özel yargı ve güvenlik hizmetleri konusunda bir başka önemli sorun icra edilebilirlik konusunda çıkar. Örneğin bir polis teşkilatı bir hırsızlık soruşturmasında X kişinin suçu işlediğini tespit etti, ya da bir özel mahkeme o X kişinin suçlu olduğu yönünde hüküm verdi. Fakat gerek polis tahkikatına gerekse mahkeme kararına itiraz eder ve kendisine yüklenen isnatları kabul etmezse ve hatta yaptırımdan kaçıp uymazsa ne olacaktır? Rothbard, bu soruya cevabı, *Lex Mercatoria* üzerinden verir. Ortaçağda ticaret erbabı, politik tesirlerle ağır aksak, verimsiz ve kalitesiz hizmet sunan devlet yargısıyla meselelerini çözmek yerine, kendi aralarında teşkil ettikleri özel ticaret mahkemelerinde çözmüşlerdir. Bugünkü devamlı gelişen tahkime benzer yapıları olan, hızlı, ücreti mukabil ve gönüllü katılım esasına bağlı çalışan bu yargı kurumları, ardına devletin zor gücünü almasa da etkin işlemiştir; çünkü bunların kararlarına uymama sorununu tacirler “uyumsuz”u ticaret dünyasından “dışlama” (*economic ostracism*) yoluyla yaptırımlandırmışlardır⁷⁶. Rothbard ekonomik sahadan dışlanma ve uyumsuz kişilikle işlem yapılmaması biçiminde işleyen ahlaki ayıplamanın, günümüzde, geçmişte olduğundan çok daha etkin (ve devlet yaptırımına nazaran da daha caydırıcı) olacağını savunmaktadır; zira günümüzde teknolojik kayıtlama, küresel bilgi akışı ve kredi derecelendirme gibi gelişkin pratikler söz konusudur⁷⁷.

Yargı ve güvenlik dahil kamu hizmetlerinin devlet tekeli biçiminde işlemesine Rothbard, saldırı gözüyle bakar. Böylesi bir yargı teşkilatından çıkacak kararlar ile devletin bireyler üzerindeki baskı ve saldırıları, adalet dağıtma kisvesi altında sürdürülmüş, bireyler de kisveye odaklanarak ideolojik bir süreç işletilmiş olur. Bu yüzden devlet tekelindeki yargının yargıçlarına Rothbard, bilgi, liyakat ve sorun çözme erdemlerine göre değil, politik saiklerle seçilen politik *hacker*'lar gözüyle bakar⁷⁸. Üstelik yargı organlarının kanuna bağlı hareket edebildiği yasama-aktif hukuk düzenlerinde bu saldırının yoğunluğu, ona göre, daha da fazladır. Yargısal teşkilat içerisindeki mevcut tekel yapılar da aslında Rothbard'ın gözünde devlet saldırganlığının en temel aygıtları konumundadır. Örneğin anayasaya anlam verebilecek ve onu doğru yorumlayacağını varsayacağımız tek otoritenin – A.B.D. özelinde – *Supreme Court* olmasını eleştirir. Yargı tekeli olan devlet bu anayasal mahkeme vasıtayla, sözde kendini sınırlayan anayasayı yorumlamaktadır. Rothbard'a göre tüm bunlar birer aldatmacadır⁷⁹.

74 Rothbard (n 4) 239 ff.

75 Kuvvetler ayrılığı doktrininin en başarılı uygulaması biçiminde gösterilen Amerikan anayasal yapısının sahte ve göstermelik olmasının nedenini Rothbard, yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarının her birinin birer tekel biçiminde işlemesi olarak gösterir. Bkz. Rothbard (n 4) 240.

76 Rothbard (n 4) 228.

77 ibid 229.

78 ibid 227.

79 ibid 48, 66.

D. ROTHBARD'IN LİBERTERYEN ADALETİ VE ELEŞTİRİSİ

Liberteryenizm bilindiği üzere devlet müdahalesinin doğrudan kendisi olan yeniden dağıtım fikrine ve onun dağıtıcı adalet kavramına uzanan temellerine muhaliflikle belirmiş bir akımdır⁸⁰. Liberteryen adalet, en özet biçimde, serbest piyasadaki değerlerin rızai transferinde kendini gösteren komütatif (*commutative*) mübadele adaletidir. Cezalandırma kuramında bu bakış açısını, caydırıcılık ve rehabilitasyon gayelerine karşı, özü gereği acıya karşı acıyı öngören (yani acı transferini amaçlayan) ödetmeci (*retributivist*) *lex talionis* (kısasa kısas) ilkesini hedef olarak koymasıyla sürdürür⁸¹. Dağıtıcı adaletin formları olan sosyal adalet ve pozitif ayrımcılık gibi kavramlara karşı Rothbard'ın alerjik reaksiyonunu, örneğin feminizme karşı yazdığı “Büyük Kadın Kurtuluşu Davası: İşin Doğrusu” başlıklı gayet sert metninde görebilmek mümkündür⁸². “Şu sektörde kadın istihdamı düşük ve orada istihdamı arttırmak adına pozitif ayrımcılık yapılması gerekir” türünden fikirlere çok sert tepki gösterir. Bunlar bahane edilerek devlet müdahaleciliğine açık kapı bırakıldığını, piyasa dinamiklerinin ve bireysel hakların tarumar edildiğini dile getirir. Oysa ki piyasada talep ne ise, istihdam düzeyleri ve nitelikleri ona göre oluşur. Bazı sektörlerde erkek, bazılarında kadın, bazılarında siyahi, göçmen, genç veya yahudi çalışan sayısı fazladır; bunu piyasadaki talep belirler. “Ne yapalım, fazlalık olduğunu düşündüğümüz grupları ülke dışına mı sürelim” der, Rothbard. Örneğin kadın istihdamının (feminist tezlerin tersine erkek egemen kültür nedeniyle değil, fakat kadının doğal özellikleri nedeniyle) ikame çalışan yetiştirme maliyetinin düşük olduğu sektörlerde yoğun olduğunu, bu maliyetin yüksek olduğu yerlerde ise düşük düzeyde olduğunu savunur; çünkü iş yaşamının ortalarında kadınlar genellikle doğum izni alarak uzun soluklu aralar vermekte ve ikame işgücüne ihtiyacın doğmasına neden olmaktadır. Dolayısıyla bu gibi nedenlerle ortaya bir işgücü talebi çıkmakta ve bu piyasa içi dinamiklerle oluşmaktadır. Bu itibarla çeşitli sektörlerde dönük yeniden dağıtımcı yapay müdahaleleri Rothbard sert bir şekilde eleştirerek, dağıtıcı adaletten yana *olmayan* pozisyonunu gözler önüne serer⁸³.

Liberteryenizmin bireyci ve özel mülkiyetçi bir perspektif üzerine kurulu adalet kavramı, Rothbard gibi bu yönde radikal bakış açılarını bünyesinde toplayan bir düşünce akımı olması dolayısıyla çokça eleştiriye muhatap olmaktadır. Bunlardan – Rothbard'ı doğrudan bağlayan – belki de en dikkat çekici ve kapsayıcı olanlarından birkaçına göz atmamız faydalı olabilir.

Liberteryen kuramın temellerini ilgilendiren bir eleştiriye Rothbard “Filika Örneği” ile ele alıp, kendince cevap vermeye çalışmıştır⁸⁴. Farazi örnekte, fırtınada batacak bir gemide sadece bir filika vardır. Filika sekiz kişiliktir ancak gemide çok daha fazla insan vardır. Rothbard'a göre geminin ve

80 Sandel (n 63) 79.

81 Fakat Rothbard cezada oran-orantı bahsinde “bir dişe bir diş” değil, “bir dişe bir ya da iki diş” prensibini (bu konuda mağdura da söz hakkı verilir) savunarak kısasın tam denkleştirici değil ödetmeci (*retributivist*) mantığını savunur. Cezalandırma teorilerinin diğerlerine bakışını ise temel gerekçeleriyle özetlemeye çalışırsak: Rehabilitasyon teorisine mağdur odaklı olmadığı ve mağduru tatmin etmemesi nedeniyle itiraz eder. Caydırıcılığın faydacı mantığına ise masum birini bile ibret-i alem için astıran özelliği nedeniyle karşı çıkar. Bkz. Rothbard (n 5) 95 vd.

82 Rothbard (n 27) 105 vd.

83 Rothbard (n 27) 107.

84 Rothbard (n 5) 155 vd.

filikanın sahibi kimse, filikadaki yer tahsisatının kriterlerini belirleme hakkı ve yetkisi ondadır. “Önce kadın ve çocuklar” diyebilir, “en zeki ya da zengin olanlar” diyebilir, kura çekebilir vs. vs... Mülk sahibi o olduğu için ne diyorsa ona uymak gerekir. Eğer filikanın sahibi ölmüşse ve bu yüzden filika sahipsiz mal konumundaysa, ona ilk erişen kişi “ilk işgal” prensibi nedeniyle malik olur ve kural koyma yetkisi kendisinin olur. Meselenin bam teli ise örneğin filikanın sahibinin yer olmasına rağmen hiç kimseyi ya da belli bir kimseyi filikaya almak istememesi gibi bir durumda yaşanır; neticede liberteryen akaitte yardım etmek sadece gönüllüce yapılabilecek bir davranış olup zorunluluğu söz konusu olmaz. Bu gibi durumlardaysa kendine-sahiplik ilkesiyle saldırmazlık ilkesi çatışmaya başlar, yani liberteryen kuramın iki temel taşında sorun çıkar. Kişinin, hayatta kapabilmek adına, filikaya kendisini almak istemeyen kişinin kutsal mülkiyetine tecavüz etmesi meşru mudur, değil midir? Hukuk dogmatığı Rothbard’ı rahatsız eder biçimde özel mülkiyet hakkına gerektiği gibi bir değer biçmediği için, yaşama hakkını mülkiyetin önüne koyarak ve zorunluluk hali gibi kavramlar vasıtasıyla buna cevaz verir. Rothbard ise sorunu evirir, çevirir ve sonunda – gerekçesini pek açıkça sunamadan fakat en azından kendi düşünce yapısının bütünlüğüyle tutarlılığı korumak adına – yaşamak için mülkiyete tecavüzün yine de meşru olamayacağını söyler. Bunun ne derece rasyonalist doğal hukukun bünyesine uyacağı sorguya açıktır. Crusoe’nun praksiyolojik adımlarında insan önce varolduğunu anlar ve sonrasında çevresindekilere değer yükler. Öncelikle kendisi değerlidir. Bu ne derece kutsallaştırılmış ve benlikle özdeşleştirilmiş bir mülkiyetçiliktir ki, Rothbard’ın cevabı haline gelmiştir?

Molinari’den Rothbard’a dek, devlete yapay bir organizasyon gözüyle bakılmakta (toplumun kendi ihtiyaçları nedeniyle ürettiği kurumlar arasında devlet sayılmamakta) ve tüm doğallık serbest piyasa mekanizmasına izafe edilmektedir⁸⁵. Bu bakış açısına karşı, insanlık tarihinin yazılı kısmının önemli bir kısmında mekân gözetmeksizin göze çarpan devletin nasıl olur da doğal olmadığını tekrar sormak gerekir. Devlet, insanların çok parçalı ve girift faaliyetlerini koordine etmek amaçlı akıl ürünü bir mekanizma olarak görülemez mi? Pek çok kişi böyle görmektedir. Bir örnek ile açıklayalım: Anarşist liberteryenler, tüm kamusal malların özelleşmesi gerektiğini söylerlerken, muhtemelen parça parça üzerinde belki de binlerce özel mülkiyet hakkının mütessis olduğu, yüzlerce kilometrelik bir otoyol hayal ederler. Bu yolun birkaç parçasının bakımı, gereği gibi sahiplerince yapılabilir; ancak bunun gereği gibi yapılmadığı kısımlarla ilgili kimden, hangi yolla, ne hak(lar), hangi şartlar altında talep edilebilecektir? Ayrıca illa ki bundan kaynaklı bir somut zararın ortaya çıkması mı beklenmelidir? Ya da soruyu değiştirelim: Pek çok özel mülkiyet sahibi biraraya gelerek, tam bir uzlaşım la kendi mülklerinden geçecek bir otoyolu kolaylıkla planlayıp, bu planı kolaylıkla gerçekleştirebilecekler midir? Bu sorun, pek çok muhatapla aynı anda muhatap olunulan ve çözümü çok da kolay olmayan bir sorundur. Bir liberteryen olarak nitelendirilmesi mümkün olan Ronald Coase, bir şirketin varlık nedenini işlem maliyetlerinin düşürülmesi olarak açıklar⁸⁶. Fakat liberteryenlerin, özellikle de

85 Yaman ve Tarhan (n 2) 224.

86 Ronald H. Coase, ‘Firmanın Doğası’, Can Madenci (çev.) iç Coşkun Can Aktan (ed) *Nobelite ve Liberal İktisat* (Sobiad Yayınları 2020) 171. Özetle, bir kişi, girift ve parçalı bir işin gerçekleştirilmesi için akdedeceği bir sözleşme için, pek çok uzmanlığa konu iş bölümlerini gerçekleştirecek çok sayıda muhatapla (örneğin bir gömlek alımı için kumaşçı, dikici, ütücü, makasçı, kargocu vs ile) ayrı ayrı sözleşme imzalamak yerine, onların tamamının tek bir çatı altında istihdam edildiği tek bir tüzel kişi (tekstil şirketi) ile işlem yapabilmekte, bu sayede işlem maliyetlerini mükemmel ölçüde

Rothbard gibi anarko-kapitalist olanlarının, devleti yukarıdaki ihtimallerde yaşanacak karmaşıklık durumunu ortadan kaldıran dolayısıyla da işlem maliyetlerini azaltan bir varlık olarak görmek istememek gibi bir eğilimleri vardır. Belki tekel devlet için bunun tam aksini düşünmelerine gerekçe sunabilirler, fakat bu gerekçe doğallık-yapaylık tartışmasına kestirimden öte nitelikli bir açıklama getirmez.

Bir diğer önemli eleştiri şu soruyla özetlenebilir: Gerçek bir özgürlük düşkünü Rothbard'ın devletin karşısında her türlü kerameti biçtiği serbest piyasanın kendine özgü koşulları altındayken bireysel özgürlük ne derece mümkündür? Netice itibarıyla kuralları serbest piyasanın koyduğu bir toplumsal düzende, piyasada talep gören değerlere dönük bir temayül oluşur, herkesin davranışını ve seçimlerini piyasa talepleri belirler. Böyle bir ortamda bireylerin tercihlerinin ardında gerçek anlamda özgür bir irade ne derece bulunabilir? Rothbard bu soruya karşı *İnsan, İktisat ve Devlet*'in ikinci cildinin hemen başında "Tüketici Egemenliği" kavramına karşı tepkisini dile getirerek kısmen cevap vermiştir. Burada siyasal düşünce lügatına ait bir kavram olan egemenliğin iktisadi sahada kullanımının hatalı sonuçlarıyla karşı karşıya geldiğini ifade eden Rothbard'a göre piyasada gerçek bir egemen bulunmamaktadır. Tek egemen bireyler ve onların istençleridir; herkes kendisi üzerinde egemen olup, kimse bir başkası üzerinde egemen değildir. Hiç şüphesiz yaptığı işlerle zenginliğin peşinden koşanlar vardır. Fakat böyle bir saikle hareket etmeksizin yaptığı işin zenginliği getirdiği pek çok ekonomik aktör de vardır. Dolayısıyla tüketici egemenliği kavramı, Rothbard'ın gözünde, gerçekçi ve benimsenebilir bir kavram değildir⁸⁷.

Liberteryen toplumda tamamıyla kendisinden sorumlu, özel mülkiyet sınırları içerisinde tamamıyla özgür ve bu konuda hiç kimseye borçlu varsayılmamış, yetenek ve emeğinin semerelerinin – kimseyle paylaşma yükümlülüğü olmaksızın – tek sahibi olacak bir birey resmi çizilir. Peki yeteneklerin kazanılması ya da geliştirilmesinde hiçbir toplumsal pay ya da katkı yok mudur?⁸⁸ Bu sorunun cevabı, o yeteneklerin neticesinde ortaya çıkan kazanımların ne oranda herkesi dışlayıcı bir özel mülkiyet hakkının surları içerisine alınabileceği sorusunu gündeme getirecektir. Bunu bir başka soruya daha dönüştürebiliriz. Nuccio Ordine'nin tarihte pek çok zihnin odaklandığını göstererek odaklandığı soruya: İnsan Ada Mıdır?⁸⁹ Rothbard sanki biraz öyle düşünür. Üstüne üstlük buna aklın hukuku da demektedir. Ancak her nedense bu bakış açısı Doğuda ve Batıda pek çok aklın tam olarak alamadığı bir şeydir. Örneğin İslâmi adalet kavramını tartıştığı kısa metninde İqbal, liberteryenizmin her bireyi kendi bacağından astığı kültüre ve adalet anlayışına karşı, "kardeşlik" kavramının İslâmî adalet kavramının içerisinde olduğuna vurgu yapar⁹⁰; neticede – liberteryenlerin istemeyeceği bir tarzda – insanların birbirinden sorumlu kılındığı bir kültürdür bu: "din kardeşinden sorumlusun". Dolayısıyla bu bakış açısına göre, insan da bir ada değildir. Batıya yüzümüzü çevirirsek Fransız cumhuriyetçiliğinin mottosunda geçen *Fraternité* ile karşılaşırız. Demek ki bu görüş de adaya epey bir mesafelidir. Fakat Rothbard bir Lockeçu olarak orjinalisttir ve *Fraternité* yerine tekrar

düşürmektedir.

87 Rothbard (n 28) 540.

88 Yaman ve Tarhan (n 2) 112.

89 Nuccio Ordine, *İnsan Ada Değildir*, Leyla Tonguç Basmacı (çev.) (Alfa Yayınevi 202)..

90 Zafar İqbal, *Adalet: İslâmî ve Batılı Perspektifler*, Lütfi Sunar (çev.) (2. Baskı, İktisat Yayınevi 2021) 71 vd.

mülkiyeti geçirir. Fakat enteresandır, kendisinin yergiler düzdüğü faydacılar, İngiliz-Amerikan siyasal kültüründeki – Locke'un "mülkiyet"ine – ikame kavram olan "mutluluğu takip etme"nin içindeki mutluluğa biraz daha fazla kafa yormuş görünürler: Buradaki mutlu olma, bir ada gibi tek başına mutlu olmak mıdır (ki Bentham buna faydacılık değil, bencillik der), yoksa bir arada mutlu olmak mıdır? Cevaplarından çıkan şey "kamu yararı" olduğu için Rothbard'ı yine memnun etmez.

V. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Büyük iddialar büyük zafiyetler barındırır. Rothbard'ın görmezlikten gelinen bazı sorunları gözler önüne seren – bu yönüyle de faydalı addedilmesi gereken – radikal söylemi ve – kendi deyimiyle – devrimci önerileri, yine de liberteryenizme yönelik envai çeşit eleştiriden müstesna, mükemmel bir entelektüel yapı teşkil etmekten uzaktır. En genel eleştiriler, her bireyin kendi bacağından asıldığı bir dünya tasarlamasına yöneliktir. Bu tasarımın, Rothbard'ın ütopyası olmasına rağmen, dünyanın pek çok kültürel çevresinin kültürel kodlarına uymaması dolayısıyla bir distopya gibi algılanması muhtemeldir. Bu konuda birkaç ilave sorunsala işaret edip, konuyu ortalama bir makale sınırlarında tutarak kapatabiliriz sanıyorum.

Rothbard'ın her bireyi kendi bacağından asan tezleri, toplumda dezavantajlı bireylerin yokoluşlarına karşı suskundur. Örneğin küçük bir çocuğun ailesi tarafından katledilmesi ihtimalini düşünürsek... Bu hiç şüphesiz saldırmazlık prensibini ihlal ettiği için ailesini suçlu kılar. Fakat cinayet çok gizli bir biçimde işlenmiş ve çocuğun cesedi çok iyi bir biçimde saklanmışsa ne olacaktır? Mağdur odaklı bir ceza hukuku sistemi öngörüldüğü için mağdur ölmüştür ve onun namına hareket edecek bir kişi ya da kurum da söz konusu değildir? Talep olmaksızın kamu adına reşen hareket edecek bir merci de yoktur, çünkü "kamu" diye bir şey yoktur. Çocuk, öldürülmesi ihtimaline karşı bir güvenlik firmasından ne kadar hizmet satın alabilir? Belki daha üç yaşındadır. Çocuğun meşru müdafaa hakkı vardır, ama tabii ki gücü yeterse. Ya da çocuğun öldürülme tehlikesini önden sezdiğinde, ailesi dışındaki kişilerden – imkân olursa – yardım isteme ihtimali olabilir; ama liberteryen bir toplumda kimsenin bir başka kimseye yardım etme mecburiyeti yoktur. Bu eleştirideki "çocuk" simgeseldir. Çocuğun yerine, toplumsal dışlanmışlık yaşayan ve hiçbir destek bulamayan pek çok kimseyi koyabiliriz. Kendilerini koruyacak güçleri yoksa, güvenlik hizmeti alacak kadar varlıkları yoksa ve destek görecekları bir sosyal sermayeleri yoksa yalnızdırlar ve başlarına her şey gelebilir. Rothbard sonrasında Murphy gibi başkaca anarşist liberteryenler, bu tutunamayanlara liberteryen coğrafyanın çıkışı kapısını göstermektedirler. Halen devlet denen varlığın var olduğu demode ikinci ya da üçüncü dünyanın kapıları kendilerine açıktır, liberteryen diyardan yol yakinken ve henüz ayakta larken çekip gidebilirler.

Liberteryen toplumdaki yargı şirketleri, sattıkları adalete hile karıştırırlarsa, Rothbard bunların yargı piyasasında tutunamayacaklarını, dolayısıyla bu yanı sıra düşmeyecekleri iyimserliğini sergiler. Fakat "ya olursa" sorusuna cevabını piyasa dinamikleri çerçevesinde (makro düzeyde) verir. Yani meseleye yargı şirketi perspektifinden bakarken, hile mağduru gözünden bakmaz. Mağdur olan, bu süreçte çoktan mağdur olmuştur. Fakat bu mağduriyetler birikecektir ve yargı şirketinin adı çıkacaktır ki,

gerçek yaptırım (ekonomik *ostrakismos* ya da müşteri kaybı ya da iflas) vuku bulsun; Rothbard'ın gözlüklerinden, şirketin başına gelenlerin öncesinde yaşanmış tekil mağduriyetlerin pek bir önemi yokmuş gibi bir görüntü yansıtmaktadır. O zaman bu bakış açısının ne kadar bireyci olduğunu bir kez daha sormak gerekir.

Gelecekteki hukuk düzenlerinde Rothbard'ın radikal söylemleriyle tam olarak örtüşen gelişmeler yaşanır ya da yaşanmaz, bunu bilebilmek mümkün değildir. Fakat bazı temayülleri görebilmek de zor değildir. Örneğin, gelişkin tahkim süreçleriyle devlet yargısına alternatif çözüm mekanizmalarının ve mağdur odaklı onarıcı ceza adaleti yaklaşımlarının her geçen gün yaygınlaşması ya da yasama organlarının bazı alanlardan kısmen çekilerek bağımsız idari otoriteler ve onların esnek hukuk kurallarına yer açması gibi... Ya da kamu hizmetlerinin arz biçimlerinde yaşanan değişimler ve bunların küresel ölçekte uluslararası antlaşmalarla yaygınlaşması gibi... Dolayısıyla Rothbard'ın anarşist-liberteryenizmi gibi radikal söylemlerin, hukuk dogmatğine perçinlenmiş muhafazakârlıkla örselenmeyecek ölçüde kıymetli, şeytanın gör dediğini gösteren yönlerinin olduğunu hatırd tutmakta fayda bulunmaktadır.

KAYNAKLAR

- Aktan C C ve Yolal Eoğlu M, 'Murray N. Rothbard: Devletin Meşruiyetine Radikal Bir Eleştiri' (2019) 11(2) Ekonomi Bilimleri Dergisi 108-130.
- Barry N P, *On Classical Liberalism and Libertarianism* (Macmillan Press 1986).
- Brennan J, Liberteryenizm, Yayla A (çev) (Liberte Yayınevi 2015).
- Coase R H, 'Firmanın Doğası', Madenci C (çev) iç Coşkun Can Aktan (ed) *Nobelite ve Liberal İktisat* (Sobiad Yayınları 2020).
- De Molinari G, *Serbest Piyasa ve Güvenlik*, Polat G (çev) (Liber Plus Yayınları 2016).
- Dülger M, 'Anarko-Bireyci Bir Doğal Hukuk Yorumu: Lysander Spooner ve Hukuk Teorisi' 2023 81(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 507-529.
- Graf K, 'Action-Based Jurisprudence: Praxeological Legal Theory in Relation to Economic Theory, Ethics, and Legal Practice' (2011) 3(19) Libertarian Papers 1-75.
- Hoppe H H, 'Takdim' iç Rothbard M N, *Özgürlüğün Etiği*, Tapramaz R (çev) (Liberte Yayınevi 2009) xiii-xlvi.
- Iqbal Z, *Adalet: İslamî ve Batılı Perspektifler*, Sunar L (çev) (2. Bası, İktisat Yayınevi 2021).
- Kinsella S, *Legal Foundations of A Free Society* (Papinian Press 2023).
- Mercuro N, 'The Jurisprudential Niche Occupied by Law and Economics' (2009) 2 The Journal of Jurisprudence 61-109.
- Mill J S, *Hürriyet Üstüne*, Dostel M O (çev) (3. Bası, Liberte Yayınevi 2012).
- Murphy R P, *Kaos Teorisi: Piyasa Anarşizmi Üzerine İki Makale*, Gülmez T (çev) (Liber Plus Yayınları 2016).
- Pink T, *Özgür İrade: Kısa Bir Giriş*, Gülenç K (çev) (Say Yayınları 2023).
- Puchniewicz S, 'Property Rights as The Source and Limitation of The Rights of An Individual, and The Foundation of A Society According to Murray Newton Rothbard' (2019) 10 Zoon Politikon 56-74.
- Rothbard M N, *Ethics of Liberty* (New York University Press 1998).
- Rothbard M N, *For A New Liberty: A Libertarian Manifesto* (3th Publ. Collier MacMillan Publishing 2002).
- Rothbard M N, *Özgürlüğün Etiği*, Tapramaz R (çev) (Liberte Yayınevi 2009).

- Rothbard M N, *Eşitlikçilik: Doğaya Karşı İsyan*, Acar M (çev) (Liberte Yayınevi 2009).
- Rothbard M N, *İnsan, İktisat ve Devlet – I – İktisadın İlkeleri Üzerine Bir İnceleme*, Uzun A ve Uzun A M (çev) (Liberte Yayınevi 2009).
- Rothbard M N, *İnsan, İktisat ve Devlet – II – İktidar ve Piyasayla Birlikte*, Uzun A ve Uzun A M (çev) (Liberte Yayınevi 2009).
- Rothbard M N, 'Praxeology: The Methodology of Autrian Economics' in Dolan E G (ed) *The Foundations of Modern Ausrian Economics* (Sheed&Ward, Inc. 1976).
- Sandel M J, *Adalet: Yapılması Gereken Doğru Şey Nedir?*, Kocaoğlu M (çev) (Bingbang Yayınları 2013).
- Spooner L, *Hukuk Nedir? – Seçme Metinler*, Dülger M (der & çev) (XII Levha Yayınları 2022).
- Stromberg J R, 'Türkçe Baskı İçin Takdim', Uzun A ve Uzun A M (çev) iç *İnsan, İktisat ve Devlet – I – İktisadın İlkeleri Üzerine Bir İnceleme* (Liberte Yayınevi 2009) xi-lxxv.
- Taner A, *Murray N. Rothbard: Liberal Gelenekte ve Siyaset Felsefesindeki Yeri* (Liberte Yayınevi 2010).
- Yaman S ve Tarhan B, *Liberteryenizmin Felsefi Temelleri* (Liberus Yayınevi 2021).
- Van Duffel S, 'Libertarian Natural Rights' (2004) 16(4) Critical Review 353-403.
- Vergara F, *Liberalizmin Felsefi Temelleri: Liberalizm ve Etik*, Arıbaş B (çev) (İletişim Yayınları 2006).

Hukuk ve Uygulamada İnsanca Sığınma Üzerine Dünyadan ve Türkiye’den Notlar

Notes From the World and Türkiye on Humane Asylum in Law and Practice

Ekin Deniz UZUN* 

ÖZ

İnsanca sığınma kavramı, sığınma arayan kişinin hedef ülkeye ulaşması ve varış ülkesinde bulunduğu zaman bağlamında değerlendirilmelidir. Sığınma arama sürecinde bireyin insanca bir muameleye tabi tutulması insanca sığınmanın kavramsal değerinin ilgili devletçe hukuk ve uygulamada idrak edilmiş olması ile mümkün olur. Bahsi geçen idrak, sığınma başvurusu işletim sürecinin kişiler için belirsiz kılınmaması ve hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkının ilgili ülke tarafından benimsenmiş olması anlamına gelmektedir. Sığınılan ülkede insana yakışır bir sığınmanın kişi için mümkün kılınmış olduğu çıkarımına varılabilmesi için ülkedeki sosyal uyum sürecinin de ayrıca dikkate alınması gerekir. Sosyal uyum, hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkının ulusal düzenlemelerde ve uygulamada ekonomik, sosyal, kültürel, siyasi ve mekânsal alanlara sirayet etmiş olması ve kişinin içerisinde bulunduğu sürecin belirsiz kılınmaması ile gerçekleşebilir.

Makale, hedef ülkeye varış sürecinde insanca sığınma kavramını dünyadan örnekler bağlamında tartışır ve uluslararası hukuk düzenlemeleri üzerinden sığınma arayan kişilerin hakları ile devlet uygulamalarının hangi durumlarda insanca sığınma kavramına ters düşeceğini analiz eder. İnsanca sığınma kavramının varış ülkesinde geçirilen ve toplumsal uyuma ilişkin boyutunu ise Türkiye’de bulunan Suriyeliler ile ilgili olarak hukuk ve uygulamayı göz önünde bulundurmak suretiyle somutlaştırır. Neticesinde, makale insanca sığınmanın hukuk ve uygulamanın örtüştüğü noktada gerçekleşeceğini vurgulamakla beraber, özellikle sosyal uyum açısından farklı dinamiklerin denkleme girmesi nedeniyle insanca sığınma kavramında gri alanlar olabileceğine işaret eder.

Anahtar Kelimeler: İnsanca sığınma, Hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkı, İnsan hakları, Sosyal uyum, Devlet uygulamaları.

* Dr. Öğretim Üyesi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-9757-0223>

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Ekin Deniz UZUN

E-posta/E-mail: eduzun@aybu.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 15.08.2024

Kabul Tarihi/Accepted: 30.10.2024

ABSTRACT

The concept of humane asylum should be considered in the context of asylum-seekers' arrival in the destination country and their stay there. The humane treatment of individuals in the asylum-seeking process is only possible if the conceptual value of humane asylum is recognised in law and practice by the state concerned. This means that the asylum procedure is not rendered uncertain for individuals and that the country concerned accepts the right to be recognised as a person before the law. To conclude that a humane asylum in the country of asylum is possible for the person, the social cohesion process in the country of asylum must also be considered. Social cohesion can only be realised if the right to be recognised as a person before the law has permeated the economic, social, cultural, political, and spatial spheres in national regulations and practice and if the process in which the person finds themselves is not rendered uncertain.

The article discusses the concept of humane asylum in the process of arrival in the destination country in the context of examples from around the world. It analyses the rights of asylum seekers through international legal regulations and the circumstances in which state practices may contradict the concept of humane asylum. It concretises the dimension of humane asylum concerning social cohesion in the destination country by considering the laws and practices regarding Syrians in Türkiye. As a result, the article emphasises that humane asylum will be realised at the point where law and practice overlap. However, there may be grey areas in the concept of humane asylum due to the introduction of different dynamics into the equation, especially regarding social cohesion.

Keywords: Humane asylum, The right to be recognized as a person before the law, Human rights, Social cohesion, State practices.

GİRİŞ

Jean-François Durieux sığınma sürecini “*mülteci zamanı*” kavramı ile formüle eder ve mülteci zamanını iki düzlemde değerlendirir. Durieux’in analizinin ilk boyutu “*bağlanma sürecinde geçen zaman*”dır ve kişinin ilgili ülkede hayatını kurmasına ilişkin başlangıca tahakkuk eder¹. Zaman içerisinde bireyin devletle olan ilişkisinin doğru orantılı bir şekilde artış göstermesi beklenir². 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşme’nin (1951 Cenevre Sözleşmesi)³ mantığında da aynı doğru orantılı ilişki yatar⁴. Durieux, mülteci zamanının ikinci aşamasını mülteci statüsünün sona ermesi ile açıklar⁵.

Makale, insanca sığınmanın ne olduğu ve nasıl olması gerektiğine ilişkin araştırmasını, mülteci zamanı kavramında yer alan ilk boyut bağlamında, sığınma arama ve uyum süreci hususları etrafında

- 1 Jean-François Durieux, ‘Temporary protection: Hovering at the edges of refugee law’ in Maarten den Heijer and Harmen van der Wilt (eds), *Netherlands Yearbook of International Law* (TMC Asser Press 2014) 221–253.
- 2 James C Hathaway, *The Rights of Refugees* (Cambridge University Press 2021), 173.
- 3 Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşme (kabul ediliş tarihi 28 Temmuz 1951, yürürlüğe giriş tarihi 22 April 1954) 189 UNTS 137 (1951 Cenevre Sözleşmesi), RG 5.9.1961/10898.
- 4 Jessica Schultz, ‘An end to asylum? Temporary protection and the erosion of refugee status’ in Christine M Jacobsen, Mary-Anne Karlsen and Shahram Khosravi (eds), *Waiting and the Temporalities of Irregular Migration* (Taylor & Francis Group 2021) 174.
- 5 Bknz UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), ‘The Cessation Clauses: Guidelines on Their Application’ 26 April 1999 <<https://www.refworld.org/policy/legalguidance/unhcr/1999/en/39942>> accessed 6 August 2024. Ayrıca bknz Hamsa Vijayaraghavan and Pallavi Saxena, ‘A premature attempt at cessation’ (2019) 62 *Forced Migration Review* <<https://research.ebsco.com/c/vxop63/viewer/pdf/jtqxqekrdn>> accessed 6 August 2024.

açıklar. Makalenin ileri sürdüğü tez, Duriex'in mülteci zamanının *insanca sığınmaya uygun olarak* başladığının ve devam ettiğinin anlaşılabilmesi için birtakım bileşenlere ihtiyaç olduğudur: Kişinin sığınma talebinde bulunduğu ve dolayısıyla zulümden/zulüm tehdidinden kaçmakta olduğunun tespiti; tespiti ilişkin sürecin belirsiz tutulmaması, hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkı bağlamında hukuki ve uygulamadaki kuralları belli insan onuruna yakışır bir sığınma sürecinin kişi için işletilmesi⁶.

Sığınmaya ilişkin süreç kişinin ülkesini terk etmesi ve sığınabileceği bir ülke arayışına girmesi ile başlar. Bu zamanın insanca sığınma mantığına uygun ilerlemesi, devlet uygulamalarının sığınma talebinde bulunan kişileri *nesneleştirmeksizin*,⁷ temel hakların öznesi olduklarını idrak etmiş nitelikte olmasıyla mümkün olur. Şayet devletler sığınma talep eden ve bu arayıştaki kişileri ırk, din, dil ve mezhep ayrımı yapmaksızın, geldikleri coğrafyayı değerlendirme denklemine almadan bir sığınma politikası geliştirmiş olurlarsa örneğin takip eden devlet uygulamalarına *de facto* boyutta ya da yasal düzenlemeler çerçevesinde rastlanılmayacaktır. Bahsi geçen olumsuz örnekleri somutlaştırmak adına: kuralları, usulü, işleyişi ve zamanı belirgin olmayan bir sığınma prosedürü benimsenmiş olması; geri itme yöntemleri ile hukuka aykırı bir şekilde kişilerin sığınma başvurusu yapmalarına engel olunması⁸; geri göndermeme prensibine uygun olmayan sığınma politikalarının benimsenmiş olması⁹; uzun süreli gözaltında tutmak ya da gözaltı sürecinde istismar ve zalimane uygulamalar ile psikolojik ve fiziksel şiddet uygulanması¹⁰.

İnsanca sığınma, sığınma talebinin ilgili devlette karşılık bulması sonrasında uyum sürecinin gerçekleşip gerçekleşmediği ya da ne oranda gerçekleşebildiği ile de ilgilidir. Türkiye'deki Suriyeliler bağlamında insanca sığınmanın sosyal uyuma ilişkin boyutu makalenin ikinci bölümünde hukuk ve uygulamadaki düzenleme ve örnekler üzerinden somutlaştırılır. Sosyal uyuma ilişkin husus, özellikle ampirik bir araştırma ile daha net ortaya koyulabileceği için, bu bölümde makale literatür taraması yapmak suretiyle farklı araştırmacıların bulgu ve görüşlerini harmanlamak yoluyla analizini yürütür.

Sosyal uyum kavramı bağlamında ise buraya kısa bir not düşmek gerekir. Henüz Türk kamuoyuna açıklanmış bir ulusal entegrasyon ya da sosyal uyum politikası bulunmamaktadır. Mevcut söylem genel itibarıyla *sosyal uyum* sürecine ilişkin olması sebebiyle makale kapsamında entegrasyon yerine

6 İnsanca sığınmanın kavramsal boyutu insanca bir yaşamın ne olduğunun ortaya konulması üzerinden de anlaşılabilir. İnsanca bir yaşamın elementleri üzerine açık uçlu ve kapsamlı olmayan bir liste yapılabilir: Bedensel sağlık ve bütünlük; hayal gücü ve düşünce üretme kabiliyetinin desteklendiği bir ortamda yaşamak; diğer insanlarla ilişkiler ağının sürdürülmesinin mümkün kılınmış olması; ekonomik açıdan kişinin düzenli bir gelire sahip olması. Sarah Fine, 'Refugees, Safety, and a Decent Human Life' (2019) 1 Proceedings of the Aristotelian Society, 47.

7 Adrienne de Ruiter, 'Objectification, Dehumanization in the Global Migration Crisis' (Oxford Academic, 2024) <<https://doi.org/10.1093/oso/978.019.8893400.003.0004>> accessed 6 August 2024.

8 Bknz Thom Davies, Arshad Isakjee and Jelena Obradovic-Wochnik, 'Epistemic Borderwork: Violent Pushbacks, Refugees, and the Politics of Knowledge at the EU Border' (2023) 1 Annals of the American Association of Geographers 113, 169–188.

9 Jean Allain, 'The *jus cogens* Nature of non-refoulement' (2001) 13 International Journal of Refugee Law 4, 533–558.

10 Sabine Bauer-Amin, Leonardo Schiocchet and Maria Six-Hohenbalken, *Embodied Violence and Agency in Refugee Regimes* (Bielefeld: transcript Verlag 2022).

uyum kavramı kullanılmaktadır¹¹. Ev sahibi devletin mültecilere yönelik uyum politikalarının mültecilerin asimilasyonuna yol açıp açmayacağı veya asimilasyon sınırlarına ulaşmadan mültecilerin uyumlarının sağlanmasının ne kadar kolay olup olmadığı da sorgulanabilir. Örneğin, mültecilere temel hakların verilmesi onların ev sahibi topluma tam uyumunu kolaylaştıracaktır. Ancak temel hakların tanınması yanı sıra tek tipleştirme hedefi ile tam uyum süreci içerisine kişiler sokulursa aynı zamanda bu durum bahsi geçen kişilerin kimliklerini zayıflatır ve köklerini unutmalarına yol açabilir. Ev sahibi devlet, mültecilerin kimliklerini gizleme eğiliminde oldukları bir korku kültürü aşılırsa, muhtemelen bu sonuç ortaya çıkar¹².

Suriyeliler özelinde durum, onların entegre olmak ve entegre olmamak spektrumunda olmaları ve bu durumun bir “arada olma” hali yarattığı üzerinedir¹³. Makalenin ilgili bölümü ortaya koymaktadır ki, Türk hukuku Suriyelilerin sosyal uyumu ve onlar için insanca bir sığınmanın gerçekleşmesi amacıyla gerekli yasal alt yapıyı oluşturmuştur. Ayrıca belediyeler ve Sosyal Toplum Kuruluşları (STK) bağlamında da Suriyelilerin sosyal uyumu için ilgili çalışmalar yürütülmektedir. Fakat, Suriyeliler ile ilgili doğru bilinen yanlışlar, ekonomik dalgalanmalar, karşılıklı olarak toplumun ve Suriyelilerin birbirini anlama yönündeki çabasının kesintiye uğraması ve bazı medya kanallarının olumsuz söylemleri gibi birtakım unsurlar sosyal uyum sürecinin sekteye uğramasına neden olmaktadır. Bu durum insanca sığınmanın Türkiye’de bulunan Suriyeliler bakımından gri bir alana denk düşmesine yol açmakta, örneğin çalışma, eğitim ya da sağlık hakları bağlamında haklara erişim konusunda Suriyelilerin birtakım aksaklıklar ile karşılaşmasına neden olmaktadır. İlgili bölümde haklara ilişkin hukuki düzenlemeler, uygulamadaki durum, belediye ve STK’ların rolü açıklanmıştır. Türkiye’nin bu kısımda değerlendirilmek üzere seçilmesinin nedeni ise 2011 yılından bu yana ülkenin gündeminde olan göç, mülteci ve sığınma hususlarının gelişen, değişen ve dinamik yapısı sebebiyle insanca sığınma bağlamında mevcut tartışmalar dahilinde ele alınabilecek – hukuki düzenlemeler nezdinde olumlu; uyum bağlamında arada olma – örneklerini barındırmasından öte gelmektedir. Arada kalma kavramı burada özellikle vurgulanmaktadır. Çünkü sığınma arama sürecinde ele alınan Türkiye dışında başka devletlerin sığınma politikaları insanca sığınma kavramı dışına düşecek, siyah-beyaz bir değerlendirmeyi gerektiren hukuka aykırı eylemler dizisinden ibarettir. Türkiye açısından ise, ulusal boyutta mevcut hukuki düzenlemelerin, Suriyelilerin, Türk toplumunun, ülkedeki belediyelerin ve STK’ların süreci şekillendiren ve etkileyen farklı aktörler olmaları sebebiyle insanca sığınma kavramının siyah-beyaz bir düzlemde değerlendirilemeyecek olmasından kaynaklıdır.

Yukarıda yapılan açıklamalar kapsamında, takip eden bölümlerde uluslararası hukuk düzenlemeleri ve literatür taraması yapılarak, insanca sığınma kavramının kapsamı hukukta ve uygulamada dünyadan ve Türkiye’den örnekler üzerinden analiz edilir.

11 Zeynep Şahin-Mencütek, N Ela Gökalp-Aras, Ayhan Kaya and Susan Beth Rottmann, *Syrian Refugees in Turkey Between Reception and Integration* (Springer 2023), 127.

Saime Özçürümez ve Ahmet İçduygu tarafından yapılan araştırma uyarınca, Türkçe yayınlarda uyum kelimesi en sık olarak kullanılan kelimedir. Saime Özçürümez ve Ahmet İçduygu, *Zorunlu Göç Deneyimi ve Toplumsal Bütünleşme Kavramlar, Modeller ve Uygulamalar ile Türkiye* (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2020), 27.

12 Oroub El-Abed, ‘The Palestinians in Egypt: Identity, Basic Rights and Host State Policies’ (2009) 2/3 Refugee Survey Quarterly 28, 532.

13 Şahin-Mencütek, Gökalp-Aras, Kaya and Rottmann (n 11) 127.

I. İNSANCA SİĞİNMA KAVRAMININ KAPSAMI

A. SİĞİNMA ARAMAK: NEDİR, NASIL OLUR?

1. Sığınma Aramak Nedir?

10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB) uyarınca, sığınma hakkı iki ana bileşenden oluşur: sığınma arama hakkı ve sığınma arama hakkından yararlanma¹⁴. İHEB madde 14(1) uyarınca, “[h]erkes zulüm karşısında başka memleketlerden mülteci olarak kabulü talep etmek ve memleketler tarafından mülteci muamelesi görmek hakkını haizdir”¹⁵. Madde 14’teki düzenlemenin yorumu kişinin bir ülkede sığınmayı talep edebilmesi halinde sığınma aramak hakkının varlık kazanabileceği şeklindedir¹⁶. Sığınma talep edilen devletin, kişinin ilgili sığınma başvurusunu değerlendirmesi egemenlik hakkının bir uzantısı/uygulamasıdır¹⁷. Dolayısıyla, sığınma aramak korunmaya yönelik bir arayışa ilişkinen, kişiye devlet tarafından sığınma verilmesi, bahsi geçen kişinin devlet bünyesinde bu korumadan yararlanması anlamını taşır¹⁸. Sığınma hakkı sığınma alma hakkı olarak değil, bireyin sığınma başvurusunda bulunma hakkı olarak düşünülmelidir¹⁹.

Kavram kargaşasını önlemek adına burada ayrıca sığınmacı, mülteci, zorla göç ve geçici koruma statüsü kavramları üzerine de kısa bir açıklama getirmek ve makalenin bahsi geçen kavramları kullanımına ilişkin bakış açısını ortaya koymakta fayda vardır.

1951 Cenevre Sözleşmesi sığınma hakkına yer vermemiştir. Bu durum, 1951 Cenevre Sözleşmesi’nin sığınma hakkının düzenlenmesi hususunda taraf devletlere açık kapı bırakmış olduğu şeklinde yorumlanabilir. Sığınma aramak ya da sığınma hakkı yerine, 1951 Cenevre Sözleşmesi, madde 1’de yalnızca mülteci kavramını tanımlar. 1951 Cenevre Sözleşmesi madde 1A(2) uyarınca:

ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyen; yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı

14 Not olarak, sığınma hakkının “açık ya da kabul edilmiş bir anlamı” bulunmamaktadır. Bknz Atle Grahl-Madsen, ‘Territorial Asylum’ (1981) 1 The American Journal of International Law 75.

15 Universal Declaration of Human Rights (adopted 10 December 1948) UNGA Res 217 A(III) (UDHR) art 14, RG 27.5.1949/ 7217.

16 Alice Edwards, ‘Human Rights, Refugees, and The Right ‘To Enjoy’ Asylum’ (2005) 17 International Journal of Refugee Law 2, 296.

17 ibid 300.

18 Maria-Teresa Gil-Bazo, ‘Asylum as a General Principle of International Law’ (2015) 27 International Journal of Refugee Law 1, 2.

Bir ülke tarafından sığınma hakkından yararlanma olanağı tanınması insani yardım unsurunu içerisinde barındırır. Lucas Kowalczyk and Mila Versteeg, ‘The Political Economy of the Constitutional Right to Asylum’ (2017) 102 Cornell Law Review 5, 1230.

19 Bknz Guy S Goodwin-Gill, Jane McAdam and Emma Dunlop, *The Refugee in International Law* (Oxford University Press 2021).

ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen [kişi mültecidir].

Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK)'ya göre, bir kişi 1951 Cenevre Sözleşmesi uyarınca aranan kriterleri sağladığı anda mülteci sayılmalıdır. BMMYK, bu bağlamda devlet tarafından mülteci statüsünün kişiye tanınmış olması koşulunu aramaz. Kişi zulme maruz kaldığı ülkeden ayrılması ile mülteci olarak kabul edilir – ki mülteci statüsünün varış devletince tanınması onu mülteci yapmaz, söz konusu tanıma ancak kişinin mülteci olduğunun bir ilanıdır²⁰. Ekleme gerekir ki, James Hathaway, 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin mülteci tanımının kendi ülkelerinde insan hakları korumasından yararlanamayan, haklarından mahrum bırakılmış kişiler olarak yapılmasını ve günümüz şartlarına uygulanabilirliği bakımından da 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin esnek bir bakış açısı ile değerlendirilmesi gerektiğini belirtir²¹. Bahsi geçen kavram karışıklığını gören David Miller, 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin tanımının takip eden şekilde yenilenmesi gerektiğini ileri sürer: *“tehdidin devlet zulmünden, devletin çöküşünden veya doğal afetten kaynaklanıp kaynaklanmadığına bakılmaksızın, yaşadıkları yerde kalmaları halinde insan hakları kaçınılmaz olarak tehdit altında olacak kişiler”*²². BMMYK'ya göre ise, 1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokolü değişen olgusal koşullara uyarlanabilir ve mahkemeler tarafından da mültecilere koruma sağlayabilen yaşayan bir enstrüman olarak uygulanabilir. Uluslararası Adalet Divanı (UAD) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AIHM) de bahsi geçen antlaşmaların günümüz koşulları ışığında, 'yaşayan antlaşma/enstrüman' olarak yorumlanmasının önemine işaret etmiştir²³.

Öte yandan, makale mülteci zamanı bağlamında kişinin sığınma arama süreci ve sığınma arama talebinin bir devlette karşılık bulması sonrasındaki uyum sürecini, 1951 Cenevre Sözleşmesi'ndeki kavramsal belirsizlikten dolayı da iki aşamalı olarak değerlendirmekte, özellikle ilk aşama bağlamında mülteci yerine sığınma arayan kişi kavramını kullanmayı tercih etmektedir.

Türkiye'de bulunan Suriyelilerin statülerinin ifade edilmelerinde de kavram kargaşası olduğunu gözlemleyebiliriz: Suriyeli mülteciler, Suriyeli sığınmacılar ya da iltica edenler gibi. 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin zaman ve coğrafi sınırlaması dikkate alındığında, Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin 1967 Protokolü (1967 Protokolü)²⁴ bu sınırlamaları kaldırmış olsa da Türkiye her iki düzenlemeye de coğrafi sınırlama şartını koruyarak taraf olmuştur. Dolayısıyla Türkiye yalnızca Avrupa'dan gelen sığınmacılara mülteci statüsü tanımak yönünde bir yasal yükümlülük altına girmiştir²⁵.

20 UNHCR, 'Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees' (1992) <<https://www.unhcr.org/fr-fr/en/media/handbook-procedures-and-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention-and-1967>> accessed 10 June 2024.

21 James C Hathaway, 'A Global Solution to a Global Refugee Crisis' (*Verfassungs on Matters Constitutional*, 1 March 2016) <<https://verfassungsblog.de/a-global-solution-to-a-global-refugee-crisis/>> accessed 5 May 2024.

22 David Miller, *Strangers in Our Midst: The Political Philosophy of Immigration* (Harvard University Press 2016), 167.

23 Meltem İneli-Ciğer, *Temporary Protection in Law and Practice* (Brill 2018), 19.

24 Protocol Relating to the Status of Refugees (adopted 31 January 1967, entered into force 4 October 1967) 606 UNTS 267 (1967 Protocol), RG 5.9.1961/10898.

25 Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik madde 3 (b) uyarınca, "Avrupa

2013 yılı sonrasında Avrupa dışından gelen kişilerin sığınma hakkının tanınması yönünde iç hukukta ilgili düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır. Ancak, ilgili düzenlemelerin Avrupa dışından gelen ve zulüm tehdidi altında olması sebebiyle Türkiye’de sığınma arayan kişilere mülteci statüsünün tanındığı yönünde değerlendirilmemelidir. İç hukukta yürürlüğe konulan en başta 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu²⁶ (YUKK) olmak üzere ilgili yasal düzenlemeler neticesinde, bugün Türkiye’de sığınma arayan kişiler uluslararası koruma – mülteciler, şartlı koruma ve ikincil korumanın dahil olduğu statü grupları – ile geçici koruma, yani kitlesel gruplar halinde gelen Suriyelileri kapsamı alanına alacak şekilde mümkün kılınmıştır²⁷. Belirtmek gerekir ki, geçici koruma statüsünün tanınması yalnızca Türkiye’ye özgü değildir. Bahsi geçen geçici koruma rejimine ilişkin olarak, devletler felaketler ve çatışmalar gibi olağanüstü durumlara yanıt olması adına geçici koruma rejimlerini benimseyebilmektedir²⁸. Geçici koruma rejimlerinin temel işlevi, zulümden, işkenceden, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleden veya cezadan ve yaşamlarına ve fiziksel bütünlüklerine doğrudan zarar gelmesi yönündeki tehlikeden kaçan kişilere sığınma sağlamaktır. Geçici koruma rejimleri, 1951 Cenevre Sözleşmesi 33’üncü maddesi uyarınca kitlesel akın durumları da dâhil olmak üzere çeşitli nedenlerle mülteci statüsü belirleme prosedürleri askıya alındığında, kişilerin mülteci statülerine ilişkin nihai bir karara varılıncaya kadar tüm sığınmacıları geri göndermeye karşı korumak üzere tasarlanmıştır²⁹. Geçici koruma rejimi ile mevcut ülkede bulunan kişiler, örneğin, çalışma ve seyahat etme hakkına sahip olabilmektedir³⁰. Türk hukukunda ilgili kavramların kullanımları dikkate alındığında, kavram kargaşası yaratmamak adına, makale *Suriyeliler* ya da *Türkiye’de bulunan Suriyeliler* ifadesini kullanmaktadır. Türk hukuku bağlamında Suriyeliler mülteci statüsüne sahip değildir; fakat bu durum onların uluslararası düzlemde mülteci olmadıkları anlamına gelmemektedir. Her ne kadar ilgili bölümde Suriyelilerin Türkiye’ye neden ve nasıl geldikleri hususu açıklanacak olsa da takip eden bölümde insanca sığınma kavramının daha net anlaşılabilmesi adına, sığınma arama sürecinin uygulamada nasıl gerçekleştiği – başka bir ifade ile insanca sığınmanın gereklerine ters düşen hukuka aykırı eylemlerin devlet yetkililerinin eliyle nasıl işlendiği analiz edilir.

ülkeleri: Avrupa Konseyi üyesi olan ülkeler ile Bakanlar Kurulu tarafından belirlenecek diğer ülkeleri” kapsamaktadır. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, Kanun Numarası: 6458, Kabul Tarihi:4.4.2013, RG 17.3.2016/29656.

26 Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Kanun Numarası: 6458, Kabul Tarihi:4.4.2013, RG 11.4.2013/28615.

27 Nuray Ekşi, ‘Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği’nin Türkiye’deki Faaliyetleri ve Türk İltica Sisteminde Değişen Rolü’ (2019) 77 İstanbul Hukuk Mecmuası 1, 343-370; Suna Gülfür İhlamur-Öner, ‘Türkiye’nin Suriyeli Mültecilere Yönelik Politikası’ (2014) 6 Ortadoğu Analiz 61, 43.

28 Schultz (n 4) 171.

29 İneli-Ciğer (n 23) 57, 168.

İneli-Ciğer’in açıklama getirdiği üzere, geçici koruma rejimlerinin temel işlevi, “zulümden, işkenceden, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleden veya cezadan ve ayrıca yaşamlarına ve fiziksel bütünlüklerine doğrudan zarar gelmesinden kaçan kişilere” sığınma sağlamaktır. Bu sığınma sağlama görevi, 1951 Cenevre Sözleşmesi madde 33’ten dayanak alır.

30 Sibel Safı, *Mülteci Hukuku Ders Kitabı* (Legal Yayıncılık 2018), 358; Meltem İneli Ciğer, ‘Uluslararası Hukuka Uygun Geçici Koruma Rejiminin Unsurları Üzerine’ (2016) 2 Göç Araştırmaları Dergisi 3, 62-92.

2. Nasıl Sığınma Aranır?

Günümüz dünya koşulları dikkate alındığında pek çok neden kişileri göçe itici etken başlığı altında dikkate alınır. Örneğin, İran'ın nükleer programına tepki olarak uygulanan uluslararası yaptırımların etkileri³¹ ve yükselen enflasyon³², ilgili devletlerde yaşayan kişilerin yaşam kalitesini kötüleştirmiş olabilir. Nitekim, kalkınma beklentilerindeki düşüklük ve bazı ülkelerde gerçekleşen bireysel özgürlüklerin kısıtlanması durumu, artarak devam eden göç eğiliminin ana faktörleri arasında gösterilmektedir³³. Öte yandan, yaşam koşullarında kötüleşme sığınma aramaya iten faktörler arasında göz önünde bulundurulmalı mıdır, sorusunun net bir cevabını uluslararası mülteci hukuku bünyesinde bulamamaktayız. Bunun sebebi, 1951 Cenevre sözleşmesi madde 1A(2)'de yer alan ve kişinin mülteci olarak kabulünün temelini oluşturan zulüm kavramının uluslararası hukuktaki tanımsal boşluğundan kaynaklanır. Sığınma aramaya iten nedenleri, insanlara bulundukları ülkeyi terk etmek dışında başka seçenek bırakmayan *zulüm* nedenleri olarak değerlendirmek gerekir³⁴.

Özellikle savaştan kaçan bireyler, sığınma talebinde bulunmak için geçerli belgelere sahip olmadıklarından, genellikle diğer ülkelere geleneksel yollardan girememektedir. Zulümden ve silahlı çatışmalardan kaçmak için yapılan bu tür olağanın dışına düşen yolculuklar çoğu zaman insan kaçakçıları tarafından yönetilmekte/yönlendirilmektedir. Göç ve sınır kontrol yasalarını ihlal eden, rüşvet, yolsuzluk ve belgede sahtecilik ile sığınma arayan kişilerin çifte mağduriyet yaşamalarına neden olanlar insan kaçakçılarıdır³⁵.

İnsan kaçakçıları aracılığıyla hedeflenen varış ülkesine erişim çoğunlukla kolay değildir. Sığınma arayan kişilerin özellikle deniz yoluyla kaçırılmaları söz konusu olduğunda, nasıl trajik sonuçlarla karşılaşılabilir, özellikle 2015 yılından bu yana görülmektedir. Akdeniz yoluyla Ortadoğu'da süregelen mevcut karışıklardan kaçmaya çalışanların yaşadıkları yanı sıra örneğin, 2020 yılında, Venezüellâdan Trinidad ve Tobago'ya giderken teknelerinin alabora olması sonucu aralarında çocukların da bulunduğu 25 kadar mülteci ve göçmen denizde ölmüş ya da kaybolmuştur³⁶. BMMYK, 2023 yılında, Bangladeş'te bulunan dünyanın en kalabalık mülteci kamplarından birisi olan Cox's

31 Bknz Mohammad Reza Farzanegan and Batmanghelidj Esfandiyar, 'Understanding Economic Sanctions on Iran: A Survey' (2023) 2 Economists' Voice 20, 197-226.

32 İlgili tartışmalar için bknz Sébastien Dessus, Santiago Herrera and Rafael De Hoyos, 'The impact of food inflation on urban poverty and its monetary cost: Some back-of-the-envelope calculations' (2008) 39 Agricultural Economics, 417-429.

33 Development International Centre for Migration Policy, 'Migration Outlook 2024 Ten Migration Issues to Look out for in 2024 Origins, Key Events and Priorities for Europe' (2024) <<https://www.icmpd.org/file/download/60599/file/ICMPD%2520Migration%2520Outlook%25202024.pdf>> accessed 3 August 2024.

34 Veronique Hawsworth and Sarah Haselwood, 'Would You Take in a Refugee?' (2024) 459 Woman's Own, 68-69; Matthew E Price, 'Persecution Complex: Justifying Asylum Law's Preference for Persecuted People' (2006) 47 Harvard International Law Journal 2, 413-466.

35 Svitlana Batsyukova, 'Human Trafficking and Human Smuggling: Similar Nature, Different Concepts' (2012) 1 Studies of Changing Societies: Comparative & Interdisciplinary Focus, 1, 39-49; Sibel Safi, *Uluslararası Hukukta ve Mülteci Hukukunda İnsan Ticareti Suçu* (Legal Yayıncılık 2022).

36 IOM UN Regional Office for Central, North America and the Caribbean, 'IOM and UNHCR Saddened at Deaths of Refugees and Migrants in Shipwreck Off Venezuela' (2020) <<https://rosanjose.iom.int/en/news/iom-and-unhcr-saddened-deaths-refugees-and-migrants-shipwreck-venezuela-coast>> accessed 9 August 2024.

Bazaar'daki yaşam koşullarının zorluğundan ya da Myanmar'daki zulümden teknelerle Andaman Denizi ve Bengal Körfezi'ni geçmek suretiyle kaçan Arakan Müslümanlarının sayılarının yaklaşık olarak 4.500'ü geçtiğini açıklamıştır. 2023 yılında yolculuğa çıkan her sekiz kişiye karşılık bir Arakan Müslümanının öldüğü ya da kaybolduğu bildirilmiştir. Bahsi geçen ölümlere ilişkin tahminler bize Andaman Denizi ve Bengal Körfezi'nin dünyanın en ölümcül sularından birisi haline geldiğini anlatmaktadır³⁷. Deniz ya da kara yoluyla hedef ülkeye varış mücadelesinde yaşanan ölümler, insanların doğanın gücü karşısındaki korunaksız ve savunmasız halinin en büyük göstergesidir. Fakat doğa karşısındaki insanın çaresizliği ile devletler eliyle yaratılan çaresizlik farklıdır. Devletler eliyle yaratılan çaresizlikte, kişilere zulümden kurtulma mücadelelerinde yardım eli uzatılabilecek iken, bu yolun bilerek tercih edilmemesi durumu söz konusu olmaktadır.

Sığınma aramaya ilişkin kavramsal değerlendirme bu şekilde olmakla beraber, sığınma arama sürecinin insanca gerçekleşmekte olduğunun temel göstergesi olarak makale belirsizlik kavramına vurgu yapmak ister. Bahsi geçen belirsizlik sığınma prosedürünün devlet eliyle belirsizlik içerisinde yönetilmesine ilişkindir ve takip eden şekilde ilgili analiz bulunabilir.

B. SIGINMA ARAMA SÜRECİNDE DEVLET ELİYLE YARATILAN BELİRSİZLİK

Sığınma aramak ve bir yere sığınabilmek, bir yerde kalabilmek ile ilişkilidir ve bireyin nihai amacı da yaşamını idame edebileceği güvenli bir yerde kendisine bir hayat kurabilmesidir³⁸. Sığınma aramak, Seyla Benhabib'in deyimi ile, "özgürlüğe ilişkin insani talebin bir uzantısı olarak görülebilecek insani birleşmeyi arama hakkı"dır³⁹. Benhabib, Hannah Arendt'in *Totalitarizmin Kaynakları* isimli kitabında ortaya koymuş olduğu *haklara sahip olma hakkını* irdeler ve Arendt'in öne sürmüş olduğu çarpıcı bir tespiti değinir. Arendt *Totalitarizmin Kaynakları* isimli kitabındaki değerlendirmesinde, Joseph Conrad tarafından yazılan *Karanlığın Yüreği* (*Hearth of Darkness*) isimli eserde sömürgeci beyaz ulusların Afrika kıtasında sömürgeleştirdikleri⁴⁰ topluluklara yaptıkları zulme ilişkin bahsi anlatır. Arendt, nasılsa *Totalitarizmin Kaynakları* eserinde Conrad'ın kitabındaki analize atıf veriyorsa, Benhabib de aynı yolu izler. Benhabib'in aktarımı ile *Karanlığın Yüreği* "yalnızca Afrika'da değildir; 20. yüzyıl totalitarizmi karanlığın merkezini Avrupa kıtasına taşımıştır. Afrika'da öğrenilen dersler Avrupa'nın kalbinde uygulamaya konacak gibi görünmektedir"⁴¹.

37 UNHCR, 'Urgent Action Needed to Address Dramatic Rise in Rohingya Deaths at sea' (2024) <<https://www.unhcr.org/news/briefing-notes/unhcr-urgent-action-needed-address-dramatic-rise-rohingya-deaths-sea>> accessed 9 August 2024.

38 Bir yerde yaşama/oturma hakkı bu bağlamda sığınma arama hakkı ile bağlantılı ve bu hakkın bir uzantısı olarak anlaşılmalıdır. Gil-Bazo (n 18) 6.

39 Seyla Benhabib, *Ötekilerin Hakları Yabancılar, Yerliler, Vatandaşlar* (İletişim 2018), 59.

40 Afrika, 19. yüzyılın sonları ve 20. yüzyılın başlarında Avrupa kıtasında yer alan emperyalist güçler tarafından fethedilmiştir. Etiyopya ve Liberya dışında, Afrika kıtasının tamamı İtalya, Fransa, Birleşik Krallık, Hollanda ve Belçika başta olmak üzere emperyalist devletler arasında paylaşılmış ve sömürgeleştirilmiştir. Amerika Birleşik Devletleri himayesinde kurulan Liberya ve Mussolini diktatörlüğündeki İtalya tarafından bir dönem işgale maruz kalan Etiyopya devletlerinin bahsi geçen geçmişleri dolayısıyla sömürge toprakları olup olmadıkları hususunda tartışmalı görüşler mevcuttur. Afrika tarihine ilişkin detaylı analiz için bkz John Parker and Richard Rathbone, *African History: A Very Short Introduction* (Oxford University Press 2007).

41 ibid 62.

Benhabib ve Arendt'in söz konusu yorumlarının bugün gerçeklik bulduğunu görmekteyiz. Avrupa kıtasında yer alan birçok devlet, sığınma politikaları bağlamında karanlığın merkezi haline gelmiştir. Bahsi geçen devletlerin hangi topraklardan kendi hakimiyet alanlarına doğru sığınma arayan bireylerin gelebileceği yönündeki kaygıları⁴², kimin gerçek mülteci olduğu⁴³ hususunda kendi bakış açıları ile bir ayırıştırma yapmaları durumuna doğru yön almıştır. Avrupa kıtasında yer alan devletlerin sınırlarının dışarıdan gelecek olan yabancıların temasına karşı korunması motivasyonunu genel olarak diğer devletlerde de gözlemleyebiliriz. Fakat bir adım ötesinde, zulüm tehdidi ile karşı karşıya olan sığınma arayışı içerisindeki kişilerin, ikili devlet anlaşmaları ile anlaşılan devlet sınırlarına sıkıştırılmaları⁴⁴ ya da insanlık dışı koşullarda uzun süreli gözaltı merkezlerinde bekletilmeleri⁴⁵, sömürgeci devlet mantığının bir yansıması olarak⁴⁶, günümüzde bahsi geçen endüstrileşmiş, zengin, batılı devletlerin uygulamalarında daha belirgin olarak ortaya çıkmaktadır⁴⁷. Sömürgeci devlet mantığının sığınma politikaları nezdinde ortaya çıkmasının en somut örneği geri itme uygulamalarında kendini gösterir. İlgili hususunun somutlaşması adına, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) ilgili kararları incelenebilir⁴⁸.

Oysaki, varış devletinin insanca sığınma sürecini hayata geçirmek konusunda kararlı olması, ağır insan haklarına mahal vermeksizin, insanca bir sığınma arama sürecine kişileri tabi kılması gereklidir. Sığınma arama sürecinin – ki bu denkleme kişinin sığınma başvurusunda bulunabilmesi ve başvurusunun devlet yetkilileri tarafından işletilmesi elementleri dahildir – belirli kurallar çerçevesinde ve öngörülebilir şekilde gerçekleşmesi önem taşır⁴⁹. Çünkü sığınma aramak yolculuğuna – yolculuğun hangi aşamasında bulunulduğuna bağlı olarak – kayıplar eşlik eder. Bu kayıplar arasında istikrar ve güvenlik kaybı, kişiler arası bağlantıların kaybı, kimlik ve aidiyet duygusu kaybı sayılabilir⁵⁰.

42 Bob Hepple, 'Race and Law in Fortress Europe' (2004) 67 Modern Law Review 1, 1-15.

43 Guy S Goodwin-Gill, 'Refugee Determination: What's Next?' (1991) 11 Refuge: Canada's Journal on Refugees/Refuge: Revue canadienne sur les réfugiés 2, 5-7; Erika Feller, 'Asylum, Migration and Refugee Protection: Realities, Myths and the Promise of Things to Come' (2006) 18 International Journal of Refugee Law 3-4, 509-536.

44 Guy S Goodwin-Gill, 'The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement' (2011) 23 International Journal of Refugee Law 3, 443-457.

45 Karla M McKanders and Valeria Gomez, 'Refugee Reception and Perception: US Detention Camps and German Welcome Centers' (2017) 40 Fordham International Law Journal, 531; Jock Gardiner and Silvia Talavera Lodos, 'Indefinite detention of refugees ruled unconstitutional by the High Court of Australia – an opportunity for Europe to pause for thought?' (2023) 15 Perspectives on Federalism 1-2, 4; Lisa Hartley and Caroline Fleay, "'We are Like Animals': Negotiating Dehumanising Experiences of Asylum-Seeker Policies in the Australian Community' (2017) 36 Refugee Survey Quarterly 4, 45-63.

46 Bernard Waites, *Europe and the Third World: From Colonisation to Decolonisation c. 1500-1998* (Macmillan Education UK 1999), 306.

47 Monish Bhatia and Ronit Lentin, 'Migration and Racist State Violence: Introduction' (2022) 11 State Crime Journal 1, 5-11.

48 European Court of Human Rights, 'Article 4 of Protocol No. 4 and Immigration Summary returns of migrants and/or asylum-seekers ("push-backs") and related case scenarios' (31 August 2024) <<https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/summary-returns-of-migrants-and-or-asylum-seekers-push-backs-and-related-case-scenarios>> accessed 27 October 2024.

49 Maxwell Newsome, 'A Constitutional Right to Asylum? A Comparative Analysis Could Ground the Design of Better Protection for Asylum Seekers' (2022) 48 University of Dayton Law Review 1, 115.

50 Steve Taylor and others, 'Loss, Grief and Growth: An Interpretative Phenomenological Analysis of Experiences of Trauma in Asylum-Seekers and Refugees' (2020) 999 American Psychological Association 2, 9.

Bahsi geçen kayıplar paralelinde, ilgili devlet kişileri sığınma başvurularının olumlu sonuçlanması ihtimaline ilişkin umutsuzluk/çaresizlik atmosferi yaratmak suretiyle başvuru sürecini işletebilir. Verilen örneği daha da somutlaştırırsak, Birleşik Krallık sığınma politikaları ve uygulamalarına ilişkin mültecilerle yapılan röportajlardan oluşan bir çalışmada araştırmayı yürütenlerin tespiti, araştırma kapsamında görüştükleri mültecilerin, sığınma başvurularının ilk denemelerinde reddedilmiş olduğudur. Araştırmacılar, sığınma başvuru sürecinde Birleşik Krallık devlet yetkililerinin ilgili sığınma başvurusunu reddetmeleri usulünün yaygın bir uygulama olarak yürütüldüğüne dikkat çekmektedir. Bahsi geçen usul ile amaçlanan takip eden şekildedir. Başvurucuların sığınma başvurusu reddedilirse sonrasında ülkede kalmak adına ilgili prosedürleri yürütmek örneğin karara itiraz etmek yönünde sürece devam etmeleri olasılıkları düşülebilecektir. Dolayısıyla ilk etapta verilen sığınma talebinin reddi kararı, onları caydırmak amacına hizmet etmektedir. Bahsi geçen bu metodu, sığınmacıları yıldırma metodu olarak da adlandırmak mümkündür. Araştırmaya katılan Nijeryalı bir sığınmacı Birleşik Krallıkta yapılan sığınma başvurularının ilk aşamada yetkililerce reddedilmesini takip eden şekilde açıklamıştır: “[Başvurunun reddedilmesi] [b]u sürecin bir parçası – sanki insanları strese sokmak istiyorlar ... [sizin] [eve] geri dönebileceğinizi ... düşünmenizi istiyorlar”⁵¹. Birleşik Krallık yetkililerinin sığınma sürecini yürütme yöntemleri kişileri *belirsizlik duygusu* içerisinde bırakarak onları yıldırma amacı barındırmaktadır.

Kişilerin belirsizlik içerisinde bırakılması ve bu belirsizliğin araç haline getirilmesi yoluyla otoritelerce yıldırma taktiği olarak kullanılması çabasının bir başka örneğini – mültecilerle doğrudan bağlantılı olmasa da – İnsan Hakları İzleme Örgütü’nün (*Human Rights Watch*) bir raporunda yer alan hadiselerde de görebiliriz. Bahsi geçen rapor 2020 tarihlidir ve Mısır’da 12 yaşındaki çocukların gözaltına alındığını ortaya koymaktadır. Bu raporda, vakaları belgelenen çocuklardan on dördü, mahkeme öncesi gözaltında sorgulama sırasında işkence gördüklerini anlatmışlardır. Bu süreçte yetkililer tarafından neden gözaltına alındıklarına dair herhangi bir gerekçe kendilerine sunulmamıştır. Elbette bu çocukların muhalif grupların düzenlediği mitinglere katıldıkları için gözaltına alınmış oldukları bilinmektedir ancak suç isnadının ne olduğu ve neden işkence gibi ağır bir muamele ile karşılaştıklarının kendilerine açıklanmaması, belirsizlik ile bu çocukların psikolojik kontrol altında tutulduklarını göstermektedir⁵². Benzer şekilde, sığınma talebinin işleme konulmaması suretiyle kişilerin belirsizlik içerisinde bırakılmaları da psikolojik olarak sürecin yönetilmesi amacını gütmektedir. Örneğin, *International Rescue Committee* tarafından Yunanistan mülteci kampında kalan bir mülteci ile yapılan röportajda, bahsi geçen kişinin ifadeleri dikkat çekicidir:

Her gün yeni bir bekleme günü – başvurunun kabul edilmesi ya da başvurunun kabul edilmemesi. Tek ihtiyacım olan, adımın önüne konulacak yeşil bir uygundur tiki. 600.000’den fazla kişinin kullanımına açık tek bir kamu tuvaletinin olması ne demektir? Sosyal mesafeden bahsedilmekte, fakat insanların her şey için sırada beklemesi zorunluluğu

51 ibid 9.

52 Mohamed El-Masry, ““No One Cared He Was a Child” Egyptian Security Forces’ Abuse of Children in Detention,” (*Human Rights Watch*, 2020) <<https://www.hrw.org/report/2020/03/23/no-one-cared-he-was-child/egyptian-security-forces-abuse-children-detention>> accessed 5 June 2024.

olduğu için sosyal mesafeyi korumak burada mümkün değil. Doktora gitmen gerekli ise, sırada beklersin. Belgelerinin işleme konulması sen sırada iken yapılır⁵³.

Yukarıda verilen örnek, belirsizlik ile sığınma arayan kişilerin arada bırakılmaları yanı sıra, onlara “geleceğin geri dönenleri” yaklaşımının sürdürülmekte olduğunun bir göstergesidir⁵⁴.

Hukuki bağlamda belirgin olmak, sığınma arayan kişinin sığınma talep edilen ülke tarafından talebinin işleneceği yönünde kaygı halinin oluşmasına engel olacak netlikte sığınma prosedürlerinin oluşturulmuş olması anlamına gelmektedir. Çünkü haklar bağlamında temel olan kişinin mevcut hakka ilişkin talebini öne sürebilmesinde yatar. Sığınmayı talep edebilmek bu talebin ilgili devlete temas edebilmesi için, devletin uluslararası hukuk düzleminde sığınma arayan kişiler için tanınmış temel hak ve prensiplere saygı göstermesinin esas alınması ile mümkün olur. İşte bu saygı gösterilmesi esasına dayalı sığınma prosedürü işletimi, takip eden kısımda detaylandırıldığı üzere, hukuk önünde kişi olarak tanınmanın da özünü oluşturur.

C. HUKUK ÖNÜNDE KİŞİ OLARAK TANINMA HAKKI

Hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkı uluslararası hukuk düzenlemelerinde yer bulmuştur. İHEB madde 6, “[h]erkesin, nerede olursa olsun, yasa önünde bir kişi olarak tanınma hakkı vardır” şeklinde hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkının temelini kurar. Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme madde 16 uyarınca “[h]erkes, her yerde, kanun önünde kişi olarak tanınma hakkına sahip olacaktır”. Hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkı kapsamı itibarıyla başka birçok hakka da temas etmektedir. Çünkü kişinin birey olarak hukuk önünde tanınması uluslararası hukuk belgelerince sığınma arama ve kullanma hakları ve bu haklarla ilişkili temel hakların ilgili devlet tarafından özümsemesi/ iç hukuk sistemine entegre edilmiş olması ile söz konusu olabilir:

- İHEB madde 13’ün “[h]erkes, kendi memleketi de dahil, herhangi bir memleketi terk etmek ve memleketine dönmek hakkına haizdir” şeklindeki düzenlemesi, sığınma arama hakkının bireyin ülkesini terk etmek hakkı ile bağlantılı olduğunu ortaya koymaktadır. Kişiler sığınma arama sürecinde bulundukları ülkeyi terk etmek ile başlayan hareket etme kabiliyetine sahip olabilmelidir ki sığınma aramak eylemi fiiliyatta anlam bulabilsin. 1976 tarihli, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme madde 12(2)’de de benzer düzenlemeyi görürüz⁵⁵.
- Kişinin zulüm ile karşılaşma ihtimali olduğu yere geri gönderilmemesi ilkesi (*the non-refoulement principle*) 1951 Cenevre Sözleşmesi madde 33’te düzenlenmiştir.
- Ülkeye giriş için gerekli belgelere sahip olmama dolayısıyla bireyin cezalandırılmama prensibi (*the principle of non-punishment*), 1951 Cenevre Sözleşmesi madde 31’de yer almaktadır.

53 International Rescue Committee, “A Europe that Protects What is the EU – Turkey Deal?,” (2023) <<https://www.rescue.org/eu/article/what-eu-turkey-deal>> accessed 9 August 2024.

54 Schultz (n 4) 172.

55 International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171 (ICCPR), RG 18.6.2003/25142.

- Yaşama hakkının korunması temelinde ve bu hakla bağlantılı olarak işkence, aşağılayıcı ve kötü muamele yasağı, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1984 tarih ve 39/46 sayılı kararıyla kabul edilip imza, onay ve katılıma açılarak, 26 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe girmiş olan İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'de ortaya konulmuştur⁵⁶.
- Bunun yanı sıra, sığınma sürecinde kişilerin hangi coğrafyadan geldiğine bakılmaksızın, bireylerin ırksal değerlendirmeye tabi tutulmadıkları bir sığınma başvuru sürecinin işletilmesi gereği temelini Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 21 Aralık 1965 tarihli ve 2106 A (XX) sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 4 Ocak 1969 tarihinde yürürlüğe girmiş olan Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'nden almaktadır⁵⁷.
- Sığınma arama sürecinde aile birliğinin devamının her aşamada mümkün kılınması ilgili devlet tarafından ayrıca göz önünde bulundurulmalıdır⁵⁸.

Devletlerin yukarıda bahsi geçen haklara saygı gösterildiği bir sığınma sürecini yürütmesi halinde insanca sığınmanın gerçekleşmekte olduğu sonucuna varmak mümkündür. Delphine Rodrik tarafından formüle edildiği üzere⁵⁹, uluslararası hukuk belgelerince getirilmiş olan devletlere yönelik yasakların ve kişilere verilen hakların sığınma arama sürecinde uygulanır olması kişinin hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkına saygı gösterildiği anlamını taşır.

Ancak, bazı devletlerin sığınma politikalarının bireyi yok saymakta olduğunu, sığınma arayan kişinin diğer tüm insanlar gibi hukuki düzenlemeler önünde değeri olduğu gerçeğini ört bas ederek onu hiçleştirdiğini; dolayısıyla sığınma sürecini ilgili kişi için insanca olmanın diğer bir uç noktasına taşıdığını görmekteyiz⁶⁰. Örneğin, caydırma politikaları hali hazırda sığınma arayan kişilerin üzerinden gelecek sığınmacılara bir mesaj gönderilmesi amacını taşır. Bahsi geçen mesaj bireyin örneğin, polis köpekleri tarafından sınırda kovalanması⁶¹, çıplak aramaya maruz bırakılması⁶², uzun

56 Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (adopted 10 December 1984, entered into force 26 June 1987) General Assembly resolution 39/46, RG 29.4.2988/19799.

57 International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (adopted 21 December 1965, entered into force 4 January 1969) 2106 A (XX), RG 9.4.2002/24721.

58 Frances Nicholson, 'The Right to Family Life and Family Unity of Refugees and Others in Need of International Protection and the Family Definition Applied' (UNHCR, 2018) <https://www.unhcr.org/dach/wp-content/uploads/sites/27/2018/03/CH_Essential-right-to-family-unity_Frances-Nicholson_2018.pdf> accessed 7 August 2024.

59 Hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkına Delphine Rodrik tarafından yukarıda kısaca bahsedilen, son yıllarda bazı devletlerce aktif olarak sığınma politikalarına entegre edilmiş hukuka aykırı bir devlet eylemi olan geri itmeler bağlamında açıklama getirilmektedir. Bknz Delphine Rodrik, 'Rights Not Recognized: Applying the Right to Recognition as a Person before the Law to Pushbacks at International Borders' (2021) 33 International Journal of Refugee Law 4, 541 – 580.

60 Bahsi geçen örnekleri devletlerin caydırma politikaları olarak da değerlendirebiliriz. Caydırma politikaları, Avrupalı birtakım devletler başta olmak üzere, ABD, Avustralya ve Kanada gibi endüstrilemiş, ekonomik, siyasi ve askeri yönlerden güçlü ülkeler tarafından uygulanması halinde bünyesinde beyaz ırkın (*white supremacy*) üstünlüğü düşüncesini de barındırmaktadır. Tarsis Brito, 'Between race and animality: European borders, 'colonial dogs', and the policing of humanity' (2024) Review of International Studies, 7.

61 Bknz ibid.

62 Benjamin Hindrichs, Sandra Abdelbaki and Helena Rodriguez, 'At EU Borders, Refugees Report Invasive Genital Searches during Pushbacks' (*Al Jazeera*, 3 November 2023) <<https://www.aljazeera.com/features/2023/11/3/at-eu->

sürelî gözaltında tutulması⁶³, bulaşıcı hastalık tehdidine karşın gerekli hijyen koşulları sağlanmaksızın gözaltı merkezleri ya da kamplarda kişilerin tutulması şeklinde birtakım muameleler listesinden oluşur⁶⁴. İşkenceyi Önleme Ulusal Mekanizması (*National Mechanism for the Prevention of Torture*), 24 Ağustos 2021'de Polonya-Belarus sınırını ziyaret etmiştir. İlgili ziyaret neticesinde, İşkenceyi Önleme Ulusal Mekanizması adli yardıma erişimin olmaması, göçmen ve mültecilerin tutulduğu koşulların sağlıksızlığı ile temel fizyolojik ihtiyaçlar da dahil olmak üzere, insan haklarına uygun iltica prosedürlerinin izlenmemesi durumlarının insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele düzeyine ulaşmış olduğunu ortaya koymuştur⁶⁵.

Lucy Series ve Anna Nilsson, hukuk önünde tanınma hakkını, kanunlar çerçevesinde hak ve yükümlülöklere sahip olma yeteneği ve hukuki ehliyet bağlamında açıklar. Hukuki ehliyet burada kişinin insan olması dolayısıyla tanınmış haklarını kullanıp kullanamayacağı, onları talep edip edemeyeceği, onları nasıl savunabileceği ve hukuki sorumluluk üstlenip üstlenemeyeceği ile ilgilidir⁶⁶. Thomas Hill Green' e göre, *"bir insan, bir devletin üyesi olmaksızın, bir ailenin ya da başka bir biçimde bir insan toplumunun üyesi olarak haklara sahip olabilir – bu haklar, herhangi bir devlet ya da tüm devletler onları tanımayı reddetse de hak olarak kalır"*⁶⁷. David Boucher'ın yorumuyla, Greene göre haklar, bir bireyin sahip olduğu ve diğerlerinin ortak bir iynin elde edilmesi için gerekli olduğunu kabul ettiği güçlerdir. Dolayısıyla, hak bir güçtür; toplum veya diğer kişiler tarafından tanınır ve ortak iyiye bir katkı sağlar⁶⁸.

Hakların hayata geçirilebileceği hukuki ve siyasi bir düzenin yokluğunda, uluslararası hukuk düzenlemelerince ilan edilmiş olan hakların korunmasına ilişkin önermelerin havada asılı kaldığı yadsınamaz bir gerçektir. Bu durum, İHEB'nin mimarları tarafından idrak edilmiş ve İHEB lafzına dahil edilmiştir⁶⁹. Buna göre, İHEB önsöz paragraf 3'te yer aldığı üzere tanınan haklar,

[G]ittikçe artan milli ve milletlerarası tedbirlerle gerek bizzat üye devletler ahali gereksu bu devletlerin idaresi altındaki ölkeler ahali arasında bu hakların dünyaca fiilen tanınmasını ve tatbik edilmesini sağlamaya gayret etmeleri amacıyla bütün halklar ve milletler için ulaşılacak ortak ideal olarak [anlaşılmalıdır].

borders-refugees-report-invasive-genital-searches-during-pushbacks> accessed 10 June 2024.

- 63 Bknz Grace Benton, 'Making Sense of Prolonged Immigration Detention in a Post-Jennings World' (2020) 34 Georgetown Immigration Law Journal, 809.
- 64 Bknz Sendirella George, Erin Twyford and Farzana Aman Tanima, 'Authoritarian Neoliberalism and Asylum Seekers: the Silencing of Accounting and Accountability in Offshore Detention Centres' (2024) J Bus Ethics <<https://link.springer.com/article/10.1007/s10551.024.05770-4#citeas>> accessed 7 August 2024.
- 65 Marta Górczyńska, 'Legal Analysis of the Situation on the Polish-Belarusian Border Situation On' (2021) <<https://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2021/09/Legal-analysis-ENG.pdf>> accessed 9 August 2024.
- 66 Lucy Series and Anna Nilsson, 'Article 12 CRPD: Equal Recognition before the Law' in Ilias Bantekas, Michael Ashley Stein and Dimitris Anastasiou (eds), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary* (Oxford University Press 2018), 2.
- 67 Thomas Hill Green, *Lectures on the Principles of Political Obligation*, (Cambridge Scholars Publishing 2002), 145.
- 68 David Boucher, 'The Recognition Theory of Rights, Customary International Law and Human Rights' (2011) 59 Political Studies 3, 756.
- 69 Mary Ann Glendon, 'The Rule of Law in the Universal Declaration of Human Rights' (2004) 2 Northwestern Journal of International Human Rights 1, 2.

İHEB tarafından vurgulanan devletlerin 'yapma' yükümlülüğü – bireylerin hukukun objesi değil, öznesi oldukları mantığından dayanak alır. Bireyin hukuk önünde kişi olarak tanınması neticesinde hali hazırda kişinin hukukken tanınan haklarının ona doğru 'akması', onun bu haklarını eylemde kullanabilmesi ve dolayısıyla insanca sığınmanın gerçekleşmesi anlamını taşır. Öte yandan, kişinin ya da bazı kişilerin hukukun objesi olarak görülmeleri onları adı üzerinde nesneleştirmektedir. Lord Salisbury'nin ifadesi ile, hiçbir beyaz adamın ayağının basmadığı yerlere haritalar üzerinde çizgiler çizdik; buradaki dağları, nehirleri ve gölleri birbirimize verdik, ancak anlayamadığımız en büyük engelimiz dağların ve nehirlerin tam olarak nerede olduğunu bilmememizdi⁷⁰. Salisbury'nin ifade etmeye çalıştığı husus, sömürgeci devletlerin, sömürgeleştirilmiş topraklarda yaşayan kişileri, birey olarak, o topraklara ait, kültürel dokusu o topraklarda doğmuş ve örülmüş olmasını denkleme katmaksızın, sömüren devletlerin kendi aralarında toprak alışverişi yapmak kaygısına düştükleridir. Bu kaygı o toprağın insanını hiçleştirmiş, nesneleştirmiş – diğer bir ifade ile kendi yarattıkları anlaşmaların ve hukukun objesi haline getirmiştir⁷¹.

Bireyin hukuk karşısında nesneleştirilmesi, devletler tarafından uluslararası hak ve yükümlülüklerinin bir nesnesi haline getirilmesi ve dolayısıyla uluslararası hukuka uygun olarak muamele görme konusunda hiçbir hakka ya da talebe sahip olmadığını kabul etmesi anlamına gelmektedir⁷². Örneğin, Avrupa sınırlarındaki insan hakları ihlallerini izleyen Sınır Şiddetini İzleme Ağı (*Border Violence Monitoring Network*) tarafından yayınlanan raporda, Yunanistan'daki kamplarda, polis karakollarında, hapishanelerde ve sınır dışı öncesi gözaltı merkezlerinde fiziksel istismar, tecrit ve aşağılama iddialarını ortaya koyan ifadeler mevcuttur. Sığınma arayan ve bahsi geçen yerlerde tutulan kişilerin, memurlarla göz teması kurmaları, sıra beklerken konuşmaları, öksürmeleri ve oda temizliğini ihmal etmeleri gibi durumlar neticesinde dayak ile cezalandırıldıkları raporlanmıştır⁷³. Gözaltı merkezinde tutulan bir sığınmacının, sırada beklerken bir diğeri ile sohbet etmesinin anormalleştirilmesi ve cezaya bağlanması kişinin insan olarak en temel ihtiyaçlarından birisini, sosyalleşme, bir diğeri ile insani düzlemde temas kurma ihtiyacını yok saymaktır. Kişiyi birey olma halinden sıyrarak, hiçleştirmeye doğru sürüklemektir. Lorena Rivas'ın araştırması göstermiştir ki, sığınmacı kadınlar Avustralya'da göçmen gözetim merkezinde ne kadar uzun süre tutulurlarsa, şiddet mağduru olma olasılıkları aynı oranda artmakta ve mevcut travmaları derinleşmektedir. Avustralya gözaltı merkezlerinde tutulan bahsi geçen kadınların çoğunlukla hali hazırda aile içi şiddet (*domestic violence*) mağduru olduklarını, onlar için zulüm tehdidinin gerçekleşmiş ya da gerçekleşme ihtimali olması sebebiyle hayati tehdit altında bulunduklarını bahsi geçen çalışma ortaya koymaktadır⁷⁴.

70 Bahsi geçen alıntılama Adekunle Ajala'nın, *The Nature of African Boundaries* başlıklı makalesinde yer almaktadır. İlgili alıntılamaya aynı zamanda Herbst'in çalışmasında da değinilmektedir. Adekunle Ajala, 'The Nature of African Boundaries' (1983) 18 *Africa Spektrum* 2, 180; Jeffrey Herbst, 'The Creation and Maintenance of National Boundaries in Africa' (1989) 43 *International Organization* 4, 674.

71 Bknz Herbst (n 70) 673-692.

72 George Manner, 'The Object Theory of the Individual in International Law' (1952) 46 *The American Journal of International Law* 3, 428.

73 Ana P Santos, 'Punishment beatings: Migrants beaten, isolated in Greek refugee camps' (*InfoMigrants*, 2024) <https://www.infomigrants.net/en/post/55116/punishment-beatings-migrants-beaten-isolated-in-greek-refugee-camps?mc_cid=f5c3c95eef&mc_eid=0cd57908d5> accessed 7 August 2024.

74 Lorena Rivas, 'A safe haven? Women's experiences of violence in Australian immigration detention' (2023) *Punishment*

Kadına karşı şiddet, AİHM'nin kültleşmiş *Opuz* davasında da netleştirildiği üzere, kadını *nesneleştiren* bir ayrımcılık şeklidir⁷⁵. Sığınılan devlet tarafından şiddetin mağduru olan kadınların yeniden ama bu sefer devlet eliyle şiddetin mağduru haline getirilmeleri katlanmış ve uzayan bir şiddet içerisinde bulunma durumunu yaratır. Netice itibarıyla şiddet mağduru olan ve sığınma talepleri bu bağlamda değerlendirilmesi gereken kadınlar hukuk önünde nesneleştirilmiş olmaktadır. Not olarak, şiddet mağduru olan kadınların sığınma başvurusunda bulunup bulunamayacakları yakın zamanda verilen bir Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararında da netleştirilmiştir. Karar uyarınca, ABAD bir ülkedeki kadınların bir bütün halinde algılanarak, 1951 Cenevre Sözleşmesi'nde yer alan zulüm sebebi olarak gösterilen belirli bir sosyal gruba ait olmaları şeklinde kabul edilebileceklerine hükmetmiştir⁷⁶.

Bahsi geçen hukuka aykırı devlet uygulamaları özünde kişilerin hukuk önünde tanınma hakkına aykırıdır ve sığınma arama sürecinde hareket özgürlüklerinin kısıtlanması suretiyle göç kontrolünün sağlanması amacına hizmet etmektedir. James Hathaway, dünya genelinde mültecilerin hareket özgürlüğünün örneğin mülteci kampları kurulması suretiyle kısıtlanmasının nedeninin hem BMMYK hem de insani yardım ortaklarının birçoğu tarafından hızlı ve verimli bir şekilde uygulanabilecek en kolay ve “*herkese uyan*” bir çözüm yolu olmasında yattığını açıklar. Nitekim, Hathaway Suriyelilerin çoğunu kabul eden bölge ülkelerde yer alan mülteci kamplarının inşasını ve işletilmesini finanse etmek için dünyanın ekonomik anlamda zengin ülkelerinin ellerinden geleni yapmış olduklarına dikkati çeker⁷⁷. Suriyelilere ilişkin verilen örnek hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkı ve insanca sığınma bağlamında derinleştirilebilir. Makale kapsamında bahsi geçen ülkelerin, Suriyelilerin iç savaş neticesinde karşılaştıkları zulme kayıtsız kalmaları ve fakat, bu kişilerin komşu ülkelere doğru göçünün gerçekleşmesi yönündeki çabaları *hipokrat* sığınma politikaları bağlamında ele alınmalıdır. Bahsi geçen Suriye'ye komşu olan ve bu kişilere kapı açan ülkelerin başında Türkiye gelmektedir. Suriyelilerin, Türkiye'ye kitleler halinde varışları karşısında, Türkiye'nin açık kapı politikası uygulaması, sığınma süreçlerini geçici koruma statüsü ile hukuki temele bağlaması, Suriyelilerin sığınma arama sürecinde, hukuk önünde kişi olarak tanınma haklarına saygı gösterildiği ve insanca sığınma kavramına uygun hareket edildiği anlamına gelmektedir. Öte yandan, Suriyeliler özellikle 2015 yılından bu yana Türkiye'de bir yaşam kurmuşlardır. Türkiye'de bulundukları sürenin (mülteci zamanı) onlar için insanca bir sığınma ekseninde gerçekleşip gerçekleşmediği sonucuna varılabilmesi bu (uyum) sürecin onlar için nasıl süregeldiğinin değerlendirilmesine tabidir. “Mülteci zamanı” kişilerin bulunulan ülkeye adaptasyonunun *nasıl* sağlandığı ile ilişkilidir.

Makale kapsamında, takip eden bölümde, Türkiye uygulaması, tarihi gelişim süreci, hukuki düzenlemeler ve sosyal uyumda karşılaşılan güçlükler, yukarıda analiz edilen insanca sığınma kavramı ışığı altında ele alınır. Sığınılan ülkede günlük hayatın insanca sığınma düzleminde devam

& Society, 1-19.

75 *Opuz v Turkey*, App no 33401/02 (9 July 2009, ECtHR).

76 Intervyuirasht organ na DAB pri MS Judgment, Case C-621/21 (16 January 2024, ECJ).

77 James C Hathaway, 'A Global Solution to a Global Refugee Crisis' (*Verfassungsblog*, 2016) <<https://verfassungsblog.de/a/global-solution-to-a-global-refugee-crisis/>> accessed 7 August 2024.

ettirilebilmesi için sosyal uyumun gerçekleşmesi önemlidir. Sosyal uyum ile burada bahsedilen⁷⁸ öncelikle kişinin insana yakışır bir iş ortamında çalışması⁷⁹, kalacak bir yeri olması⁸⁰, sağlık ve eğitim hizmetlerinden yararlanabilmesi⁸¹, ve adalete erişiminin olmasıdır. Bahsi geçen hakların anayasal düzeyde ve ilgili iç hukuk düzenlemeleri uyarınca korunması sosyal uyumun temelini oluşturur. Her ne kadar ilgili yasal düzenlemelerin olması, insanca sığınmanın bir ayağını oluşturan kişi olarak hukuk önünde tanınma hakkının dayanağı olsa da uygulamada bu haklara devlet yetkilileri ve toplumsal düzeyde saygı gösterilmesi ve bu hakların idrak edilmesi elzemdir. Aynı şekilde, sığınan ülkede bireylerin o ülkedeki yaşamın gerekliliklerine uyum sağlamak yönünde çaba göstermesi de aynı derecede öneme haizdir. Gerekli özen ya da toplumsal özveri nedir; insanca sığınma bu süreçte hukuk ve uygulama bağlamında nasıl gerçekleşir ve ne yönde aksaklıklar yaşanabilir soruları, devam eden bölümde ilgili hukuki düzenlemeler ve literatür taraması yapılmak suretiyle Türkiye barometresi üzerinden açıklanır/somutlaştırılır.

II. İNSANCA SIGINMA KAVRAMI ÜZERİNE TÜRKİYE ÖRNEĞİ

A. SURIYELİLERİN TÜRKİYE'YE KİTLESEL GÖÇÜ VE TÜRKİYE'DE SAHİP OLDUKLARI HAKLAR

İçduygu ve Diker, Türkiye'nin 20. yüzyılın başlarından bu yana sığınma arayan kişiler için bir hedef ülke olduğunu belirtmektedir⁸². Söz konusu yazarlar, 1980'lerde Türkiye'nin Afganistan, Irak, İran ve Somali gibi çatışmaların yaşandığı ülkelere kaçan sığınmacıları da kabul etmeye başladığını belirterek, Türkiye'ye doğru göçün demografik gelişimini detaylandırır. 2011 yılında, Suriye'de devam eden iç savaş nedeniyle Suriye'den beklenmedik bir şekilde kitlesel göçün Türkiye'ye yönelmesiyle birlikte Türkiye bir dönüm noktasına gelmiştir⁸³.

78 Sosyal uyum ya da literatürde de bahsi geçtiği üzere entegrasyon süreci ekonomik, sosyal, kültürel, siyasi ve mekânsal olmak üzere farklı alanlara temas eder. Örneğin kişinin istihdam, barınma, eğitim, sağlık hizmetleri, siyasi haklara erişiminin olması; kültürel entegrasyonun gerçekleşmesi, sosyal ilişkinin sağlanması; çeşitli kuruluşlara üye olunabilmesi, etnik, bölgesel, yerel ve ulusal kimliğe bağlılık yani aidiyet duygularının gelişmesi. Russell King and Ronald Skeldon, "Mind the Gap! Integrating Approaches to Internal and International Migration" (2010) 36 Journal of Ethnic and Migration Studies 10, 1634 – 1635.

Sosyal uyuma ilişkin Türk literatüründeki çalışmalar için ayrıca bknz Aslı Şirin (der), *Geçici Korumadan Kalıcılığa? Sosyo-Ekonomik, Siyasal ve Hukuki Boyutlarıyla Türkiye'deki Suriyeli Mültecilerin Entegrasyonu* (Marmara Üniversitesi Yayınları 2022).

79 İnsana yakışır iş kavramı bağlamında bknz Yasin Akyıldız, "İnsana Yakışır İş Uygulamasının Yapısal ve Psiko-Sosyal Boyutta Değerlendirilmesi: ILO ve Sosyal Çalışma Uygulamaları" (2021) 14 Kent Akademisi 4, 1212.

80 United Nations General Assembly, 'Promotion and protection of human rights: human rights questions, including alternative approaches for improving the effective enjoyment of human rights and fundamental freedoms' (A/65/261, 9 August 2010) para 91 < <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n10/478/91/pdf/n1047891.pdf> > accessed 9 July 2024.

81 Suriyelilerin, Türkiye'de eğitim hakkından yararlanmaları bağlamında bknz Hasan Aydın and Yeliz Kaya, "The educational needs of and barriers faced by Syrian refugee students in Turkey: a qualitative case study" (2017) 28 Intercultural Education 5, 462.

82 Ahmet İçduygu ve Eleni Diker, 'Labor Market Integration of Syrian Refugees in Turkey: From Refugees to Settlers' (2017) 3 Göç Araştırmaları Dergisi 1, 14

83 ibid 14.

T.C. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü, 2013 tarihli Türkiye Göç Raporu'nun Sunuş kısmında, takip eden

Coğrafi konumu nedeniyle Türkiye, özellikle 2011 yılından bu yana AB diplomatik ilişkilerinin merkezinde yer almakta ve özellikle Suriyelilerin iltica sürecini şekillendirmektedir⁸⁴. Buna ek olarak Türkiye, 2011 – 2014 yılları arasında Suriye iç savaşının başlamasının hemen ardından açık kapı politikasını benimsemiştir⁸⁵. Açık kapı politikası Türkiye'nin Suriye'den gelen *kitlesel mülteci akınına*⁸⁶ çözüm bulmayı amaçlayan dış politikasının bir parçası olmuştur. Başlangıçta bu politika, tarihi ve coğrafi bağlar, Müslüman kardeşliği ve ahlaki değerler (*moral*) yönlerinden farklı motivasyonlarla uygulanmaya başlanmıştır⁸⁷. Türkiye, Suriye'deki silahlı çatışmadan önce⁸⁸ 1991 yılında Irak'ta Saddam Hüseyin'e karşı başlayan ayaklanma karşısında yaklaşık yarım milyon Iraklı Kürt, Türkiye sınırına yakın bir bölgeye akın etmiş, bunun sonucunda, Irak'tan gelen mülteciler için güvenli barınaklar ile uçuşa yasak bölge oluşturulması konuları o zaman da gündeme alınmıştır⁸⁹.

2014 yılı sonunda Suriye, ülke içerisinde yerinden edilmiş sekiz milyon vatandaşı ve ülke dışında bulunan dört milyondan fazla mültecisi ile dünyanın en büyük mülteci üreten ülkesi haline gelmiştir⁹⁰. Suriye savaşının ortaya çıkmasından bu yana, Suriye'de savaş suçlarının ve insanlığa karşı suçların işlenmiş olduğu da belgelenmiştir. Örneğin, 10 Nisan 2013 tarihli İnsan Hakları İzleme Örgütü'nün gözlemine göre, Temmuz 2012'nin sonlarından itibaren, Suriye hükümet güçleri savaş uçaklarından ve helikopterlerden şehirlere, kasabalara ve muhalif güçlerin kontrolündeki mahallelere saldırılarda

şekilde Türkiye'nin hedef ülke olması ile ilgili açıklama getirmiştir:

Türkiye, coğrafi ve stratejik konumu sebebiyle tarih boyunca kitlesel sığınma hareketleri de dâhil olmak üzere geniş anlamda göç hareketlerinin nihai durağı olmuş ve milyonlarca göçmene ev sahipliği yapmış özellikle son yıllarda artan ekonomik gücü ve bölgesel konumu itibarıyla, göç alanında hedef ülke haline gelmiştir.

T.C. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü, '2013 Türkiye Göç Raporu' (T.C. İçişleri Bakanlığı Göç, İdaresi Genel Müdürlüğü Yayınları Yayın No: 32, 2015) <https://www.goc.gov.tr/kurumlar/goc.gov.tr/YillikGocRaporlari/2013_yillik_goc_raporu.pdf> Erişim Tarihi: 27 Ekim 2024.

- 84 AB ve Türkiye arasında 18 Mart 2016 tarihinde imzalanmış olan anlaşma, bahsi geçen diplomatik ilişkiler ağının bir parçasıdır. Kim Rygiel, Feyzi Baban and Suzan Ilcan, 'The Syrian Refugee Crisis: The EU-Turkey "Deal" and Temporary Protection' (2016) 3 SAGE Global Social Policy 16, 315.
- 85 Örneğin, Türkiye 2014 yılında, içinde anaokulu ve kreş olan "*mükemmel bir mülteci kampı*" inşa etmiştir. Mac McClelland, 'How to Build a Perfect Refugee Camp' (*The New York Times Magazine*, 2014) <<https://www.nytimes.com/2014/02/16/magazine/how-to-build-a-perfect-refugee-camp.html>> accessed 12 July 2024.
- 86 Kitlesel akın, "*uluslararası sınırların çok sayıda davetsiz misafir tarafından ani ve hızlı bir şekilde geçilmesi*" şeklinde tanımlanmıştır. Ann Vibeke Eggle, *Mass Refugee Influx and the Limits of Public International Law*, (Martinus Nijhoff Publishers 2002), 23.
- 87 Murat Erdoğan, 'Syrians in Turkey: Social Acceptance and Integration' (*Hacettepe Üniversitesi Göç ve Siyaset Araştırmaları Merkezi, International Organisation for Migration*, 2014), 27 <<https://data.unhcr.org/en/documents/details/46184>> accessed 16 September 2024. Detaylı analiz için bkz Özlem Demirtas-Bagdonas, 'Reading Turkey's Foreign Policy on Syria: The AKP's Construction of a Great Power Identity and the Politics of Grandeur' (2014) 15 Taylor & Francis Turkish Studies 1, 18-33.
- 88 Bahsi geçen eski tarihler 1492 yılına dayandırılabilir. Shaw, Osmanlı İmparatorluğu devlet sınırlarına, üç yüz bin Yahudi'nin gemilerle getirilmiş olmasından bahseder. Stanford J Shaw, *The Jews of the Ottoman Empire and the Turkish Republic* (Palgrave Macmillan 1991), 1-36.
- 89 Bill Park, 'Strategic Location, Political Dislocation: Turkey, The United States, and Northern Iraq' (2003) 7 Middle East Review of International Affairs 2, 13 <https://ciaotest.cc.columbia.edu/olj/meria/meria03_pab01.pdf> accessed 16 September 2024. Bu dönemde, Türkiye'nin amacı sınırları resmi olarak açmak değildi. Türkiye, döneminde yalnızca insani kaygılarla mülteci kabul etmiştir.
- 90 Henrik Andersson and Kristoffer Jutvik, 'Do asylum-seekers respond to policy changes? Evidence from the Swedish – Syrian case' (2023) 1 Scand J of Economics 125, 7.

bulunmuştur. Bu saldırılar pek çok can almış, kayıpları belgeleyen bir Suriyeli gruba göre 4.300'den fazla sivil, binlerce insan yaralanmıştır⁹¹. BM İnsan Hakları Konseyi Bağımsız Uluslararası Araştırma Komisyonu'nun Suriye Arap Cumhuriyeti Raporu uyarınca, hava bombardımanları, hükümet karşıtı silahlı gruplar, Jabhat al-Nusra ve IŞİD tarafından kontrol edilen sivilin yaşadığı bölgeleri bombalayarak yüzlerce can kaybına neden olmuştur. Raporun yayınlandığı yılda tespit edildiği üzere, saldırılara maruz kalan bölgelerde kalan sivil, yoksulluk, kronik hastalık veya engellilik ve ailenin kişisel mülkünü terk etmeme arzusu dahil olmak üzere özel sebepler nedeniyle genellikle tahrip olan bu bölgelerden ayrılamamışlardır. Kuşatma altındaki bölgelerde de sivilin çıkışı engellenmiştir⁹².

Suriye'deki durum sebebiyle, ülkesinden kaçarak Türkiye'ye sığınabilen Suriyeli sığınmacıların sayısı zamanla giderek artmıştır. Göç İdaresi Genel Müdürlüğü (GİGM) resmi rakamlarına göre 2024 yılı ağustos ayı itibarıyla geçici koruma rejimi kapsamında 3.103.606 Suriyeli Türkiye'de yaşamını sürdürmektedir⁹³.

Türkiye'de ikamet eden Suriyelilerin, iç hukuk sisteminde yer alan ilgili düzenlemeler sayesinde eğitim, sağlık ve barınma imkânlarına erişmelerinin yolu açılmıştır. Suriyelilere yönelik bu yasal korumayı, 2013 yılında kabul edilen YUKK, Suriyelilere geçici koruma sağlayan 91'inci maddesi temellendirmiştir⁹⁴. YUKK'un 91'inci maddesi, 2013 yılında geçici koruma rejimine yasal bir dayanak getirmiş ve 22 Ekim 2014 tarihinde kabul edilerek yürürlüğe giren Geçici Koruma Yönetmeliği (GKY) bu geçici koruma rejiminin içeriğini netleştirmiştir.

GKY madde 7 uyarınca

Geçici koruma; ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel veya bu kitlesel akın döneminde bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılardan haklarında bireysel olarak uluslararası koruma statüsü belirleme işlemi yapılamayan yabancılara uygulanır⁹⁵.

GKY'nin içeriğinin insanca sığınma kavramı ile bağlantılı olarak incelenmesi hususu öncelikle temel hak ve özgürlüklerin tanınması ve bu haklara erişimin yolunun açılması bağlamında ele alınmalıdır. Bu sebeple, Türk Hukuku bağlamında yabancılara yönelik getirilen temel korumalara Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Anayasa) düzleminde değinmek gerekir. Anayasa'nın 12'nci maddesi "[h]

91 Ole Solvang and Anna Neistat, 'Death from the Skies Deliberate and Indiscriminate Air Strikes on Civilians' (2013) <<https://www.hrw.org/report/2013/04/10/death-skies/deliberate-and-indiscriminate-air-strikes-civilians>> accessed 7 August 2024.

92 UN Human Rights Council, 'Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic' (2016) <<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/CoISyria/A-HRC-31-68.pdf>> accessed 18 July 2024.

93 Türkiye Cumhuriyeti İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Başkanlığı, 'Temporary Protection Distribution of Syrians Under Temporary Protection By Year' <<https://en.goc.gov.tr/temporary-protection27>> accessed 9 August 2024.

94 Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (n 25) madde 91.

95 GKY'da düzenlendiği üzere, "[g]eçici koruma kararı Bakanlar Kurulu tarafından alınmakta ve sonlandırılmaktadır. Bu kararın içeriği yine Bakanlar Kurulu tarafından düzenlenmektedir." Geçici Koruma Yönetmeliği, Kanun Numarası: 6203, Kabul Tarihi: 13.10.2014, RG 22.10.2014/29153.

erkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir” diyerek “temel hak ve hürriyetlerin niteliğini” düzenlemektedir⁹⁶. Anayasa’nın 17’nci maddesi de temel insan hakları düzenlemelerini yürürlüğe koyarak hem vatandaşları hem de yabancıları işkenceden korumaktadır. Uluslararası hukuk kuralları her türlü işkence ve kötü muameleyi yasakladığı gibi Türkiye Cumhuriyeti Anayasası da işkence ve kötü muameleyi takip eden şekilde yasaklamaktadır: “Kimseye işkence ve kötü muamele yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz”. Bir bireyin insan haklarının idraki, kişinin hukuk önünde tanınması ile el ele gider. Anayasa’nın 10’uncu maddesinde vurgulandığı üzere, herkes “dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin” kanun önünde eşittir. Bahsi geçen başlıklar yanı sıra, devletin ilgili kuralları uygulamaması halinde, haklara ilişkin her türlü düzenleme anlamsız hale gelecektir. Bu gerçeği göz önünde bulunduran Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 5’inci maddesinde devletin amaç ve görevlerini ortaya koymaktadır. Madde 5, devletin bireyin maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları sağlaması gerektiğini belirtir. Bunun yanı sıra, devlet yetkililerin iş ve eylemlerinden ötürü anayasada korunan haklara ilişkin bir zararın ortaya çıkması halinde, iç hukuk yollarının tüketilmiş olması şartıyla, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru hakkı tanınmıştır⁹⁷.

GKY ile tanınan hak ve korumalar, Anayasa’da belirtilen hak ve özgürlüklerle uyum içerisindedir. GKY madde 26 ile belirlendiği üzere, yönetmelik “*kapsamındaki yabancılara; sağlık, eğitim, iş piyasasına erişim, sosyal hizmetler ve yardımlar ile tercümanlık ve benzeri hizmetler sağlanabilir*”. Suriyeliler hukuki danışmanlık ve çeviri hizmetlerine ücretsiz erişim de dahil olmak üzere adil yargılanma hakkına sahiptirler⁹⁸. Tüm uluslararası koruma başvuru sahiplerinin itiraz prosedürlerinde yasal temsil hakkı bulunmaktadır⁹⁹. Bununla birlikte, herkes sınır dışı kararına karşı 15 gün içinde Türkiye’deki İdare Mahkemesi nezdinde itiraz edebilir¹⁰⁰. Suriyeliler düzensiz girişleri nedeniyle gözaltına alınamazlar¹⁰¹. İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü Yabancılar Hudut İltica Daire Başkanlığı Suriyelilerin kayıt işlemlerini gerçekleştirir ve geçici koruma kimlik belgesi verilmek yönünde işlem yapılır. Geçici Koruma Yönetmeliği’nin 25. maddesi uyarınca,

96 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 9.11.1982/17863.

97 O Korkut Kanadoğlu ve Battal Niyazi Şahin, ‘Anayasa Mahkemesinin Güncel Norm Denetimi ve Bireysel Başvuru Kararları Hakkında Gözlemler’ (2022) 39 Anayasa Yargısı 2, 13; Ayrıca bkzn Sibel İnceoğlu, ‘Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 4 (Avrupa Konseyi, 2018) <https://dspace.ceid.org.tr/xmlui/bitstream/handle/1/1708/04_adil_yargılanma_hakki_son.pdf?sequence=1> Erişim Tarihi: 5 Temmuz 2024.

98 Bknz İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olarak değiştirilmiş) (AIHS), 11 ve 14 numaralı Protokollerle değiştirilmiş, 4 Kasım 1950, ETS 5, RG 19.3.1954/8662, md 6; Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu md 57/6, 57/7, 68/7 ve 81 (yabancıların ya da idari gözetim altında bulunanların dilekçe hakkı) (n 25); Avukatlık Kanunu, Kanun Numarası: 1136, Kabul Tarihi: 19.3.1969, RG 7.4.1969/13168.

99 Heinrich Böll Stiftung, ‘Report on Turkey’s Asylum Law and Policies’ (2019), 21 <<https://tr.boell.org/sites/default/files/2019-12/ASYLUM%20ENG-S.pdf>> accessed 2 June 2024.

100 ibid 22.

101 Türkiye’de yapılan son yasal değişiklikler, göçmen ve mültecilerin gözaltına alınmalarına farklı alternatifler getirmeyi amaçlamaktadır. Bknz Meltem Ineli-Ciger, ‘Alternatives to Immigration Detention in Türkiye: What’s the European Union got to do with it?’ (Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper, no 2024_08, 2024) <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4759440> accessed 8 August 2024.

Geçici koruma kimlik belgesi, Türkiye’de kalış, hakkı sağlar. Ancak bu belge Kanunda düzenlenen ikamet izni veya ikamet izni yerine geçen belgelere eşdeğer sayılmaz, uzun dönem ikamet iznine geçiş hakkı tanımaz, süresi ikamet izni toplamında dikkate alınmaz ve sahibine Türk vatandaşlığına başvuru hakkı sağlamaz.

Ayrıca Suriyelilerin eğitim hakkı¹⁰² ve aile birleşmesi mekanizmalarına erişim hakları bulunmaktadır. Eğitim hakkına ilişkin olarak, dil bariyerinin aşılması önem taşır. Türkiye’deki Suriyeli öğrenciler üzerine yapılan bir çalışmada yapılan gözlemler öğrencilerin sınıf içi performanslarının Türkçe seviyelerine göre değiştiğini, Türkçe seviyesi yüksek olanların daha başarılı olduğunu, düşük olanların ise öğretilenleri anlamadıkları için başarısız olduklarını tespit etmiştir¹⁰³.

Suriyelilerin çalışmaları izne tabi tutulmuş olmakla beraber¹⁰⁴, çalışma hakları güvence altına alınmıştır¹⁰⁵. Bahsi geçen çalışma hakkını insana yakışır bir iş ortamında çalışılması bağlamında da düşünmek gerekir¹⁰⁶. Çalışma hakkı ve insana yakışır iş sosyal güvenlik sistemine erişimi ve en az asgari ücret ödenmesi güvencelerini kapsamına almaktadır¹⁰⁷.

Kişilerin bir ülkede hayatını idame ettirebilmesi için kalacak bir yeri olması elzemdir.ERCÜMENT AKDENİZ YABANCILARIN ARAZI VE KONUT SATIN ALMALARI İLE MÜLTECİLERİN BARINIMLARI HUSUSUNUN BİRBİRİ İLE KARIŞTIRILMAMASI GEREKTİĞİNİ BELİRTİR. Yazara göre bu durum,

Zenginiyle ve yoksuluyla tüm göçmenler konut satın alarak sanki mekân sorununu çözüyorlarmış gibi yanlış bir algının oluşmasına neden olmaktadır. Devamında devletin ve yerel yönetimlerin mülteciler için pek de bir şey yapmasına gerek olmadığı sonucu çıkarılmaktadır¹⁰⁸.

Türkiye’de yaşayan Suriyelilerin, sağlık hakkı¹⁰⁹ ve din özgürlüğü başta olmak üzere Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler gereği diğer temel hak ve özgürlüklere erişimleri yasal olarak güvence altına alınmıştır. Fakat Suriyelilerin devlet memurluğu yapabilecekleri, devletten maaş aldıkları veya kamu hizmetlerinden öncelikli olarak yaralandıkları şeklinde doğru bilinen yanlışların olduğu da gözden kaçırılmamalıdır¹¹⁰. Burada çizilen tablo, yasal düzlemde Suriyelilerin hukuk önünde kişi

102 GKY (n 95) md 28; T.C. Milli Eğitim Bakanlığı ‘Yabancılar yönelik eğitim öğretim hizmetleri’ (2014) <http://www.meb.gov.tr/mevzuat/arama_sonuc_mevzuat.php?q=2014%2F21> adresinden erişildi> Erişim Tarihi: 15 July 2024.

103 Aydın and Kaya (n 81) 462.

104 GKY (n 95) md 29; Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik, Kanun Numarası: 6575, Kabul Tarihi:11.1.2016, RG 15 Ocak 2016/29594; Uluslararası İşgücü Genel Müdürlüğü, ‘Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Uygulama Rehberi’ (Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı) <<https://www.csgb.gov.tr/medias/6248/gkkuygulamarehberi1.pdf>> accessed 11 August 2024.

105 İneli-Ciğer (n 23)173.

106 İnsana yakışır iş kavramı bağlamında bkzn Yasin Akyıldız, “İnsana Yakışır İş Uygulamasının Yapısal ve Psiko-Sosyal Boyutta Değerlendirilmesi: ILO ve Sosyal Çalışma Uygulamaları” (2021) 14 Kent Akademisi 4, 1212.

107 GeçiciKoruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik (n 104).

108 ERCÜMENT AKDENİZ, *Göç ve Belediyeler İktidar ve Muhalefet Perspektifleri* (Tekin Yayınevi 2024), 90-91.

109 Detaylı analiz için bkzn Melike Çallı, “Türkiye’de Mültecilerin ve Sığınmacıların Sağlık Hakkı’ İş ve Hayat <<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/391545>> accessed 10 August 2024.

110 T.C. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü, ‘Ülkemizde Geçici Koruma Kapsamında Bulunan Suriye Uyruklu Yabancılar Hakkında Doğru Bilinen Yanlışlar’ <<https://www.goc.gov.tr/kurumlar/goc.gov.tr/Yayinlar/Brosurler/dog->

olarak tanınma haklarına saygı gösterilen bir hukuk sistemini ortaya koymaktadır. Hukuken durum bu şekilde olmakla beraber, hukukun uygulamadaki yansımalarına da değinmek gerekir.

B. HUKUKUN UYGULAMADAKİ YANSIMALARI

İçduygu ve Şimşek, “göçmen ve mültecilerin özellikle eğitim, sağlık ve barınma gibi acil ihtiyaçlarının karşılanması için köklü ve kapsamlı entegrasyon politikalarına ihtiyaç duyulduğunu” belirtmektedir¹¹¹. Yiğit Erden ve Saime Özçürümez tarafından alanında uzman akademisyenlerin görüşlerinin incelendiği çalışmalarında yazarlar, Türkiye göç yönetiminin dış dinamiklere ve düzensiz göç ile karakterize edilen farklı zorluklara yanıt veren çok aktörlü ve çok düzeyli bir model haline geldiğinden bahsederler. Bunun yanı sıra, yazarlara göre Türkiye’nin karşılaştığı zorluk öncelikle Türkiye’de bulunan Suriyelilerin sosyo-demografik profiline ilişkindir. Erden ve Özçürümez farklı düşünürlerin altını çizdikleri hususun Türkiye’deki Suriyeli profilinin düşük eğitim ve düşük beceri düzeyine sahip kişilerden oluştuğunu, bu durumunda istihdam edilebilirliğin yanı sıra sosyal entegrasyonu engellediği yönündedir. Türkiye’nin mevcut sorunu esasen yasal düzlemde Suriyelilere temel hak ve özgürlüklerin tanınması değildir. Bunun bir adım ötesinde çalışma hayatı, kayıt dışı istihdam, eğitim ve barınma alanlarında ortaya çıkan karmaşık sorunlardır¹¹². Bunun yanı sıra, aynı çalışma Türkiye’nin karşılaştığı bir diğer sorunun Türkiye’de çok fazla kayıtsız Suriyeli olması ve Türkiye’nin bu kişileri kayıt altına almak için kurumsal ve ekonomik kapasitesini biraz daha fazla geliştirmesi gerektiği yönündedir¹¹³. Paralelinde ise Suriyelilerin Türkiye’ye uyum sürecinin kişilerin ülkenin dilini, kültürünü ve yaşam şeklini öğrenmelerine destek olacak şekilde gerçekleştirilmesinin hem toplum hem de yabancılar açısından önemli olduğunun unutulmaması gerektiğini de vurgulamak gerekir. Örneğin, Erden ve Özçürümez’in yaptıkları röportajda takip eden aktarıma yer vermişlerdir:

[Türkiye’de] [k]amplardaki mülteciler doğrudan şehirlerde yaşamaya gönderilmiştir. Herhangi bir entegrasyon kursu gerekmemektedir ve konut politikası tasarlanmamıştır. Almanya’da kalıcı oturma alabilmem için bana entegrasyon kursu önerdiler. Bunun temel nedeni Alman dilini ve kültürünü öğrenmekti. Almanya’da akşam 10’dan sonra apartman içinde gürültü yapılmasına izin verilmiyor. Ben bunu sosyal uyum kursunda öğrendim. Gelenler bu kurslara tabi tutuluyor. Türkiye’de böyle bir uygulama bulunmamakta¹¹⁴.

Yukarıda yer alan Almanya ve Türkiye arasındaki karşılaştırmada gözden kaçırılan husus, Suriyelilerin gruplar halinde Türkiye’ye geldikleri dönemde Türkiye’nin Suriyelilere misafir gözüyle bakarak, onlara geçici bir süreliğine ülkede bulunacakları mantığı ile yaklaşması ve onları sosyal uyum sürecine dahil edecek yöntemleri/araçları bu sebeple tercih etmemiş olmasından da kaynaklıdır. Öte yandan, bu uyumun

bilinen-yanl/Dogru-Bilinen-Yanlislar-.pdf> Erişim Tarihi: 9 August 2024.

111 Ahmet İçduygu and Doğu Şimşek, ‘Syrian refugees in Turkey: Towards integration policies’ (2019) 15 Turkish Policy Quarterly 3, 65-66.

112 Bknz Yiğit Erden and Saime Ozcurumez, ‘Mass migration governance and openness toward refugees: Comparing Germany and Turkey’ (2024) 62 International Migration 3, 303-318.

113 ibid 310.

114 ibid 311.

doğal süreç içerisinde kendiliğinden gerçekleşmekte olduğu yönünde de bir yaklaşım benimsenebilir. Örneğin, Suriyeliler Türkiye’de hareket özgürlüğüne kısıtlama getirilmemiş, diledikleri yerde yaşam kurmaları engellenmemiştir. Suriyelilerin yüzde ikiden daha az bir kısmı kamplarda kalırken, yüzde 98’i şehir merkezleri ya da çevrelerinde yaşamayı tercih etmiştir¹¹⁵. Bu durum da ister istemez, Suriyeliler ile toplumun iletişim içerisinde olması yolunu açmıştır. Cantaken ve Taşbaş, Suriyelilerin Türkiye’de kalış süreleri ile sosyo-kültürel uyum düzeyleri arasında doğrudan bir ilişki bulunduğunu tespit etmişlerdir. Örneğin, yazarlara göre, Türkiye’de 6-10 yıl arasında kalan yabancıların en fazla sosyokültürel uyum düzeyine sahip oldukları sonucuna varmışlardır. Buradan çıkarılan sonucun anlamı, göç edilen yerde yaşama süresi arttıkça sosyokültürel uyumun da artmakta olduğudur¹¹⁶. Öte yandan, sosyal uyumun sağlanmasında her ne kadar devletin sağladığı imkanlar ve yasal alt yapı süreci yönlendirmede önem kazansa da toplumsal akışa uyum sağlama yönünde Suriyelilerin ve yerel halkın karşılıklı bir uyuşamama hali içerisinde oldukları tespiti de yapılabilir. Bahsi geçen uyuşamama hali karşılıklı ön yargılar, kültürel farklılıklar ve medyanın etkisi ile yaratılan söylemler neticesinde gerçekleşmiş olması ihtimali vardır. Örneğin, bir araştırmanın ortaya koyduğu üzere, Hatay’da yaşayan Türk vatandaşlarının orada bulunan Suriyeliler hakkındaki şikâyetleri çoğunlukla ekonomik ve sosyal bağlamda dile getirilmiştir. Bahsi geçen şikâyetler genellikle, Suriyelilerin eğitim seviyelerinin düşük olduğu, toplum nezdinde nezaketsiz şeklinde değerlendirilebilecek davranışlar sergiledikleri yönünde olmuştur¹¹⁷. Öte yandan, Suriyelilere yönelik toplumsal düzeyde olumsuz bakış açısı, medyanın etkisi ile de şekillenmektedir. Örneğin, İnci ve Speelman’ın da mevcut çalışmalara dayalı olarak gözlemi, Suriyelilerin medya tarafından iki zıt çerçevede Türkiye’de tasvir ediliyor olduğudur: mağdur ve yoksul ya da muhtaç olma arasında sıkışmış Türk toplumuna yönelik bir tehdit oluşturan grup. Türkiye’de haberlerin yansıtılma biçimleri de bilginin aktarılmasında ve kamuoyunda algı yaratılmasında önemli bir faktördür. İnci ve Speelman, Türk medyası içerisindeki bazı yayın organlarının Suriyelileri ülke güvenliği, kültürel bütünlük ve ekonomi için potansiyel bir tehdit oluşturdukları yönünde lanse ettiklerine dikkat çekmektedir. Belki de bu yönde oluşan bir toplumsal ön yargının neticesi olarak örneğin, bir çalışmada belirtildiği üzere, bazı mülteciler, Türk komşuları tarafından gördükleri muamele nedeniyle psikolojik olarak stresli olduklarını ve sürekli korku içinde yaşamlarını sürdüklerini öne sürmüşlerdir. İzmir’deki kadın mülteciler, yerel halktan olan komşularının kendilerini görmezden geldiklerini ve onları aşağı gördüklerini belirtmişlerdir¹¹⁸.

Murat Erdoğan ve Deniz Yetkin Eker’in işaret ettiği üzere, barışçıl bir toplum sosyal uyum olmadan var olamaz. Barışçıl bir toplum için sosyal uyum önemlidir ve bireylerin birbirlerinden uzak

115 M Murat Erdoğan and Nihal Eminoğlu, ‘More than a decade of Syrian refugees in Turkey Balancing a complex challenge’ in Berna Şafak Zülfiyar Savcı, Ludger Pries ve M Murat Erdoğan (eds), *Forced Migration in Turkey Refugee Perspectives, Organizational Assistance, and Political Embedding* (Routledge Studies in Development, Mobilities and Migration 2024), 156.

116 Ömer Faruk Cantekin and Fatma Rümeysa Taşbaş, ‘Examination of the Relationship Between Syrian Refugees’ Spiritual Level and Socio-Cultural Adaptation’ (2024) 5 *International Journal of Religion* 1, 352.

117 Bknz Oznur Ozdamar, Eleftherios Giovanis and Sacit Hadi Akdede, ‘Attitudes Towards Syrian Refugees in Türkiye: Does Cosmopolitanism Matter?’ (2024) 25 *International Migration & Integration* 2, 1-23.

118 Elçin İstif İnci and Dirk Speelman, ‘Syrians in Turkey and their naturalization as Turkish citizens: A computational text analysis of newspaper data’ (*Sage Journals*, 2024) 136 <<https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/146.488.49241231040>> accessed 16 September 2024.

durduğu mesafeli bir toplum karşılıklılık esasına dayalı insani alışverişi engelleyecektir¹¹⁹. Yukarıda da kısaca değinildiği üzere, esasen Türk toplumu ve Suriyeliler açısından karşılıklı olarak birbirinden uzaklaşma hali gözlemlenebilir. Örneğin, ilk yıllarda Suriyelilere yönelik kabul ve birlik-beraberlik anlayışı hâkim iken, zamanla bu olumlu yaklaşım olumsuzla doğru evrilmiştir. Başlangıçtaki olumlu tutum dinsel ve kültürel birtakım benzerliklerin olması ve gelen mültecilerin bir gün geri dönecekleri yönündeki algıda yatmaktadır. Fakat zaman içerisinde başlangıçtaki koruma içgüdüğü ile yaklaşım yerini yorgunluk ve endişeye bırakmıştır¹²⁰. Murat Erdoğan ve Nihal Eminoğlu'na göre, toplumsal düzlemde mevcut endişeli hal takip eden başlıklar etrafında oluşmuş ve şekillenmiştir: iş kaybı kaygısı, suç işlenmesi oranındaki artış ve kamu hizmetlerinde yetersizlik¹²¹.

Suriyelilerin yerel halkla iletişimde yaşadıkları kopukluklar bir yana Türkiye'deki geçici koruma rejimi, Suriyelilere esasen haklara erişim hususunda temel sağlamıştır. Öte yandan, Demirbaş ve Miliou'nun eleştiri getirdiği husus, Suriyelilerin hala bir belirsizlik içerisinde yaşamakta olduklarına ilişkindir. Bahsi geçen belirsizlik, sağlık hizmetlerine, istihdama ve eğitime erişimlerine ilişkin gri alanların olmasından kaynaklıdır¹²². Örneğin, Suriyelilerin 81 ilden birisine giderek kaydolmaları ve kimlik kartı almaları gereklidir. Fakat sorunlu olan husus, Suriyelilerin yalnızca kayıt yaptırdıkları şehirde çalışma izinlerinin olması, yalnızca ilgili şehirde sağlık ve eğitim hizmetlerine erişim imkanına sahip olmalarıdır. Bu kural, Suriyelileri çok az istihdam olanağı olan şehirlerde yaşamaya ya da iş bulmak için kaydoldukları şehrin dışına çıkmaya zorlamaktadır¹²³. Çalışma izni bağlamında ise, Demirbaş ve Miliou'nun tespit ettiği sorunsal, çalışma izni başvurularının çalışanlar tarafından değil, işverenler tarafından yapılmakta olduğudur. Ek maliyet kaygıları nedeniyle genellikle işverenlerin Suriyelileri yasal olarak istihdam etme eğiliminde olmadıkları gözlemlenmiştir – ancak not etmek gerekir ki, örneğin çiftçilik alanında çalışma izni alınması zorunluluğu aranmamaktadır¹²⁴. Doğu Şimşek tarafından çalışmasında yer verildiği üzere, kayıt dışı ekonomide çalışmaları neticesinde Suriyeliler fazla çalıştırılmakta, düşük ücret almakta ve sosyal güvenlik ya da emeklilik hakları bulunmamaktadır. Dolayısıyla, burada gerçekleşmesi gereken, toplumsal düzlemde yalnızca yabancılara yönelik değil herkese karşı işçi sömürsünün önüne geçecek şekilde bir farkındalık yaratılmasıdır¹²⁵. Bir başka çalışmada da benzer şekilde vurgulandığı üzere, Suriyelilerin çoğu kayıt dışı çalışmakta ve ekonomik güvencesizlik yaşamaktadır; Suriyeliler kendi konutlarını temin etmek zorundadır, dil ve diğer engeller sağlık hizmetlerine tam erişimin önüne geçmektedir. Tüm bu hususlar etrafında

119 M. Murat Erdoğan and Deniz Yetkin Aker, 'Beyond the Social Distance and Cultural Similarities: Turkish Citizens and Syrians in Şanlıurfa' (2023) 2 Migration & Diversity 1, 2. Ayrıca bkz Recep Baydemir, 'Suriyeliler ve Şanlıurfalılar Arasındaki Komşuluk İlişkileri Üzerine Nicel Bir Araştırma' (2024) 64 DTCF Dergisi 1, 672-703.

120 Natalia Banulescu-Bogdan, M. Murat Erdoğan and Lucia Salgado, 'Confronting Compassion Fatigue Understanding the arc of public support for displaced populations in Turkey, Colombia, and Europe' (Migration Policy Institute, 2024) <https://www.migrationpolicy.org/sites/default/files/publications/mpie_compassion-fatigue-2024_final.pdf> accessed 7 August 2024.

121 Erdoğan ve Eminoğlu (n 115) 160.

122 Elif Demirbaş and Christina Miliou, 'Looking at the EU-Turkey Deal: The Implications for Migrants in Greece and Turkey' in R Zapata-Barrero, I Awad (eds) *Migrations in the Mediterranean*, (IMISCOE Research Series Springer, 2023), 16.

123 ibid 16.

124 ibid 16.

125 Doğu Şimşek, 'Integration Processes of Syrian Refugees in Turkey: 'Class-based Integration' Get Access Arrow' (2020) 33 Journal of Refugee Studies 3, 547.

Suriyelilerin bir başka yönden de belirsizlik duygusu içerisinde günlük yaşamlarını sürdürmekte olduğunu gösterir¹²⁶.

Belirsizliğin yönlendirilebilmesi/yönetilebilmesi adına STK'ların önemli bir yeri vardır. Nitekim literatürde Suriyelilerin uyum süreçleri bağlamında STK'ların yeri ve önemi detaylı bir şekilde irdelenmiş ve analiz edilmiştir¹²⁷. Örneğin STK'lar Suriyelilerin Geçici Koruma Kimlik Kartı alımlarına ilişkin kayıt işlemlerinde yardımcı olmaktadır. Geçici Koruma Kimlik Kartları alımları konusunda STK'lar tercüme ve ulaşım konularında Suriyelilere yardımcı olsalar da Suriyelilerin bu hizmetlerden yararlanma hususundaki isteksizlikleri yolsuzluk ve dolandırıcılık eylemlerine maruz kalmalarına yol açabilmektedir¹²⁸. Bir başka çalışmaya göre, STK'lar transit geçişlerde ya da kamplarda kişilere erzak ve sıcak tutacak giysiler dağıtmak yoluyla pek çok sığınmacının hastalanmasının önüne geçmiş, bu kişilere destek sağlamıştır¹²⁹. Ayrıca ülkede bulunan sığınmacıların farklı yönlerden – yardım, sosyal entegrasyon, farkındalık yaratma ve sosyalleşme yollarıyla – güçlendirilmeleri sosyal uyumun sağlanması açısından önem arz etmektedir¹³⁰.

Yukarıda bahsi geçen güçlendirme yalnızca STK'lar eliyle değil, aynı zamanda belediyeler yoluyla da yapılmaktadır. Belediyelerin sosyal uyum bağlamında önemini takip eden örnek ile somutlaştırabiliriz. Kistnareddy, Fransa'nın Calais kentinde belirsizlik içinde bekleyen mültecilerle ilgili araştırmasında, Calais Belediye Başkanı Natacha Bouchart'ın Calais sakinlerinden *"özel olarak oluşturulan bir e-posta adresi aracılığıyla herhangi bir 'göçmen' işgalciyi bildirmelerini"* istediklerini açığa çıkarmıştır. Kistnareddy, buradaki motivasyon, Fransız vatandaşlarını göçmenlerden 'ayrıştırmayı' ve aynı zamanda onları insani merhametten uzaklaştırmayı hedeflemektedir¹³¹. Türkiye değerlendirildiğinde, bir araştırma belediyeler arasında mültecilerle dayanışma bağlamında asgari katılımdan aktif katılıma kadar değişen farklılıkların olduğunu ortaya koymuştur. Özellikle sosyo-ekonomik uyumun desteklenmesi bakımından örneğin Gaziantep, Adana ve İzmir en çok göç alan iller olarak Suriyelilere destek sağlama konusunda nispeten daha aktiftir¹³².

126 Şahin-Mencütek, Gökalp-Aras, Kaya ve Rottmann, (n 11) 127.

127 Özge Zihnioglu and Müge Dalkıran, 'From social capital to social cohesion: Syrian refugees in Turkey and the role of NGOs as intermediaries' (2022) 48 Journal of Ethnic and Migration Studies 11, 2455-2472; Emrin Çebi, 'The role of Turkish NGOs in social Cohesion of Syrians' (2017) Turkish Journal of Middle Eastern Studies, 135-170; Ulaş Sunata and Salih Tosun, 'Assessing the Civil Society's Role in Refugee Integration in Turkey: NGO-R as a New Typology' (2018) 32 Journal of Refugee Studies 4, 683-703.

128 Bülent Aras and Yasin Duman, 'I/NGOs' Assistance to Syrian Refugees in Turkey: Opportunities and Challenges' (2018) Journal of Balkan and Near Eastern Studies, 5.

129 Emrah Atar, Farhad Hossain and Ahsan Ullah, 'Syrian refugees in Turkey: exploring the role of I/NGOs in refugee crisis' (2023) 44 Third World Quarterly 2, 234.

130 Asuman Özgür Keysan and Burcu Şentürk, 'Philanthropists, Professionals and Feminists: Refugee NGOs and the Empowerment of Syrian Women in Gaziantep, Turkey' (2021) 59 International Migration 1, 146. Bahsi geçen çalışma, takip eden çalışmada da olduğu gibi, özellikle sığınmacı kadınların topluma entegrasyonu ve güçlendirilmesi üzerinedir: Asuman Özgür Keysan and Burcu Şentürk, 'Empowerment Perspectives and Practices of Refugee-Related NGOs in Turkey: Family, Protection, or Solidarity?' (2021) 34 Journal of Refugee Studies 4, 3820 – 3845.

131 Ashwiny O Kistnareddy, 'Ambivalent Encounters in Calais' (2024) Journal of Intercultural Studies, 824 <<https://www.tandfonline.com/doi/epdf/10.1080/07256.868.2024.2365759?needAccess=true>> accessed 11 August 2024.

132 Alexander Betts, Fulya Memisoglu and Ali Ali, 'What Difference Do Mayors Make? The Role of Municipal Authorities in Turkey and Lebanon's Response to Syrian (2011) 34 Journal of Refugee Studies 34, 502.

İdari boyutta ayrıca T.C. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü

Nihayetinde, makalenin dikkati çekmeye çalıştığı husus, Türkiye'nin Suriyelilerin ülkeye gelişleri karşısında, hukuki açıdan gerekli düzenlemeleri yaparak, hak ve özgürlükler bağlamında kişileri koruma yollarını açmış olduğudur. Fakat, Suriyelilerin uzun yıllara dayanan Türkiye'de kalma durumları, zaman içerisinde toplumsal düzlemde yorgunluk yaratmış, hukuki boşluklar ve hukukun uygulanmasındaki birtakım aksaklıklar neticesinde bir takım olumsuz sonuçların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Sosyal uyum başlığı altında irdelenen bu durum, günümüzde bir kısır döngü içerisine girmiş gibi gözükmektedir. Nihayetinde bahsi geçen kısır döngü karşılıklı olarak ülke vatandaşlarının ve Suriyelilerin birbirlerine karşı direnç geliştirmelerine yol açmıştır. Suriyelilerin Türkiye'deki sosyal, kültürel, hukuki ve politik konumları dikkate alındığında, her ne kadar insanca sığınmanın önünü açacak yönde temeller açılmış olsa da uygulamada toplumsal boyutta ve Suriyeliler bağlamında mağduriyet halleri ortaya çıkmış olduğu literatürdeki çalışmalar bağlamında gözlemlenmiştir.

SONUÇ

Sığınma arayan kişilerin sığınma arama süreçleri boyunca ve sonrasında temel hak ve özgürlüklerinin korunması adına var olan uluslararası hukuk düzenlemelerine devletlerin çoğu taraftır. Uygulamadaki örnekler dikkate alındığında ise, sığınma arayanların ve sığınmacıların insana yakışır bir şekilde korunmasının önündeki en büyük engel devletlerin uluslararası hukuk düzenlemelerinden doğan yükümlülüklerini gerektiği gibi yerine getirmemelerinden kaynaklanmaktadır¹³³.

Devlet uygulamalarından yola çıkarak, makale hukuk önünde kişi olarak tanınmanın salt yasal düzenlemelerden ibaret olmadığını, uygulamada da devletlerin yasal zeminde oluşturdukları koruma mekanizmalarına sadık kalarak, kişilerin haklarının korunması yönünde hareket etmeleri halinde anlam bulacağını vurgular. Devletlerin koruma yükümlülükleri “*mülteci zamanı*” düzleminde verilmek suretiyle makale kapsamında açıklanmıştır. Kişinin 1951 Cenevre Sözleşmesi bağlamında işaret edilmiş olan söz konusu zulüm sebepleri dolayısıyla bulunduğu ülkeyi terk edişi ile sığınma arayışı başlar. Sığınılmak istenilen ülkeye yönelik bu yöndeki talebi ile devam eder. Buradaki temel sorunsal makalenin ilk kısmında işaret edildiği üzere iki yönlüdür: kişinin sığınma aramak için çıktığı yolculukta karşılaştığı zorluklar ve talebin ilgili ülke tarafından nasıl karşılandığı ya da talebin yapılması yönünde sığınma arayan kişi(ler) karşısına çıkarılan engeller. Bu yönde ortaya çıkan hukuka aykırı devlet uygulamaları makale kapsamında insanca sığınmanın dışına düşen şekilde sürecin belirli kılınmaması ve hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkının ihlali şeklinde formüle

2018 yılından itibaren ‘Uyum Mahalle Buluşmaları’, ‘Uyum Biz Bize Sohbetler’ ve ‘Uyum Buluşmaları’ etkinlikleri GİGM tarafından yürütülmeye başlanmıştır. Bu çalışmaların amacı yerel halk ile düzenli göçmenler, uluslararası koruma statüsü ve başvuru sahipleri ve geçici koruma statüsüne sahip kişiler arasında etkileşimin sağlanarak uyum sürecinin desteklenmesidir. Özçürümez ve İçduygu (n 11) 4.

Ayrıca bkz Ahmet Buran, ‘Türkiye’de Belediye ve Büyükşehir Belediyelerinin Göçmenlerin Sosyal Uyumundaki Rollerinin Yeniden Değerlendirilmesi’ (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2024).

133 Örneğin, 1951 Cenevre Sözleşmesi’nin uluslararası iş birliği ve sorumluluk paylaşımı ruhu içinde uygulanması için etkili yollar bulunması gereklidir. UNHCR, ‘Refugee or Migrant? Word Choice Matters’ <https://www.unhcr.org/cy/wp-content/uploads/sites/41/2018/02/UNHCR_Refugee_or_Migrant_EN.pdf> accessed 6 August 2024.

edilmiştir. Makalede sığınma arama yolculuğunda kişilerin insan kaçakçıları aracılığıyla sığınma arama çabası içerisine girmeye mecbur bırakılmaları ve sonrasında farklı yöntemler etrafında caydırma politikaları ile mevcut ve gelecek mültecileri yıldırma amaçları, özellikle Avrupa devletleri düzleminde örneklendirilmiştir.

Mülteci zamanı kişilerin sığınma arama durumundan ilgili ülkede yaşamlarını idame ettirmeleri sürecine geçmesi durumunu da kapsar. Kişiler sığınma arama sürecindeyken, kendilerine mülteci statüsü verilebilir ya da Türkiye örneğinde olduğu gibi geçici koruma statüsü tanınabilir. Sığınma başvuru süreçlerinin değerlendirilmesinde örneğin Yunanistan ve Avustralya'da olduğu gibi uzun süreli ve insanlık dışı koşullarda gözaltı merkezlerinde sığınmacıların bekletilmeleri ve dolayısıyla hukuk önünde kişi olarak tanınma haklarının yok sayılması şeklinde sığınma prosedürünün işletildiği uygulamalar görülmektedir. Makale kapsamında odaklanılan sığınma arama durumunun bir ülke nezdinde karşılık bulması ve sığınma arayanlara tanınan hak ve özgürlüklerin uygulamada nasıl yansıma bulduğunun tartışılması adına Türkiye ve ülkede bulunan Suriyelilerin durumunun insanca sığınma bağlamında analiz edilmesidir. Bahsi geçen hususun tartışıldığı kısımda ortaya konulduğu üzere, Suriyelilerin hukuk önünde kişi olarak tanınmalarını sağlayacak ve dolayısıyla insanca sığınmanın gerçekleşmesine olanak tanıyacak gerekli yasal düzenlemeler mevcuttur. Ancak hukuktan uygulamaya geçişte, Türkiye'nin Suriye'den gelen mültecilere cevaben yürürlüğe koyduğu geçici koruma statüsünün pratiğe dökümünde aksaklıklar ile karşılaşmıştır. Aynı zamanda, ülkede kalış süresinin belirsizliği hem ülke vatandaşları hem de Suriyeliler bağlamında sosyal uyum için olumsuz bir hale dönüşmüştür.

Şüphesiz ki, Türkiye'nin amacı uygulamada Suriyelilerin hukuk önünde kişi olarak tanınma haklarını görmezden gelmek değildir. Fakat, yukarıda da değinildiği üzere, uygulamada yasa yapım aşamasında öngörülemeyen hukuki boşluklar olduğu ortaya çıkabilmekte, sosyal ve demografik gerçekler yasaların topluma yansımaya yön verebilmektedir. Hal bu iken mevcut durum göz önünde bulundurularak, toplum ve sığınmacılar arasında köprünün nasıl kurulabileceği ya da alternatif çözüm yollarının nasıl geliştirilebileceği değerlendirilmelidir.

KAYNAKÇA

- Ajala A, 'The Nature of African Boundaries' (1983) 18 Africa Spektrum 2, 177-189.
- Avukatlık Kanunu, Kanun Numarası: 1136, Kabul Tarihi: 19.3.1969, RG 7.4.1969/13168.
- Atar E, Hossain F and Ullah A, 'Syrian refugees in Turkey: exploring the role of I/NGOs in refugee crisis' (2023) 44 Third World Quarterly 2, 231-245.
- Aras B and Duman Y, 'I/NGOs' Assistance to Syrian Refugees in Turkey: Opportunities and Challenges' (2018) Journal of Balkan and Near Eastern Studies 1-14.
- Andersson H and Jutvik K, 'Do asylum-seekers respond to policy changes? Evidence from the Swedish – Syrian case' (2023) 1 Scand J of Economics 125, 3-31.
- Allain A, 'The *jus cogens* Nature of non-refoulement' (2001) 13 International Journal of Refugee Law 4, 533-558.
- Aydin H and Kaya Y, 'The educational needs of and barriers faced by Syrian refugee students in Turkey: a qualitative case study' (2017) 28 Intercultural Education 5, 1-18.

- Akyıldız Y, "İnsana Yakışır İş Uygulamasının Yapısal ve Psiko-Sosyal Boyutta Değerlendirilmesi: ILO ve Sosyal Çalışma Uygulamaları", (2021) 14 Kent Akademisi 4, 1219-1235.
- Bauer-Amin S, Schiocchet L and Six-Hohenbalken M, *Embodied Violence and Agency in Refugee Regimes* (Bielefeld: transcript Verlag, 2022).
- Batsyukova S, 'Human Trafficking and Human Smuggling: Similar Nature, Different Concepts' (2012) 1 *Studies of Changing Societies: Comparative & Interdisciplinary Focus* 39-49.
- Brito T, 'Between race and animality: European borders, 'colonial dogs', and the policing of humanity' (2024) *Review of International Studies* 1-18.
- Benton G, 'Making Sense of Prolonged Immigration Detention in a Post-Jennings World' (2020) 34 *Georgetown Immigration Law Journal* 809-817.
- Benhabib S, *Ötekilerin Hakları Yabancılar, Yerliler, Vatandaşlar* (İletişim 2018).
- Baydemir R, 'Suriyeliler ve Şanlıurfalılar Arasındaki Komşuluk İlişkileri Üzerine Nicel Bir Araştırma' (2024) 64 *DTCF Dergisi* 1, 672-703.
- Bhatia M and Lentin R, 'Migration and Racist State Violence: Introduction' (2022) 11 *State Crime Journal* 1, 5-11.
- Banulescu-Bogdan N, Erdoğan M and Salgado L, 'Confronting Compassion Fatigue Understanding the arc of public support for displaced populations in Turkey, Colombia, and Europe' (*Migration Policy Institute*, 2024), 1-35 <https://www.migrationpolicy.org/sites/default/files/publications/mpie_compassion-fatigue-2024_final.pdf> accessed 7 August 2024.
- Boucher D, 'The Recognition Theory of Rights, Customary International Law and Human Rights' (2011) 59 *Political Studies* 3, 753-771.
- Buran A, 'Türkiye'de Belediye ve Büyükşehir Belediyelerinin Göçmenlerin Sosyal Uyumundaki Rollerinin Yeniden Değerlendirilmesi' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2024).
- Betts A, Memisoglu F and Ali A, 'What Difference Do Mayors Make? The Role of Municipal Authorities in Turkey and Lebanon's Response to Syrian (2011) 34 *Journal of Refugee Studies* 34, 491-519.
- Böll Stiftung H, 'Report on Turkey's Asylum Law and Policies' (2019), 1-29 <<https://tr.boell.org/sites/default/files/2019-12/ASYLUM%20ENG-S.pdf>> accessed 2 June 2024.
- Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (adopted 10 December 1984, entered into force 26 June 2024) General Assembly resolution 39/46, RG 29.4.2988/19799.
- Cantekin Ö F and Taşbaş F R, 'Examination of the Relationship Between Syrian Refugees' Spiritual Level and Socio-Cultural Adaptation' (2024) 5 *International Journal of Religion* 1, 348-355.
- Çebi E, 'The role of Turkish NGOs in social Cohesion of Syrians' (2017) *Turkish Journal of Middle Eastern Studies* 135-170.
- Durieux J, 'Temporary protection: Hovering at the edges of refugee law' in Heijer M and Wilt H (eds), *Netherlands Yearbook of International Law* (TMC Asser Press 2014) 221-253.
- Davies T, Arshad I and Jelena O, 'Epistemic Borderwork: Violent Pushbacks, Refugees, and the Politics of Knowledge at the EU Border' (2023) 1 *Annals of the American Association of Geographers* 113, 169-188.
- Dessus S, Herrera S and Hoyos R, 'The impact of food inflation on urban poverty and its monetary cost: Some back-of-the-envelope calculations' (2008) 39 *Agricultural Economics* 417-429.
- Development International Centre for Migration Policy, 'Migration Outlook 2024 Ten Migration Issues to Look out for in 2024 Origins, Key Events and Priorities for Europe' (2024) <<https://www.icmpd.org/file/download/60599/file/ICMPD%2520Migration%2520Outlook%25202024.pdf>> accessed 3 August 2024.

- Demirbaş E and Miliou C, 'Looking at the EU-Turkey Deal: The Implications for Migrants in Greece and Turkey' in Zapata-Barrero R, Awad I (eds), *Migrations in the Mediterranean* (IMISCOE Research Series Springer 2023), 16.
- Demirtas-Bagdonas Ö, 'Reading Turkey's Foreign Policy on Syria: The AKP's Construction of a Great Power Identity and the Politics of Grandeur' (2014) 15 *Taylor & Francis Turkish Studies* 1, 18-33.
- European Court of Human Rights, 'Article 4 of Protocol No. 4 and Immigration Summary returns of migrants and/or asylum-seekers ("push-backs") and related case scenarios' (31 August 2024) <<https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/summary-returns-of-migrants-and-or-asylum-seekers-push-backs-and-related-case-scenarios>> accessed 27 October 2024.
- Erdoğan M, 'Syrians in Turkey: Social Acceptance and Integration' (*Hacettepe Üniversitesi Göç ve Siyaset Araştırmaları Merkezi, International Organisation for Migration*, 2014), 1-87 <<https://data.unhcr.org/en/documents/details/46184>> accessed 16 September 2024.
- Erdoğan M M and Yetkin Aker D, 'Beyond the Social Distance and Cultural Similarities: Turkish Citizens and Syrians in Şanlıurfa' (2023) 2 *Migration & Diversity* 1, 1-13.
- Edwards A, 'Human Rights, Refugees, and The Right 'To Enjoy' Asylum' (2005) 17 *International Journal of Refugee Law* 2, 297-330.
- El-Abed O, 'The Palestinians in Egypt: Identity, Basic Rights and Host State Policies' (2009) 2/3 *Refugee Survey Quarterly* 28, 531 – 539.
- El-Masry M, "'No One Cared He Was a Child" Egyptian Security Forces' Abuse of Children in Detention' (Human Rights Watch, 2020) <<https://www.hrw.org/report/2020/03/23/no-one-cared-he-was-child/egyptian-security-forces-abuse-children-detention>> accessed 7 August 2024.
- Erden Y and Ozcurumez S, 'Mass migration governance and openness toward refugees: Comparing Germany and Turkey' (2024) 62 *International Migration* 3, 303-318.
- Ekşi N, 'Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin Türkiye'deki Faaliyetleri ve Türk İltica Sisteminde Değişen Rolü' (2019) 77 *İstanbul Hukuk Mecmuası* 1, 343-370.
- Erdoğan M M ve Eminoğlu N, 'More than a decade of Syrian refugees in Turkey Balancing a complex challenge' in Zülfişar Savcı B Ş, Pries L ve Erdoğan M M (eds), *Forced Migration in Turkey Refugee Perspectives, Organizational Assistance, and Political Embedding* (Routledge Studies in Development, Mobilities and Migration 2024), 149-171.
- Farzanegan M R and Esfandiyar B, 'Understanding Economic Sanctions on Iran: A Survey' (2023) 2 *Economists' Voice* 20, 197 – 226.
- Fine S, 'Refugees, Safety, and a Decent Human Life' (2019) 1 *Proceedings of the Aristotelian Society* 25-52.
- Feller E, 'Asylum, Migration and Refugee Protection: Realities, Myths and the Promise of Things to Come' (2006) 18 *International Journal of Refugee Law* 3-4, 509-536.
- Gülfer İhlamur-Öner S, 'Türkiye'nin Suriyeli Mültecilere Yönelik Politikası' (2014) 6 *Ortadoğu Analiz* 61, 42-45.
- Gil-Bazo M, 'Asylum as a General Principle of International Law' (2015) 27 *International Journal of Refugee Law* 1, 3-28.
- Goodwin-Gill G S, McAdam J and Dunlop E, *The Refugee in International Law* (Oxford University Press 2021).
- Goodwin-Gill G S, 'The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement' (2011) 23 *International Journal of Refugee Law* 3, 443-457.
- Goodwin-Gill S G, 'Refugee Determination: What's Next?' (1991) 11 *Refuge: Canada's Journal on Refugees/Refuge: Revue canadienne sur les réfugiés* 2, 5-7.

- George S, Twyford E and Aman Tanim F, 'Authoritarian Neoliberalism and Asylum Seekers: the Silencing of Accounting and Accountability in Offshore Detention Centres' (2024) *J Bus Ethics* 1-25 <<https://link.springer.com/article/10.1007/s10551-024-05770-4#citeas>> accessed 7 August 2024.
- Górczyńska M, 'Legal Analysis of the Situation on the Polish-Belarusian Border Situation On' (2021), 1-15 <<https://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2021/09/Legal-analysis-ENG.pdf>> accessed 9 August 2024.
- Grahl-Madsen A, 'Territorial Asylum' (1981) 1 *The American Journal of International Law* 75, 189-91.
- Gardiner J and Talavera Lodos S, 'Indefinite detention of refugees ruled unconstitutional by the High Court of Australia – an opportunity for Europe to pause for thought?' (2023) 15 *Perspectives on Federalism* 1-2, 1-17.
- Glendon M A, 'The Rule of Law in the Universal Declaration of Human Rights' (2004) 2 *Northwestern Journal of International Human Rights* 1, 1-19.
- Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik, Kanun Numarası: 6575, Kabul Tarihi:11.1.2016, RG 15 Ocak 2016/29594.
- Geçici Koruma Yönetmeliği, Kanun Numarası: 6203, Kabul Tarihi: 13.10.2014, RG 22.10.2014/29153.
- Hartley L and Fleay C, "'We are Like Animals": Negotiating Dehumanising Experiences of Asylum-Seeker Policies in the Australian Community' (2017) 36 *Refugee Survey Quarterly* 4, 45-63.
- Herbst J, 'The Creation and Maintenance of National Boundaries in Africa' (1989) 43 *International Organization* 4, 673-692.
- Hawksworth V and Haselwood S, 'Would You Take in a Refugee?' (2024) 459 *Woman's Own* 413-466.
- Hathaway J C, 'A Global Solution to a Global Refugee Crisis' (*Verfassungs on Matters Constitutional*, 1 March 2016) <<https://verfassungsblog.de/a-global-solution-to-a-global-refugee-crisis/>> accessed 5 May 2024.
- Hill Green T, *Lectures on the Principles of Political Obligation* (Cambridge Scholars Publishing 2002).
- Hepple B, 'Race and Law in Fortress Europe' (2004) 67 *Modern Law Review* 1, 1-15.
- Hathaway C J, 'A Global Solution to a Global Refugee Crisis' (*Verfassungsblog*, 2016) <<https://verfassungsblog.de/a-global-solution-to-a-global-refugee-crisis/>> accessed 7 August 2024.
- Intervyuirasht organ na DAB pri MS Judgment, Case C-621/21 (16 January 2024, ECJ).
- IOM UN Regional Office for Central, North America and the Caribbean, 'IOM and UNHCR Saddened at Deaths of Refugees and Migrants in Shipwreck off Venezuela' (2020) <<https://rosanjose.iom.int/en/news/iom-and-unhcr-saddened-deaths-refugees-and-migrants-shipwreck-venezuela-coast>> accessed 9 August 2024.
- International Rescue Committee, 'A Europe that Protects What is the EU – Turkey Deal?', (2023) <<https://www.rescue.org/eu/article/what-eu-turkey-deal>> accessed 9 August 2024.
- International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171 (ICCPR), RG 18.6.2003/25142.
- International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (adopted 21 December 1965, entered into force 4 January 1969) 2106 A (XX), RG 9.4.2002/24721.
- Istif Inci E and Speelman D, 'Syrians in Turkey and their naturalization as Turkish citizens: A computational text analysis of newspaper data' (*Sage Journals*, 2024) <<https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/146.488.49241231040>> accessed 16 September 2024.
- İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olarak değiştirilmiş) (AİHS), 11 ve 14 numaralı Protokollerle değiştirilmiş, 4 Kasım 1950, ETS 5, RG 19.3.1954/8662.
- İçduygu A and Şimşek D, 'Syrian refugees in Turkey: Towards integration policies' (2019) 15 *Turkish Policy Quarterly* 3, 59-69.

- İnceoğlu S, 'Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 4 (*Avrupa Konseyi*, 2018) <https://dspace.ceid.org.tr/xmlui/bitstream/handle/1/1708/04_adil_yargilanma_hakki_son.pdf?sequence=1> Erişim Tarihi: 5 July 2024.
- İneli-Ciğer M, *Temporary Protection in Law and Practice* (Brill 2018).
- İneli Ciğer M, 'Uluslararası Hukuka Uygun Geçici Koruma Rejiminin Unsurları Üzerine' (2016) 2 Göç Araştırmaları Dergisi 3, 62-92.
- Ineli-Ciger M, 'Alternatives to Immigration Detention in Türkiye: What's the European Union got to do with it?' (*Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper*, no 2024_08, 2024) <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4759440> accessed 8 August 2024.
- İçduygu A ve Diker E, 'Labor Market Integration of Syrian Refugees in Turkey: From Refugees to Settlers' (2017) 3 Göç Araştırmaları Dergisi 1, 12-35.
- Keysan A Ö and Şentürk B, 'Philanthropists, Professionals and Feminists: Refugee NGOs and the Empowerment of Syrian Women in Gaziantep, Turkey' (2021) 59 International Migration 1, 143-164.
- Keysan A Ö and Şentürk B, 'Empowerment Perspectives and Practices of Refugee-Related NGOs in Turkey: Family, Protection, or Solidarity?' (2021) 34 Journal of Refugee Studies 4, 3820 – 3845.
- Kistnaresddy O A, 'Ambivalent Encounters in Calais' (2024) Journal of Intercultural Studies 817-835 <<https://www.tandfonline.com/doi/epdf/10.1080/07256.868.2024.2365759?needAccess=true>> accessed 11 August 2024.
- Kowalczyk L and Versteeg M, 'The Political Economy of the Constitutional Right to Asylum' (2017) 102 Cornell Law Review 5, 1219-1318.
- Kanadoğlu O K ve Niyazi B, 'Şahin Anayasa Mahkemesinin Güncel Norm Denetimi ve Bireysel Başvuru Kararları Hakkında Gözlemler' (2022) 39 Anayasa Yargısı 2, 1-33.
- King R and Skeldon R, "Mind the Gap!" Integrating Approaches to Internal and International Migration, (2010) 36 Journal of Ethnic and Migration Studies 10, 1619-1646.
- Manner G, 'The Object Theory of the Individual in International Law' (1952) 46 The American Journal of International Law 3, 428-449.
- Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşme (kabul ediliş tarihi 28 Temmuz 1951, yürürlüğe giriş tarihi 22 April 1954) 189 UNTS 137 (1951 Cenevre Sözleşmesi), RG 5.9.1961/10898.
- Miller D, *Strangers in Our Midst: The Political Philosophy of Immigration* (Harvard University Press 2016), 167.
- McKanders K M and Gomez V, 'Refugee Reception and Perception: US Detention Camps and German Welcome Centers' (2017) 40 Fordham International Law Journal 524-560.
- McClelland M, 'How to Build a Perfect Refugee Camp' (*The New York Times Magazine*, 2014) <<https://www.nytimes.com/2014/02/16/magazine/how-to-build-a-perfect-refugee-camp.html>> accessed 12 July 2024.
- Newsome M, 'A Constitutional Right to Asylum? A Comparative Analysis Could Ground the Design of Better Protection for Asylum Seekers' (2022) 48 University of Dayton Law Review 1, 100-122.
- Nicholson F, 'The Right to Family Life and Family Unity of Refugees and Others in Need of International Protection and the Family Definition Applied' (UNHCR, 2018), 1-34 <https://www.unhcr.org/dach/wp-content/uploads/sites/27/2018/03/CH_Essential-right-to-family-unity_Frances-Nicholson_2018.pdf> accessed 7 August 2024.
- Opuz v Turkey*, App no 33401/02 (9 July 2009, ECtHR).
- Ozdamar O, Giovanis E and Hadi Akdede S, 'Attitudes Towards Syrian Refugees in Türkiye: Does Cosmopolitanism Matter?' (2024) 25 International Migration & Integration 2, 1-23.

- Özçürümez S ve İçduygu A, *Zorunlu Göç Deneyimi ve Toplumsal Bütünleşme Kavramlar, Modeller ve Uygulamalar ile Türkiye* (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2020).
- Price E M, 'Persecution Complex: Justifying Asylum Law's Preference for Persecuted People' (2006) 47 Harvard International Law Journal 2, 413-466.
- Parker J and Rathbone, R *African History: A Very Short Introduction* (Oxford University Press 2007).
- Protocol Relating to the Status of Refugees (adopted 31 January 1967, entered into force 4 October 1967) 606 UNTS 267 (1967 Protocol), RG 5.9.1961/10898.
- Park B, 'Strategic Location, Political Dislocation: Turkey, The United States, and Northern Iraq' (2003) 7 Middle East Review of International Affairs 2, 11-23 <https://ciaotest.cc.columbia.edu/olj/meria/meria03_pab01.pdf> accessed 16 September 2024.
- Rodrik D, 'Rights Not Recognized: Applying the Right to Recognition as a Person before the Law to Pushbacks at International Borders' (2021) 33 International Journal of Refugee Law 4, 541-580.
- Ruiter A, 'Objectification, Dehumanization in the Global Migration Crisis' (*Oxford Academic*, 2024) <<https://doi.org/10.1093/oso/978.019.8893400.003.0004>> accessed 6 August 2024.
- Rygiel K, Baban F and Ilcan S, 'The Syrian Refugee Crisis: The EU-Turkey "Deal" and Temporary Protection' (2016) 3 SAGE Global Social Policy 16, 315-320.
- Rivas L, 'A safe haven? Women's experiences of violence in Australian immigration detention' (2023) Punishment & Society 1-19.
- Shaw S J, *The Jews of the Ottoman Empire and the Turkish Republic* (Palgrave Macmillan, 1991).
- Solvang O and Neistat A, 'Death from the Skies Deliberate and Indiscriminate Air Strikes on Civilians' (2013) <<https://www.hrw.org/report/2013/04/10/death-skies/deliberate-and-indiscriminate-air-strikes-civilians>> accessed 7 August 2024.
- Santos P A, 'Punishment beatings: Migrants beaten, isolated in Greek refugee camps' (*InfoMigrants*, 2024) <https://www.infomigrants.net/en/post/55116/punishment-beatings-migrants-beaten-isolated-in-greek-refugee-camps?mc_cid=f5c3c95eef&mc_eid=0cd57908d5> accessed 7 August 2024.
- Schultz J, 'An end to asylum? Temporary protection and the erosion of refugee status' in Jacobsen C M, Karlsen M A and Khosravi S (eds), *Waiting and the Temporalities of Irregular Migration* (Taylor & Francis Group 2021) 170-185.
- Safi S, *Uluslararası Hukukta ve Mülteci Hukukunda İnsan Ticareti Suçu* (Legal Yayıncılık 2022).
- Safi S, *Mülteci Hukuku Ders Kitabı* (Legal Yayıncılık 2018).
- Series L and Nilsson A, 'Article 12 CRPD: Equal Recognition before the Law' in Bantekas I, Stein M A and Anastasio D (eds), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary* (Oxford University Press 2018), 1-42.
- Şahin-Mencütek Z, Gökalp-Aras N E, Kaya A and Rottmann S B, *Syrian Refugees in Turkey Between Reception and Integration* (Springer 2023).
- Sunata U and Tosun S, 'Assessing the Civil Society's Role in Refugee Integration in Turkey: NGO-R as a New Typology' (2018) 32 Journal of Refugee Studies 4, 683-703.
- Şimşek D, 'Integration Processes of Syrian Refugees in Turkey: 'Class-based Integration' Get Access Arrow' (2020) 33 Journal of Refugee Studies 3, 537-554.
- Aslı Şirin (der), *Geçici Korumadan Kalıcılığa? Sosyo-Ekonomik, Siyasal ve Hukuki Boyutlarıyla Türkiye'deki Suriyeli Mültecilerin Entegrasyonu* (Marmara Üniversitesi Yayınları 2022).
- Taylor S and others, 'Loss, Grief and Growth: An Interpretative Phenomenological Analysis of Experiences of Trauma in Asylum-Seekers and Refugees' (2020) 999 American Psychological Association 2, 1-32.
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 9.11.1982/17863.

- T.C. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü, 'Ülkemizde Geçici Koruma Kapsamında Bulunan Suriye Uyraklı Yabancılar Hakkında Doğru Bilinen Yanlılar' <<https://www.goc.gov.tr/kurumlar/goc.gov.tr/Yayinlar/Brosurler/dog-bilinen-yanl/Dogru-Bilinen-Yanlislar-.pdf>> Erişim Tarihi: 9 August 2024.
- T.C. Milli Eğitim Bakanlığı 'Yabancılar için eğitim öğretim hizmetleri' (2014) <http://www.meb.gov.tr/mevzuat/arama_sonuc_mevzuat.php?q=2014%2F21> adresinden erişildi> Erişim Tarihi: 15 July 2024.
- T.C. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü, '2013 Türkiye Göç Raporu' (T.C. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü Yayınları Yayın No: 32, 2015) <https://www.goc.gov.tr/kurumlar/goc.gov.tr/YillikGocRaporlari/2013_yillik_goc_raporu.pdf> Erişim Tarihi: 27 Ekim 2024.
- Türkiye Cumhuriyeti İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Başkanlığı, 'Temporary Protection Distribution of Syrians Under Temporary Protection By Year' <<https://en.goc.gov.tr/temporary-protection27>> accessed 7 August 2024.
- UN Human Rights Council, 'Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic' (2016) <<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/CoISyria/A-HRC-31-68.pdf>> accessed 18 July 2024.
- United Nations General Assembly, 'Promotion and protection of human rights: human rights questions, including alternative approaches for improving the effective enjoyment of human rights and fundamental freedoms' (A/65/261, 9 August 2010) <<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n10/478/91/pdf/n1047891.pdf>> accessed 9 July 2024.
- UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), 'The Cessation Clauses: Guidelines on Their Application' 26 April 1999 <<https://www.refworld.org/policy/legalguidance/unhcr/1999/en/39942>> accessed 6 August 2024.
- Universal Declaration of Human Rights (adopted 10 December 1948 UNGA Res 217 A(III) (UDHR) art 14, RG 27.5.1949/ 7217.
- UNHCR: Urgent Action Needed to Address Dramatic Rise in Rohingya Deaths at Sea (2024) <<https://www.unhcr.org/news/briefing-notes/unhcr-urgent-action-needed-address-dramatic-rise-rohingya-deaths-sea>> accessed 9 August 2024.
- UNHCR, 'Refugee or Migrant? Word Choice Matters' <https://www.unhcr.org/cy/wp-content/uploads/sites/41/2018/02/UNHCR_Refugee_or_Migrant_EN.pdf> accessed 6 August 2024.
- UNHCR, 'Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees' (1992). <<https://www.unhcr.org/fr-fr/en/media/handbook-procedures-and-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention-and-1967>> accessed 10 June 2024.
- Uluslararası İşgücü Genel Müdürlüğü, 'Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Uygulama Rehberi' (Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı) <<https://www.csgb.gov.tr/medias/6248/glkuygulamarehberi1.pdf>> accessed 11 August 2024.
- Vijayaraghavan H and Saxena P, 'A premature attempt at cessation' (2019) 62 Forced Migration Review <<https://research.ebsco.com/c/vxop63/viewer/pdf/jtqxqekrdn>> accessed 6 August 2024.
- Vibeke Eggli A, *Mass Refugee Influx and the Limits of Public International Law* (Martinus Nijhoff Publishers 2002).
- Waites B, *Europe and the Third World: From Colonisation to Decolonisation c. 1500–1998* (Macmillan Education UK 1999).
- Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Kanun Numarası: 6458, Kabul Tarihi:4.4.2013, RG 11.4.2013/28615.
- Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, Kanun Numarası: 6458, Kabul Tarihi:4.4.2013, RG 17.3.2016/29656.

Zihnioğlu Ö and Dalkıran M, 'From social capital to social cohesion: Syrian refugees in Turkey and the role of NGOs as intermediaries' (2022) 48 *Journal of Ethnic and Migration Studies* 11, 2455-2472.

“De Minimis Non Curat Praetor/Lex” İdari Yargılama Usulünde Parasal Sınırların Nedenleri Üzerinde Düşünmek

“De Minimis Non Curat Praetor/Lex”

Reflections on Causas for Financial Threshold in Administrative Justice

Nuray SÜMER^{ID}

ÖZ

Yargılama usulünde başvuru parasal eşikler, öğretilerde temel hak ve hürriyetler bağlamında tartışılmaktadır. Bu çalışmada parasal sınırlar meselesi, kökeninde yer alan hâkimin veya hukukun önemsiz işlerle ilgilenmemesi gerektiğini ifade eden *de minimis non curat praetor/lex* ilkesi açısından irdelenmektedir. Bu ilkeye göre önemsiz veya daha az önemli görülen hususlar, katlanılması gereken nitelikte olduğundan veya hakkın kötüye kullanımını engellemek amacıyla yargılama müesseselerinin kapsamı dışında bırakılmaktadır. Ekonomik veriye dayalı sabitlenmiş ve olgusal durumlardan bağımsız bir sınırlandırma, kökenindeki bu ilkeyi bertaraf ederek usul ekonomisi ilkesine vurgu yapmaktadır. Halbuki gerek *de minimis* ilkesi gerekse usul ekonomisi yargılamanın amacına hizmet etmektedir. Mikro ölçekte sınırlama öngören kuralın ilişkin olduğu yargılama müessesesinin bu sınır getirilirken ileri sürülen amacı ve makro ölçekte ise idari yargının fonksiyonu dikkate alınarak bu ilkeler irdelenmelidir. Nihayetinde idari yargılama usulünde bu sınırların isabetliliği tartışmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Parasal eşik, Önemsiz Miktar, İdari yargı, De minimis, Usul ekonomisi

ABSTRACT

Financial threshold in judiciary law is being debated under the fundamental rights and freedoms. This study scrutinizes this limitation in administrative justice from the point of *de minimis non curat praetor/lex*, which means that judge or law does not concern itself with trivial matters. If the amount involved is insignificant or less important or the abuse of right, it shall be excluded from the scope of the judicial processes. The limitation is based on ‘fixed’ economic data and immaterial. Hence it may negate this foundational maxim thereby emphasizing the principle of judicial economy. *De minimis* and the last principle serve the administrative justice so that it shall be questioned under the rationale for imposing such limitations at the micro level and the function of the administrative justice at the macro level. This threshold becomes controversial.

Anahtar Kelimeler: Financial threshold, Insignificant Amount, Administrative justice, De minimis, Judicial economy

* Dr. Öğr. Üyesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye, nuray.sumer@marmara.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7404-7811

** Değerli görüşlerini esirgemeyen hocam Prof. Dr. Turan Yıldırım’a teşekkürü borç bilirim.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Nuray SÜMER

E-posta/E-mail: nuray.sumer@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 26.09.2024

Kabul Tarihi/Accepted: 26.11.2024

How to cite this article/Atıf için: Nuray SÜMER, “De Minimis Non Curat Praetor/Lex” İdari yargılama usulünde parasal sınırların nedenleri üzerinde düşünmek’ (2024) 30(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 655-683. DOI:10.33433/maruhad.1556503

GİRİŞ

Hukukun neredeyse bütün alanlarında¹ mahkemelerce bir tür ‘kabul edilebilirlik kriteri’ işlevi görerek önemsiz taleplerin reddinde² veya kanun koyucu tarafından yargılama usullerinin sınırlandırılmasında parasal sınırlara başvurulmaktadır. İdari Yargılama Hukuku’nda halihazırda öğretilde de eleştirilmiş olan parasal sınırlar,³ bilhassa Anayasa Mahkemesi’nin istinaf ve temyiz kanun yollarına ilişkin verdiği yakın tarihli kararlarıyla yeniden tartışmaya açılmıştır: Yüksek Mahkemece tek hakimle görülecek davalar dışında ‘konusu para olan uyuşmazlıklar(da)’ parasal sınırların tespitinde dikkate alınacak tarihin belirsizliği sebebiyle kanunilik ve ölçülülük ilkeleri çerçevesinde itiraz konusu kuralların hukuka aykırılığına karar verilmiştir⁴. Yargılama usulünde başvuru parasal sınırların *mahkemelerin iş yükünün azaltılması, yargılamanın hızlı sonuçlandırılması*, bu sınır temyiz için ise Danıştay’ın *“içtihat merci rolünün güçlendirilmesi”* gibi amaçlarla gerçekleştirildiği belirtilirken; diğer taraftan olağan kanun yollarına başvurunun sınırlandırılmasında *hak arama özgürlüğü* bağlamında *hükümün denetlenmesini talep hakkı ve adil yargılama hakkı* bağlamında *mahkemeye erişim hakkı* çerçevesinde hukuka aykırılığı tartışılmıştır⁵.

- 1 Bu bağlamda örnek olsun, Avrupa Birliği Hukuku’nda bu ilkenin uygulanması konusunda bkz. Willem H. Van Boom, ‘De Minimis Curat Praetor. Redress for Dispersed Trifle Losses’ (2009) 4 Journal of Comparative Law 171.; Fikri Müllkiyet Hukuku’nda Bracha Oren, ‘Not de Minimis: (Improper) Appropriation in Copyright’ (2018) 68 (1) American University Law Review, 139-204; Marc-Etienne O’Brien, ‘Unveiling the Mechanisms behind Judicial Responses to De Minimis Claims in Trial-Level Assault Cases’ (2020) 68 (3) Criminal Law Quarterly, 249-287.; Ceza Hukuku açısından bkz. Anna Roberts, ‘Dismissals as Justice’ (2017) 69 (2) Alabama Law Review, 327-380.; Uluslararası Hukuk için bkz. Fredrik Danelius, ‘De Maximis Non Curat Praetor or Judicial Review: The Hague Court in a Time of Transition’ 5, Asian Yearbook of International Law.; İnsan Hakları Hukuku için bkz. Zelal Pelin Doğan, *Bireysel Başvuru Usulünde Önemli Zarar Ölçütü* (On İki Levha 2021).; Özel hukuka ilişkin değerlendirmeler için bkz. S Özden Merhacı, Vehbi Umut Erkan, ‘Anglo-Amerikan Hukukundan Kita Avrupası Hukukuna – Özel Hukukta De Minimis Kuralı’ (2018) 9 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 49-70.
- 2 Doğan (n 1) 9.; Max L. Veech, Charles R. Moon, ‘De Minimis Non Curat Lex’ (1947) 45 (5) Michigan Law Review 560. Çok küçük, önemsiz veya eserin değerine zarar vermeyen telif hakkı ihlali iddialarının reddi hakkında bkz. Oren (n 1); O’Brien (n 1). Ceza hukukunda hakimlerin ‘aşırı kriminalize etme’ veya ‘aşırı hapis ceza’ uygulama durumlarına engel olmak için *“küçük ölçekli suçların”* reddinde veya ‘adaletin bir gereği’ olan durumlarda bu ilkeye başvuru konusunda bkz. Roberts (n 1). Uluslararası Adalet Divanı’nın uyuşmazlığın hukuki veya siyasi olduğunun tespitinde ilkeye başvurusu hakkında bkz. Danelius (n 1).
- 3 Bige Açımız, *İdari Yargılama Hukukunda Olağan Kanun Yollarına Başvurunun Sınırlanması* (Adalet 2023) 189-209.; Nilay Arat, ‘Madde 45 – 46’ iç Zehreddin Aslan (ed) *Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu* (3. Baskı Seçkin 2023) 438, 452.
- 4 Temyiz kanun yolunda parasal sınıra ilişkin bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2023/36 K. 2023/142, 26.7.2023; İstinaf kanun yolunda parasal sınır konusunda bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2023/81 K. 2023/184, 26.10.2023. Bu kararlara ilişkin kapsamlı değerlendirmeler için bkz. Ali Dursun Ulusoy, ‘İdari Yargıda Temyiz Parasal Sınırı Hakkındaki Anayasa Mahkemesi İptal Kararının Değerlendirilmesi’ (2024) 157 Danıştay Dergisi 9-34.; Açımız (n 3) 83-93; Serdar Yılmaz, ‘İdari Yargıda ‘Parasal Sınırlar’ın Konu ve Zaman Bakımından Uygulanması Sorunu’ (2023) 72 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1905-2006; Yasin Söyler, Muhammet Yılmaz, ‘Temyiz Kanun yolunda Uygulanan Parasal Sınırın Her Yıl Artırılmasının Görülmekte Olan İdari Davalara Etkisi’ (2021) 29 (3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2131-2168.
- 5 Ulusoy (n 4) 23-28.; Açımız (n 3) 50-78.; Ejder Yılmaz, ‘Hukuk Davalarında Yasa Yollarına Başvuru Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlanılışının Yerindeliği Sorunu’ (1988) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 142 vd.; Hilal Yıldız, ‘Mahkemeye Erişim Hakkı Kapsamında İdari Yargıda Parasal Sınırların Değerlendirilmesi’ (2023) 168 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 199-226.; F. Ebru Gündüz, Hakan Gündüz, ‘Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hükümün Denetlenmesini Talep Etme Hakkı’ (2022) 13 (49) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 1-28.; Ekin Sevinç, ‘İdari Yargılama Hukukunda Kanun Yoluna Başvuru Hakkının Anayasal Güvenceye Sahip Olması Bakımından Ele Alınması’ (2020) 24 (3) Ankara Hacı Bayram

Burada bir ‘gerilim’ söz konusudur. “Her başarılı usul kanunu, çatışan usul ilkeleri arasında makul bir uyumu sağlama teşebbüsü” ise İdari Yargılama Usulü Kanunu parasal sınırlar konusunda “sınıfı geçebilir” mi?⁶ Ancak bu çalışmada bu tartışmaların ortak noktası ve bir adım öncesi olan parasal sınırların nedenleri “hukuk/yargıç çok küçük veya önemsiz işlerle ilgilenmez veya bu konuları dikkate almaz”⁷ anlamına gelen *de minimis non curat lex/ praetor* ilkesi çerçevesinde sorgulanacaktır.

İlk aşamada parasal sınırların *kaçış noktası* olarak bu ilkenin kapsam ve sınırları irdelenecektir. *De minimis* ilkesinin esasında hukukta yaratılan ‘keskin köşeleri’ yumuşatmak üzere bir yorum aracı⁸ olarak başvurulduğunun tespitiyle ikinci aşamada yorumlanmak istenen amaç veya araç irdelenecektir: bu ise yakın zamanda verilen mezkûr kararlarda başvuru temel gerekçelerden biri olan usul ekonomisi ilkesidir. *Vurgulanan nokta* başlığı altında ikinci bölümde usul ekonomisi tartışılacaktır. Bu ilkenin yargılama müesseselerinin amacına hizmet eden araç olduğunun tespitiyle; son aşamada *mikro ölçekte* sınırlama öngören kuralın ilişkin olduğu yargılama müessesinin bu sınır getirilirken ileri sürülen amacı ve *makro ölçekte* ise idari yargının fonksiyonu *çıkış noktası* başlığı altında değerlendirilecektir.

Mezkûr kararların güncelliğinden yararlanarak halihazırda tartışılan konular tekerrürden kaçınmak amacıyla ele alınmayacaktır. Kökeninde yer aldığı iddia edilen ve adeta parasal sınırların *kaçış noktası* ‘*de minimis non curat praetor/lex*’ veya *yargıç/hukuk önemsiz konularla ilgilenmez* anlamına gelen özdeyişin idari yargılama usulünde başvurulmasının nedenleri *vurgulanan nokta* olarak ve isabetliliği ise *çıkış noktası* olarak sorgulanacaktır.

I. KAÇMA NOKTASI⁹: DE MINIMIS NON CURAT PRAETOR/LEX

Parasalsınırlara dayalı yargılama usulü “değere bağlı” kanun yolu sistemi olarak sınıflandırılmaktadır¹⁰. Bu sınırlar dava açılırken, usul hükümlerine veya kanun yollarına başvurulurken aranabilir¹¹. Kökeninde *de minimis non curat praetor* veya *de minimis non curat lex*; yargıç veya hukukun

Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Kanun yollarına başvuru hakkının uyumsuzluğun parasal değeri üzerinden sınırlandırılmasının “adaletin tecellisine engel” olduğuna ilişkin değerlendirme için bkz. Ramazan Çağlayan, Serkan Çınarlı, *Türk İdari Yargılama Hukuku Dersleri* (Astana 2018) 275.

6 Walter H. Rechberger, çev. M. Kamil Yıldırım, ‘Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması’ iç. Kamil Yıldırım (ed) *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku* (8. Baskı Beta 2016) 15.

7 Black Law Dictionary <<https://thelawdictionary.org/de-minimis-non-curat-lex/>> Erişim Tarihi 28 Ağustos 2024.

8 Veech ve Moon (n 2) 543.

9 “İki boyutlu resme gerçeklik kazandırmak amacıyla bir tür ‘derinlik yanılsamasıyla’ başvurul(an)” perspektifte, “bakış noktasından uzaklaşarak gerçekte birbirine paralel olan çizgilerin resim düzleminde bir noktada toplanıyormuş gibi gözüktüğü ortak nokta” kaçma noktası olarak adlandırılmaktadır. Burada “kaçma noktası” ifadesi, parasal sınırların dayanağı ‘gözüken’ ortak ilkeyi tarif etmek amacıyla kullanılmıştır. Burcu Bozkurt, “Temel Sanat Eğitimi Giriş”, <https://acikders.ankara.edu.tr/pluginfile.php/102392/mod_resource/content/1/Temel%20Sanat%20Egitimine%20Giris%20Hafta%2013.pdf> Erişim Tarihi 28 Ağustos 2024.

10 Tolga Akkaya, *Medeni Usul Hukukunda İstinaf* (Yetkin 2009) 115-120.

11 Selçuk Özbek, ‘HUMK m.427’deki Kesinlik Sınırının Temyiz Kanun Yolunun Amacı Bakımından Değerlendirilmesi ve Anayasa Mahkemesinin 20.1.1986 Tarihli Kararı’ (1987) 2 Hukuk Araştırmaları Dergisi 63.

önemsiz işlerle ilgilenmeyeceğine ilişkin ilkenin olduğu iddia edilmektedir¹². Önceleri özdeyiş olarak nitelendirilen bu ilkenin kökenlerinin Roma Hukukuna dayandığı varsayılmakta ve fakat daha eski tarihlerde – Orta Çağdan beri uygulanagelmektedir¹³. Üst düzey yargıç olan *praetor*, önemsiz işlerle meşgul olmamalıdır¹⁴. Bir ilke olarak ise ilk defa 18. yüzyılda İngiliz Hukukunu sistematik biçimde ele alan *Blackstone Şerhinde* yer almıştır¹⁵.

Bu ilkenin amacı, hukuk sisteminin “önemsiz meselelerle tıkanmasını önlemek ve böylece yargılama kaynaklarından tasarrufetmek” şeklinde açıklanmaktadır¹⁶. 1927 yılında bu ilkeye ilişkin makalesinde *McKean Jr.* şu ifadeleri kullanmıştır¹⁷:

“Mahkemeler, hakları uygulamak ve haksızlıkları gidermek için vardır, davayı teşvik etmek için değil; bu sebeptir ki mahkemeler ne bir münazara kulübüdür ne de birine zarar vermek veya taciz etmek amacıyla açılan davaları dikkate alırlar. Genel olarak, mahkemelerin mikrometre hassasiyetinde matematiksel doğruluk talep etmesi, gereksiz yere sıkıcı olur ve adaletin gecikmesine yol açar. Bu yüzden hukukun önemsiz meselelerle ilgilenmemesi gerekli ve yerindedir.”

Önemsiz veya daha az önemli olarak değerlendirilen uyuşmazlıklarda bir eşik belirlenerek esasında “hukuk siyaseti izlenmekte(*dir*)”¹⁸. Şöyle ki İngiliz Hukukunda hukukun/yargıcın “önemsiz ayrıntıları dikkate almayacağı/ değerlendirmeyeceği” şeklinde çevrilen bu özdeyiş zamanla hukuk/yargıç, “önemsiz ayrıntılarla ilgilenmez” şeklindeki muhtevaya evrilmiştir¹⁹. Birincisine göre hukuk/yargıç ayrıntılarda boğularak işin özünü kaçırmamalıdır. İkincisinde ise önemsiz ayrıntılar hukukun kapsamı dışında kalmalıdır. Bu ‘kasıtlı’ müdahale, aşağıda başvuru gerekçeleri birlikte okunduğunda ilkedeki ‘kırılma’ya işaret etmektedir. Önemsiz olanın muğlaklığından yararlanarak gerekçe öncelenmektedir²⁰. Bu kapsamda sayısız açıklamalar yer almaktadır. Önemsiz veya daha az önemli görülen şey, zarara inhisar ederek bu zararın “hayatın bir gerçeği” olduğu veya “katlanılması gerektiği” düşüncesiyle talepler ilgili müessesenin kapsamı dışında bırakılmaktadır²¹. Kimi hallerde talebin niceliğinden ziyade bağlamla birlikte değerlendirilerek²² taraflar açısından hakkın kötüye

12 Ibid.; Yılmaz (n 4) 1916.

13 Veech ve Moon (n 2) 538.; Boom (n 1) 171.

14 *Praetor*, yargısal işlevi bulunan Roma yargıcı. Bkz. <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/praetor>> Erişim Tarihi 06 Eylül 2024. Tarihsel kökenleri konusunda bkz. R. C. Van Caenegem, ‘Modernity of Medieval Law’ (2000) 8 (1) European Review, 314.

15 Blackstone’s Commentaries, *The Right of Things*, II. Kitap: Nehir yatağının değişmesi sonucunda kazanılan toprağın kralın mülkü olduğuna ilişkin düzenlemenin dayanağı olarak gösterilmiştir. <https://avalon.law.yale.edu/18th_century/blackstone_bk2ch16.asp> Erişim Tarihi 02 Ağustos 2024.

16 Doğan (n 1) 8.

17 Frederick G. McKean Jr. ‘De Minimis Non Curat Lex’ 7 (1927) 75 U. Pa. L. Review, 429-430. Burada “*boni judicis est lites dirimere*” (iyi bir hâkimin görevi davaları önlemektir) ilkesinin bir uzantısı olarak da değerlendirilebilir.

18 Söyler ve Yılmaz (n 4) 2132.

19 Veech ve Moon (n 2) 538.

20 Usul Ekonomisi İlkesi, bu bağlamda okunmalıdır. Bkz. II. Vurgulanan Nokta.

21 Boom (n 1) 171.

22 Veech ve Moon (n 2) 544.

kullanımını engellemek amacıyla ilişkilendirilmektedir²³. Öncelikle bu ilkenin temel gerekçelerinden biri olan hakkın kötüye kullanımı irdelenerek; ilkenin öznesi, karşıtlıkları ışığında sorgulanmaya çalışılacaktır.

A. ‘ÖNEMSİZ’ OLANIN TESPİTİNDE TEMEL GEREKÇE: HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMI

Hakkın kötüye kullanımı, hakkın amacı dışında kullanılarak karşı tarafa kendisinin elde edeceği menfaatten fazla zarar vermiş olması kıstaslarıyla irdelenmektedir²⁴. Özel hukukun yanı sıra kamu hukukunda da uygulanan temel bir ilkedir²⁵. Bununla birlikte özel hukukta başvuru kapsamından farklı olarak bu ilke, “idare hukukunun potasında ona uygun kalıplara girerek” bu hukukun şekil ve mahiyetini alacaktır²⁶.

İdare hukukunda hakkın kötüye kullanımını tespit bununla birlikte oldukça güçtür. Uyuşmazlıklarda davacı veya davalı idarenin hakkın kötüye kullanımı argümanına sıklıkla başvurduğu görülmekle birlikte Danıştay’ın bu argümanı esas aldığı kararlar sınırlıdır²⁷. Örneğin sendikal faaliyete dayalı olarak göreve gelmeme sebebiyle tesis edilen disiplin cezasına ilişkin uyuşmazlıkta, ilk derece mahkemesince “... sağlık hizmetinin fiilen işlemez hale getirmeye yönelik olarak alınan ve hakkın kötüye kullanılması niteliğinde bulunan iş bırakma kararlarının sendikal özgürlük kapsamında değerlendirilemeyeceği, aksine bir yorumun hakkın kötüye kullanılmasının hukuk düzeni tarafından korunması sonucunu doğuracağından ... ihtar puanı verilmesine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı” gerekçesiyle dava reddedilmiştir²⁸. Danıştay tarafından temyiz başvurusu da reddedilerek karar onanmıştır.

23 P Schmieder, ‘De minimis non curat praetor – Erheblichkeit als Zulässigkeitssschranke?’ (2007) Zeitschrift für Zivilprozess 199, 204, aktaran Boom (n 1) 172.

24 M K Oğuzman, N Barlas, *Medenî Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar* (Onikilevha 2021) 249-55.; Ş Gözübüyük, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları* (38. Baskı Turhan 2016) 204-207.; T Uyar, ‘Yargıtay Kararlarında ‘Dürüstlük Kuralı’ ve ‘Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı’ Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 442.

25 Oğuzman ve Barlas (n 24) 247.; Lütfi Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu* (TODAİE 1974) 9.; Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Genel Esasları* C.I (İsmail Akgün 1966) 112-13.; Emine Cin, ‘Danıştay Kararları Işığında İdari Yorum’ (2024) 12 (1) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 790.; İdarenin sözleşmelerinde dürüstlük kuralının uygulanması hakkında bkz. Recep Çakrak, Samet İldeş, ‘Kamu Hukuku ve Özel Hukuk Açısından Dürüstlük Kuralı ve Uygulama Alanı’ (2014) 2 (2) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 71-72. Bu halde özel hukuk müesseselerinin “anlam ve amacına saygı duy(ulması)” ve “dejenere eder şekilde” kullanılmaması gerekir. Oğuz Sancakdar, ‘Özelleştirmenin Kamu Hukuku-Özel Hukuk Ayırımına Etkileri ve Bu Bağlamda Özelleştirme Tartışmalarında Başlıca Görüşler’ (2016) 8 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 248.

26 Onar (n 25) 112.

27 Danıştay 15 D, E. 2016/1236 K. 2017/5625, 17.10.2017; Danıştay 13 D, E. 2016/2054 K. 2021/554, 18.2.2021; Sendika tarafından alınan kararın hakkın kötüye kullanımı niteliğinde olduğu, kamu hizmetini sekteye uğrattığına ilişkin bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 2021/150 K. 2021/634, 29.3.2021; Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 2021/1175 K. 2021/1455, 13.9.2021. Davacının kendi iradesiyle yayınlarını durdurduğu ve iddiaların hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu hakkında bkz. Danıştay 13 D, E. 2021/2228, K. 2021/2665, 6.7.2021. Şirket hisselerinin el değiştirilmesi suretiyle hakkın kötüye kullanıldığı argümanı hakkında bkz. Danıştay 13 D, E. 2021/4130 K. 2021/3330, 14.10.2021. Mezkûr uyuşmazlıklarda hakkın kötüye kullanımı argümanı davacı veya davalı idare tarafından yöneltmekle birlikte Danıştay, söz konusu argümanı kararlarında esas almamıştır.

28 Danıştay 2 D, E. 2016/5224 K. 2019/4337, 19.9.2019. Benzer karar için bkz. Danıştay 2 D, E. 2016/5198 K. 2019/4340, 19.9.2019. Belirtmek gerekir ki uyuşmazlıkta sağlık hizmetinin niteliğinin dikkate alınıp alınmadığı açık değildir. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu’nun sağlık hizmetinin niteliğini ve işe gelmeme eyleminin sürekliliğini

Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu Uygulama Yönetmeliği'ndeki düzenleme sebebiyle hak sahipliğinin iptaline ilişkin uyuşmazlıkta da Danıştay hakkın kötüye kullanımı argümanına başvurmuştur. Davacının dava devam ederken yeniden yaptığı başvuruya karşı açılan diğer davada Yüksek Mahkeme,

*"Danıştayın süregelen içtihatları da, Anayasayla güvence altına alınmış mülkiyet gibi temel hak ve özgürlüklerin kullanılması amacıyla yukarıda aktarılan Kanun maddesi kapsamında her zaman idareye başvurulabileceği yönündedir. Bununla birlikte, söz konusu başvuru hakkının mesnetsiz bir şekilde tekraren kullanılmasının, hakkın kötüye kullanımı kapsamına gireceği ve hakkın kötüye kullanımının hukuk düzeni tarafından korunmayacağı da açıktır. (...) müteaddit başvurularının, önceki başvurularına nazaran hukuki veya maddi alemde bir değişikliğe istinaden yapıldığının ortaya konulması, anılan Kanun'un amacına ve etkili başvuru hakkının özüne uygun düşecektir"*²⁹.

Bu kapsamda uyuşmazlıkta davacının yaptığı başvuru 2014 yılında reddedilmiş ve 2018 yılında başvurunun yeniden değerlendirilmesine yönelik yeni bir başvuru yapılmıştır. Yüksek Mahkeme, 2018 yılında yapılan başvurunun dava açma süresini ihya etmeyeceği ve kamu düzeninden sayılan dava açma süresinin göz ardı edilmesi sonucunu doğuracağını değerlendirmiştir. Esasında dava, nihayetinde ikinci başvurunun İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesi kapsamında değerlendirilerek reddedilmiş ise de müteaddit başvurularla ilgili Danıştay'ın hakkın kötüye kullanımı argümanı ilgi çekicidir.

Danıştay'ın uyuşmazlığa konu Yönetmelik'te eksik düzenlemenin dürüstlük kuralına uygun ve hakkın kötüye kullanımını engellemeyecek şekilde değerlendirilmesine ilişkin kararı da bu noktada belirtilmelidir³⁰. Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nun sanayi sicil belgesi ibraz etmeyenlere hakkında hatalı tüketim bedeline yönelik fark faturası tanzimine ilişkin uyuşmazlıkta, Yüksek Mahkeme hatalı hesaplanan tutarın geriye dönük olarak ne kadarının talep edilebileceğine ilişkin Yönetmelikte düzenleme bulunmadığını; bu eksikliğin dürüstlük kuralına uygun yorumlanarak "makul süreyle" sınırlandırılması gerektiğini, aksi yönde tesis edilen işlemi hukuka uygun bulmayarak temyiz talebini kabul etmiş ve kararı bozmuştur. Esasında mezkûr kararda bir 'hak'tan söz edilemez; Yüksek Mahkeme idarenin yanlış hesaplanan tutarın tahsiline ilişkin yetkisini makul süreyle

dikkate alarak hakkın kötüye kullanımı argümanına başvurmamakla birlikte hakkın ihlal edilmediğine ilişkin bir başka kararı için bkz Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 2021/1175 K. 2021/1455, 13.9.2021.

29 Danıştay 10 D, E. 2018/4345 K. 2022/4684, 26.10.2022. Söz konusu karar, Danıştay İdari Dava Dairesi Genel Kurulu tarafından onanmıştır. Bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 2023/609 K. 2023/1742, 27.9.2023. Bir başka uyuşmazlıkta Danıştay, kararında esas almamakla birlikte karara karşı oy kullanan üyelere biri, dava açma süresinin başlangıcının tespitinde idarenin sürekli dava tehdidi altında bırakılmasını hakkın kötüye kullanımıyla ilişkilendirilmiştir. Karşı oy kullanan yargıcın ifadesi ise şöyledir: "davacının dava konusunu öğrendiği halde yedi yıl sonra dava açabileceğinin kabulü halinde; ilan veya bildirim yükümlülüğü olmayan idari işlemlerin süresiz bir şekilde davaya konu edilebilmesine dolayısıyla hukuk güvenliği ve idari istikrar ilkelerinin ihlali suretiyle kamu düzeninin bozulmasına ve hukuk düzeninin korunması gereken hakkın kötüye kullanılması niteliğindeki davranışların meşruiyet kazanmasına yol açılmış olur." Danıştay 13 D, E. 2016/2979 K. 2018/1297, 9.4.2018.

30 Danıştay 13 D, E. 2016/4575 K. 2022/917, 9.3.2022. Benzer karar için Danıştay 13 D, E. 2016/983 K. 2022/923, 9.3.2022; Danıştay 13 D, E. 2016/2487 K. 2022/419, 15.2.2022.

kullanabileceğini belirterek hakkın (yetkinin) kötüye kullanımı ve dürüstlük kuralı argümanına başvurmuştur³¹.

Yukarıda parasal sınırlara ilişkin olmamakla birlikte Danıştay'ın hakkın kötüye kullanımı argümanını idare hukuku müesseselerine hâkim olan ilkelerle birlikte değerlendirdiği kararları da göz önünde tutulduğunda şu kıstaslar ortaya konulabilir: *kamu hizmetinin sürekliliğinin zedelenmemesi*, oldukça muğlak olan *kamu yararına aykırı olmaması*, *idarenin dava tehdidi altında bırakılmaması* gibi hususların değerlendirilmesinde veya *eksik düzenlemelerin dürüstlük kuralına uygun yorumlanmasında* bu argümana başvurulabilir³². Açıktır ki bu kıstaslar ne maddi bir değere inhisar etmekte ne de olgusal durumdan bağımsız değerlendirilebilmektedir³³. Önemsiz olanın temelinde yer alan hakkın kötüye kullanımı davanın esasıyla birlikte irdelenmektedir. İmdi önemsiz olarak değerlendirilen 'şey', karşıtı üzerinden sorgulanmalıdır.

B. 'ÖNEMSİZ' NE DEĞİLDİR?: KORUNMAYA DEĞER MENFAAT VE EKONOMİK VERİ

Öğretide bir görüşe göre önemsiz uyuşmazlıklardaki menfaat, öyle bir menfaat ki "korunmaya değer menfaat olmaktan çıkmıştır"³⁴. Medeni Usul Hukukunda dava açabilmek için hukuki yarar şartı aranmaktadır: Buna göre davacı, mahkemeye başvururken dava konusu bakımından '*hukuken korunmaya değer bir yarar*' bulunmalıdır: Bu bir dava şartı olup; "davanın esası hakkında inceleme yapılabilmesi" için gereklidir³⁵. Aynı şekilde kanun yollarına başvururken de hukuki yarar şartı aranmaktadır: Taraf, aleyhine verilen karara karşı başvurabilir³⁶. İdari Yargılama Usulünde ise iptal davalarında menfaat koşulu, tam yargı davalarında ise hak ihlali; kanun yoluna başvuru için de tarafın hukuki yararının bulunması gerekmektedir. Parasal sınırın altındaki uyuşmazlıklarda, bu görüşe göre ilgili müessese bakımından 'korunmaya değer menfaat' görülmemektedir. Şöyle ki kanun yoluna başvurmaya 'değer'; tek yargıçla görülen uyuşmazlıklar ise heyet halinde incelenmeye 'değer' bulunmamakta veya duruşma yapılması mahkemenin takdirine bırakılmaktadır. Esasında yargı korunmaya değer görülüp görülmemesine ilişkin bir değerlendirme yapmamaktadır. Kanun koyucu tarafından açıkça kanun yoluna başvuru yolu kapatılmak suretiyle veya tek yargıç ve duruşma sınırı belirlenmek suretiyle gerçekleştirilmektedir. Burada artık ayrıca hukuken korunmaya değer olup olmadığı araştırılması yapılmamaktadır³⁷.

31 Hukuka aykırı idari işlemlerin geri alınmasının makul süreyle sınırlandırılması bağlamıyla birlikte düşünülebilir.

32 *Çağlayan ve Çınarlı*, hakkın kötüye kullanımı engellemek amacıyla "avukat aracılığıyla başvuru" yapılması zorunluluğu getirilebileceğini dile getirmektedir. Çağlayan ve Çınarlı (n 5) 276. İdare hukukunda hakkın kötüye kullanımı ilkesi, müstakil çalışmaya konu olabilecek kapsamı sebebiyle burada yalnızca uyuşmazlıklar ekseninde bu ilkeye değinilmekle yetinilmiştir.

33 Dava açma hakkının kötüye kullanımı bağlamında yapılacak bir değerlendirmede de kanaatimizce iptal davalarında aranan menfaat kıstası idarenin sürekli dava tehdidi altında bırakılmamasını sağlayacak ve tam yargı davalarında ise hak ihlali kıstası dava açma hakkının kötüye kullanımı engelleyecek niteliktedir. Bu sebeple usul hukuku bakımından hakkın kötüye kullanımı ayrıca değerlendirilmemiştir.

34 Jean Carbonnier, 'De Minimis' (1981) *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, 29 vd., aktaran Öztek (n 11) 63.

35 Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku* (Legal 2016) 196-200.; Yılmaz (n 5) 136.

36 Kuru (n 35) 664.

37 Zira hak arama hürriyeti, mahkemeye erişim hakkı ve nihayetinde adil yargılanma hakkına müdahalenin kanunla

O halde kanun koyucunun 'korunmaya değer görmediği menfaat' nedir? Önemli olanı belirlerken başvurduğu bir ölçüt var mıdır? Sembolik miktarlara ilişkin uyumsuzluklar örneğinde olduğu gibi ekonomik verilerin önem kıstasında yer alması bu değerlerin değerlendirilememesi sonucu doğurur³⁸. Önemli olanın sınırını nasıl belirleyeceğiz? Örneğin idarenin hizmet kusuru sebebiyle vatandaşın bir inşaatın telef olması veya beş söğüt ağacının kesilmesi önemli midir?³⁹

Bu konuda kesin bir ölçüt bulunmamaktadır⁴⁰. Öğretide parasal sınırlarla hedeflenenin hissedilebilir bir şekilde gerçekleşmesi kaydıyla belirlenen değer "kolaylıkla vazgeçilebilir" olmasından söz edilmektedir⁴¹. Bilhassa zarar bağlamında rekabet hukuku ve tüketici hukukunda yapılan değerlendirmelerde "katlanılması gereken bir zarar" ve bu sebeple "hukuken göz ardı edilebilen zarar" nitelendirilmesine başvurulmaktadır: Bu zarar bu görüşe göre "kabullenilmesi gereken hayatın bir gerçeği(dir)"⁴².

Diğer taraftan uyumsuzlukların mahkemeye veya kanun yollarına taşınmasının yargılama giderleri ve vekalet ücreti gibi maliyet değişkenine bağlı olarak değerlendirilmesi gerektiği de ileri sürülmektedir⁴³. Dava açmanın maliyeti, elde edilecek menfaatten daha fazla olabilir⁴⁴: bu halde "aşırı derecede küçük bir kazanç" için sofistike bir dava süreci "tesvik edilmemelidir"⁴⁵.

2024 yılı itibarıyla belirlenen istinaf kanun yolu için 270.000 TL ve temyiz kanun yolu için 920.000 TL altındaki uyumsuzluklar kolaylıkla 'vazgeçilebilir' veya 'kabullenilmesi hayatın gerçeği' veya 'katlanılması gereken' miktarlar olup da dolayısıyla önemli addedilebilir tutarlar mıdır? Sosyo-ekonomik veriler ışığında bu rakamlar, bazıları için bir sınırlandırma iken; bazıları için sınır dahi teşkil etmeyebilir⁴⁶. HMK uyarınca belirli tutarın altında kalan uyumsuzluklarda verilen kararların

açıkça öngörülmesi gerekir. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması hakkında bkz. Fazıl Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgileri Fakültesi, <<https://dspace.ankara.edu.tr/items/ca4ffec8-07ca-40a3-86d0-fdb3c6f124c6>> Erişim Tarihi 30 Ağustos 2024.

38 Sembolik miktarlara ilişkin uyumsuzluklarda olsa *dava hakkının kötüye kullanılması* bakımından bir değerlendirme yapılabileceği belirtilmektedir. Carbonnier, aktaran Öztekin (n 11) 63.

39 Caenegem (n 14) 314.

40 "Hukukun dikkate alacağı minimumu ne olduğunu belirlemek için kesin bir ölçüt yoktur". W F Foster, 'Latin Maxims of Anglo-American Law Compiled and Translated into English Verse' (1924) 15, aktaran, Veech ve Moon (n 2) 544.

41 Hayrettin Ökçesiz, 'Yargıtay'ın İş Yükünün Hafifletilmesinin Bir Aracı olarak HUMK'un 427. maddesi Üzerine' (1987) Hukuk Araştırmaları Dergisi 75-79.

42 Boom (n 1) 172.

43 Ibid 183.

44 Veech ve Moon (n 2) 552. Burada dava masraflarının talep edilen tutardan fazla olup olmadığına göre talep üzerine katılma (*opt in*) veya çıkma (*opt out*) opsiyonları üzerinde durulmaktadır. İkinci seçenekte ilgilinin katılmadığı bir davada kesin hükmün sonuçlarından nasıl yararlanacağı tartışılmaktadır. Değerlendirmeler için bkz. Boom (n 1) 10-17.

45 Bunun yerine alternatif çözüm yolları, pilot karar usulü, grup başvuru, topluluk davası ve yargısal görüşten faydalanılabilir. Lale Burcu Önüt, *İdari Yargılama Hukukunda Adil Yargılanma İlkesi Çerçevesinde Grup Dava Uygulanması* (Seçkin 2018); Murat Sezginer, 'İdari Yargılama Hukukunda Yargılanmanın Hızlandırılması Tartışmaları ve 'Grup Dava' Uygulanması' iç. 146. *Yılı Sempozyumu Danıştay ve İdari Yargı Günü* (Danıştay Yayınları 2014); Oğuz Sancakdar, 'İdari Yargılama Usulünde İvedi Yargılama ve Grup Davaları' iç. 146. *Yılı Sempozyumu Danıştay ve İdari Yargı Günü* (Danıştay Yayınları 2014). Diğer taraftan "hızlı ve etkin bir yargılamada yapay zekâ ve robot hakimlerden yararlanılması" gündeme gelebilir. Bu konuda değerlendirmeler için bkz. Oğuz Sancakdar, Lale Burcu Önüt, *İdari Yargılama Hukuku Genel Esaslar* (5. Baskı Seçkin 2023) 61.

46 Bazı bölgelerde halkı için bu sınırlar makul addedilebilirken bazı bölgelerde halkı için edilmeyebilir. Türkiye İstatistik

kesin olduğuna ilişkin kuralın somut norm denetimi yoluyla anayasaya aykırılığı iddiasına ilişkin uyuşmazlıkta AYM'nin kararına karşı oy kullanan yargıç bu hususa dikkat çekmektedir⁴⁷: “bir yurttaş için “astronomik” olmayan oran bir başka yurttaş için “astronomik” olabilir.” Yüksek Mahkeme, önemsiz olanı tespit etmek yerine “adalet duygusunu rencide etmeyecek” veya “kişiyi külfet yüklemeyecek” ölçütlerine başvurmaktadır⁴⁸. Ancak bu ölçütler, her birey için subjektif bir değerlendirmeyi zaruri kılmakta; objektif kıstası karşılamamaktadır. Diğer taraftan bir an için bu tutarların önemsiz olduğunu kabul edelim; örneğin ödeme emrinde yuvarlanarak hesaplanan vergi tutarı, birey bakımından ‘katlanması gereken’/ ‘kabul edilebilir’ bir kayıp ve bu bağlamda önemsiz nitelendirilebilir: Buna karşın her bir bireyden elde edilen değer toplamda ciddi boyutlara ulaşabilir⁴⁹. Nihayetinde *Boom*’un da belirttiği üzere bu gibi ilkeler, “*dekoratif bir plaka üzerinde hoş görünmelerine rağmen, kolayca uygulanabilir kurallar için sağlam bir temel sunmama(ktadır)*”⁵⁰.

Önemsizlik, bağlamla birlikte⁵¹ olgusal durumlarla⁵² değerlendirilerek ortaya konulabilir. Bu ekonomik verilerin kendisine tek başına ‘önemlidir’ veya ‘değildir’ tespiti için başvurulamaz. Mezkûr AYM kararında karşı oy kullanan yargıcın ifadesiyle “*olayın ve işin niteliğine bağlı kararlar dışındakiler için parasal sınır sakıncalıdır*”⁵³. Bu sebeple de belirtilen miktarın altındaki uyuşmazlıklar, bir tür emsal imişçesine önemsiz addedilemez. Mezkûr kararda bu durum şu şekilde ifade edilmektedir⁵⁴:

“Oysa, tutulması ve izlenmesi gereken yol “her yurttaş için uygun” olanı getirmektir. (...) Kimi davaların akçalı oranı azdır ama anlamı büyüktür. Parasal ayırım, yargılamanın değerini de azaltabilir. (...) Parasal düzey, olumsuz niteliğin kendisidir. Düzeyle bağlı değerlendirme özü savsaklamak olur.”

Bu ilke, “Roma Hukuku’nun komedisi” olarak eleştirilmektedir⁵⁵. Parasal sınırlar, “özden ziyade biçime aşırı önem verme ve maddi olmayana, maddi olan seviyesine çıkarma eğilimi(nin)” bir sonucu

Kurumu’nun Gelir Dağılımı İstatistikleri 2023 yılı için yayınladığı verilere göre Doğu Anadolu Bölgesi’nde ortalama gelir 39.000-53.999 iken; Marmara Bölgesi’nde 99.000-115.000 TL’dir. Bu halde dahi görece yüksek gelire sahip bölgeler bakımından belirlenen rakam ortalamanın üzerindedir. <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Gelir-Dagilimi-Istatistikleri-2023-53711#:~:text=Yıllık%20ortalama%20esas%20iş%20gelirleri%20sırasıyla%20işverenlerde%20408%20bin%20174,bin%20334%20TL%20olarak%20hesaplandı.>

47 Yüksek Mahkeme, kararında temyiz yolunun kapatılmasının kanun koyucunun takdir yetkisinde olduğunu; davaların hızlı sonuçlandırılması ve temyiz iş yükünün azaltılmasının amaçlandığını; belirlenen rakamın adalet duygusunu rencide edecek nitelikte olmadığını; bu konuda anayasal bir zorunluluk da bulunmadığını belirterek düzenlemenin anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi, E. 1985/23 K. 1986/2, 20.01.1986, RG. 16.04.1986/19080 (Karşı oy kullanan yargıç Necdet Darıcıoğlu’nun görüşü.)

48 Anayasa Mahkemesi, E. 2022/135 K. 2023/30, 16.2.2023, para. 35; Anayasa Mahkemesi, E. 2018/71 K. 2018/118, 27.12.2018, para. 31-34; Anayasa Mahkemesi, E. 2020/21 K. 2020/53, 1.10.2020, para. 33-36; Anayasa Mahkemesi, E. 1985/23.

49 Bu hallerde ortaya çıkan zarar dağılmış zarar olarak nitelendirilerek tazminat hukukunda tartışılmaktadır. M. G. Faure, F. Weber, ‘Dispersed losses in tort law. An economic analysis’ 6 (2) Journal of European Tort Law 163-196.

50 Boom (n 1) 172.

51 Ibid. 173.

52 Veech ve Moon (n 2) 544.

53 Anayasa Mahkemesi, E. 1985/23.

54 Anayasa Mahkemesi, E. 1985/23. (Karşı oy kullanan yargıç Necdet Darıcıoğlu’nun görüşü).

55 Danelius (n 1) 3, dpnt.1.

olarak ortaya çıkmıştır⁵⁶. Hukukun biçimsel meselelere aşırı önem atfetme eğilimi olduğu; bunun ise hukukun “karakteristik kusuru” ve bu ilkenin ise “fiili hukuktan ziyade ideal hukuka ilişkin” olduğu dile getirilmektedir⁵⁷.

O halde önemsiz olanın ‘özü’ nedir? “Pratik kolaylık ve yerindelik”⁵⁸ gerekçeleriyle uygulanmaya devam edilen bu ilke, sınırlandırma amacının aksine normların gerekçelendirilmesinde başvurularak hukuk kurallarının “*keskin köşelerini yumuşatmak*” ve “*kanunların yorumlanmasında esneklik tanımak*” amacıyla getirilmiştir⁵⁹. Veech ve Moon’un ifadesiyle “hukukun teknik kurallarını bir anlamda törpülemek için yorumlayıcı bir araç(tır)”⁶⁰. Kaçma noktası olarak başvuru bu ilkenin araçsal niteliği esasa yönelik bir değerlendirmeyi zorunlu kılmaktadır. Bu ilke, bir yasal düzenlemede yer almakta ise yasal düzenlemenin amacı ışığında yorumlanmalıdır⁶¹: AYM, yargılama usulünde başvuru parasal sınırlar konusunda usul ekonomisi ilkesini vurgulamaktadır. Bu ilkenin işlevini keskin köşelerini yumuşatması arzu edilen ‘usul ekonomisi ilkesi’ üzerinden irdeleyelim.

II. VURGULANAN NOKTA: USUL EKONOMİSİ İLKESİ

Gerek adli gerekse idari yargıda olağan kanun yollarına başvurunun sınırlandırılmasına ilişkin yasal düzenlemelerin anayasaya aykırılığı iddiasına ilişkin uyuşmazlıklarda AYM, bu düzenlemelerin kanunilik ilkesine uygunluğunu irdeledikten sonra⁶², sınırlandırmaların meşru amacını Anayasa’nın 141. maddesinde “davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasına” ilişkin usul ekonomisi ilkesi çerçevesinde ele almaktadır⁶³. Yüksek Mahkeme, ardından ölçülülük ilkesi

56 John W. Salmond, *Jurisprudence* (Ballytine 1920) Ek III Hukuk Özdeyişleri 476.

57 Ibid 476.

58 McKean (n 17) 437.

59 H. Broom, *Selection of Legal Maxims* (T. & J. W. Johnson & Co 1874) 145.; Veech ve Moon (n 2) 544.

60 Veech ve Moon (n 2) 543. Örneğin Kaliforniya’da Medeni Kanun’un bir parçası olarak kabul edilen bu ilkenin de yer aldığı özdeyişler, “*bu kanunun önceki hükümlerinden herhangi birini sınırlamak için değil, onların adil bir şekilde uygulanmasına yardımcı olmak için tasarlanmıştır.*” California Civil Code (2010) 3509, <<https://law.justia.com/codes/california/2010/civ/3509-3548.html>> Erişim Tarihi 25 Ağustos 2024.

61 Ökçesiz de parasal sınırların hukuka uygunluğunu değerlendirirken; yasanın amacı olarak ileri sürülen ‘iş yükünün azaltılması’ gerekçesinin; gerçekleştirilebilir oluşuyla ilişkilendirmektedir. Ökçesiz (n 41) 78.

62 İdari yargılama usulünde istinaf ve temyiz kanun yollarında parasal sınırların belirlenmesine ilişkin düzenlemelerin kanunilik ve ölçülülük ilkeleri çerçevesinde yapılan tartışmalar hakkında bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2023/81; Anayasa Mahkemesi, E. 2023/36.

63 Ön alım hakkına konu mal varlığın miktarının veya değerinin belirli bir meblağı geçmemesi hâlinde ilk derece mahkemesi kararının kesin olmasına ilişkin kuralın anayasaya aykırılığı iddiasına ilişkin bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2022/135 K. 2023/30, 16.2.2023, para. 32; İlk derece mahkemesince verilen beraat kararı üzerine tesis edilen kanunda belirtilen iki yıla kadar hapis cezalarına ilişkin mahkûmiyet kararlarının da temyiz yolunun kapsamı dışında tutulmasına ilişkin kuralın anayasaya aykırılığı iddiasına ilişkin bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2018/71 K. 2018/118, 27.12.2018, para. 30; Yapı denetim şirketleri hakkında tesis edilen idari para cezasına karşı itiraz üzerine verilen kararların kesin olduğuna ilişkin düzenlemenin anayasaya aykırılığı iddiasına ilişkin bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2020/21 K. 2020/53, 1.10.2020, para. 30. Bununla birlikte iş yükünün fazlalığı sebebiyle yargılama sürecinin uzadığı dile getirilerek yargılamanın hızlandırılması ihtiyacı makul sürede yargılanma hakkıyla da ilişkilendirilmektedir. Açımız (n 3) 83-85. Anayasa Mahkemesi de kanun yollarına başvuru hakkının sınırlandırılmasında usul ekonomisi ilkesinin yanında makul sürede yargılanma ilkesinden söz etmektedir. 3492 sayılı Kadastro Kanunu’nda taraflardan hiçbirinin gelmediği davalarda dosyanın işlemden kaldırılmamasına ilişkin hükmün anayasaya aykırılığı iddiasının somut norm denetimi yoluyla

açısından yaptığı değerlendirmelerde müdahalenin gerekliliğini, yargının iş yükünün azaltılması; elverişliliğini, uyumsuzluğun makul sürede sonuçlandırılması; orantılılığını ise, miktarın veya değer in adalet duygusunu rencide etmeyecek veya kişiye külfet yüklemeyecek şekilde belirlenmesi argümanları ışığında irdelemektedir⁶⁴. Bazı kararlarında bu argümanlar, meşru amaç, gereklilik ve elverişlilik değerlendirmelerinde iç içe geçmektedir⁶⁵. Nihayetinde sınırlandırmaların amacı, gerekliliği veya elverişliliği usul ekonomisi temelinde irdelenmektedir.

Usul ekonomisi, yargılamanın “makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesi ve gereksiz gider yapılamamasını(n) sağla(nmasıdır).”⁶⁶ Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun⁶⁷ aksine İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda müstakil bir ilke olarak düzenlenmemekle birlikte yargılama hukukunun genel

iptali talep edilen uyumsuzlukta, “Yargılamada taraflara belirli usuli güvenceler sağlayan adil yargılanma hakkının önemli unsurlarından biri de, “makul sürede yargılanma” ilkesidir. Anayasa’nın 141. maddesinde, “Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir.” denilmek suretiyle davaların makul bir süre içinde bitirilmesi gerekliliği açıkça ifade edilmiştir. Bu ilke gereğince Devlet, yargılamaların gereksiz yere uzamasını engelleyecek etkin çareler oluşturmak zorundadır. Bu bağlamda hukuk sisteminin ve özellikle yargılama usulünün, yargılamaların makul süre içerisinde bitirilmesini olanaklı kılacak şekilde düzenlenmesi ve davaların nedensiz olarak uzamasına yol açacak usul kurallarına yer verilmemesi, mahkemelerin nicelik ve nitelik bakımından yeterli miktarda insan kaynağı, araç ve gereçlerle donatılması makul sürede yargılanma ilkesinin bir gereğidir.” Anayasa Mahkemesi, E. 2013/4 K. 2013/35, 28.2.2013. Söz konusu ilkeler hiç kuşkusuz etkileşimsel olmakla birlikte Anayasa’nın 36’ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının bir uzantısı olarak makul sürede yargılanma hakkının öznesi birey iken; Anayasa’nın 141. maddesinde düzenlenen usul ekonomisi ilkesinde yetkinin sahibi yargıdır. Yargının bir yükümlülüğü olarak paylaşılmıştır ve yargılamanın sürüncemede kalmaması sebebiyle olağan kanun yollarına başvuru hakkının sınırlandırılması uzun yargılama sürecini engellemekle birlikte aynı zamanda adil yargılanma hakkına müdahale niteliğindedir. Müdahalenin hukuka uygun olup olmadığı ayrı bir tartışma konusudur. Ancak hakka müdahale niteliği taşıdığı açıktır. Bu çalışmada parasal sınırların haklarla ilişkisi kapsam dışında bırakıldığından usul ekonomisi ilkesi çerçevesinde değerlendirmelere yer verilecektir.

64 Anayasa Mahkemesi, E. 2022/135 K. 2023/30, 16.2.2023, para. 35; Anayasa Mahkemesi, E. 2018/71 K. 2018/118, 27.12.2018, para. 31-34; Anayasa Mahkemesi, E. 2020/21 K. 2020/53, 1.10.2020, para. 33-36; Anayasa Mahkemesi, E. 1985/23. Ayrıca bkz. Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku* (15. Baskı Seçkin 2023) 806.

65 Örneğin Yüksek Mahkeme, bazı kararlarında düzenlemelerin amacı ile gerekliliği tartışmasını birlikte yürüterek; amacı ‘yargının iş yükünün azalması’ şeklinde ifade etmektedir. İdari Yargılama Usulünde temyiz kanun yolunda öngörülen parasal sınırlar konusunda düzenlemenin amacının “Danıştayın iş yükünün azaltılması olduğunun anlaşıl(dığı)” belirtilmektedir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2023/36. Benzer şekilde Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu) parasal sınırlara ilişkin düzenlemesinin anayasaya aykırılığı iddiasıyla somut norm denetimi yoluyla AYM önünde tartışıldığı davada, “(y)asa koyucu, itiraz konusu kuralla, miktar veya değeri yüz bin lirayı geçmeyen taşınır mal ve alacak davalarına ilişkin nihai kararların kesin olması davaları süratlendirmek ve Yargıtayın yükünü hafifletmek düşüncesiyle kabul etmiş; bu kararların bir kere de Yargıtay’a incelenmesinde kamu yararı görmemiştir” şeklinde açıklamıştır. Bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 1985/23. Adli para cezasına karşı üst mahkemeye başvurulmaması nedeniyle hükmün denetlenmesini talep hakkının ihlal edildiği iddiasıyla bireysel başvuruya konu olan bir uyumsuzlukta da Anayasa Mahkemesi, “önem derecesi düşük suçlara ilişkin para cezalarına mahkûmiyet hükümlerine karşı istinaf yolunun kapalı tutulmasının amacı istinaf mahkemelerinin iş yükünü azalt(mak) olduğu” ve “istinaf mahkemelerinin emek ve mesailerini daha ağır nitelikli mahkûmiyet hükümlerine sarf etmeleri hedelen(diği)” belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2017/19906, 2.6.2020, para. 44.

66 Kuru (n 35) 302. Öyle ki bu ilke, yargılama usullerinin tamamında yer alan ilkelere göre; bu ilkelere “usul hukukunun genel kısmını oluşturur”. Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (18. Bası Beta) 20, aktaran Kamile Türkoğlu Üstün, *İdari Yargılama Usulüne Hâkim Olan İlkeler* (Seçkin 2019) 36.

67 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, RG. 04.02.2011/27836, m. 30: “Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılamamasını sağlamakla yükümlüdür.”

bir ilkesi olarak uygulanagelmektedir⁶⁸. Söz konusu ilke emredici nitelikte olup,⁶⁹ yargıçlar için bir “yükümlülük(tür)”⁷⁰.

Öğretide bu ilke, “basitlik”, “hızlılık” ve “ucuzluk” unsurlarıyla irdelenmektedir⁷¹. *Basitlik*, var olan şekil kurallarına dayalı bu düzenin bozulmamasını, bu kuralların yorumlanırken zorlaştırılmamasını ve hatta kolaylaştırılmasını ifade etmektedir⁷². Bir diğer ifadeyle yargılama sürecinin komplike hale getirilmemesidir. *Ucuzluk* ise, yargılama sürecindeki masrafların artırılarak “adaletin pahalılaştırılmaması” olarak anlaşılmaktadır⁷³. *Hızlılık* ise, yargılama sürecinin mümkün olan en kısa sürede sonuçlandırılmasıdır⁷⁴. Burada ‘adil ve güvenli’ bir yargılamaya feda edilen hızlı bir yargılama süreci mevzu bahis değildir⁷⁵. Yargılamanın hızlılığı, “geciken adaletin adalet olmadığı” düsturunun bir yansıması olarak “*adaleti bir tarafa bırakan bir acelecilik olarak ... algılanmamalıdır*”⁷⁶.

Usul ekonomisinde temel sorunlardan biri ise iş yükü sebebiyle yargılamanın makul sürede sonuçlandırılmamasıdır. AYM’nin mezkûr kararlarında parasal sınırlara ilişkin getirilen düzenlemelerin amacı, gerekliliği, elverişliliği, “mahkemelerin iş yükünün azaltılması” ve “yargılamanın makul sürede sonuçlandırılması” çerçevesinde irdelenmektedir⁷⁷. Parasal sınırların yargının iş yükünü azaltmasına ilişkin doğrudan istatistiklere ulaşılamamaktadır⁷⁸. Parasal sınırlar gibi yasal düzenlemelerde getirilen değişikliklerin “*fiziki anlamda ... bir hafifleme*”⁷⁹ sağlayacağı ilk

68 Ender Ethem Atay, *İdari Yargılama Hukuku* (Seçkin 2022) 73-76; Ender Ethem Atay, *İdari Yargılama Hukuku* (Seçkin 2023) 48-51.; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku* (Savaş 2019) 89.; Halil Kalabalık, *İdari Yargılama Hukuku* (17. Baskı Seçkin 2024) 36-37.; “basit ve az masraflı oluşu” bkz. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, *İdare Hukuku II İdari Yargılama Hukuku*, Turhan, 2022, 822.; Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku* (3. Baskı Ekin 2018) 15. Hatta bu ilkenin yansımalarını farklı düzenlemelerde görmek mümkündür. Bu konuda bkz. Aynur Hasoğlu, *Türk İdari Yargılama Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi* (Seçkin 2024) 71-120.

69 Cumhur Rüzgaresen, *Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi* (Yetkin 2013) 58-59.

70 İbrahim Çetin, ‘Medeni Usul Hukukunda Usul Ekonomisi’ 78 Sayıştay Dergisi, 83.; Rüzgaresen (n 69) 74.

71 Hasoğlu (n 68) 45-52.

72 Ibid, 45.; Rüzgaresen (n 69) 72-73.

73 Ejder Yılmaz, ‘Usul Ekonomisi’ (2008) 57(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 244-45.; Atay (n 68) 2023, 265.

74 Hasoğlu (n 68) 45.

75 “Yargılamanın kısa olması değil, adil ve güvenli olması önemlidir.” Sancakdar ve Önüt, (n 45) 449.

76 Yılmaz (n 73) 263.

77 İstinaf sisteminin de “yargının iş yükünün hafifletilmesi ve (böylelikle) Danıştay’ın da “*ıhtihat mahkemesi rolünün güçlendirilmesi*” gibi benzer gayelerle getirildiği belirtilmektedir. Kanunun gerekçesi için bkz. 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Genel Gerekçe, <<https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekciler/turk-ceza-kanunu-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-6545-genel-gerekce/1>> Erişim Tarihi 21 Ağustos 2024.

78 Danıştay ve Adalet Bakanlığı Adli Sicil İstatistik Genel Müdürlüğü’nün yayınladığı verilerde doğrudan parasal sınırlar sebebiyle dosya sayılarında azalmaya ilişkin bilgiye rastlanmamaktadır. Bu kapsamda örneğin ilk derece mahkemesi, istinaf ve temyiz mercilerine gelen dosya sayıları yer almaktadır. Ancak Danıştay’ın ilk derece mahkemesi olarak incelediği dosyalar, bölge idare mahkemeleri arasındaki aykırılığın giderilmesine ilişkin dosyalar ve temyiz incelemesine ilişkin dosyalar ile ivedi yargılama usulüne ilişkin davalar üzerine yapılan temyiz incelemeleri ayrıca belirtilmediğinden; istinaf incelemesinde karara bağlanan dosyalardan parasal sınırlar sebebiyle temyiz kanun yoluna başvurulamayan dosya sayıları tespit edilememektedir. Veriler için bkz. “Adalet İstatistikleri”, 2023, <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/220.420.24115644ADAlet_ist->

79 Ökçesiz (n 41) 75.

bakışta tahmin edilebilir⁸⁰. Bununla birlikte usul ekonomisi gereği *iş yükünün azaltılması*, olağan kanun yollarının sınırlandırılmasında, tek yargıç uygulamasında veya duruşma sınırında tek başına bir gerekçe olarak kabul edilebilir mi?

Tarihsel kökenlerini “*yargılamanın ve (dolayısıyla) adaletin gecikmesi(nde)*” bulan usul ekonomisinin adalete erişimi ve hak arama hürriyetini kolaylaştırma işlevi⁸¹, diğer taraftan bu ilkenin dayanağı olarak gösterilen parasal sınırların aynı zamanda hak arama hürriyetine ve mahkemeye erişim hakkına müdahalesi paradoksaldır. Yargılama usulünde başvuru parasal sınırlarla “yargıcın önemsiz işlerle ilgilenmemesinin” önüne geçilerek esasında usul ekonomisi ilkesine hizmet edeceği varsayılmaktadır. Ancak bu ilke, yargılamanın “*başlı başına bir amacı olmayıp, yargılamanın amacına hizmet eden araçlardan(dır)*”⁸². Bu sebeple de öncelikli olarak bu aracın hizmet ettiği amaç belirlenmeli ve bu amaç ise bu aracı şekillendirmelidir. Zira “*(u)sul kanunlarındaki değişiklikler ... konulmuş bulunan amaca göre şekillenir*”⁸³. O halde “hukukun önemsiz işlerle ilgilenmemesi” sağlanarak usul ekonomisine hizmet eden amaç ne olmalıdır?

III. ÇIKIŞ NOKTASI

Parasal sınırlar, *mikro ölçek*te sınırlama öngören kuralın ilişkin olduğu yargılama müessesesinin bu sınır getirilirken ileri sürülen amacı ve *makro ölçek*te ise idari yargının fonksiyonu dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bu holistik bakış açısıyla; parasal sınırlarla ilişkilendirilen bu müesseseler bizatihi yargılama usulünü oluşturmakla birlikte idari yargılama usulü, bu müesseselere doğrudan indirgenmemektedir. Bu sebeple her bir müessesede ileri sürülen argümanları ele alarak, bu müesseseleri kesen makro bakış açısı ortaya konulacaktır.

A. YARGILAMA MÜESSESELERİNDE BAŞVURULMA GEREKÇELERİNİN SORGULANMASI

Yukarıda yer verilen Anayasa Mahkemesi kararları ve öğreti ışığında olağan kanun yollarında öngörülen parasal sınırın en önemli amaçlarından biri iş yükünün azaltılmasıdır⁸⁴. Temyizde bu

80 Bununla birlikte HMK uyarınca belirli tutarın altında kalan uyuşmazlıklarda verilen kararların kesin olduğuna ilişkin hükmün somut norm denetimi yoluyla anayasaya aykırılığı iddiasına ilişkin AYM’nin karşı oy kullanan üyesinin iş yüküne ilişkin aksi değerlendirmesi dikkat çekicidir: “*Bu düzenleme ile adaletten beklenen “hız” gerçekleşmeyeceği gibi, Yargıtay’ın yükü de hafiflememiştir. Bir “İçtihat mahkemesi” niteliğini giderek yitiren Yargıtay’ın öz işlerine dönebilmesi için yapılması gerekenlere değinilmeyip bu tür düzenlemelere kalkışılması Yargıtay’ı dışlamaya uzanabilecektir. (...) Yargımanın hızlı çalışması için binalardan araç gereçlerine, görevlilerin meslek içi eğitimlerinden özlük işlerine, yargı bağımsızlığı ve yargı güvencesinden ilgili kurallara değin geniş bir alanda köklü değişiklik ister. Devlet, yükümlülüklerinin bilincinde olarak yargılık (mahkeme), yargıç, personel sağlayacak, gerekirse ara mahkemeler kuracak, “adalet-hâk” duygusunun saygınlığını, yargı kararlarının etkinliğini arttıracak, haksızların dava edilmekten kaçınacakları ortamı oluşturacak ve her karar için denetim yolunu açık tutacaktır.” Anayasa Mahkemesi, E. 1985/23 (Karşı oy kullanan yargıç Yekta Güngör Özden’in görüşü)*

81 Rüzgaresen (n 69) 62-71, 84.

82 Yılmaz (n 73) 246.

83 Ibid.; “*(...) yargılama ilkelerinin ne ölçüde geçerli olacağı yargılamanın amacına, pratiklik kaygılarına ve tarihi gelişime bağlıdır.*” Bkz. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 68) 90.

84 Ayrıca bkz. Selman Sacit Boz, Ahmet Talha Tetik, Mustafa Oğuzhan Bölükbaşı, Mehmet Nacak, *Türk İdari Yargılama*

argüman, Danıştay’ın içtihat merci rolünün güçlendirilmesine odaklanmaktadır. Diğer parasal sınır öngörülen istinaf, duruşma ve tek yargıç sınırında ise ‘önemsiz’ uyuşmazlık kategorisiyle iş yükünün azaltılması hedeflenmiştir. Mikro ölçekte bu müesseseler bakımından ileri sürülen gerekçeler sorgulanmalıdır.

1. Temyizde Parasal Sınır: “İçtihat Mahkemesi Rolünün Güçlendirilmesi”

Temyiz kanun yolunda öngörülen parasal sınırlarla “yegâne hedef(in)”⁸⁵ iş yükünün azaltılarak “Danıştay’ın içtihat mahkemesi rolünün güçlendirilmesi” olduğu belirtilmektedir⁸⁶. Buna göre istinaf mahkemesince verilen kararlar kural olarak kesin olup; yalnızca sayılan kararlara⁸⁷ karşı temyize başvurulabilir⁸⁸.

Burada dikkat çekmek gerekir ki idari yargıda kanun yolunda öngörülen kesinlik sınırı, AYM tarafından ‘önemsiz’ miktar olarak nitelendirilmemiştir⁸⁹. İş yükü gerekçesiyle Danıştay’ın içtihat üretimine odaklanılarak; “hâkim önemsiz işlerle ilgilenmez” değil de “hâkim önemli işlerle ilgilenir” yaklaşımı hakimdir⁹⁰. Danıştay içtihat mahkemesi rolüyle idare hukukunun içtihadi karakterinde kurucu bir görev üstlenmektedir⁹¹. Hatta içtihat farklılıklarının önlenmesine ilişkin mekanizmaların işletilmesi konusunda sorumluluğu ileri sürülmektedir⁹². Danıştay, azalan iş yüküyle ‘kalan

Hukukunda Temyiz (Adalet 2021) 90, 92.

85 Ali Akyıldız, ‘İstinafa İlkel Bakmak’ (2015) 147. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (Danıştay Yayınları) 16.

86 Kanun gerekçesi için bkz. (n 77). Nitekim Danıştay da bazı kararlarında temyiz kanun yolunun amacının “*ıçtihat birliğinin sağlanması, yürürlükteki hukukun ÷lke genelinde birlik içinde uygulanmasını temin etmek*” olduğunu vurgulamaktadır. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2022/421 K. 2023/2546, 6.11.2023.; Danıştay 13 D, E. 2020/3452 K. 2021/968, 17.3.2021.

87 Bkz. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, m. 46.

88 Söz konusu kararlarda ise “ekonomik önem kıstası(na)” dikkat çekilmektedir. Akyıldız (n 85) 30.

89 Anayasa Mahkemesi, E.2023/36, para.22: “... konusu istinaf sınırının üzerinde olup beş yüz seksen bir bin Türk lirasının altında kalan uyuşmazlıkların tamamının tutar açısından önemsiz olduğu söylenemez.” Buna karşın AYM’nin ceza yargılamasına ilişkin temyiz kanun yoluna başvurunun sınırlandırılmasına ilişkin kararında “önemsiz suç” nitelemesinde bulunmaktadır: “Yargılamanın olabildiğince hızlı sonuçlanması ve suçluların bir an önce cezalandırılması gerektiğinden her karara karşı değil, fakat önemli kararlara karşı kanun yoluna gidilmesi gereğı benimsenmektedir. Mahkemelerce verilen tüm kararlara karşı kanun yolunun açık tutulması, kanun yolu kurumunu işlemez duruma getirebilir.” Anayasa Mahkemesi, E. 2006/65, K. 2009/114, 23.07.2009, RG.7.10.2009/ 27369. Asliye Hukuk Mahkemesince itirazın iptali davasında tesis edilen kararın kesin olması sebebiyle hak arama hürriyetinin ihlal edildiğı iddiasına ilişkin başvuruda Anayasa Mahkemesi, “... gereksiz başvuruların önlenerek dava sayısının azaltılması ve böylece mahkemelerin gereksiz yere meşgul edilmeksizin uyuşmazlıkların makul sürede bitirebilmesi amacıyla bir kısım mahkeme kararına karşı temyiz yolunun kapalı tutulmasının anayasal hakları ihlal ettiğı söylenemez.” Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2014/3907, para.32.

90 Bu ifadeler *prima facie* birbirine karşıt gibi görünmekte ise de burada ‘önem’in muğlaklığından yararlanılmaktadır.

91 İdare hukukunun içtihadi niteliğine ilişkin tartışmalar bu çalışmanın kapsamını aşacağından değerlendirme için bkz. Tekin Akıllıoğlu, ‘İdare Hukukunun Ortaya Çıkışı Konusunda Bir Karşılaştırma’ İHİD, C. 15, S.2, 2012.; Bu konuda bkz. Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler* (Güncelleştirilmiş 3. Baskı Turhan 2015) 133.; Halim Alperen Çıtak, *İdare Hukukunun İctihadi Karakteri* (On İki levha 2020).

92 Murat Sezginer, ‘İdari Yargıda İctihat Aykırılıkların Giderilmesinde Danıştay’ın İctihat Mahkemesi Rolünün Önemi’ iç. 151. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Sempozyumu (Danıştay Yayınları 2019)170.

vakitlerinde⁹³ “*ilkeleri koyan, hukuku yaratan, hukukun ne olduğunu söyleyen*”⁹⁴ rolünü yerine getirecektir. Kanuni idare ilkesi çerçevesinde idareye tanınan takdir yetkisinin yargısal denetiminde yargıç da takdir yetkisiyle “yargıçların hukuku(nu)”⁹⁵ yaratabilecektir⁹⁶.

Esasında bu diyalektik bir süreçtir: iş gücü azaltılarak içtihat mahkemesi rolünün yerine getirilmesi ve böylelikle içtihat mekanizmasıyla da iş yükünün azalması. Ancak bu birbirini besleyen süreç aynı zamanda birbirine de engel olabilmektedir. Şöyle ki istinaf sisteminin iş yükünün azalmasına katkı sağlayacağı; Danıştay’ın içtihat mahkemesi olarak çalışabilmesi için istinaf mahkemesince “oyalayıcı” nitelikteki uyuşmazlıkların kesinleşerek “filtreleme” yapılabileceği belirtilmektedir⁹⁷. Diğer taraftan ise istinaf sisteminin yaratacağı temel açmazlardan birinin de tam tersine içtihat birliğinin sağlanmasında çıkartacağı “güçlükler” olduğu iddia edilmektedir⁹⁸. Bu görüşe göre, istinaf kanun yoluyla “temyiz incelemesi etkisiz hale getirilmekte” ve istinaf aşamasında kesinleşen çelişik kararlar sebebiyle içtihat birliği sağlanamamaktadır⁹⁹. Bir yönüyle alan “daraltılmakta” ve Danıştay’ın aksine istinaf mercileri belirleyici olmaktadır¹⁰⁰.

Anayasal düzenlemelerde Yüksek Mahkemelere atfedilen “son inceleme merci”¹⁰¹ sıfatıyla bu merciiler, uyuşmazlıklarda miktar ve değeri esas almamalıdır; “hukukun yeknesak bir şekilde

93 İstinaf sisteminin yüzde seksen oranında Danıştay’ın iş yükünü azaltacağı öngörülmektedir. Kanunun gerekçesi bağlamında değerlendirmeler için bkz. Akyıldız (n 85) 18.

94 Celal Erkut, ‘İdari Yargı Birinci Oturum’ iç. Serkan Ağar, Oğuzhan Güzel, Mehpere Çaptuğ (edr) *İdari Yargılama Usulü Kanununun 30. Yılında İdari Yargı Sempozyumu* (09 Mart 2012) (Ankara Barosu Başkanlığı 2013) 42.

95 Celal Erkut, *Kamu Kudreti Ayrıcılıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı* (Yenilik 2004) 157.

96 Turan Yıldırım, Gül Üstün, *Açıklamalı Notlu İdari Yargılama Usulü Kanunu* (2. Baskı On İki Levha 2023) 54. Bunun için de yargıcın yargıç olma vasfına sahip olduğu ön kabulüyle hareket edilmektedir.

97 Bu bağlamda örneğin merkez teşkilatlarının unvan değişikliği içermeyen atama işlemleri, taşra teşkilatlarınca yapılan işlemler, belediyenin imar planları dışındaki işlemleri örnek gösterilmektedir. Esat Toklu, ‘İdari Yargıda İstinaf Sistemine Geçiş’ iç. 147. *Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu* (Danıştay Yayınları 2015) 68-69.

98 Mehmet Rıza Ünlüçay, ‘Birinci Oturum Açılış Konuşması’ iç. 147. *Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu* (Danıştay Yayınları 2015) 8.; Benzer değerlendirme için bkz. Engin Saygın, ‘İdari Yargıda İstinaf Tartışmaları Üzerine Analiz’ (2011) 69 (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 635-648.; Serkan Çınarlı, Kerim Azak, ‘Bölge İdare Mahkemelerinin Kesin Kararları Arasındaki Aykırılık veya Uyuşmazlığın Giderilmesi Meselesi’ (2020) 1(1-2) Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6.

99 İstinaf kanun yolu bakımından getirilen eleştiriler ve değerlendirmeler bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Burada yalnızca parasal sınırların da dahil edilerek kanun yollarının sınırlandırılmasının iş yükünün azalması veya Danıştay’ın içtihat rolünün güçlendirilmesine katkı sağlayıp sağlamayacağı konusunda halihazırda istinaf üzerinden yapılan tartışmalardan yararlanılmıştır. Akyıldız (n 85) 18.; Ramazan Yıldırım, ‘Türkiye’de İstinaf Uygulamasının İdari Yargıya Etkileri’ 147. *Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu*, 52; Mustafa Avcı, ‘İdari Yargıda İstinaf’ (2011) 96 TBB Dergisi, 179-203.; Açımız (n 3) 90-92.; Gül Üstün, ‘İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Üzerine Bir Değerlendirme’ (2016) 22(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 13-38.; Zeynep N. Aydınoglu, ‘İstinaf Kanun Yolunun İdari Yargılama Usulüne Başlıca Etkileri’ (2018) 9(34) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 407-411.; Oğuz Sancakdar, ‘İdari Yargı İstinaf Sistemindeki Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri’ (2016) 148. *Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu*, 43.; Aksi görüş için bkz. Avcı, (n 100) 189.

100 Dahası, öngörülen sistemin öğretide “Danıştay’ın içtihat mahkemesi işlevini bilakis yitirmesine neden olduğu” değerlendirilmiştir. Bkz. Açımız (n 3) 90-92.

101 1982 Anayasası, m. 154/1: “*Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. (...)*”; m. 155/1: “*Danıştay, idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. (...)*”.

uygulanması(nı)¹⁰² sağlamakla görevlidir. Aksi bir uygulama “*yeknesak hukuk uygulamasını tehlikeye düşür(mektedir)*”: öğretide Öztekin bu durumu şu şekilde ifade etmektedir: Parasal sınırlarla temyiz yolu kapatılan kararlar bakımından “*iċtihat birliğini fedâ edip, o değerin üstündeki uyuşmazlıklarda iċtihat birliğini sağlamağa çalışmak, aslında yeknesak hukuk uygulamasından vazgeçmek anlamına gelir.*”¹⁰³ Buna göre, “*iċtihat birliğini sağlama amacı, değeri veya miktarı ne olursa olsun bütün nihai kararların temyiz denetiminden geçebilmesini gerektirir*”¹⁰⁴. Kaldı ki hukuka uygunluk denetimi sağlanmadan hukuk birliğinin sağlanması da pek mümkün gözükmemektedir¹⁰⁵.

İstinaf kesinlik sınırıyla ortaya çıkan bu eksikliğin giderilmesine yönelik olarak istinaf sistemine ilişkin yasal değışikliklerle birlikte düzenlenen 2576 sayılı Kanun’un 3/C maddesi¹⁰⁶ uyarınca Bölge İdare Mahkemesi Başkanlar Kurulu, istinaf mahkemesinde kesinleşen kararlar arasında aykırılık ve uyuşmazlıkları resen veya başvuru üzerine değerlendirebilir ve bu konuda Danıştay’dan karar verilmesini isteyebilir¹⁰⁷. Söz konusu usulle temyiz kanun yoluna başvurulamayan uyuşmazlıklarla ilgili olarak “iċtihat üretme olanağı” tanınmaktadır.¹⁰⁸ Bu halde varsayımsal olarak temyiz yolu kapalı olan uyuşmazlıklarda iċtihat mercii rolüne hâlel gelmeyecektir. Buna karşın bu usulün yalnızca kesin kararlara karşı başvurulabilmesi,¹⁰⁹ Başkanlar Kurulunca tesis edilen kararların kesin olması¹¹⁰

102 Öztekin (n 11) 65.

103 Ibid 66.

104 Ibid 68.

105 Yargıtay’a ilişkin değerlendirmesinde Alangoya, kanun yolunun amacının mahkeme kararlarının üst merci tarafından denetlenmesini sağlamak olduğu; iċtihat birliğinin sağlanması gibi amaçların Yargıtay’a ilişkin anayasal düzenlemenin “*ration legis’ine dahi olmadığı(nı)*” değerlendirmektedir. Bununla birlikte, “*usul kanunlarının temyiz mahkemelerinin görevini bir ölçüde hukukun geliştirilmesi veya ülke çapında iċtihat birliğinin sağlanması yönünde de vurgulayabil(eceğini)*”; fakat hukuka uygunluk sağlanmadan hukuk birliğinin halihazırda sağlanamayacağını dile getirmektedir. Yavuz Alangoya, ‘Kanun yolunun Anayasal Temeli ve HUMK 427 hükmü ile Kanun yolu Kapatılmış Olan Kararlara Karşı Kanun yoluna Müracaat İmkânı’ iç. 75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2004) 31.

Bu başlık altında yalnızca iş yükünün azalmasının bağlamında gerekçe olarak sunulan Danıştay’ın iċtihat mahkemesi rolü irdelenmektedir. Kanun yollarının amacı ve iċtihat farklılıklarına sebebiyet veren hususlar ve çözüm önerileri bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Bu konuda bkz. Turan Yıldırım, ‘İdari Yargıda İċtihat Farklılıkları ve Çözüm Önerileri’ iç. 149. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (Danıştay Yayınları 2017) Sezginer (n 93) 167-181.; Murteza Güler, ‘İċtihat Aykırılıklarının Giderilmesinde Önleyici ve Giderici Mekanizmaların Güçlendirilmesi’ iç. 151. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Sempozyumu (Danıştay Yayınları 2019).

106 2576 s. Kanun, m. 3/C/4.c: “*Benzer olaylarda, bölge idare mahkemesi dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında veya farklı bölge idare mahkemeleri dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında aykırılık veya uyuşmazlık bulunması hâlinde; resen veya ilgili bölge idare mahkemesi dairelerinin ya da istinaf yoluna başvurma hakkı bulunanların bu aykırılığın veya uyuşmazlığın giderilmesini gerekçeli olarak istemeleri üzerine, istemin uygun görülmesi hâlinde kendi görüşlerini de ekleyerek Danıştaydan bu konuda karar verilmesini istemek*”

107 Bu konuda değerlendirme ve kapsamlı eleştiriler için bkz. Hüseyin Bilgin, *Bölge İdare Mahkemelerinin Kesin Kararları Arasındaki İċtihat Farklılıkları* (Seçkin 2021). Çınarlı ve Azak (n 98) 1-26.

108 Açımız (n 3) 88.

109 F Ebru Gündüz, *İdari Yargılama Hukukunda Kanun Yararına Temyiz* (Adalet 2022) 43. Kesin kararlara karşı başvuru sebebiyle iċtihadı birleştirme usulünün uygulanmasında sorun yaratabileceği dile getirilmektedir. Toklu (n 97) 69.; Açımız (n 3) 88. Bu kararlara karşı yargılanmanın yenilenmesi imkanının getirilmesi önerilmektedir. Toklu (n 97) 70.; Arat (n 3) 437. Danıştay’ın söz konusu kararları kanun yararına bozması ve Resmi Gazetede yayınlanarak “*emsal niteliği kazanması(nın)*” sağlanması da bir diğer görüştür. Bkz. M. Fatih Gürkan, Yusuf Deniz, Selman Sacit Boz, ‘İdari Yargıda Kanun Yararına Bozma’ (2013) 21(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 122-23. Ayrıca devam eden davalara da bu imkânın tanınması gerektiği hakkında bkz. Çınarlı ve Azak (n 98) 8.

110 Bu kararlara karşı Danıştay’a başvuru yolunun açılması önerisi hakkında bkz. Çınarlı ve Azak (n 98) 13.

gibi sebeplerle içtihat merci rolünün etkin kullanımı konusunda tereddütler dile getirilmektedir. Nihayetinde salt iş yüküne bağlı bir yaklaşımla buna yönelik getirilen emniyet supabındaki eksiklikler, bu argümanı zayıflatarak niteliktedir.

2. İstinafta Parasal Sınır: “İş yükünün Hafifletilmesi”

Parasal sınırlar sebebiyle bazı kararlara karşı ilk derece mahkemesince verilen nihai kararın maddi ve hukuki yönden denetlenmesine imkân veren istinaf kanun yoluna başvurulamamaktadır. Burada bireye aşırı külfet yüklemeyen¹¹¹ önemsiz veya önem derecesi düşük olarak değerlendirilen miktar ve değerlerin altında kalan uyuşmazlıkların istinafa götürülmesi engellenerek iş yükünün azaltılması hedeflenmektedir¹¹². Temyiz kanun yolundan farklı olarak istinafta öngörülen parasal sınırlarda *de minimis* ilkesine bir ‘araç’ olarak başvurulmanın ötesinde bu ilke burada amaç halini almaktadır¹¹³.

Halbuki yargıcın veya hukukun önemsiz işlerle ilgilenmeyeceği ilkesi, yargılama müesseselerinin “keskin köşelerini” yumuşatarak esneklik tanımak amacıyla getirilmiştir¹¹⁴. Bu kapsamda tek başına başvuru bir ilke değildir. Bununla birlikte normatif olarak parasal sınırlar ‘sabit’ kılınmaktadır.

Determinist ve sabit¹¹⁵ normlara konu parasal sınırlar iş yükünde ancak “geçici bir rahatlama sağlayabilir”¹¹⁶. Bunun yerine temel olarak “uyuşmazlıklarının kaynağının azaltılması,”¹¹⁷ usul

111 Örneğin yapı denetim şirketleri hakkında tesis edilen idari para cezasına karşı itiraz üzerine verilen kararların kesin olduğuna ilişkin hükmün anayasaya aykırılığı iddiasında Yüksek Mahkeme, para cezalarının bireye aşırı külfet yüklediğini değerlendirerek hükmü iptal etmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2020/21, para.30.

112 Hükmün denetlenmesini talep hakkı, mahkemeye erişim hakkı ve nihayetinde adil yargılanma hakkını sınırlandırdığına ilişkin değerlendirmeler için bkz. Açımuz (n 3) 50-78.; Yılmaz (n 5) 148 vd.; Yıldız (n 6) 199-226.; Gündüz ve Gündüz (n 5) 1-28.; Çağlayan ve Çınarlı (n 5) 275.

113 Adli para cezasına karşı başvuru yolunun kapatılması sebebiyle hükmün denetlenmesi hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkin bireysel başvuruda istinaf mahkemeleri bakımından AYM’nin değerlendirmesi dikkat çekicidir: “... önem derecesi düşük suçlara ilişkin para cezalarına mahkûmiyet hükümlerine karşı istinaf yolunun kapalı tutulmasının amacı istinaf mahkemelerinin iş yükünü azaltmaktır. Böylelikle istinaf mahkemelerinin emek ve mesailerini daha ağır nitelikli mahkûmiyet hükümlerine sarf etmeleri hedeflenmiştir. İstinaf mahkemelerinin iş yükünün azaltılması ve bu suretle daha nitelikli davalara daha fazla zaman ayırmalarının sağlanmasıyla elde edilecek kamusal yararın önemi yadsınamaz. Bu kamusal yarar 3.000 TL’nin altındaki adli para cezasına mahkûmiyet hükmünün istinaf mahkemesine denettirilememesiyle yoksun kalman bireysel menfaatin göz ardı edilmesini haklı kılacak niteliktedir. Diğer bir ifadeyle üst sını 3.000 TL dâhil adli para cezalarına ilişkin mahkûmiyet hükümlerine karşı istinaf yoluna başvurulmasındaki bireysel menfaatin belirlenen kamu yaran amacına feda edilebilir nitelikte olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.” Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2017/19906, T. 2.6.2020. Bir başka kararında da “belirli bir değerin altında kalan mal varlığı uyuşmazlığının konu edildiği davalara ilişkin ilk derece mahkemesi kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulamamasının davaların makul süre içinde sonuçlandırılması ve usul ekonomisinin sağlanması amacına ulaşma yönünden elverişli olduğu anlaşılmaktadır.” Anayasa Mahkemesi, E. 2022/135, para 34.

114 Broom (n 59) 145.; Veech ve Moon (n 2) 544.

115 Sabit olan verinin kriteridir. Parasal sınırda her yıl yeniden değerlendirme oranında artış yapılmakta ise de burada sabit olarak ekonomik veri kategorisi baz alınmıştır.

116 Daire sayısındaki artış bakımından yaptığı değerlendirmede Gözübüyük, bu değişikliklerin “geçici bir süre ile ferahlık yaratacağını” ileri sürmektedir. Şeref Gözübüyük, ‘Danıştay Kanununda Yapılan Değişiklikler’ (1960) 15 (1) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Dergisi, 239. Parasal sınırlarla beklenen sonuca ulaşamadığı ve “kalıcı bir çözüm tarzı teşkil etmediğinin kanıtı” olarak “değer artırımlarının periyodik bir hâl alması ve buna paralel olarak ... dairelerinin sayısının sürekli olarak artması” gösterilmektedir. Özbek (n 11) 68.

117 Akyıldız (n 85) 31.

ekonomisi ve yargıcın önemsiz işlerle uğraşmayacağı ilkesini işlevsel kılacaktır. Diğer taraftan kanun yollarına başvurunun sınırlandırılmasında ‘iş yükünün azalması’ yalnızca amaçlananlardan biri olabilir; ‘tek hedef’ olarak belirlenemez¹¹⁸. Kaldı ki 2024 yılı için istinaf bakımından öngörülen 31.000,00 TL 17.002,00 TL net geliri olan asgari ücretli bir çalışan için olgudan bağımsız bir değerlendirmede dahi önemsiz addedilemez.

3. Tek Yargıç Sınırı: “Basit İşler”

Parasal sınır öngörülen konularda biri de Kurul halinde görülecek davalara ilişkindir. Konusu belirli miktarın altında kalan uyuşmazlıklar¹¹⁹ tek hakimle görülür. “İdare tek, yargılama çok kişinin işi” şeklindeki ‘geleneksel’ anlayış¹²⁰, “adalet hizmetinin etkinliğinin artırılması”¹²¹ amacıyla değişikliğe uğramış ve idari yargılama hukukunda tek hâkim uygulaması yaygınlaşmıştır¹²². Yargılamanın hızlandırılması amacıyla bağlantılı olarak getirilen bu uygulama¹²³, kurul halinde çalışmanın yol açtığı iddia edilen “biçimsel zaman kayıpları(ndan)” kurtulma çabasının bir ürünüdür¹²⁴.

“Basit işlerin yargıcı” olarak görülen tek yargıç sisteminin “yargılama usullerinin basitleştirilmesi sonucunu doğur(acağı)” iddia edilmektedir¹²⁵. Parasal sınırların altında kalan uyuşmazlıklar doğrudan “basit işler” kategorisinde değerlendirilebilir mi?¹²⁶ Miktarı ‘önemsiz’ addedilen her

118 Yazar, “usul hukuku tekniklerine” başvurarak bu sonucun elde edilebileceğini dile getirmektedir. Akyıldız (n 85) 17, 19.

119 2576 sayılı Kanun, m. 7. Kanun’un Ek 1’inci maddesi uyarınca her yıl güncellenmektedir. 2024 yılı için bu miktar, 270.000,00 TL’dir. Ek 1’inci maddede yapılan değişiklikte de yine iş yükünün azaltılması gerekçesi ileri sürülmektedir. Bu sınırların vergi yargılaması üzerindeki etkileri için bkz. Ümit Süleyman Üstün, ‘Vergi Mahkemesinde Tek Hakimle Çözümlenecek Davalara İlişkin Sınırı Artıran Kanun Tasarısı Hükmünün Değerlendirilmesi’ (2012) 16(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 217-229.

120 *Napolyon’a atfedilen ifade ve değerlendirmeler için bkz. Hasan Nuri Yaşar, İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı İdari Yargıç Yargısal Emir* (Oniki Levha 2013) 67. Muhakeme hukukunun bir dalı olarak ceza muhakemesini incelediği eserde Kunter, “Hükümün Kolektif Verilişi” başlığı altında hükme birden fazla hâkimin katılmasını değerlendirmiştir. Kunter, heyet halinde görülen uyuşmazlıklarda “hakimler(in) başbaşa karar ver(diğini); “mütalaaların birbirini tamamlama(dığını)”, “ifrat ve tefritler(in) giderildiği(ni)”; hissi hareketlerin engellenerek subjektif menfaatlerin arka plana itildiğini belirterek “Neticede ortak hükme varılır. Bu ortak hükmün kıymeti, onu meydana getiren hükümlerin kıymetinden daha fazladır” şeklinde değerlendirmektedir. Bkz. Nurullah Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (9. Bası Yaylacılık Matbaası 1989), 40-41.

121 Mustafa Özbek, ‘Avrupa Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması için Öngörülen Tedbirler’ (2006) 55(1) AÜHFD 207-292. Uyuşmazlığın tek hakimle veya kurul halinde görülmesi, kanun yolu bakımından önem arz etmekte idi. Tek hakimle görülen uyuşmazlıklarda itiraz yoluna başvurulurken; kurul halinde verilen kararlara karşı temyiz kanun yoluna başvurulmakta idi. İstinaf sistemiyle birlikte kanun yollarında böyle ayrımın bir önemi kalmamıştır. Bkz. Üstün (n 119) 219. Buna karşın böylelikle de yaygınlaştırılmıştır.

122 Yaşar (n 120) 67.

123 Heyet halinde görülen davaların yargılamanın “yavaşlamasına neden olduğunun çok açık” olduğu dile getirilmektedir. Bkz. İbrahim Aliusta, ‘İdari Yargıda Yargılama Süresini Kısaltacak Önlem ve Öneriler’ 144. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (Danıştay Yayınları 2012), 144-45.

124 “İyi yargılamanın garantisi” olarak sunulan kurul halinde çalışma, farklı görüşlerin tartışıldığı bir ortam yaratarak böylelikle ‘tarafsız ve bağımsız yargı(ya)’ imkân tanımaktadır. Bununla birlikte kurul halinde çalışmanın “hukuk devletinin onsuz olmaz unsuru” olduğunun “kolaylıkla ispatlanamayacağı” belirtilmektedir. Bu çalışmada bu fonksiyonun işlevsel olup olmadığı tartışılmayacaktır. Bu konuda ifadeler ve değerlendirmeler için bkz. Yaşar (n 120) 69-73.

125 Ibid, 69.

126 Medeni Usul Hukukunda basit yargılama usulü “daha basit ve çabuk işleyen” ayrı bir yargılama usulüdür. Bkz. Kuru,

uyuşmazlık basit uyuşmazlık olarak nitelendirilebilir mi? Burada basitlik, usul ekonomisi ilkesinin bir unsuru olarak anlaşılmalıdır. Yargılama sürecinin komplike bir hal almasını engelleyen bir basitlikten söz edilebilir. Ancak uyuşmazlığın miktarı veya değeri, uyuşmazlığın ‘basit’ olup olmamasıyla ilgili değildir. Burada da ‘yargıç veya hukuk önemsiz işlerle ilgilenmez’ ilkesinin bir uzantısı olarak “kurul” halinde incelenmesinde ‘önemli’ değerlendirilmeyen miktarlar söz konusudur. Yine iş yükü gibi pratik mülahazalar yargılamanın etkinliğini artırma arayışında ‘önemsiz’ miktarlara galip gelmektedir.

4. Duruşma Sınırı

Diğerlerinden farklı olarak duruşma bakımından getirilen parasal sınırlar, ‘konusu paraya ilişkin uyuşmazlık’ ayırımına dayalı değildir. İlk derece mahkemesinde duruşma talebinde bulunulması halinde iptal davaları dışındaki uyuşmazlıklarda davanın konusu olan parasal miktar belirlenenin üzerinde ise mahkemenin takdir yetkisi kaldırılmış veya aksi halde mahkemeye takdir yetkisi tanınmıştır. Konusu paraya ilişkin olsa da iptal davaları bakımından parasal sınır aranmaksızın belirlenen süre içerisinde talep halinde; tam yargı davası ve vergi uyuşmazlıkları bakımından ise ancak belirli miktarın üzerindeki uyuşmazlıklarda¹²⁷ talep halinde duruşma yapılır¹²⁸. Belirlenen miktarın altında kalan uyuşmazlıklarda ise duruşma taleplerinin mahkemelerce kabulü zorunlu değildir.

Yazılı yargılama usulünün uygulandığı idari yargılama usulünde¹²⁹ duruşma “istisnai(dir)”¹³⁰. Yargılama sürecini “hızlandırıcı fonksiyonu”¹³¹ ve idari yargıda yazılı delil esası¹³² dikkate alınarak yazılı yargılama usulünün gerekliliği ve dayanağı vurgulanmaktadır. Ancak duruşma, “*davanın çözümünü geciktiren faydasız bir faaliyet değildir*”¹³³. Duruşmada taraflar mahkeme karşısında iddia ve savunmalarını arz ederek “kendilerince önemli noktaların” dikkatini çekerek yargıcın gözünden

858. Genel yargılama usulüne göre hızlandırılmış bu usul, literatürde İdari Yargılama Usulünde ivedi yargılama usulüyle karşılaştırılmaktadır. Bkz. Ramazan Çağlayan, ‘Fransız ve Türk İdari Yargılama Hukuklarında İvedi Yargılama Usulü’ (2014) 18(3-4) EÜHFD. Parasal sınırlar bakımından bahsi geçen ‘basitlik’ ise ayrı bir usul değildir; usul ekonomisi ilkesinin bir unsuru olarak yargılama sürecinin komplike hale getirilmemesi (veya getirmeyen uyuşmazlıklar) olarak anlaşılmalıdır.

127 Bkz. 2577 s. Kanun, m. 17. Kanun’un Ek 1’inci maddesi uyarınca her yıl güncellenmektedir. 2024 yılı için bu miktar, 270.000,00 TL’dir.

128 Bkz. 2577 s. Kanun, m. 17.

129 Bkz. 2577 s. Kanun, m. 1/ 2: “*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinde yazılı yargılama usulü uygulanır ve inceleme evrak üzerinde yapılır.*”

130 Turgut Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu (9. Baskı Yetkin 2022) 842.; Dilşad Yılmaz, ‘‘Usul Ekonomisi İlkesi’ Çerçevesinde Türk İdari Yargılama Usulünde Sözlülük İlkesine İlişkin Bazı Değerlendirmeler’ (2019) 23(2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 290.

131 Literatürdeki tartışmalar ve değerlendirmeler için Yılmaz (n 130) 290.

132 Gürsel Kaplan, ‘İdari Yargılama Hukukunda Sözlülük Usulü ve Tanık Dinlenebilmesi Hakkında Kısa Bir Değerlendirme’ 13 (13/1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 33-46.

133 Selçuk Hondu, ‘İdari Yargılama Usulünde ‘Duruşma’ Yapılması ve Uygulamadaki Durum’, Danıştay Dergisi, S.89, 1995, 16.

kaçırmış olabileceği hususları ortaya koymaktadır¹³⁴. Karara duyulan güveni artıracak,¹³⁵ taraflarla mahkeme arasında diyalog kanalıyla mahkemede “vicdani kanaat” oluşması bakımından duruşmanın önemli olduğu¹³⁶ belirtilmektedir¹³⁷.

“Aynı tür uyuşmazlıklarda” parasal sınırlarla duruşmanın mahkemenin takdirine bırakılması eleştiriye açıktır¹³⁸. Maddi vakaların aydınlatılmasında özellikle idari “eylemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda” ve “yaptırım içeren işlemlerde” yazılılık usulünün yaratacağı sakıncaya dikkat çekilmektedir¹³⁹. Diğer taraftan idarenin sorumluluğuna dayalı manevi zarar taleplerinde ‘zenginleşmeye yol açmayacak’ kıstası¹⁴⁰ sebebiyle düşük tutulan miktarlara ilişkin uyuşmazlıklarda manevi zararı ortaya koyacak yazılı delillerin yokluğu ve parasal sınırın altında kalan uyuşmazlıklarda duruşma taleplerinin mahkemelerce “reddi”¹⁴¹ eğilimi dikkate alındığında dava başvuru harcını “ödeyebilenin” dinlenebildiği bir yargılama sürecine yol açma tehlikesini barındırmaktadır. Bu durum, makro ölçekte “güçsüzlerin güçlüler karşısında mali ve ekonomik bakımdan yenik ve ezik düşmelerine ve toplumsal denge ve barışın da bundan olumsuz biçimde etkilenmesine yol açabilecektir”¹⁴².

B. İDARİ YARGININ İŞLEVİYLE SORGULANMASI

Makro ölçekte ise bu müesseselerin içinde bulunduğu yargılama usulünün işlevi ışığında parasal sınırlar irdelenmelidir. Parasal sınırların kökeninde yer alan *de minimis* ilkesi, özden ziyade biçimsel meselelerle ilgilenir. Maddi olmayana ilişkin olan bu biçimsel unsurlar kural olarak gerçek hukuka değil ideal hukuka ilişkindir¹⁴³. Maddi olan ve olmayanın yeterince ayırt edilememesiyle biçimsel meselelere “aşırı önem atfedilmiştir”¹⁴⁴. Halbuki bu ilke, kanunların adil şekilde uygulanmasına yardımcı olmak için tasarlanmıştır: Hükmün konusu ve yasanın *ratio legis* ışığında bu ilkeyi rehber

134 Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları C. III* (İsmail Akgün Matbaası 1966), 1939.; Hukuki dinlenilme hakkı bakımından değerlendirmeler için Müslüm Akıncı, ‘İdari Yargıda ‘Duruşma’ (2010) 49(5) Terazi Hukuk Dergisi 127-143.

135 Kaplan (n 132) 46.

136 Hondu (n 133) 16.

137 Nitekim yazılı yargılama modelinin ‘yumuşatılarak’ duruşma serbestisi tanınması önerilmektedir. Erkut (n 95) 247.

138 Yılmaz (n 130) 294.

139 Kaplan (n 132) 36.

140 Müzeyyen Eroğlu Durkal, ‘Tam Yargı Davalarında Manevi Tazminat’ (2017) 131 TBB Dergisi, 189. Nazım Taha Koçak, *Tam Yargı Davaları* (2. Baskı Seçkin 2022) 420.; Ahmet Emre Özdemir, *Danıştay Kararları Işığında Tam Yargı Davalarında Manevi Değer* (Seçkin 2021) 80-81.

141 Uygulamada parasal sınırın altında kalan uyuşmazlıklarda duruşma taleplerinin reddedildiği belirtilmektedir. Bkz. Memduh Ocak, ‘İdari Yargıda Duruşmanın Adil Yargılanma Hakkı Açısından İncelenmesi’ (2019) 145 TBB Dergisi, 357.

142 Parasal sınırlara ilişkin düzenlemenin anayasaya aykırılığı iddiasında karşı oy kullanan yargıç *Necdet Darıcioğlu*’nun görüşü için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 1985/23.

143 Yılmaz (n 4) 1923. Usul hukuku, “davanın açılmasından yargılama sürecinin sona ermesine kadar yargıcın yetkileri, tarafların savunma ve defileri, başvurulacak kanun yollarına ilişkin kuralları” içerir. Onur Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması*, Turhan, Ankara 2019, 730. Bu hukuka “biçimsellik” hâkim olup; “şekil kuralları” egemendir. Necip Bilge, Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, Sevinç Matbaası, 1-2, aktaran Yılmaz (n 73) 251.; Türkoğlu Üstün (n 66) 22.

144 Bu ise “hukuk sistemlerinin karakteristik bir kusuru” olarak değerlendirilmiştir. Bkz. Salmond (n 56) 476.

edinerek yargıç somut uyuşmazlığı değerlendirir¹⁴⁵. Böylelikle “adaletin zamanında tecellisine engel” olan gereksiz prosedürel ayrıntıları içeren boğan düzenlemelerin bertarafına imkân tanınmış olur¹⁴⁶.

Parasal sınırlara yer verilen yasal düzenlemelerle artık bu ilkenin uzantısı adeta ‘tunç’¹⁴⁷ halini almıştır. Yasa koyucunun açıkça zikrettiği husus, yargıç eliyle değiştirilemez¹⁴⁸. Öyle ki ‘verili’ olan bu kuralların yargılama usulüne ilişkin¹⁴⁹ ve kamu düzeninden¹⁵⁰ olduğu iddia edilmektedir. Parasal sınır düzenlemelerine ilişkin kararlarda Anayasa Mahkemesi, anayasaya uygun olmak koşuluyla usul kurallarına ilişkin düzenlemenin yasa koyucunun takdir yetkisinde olduğunu belirtmektedir¹⁵¹. Parasal sınırlar anayasaya uygun mudur? AYM’nin mezkûr kararlarında hükmün denetlenmesini talep hakkı, mahkemeye erişim hakkı, adil yargılanma hakkı gibi temel hak ve hürriyetler bağlamında anayasaya uygunluğu denetlenmiştir. Bununla birlikte idari yargı düzeni ve yargıcın yetkisi bağlamında bir inceleme yapılmamıştır. Bu sınırlandırma, idari yargının işlevi ve yargıcın rolü bakımından irdelenmelidir.

İdari yargı, idarenin “hukuka zorlanmasında en etkili araçtır”¹⁵². İdareyi hukuk sınırları içerisinde tutan ve ihlal edilen subjektif hakkın iadesini sağlayan “etkin bir denetim ve yaptırım mekanizması”

145 McKean (n 17) 441.

146 Ibid 443. Bu ilke, adil olmayan sonuçlara yol açarsa bir başka ilke olan “*cessante ratione legis cessat ipsa lex*” (“yasanın nedeni ortadan kalkarsa, yasa da ortadan kalkar”) ilkesi devreye girer. Ibid 430.

147 “Katılık ve yoğunlukları itibarıyla tunçlaşmış bir metinler alaşımı”. Roger Latournerie, çev. Yıldızhan Yayla, *Conseil d’Etat’in Yargılama Yöntemleri Üzerine Bir Deneme* (İÜSBF 1982) 135.

148 McKean (n 17) 442. Ancak Montesquieu’nun “yargıç kanunun dili olmalı” sözü, “robotlaşmış, otomatikleşmiş bir yargıcın varlığı için kullanıldığı kabul edilemez”: Yargıç kanunu uygulayarak ve yorumlararak yargılama işlevini yerine getirir. Ender Ethem Atay, ‘Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Uyarınca Yürütme Yargı Ayrılığı ve İdari Yargının Denetiminin Niteliği’ (2008) 140. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (Danıştay Yayınları) 146.

149 Yılmaz (n 4) 1923. Usul hukuku, “davanın açılmasından yargılama sürecinin sona ermesine kadar yargıcın yetkileri, tarafların savunma ve defileri, başvurulacak kanun yollarına ilişkin kuralları” içerir. Karahanogulları (n 143) 730. Bu hukuka “biçimsellik” hâkim olup; “şekil kuralları” egemendir. Necip Bilge, Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri* (Sevinç) 1-2, aktaran Yılmaz (n 74) 251.; Türkoğlu Üstün (n 66) 22.

150 Söyler ve Yılmaz (n 4) 2136.

151 Anayasa’nın 142. maddesi uyarınca “Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir.” Adli para cezasına ilişkin sulh ceza mahkemesince verilen kararın kesin olması sebebiyle hak arama hürriyetinin ihlal edildiği iddiasına ilişkin bireysel başvuruya konu olan kararında Anayasa Mahkemesi, temyiz kanun yoluna başvuru konusunda mezkûr düzenlemeye dayalı olarak “*usul kanunlarının anayasaya uygun olmak koşuluyla kanun koyucunun takdirinde olduğu(nu)*” belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi, B. 2012/799, 26.3.2013, para 9.; Hükmün denetlenmesini talep hakkının “*tabiatı itibarıyla devletin kanuni düzenleme yapmasını gerektirdiği*”, bu hakkın usul ve esaslarının belirlenmesinde “*kanun koyucunun geniş takdir yetkisi bulun(duğu)*” değerlendirilmiştir. Anayasa Mahkemesi, E. 2018/71 K. 2018/118, para. 15.; “Devlet, yargılamaların gereksiz yere uzamasını engelleyecek etkin çareler oluşturmak zorundadır. Bu bağlamda hukuk sisteminin ve özellikle yargılama usulünün, yargılamaların makul süre içerisinde bitirilmesini olanaklı kılacak şekilde düzenlenmesi ve davaların nedensiz olarak uzamasına yol açacak usul kurallarına yer verilmemesi, mahkemelerin nicelik ve nitelik bakımından yeterli miktarda insan kaynağı, araç ve gereçlerle donatılması makul sürede yargılanma ilkesinin bir gereğidir. Ancak bu amaçla alınacak kanuni tedbirlerin ve öngörülen çarelerin, yargılama sonucunda işin esasına yönelik adil ve hakkaniyete uygun bir karar verilmesine engel oluşturmaması gerektiği de tartışmasızdır. Bu ilkelere uygun olmak kaydıyla yargılama yöntemini belirlemek kanun koyucunun takdirindedir.” Anayasa Mahkemesi, E. 2013/4 K. 2013/35, 28.2.2013.

152 Karahanogulları (n 143) Önsöz.; Gözübüyük ve Tan (n 69) 284; Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı* (36. Baskı Turhan 2017) 141.; “... hukuk devletini gerçekleştirmenin en etkili araçlarından biri”, Kalabalık (n 68) 179.

sunmaktadır¹⁵³. “Ana” fonksiyonu, “*bireylerin hak ve özgürlüklerini idarenin hukuka aykırı ve keyfi işlemlerine karşı korumaktan ibarettir*”¹⁵⁴. İdari yargı müesseseleri de idari yargının amaç ve işlevleriyle değerlendirilmelidir¹⁵⁵. İptal davaları, somut uyuşmazlığı çözenin yanı sıra idarenin yargısal denetimini gerçekleştirmektedir¹⁵⁶. Tam yargı davalarında ise ihlal edilmiş hakkın “tazmini(ne)” karar verilir¹⁵⁷. Öğretide ikinci dava türünün yalnızca bir tazminat davası olmadığı; geniş anlamıyla zararın kaynağının hukuka uygunluğu araştırılarak “kamu hizmetindeki bozukluğu giderme amacı(nın)” da bulunduğu belirtilmektedir¹⁵⁸. Bir diğer ifadeyle münferit bir tam yargı davasının amacı kişisel hakkın korunmasına yönelik olabilir ise de¹⁵⁹ yargılamanın amacı hukuka aykırılığı tespit ederek hukuka uygunluğu temin etmektedir. Objektif ve subjektif dava nitelermelerinden bağımsız olarak bu davaların idareyi hukuk sınırları içerisinde tutma, kamu gücü karşısında zayıf durumda olan bireylerin haklarını koruma ve nihayetinde kamu yararını gerçekleştirme amacı bulunmaktadır¹⁶⁰.

İdari yargı, “*katı pozitif normlarda esneklik yaratarak*” bir “hakkaniyet yargılaması” gerçekleştirmektedir¹⁶¹. Parasal sınırlarla olağan kanun yollarına başvurunun engellenmesi veya yargılamanın kurul yerine tek hakimle yürütülmesi, yargısal kontrol ve denetim mekanizmasını ve nihayetinde idarenin hukuka uygunluk denetimini engellemekle birlikte menfi yönde

153 Celal Erkut, ‘İdari Yargıya Başvuru Haklarının Sınırı ve ‘İdari Dava’ların Kapsamı’ iç. 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu (11-12 Mayıs 2000) (Danıştay Yayınları 2000) 93.

154 Metin Günday, ‘1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları’ iç. I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi (Birinci Kitap: İdari Yargı) 1-4 Mayıs 1990 (Danıştay Yayınları 1991) 139.

155 Karahanoğulları (n 143) İdari Yargı 1.; “İdari rejimin ve idari yargının varlık sebebi, kamu gücüne ve idarenin tek yanlı iradesine dayanan işlem ve eylemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların bünyelerindeki özellik, bunlara uygulanacak kuralların aynı zamanda hem hukuki ve hem de teknik bir mahiyet arz etmesidir. İdari uyuşmazlıkların bu niteliği, İdari Yargılama Usulünde uygulanacak temel ilkeleri, Hukuk Yargılaması Usulünden farklılaştırmaktadır.” Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 2023/1387 K. 2023/3002, 7.12.2023.

156 Yıldırım ve Üstün (n 96) 19.; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 68) 182.; Karahanoğulları (n 143) İdari Yargı 3; Kaplan (n 68) 195; Zehreddin Aslan, ‘Madde 2’ iç. Zehreddin Aslan (ed) Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu (Seçkin 2023) 46.; Atay (n 68) 2023, 195. Hatta esas amacının uyuşmazlığın giderilmesinden ziyade işlemin hukuka uygunluğunu tespit etmek olduğu belirtilmektedir. Ender Ethem Atay, ‘İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Davasının Uygulanması’ 139. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (Danıştay Yayınları 2007) 29.; Benzer şekilde, “iptal davasında esas hukuki durumlarda husule gelen tesir hakkın ihlal edilip edilmediği değil, bir idari tasarrufun hukuk kaidelerine uygun ... olup olmadığı meseledir.” Onar (n 134) 1770.

157 Onar (n 134) 1769; Gözübüyük (n 154) 269.; Yıldırım ve Üstün (n 96) 36.

158 Karahanoğulları (n 143) 225.; İdareyi hukuk sınırları içerisinde tutan ve ihlal edilen subjektif hakkın iadesini sağlayan “etkin bir denetim ve yaptırım mekanizmasıdır” Erkut (n 153) 93.; Hukukun üstünlüğünü sağlayan bir dava türü olduğu hakkında bkz. Sait Güran, ‘Türk İdare Hukukunda Tam Yargı Davalarının Hedefi ve İşlevi’ iç. Yargı (1979) 40, 22.; “... tam yargı davaları da iptal davaları gibi idarenin hukuka uygunluğunu sağlayan hukuk devleti ilkesine hizmet eden vazgeçilmez davalar. (...) kişisel yarar yanında kamu yararına da hizmet eden davalar.” Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 68) 254-55. Tazminatı kimin alacağından bağımsız olarak “hukuka uygun olan idarenin ... yarar sağlayacağı”, tam yargı davasının objektif olduğuna ilişkin değerlendirme için bkz. Cüneyt Ozansoy, ‘İdarenin Kusurlu Sorumluluğundan Kusursuz Sorumluluğuna’ Ankara Barosu Hukuk Kurultayı (Ankara Barosu 2000) 386 <<https://ankarabarusu.org.tr/eyayin/kategori/2>> Erişim Tarihi 27 Ağustos 2024.; Kişilerin haklarını korumak ve idarenin yargısal denetimi gerçekleştirmekle “yargısal bir koruma şemsiyesi” sunar. Taner Ayanoğlu, ‘Yargısal Korunma İşlevi Bakımından Tam Yargı Davasının Niteliği’ iç. 135. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Sempozyumu (9 Mayıs 2003) (Danıştay Yayınları 2003) 63.

159 Yılmaz (n 73) 247.

160 Türkoğlu Üstün (n 66) 83.

161 P. Sandevior, 308, aktaran, Erkut (n 95) 67-68.

etkilemektedir. İş yükü ile yargılama giderlerinin artışına ve yargılama sürecinin uzamasına sebebiyet verebilecek ise de kanun yolunda ‘hataların düzeltilmesi(ne)’ fırsat verilerek “adil ve doğru kararlar verilebilme olasılığı(nın)” artırılmış ol(acağı)” dile getirilmektedir¹⁶². Kanun yollarında hataların düzeltilmesi,¹⁶³ tek yargıç uygulamasında da heyet halinde tartışma ortamının sağlayacağı zeminle hukuka uygun kararlar verilebilmesi ve duruşmada bilhassa yazılılık ilkesinin yaratacağı açmazlar giderilerek ‘doğru’ veya ‘daha doğru’ kararlar verilebilmesi sağlanabilir. Böylelikle hukuka uygunluk denetiminin daha kolay gerçekleştirilebilmesine imkân tanıyabilir. Nitekim öğretide idari yargının idarenin hukuka uygunluğunu denetleme ve temel hak ve hürriyetleri koruma işlevi dikkate alınarak parasal sınırların “eleştirilmesi gerektiği” dile getirilmektedir¹⁶⁴.

Yargıç, kamu gücüne sahip idareyle eşit konumda olmayan bireyin temel hak ve hürriyetlerini korumakla görevlidir ve aynı zamanda kamu hizmeti gerekleri ve kamu yararını tespit ederek “hukuk ötesinde bir yargılama işlevi(ni)” haizdir¹⁶⁵. Nihayetinde bu görevi hak ve yetkiler arasındaki – hukukun temelinde olan – zıtlıkları “adalet” değeri üzerinden uzlaştırmaya çalışarak ve öncelik belirleyerek yerine getirir¹⁶⁶. Böylelikle “teknik” gibi görünen “kavramların sabitliğini ham verilerle yumuşatır”¹⁶⁷. Halbuki parasal sınırlar, yargıcın yargılama üzerindeki yetkisini kısıtlayabilmektedir¹⁶⁸. *Latournerie*, yargıcın *de minimis* ilkesini bertaraf eden yaklaşımını şu ifadelerle ortaya koymaktadır:

“Kamu hukuku yargıcının muhakemeleri için ihtiyaç duyduğu soyutlamalara yükselmesi ancak en mütevazisinden en itibarlısına kadar her türden olaylara doğru sevgiye dayalı bir beğeni ile yeniden ve derhal inmesi kaydıyla. O, Roma Pretörünü ufak ayrıntılarla ilgilenmekten muaf tutan kuraldan kolayca sıyrılabilirdi. Bu yargıç daha çok ülkenin yüksek yararına yönelik en geniş bakış açıları, hâkimi her gün karşılaşılan ve ancak yüzeysel bir incelemenin ihmal edilebilir sayacağı ufak tefek özgürlükler ve uygulamaları dikkate

162 Yargılamanın iki dereceli olması üzerinden yapılan değerlendirme için bkz. Kaplan (n 68) 471.

163 Kamulaştırma bedelinin tespitine ilişkin karara karşı parasal sınır sebebiyle kanun yoluna başvurulmamasına ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun düzenlemesinin anayasaya aykırılığına ilişkin uyumsuzlukta Anyasa Mahkemesi bu hususu şu şekilde vurgulamaktadır: “...adil yargılanma hakkının davanın taraflarına sağladığı tüm usul güvencelerine uyulmuş olsa bile yargılama sonucunda verilen hükmün hatalı olması mümkündür. Diğer bir ifadeyle adil yargılanma hakkının güvencelerine riayet edilmiş olsa da hâkimin gerek maddi vakıaların değerlendirilmesinde gerekse hukuk kurallarının uygulanmasında yanlıya düşmesi ve buna bağlı olarak hukuka aykırı hüküm vermesi söz konusu olabilmektedir. Böyle kararlara ilgililerin veya toplumun katlanmasını istemek adaletle olan güveni sarsar ve hukuk devletini zedeler. Bu nedenle hak arama özgürlüğünden yararlanılabilmesi bakımından adil ve isabetli olmadığı düşünülen bir hükmün başka bir yargı mercii tarafından denetlenmesi bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Anayasa açısından bu gereklilik, özel olarak düzenlenen hak arama özgürlüğünün kapsamı ve mahiyetinden kaynaklanmaktadır” Anayasa Mahkemesi, E.2021/34 K.2022/21, 24.4.2022, para.13.; Benzer ifadeler için Anayasa Mahkemesi, E. 2018/71 K. 2018/118, 27.12.2018.

164 Aydınoglu (n 99) 402. Bir diğer görüşe göre ise bir adım geri giderek parasal sınırlar konusunda dava türleri bakımından bir ayırım öngörülmektedir: Tüm yargı davalarında ölçülülük ilkesine uygun olarak olağan kanun yollarında parasal sınırların belirlenmesini engelleyen anayasal hükmün bulunmadığı; iptal davaları bakımından ise parasal ayırım yapılmaksızın davanın konusu dikkate alınarak belirlenmesi gerektiği dile getirilmektedir. Söyler ve Yılmaz (n 4) 2135, dpnt 3.

165 Erkut (n 95) 70-92.

166 Latournerie (n 147) 155-56.

167 Ibid 159.

168 Bu bağlamda duruşma bakımından bir sınırlandırma olmadığı; aksine yargıcın yetkisini artırdığı söylenebilir.

*almaktan alıkoyamayacağı düşüncesindedir. O, hiçbir zaman en yüksek makamların imzalarını taşıyan kararnamelerden doğan uyumsuzluklarla her türlü yerden ... çekişmeleri hep aynı özenle hükme bağlamakla vakar ve haysiyetini ortaya koyduğu duygusuna kapılmaz.*¹⁶⁹

De minimis ilkesinin kamu yargıcı bakımından geçerli olmadığı bu sözlerle ifade edilmiştir. Benzer şekilde de minimis ilkesinin yalnızca özel hukuka ilişkin meselelerde uygulama alanı bulacağı da belirtilmektedir¹⁷⁰. Buna göre *anayasal haklar* (bilhassa mülkiyet hakkı), *topluluk davaları*, *ceza hukuku alanına ilişkin meseleler*, *idari düzenlemeler* bu ilkenin uygulanmayacağı uyumsuzluklar arasında sayılmaktadır¹⁷¹. Öğretide de parasal sınır veya ekonomik önem kıstası ayrımı yapılmaksızın temel hak ve hürriyetlere müdahale niteliğindeki eylem ve işlemlere karşı kanun yoluna başvurulması gerekliliği dile getirilmektedir¹⁷². AYM de bilhassa ceza yargılamasına ilişkin uyumsuzluklarda kanun yollarının sınırlandırılması bağlamında *ipso iure* başvurmaktadır¹⁷³.

İdari yargının işlevi ışığında yargıcın uyumsuzluk üzerindeki rolünü sınırlandıran bu düzenlemeler kaldırılabilir veya *de minimis non curat praetor/ lex* gibi ilkeler yasal düzenlemelerde "usul ilkeleri" olarak düzenlenerek yargıcın yargılama usulündeki yetkisi genişletilebilir¹⁷⁴.

SONUÇ

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda düzenlenen müesseselerde ekonomik verilere başvurulmaktadır¹⁷⁵. Bu çalışmanın konusu, kanun koyucu tarafından doğrudan belirlenen parasal sınırlardır. "Bütün

169 Latournerie (n 147) 1654-165.

170 State v. Brown, 458 A.2d 165, 169 (N.J. Super. Ct. Law Div. 1983), aktaran J. Nemerofsky, 'What Is a "Trifle" Anyway?' (2001) 37(2) Gonzaga Law Review, 334.

171 Ibid.

172 Akyıldız, temyiz kanun yoluna tabi uyumsuzluklarda ekonomik önem kıstasının dikkate alındığını; halbuki temel hak ve hürriyetlere müdahale niteliğindeki eylem ve işlemlerin "*hukuk devleti açısından en az ... sayılanlar kadar önemli olabil(eceğini)*" belirtmektedir. Akyıldız (n 85) 30. Üstün ise temel hak ve hürriyetlere müdahalenin dayanağı düzenleyici işlem ise veya dayanağı olan düzenleyici işlemin de iptalinin talep edildiği hallerde yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabileceğini belirtmektedir. Üstün (n 99) 13-38.

173 Yüksek Mahkeme, "*hak bireyin temel hak ve özgürlüklerine daha ağır müdahalelerin söz konusu olduğu ceza hukuku alanında daha geniş bir uygulama alanı bulurken diğer alanlarda daha esnek uygulanabilecektir.*" Anayasa Mahkemesi, E. 2018/71, para. 18.; Anayasa Mahkemesi, E. 2020/21, para. 23.

174 Yargıç Taft'ın yargıcın yetkilerini sınırlandırılması bağlamında usule ilişkin yasal düzenlemelerin kaldırılması ve usul ilkelerinin belirlenmesini önermektedir. McKean, Virginia Eyaleti'nde mahkemelerin çalışma usul ve esaslarına ilişkin Virginia Yasası'ndaki (*The Code of 1924*) düzenlemeyi örnek göstererek "esaslı adaletin sağlanmadığı" veya " tarafların adil yargılama hakkına sahip olmadığı" durumlarda yargıca kararı bozma yetkisinin tanındığına dikkat çekmektedir. McKean (n 17) 444. Parasal sınırlar usul kuralı ise, burada usul kurallarının katı yorumlanmaması ilkesi uygulanabilir mi? Kanunda açıkça yer verilen bu miktarlarda yargıca hareket edebileceği bir esneklik bırakılmış görünmemektedir. Öztekin de Alman Usul Kanunu'ndan "*hukuki iş ilke önemini haiz ise veya istinaf mahkemesince verilen hüküm yüksek dereceli mahkemelerin bir kararından sapmayı ifade ediyor ve bu sapmaya dayanıyorsa*" temyiz kanun yolunun açık olacağına ilişkin düzenlemeyi örnek göstermektedir. Öztekin (n 11) 66. Benzer şekilde Broom da miktar düşük de olsa kararda maddi veya hukuki olguların değerlendirilmesinde hataya düşülmesi halinde kanun yollarına başvurabileceğini belirtmektedir. Broom (n 59).

175 Kanun yoluna başvuruda, duruşmada ve tek hakimle görülen uyumsuzluklarda aranan parasal sınırların yanı sıra temyiz incelemesine tabi sayılı uyumsuzluklarda da "ekonomik önem kıstası" (Bkz. Akyıldız (n 85) 30); benzer şekilde ivedi

*hukukçuların neden sorusuyla ilgilenmesi gereken bir zaman gelir*¹⁷⁶ cümlesinden hareketle, bu çalışmada sınırların kökeninde yer alan yargıcın veya hukukun önemsiz işlerle ilgilenmeyeceği ilkesi sorgulanmıştır.

Bu ilke, esasında uyumsuzluğun önem derecesini tayin etmemektedir. Bu ilkeye yargının “*mikrometre hassasiyetinde matematiksel doğruluk talep (ederek)*” adaletin gecikmesini engellemek¹⁷⁷ ve hukukun keskin köşe taşlarının törpülenmesi¹⁷⁸ amacıyla başvurulmaktadır. Biçimsel unsurların maddi olan seviyesine çıkartılması sonucunda zamanla evrilen mahiyetiyle *kolaylıkla vazgeçilebilir, katlanılması gereken, hukukten göz ardı edilebilen, kabullenilmesi hayatın bir gerçeği olan zarar* kıstasları getirilmiş ve önemsiz addedilen ayrıntılar parasal sınırlara dönüşmüştür. Böylelikle yargılama usulü müesseselerinin kapsamı dışına çıkarılmıştır. Halbuki olgusal verileri dışlayan salt parasal sınıra bağlı bir değerlendirme “*özü savsaklamak olur*”¹⁷⁹. Buna rağmen adeta tek bir ‘doğru’ kanunlarda ‘sabit’ kılınarak yargılama usullerine başvuru hakkı veya doğrudan tanınan haklar sınırlandırılmaktadır.

Bu ‘kasıtlı’ müdahaleyle önemsiz olanın muğlaklığından yararlanarak gerekçe vurgulanmakta ve öncelenmektedir: Usul Ekonomisi İlkesi. Yargılama sürecinin basit ve ucuz hale getirilerek iş yükünün hafifletilmesi ve böylelikle yargılama sürecinin makul sürede sonuçlandırılması hedeflenenlerden yalnız biri olmalı iken kimi müesseselerde doğrudan kimi müesseselerde dolaylı olarak temel hedef halini almıştır. Bu çalışmada bu husus eleştirilerek; bu eleştirilerden ‘*çıkış noktası*’ olarak *mikro ölçekte* sınırlama öngören kuralın ilişkin olduğu yargılama müessesinin bu sınır getirilirken ileri sürülen amacı ve *makro ölçekte* ise idari yargının fonksiyonu ışığında parasal sınırlar meselesi tartışılmıştır. Bu bağlamda temyiz incelemesinde ‘*iċtihat mahkemesi rolünün güçlendirilmesi*’ gerekçesiyle salt iş yüküne bağlı bir yaklaşımla getirilen parasal sınırların buna yönelik getirilen emniyet supabındaki tartışmalar ışığında etkinliği dahi tereddüt doğururken; istinaf incelemesinde bu sınırların uyumsuzlukların kaynağı azaltılmadan geçici bir rahatlama sağlamak dışında bir amaca hizmet etmeyeceği iddia edilebilir. “Çok kişinin işi olması beklenen yargılama(nın)”¹⁸⁰ miktara dayalı ‘basit işler’ sınıflandırmasıyla aksine tek yargıçlı olması, önemsiz ve basit işler kategorilerinin belirsizliği sebebiyle eleştiriye açıktır. Son olarak duruşma taleplerinin kabulünde yalnızca miktara bağlı bir değerlendirme duruşmanın amacı ve işleviyle bağdaşmamaktadır.

İdari yargının işlevi dikkate alındığında bu aracın giderek amaçsallaştırılması tartışmaya açıktır. Bu çalışmada nihayetinde müstakil olarak yargılama müesseseleri ve bütüncül olarak idari yargının işlevi ışığında ‘önemsiz’ veya ‘daha az önemli’ görülen parasal sınırlar kategorisi yıkılmaya çalışılmıştır.

yargılama usulüne tabi uyumsuzlukların da “ekonomik boyutu” dikkate alınmaktadır. Bkz. Mine Kasapoğlu Turhan, ‘İdari Yargıda İvedi Yargılama Usulü’ (2015) 3 Ankara Barosu Dergisi 192.

176 Edvard Morgan, ‘De minimis non curat lex: A Profound Juridical Unity?’ (2018) 20(3) Ecclesiastical Law Journal 261.

177 McKean (n 17) 429-430.

178 Veech ve Moon (n 2) 543.

179 Anayasa Mahkemesi, E. 1985/23.

180 Yaşar (n 120) 67.

KAYNAKÇA

- Açımız B, *İdari Yargılama Hukukunda Olağan Kanun Yollarına Başvurunun Sınırlanması* (Adalet 2023).
- Akıllıoğlu T, ‘İdare Hukukunun Ortaya Çıkışı Konusunda Bir Karşılaştırma’ (2012) 15(2) İHİD 171-194.
- Akıncı M, ‘İdari Yargıda ‘Duruşma’ (2010) 49(5) Terazı Hukuk Dergisi 127-143.
- Akkaya T, *Medeni Usul Hukukunda İstinaf* (Yetkin 2009).
- Akyıldız A, ‘İstinafa İlkesel Bakmak’ iç. 147. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (12 Mayıs 2015) (Danıştay Başkanlığı Yayınları 2015).
- Akyılmaz B,
- Sezginer M, Kaya C, *Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku* (Savaş 2019).
- Alangoya Y, ‘Kanun yolunun Anayasal Temeli ve HUMK 427 hükmü ile Kanun yolu Kapatılmış Olan Kararlara Karşı Kanun yoluna Müracaat İmkânı’ iç. 75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2004) 17-48.
- Arat N, ‘Madde 45 – 46’ iç. Zehreddin Aslan (ed) *Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu* (3. Baskı Seçkin 2023).
- Aslan Z, ‘Madde 2’, iç. Zehreddin Aslan (ed) *Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu* (3. Baskı Seçkin 2023).
- Atay E E, *İdari Yargılama Hukuku* (Seçkin 2022).
- İdari Yargılama Hukuku* (Seçkin 2023).
- ‘İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Davasının Uygulanması’ iç. 139. yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (Danıştay Yayınları 2007).
- ‘Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Uyarınca Yürütme Yargı Ayrılığı ve İdari Yargının Denetiminin Niteliği’ iç. 140. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (12 Mayıs 2008) (Danıştay Yayınları 2008).
- Avcı M, ‘İdari Yargıda İstinaf’ (2011) 96 TBB Dergisi 179-203.
- Ayanoğlu T, ‘Yargısal Korunma İşlevi Bakımından Tam Yargı Davasının Niteliği’ iç. 135. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Sempozyumu (9 Mayıs 2003) (Danıştay Yayınları 2003).
- Aydinoğlu Z N, ‘İstinaf Kanun Yolunun İdari Yargılama Usulüne Başlıca Etkileri’ (2018) 34(9) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 387-423.
- Bilgin H, *Bölge İdare Mahkemelerinin Kesin Kararları Arasındaki İçtihat Farklılıkları* (Seçkin 2021).
- Black Law
- Dictionary, <<https://thelawdictionary.org/de-minimis-non-cnrat-lex/>> Erişim Tarihi 02 Ağustos 2024.
- Blackstone’s
- Commentaries, *The Right of Things, II. Kitap*, <https://avalon.law.yale.edu/18th_century/blackstone_bk2ch16.asp> Erişim Tarihi 02 Ağustos 2024.
- Boom W H V, ‘De Minimis Curat Praetor. Redress for Dispersed Trifle Losses’ (2009) 4 Journal of Comparative Law 171-185.
- Boz S S, Tetik A T,
- Bölükbaşı M O,
- Nacak M, *Türk İdari Yargılama Hukukunda Temyiz* (Adalet 2021).
- Broom H, *Selection of Legal Maxims* (T. & J. W. Johnson & Co 1874).
- Caenegem R C V, ‘Modernity of Medieval Law’ (2000) 8(1) European Review 37 – 53. DOI:<https://doi.org/10.1017/S106.279.8700004531>
- Candan T, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu* (9. Baskı Yetkin 2022).

- Cin E, 'Danıştay Kararları Işığında İdari Yorum' (2024) 12(1) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 790.
- Çağlayan R,
- Çınarlı S, *Türk İdari Yargılama Hukuku Dersleri* (Astana 2018).
- Çağlayan R, *İdari Yargılama Hukuku* (15. Baskı Seçkin 2023).
- Çakrak R, İldeş S, 'Kamu Hukuku ve Özel Hukuk Açısından Dürüstlük Kuralı ve Uygulama Alanı' (2014) 2(2) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 47-76.
- Çetin İ, 'Medeni Usul Hukukunda Usul Ekonomisi' 78 Sayıştay Dergisi 81-109.
- Çıtak H A, *İdare Hukukunun İçtihadı Karakteri* (Onikilevha 2020).
- Danelius F, 'De Maximis Non Curat Praetor or Judicial Review: The Hague Court in a Time of Transition' 5 Asian Yearbook of International Law 3-13.
- Doğan Z P, *Bireysel Başvuru Usulünde Önemli Zarar Ölçütü* (On İkilevha 2021).
- Duran L, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu* (TODAİE 1974).
- Durkal M E, 'Tam Yargı Davalarında Manevi Tazminat' (2017) 131 TBB Dergisi 179-210.
- Erkut C, 'İdari Yargıya Başvuru Haklarının Sınırı ve 'İdari Dava'ların Kapsamı' iç. 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu. (11-12 Mayıs 2000) (Danıştay Yayınları 2000).
- 'İdari Yargı Birinci Oturum' iç. S Ağar, O Güzel, M Çaptuğ (edr) *İdari Yargılama Usulü Kanununun 30. Yılında İdari Yargı Sempozyumu* (Ankara Barosu 2013) <<http://kutuphane.ankarabarusu.org.tr/cgi-bin/koha/opac-retrieve-file.pl?id=c07bc79a5a520e9dbd1c2e927c2bf88c>> Erişim Tarihi 28 Ağustos 2024.
- Kamu Kudreti Ayrıcılıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı* (Yenilik 2004).
- Faure M. G. F. W, 'Dispersed losses in tort law An economic analysis' (2015) 6(2) Journal of European Tort Law 163-196 <<https://doi.org/10.1515/jetl-2015-0012>> Erişim Tarihi 28 Ağustos 2024.
- Gözübüyük Ş,
- Tan T, *İdare Hukuku II İdari Yargılama Hukuku* (Turhan 2022).
- Gözübüyük Ş, *Yönetmelik Yargı* (36 Baskı Turhan 2017).
- 'Danıştay Kanununda Yapılan Değişiklikler' (1960) 15(1) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 239-248.
- Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları* (38. Baskı Turhan 2016).
- Güler M, 'İçtihat Aykırılıklarının Giderilmesinde Önleyici ve Giderici Mekanizmaların Güçlendirilmesi' iç. 151. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Sempozyumu (10 Mayıs 2019), (Danıştay Yayınları 2019) 181-191.
- Günday M, '1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları' iç. 1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi (Birinci Kitap: İdari Yargı) (1-4 Mayıs 1990) (Danıştay Yayınları 1991)139-48.
- Gündüz F E,
- Gündüz H, 'Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hükmün Denetlenmesini Talep Etme Hakkı' (2022) 49(13) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 1-28.
- Güran S, 'Türk İdare Hukukunda Tam Yargı Davalarının Hedefi ve İşlevi' (1979) 10 Yargı 40.
- Hasoğlu A, *Türk İdari Yargılama Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi* (Seçkin 2024).
- Hondu S, 'İdari Yargılama Usulünde 'Duruşma' Yapılması ve Uygulamadaki Durum' (1995) 89 Danıştay Dergisi 2-16.
- Karahanogulları O, *İdari Yargı İdaresinin Hukuka Zorlanması* (Turhan 2019).
- İdaresinin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler* (Güncelleştirilmiş 3. Baskı Turhan 2015).
- Kalabalık H, *İdari Yargılama Hukuku* (17. Baskı Seçkin 2024).
- Kaplan G, *İdari Yargılama Hukuku* (3. Baskı Ekin 2018).

- ‘İdari Yargılama Hukukunda Sözlülük Usulü ve Tanık Dinlenebilmesi Hakkında Kısa Bir Değerlendirme’ 13(1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 33-46.
- Koçak N T, *Tam Yargı Davaları* (2. Baskı Seçkin 2022).
- Kunter N, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (9. Bası Yayıncılık Matbaası 1989).
- Kuru B, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku* (Legal 2016).
- Latournerie R, çev. Y Yayla, *Conseil d’Etat’ın Yargılama Yöntemleri Üzerine Bir Deneme* (İÜSBF Yayınları 1982).
- McKean Jr,
- Frederick G, ‘De Minimis Non Curat Lex’ (1927) 75 University of Pennsylvania Law Review 429 https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol75/iss5/3.
- Merhacı S Ö,
- Erkan V, ‘Anglo-Amerikan Hukukundan Kıta Avrupası Hukukuna. Özel Hukukta De Minimis Kuralı’ (2018) 9(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 49-70.
- Morgan E, ‘De minimis non curat lex: A Profound Juridical Unity?’ (2018) 20(3) Ecclesiastical Law Journal 261-277.
- Nemerofsky J, ‘What Is a ‘Trifle’ Anyway?’ (2001) 37(2) Gonzaga Law Review 315-341.
- Ocak M, ‘İdari Yargıda Duruşmanın Adil Yargılanma Hakkı Açısından İncelenmesi’ (2019) 145 TBB Dergisi 349-367.
- Onar S S, *İdare Hukukunun Umumi Esasları C I* (İsmail Akgün Matbaası 1966).
- İdare Hukukunun Umumi Esasları C III* (İsmail Akgün Matbaası 1966).
- Oğuzman M K,
- Barlas N, *Medeni Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar* (27. Baskı Oniki Levha 2021).
- Ozansoy C, ‘İdarenin Kusurlu Sorumluluğundan Kusursuz Sorumluluğuna’ iç. Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000 <<https://ankarabarusu.org.tr/eyayin/kategori/2>> Erişim Tarihi 27 Ağustos 2024.
- Ökçesiz H, ‘Yargıtay’ın İş Yükünün Hafifletilmesinin Bir Aracı olarak HUMK’un 427. Maddesi Üzerine’ (1987) Hukuk Araştırmaları Dergisi 75-79.
- Önüt L B, *İdari Yargılama Hukukunda Adil Yargılanma İlkesi Çerçevesinde Grup Dava Uygulaması* (Seçkin 2018).
- Özdemir A E, *Danıştay Kararları Işığında Tam Yargı Davalarında Manevi Değer* (Seçkin 2021).
- Öztek S, ‘HUMK m.427’deki Kesinlik Sınırının Temyiz Kanun Yolunun Amacı Bakımından Değerlendirilmesi ve Anayasa Mahkemesinin 20.1.1986 Tarihli Kararı’ (1987) Hukuk Araştırmaları Dergisi 62-74.
- Rechberger W. H, çev. M. Kamil Yıldırım ‘Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması’ iç. Kamil Yıldırım (ed) *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku* (Beta 2016).
- Rüzgaresen C, *Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi* (Yetkin 2013)
- Sağlam F, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü* (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgileri Fakültesi Yayınları 1982) <<https://dspace.ankara.edu.tr/items/ca4ffec8-07ca-40a3-86d0-fdb3c6f124c6>> Erişim Tarihi 30 Ağustos 2024.
- Salmond J W, *Jurisprudence* (Ballytine Press 1920).
- Sancakdar O, Önüt L B, *İdari Yargılama Hukuku Genel Esaslar* (5. Baskı Seçkin 2023).
- Sancakdar O, ‘İdari Yargı İstinaf Sistemindeki Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri’ iç. 148. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (Danıştay Yayınları 2016) 29-115.
- ‘İdari Yargılama Usulünde İvedi Yargılama ve Grup Davaları’ iç. 146. Yıl Sempozyumu Danıştay ve İdari Yargı Günü (12 Mayıs 2014) (Danıştay Yayınları 2014).

- ‘Özelleştirmenin Kamu Hukuku-Özel Hukuk Ayırımına Etkileri ve Bu Bağlamda Özelleştirme Tartışmalarında Başlıca Görüşler’ (2016) 8(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 241-270.
- Sezginer M, ‘İdari Yargıda İçtihat Aykırılıkların Giderilmesinde Danıştay’ın İçtihat Mahkemesi Rolünün Önemi’ iç. 151. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Sempozyumu (10 Mayıs 2019) (Danıştay Yayınları) 167-181.
- ‘İdari Yargılama Hukukunda Yargılamanın Hızlandırılması Tartışmaları ve ‘Grup Dava’ Uygulaması’ iç. 146. Yılı Sempozyumu Danıştay ve İdari Yargı Günü (12 Mayıs 2014) (Danıştay Yayınları).
- Sevinç E, ‘İdari Yargılama Hukukunda Kanun Yoluna Başvuru Hakkının Anayasal Güvenceye Sahip Olması Bakımından Ele Alınması’ (2020) 24(3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 421-445.
- Söyler Y, Yılmaz M, ‘Temyiz Kanun yolunda Uygulanan Parasal Sınırın Her Yıl Artırılmasının Görülmekte Olan İdari Davalara Etkisi’ (2021) 29(3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2131-2168.
- Ulusoy A D, ‘İdari Yargıda Temyiz Parasal Sınırı Hakkındaki Anayasa Mahkemesi İptal Kararının Değerlendirilmesi’ (2024) 157 Danıştay Dergisi 9-34.
- Uyar T, ‘Yargıtay Kararlarında ‘Dürüstlük Kuralı’ ve ‘Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı’ Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 439-465.
- Ünlüçay M R, ‘Birinci Oturum Açılış Konuşması’ iç. 147. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (Danıştay Yayınları 2015) 7-9.
- Üstün G, ‘İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Üzerine Bir Değerlendirme’ (2016) 22(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 13-38.
- Üstün, K. T, *İdari Yargılama Usulüne Hâkim Olan İlkeler* (Seçkin 2019).
- Veech, M L,
- Moon C R, ‘De Minimis Non Curat Lex’ (1947) 45(5) Michigan Law Review 537-570.
- Yaşar H N, *İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı İdari Yargıç Yargısal Emir* (Oniki Levha 2013).
- Yıldırım T,
- Üstün G, *Açıklamalı Notlu İdari Yargılama Usulü Kanunu* (2. Baskı On İki Levha 2023).
- Üstün Ü S, ‘Vergi Mahkemesinde Tek Hakimle Çözümlenecek Davalara İlişkin Sınırı Artıran Kanun Tasarısı Hükümünün Değerlendirilmesi’ (2012) 16(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 217-229.
- Yıldırım T, ‘İdari Yargıda İçtihat Farklılıkları ve Çözüm Önerileri’ iç. 149. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (Danıştay Yayınları 2017).
- Yıldırım R, ‘Türkiye’de İstinaf Uygulamasının İdari Yargıya Etkileri’ iç. 147. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (Danıştay Yayınları 2015).
- Yıldız H, ‘Mahkemeye Erişim Hakkı Kapsamında İdari Yargıda Parasal Sınırların Değerlendirilmesi’ (2023) 168 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 199-226.
- Yılmaz D, ‘‘Usul Ekonomisi İlkesi’ Çerçevesinde Türk İdari Yargılama Usulünde Sözlülük İlkesine İlişkin Bazı Değerlendirmeler’ (2019) 23(2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 267-320.
- Yılmaz S, ‘İdari Yargıda ‘Parasal Sınırlar’ın Konu ve Zaman Bakımından Uygulanması Sorunu’ (2023) 72(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1905-2006.
- Yılmaz E, ‘Hukuk Davalarında Yasa Yollarına Başvuru Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlandırılışının Yerindeliği Sorunu’ 1988(1) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 131-155.
- ‘Usul Ekonomisi’ (2008) 57(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 243-274.

Trafik Kurallarına Aykırılık Sonucunda Ortaya Çıkan Suçlarda Bilinçli Taksir Kabul Edilmesi Meselesi*

The Question of Whether Negligence is Conscious in Offences Arising from Breaching Traffic Rules of Law

Özlem ÇELİK BAŞBOZKURT** 

ÖZ

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ile belirlenen trafik kuralları, kişilerin can güvenliğini korumaya yönelik kurallardır. Bu kurallara aykırı hareket edilmesi sonucunda meydana gelebilecek trafik kazalarında, bir kimsenin yaralanması veya ölmesi söz konusu olabilmektedir. Bu neticeler bakımından sürücünün sorumluluğunun yani ceza hukuku açısından manevi unsurunun belirlenmesi gerekli ve önemlidir. Her ne kadar kasten bir kimsenin üzerine araba sürülerek öldürülmesi ve yaralanması mümkün olsa da bu olaylarda akla gelen ilk manevi unsur, taksirdir. Taksirli suçun oluşabilmesi için belirli unsurların bir arada meydana gelmesi aranmaktadır. Bunlardan esaslı olanlar kişinin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması ve neticenin öngörülebilir olmasıdır. Dikkat ve özen yükümlülüğü, korunan hukuki değerın zarar görmesini engellemeye yönelik toplumsal ortak tecrübelerden veya yazılı hukuk kurallarından oluşan kurallar bütünüdür. Yazılı bir hukuk kuralının ihlali aynı zamanda dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali anlamına da gelmektedir. Neticenin öngörülebilir bir netice olması ise taksiri kaza ve tesadüften ayıran faille benzer özellikleri olan kişiler tarafından neticenin tahmin edilebilir olması anlamına gelir. Bu iki unsurun varlığı taksirin varlığını gösterir. Ancak öngörülebilir neticenin fail tarafından öngörülüp öngörülmediği ayrıca önemlidir. Çünkü bilinçli taksirin oluşması için her ne kadar netice fail tarafından istenirse de fail tarafından somut olayda öngörülmüş olması gerekir. Hukuk düzeni tarafından düzenlenmiş ve muhatabı olan kişi tarafından bilinen yazılı bir hukuk kuralının varlığı ortaya çıkan neticenin öngörülebilir bir netice olduğunu göstermektedir. Bu noktada öngörülebilir bu netice, bilinçli taksirin kabulü için yeterli midir sorusu ortaya çıkmaktadır. Yargıtay kararları ile daha da tartışılmalı hale gelen bu soruya çalışma ile cevap verilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Taksir, Bilinçli taksir, Özel taksir, Yazılı hukuk kurallarına aykırılık, öngörülebilirlik, Trafik kazası.

* Bu çalışma 3. Selçuk Hukuk Kongresi'nde (5-7 Şubat 2024) "Yazılı Hukuk Kurallarına Uymama Sonucunda Ortaya Çıkan Suçlarda Taksirin Bilinçli Olup Olmadığı Meselesi" başlığı altında Özet Bildiri şeklinde sunulan ve yayımlanan çalışmanın genişletilmiş ve güncellenmiş halidir.

** Öğr. Gör. Dr. Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi, Güvenlik Bilimleri Fakültesi, Hukuk Bilimleri Bölümü, ocelikbasbozkurt@gmail.com, ORCID: 0000-0002-0821-6944.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Özlem ÇELİK BAŞBOZKURT

E-posta/E-mail: ocelikbasbozkurt@gmail.com

Geliş Tarihi/Received: 15.08.2024

Kabul Tarihi/Accepted: 09.12.2024

How to cite this article/Atuf için: Özlem ÇELİK BAŞBOZKURT, 'Trafik Kurallarına Aykırılık Sonucunda Ortaya Çıkan Suçlarda Bilinçli Taksir Kabul Edilmesi Meselesi' (2024) 30(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 684-725. DOI: 10.33433/maruhad.1533580

ABSTRACT

Traffic rules determined by the Highway Traffic Law No. 2918 are rules aimed at protecting people's life safety. A traffic accident that may occur as a result of acting contrary to these rules may result in injury or death of a person. In terms of these consequences, it is necessary and important to determine the moral element of the driver's responsibility. Although it is possible for a person to be killed or injured by deliberately driving a car over them, the first moral element that comes to mind in these incidents is negligence. Certain elements must occur for a crime of negligence to occur. However, the essential elements of negligence are the person's violation of the duty of care and attention and the foreseeability of the outcome. The duty of care and attention is a set of rules consisting of common social experiences or written legal rules aimed at preventing the damage to the protected legal value. The violation of traffic rules that occurs in the form of a violation of a written legal rule means a violation of the duty of care and attention. The fact that the result is a foreseeable result means that the result can be predicted by people who have similar characteristics to the perpetrator, which distinguishes negligence from accident and coincidence. The existence of these two elements indicates the existence of negligence. However, it is also important whether the foreseeable result was foreseen by the perpetrator. Because, in order for conscious negligence to occur, although the result is not desired by the perpetrator, it must be foreseen by the perpetrator in the concrete event. Despite the existence of a written rule of law regulated by the legal system and known by the person to whom it is addressed, the person shows that the result is a foreseeable result. At this point, the question arises as to whether this foreseeable result is sufficient for the acceptance of conscious negligence. This question, which has become even more controversial with the decisions of the Supreme Court, will be tried to be answered with this study.

Keywords: Negligence, Conscious negligence, Special negligence, Violation of traffic legal rules, foreseeability, Traffic accident.

GİRİŞ

Taksir, Türk Ceza Hukuku sisteminde, suçun manevi unsurlarından biri olup Türk Ceza Kanunu 22'de düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre; taksir, *“dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmemekle gerçekleştirilmesidir.”* Bu tanım basit, bir diğer adıyla bilinçsiz taksire ait olup, hükmün 3. fıkrasında; *“Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır”* düzenlemesine yer verilmek suretiyle taksirin bir diğer çeşidi olan bilinçli taksir, düzenleme altına alınmıştır. İstisnai bir sorumluluk olarak benimsenmiş olan taksirin oluşması için doktrinde ve Yargıtay kararlarında *“Taksirle işlenen bir suçun olması; dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali, hareketin iradi olması; sonucun istenmemesi ancak öngörülebilir olması; hareket ile sonuç arasında nedensellik bağının bulunması”* unsurlarının olması gerektiği belirtilmiştir. Bu unsurlardan dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali ve öngörülebilirlik, çalışma konumuz açısından iki önemli unsurdur.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda düzenlenen trafik kurallarına aykırılık halinde trafikte ölüm veya yaralamayla neticelenen kazalar olabilmektedir. Bu durumda öldürme ve yaralama neticeleri bakımından kişinin işlemiş olduğu suçun manevi unsurunun belirlenmesi önem taşımaktadır. Bu fiillerin, doğrudan kastla işlenmesi mümkün olmakla birlikte Yargıtay kararlarına konu olan olaylarda sorumluluğun genellikle olası kast, bilinçli veya basit taksir ekseninde tartışıldığı

görülmektedir. Çalışma konumuz bağlamında olası kasta ilişkin tartışmalar kapsam dışı bırakılacak olmakla birlikte Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarda gerçekleşen eylemin basit taksir mi yoksa bilinçli taksir mi olduğu konusundaki tespitlerine yer verilecek, tartışmalı noktalar ele alınacaktır.

Trafik kuralına aykırılık sonucunda ölüm veya yaralamaya neden olunması durumunda failin yazılı bir kuralı ihlal ettiği ve dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalinin olduğu açıktır. Ancak bilinçli taksir bağlamında failin neticeyi öngörüp öngörmediği değerlendirmesinin de bundan etkilendiği görülmektedir. Yargıtay kararlarında alkollü araç kullanılması, hız limitinin aşılması, şerit ihlalinin yapılması gibi trafik kurallarına aykırılık halinde genellikle bilinçli taksir yönünde karar verme eğilimi olduğu görülmektedir. Bu bağlamda kanaatimizce dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali ile neticenin fail tarafından öngörülmüş olması unsurları birbirine karıştırılmaktadır. Bu kararlarda en büyük eksiklik failin neticeyi somut olay sırasında sübjektif olarak öngörüp öngörmediğinin değerlendirilmemesi ve matbu ve benzer ifadelerle bilinçli taksirle suçun işlendiğinin kabul edilmesidir. Yargıtay'ın bu kabulü objektif sorumluluğa yol açması bakımından önemli tehlikeleri içinde barındırmaktadır. Bu çalışma ile Yargıtay kararları esas alınmak suretiyle trafik kurallarına aykırılık halinde failin basit taksirden mi bilinçli taksirden mi sorumluluğun doğacağı tartışılacaktır. Bu bağlamda öncelikle taksir kavramı genel olarak ele alınacak ardından trafik kurallarının ihlali ve taksirli sorumluluk bağlantısı ve son olarak da trafik kurallarına aykırılık sonucunda ortaya çıkan olaylar Yargıtay kararları ekseninde ele alınacaktır.

I. TAKSİR

A. TAKSİR KAVRAMI VE UNSURLARI

Taksir, TCK'da kasten sorumluluk yanında istisnai olarak dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali olarak benimsenmiş bir manevi unsur türüdür¹⁻². Bu bağlamda taksirin esasını ortak tecrübeler ve hukuk kuralları tarafından yüklenen objektif özen yükümlülüğünün ihlali oluşturmaktadır. Taksirli davranış ancak bir özen yükümlülüğünü ihlal ettiği zaman faile isnat edilebilecektir³. Çünkü taksirin cezalandırılmasının nedeni, uyulduğu takdirde belli hukuki değerlerin ihlal edilmesini engelleyecek kuralların ihlal edilmesidir⁴.

1 5237 sayılı TCK m. 22: 1) Taksirle işlene fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır. 2) Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeden gerçekleşmesidir. 3) Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır; bu halde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır. 4) Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek ceza failin kusuruna göre belirlenir. 5) Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir.

2 Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023) 189 ve 191. 5237 sayılı TCK'da taksir kavramı için ayrıca bkz Elvan Keçelioğlu, *Taksirli Suçun Doğmatığı* (Turhan Kitabevi, 2015) 18 vd.

3 Koca ve Üzülmüş (n 2) 186.

4 Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, 'Taksirli Suçların Teorik Yapısı ve Bu Bağlamda İş Kazalarından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğa İlişkin Değerlendirmeler' (2020) (64) Adalet Dergisi 239, 241. Doktrinde taksirin esasının açıklayan görüşler ayrıca tartışma konusu yapılmış olup çalışma konumuz kapsamında bu tartışmalara girmeyeceğiz. Ancak bu konudaki

Taksir istisnai bir sorumluluk türü olduğundan yapılan eylem ve ortaya çıkan netice açısından belirli unsurları taşıması gerekmektedir. Doktrin⁵ ve Yargıtay kararlarına⁶ baktığımızda taksirli davranışın taşıması gereken unsurlar şu şekilde sayılmıştır: “*Taksirle işlenen bir suçun olması; hareketin iradi olması ancak neticenin istenmemiş olması; hareket ile sonuç arasında nedensellik bağının bulunması; dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlal edilmiş olması; neticenin öngörülebilir olması*”.

Kişinin taksirli sorumluluğuna gidilebilmesi bakımından eylemin belirtilen bu unsurların tamamını taşıması gerekmekte olup her bir unsurun somut olayda ayrıca tespit edilmesi önemlidir.

Öncelikle taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır (TCK m. 22/1). Bu nedenle kanunlarda eylemin taksirli halinin cezalandırılacağı düzenlenmemiş ise eylemin cezalandırılması mümkün değildir. Taksirli işlenen suçlar ise TCK’da sınırlı şekilde sayılmıştır. Bunlara örnek olarak; taksirle öldürme (TCK m. 85), taksirle yaralama (TCK m. 89), taksirli iflas (TCK m. 162), genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması (TCK m. 171), trafik güvenliğini taksirle tehlikeye sokma (TCK m. 180) suçları verilebilir.

Taksirin bir diğer unsuru olan hareketin iradi olması ancak neticenin istenmemiş olması, taksiri kastan ayıran temel unsurdur. Ceza hukukunda hareketin iradi olması, temel kuraldır. Bu nedenle taksirli suçlarda da hareket iradi olmalıdır. Yalnızca taksirli suçlarda netice failin irade ettiği netice değildir. Fail iradi hareketine rağmen neticeyi istememektedir. Kişi, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak, amaçlamadığı ancak kanunda suç olarak düzenlenmiş neticeyi meydana getirmektedir⁷.

Taksirli sorumluluk için gerekli bir diğer unsur, istenmeyen netice ile failin hareketi arasında bir nedensellik bağı bulunmasıdır. Nedensellik bağı da iradi hareket gibi ceza hukukunda sorumluluk için gerekli unsurlardan biridir. Taksirli suçlarda nedensellik bağının tespiti açısından önemli olan neticenin dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalinin sonucu ortaya çıkmasıdır⁸.

tartışmalar için bkz Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 2* (14. Baskı, Der Yayıncılık 2019) 500 vd; Kayıhan İçel, *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk*, (Cezaevi Matbaası, 1967) 135 vd; Mehmet Emin Artuk ve diğerleri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Adalet Yayınevi 2013) 325 vd; Tahir Hami Topaç, *Türk Hukukunda Taksir* (Adalet Yayınevi 2013) 33 vd; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (8. Baskı, Yetkin Yayınları 2018) 445 vd; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75* (4. Baskı, Beta Yayınları 2015) 255 vd; Mehmet Saydam ve Nurten Öztürk, ‘Türk Ceza Kanunu Bakımından Taksir’ (2015) (23) TAAD Dergisi 135, 139 vd.

- 5 Unsurar ve unsurlara ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz Veli Özer Özbeke ve diğerleri, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023) 497; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023) 419; Cengiz Apaydın, *Ceza Hukukunda Doğrudan Kast, Olası Kast, Basit Taksir ve Bilinçli Taksir Kavramları*, (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 224 vd. İçel (n 4) 135 vd. Saydam ve Öztürk (n 4) 142; Cengiz Topel Çiftçiöğlu, ‘Türk Ceza Kanunu’nda Taksir’ (2013) (3) Ankara Barosu Dergisi 315, 324 vd; Seydi Kaymaz ve Hasan Tahsin Gökcan, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları*, (Seçkin Yayıncılık 2006) 90 vd; Dönmezer ve Erman (n 4) 510 vd; Artuk ve diğerleri (n 4) 333 vd; Topaç (n 4) 55 vd; Berrin Akbulut, *Türk Ceza Hukuku Temel Bilgiler* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020) 185; Muhammed Demirel, *Taksirli Suç* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2024) 124; Serap Kaygusuz, Yargıtay Uygulamaları Kapsamında Taksirle Öldürme, *Taksirle Yaralama, Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçları* (3. Baskı, Adalet Yayınevi 2022) 30 vd; Koca ve Üzülmöz (n 2) 200. Koca ve Üzülmöz; objektif olarak emredilen özen yükümlülüğünün taksirin unsurlarını 3’e ayırmışlardır: “*Bunlar; objektif olarak emredilen özen yükümlülüğünün (icrai veya ihmali) bir davranışla ihlal edilmesi, özene aykırı davranışın neticeye sebebiyet vermesi (taksirli netice suçlarında) ve neticenin faile objektif isnat edilebilirliğinden ibarettir.*” Koca ve Üzülmöz (n 2), 200.

- 6 YCGK E 2017/12-836 K 2021/648, 16.12.2021. Erişim: uyap.gov.tr Erişim Tarihi: 29.07.2024.

- 7 Artuk ve diğerleri (n 4) 324; Demirbaş (n 5) 421.

- 8 Koca ve Üzülmöz (n 2) 213. Keçeliöğlu (n 2) 117 vd; Dönmezer ve Erman (n 4) 512 vd.

Dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali unsurunun ise, aşağıda ayrıntılı incelenecek olmakla birlikte, taksirli suçlar için kurucu unsur olduğu öncelikle belirtilmelidir⁹. Çünkü taksirli suçlarda, netice özene aykırı davranış sonucunda meydana gelmelidir¹⁰. Keza taksirin esasını ortak tecrübelerden doğan kurallardan kaynaklı özen yükümlülüğünün ihlali ve hukuk kurallarına aykırılık oluşturmaktadır¹¹.

Son olarak; yine aşağıda ayrıntılı incelenecek olan, neticenin öngörülebilirlik unsuru ise, hukuk kuralları veya ortak tecrübeler tarafından emredilen özene uyulduğunda tipikliğin gerçekleşmesinin somut olarak tahmin edilebileceği ve dolayısıyla bundan kaçınılabileceği anlamına gelmektedir¹². Netice öngörülebilir değilse, bu neticeyi doğurabilecek hareketten kaçınma, hiç kimseden makul olarak istenemeyeceği için sorumluluk da doğmayacaktır. Bu durumda, kaza ve tesadüfün bulunduğu kabul edilmektedir¹³. Bu nedenle de bu unsur, taksiri kaza ve tesadüften ayırır.

Sonuç olarak bu unsurların varlığı halinde taksirli suçun oluştuğu kabul edilmektedir. Bu unsurlarından birinin eksik olması halinde ise kişinin taksirli sorumluluğuna dahi gidilemeyecektir.

1. Dikkat ve Özen Yükümlülüğüne Aykırılık

Taksir, birtakım kuralların ihlal edilmesinden doğar¹⁴. Bu nedenle bu unsur taksirli suçlar için kurucu unsur¹⁵ olup taksirli suçların ifade ettiği haksızlığın ihlali anlamına gelir¹⁶. Zira taksirle işlenen suçlarda haksızlık korunan hukuki değere ilişkin yükümlülüğe aykırı bir davranışta bulunmak şeklinde ortaya çıkmaktadır¹⁷. Bu bakımdan dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık söz konusu

9 Murat Volkan Dülger, *Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Cilt* (Seçkin Yayıncılık 2023) 490; Koca ve Üzülmüş, 'İş Kazaları' (n 4) 255.

10 Koca ve Üzülmüş (n 2) 213.

11 Dülger (n 9) 480. Taksirli suçlarda dikkat ve özen yükümlülüğü Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında şu şekilde ifade edilmiştir: "Toplumsal yaşamda belli faaliyetlerde bulunan kimselerin başkalarına zarar vermemek için birtakım önlemler alma ve bazı davranış kurallarına uyma zorunlulukları bulunmaktadır. Bu kurallar toplum olarak yaşama mecburiyetinden doğabileceği gibi, Devletin müdahalesiyle de ortaya çıkabilmektedir. Taksirli suç, bu kuralların ihlal edilmesi sonucu belirlemekte, fail; dikkatli, tedbirli ve öngörülü davranmamış olduğu için cezalandırılmaktadır. Bu bakımdan sorumluluğun nedeni, öngörülebilirlik ve ödevinin varlığına rağmen, sonucu iradi bir hareketle neden olmaktan kaynaklanmaktadır. Taksirle gerçekleştirilen bazı eylemlerin suç olarak tanımlanıp cezai yaptırıma bağlanmasıyla, insanların gittikçe yoğunlaşan ve karmaşık hale gelen toplum hayatı içinde daha dikkatle davranmalarının temin edilmesi amaçlanmaktadır. Kanun ve ortak hayat tecrübesinin sonucu olarak kendisine toplum tarafından yüklenen dikkat ve özen görevini ihlal eden ve hareketiyle öngörülebilir zararlı neticeye sebep olan kişinin taksirle işlenen suçlar ilişkili cezai sorumluluğu benimsenmiş, fakat taksirden söz edebilmek için de kanuni tarife uygun fiilin işlenebileceğinin öngörülme imkanının mevcut olması aranmıştır." YCGK E 2018/12-135 K 2020/317 25.06.2020 Aktaran: Kaygusuz (n 5) 32.

12 Koca ve Üzülmüş (n 2) 214; Demirbaş (n 5) 422.

13 Apaydın (n 5) 233; Dönmezer ve Erman (n 4) 517; Özbek ve diğerleri (n 5) 500.

14 Dönmezer ve Erman (n 4) 508. Bu kuralları ilgili alanda faaliyet gösteren kişileri zararlı neticelerden kaçınmaları için var olan asgari kurallar olup her bir faaliyet alanı bakımından ayrı ayrı belirlenmek durumundadır. Koray Doğan ve Serkan Meraklı, *Trafik Ceza Hukuku* (4. Baskı, Seçkin Yayınları 2024) 84.

15 Dülger (n 9) 490; Koca ve Üzülmüş, 'İş Kazaları' (n 4) 255.

16 İzzet Özgenç, 'Kast-Taksir Kombinasyonları' (1998) 6 (1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan) 345, 348; Koca ve Üzülmüş (n 2) 202. Bu noktada belirtilmelidir ki 5237 sayılı Kanundaki hukuk kuralları tarafından öngörülen dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali 765 sayılı Kanundaki nizamla riayetsizliği karşılarken, ortak deneyimlere dayanan dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali ise tedbirsizlik, dikkatsizlik ve acemiliğin karşılığı olmaktadır. Ahmet Gökçen, 'Taksirle Ölüme Sebep Verme (m. 85)' (2018) 4 (7) Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 21, 25. 765 sayılı Kanuna ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. İçel (n 5) 197 vd.

17 Özgenç, 'Kast-Taksir Kombinasyonları' (n 16) 348.

değilse kural olarak sorumluluk da doğmayacaktır¹⁸⁻¹⁹. Çünkü TCK m. 22’de neticeye neden olan her davranış değil dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil eden davranışların taksirli suçlarda fiil özelliği taşıyacağı belirtilmiştir. Bu nedenle de taksirli suçlarda davranışın hem ontik hem de normatif yönü bulunmaktadır²⁰.

Taksirli suça neden olan kurallar bazen belirli somut bir davranışı emreder ve davranışın gerçekleştirilmemesi taksire vücut verir. Bazen ise daha genel nitelikte kurallardan oluşup ortak yaşamın getirdiği zorunluluklardan doğarlar²¹. Bu çerçevede dikkat ve özen yükümlülüğünün kaynağı, bir toplumsal kabulden kaynaklanabileceği gibi; (kazılan bir kuyunun çevresinde önlem alınacağı, işlek bir caddede pencereden aşağı bir şey atılamayacağı gibi.) yazılı bir hukuk kuralından da (Trafik Kanunu, Maden Kanunu, İmar Kanunu vb.) kaynaklanabilir. Bu bağlamda bir başkasının sağlığı, hayatı veya malvarlığı ile ilgili ortak tecrübe kuralları ve kanun veya diğer pozitif hukuk düzenlemeleriyle getirilen kurallar olarak ikiye ayrılmaktadır²². Burada önemli olan husus, dikkat ve özen yükümlülüğünün mutlaka bir hukuki değerle bağlantılı olarak ortaya çıkmasıdır²³. Bir

18 Burada “güven ilkesini”ni hatırlatmakta yarar vardır. Güven ilkesi, “İşbölümü ve sorumluluk bölüşümü içinde yürütülen faaliyetlerden doğabilecek zararlardan faaliyete katılan farklı kişilerin taksirli ceza sorumluluğu konusunda öncelikli başvuru ilke”dir. Tuğrul Katoğlu, ‘Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu’ (2007) (68) TBB Dergisi 29, 30. Belirtmek gerekir ki, bu ilke, ekip halinde bir faaliyet olmamakla birlikte öncelikle trafik kazaları bakımından uygulanmış ve sürücülerin diğer sürücülerin ortaya çıkabilecek neticeleri önlemeye yönelik kurallara uygun davranacağı yönünde duydukları güvene sonuç bağlanması açısından düşünülmüştür. Katoğlu (n 18) 31. Bu bağlamda trafikte de dikkat ve özen yükümlülüğüne uyulmasına rağmen bir netice meydana gelmişse güven ilkesi geçerli olacaktır. Buna göre dikkat ve özen yükümlülüğüne uyarak hareket eden kişi, o sırada somut olaya katılan diğer kimsenin de kurala uygun davranacağına güven duyduğunda, kurala uymayan kişinin meydana getirdiği tehlike veya zarar açısından dikkat ve özen yükümlülüğüne uymadığı ileri sürülemez. Hasan Tahsin Gökcan, ‘Ceza Hukukunda Güven İlkesi ve Trafik ve Tıp Hukukunda Uygulanması’ (2012) 38 (1-2) Yargıtay Dergisi 5, 14; Doğan ve Meraklı (n 14) 86-87. Güven ilkesinin genel geçer şekilde uygulanmasının ortaya çıkarabileceği sorunlar nedeniyle bazı istisnalar barındırdığını söylemek gerekir. Eğer kişi başkalarının hukuka uygun davranmadığını öngörebiliyorsa güven prensibi geçerli olmayacaktır. Örneğin küçük çocukların trafikte bulunduğu görülüyorsa bu çocukların hukuka aykırı davranacakları önceden hesap edilerek özen yükümlülüğü içinde ele alınmalıdır. Yine sürücü diğer kimsenin geçiş üstünlüğünü dikkate almadığını fark etmişse güven prensibine dayanamayacaktır. Trafikte güven prensibine ilişkin bu ve diğer açıklamalar için bkz Keçelioğlu (n 2) 94 vd.

19 Dikkat ve Özen yükümlülüğü kavramına ve unsuruna ilişkin tartışmalar için bkz Demirel (n 5) 127 vd.

20 Koca ve Üzülmüş (n 2) 193.

21 Haluk Toroslu, ‘Bilinçli Taksir Üzerine Bir Değerlendirme’, (2016) (126) TBB Dergisi 96, 99.

22 Koca ve Üzülmüş (n 2) 204-205; Apaydın (n 5) 227; Zafer (n 5) 259 vd; Özbek ve diğerleri (n 5) 503; Keçelioğlu (n 2) 76. Bu konuda ayrıca Özbek ve diğerleri bu noktada taksirin şekilleri konusunda 765 sayılı TCK döneminde yapılan açıklamaların geçerliliğini korumaya devam ettiğini, bu bağlamda taksirin tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek ve sanatta acemilik, nizamata evamir ve talimatlara riayetsizlik şeklinde ortaya çıkabileceğini belirtmiştir. Ayrıca yazarlara göre; ihtiyatsızlık, basiretsizlik, üşengeçlik gibi haller de taksir biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır. Özbek ve diğerleri (n 5) 503-504. Benzer şekilde Demirbaşı göre; 765 s. TCK’daki “meslek ve sanatta acemilik” ve nizamata, emirlere ve talimatlara riayetsizlik” şekillerinin yeni Kanunda yer almaması eksiklik olmakla birlikte bu taksir şekilleri de “dikkat ve özen yükümlülüğünün” ihlali kapsamında değerlendirilebilecektir. Demirbaşı (n 5) 428. 5237 sayılı Yine Gökçen’e göre kanunlardaki hukuk kuralları tarafından öngörülen dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali 765 sayılı Kanundaki nizamata riayetsizliği karşılarken, ortak deneyimlere dayanan dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali ise tedbirsizlik, dikkatsizlik ve acemiliğin karşılığı olmaktadır. Gökçen (n 16) 25. Demirel, dikkat ve özen yükümlülüğünün kaynağı uzun tecrübeler sonucunda elde edilen birikimle yetkili merciler tarafından öngörülen yazılı hukuk kuralı ise “davranış normları”, bir bütün olarak “özen normları” şeklinde adlandırıldığını aktarmıştır. Bunlar yanında da tecrübe ve deneyimler sonucu oluşan teamüllerin de özenin kaynağı olabileceğini ayrıca belirtmiştir. Demirel (n 5) 726-727.

23 Özgenç, ‘Kast-Taksir Kombinasyonları’ (n 16) 348; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (19. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023) 261.

diğer ifade ile eğer bir dikkat ve özen yükümlülüğü varsa bir kimsenin hukuki değerinin korunması için vardır. Çünkü bireyin uymakla yükümlü olduğu dikkat ve özen kuralları zaman içinde tekrar edilen öngörülebilirlik yargılarının somutlaşmış halidir. Dolayısıyla olumsuz neticeleri önlemek için var olan davranış kuralları belirli tecrübelerden doğar. Bu bakımdan bu kurallar bir yandan belirli bir davranışın yol açmasının mümkün olduğu sonuçları gösterirken, bir yandan da bu sonuçları engellemek veya hukuki menfaatin zarar görmesini ihtimalini kabul edilebilir sınırlar içinde tutmak için alınması gerekli tedbirlerin neler olduğunu ortaya koyar²⁴. Bu nedenle de dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali objektif olarak değerlendirmeye alınır. Bu değerlendirmeler belirli bir kişiden bağımsız olarak, soyut gereklilik yargısı bağlamında²⁵, faaliyet gösterilen alanda geçerli olan ortak tecrübeler, bilimsel ve teknik bilgiler dikkate alınarak yapılmaktadır²⁶. Yani dikkat özen ve yükümlülüğünün ihlalinin belirlenmesinde failin bilgi birikimi, zekası, tecrübesi gibi kişisel özellikleri dikkate alınmaz²⁷. Bu bağlamda failin kişisel özellikleri ve somut olayda hangi özeni gösterdiğine bakılmaksızın genel olarak gerekli özen değerlendirilmektedir. Bu açıdan ortak tecrübeler bakımından makul ve tedbirli ortalama bir insan dikkate alınmakta ve onun tercih edeceği davranış, özenli olarak kabul edilmektedir. Yazılı hukuk kuralları olduğunda ise söz konusu kuralın yüklediği davranış kişiden beklenen özenli davranış olmaktadır. TCK m. 22'e göre de taksirde dikkate ve özen yükümlülüğünün belirlenmesinde objektif kriter dikkate alınmıştır²⁸. TCK m. 22'nin gerekçesinde de, "*dikkat ve özen yükümlülüğünün belirlenmesinde failin kişisel yetenekleri göz önünde bulundurulmaksızın, objektif esastan hareket edilir.*" ifadesine açıkça yer verilmiştir.

Dikkat ve özen yükümlülüğüne uyulup uyulmadığı, neticenin meydana geldiği alan mevcut bir pozitif hukuk kuralı ile düzenlenmişse öncelikle buna göre, böyle bir kural yok ise fail bir mesleğe mensup ise bu mesleğin ortak tecrübelerine ya da mesleki kurallara göre; fail söz konusu eylem ile bağlantı içinde herhangi bir mesleğe sahip değilse toplumda geçerli olan ortak yaşam tecrübeleri dikkate alınarak tespit edilmelidir²⁹.

Dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalinin bir şekli olan toplumsal ortak tecrübelerle baktığımızda bu kurallar bireylere çeşitli davranışlar bakımından bir neticenin gerçekleşmesine engel olabilecek tedbirleri alma konusunda dikkat ve özen gösterme görevi yüklemektedir. Bir başka ifadeyle başkasının sağlığı ve hayatı ile ilgili olarak ortak yaşamın gerekli kıldığı genel özenin gösterilmesi kişilerden beklenmektedir³⁰.

Belli hukuki değerleri korumaya yönelik hukuki düzenlemeler ise dikkat ve özen yükümlülüğünün bir diğer kaynağını oluşturmakta ve dikkat ve özen yükümlülüğünün hangi somut tedbirleri gerektirdiği, pozitif hukuk metinlerine yansımış yükümlülükler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir

24 Toroslu (n 21) 99.

25 Özgenç (n 23) 262.

26 Gökcan (n 16) 29; Kaygusuz (n 5) 35; Dikkat ve özen yükümlülüğünün belirlenmesinde kullanılan objektif, sübjektif ve karma ölçüt hakkında bilgi için bkz Zafer (n 5) 261.

27 ibid 29; Kaymaz ve Gökcan (n 5) 95.

28 Koca ve Üzülmaz (n 2) 207-208.

29 Fatih Birtek, 'Tıbbi Uygulama Hataları Bakımından Taksir-Bilinçli Taksir Ayrımı' (2015) 10(1) ERÜHFHD 63. 89.

30 Artuk ve diğerleri (n 4) 347.

başka ifade ile kişilerin hayatını ve vücut bütünlüğünü korumaya yönelik davranış kuralları aynı zamanda kişiler bakımından bu hukuki değerleri korumaya yönelik dikkat ve özen yükümlülüğünü ifade etmektedir³¹. Genelde de herkesten istenen ortalama özen yükümlülüğünün daha çok hukuk kuralları ile belirtildiği görülmektedir³². Dikkat ve özen yükümlülüğü yükleyen bu hukuk kuralları zararlı neticeyi önleyen davranışı önceden belirleyen önleyici nitelik taşımaktadırlar³³.

Yaşamın birçok alanında karşımıza çıkan ancak hepsinden önemlisi trafik hukuku alanındaki hukuki düzenlemelerde bu bağlamda soyut tehlike yasaklarını yürürlüğe sokmakta ve bunların ihlali izin verilmeyen bir riskin gerçekleşmesi anlamında gelmektedir³⁴. Bu bakımdan 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda belirlenmiş olan trafik kuralları, kişilerin hayatına ve vücut bütünlüğüne yönelik dikkat ve özen yükümlülüğünü ifade etmektedir. Karayolu trafiğinde alınması gerekli tedbirler bu Kanun ve bu Kanuna istinaden çıkarılmış olan Yönetmelikle açıkça belirlenmiştir³⁵. Bu kurallar trafik kazalarını önleyerek cana ve mala gelecek zararları önleme amacı taşır ve bu neticelerin ortaya çıkmaması için sürücünün davranış biçimini belirler. Yani trafik kuralında belirtilmiş davranışa uygun hareket aslında özenli olan davranıştır³⁶.

Taksirde, dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalinin yazılı bir hukuk kuralının ihlalinin kaynaklanması doktrinde “*özel taksir*” olarak ifade edilmiştir³⁷. Yazılı bir hukuk kuralının ihlal edilmesi halinde dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranıldığı açık bir şekilde kendini göstermektedir. Bu nedenle yazılı bir hukuk kuralının ihlal edilmesi taksir karanesi³⁸ bakımından tartışılmıştır. Bu tartışmaya neden olan esas durum ise yazılı bir hukuk kuralının ihlali halinde taksirin bir diğer unsuru olan öngörülebilirliğin varlığının da doğrudan kabul edilmesidir. Hatta bir adım ileri gidilerek yazılı hukuk kuralına aykırılık halinin bilinçli taksirde failin neticeyi öngörmüş olması anlamına geldiği şeklinde kabul edilmesi bu durumu daha tartışmalı hale getirmektedir. Bu nedenlerle dikkat ve özen yükümlülüğünün yazılı bir hukuk kuralından kaynaklandığı haller, dikkat ve özen yükümlülüğü ve öngörülebilirlik unsurları açısından doktrinde ayrıca ele alınmıştır.

31 Özgenç (n 23) 262.

32 Koca ve Üzülmüş (n 2) 209.

33 Keza doktrinde önleyici nitelikteki bu hukuk kuralları, eğer yasaklanan davranış herhangi değerlendirmeye fırsat bırakmayacak şekilde açık düzenlenmiş ise *kati önleyici normlar*, somut şartlara göre belirlenebilecek olan davranış şekillerine işaret etmekte ise *esnek normlar* olarak adlandırılmıştır. Zafer (n 5) 262 vd; Cengiz Apaydın, ‘Taksirli Suçlarda Kusurun Belirlenmesi ve Güven İlkesi’ (2016) 11(124) Terazi Hukuk Dergisi 76, 78.

34 Keçelioğlu (n 2) 78.

35 Özgenç (n 23) 263. Aynı şekilde 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, 3194 sayılı İmar Kanunu, 4708 sayılı Yapı Denetim Hakkında Kanun ve 3213 sayılı Maden Kanunu, dikkat ve özen yükümlülüğü yükleyen başka pozitif hukuki düzenlemeler olarak örnek verilebilir. Bu düzenlemelerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz Özgenç (n 23) 263 vd.

36 Apaydın, ‘Taksirli Suçlarda Kusun Belirlenmesi’ (n 33) 78.

37 Zeki Hafizoğulları ve Muhtar Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12. Baskı, USA Yayınları 2019) 272; Toroslu (n 21) 114. Özel taksir kavramı aşağıda taksir çeşitleri altında ayrı bir başlık altında incelenecektir.

38 Taksir karanesi “*kişinin kanun tarafından yasaklanan davranış bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiğinin kabul edilmesi anlamına gelir*”. Bu tanım dışında İtalyan doktrininde taksir karanesi hakkında çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Taksir karanesi ve İtalyan doktrinindeki görüşler için bkz Mustafa Özen, *Ceza Hukukunda Taksir*, (Adalet Yayınevi 2011) 122 vd.

Artuk ve diğerleri'ne göre; bir mesleği icra edebilmek için ruhsat, diploma vs. almak şeklinde ortaya çıkan ruhsat kurallarına aykırılık taksire karine teşkil etmez. Bu bakımdan örneğin ehliyetsiz araç kullanan şoförün yayanın kusuru sonucu zararlı bir neticeye sebep olması halinde ehliyetinin bulunmaması onun taksirli hareket ettiğini göstermez. Ancak toplumsal hayatta ortaya çıkabilecek belli bir tehlikeyi gidermeye yönelik hukuk kurallarına aykırılık ise taksire karine teşkil eder. Örneğin trafikteki işaretlere uymayan sürücü dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ettiğinden – taksirin diğer koşulları da oluşmuşsa – taksirden sorumludur denilebilecektir³⁹.

Soyaslan'a göre; yetkili makam tarafından konulan kurallara aykırı davranılması tek başına dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalini oluşturmaktadır. Yazara göre esasen taksir olan da bu durumdur⁴⁰.

Toroslu'ya göre; ihlal edilen davranış kurallarının mutlaka devlet tarafından konulmuş olması şart değildir; özel kişilerin koyduğu kurallara uyulmaması da taksire yol açabilecektir. Burada önemli olan bu kuralların tavsiyeden ibaret olmamaları ve bunlara uyulmasının mecburi olmasıdır. Yazara göre somut olayda, failin yazılı davranış kurallarını ihlal etmiş olması sebebiyle ortaya çıkan basit taksir açısından model ajan ölçütü doğrultusunda bir öngörülebilirlik değerlendirmesi yapılması gerekmemektedir. Çünkü belirli bir faaliyeti gerçekleştiren kimse o alanda geçerli olan kuralları ve bu kurallara uyulmasının zararlı neticeleri engellediğini bildiği ve en azından öyle kabul edildiği için ayrı bir değerlendirmeye gerek kalmaz⁴¹. Yazara göre, ihlal edilen kuralın engellemeyi amaçladığı neticeler bakımından failin taksirli olduğu tartışmasızdır. Ancak yazılı davranış kuralının ihlal edildiği her olayda bilinçli taksirin varlığı zorunlu değildir. Çünkü kuralın ihlal edilmesi her zaman neticenin fail tarafından öngörüldüğü anlamına gelmez. Zira bilinçli taksirden söz edilebilmesi için, meydana gelen somut olayda neticenin öngörülmüş olduğu ayrıca tespit edilmelidir. Aksi takdirde bilinçli taksir açısından bir karine kabul edilmiş olacaktır⁴².

*Demirel*e göre; öngörülebilirlik unsurunun temel bağlantı noktası somutlaşmayı sağlamak için dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktır. Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık kriteri, öngörülebilirlik açısından ancak bir belirti olmakla birlikte önemli bir mihenk taşıdır⁴³.

*Zafer*e göre; kuralların emrettiği davranış şekline aykırı davranış, yani kuralın ihlalinin tespiti, özen yükümlülüğünün ihlalinin de tespiti demektir. Ancak failin sorumluluğu için özen yükümlülüğünün ihlalinin tespiti yeterli değildir. Bu özen yükümlülüğünün ihlali ve netice arasında nedensellik bağı gereklidir. Bu bağ kurulamadığında bu aykırılık tek başına taksirin varlığını kabul etmek için yeterli değildir⁴⁴.

Apaydın'a göre; dikkat ve özen yükümlülüğü yükleyen hukuk kuralları önleyici niteliktedir. Bu normlardan yasaklanan davranışı hiçbir değerlendirmeye fırsat bırakmayacak şekilde açık düzenleyen

39 Artuk ve diğerleri (n 4) 348 vd.

40 Soyaslan (n 4) 449.

41 Toroslu (n 21) 115.

42 ibid 116.

43 Demirel (n 5) 152.

44 Zafer (n 5) 262.

sollama kuralı, alkollü araç kullanma yasağı gibi kurallar somut olaya göre esnetilemez. Bu kuralların belirlediği davranış şekillerine aykırılığın tespiti dikkat ve özen yükümlülüğünün tespitidir. Ancak bu taksirli sorumluluk için yeterli değildir. Yazara göre, taksir karinesi kabul edilemez. Çünkü somut olaylarda taksirin ispatlanmasından vazgeçildiğinde sorumluluk için yalnızca maddi nedensellik yeterli kabul edilecek bu da kusurlu sorumluluğun ortadan kalkması anlamına gelecektir⁴⁵.

Keçelioğlu'na göre ise soyut bir şekilde düzenlenmiş hukuk normlarına aykırı davranış dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışın belirlenmesi açısından “*sadece ve sadece bir gösterge karine*” olabilmektedir⁴⁶.

Sonuç olarak bu açıklamalardan sonra denilebilir ki, somut olayda dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali bir hukuk kuralının ihlali şeklinde ortaya çıkmışsa, taksirin dikkat ve özen yükümlülüğü unsurunun varlığı açıkça somutlaşmaktadır. Bu nedenle de taksire karine teşkil ettiği yönünde ileri sürülen görüş kanaatimizce yerindedir. Eğer dikkat ve özen yükümlülüğü yazılı bir hukuk kuralından kaynaklanıyor ise taksirin en önemli unsuru gerçekleştiğinden bu durum taksire karine teşkil edecek, söz konusu somut olayda taksirli sorumluluğu doğması muhtemel olacaktır. Ancak bu noktada vurgulamak gerekir ki, *Keçelioğlu*'nun da belirttiği gibi bu ancak bir karinedir. Çünkü bu unsur genel olarak taksirin bir unsurudur. Bu durumda taksirin diğer unsurların gerçekleşip gerçekleşmediğine de bakılmalıdır.

2. Öngörülebilirlik

Taksirin bir diğer unsuru da öngörülebilirliktir. Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranış sonucu ortaya çıkan neticeden failin sorumlu tutulabilmesi için yukarıda da defaten belirtildiği üzere neticenin, öngörülebilir bir netice olması gerekmektedir.

Öngörülebilirlik, hukuk kuralları veya ortak tecrübeler tarafından emredilen özene uyulduğunda tipikliğin gerçekleşmesinin tahmin edilebileceği ve dolayısıyla bundan kaçınılabileceği anlamına gelmektedir⁴⁷. Ayrıca belirli özelliklere sahip olan failin somut olayda yapmış olduğu hareketin neticelerini tahmin edebilmesi imkanı olarak da ifade edilebilir⁴⁸. Çünkü yalnızca kuralın ihlal edildiğinin belirlenmesi kişinin kusurlu olduğu sonucu doğurmaz.

Neticenin öngörülebilir olmasının aranması, kişilere yüklenen dikkat ve özen yükümlülüğünün bir sonucudur. Çünkü kişilere yüklenen dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmesi bir imkanın varlığını gerektirmektedir. Dolayısıyla dikkat ve özen yükümlülüğüne uyulması mümkün değilse bunu failden de beklemek mümkün olmayacaktır. Burada var olan imkan aslında neticenin öngörülebilir olması anlamına gelmekte ve neticenin öngörülebilir olması taksiri kaza ve tesadüften ayırmaktadır⁴⁹. Bir başka deyişle netice kimse tarafından öngörülemezse, öngörebilme imkansız ise

45 Apaydın, ‘Taksirli Suçlarda Kusurun Belirlenmesi’ (n 33) 78 ve 82.

46 Keçelioğlu (n 2) 79.

47 Koca ve Üzülmüş (n 2) 214; Kaygusuz (n 5) 37.

48 Özbek ve diğerleri (n 5) 500. Benzer yönde, Özen (n 38) 163.

49 Özbek ve diğerleri (n 5) 500; Demirbaş (n 5) 422;

özen yükümlülüğünün ihlalinde söz edilemeyecek artık kaza ve tesadüfün varlığı kabul edilecek, netice faile isnat edilemeyecektir⁵⁰.

Ayrıca öngörülemeyen sonucun faile isnat edilememesi, taksirli sorumluluk ile objektif sorumluluk arasındaki sınırı da belirlemektedir⁵¹. Çünkü ceza hukukunda fail kişisel olarak bir şey yapabileceği veya başka türlü davranabileceği durumlarda kusurlu kabul edilmektedir.⁵²

Somut olayda dikkat ve özen yükümlülüğü bilim ve tecrübeler doğrultusunda belirlendikten sonra öngörülebilirlik tespit edilmektedir⁵³⁻⁵⁴. Özen yükümlülüğünün ihlali değerlendirmesinde objektif kriterler esas alınır ve herkes açısından geçerli olan kurallar bütününden oluşur. Öngörülebilirlik açısından ise subjektif değerlendirme yapılır.⁵⁵ Bu değerlendirmede failin tüm özellikleri dikkate alınarak tecrübesi, kişisel özellikleri, yaşı, mesleği, zeka seviyesi, cinsiyeti, görgüsü, sosyal seviyesi, varsa uzmanlığı gibi hususlar göz önünde bulundurularak netice somut olayda öngörülebilir olup olmadığı değerlendirilir⁵⁶. Toroslu tarafından bu ölçüt *model ajan ölçütü* olarak ifade edilmiştir⁵⁷.

TCK m. 22'nin gerekçesinde de, “*Taksirli suçlarda fail, kendi yetenekleri, algılama gücü tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar altında objektif olarak var olan dikkat ve özen yükümlülüğünün öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmalıdır. Bütün bu yeteneklere sahip olmasına rağmen bu yükümlüğe aykırı davranan kişi, suç tanımında belirlenen neticenin gerçekleşmesine neden olması durumunda, taksirli suçtan dolayı kusurlu sayılacaktır.*” ifadesine yer verilmiştir.

50 Özbek ve diğerleri (n 5) 500; Dönmezer ve Erman (n 4) 510; Apaydın (n 5) 270; Koca ve Üzülmüş (n 2) 214; Kaymaz ve Gökcan (n 5) 96; Keçelioğlu (n 2) 123; Kaygusuz, (n 5) 38.

51 Hafizoğulları ve Özen (n 38) 270.

52 Berrin Akbulut, ‘Deprem Nedeniyle Meydana Gelen Ölüm ve Yaralanmalara Ait Ceza Hukuku Sorunlarına İlişkin Bazı Tespitler’ (2023) 31(2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 569, 609.

53 Taksirli suçlarda bu şekilde iki aşamalı değerlendirme yapılması, objektif tipiklik bir özen yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediğini kusura ilişkin değerlendirmede de failin kişisel olarak bu ihlal kaçınılabilir olup olmadığını incelemektedir. Bu taksirin çifte fonksiyonunu göstermektedir. Özbek ve diğerleri (n 5) 496.

54 Toroslu (n 20) 100.

55 Özbek ve diğerleri (n 5) 497. Öngörülebilirliğe ilişkin subjektif ve objektif kriterlere yönelik kriterler için ayrıntılı olarak bkz İçel (n 4) 85 vd. Doktrinde genel olarak subjektif görüş esas alınmıştır. Bu hususla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz Kaymaz ve Gökcan (n 5) 98, Demirel (n 5) 389 vd. Doktrinde Koca ve Üzülmüşe göre bu belirlemede objektif olarak failin yaşadığı çevrede ortalama yetenekteki bir kişinin neticeyi öngörüp öngöremeyeceği değerlendirilmektedir. Ortalama bir insanın objektif öngörülebilirliği söz konusu değilse taksirli suçun tipik unsuru gerçekleşmeyecektir. Koca ve Üzülmüş (n 2) 214. Yargıtay ise subjektif kriteri esas almaktadır. Mahkemenin bu yöndeki kararları için bkz Demirel (n 5) 395 vd.

56 Özbek ve diğerleri (n 5) 497; Artuk ve diğerleri (n 4) 346; Keçelioğlu (n 2) 176 vd; Demirbaş (n 5) 422; Akbulut (n 52) 609. Doktrinde öngörülebilirliğin belirlenmesinde bu kabul yanında başka görüşler de mevcuttur. Kimi yazarlara göre belirttiğimiz gibi fail esas alınmalı iken, kimi yazarlara göre orta zeka seviyesine sahip üçüncü kişi esas alınmalı yani objektif değerlendirme yapılmalıdır. Taksirde öngörülebilirliğin belirlenmesine ilişkin bu görüşler için bkz: Özen (n 38) 170 vd.

57 Toroslu (n 21) 100. Ayrıca Toroslu’ya göre, öngörülebilirlikte subjektif değerlendirme yapılırken, kişinin sahip olduğu tüm özelliklerin dikkate alınmak mümkün değildir. Keza bu şekilde failin davranışı tamamen kendi bakış açısı doğrultusunda değerlendirilmiş olur ve bu neredeyse tüm taksirli davranışların mazur görülmesi anlamına gelir. Bu nedenle de taksirin subjektif ölçütü değerlendirilirken dahi genelleme ve soyutlama yapmak gerekir. Bu amaçla model ajan ölçütü dikkate alınır. Toroslu (n 21) 101. Benzer yönde Akbulut’a göre; öngörülebilirlik bireysel öngörebilme imkanına göre değil somut durumdaki normun muhatabı olan ortalama bir insan kabiliyetine göre belirlenmelidir. Akbulut, *Ceza Genel Hükümler* (n 5) 185.

Öngörülebilirliğe ilişkin önemli bir hususu belirtmek gerekir. Öngörülebilirlik taksirin bir unsuru olup, hem basit hem bilinçli taksirde neticenin öngörülebilir olması şarttır. Neticenin öngörülebilir olması halinde failin durumuna göre iki ihtimal ortaya çıkmakta ve taksirin çeşidi bakımından önem arz etmektedir. Öngörülebilir netice fail tarafından öngörülmemiş ise basit taksirden; öngörülmuş ancak neticenin meydana gelmeyeceği inancı ile devam edilmişse bilinçli taksirden söz edilecektir. Bu noktada failin neticeyi öngörüp öngörmediği somut olaya göre failin subjektif durumu esas alınmak suretiyle belirlenecektir. Bu belirleme failin basit veya bilinçli taksirden cezalandırılacağına belirlenmesi noktasında önemlidir. Çünkü öngörebilme ve neticenin öngörülmesi birbirinden farklı kavramlardır. Öngörme somut olayda failin şahsi durumu ile ilgili iken, öngörebilme belirli bir kritere bağlı olan soyut bir durumdur⁵⁸. Öngörülebilirlik ise genel bir değerlendirme ile somut olayda neticenin öngörülebilirliği değerlendirilerek tespit edilmektedir. Öngörebilme genel ve soyut bir değerlendirme değil somut ve öznel değerlendirme yapılarak olay anı dikkate alınarak belirlenir⁵⁹. Bu nedenle de taksirli suçlar bakımından öngörülebilirlik iki aşamalı bir öneme sahiptir. İlk aşamada, bu başlık altında ele alınacak olan taksirin unsurlarından biri olan öngörülebilirlik değerlendirmesi yapılır. Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık sonucunda ortaya çıkan netice öngörülebilir bir netice değilse failin taksirli sorumluluğu dahi söz konusu değildir. Eğer netice öngörülebilir bir netice ise failin taksirli sorumluluğunun varlığı kabul edilecektir. İkinci aşamada öngörülebilirlik değerlendirmesi taksirin türünü belirlemek için yapılmaktadır. Bu aşamada yapılacak değerlendirmede, öngörülebilir netice fail tarafından somut olayda öngörülüp öngörülmediği taksirin varlığı açısından değil taksirin türü açısından önemlidir. Neticenin öngörülebilir olması halinde failin durumuna göre iki ihtimal ortaya çıkmaktadır. Eğer fail öngörülmesi mümkün neticeyi öngörmemiş ise basit taksiri bulunmaktadır. Ancak eğer fail neticeyi öngörmüş ve fakat gerçekleşmesini istememiş ve hatta gerçekleşmemesi için çaba göstermişse bilinçli taksir olmaktadır⁶⁰.

Yazılı hukuk kuralının ihlalinin öngörülebilirlik açısından da karine teşkil etmesi hususuna burada dikkat çekmek gerekir. Muhakkak ki dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali sonucu ortaya çıkan neticenin somut olayın kaza ve tesadüften ayrılması için öngörülebilir bir netice olması gerekir. Kanaatimizce *Toroslu*'nun da belirttiği gibi yazılı bir hukuk kuralı ile muhatap olan kimse varsa, bu kuralın amacını subjektif olarak bilebilecek durumdadır. Bu kuralın varlığı da zararlı bir neticeyi önlemeye yönelik olduğundan kuralın bilinmesi neticenin öngörülebilir olduğunu da gösterecektir. Bu durumda yazılı bir hukuk kuralının ihlali, taksirin unsurlarından dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali unsurunu bünyesinde taşımakta; öngörülebilirlik unsuru açısından ise karineyi oluşturmaktadır. Muhakkak ki somut olaya göre bu karinenin aksi ispat edilebilecektir. Yani ortaya çıkan netice yazılı bir hukuk kuralının varlığına rağmen yine kaza veya tesadüf de olabilecektir. Bu durumda taksirden söz edilemeyecektir. Yazılı hukuk kuralının ihlalinin karine teşkil ettiği taksirin TCK m. 22/2 anlamında basit taksir olduğu ifade edilmelidir. Bilinçli taksir için somut olayda öngörülebilirlik değerlendirmesi ayrıca yapılmalı, neticenin fail tarafından somut olay sırasında öngörüp öngörmediği tespit edilmelidir. Yazılı bir hukuk kuralının ihlali bunu doğrudan ortaya koyamamaktadır. Ancak

58 Saydam ve Öztürk (n 4) 146.

59 Özen (n 38) 178.

60 Apaydın (n 5) 234.

Yargıtay yazılı hukuk kurallarına aykırılık halini (basit) taksir karinesinin ötesine taşımakta ve dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali bilinçli taksirin bir unsuru gibi görülerek taksirin türünü belirlemek açısından da bir gerekçe olarak kullanmaktadır. Bu bağlamda Yargıtay, dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali, yazılı bir hukuk kuralının ihlal edilmesinden kaynaklandığında özellikle de trafik kurallarına uyulmaması halinde, somut olayda fail tarafından neticenin öngörüldüğünü doğrudan kabul ederek bilinçli taksir yönünde karar vermektedir.

Dönmezer/Erman'a göre; kanunun belirli kurallar koyduğu durumda bu kurallara aykırı hareket eden kişinin sonucu öngörebilecek durumda bulunduğu bir karine olarak benimsenebilecektir⁶¹.

Demirbaş'a göre; kanun tarafından konulan kurallara aykırı hareket eden bireyin neticeyi öngörebilecek durumda olduğu karine olarak benimsenebilecektir. Yazara göre hız sınırının 50 km olduğu yerde 120 km hızla giden sürücü, yayaya çarpabileceğini öngörür niteliktedir ve bu kişinin “yaya aniden yola fırladı” şeklindeki savunması, taksirli sorumluluğunu kaldırmayacaktır⁶².

Kaymaz ve Gökcan; bazı durumlarda failin öngörüsüne ilişkin karineden yararlanılabileceğini belirtmiş, ayrıca uzmanlık alanının gereklerine aykırı davranan hekimin neticeyi öngöremediğinin söylenemeyeceği örneğini vermiştir. Ayrıca yazarlar Yargıtay'ın da bazı durumlarda öngörülebilirlik karinesine dayandığını ifade etmiştir⁶³.

Birtek'e göre; dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir eylemin gerçekleştirilmesi her durumunda öngörmenin olduğu anlamına gelmeyecektir. Dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali tespit edildikten sonra ikinci aşamada neticenin öngörülebilir olup olmadığı da ayrıca araştırılmalıdır. Keza neticenin öngörülebilir olması dikkat ve özen yükümlülüğünün bir şartı olup, öngörme olanağı dikkat ve özen yükümlülüğü görevinin kapsamına göre belirlenmektedir. Yazar, kurallara uymayarak ortaya çıkan neticenin kendiliğinden var olmadığını ifade etmiştir⁶⁴.

Kanaatimizce ise yazılı hukuk kuralının muhatabı olan kişinin somut olay anında olmasa bile neticeye yönelik genel bir öngörülebilirliğinin bulunduğu söylenebilir. Çünkü kanaatimizce yazılı hukuk kuralı kişiye bu öngörü yüklemektedir. Örneğin maden ocağı işleten kimse, Maden Kanunu'nda yer alan kuralların gerekçelerini ve bunlara aykırılığın doğuracağı neticeleri bilebilecek durumdadır. Aynı şekilde trafik kurallarının varlığı belirli neticeleri önlemeye yöneliktir. Hız sınırın olduğu yerde ya da kırmızı ışığın yandığı noktada yapılacak bir ihlalin tehlikeli bir duruma sebebiyet verilebileceği araç kullanan her kişi tarafından sübjektif olarak öngörülebilecek bir durumdur. Somut olay sırasında neticenin öngörülüp öngörülmediği bilinçli taksire ilişkin bir değerlendirme olsa da kanaatimizce taksirin unsuru olan öngörülebilirliğin var olduğunu söylemek kolaylaşacaktır. Çünkü olağan hayat akışı içerisinde bir kural ile muhatap olan kişi, o kuralın neden konulduğunu bilebilecek durumda olmalıdır. Bu nedenle somut olay sırasında olması dahi neticenin genel olarak kişi tarafından öngörülebilir bir durumda olduğunu söylemek mümkün olabilecektir ve bu yönde bir karine kabul edilebilecektir. Belirtmek

61 Dönmezer ve Erman (n 4) 510.

62 Demirbaş (n 5) 419.

63 Kaymaz ve Gökcan (n 5) 100.

64 Birtek (n 29) 83.

gerekir ki, olayda taksirin diğer unsurlarının varlığı da mutlaka tespit edilmelidir. Bu bakımdan örneğin hareket ile netice arasında nedensellik bağının halen aranması nedeniyle doğrudan taksirli sorumluluğa gidilemeyecektir. Bu da yazılı hukuk kuralına aykırılık halinde koşulsuz-şartsız basit taksir kabulüne engel teşkil edecek ve bu nedenle de objektif sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Çünkü bu durum yalnızca basit taksire “*yalnızca bir karine*” teşkil edecektir.

B. TAKSİR ÇEŞİTLERİ

1. Basit (Bilinçsiz) Taksir – Bilinçli Taksir

TCK m. 22’è göre taksir iki şekilde oluşmaktadır. TCK m. 22/2’è göre, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen *neticesi öngörülmemeyerek gerçekleştirilmesi* taksirin basit (bilinçsiz) halini; TCK m. 22/3’è göre ise kişinin *öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi* taksirin bilinçli halini meydana getirmektedir⁶⁵.

Taksirin iki çeşidini birbirinden ayıran temel unsur ihlal edilen hukuki değer üzerinde gerçekleşen neticenin öngörülebilirliğidir. Netice fail tarafından öngörülür ve fakat neticenin gerçekleşmeyeceğine güven duyulursa bilinçli taksir; neticenin gerçekleşme tehlikesi hiç öngörülmezse bilinçsiz taksir olmaktadır⁶⁶.

Basit taksir halinde fail hukuki düzenlemeler gereğince yerine getirmekle yükümlü olduğu yükümlülüğünü yerine getirmemekte veya ihmal etmekte ve dikkatsizlik, tedbirsizlik veya özensizliği nedeniyle de sonucu öngörememektedir. Bilinçli taksir halinde ise fail eğitim seviyesi, ekonomik durumu, görgü ve sosyal seviyesi, tecrübesi, yaşı, zeka seviyesi veya cinsiyeti gibi sübjektif özelliklerini taşıyan biri bakımından öngörülebilir sonucun gerçekleşmeyeceği inancıyla hareket etmektedir⁶⁷. Bilinçli taksir halinde, basit taksirden farklı olarak, fail hareketinin hukuk düzeni ile çatışma halinde olduğunu bilmekte ve haksızlık

65 Bu yönüyle bilinçli taksir doktrinde *öngörülü taksir* olarak da ifade edilmektedir. Saydam ve Öztürk (n 4) 149.

66 Koca ve Üzülmöz (n 2) 214. Apaydın (n 5) 234.

67 Onur Yiğit, ‘Taksirli Bir Suç Türü Olarak Maden Kazaları’ (2014) (4) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 350, 370; Meral Ekici-Şahin, ‘Ceza Hukukunda Taksirsiz Doğan Sorumluluk’ (Konuşma Metni), (2017) 5 (1) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 99-108. YCGK da basit ve bilinçli taksire ilişkin ayrımı şu şekilde ifade etmiştir: “*basit taksirde, failin neticeyi bir dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali sebebiyle öngörememesi söz konusu iken, bilinçli taksirde fail neticeyi öngörebilmesine ve olası kasttan farklı olarak bu neticeyi kabullenmemesine rağmen, yanlış bir öngörü ile neticenin meydana gelmesi engelleyebileceğini ya da neticenin gerçekleşmeyeceğini zannetmektedir. Başka bir deyişle neticeyi öngörmekle birlikte, neticenin meydana gelmeyeceği yönünde yanlış bir öngörüye sahiptir. Objektif özen yükümlülüklerine aykırı davranışından ortaya çıkabilecek neticeyi kendi yetenekleriyle engelleyebileceğini zannetmekte veya neticenin meydana gelmemesi yönünden şansına güvenmektedir.*” YCGK E 2010/1-132 K 2010/183 05.10.2010. Aktaran: Esmâ Nur Turhan, ‘Alman ve Türk Mahkeme Kararları ve Doktrin Işığında Olası Kast – Bilinçli Taksir Ayrımı’ (2020) 24 (3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 447, 481. Başka kararlarda ise şu şekilde ifadeye yer verilmiştir: “*Taksir ile bilinçli taksir arasındaki yegane fark; taksirde failin öngörülebilir nitelikteki neticeyi öngörmemesi, bilinçli taksir halinde ise bu neticeyi öngörmüş olmasıdır. Bilinçli taksirde gerçekleşen sonuç fail tarafından öngörüldüğü halde istenmemiştir. Gerçekten neticeyi öngördüğü halde, sırf şansına veya başka etkenlere, hatta kendi beceri veya bilgisine güvenerek hareket eden kimsenin tehlike hal,, bunu öngörmemiş olan kimsenin tehlike hali ile bir tutulamaz; neticeyi öngören kimse, ne olursa olsun, bu neticeyi meydana getirecek harekette bulunmamakla birlikte özellikle görevlidir.*” YCGK E 2008/9-43 K 2008/62, 25.03.2008; YCGK E 2014/12-585 K 2016/150, 29.03.2016; YCGK E 2009/9-189 K 2009/220, 06.10.2009; YCGK E 2007/9-275 K 2008/49, 11.03.2008. (Aktaran: Özgenç (n 23) 295, dn: 372.).

bilinci ile hareket etmektedir⁶⁸. TCK'da da neticeyi öngördüğü halde şansına veya başka etkenlere hatta kendi beceri veya bilgisine güvenerek hareket eden kişinin tehlikelilik hali ile neticeyi öngörmemiş kimsenin tehlikelilik hali bir tutulmamakta ve neticeyi öngören kimsenin neticeyi meydana getirecek harekette bulunmamakla yükümlü olduğu kabul edilmektedir⁶⁹. Bu bakımdan bilinçli taksir halinde verilecek ceza basit taksire göre üçte birden yarısına kadar artırılır (TCK m. 22/2).

Bilinçli taksirde, neticenin öngörülebilir olması ile failin neticeyi öngörmüş olması hususları dikkat edilmesi gereken iki ayrı husustur. Bilinçli taksirden söz edebilmek için failin neticeyi somut olayda öngörmüş olması gerekir. Bu bağlamda zararlı neticenin öngörüldüğünün kabul edilmesi için, failin genel olarak tehlikeli bir davranışta bulunduğu farkında olması yeterli olmayıp, kendi davranışının somut olayda meydana getirdiği tehlikeyi zihninde canlandırmış olması gerekir⁷⁰. Failin, söz konusu somut tehlikenin gerçekleşeceğini öngörmesine rağmen neticenin gerçekleşmeyeceğine ilişkin var olan bu güveni ya bu tehlikeyi küçümsemesinden ya da kendi yeteneğine, şansına, tecrübesine ya da kullandığı araçlara güvenmesinden kaynaklıdır⁷¹. Örneğin sevk ve idaresindeki araçla trafikte seyri esnasında, kendi yönündeki araçlara kırmızı ışığın yandığı ve diğer istikametten gelen araç veya yayaların hareket etmeye başladığını görmesine rağmen şoförlük yetenek ve tecrübelerine güvenerek süratle yola girip yaya veya araçlara çarpan failin gerçekleşen zararlı neticeyi öngörmesi ancak istememesi nedeniyle bilinçli taksirden sorumlu olacaktır⁷². Bu nedenle taksirin bilinçli olup olmadığı değerlendirilirken, failde neticenin meydana gelmeyeceği yönünde kanaati sağlayacak olan failin mahareti, kabiliyeti, tecrübesi ve olayı özellikleri gibi hususlar dikkate alınarak somut olayın özelliğine göre gerekli şartların oluşup oluşmadığı araştırılmalıdır⁷³. Bu araştırmada bilinçli taksir kapsamında öngörmenin olup olmadığı hareketin yapıldığı zaman ve o zamanki şartlara göre tahmin edilebilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirmede sübjektif kriterler göz önüne alınır⁷⁴. Bu husus çalışma konumuz açısından önemlidir. Failin öngörmesine ilişkin değerlendirme, hem failin sübjektif durumu esas alınarak hem de her somut olay o andaki şartlara göre değerlendirilerek belirlenecek ve bu belirlenmeler ışığında bilinçli taksirin varlığına karar verilecektir.

Bilinçli taksire verilen örnekler arasında trafik kazası sonrası meydana gelen yaralama veya ölümler yer almaktadır. Örneğin arabayı çok hızlı kullanan, bir yayaya çarpabileceğini öngören ve fakat ustalığına ve arabasının kalitesine güvenerek neticeyi önleyebileceğini zanneden sürücünün yayaya çarpması durumu bilinçli taksir olarak ifade edilmiştir⁷⁵. Bu halde sürücü neticeyi öngörmesine rağmen kazanın

68 Demirbaş (n 5) 431.

69 Dönmezer ve Erman (n 4) 519; Koray Doğan, 'Olası Kast – Bilinçli Taksir Ayırımında İçtihat Değişikliğinin Değerlendirilmesi' (2020) 1 (64) Adalet Dergisi 331, 351.

70 Toroslu (n 21) 105.

71 Koca ve Üzülmüş (n 2) 232, Gökçen (n 16) 46; Apaydın (n 5) 271.

72 YCGK E 2017/12-635 K 2017/487, 21.11.2017. Aynı örnek için ayrıca bkz: YCGK E 2019/12-652 K 2022/80, 10.02.2022. Erişim: uyap.gov.tr Erişim Tarihi: 29.07.2024.

73 Koca ve Üzülmüş (n 2) 236; Gökçen (n 16) 46; Onur Yiğit, 'Yargıtay Kararları Işığında Bilinçli Taksir Kavramı ve Unsurları' (2013) (2) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 113, 123.

74 Saydam ve Öztürk (n 4) 149.

75 ibid 149; Demirbaş (n 5) 431.

gerçekleşmemesi ümidiyle sürat yapmaya devam etmekte denilmektedir⁷⁶. Bu örnekler bilinçli taksire verilebilecek en tipik örnekler olmakla birlikte somut olay çerçevesinde bu sonucu varılması gerektiği unutulmamalıdır. Çalışmanın tartışma konusunu da oluşturan husus bağlamında bilinçli taksirin tespitinde sübjektif değerlendirmenin somut olaya göre yapılması gerekliliği önemlidir. Eğer söz konusu netice öngörülebilir bir netice olmakla birlikte somut olayda fail tarafından öngörülmemişse bilinçli taksirden söz edilemeyecektir. Bu bağlamda taksirin dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlal edilmesi ve öngörülebilirlik unsurları ayrı birer tespittir. Ancak çalışma konusunu da oluşturan sorun, Yargıtay'ın trafik kazalarına ilişkin vermiş olduğu kararlarda dikkat ve özen yükümlülüğünün yazılı bir hukuk kuralından kaynaklanması nedeniyle (2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu) doğrudan bilinçli taksire karar verme eğilimidir. Bu husus aşağıda ayrı bir başlık altında tartışılacak olmakla birlikte öncelikle doktrinde yer alan özel taksir kavramına ayrıca değinilmesi gerekmektedir.

2. Özel Taksir Kavramı

Taksirin ortaya çıkan bir diğer biçimi de özel taksirdir. Özel ve genel taksir arasında ontolojik bir fark bulunmamakla birlikte, özel taksir zararlı neticeleri önlemeye yönelik yazılı davranış kurallarının ihlal edilmesinden kaynaklanmaktadır⁷⁷. İnsan bilgisinin gelişimi, tedbir kurallarının her geçen gün daha da artan biçimde pozitif hukukun parçası haline gelmesini sağladığından farklı konularda faaliyet gösteren bireylerin bu faaliyetten doğabilecek zararlı neticeleri engellemek için uymak zorunda olduğu çok sayıda yazılı hukuk kuralı mevcuttur⁷⁸. Bu hukuk kuralları, faili belirli şekilde harekete zorlayan kişisel ve sosyal bir faaliyeti düzene sokmaya çalışan kurallardır⁷⁹. Özel taksir bu çerçevede ceza hukukuna ilişkin kuralların ihlalden kaynaklanabileceği gibi ceza kanunları dışında yer alan bu özel düzenlemelerdeki önleyici nitelikteki kuralların ihlalden de kaynaklanabilecektir⁸⁰. Trafik kuralları, iş kazalarını önlemeye yönelik kurallar, maden hukukundan kaynaklı kurallar örnek olarak verilebilir. Ancak çalışma kapsamında yalnızca trafik kurallarına aykırılık ele alınacaktır.

Özel taksirin söz konusu olabilmesi için, failin tipik neticenin gerçekleşmesi yönünde bir iradesi bulunmamalı, fail yazılı kurallara uymamalı ve yapılan davranış, nitelik ve kapsam itibarıyla tedbir kurallarına aykırı olmalıdır⁸¹. Özel taksirin tespiti için mevcut düzenlemenin önlemeye çalıştığı netice ile failin davranışı arasında ilişki bulunmalıdır⁸². Çünkü yazılı hukuk kuralına uyulmaması taksirin varlığı açısından sadece bir karine olarak ifade edilmiştir. Bu yüzden de kurala aykırı hareket ile netice arasında nedensellik bağı sabit olmadıkça fail sorumlu tutulamazken, nedensellik bağı varsa kurallara aykırı hareket taksiri oluşturmaktadır⁸³. *İçerle* göre öngörebilme unsuru taksirin bu

76 Demirbaş (n 5) 431.

77 Hafızoğulları ve Özen (n 38) 272; Toroslu (n 21) s.114.

78 Toroslu (n 21) 114.

79 Demirbaş (n 5) 428.

80 Hafızoğulları ve Özen (n 38) 272; Toroslu (n 21) 114.

81 Ozan Ercan Taşkın, 'Suç Siyaseti Tercihleriyle İtalyan Ceza Hukukunda Trafikte Öldürme Suçu', (2019) 5(2) AndHD 365, 372.

82 Taşkın (n 81) 372.

83 Demirbaş (n 5) 429.

çeşidinde özellik taşımakta ve neticenin öngörülebilir nitelikte olması bakımından (sadece) karine teşkil etmektedir. Bunun sonucu olarak da meydana gelen neticede nedensellik bağı araştırılacak ve bu sabit olmadıkça kurallara aykırılık halinde ortaya çıkan taksirde doğrudan sorumluluk yoluna gidilemeyecektir⁸⁴.

Emir ve kurallara aykırı davranma şeklinde ortaya çıkan taksirin bu şeklinde, sonucun öngörülebilir olup olmadığının önem taşımayacağına öne sürülmesi, öngörülebilme ile öngörmeyi karıştırma anlamına gelmektedir. Öngörebilmenin zorunlu olduğu kabul edilmesine rağmen, bunun yapılan harekette saklı olması mümkün olabileceği gibi, hareketin bu öngörme olmaksızın yapılması da mümkündür⁸⁵.

Özel taksir ile basit taksir arasındaki fark, davranış kuralının ihlalinin faille isnat edilebilir olup olmadığının tespitinde ortaya çıkmaktadır. Genel taksirden ceza sorumluluğunun doğabilmesi için, model ajan ölçütü dikkate alınır. Bu değerlendirme sonucunda zararlı neticenin öngörülebilir olmadığı sonucuna varılması halinde fail sorumlu tutulamayacaktır. Buna karşın, özel taksirde, yazılı davranış kuralının iradi biçimde ihlali ve ortaya çıkan neticenin söz konusu davranış kuralının önlemeyi amaçladığı neticelerden biri olması zorunludur. Bu halde, failin taksirli olduğunun kabul edilmesi için ayrıca bir öngörülebilirlik değerlendirmesi yapılması, tedbirsizlik ve dikkatsizlikle hareket ettiğinin ortaya konulması zorunlu değildir. Keza bu halde taksirin esasını oluşturan tedbirsizlik veya dikkatsizlik, yazılı kuralın ihlali ile somutlaşmaktadır. Zira ihlal edilen bu kurallar belirli bir tip faaliyeti gerçekleştiren kimselere yönelik olduğundan, halihazırda o mesleği veya o faaliyeti icra eden makul bir insan dikkate alınarak düzenlenmişlerdir ve dolayısıyla söz konusu tedbirsizlik veya dikkatsizlik yargısı baştan itibaren ihlal edilen kuralın içerisinde yer almaktadır⁸⁶.

Bir başka ifadeyle özel taksir halinde, ilgili faaliyeti gerçekleştiren kimse, o alanda geçerli olan kuralları ve bunlara uyulmasının bir takım zararlı neticelere engel olduğunu bildiği veya en azından öyle kabul edildiği için, bu hususta ayrı bir değerlendirmeye gerek kalmamaktadır. Ancak taksirin bu noktada objektif sorumluluğa dönüşmesini engellemek için yazılı kuralların her zaman kesin ve gerçek tedbir kurallarını düzenlemesi gerekmektedir. Bu nedenle de yazılı kuralın ihlali sonucu neden olunan tüm neticeler bakımından değil, yalnızca söz konusu kurala uymak suretiyle engellenabilecek neticeler açısından söz konusu olur⁸⁷.

Özel taksir halinde yazılı hukuk kuralına aykırılığın belirlenmesi yeterli olacak ve neticenin gerçekleşmesinde failin özensiz bir davranışının olup olmadığı sadece hukuka uygun olarak konulan ve uyulması zorunlu olan kuralın ihlal edilip edilmediğine bakılarak belirlenecektir. Örneğin kırmızı ışıkta geçerek kendisine yeşil yanan yayanın ölmesine sebep olan sürücü, taksirli öldürme suçundan sorumlu olacaktır. Çünkü kırmızı ışık kuralının ihlal edilmesi taksirin belirlenmesi için yeterlidir. Ancak burada sorumluluk yazılı davranış kurallarının ihlalinin doğan tüm zararlı

84 İçel (N 4) 211.

85 Dönmezer ve Erman (n 4) 502.

86 Toroslu (n 21) 115.

87 ibid 114.

neticeleri kapsayacak şekilde genişletilmemeli, kuralın konuluş amacı ölçü olarak alınmalıdır. Yani, taksirli sorumluluğun sınırı ihlalden kaynaklanan her türlü zararlı neticeyi değil ihlal edilen kuralın doğrudan önlemeyi amaçladığı zararlı neticelerden biri olmalıdır⁸⁸. Bizim de katıldığımız bu görüş bağlamında belirtilmelidir ki, açık bir şekilde yazılı hukuk kuralına aykırı davranan failin taksirin bir unsuru olan dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal etmiştir ve bunun ayrıca kanıtlanmasına gerek yoktur. Bu nedenle yazılı bir hukuk kuralına aykırılık halinde taksirin dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali unsurunun varlığının tartışılmasına gerek yoktur. Öngörülebilirlik değerlendirmesi açısından bakıldığında ise yazılı bir hukuk kuralının konulması, ilgili normun koruma amacı taşıdığı hukuki değer üzerinde söz konusu neticenin ortaya çıkma ihtimalinin öngörüldüğünün ve bu nedenle yazılı kuralına konu edildiğinin göstergesidir. Yazılı hukuk kuralı düzenlenmek suretiyle öngörülen bu netice önlenmek istenmiş olur. Fail açısından bu noktada yapılacak değerlendirmede, yazılı bir hukuk kuralını ihlal ettiğini bilen fail somut olay esnasında neticeyi öngörmemiş olabilir. Ancak kanaatimizce, objektif değerlendirme yapıldığında yazılı bir hukuk kuralının ihlali halinde, kuralın koruduğu hukuki değerın zarar göreceği objektif olarak öngörülebilir bir neticedir. Örneğin kırmızı ışıkta geçilmesi, şehir içinde hız limitlerinin aşılması veya yüksek miktarda alkollü araç kullanılması halinde bir kazaya sebebiyet verilebileceği bir ihtimaldir ve bu ihtimaller nedeniyle bir kişinin yaralanmasının ve ölmesinin engellenmesi nedeniyle bu kurallar konulmuştur. Burada neticenin kaza ve tesadüf olduğunun söylenmesi oldukça güçtür. Muhakkak ki örneğin kırmızı ışıkta geçilmesi halinde somut olayın saati, gerçekleştiği yer vb. sebeplerle olay anında herhangi bir neticenin gerçekleşmesine ihtimal verilmemiş olabilir. Yani netice somut olayda fail tarafından öngörülmemiş olabilir. Ancak objektif olarak bunun öngörülmeceğinin söylenmesi, var olan hukuk kuralının varlığı ile çelişecektir. Bir öngörülebilirlik vardır ve yazılı halde dış dünyada vücut bulmuştur. Burada yapılacak tek bir değerlendirme kalmaktadır ki o da failin subjektif durumuna göre neticenin fail tarafından öngörülebilir olup olmadığıdır. Bu bağlamda da failin subjektif olarak bu kuralın varlığından haberdar olup olmadığı, bu kurala ilişkin tecrübeleri ve öngörülebilirliğe ilişkin yapılan diğer subjektif kriterler ayrıca dikkate alınmalıdır. Ancak kanaatimizce bu değerlendirmeler yapıldığında da yazılı hukuk kuralının varlığı nedeniyle failin neticeyi subjektif öngörülebilirliğinin olduğunun tespiti çok muhtemeldir ve kanaatimizce aksi çok daha sınırlı durumlarda söz konusu olabilecektir. Burada bu karinenin aksi bir durumun olması mümkünse de bunun ancak somut olaydaki atipik gelişmelerle mümkün olabileceğini söylemek yanlış olmayacaktır. Eğer kişinin basit taksirinden dahi söz edilemeyecek bir durum var ise muhakkak ki dikkate alınması gerekecektir. Bu nedenlerle kanaatimizce özel taksir halinin taksire bir karine teşkil edeceği söylenebilecek olmakla birlikte karine teşkil eden taksir ancak basit taksir olabilecektir. Yine vurgulanmalıdır ki taksirin diğer unsurlarının oluşmadığı bir yerde basit taksirden dahi söz edilemeyecektir. Burada kanaatimizin bu durumun basit taksire yalnızca bir karine teşkil ettiği yönünde olduğunu tekrarlamak gerekir. Ayrıca öngörülebilir bu durum, somut olayın ve failin kişisel özellikleri nedeniyle öngörülmemiş ise bilinçli taksirden söz edilemeyecektir. Bu hususun vurgulanmasındaki sebep ise aşağıda Yargıtay kararlarında da görüleceği üzere Yargıtay çoğunlukla yazılı bir hukuk kuralının ihlalini bilinçli taksir şeklinde yorumlamaktadır. Bu nedenle de Yargıtay'ın özel taksir halini bilinçli taksire karine teşkil ettiğini – ve hatta sanki kural gibi – kabul ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

88 Apaydın, "Taksirli Suçlarda Kusun Belirlenmesi" (n 33) 83.

Yargıtay, çalışma konumuz kapsamında da ayrıca inceleyeceğimiz pek çok kararında, aslında yalnızca özel ve basit taksire vücut verecek durumları bilinçli taksir olarak değerlendirmektedir. Örneğin kazaya sebebiyet veren sürücünün yasal sınırın üzerinde seyrederken kazaya sebep olması hali, bilinçli taksirin dayanağı olarak kabul edilmiştir. Ancak aracını yasal sınırın üzerinde bir hızla sevk eden sürücünün bu davranışı her zaman somut zararlı neticeyi öngördüğü anlamına gelmemektedir. Bu durumda tartışmasız olan, sürücünün ihlal ettiği kuralın, engellemeyi amaçladığı neticeler açısından taksirinin bulunduğudır. Burada belirtildiği gibi yazılı bir davranış kuralını ihlal ettiği için ayrıca bir öngörülebilirlik değerlendirilmesi yapılması şart değildir. Ancak özel taksirin varlığı da neticenin fail tarafından somut olayda öngörülmüş olduğu anlamına gelmeyecektir. Bu nedenle bu gibi hallerde bilinçli taksire ilişkin düzenlemenin uygulanabilmesi için, failin somut olayda meydana gelen zararlı neticeyi, davranış anında öngördüğünün ve gerçekleşmeyeceği inancıyla hareket ettiğinin ayrıca ortaya konulması şarttır⁸⁹.

Sonuç olarak özel taksir, yalnızca yazılı hukuk kuralına aykırılık halinde taksirin dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali ve öngörülebilirlik unsurlarının varlığına karine ifade eden bilinçli taksire karşılık gelmeyen bir taksir biçimidir.

II. TRAFİK KURALLARININ İHLALİ İLE ORTAYA ÇIKAN OLAYLARDA BASİT-BİLİNÇLİ TAKSİR VE ÖZEL TAKSİR BAĞLANTISI

A. GENEL OLARAK

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda karayollarında, can ve mal güvenliği yönünden trafik düzenini sağlayacak düzenlemelere yer verilmiştir (m. 1). Kanunun "Trafik Kuralları" başlıklı altıncı kısımda, *trafiğin yönü (m. 46), trafik işaret ve kurallarına uyma zorunluluğu (m. 47), alkol, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin etkisi altında araç sürme yasağı (m. 48), hız sınırları ve hız sınırlarına uyma zorunluluğu (m. 50-51), dönüş ve geçişe ilişkin kurallar (m. 53-57), duraklama ve park etme (m. 59-62), araçların yüklenmesi (m. 65), kış lastiği takma zorunluluğu (m. 65A)* gibi kurallar düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler sürücülerin uyması gereken kurallardan oluşmaktadır. Ayrıca Karayolları Trafik Yönetmeliği'nde de bu düzenlemelere benzer düzenlemelere yer verildiği belirtilmelidir. Düzenleme altına alınan bu kurallar sürücüler ve yayaların trafikte nasıl davranmaları gerektiğini gösteren ve uyulması zorunlu olan kurallardır⁹⁰.

Trafikte ilgili Kanun'da yer verilen bu kurallardan bir veya birden fazlasına aykırı davranan sürücülerin neden olduğu pek çok olay yaşanmaktadır⁹¹. Trafik kazası olarak ifade edilen bu olaylar Karayolları Trafik Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde de "*Trafik kazası: Karayolu üzerinde hareket halinde olan bir veya birden fazla aracın karıştığı ölüm, yaralanma ve zararlı sonuçlanmış olan olaydır.*" şeklinde tanımlanmıştır. Belirtilmelidir ki, her ne kadar trafik kurallarına aykırılık sonucunda ortaya çıkan olaylar

89 Toroslu (n 21) 116.

90 Gökcan (n 18) 20. Trafik kurallarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz Bedrettin Murat, *Trafik Hukuku* (4. Baskı Adalet Yayınevi 2011) 263 vd.

91 Trafik kazasına kimin neden olduğu, kaza sebebiyle kimin veya kimlerin sorumlu tutulması gerektiği, kişilerin kusurunun belirlenmesi ve yapılacak diğer usuli işlemlerle ilgili bkz: Kaymaz ve Gökcan (n 5) 263 vd.

“trafik kazası” olarak nitelendirilse de söz konusu olay ceza hukuku anlamında bir kaza ve tesadüf olmayıp cezai sorumluluğu gerektirecek ölçüde olabilmektedir. Bu bağlamda bilerek ve isteyerek yani kasten bir kimsenin üzerinde araç sürülerek doğrudan kastla ya da karşıdan karşıya geçen kişileri görmesine rağmen frene basmayarak olası kastla⁹² kişilerin yaralanmasına veya ölmesine sebebiyet verilebileceği gibi neticeye taksirli şekilde de sebep olunabilecektir.

Taksirin yukarıda belirtilen bütün unsurları, trafikte gerçekleşen eylemler bakımından da aynen geçerlidir. Bu unsurları, trafik kazaları açısından özel olarak değerlendirdiğimizde;

İlk olarak taksirle işlenen bir suç olması unsuru açısından bir trafik kazasında ortaya çıkan neticenin taksirli halinin kanunla cezalandırılıyor olması gerekmektedir. Örnek vermek gerekirse taksirli şekilde maddi hasarlı bir trafik kazasına neden olduğunda TCK m. 151’de düzenlenen mala zarar verme suçu taksirle işlenebilen bir suç olmadığından ceza hukuku bakımından sorumluluk doğmayacaktır. Ancak trafik kurallarına aykırılık sonucunda ölüm veya yaralama neticesine sebebiyet verildiğinde TCK m. 85’te düzenlenen taksirli öldürme veya TCK m. 89’da düzenlenen taksirli yaralama suçları kanunilik şartını sağlayacaktır. Aynı şekilde trafik güvenliğinin tehlikeye sokulması suçunun taksirli halinin (TCK m. 180) oluşması da mümkündür⁹³.

Hareketin iradi ancak neticenin istenmemiş olması unsuru açısından baktığımızda, irade olmayan bir hareket sonucu trafik kazasına neden olmuşsa ceza hukukunun genel kuralı bakımından sorumluluk gündeme gelmeyecektir. Araç kullanırken kişinin kalp krizi geçirmesi ya da bayılması sonucu birine çarpması halinde kişinin eylemi iradi olmadığından kişinin taksirli sorumluluğunun dahi gidilemeyecektir. Bu açıdan kırmızı ışıkta isteyerek geçen sürücünün hareketi iradi bir hareket olarak kabul edilecektir. Ancak sadece sürücü birine çarpıp yaralanmasına veya ölmesine sebebiyet vermek istememektedir. Örneğin hız limitlerinin üzerinde seyrederken yola kontrolsüz şekilde çıkan yayaya çarpan ve yaralanmasına sebebiyet veren sürücünün amacı, yayayı yaralamak değil, bir yerden bir yere gitmektir⁹⁴. Buradaki irade, netice yönelik olmamakla birlikte yani saik bir kimsenin yaralanması veya ölmesi olmamakla birlikte iradi bir hareketin varlığı söz konusudur.

Bir başka unsur olan hareket ile netice arasında nedensellik bağının bulunması, yalnızca taksirli suç bakımından değil ceza hukuku sorumluluğu açısından da gerekli ve önemli bir unsurdur. Kişinin ortaya çıkan neticeden sorumlu tutulabilmesi için neticenin o hareket sonucunda meydana gelmesi gerekmekte, nedensellik bağı yoksa failin sorumluluğu söz konusu olmamaktadır⁹⁵. Nedensellik bağının tespiti konusunda ise çeşitli teoriler bulunmakla birlikte öğretide kabul gören objektif

92 Trafik kazalarında kast genellikle olası kast çerçevesinde tartışma alanı bulmuş bilinçli taksir ile farkları ortaya konulmaya çalışmıştır. Bu tartışmalara çalışmamızın kapsamında olmadığı için yer vermeyecek olmakla birlikte ileride gerekli olduğunda olası kast-bilinçli taksir ayrımına ilişkin kısa açıklamalara yer verilecektir. Yargıtay tarafından trafik kazalarında olası kast-bilinçli taksir konusunda yapılan tartışmalar için bkz: Doğan (n 69) 349 vd; Topaç (n 4) 124 vd; Kaygusuz (n 5) 431

93 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu m. 48’de “Yapılan tespit sonucunda, 1.00 promilin üzerinde alkollü olduğu tespit edilen sürücüler hakkında ayrıca Türk Ceza Kanununun 179 uncu maddesinin üçüncü fıkrası hükümleri uygulanır.” düzenlemesine yer verilmiştir.

94 Koca ve Üzülmüş, ‘İş Kazaları’ (n 4) 241.

95 Artuk ve diğerleri (n 4) 249.

isnadiyet teorisine göre, netice kişinin hakimiyeti altında olmalı ve onun eseri olarak ortaya çıkmalıdır⁹⁶. Bu husus, taksirli suçlar açısından da geçerlidir. Bu nedenle netice, sürücünün dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması sonucunda oluşmamışsa taksirli sorumluluktan söz edilemeyecektir. Örneğin kırmızı ışıkta geçerek bir kimsenin yaralanmasına sebebiyet verilmiş, ardından yaralı olan yaya ambulansla hastaneye götürülürken yolda ambulansın kaza yapması sonucu ölmüşse, nedensellik bağının koptuğu kabul edilecek ve ölüm neticesi sürücüye isnat edilemeyecektir.

Taksirin son iki unsuru olan dikkat ve özen yükümlülüğün ihlali ve öngörülebilirlik unsurları çalışma konusu açısından en önemli iki unsurdur. Bu iki unsur ayrı başlıklar altında ele alınacak olmakla birlikte trafik kurallarının ihlali sonucu ortaya çıkan neticelerde sorumluluğun belirlenmesi bakımından önemlerini kısaca şu şekilde ifade edebiliriz:

Karayolları Trafik Kanunu'nda yer alan trafik kurallarına aykırı davranış, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık anlamına gelecektir. Bu kuralların ihlali kişilerin can ve mal güvenliğine yönelik hukuki değerlerin zarar görmesine neden olabilecektir. Keza bu kurallar bu değerleri korumaya yönelik kurallardır. Bu nedenle taksirin bu unsuru açısından trafik kurallarına aykırı davranan bir sürücü dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmış olacaktır. Ayrıca yazılı hukuk kuralının ihlali sonucunda ortaya çıkan taksir *özel taksir* olarak adlandırıldığından Karayolları Trafik Kanunu'na aykırı bir davranış sonucu ortaya çıkan netice bakımından kişinin özel taksirinin var olduğu söylenebilecektir. Özel taksirin varlığının kabul edildiği hallerde objektif olarak dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalinin var olup olmadığı ve de kişinin ayrıca dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal edip etmediğinin araştırılmasına gerek yoktur. Çünkü özel taksirin varlığı dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalinin varlığını ortaya koymaktadır. Bunun yanında özel taksir basit taksire karine teşkil ettiği görüşümüzü tekrar etmek gerekir. Özel taksir basit taksiri belirleme noktasında önemli bir belirtidir. Bu karine bağlamında düşünüldüğünde kişi bu neticeyi doğurabilecek hareketten ilgili hukuk kuralına uyarak kaçınabilecek ve kişiye karşı bu makul beklenti içine girilebilecektir. Ancak bunun bir karine olarak kabul edilmesinden hareketle özel taksir halindeki kişinin basit taksirinin dahi olmadığını söylemek mümkün olup bunun somut olayda ortaya konulması gerekmektedir.

Son olarak öngörülebilirlik unsuru, trafik kurallarına aykırı davranış sonucu ortaya çıkan netice açısından tartışmalı olan esaslı husustur. Özellikle Yargıtay'ın trafik kazaları sonucu ortaya çıkan ölüm ve yaralama neticelerinde basit ve bilinçli taksir noktasında vermiş olduğu kararlar bunu daha da tartışmalı hale getirmektedir. Çünkü Yargıtay taksirin unsuru olan öngörülebilirlik ile bilinçli taksirin unsuru olan neticenin fail tarafından öngörülmüş olması halini, somut olaylarda birlikte değerlendirmektedir. Neticenin öngörülebilirliği subjektif olarak değerlendirilmekle birlikte yazılı bir kuralının olduğu durumda neticenin öngörüldüğü ve hukuk kuralı ile önlenmeye çalışıldığı açıktır. Burada yazılı hukuk kuralı ile muhatap olan, kuralın varlığını bilen kişi bu kurala aykırı davrandığında ortaya çıkabilecek neticeleri bilebilecek durumda olan kişidir. Yani trafikte araç kullanan sürücü trafik kurallarının kazayı önlemeye çalıştığını bilebilecek durumdadır. Ancak sadece somut olayda öngörmemiş olabilir. Bu açıdan, kanaatimizce, yazılı hukuk kuralının varlığı, taksirli davranış sonucu ortaya çıkan neticenin bu kural ile muhatap olan kişi tarafından öngörülebilir

96 Objektif isnadiyet teorisi ve diğer teoriler için bkz. ibid 263 vd.

olduğuna karine teşkil etmektedir. Burada özel taksirde de ifade ettiğimiz gibi, öngörülebilirlik, basit taksirin unsuru olan öngörülebilirliktir. Aşağıda ayrıntılı ele alınacağı üzere, Yargıtay kararlarının aksine, bilinçli taksirde olan failin neticeyi öngörmesine rağmen hareketine devam etmesi açısından yapılan öngörülebilirlik değerlendirmesini kapsamamaktadır. Keza Yargıtay uygulamasının aksine burada özel taksirin basit taksire karine teşkil etmesi doğrudan basit taksirin uygulanacağı şeklinde de anlaşılmamalıdır. Keza karine bir varsayım olup aksi ispat edilebilir. Bu bakımından somut olaya göre, yazılı hukuk kuralına rağmen basit taksir seviyesinde dahi öngörüsü bulunmayabilecektir. Ancak Yargıtay kararlarına baktığımızda – ileride ayrıntılı görüleceği üzere – yazılı bir kurala aykırılık bilinçli taksire karine teşkil etmenin de ötesinde içtihat haline getirilmiştir. Bu bakımından özel taksirin basit taksire karine teşkil etmenin, Yargıtay kararları ile trafik kurallarına aykırılığın bilinçli taksir kabul edilmesi arasında önemli farklılık olduğunu düşünmekteyiz.

Sonuç olarak bütün bu unsurlar dikkate alınmak suretiyle söz konusu netice taksirle gerçekleştirilmiş mi, taksir söz konusu ise basit mi bilinçli mi belirlenmesi gerekir. Bu belirleme sonunda belirlemenin her türlü şüpheden uzak şekilde yapılması önemlidir⁹⁷.

B. TRAFİK KURALLARININ İHLALİNİN DİKKAT VE ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRILIK UNSURU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Trafikte bir kazaya neden olan kişinin ceza hukuku sorumluluğundan bahsedebilmek için karayolu trafiği için belirlenmiş olan kurallardan en azından birini ihlal etmiş olması gerekmektedir⁹⁸. Çünkü araç kullanmak, hukuk düzenince yasaklanmış bir eylem olmayıp, Karayolları Trafik Kanunu'nda ve ilgili diğer mevzuatlarda araç kullanırken uyulması gereken birtakım kurallara yer verilmiştir⁹⁹. Dikkat ve özen yükümlülüğü yükleyen bu hukuk kuralları, yukarıda da belirtildiği gibi zararlı neticeyi önlemeye yönelik davranışı önceden belirleyen önleyici nitelikte kurallardır. Trafik kuralları da araç kullanırken ortaya çıkabilecek trafik kazalarını önleyerek cana ve mala gelecek zararları önleme amacı taşır ve zararlı neticelerin ortaya çıkmaması için sürücülerin davranış biçimini belirler. Bu kurallardan biri olan güvenli seyir için öngörülmuş hız sınırlarına uyulmadığında yani sürücü hız sınırının üzerinde seyrettiğinde dikkat ve özen yükümlülüğü ihlal etmiş olacaktır¹⁰⁰. Bu nedenle de trafik kuralında belirtilmiş davranışa uygun hareket özenli olan davranıştır¹⁰¹. Bu özenli

97 Toroslu (n 21) 106. Bir Yargıtay kararında bu husus “...Dairemiz birçok kararında 100 promilin üstünü başka bir faktör aramadan bilinçli taksir kabul etmiş, 100 promilin altında olayı değerlendirmiştir. Söz konusu olayda hızla ilgili bir tespit olmadığı gibi, kişi iki bira içtiğini ifadesinde söylemiş ancak ölçümde de alkolüzsü çıkmıştır. Hız ve alkol açısından baktığımızda ortada şüphe vardır. Şüpheden sanık yararlanır ilkesine göre sanığın olayda bilinçli taksirle hareket ettiğinin kabul etmek mümkün değildir.” şeklinde ifade edilmiştir. Yargıtay 12 CD E 2013/2086 K 2014/15616. Erişim: uyap.gov.tr Erişim Tarihi: 29.07.2024.

98 Özgenç (n 23) 276.

99 Koca ve Üzülmüş, ‘İş Kazaları’ (n 4) 241.

100 ibid 241.

101 Apaydın, ‘Taksirli Suçlarda Kusur Belirlenmesi’ (n 33) 78. Ayrıca, sürücünün dikkat ve özen yükümlülüğüne uyması ancak gerek yaya gerekse bir başka sürücünün bir trafik kuralını ihlal etmesi nedeniyle ortaya çıkan neticeler açısından güven ilkesi değerlendirilmektedir. Örneğin ana yoldan ilerleye ve trafik kurallarına göre öncelikli geçiş hakkı bulunan sürücünün, tali yoldan gelen bir başka sürücünün geçiş yapmayacağına güvenerek hızını azaltamaması ve tali yoldan gelen sürücünün de kural ihlali yaparak kazaya neden olması halinde güven ilkesi gereğince ana yoldan giden sürücünün

davranışa aykırılık, kişinin hayatı ve vücut bütünlüğü üzerinde zararlara neden olmaktadır. Bu zararlı netice ise kişilerin hayatını ve vücut tamliğini korumaya yönelik TCK m. 85'de taksirle öldürme ve m. 89'da taksirle yaralama suçlarından sorumluluk meydana getirebilmektedir. Bu düzenlemeler taksirli fiil sonucu bir kişinin ölümüne veya yaralanmasına neden olunması halinde, dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal eden bütün olaylar bakımından öngörülen yaptırım olma özelliği taşımakta¹⁰² olduğundan trafik kazaları sonucunda ortaya çıkan suçlar olarak da karşımıza çıkmaktadır.

Karayolları Trafik Kanunu ile trafiğin düzgün seyretmesi ile ilgili sürücü belgesi alınma zorunluluğu, hız sınırı, trafik işaretlerine uyma gibi kurallar konulmuştur¹⁰³. Trafik kurallarına aykırı davranış özel taksir anlamına gelmektedir. Özel taksir dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalinin gerçekleştiği anlamına gelir ve ayrıca kişinin somut olayda dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal edip etmediği araştırılmaz. Çünkü artık dikkat ve özen yükümlülüğü somuttur. Bu nedenle de neticenin meydana gelmesinde failin dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal edip etmediğinin tespitinde sadece hukuka uygun olarak ilgili kamu kurum ve kuruluşları tarafından konulmuş bulunan uyulması zorunlu olan bir kuralın ihlal edilip edilmediğine bakılmaktadır. Bu durumda hakimın takdirine gerek olmayıp yalnızca uyulması gerekli yazılı kuralın ihlal edilip edilmediği tespit edilecektir. Örneğin kırmızı ışıkta geçen bir kimsenin yaralanmasına neden olan sürücünün taksirden sorumlu tutulabilmesi için sadece kırmızı ışık ihlali yapıp yapmadığına bakılacak ve kırmızı ışık kuralını ihlal eden sürücü taksirden sorumlu kabul edilecektir¹⁰⁴. Yani sürücünün trafik kuralına aykırı bir davranışı söz konusu ise taksirin unsurlarından olan dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlal edildiği açıktır ve ayrıca dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal edip etmediğinin değerlendirilmesine gerek kalmamaktadır. Tabi ki burada yazılı hukuk kuralının ihlali yeterli olmakla birlikte sorumluluk ihlalden doğan bütün neticeleri kapsayacak şekilde genişletilmemesine dikkat edilmelidir. Burada ilgili kuralın konuluş amacı da dikkate alınarak kuralın önlemeyi amaçladığı neticeden birinin gerçekleşmiş olması gerekmektedir¹⁰⁵. Yine taksirin diğer unsurlarının da oluşması gerektiği unutulmamalıdır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi yazılı kurallara aykırılık halinde taksirin varlığı sadece bir karinedir¹⁰⁶. Kurala

dikkat ve özen yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilir. Gökcan (n 18) 14. Ancak burada somut olaydaki üçüncü kişinin davranışlarının kurala uymayacağı yönünde bir öngörü meydana getirmesi güven ilkesinin bir istisnası olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin kendisine yeşil ışık yanan taşıt sürücünün bu sırada bir çocuğun topunu almak için yola doğru koştuğunu görmesi halinde hareket etmemesi veya yavaş hareket etmesi gerekmektedir. Bu olayda sürücü yola çıkmamalıdır. Bu nedenle de güven ilkesine dayanması söz konusu olmayacaktır. Gökcan (n 18) 24. Trafikte güven ilkesine yönelik açıklamalar ve örnekler için ayrıca bkz Gökcan (n 18) 21 vd.

102 Koca ve Üzülmüş, 'İş Kazaları' (n 4) 244

103 Demirbaş (n 5) 428.

104 Hafızogulları ve Özen (n 37) 275.

105 ibid 275.

106 Apaydın'a göre taksir karinesi kabul edilemez. Çünkü somut olaylarda taksirin ispatlanmasından vazgeçildiğinde sorumluluk için yalnızca maddi nedensellik yeterli kabul edilecek bu da kusurlu sorumluluğun ortadan kalkması anlamına gelecektir. Apaydın, 'Taksirli Suçlarda Kusurun Belirlenmesi' (n 33) 82. Ancak kanaatimizce taksir karinesinin kabulünde, nedensellik bağı dışında gerekli olan diğer unsurlardan vazgeçilmemektedir. Yazılı bir hukuk kuralının ihlal edilmesini taksirli suçların en önemli göstergesi olan dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlal edildiğinin ve öngörülebilirlik değerlendirilmesinde de yazılı bir hukuk kuralının olmasını ve bu kural ile muhatap olan kişinin neticeyi öngörebilir, sübjektif özelliklere sahip olduğunun kanıtı olarak görmekteyiz. Şunu da belirtmek gerekir ki karine aksi ispat edilebilir olduğundan yazılı bir hukuk kuralına aykırılık halinde kişinin diğer unsurların oluşmaması nedeniyle taksirden sorumluluğuna gidilememesi de mümkün bir sonuçtur.

aykırı hareket ile taksirin diğer unsuları oluşmamışsa, örneğin netice arasında nedensellik bağı sabit değilse fail sorumlu olmayacakken, nedensellik bağı varsa ve diğer unsurlar da varsa kurallara aykırı hareketin taksire neden olduğu kabul edilebilecektir.

Sonuç olarak, Karayolları Trafik Kanunu'nun ihlali ile kişinin ölümü ve yaralanmasına neden olunması halinde fail bu suçlardan sorumlu tutulacaktır. Ancak bu noktada belirtilmelidir ki, Kanunda yer alan bu düzenlemelerde belirtilen ceza miktarı basit taksire ilişkindir. Eğer eylem bilinçli taksir ile işlenmişse TCK m. 85 ve m. 89'da belirtilen cezalar TCK m. 22/3 gereğince üçte birden yarısına kadar artırılacaktır. Bu noktada da taksirin çeşidinin belirlenmesi bakımından yani bilinçli taksirle sorumluluğun kabul edilmesi için failin, neticeyi sübjektif olarak öngörmesi gerekmektedir. Yargıtay kararlarına bakıldığında örneğin trafik kurallarına aykırılık, bilinçli taksirin karinesi olacak şekilde, bazı trafik kurallarına aykırılık ancak fail açısından ayrıca yapılan sübjektif değerlendirme sonucunda bilinçli taksir olarak kabul edilmiştir. Kanaatimizce yazılı hukuk kurallarına aykırılık, yalnızca basit taksire ilişkin sorumluluğun tespitine karine teşkil edeceğinden, sübjektif değerlendirmeyi gerektiren bilinçli taksirde öngörülebilirlik ayrıca değerlendirilmelidir. Yargıtay kararlarında ifade edilen öngörme yükümlülüğü, öngörme karinesi anlamına gelmekte ve kusur sorumluluğu ilkesi ile çelişmektedir. Somut olayda neticenin fail tarafından öngörülmüş olduğunun yani failin meydana gelen neticeyi zihninde canlandırmış olduğunun ortaya konulması gerekir¹⁰⁷. Aslına bakıldığında, trafik kuralını ihlal ettiğinin farkında olan kişi, neticeyi öngörebilecek durumdadır. Ancak bu şekilde genel bir kabul benimsenmesi halinde objektif sorumluluk anlayışı ortaya çıkacaktır. Objektif sorumluluk anlayışından vazgeçilmesi ise yazılı hukuk kurallarına aykırılık halinde doğrudan failin bilinçli taksirle hareket ettiği kabulüne engel olacaktır.

C. TRAFİK KURALLARININ İHLALİNİN ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK UNSURU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Taksirli sorumluluğun belirlenmesinde öngörülebilirlik iki aşamalı bir inceleme ile değerlendirilmekte; öncelikle neticenin öngörülebilir bir netice olup olmadığı ve taksirli sorumluluğun doğup doğmayacağı tespit edilmektedir. İkinci aşamada ise öngörülebilir netice, fail tarafından somut olayda öngörülmüş mü öngörülmemiş mi incelemesi yapılarak taksirin türüne karar verilmektedir. Neticenin öngörülebilir olup olmadığı ve failin bu neticeyi öngörüp öngörmediği ile failin neticeyi isteyip istemediği, somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir¹⁰⁸.

İlk aşamada neticenin öngörülebilir bir netice olması gerekliliği taksirli suçları kaza ve tesadüften ayırmaktadır. Eğer kişinin yapmış olduğu hareketin neden olduğu netice öngörülebilir bir netice değilse sorumluluktan da bahsedilemeyecektir. Bu bağlamda fail ile benzer özelliklere sahip kimseler dikkate alındığında netice öngörülebilir bir netice ise taksirin varlığından söz edilebilir. Trafik kurallarına aykırılık durumunda kişinin özellikle bilgi düzeyi bakımından bakıldığında trafiğe çıkmış her sürücünün, neticeyi somut olay anında belirli sebeplerle öngörmemiş olsa bile, trafik kurallarına aykırı hareket ettiğinde ölüm veya yaralama neticesinin meydana gelebileceğini hem sübjektif olarak

¹⁰⁷ Toroslu (n 21) 107.

¹⁰⁸ Yiğit (n 73) 123.

hem de objektif olarak öngörebilecek durumda olduğu söylenebilecektir¹⁰⁹. Keza başkalarına zarar verebilecek neticeyi önlemeye yönelik davranış kuralları resmi makamlar tarafından öngörülmüş ve yazılı hale getirilmiştir¹¹⁰. Bu nedenle de yazılı bir kural halini almış dikkat ve özen yükümlülüğü varsa bu yazılı hukuk kuralı belirli değerleri korumak için getirilmiş ve yazılı hukuk kuralını bilen kişi bu kuralın belirli olumsuz neticeleri korumayı amaçladığını bilebilecek durumda olacaktır. Aslına bakıldığında, kırmızı ışık yandığını gören ve kırmızı ışıkta geçen fail, diğer yollardan yaya veya arabaların geçebileceği öngörüsü ile karşı karşıya kalmaktadır. Failin yan yoldan birinin geldiğini tahmin edemeyecek durumda olması kural olarak mümkün olmayıp çünkü kendisine yanan kırmızı ışık başka bir yoldan (kendisine yeşil ışık yanan yönden) birinin çıkabileceğini de göstermektedir. Aynı şekilde, alkolün algılama yeteneği üzerinde etkisi bilinen bir durum olduğundan alkollü araç kullanan kişi bakımından ortaya çıkan neticenin öngörülemeyen olduğunu söylemek zorlaşacaktır. Bu nedenle taksirli neticenin öngörülebilir bir netice olması unsuru gerçekleşmektedir.

Görüşümüze benzer yönde *Demirbaş*'a göre de kanun tarafından konulan kurallara aykırı hareket eden bireyin neticeyi öngörebilecek durumda olduğu karine olarak benimsenebilecektir. Yazara göre hız sınırının 50 km olduğu yerde 120 km hızla giden sürücü yayaya çarpabileceğini öngörür niteliktedir ve "yaya aniden fırladı" demesi taksirini kaldırmayacaktır¹¹¹⁻¹¹².

Sonuç olarak, taksir-bilinçli taksir ayrımı, dikkat ve özen yükümlülüğün ihlali ile değil neticenin öngörülüp öngörülmemesine göre yapılmaktadır¹¹³. Özel taksir eylemi gerçekleştiren kişinin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davrandığını ortaya koyar. Ancak taksirin esas ayrımı olan basit ve bilinçli taksirin belirlenmesinde önemli unsur öngörülebilirlik unsurudur ve öngörülebilirlik değerlendirilmesidir. Öngörülebilirliğin var olduğu belirlendikten sonra, neticenin somut olayda fail tarafından öngörülüp öngörülmediği tespit edilecek ve bu tespite göre basit veya bilinçli taksir olup olmadığına karar verilecektir. Kişi alkollü olmasına rağmen somut olay sırasında neticenin gerçekleşeceğini öngörmemiş olabilecektir. Bu durumda kişinin taksirinden bahsedilebilse bile doğrudan bilinçli taksirle hareket ettiğinden söz edilemeyecektir. Belirtmek gerekir ki taksirli hareket

109 Yargıtay sürücüler yanında yayalar için de benzer bir değerlendirmede bulunmuştur. Yüksek Mahkeme bir kararında, "... Taksirli suçlarda öngörülebilir sonucun tüm detaylarının öngörülmesi ya da öngörülebilir olması da şart değildir, yayanın trafik kurallarını ihlal etmek suretiyle aniden yola çıkması halinde bir aracın ona çarpabileceği ya da çarpmamak için direksiyonu kırmaması nedeniyle trafik düzeninin bozulabileceği, böylelikle de başkalarının hayatı ve vücut bütünlüğüne yönelik olarak yaralanma ya da ölüm olayının gerçekleşebileceği herkes tarafından öngörülebilir bir durumdur. Gerçekleşen neticenin bütün ayrıntı ve inceliklerinin tahmin edilebilir olmasına gerek bulunmayıp, sonucun genel olarak öngörülebilir olması taksirin varlığı için yeterlidir. Bunun yanında yayaların zarara uğrama ihtimalinin daha yüksek olması, araç yoluna kontrolsüz giren yayanın başkalarına zarar vermek suretiyle tehlikeye neden olacağının öngörülebilir olması gerçeğini değiştirmeyecektir". YCGK E 2013/12-10 K 2014/80; 18.2.2014 Aktaran: Birtok (n 29) 82.

110 Zafer (n 5) 259.

111 Demirbaş (n 5) 419.

112 Yine aynı yönde *Doğan*, bir trafik kazasında olası kast – bilinçli taksir ayrımına ilişkin yapmış olduğu değerlendirmelerinde şu şekilde açıklamalara yer vermiştir: "...saniğin alkollü şekilde araç kullanmasının, hız sınırlarını ihlal etmesinin, tehlikeli şekilde şerit değiştirmesinin kaza riskini artıracak, araçta beş kişi varken bunun araçta bulunanların veya diğer trafik katılımcıların ölümüne neden olabileceğini öngörmediğini söylemek mümkün değildir. Ehliyeti olan her vatandaş objektif bir değerlendirmeye bunların ölümlü bir kazaya neden olacağını öngörür. Tecrübe kuralları ve mantık bunun kabulünü gerekli kılar." *Doğan* (n 69) 373.

113 Birtok (n 29) 102.

şeklinin bir görünüşü olan somut olayların her birini bilinçli taksir içine sokmak mümkündür. Geçme yasağı olan bir yolda karşıdan araba gelip gelmediğini göremeyen sürücü bu yasağa rağmen öndeki aracı sollamaya kalksa ve kaza yapsa; hız limitlerinin üzerinde araç kullanılsa veya öndeki araç yakın mesafeden takip edilse veya kırmızı ışık ihlali bulunsal bilinçli taksirin varlığını kabul etmek gerekecektir. Bu nedenle de her somut olayda neticenin fail tarafında öngörülebilir olup olmadığı failin neticenin meydana gelmeyeceğini inanıp inanmadığı ayrıca araştırılmalıdır¹¹⁴. Ancak özel taksirin bulunduğu somut olaylarda failin en azından basit taksirinin olduğunu bir karine seviyesinde söylemek mümkünken aksinin belirlenmesi yani kişinin basit taksirinin dahi olmadığı belirlenmesi mümkündür. Keza özel taksirin olduğu olaylarda failin somut olayda neticeyi öngörebileceğini söyleyerek doğrudan bilinçli taksir olduğunu söylemek sorunlu noktayı oluşturmaktadır. Çünkü bu şekilde genel bir kabul benimsenmesi halinde objektif sorumluluk anlayışı ortaya çıkacaktır. Modern Ceza Hukuku sistematğinde objektif sorumluluk anlayışından vazgeçilmesi, yazılı hukuk kurallarına aykırılık halinde doğrudan bilinçli taksir olduğunun kabul edilmesine engel olacaktır.

D. YARGITAY’IN TRAFİK KURALLARINA AYKIRILIK SONUCUNDA GERÇEKLEŞEN ÖLÜM VE YARALAMALARI MATBU İFADELERLE BİLİNÇLİ TAKSİR KABUL ETMESİ SORUNU VE OBJEKTİF SORUMLULUK TEHLİKESİ

1. Genel Olarak

Yargıtay’ın trafik kazası sonucunda gerçekleşen ölüm ve yaralama neticelerine yönelik vermiş olduğu pek çok kararı vardır. Yargıtay kararına konu olan bu olaylar alkollü araç kullanılması, hız limitinin aşılması, dönüş veya şerit ihlali yapılması, yanlış sollama vb. şekilde gerçekleşen kısaca Karayolları Trafik Kanununa aykırılık teşkil eden hareketlerden kaynaklı olarak ortaya çıkmaktadır. Yargıtay’ın dikkat ve özen yükümlülüğünün yazılı kurallarla belirlendiği durumlarda ilgili kurala uyulmamasını neticenin öngörülebildiğine karine teşkil ettiği görüşünde olduğunu en başta ifade etmek gerekir. Bunun sebebi ise yukarıda pek çok defa belirtilen, taksirde dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali ile bilinçli taksir açısından gerekli neticenin öngörülmesi unsurlarına ilişkin yanlış değerlendirmelerdir. Bu nedenle de Yargıtay’ın yazılı bir hukuk kuralının ihlali şeklinde ortaya çıkan trafik kazalarına ilişkin olaylarda da vermiş olduğu kararlarına bakıldığında sürücünün hız limiti, alkollü araç kullanımı, kırmızı ışıkta geçme gibi bir trafik kuralının ihlal edilmesi durumlarında manevi unsuru bilinçli taksir olarak kabul etme eğilimi olduğu görülmektedir.

Tarafımızca da kabul edilen taksir karinesi Yargıtay tarafından kanaatimizce yanlış bir şekilde kullanılmaktadır. Yargıtay, kararlarında – ileride de görüleceği gibi – bu karineyi bilinçli taksir yönünde kabul etmektedir. Çalışmanın konusunun oluşturan esaslı sorun da buradan kaynaklanmaktadır. Yazılı bir hukuk kuralına aykırılığın taksire karine teşkil etmesi ile bilinçli taksire karine teşkil etmesi arasında ciddi farklılıklar vardır. Çünkü bilinçli taksir halinde olay anındaki subjektif öngörülebilirlik

114 Özbeke ve diğerleri (n 5) 506.

değerlendirmekte ve kişinin basit taksire göre daha ağır cezalandırılmasını gerektirmektedir¹¹⁵. Bu çerçevede bilinçli taksirde sübjektif olarak değerlendirilmesi gereken neticenin öngörülmesi olması unsuru kararlarda ayrıca değerlendirmeden bilinçli taksirin varlığı yönünde karar verilmesi sorunlu noktayı oluşturmaktadır. Ayrıca bu kararlardaki bir diğer sorun Yargıtay'ın öngörülebilirliğe ilişkin matbu ifadeler kullanmasıdır. Yargıtay vermiş olduğu kararlarda basit taksirden ayıran en önemli husus olan failin somut olayda neticeyi sübjektif olarak öngörmesi hususuna değinmemesi ve basmakalıp ifadelerle yalnızca kural ihlaline dikkat çekerek bilinçli taksiri kabul etmesi de bir başka esaslı meseleyi oluşturmaktadır¹¹⁶. Failin neticeyi öngördüğü hâlde tecrübesine, şoförlük yeteneklerine, şansına veya önceki tecrübelerine güvenerek objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ettiği ve neticeyi öngördüğü ancak istemediği şeklinde ifade edilmektedir. Ancak bu gerekçelerin her somut olayda bir arada var olması mümkün değildir. Keza Yargıtay da somut olayda failin neye nasıl güvendiğini ya da bu hususlardan hangisine göre neticeyi öngörüp öngörmediğini açıklamamaktadır. İşte bu nedenlerle trafik kurallarının ihlali sonucu verilen kararlar tartışma konusu haline gelmektedir.

Bu yönde öncelikle Yargıtay'ın trafik kazalarında bilinçli taksiri kabul etme eğilimine ilişkin doktrinde yer alan görüşleri aktaracak ardından Mahkemenin vermiş olduğu kararlar üzerinden bazı değerlendirmeler yapmak istemekteyiz.

2. Öğretideki Görüşler ve Kanaatimiz

İlk olarak, *Gökçen* trafik kurallarına aykırı davranma şeklinde ortaya çıkan dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık hallerinde basit-bilinçli taksir ayrımı yapılmasında zorluk olduğunu belirtmiştir¹¹⁷. Yazara göre; meskun mahalde hız sınırının çok üzerinde seyredilmesi veya kırmızı ışık yandığında yayaların geçmeye başlamamasına güvenerek hareket eden failin kaza yapması ve yayaların ölümüne sebebiyet vermesi halinde yayaların geçebileceği genel bir şekilde öngörülmesine rağmen geçemeyeceklerine güvenilerek yola devam edilmesi halinde bilinçli taksir söz konusudur. Ancak sürücünün dikkatsiz davranarak ışığı fark etmeden geçmesi, yayanın trafik ışığı olan yaya geçidini kullanmadan kontrolsüzce yola girmesi veya yaya geçidi ile trafik lambası bulunmayan yol kenarında koyu renk elbisesiyle dolaşması, sürücünün neticeyi öngördüğü anlamına gelmeyecek ve ayrıca bu örneklerde bilinçli taksir de gündeme gelmeyecektir¹¹⁸.

115 TCK m. 50/4 noktasında da eylemin basit mi bilinçli taksirle mi işlendiği önem taşıdığı burada belirtilmelidir. Yine TCK m. 89/5'e göre basit taksir halinde şikayet gerekli iken bilinçli taksir halinde şikayet şartı aranmayacaktır. Bu iki husus da mahkeme kararlarına konu olmuş iki önemli konu olmakla birlikte çalışma konusu kapsamı dışında tutulmuştur. Bu husus için ayrıca bkz Doğan ve Meraklı (n 14) 114.

116 Yargıtay'ın trafik kazalarına ilişkin olaylarda kimi zaman da olası kast-bilinçli taksir ayrımını tartıştığı görülmektedir. Bu konudaki tartışmalar için bkz Doğan (n 69) 349 vd.

117 Gökçen (n 16) 47.

118 ibid 49. Kanaatimizce bu örneklerde ilk bakışta bilinçli taksirin varlığından söz edilemeyecek olsa da somut olaya göre sübjektif değerlendirme yapılmadan bu sonuca ulaşılması mümkün değildir. Örneğin ikinci örnekte o mahallede yaşayan ve yaya geçidi olmamasına rağmen yayaların karşıdan karşıya geçtiğini bildiği bir yerde dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranan ve hatta somut olay anında yola atlayan yayaları görebileceğini mesafede olan sürücünün söz konusu neticeyi sübjektif olarak öngörebileceği de söylenebilecektir.

Zafer'e göre; failin dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal ettiğinin tespiti kolay olmakla birlikte, bu davranışı nedeniyle meydana gelecek olan neticeyi öngörüp öngöremediğinin, öngördü ise isteyip istemediğinin tespiti zordur. Yani somut olayda basit taksir ile bilinçli taksirin söz konusu olduğunu tespit etmek güçtür. Uygulamada genellikle suça ilişkin olarak yapılan değerlendirmelerde gerekçe gösterilmemektedir. Ancak dikkatsizliğin ve özensizliğin çok bariz olduğu halde kişinin neticeyi öngörmüş olduğu kabul edilmektedir. Failin kasten mi taksirle mi hareket ettiğinin ispat edilemediği hallerde şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince taksirle hareket ettiğinin kabulü gerekir¹¹⁹⁻¹²⁰.

*Torosl'u*ya göre, Yargıtay istikrarlı biçimde belirli bir promilin üzerinde alkollü olunması halinde bilinçli taksire hükmetmesine rağmen, alkol etkisi altında kaza yapan sürücünün peşinen bilinçli taksirli olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir. Bu durumda ancak yazılı bir hukuk kuralının ihlali nedeniyle özel taksir söz konusudur¹²¹.

Helvacı'ya göre; ülkemizde her yıl alkollü araç kullanmaktan kaynaklanan trafik kazaları neticesinde pek çok kimsenin hayatını kaybetmesi dikkate alınarak, kanun koyucunun yasal düzenlemelerle alkol kullanımı azaltmak için ağır yaptırımlar öngörmesi gerektiği önemli bir gerçektir. Ancak Yazara göre sadece alkollü araç kullanımını caydırmak için bilinçli taksir kapsamının yorum yoluyla genişletilmemesi gerekmektedir¹²².

Apaydın'a göre, ülkemizdeki özellikle trafiğe ilişkin birçok olayda bilinçli taksirin oluştuğunu kabul etmek mümkündür. Çünkü trafikte olağan hale gelmiş kural ihlallerinde, netice öngörülebilir. Yazara göre kışın buzlanma ihtimaline karşı zincir takılmaması, trafiğin yoğun olduğu bir saatte ara sokakta normalin çok üzerinde süratli araç kullanılması, araçta bulunan arızaları bilmesine rağmen yola çıkmak gibi örnekler verilebilir.¹²³ Ancak her somut olayda bilinçli taksirin olup olmadığı, tüm deliller incelenerek belirlenmelidir. Failin olay öncesi, sırası ve sonrası davranışları, tecrübeleri, alkollü olup olmadığı ve alkolün derecesi, hızı ve hız limitlerini aşıp aşmadığı, fren izleri, çarpışma noktası gibi pek çok husus incelenerek neticeyi öngörüp öngömediği araştırılarak bilinçli taksirin mevcut olup olmadığı tespit edilmelidir¹²⁴.

Turhan'a göre, trafikte kişilerin dikkatsiz ve düşüncesiz hareket etmesi nedeniyle başkalarının yaralanması ve ölümü ile neticelenen olayların çokluğu nedeniyle, Yargıtay'ın bilinçsiz taksir kabul edilebilecek durumlarda dahi olası kastın oluştuğunu kabul etmesi, daha ağır ceza verme eğilimini göstermektedir. Ancak toplumda tepkilere yol açmamak adına Kanun'un bu şekilde yorumlanması ve kapsamının

119 Zafer (n 5) 264.

120 Bu bağlamda Yazarın Yargıtay'ın trafik kazalarına ilişkin vermiş olduğu örnek kararlar için bkz ibid 264, dn.129, 130, 131.

121 Toroslu (n 21) 117. Yazara göre muhakkak ki alkollü sürücünün neticeyi öngörmüş olduğunun başka unsurlarla ortaya konulması halinde bilinçli taksirle hareket ettiği kabul edilebilir. Örneğin 209 promil alkollü olan sürücünün okul geçidinden geçmekte olan çocuğa hızını düşürmeden çarpması ya da 84 promil alkollü sürücünün kırmızı ışıktaki duran arabaya arkadan çarpması hallerinde olduğu gibi. Toroslu (n 21) 118.

122 Dilek Helvacı, 'Alkollü Araç Kullanma ve Taksir' (2010) (1) Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi (Köksal Bayraktar'a Armağan, 1. Cilt) 1425,1430.

123 Apaydın (n 5) 266.

124 ibid 267.

geniştirilmesi doğru bir yöntem değildir¹²⁵. Bu nedenle Yazara göre Yargıtay içtihatları dikkate alındığında, Alman Ceza Kanununa yeni bir suç tipi olarak yasadışı araba yarışları ile ilgili eklenmiş olan hüküm¹²⁶ gibi trafikte gerçekleşen olaylara ilişkin yeni bir suç tanımına yer verilmesi bakımından suç ve ceza politikası açısından daha uygun olacaktır¹²⁷. İtalya'da da trafik kurallarına aykırılık halinde ortaya çıkan ölüm neticesi pek çok mahkeme kararının tartışması söz konusu olmuş, mahkemeler bu açıdan olası kast-bilinçli taksir tartışmasında olası kasttan taraf olarak karar vermeye başlamıştır. Ancak bu durum pek çok eleştiri ile karşılaşmış ve nihayetinde İtalyan Ceza Kanununa trafik kazaları ile ilgili özel bir düzenlemeye yer verilerek çözüm bulunmuştur¹²⁸. Tartışmalar sonrası İtalyan Ceza Kanununun 589bis maddesinin 1. fıkrasında yer verilen düzenleme şu şekildedir: “*Trafik kurallarına taksirle uymamak nedeniyle bir kimsenin ölümüne neden olan kişi iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*”¹²⁹. Ayrıca suçun nitelikli hallerine de yer verilmiştir. Suçun nitelikli hallerinden biri sürücünün alkol ve uyuşturucu madde etkisi altında olmasıdır. İlgili düzenleme ve İtalyan trafik mevzuatına göre belirli promil değerlerine göre ayrı ayrı fıkralarda düzenlemelere yer verilerek, alkollü sürücülerin, yer alan özel düzenlemeye göre cezalandırılmaları öngörülmektedir. Yine aynı düzenlemede belirli hız sınırının üzerinde araç kullanan kişilerin, ölümle neticelenen trafik kazasına neden olması hali de ayrıca yer bulmuştur¹³⁰.

125 Turhan (n 67) 494. Aynı yönde Reşit Karaaslan, ‘Ölüm veya Yaralanma ile Sonuçlanan Yasadışı Araba Yarışlarının Olası Kast-Bilinçli Taksir Ayrımı ve Objektif İsnadiyet Teorisi Çerçevesinde Değerlendirilmesi’ (2019) (145) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 203, 242. Karaaslan’a göre, özellikle olası kast ile bilinçli taksir arasındaki ayrımının belirlenmesi için TCK m. 81, 84, 86 ve 89’da yer alan cezalar dikkate yeni bir suç tipinin ihdas edilmesi yerinde olacaktır. Yazara göre, trafikte başlarının can ve mal güvenliğini tehlikeye atan kişilerin cezai sorumluluğunun belirlenmesi hususu, birbirine çok benzeyen olaylarda farklı sonuçlara neden olan ve hukukçu olmayan kişilerce de hukuk güvenliğinin sorgulamasına yol açan olası kast-bilinçli taksir ayrımının bağımsızlaştırılmasını sağlayacaktır. Karaaslan (n 125) 242. Kanaatimizce aynı tespit basit-bilinçli taksir ayrımı açısından da etkili olacak bir çözüm yoludur.

126 Almanyada özellikle farklı yöndeki mahkeme kararları ile tartışmalı hale gelen yasadışı araba yarışları 2017 yılında Alman Ceza Kanunu’nun 315d paragrafı (§ 315d StGB) ile düzenleme altına alınmıştır. Bu hükmün ilgili kısmı şu şekildedir: “*her kim yasadışı araba yarışı sırasında neden olduğu kaza sonucu bir başkasının ölümüne veya yaralanmasına neden olursa on yıla kadar, hafif hallerde ise altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*”. Aktaran: Karaaslan (n 125) 241. Almanyada tartışmaya neden Alman Mahkeme kararı için ayrıntılı bilgi için bkz Doğan ve Meraklı (n 14) 115.

127 Yazar olası kast-bilinçli taksir ayrımına ilişkin içtihatlar kapsamına bu sonuca ulaşsa da yapmış olduğu değerlendirmelerinde, failin olay anındaki mevcut bilgisinin kararlar yeterince tespit edilemediğini ifade etmiştir. Bu kapsamda Yazarın bu önerisinin basit-bilinçli taksire ilişkin kararlarda var olan eksiklikler için de geçerli ve yerinde bir çözüm olduğu kanaatindeyiz. Turhan (n 67) 492-494.

128 Söz konusu tartışmalar ve hükmün düzenleniş süreci için bkz Taşkın (n 81) 367 vd.

129 Aktaran: ibid 371 vd.

130 İtalyan Ceza Kanunu 589bis 3. fıkra da yer alan ilgili hüküm şu şekildedir: “*Motorlu araç sürücüsü, 30 Nisan 1992 tarih ve 285 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 186/2-c ve 187. Maddeleri ihlal edecek şekilde, alkol, uyuşturucu ve uyarıcı maddenin yol açtığı psikofiziksel bir değişimin etkisi altında ölüme neden olursa 8 yıldan 12 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*”. Aktaran: Taşkın (n 82) 372. Ayrıca aynı maddenin 4 ve 5. fıkralarına göre; “*30 Nisan 1992 tarih ve 285 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 186. Maddesinin 2/bendinde işaret edilen durum hariç olmak üzere alkollü şekilde araç kullanırken bir kimsenin ölümüne yol açan kişi beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (dördüncü fıkra). Aynı ceza ayrıca şu hallerde uygulanır: Şehir merkezince 70km/h den az olmamak üzere izin verilen hız sınırının iki katından fazla süratle araç kullanan veya şehir dışı yollarda izin verilen 50 km/h üzerinde araç kullanırken ölüme neden olunması durumunda, kırmızı ışık ihlali yapılması, geçiş önceliği kuralına uyulmaması, kavşaklarda hareket yönünün tersine araç kullanılması ve hatalı sollama yapılarak yaya veya araca çarparak ölüme neden olunması halinde” (beşinci fıkra).*”. Aktaran: Taşkın (n 81) 374. Son olarak aktarmak istediğimiz bir düzenleme de aynı maddenin 6. fıkrasındaki düzenlemedir. Bu düzenlemeye göre, önceki fıkralardaki düzenlemeye göre kazaya neden olan sürücü, ehliyetsiz, ehliyeti iptal edilmiş veya ehliyetine el konulmuş ise ya da zorunlu trafik sigortasının yokluğunda kaza yapmışa cezası artırılacaktır. Aktaran: Taşkın (n 81) 375.

Son olarak Kaygusuz'un bu yöndeki görüşlerini aynen aktarmak istemekteyiz. Yazara göre “... TCK'nın 22. maddesinde bilinçli taksirin tanımına yer verilirken, uygulamaya sınırlayıcı etki yaratmaması bakımından, hangi hallerin bilinçli taksir kavramı içerisinde kaldığının tek tek sayılması yoluna gidilmemiş, bu husus uygulamaya bırakılmış, yerleşik uygulamalar ile bilinçli taksir kabulleri belirlenmiştir... Yargıtay 12. Ceza Dairesinin ve Yargıtay Ceza Genel Kurulunun süre gelen yerleşik içtihatları ile, trafik kazaları bakımından hangi kural ve ihlallerinin bilinçli taksiri meydana getirdiği hususunda ayrıntılı açıklamalar yapılacak, uygulama birliğinin sağlanmasına katkıda bulunulması amaçlanmıştır.”¹³¹

Kanaatimizce bilinçli taksir bir “kabul” olamayacağı gibi bilinçli taksire giren hallerinde tek tek sayılması söz konusu olamayacaktır. Manevi unsur olan bilinçli taksir hallerinin tek tek sayılması kişinin belirli durumlarda sorumluluğuna doğrudan gidilebileceği anlamına gelecek ve sayılan bu haller bakımından objektif sorumluluk ilkesinin kabulü sonucu doğuracaktır. Keza yazarın görüşünde belirtmiş olduğu yerleşik uygulamalarda belirlenen “bilinçli taksir kabulleri” yukarıda aktarılan doktrindeki görüşlerle ve tarafımızca eleştirilen durumdur. Keza kanaatimizce subjektif öngörülebilirliğin dikkate alınması gerekli taksirde, hangi kural ihlallerin bilinçli taksir olduğunun bu belirlenmesi ile uygulamada birliğin sağlanacak olması sorunlu bir tespittir.

Kanaatimizce her ne kadar yazılı hukuk kuralının olduğu durumlarda taksir karinesini kabul etmek de Yargıtay'ın yaklaşımı ve vermiş olduğu kararlarda kullanmış olduğu matbu ifadelerle bilinçli taksire hükmetmesi kabul edilebilir değildir. Kanaatimizce bu uygulama, fazla cezalar vererek trafik kazalarının azaltılması yönünde bir misyonun belirlenmesinin sonucu olabilir. Bu uygulamanın hukuka uygun kabul edilebilmesi ve amaca uygun olması için iç hukukumuz bakımından da Alman ve İtalyan Ceza Kanunlarında yer alan düzenlemelere benzer düzenlemelere yer verilebilir. Özellikle belirli bir promil üzerinin “otomatik” olarak götürü şeklinde bilinçli taksir olarak kabul edilmesi yerine taksirli yaralama ve öldürme suçlarında özel bir düzenleme şeklinde yer bulması kanunilik ilkesine daha uygun düşecek bir çözüm olacaktır.

3. Yargıtay Kararları

a. Alkollü Araç Kullanımına İlişkin Kararlar

Yargıtay içtihatlarına göre 1.00 promilin üzerinde alkol veya uyuşturucu madde alınması bilinçli taksirli suçun oluşması için yeterlidir. Yargıtay, bu yönde vermiş olduğu kararlarında kişi hakkında bilinçli taksirle hükmedilmesine yönelik gerekçe olarak yalnızca kişinin alkol promil miktarına işaret etmektedir. Bu bakımdan Yargıtay bireysel farklılıkları ortadan kaldırarak 1.00 promilden yüksek olan alkol düzeyinin güvenli sürüş yeteneğini ortadan kaldırdığını ve meydana gelen olaylarda bilinçli taksirin olduğunu kabul etmektedir¹³². Keza Mahkeme vermiş olduğu bir kararında, bu hususu “Adli Tıp Kurumunun bilimsel verilere dayanarak oluşturduğu görüşlere ve Dairemizin yerleşmiş uygulamalarına göre, 100 promilden fazla alkol miktarı güvenli sürüş yeteneğini ortadan

¹³¹ Kaygusuz (n 5)

¹³² Yiğit (n 73) 128; Kaygusuz (n 5) 326.

kaldıracağından, bilinçli taksir hükümlerinin uygulanması gerektiğinin kabul edildiği...” şeklinde açıkça ifade edilmiştir¹³³. Bu kararlarda verilen hükmün aynı yönde olması yanında matbu ifadeler kullanılmış olması ve bilinçli taksirin öngörülebilirlik unsurunun somut olaya özgü yer, zaman ve benzeri hiçbir ifadeye yer verilmeksizin aynı ifadelerle tespit edilmesi önemli sorundur¹³⁴.

Yargıtay 12. Ceza Dairesi bir kararında; “...kazadan sonra yapılan ölçümde 2,30 promil olan sanığın, güvenli sürüş yeteneğini ortadan kaldıracak ölçüde alkollü olmasına rağmen direksiyon başına geçip, yönetimindeki kamyoneti sürmeye devam ettiği, sürüşle ilgili becerilerinde azalma olduğu ve bu hâli ile yaralama ya da ölüme neden olabileceğini öngördüğü hâlde tecrübesine, **şoförlük yeteneklerine, gece olması nedeniyle trafiğin az olacağına, özellikle de şansına güvendiği**, böyle bir zanla objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ederek, kavşağa yaklaşırken hızını azaltması gerekirken 107 km hızla giderek orta refüjden yola dönüş yapan araca çarpması ile ölümle sonuçlanan trafik kazasına sebep olduğu, gerçekleşmesini istemediği ancak öngördüğü sonucun meydana gelmesini engelleyecek şekilde objektif özen yükümlülüğüne uygun davranmayan sanığın bir kişinin ölümüne neden olma eyleminde bilinçli taksirle hareket ettiği”¹³⁵ yönünde karar vermiştir. Bu kararda da aynı şekilde somut olay anı değerlendirilmek yerine dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali doğrudan bilinçli taksir ile bağdaştırılmak suretiyle sübjektif ifadelerle yer verilmeden failin neticeyi öngördüğü ve bilinçli taksirle hareket ettiği ifade edilmiştir.

Bu ve pek çok örnekte görüldüğü üzere Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarına göre özellikle 1.00 promil üstünde araç kullanılması ve yaralama veya öldürmeye sebebiyet verilmesi halinde doğrudan bilinçli taksir sorumluluğu kabul edilmektedir¹³⁶. Aynı çerçevede Yargıtay kişinin alkol miktarının 1.00 altında olması halinde bilinçli taksire hükmedilemeyeceği yönünde kararlar vermektedir¹³⁷.

133 Yargıtay 12 CD E 2020/9625 K 2024/1931, 25.04.2024. Mahkemenin alkol miktarını esas alarak bilinçli taksire hükmettiği pek çok kararı bulunmaktadır. Bunlardan bir kaç örnek olarak verilecek olursa; Mahkeme bir kararında “Alkollü bir sürücünün yapmış olduğu kaza ile ilgili **138 promil alkollü olarak bir kimsenin ölümüne neden olunması şeklinde gerçekleşen olayda bilinçli taksirin unsurlarının bulunduğu gözetilmeden...**” (Yargıtay 12 CD E 2011/145556 K 2011/10295.); yine bir başka kararında “**geceleyin 300 promil alkollü araç kullanan sanığın karşı şeride geçerek neden olduğu yaralama olayında bilinçli taksirin şartlarının oluştuğu gözetilmeden...**” (Yargıtay 9 CD E 1180/2005 K 7024/2005, 05.10.2005.) karar verilmesini bozma nedeni yapmıştır. Kararlar Erişim: uyap.gov.tr Erişim Tarihi: 29.07.2024.

134 Yargıtay 12. Ceza Dairesi tarafından bu yönde verilen bir kararda “...kazadan sonra alınan numunede sanığın kanında 1,36 promil alkol bulunduğu belirlendiği, azami hız limitinin 50 kilometre/saat olarak belirlendiği yerleşim yeri içinde yönetimindeki otomobili savunmasında da ifade ettiği gibi yasal hız sinirinin üzerinde süratlice sürmeye devam ettiği, sürüşle ilgili becerilerinde azalma olduğu ve bu hâli ile **yaralama ya da ölüme neden olabileceğini öngördüğü hâlde tecrübesine, şoförlük yeteneklerine, trafiğin az olacağına ve özellikle de şansına güvendiği**, böyle bir zanla objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ederek, direksiyon hakimiyetini kaybederek sağ tarafta bulunana demir bariyerlere çarpması sonucu kazanın meydana geldiği... gerçekleşmesini istemediği ancak öngördüğü sonucun meydana gelmesini engelleyecek şekilde objektif özen yükümlülüğüne uygun davranmayan sanığın bir kişinin ölümüne neden olma eyleminde bilinçli taksirle hareket ettiği...” şeklinde ifadelerle yer verilmiş ve görüldüğü üzere yukarıda belirttiğimiz matbu ifadelerle bilinçli taksir olarak kabul edilmiştir. Yargıtay 12 CD E 2020/9154 K 2024/79, 10.01.2024. Erişim: uyap.gov.tr Erişim Tarihi: 29.07.2024.

135 Yargıtay 12 CD E 2020/9113 K 2023/6027, 27.12.2023.

136 Özbek ve diğerleri (n 5) 506 dn.72; Kaygusuz (n 5) 326.

137 “...ve kaza anından yaklaşık olarak 53 dakika sonra alkol ölçümü ile 0,79 promil alkollü olduğu anlaşılan sanığın kaza anında 100 promilden fazla alkollü bulunmadığının anlaşılması ile almış olduğu alkolün verdiği etki ile emniyetli bir şekilde araç kullanamayacak olmasına rağmen araç kullandığına dair dosyaya yansıyan ve itibar edilir nitelikte bir delil bulunmadığı

Çünkü Yargıtay’a göre 1.00 promilden fazla alkollü olan sürücünün emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyeceği yine bu alkol miktarının kişinin güvenli sürüş yeteneğini ortadan kaldırdığı bilimsel olarak kabul edildiğinden sürü hakkında bilinçli taksir uygulanmalıdır¹³⁸. Halbuki kişinin alkol miktarı 1.00 promilden fazla iken basit taksirinin olması mümkünken yine aynı şekilde 1.00 altında da kişinin bilinçli taksirinden söz edilebilecek örnekler olabilecektir. Bu nedenle defaultle vurgulandığı gibi her bilinçli taksir olayının somut olay da dikkate alınarak kişinin subjektif özellikleri bağlamında değerlendirilmesi ve neticenin fail tarafın somut olayda öngörülmesine rağmen neticenin istenmediğinin belirlenmesi gerekir. Failin aldığı alkol miktarı, aldığı alkolün etkisiyle gerekli dikkat ve özeni gösterip göstermediği, direksiyon hakimiyetini alkolün etkisi nedeniyle kaybedip kaybetmediği, hız limitlerini aşıp aşmadığı, kazanın oluş ve işleyiş şekli ve de nedensellik bağının bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır¹³⁹. Keza alkollü olan kişinin yol kusuru veya karşı tarafın kusurlu davranışı sonucunda kazaya karışmış olması durumunda ya da aynı yol ve hava şartları altında, hiç alkol almayan bir kimsenin de aynı kazayı yapmasının mümkün olabileceğinin söylendiği hallerde, doğrudan bilinçli taksir hükümlerinin uygulanması mümkün değildir¹⁴⁰. Kararda somut olay anı dikkate alınmaksızın failin neticeyi öngörüp öngörmediği değerlendirilip tespit edilmeden matbu olarak yalnızca alkol miktarının dikkate alınarak bilinçli taksir kabul edilmesinin yanlış bir uygulama olduğunu düşünmekteyiz.

Burada kanaatimizce subjektif değerlendirme yapılmadan objektif bir kriter sonucu herkes için aynı sonuca ulaşılması halinde objektif sorumluluk kabul edilmiş olacaktır ki modern ceza hukukunda bunun kabul edilmesi mümkün değildir¹⁴¹. Çünkü 1.00 promil üzerinde alkollü olan birey basit taksirle hareket edebileceği gibi 1.00 promil altında alkollü olan kişinin de bilinçli taksirle hareket etmesinde engel bir durum yoktur. Bu nedenle de her olayın bilinçli taksir hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı noktasında kendi içinde değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁴².

Helvacı’ya göre –yukarıda da belirtildiği gibi – sadece sürücünün 1.00 promil üzerinde alkollü olmasından hareketle bilinçli taksir hükümlerinin uygulanması Kanunun ruhuna aykırılık teşkil etmektedir. Çünkü kullanılan alkol miktarı aynı olmasına karşın kişide doğurduğu etki; cinsiyete, vücuttaki dağılıma ve alkol toleransına göre kişiden kişiye değiştiği bilimsel olarak

gözetilerek, eylemi basit taksir ile işlediğinin kabulü ve sanık hakkında TCK’nın 22/3. maddesi uygulanmaksızın bir hüküm kurulması gerekirken, eylemin bilinçli taksirle işlendiği şeklindeki kabule dayalı olarak sanık hakkında yazılı şekilde karar verilmesi... hukuka aykırı olup, açıklanan nedenlerle... bozulmasına” karar verilmiştir. Yargıtay 12 CD E 2020/9625 K 2024/1931, 25.04.2024. Erişim: uyap.gov.tr Erişim Tarihi: 29.07.2024. Bir başka kararda da; trafik ekiplerince yapılan kontrolde, sanığın 0,87 promil alkollü olarak araç kullandığının tespit edildiği ve sanık hakkında alkol kullanılmış olması bilinçli taksirle bu suçun oluşması için yeterli olmadığı, kazanın tek başına alkolün etkisiyle meydana gelmediği ve bilinçli taksirin koşullarının oluşmadığı gözetilmeksizin, m. 22/3’ün uygulanarak bilinçli taksirle hareket ettiğinin kabulü hukuka aykırı bulunmuş ve bozma sebebi sayılmıştır. Yargıtay 12 CD E 2020/6633 K 2023/4639, 01.11.2023. Erişim: uyap.gov.tr Erişim Tarihi: 29.07.2024.

138 Kaygusuz (n 5) 327 ve 330.

139 Apaydın (n 5) 262; Doğan ve Meraklı (n 14) 126.

140 Helvacı (n 122) 1426.

141 Aynı yönde *Apaydın*’a göre de failin alkollü olduğu her durumda bilinçli taksirin varlığı kabul edilemez. Keza bunun kabul edilmesi objektif bir yaklaşım olur. Bu nedenle her somut olayda failin taksirle gerçekleştirdiği eylem ile bu eyleme alkolün etkisi araştırılmalı ve bilinçli taksirin somut olayda geçerli olup olmadığına karar verilmelidir. *Apaydın* (n 5) 260.

142 Helvacı (n 122) 1426.

kabul edilmektedir.¹⁴³ Keza *Apaydın*'a göre de sürücünün kanındaki alkol miktarı arttıkça bilinçli taksirin varlığının otomatik kabul etmenin aksine, neticenin somut olayda öngörülmüş olduğuna ilişkin değerlendirmenin daha özenli yapılması gerekir. Yasal sınırın üzerinde alkol almış bir sürücü muhtemel zararları önlemek konusunda yetileri bozulmamış olmasına rağmen somut olaydaki neticeyi zihninde canlandırmamış olabilir. Bu durumda da kandaki alkol miktarı ne kadar yüksek olursa olsun bilinçli taksire ilişkin hükümler uygulanmaz.¹⁴⁴ *Toroslu*'ya göre de Mahkemenin bu yönde vermiş olduğu kararlar çelişkilidir. Çünkü her ne kadar iradi alınan alkol ceza sorumluluğuna etki etmese de, alkol etkisi altındaki kişinin belirli bir neticeyi öngörme yeteneğinin azalacağı tartışmasızdır. Bu nedenle kişinin alkol miktarı arttıkça, peşinen bilinçli taksirli olduğunun kabulünün aksine neticenin öngörülüp öngörülmediği değerlendirmesinin daha özenli yapılması gerekmektedir. Somut olayda sürücünün zararlı neticeyi zihnince canlandırmamış olması mümkündür.¹⁴⁵

Yiğit ise belirli bir promil üzerinde alkollü olan sürücünün bilinçli taksirli hareket edildiği kabulünü uygun bulmaktadır. Yazara göre, kişinin bünyesine, alınan maddenin miktarına ve türüne göre değişkenlik gösterebilecek etkilerin, bilimsel verilere göre tespit edilen bir miktarın üzerinde bulunduğu açık bir şekilde kabulü halinde benzer olaylarda uygulamada farklılık olmaması açısından yararlı ve zorunludur. Ancak 100 promilin altındaki alkol ölçümlerinde ise; somut olayın gerçekleşme şekli ve alınan alkolün kişinin davranışlarını yönlendirme yeteneğine etkisi değerlendirilmek suretiyle olayda bilinçli taksirin unsurlarının oluşup oluşmadığı belirlenebilecektir.¹⁴⁶

Kanaatimizce bu konuda verilmiş pek çok Yargıtay kararı ve hemen her gün karşılaşılan olaylar dikkate alındığında, ülkemiz açısından alkollü araç kullanma sonucu trafik kazasına neden olmanın sıklıkla karşılaşılan bir sorun olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu nedenle bu konuda kanun koyucunun düzenleme yapmasının, hem alkollü araç kullanılmasının bir eylemin son çare olarak ceza hukuku alanında düzenlenmesi ilkesine uygun düşeceğini hem de Yargıtay kararları ile ortaya çıkan sorunlar karşısında hukuki güvenlik ilkesini yerine getireceğini ve yeknesak bir çözüm sunacağını düşünmekteyiz. Bu bağlamda örneğin taksirle öldürme ve yaralama suçlarında TCK m. 85 ve TCK m. 89'a "*failin iradi alınan alkolün etkisi altında olması*" şeklinde bir nitelikli hal eklenmesi söz konusu olabilir. Yine Karayolları Trafik Kanunu'na aykırı hareket edilmesi sonucu neticeye sebebiyet verilmesi de bir nitelikli hal haline getirilebilir.¹⁴⁷ Keza yukarıda da belirtildiği gibi karşılaştırmalı hukukta bunun örnekleri görülmektedir. Bu şekilde basit taksir halinde de kişinin cezası artırılabilir ve hatta bilinçli taksirle alkollü bir şekilde kazaya sebebiyet verilmesi şuan var olan düzenlemelere göre daha fazla cezalandırmayı gerektirecektir. Bu alkollü araç kullanımından kaynaklanan trafik kazalarının daha fazla cezalandırılmasını sağlamak için mahkeme kararları ile kanuna aykırı bir şekilde bilinçli taksirin otomatik bir biçimde uygulanması ilkesinden vazgeçilmesine imkan sağlayabilecektir.

143 ibid 1426.

144 *Apaydın* (n 5) 261.

145 *Toroslu* (n 21) 117.

146 *Yiğit* (n 73) 128.

147 Burada vurgulanmalıdır ki başka yazılı hukuk kurallarına aykırılık sonucunda ortaya çıkan örneğin Maden Kanuna veya İmar Kanuna aykırılık hallerinin de taksirli suçlarda cezayı artıran bir hal olarak düşünülmesi pekâlâ söz konusu olabilir. Ancak çalışmamız trafik kurallarına aykırılık hallerine ilişkin olduğundan bu mevzuatlara aykırılık hallerine ilişkin taksirli durumlar değerlendirme dışında bırakılmıştır.

b. Diğer trafik kurallarına aykırılıktan doğan kararlar

Yargıtay'ın alkollü araç kullanılması yanında Karayolları Trafik Kanunu'nda yer alan kurallara aykırı hareket nedeniyle sebebiyet verilen yaralama veya ölüm ile sonuçlanmış pek çok kararı mevcuttur. Bu kararlarda da pek çok trafik kuralına aykırılık bilinçli taksir olarak kabul edilmiştir. Keza Yargıtay içtihatlarıyla hangi kural ihlallerinin bilinçli taksir kapsamında kabul edileceği yerleşik içtihatlarla belirli hale getirilmiştir¹⁴⁸. Doğrudan bilinçli taksir kabul edilen haller; kırmızı ışığa uymamak¹⁴⁹, hatalı sollama yapmak¹⁵⁰, yasak olmasına rağmen U dönüşü yapmak kavşağa ters yönden girmek¹⁵¹, yasal hız sınırının en az iki katı ve üzerinde seyretmek¹⁵² örnek olarak verilebilir. Mahkemenin bu ihlallerin olduğu hallerde benzer gerekçelerle somut olayda sürücünün subjektif durumunu dikkate almaksızın bilinçli taksire hükmetmektedir¹⁵³.

Yerel Mahkemenin trafikte gerçekleşen bir olayda basit taksirle cezalandırılma yönünde verdiği bir karar, Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) tarafından yalnızca dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle ve failin somut olayda neticeyi öngördüğüne dair herhangi bir açıklamaya yer verilmeden bilinçli taksir yönünde değiştirilmiştir. BAM tarafından verilen bu karar Yargıtay tarafından onanmıştır. Söz konusu karar şu şekildedir: “sanık ... ait olan ve ticari yolcu minibüsü olarak kullanılan aracın şoförlüğünü suç tarihinde yeğeni olan sanık ...'nın yaptığı ve saat 08:10 sıralarında ...Caddesi arasında seyir halinde iken yokuş aşağı indiği esnada frenlerin tutmaması üzerine sanığın aracın hakimiyetini kaybettiği ve ... bulunan binanın sağ yan tarafına çarparak durduğu, kaza neticesinde araçta bulunan yolculardan iki kişinin öldüğü, sanıklardan şikâyetçi olan 13 kişinin nitelikli şekilde yaralandığı olayda; 2003 model toplu taşımaya tahsis edilmiş taşıtın fren sistemi üzerinde tekniğin ve fennin gerekleri dışında ciddi tehlike arz edecek tipte değişiklikler yapılmış olduğu, taşıtın fren sisteminin ve tüm elemanlarının, güvenli seyir için trafiğe çıkmaya müsaade edilebilir durumun gerektirdiği şartlardan çok uzak olduğu, taşıtın fazla yükünden dolayı zaten kifayetsiz olan fren sisteminin, yokuş aşağı vazifesini yeterli derecede yerine getiremediği, 2918 sayılı KKT'nın 47/d ve 65/a maddelerindeki kurallarına ihlal edilmiş olduğu, ayrıca 30. maddede belirtilen... hükmün ihlal edildiği... böylelikle sanıkların trafikten birden çok kez men edilen trafikte bulunması tehlike arz eden olaya karışan aracı bu haliyle trafiğe çıkarmalarının bilinçli taksir olarak değerlendirilmiş ve ilk derece mahkemesi kararı ortadan kaldırılarak temel ceza miktarı tayin edilmiş ve bilinçli taksir hükümleri uygulanmıştır.”¹⁵⁴.

Yargıtay 12. Ceza Dairesi vermiş olduğu bir başka kararda “...sanığın hız limitinin 30km/s olduğu, mucurlu, keskin virajlı ve iniş eğimli yolda , mahal hız sınırlarının üzerinde seyrettiği, kendi ifadesine göre vitesi 6 dan 5 e almak istediği sırada, vitesi değiştiremediği ve vites boşa iken, virajı alamayarak

148 Kaygusuz (n 5) 344.

149 Kaygusuz (n 5) 340. Yargıtay kırmızı ışıktaki geçmeyi bilinçli taksir kabul etmesine rağmen fasıllı yanan kırmızı ışıktaki geçmeyi tek başına bilinçli taksir kabul etmenin mümkün olmadığını da belirtmektedir. Bakınız Kaygusuz (n 5) 342.

150 Kaygusuz (n 5) 344.

151 Kaygusuz (n 5) 345.

152 Kaygusuz (n 5) 347.

153 Bu ihlallere ilişkin çalışmanın devamında örnek kararlar verilecek olmakla birlikte ayrıca örnek kararlar için bkz Kaygusuz (n 5) 57 vd.

154 Yargıtay 12 CD E 2020/3235 K 2024/1086, 07.03.2024. Erişim: uyap.gov.tr Erişim Tarihi: 29.07.2024.

uçuruma yuvarlandığı, (olayda)... sanığın hızlı olması, aracın fenni muayenesini en son 2003 yılında yaptırmaması ve iniş eğimli yolda vitesi boşa alması nedenleri ile sanık hakkında bilinçli taksir hükümlerinin uygulanmasında bir isabetsizlik görülmemiştir.”¹⁵⁵. Görüldüğü üzere hız sınırın aşılması ve dikkat ve özensizlik bilinçli taksirin oluşumuna gerekçe teşkil etmiştir¹⁵⁶.

Yerel Mahkemenin basit taksir olarak gördüğü ve bilinçli taksir olmasından bahisle Yargıtay tarafından bozulan bir başka kararda “30 sene uzun yol şoförlüğü yapan sanığın her ne kadar hız sınırlarına uygun hareket ettiyse de olay tarihinde mevcut bulunan hava koşullarına uygun olmayan şekilde gece vakti, karlı havada, Meteoroloji Genel Müdürlüğü raporu doğrultusunda buzlanma ile don tehlikesi bulunan karlı zemin üzerinde 82km hız ile tehlikeli biçimde seyrettiği, davranışı esnasında herhangi bir kaza neticesinin meydana gelebileceğini öngörmesine rağmen, **şoförlük bilgi ve deneyimine, içinde bulunduğu koşullara, önceki tecrübelerinin olumsuz neticelenmemesine olan güveni sebebiyle, ölüm veya yaralanma ile neticelenebilecek herhangi bir kazanın meydana gelmeyeceğine ya da meydana gelse dahi bu türden bir kazayı önleyebileceğine güvenerek hareketine devam etmek suretiyle, öngördüğü ancak gerçekleşmesini istemediği kaza neticesine sebebiyet verdiği ve somut olayda bilinçli taksir koşullarının oluştuğu...**”¹⁵⁷ ifadelerine yer verilmiştir. Söz konusu kararda dikkati çeken husus, kazayı yapan kişinin 30 sene uzun yol şoförlüğü yapmasının yani sübjektif durumunun belirtilmesidir. Somut olayda sanık hız limitine uymuş olmakla birlikte yalnızca tehlikeli biçimde seyretmesinden ve yol durumunu sübjektif özellikleri nedeniyle öngörebileceğinden bahisle

155 Yargıtay 12 CD E 2020/4885 K 2023/5268, 30.11.2023. Erişim: uyap.gov.tr Erişim Tarihi: 29.07.2024. Söz konusu kararda yerel mahkeme tarafından verilmiş karara bakıldığında gerekçenin “...sanığın kullanmakta olduğu traktörü normalin üzerinde süratli olarak ve iniş eğimli virajlı yolda vitesi de boşa almak suretiyle kaza neticesini öngördüğü ancak kişisel maharet ve sürüş yeteneklerine güvenerek kazanın gerçekleşmeyeceğine inandığı ancak neticede kazanın meydana geldiği buna göre sanığın kazanın oluşumunda bilinçli taksirle hareket ettiğinin kabulü...” şeklinde olduğu görülmektedir. Bu kararda da görüldüğü üzere dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali sanki öngörmenin gerekçesi imiş gibi ifade edilmiş ve kanaatimizce hatalı olarak bilinçli taksirin gerekçesi olarak gösterilmiştir.

156 Hız limitinin aşılması halinde matbu ifadelerle bilinçli taksire hükmedilen şu karar da örnek verilebilir: “Denizli İl merkezinde çift yönlü olarak kullanılan ve akşam saatleri olması itibarıyla da iyice kalabalıklaştığı anlaşılan olay yeri caddede, yasal hız sınırı olan saatte 50 km ile gidildiğinde bile sorun yaşanabileceği açıkça ortada iken, saatte 86 ila 92 km. arasında bir hızla seyreden sanık, **birisine çarparak onun ölümüne neden olabileceğini öngörmüş, ancak şoförlük yeteneklerine, şansına ve yoldan geçen insanların kendilerini araçlardan koruma yönünde dikkatli davranacaklarına güvenmek suretiyle, hiç istemediği neticenin gerçekleşmeyeceği yönünde yanlış bir zan ile hareket etmiştir.** Buna karşılık neticenin meydana gelmesini engelleyecek olan objektif özen yükümlülüğüne uygun davranmamış, bu bağlamda hızını azaltmamıştır. Bu nedenle, meydana gelen ölüm olayında bilinçli taksirle hareket ettiğinin kabul edilmesi gerekmektedir.”. Erişim: uyap.gov.tr Erişim Tarihi: 29.07.2024.

157 Yargıtay 12 CD E 2023/5873 K 2024/2175, 07.05.2024. Erişim: uyap.gov.tr Erişim Tarihi: 29.07.2024. Benzer yönde bir kararda da “Tecrübeli otobüs şoförü olan sanığın tipi ve fırtınalı havada, mağdurların beyanına göre daha önce polisin zincir takması için uyarısına rağmen yola devam etmesi üzerine, Kırıkkale Samsun yolu 22. km de direksiyon hakimiyetini kaybederek sağdaki şarampole devrilmesi ile meydana gelen kazada, hava ve yol koşulları, sanığın savunması ve deneyimli şoför olması, polisin zincir takması hususundaki uyarısı da gözetildiğinde, bilinçli taksirin uygulanma koşullarının oluştuğu” şeklindeki gerekçeyle, failin olayın özelliği ve kişisel tecrübesi gereği öngörebildiği neticeyi önleyecek davranışta (zincir takmaması) bulunmaması, bilinçli taksir olarak kabul edilmiştir. Yargıtay 12 CD E 2012/1131 K 2012/20315, 01.10.2012. Erişim: uyap.gov.tr Erişim Tarihi: 29.07.2024. Yargıtay’ın bir başka kararında ise “Gizli buzlanmanın olduğu kaygan yolda aracının direksiyon hakimiyetini kaybederek şarampole yuvarlanıp takla atması sonucu D.K.nın ölümüne ve kendisinden şikayetçi olmayan İ.S., Ö.K ve E.K.nın basit tıbbi müdahale ile giderilebilir derecede yaralanmalarına neden olan sanığın eyleminde bilinçli taksirin unsurlarının bulunmadığı” şeklindeki gerekçesiyle, failin gizli buzlanma durumunu öngörmesinin kendisinden beklenemeyeceği olayda, bilinçli taksirin unsurlarının oluşmadığı” belirtilmiştir. Yargıtay 12 CD E 2011/19317 K 2012/12647, 21.05.2012. Erişim: uyap.gov.tr Erişim Tarihi: 29.07.2024.

bilinçli taksire karar verilmiştir. Kanaatimizce kişinin 30 yıllık uzun yol şoförü olması, hız limitine uyulmasına rağmen karlı havada bir kazaya sebebiyet verilebileceği yönündeki öngörülebilirliği sağlamakta ve taksirin unsurunu oluşturmaktadır. Halbuki failin bu özelliğine rağmen somut olay anında neticeyi öngördüğünü belirten başka da bir değerlendirme yoktur. Kanaatimizce burada öngörülebilirlik ve öngörme birbirine karıştırılmıştır¹⁵⁸.

Yargıtay'ın bilinçli taksire ilişkin subjektif değerlendirme yapmadan bozma kararı verdiği bir başka karar ise şu şekildedir: *Sanığın otomobiline çeki kancası taktırmak suretiyle hameş diye tabir edilen ve iki tekerlekli yük taşımada kullanılan, yolcu taşımaya müsait olmayan römorka kuralları aykırı biçimde gayrinizami yolcu alarak bu haliyle seyrini sürdürdüğü, olay mahallinde römorku araca bağlayan çeki demir piminin yerinde çıkması sonucu hameşin araçtan ayrılıp savrulurarak tümseğe çarpması neticesinde bir kişinin ölümüne neden olduğu olayda, sanığın eyleminde bilinçli taksir koşullarının oluştuğu ve 5237 sayılı Kanun'un 22 nci maddesinin üçüncü fıkrasının uygulanması gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması hukuka uygun bulunmamıştır*¹⁵⁹. Kanaatimizce bu olayda suçun bilinçli taksirli oluştuğunu göstermeye yönelik değerlendirme yetersizdir. Söz konusu sürücünün daha önce bu hameş ile yolculuk yapıp yapmadığı ve bu şekilde bir tehlike atlatıp atlatmadığı gibi somut olaydaki öngörülebilirliğe yönelik herhangi bir açıklamada bulunulmadan bilinçli taksirin oluştuğu ifade edilmiştir.

YCGK¹⁶⁰ “*Sanığın gece vakti yönetimindeki araçla, aydınlatması olan, girilemeyeceğine ilişkin uyarıcı levha bulunan ve paralelinde çift yönlü Karadeniz Sahil Yolu bulunan bölünmüş, tek yönlü yolda tali yoldan ana yola girişte U dönüşü yapıp ters yönde giderek; karşıdan nizami olarak şeridinde gelen ölenin aracına çarpması şeklinde gerçekleşen olayda, bilinçli taksirin unsurlarının oluştuğunun gözetilmemesi ve olayda bir kişinin de nitelikli şekilde yaralanmış olması karşısında eylemin*” Yargıtay 12. Ceza Dairesi tarafından bilinçli taksir olarak değerlendirilerek bozulan ve Yerel Mahkemenin bozma kararına direnmesi sonucu değerlendirilen olayda; “*sanığın, olay günü aynı yolu bir kaç kez kullandığını beyan etmesi ve yolda trafik levhaları ile işaretlemelerin güzergâh boyunca bulunması dikkate alındığında, neticeyi öngörmesine karşın şoförlük yeteneğine, şansına ve karşı yönden gelenlerin kendisini fark ederek tedbirli ve dikkatli davranacaklarına güvenerek öngördüğü ancak istemediği neticeye neden olduğu kazada bilinçli taksirin koşullarının oluştuğu*”na hükmetmiştir. Ancak kanaatimizce Yerel Mahkemenin direnme kararı yerindedir. Mahkemenin kararında yer verdiği şu ifadeler kanaatimizce basit ve bilinçli taksir ayrımında öngörülebilirliğin subjektif tespiti bakımından önemlidir. Yerel Mahkemeye göre “(bilinçli taksirden sorumluluk için) ...sanığın ters yöne

158 Yargıtay, bu karara benzer “*tecrübeli otobüs şoförünün tipi ve fırtına olan bir havada polislin zincir takması için uyarmasına rağmen yola devam etmesi ve sonra direksiyon hakimiyetini kaybederek şarampole yuvarlanarak kazaya neden olduğu olayda, kişinin deneyimli şoför olması ve polislin zincir takması yönünde uyarıda bulunması nedeniyle bilinçli taksirden sorumlu olması gerektiği*” yönünde karar vermişken bir başka kararda ise, “*gizli buzlanma olan kaygan yolda direksiyon hakimiyetini kaybeden ve bir kişinin ölümüne ve üç kişinin yaralanmasına neden olunan olayda bilinçli taksirin unsurlarının bulunmadığını*” belirtmiştir. . Aktaran: Yiğit (n 73) 123. Her ne kadar Yargıtay trafik kazası olmasına rağmen birinde basit taksir birinde bilinçli taksir kabul etse de her iki kararda da somut anına ilişkin subjektif değerlendirmelere yer vermemesi önemli bir sorun teşkil etmektedir.

159 Yargıtay 12 CD E 2020/5079 K 2023/3402, 27.09.2023. Erişim: uyap.gov.tr Erişim Tarihi: 29.07.2024.

160 YCGK E 2017/12-635 K 2017/487, 21.11.2017. Erişim: uyap.gov.tr Erişim Tarihi: 29.07.2024.

girerek seyretmesi halinde kaza olabileceğini bilerek, ama kaza olmasını istemeyerek davranmış olması gerekir; oysa aksi kanıtlanamayan sanık savunmasına göre sanık İstanbul ilinde ikamet etmektedir, Giresun'da geçici olarak bulunmakta ve gece saat 23.00 sıralarında bir arkadaşını almak üzere Keşap ilçesine gittiği, ilçe girişindeki sapaktan giriş yaptıktan sonra yaklaşık 50 metre sonra arkadaşı olan mağdur... aracına aldığı, mağdur ...'ın yolu iki yönlü olduğunu düşünerek (U) dönüşü yapmasını istemesi üzerine (U) dönüşü yapıp tekrar Bulancak istikametine yöneldiği, bilirkişi raporuna göre yolun tek yön olduğuna ilişkin tabelanın sanığın mağdur ...'ı aldığı yerden daha ileride (bilirkişi raporuna ve krokiye göre sapaktan 100 metre ileride) olduğu ve sanığın kendi gidiş istikametine göre yolun en sağından seyretmekte olduğu dikkate alındığında sanığın, kazanın meydana geldiği yolun tek yönlü olduğunu bilmediği, sadece araç kullanırken gereken dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı bu haliyle olayda bilinçli taksir halinin bulunmadığı, eylemin taksirle işlenmiş olduğu" anlaşılmaktadır. Görüldüğü üzere Yerel Mahkeme olması gerektiği gibi somut olayda failin bilgisini, hatta o ilde yaşamadığı için öngörüsüne bu durumun etki edeceği dikkate alınarak açık bir şekilde sübjektif değerlendirme yapılmıştır. Bu nedenle Yargıtay ve YCGK'nın birçok kararında kullandığı **"neticeyi öngörmesine karşın şoförlük yeteneğine, şansına ve karşı yönden gelenlerin kendisini fark ederek tedbirli ve dikkatli davranacaklarına güvenerek öngördüğü"** şeklindeki matbu ifadeleri karşısında Yerel Mahkemenin direnme kararının yerinde olduğunu düşünmekteyiz.

Bu kurallara aykırılıklar dışında Yargıtay 12. Ceza Dairesi işleyen trafik içinde makas atarak ilerleyen sanığın bilinçli taksirle hareket edildiği yönündeki yerel mahkeme kararını onamıştır¹⁶¹. Söz konusu kararda da bilinçli taksirde öngörülebilirliğe yönelik ayrıntılı bir açıklamaya yer verilmediği görülmüştür.

Yine Yargıtay'ın birçok kararında sollama yasağını ifade eden düz çizginin varlığı halinde yolun karşı şeridine sollama yapmak amacıyla geçmek bilinçli taksirin varlığı açısından dayanak gösterilmiştir¹⁶². Örneğin sollama yasağı bulunan keskin virajlı iki yönlü yolda ve virajda önündeki aracı sollamak için sol şeride girdiği sırada karşı yönden gelen motosikletliye çarpan kişinin bilinçli taksirle hareket ettiği kabul edilmiştir¹⁶³. Belirtmek gerekir ki, bu kural ihlalinde de diğerlerinde olduğu gibi bir sürücünün araç sollamanın yasak olduğu yerde karşı şeride geçmiş olması, her olayda somut neticenin öngörüldüğü anlamına gelmez. Nitekim karşı şeritten bir araç geldiğini görmeden

161 Karara konu olayda, saat 23.15 sıralarında 50 km hız limitinin belirlendiği yerleşim yeri içerisinde, 100 km/s hızla seyir halinde iken makas atma şeklinde tabir edilen biçimde trafik akışını tehlikeye düşürecek manevralarla önce sol şeritten orta şeride yönelik bir aracın önüne geçtiği, daha sonra ön ilerisinde orta şerit üzerinden ilerleyen bir aracı geçmeye çalıştığı ve o aracın şerit değiştirmesi üzerine sola yöneldiği ve sol şeritte yakın mesafeden tehlikeli ve kontrolsüz biçimde sol şeride manevra yaptığı sırada sol şeritteki araca çarptığı ve çarpma sonucunda aracın da direksiyon hakimiyetini kaybederek orta refüjü aşağı karşı yönden gelmekte olan ambulansa çarptığı tespit edilmiştir. Makas atarken çarpılmış olan araçta sürücü ve yanında yolcu olarak bulunan toplam 7 kişi ölmüş, ambulanstaki iki kişiden biri vücudunda kırık olacak şekilde biri ise basit tıbbi müdahale giderilebilecek şekilde yaralanmıştır. Yargıtay 12 CD E 2024/278 K 2024/710, 21.02.2024. Makas atmak suretiyle kazaya neden olunmasının bilinçli taksir kabul edilmesine ilişkin bir başka karar için bkz Yargıtay 12 CD E 2023/6782 K 2024/711, 21.02.2024. Erişim: uyap.gov.tr Erişim Tarihi: 29.07.2024.

162 "...sanığın geçmenin yasak olduğu yerde, önünde aynı yönde seyreden başka bir aracı geçmek üzere kontrolsüzce karşı yön şeridine geçtiği sırada meydana gelen olayda bilinçli taksir koşulları oluştuğu anlaşıldığından sanık müdafinin bu yöndeki temyiz sebepleri reddedilmiştir.". Yargıtay 12 CD E 2020/9283 K 2024/350. 24.01.2024. Erişim: uyap.gov.tr Erişim Tarihi: 29.07.2024.

163 Toroslu (n 21) 119.

şerit değiştiren sürücünün bilinçli taksirle hareket ettiği kabul edilmemelidir. Oysa fail karşı şeritten bir araç geldiğini görmüş, buna rağmen ustalığına güvenmek suretiyle zamanında şeridine döneceğini düşünerek karşı şeride geçmiş, ancak kazaya sebep olmuşsa bilinçli taksirin varlığından söz edilebilir. Zira öngörülmüş olması gereken genel bir kaza ihtimali değil, yukarıda da belirtildiği üzere gerçekleşmesi imkan dahilindeki somut bir neticedir¹⁶⁴.

Yine birden fazla trafik kuralının ihlalinin aynı anda gerçekleştiği durumlarda da Yargıtay bilinçli taksirin varlığına hükmetmektedir. Örneğin sürücünün hem ehliysiz hem alkollü veya hem de aşırı hızlı biçimde araç kullanması halinde olduğu gibi. Aslında böyle bir durumda dahi yapılması gereken ihlal edilen kurallardan bağımsız olarak failin neticeyi öngörmüş olduğunu ortaya konulması gerekmektedir. *Toroslu*'ya göre birden fazla kuralın aynı anda ihlal edilmiş olması hususu ise temel cezanın belirlenmesi açısından nazara alınabilecektir¹⁶⁵.

YCGK'nın trafik kazası sonucu gerçekleşen yaralama olayında, basit taksire hükmettiği bir kararına da değinmek istemekteyiz. Kararda; *"Havanın yağışlı ve yolun ıslak olduğunu göz önünde bulundurmaksızın dikkatsiz şekilde araç kullanan, kavşaklara yaklaşırken kavşaktaki şartlara uyacak şekilde yavaşlamadan ve geçiş hakkı olan araçlara ilk geçiş hakkı vermeyerek ana yolda seyir hâlinde bulunan katılanın idaresindeki motosiklete yandan çarpması nedeniyle asli ve tam kusuru olan sanığın, aşırı süratli ve tehlikeli şekilde araç kullandığına dair delil bulunmadığı gibi, araç kullanmayı bilmediği de ileri sürülmediği anlaşılmakla meydana gelen neticeyi öngörmesi gerektiği hâlde gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek öngöremediği, dolayısıyla bilinçli taksir halinin bulunmadığının kabulü gerekmektedir."* ifadelerine yer verilmiştir.¹⁶⁶ Bu karar basit taksir yönünde bir karar olsa da kanaatimizce öngörülebilirliğe ilişkin değerlendirme yapılmadan gerekçelendirilmiştir. Karardan bilinçli taksire hükmedilmemesinin gerekçesi, sanığın aşırı süratli ve tehlikeli şekilde araç kullanmaması anlaşılmaktadır. Oysaki bu tespitler dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık yönünde gerekli olan tespitlerdir.

Özbek ve diğerleri Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararında yerleşik içtihatlarından ayrıldığını ancak bu kararların henüz genel eğilimin vazgeçme şeklinde değil istisnai nitelikte olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca yazarlara göre de Yargıtay bu ve benzeri kararlarında köklü bir yaklaşım değişimine gitmelidir¹⁶⁷. Yazarların örnek minvalinde aktarmış oldukları karar ise şu şekildedir: *"Dosya kapsamında göre; sanık G.Ç suç tarihi olan 02.08.2008 günü saat 22:42 itibariyle yapılan ölçümde 0,84 promil alkollü olduğu halde yönetimindeki ...plaka sayılı otomobili ile Eski Denizli Caddesini takiben ...Konyalı Camii yönüne doğru seyir halinde iken olay yerinde bölünmemiş çift yönlü kullanılan yolda şerit ihlali yaparak sol taraftaki Salkım Söğüt Sokağına sinyal vermeden dönüş yaptığı sırada, karşı yönde kendi şeridinde seyir halinde olan katılan M.Y. yönetimindeki plaka tescilsiz motosiklet ile çarpışması sonucu ...olay yerinde yapılan keşiften elde edilen bilgilerden kazanın olay günü çizilmiş olan basit krokiye anlatıldığı şekilde vuku bulmadığı mahkemece de kabul edilen Adli Tıp Kurumu raporuna*

164 ibid 119.

165 Toroslu (n 21) 120.

166 YCGK E 2019/12-652 K. 2022/80, 10.02.2022. Erişim: uyap.gov.tr Erişim Tarihi: 29.07.2024.

167 Özbek ve diğerleri (n 5) 506 dn.72.

göre sanığın asli kusurlu olduğu ancak gerçekleşen olayda netice öngörülebilir olmasına karşın, sanığın almış olduğu alkoliin etkisi veya kişisel başka etkenlere güvenerek hareketini sürdürdüğüne ilişkin herhangi bir bilgi ve belirlemenin bulunmadığı anlaşılması karşısında, bilinçli taksirin koşullarının oluşmadığı nazara alınmadan, eylemin sadece sanığın alkollü olmasına bağlı olarak bilinçli taksirle işlendiğinin kabulü ile sanık hakkında hükmolunan cezada 5237 sayılı TCK'nın 22/3 maddesi gereğince artırım yapılmak suretiyle fazla ceza tayini..."¹⁶⁸ yönünde bozma kararı vermiştir. Söz konusu kararda kişinin 0.84 promil alkollü olmasının Yargıtay'ın verdiği karar üzerinde etkisi olabilir. Ancak kanaatimizce bu kararı içtihatlardan ayıran önemli husus kararda "sadece sanığın alkollü olmasına bağlı olarak bilinçli taksirle işlendiğinin kabulü" ifadesine yer verilmesi ve tabiri caizse Mahkemenin bu ifade ile kendi içtihatlarındaki eksikliği özetlemesi olmuştur denilebilir¹⁶⁹.

Yargıtay "...sanığın sonucu öngörmediği kabul edildiği halde bilinçli taksir olarak kabul edilebilecek nedenler karar yerinde gösterilip tartışılmadan, yetersiz gerekçeyle bilinçli taksir kabul edilmek suretiyle uygulama yapılması kanuna aykırıdır".¹⁷⁰ yönünde bir karar vermiştir. Bu karar da kanaatimizce istisnai nitelikte bir karardır. Keza Yargıtay kendisi de aynı yönde kararlarında çoğu zaman bilinçli taksir kabul edilmesine ilişkin nedenleri tartışmamakta yalnızca trafik kurallarına aykırılığı bozma gerekçesi olarak göstermektedir.

Son olarak belirtmek gerekir ki Karayolları Trafik Kanununa aykırılık teşkil etmesine rağmen ehliyetsiz araç kullanan kişinin eylemi de yalnızca bu nedenden dolayı bilinçli taksir olarak değerlendirilmemektedir¹⁷¹. Keza ehliyeti olmayan bir kimsenin araç kullanmayı bilmesi mümkündür ve ehliyetsiz sürücünün her zaman gerçekleşen neticeyi öngördüğü söylenemez¹⁷². Ancak Yargıtay her kararında bu hususu esas almamaktadır.

Bu kararlardan çıkan sonuç Yargıtay, somut olaylarda bilinçli taksirin unsuru olan öngörülmüş olma açısından failin kişisel özelliklerinin ne şekilde etki ettiğini değerlendirmemekte, subjektif belirleme yapmayı ihmal etmektedir. Mahkeme failin gerçek bilgisini ve olay anındaki mevcut bilincini araştırıp tespit etmelidir¹⁷³. Yargıtay'ın bilinçli taksire ilişkin değerlendirmesi failin neticeyi subjektif olarak öngörüp öngörmemesine değil, söz konusu olayda bir kuralı ihlal edip etmemesine dayanmaktadır. Yani bilinçli taksire ilişkin değerlendirmede öngörme dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali ile eş değer tutulmaktadır. Kanunda açıkça ifade edilen subjektif öngörülebilirlik değerlendirmesi devre dışı bırakılmaktadır. Bu da kanaatimizce bilinçli taksir uygulamalarını, kanunilik ilkesine aykırı olacak şekilde genişletmektedir.

168 İbid. Yargıtay 12 CD 2012/3556 K 2013/1727, 21.01.2013; www.kazancı.com.tr)" Benzer yönde bir karar için bkz Yargıtay 12 CD E 2012/9451 K. 2013/625; 10.01.2013www.kazancı.com.tr)

169 Ayrıca bkz dn. 136.

170 Aktaran: Apaydın (n 5) 270.

171 Helvacı (n 122) 1426. Bu yönde bir kararda "...Sürücü belgesi araç kullanma başlı başına suçun bilinçli taksirle işlendiğini göstermeyeceği gibi, sanığın 3.5 metre genişliğindeki yolda direksiyon hakimiyetini kaybetmesi traktörün ve römorkün devrilmesi olayınca bilinçli taksirin koşullarının bulunmadığı" ifade edilmiştir. (Yargıtay 9 CD E 2007/7536 K 2009/3112). Aynı yönde; YCGK E 2019/12-652 K 2022/80, 10.02.2022.

172 Toroslu (n 21) 118.

173 Turhan (n 67) 488.

SONUÇ

İstisnai bir sorumluluk türü olan taksir, dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal ederek öngörülebilir bir neticeye istemeyerek sebebiyet verilmesi halidir. Dikkat ve özen yükümlülüğünün yazılı bir hukuk kuralından kaynaklandığı hallerde taksirin unsurlarından birinin gerçekleştiği açıktır. Yine yazılı hukuk kuralının varlığı ve bu kural olan ile muhatap olan kişinin bu kuraldan haberdar olması, kuralın önlemeye çalıştığı neticenin ortaya çıkabileceğinin öngörülebileceği anlamına da gelmektedir. Bu bakımdan taksirin öngörülebilirlik unsurunun da var olduğunu söylemek mümkündür. Bu nedenle de böyle bir durumda kanaatimizce taksir karinesi vardır. Muhakkak ki taksirin suçun kanunda taksirli halinin düzenlenmesi, hareketin iradi olması, hareket ile netice arasında nedensellik bağı olması unsurlarının da varlığı halinde kişi taksirli suçtan sorumlu tutulacaktır. Buradaki taksir karinesinin, basit taksir olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

Yargıtay kararlarına bakıldığında dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalini failin öngörüsünü tespiti amacıyla kullanılmaktadır. Yani yazılı bir hukuk kuralını ihlal ederek dikkat ve özen yükümlülüğü ihlal edilmişse somut olayda neticenin de öngörüldüğü kabul edilmektedir. Ayrıca kalıplaşmış “şoförlük yeteneğine, şansına vb. durumlara güvenerek hareket etmiş gibi” ifadelerle bilinçli taksirin oluştuğuna hükmedilmektedir.

Kanaatimizce yazılı hukuk kurallarına aykırılık ancak taksire karine teşkil edecek bilinçli taksire ilişkin değerlendirme somut olay bağlamında failin durumu da ele alınmak suretiyle ayrıntılı değerlendirilecektir. Bilinçli taksirde, failin subjektif durumunu değerlendirme dışı bırakmak ve sadece objektif olarak kural ihlali neticesinde faili sorumlu tutmak, günümüz ceza hukukunda artık kabul görmeyen objektif sorumluluğun örtülü bir şekilde kabul edilmesi anlamına gelecektir.

Kanun koyucu tarafından taksirli suçların cezalandırılmasının amacı kişilerin topluma karşı dikkatli, özenli davranmalarını sağlamaktır. Taksirli suçlar, toplum yaşamının gelişmesi sonucu bireylerin özen yükümlülüklerini doğuran faaliyetlerin artması ile ortaya çıkmıştır¹⁷⁴. Her ne kadar böyle olsa da taksirli suçlar bakımından bu kanun koyucu tarafından benimsenmiş bir gerekçedir. Keza TCK. 22’in gerekçesinde de bilinçli taksire ilişkin açıklamadan sonra “...*bilinçli taksir...trafikte meydana gelen taksirli suçları önlemek bakımından caydırıcı etki yapacak ve suçların önlenmesinde yarar sağlayacaktır.*” denilerek bilinçli taksire bir misyon yüklenilmiştir. Kişiler basit taksire göre daha ağır cezalandırıldığında suçların önlenmesi sağlanacaktır düşüncesi gerekçede vurgulanmıştır. Kanaatimizce Yargıtay’ın trafik kazası sonucu ortaya çıkmış ölüm ve yaralama ile neticelenen hareketlerde bilinçli taksir yönünde eğilim göstermesi, kişilerin trafik kurallarına uymasını sağlamaya çalışmaktır. Ancak uygulamanın kanunda yer alan düzenlemeleri bu şekilde yorumlayarak daha ağır cezalandırma yoluyla suçları önlemek gibi bir amacı ve görevi yoktur. Keza kişilerin kurallara uymasını sağlamak için basit taksir olabilecek hallerde bilinçli taksir kabul edilmesi ve kişilerin ağır cezalandırılması eğilimi kanunilik ilkesine aykırıdır. Eğer bu bağlamda kişilerin kurallara uyması sağlanmak isteniyorsa kanuni düzenlemelerin gözden geçirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda

174 Artuk ve diğerleri (n 4) 324.

kanun koyucunun trafik kurallarına aykırılık neticesinde ortaya çıkan ölüm ve yaralama neticelerini münhasıran düzenleyerek daha ağır ceza belirlemesi ile mümkün olabilecektir.

Örneğin taksirle öldürme ve yaralama suçlarında TCK m. 85 ve TCK m. 89'a "*failin iradi alınan alkollü etkisi altında olması*" şeklinde bir nitelikli hal eklenebilir. Bunun yanında Karayolları Trafik Kanununa aykırı hareket edilmesi sonucu neticeye sebebiyet verilmesi de bir nitelikli hal haline getirilebilir. Bu şekilde basit taksir halinde de kişinin cezası artırılabilir ve hatta bilinçli taksirle alkollü bir şekilde kazaya sebebiyet verilmesi şuan var olan düzenlemelere göre daha fazla cezalandırmayı gerektirecektir. Bu alkollü araç kullanımından kaynaklanan trafik kazalarının daha fazla cezalandırılmasını sağlamak için mahkeme kararları ile kanuna aykırı bir şekilde bilinçli taksirin otomatik bir biçimde uygulanması ilkesinden vazgeçilmesine imkan sağlayabilecektir.

KAYNAKÇA

- Akbulut B, 'Deprem Nedeniyle Meydana Gelen Ölüm ve Yaralanmalara Ait Ceza Hukuku Sorunlarına İlişkin Bazı Tespitler' (2023) 31(2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 569-628.
- Akbulut B, *Türk Ceza Hukuku Temel Bilgiler* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020).
- Apaydın C, *Ceza Hukukunda Doğrudan Kast, Olası Kast, Basit Taksir ve Bilinçli Taksir Kavramları* (2. Baskı, Seçkin Yayınları 2021).
- Apaydın C, 'Taksirli Suçlarda Kusurun Belirlenmesi ve Güven İlkesi' (2016) 11(124) Terazi Hukuk Dergisi 76-89.
- Artuk ME ve diğerleri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Adalet Yayınevi 2013).
- Birtek F, 'Tıbbi Uygulama Hataları Bakımından Taksir-Bilinçli Taksir Ayrımı' (2015) 10(1) ERÜHFHD 63-106.
- Çiftçioğlu CT, 'Türk Ceza Kanunu'nda Taksir' (2013) (3) Ankara Barosu Dergisi 315-338.
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023).
- Demirel M, *Taksirli Suç* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2024).
- Doğan K, 'Olası Kast – Bilinçli Taksir Ayrımında İçtihat Değişikliğinin Değerlendirilmesi' (2020) 1 (64) Adalet Dergisi 331-378.
- Doğan K ve Meraklı S, *Trafik Ceza Hukuku* (4. Baskı, Seçkin Yayınları 2024).
- Dönmezer S ve Sahir E, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 2* (14. Baskı, Der Yayınları 2019).
- Dülger MV, *Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Cilt* (Seçkin Yayıncılık 2023).
- Ekici-Şahin M, 'Ceza Hukukunda Taksirsiz Doğan Sorumluluk' (Konuşma Metni) (2017) 5 (1) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 99-108.
- Gökcan HT, 'Ceza Hukukunda Güven İlkesi ve Trafik ve Tıp Hukukunda Uygulanması' (2012) 38 (1-2) Yargıtay Dergisi 5-45.
- Gökcan A, 'Taksirle Ölüme Sebebiyet Verme (m. 85)', (2018) 4 (7) Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 21-66. s
- Hafizoğulları H ve Özen M, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12. Baskı, USA Yayınları 2019).
- Helvacı D, 'Alkollü Araç Kullanma ve Taksir' (2010) (1) Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi (Köksal Bayraktar'a Armağan, 1. Cilt) 1425-1430.
- Karaaslan R, 'Ölüm veya Yaralanma ile Sonuçlanan Yasadışı Araba Yarışlarının Olası Kast-Bilinçli Taksir Ayrımı ve Objektif İsnadiyet Teorisi Çerçevesinde Değerlendirilmesi' (2019) (145) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 203-272.

- Katoğlu T, 'Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu' (2007) (68) TBB Dergisi 29-42.
- Kaygusuz S, Yargıtay Uygulamaları Kapsamında Taksirle Öldürme, *Taksirle Yaralama, Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçları* (3. Baskı, Adalet Yayınevi 2022).
- Kaymaz S ve Gökcan HT, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları (Seçkin Yayıncılık 2006).
- Keçelioğlu E, *Taksirli Suçun Doğmatığı* (Turhan Kitabevi, 2015).
- Koca M ve Üzülmüş İ, 'Taksirli Suçların Teorik Yapısı ve Bu Bağlamda İş Kazalarından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğa İlişkin Değerlendirmeler' (2020) (1) Adalet Dergisi 239-368.
- Koca M ve Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023).
- İçel, K, *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk*, (Cezaevi Matbaası, 1967).
- Murat B. *Trafik Hukuku* (4. Baskı Adalet Yayınevi 2011).
- Özbek VÖ ve diğerleri, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023).
- Özen M, *Ceza Hukukunda Taksir* (Adalet Yayınevi 2011).
- Özgenç İ, 'Kast-Taksir Kombinasyonları' (1998) 6 (1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan) 345-375.
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (19. Baskı, Seçkin Yayınları 2023).
- Saydam M ve Öztürk N, 'Türk Ceza Kanunu Bakımından Taksir' (2015) 6 (23) TAAD Dergisi 135-157.
- Soyaslan D, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (8. Baskı, Yetkin Yayınları 2018).
- Taşkın OE, 'Suç Siyaseti Tercihleriyle İtalyan Ceza Hukukunda Trafikte Öldürme Suçu' (2019) 5 (2) AndHD 365-380.
- Topaç TH, *Türk Hukukunda Taksir* (Adalet Yayınevi 2013).
- Toroslu H, 'Bilinçli Taksir Üzerine Bir Değerlendirme' (2016), (126) TBB Dergisi 96-122.
- Turhan EN, 'Alman ve Türk Mahkeme Kararları ve Doktrin Işığında Olası Kast – Bilinçli Taksir Ayırımı' (2020) 24 (3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 447-500.
- Yiğit O, 'Taksirli Bir Suç Türü Olarak Maden Kazaları' (2014) (4) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 350-410.
- Yiğit O, 'Yargıtay Kararları Işığında Bilinçli Taksir Kavramı ve Unsurları' (2013) (2) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 113-136.
- Zafer H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75* (4. Baskı, Beta Yayınları 2015).

Ceza Muhakemesinde DNA Analizinin İspat Kuvveti (Türk, Amerikan ve Alman Mahkeme Kararları Işığında)

The Probative Value Of DNA Analysis in Criminal Procedure Law (In the Light of Turkish, American and German Court Decisions)

Ozan SELEK* 

ÖZ

DNA'nın bireyden bireye değişiklik gösteren, benzersiz yapısı sebebiyle, adli bilimlerde kimlik tespiti açısından kullanılabileceğinin keşfedilmesi oldukça çarpıcı bir gelişmedir. Olay yerinden elde edilen kan ve tükürük gibi biyolojik örneklerin sanıktan elde edilen vücut materyalleri ile karşılaştırılması, yüksek dereceli bir bilimsel kesinlik dahilinde kimlik tespitini mümkün kılar. Sanığın genetik özellikleri ile olay yerinden elde edilen izlerin eşleşmediği tespit edilirse, DNA analizi sanığı dışlayıcı bir etkiye sahip olur. Buna karşılık, olay yerinde bulunan iz materyali ile sanığın genetik özellikleri eşleştiğinde, bu eşleşmenin hangi büyüklükte bir ispat kuvvetine sahip olduğu hususunun da incelenmesi gerekir. Bu bağlamda, sadece DNA analiz sonuçlarına dayanılarak sanığın suçu işlediğinin kabul edilip edilemeyeceği meselesinin ele alınması önem arz eder. Bugüne kadar Türk öğretisinde yeteri kadar değinilmeyen bu konu, çalışmada Türk, Amerikan ve Alman mahkeme kararları çerçevesinde incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: DNA analizi, Bilimsel delil, İspat kuvveti, Biyolojik örnekler

ABSTRACT

The discovery that DNA could be used for identification purposes in forensic science due to its unique structure, which varies from individual to individual, is a striking development. Comparison of biological samples such as blood and saliva obtained from the crime scene with the samples obtained from the defendant's body makes identification possible with a high degree of scientific certainty. If it is determined that the genetic characteristics of the defendant do not match the traces obtained from the crime scene, DNA analysis will have an exclusionary effect. On the other hand, when the trace detected at the crime scene matches the genetic characteristics of the defendant, it is also necessary to examine how significant the probative value of this match is. In this context, it is important to address the issue of whether the defendant can be considered to have committed the crime based solely on DNA analysis results. This issue, which has not been sufficiently addressed in Turkish doctrine until today, was examined in the study within the framework of Turkish, American and German court decisions.

Keywords: DNA analysis, Scientific evidence, Probative value, Biological samples

* Araştırma Görevlisi Doktor, Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Denizli, Türkiye, ozans@pau.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4049-9339.

Bu çalışma, "Olay Yeri İncelemesi Sonucunda Elde Edilen Belirtilerin Delil Değeri" başlığını taşıyan, doktora tez çalışmasından üretilmiş yayın mahiyetindedir. Makalenin üretildiği doktora tezini, 2214-A Yurt Dışı Araştırma Bursu (Doktora öğrencileri için) 2021/1 programı kapsamında (Başvuru Numarası: 1059B142100306) destekleyen TÜBİTAK'a teşekkürlerimi sunarım.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Ozan SELEK

E-posta/E-mail: ozans@pau.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 12.02.2024

Kabul Tarihi/Accepted: 22.03.2024

GİRİŞ

DNA analizinin adli bilimlerde kimlik tespiti bakımından kullanılması, tanık beyanlarının suçun ispatında yakın zamana kadar sürdürdüğü hakimiyetin kırılmasına sebep olmuştur. Nitekim, DNA analizi, güvenilir olmadığını ortaya koymak suretiyle tanık beyanını çürütebilir. DNA analizi, bu yönüyle tanık beyanının güvenilirliğini sorgulama aracıdır. Hatta, bu etkinin yargılama sonrasında da mevcut olabildiğine rastlanır. ABD’de 1992’de Peter Neufeld ve Barry Scheck tarafından kurulan “Masumiyet Projesi” (Innocence Project) isimli kuruluş, hatalı şekilde mahkûm edilen kişilerin aklanması için yargılama sonrası DNA analizini kullanır¹. Bu konuda, söz konusu kuruluşun önemli bir tespiti, hatalı mahkûmiyetlerin yüzde yetmiş beş oranında esasen, gerçeğe aykırı tanık anlatımlarından kaynaklandığıdır². DNA analizinin bu katkısı, bizce “DNA analizinin yargılama sonrası aklayıcı etkisi” olarak adlandırılabilir, bu konuya çalışmada yer verilecektir.

DNA analizi, yargılama aşamasında, söz gelimi, maktulün kıyafetlerindeki kan lekelerinin esasen sanıktan kaynaklanmadığını ortaya koyduğunda, suçun sanık tarafından işlenmediğini göstermek suretiyle sanığı dışlayıcı bir katkıda da bulunabilir (DNA analizinin yargılama aşamasında dışlayıcı etkisi). Bununla birlikte, değerlendirilmesi gereken önemli bir diğer husus, DNA analizinin suçun sanık tarafından işlendiğine yönelik ispat faaliyetinde, hangi büyüklükte bir katkı verebileceğidir. Çalışmada esasen, bu soruya cevap aramak amaçlanmıştır. Bu bağlamda mahkûmiyet kararı verilebilmesi için DNA analizinin tek başına yeterli olup olmadığı meselesi incelenecektir.

Çalışmanın ilk bölümünde, öncelikle, DNA analizinin bilimsel esaslarından söz edilecektir. Zira, mahkeme kararlarında DNA analizinin nasıl ele alındığını açıklayabilmek için DNA analiz yöntemleri, olasılık hesaplamaları, veri tabanları, DNA’nın yapısı gibi konulara da değinilmesi icap eder. Ardından DNA analiziyle ilgili mevzuata kısaca değinilmesi ile yetinilecektir. Zira, mevzuatta DNA analizinin uygulama şartları gibi hususlar düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeler, bu çalışma açısından sadece ispat kuvveti meselesini ilgilendirdiği kadarıyla ele alınacaktır.

Çalışmanın “II – Suçun İspatı Açısından DNA Analizi” başlığını taşıyan bölümünde, ispat kavramı ve hukuk sistemlerinde ispat için aranan kesinlik, vicdani ispat sistemi ve delillerin serbest şekilde değerlendirilmesi ilkesi konularına kısaca değinilecek, akabinde DNA analizinin delil sınıflandırmasındaki konumu, suçun ispatı bakımından işlevleri (suçlayıcı etki, yargılama aşamasında dışlayıcı etki, yargılama sonrasında aklayıcı etki ve son olarak diğer delilleri destekleyebilme veya çürütebilme etkisi) meseleleri incelenecektir. Yine, bu bölümde, DNA analizinin ispat kuvvetini etkileyen, somut vakaya özgü hata kaynakları; “olay yeri incelemesinde yapılan hatalar” ve “laboratuvar incelemesinden kaynaklı hatalar” şeklinde ikiye ayrılarak ele alınacaktır.

1 Ragna Aarlı, ‘Genetic Justice and Transformations of Criminal Procedure’ (2012) 13 Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention 3, 6; Anthony Bertino and Patricia Nolan Bertino, *Forensic Science: Fundamentals & Investigations* (South-Western CENGAGE Learning 2009) 7; ayrıca bkz. <<https://innocenceproject.org/about/>> accessed 10 December 2023.

2 William Tilstone, Michael Hastrup and Camilla Hald, *Fisher’s Techniques of Crime Scene Investigation* (First International Edition, CRC Press 2013) 11.

Çalışmanın üçüncü bölümünde, DNA analizinin ispat kuvveti meselesi, Türk, Amerikan ve Alman mahkeme kararları çerçevesinde incelenecektir. Ayrıca bu bölümde, ABD’de bilimsel delillerin kabul edilebilirlik standartlarını ortaya koyan Frye ve Daubert kararlarına da değinilecektir.

Belirtelim ki, bu çalışmada incelenen husus, hukuka uygun bir şekilde elde edilen örnekler üzerinde gerçekleştirilen DNA analizinin ceza muhakemesinde ispat kuvvetidir. Hukuka aykırı delillerin hükme esas alınıp alınmaması meselesi, çalışmanın kapsamı dışındadır³.

I. DNA ANALİZİNİN BİLİMSEL ESASLARI İLE HUKUKİ NİTELİĞİ VE DAYANAKLARI

A. BİLİMSEL ESASLAR

1. Adli Bilimlerde Kimlik Tespiti Yöntemlerinin Tarihi Gelişimine Kısa Bir Bakış

Adli bilimlerde kimlik tespiti bakımından 1800’li yılların sonunda, Fransız polisinde görevli, Alphonse Bertillon tarafından geliştirilen antropometri, ilk yöntem olarak kayıtlara geçmiştir. Antropometri, kafanın çapı, parmakların uzunluğu, konuşma şekli, sol gözün irisinin rengi gibi sözlü ve fiziksel özellikleri esas alarak kişilerin sınıflandırılmasına dayanan bir yöntem olmuştur⁴.

Bilhassa cezaevine alınan kimselerin kaydının oluşturulmasında yaygın olarak kullanılırken, zaman içerisinde ölçümlerin hatalı olduğunun tespit edilmesi ve bireylerin farklılıklarının ortaya konulması bakımından yöntemin yetersiz olduğunun saptanması, bu yöntemin giderek gözden düşmesine sebep olmuştur⁵. 1903 yılında, ABD’de cezaevine kaydının yapılacağı sırada, Bertillon yöntemine göre, vücut ölçüleri alınan bir hükümlü ile neredeyse aynı ölçümlere sahip başka bir hükümlünün mevcut olduğunun tespit edilmesi buna örnek olarak verilebilir⁶.

Antropometrinin başarısızlığı, kimlik tespitinde yeni yöntemlerin doğuşuna sebep olmuş ve nihayetinde parmak izi konusunda çalışmalar yapılmaya başlanmıştır⁷. 1901 yılında Sir Edward Henry, parmak izi sınıflandırılmasında günümüzde dahi kullanılan bir sistem geliştirmiştir⁸. ABD’de New York Eyaleti Cezaevi Sistemi, 1903 yılında kimlik tespitinde parmak izinin kullanılması

3 Söz gelimi, otomobilin içinden elde edilen eldiven üzerinde hâkim kararı olmadan uygulanan moleküler genetik incelemeye ilişkin sonuçların DNA arşivine alındığı, sonraki bir tarihte farklı bir soruşturma sebebiyle arşivdeki DNA ile sanığın DNA’sının eşleştiği bir olayda, Yargıtay, Ay m.38/5 ve 5271 sayılı CMK m.206/2-a’dan hareketle, bu sonuçların hukuka aykırı delil olduğuna karar vermiştir. Bkz. Yargıtay 2 CD, E 2012/21976, K 2013/7760, 10.04.2013.

4 Elizabeth V. LaFollette, ‘State v. Hunt and Exculpatory DNA Evidence: When Is a New Trial Warranted’ (1996) 74(4) North Carolina Law Review 1295, 1295.

5 Howard Harris and Henry Lee, *Introduction to Forensic Science and Criminalistics* (2. Edition, CRC Press 2019) 10.

6 Max Houck and Jay Siegel, *Fundamentals of Forensic Science* (Academic Press 2006) 8; ayrıca bkz. <<https://rarehistoricalphotos.com/will-william-west-case-fingerprints/>> accessed 3 December 2023.

7 ibid 8.

8 ibid 8.

uygulamasını başlatmıştır⁹. 1977 yılına gelindiğinde ise FBI, Otomatik Parmak İzi Tanımlama Sistemini (AFIS) uygulamaya koymuştur¹⁰. Parmak izi, kimlik tespiti delili olarak yargılamalarda, dünya çapında hâlen daha kullanılır¹¹.

Ülkemizde 1899 yılında Bertillon'un antropometri tekniği ilk kez kullanılmış, daha sonra Viyana Parmak İzi Dairesince kullanılan parmak izi usulüne geçilmiş, ancak 31 Mart ayaklanması esnasında 10 yıl içerisinde toplanan binlerce fiş kaybolmuştur, antropometri tekniğinden tamamen vazgeçilmesi ise Macar asıllı Yusuf Cemil Bey'in 1910'da İstanbul'a parmak izi sınıflandırma sistemini getirmesi ile gerçekleşmiştir¹².

Adli bilimlerde kimlik tespitinde DNA analizinin keşfi, 1985'te İngiltere'de Leicester Üniversitesinden Dr. Alec J. Jeffreys tarafından gerçekleştirilmiş ve kendisi bu yönetime "DNA Parmak İzi" adını vermiştir¹³. Altın standart olarak adlandırılan DNA analizi, diğer kimlik tespiti yöntemleri gibi kolluk kuvvetleri tarafından sadece suç araştırmalarında kolaylık sağlaması için başvurulmuş bir yöntem değildir, aksine bilimin bir yan ürünü olarak ortaya çıkmıştır, zira adli bilimlerde kullanılmaya başlanmadan önce de tek yumurta ikizleri dışındaki bütün bireylerin DNA'sının eşsiz olduğu bilinmekteydi¹⁴.

2. DNA'nın Yapısı ve Adli Bilimlerde Kullanılması

Deoksiriboz nükleik asit veya kısaca DNA, "*organizmanın genetik bilgisini taşıyan, kendini kopyalayabilen, protein sentezinde rolü olan çift sarmal kalıtsal özellikli molekül*" olarak açıklanabilir¹⁵. Çift sarmal yapıdaki DNA'nın her bir ipliğinde temel yapı taşları bir sıra hâlinde düzenlenir¹⁶. Deoksiriboz (beş karbonlu şeker), fosfat grubu ve azotlu bazdan (Adenin, Guanin, Timin ve Sitozin) meydana gelen nükleotitler, DNA'nın temel yapı taşlarıdır¹⁷.

DNA, kodlayan ve kodlamayan bölgelerden oluşurken, adli bilimlerde kimlik tespiti bakımından DNA analizi, kodlamayan bölümlerin incelenmesi ile alakadar olur¹⁸. Kodlamayan bölümde, tekrar eden baz dizilerinin bulunması ve bireyler bakımından bu dizilerin tekrar sayılarının değişkenlik göstermesi sebebiyle bu tercih yapılmıştır, dolayısıyla DNA analizi, bütün olarak DNA molekülü

9 Beyhan Ceylan, 'Ülkemizde Olay Yeri İnceleme Uygulamalarına Genel Bakış ve Mevcut Sistemin Değerlendirilmesi' (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü 2008) 20.

10 Ceylan (n 9) 21.

11 LaFollette (n 4) 1295.

12 Ahmet Söylemez, *Kriminalistik* (Haşmet Matbaası 1974) 12.

13 LaFollette (n 4) 1295.

14 Margaret A. Berger, 'Expert Testimony in Criminal Proceedings: Questions Daubert Does Not Answer' (2003) 33 Seton Hall Law Review 1125, 1126-1127.

15 Yaşar Bilge, *Adli Bilimler Sözlüğü* (Palme 2002) 75.

16 Kyriakos N. Kotsoglou, Alex Biedermann and Joëlle Vuille, 'DNA und Beweiswürdigung – Der statistische Rubikon und die Dogmatik der Identitätsfeststellung' (2020) 132(4) ZSTW 891, 913; Maren Beck, *Die DNA-Analyse im Strafverfahren* (Nomos 2015) 62.

17 <<https://evrimagaci.org/dnanin-yapisi-nasildir-cift-sarmal-ne-demek-13835>> Erişim Tarihi 9 Aralık 2023.

18 Beck (n 16) 62.

üzerinde değil, DNA'nın tekrarlayan baz dizilerini içeren yaklaşık bir düzine veya daha fazla lokusu¹⁹ üzerinde gerçekleştirilir²⁰.

Adli bilimlerde kimlik tespiti bakımından DNA analizinin iyi bir araç olduğunu keşfeden Alec J. Jeffreys, 1985 tarihli ortak yazarlı bir eserinde, insan genomundaki minisatellitlerin, dağınık bir şekilde art arda tekrarlayan baz dizilerinin, alel²¹ varyasyonları bakımından oldukça polimorfik bir niteliğe sahip olduğunu belirterek genetik analizde DNA parmak izinden söz etmiştir²².

Tek sarmallı DNA dizisi olan bir prob, tamamlayıcı nükleotit²³ dizilerini araştırmak için kullanılır²⁴, böylece bireye özgü DNA parmak izinin genetik analizde kullanılmasına imkân sağlar²⁵. Jeffreys'in bahsettiği problemlerin DNA parmak izinde kullanılması, o dönem adli bilimlerde DNA analizinde benimsenen yöntem olan RFLP analizi bakımından geçerlidir. DNA analizi, kimlik tespitinin yanı sıra hastalıkların teşhis ve tedavi sürecini ilgilendiren tıpla ilgili alanlarda, ilaç biliminde, soy bağının tayininde, kayıp kişilerin bulunmasında vb. pek çok durumda başvurulmuş bir araçtır²⁶.

3. DNA Analizinde Kullanılan Yöntemler, Olasılık Hesaplamaları ve Önde Gelen DNA Veri Bankaları

a. RFLP Analizi

1984'te İngiliz genetikçi Alec Jeffreys'in DNA'daki bireyler arasında büyük değişkenlik gösteren alanları, restriksiyon parça uzunluk polimorfizmi (RFLP, Restriksiyon Fragment Length Polymorphism) olarak adlandırarak adli bilimlerde kimlik tespiti bakımından DNA parmak izinin kullanılabileceğini açıklaması oldukça önemli bir gelişmedir²⁷. İnsan genomunun yüzde 99,7'den fazlası, bütün bireylerde aynıken, geriye kalan yüzde 0,3'lük alan, her birey açısından farklı şekilde tekrar eden DNA dizilerini barındırır, bu tekrar eden birimler de kendi içerisinde uzun tekrar birimleri, yani minisatelit ve kısa tekrar birimleri, yani mikrosatelit ya da sıklıkla STR (kısa ardışık

19 Lokus, bir genomdaki, bir tür "sokak adresine" de benzetilen fiziksel bir bölge veya konumu ifade eder. Bkz. <<https://www.genome.gov/genetics-glossary/Locus>> accessed 6 December 2023.

20 Kotsoglou, Biedermann and Vuille (n 16) 913-914.

21 Bir alel, belirli bir genomik lokasyondaki DNA dizisinin iki veya daha fazla versiyonundan biri olarak ifade edilir. Birey, bu tür bir varyasyonun var olduğu herhangi bir genomik konum bakımından her bir ebeveynden bir tane olmak üzere iki aleli miras alır. Bkz. <<https://www.genome.gov/genetics-glossary/Allele>> accessed 5 December 2023.

22 Alec J. Jeffreys, Victoria Wilson and Swee Lay Thein, 'Hypervariable "Minisatellite" Regions in Human DNA' (1985) 314 NATURE 67, 67.

23 DNA ve RNA gibi nükleik asitlerin temel yapı taşı olan nükleotit, bir fosfat grubuna bağlı bir şeker molekülü ve azot içeren bir bazdan oluşur. DNA'daki bazlar, adenin, sitozin, guanin ve timindir. Bu konu hakkında bkz. <<https://www.genome.gov/genetics-glossary/Nucleotide>> accessed 6 December 2023.

24 Bkz. <<https://www.genome.gov/genetics-glossary/Probe>> accessed 6 December 2023.

25 Jeffreys, Wilson and Thein (n 22) 67.

26 Necat Batur, 'Ceza Yargılamasında Moleküler Genetik İnceleme' (2016) 126 TBB Dergisi 69, 71; bkz. Devrim Güngör ve Okan Bakşi, 'Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması ve Genetik İncelemeler' (2009) 8(3) Adli Bilimler Dergisi 63, 67.

27 <https://www.nlm.nih.gov/exhibition/visibleproofs/galleries/cases/jeffreys_image_2.html> accessed 6 December 2023.

tekrarlar, short tandem repeats) olarak adlandırılır²⁸. Minisatelitler, 15-70 baz çiftinden oluşurken, mikrosatelitler (STR) 2-5 baz çiftinden meydana gelir²⁹.

RFLP analizinde sırasıyla gerçekleştirilen işlemler şunlardır³⁰:

a.) Bir cinsel saldırı suçunda mağdurdan vajinal örnek elde edildiğinde, öncelikle, vajinal sıvı ve sperm birbirinden ayrılır, daha sonra bu iki sıvıdan, DNA izolasyonu yapılır. b.) İzolasyonu yapılan DNA'ya, DNA zincirini, spesifik noktalardan kimyasal bir makas gibi kesen bir restriksiyon enzimi eklenir ve böylece DNA, farklı uzunluk ve dizilerde çok sayıda parçaya ayrılır. c.) Kesilerek parçalara bölünen DNA, küçük yarıklardan geçirilerek jelden yapılmış bir plakaya eklenir. Sağlıklı bir değerlendirme için olay yerinden, şüpheliden ve vücut sıvılarının birbirine karıştığı durumlarda mağdurdan alınan DNA, jele uygulanmalıdır. ç.) Jelden yapılan plaka ve kesilen DNA parçaları, elektrik yüklü bir alana yerleştirilir. Elektrikli bölgede hareket eden DNA parçaları, tek tek büyüklüklerine göre sıralanır. Jel üzerinde en küçük parça, en hızlı hareket ederek en uzak mesafeye ulaşır. Bu aşama, elektroforez olarak da adlandırılır. d.) Jel üzerinde hareket eden DNA parçalarının jelin sonuna ulaşıp ulaşmadığı, UV-ışığı yardımıyla görünür hâle getirilebilir. f.) Elektrikli alanda hareketlerini tamamlayan DNA parçaları, çift sarmallı yapısını muhafaza eder. Çift sarmalın birbirinden ayrılması için sodyum hidroksit çözeltisi kullanılır, süreç, fermuarın açılmasına benzer. g.) Ardından ileri analiz faaliyetleri için DNA parçaları, jele göre daha dirençli olan, bir naylon membrana uygulanıp sabitlenir. h.) Naylon membran üzerinde büyüklüklerine göre sıralanmış DNA parçalarına, tamamlayıcı DNA parçaları ile birleşen bir probun eklenmesi icap eder. Prob, spesifik ve bilinen baz dizilerini içeren, sentetik olarak oluşturulan DNA parçalarını ifade eder. İşlemden sonra konumlarını tespit edebilmek için bahsi geçen problemler, radyoaktif olarak işaretlenir. ı.) Bundan sonra, otoradyografi olarak adlandırılan aşamada, numuneler bir röntgen filmine yerleştirilir ve bir veya daha fazla gün, – 20 santigrat dereceye maruz bırakılır. Röntgen filminde radyoaktif olarak işaretlenen probun ilgili DNA parçasına bağlandığı konum, görünür hâle gelir. i.) Bu şekilde görünür duruma getirilen, uzunlukları doğrultusunda düzenlenen DNA parçalarını gösteren röntgen filminin incelenmesi ile sanık ya da mağdura ait vücut materyalleri ile olay yerinden elde edilen örnekteki DNA izi mukayese edilir.

Yukarıda aşamalarını belirttiğimiz RFLP olarak adlandırılan teknik, bilimsel gelişmeler doğrultusunda zamanla yerini PCR analiz yöntemine (Polymerase Chain Reaction) bırakmıştır³¹.

28 Tuğba Sohtorik Öztürk, 'Yeni 10 STR Lokusunun (D7S1517, D3S1744, D12S391, D2S1360, D6S474, D4S2366, D8S1132, D5S2500, D21S2055, D10S2325) Türkiye'deki Gen Sıklığının Belirlenmesi' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Adli Tıp Enstitüsü 2019) 12.

29 Özge Usal Dönmez, 'DNA Analizinde, Laboratuvar Kaynaklı Kontaminasyonun Tespiti ve Adli Bilimler Açısından Değerlendirilmesi' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü 2008) 7-8.

30 Birgit Klumpe, *Der "Genetische Fingerabdruck" im Strafverfahren: Rechtsprobleme bei der Anwendung genetischer Analysen in Grossbritannien und Deutschland* (Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht 1993) 16 vd; ayrıca bkz. Veli Özer Özbek, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda DNA-Analizi' (2001) (Prof. Dr. Turhan Tüfan Yüce'ye Armağan) Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını 523, 532-533.

31 Esra Tekcan ve Şengül Tural, 'Adli DNA Analizlerinde Güncel Moleküler Genetik Gelişmeler' (2023) 30(2) Van Tıp Dergisi 217, 217 vd.

b. PCR-STR Analizi

Günümüzde 2-5 baz çiftini içeren STR'lerin, PCR yöntemi ile analiz edilmesi tekniği tercih edilir³². PCR tekniği, RFLP tekniğine kıyasla, az miktarda DNA barındıran izlerin dahi analiz edilebilmesini (söz gelimi, ölü saçların) olanaklı kılar³³. PCR tekniğinde STR'lerin tercih edilmesi, daha küçük parçalardan oluşmaları nedeniyle hasarlı DNA örneklerinde bile sonuç vermeleri, eldeki az miktardaki DNA'dan dahi çoğaltılabilmeleri, elde edilen sonuçların tekrarlanabilir olması ve yüksek polimorfizme dayalı olarak ayırım gücünün yüksek olmasıyla gerekçelendirilebilir³⁴.

Hücre içinde oluşan ve DNA'nın kendi kendini kopyaladığı, DNA replikasyonuna oldukça benzeyen PCR analizi, DNA'nın tüp içinde çoğaltılmak suretiyle çok fazla kopyasının sentezlenmesine dayanır ve özet olarak şu aşamalardan oluşur³⁵: a.) Mahiyeti gereği çift sarmal yapıya sahip DNA'nın ısı yardımıyla iki zincirinin birbirinden ayrıldığı denatürasyon işlemi tatbik edilir. b.) Ardından denatüre olan DNA'ya primerler bağlanır. c.) Nihayet, her bir primerden başlayarak DNA polimeraz enzimi, hedef bölgenin komplementerini sentezlemek suretiyle zinciri uzatır, bu üç aşamadan oluşan süreç, bir PCR döngüsünü oluşturur, yirmi döngü tamamlandığında ise DNA bölgesinin yaklaşık bir milyon kopyası sentezlenmiş olur.

DNA analizi, bütün bir DNA molekülünden ziyade, DNA'nın tekrar eden baz dizilerini içeren, yaklaşık bir düzine ya da daha fazla lokusu üzerinde gerçekleştirilir³⁶. 1990 yılında, ABD'de FBI bünyesinde oluşturulan bir DNA veri bankası olan CODIS'in (Combined DNA Index System) standart şeklinde kabul ettiği 13 STR lokusu vardır³⁷. 1 Ocak 2017 itibarıyla, CODIS Temel Locus Çalışma Grubu, yedi ek STR lokusu belirlemiştir³⁸. Kuzey Amerika'da benimsenen CODIS dışında, Birleşik Krallık Ulusal DNA Veri Tabanı (NDNAD, The UK National DNA Database) ile uyumlu, 17 lokusu içeren bir sistem de mevcuttur³⁹.

c. PCR-STR Analizinde Olasılık Hesaplamaları

Olay yerinden elde edilen iz ile şüpheliden alınan izin muhtevasında bulunan, STR lokuslarının aynı özelliklere sahip olup olmadığı tespit edilir, yani hangi olasılıkla, olay yerindeki iz ile şüphelinin DNA'sının eşleştiği ortaya konulur⁴⁰. İncelenen genetik profilin şüpheli ile eşleşmesi durumunda

32 Usal Dönmez (n 29) 8.

33 Klumpe (n 30) 37; bkz. Lale Dönbak, 'Kısa Ardarda Tekrar Eden DNA Dizilerinin Adli Amaçlı DNA Çalışmalarındaki Yeri' (2002) 22 T Klin Tıp Birimleri 233, 234. PCR'nin yeni bir teknik olarak gün yüzüne çıktığı 90'lı yıllarda, bu tekniği tatbik eden bir Amerikan firması, diğer yönteme kıyasla, bu yöntemin kimlik tespiti eşleşmesinin kesinliği açısından daha düşük sonuçlar ortaya koyduğunu ifade etmiştir. Buna karşılık, o dönemde bile PCR tekniğinin gelişmeye açık olduğu belirtilmekteydi. Bkz. Klumpe (n 30) 37.

34 Usal Dönmez (n 29) 8; Sohtorik Öztürk (n 28) 16.

35 Usal Dönmez (n 29) 9.

36 Kotsoglou, Biedermann and Vuille (n 16) 913-914.

37 Usal Dönmez (n 29) 8.

38 Sohtorik Öztürk (n 28) 17.

39 ibid 17.

40 Beck (n 16) 76.

bu hususun, istatistik, yani sayısal değer şeklinde ifade edilmesi gerekir, bu istatistik, genel profilin incelenen popülasyonda ne kadar nadir olduğunu gösterir⁴¹. Bir başka deyişle, incelenen bir STR lokusunun ilgili popülasyonda ne sıklıkla yaygın olduğunun saptanması, bireysel olasılıkların belirlenmesidir, bu kapsamda, her bir STR lokusu bakımından tek tek olasılık saptaması (yani, bireysel olasılık) yapılır⁴². İncelenen her bir lokus bakımından elde edilen bireysel olasılıkların, birbiriyle çarpılmasıyla, uygulamada görülen, milyarda bir, milyonda bir gibi olasılık değerlerine ulaşılır⁴³.

İnceleme konusu yapılacak popülasyonun seçiminde failin özellikleri dikkate alınır. Örneğin, failin erkek olduğu bir cinsel saldırı olayında, yaş grubuna dahil olmayan, çok yaşlı ya da çok genç erkekler ve tüm kadınların değerlendirme dışına alınması suretiyle, fiili işleme ihtimali bulunan kişilere odaklanılması icap eder⁴⁴. Potansiyel suçlunun coğrafik olarak dağılımı, ilgili popülasyonun belirlenmesinde bir diğer kriterdir, bu kapsamda ilgili popülasyondaki başlıca etnik grupların her biri için istatistik hesaplaması yapılmalıdır⁴⁵.

İnceleme konusu lokuslardan ne kadar fazlası, bireysel şekilde hesaplanır ve tek tek olasılıklar elde edilirse, kimlik tespitiyle ilgili o denli yüksek bir olasılık ortaya konulabilir, istisnasız STR lokuslarının tamamı incelendiğinde; bilirkişi raporlarında da görüleceği üzere, iz ile şüphelinin DNA'sı arasındaki eşleşmenin yüzde 99,99 şeklinde tespit edilebilmesi mümkün hâle gelir⁴⁶. DNA üzerindeki bir veya daha fazla lokus üzerinde, farklı iki bireyin aynı alellere sahip olması mümkün olabileceği için daha fazla lokusun incelenmesi suretiyle tesadüfi eşleşmelere ilişkin olasılıkların düşmesi sağlanmalıdır⁴⁷.

Nihayetinde bilirkişi, DNA analizi ile a.) izin sanık dışındaki üçüncü bir kişiden kaynaklanma olasılığını, yani tesadüfi eşleşmenin olasılığını (RMP, Random Match Probability), (Olasılık 1) ve b.) izin sanıktan kaynaklanma olasılığını (Olasılık 2) tespit etme faaliyeti yürütür⁴⁸.

Olasılık 1 (O1) ve Olasılık 2'nin (O2) karşılıklı olarak birbirini etkilediği, Alman Federal Mahkemesi tarafından kabul edilir: Şöyle ki, mahkemeye göre, izin sanık dışındaki üçüncü bir kişiden kaynaklanma olasılığı ne kadar düşükse, izin sanıktan kaynaklanma olasılığı o derece yüksek olacaktır. Alman öğretisinde bu husus eleştirilerek O1 ve O2'nin birbirinden farklı olasılıklar olduğu, mantıksal olarak izahı olmayacak şekilde O1 olasılığının O2 olasılığına dönüştürüldüğü ileri sürülmüştür. Söz konusu yazarlar, "a.) X, cumhurbaşkanı ise X'in aynı zamanda avukat olma ihtimali yüksektir (O1) ve b.) X, avukat ise, X'in aynı zamanda cumhurbaşkanı olma ihtimali yüksektir (O2)" şeklindeki olasılıkları örnek vererek bu iki olasılığın birbiriyle ilgisiz olduğunu, dolayısıyla yukarıdaki

41 Lawrence Kobilinsky, Thomas Liotti and Jamel Oeser-Sweat, *DNA: Forensic and Legal Applications* (Wiley-Interscience 2005) 149.

42 Beck (n 16) 76.

43 Kotsoglou, Biedermann and Vuille (n 16) 916-917.

44 Kobilinsky, Liotti and Oeser-Sweat (n 41) 149.

45 ibid 149.

46 Beck (n 16) 76-77.

47 Kotsoglou, Biedermann and Vuille (n 16) 914.

48 ibid 920 vd.

olasılık hesaplamasının da bu örneğe benzediğini ve Federal Mahkemenin ilgisiz olasılıkları birbirine karıştırdığını savunmuşlardır⁴⁹.

d. Dünyada Başlıca DNA Veri Bankaları

ABD’de 1998’de FBI tarafından geliştirilen, ulusal bir DNA veri bankası olan CODIS, seri suçlar arasındaki bağlantıyı tespit etmek için adli laboratuvarlarca DNA profillerinin karşılaştırılmasına imkân sağlar⁵⁰. CODIS’te bunu gerçekleştirmek için yerel, eyalet ve federal adli laboratuvarların tamamına entegre bir ağ söz konusudur⁵¹.

CODIS’in PCR analiziyle ilgili olarak önemli bir katkısı, bireyler arasında ayırım gücü yüksek olan 13 STR lokusunu saptayarak yaygınlaştırmasıdır, nitekim, 13-14 Kasım 1997’deki STR Proje Toplantısında bahsi geçen 13 lokus, ulusal sistemde esas lokuslar olarak kabul edilmiş, daha sonra 1 Ocak 2017’de CODIS Temel Lokus Çalışma Grubu tarafından, 7 tane daha STR lokusu tespit edilerek bu sayı arttırılmıştır⁵². CODIS’te mağdurlar indeksi, adli indeks (adli incelemelerde toplanan ve bilinmeyen şahıslarla ilgili DNA bilgileri), tanımlanamamış kişiler indeksi (olay yerinden elde edilip de kime ait olduğu saptanamayan DNA bilgileri), kayıp kişiler indeksi, hüküm giymiş kişiler indeksi, yakın biyolojik akrabalar indeksi, popülasyon dosyaları (ABD’deki majör popülasyon gruplarını temsil etmek üzere anonim kişilerden elde edilen DNA bilgileri ve alel frekans bilgileri) şeklinde kayıtlar bulunur⁵³. CODIS’teki popülasyon dosyalarındaki bilgilerden hareketle, DNA analizinde olasılık hesaplamaları gerçekleştirilir.

Nisan 1995’te kurulan ve dünyadaki ilk ulusal DNA veri tabanı olma özelliğini taşıyan, Birleşik Krallık Ulusal DNA Veri Tabanına, kuruluşundan sonraki ilk beş yılında 500.000’den daha çok DNA profili girilmiş ve bu veri tabanı vasıtasıyla 50.000’den fazla ceza soruşturması faaliyetine yardımda bulunulmuştur⁵⁴. Söz konusu veri tabanını yönetmek ve işleyişini gözetmek, Ulusal DNA Veri Tabanı Strateji Kurulunun (National DNA Database Strategy Board) sorumluluğundadır⁵⁵. Birleşik Krallık haricinde Kanada, Yeni Zelanda, Avustralya ve Japonya gibi ülkelerde de DNA veri tabanı mevcuttur⁵⁶.

Almanya’da 17.04.1998 tarihinde, Federal Kriminal Dairesi (BKA, Bundeskriminalamt) bünyesinde “merkezi DNA veri bankası” kurulması ve 07.09.1998 tarihinde DNA Kimlik Tespiti Kanunu’nun Federal Resmî Gazetede yayımlanması oldukça önemli hususlardır. Bu kanunda, ileride gerçekleştirilecek ceza yargılamalarında kimlik tespiti maksadıyla bedenden örnek alınması, bu

49 ibid 922-923.

50 Sohtorik Öztürk (n 28) 20; bkz. <<https://oig.justice.gov/reports/FBI/a0632/intro.htm>> accessed 11 Aralık 2023.

51 John T. Wixted, Nicholas J.S. Christenfeld and Jeffery N. Rouder, ‘Calculating the Posterior Odds From a Single-match DNA Database Search’ (2019) 18 Law, Probability and Risk 1, 8.

52 Sohtorik Öztürk (n 28) 21.

53 ibid 20-21.

54 John Butler, *Advanced Topics in Forensic DNA Typing: Methodology* (Elsevier 2012) 218-219.

55 <<https://www.gov.uk/government/groups/national-dna-database-strategy-board>> accessed 11 Aralık 2023.

56 Butler (n 54) 220.

örneklerin genetik incelemelere tabi tutulması ve elde edilen DNA profillerinin Federal Kriminal Dairesi bünyesindeki veri bankasına kaydedilmesi hususları düzenlenmiştir⁵⁷.

Ülkemizde Adalet Bakanlığınca, 2007’de hazırlanan “DNA Verileri ve Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı”, 2008’de Başbakanlık tarafından iade edilmiş ve bu konuda yeni bir tasarı hazırlanmamıştır⁵⁸.

B. HUKUKİ NİTELİĞİ VE DAYANAKLARI

Öğretide DNA analizinin bir yandan beden muayenesi koruma tedbirinin bir parçası, diğer yandan keşif ya da olay yeri incelemesinin bir uzantısı olduğu ileri sürülmüştür⁵⁹. Gerçekten de DNA analizi, olay yerinden toplanan iz materyali ile beden muayenesi aracılığıyla sanıktan elde edilen vücut materyalinin karşılaştırılmasını gerektirir⁶⁰. Kanaatimizce beden muayenesi ve DNA analizi, güçlü bağlantıya sahip işlemler olsa da birbirinin parçası değil, uzantısı niteliğindedir.

Belirtelim ki, bu çalışmada DNA analizinin, mevzuata göre, hangi şartlarda uygulanabileceği gibi konular incelenmeyecektir. Dolayısıyla, DNA analizinin uygulama şartlarını öngören mevzuat hükümlerinden kısaca bahsedilmekle yetinilmiştir.

1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nda konuyla ilgili sadece, “*Hazırlık soruşturmasında muayeneleri icab eden kimselerin muayeneleri Cumhuriyet Savcılarının talebi ile yapılır*” düzenlemesi yer alırken (m.66/5), o dönem, yalnızca bu hükme dayanılarak kişilerden kan alınarak tahlil gerçekleştirilmesi, hatta bazen DNA analizine başvurulması öğretide eleştirilmekteydi⁶¹. 5271 sayılı CMK’da ise daha detaylı düzenlemelere yer verilmiştir. Kanunun 75’inci maddesinde şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması hususu, 76’ncı maddesinde diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması konusu, 78 ila 80’inci maddelerinde ise 75-76’da öngörülen işlemlerle toplanan örnekler üzerinde moleküler genetik incelemeler gerçekleştirilmesi hususu düzenlenmiştir. CMK’nın 78’inci maddesinde, “*75 ve 76’ncı maddelerde öngörülen işlemlerle elde edilen örnekler üzerinde, soybağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için zorunlu olması hâlinde moleküler genetik incelemeler*” yapılabileceği belirtilmiştir. Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik⁶², 12 ila 14’üncü maddelerinde, moleküler genetik incelemelerle ilgili düzenlemelere yer vermiştir.

57 Bkz. Gülsün Ayhan Aygörmüş Uğurlubay, ‘Almanya, İsviçre ve Avusturya Hukuku Bağlamında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Adli DNA Analizleri’ (2017) 5(2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 29, 34-35; Alina Gorstein, *Die Erweiterung der DNA-Reihenuntersuchung auf “Beinahetreffer”* (Nomos 2021) 9. 2005 tarihinde “Adli DNA-Analizleri Hükümlerinin Yenilenmesi Kanunu” ile sözü geçen DNA Kimlik Tespiti Kanunu (yürürlük tarihi – 1998) yürürlükten kaldırılmıştır. Bkz. Aygörmüş Uğurlubay (n 57) 34-35.

58 Bkz. Aygörmüş Uğurlubay (n 57) 35-36.

59 Özbek (n 30) 534.

60 ibid 534.

61 ibid 523-524.

62 Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik, RG 01.06.2005/25832.

5271 sayılı CMK, gelecekteki ceza yargılamalarında kullanılması için DNA profilleri oluşturulmasına ve bu profillerin, mukayese için sisteme kaydedilmesine ya da toplu olarak DNA incelemesi yapılmasına ilişkin bir düzenlemeye yer vermemiştir⁶³.

Almanya'da yürürlük tarihi 1997 olan "Ceza Muhakemesi Değişikliği Kanunu – DNA Analizi" ile "Moleküler Genetik İncelemeler" başlığını taşıyan, 81e maddesi, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'na (Al.CMK) eklenerek DNA analizine ilk kez kanunda açıkça yer verilmiştir⁶⁴. Bundan önce, vücuttan örnek alınmasıyla ilgili Al.CMK m.81'adan hareketle DNA analizi gerçekleştirilmekteydi⁶⁵. Söz gelimi, 1988 tarihli bir karara konu olan olayda, cinsel saldırı suçu bakımından, o dönemin geleneksel suç araştırma yöntemleriyle bir neticeye ulaşılamaması üzerine sanıktan o dönemki Al.CMK m.81'a'ya göre kan örneği alınmış, daha sonra, buna ilişkin kanunda açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, bu örnekten DNA profili oluşturulmuştur. DNA profilinin eşleşmesinden sonra sanığın suçu ikrar etmesi üzerine mahkûmiyet kararı verilmiştir⁶⁶.

Nisan 1998'de Federal Kriminal Dairesi bünyesinde "merkezi DNA analizi veri bankası" kurulurken, Eylül 1998'de DNA Kimlik Tespiti Kanunu, Federal Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu kanunda gelecekte yapılacak ceza yargılamalarında yararlanılması için vücuttan örnek alınması, bu örnekler üzerinde moleküler genetik incelemeler yapılması ve elde edilen DNA profillerinin Federal Kriminal Dairesindeki merkezi veri bankasına kaydedilmesi konuları düzenlenmiştir. Kanunun birinci maddesinden hareketle, Al.CMK'ya, gelecekte işlenecek suçların aydınlatılmasını sağlamayı hedefleyen "DNA Kimlik Tespiti" başlığını taşıyan, 81g numaralı madde ilave edilmiştir⁶⁷.

Bu gelişmelerin akabinde 12.08.2005 tarihinde "Adli DNA-Analizleri Hükümlerinin Yenilenmesi Kanunu" yayımlanmış, kanunla Al.CMK m.81g ve f'de değişiklik yapıldığı gibi toplu olarak DNA inceleme yapılmasına ilişkin 81h maddesi kanuna ilave edilmiş, ayrıca 1998 tarihli DNA Kimlik Tespiti Kanunu'ndaki düzenlemelerin Al.CMK m.81g, IV ve V'e alınmasının ardından bahsi geçen DNA Kimlik Tespiti Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır⁶⁸.

Halihazırda Al.CMK'nın 81a maddesinde şüphelinin beden muayenesi, 81b'de şüphelinin kimlik tespiti tedbiri, 81c'de üçüncü kişilerin beden muayenesi, 81d'de beden muayenesinin aynı cinsten kişiler tarafından gerçekleştirilmesi, 81e ve f maddelerinde moleküler genetik incelemeler, 81g maddesinde DNA ile kimlik tespiti ve son olarak 81h maddesinde, toplu olarak DNA incelemesi yapılması düzenlemeleri mevcuttur.

63 Aygörmez Ugurlubay (n 57) 35-36.

64 ibid 33-34.

65 Özbek (n 30) 528.

66 "LG Berlin, 14 Dezember 1988", aktaran Kai Burr, 'Das DNA-Profil im Strafverfahren Unter Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in den USA' (Inaugural-Dissertation, Rechts – und Staatswissenschaftliche Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität 1995) 91.

67 Aygörmez Ugurlubay (n 57) 34-35.

68 ibid 34-35.

II. Suçun İspatı Açısından DNA Analizi

A. İspat Kavramı ve Hukuk Sistemlerinde İspat İçin Aranan Kesinlik

Ceza muhakemesinde geçmişte bir olayın yaşanıp yaşanmadığı konusundaki şüphenin deliller vasıtasıyla yenilmesi, yani maddi gerçeğin aranması söz konusudur⁶⁹. Hukuk sisteminin kabul ettiği araçlarla, fiilin sanık tarafından işlenip işlenmediği hususunda yargılama makamının tam bir kanaate ulaşmasını sağlama hedefine ispat adı verilir⁷⁰. Şüphenin yenilmesi suretiyle kesinliğe ulaşılır, kesinlik ise mutlak veya nispi olabilir⁷¹. Ceza muhakemesinde hâkimin gerçek konusundaki kanaati, her zaman mutlak gerçeklik anlamına gelmeyebilir⁷². Yani muhakeme hukukunda kesinlik, mutlak anlamda olmayıp sadece suçun sübuta ermesi hususunda hâkimin ulaştığı kanaati ifade eder ve bu husus da “*ispatın nispiliği*” kavramı ile açıklanır⁷³. Her ne kadar, mutlak gerçeklik ve maddi gerçeklik kavramları zaman zaman farklı anlama gelebilse de hâkim, maddi gerçeğe ulaşma hedefi doğrultusunda, geçmişte yaşanan ve doğrudan algılamadığı bir olay hakkında duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış somut ve rasyonel verilerle karar vermeli ve bu esnada metafiziksel yöntemlerden kaçınmalıdır⁷⁴.

Ceza muhakemesi hukukumuz bakımından “*suçun tereddüde yer bırakmayacak bir kesinlikle*” ispat edilmesi gerekir⁷⁵, bu husus, ispat için aranan kesinlik derecesini ortaya koyar. Yargıtay kararlarında, suçun her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delillerle ispatı aranır⁷⁶. Soruşturma ve kovuşturma aşamasında toplanan deliller, duruşmada ortaya konulup tartışıldıktan sonra delillerin değerlendirilmesi aşamasında, fiilin sanık tarafından işlendiği hususunda şüpheler bulunuyorsa, suç, tereddüde yer bırakmayacak bir kesinlikle ispat edilmediği için “*şüpheden sanık yararlanır*” ilkesinin (in dubio pro reo) gözetilmesi icap eder⁷⁷.

Alman ceza muhakemesi hukuku bakımından sanığın suçu işlediğinin kabul edilebilmesi için aranan ispat, hâkimin mahkûmiyeti destekleyen olaylar hakkında ikna olmasıyla ilişkilendirilir; öğretide, Al.CMK’nın 261’inci maddesi bağlamında ikna olmanın, “*nesnel olarak kavranabilir şekilde edinilen subjektif kanaat*” olarak anlaşılması gerektiği, bu kapsamda sanığın fiili işlemediğine ilişkin makul şüphelerin, ne kadar hafif olursa olsun, bu tarz bir kanaate ulaşılmasını önleyeceği ifade edilmiştir⁷⁸.

69 Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (14. Bası, Seçkin 2023) 407.

70 Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar, Esra Alan, Özdem Özaydın, Efser Erden Tütüncü ve Mehmet Can Tok, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (17. Baskı, Seçkin 2023) 298; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (16. Baskı, Seçkin 2023) 611.

71 Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (11. Baskı, Seçkin 2023) 542.

72 Şahin ve Göktürk (n 69) 407.

73 Yenisey ve Nuhoglu (n 71) 542.

74 Hakan Karakehya, ‘Dolaylı Maddi Gerçek: Ceza Muhakemesinde Yargılama Makamının Maddi Gerçeğe Deliller Aracılığıyla Ulaşma Zorunluluğu Üzerine’ (2016) 7(27) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 59, 67-68.

75 Şahin ve Göktürk (n 69) 409.

76 Yargıtay 12 CD, E 2015/1917, K 2015/19300, 16.12.2015.

77 Yenisey ve Nuhoglu (n 71) 543; Şahin ve Göktürk (n 69) 409; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özaydın, Erden Tütüncü ve Tok (n 70) 297-298; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 70) 612.

78 Urs Kindhäuser and Kay H. Schumann, *Strafprozessrecht* (6. Auflage, Nomos 2022) 311.

Mahkûmiyet kararı verilebilmesi için hayat deneyimlerine göre, yeterli derecede bir kesinlik aranması gerektiği belirtilmiştir (BGH StV 1999, 5)⁷⁹.

ABD gibi Anglo Sakson hukuk sisteminin benimsendiği ülkelerde, sanığın suçu işlediğinin kabul edilebilmesi için aranan ispat, “makul şüphenin ötesinde” kavramı ile açıklanır. Bu hukuk sisteminde makul şüphenin ötesinde kavramının tanımı ve içeriği konusunda hiçbir kanunda düzenleme yer almaz⁸⁰. Öğretide bir görüşe göre, sanığın suçu işlediğini ispatla yükümlü olan savcılık makamı, bu yükümlülüğünü, olayda söz konusu olan delillere dayalı olarak “en yüksek derecede kesinlik sağlayacak” şekilde yerine getirmelidir⁸¹.

Federal Yargı Merkezinin 1982 tarihli, “Ceza Mahkemeleri Jüri Talimatlarında”, “makul şüphenin ötesinde” kavramından ne anlaşılması gerektiğinden söz edilmiştir. İlgili talimatta, “Sanığın suçlu olduğu konusunda kesin olarak ikna olduğunda makul şüphenin ötesinde ispat gerçekleşmiştir. Bu dünyada çok az şeyi mutlak kesinlikte biliriz ve ceza davalarında hukuk, her türlü şüphenin yenilmesi şeklinde bir ispatı aramaz. Kendi delil değerlendirmenize dayanarak sanığın suçu işlediğine kesin olarak ikna olduysanız, sanığın suçlu olduğuna; buna karşılık, sanığın suçu işlediği hususunda gerçek bir şüphe söz konusu ise sanığın suçlu olmadığına karar vermeniz gerekir” denilmek suretiyle “makul şüphenin ötesinde” kavramı açıklanmaya çalışılmıştır⁸².

B. Vicdani İspat Sistemi ve Delillerin Serbest Şekilde Değerlendirilmesi İlkesi

Maddi gerçeğe ulaşma amacıyla hareket eden ceza muhakemesinde esas alınan vicdani ispat sistemi, kanuni ispat sisteminden farklı olarak, “her şeyin delil olarak kabul edilmesi” serbestliğinin ve “delillerin serbestçe değerlendirilmesi” ilkesinin benimsenmesini gerektirmiştir⁸³. Kanuni ispat sisteminde iki tanığın birbiri ile örtüşen açıklamaları ile olayın ispatlanmış sayılması gibi ispat kuralları söz konusudur⁸⁴. Ancak, vicdani ispat sisteminde söz konusu olan delillerin serbestçe değerlendirilmesi çerçevesinde hâkim, birden fazla tanığın birbirini destekleyen açıklamalarından ziyade tek bir tanığın açıklamalarına itibar edebileceği gibi sanık beyanının, tanık anlatımlarından daha güvenilir olduğu sonucuna da ulaşabilir⁸⁵.

79 Friedrich-Christian Schroeder and Torsten Verral, *Strafprozessrecht* (7. Auflage, C.H. Beck 2017) 192.

80 Mehmet Yayla, ‘Ceza Yargılamasında İspat İçin Yenilmesi Gereken Şüphe; Türkiye ve Amerika Birleşik Devletleri Sistemlerinin İncelenmesi’ (2013) 3 Ankara Barosu Dergisi 291, 306.

81 Lawrence Solan, ‘Refocusing the Burden of Proof in Criminal Cases: Some Doubt About Reasonable Doubt’ (1999) 78 Texas Law Review 105, 111-112.

82 Prentice H. Marshall, Thomas A. Flannery and Patrick E. Higginbotham, ‘Pattern Criminal Jury Instructions’ (1982) Report of the Federal Judicial Center Committee to Study Criminal Jury Instructions 27; ayrıca bkz. Yayla (n 80) 306-307.

83 Doğan Gedik, ‘Ceza Muhakemesinde Hakim Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK m.217)’ (2019) 21 Özel Sayı (Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 913, 913; ayrıca bkz. Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özyayın, Erden Tütüncü ve Tok (n 70) 298-299.

84 Stefan Seiler, *Strafprozessrecht* (18. Auflage, Fakultas 2020) 36; ayrıca bkz. Gedik (n 83) 915.

85 Andrea Schmidt, *Grundsätze der Freien Richterlichen Beweiswürdigung im Strafprozessrecht* (Peter Lang 1993) 66.

Anayasa'nın 138/1'inci maddesinde, hâkimlerin vicdani kanaatlerine göre hüküm vereceklerinin belirtilmesi, keza 5271 sayılı CMK'nın 217/1'inci maddesinde delillerin hâkimin vicdani kanaatıyla serbestçe takdir edileceğine ilişkin düzenleme ile hukukumuz açısından vicdani ispat sisteminin esas alındığı ortaya konulmuştur⁸⁶.

Al.CMK'nın 261'inci maddesinde, “*ortaya konulan delillerin sonuçları hakkında mahkeme, duruşmada oluşan serbest kanaatine göre karar verir*”⁸⁷ denilmek suretiyle delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin benimsendiği ortaya konulmuştur. Hâkimin teknik hususlardaki bilirkişi raporlarıyla bağlı olmaması, keza belge ve tanık anlatımlarını serbest şekilde değerlendirmesi, bu ilke kapsamında ele alınır⁸⁸. Delillerin serbestçe değerlendirilmesi, keyfi değerlendirme ile aynı anlama gelmez. Nitekim, hâkim, verdiği kararın maddi gerçeği yansıttığına bizzat kendisinin inandığını ve bu kanaati ilgisiz değerlendirmelerden ve keyfilikten uzak bir şekilde edindiğini kararında ortaya koymalıdır⁸⁹. Hâkim, ispat vasıtalarını değerlendirirken, rasyonel olarak kavranabilir sonuçlara ulaşmalıdır⁹⁰. Delil değerlendirmesi, mantık kurallarına aykırı olmayacak şekilde, eksiksiz ve çelişkiden uzak bir şekilde gerçekleştirilmelidir⁹¹. Al.CMK'nın 261'inci maddesi, duruşmada sunulan bütün delillerin kapsamlı bir şekilde değerlendirilmesini gerektirir⁹². Kapsamlı değerlendirmeden, hem duruşmada sunulan bütün olayların ele alınması hem de her bir olayın bütün bakış açılarıyla dikkate alınması anlaşılmalıdır⁹³.

Öğretide bir görüşe göre, bilimsel yöntemlerin kullanılması ile delillerin serbestçe değerlendirilmesi ve dolayısıyla vicdani ispat sisteminin sınırları zorlanmıştır, söz gelimi, ölen kişinin tırnaklarında bulunan deri parçasının sanıktan kaynaklandığının bilimsel yöntemlerle tespiti durumunda, hâkimin bu hususu kolaylıkla reddetmesi mümkün değildir⁹⁴. Başka bir görüşe göre, bilimsel deliller, muhakemede giderek daha çok kullanılsa da yakın gelecekte bilimsel ispat sistemine geçilmesi söz konusu değildir, hâkim, bilimsel delilleri de vicdani kanaatine göre serbest şekilde değerlendirecektir⁹⁵.

86 Gedik (n 83) 915.

87 Hükmün çevirisi için bkz. Feridun Yenisey, Salih Oktar ve Ayla Oktar, *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Strafprozeßordnung (StPO) ve Alman Ceza Muhakemesine ve Kabahatlerde Para Yaptırımına İlişkin Yönerge (RiStBV)* (3. Baskı, Beta 2020) 379.

88 Heribert Ostendorf and Janique Brüning, *Strafprozessrecht* (4. Auflage, Nomos 2021) 198; Schmidt (n 85) 66.

89 Günther M. Sander, Löwe-Rosenberg *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar Siebter Band* §§ 256–295 (27. Auflage, De Gruyter 2021) 228.

90 Seiler (n 84) 36.

91 Kindhäuser and Schumann (n 78) 312.

92 Werner Beulke and Sabine Swoboda, *Strafprozessrecht* (16. Auflage, C.F. Müller 2022) 380; Schroeder and Verrel (n 79) 193.

93 Kindhäuser and Schumann (n 78) 312.

94 Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özaydın, Erden Tütüncü ve Tok (n 70) 391.

95 Ali Kemal Yıldız, ‘Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi’ (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2002) 13.

C. DNA Analizinin Delil Sınıflandırmasındaki Konumu

Ceza muhakemesi anlamında delil, fiilin sanık tarafından işlenip işlenmediği hususunda, yargılama makamının kanaate ulaşmasını sağlamak maksadıyla kullanılan, muhakeme konusu olayın bir bölümünü ya da bütünü ispat edebilecek, duyu organları ile algılanabilen ve maddi bir varlığa sahip olan vasıtalar olarak tanımlanmalıdır⁹⁶. Türk öğretisinde, ceza muhakemesinde deliller, “beyan, belge ve belirti”⁹⁷ delilleri” olarak sınıflandırılır⁹⁸.

Öğretide delillerin değeri bakımından yapılan sınıflandırmaya göre, deliller, dar manada delil (doğrudan doğruya delil) ve dolayısıyla delil (belirti) olarak ayrıma tabi tutulur: Söz gelimi, tanığın muhakeme konusu olayı, duyuları vasıtasıyla algıladığını beyan etmesi (örneğin malın alınması) doğrudan doğruya delil mahiyetinde kabul edilir, buna karşılık, suçun ispatı için tek başına yeterli olmayan deliller, dolayısıyla delil, yani belirti olarak sınıflandırılmıştır⁹⁹.

Çalışmada delillerin sınıflandırılmasında beyan, belge ve belirti delilleri yaklaşımı benimsenmiştir. Zira, delillerin doğrudan doğruya delil ve dolaylı delil şeklinde ayrıma tabi tutulması, bazı delil türlerinin, genel geçer bir şekilde, daha yüksek delil değerine sahip olduğunun ön kabulü anlamına gelip hâkimin vicdani kanaatine göre delilleri serbest şekilde takdir edeceğine ilişkin CMK’nın 217’nci maddesi ile uyumlu değildir. Dolayısıyla bu çalışmada, bir belirtinin her durumda, dolaylı delil olduğu şeklindeki bir kabulden hareket edilmemiştir.

DNA analiz sonuçlarının delil sınıflandırmasındaki konumunu açıklayabilmek için belirtilerden kısaca söz etmek gerekir. Türk öğretisinde *Erman*, “belirti” ifadesi ile kastedilenin, bir ispat vasıtası değil, ispat vasıtası ile temsil edilen olay olduğunu savunmuştur. Yazara göre, şüphelinin elindeki kanlı bıçak değil de olay yerinde şüphelinin elinde kanlı bir bıçakla yakalanması, belirti teşkil eder. Yazar, belirtileri, muhakeme ile ispatlanması hedeflenen asli olaylara ilişkin olarak olumlu veya olumsuz çıkarımlar yapılmasına imkân tanıyan olaylar şeklinde tanımlamıştır¹⁰⁰. Keza öğretide

96 Ahmet Gökçen, Murat Balcı, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (7. Baskı, Adalet 2023) 282.

97 Belirtiler, doğal ve yapay belirti şeklinde ayrıma tabi tutulabilir, buna göre, doğal belirti, failin iradesi dışında, hatta faille rağmen, olayı, doğal bir şekilde temsil eder. Bkz. Yenisey ve Nuhoglu (n 71) 576. Fail, fiili icra etmeden önce belirtileri arkada bırakmamak için genellikle çaba harcar veya olayın icrasından sonra bunları yok etmeye çalışır. Bkz. Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (19. Bası, Beta 2020) 316.

98 Şahin ve Göktürk (n 69) 413; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 70) 613; Yenisey ve Nuhoglu (n 71) 551. Bir görüşe göre, deliller, a) somut olaya münhasır temsili deliller ve b) genel mahiyette temsili deliller olarak ayrıma tabi tutulabilir: Somut olaya münhasır temsili deliller, muhakeme konusu olayı doğrudan doğruya ispatlarken (yani, beyan ve belge delili), genel mahiyette temsili deliller, ispat edilecek olayın yanı sıra başka olayları, hususları da ispat edebilir ve bunlar, belirti olarak da adlandırılabilir. Bkz. Yenisey ve Nuhoglu (n 71) 550. Şahsi delil ve maddi delil tasnifine göre, şahsi deliller, kaynağı kişi olan şüpheli/sanık, tanık vb. delilleri ifade ederken; maddi deliller, belge ve belirti, yani kaynağı nesne olan deliller için kullanılır. Bkz. Şahin ve Göktürk (n 69) 413. Bir görüş delilleri, tanık beyanları, sanık ve tanıktan başka kişilerin beyanları, kolluk, savcı ve hâkim tutanakları, özel yazılı açıklamalar, görüntü ve/veya ses kaydeden araçlar ve belirtiler şeklinde sınıflandırmıştır. Bkz. Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özaydın, Erden Tütüncü ve Tok (n 70) 300.

99 Şahin ve Göktürk (n 69) 413; Yenisey ve Nuhoglu (n 71) 551. Tanık delili, doğrudan veya dolaylı delil olabilir, nitekim ispatlanmak istenen olay hakkında doğrudan görgüsü olmayan, bir başkasının duyumunu aktaran tanık, dolaylı delil olarak tasnif edilmelidir. Bkz. Şahin ve Göktürk (n 69) 413.

100 R. Barış Erman, ‘Ceza Muhakemesi Hukukunda Belirti ve İspat Değeri’ (2010) 9(1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk

Eroğlu, belirtilerin maddi vakıa olduğunu, suç aletindeki izler, tükürük vb. izlerin belirti olarak nitelendirilmesinin hatalı olduğunu savunmuştur¹⁰¹.

Ancak Türk öğretisinde hâkim görüş, belirtinin bir ispat vasıtası olduğu yönündedir¹⁰². Bu yönüyle belirtiler, “*olaydan geriye kalan her türlü iz, eser ve emare*” şeklinde tanımlanmıştır¹⁰³. Başka bir görüşe göre, belirtiler, ispatlanacak olayın dolaylı olarak ispatına yardım eden olgular ve izlerdir¹⁰⁴. Kanaatimizce, belirtiler hem “izler” hem de ispat edilecek olayın dolaylı şekilde ispatına yardım eden olaylar” şeklinde açıklanmalıdır. Böylece bu çalışmada belirtilerin izler dolayısıyla ispat vasıtası olduğu ve bir yönüyle de olay teşkil ettiği yaklaşımından hareket edilmiştir.

Türk öğretisinde bir görüşe göre, belirtiler, yan delil olarak suçun ispatı için tek başına yeterli değildir, bunlar doğrudan doğruya delillerin ortaya koyduğu kanaati destekleyici niteliktedir, ancak günümüz ceza muhakemesinde, belirtiler, diğer delillere göre ön plana çıkmıştır. Aynı görüşe göre, olay yerinde parmak izine rastlanan bir sanığın, orada daha önce hiç bulunmadığına yönelik inkârâ dayalı beyanlarının çürütülmesi, belirti delilleri ile mümkündür¹⁰⁵. Türk öğretisinde ağırlıklı olarak geçmişten bu yana, belirtilerin suçun ispatı için tek başına yeterli olmadığı, diğer delillerle desteklenmesi gerektiği görüşü savunulmuştur¹⁰⁶. Söz gelimi, olay yerinde elde edilen parmak izinin suçtan önce veya sonra meydana geldiğinin tespit edilemediği, dolayısıyla suçun tek başına ispatına yaramadığı ifade edilmiştir¹⁰⁷. Bir görüşe göre, belirtilerin tek başına suçun ispatına yetmemesi, yasal bir zorunluluktan kaynaklanmaz, mantık kurallarının neticesinde ulaşılan bir sonuçtur, ceza muhakemesinde kanuni ispat sistemi benimsenmemiştir, hâkim bütün delilleri vicdani kanaatine göre takdir eder¹⁰⁸. Belirtelim ki, bu görüşler, belirtilerin dolaylı delille eş anlamlı kabul edilmesinin bir sonucu olarak tezahür etmiştir ve çalışmada bu yaklaşım benimsenmemiştir. Öğretide başka bir görüşe göre, olaydaki şartların bütün olarak değerlendirilmesi sonucunda, güvenilir olduğu tespit edilen belirti delilleri, tek başına suçun ispatı için yeterli olabilir¹⁰⁹.

Fakültesi Dergisi 679, 693-694.

101 Fulya Eroğlu, ‘Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma Suretiyle Elde Edilen Delillerin İspat Değeri’ (Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2009) 8.

102 Centel ve Zafer (n 97) 316 vd; Şahin ve Göktürk (n 69) 414 vd; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 70) 301; Yenisey ve Nuhoglu (n 71) 551.

103 Şahin ve Göktürk (n 69) 440.

104 Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özaydın, Erden Tütüncü ve Tok (n 70) 336.

105 Şahin ve Göktürk (n 69) 413. Bir görüşe göre, belirtiler, tanık beyanı gibi geleneksel delillere nazaran daha güvenilir sonuçlar ortaya koyar. Bkz. Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özaydın, Erden Tütüncü ve Tok (n 70) 337.

106 Metin Feyzioğlu, ‘Belirtilerin Şüphenin Yenilmesindeki İşlevi ve Benzer İsnatlara Ait Delil Araçlarının Somut Olayın Çözümünde Birlikte Değerlendirilmesi’ (2000) 57(1) Ankara Barosu Dergisi 19, 21 vd; Centel ve Zafer (n 97) 316; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özaydın, Erden Tütüncü ve Tok (n 70) 337.

107 Yenisey ve Nuhoglu (n 71) 576.

108 Centel ve Zafer (n 97) 316.

109 Meliha Akgül Altıkat, ‘Ceza Muhakemesi Hukukunda Belirti Delilleri ve İspat Gücü’ (Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü 2014) 116.

Bizce ispat vasıtası olan izin, muhakeme ile ispatlanmak istenen esas olayı tek başına ispatlaması mümkündür¹¹⁰. İz, geçmişte yaşanan bir olay ve olayın sebebi olan kimseler hakkında sonuçlara ulaşmayı sağlayan, duyularla harici dünyada algılanabilen maddi değişikliklerdir¹¹¹. Kriminal anlamda izler ise olayla nedensel bir ilişkiye sahip olan maddi değişiklikleri ihtiva eder¹¹². Bu çalışmada olay yeri incelemesi, otopsi, beden muayenesi gibi işlemler sonucunda elde edilen ayak ve ayakkabı izi, sperm, kan, parmak izi gibi maddi değişiklikler, “iz” olarak ele alınmıştır.

Belirti delilinin (izlerin) duruşmada ikame edilmesi, genellikle bilirkişi incelemesi ile gerçekleştirilir, zira olaydan geriye kalan belirtilerin yorumlanmasına ihtiyaç duyulur¹¹³. Söz gelimi, olay yerinden elde edilen vücut materyallerinin DNA analizine tabi tutulması suretiyle yorumlanması söz konusudur. Dilsiz birer tanık olan belirti delillerinin konuşturulması ve anlamlandırılması için bilirkişi incelemesine ihtiyaç vardır¹¹⁴.

Alman ceza muhakemesinde bilirkişi, delil olarak kabul edilir¹¹⁵. Türk hukuku bakımından ise bilirkişi, genel olarak, bir delil değil, delili değerlendirme aracı niteliğindedir¹¹⁶. Bir görüşe göre, bilirkişilik, yerine göre, delillere ulaşmak için araç olabileceği gibi delilleri değerlendirme aracı da olabilir, buna göre, otopsi yapan bilirkişi, delile ulaşmak için bir araçtır, bununla birlikte, mağdurun duyularında işlev kaybı olup olmadığını inceleyen bilirkişi raporu, delil değerlendirme aracı mahiyetindedir¹¹⁷. CMK’nın 62’nci maddesinin gerekçesinde de benzer şekilde, “*Bilirkişiliğin kendisi bir delil olmamakla birlikte, bilirkişi incelemesi sonucunda elde edilen delil, iz, eser ve emare delildir. Bir başka deyişle bilirkişilik, delillere ulaşmak için bir araçtır*” denilmek suretiyle bu görüş benimsenmiştir.

Kanaatimizce, bilirkişi, söz gelimi olay yerinden elde edilen kan örneğinden DNA izolasyonu gerçekleştirdiğinde, DNA izini elde etmiş olur; bu örnek bakımından bilirkişilik, delillere ulaşmak için bir araç mahiyetindedir. Bilirkişi daha sonra, olay yerinden elde edilen izin, sanığın DNA’sından kaynaklanıp kaynaklanmadığına yönelik bir inceleme yapar, burada ise bilirkişilik, delilleri değerlendirme aracı niteliğindedir.

Türk doktrininde DNA analizinin suçun ispatı için tek başına yeterli olmadığı ileri sürülmüştür¹¹⁸. Ancak biz bu görüşe katılmıyoruz. Aşağıda inceleyeceğimiz kararların bir kısmında da kanaatimizle aynı doğrultuda sonuçlara ulaşılmıştır.

110 Erman (n 100) 699.

111 Christoph Keller, *Basislehrbuch Kriminalistik* (Verlag Deutsche Polizeiliteratur GMBH 2019) 180.

112 ibid 181.

113 Yenisey ve Nuhoğlu (n 71) 578.

114 Centel ve Zafer (n 97) 316.

115 Kindhäuser and Schumann (n 78) 271 vd.

116 Ali Kemal Yıldız, ‘Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik’ (2006) X(3-4) EÜHFD 273, 277-278; Feridun Yenisey, ‘Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre Tıbbi Deliller ve Bilirkişi İncelemesi’ (2006) 3(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 309, 310.

117 Handan Yokuş Sevik, ‘Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik’ (2006) LXIV(1) İÜHFM 49, 50-51.

118 Esra Demir, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Moleküler Genetik İncelemeler* (Seçkin 2020) 27. Yazara göre; “*Sanığın aşamalarda suçlamayı inkar etmesi, olay yeri inceleme raporu ve krokisine göre çapa makinesinin alındığı yerden yaklaşık*

D. DNA Analizinin İspat Açısından İşlevleri

1. Sanığı Suçlayıcı Etkisi

Sanığın suçu işleyip işlemediği hususunun ispatlanmasıyla ilgili meseleler bu bağlamda ele alınmalıdır. ABD’de 1989 tarihli “*People v. Castro*” davasında, mahkeme, “DNA analizinin sanığın suçu işlediğini göstermesi” bakımından (yani, suçlayıcı etki), analizi tatbik eden test laboratuvarının, makul düzeyde bir bilimsel kesinlik dahilinde, bilimsel teknik ve deneyleri kullanmak hususunda başarısız olduğu sonucuna ulaşmıştır¹¹⁹. Buna karşılık, mahkeme, burada somut vakaya özgü bir değerlendirme gerçekleştirmiş, genel olarak DNA analizinin kabul edilemez olduğuna ilişkin bir karar vermemiştir.

Olay yerinden elde edilen izlerin sanıktan kaynaklandığının DNA analizi ile tespit edilmesi durumunda, tek başına bu husustan hareketle, sanığın suçu işlediğinin kabul edilip edilemeyeceği, yine bu etki kapsamında incelenir. ABD’de bu konuyla ilgili olarak 1995 tarihli, “*People v. Rush*” kararında DNA analiz sonuçlarının suçun ispatı için tek başına yeterli olduğu kabul edilmiştir¹²⁰. Keza Almanya’da 2013 tarihli, Federal Mahkeme kararında da DNA analiz sonuçlarının sadece istatistiksel olasılık hesaplamalarını içerdiği, ancak suçun ispatlandığından söz edilebilmesi için matematiksel bir kesinliğin gerçekleşmesinin şart olmadığı gerekçe gösterilerek DNA analizinin tek başına yeterli olduğu sonucuna ulaşılmıştır¹²¹. Söz konusu kararlar hakkında detaylı bilgi için bu çalışmanın “3. Yargı Kararlarında DNA Analizinin Kabul Edilebilirliği ve İspat Kuvveti” bölümündeki açıklamalara bakılmalıdır.

2. Diğer Delilleri Destekleyebilmesi veya Çürütebilmesi

DNA analiz sonuçlarının, sanık ve tanık beyanlarını çürütme işlevi vardır. Yargıtay’ın bir kararında, sanık, suç tarihinde, suçun işlendiği ilde olmadığını, söz konusu ilde konaklamayıp sadece ilden transit geçiş yaptığını ileri sürerek suçu inkâr etmiştir. Ancak olay yerinde tespit edilen çakmakta,

100-150 m. kadar uzaklıkta ve müştekinin bahçesinin dışında umuma açık stabilize yol üzerinde ele geçirilen ve moleküler genetik incelemede, sanığa ait DNA profilinde belirtilen genotip özellikleri ile uyumluluk arz eden sigara izmariti dışında, başkaca mahkûmiyetini gerektirir nitelikte her türlü şüpheden uzak somut, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediğinden ve “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi gereğince beraat kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi (Yargıtay 17 CD, E 2015/12142, K 2016/4498, 30.03.2016)”, şeklindeki Yargıtay kararı ile sadece DNA analiz sonuçlarına dayanılarak mahkûmiyet hükmü kurulamayacağı, Yargıtay tarafından da kabul edilmiştir. Bkz. Demir (n 118) 27. Belirtelim ki, bu kararda Yargıtay’ın olay yerinde bulunan sigara izmaritlerinden hareketle gerçekleştirilen DNA analiz sonuçlarını mahkûmiyet için yeterli görmemesi, DNA analiz sonuçlarının genel-geçer bir şekilde, tek başına mahkûmiyete yeterli olmamasından kaynaklanmamıştır. Nitekim, Yargıtay’ın aksi yönde yorumlanabilecek kararları da mevcuttur. Bkz. Yargıtay 13 CD, E 2018/11067, K 2019/4801, 26.03.2019; Yargıtay 2 CD, E 2014/11405, K 2015/13021, 23.06.2015. Bahsi geçen kararda sigara izmaritinin mahkûmiyet için yeterli görülmemesi, DNA izinin, suçla bağlantısı çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir husustur. Suçun konusunu oluşturan çapa makinesinin bulunduğu yerden yaklaşık 100-150 metre uzaklıkta ve halka açık bir yol üzerinde ele geçirilen sigara izmaritinin suçla bağlantısı, her türlü şüpheden uzak bir şekilde tespit edilemediği için bu sonuca ulaşılmıştır.

119 People v Castro, Supreme Court, Bronx County, 14 Aug 1989, 144 Misc 2d 956, 980.

120 People v Rush, Supreme Court, Kings County, 165 Misc 2d 821, 1995.

121 BGH 3 StR 247/12 – 21.03.2013.

sanıkla eşleşen DNA örneklerinin bulunması, keza il merkezinde işlenen diğer bir hırsızlık suçunun olay yeri incelemesinde ele geçirilen sakızın üzerinde sanığın DNA'sına rastlanması sebebiyle mahkeme, sanığın inkâr yönündeki beyanlarına itibar edilmemesi gerektiğini belirtmiştir¹²².

DNA'nın adli bilimlerde kullanılmaya başlanmasından önce sıklıkla başvurulmuş geleneksel bilimsel analiz yöntemlerinin güvenilirliğini test eden, yine DNA analizi olmuştur. Almanya'da 1989 tarihli bir mahkeme kararına konu olan olayda, çocuğa yönelik birden fazla kez cinsel istismar suçunun işlendiği olay yerinde ele geçirilen ve üzerinde sperm izleri bulunan kâğıt mendilin DNA analizine tabi tutulması, o dönem sıklıkla başvurulmuş kan grubu ve saç analizinin ulaştığı sonuçlardan farklı olarak, sanığın suçu işlemediğini ortaya koymuştur (DNA analizinin dışlayıcı etkisi)¹²³. Mahkeme, uygulamada kabul gören, DNA analiz sonuçlarının, saç ve kan grubu analizine göre, ispat açısından daha ağır bastığına kanaat getirmiştir¹²⁴.

Alman Federal Mahkemesi 5. Ceza Dairesinin bir kararında, sanık, konuta girerek mücevherleri çaldığını ikrar ederken, cinsel saldırı ve kasten öldürme suçuna yönelik isnatları kabul etmemiştir. Mahkeme, sanığın anne ve babasının konutunda tespit edilen bıçağın üzerindeki izleri ve DNA analiz sonuçlarını, cinsel saldırı ve kasten öldürme suçunun işlendiği hususunda destekleyici nitelikte kabul etmiş ve sanığın bu suçlardan da mahkûm edilmesinde bir sakınca görmemiştir¹²⁵.

3. Yargılama Aşamasında Dışlayıcı ve Yargılama Sonrasında Aklayıcı Etkisi

DNA analizi yargılama esnasında “sanığın suçu işlemediğini göstermek” suretiyle dışlayıcı bir etkiye sahip olabilir. ABD’de, 1989 tarihli “*People v. Castro*” davasında, mahkeme, dışlayıcı etki açısından konuyu değerlendirmiş, somut vakada DNA analizini gerçekleştiren test laboratuvarının ulaştığı sonuçların makul bir bilimsel kesinlik derecesi dahilinde güvenilir olduğuna karar vermiştir¹²⁶. Bu davada mahkeme, test laboratuvarının güvenilirliğini denetlerken, DNA analizinin sanığın suçu işlediğini göstermek için kullanılması (yani, suçlayıcı etki) ile sanığın suçu işlemediğini göstermek için kullanılması (yani, dışlayıcı etki) noktasında farklı sonuçlara ulaşmıştır.

ABD’de hatalı mahkûmiyetlerin tespit edilmesini sağlamak için yargılama sonrasında da DNA analizinin kullanıldığına rastlanır. Bu kapsamda 1992’de Peter Neufeld ve Barry Scheck’in New York’taki Cardozo Hukuk Fakültesinde kurdukları Masumiyet Projesi adını taşıyan kuruluş, hatalı olarak mahkûm edilen kişilerin masumiyetlerini ortaya koymak için “yargılama sonrası DNA analizini” bir araç olarak kullanır¹²⁷. Kuruluş, hatalı mahkûmiyetlerin yüzde yetmiş beş oranında temelde, gerçeğe aykırı tanık beyanlarından kaynaklandığını ortaya koymuştur¹²⁸. Mahkûm edilmelerine rağmen yargılama sonrası DNA analizi kullanılarak sonradan masum oldukları tespit

122 Yargıtay 6 CD, E 2021/12732, K 2022/10621, 04.07.2022.

123 “LG Darmstadt, 3 Mai 1989”, aktaran Burr (n 66) 92.

124 ibid 92.

125 Bkz. BGH 5 StR 145/90 – 21.08.1990.

126 *People v Castro*, Supreme Court, Bronx County, 14 Aug 1989, 144 Misc 2d 956, 980.

127 Aarlı (n 1) 6; Bertino and Nolan Bertino (n 1) 7.

128 Tilstone, Hastrup and Hald (n 2) 11.

edilen kişi sayısı, 1989 ve 2001 arasında yapılan incelemelerde 267 olarak saptanmakla birlikte mahkûm edilmelerinde herhangi bir hata bulunmayan kişi sayısı ise 117 olarak belirlenmiştir¹²⁹.

Bu konuda birkaç örnek vermek gerekirse, New York eyaletinde, 1985 tarihinde, mağdurun pantolonunda yer alan sperm izinin kendisinden kaynaklanmadığı, yargılama sonrası DNA analizi ile anlaşıncı, Leonard Callace isimli bir kişi, cezasının neredeyse 6 yılını çekmesinin ardından salıverilmiştir¹³⁰. Keza, 1986'da yine New York'taki White Plains'te, haksız yere mahkûm olduğunu ileri süren Terry Leon isimli bir kişi, Masumiyet Projesine başvurmuş, akabinde mağdurun vajinasındaki spermin kendisine ait olmadığı, DNA analiziyle tespit edilince, bu kişi, serbest bırakılmıştır¹³¹.

1995 tarihli, "Williamson v. Reynolds" davasında ABD Temyiz Mahkemesi 10. Dairenin o dönem sıklıkla başvuru mikroskobik saç analiz¹³² sonuçlarını güvenilir kabul etmesi neticesinde Williamson, mahkûm edilmiş, ancak yargılama sonrası DNA analizi ile mikroskobik saç analizi sonuçları çürütülmüş ve bu kişi aklanmıştır¹³³.

E. DNA Analizinin İspat Kuvvetini Olumsuz Olarak Etkileyen Hata Kaynakları

1. Olay Yeri İncelemesinde Yapılan Hatalar

Olay yeri, suçun işlendiği yerin yanı sıra¹³⁴, delillerin değiştirildiği ya da bozulduğu alanlar ile delillerin bir başka yere taşındığı yerleri de kapsayan geniş bir kavramdır¹³⁵. Bu kavram, sadece suçun icra hareketlerinin gerçekleştirildiği yerlerle (hukuki anlamda olay yeri kavramı) sınırlı olarak düşünülemez, ayrıca hazırlık hareketleri ile suçtan sonraki davranışların gerçekleştirildiği yerler de hesaba katılmalıdır, zira kolluğun suçla mücadele hedefini tam olarak yerine getirebilmesi bunu gerektirir¹³⁶. Alman öğretisinde, bu geniş olay yeri perspektifi, kriminalistik bilimi anlamında olay

129 ibid 12.

130 Edward Connors, Thomas Lundregan, Neal Miller and Tom McEwen, 'Convicted by Juries, Exonerated by Science: Case Studies in the Use of DNA Evidence to Establish Innocence After Trial' (Haziran 1996) US Department of Justice, Office of Justice Programs, National Institute of Justice Report 41-42.

131 ibid 42-43.

132 Williamson vakası da dahil olmak üzere, ABD'de yargılama sonrası DNA analizi ile haksız yere mahkûm edildikleri ortaya çıkan kişilerden yaklaşık dörtte birinin haksız mahkûmiyetine sebep olan husus, o dönem savcılığın taraf tanığı olarak başvurduğu FBI uzmanlarının saç analiz raporlarıdır. Köksüz saç üzerinde DNA analizi yapılması esasına dayanan mitokondriyal DNA testinin gelişmesi ve bu vakalara uygulanması ile uzmanların saç analiz raporlarının hatalı olduğu ortaya çıkmıştır. Bunun üzerine ABD Adalet Bakanlığı, 2012'de FBI uzmanlarının mikroskobik saç analizi (eski yöntem) gerçekleştirdiği yaklaşık 21 bin vakanın Masumiyet Projesi ve Ulusal Ceza Savunma Avukatları Birliği (NACDL) ile işbirliği halinde yeniden inceleneceğini ve haksız yere mahkûm olanların bulunup bulunmadığının kontrol edileceğini duyurmuştur. Bkz. <<https://www.nacdl.org/Landing/Microscopic-Hair-Comparison-Analysis>> accessed 2 December 2023.

133 "Williamson v Reynolds, 904 F Supp 1529, 1554 (ED Okla. 1995)", karar için bkz. Paul C. Giannelli, 'The Supreme Court's Criminal Daubert Cases' (2003) 33(4) Seton Hall Law Review 1071, 1074-1075.

134 Henry Lee, Timothy Palmbach and Marilyn Miller, *Henry Lee's Crime Scene Handbook* (Academic Press 2001) 2.

135 Anthony Craft, *How to Conduct a Basic Crime Scene Investigation* (Lulu 2009) 7.

136 Keller (n 111) 176. Alman öğretisinde Seemann, bir soygun gerçekleştirmek için araba çalan faillerin kendilerini izleyen polis memurlarını öldürmeye teşebbüs ettikleri örnekten hareketle, hazırlık hareketleri ve suçtan sonraki davranışların kriminalistik bilimi anlamında olay yeri kavramına dahil edilerek polis araştırmalarına konu olması durumunda,

yeri kavramı ile açıklanır¹³⁷. Suçta kullanılan vasıtaların hazırlık hareketleri esnasında fail tarafından bir yerde denenmesi ya da suçun işlenmesinden sonra kaçtığı sırada failin bazı eşyaları yolda kaybetmiş olması mümkün olabileceği için potansiyel olarak barındırabilecekleri iz zenginliği ve çeşitliliği düşünüldüğünde, bu alanların araştırılması da elzem teşkil eder¹³⁸.

Olay yeri incelemesinin konusunu oluşturan belirtiler, genel manada “iz” olarak tarif edilebilir¹³⁹. Bu kapsamda, olaydan geriye kalan kan, parmak izi, silah vb. değişiklikler, izdir¹⁴⁰. DNA analizi, olay yerinden elde edilen ve yeterli şekilde hücre çekirdeği içeren meni, kan, tükürük ve saç gibi vücut materyalleri, yani izler üzerinde gerçekleştirilir¹⁴¹. Olay yerinden elde edilen kan gibi örneklerin belirli bir kişi ile eşleştirilmesi (bireyselleştirme, kimlik tespiti) DNA analizleri sayesinde mümkün olmuştur¹⁴².

Bu başlık altında, esasen, DNA analizi gerçekleştirilmeden önce yapılan hatalar incelenmiştir. Etkili bir olay yeri incelemesi söz konusu değilse, DNA analizinden sağlıklı bir sonuç elde edilmesi de mümkün olmaz¹⁴³. Nitekim, burada zincir şeklinde ilerleyen bir süreçten söz edilir. Maktulün kanlı elbisesinin olay yerinde bulunması, ardından titiz bir olay yeri incelemesi faaliyeti yürütülerek bu kanlı elbisenin koruma altına alınıp laboratuvara gönderilmesi, daha sonra laboratuvarında analiz edilip de mahkeme huzurunda denetlenmesine kadar geçen sürecin “delil zinciri” kavramıyla açıklanması mümkündür¹⁴⁴. Delille bir şekilde fiziksel temas kuran herkesin kronolojik olarak kaydının tutulması, delil zincirinin bütünlüğünü sağlamayı amaçlar¹⁴⁵. Delilin tespit edilmesinden sonra elde edilmesine, depolanmasına, başkasına aktarılmasına, analiz edilmesine ve hatta mahkemeye ulaştırılmasına kadar geçen sürede delil zincirinin güvenilir olup olmadığı incelenmelidir¹⁴⁶. Zincirin özenli şekilde kurulması, belgelendirme işlemi sayesinde mümkün olur, buna göre, delilin nerede, kimin hâkimiyetinde olduğu, delile en son hangi görevlinin temas ettiği, delilleri karartma girişiminin söz konusu olup olmadığı belgelendirilmelidir¹⁴⁷. Delil zinciri arasında boşluklar bulunması, ikna

öncül suç ve akabinde işlenen diğer suçların da aydınlatılmasının mümkün hâle geleceğini ifade etmiştir. Bkz. Siegfried Seemann, ‘Tatortarbeit’ in Edwin Kube, Hans Udo Störzer and Klaus Jürgen Timm (eds), *Kriminalistik Handbuch für Praxis und Wissenschaft* (Boorberg 1992) 639, 642.

137 Rolf Ackermann, Horst Clages and Holger Roll, *Handbuch der Kriminalistik* (6. Baskı, Boorberg 2022) 130; Keller (n 111) 173. Alman öğretisinde konu, hukuki anlamda olay yeri ve kriminalistik bilimi anlamında olay yeri kavramı olmak üzere ikiye ayrılarak ele alınır. Buna göre, Al.CMK’nın 9’uncu maddesindeki “suçun işlendiği yer” başlığını taşıyan düzenleme, hukuki anlamda olay yeri kavramı bahsinde ele alınır. Bkz. Seemann (n 136) 642. Kriminalistik bilimi anlamında olay yeri kavramı, suçun icra hareketlerinin gerçekleştirildiği yerin yanı sıra hazırlık hareketleri ve suçtan sonraki hareketleri de kapsayan oldukça geniş bir muhtevaya sahiptir. Bkz. Keller (n 111) 176.

138 Keller (n 111) 176.

139 Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özaydın, Erden Tütüncü ve Tok (n 70) 340 vd.

140 ibid 344 vd.

141 Klumpe (n 30) 14.

142 Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özaydın, Erden Tütüncü ve Tok (n 70) 345.

143 Benzer Jacqueline Fish, Larry Miller, Michael Braswell and Edward Wallace, *Crime Scene Investigation* (3. Edition, Anderson Publishing 2013) 2.

144 Bertino and Nolan Bertino (n 1) 28.

145 James Girard, *Criminalistics Forensic Science and Crime* (Jones & Bartlett Learning 2008) 19.

146 Girard (n 145) 19.

147 Houck and Siegel (n 6) 36.

edicilik seviyesi yüksek olan delillerin mahkeme önünde kabul edilemez olarak nitelendirilmesine sebep olabilir¹⁴⁸.

Olay yeri incelemesinde yapılan hatalardan biri, delillerin kontaminasyona maruz kalmasına sebep olmaktır. Locard prensibine göre, birbiriyle temas eden her nesne ya da kişi, bir diğerine tabiatındaki özelliklerin bir kısmının aktarılmasına sebep olur; yani “*her temas bir iz bırakır*”¹⁴⁹. Olay yeri olarak sınırlanan alana giriş yapan herhangi bir kişi, alanın dışından beraberinde getirdiği toprak, lif, saç, ayakkabı izi gibi esasen olayla ilgisi olmayan nesneleri olay yerine taşıyarak kontaminasyona sebep olabilir, keza birden fazla olay yerinin mevcut olduğu durumlarda yetkili personelin bir yerden diğerine intikal etmesi neticesinde de kontaminasyon oluşabilir¹⁵⁰. Olay yeri inceleme prosedürlerine ve delillerin bilimsel yöntemlerle toplanmasına ilişkin kurallara riayet edilmemesi kontaminasyona sebep olabilir¹⁵¹. Söz gelimi, olay yerine öncelikle intikal eden devriye ekibinin intihar silahını cesedin yakınından alıp odanın diğer tarafına yerleştirmesi durumunda, esasında “intihar” olan vakanın yanlış şekilde kasten öldürme olarak yorumlanması gündeme gelebilir¹⁵².

Kontaminasyona ABD’deki O. J. Simpson vakası örnek olarak verilebilir. Eşi Nicole Simpson ve onun arkadaşı Ronald Goldman’ın 1994 yılında bıçaklanmak suretiyle öldürülmesi vakasında, eski bir sporcu olan O. J. Simpson şüpheli bulunmuştur. Araştırmacılar, olay yerindeki kan izinin toplanması sırasında delillerin elde edilmesi prosedürlerini ihlal ederek koruyucu ekipmanlar kullanmadan, kanda kendi ayak izlerini bırakmışlar, ardından havanın sıcak olduğu bir günde bu kan örneği ile araçla şehri dolaşmışlardır. Keza, arama emri olmadan O. J. Simpson’ın evine girmişler, akabinde belgelendirme işlemini yapmadan delilleri hareket ettirmişlerdir. Bütün bunlardan hareketle, O. J. Simpson’ın suçu işlemediği kabul edilmiştir¹⁵³.

2. Laboratuvar İncelemesinden Kaynaklı Hatalar

Vücut materyallerinin toplanmasından analiz edilmesine ve daha sonra hâkim ve avukatlar tarafından yorumlanmasına kadar geçen kademeli ve zincir hâlinde ilerleyen bir süreç söz konusudur. Usulüne uygun olarak olay yerinden toplanan delillerin laboratuvara gönderilmesinden sonra da kontaminasyon gündeme gelebilir; sıcak laboratuvar ortamındaki uzun depolama süreleri, bakteri ve diğer organik etkiler sebebiyle kontaminasyon gerçekleşebilir¹⁵⁴. Ayrıca, analizler sonucunda ortaya çıkan eşleşmelerin rapor edilmemesi ya da var olan eşleşmelerin yanlış bildirilmesi gibi hususlar söz konusu olabilir¹⁵⁵.

148 ibid 36.

149 Gabriele Suboch, *Real-World Crime Scene Investigation A Step-by-Step Procedure Manual* (CRC Press 2016) 4; Bertino and Nolan Bertino (n 1) 22.

150 Suboch (n 149) 4.

151 Benzer bkz. Güngör ve Bakşı (n 26) 69.

152 Ross Gardner, *Practical Crime Scene Processing and Investigation* (2. Edition, CRC Press 2012) 16-17.

153 Suboch (n 149) 4-5; Girard (n 145) 17; Bertino and Nolan Bertino (n 1) 29.

154 Klumpe (n 30) 27; Aarlı (n 1) 7.

155 Aarlı (n 1) 7.

Laboratuvardaki özensiz davranışlardan kaynaklı insan hataları da hata kaynakları arasında sayılabilir, Almanya'da Federal Sağlık Dairesinin 1990 tarihli kılavuzunda kan grubu bilimsel raporlarının hazırlanması bakımından laboratuvar da kan örneklerinin karıştırılması hususuna da açıkça değinilmiştir¹⁵⁶.

Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik, inceleme konusu örneklerin gizliliğini sağlayacak şekilde, vücutundan örnek alınacak kimsenin adı, soyadı, adresi ve doğum tarihine karşılık gelen bir kod sisteminin tatbik edileceği hususunu düzenlemiştir (m.13). Böylece bilirkişi, üzerinde gerçekleştirdiği örneğin kime ait olduğunu önceden bilmediği için objektif ve önyargıdan uzak bir şekilde raporunu hazırlayabilecektir¹⁵⁷. Aynı yönetmeliğin, "Güvenlik önlemleri" başlıklı, 21'inci maddesinde, "*Alınan, muhafaza edilen, nakledilen ve incelenen örneklerin değiştirilmemesi ve dış koşullardan etkilenip bozulmaması için Cumhuriyet başsavcılığı, kolluk, sağlık kuruluşu ve bilirkişi tarafından gerekli tedbirlere başvurulur*" denilmiştir. Yönetmelikteki tedbir alma yükümlülüğü, delilin elde edilmesinden laboratuvara ulaştırılmasına ve delilin laboratuvar ortamında harici sebeplerden korunmasına kadar geçen bütün süreci kapsar.

III. YARGI KARARLARINDA DNA ANALİZİNİN KABUL EDİLEBİLİRLİĞİ VE İSPAT KUVVETİ

Öncelikle, bilimsel deliller vasıtasıyla ispat gerçekleştirilirken genel olarak dikkat edilmesi gereken hususlara değinilmelidir. Öğretide iki aşamalı bir değerlendirme önerilir¹⁵⁸: Şöyle ki, ilk olarak, yöntemin ve yöntemi uygulayan kimsenin güvenilir olup olmadığı, cevap evetse, yöntemin olaya doğru uygulanıp uygulanmadığı; ilgili bilim camiasında yöntemin genel olarak kabul edilir olup olmadığı, yöntemin hata oranı; yöntemi denetleyen standartların mevcut olup olmadığı ve somut vakada bu standartların doğru uygulanıp uygulanmadığı hususları değerlendirilmelidir. İkinci olarak, ilk aşamada güvenilir olduğu belirlenen delilin muhakemeye konu olan esas olayı ispata yarayıp yaramadığı veya bilimsel delille hangi olayın ispatının mümkün olduğu hususunun tespit edilmesi gerekir.

Daha sonra, DNA bilimsel analiz sonuçlarının hâkim tarafından değerlendirilmesinde hangi ölçütlerden hareket edileceği hususu da incelenmelidir. Alman öğretisinde bu konuda iki kademeli bir değerlendirmeden söz edilir¹⁵⁹: İlk olarak, DNA izinin sanıktan kaynaklanıp kaynaklanmadığı saptanır, cevap evetse, ikinci aşamada, DNA izi ve suç arasında bağlantı olup olmadığı hususu, ayrıca değerlendirilmelidir. Ancak, aşağıda incelenecek olan ve DNA analiz sonuçlarının tek başına suçun

156 "Bundesgesundheitsblatt Juni 1990", aktaran Klumpe (n 30) 32.

157 Güngör ve Bakşi (n 26) 69; Batur (n 26) 88.

158 Ali Kemal Yıldız, 'Trafik Suçları Bağlamında Bilimsel Delillerin İspat Fonksiyonu' (2006) 3(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 407, 409-411. Yazara göre, bir kişinin kıyafetlerinde ölen kişinin kanı bulunduğu anda, bu deliller yardımıyla kıyafetinde kan tespit edilen kişinin sadece ölen kişiyle bir şekilde fiziksel temas kurduğu veya olay yerinde bulunduğu sonucu ispatlanır, tek başına bu husus, kişinin suçu işlediğini ispatlamaz. Bkz. Yıldız, 'Trafik Suçları' (n 158) 411.

159 BGH 1 StR 722/08 – 21.01.2009; Lutz Meyer-Goßner and Bertram Schmitt, *Strafprozessordnung* (65. Auflage, C.H. Beck 2022) 361.

ispatı için yeterli olduğu sonucuna ulaşan kararlarda (bilhassa Yargıtay kararları), DNA izi ve suç arasındaki hangi bağlantıdan hareketle bu kanaate varıldığı yeterince açık bir şekilde gösterilmemiştir.

Öncelikle, belirtelim ki, DNA analizinin ispat kuvveti, suça göre değişen bir husustur. DNA izinin elde edilmesi, kan, meni gibi insan çekirdek hücresi içeren herhangi bir vücut materyalinin analize tabi tutulması ile mümkün olabildiği için bilhassa mağdur ile failin fiziksel temas içerisinde olduğu şiddet suçlarında, DNA'ya yüksek bir ispat kuvveti atfedilebilir¹⁶⁰. Nitekim, bıçakla işlenen bir suçta, mağdurun kanının failin kıyafetlerine transferi veya bir cinsel saldırı vakasında failin spermlerinin mağdurun kıyafetlerine veya vücuduna transferi buna örnek olarak verilebilir¹⁶¹.

Faille mağdurun yoğun fiziksel temas hâlinde olduğu cinsel suçlar bakımından (TCK m.105'teki cinsel taciz vb. hariç) DNA'nın yüksek bir ispat kuvvetini haiz olduğu izahtan varestedir. Bilhassa organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenen nitelikli cinsel saldırı (TCK m.102/2) ve nitelikli cinsel istismar suçlarında (TCK m.103/2) mağdurdan alınan vajinal sürüntü örneğindeki sperm hücrelerinden hareketle uygulanan DNA analizinin "sanıkla eşleşme sonucunu" ortaya koyması durumunda, yüksek bir ispat kuvvetinden söz edilebilir.

Trafik kazalarında DNA analiz sonuçları, kaza anında sürücünün kim olduğunu, yani taksirle öldürme veya yaralama suçlarının failini tespit etmek için uygulamada kullanılır. Bu noktada, aracın hangi bölümünde kimin DNA'sına rastlandığı hususu, Yargıtay kararlarında inceleme konusu yapılır¹⁶². Buna karşılık, DNA analiz sonuçlarının ispat kuvveti saptanırken, trafik kazalarının mahiyetinin bilhassa göz önüne alınması gerekir. Nitekim özellikle, hız limitini aşan araçların kontrolden çıkarak takla atmasıyla sonuçlanan kazalarda DNA örnekleri, aracın çeşitli yerlerine bulaşmak suretiyle yanıltıcı sonuçlara ulaşılmasına sebep olabilir¹⁶³.

Çalışmanın bu bölümünde sadece DNA analiz sonuçlarına dayanılarak sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilip verilemeyeceği hususu, Yargıtay kararları ile Alman ve Amerikan mahkeme kararları çerçevesinde incelenmiştir. Ayrıca, DNA analizi gibi bilimsel sonuçların kabul edilebilirliğiyle ilgili, ABD mahkemelerinin standartlarını yansıtan Frye ve Daubert gibi kararlardan da söz edilmiştir.

A. YARGITAY KARARLARI

Sadece DNA analiz sonuçları ile mahkûmiyet hükmü kurulup kurulamayacağı hususuyla ilgili olarak Yargıtay'ın 2019 tarihli bir kararı burada zikredilebilir. Karara konu olan olayda, bir belediyenin malik

160 D.A. Berry, I.W. Evett and R. Pinchin, 'Statistical Inference in Crime Investigations Using Deoxyribonucleic Acid Profiling' (1992) 41(3) Journal of Applied Statistics 499, 499.

161 ibid 499; benzer Güngör ve Bakşı (n 26) 63.

162 Yargıtay 12 CD, E 2020/3598, K 2022/937, 10.02.2022. Ayrıca, olay yerindeki diğer izler, aracın fren mesafesi, fren mesafesinin uzunluğu, zeminin durumu (ıslaklık vb.) gibi ölçütlerden hareketle, aracın hızının saptanmasına yardımcı olur. Bkz. Yıldız, 'Trafik Suçları' (n 158) 417.

163 Yargıtay'ın bir kararında bu husus açıkça belirtilmiştir. Ayrıca bu karara göre, DNA analizinin yanı sıra kaza yapan araçtaki kişilerin olay yerinde hangi pozisyonda bulundukları, kaza anında aracı kimin kullandığına ilişkin görgüsü bulunan bir tanık olup olmadığı gibi hususlar da önemli değerlendirme araçlarıdır. Bkz. Yargıtay 12 CD, E 2021/4559, K 2022/3820, 17.05.2022.

olduğu, hırsızlık suçunun konusunu oluşturan bir kablonun sürüklenme izlerinin bittiği noktada ele geçirilen çekirdek kabuklarındaki DNA izinin sanıkla eşleşmesi söz konusudur. Sanık, suçu işlediğini inkâr etmiştir. Yargıtay, sanıktan DNA örneği alınmamasını ve dolayısıyla olay yerinde elde edilen çekirdek kabuklarındaki DNA izi ile sanıktan alınacak DNA'nın karşılaştırılmamasını eksik inceleme olarak kabul etmiş ve bahsi geçen karşılaştırma sonucunda olay yerindeki izin sanıktan kaynaklandığının tespit edilmesi durumunda, bu hususun isnat edilen suçun gerçekleştiğinin kabul edilmesi için yeterli olduğunu vurgulamıştır¹⁶⁴.

Nitekim başka bir kararında, müştekinin çocuk odasından alıp kullandıktan sonra diğer bir odaya bıraktığı çorap üzerinde, suça sürüklenen çocuğun DNA'sı tespit edilmesine rağmen, yerel mahkemenin DNA profilinin tek başına delil olamayacağı yönündeki değerlendirmesinin gerekçesini kararında göstermemesini bir eksiklik olarak görmüştür¹⁶⁵. Bizce kararın kaleme alınış şekli, DNA

164 Yargıtay 13 CD, E 2018/11067, K 2019/4801, 26.03.2019. Buna karşılık Yargıtay'ın "Dosya içeriğine göre; sanık ile ölen ...'ın uzun yıllardır arkadaş oldukları, sanığın bir akrabasının otomobilini ödünç aldığı, araçta sanık ile ölen ... bulunduğu halde, gece vakti, yerleşim yerinde, bölünmüş virajlı ve eğimli yolda seyir halindeyken, direksiyon hakimiyetini kaybeden araç sürücüsünün sağ taraftaki yaya kaldırımı bordür taşları ile demir korkuluk ve ağaca çarpıp, yaklaşık 48 metre toprak yamaçtan taklalar atarak park halinde bulunan araca çarparak durduğu, kaza neticesinde ...'ın öldüğü, sanığın aşamalarındaki ifadelerinde olayı ve aracı kimin kullandığını hatırlamadığını beyan ettiği, sanığın geçici adli raporunda hayati tehlikesi olduğu, beyin cerrahi yoğun bakıma yatırıldığının belirtilmekte ise de, sanığın ilk savunmasının olaydan 3 gün sonra polis merkezinde alınmış olduğu, tanık ...'ın beyanına göre ölen ...'ın aracın arka sağ yolcu koltuğu tarafında bulunduğu, İtfaiye Daire Başkanlığı'nın 28.03.2014 tarihli ek rapor başlıklı yazısına göre sanık ...'nin aracın şoför mahallinden ayırıcı ve kesici kullanılarak çıkarıldığının belirtildiği, tanık ...ve tanık ...'in kovuşturmadaki beyanlarında '...araç ters döndüğü için şahsın yüzü koyun yatar vaziyette olduğunu, ayakları pedal kısmında kolu tavan ile yer arasında sıkışmış vaziyette olduğu, ayırıcı ile tavan kısmını kaldırdıklarını' beyan ettikleri, Adli Tıp Kurumunun 20/06/2014 tarihli rapor içeriğine göre, aracın sağ ön göğüs hava yastığı üzerinden alınan swap çubuğu üzerindeki leke örneği üzerindeki DNA profillerinin ölen ...'ın DNA profilleri ile uyumlu olmasına rağmen, oto direksiyon yüzeyi ile vites kolu yüzeyi ve el freni kolu yüzeyinden alınan swap çubuğu üzerindeki leke örneğinden elde edilen DNA profillerinin de ölen ...'a ait DNA profilleri ile uyumlu olduğu, ayrıca aracın sağ ön koltuk hava yastığı ile aracın motor kaputu boyalı yüzeyinden alınan swap çubuğu üzerindeki leke örneklerinden elde edilen DNA profillerinin ise sanık Lütfü'ye ait DNA profilleri ile uyumlu olduğu tespit edilmiş ise de kazaya karışan araç içinden alınan numunelerden elde edilen DNA örneklerinin olay tarihinden sekiz gün sonra yediemine kaldırılan araçtan temin edildiği anlaşılmakla, sanığın mahkumiyeti yerine suçtan kurtulmaya yönelik beyanlarına itibar edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması", (bkz. Yargıtay 12 CD, E 2020/3598, K 2022/937, 10.02.2022), şeklindeki kararı, bizce eleştiriye açıktır. Bu karar bakımından taksirli fiilin gerçekleştiği anda sürücünün kim olduğunun tespit edilebilmesi için DNA analizine başvurulmuştur. Ancak, karşı oy yazısında da belirtildiği üzere, araçta mağdurun DNA örneklerine rastlanılan bölümü, "oto direksiyon yüzeyi, vites kolu yüzeyi ve el freni kolu yüzeyi" gibi esasen sürücünün temas hâlinde olduğu kısımlar iken, sanığın DNA örneklerinin bulunduğu yer, yani aracın sağ ön koltuk hava yastığı ise sürücünün daha az temas etme ihtimalinin bulunduğu kısımlardır. Dolayısıyla, oluşturulan DNA profilleri, kanaatimizce şoförün kim olduğu konusunda her türlü şüpheden uzak, inandırıcı bir kanaatin oluşması için yeterli değildir. Karardan edindiğimiz izlenime göre, Yargıtay, İtfaiye Daire Başkanlığının 28.03.2014 tarihli ek raporunda sanığın aracın şoför mahallinden ayırıcı ve kesici kullanılarak çıkarıldığı yönündeki tespitini kararına esas almış, sanığın DNA'sının araç içerisinde bulunmasını da bu hususu destekler nitelikte kabul etmiştir. Ancak, bizce, karşı oy yazısında da belirtildiği üzere, DNA analiz sonuçlarına göre, şoförün kim olduğu hususu şüpheli kalmıştır ve şüpheden sanık yararlanır ilkesi bu kararda gözetilmeliydi.

165 Yargıtay 2 CD, E 2014/11405, K 2015/13021, 23.06.2015. Yargıtay'ın, bir kararında, "(...) Dosya kapsamına göre, müştekilere ait ikamette gerçekleşen hırsızlık olayı ile ilgili olarak sanıklar aşamalarda suçlamayı kabul etmemiş ise de; Ankara Kriminal Polis Laboratuvarı Müdürlüğünün 18/02/2014 tarihli 09595 sayılı uzmanlık numarasına kayıtlı raporuna göre, salon zemininden alınan ...ibareli kapaksız pet şişe ve... ibareli plastik ayran kutusu üzerindeki sürüntü örneklerinde daha önceki olaylardan dolayı DNA örneği alınan ve DNA veri bankasında saklanan, sanık ...'e ait DNA örneklerinin bulunduğu, yine çatı kapısının arka kısmında bulunan sünger yatak yanında bulunan pet şişe ağız kısmı ve kapağından daha önceden DNA örnekleri alınan ve DNA veri bankasında örnekleri bulunan sanık ...'a ait DNA örneğinin olduğunun tespit edildiği anlaşılmakla; sanıkların hırsızlık suçunu işlediği sabit olduğu gözetilmeden yetersiz gerekçe ile

analiz sonuçlarının şartlar sağlandığında, tek başına mahkûmiyet için yeterli olduğunun Yargıtay tarafından kabul edildiğini gösterir.

2015 tarihli bir kararda ise farklı bir sonuca ulaşılmıştır: Sanıkların kültür varlıklarını ele geçirmek için 1,5 ila 15 metre derinliğinde, farklı farklı, yaklaşık olarak 15 tane çukur kazıp bu çukurlardan birinde mermer bir lahit tespit ettiklerinin ileri sürüldüğü olayda; olay yeri incelemesinde bulunan 22 tane çukura, görevliler tarafından numaralar verilip krokiler tanzim edildiği, 6 tane çukurun etrafında sigara izmariti bulunduğu, sanıklardan alınan DNA örneğiyle olay yerinden elde edilen DNA örneklerinin mukayese edilmesi sonucunda, 1 numaralı çukurdaki sigara izmaritinin sanıklardan birinin DNA'sı ile eşleştiği, diğer sanıklarla ise DNA eşleşmesinin söz konusu olmadığı belirlenmiştir. Yargıtay'a göre, sigara izmaritinin üzerindeki izde bulunan DNA'nın sanığın DNA'sı ile eşleşmesi, tek başına mahkûmiyet için yeterli olamaz. DNA'sı eşleşen sanığın olay yerine yaklaşık 330 metre mesafede bulunması ve beyanında, engelli bir oğlunun bulunduğunu, hayvan otlatırken ona eşlik ettiğini, arazide gezdiği esnada içtiği sigaralardan birinin çukura girme ihtimalinin olduğunu belirtmesi, Yargıtay tarafından değerlendirilmiş ve sanığın bu beyanlarını çürüten aksi yönde, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı bir delil bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.¹⁶⁶ Yargıtay, esasen bu kararda, iki kademeli bir değerlendirme yapmıştır. Nitekim yukarıda belirttiğimiz üzere, DNA analiz sonuçlarının ispat kuvvetinin belirlenmesinde iki aşamalı bir değerlendirmeye gidilmelidir. Şöyle ki, ilk olarak, olay yerinden elde edilen izdeki DNA ile sanığa ait DNA'nın eşleşip eşleşmediği incelenmeli, cevap evetse, ikinci olarak DNA izinin ve dolayısıyla sigara izmaritinin yargılamaya konu suçla bağlantısının olup olmadığı araştırılmalıdır. Yargıtay, bu kararında esasen, DNA eşleşmesi ile suç arasında, tek başına suçun ispatına yetecek kadar bir bağlantı olmadığına karar vermiştir.

Söz gelimi, suçta kullanılan aracın üzerindeki parmak izi veyahut DNA izi, suçla ilgisi olmayan bir sebepten kaynaklanmış da olabilir. Bir izin delil değerinin belirlenmesi esnasında söz konusu izin, olayın gerçekleştiği alanda bulunma yetkisine sahip kişilerden¹⁶⁷ veya suçun işlenmesinden önce olay yerine rahatlıkla giriş-çıkış yapabilecek kimselerin suçla ilişkili olmayan davranışlarından kaynaklanıp kaynaklanmadığı araştırılmalıdır.

Bu konuda bir örnek vermek gerekirse, bir apartman dairesindeki yüksek ses sebebiyle apartman sakinlerinin şikâyeti üzerine olay yerine intikal eden polis memurlarının kiracının cansız bedenine rastlaması, eşile beraber yaşayan ölünün yanında mutfaktan geldiği anlaşılan kanlı bir bıçağın olması ve bu bıçağın üzerinde eşinin parmak izlerinin tespit edilmesi söz konusudur. Maktulün kıyafetlerinde, eşinin kıyafetlerine ait liflerin bulunması ile mutfaktan diğer odaya taşınan bıçağın üzerinde izlere rastlanması, eşlerin beraber yaşamasından kaynaklanabilir, diğer eş, ölen eşinin

hükümlülüğü yerine yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi (...)" denilmek suretiyle DNA analizine, yüksek bir ispat kuvveti atfedilmiştir. Bkz. Yargıtay 2 CD, E 2019/7075, K 2020/465, 09.01.2020.

166 Yargıtay 12 CD, E 2015/1917, K 2015/19300, 16.12.2015.

167 Monika Pientka, Norbert Wolf and Daniel Zerbin, *Kriminalwissenschaften I*, (5. Auflage, C.H. Beck 2021) 129.

kıyafetlerine ve kanlı bıçağa, suçla ilişkisi olmayan bir sebeple ve günlük kullanım amacıyla temas etmiş olabilir¹⁶⁸.

DNA profili elde edilmesi için gerekli şartlar mevcut olmasına rağmen, yerel mahkemece bu yola başvurulmaması, Yargıtay tarafından eksik incelemeden dolayı bozmayı gerektiren bir sebep olarak kabul edilir¹⁶⁹. Öğretide, bilirkişinin yanıldığı konusunda şüpheye düşen hâkimin başka bir bilirkişiyi görevlendirmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁷⁰.

B. AMERİKAN MAHKEME KARARLARI

1. DNA Analizi ve Diğer Bilimsel Delillerin Kabul Edilebilirlik Standartları

Bilirkişinin somut olayda hangi durumlarda kabul edilebilir olduğu meselesi, ABD’de geçmişte çetin mücadelelere sahne olmuştur¹⁷¹. Bununla ilgili olarak, “*Frye v. United States*” davası, önemli bir yere sahiptir¹⁷². Bilimsel delillerin ve dolayısıyla bilirkişi tanıklığının kabul edilebilirliğiyle ilgili, genel kabul edilebilirlik şartlarını ortaya koyan¹⁷³ bu kararda açıklanan standartlar, kararı takip eden yaklaşık elli yıl içerisinde pek çok mahkeme kararında da benimsenmiştir¹⁷⁴.

Frye standartlarına göre, bilirkişinin tanıklığının kabul edilebilmesi için iki ölçüte dikkat edilmelidir: İlk olarak, mahkeme, bilirkişi tanığının belirli bir bilim alanındaki uzmanlığını tespit etmelidir; bir kişi, alanda gerekli eğitime, deneyime sahipse ve hakemli dergilerde makale yayımlanması gibi alana dikkate değer bir katkıda bulunmuşsa, bilirkişi olarak kabul edilebilir. İlk adımda belirtilen şartlar sağlanmışsa, ikinci adımda bilirkişinin kullandığı yöntem, teori ve sonuçların o alanda genel kabul görmüş standartları karşılayıp karşılamadığına bakılmalıdır¹⁷⁵.

Frye standartları, bilimsel yöntemin geçerliliğinin saptanmasında bilim camiasının fikir birliğine varmasından söz eder. Fikir birliği ile kastedilen, önerilen bir bilimsel teorinin niteliğinin, hakem incelemesi, yayın, eleştiri, tekrarlama vb. yollarla bilim insanları tarafından değerlendirilmesiyle ortaya çıkan sonuçtur¹⁷⁶. Bir mahkeme kararında, bahsi geçen Frye standardı, bilim camiasının bir

168 ibid 130.

169 Örnek kararlar için bkz. Yargıtay 6 CD, E 2013/21024, K 2015/44649, 09.11.2015; Yargıtay 17 CD, E 2016/2500, K 2017/14266, 21.11.2017. DNA analiz sonuçlarını gösteren raporun dosya içeriğinde mevcut olmamasından dolayı eksik inceleme bulunduğu sonucuna ulaşılan karar için bkz. Yargıtay 17 CD, E 2016/16613, K 2018/15112, 22.11.2018.

170 Yenisey, ‘Tıbbi Deliller’ (n 116) 311.

171 Ülkemiz ceza muhakemesi hukuku bakımından ise bilirkişi raporundaki tutarsızlıkların ve eksikliklerin Yargıtay’ın kararında vurgulandığına ve eksikliğin giderilmesinin istendiğine zaman zaman rastlanır. Örnek karar için bkz. Yargıtay 2 CD, E 2020/28781, K 2022/10772, 30.05.2022.

172 Frye v United States, Court of Appeals of the District of Columbia, 293 F 1013, 3 December 1923.

173 Jack V. Matson, *Effective Expert Witnessing* (5. Edition, CRC Press 2013) 23.

174 Örnek karar, “State v Helmer, 278 NW2d 808, 1979” bkz. Max Houck, Christine Funk and Harold Feder, *Successful Expert Testimony* (5. Edition, CRC Press 2018) 194.

175 Matson (n 173) 24.

176 ibid 24.

yöntem üzerinde oybirliğiyle anlaşması olarak değil, bilim camiası içerisinde yöntemin genel olarak güvenilir bulunması şeklinde yorumlanmıştır¹⁷⁷.

Öğretide, Frye standartlarının, hangi bilirkişi tanıklığının kabul edilebileceğini saptamaya yardımcı olmakla birlikte bünyesinde çeşitli sorunları barındırdığı ileri sürülmüştür. Aynı görüşe göre, yeni teorilerin ve prensiplerin ortaya çıkmasına bağlı olarak genel kabul gören standartların sürekli olarak değişebileceği hususu, Frye standartlarında göz ardı edilmiştir. Nitekim, Frye standardı dikkate alındığında, bilimsel açıdan oldukça güvenilir bir uzmanın ileri sürdüğü bilimsel teoriler, (sırf bu teori, bilim camiasında genel kabul görmediği için) kabul edilemez olarak nitelendirilebilir¹⁷⁸.

1989 tarihli “*People v. Castro*” davasında, Frye standartlarına göre, DNA analizinin kabul edilebilir olup olmadığı incelenmiştir. Mahkeme, a.) adli DNA analizinin güvenilir sonuçlar ortaya koyabileceği neticesini destekleyen, bilim camiasında genel olarak kabul gören bir teori olup olmadığını, b.) DNA analizinde güvenilir sonuçlar veren ve bilim camiasında genel kabul gören teknikler ya da deneylerin halihazırda mevcut olup olmadığını, c.) somut vakada analizi gerçekleştiren test laboratuvarının, örneklerin analizinde kabul edilen bilimsel teknikleri başarılı bir şekilde uygulayıp uygulamadığını detaylı olarak incelemiştir¹⁷⁹.

Mahkeme, DNA analizi ile bir bireyin diğerlerinden ayırt edilmesinin mümkün olduğunu belirterek a sorusunu cevaplamış ve DNA analizinin bilim camiasında genel kabul görmüş bir teoriden hareket ettiği sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme, b sorusu açısından, DNA kimlik tespitinde kullanılan teknikler ve deneylerin bilim camiasında genel kabul gördüğünü ve güvenilir sonuçlar verdiğini, dolayısıyla Frye standardını karşıladığını belirtmiştir. Son soruyu değerlendiren mahkeme, somut vakada, analizi uygulayan test laboratuvarı tarafından kullanılan bilimsel tekniklerin ve deneylerin standardı karşılayıp karşılamadığı konusunda, DNA analizinin sanığı suçlayıcı etkisi (inclusion) ve sanığı dışlayıcı etkisi (exclusion) ayrımı yaparak iki etki bakımından farklı sonuçlara ulaşmıştır. Buna göre, somut vakada, dışlayıcı etki bakımından, test laboratuvarının ulaştığı sonuçlar, makul bir bilimsel kesinlik derecesi dahilinde güvenilir bulunmuştur. Buna karşılık, suçlayıcı etki açısından, test laboratuvarının makul düzeyde bir bilimsel kesinlik dahilinde, genel kabul görmüş bilimsel teknikleri ve deneyleri kullanmada başarısız olduğunu açıklamıştır¹⁸⁰. Ancak, bu somut vakaya özgü bir değerlendirme olup, burada genel anlamda DNA analizinin kabul edilemez olarak nitelendirildiğinden söz edilemez. Kaldı ki, mahkeme, a ve b sorularını cevaplarken, esasen DNA analizinin genel anlamda kabul edilebilirlik standartlarını karşıladığını ortaya koymuştur.

177 *People v. Middleton*, Appellate Division of the Supreme Court of New York, Second Department, 27 Feb 1995, 212 AD2d 809 (NY App Div 1995).

178 *Matson* (n 173) 24. *Matson*’a göre, Frye standartları, bilimsel yöntemler konusunda eğitimli olmayan hâkimleri, uzmanlar tarafından sunulan bilimsel yöntemler hakkında daha yakından inceleme zorunluluğundan kurtarmıştır. Ancak, yazara göre, Frye standartlarında bilimsel delillerin, dolayısıyla bilirkişi tanıklığının kabul edilebilirliği meselesi, bilim camiasının genel kabulü ile sınırlanmış, bir tarafın iddiasını haklı gösterebilecek, yeni ortaya çıkan veya özgün diğer bilimsel teorilere açık kapı bırakılmamıştır. Bkz. *Matson* (n 173) 24-25.

179 *People v. Castro*, Supreme Court, Bronx County, 14 Aug 1989, 144 Misc 2d 956, 959.

180 *ibid* 980.

1975 tarihli Federal İspat Kuralları'nda, 1923 tarihli Frye kararında belirlenen standartlara yer verilmesi de pek çok ilk derece mahkemesi, belirli bir bilimsel ve teknik alandaki uzman tanıklığının kabul edilebilirliğiyle ilgili olarak Frye standartlarını uygulamaya devam etmiştir, bu husus, Federal İspat Kuralları'nın konuyla ilgili sadece genel bir çerçeve çizmesinden kaynaklanmıştır¹⁸¹. En sonunda, ABD Yüksek Mahkemesinin 1993 tarihli "*Daubert v. Merrell Dow Tıbbi İlaçlar Anonim Şirketi*" kararında¹⁸², bilirkişi tanıklığının kabul edilebilirlik standartlarıyla ilgili, "Daubert Testi" olarak adlandırılan ve kapsamlı olmayan şu dört ölçüt belirlenmiştir: a) Uygulanan yöntemin test edilmiş ve edilebilir olması, b) yöntemin hakem incelemesine tabi tutulmuş olması, c) yöntemin bilinen veya potansiyel hata oranı, d) ilgili bilim camiasında yöntemin genel kabulü¹⁸³.

Yüksek Mahkemenin genel olarak belirlediği bu ölçütlerin içeriği zamanla dolmaya başlamış ve ölçütlerden ne anlaşılması gerektiği şu şekilde ortaya konulmuştur¹⁸⁴: a) Uygulanan yöntemin test edilmiş ve edilebilir olması, yöntemin dayandığı teorinin laboratuvarında, alanda ya da her ikisinde, bilimsel yöntemlerle doğrulanması şeklinde yorumlanmıştır. Verilerin toplanması, analiz edilmesi ve bilimsel teoriyle ilişkilendirilmesi icap eder. Diğerleri teoriyi test ederek hangi şartlar altında geçerli olduğunu tespit etmiş olmalıdır. b) Yöntemin hakem incelemesine tabi tutulmuş olması, hakemli dergilerde yayımlanan literatür vasıtasıyla yöntemin güvenilirliğinin kanıtlanmasını gerektirir. Nitekim, bir makalenin yayımlanması kararı, yöntemin sağlamlığına ve ilgili alandaki etkisine bağlı bir husustur. c) Yöntemin bilinen veya potansiyel hata oranı. Hata oranı, eldeki verilere, uygulanan verilere ve test ortamına dayalı olarak bilimsel bir yöntemle ilişkili beklenen hatayı ifade eder. Bir tekniğin yüksek hata oranına sahip olması, onun güvenilirmez olduğu anlamına gelmez. Güvenilir bir uzman görüşü oluşturulabilmesi için hata oranları, uygulanan bilimsel alan ve gerekli kesinlik dereceleri bağlamında incelenmelidir. d) İlgili bilim camiasında yöntemin genel kabulü. Genel kabul, neyin, hangi şartlar altında kabul edilebilir yöntem olduğuna yönelik ilgili bilim camiasında varılan bir uzlaşmayı ve bu uzlaşmaya dayalı olarak ortaya çıkan sonucu ifade eder. Frye standartlarında bu ölçütün uzun süre geçerli kabul edildiği bilinmekteydi. Ancak, yeni bilimsel yöntemler sürekli olarak geliştirilirken, eski bilimler, değiştirilme, sorgulanma ve geçerliliğini yitirme süreci içerisindeydi. Yeni bilimsel yöntem, eskisinden daha iyi ve güvenilir olabileceği için bu standart, delili değerlendiren makamlar için sınırlayıcı olabilir.

181 Matson (n 173) 24-25.

182 Daubert v Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc, 509 US 579, 1993.

183 Matson (n 173) 25-26. Daubert vakasında bebeklerde ortaya çıkan doğum kusurlarının, Merrell Dow şirketi tarafından annenin sabah bulantısı semptomlarını engellemek için üretilen Bendectin ilacının almasıyla meydana geldiği ileri sürülmüştür. O dönem çok gözde olan bu ilaç, hamile kadınlara neredeyse vitaminler gibi yaygın bir şekilde reçete edilmiştir. 1958'den 1983'e kadar 17 milyondan fazla kadın, ilaç üreticisi tarafından güvenli ve etkili bir ilaç olarak kabul edilen Bendectin'i kullanmıştır. Davanın açıldığı tarihte 30'dan fazla yayımlanmış çalışma, Bendectin'in bebeklerde doğum kusurlarına sebep olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Ancak davacılar, Bendectin'in doğum kusuruna yol açtığına ilişkin sekiz uzmanın görüşünü dosyaya sunmuştur. Bu raporlarda epidemiyolojik istatistikler ve ilacın kimyasal yapısının doğum kusuruna sebep olduğu bilinen diğer kimyasallar ile benzerlik taşıdığını gösteren toksikolojik çalışmalara dayanılmıştır. Karşı taraf ise istatistiksel verilerin yeniden analizinin yayımlanmadığını ya da hakem incelemesinden geçmediğini, bu sebeple bilim camiasında genel kabul görmediğini ileri sürmüştür. İlk derece mahkemesi, toksikolojik araştırmalara ilişkin delilleri kabul etmeyerek davayı reddetmiştir. Nihayetinde konu, ABD Yüksek Mahkemesine taşınmıştır. Bkz. Matson (n 173) 25-26.

184 ibid 27.

Federal İspat Kuralları'nda (Kural 702) bilirkişi tanıklığıyla ilgili bir düzenleme mevcuttur. Kural 702'ye göre, bilgisi, yetenekleri, tecrübesi, eğitimi ile bilirkişi olarak nitelendirilen tanığın, duruşmada tanıklık yapabilmesi için şu şartların gerçekleşmesi gerekir¹⁸⁵: a) Bilirkişinin bilimsel, teknik ya da diğer uzmanlık bilgisinin, yargılama yetkisine sahip makamın delilleri anlamasına ve söz konusu olayları tespit etmesine yardımcı olabilecek mahiyette olması, b) bilirkişi açıklamalarının, yeterli olgulara ve verilere dayanması, c) açıklamaların, güvenilir ilke ve yöntemlerin bir ürünü olması, d) ilke ve yöntemlerin güvenilir bir şekilde, muhakeme konusu olaylara uygulandığının, bilirkişinin açıklamalarından anlaşılabilmesi.

Daubert standartlarındaki yöntemin hakem incelemesine tabi tutulmuş olması şeklindeki ölçüt, 2000 tarihli “*United States v. Havvard*” davasına konu olmuş ve mahkeme, ikinci bir parmak izi uzmanının izleri tekrardan değerlendirmesi ile bu ölçütün karşılandığını belirlemiştir¹⁸⁶. 1999 tarihli “*Kumho Tires Co. v. Carmichael*” davasında mahkeme, Daubert standartlarında aranan güvenilirlik gereksiniminin sadece “bilimsel” delillerle sınırlı olarak aranmayacağını belirterek bütün uzman tanıklıklarında bu standardın sağlanması gerektiğine hükmetmiştir¹⁸⁷.

ABD’de bilimsel delillerin kabul edilebilirlik standartlarını ele alan mahkeme kararlarından da kısaca söz etmek gerekir. Söz gelimi, 1995 tarihli “*Williamson v. Reynolds*” davasında bölge mahkemesi, saç analiz uzmanının ilgili bilim camiasında kabul edilen prosedürlere riayet ettiğini, ancak uzman tarafından ulaşılan sonuçların bilimsel olarak güvenilmez olduğunu ifade etmiştir. Daha sonra, ABD Temyiz Mahkemesi 10. Dairenin bu konuda bölge mahkemesinden farklı kanaate ulaşması sebebiyle Williamson, mahkûm edilmiştir. Ancak yargılama sonrasında gerçekleştirilen DNA analizi ile Williamson aklanmış ve DNA analizi, saç delilinin açıkça güvenilmez olduğunu ortaya koymuştur¹⁸⁸. 1983 tarihli, “*Coleman v. Commonwealth*” davasında başka bir uzman, olay yerinden elde edilen saç örneğinin sanık dışındaki bir başka kişiden kaynaklanmasını, “mümkün, ama pek olası değil” şeklindeki muğlak ve ampirik dayanaktan yoksun ifadelerle belirtmiştir¹⁸⁹. Nitekim, aynı uzmanın benzer şekilde tanıklık yaptığı Edward Honaker davasında, Honaker’in sonradan hatalı şekilde mahkûm edildiği, yargılama sonrası DNA analizi ile ortaya çıkmıştır¹⁹⁰.

185 Bkz. <https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_702> accessed 3 December 2023.

186 “*United States v Havvard*, 117 F Supp 2d 848, 855 (SD Ind 2000)”, karar için bkz. Giannelli (n 133) 1073. *Giannelli*, parmak izi incelemesinde ikinci bir uzmanın değerlendirmesinin zaten standart bir uygulama olduğunu, Daubert ölçütleriyle kastedilen hususun, verinin hakemli bilimsel dergilerde yayımlanması olduğunu ileri sürmüştür. Bkz. Giannelli (n 133) 1073-1074.

187 “*Kumho Tires Co v Carmichael*, 526 US 137, 1999”, ibid 1080-1081.

188 Bölge mahkemesi kararı; “*Williamson v Reynolds*, 904 F Supp 1529, 1554 (ED Okla. 1995)”; temyiz mahkemesi kararı; “110 F3d 1508, 1523 (10th Cir 1997)”, ibid 1074-1075.

189 “*Coleman v Commonwealth*, 307 SE 2d 864, 1983”, ibid 1075.

190 “*Edward Honaker*, Virginia, 1984”, ibid 1075. Ayrıca bkz. <<https://innocenceproject.org/cases/edward-honaker/>> accessed 2 December 2023.

2. DNA Analiz Sonuçlarının İspat Kuvveti

DNA analiz sonuçlarının ceza muhakemesinde ispat kuvveti, ABD’de çeşitli mahkeme kararlarına konu olmuştur. 1994 tarihli, “*People v. Wesley*” kararında, DNA profillemesinin bireye ait benzersiz genetik özellikleri ortaya koyduğu ve dolayısıyla, kişinin suç oluşturan eylemle ilişkisine dair güçlü bir delil mahiyetinde olduğu ifade edilmiştir¹⁹¹. Ancak, bu kararda tek başına DNA analiziyle mahkûmiyet hükmü kurulup kurulamayacağıyla ilgili bir değerlendirme yapılmamıştır¹⁹².

1993 tarihli, “*Springfield v. State*” kararında, FBI laboratuvarında DNA analizini gerçekleştiren uzman, sanığın kan örneği ile mağdurun iç çamaşırı ve anüsündeki lekeden alınan örneklerin eşleştiğini belirterek başka bir Hintlinin aynı DNA’ya sahip olma ihtimalini, 250 binde 1 olarak hesaplamıştır. Bunun üzerine mahkeme, bu delilin, makul ve rasyonel bireylerce fiilin sanık tarafından işlendiği sonucuna ulaşılabilmesi için yeterli olduğuna hükmetmiştir¹⁹³.

Sadece DNA analiz sonuçlarına dayanılarak mahkûmiyet kararı verilmesiyle ilgili olarak 1995 tarihli, “*People v. Rush*” kararı bilhassa zikredilmelidir¹⁹⁴. Bu karara konu olan olayda; mağdur, bıçak zoruyla cinsel saldırıya ve gaspa maruz kalmış, FBI’da çalışan bir uzman, mağdurdan alınan anal ve vajinal sürüntü örnekleri ile sanıktan alınan kan örneğini karşılaştırmak suretiyle DNA profillemesi gerçekleştirmiş ve örneklerin, sanığın DNA’sı ile eşleştiği sonucuna ulaşmıştır. Buna göre, “ilgili popülasyondan aynı DNA profiline sahip başka bir bireyle rastgele eşleşme olasılığı, beyaz, siyah ve Hispanik popülasyonlar bakımından 500 milyonda 1’den az” olarak tespit edilmiştir. Duruşmada sunulan ve kimlik tespitiyle ilgili olabilecek diğer tek delil, suçun işlenmesinden üç gün önce sanığı olay yerinin çevresinde gördüğünü ileri süren sanığın bir yakınının tanıklığıdır¹⁹⁵. Bu vakada jüri, sanığı birinci derecede cinsel saldırı ve birinci derecede yağmadan dolayı suçlu bulmuştur.

Suçun işlenmesinden birkaç hafta sonra mağdur, şüpheliyi fotoğraflardan teşhis etmiş, akabinde yaklaşık iki hafta sonra, yan yana bulunan birden fazla kişi arasından şüpheliyi yine teşhis etmiştir¹⁹⁶. Duruşmada ise mağdurun, sanık yerine, mahkeme salonundaki bir kişiyi, kendisine saldıran kişi olarak işaret etmesi üzerine önceki teşhislerin dikkate alınmaması sonucu ortaya çıkmıştır¹⁹⁷.

Mahkemeye göre, sanığı suçlayıcı mahiyette, ancak güvenilir olmayan bir tanık beyanının aksini gösteren DNA delilinin varlığı durumunda, bu tanık açıklamalarına mahkeme tarafından itibar edilmez. Mahkeme, bunun tersinin de pekâlâ mümkün ve kabul edilebilir olduğu kanaatindedir.

191 *People v Wesley*, Court of Appeals of the State of New York, 83 NY2d 417, Mar 29, 1994, 421.

192 *People v Rush*, Supreme Court, Kings County, 165 Misc 2d 821, 1995, 824.

193 *Springfield v State*, Supreme Court of Wyoming, 860 P2d 435, Sep 21, 1993.

194 *People v Rush*, Supreme Court, Kings County, 165 Misc 2d 821, 1995.

195 *ibid* 822.

196 Gözaltındaki şüphelinin de aralarında bulunduğu birden fazla kişinin yan yana dizilmesi, akabinde tanıktan ya da mağdurdan suçu işleyen kişinin kim olduğunun tespit edilmesinin talep edilmesi, seçimlik teşhis olarak adlandırılırken; şüphelinin hazır bulunmadığı bir ortamda, sadece mağdura birtakım fotoğrafların gösterilerek failin kim olduğunun sorulması ise fotoğraf teşhisi olarak nitelendirilir. Bkz. Zekiye Özen İnci, ‘Ceza Muhakemesi Hukukunda Teşhis’ (2009) 85 TBB Dergisi 105, 109-110.

197 *People v Rush*, Supreme Court, Kings County, 165 Misc 2d 821, 1995, 822.

Buna göre, sanığı aklayıcı nitelikte olan ve DNA analiz sonuçları ile çelişen tanık anlatımlarının varlığı durumunda dahi DNA delillerine üstünlük tanınması söz konusu olabilir. Nitekim, duruşmada sunulan DNA delili, istatistiksel bir olasılığı tespit etmek için önde gelen bir laboratuvar, tanınmış bir uzman tarafından bilimsel bir tekniğin kullanılmasıyla gerçekleştirilen dikkatli bir değerlendirmenin sonucunda ortaya çıkmıştır. Mağdurun duruşmada sanık yerine bir izleyiciyi işaret etmesine atıfta bulunularak travma hâlindeki bir cinsel saldırı mağdurunun kendisine yabancı bir mahkeme salonundaki bu davranışının, sanık lehine yorumlanamayacağı belirtilmiştir¹⁹⁸.

Mahkeme, DNA delilinin tıpkı diğer deliller gibi tamamen yanılmaz mahiyette olmadığını, DNA bilimsel analizinde önemli bir hata payı bulunabileceğini ifade etmiştir. Mahkeme, konuyla ilgili olarak DNA delilleri ile tanık delilini karşılaştırmıştır. Tanık açıklamalarından kaynaklanan tehlikelerin, DNA analiziyle ilgili uzman açıklamalarından daha fazla olduğu ve bütünüyle tanık kararlarına dayanılarak verilen beraat ve mahkûmiyet kararlarının hatalı olduğunun sonradan anlaşıldığı mahkeme tarafından vurgulanmıştır¹⁹⁹.

Bu davada ağırlıklı olarak DNA analiz sonuçlarına dayanılarak suçun ispatlandığı kabul edilmiştir. Anglo Sakson hukuk sistemi açısından izler (fiziksel deliller, physical evidence) dolaylı delil olarak kabul edilir²⁰⁰. Bu çalışmada, izlerin dolaylı delil mahiyetine sahip olduğu şeklinde bir yaklaşım benimsenmemiştir. Ancak, konunun Anglo Sakson hukuk sistemi bakımından değerlendirilebilmesi için dolaylı delillerin mahkûmiyet için tek başlarına yeterli olup olmadıkları ve cevap evetse, hangi durumlarda yeterli oldukları meselesinin Amerikan mahkeme kararları ışığında ele alınması da icap etmiştir. Konuyla ilgili, “*People v. Benzinger*” kararında, sadece ikinci dereceden delillere (dolaylı deliller) dayanan vakalarda suçun makul şüphenin ötesinde ispatlandığından söz edilebilmesi için suçluluk hipotezinin doğal olarak ispatlanmış olaylardan kaynaklanması ve bu olaylarla tutarlı olması, ayrıca ispatlanan olayların sanığın masumiyetiyle ilgili her türden makul hipotezi, “yüksek bir olasılıkla” dışlaması gerektiği ifade edilmiştir²⁰¹. Aynı kararın devamında, dolaylı delillerin, doğrudan delillere kıyasla daha zayıf olduğu fikrinin benimsenmesinin söz konusu olmadığı, nitekim sıklıkla görüldüğü üzere, dolaylı delillerin somut vakalarda daha güçlü konumda bulunabileceği ifade edilmiştir. Ancak mahkemeye göre, dolaylı delillerle mahkûmiyetlerde yukarıda bahsi geçen şartların aranması, dolaylı delillerin değerlendirilmesinde titiz bir akıl yürütme faaliyetinin gerekebileceği konusunda yargılayan makamın dikkatini çekerek dolaylı delillerin mahiyetinde yer alan mantıksal boşlukların göz ardı edilmesini, düşük dereceli olasılıklardan hareketle sağlam bir temele dayanmayan sonuçlara ulaşılmasını önlemeyi amaçlar²⁰².

ABD ceza muhakemesi sisteminde kararı veren makam olan jürinin DNA analiz sonuçlarını kavrayabilmeye muktedir olup olmadığı meselesine de değinilmelidir. Konuya değinen, 1990 tarihli bir kararda, bilimsel deliller söz konusu olduğunda, jürinin “*mistik bir yanılmazlık havası*” içerisinde

198 ibid 825.

199 ibid 826.

200 Bertino and Nolan Bertino (n 1) 23.

201 *People v Benzinger*, Court of Appeals of the State of New York, 36 NY2d 29, Dec 20, 1974, 32.

202 ibid 32.

delilleri kabul etme riskinin bulunduğu ifade edilmiş, ancak, kararın verildiği dönem başvuru RFLP analizi bakımından, jürinin, sanığın bantları ile karşılaştırılan örnekteki bantları mukayese etmeye muktedir olduğu sonucuna ulaşılmıştır²⁰³.

C. ALMAN MAHKEME KARARLARI

1. DNA Analizinin Kabul Edilebilirliği Meselesi

Almanya’da DNA analiz sonuçlarının delil olarak kabul edilebilir olup olmadığı hususuyla ilgili 1988 tarihli bir mahkeme kararında, suçun işlenip işlenmediği, zamanın geleneksel suç araştırma yöntemleri ile çözülemeyince sanıktan o dönemki Al.CMK m.81a’ya kan örneği alınmış, ardından buna ilişkin Al.CMK’da o dönem açıkça bir hüküm bulunmamasına rağmen, bu örnekten DNA profili elde edilmiştir. DNA profilinin eşleşmesi ve akabinde sanığın suçu ikrar etmesi üzerine mahkûmiyet kararı verilmiştir²⁰⁴. Mahkeme, ciddi suçların aydınlatılmasındaki kamu yararı ağır bastığı müddetçe, orantılılık ilkesi çerçevesinde kişilik haklarına ölçülü bir müdahalenin hukuka uygun kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. DNA analizine o dönem, Al.CMK’da açıkça izin verilmediğine yönelik itirazlar hakkında mahkeme, “ciddi suçların aydınlatılması için deliller, mevcut hukuki düzenlemeleri ihlal etmek suretiyle elde edilmiş olsa dahi başka delillerin mevcut olmaması hâlinde bunların istisnai olarak delil olarak kullanılabileceğini, ancak bu ölçütün mevcut olmadığı durumlarda, delilin nasıl elde edileceğine ilişkin şartlar kanunla açıkça düzenlenmemişse; delilin elde edilmesi yasaklanmamış olsa dahi, bunların delil olarak kullanılamayacağını” ifade etmiştir. Nihayetinde mahkeme, cinsel saldırı gibi ciddi bir suçun aydınlatılmasındaki kamu yararını gözeterek DNA profilinin ceza muhakemesinde kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir²⁰⁵.

DNA analizinde yaşanan bilimsel gelişmeler, Almanya’da kanun koyucunun ilgisini çekmiş, 1992 yılında DNA analizlerine ilişkin bir kanun tasarısı meclise sunulmuş, nihayetinde 22 Mart 1997 tarihinde yürürlüğe giren “Ceza Muhakemesi Değişikliği Kanunu – DNA Analizi” ile “Moleküler Genetik İncelemeler” başlıklı, Al.CMK m.81e ihdas edilerek DNA analizine ilk defa kanunda yer verilmiştir²⁰⁶.

1997 yılında yürürlüğe giren kanunla, Al.CMK’nın 81e maddesinde, ilk defa “Moleküler Genetik İncelemeler” başlıklı maddeye yer verilmesinden önce de DNA analiz sonuçları, Alman mahkemeleri tarafından kabul görmüştür. 1989 tarihli bir kararda mahkeme, sperm izlerinden hareketle oluşturulan DNA profil sonuçlarının, o dönem sıklıkla kullanılan saç ve kan grubu analiz sonuçlarından ispat olarak daha ağır bastığını kabul etmiştir²⁰⁷. Suçun işlendiği tarih 1986 olmasına rağmen, DNA analizinin 1989’da gerçekleştirilmesine yönelik itirazlar bakımından mahkeme, izin yasının DNA profil sonuçlarını etkilemeyeceğini belirtmiştir. Alman öğretisinde *Burr*, mahkemenin

203 US v Jakobetz, United States District Court for the District of Vermont, 747 F Supp 250, Sep 20, 1990.

204 “LG Berlin, 14 Dezember 1988”, aktaran Burr (n 66) 91.

205 ibid 91-92.

206 Konu hakkında bkz. Aygörmüş Uğurlubay (n 57) 33-34.

207 “LG Darmstadt, 3 Mai 1989”, kararla ilgili bkz. Burr (n 66) 92.

bu değerlendirmesini eleştirerek stabil bir yapıda olan ve yıllar boyunca bozulmadan kalabilen DNA'nın bakteri gibi dış etkenlere maruz kalması ihtimalinde molekülün hasara uğrayacağını, dolayısıyla mahkemenin bu tarz bir genellemede bulunması sebebiyle sanığın haksız yere beraat etmiş olabileceğini ileri sürmüştür²⁰⁸.

2. DNA Analizinin İspat Kuvveti

DNA analiz sonuçlarının tek başına suçun ispatı için yeterli olup olmadığı hususunda Alman mahkeme kararlarının zaman içerisindeki değişiminden söz etmek gerekir. Gerçekten de DNA analizi sürecine yönelik eleştirel değerlendirmelerin dahi DNA'nın ceza muhakemesinde kabul edilemez olduğunu ileri sürmesi söz konusu değildir, ancak DNA analizi ile ulaşılan sonuçlara reddedilemez bir ispat kuvveti atfedilip atfedilemeyeceği hususu incelenmelidir²⁰⁹.

Alman Federal Mahkemesi 5. Ceza Dairesinin 1992 tarihli kararına konu olayda, sanığın kimliği bilinmeyen iki Yugoslav kökenli arkadaşı ile arabayla seyrederken önceden tanıdığı mağdur ile karşılaştığı, mağdurun da kabul etmesi üzerine hep beraber bir daireye gittikleri, cebire başvurmak suretiyle mağdura sırayla cinsel saldırıda bulundukları, ardından mağduru, şehir merkezinde bir yere götürüp araçtan inmesine izin verdikleri ileri sürülmüştür. Doktor muayenesinde mağdurun bedeninde yaralara ve vajinada sperm izine rastlanırken, sanık, cinsel saldırı suçlamasını reddetmiştir. Mağdurdan alınan sperm ile sanıktan elde edilen kan örneğini, DNA analizine tabi tutan bilirkişi, sperm izinin yüzde 99,986 ihtimalle sanıktan kaynaklandığını ve sperm başından izole edilen DNA'nın beyaz kan hücrelerinden alınan DNA ile eşleştiğini tespit etmiştir. Sonuçta, benzer özelliklerin, bir Avrupa popülasyon örneğinde, 6937 kişiden birinde görüldüğü (yani, yüzde 0,014) saptanmıştır, bunun üzerine ilk derece mahkemesi mahkûmiyet kararı vermiştir²¹⁰.

5. Ceza Dairesi, ilk derece mahkemesinin sadece DNA analiz sonuçlarından hareketle mahkûmiyet kararı vermesini değerlendirmiştir. Mahkeme, DNA analizinin fail olma ihtimali bulunmayan kimseleri dışlama işlevinin yanı sıra failin kim olduğunun tespitinde de dikkate alınabileceğini kabul etmekle beraber bu sonuçların ispat kuvvetinin her zaman eleştirel bir şekilde ele alınması gerektiğini belirtmiştir. Ceza Dairesi, popülasyonda incelenen özelliklere ilişkin bilgileri, bilirkişinin hangi veri tabanından aldığının, ilk derece mahkemesi tarafından tartışılmamasını bir eksiklik olarak görmüştür. Mahkemeye göre, sadece DNA analiz sonuçlarına dayanılarak suçun işlendiğinin kabul edilmesi hatalı olduğu gibi böylece DNA analiz sonuçlarına çok yüksek bir ispat kuvveti atfedilmiştir, ayrıca analiz sonuçları, eleştirel bir şekilde değerlendirilmemiştir. Nihayet, Ceza Dairesi, DNA analiz sonuçlarına bu derece yüksek bir değer atfederek sanığın açıklamalarına itibar etmeyen ilk derece mahkemesinin, böylece mağdurun güvenilirliğini sorgulama şansını da kaçırdığını belirtmiştir²¹¹.

208 ibid 92 vd.

209 BGH 5 StR 145/90 – 21.08.1990.

210 BGH 5 StR 239/92 – 12.08.1992.

211 BGH 5 StR 239/92 – 12.08.1992.

2013 tarihli, Alman Federal Mahkemesi 3. Ceza Dairesi kararında ise yukarıdakinden farklı bir sonuca ulaşılmıştır. Karara konu olan olayda, araç satış bayisine gelen sanığın, satış görüşmeleri sırasında, mağdurun arkasının dönük olduğu andan faydalanarak beraberinde getirdiği elektroşok cihazını mağdurun üzerinde kullandığı, kendisini savunan mağdurun yüzüne tekme atmak suretiyle burnunun kırılmasına sebep olduğu, daha sonra pantolon cebinden bir miktar para aldığı ileri sürülmüştür. Elektroşok cihazı ve otomobil anahtarı üzerindeki örnekler ile sanıktan alınan örnekler, DNA analizine tabi tutulmuştur. Bunun sonucunda incelenen örneğin, istatistiksel olarak on milyardan fazla insanda ikinci bir benzerinin olmadığı tespit edilmiştir²¹².

Ceza Dairesi, ilk derece mahkemesinin Al.CMK m.261 gereğince, delilleri serbestçe değerlendirme yetkisine sahip olduğunu, temyiz incelemesinin sadece delil değerlendirmesinin çelişkiler barındırması veya mantık kuralları ve hayat deneyimleri ile tutarlı olmamasıyla sınırlı olduğunu, zira bu hâllerde mahkemenin delil değerlendirmesinin olgusal temelden yoksun olduğunu belirtmiştir²¹³.

Ceza Dairesine göre, kural olarak, istatistiksel olasılık hesaplamaları, tıpkı diğer matematiksel yöntemler gibi mahkemenin değerlendirmede kullanabileceği mantıksal çıkarım araçlarıdır²¹⁴. Ceza Dairesi, sanığın alelleri ile olay yeri izlerinde saptanan alellerin eşleşmesinin, sanık tarafından verilen DNA örneğinin istatistiksel sıklığı kapsamında değerlendirildiğinde, hâkimin kanaatinin oluşmasında yeterli olgusal temelleri sağladığını belirtmiştir. Kararda, bu hesaplamanın istatistiksel bir değeri haiz olduğu, yani gerçekte kaç kişinin aynı özellik kombinasyonuna sahip olduğuna ilişkin bir bilgi içermediği (yani, tek tek on milyar kişinin DNA'sının laboratuvar ortamında incelenmediği, sadece istatistiksel olarak bir hesaplama yapıldığı) ifade edilmiştir. Nitekim, sanık dışındaki bir başka kişinin aynı özellik kombinasyonuna sahip olma ihtimalinin sınırlı bir veri tabanına dayalı olarak hesaplandığı, başka bir kişinin aynı özellikleri taşıma olasılığı ne kadar azsa, hâkimin bu eşleşmenin ispat kuvvetine o kadar yüksek bir değer atfedebileceği, hatta sadece bu eşleşmeden hareketle sanığın suçu işlediğine karar verebileceği açıklanmıştır.

Mahkemeye göre, sanık dışındaki bir başka kişinin aynı özelliklere sahip olma olasılığının milyarda bir gibi çok düşük olduğu hâllerde bile izin bir başkasından kaynaklanmış olabileceği hususunun tamamen göz ardı edilememesi, hâkimin sadece DNA analiz sonuçlarına dayanarak kanaat oluşturabilmesine mâni değildir. Zira kanaatin edinilmesi sürecinde diğer bütün ihtimalleri dışlayan matematiksel bir kesinliğe ulaşılması gerekmez (BGH 1 StR 120/11 – 20.09.2011)²¹⁵. Bunun yerine, hayat deneyimlerine göre, makul şüphelerin varlığına yer bırakmayan yeterli ölçüde bir kesinliğe ihtiyaç duyulur²¹⁶.

212 BGH 3 StR 247/12 – 21.03.2013.

213 BGH 3 StR 247/12 – 21.03.2013.

214 Ayrıca bkz. Matthias Felix Henke, 'Zur Darstellung von DNA-Gutachten im Strafurteil' (2023) 1 Neue Zeitschrift für Strafrecht 13, 13-14.

215 Bu kapsamda, 2016 yılında ABD Adalet Bakanlığı bünyesindeki adli laboratuvarlara gönderilen yazıda adli bilimlerle ilgili bilirkişi raporlarında ve mahkeme huzurundaki bilirkişi tanıklığında bilimsel anlamda kesinlik içeren ibarelerden kaçınılması ve araştırma sonuçlarının uygulanmasında kesinlik içeren formülasyonlara yer verilmemesi gerektiği belirtilmiştir. Konu hakkında bkz. <<https://www.justice.gov/opa/file/891366/download>> accessed 15 October 2023. Ayrıca bkz. Kotsoglou, Biedermann and Vuille (n 16) 905.

216 BGH 3 StR 247/12 – 21.03.2013.

Ceza Dairesine göre, ilk derece mahkemesi hükmünün gerekçesinde, incelenen lokuslar ve tekrar sayılarının detaylı bir çizelge şeklinde açıklanması suretiyle, olasılık hesaplamasının makul olup olmadığı denetime elverişli bir şekilde gösterilmiştir. Nihayetinde, Ceza Dairesi, sadece DNA analiz sonuçlarına dayanılarak mahkûmiyet kararı verilebileceği sonucuna ulaşmıştır.

3. Kararların Değerlendirilmesi ve Öğretideki Eleştiriler

Öğretide bir görüşe göre, DNA analiz sonuçlarının değerlendirilmesi, ilk olarak, izin kaynağının tespiti, yani izin hangi kişi veya nesneden kaynaklandığı, ikinci olarak faaliyet, yani izin hangi eylemin sonucunda meydana geldiği ve son olarak, sanığın suçu işleyip işlemediğinin tespiti şeklinde üç aşamalı olarak gerçekleştirilmelidir²¹⁷.

Esasen burada iki aşamalı bir değerlendirme yapılmalıdır; şöyle ki, ilk olarak, izin sanıktan kaynaklanıp kaynaklanmadığı hususu incelenir, cevap evetse, ikinci olarak, DNA izi ile suç arasında bağlantı olup olmadığı ele alınır²¹⁸. Bizce, ikinci aşama bakımından hâkim, DNA izi ile suç arasındaki bağlantıyı kurduğunda tek başına bu sonuçlara dayanarak mahkûmiyet kararı verebilecektir. Ancak, mantık kuralları ve hayat deneyimleri ile çelişmeyecek şekilde, bu bağlantıyı hükmünün gerekçesinde açıklamalıdır.

Alman öğretisinde *Burr*, 1995 tarihli eserinde, sanığın suçu işleyip işlemediği hususunda DNA profillemesinin tek başına yeterli olmadığını, mahkûmiyet için başkaca delillere ihtiyaç olduğunu savunmuştur²¹⁹. Nitekim, yukarıda sözü edilen, 1992 tarihli, Alman Federal Mahkemesi kararında da benzer sonuca ulaşılmıştır²²⁰.

Alman Federal Mahkemesinin 2000’li yıllardaki DNA analiz sonuçlarıyla ilgili içtihatlarına göre, olay yerindeki izin “sanık dışındaki bir başka kişiden” kaynaklanma ihtimali ne kadar düşükse, sanığın DNA’sı ile izin eşleştiği yönündeki bilirkişi tespitine o kadar yüksek bir ispat gücü atfedilebilir, hatta sadece bu tespitten hareketle mahkûmiyet kararı verilebilir²²¹. Alman öğretisinde bir görüşe göre, Federal Mahkeme, bir yandan izin sanık dışındaki bir başka kişiden kaynaklanma olasılığı ve diğer yandan, izin sanıktan kaynaklanma olasılığı gibi iki farklı olasılığı tek potada eritip hatalı şekilde birbirine karıştırmıştır²²².

Öğretide bir görüşe göre, moleküler genetik incelemeler, günümüzde belirli bir standart çerçevesinde gerçekleştirildiği için “milyonlar arasında enderlik” söz konusuysa ve hesaplama esasları Alman Federal Mahkemesinin içtihatlarındaki gereklilikleri sağlıyorsa, DNA izinin sanıktan kaynaklandığının kabulü için yeterli olabilir. Ancak, bu görüşe göre, DNA izi ve suç arasında bir

217 Kotsoglou, Biedermann and Vuille (n 16) 892.

218 BGH 1 StR 722/08 – 21.01.2009; Meyer-Goßner and Schmitt (n 159) 361.

219 Burr (n 66) 173-174. Yazar, DNA profillemesinin sanığı dışlayıcı etkisinin daha anlamlı olduğunu, keza dışlayıcı etki bakımından istatistiksel değerlendirmelerin de gerekmediğini ifade etmiştir. Bkz. Burr (n 66) 175.

220 BGH 5 StR 239/92 – 12.08.1992.

221 BGH NStZ 2013, 420.

222 Kotsoglou, Biedermann and Vuille (n 16) 906-907.

bağlantı olup olmadığı meselesi, ayrıca değerlendirilmesi gereken bir konudur²²³. Başka bir görüşe göre, tanık beyanları ile mukayese edildiğinde, DNA analizi, failin tespit edilmesinde son derece güvenilir bir araştırma yöntemidir²²⁴.

Alman Federal Mahkemesinin “milyonlar arasında enderlik” söz konusu ise izin sanıktan kaynaklandığı konusunda, ilk derece mahkemesinin ikna olabileceği yönündeki kararları²²⁵ da öğretide eleştirilmiştir. Denilmiştir ki, burada hangi olasılık eşleşmesinden (yani, milyonda bir, milyarda bir vb.) sonra sanığın suçu işlediğinin kabul edileceği hususu içtihatlarda belirsiz bırakılmıştır²²⁶. Ancak, biz yazarların bu görüşüne katılmıyoruz. Alman Federal Mahkemesi içtihatlarında hangi olasılık eşleşmesinin gerektiğiyle ilgili net bir sayı belirtilseydi, bu husus, ilk derece mahkemesinin delilleri serbest şekilde değerlendirebileceği ilkesiyle çelişirdi. Keza, sanığın suçu işlediğinin kabul edilebilmesi için hangi oranda olasılık eşleşmesinin gerektiği meselesi, somut vakaya özgü olarak değişiklik gösterebileceğinden, içtihatlarda net bir oranın belirtilmemesi yerinde olmuştur.

Keza bilirkişi raporlarında gösterilen milyarda bir şeklindeki yüksek olasılıkların ampirik olarak belirlenmediği ve doğrulanabilir olmadığı, bunların yalnızca hesaplama sonuçlarını ihtiva ettiği eleştirisi yapılmıştır. Bu görüşe göre, birden x milyara giden olasılık hesabı, bilirkişinin etkili bir şekilde laboratuvar ortamında bir milyardan fazla kişinin DNA profilini incelediği anlamına gelmez, sadece belirli bir popülasyon genetik modeline dayalı olarak biyoistatistiksel bir hesaplama söz konusudur, bu sonuçların kabul edilmesi ise dayandığı popülasyon genetik modeline duyulan güvene bağlıdır²²⁷.

SONUÇ

Kanaatimizce, belirli delillerin hangi ispat gücüne sahip olduğunun, muhakeme faaliyetinin öncesinde, hâkimin katılımı olmaksızın belirlenmesi anlamına gelen ve hâkimin delil değerlendirmesini, mutlak bir şekilde sınırlayan doğrudan delil-dolaylı delil ayrımı, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi ile uyumlu olmadığı için vicdani ispat sisteminde benimsenmemelidir. Bu sebeple, belirtilerin dolaylı delil olduğu, sadece belirtilere dayalı olarak mahkûmiyet kararı verilemeyeceği şeklindeki görüşlere katılmıyoruz.

Yaygın kanaatin aksine, izlerin, muhakemenin konusunu oluşturan esas olayı tek başına ispata muktedir olduğunu da söylemek gerekir. Söz gelimi, on yaşındaki bir çocuğun vajinal bölgesinde sperm izine rastlanmış, akabinde bu sperm izinin şüpheli olan kuzeninin DNA'sı ile uyumlu olduğu tespit edilmişse, somut vakada, sperm izi, muhakeme ile ispatlanmak istenen olayı tek başına

223 BGH 1 StR 722/08 – 21.01.2009; Meyer-Goßner and Schmitt (n 159) 361.

224 Mark A. Zöller and Diana Thörnich, 'Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen der Ausweitung von DNA-Analysen im Strafverfahren' (2017), 6 ZIS 331, 331.

225 BGH NStZ 2009, 285.

226 Kotsoglou, Biedermann and Vuille (n 16) 907.

227 ibid 917.

ispatlayabilir. Zira, TCK'da on beş yaşını tamamlamamış çocuklara karşı gerçekleştirilen her türden cinsel davranışın (TCK m.103/1-a) çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturacağı ifade edilmiş (TCK m.103/1), aynı hükmün ikinci fıkrasında ise cinsel istismarın vücuda organ sokulması suretiyle işlenmesi nitelikli hali düzenlenmiştir. Cinsel davranışın mağdurun rızasıyla mı yoksa rızası hilafına mı gerçekleştirildiğinin tespit edilememesi, bu örnekteki suçun tamamlanmasını engellemez. Çünkü, kanun koyucu, on beş yaşını tamamlamamış bir çocuğun cinsel davranışlara yönelik rızasına zaten itibar etmemiştir. Dolayısıyla, somut olayda sperm izi, mağdurun vajinal bölgesinde birtakım cinsel davranışların gerçekleştirildiği hususunu tek başına ispatlayabilir. Burada doğrudan ispatın söz konusu olduğunu belirtmek gerekir.

DNA analizinin ispat kuvveti, somut olaydaki suça bağlı olarak değişiklik gösterir. Söz gelimi, mağdurla failin yoğun fiziksel temas içerisinde bulunma ihtimallerinin bulunduğu, kasten yaralama, kasten öldürme ve bilhassa cinsel suçlarda (cinsel taciz vb. hariç), DNA analizinin oldukça yüksek bir ispat kuvvetini haiz olduğu aşikârdır. Zira yoğun bir fiziksel temas hâlindeyken, mağdurdaki biyolojik örneklerin failde, faildekilerin ise mağdura aktarıldığına sıklıkla rastlanır. Taksirle öldürme veya yaralamanın söz konusu olduğu trafik kazalarında ise kaza anında aracı kimin kullandığı hususunu tespit etmek için uygulamada DNA analizine başvurulur. Ancak, hızla seyreden aracın takla atması gibi sebeplerle biyolojik örneklerin aracın farklı yerlerine bulaşması, kaza anında aracın kimin tarafından kullanıldığını tespit etmeyi zorlaştırabilir, bu örnekteki gibi durumlarda, DNA analizini destekleyici nitelikteki diğer delillerin yardımına başvurulması gündeme gelebilir.

DNA analizinin güvenilirliği konusunda şüphelerin doğmasına sebep olabilecek hata kaynakları, somut olayda söz konusu olabilir. Kuşkusuz, bu durumda, DNA analizinin ispat kuvveti, somut vakaya özgü olarak olumsuz etkilenecektir. DNA analizinin doğası itibarıyla bazı hata kaynaklarını bünyesinde barındırması, bu analiz sonuçlarının somut olayda titizlikle değerlendirilmesini gerektirir. Yoksa, hata kaynaklarından bahisle, DNA analizinin suçun ispatı için yeterli olmadığı şeklinde genel geçer bir sonuca ulaşılması mümkün değildir.

DNA analizinin suçun ispatı bakımından nasıl bir kuvvete sahip olduğu hususu, iki kademeli bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. İlk adımda, olay yerinden elde edilen izin, sanığın DNA'sı ile eşleşip eşleşmediği hususu tespit edilmelidir. Cevap evetse, ikinci adımda, DNA izi ile suç arasında bağlantı olup olmadığı meselesi ayrıca ele alınmalıdır. DNA izi ile suç arasında bağlantı kuran ve sanığın mahkûmiyeti yönündeki kanaatini, mantık kuralları ve hayat deneyimleri ile uyumlu bir şekilde hükmünün gerekçesinde açıklayan mahkemenin, sadece DNA analiz sonuçlarına dayanarak mahkûmiyet hükmü tesis etmesinde herhangi bir mahzur bulunmadığı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Aarlı R, 'Genetic Justice and Transformations of Criminal Procedure' (2012) 13 Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention 3-21.
- Ackermann R, Clages H and Roll H, *Handbuch der Kriminalistik* (6. Auflage, Boorberg 2022).
- Akgül Altıkat M, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Belirti Delilleri ve İspat Gücü' (Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü 2014).

- Aygörmez Uğurlubay GA, 'Almanya, İsviçre ve Avusturya Hukuku Bağlamında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Adli DNA Analizleri' (2017) 5(2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 29-87.
- Batur N, 'Ceza Yargılamasında Moleküler Genetik İnceleme' (2016) 126 TBB Dergisi 69-94.
- Beck M, *Die DNA-Analyse im Strafverfahren* (Nomos 2015).
- Berger MA, 'Expert Testimony in Criminal Proceedings: Questions Daubert Does Not Answer' (2003) 33 Seton Hall Law Review 1125-1140.
- Berry DA, Evett IW and Pinchin R, 'Statistical Inference in Crime Investigations Using Deoxyribonucleic Acid Profiling' (1992) 41(3) Journal of Applied Statistics 499-531.
- Bertino A and Nolan Bertino P, *Forensic Science Fundamentals & Investigations* (South-Western CENGAGE Learning 2009).
- Beulke W and Swoboda S, *Strafprozessrecht* (16. Auflage, C.F. Müller 2022).
- Bilge Y, *Adli Bilimler Sözlüğü* (Palme 2002).
- Burr K, 'Das DNA-Profil im Strafverfahren Unter Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in den USA' (Inaugural-Dissertation, Rechts – und Staatswissenschaftliche Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität 1995).
- Butler J, *Advanced Topics in Forensic DNA Typing: Methodology* (Elsevier 2012).
- Centel N ve Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (19. Bası, Beta 2020).
- Ceylan B, 'Ülkemizde Olay Yeri İnceleme Uygulamalarına Genel Bakış ve Mevcut Sistemin Değerlendirilmesi' (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü 2008).
- Connors E, Lundregan T, Miller N and McEwen T, 'Convicted by Juries, Exonerated by Science: Case Studies in the Use of DNA Evidence to Establish Innocence After Trial' (Haziran 1996) US Department of Justice, Office of Justice Programs, National Institute of Justice Report.
- Craft A, *How to Conduct a Basic Crime Scene Investigation* (Lulu 2009).
- Demir E, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Moleküler Genetik İncelemeler* (Seçkin 2020).
- Dönbak L, 'Kısa Ardarda Tekrar Eden DNA Dizilerinin Adli Amaçlı DNA Çalışmalarındaki Yeri' (2002) 22 T Klin Tıp Birimleri 233-238.
- Erman RB, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Belirti ve İspat Değeri' (2010) 9(1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 679-701.
- Eroğlu F, 'Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma Suretiyle Elde Edilen Delillerin İspat Değeri' (Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2009).
- Feyzioğlu M, 'Belirtilerin Şüphenin Yenilmesindeki İşlevi ve Benzer İsnatlara Ait Delil Araçlarının Somut Olayın Çözümünde Birlikte Değerlendirilmesi' (2000) 57(1) Ankara Barosu Dergisi 19-46.
- Fish J, Miller L, Braswell M and Wallace E, *Crime Scene Investigation* (3. Edition, Anderson Publishing 2013).
- Gardner R, *Practical Crime Scene Processing and Investigation* (2. Edition, CRC Press 2012).
- Gedik D, 'Ceza Muhakemesinde Hakimin Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK m.217)' (2019) 21 Özel Sayı (Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 913-963.
- Giannelli PC, 'The Supreme Court's Criminal Daubert Cases' (2003) 33(4) Seton Hall Law Review 1071-1112.
- Girard J, *Criminalistics Forensic Science and Crime* (Jones & Bartlett Learning 2008).
- Gorstein A, *Die Erweiterung der DNA-Reihenuntersuchung auf "Beinahetreffer"* (Nomos 2021).
- Gökçen A, Balcı M, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (7. Baskı, Adalet 2023).
- Güngör D ve Bakşı O, 'Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması ve Genetik İncelemeler' (2009) 8(3) Adli Bilimler Dergisi 63-71.

- Harris H and Lee H, *Introduction to Forensic Science and Criminalistics* (2. Edition, CRC Press 2019).
- Henke MF, 'Zur Darstellung von DNA-Gutachten im Strafurteil' (2023) 1 Neue Zeitschrift für Strafrecht 13-17.
- Houck M, Funk C and Feder H, *Successful Expert Testimony* (5. Edition, CRC Press 2018).
- Houck M and Siegel J, *Fundamentals of Forensic Science* (Academic Press 2006).
- İnci ZÖ, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Teşhis' (2009) 85 TBB Dergisi 105-136.
- Jeffreys AJ, Wilson V and Thein SL, 'Hypervariable "Minisatellite" Regions in Human DNA' (1985) 314 NATURE 67-73.
- Karakehya H, 'Dolaylı Maddi Gerçek: Ceza Muhakemesinde Yargılama Makamının Maddi Gerçeğe Deliller Aracılığıyla Ulaşma Zorunluluğu Üzerine' (2016) 7(27) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 59-82.
- Keller C, *Basislehrbuch Kriminalistik* (Verlag Deutsche Polizeiliteratur GMBH 2019).
- Kindhäuser U and Schumann KH, *Strafprozessrecht* (6. Auflage, Nomos 2022).
- Klumpe B, *Der "Genetische Fingerabdruck" im Strafverfahren: Rechtsprobleme bei der Anwendung genetischer Analysen in Grossbritannien und Deutschland* (Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht 1993).
- Kobilinsky L, Liotti T and Oeser-Sweat J, *DNA: Forensic and Legal Applications* (Wiley-Interscience 2005).
- Kotsoglou KN, Biedermann A and Vuille J, 'DNA und Beweiswürdigung – Der statistische Rubikon und die Dogmatik der Identitätsfeststellung' (2020) 132(4) ZSTW 891-937.
- LaFollette EV, 'State v. Hunt and Exculpatory DNA Evidence: When Is a New Trial Warranted' (1996) 74(4) North Carolina Law Review 1295-1319.
- Lee H, Palmbach T and Miller M, *Henry Lee's Crime Scene Handbook* (Academic Press 2001).
- Matson JV, *Effective Expert Witnessing* (5. Edition, CRC Press 2013).
- Meyer-Goßner L, Schmitt B and Köhler M, *Strafprozessordnung* (65. Auflage, C.H. Beck 2022).
- Ostendorf H and Brüning J, *Strafprozessrecht* (4. Auflage, Nomos 2021).
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (16. Baskı, Seçkin 2023).
- Özbek VÖ, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda DNA-Analizi' (2001) (Prof. Dr. Turhan Tüfan Yüce'ye Armağan) Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını 523-572.
- Öztürk B, Tezcan D, Erdem MR, Sırma Gezer Ö, Saygılar YF, Alan E, Özaydın Ö, Erden Tütüncü E ve Tok MC, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (17. Baskı, Seçkin 2023).
- Marshall PH, Flannery TA and Higginbotham PE, 'Pattern Criminal Jury Instructions' (1982) Report of the Federal Judicial Center Committee to Study Criminal Jury Instructions.
- Pientka M, Wolf N and Zerbin D, *Kriminalwissenschaften I*, (5. Auflage, C.H. Beck 2021).
- Sander GM, Löwe-Rosenberg *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar Siebter Band §§ 256–295* (27. Auflage, De Gruyter 2021).
- Schmidt A, *Grundsätze der Freien Richterlichen Beweiswürdigung im Strafprozeßrecht* (Peter Lang 1993).
- Schroeder F-C and Verrel T, *Strafprozessrecht* (7. Auflage, C.H. Beck 2017).
- Seemann S, 'Tatortarbeit' in Edwin Kube, Hans Udo Störzer and Klaus Jürgen Timm (eds), *Kriminalistik Handbuch für Praxis und Wissenschaft* (Boorberg 1992) 639-668.
- Seiler S, *Strafprozessrecht* (18. Auflage, Fakultas 2020).
- Sohtorik Öztürk T, 'Yeni 10 STR Lokusunun (D7S1517, D3S1744, D12S391, D2S1360, D6S474, D4S2366, D8S1132, D5S2500, D21S2055, D10S2325) Türkiye'deki Gen Sıklığının Belirlenmesi' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Adli Tıp Enstitüsü 2019).
- Solan L, 'Refocusing the Burden of Proof in Criminal Cases: Some Doubt About Reasonable Doubt' (1999) 78 Texas Law Review 105-147.

- Söylemez A, *Kriminalistik* (Haşmet Matbaası 1974).
- Suboch G, *Real-World Crime Scene Investigation A Step-by-Step Procedure Manual* (CRC Press 2016).
- Şahin C ve Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (14. Bası, Seçkin 2023).
- Tekcan E ve Tural Ş, 'Adli DNA Analizlerinde Güncel Moleküler Genetik Gelişmeler' (2023) 30(2) Van Tıp Dergisi 217-222.
- Tilstone W, Hastrup M and Hald C, *Fisher's Techniques of Crime Scene Investigation* (First International Edition, CRC Press 2013).
- Usal Dönmez Ö, 'DNA Analizinde, Laboratuvar Kaynaklı Kontaminasyonun Tespiti ve Adli Bilimler Açısından Değerlendirilmesi' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü 2008).
- Wixted JT, Christenfeld NJS and Rouder JN, 'Calculating the Posterior Odds From a Single-match DNA Database Search' (2019) 18 Law, Probability and Risk 1-23.
- Yayla M, 'Ceza Yargılamasında İspat İçin Yenilmesi Gereken Şüphe; Türkiye ve Amerika Birleşik Devletleri Sistemlerinin İncelenmesi' (2013) 3 Ankara Barosu Dergisi 291-313.
- Yenisey F ve Nuhoglu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (11. Baskı, Seçkin 2023).
- Yenisey F, Oktar S ve Oktar A, *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Strafprozeßordnung (StPO) ve Alman Ceza Muhakemesine ve Kabahatlerde Para Yaptırımına İlişkin Yönerge (RiStBV)* (3. Baskı, Beta 2020).
- Yenisey F, 'Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Tıbbi Deliller ve Bilirkişi İncelemesi' (2006) 3(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 309-321.
- Yıldız AK, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik' (2006) X(3-4) EÜHFD 273-345.
- Yıldız AK, 'Trafik Suçları Bağlamında Bilimsel Delillerin İspat Fonksiyonu' (2006) 3(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 407-424.
- Yıldız AK, 'Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi' (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2002).
- Yokuş Sevik H, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik' (2006) LXIV(1) İÜHFM 49-107.
- Zöller MA and Thörnich D, 'Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen der Ausweitung von DNA-Analysen im Strafverfahren' (2017), 6 ZIS 331-340.

İnternet Kaynakları

- <<https://evrimagaci.org/dnanin-yapisi-nasildir-cift-sarmal-ne-demek-13835>> accessed 9 December 2023.
- <<https://innocenceproject.org/about/>> accessed 10 December 2023.
- <<https://oig.justice.gov/reports/FBI/a0632/intro.htm>> accessed 11 December 2023.
- <<https://rarehistoricalphotos.com/will-william-west-case-fingerprints/>> accessed 3 December 2023.
- <<https://www.genome.gov/genetics-glossary/Allele>> accessed 5 December 2023.
- <<https://www.gov.uk/government/groups/national-dna-database-strategy-board>> accessed 11 December 2023.
- <<https://www.justice.gov/opa/file/891366/download>> accessed 15 October 2023.
- <https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_702> accessed 3 December 2023.
- <<https://www.nacdl.org/Landing/Microscopic-Hair-Comparison-Analysis>> accessed 2 December 2023.
- <https://www.nlm.nih.gov/exhibition/visibleproofs/galleries/cases/jeffreys_image_2.html> accessed 6 December 2023.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulamasında Prozelitizm ve İstismarı

Proselytism and Abuse in the Practice of the European Court of Human Rights

Esra TÜRKOĞLU 

ÖZ

Prozelitizm; bir din veya inancın mensuplarının, kendi din veya inançlarını benimsememiş kişilere yönelik, din veya inançlarını anlatmak ve davet etmek amacıyla gerçekleştirdikleri faaliyetlerin bütünüdür. Prozelitizmin gerçekleşmesi için muhatap olan kişilerin prozelitizme temel olan din veya inancı benimsemeleri gerekli değildir. Muhataplar prozelitizme temel olan din veya inancı eylemin sonunda benimsemeseler de prozelitizm gerçekleşmiş olur. Bu doğrultuda prozelitizm; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 9. maddesi kapsamında değerlendirilmekte ve AİHS sisteminde korunmaktadır. Prozelitizm ve istismarcı prozelitizm olarak iki şekilde değerlendirilmektedir. Prozelitizm farklı durum ve koşullarda istismarcı prozelitizm halini almaktadır. AİHM'in istismarcı prozelitizmin var olduğunu kabul ettiği hallerde prozelitizmin engellenmesi, din ve inanç özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirilmemektedir. İstismarcı prozelitizmin engellenmesinin gerekçesi, prozelitizme muhatap olan kişilerin din ve inanç özgürlüğünün korunmasıdır.

Anahtar Kelimeler: Prozelitizm, İstismarcı prozelitizm, Din ve inancı açığa vurma, Dini yayma özgürlüğü, Nefret söylemi.

* Arş. Gör. Pamukkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, ORCID: 0000-0002-1422-8482.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Esra TÜRKOĞLU

E-posta/E-mail: esrat@pau.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 08.09.2024

Kabul Tarihi/Accepted: 25.12.2024

How to cite this article/Atf için: Esra TÜRKOĞLU, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulamasında Prozelitizm ve İstismarı' (2024) 30(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 767-791. DOI: 10.33433/maruhad.1545274

ABSTRACT

Proselytism is a set of activities carried out by those who accept a religion or belief in order to explain their religion and beliefs to those who do not accept their religion and beliefs and to invite them to their beliefs. It is not necessary for the interlocutors to adopt the religion or belief in question for the existence of the activity to be recognised. In this respect, proselytism is considered by the European Court of Human Rights within the scope of Article 9 of the European Court Human Rights and is protected in the European Convention on Human Rights system. The concept is divided into two as proselytism and abusive proselytism. Proselytism is characterised as abusive in different situations and conditions. In the case of abusive proselytism, the prevention of such activities on the grounds of protecting the freedom of religion and conscience of the addressees is not considered by the European Court of Human Rights as a violation of the freedom of religion and conscience of the persons carrying out the activity.

Keywords: Proselytism, Abusive proselytism, Freedom to manifest religion and belief, Freedom to proselytize, Hate speech.

GİRİŞ

Prozelitizm din ve inanç farklılıklarının olduğu her dönemde devlet içinde ve devletler arasında sorunlara neden olmuştur. Liberal insan hakları anlayışının geliştiği ve hakim olduğu ulusal ve uluslararası hukuk düzeninde düşünce, inanç ve din özgürlüğünün varlığı çoğulcu ve demokratik düzenin olmazsa olmaz koşuludur. Bu bağlamda prozelitizm, din ve inancın açığa vurulması kapsamında İnsan Hakları Evrensel Beyannameşi başta olmak üzere insan haklarını uluslararası alanda düzenleyen belgelerin kapsamında değerlendirilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi prozelitizmin din ve inancın açığa vurulması yöntemlerinden olduğunu kabul etmektedir. Bununla birlikte prozelitizm; istismarcı nitelikte olduğunda özgürlük olarak değerlendirilemez. AİHM bu noktada devleti, prozelitizme muhatap olanların korunmasıyla yükümlendirmektedir. Bu doğrultuda istismarcı prozelitizm; nefret söylemi ve sistematik telkinle benzeşebilmektedir. Devletin belli din, inanç ve düşünce yönünde öğrencileri etkileyecek şekildeki sistematik telkin niteliğindeki faaliyetleri istismarcı prozelitizm kapsamında okunabilir. Bazı durumlarda istismarcı prozelitizm nefret söylemi içerebilir veya bu söylemler nefret suçu kapsamında cezalandırılabilir. Ancak sistematik telkin ve nefret söylemlerinin belirli nitelikteki kişilerin bütününe hedef almasıyla ve içeriğinin her zaman din, inanç, kanaat ve felsefenin açığa vurulması niteliği taşımayacak olması nedenleriyle istismarcı prozelitizmden farklılık arzettiği belirtilmelidir.¹

Çalışma prozelitizmin kavramsal anlamını, AİHS’de düzenlenmesini; istismarcı prozelitizmin niteliklerini ve cezalandırılması gerekliliğini AİHM içtihatları kapsamında değerlendirmeyi hedef almıştır. Prozelitizm ve istismarcı prozelitizm AİHM uygulamasında Kokkinakis v. Greece kararında temel olarak ortaya konmuştur. Bu kararda AİHM; prozelitizmi ve prozelitizmin istismarını değerlendirmiştir. Prozelitizm din ve inancın açığa vurulması kapsamında AİHS m.9’un norm alanındadır. Ancak prozelitizm istismarcı hale geldiğinde prozelitizme muhatap olan kişilerin din

1 İstismarcı prozelitizm ile nefret söylemi ve sistematik telkin arasındaki fark çalışmanın 19. ve 20. Sayfalarında “Prozelitizmin İçeriği” başlığı altında değerlendirilmiştir.

ve inanç özgürlüğünün korunması gündeme gelmektedir. AİHM içtihatları da bu ekseninde din veya inancın açığa vurma yöntemlerinin hangi durumlarda prozelitizm kapsamında değerlendirildiğinin ve prozelitizmin var olduğu hallerde prozelitizmin istismarcı olup olmadığının tespit edilmesi şeklinde gelişmektedir. Makalede değinilen bir diğer husus ise istismarcı prozelitizmden bireyin devlet eliyle korunmasının gerekli olup olmadığıdır. Bireyin devlet eliyle istismarcı prozelitizmden korunması gerektiğinin kabulü halinde hukuk düzeni içinde bu korumanın nasıl gerçekleşeceği de çalışmada değinilecek bir diğer husustur.

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ BAĞLAMINDA PROZELİTİZM

A. PROZELİTİZM KAVRAMI

Prozelitizm (fr.prosélytisme, ing.proselytism, it.proselitismo) Türkçe’de karşılığı olmayan bir terimdir. Bu nedenle terimin türkçeleştirilmiş hali olarak prozelitizm kullanılmaktadır.² Bir Katolik Kilise sözlüğünde “proselyte” “Yahudi olmayan birinin Yahudiliğe dönmesi böylece bir dinden diğerine geçmesi, dinini değiştirmiş olması”; “proselytize” ise dinini değiştirmek anlamında kullanılır³. Sözlükte “proselytize” “birini dinini, siyasi inancını ya da benimsediği anlayışlarını değiştirmeye ikna etmeye çalışmak” olarak tanımlanırken; “proselyte” “dinini, siyasi inancını ve benimsediği anlayışını değiştirmeye ikna edilmiş biri” olarak tanımlanmaktadır⁴. Kavramın kökeni “Bir yere yeni gelen, katılan” anlamına gelen Yunanca “proselutos” kelimesinden gelmektedir⁵. Prozelitizm bir inancı benimseyenlerin kendi inançlarını yaymak için gösterdikleri aktif çabayı ifade etmek üzere kullanılmaktadır⁶. Prozelitizmin gerçekleşmesi için muhatabın din ve inancını faaliyeti gerçekleştirenin din ve inancıyla değiştirmesi şart değildir⁷.

- 2 Leyla Şahin v Turkey App no 44774/98 (ECtHR, 29 June 2004) kararının 85. Paragrafında “proselytism” kavramı kullanılmıştır. Kararın Türkiye Dış İşleri Bakanlığı Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdür Yardımcılığı tarafından yapılan çevirisinde “proselytism” “dini inancından vazgeçirme”; aynı kararın Serkan Keskin ve Nurgül Tortop tarafından yapıp Türkiye Barolar Birliği Dergisi Eylül-Ekim 2004 sayısında yayınlanan çevirisinde “proselitizm” olarak kullanılmıştır. Hasan ve Eylem Zengin v Turkey App no 1448/04 (ECtHR, 29 October 2004) kararının 52. ve 53. Paragraflarında “proselytism” kavramı kullanılmıştır. Kararın Dış İşleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdür Yardımcılığı tarafından yapılan çevirisinde “proselytism” kavramı “din benimsetme uğraşısı” olarak çevrilmiştir. Bremner v Turkey App no 37428/06 (ECtHR, 13 October 2015) kararının da 72. ve 81. Paragraflarında “proselytism” kavramı kullanılmıştır. Kararın Türkiye Adalet Bakanlığı tarafından yapılan gayri resmi çevirisinde kavram “proselitizm” şeklinde türkçeleştirilerek kullanılmıştır. Görüldüğü üzere “proselytism” kavramının Türkçe karşılığı için üzerinde uzlaşılmış bir kullanım yoktur. Bununla birlikte kaynakçada belirtilen Türkçe kaynakların tamamında kavram “prozelitizm” şeklinde çevrilmiş ve kullanılmıştır. Bu gerekçeyle çalışmada “proselytism” kavramının karşılığı olarak prozelitizmin kullanılması tercih edilmiştir.
- 3 A CATHOLIC DICTIONARY 408 (Donald Attwater ed., 2d rev. ed. 1954)’den Aktaran: Tad Stahnke, ‘Proselytism and the Freedom to Change Religion in International Human Rights Law’ (2001) 1999(1) BYU Law Review, 251, 253.
- 4 Cambridge Dictionary, <<https://dictionary.cambridge.org/tr/s%C3%B6zl%C3%BCk/ingilizce/proselyte>> Erişim Tarihi 5 Temmuz 2024.
- 5 Kent R. Hill, ‘Christian Mission, Proselytism and Religious Liberty: A Protestant Appeal for Christian Tolerance and Unity Proselytism and Religion Liberty’ (2008) 4(25) Religion, State and Society: The Keston Journal 307, 310.
- 6 Akif Emre Öktem, *Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü*, (1.baskı Liberte Yayınları 2002) 415, Renata Uitz, *Freedom of Religion in European Constitutional and International Case Law*, (1st edn, Council of Europe Publishing, 2007) 56
- 7 Stahnke (n 3) 256.

Prozelitizm sadece günümüzün kavramı ve sorunu olmayıp tarih boyunca farklı din ve inançların olduğu her toplumda sorunlara neden olmuştur. İnançlar arasındaki karşıtlık savaşlara, din değiştirmeye zorlamaya ve şiddetli dini zulme neden olmuştur⁸. Prozelitizmin kaynağında mevcut din ve inancın gerektirdiği metafizik ahlak anlayışı vardır. Bu ahlak anlayışı, kişide evrensel olarak doğru gördüğü din ve inancın kabul görmesi arzusunu oluşturur⁹. Her din ve inanç doğruluğunu ve diğer inançlardan farklılığını ortaya koyarken kendisinin diğerlerinden üstün olduğu düsturunu içinde barındırır. İnananlarına; söz konusu din ve inancı benimsemeyenlere doğruların anlatılmasını ve onların kendi dinlerine çekilmesini tavsiye eder. Bunun da haklı ve rasyonel olduğu belirtilmelidir¹⁰. Hristiyanlık bağlamında misyonerlik faaliyeti prozelitizmin karşılığı olarak kullanılabilir¹¹. İslamiyet bağlamında davet veya irşad olarak nitelendirilebilir. Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi'nde irşad “doğru yolu göstermek”¹², davet ise “İslam’a ve İslam esaslarının uygulanmasına çağrı”¹³ olarak tanımlanmıştır. Cihad kavramının da prozelitizmin içeriğiyle örtüştüğü belirlenebilir¹⁴. Dünya Kiliseler Konseyi, Hristiyan şahitliği ile prozelitizm arasındaki farkı ortaya koyan raporunda prozelitizmi, Hristiyan şahitliğinin bozulmuş hali olarak tanımlamıştır. Konsey’e göre prozelitizm Hristiyan şahitliğinin sinsice veya açıkça kandırma, rüşvet verme, gözdağı verme, yıldırma kullanılarak gerçekleştirilen şeklidir. Bununla birlikte Hristiyan şahitliğiyle aynı amaç, motivasyon ve ruhla gerçekleştirildiğinde ikisi arasında yeterli ayırım yapılamaz¹⁵.

Prozelitizmin dinler ve devletler arasında kurduğu ilişki; uluslararası insan hakları hukukunun norm alanındadır¹⁶. Prozelitizm; İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde (İHEB), Birleşmiş Milletler (BM) Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nde, BM Din ve İnanca Dayalı Her Türlü Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Bildiri’de ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde (AİHS) açıkça düzenlenmemiştir¹⁷. Bununla birlikte prozelitizm; gerek öğretide gerek uygulamada İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin¹⁸ ve sayılan sözleşmelerin kapsamında

8 Thomas Farr, ‘Proselytism and Religious Identity Theft’ (*Faith and Foreign Policy*, 2020), <<https://berkeleycenter.georgetown.edu/posts/proselytism-and-religious-identity-theft>> accessed 4 July 2024.

9 Moshe Hirsch, ‘The Freedom of Proselytism Under The Fundamental Agreement and International Law’, (1998) 47(2), *Catholic University Law Review*, 407, 408.

10 Farr (n 7).

11 Berke Özenç, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnanç Özgürlüğü*, (1.bası, Kitapevi Yayınları 2006) 62.

12 “İrşad”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, <<https://islamansiklopedisi.org.tr/irsad>>, Erişim Tarihi 5 Temmuz 2024.

13 “Da’vet”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, <<https://islamansiklopedisi.org.tr/davet>>, Erişim Tarihi: 5 Temmuz 2024.

14 P.H. Van Kempen, ‘Freedom of Religion and Criminal Law: a Legal Appraisal. From the Principle of Separation of Church and State to the Principle of Pluralist Democracy?’ in J.A. van der Ven & H.-G. Ziebertz (eds.), *Tensions within and between Religions and Human Rights* (Brill 2012) 27-57.

15 AİHM’in Kokkinakis v. Greece kararında bu rapora atıf yapılmış “improper proselytism” kavramı kullanılmıştır. Fakat raporda “proselytism” ve “Christian witness” ayrımı yapılmış, “improper proselytism” kavramı kullanılmamıştır. A Provisional Report, ‘Christian Witness, Proselytism and Religion Liberty In The Setting of The World Council of Churches, (*The Ecumenical Review*, 1956) <<https://doi.org/10.1111/j.1758-6623.1956.tb01784.x>> accessed 5 July 2024. Aynı yönde değerlendirme: Stahnke (n 3) 255.

16 Hirsch (n 8) 408.

17 Kempen (n 13) 57.

18 Universal Declaration of Human Rights, Art.18, <https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/eng.

değerlendirilmektedir. Prozelitizm ve muhatabın belli bir din veya inanca sahip olma ve bunu sürdürme özgürlüğü hem Beyanname'nin¹⁹ hem de Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin (MSHS) norm alanındadır²⁰. MSHS'nin 18. Maddesi'nin (m.) 2. ve 3. fıkraları hem kişinin din ve inancını açığa vurma yöntemlerinden olması nedeniyle prozelitizmin hem de prozelitizme muhatap olanın din ve inancının korunmasını sağlayacak şekilde düzenlenmiştir²¹. BM İnsan Hakları Komitesi'ne göre bir din veya inanca sahip olmak ve din veya inancı benimsemek, bir din veya inancı seçme özgürlüğünü işaret ettiği gibi bir kişinin din veya inancını değiştirme, değiştirmeme ve herhangi bir din veya inancı benimsememe haklarını da içermektedir²². Bu doğrultuda prozelitizm düşünce, vicdan ve din özgürlüğü veya ifade özgürlüğü kapsamında korunmaktadır²³.

B. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KAPSAMINDA PROZELITİZM

Prozelitizm, her ne kadar din veya inancın açığa vurulması olarak değerlendiriliyor olsa da temelde din, inanç ve kanaatlerin ifade edilmesidir. En temelde bir düşüncenin açıklanması anlamındadır. Bu nedenle AİHM tarafından AİHS m. 10'un norm alanında değerlendirebilmektedir. AİHS m. 9'da düzenlenen düşünce, vicdan ve din özgürlüğü ile AİHS m. 10'da düzenlenen ifade özgürlüğünün koruma mekanizmaları prozelitizm ile çakışabilmektedir. Din ve inancın açığa vurulmasıyla din, inanç ve kanaatlerin ifade edilmesi arasında ayırım yapmak kolay değildir. Çünkü hem dinden söz edenler hem de din ve inançlarını açığa vuranlar kendilerini ifade etmektedirler²⁴. Bu bakımdan prozelitizm; sadece AİHS m. 9 ve MSHS m. 18 kapsamında değil, AİHS m. 10 ve MSHS m. 19'da düzenlenen ifade özgürlüğü kapsamında da korunmaktadır²⁵.

Prozelitizmi gerçekleştiren kişi herhangi bir dini inanca sahip olmadığına; prozelitizmin amacı, muhatap kişinin prozelitizmi gerçekleştiren kişinin inancını kabul etmesini sağlamak değil muhatabın inancını değiştirmek olduğunda ve son olarak prozelitizmi gerçekleştirirken kişi dini bir referanstan hareket etmediğinde prozelitizmin AİHS m. 10'da düzenlenen ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir²⁶. Ayrımda temel ölçüt prozelitizme referans olan inanç ve kanaatin niteliğidir. Bir din veya inancın AİHS m. 9/1 kapsamında öğretme, uygulama, ayin veya ibadet şeklinde açığa vurma niteliğinde olmayan açığa vurma şekilleri AİHS m. 10 kapsamında

pdf,> accessed 5 July 2024.

19 Hirsch (n 8) 411.

20 Kempen (n 13) 58.

21 UN Internation Covenant on Civil and Political Rights, Art.18, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights> accessed 13 November 2024.

22 Lema Uyar, *BM'de İnsan Hakları Yorumları – İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 1981-2006* (1.bası İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2006) 57.

23 Hirsch (n 8) 409.

24 Öktem (n 5) 404.

25 Venice Commission, Joint Opinion on the Law on Freedom of Religion Belief of the Republic of Azerbaijan, Strasbourg Warsaw, 15 October 2012, < default.aspx (coe.int)> accessed 10 July 2024 ; Venice Commission, Compilation of the Venice Commission Opinions and Reports Concerning Freedom of Religion and Belief, revised July 2014, 4 July 2014, Strasbourg, < default.aspx (coe.int)> accessed 10 July 2024.

26 Stahnke (n 3) 279.

korunmaktadır²⁷. *Murphy v. Ireland* kararında AİHM, başvurunun papaz olduğu Irish Faith Center'ın bir uydu kanalında ücret karşılığı gerçekleşen dini içerikli reklam yayınının yasaklanması üzerine yapılan değerlendirmede davaya konu olayın prozelit niteliğini kabul etmiş ve AİHS m.10 çerçevesinde inceleme yapmıştır. AİHS m. 10 kapsamında ihlalin olmadığı yönünde karar vermiştir. Mahkemeye göre buradaki temel konu başvuranın bir reklamı yayınlamaktan men edilmesidir. Bu durum başvuranın mesleğiyle ya da dinini açığa vurma ile ilgili değil; esasen ifade araçlarının düzenlenmesiyle ilgili bir konudur. İfade araçlarına yönelik bir kısıtlama söz konusu olduğu için konu m.10 kapsamında değerlendirilmiştir²⁸. Burada yayınlanan dini içerikli reklamın AİHS m. 9 kapsamındaki din ve inancı açığa vurma yöntemlerinden herhangi birine dahil edilmemesi ve bu gerekçeyle AİHS m.10 kapsamında inceleme yapılması AİHM'in yukarıda işaret edilen kısıtlara uygun olarak değerlendirme yaptığını göstermektedir.

C. DÜŞÜNCE, VİCDAN VE DİN ÖZGÜRLÜĞÜ KAPSAMINDA PROZELİTİZM

Prozelitizm; AİHM'in m.9 kapsamında değerlendirdiği din ve inancın açığa vurulması yöntemlerinden biridir²⁹. Kişinin görüşlerini açıklama ve inancını belirtme hakkı; düşünce, inanç ve din özgürlüğünün önemli bir boyutudur³⁰. Bu özgürlüğün vatandaşlık ve milliyet temelli nedenlerle sınırlandırılması mümkün değildir³¹. Herkes bu hakka sahiptir. Prozelitizm sadece büyük semavi dinler arasında değil; diğer din, inanç ve düşünce akımları arasında da kabul görmektedir³². Aynı din içindeki farklı mezhepler arasında da gerçekleştirilmektedir.

Prozelitizm din ve inanca sahip olma, sürdürme ya da sahip olmama hakkı kapsamında hakkın içsel alanıyla (forum internum), dinini ve inancını açığa vurma doğrultusunda da hakkın dışsal alanıyla (forum externum) bağlantılı gözükmemektedir³³. Bireylerin dinini değiştirmeyi amaçlayan prozelitizm faaliyeti, bu faaliyeti gerçekleştiren açıdan bakıldığında din ve inancın açığa vurulması olarak nitelendirilir³⁴. Din ve inancının şartlarını açıklama ve başkalarıyla paylaşma hakkı, din ve inanç özgürlüğü kapsamındadır³⁵. AİHS m.9'da düzenlenen din ve inancın açığa vurulması hakkının özel alanda kullanılması mümkündür. Kişinin kendi inancını kendi yakınlarına öğretmesi ve anlatması da din ve inancın açığa vurulması özgürlüğünün kapsamındadır³⁶. Prozelitizm; din ve inançları gereği prozelitizm yapan kişilerin haklarının karşısına, prozelitizm gerçekleştirilen kişilerin haklarını

27 Öktem (n 5) 405.

28 *Murphy v Ireland*, App no 44179/98 (ECtHR, 3 December 2003).

29 *Kempen (n 13) 59; Nasirov and Others v Azerbaijan*, App no 58717/10, (ECtHR, 20 June 2020).

30 Venice Commission, *Compilation of the Venice Commission Opinions and Reports Concerning Freedom of Religion and Belief* (n 23) 27.

31 Venice Commission, *Joint Opinion on the Law on Freedom of Religion Belief of the Republic of Azerbaijan* (n 23) para. 41-42.

32 Hirsch (n 8) 424.

33 Hirsch (n 8) 416.

34 Özenç (n 10) 62.

35 Venice Commission, *Compilation of the Venice Commission Opinions and Reports Concerning Freedom of Religion and Belief* (n 23) 27.

36 *Kokkinakis v Greece*, App no 14307/88 (ECtHR, 25 May 1993).

konumlandırmaktadır³⁷. Kişilerin dinini serbestçe değiştirebilmesinin mümkün olması için din değiştirilmesine vesile olacak araçların işlerlik kazanması ve korunması gereklidir. Aksi durumda, sınırlandırılmaz şekilde korunan din ve inancı değiştirme özgürlüğünün anlamsız kalması olasıdır³⁸. Bu doğrultuda *Ossewaarde v. Russia* kararında AİHM, prozelitizm yapanların evinde tanındıklarıyla birtakım toplantılar yapmasını değerlendirmiştir. Başvuruya konu olan olayda başvuru, Amerikan vatandaşı olup Rusya'da ikamet etmektedir. Evinde dini toplantılar yapan başvuru adli makamlara şikayet edilmiş ve bunun üzerine suçlu bulunarak para cezasına mahkum edilmiştir. Önüne gelen başvuruda AİHM, başvuruçunun misyonerlik faaliyetlerine girmek için gerekli olan prosedürleri yerine getirmede gerekçesiyle mahkum edilmesini AİHS m. 9'un ihlali olarak değerlendirmiştir. AİHM'e göre devletlerin bu tarz faaliyetlerin kayıt altına alınmasını sağlama hakkı olmakla birlikte tescil edilmemiş bir dini oluşumun üyelerinin dua ettikleri ya da dini inançlarını başka şekillerde ifade ettikleri için cezalandırılması AİHS m. 9'un ihlaline sebep olmaktadır. Karara konu olaydaki gibi toplantıların engellenmesi devlet nezdinde kayıtlı olmayan inançların dışlanmasına sebep olacaktır. Nihayetinde söz konusu durumun, devletin bir kişinin neye inanacağını belirlemesine kadar gidebileceği sonucuna ulaşılmaktadır³⁹. AİHM, din ve inancı değiştirme özgürlüğünün korunması için prozelitizm yapan kişi veya kişilerin toplantılar düzenlenmesini AİHS m. 9'un norm alanında değerlendirmiştir.

Prozelitizm, *Kokkinakis v. Greece* davasında m. 9 kapsamında din ve inancın öğretim yoluyla açığa vurulması olarak değerlendirilmiştir. Din ve inancın açığa vurulmasıyla ilgili tanımlamalar BM 22 nolu Genel Yorum'da yapılmıştır.⁴⁰ Öğretim yoluyla açığa vurmanın okullarda ve dini kurumlarda dini eğitim verilmesini kapsadığı düşünülmeyle beraber daha kapsamlı bir kavram olduğu açıklanmıştır⁴¹. BM'nin 22 nolu Genel Yorumu'nda din ve inancı uygulama ve öğretim yoluyla açığa vurmanın kapsamına dini grup liderlerinin rahipleri ve dini eğitim verecek öğretmenleri belirlemesi, bu grupların din ve inanç temalı seminerler organize etmesi, dini eğitim verecek okullar açma, dini nitelikte metinler hazırlama, yayınlama ve dağıtma hakları dahil edilmiştir. Bunlar dini grupların temel işlevlerinin ayrılmaz parçası olan eylemlerdir⁴². AİHM'in yorumlaması BM kadar geniş olmamakla birlikte bu tanımlamalardan faydalanılmaktadır⁴³. *Kuznetsov and Others v. Russia*

37 Kokkinakis v. Greece, App no 14307/88 (ECtHR, 25 May 1993) Partly Dissenting Opinion of Judge Martens.

38 Özenç (n 10) 62.

39 Ossewaarde v. Russia, App No 27227/17 (ECtHR, 07 March 2023).

40 Buna göre; din veya inancı açıklama özgürlüğü bireysel veya başkalarıyla birlikte topluluk içinde kamuya açık veya özel olarak kullanılabilir. Din veya inancı ibadet, ayin, uygulama ve öğretim yoluyla açığa vurma özgürlüğünün eylem içeriği geniştir. İbadet inancı doğrudan ifade eden ritüel ve törensel eylemlerin yanında ibadet yerlerinin inşa edilmesi, ritüel formüllerinin ve nesnelerin kullanılması, sembollerin sergilenmesi, tatil ve dinlenme günlerine uyulması gibi çeşitli uygulamaları da kapsamaktadır. Bunun yanında din veya inancın uygulanması sadece törensel eylemleri değil; beslenme kurallarına uyulması, ayırt edici kıyafetlerin giyilmesi, başın örtülmesi, hayatın belli bir aşamasında ilgili ritüellere katılma ve bir grup tarafından geleneksel dilin kullanılması gibi durumları da içerir. UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No:22: Article 18 (Freedom of Thought, Conscience or Religion), 30 July 1993, < <https://www.refworld.org/legal/general/hrc/1993/en/13375> accessed 12 November 2024.

41 Öktem (n 5) 333.

42 UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No:22: Article 18 (Freedom of Thought, Conscience or Religion), Uyar (n 20) 57.

43 Osman Doğru, Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, c.2, (Yargıtay Başkanlığı

davasında Mahkeme Yehova şahitleri grubu üyelerinin dini metinlerini tartışıp yorumlamalarını din ve inancın öğretim ve ibadet yoluyla açığa vurulması kabul etmiştir⁴⁴. *Kokkinakis v. Greece* davasında Yargıç Foigel ve Yargıç Loizou'ya göre *öğretim* terimi insanların iyi niyetlerini ve hoşgörülerini kullanarak, bilgisizliklerinden faydalanarak dinlerini değiştirme çabalarını kapsamaz. Çünkü *öğretim* terimi *açıklığı ve doğruluğu* gerektirir. Bu nedenle davadaki gibi faaliyetlerin din ve inancın *öğretim* yoluyla açığa vurulması olarak değerlendirilmesi mümkün değildir⁴⁵. Bununla birlikte vaaz, basılı ve elektronik eserlerin yayınlanması ve dağıtılması, yayın, fon toplama veya insani ya da sosyal hizmetlerin sağlanması gibi aktiviteler prozelitizm olarak değerlendirilebilir⁴⁶. 1981 Bildirisi'nin 6.maddesinin "*d-yayınları yazma, yayınlama ve dağıtma*" ve "*e-bir din veya inancın öğretimini bu amaçlar için uygun yerlerde yapma*" bentlerinin de prozelitizmle bağlantılı olduğu belirtilmektedir⁴⁷. Tüm bu nitelendirmeler ışığında temelde din ve inanç referansından kaynaklanan prozelitizm din ve inancın öğretim yoluyla açığavurulması olarak değerlendirilse de din ve inancın öğretilmesinin anlamı ve alanı daha geniştir.

İbragim İbragimov and Others v. Russia kararında başvuruçular; Said Nursi isimli kişinin Kuran yorumu şeklinde yazılan eserlerini basıp cami ve medreselerde okunması amacıyla dağıtımını yapan, kar amacı gütmeyen bir organizasyon ve bu organizasyonun yöneticisidir. Yayımlanan bu eserler (Risale-i Nur Koleksiyonu) Rusya tarafından aşırı olarak nitelendirilmiş (*extremist material*), basımı ve dağıtımı yasaklanmıştır. Eserlerin yasaklanmasının nedeni; söz konusu eserlerin okuyucularını yazarın ideolojisini benimsemeyi sağlayacak şekilde etkilemesi ve yazarın bu yönde bir niyetinin olduğunun ortaya koyulması olarak belirtilmiştir. Başvuruçuların düşünce, vicdan ve din özgürlüklerinin ihlali dolayısıyla AİHM'e başvurmaları üzerine verilen kararda AİHM, prozelitizmi bir topluluğu öğretme yoluyla ikna etme çabası olarak tanımlamış ve prozelitizmin m.9'un norm alanında korunduğunu vurgulanmıştır⁴⁸. Ancak din ve inancın açığa vurulması sınırlandırılabilir olup; kişilerin kendi kendine bir din veya inancı öğrenmesi ya da din veya inanç temelli öğretilerin kendisi sınırlandırılmaz⁴⁹. Buna göre kitabın içeriğinin prozelitist bir nitelik taşıması kitabın yayınlanması ve dağıtımının engellenmesi için bir gerekçe olamaz⁵⁰.

2013) 127.

44 Kuznetsov and Others v. Russia, App no 184/02 (ECtHR, 11 January 2007)

45 Kokkinakis v. Greece, App no 14307/88 (ECtHR, 25 May 1993) Judgement Joint Dissenting Opinion of Judges Foighel and Loizou.

46 Stahnke (n 3) 262.

47 Hirsch (n 8) 416.

48 Burada dikkat çekici bir diğer husus din ve inancın öğretme (*teaching*) şeklinde açığa vurulmasıyla prozelitizmin ayrılmasıdır. Buna göre prozelitizm faaliyeti temelde bir din veya inancı öğretme temelli bir faaliyet olmakla birlikte öğretme yoluyla açığa vurmanın prozelitizm faaliyeti nitelendirilmesiyle sınırlandırılmayacağını vurgulandığı görülmektedir. İbragim İbragimov and Others v. Russia, App no 1413/08, 28621/11, (ECtHR 04 February 2019).

49 Venice Commission, Opinion On The Federal Law on Combating Extremist Activity of the Russia Federation, Adopted by the Venice Commission at its 91st Plenary Session, Venice, 15-16 June 2012, <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2012\)016-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2012)016-e)>, accessed 12 July 2024. İbragim İbragimov and Others v. Russia, App no 1413/08, 28621/11, (ECtHR 04 February 2019).

50 İbragim İbragimov and Others v Russia kararında 49. Dİpnotta atf yapılan Venedik Komisyonu raporuna atf yapılarak şöyle denmiştir: "Venedik Komisyonu'na göre, belirli bir dünya görüşünün evrenin üstün bir açıklaması olduğunu kanıtlamayı amaçlayan herhangi bir dini öğretiyi veya tebliğ faaliyetini aşırı olarak yanlısı olarak ilan etmek, birçok kişinin vicdan veya din özgürlüğünü etkileyebilir ve belirli bir kiliseyi bastırma çabasıyla kolayca kötüye kullanılabilir. Böylece

II. PROZELİTİZM VE İSTİSMARCI PROZELİTİZM AYRIMI

A. İSTİSMARCI PROZELİTİZM KAVRAMI

Prozelitizmin kişilerin dinini anlatma ve öğretme özgürlükleriyle ve buna muhatap olan kişilerin din ve inancını değiştirme ve değiştirmeme (bir din veya inanca sahip olma ve onu sürdürme) hakkıyla bağlantılı olarak AİHS m. 9'un norm alanıdır. Bununla beraber temel sorun prozelitizmin hangi aşamadan sonra AİHS m.9'un norm alanında kabul edilip edilemeyeceğidir. Din ve inancı açığa vurmanın bir parçası olan prozelitizm, istismarcı prozelitizm boyutuna dönüştüğünde prozelitizme muhatap olan bireylerin korunma hakkı gündeme gelmektedir⁵¹. Hedefteki kişilerin inanmadıkları bir din veya inancı benimsemeye ve mevcut inancına aykırı bir davranışta bulunmaya zorlanmaması da düşünce, inanç ve din özgürlüğünün içsel alanıyla ilgilidir⁵². AİHM içtihatlarıyla ahlaksız ve aldatıcı yollardan kişinin din ve inancının etkilenmesine karşı devletin muhatap bireylerin din ve inançlarını koruması gerektiği belirlenmiştir⁵³.

İstismarcı prozelitizm yeni üyelerin kazanılması amacıyla muhtaç ve düşkün durumdaki kişiler üzerinde onlara menfaat sağlama, ihtiyaçları ve sıkıntıları sebebiyle baskı uygulama⁵⁴ şekillerinde olabilir. Ayrıca bu kapsamdaki prozelitizm; şiddet kullanma ve beyin yıkama faaliyetlerini de içerebilmektedir⁵⁵. Ancak prozelitizmin istismarcı prozelitizm olduğunun tespitinde temel kıstas baskı unsurudur. Baskı, farklı şekillerde gerçekleşebilecektir. Prozelitizmi gerçekleştiren ve muhatap arasındaki ilişkinin niteliğine ve prozelitizmi gerçekleştiren ile prozelitizme muhatap olan kişinin özelliklerine göre prozelitizm istismarcı hale gelebilir⁵⁶. İstismarcı prozelitizm söz konusu olduğunda muhatapın düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne saygı duyulduğu söylenemez. Bu nedenle AİHS m.9/1 doğrultusunda kişinin din ve inanç özgürlüğünün içsel alanı korunmaktadır. *İbragim İbragimov and Others v. Rusya* kararında AİHM; prozelitizmin istismarcı niteliğinin ortaya konulması gerektiğinin

bu durum sadece din ve inanç özgürlüğünü değil aynı zamanda örgütlenme özgürlüğünü de etkileyebilir. AİHM prozelitizmi ve herhangi bir dini topluluk ya da kilise üyelerinin öğretiler yoluyla diğer insanları ikna etmeye çalışma özgürlüğünü korumaktadır. Vicdan ve din özgürlüğü mahrem bir nitelik taşır ve bu nedenle diğer insan haklarına kıyasla daha az olası sınırlamalara tabidir: bu özgürlüğün sadece tezahürleri sınırlandırılabilir, öğretilerin kendisi değil." *İbragim İbragimov and Others v. Russia*, App no 1413/08, 28621/11, (ECtHR 04 February 2019).

Kararın devamında AİHM; başvuruların İslami manevi kavramların üstünlüğünü teyit eden kitaplardaki pasajların, İslam dini propagandası anlamına gelmediği iddiasına karşılık İslam da dahil olmak üzere Hristiyanlık, Musevilik gibi tüm semavi dinlerin, kendi dini öğretilerinin ve inançlarının üstünlüğünü dini metinlerinde ilan ettiğini belirtmiştir. Bu doğrultuda prozelitizmin din ve inançların açığa vurulmasının ayrılmaz bir parçası olduğu kabul edilmiştir. Mahkeme'ye göre Hükümet, Said Nursi'nin kitaplarının öngörülemez olumsuz sonuçları olan ciddi dini çatışmaları kışkırttığını ve kamu düzenine yönelik başka bir tehdide neden olduğunu ispatlayamamıştır Böyle bir risk olduğuna dair ifadeler tamamen varsayımsaldır ve herhangi bir olguya dayanmamaktadır.

51 Lorenzo Zucca, 'Law v. Religion' in Camil Ungureanu, Lorenzo Zucca (eds), *Law, State and Religion in the New Europe: Debates and Dilemmas*, (1st Cambridge University Press 2012), 143.

52 Saadet Yüksel, *Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü* (1.bası Alfa Hukuk Yayınları, 2015), 50.

53 Kempen (n 13) 59.

54 Kevin Boyle, Juliet Sheen 'Greece' in Kevin Boyle, Juliet Sheen (eds), *Freedom of Religion and Belief, A Word Report* (1st Routledge London and New York, 1997) 336.

55 Kokkinakis v Greece, App no 14307/88 (ECtHR, 25 May 1993); Özenç (n 10) 64.

56 Stahnke (n 3) 330.

üzerinde durmuştur. Yazarın temel amacının okuyucularına kendi din ve inancını benimsetmek olması kitabın yasaklanmasını haklı kılmayacaktır⁵⁷. Zira böyle bir durumda sınırlandırmayı haklı kılan eylemin istismarcı niteliği ortaya koyulamamış olmaktadır.

1. Prozelitizmin Öznesi

Prozelitizm; gerçekleştiren kişinin özelliklerine göre – özellikle statüsü ve hiyerarşik konumu – istismarcı olarak nitelendirilebilir. Özellikle devlet otoritesini kullanan kişinin prozelitizm faaliyeti, devletin cebir gücünü arkasına alması ve prozelitizmin muhatabı ya da muhatapları üzerinde bu gücün etkilerini gösterme riskinin söz konusu olması dolayısıyla prozelitizmi bir hak olmaktan çıkarıp istismarcı prozelitizm boyutuna dönüştürecektir. *Larissa and Others v. Greece kararı* AİHM'in bu gerekçelerle faaliyeti istismarcı prozelitizm olarak nitelediği durumlara bir örnektir. Hava kuvvetlerinde subay olan ve Pentekostal Kilisesi mensubu Dimitrios Larissis, Savvas Mandalarides ve Ioannis Sarandis 1992 yılında kesinleşen kararlarda Yunanistan mahkemeleri tarafından aralarında kendi astları olan üç havacının da bulunduğu bir dizi insanı kendi dinlerine çevirmeye teşebbüsten mahkûm edilmiştir. Kararda Mahkeme sivilere ve askeri otorite içindeki kişilere karşı gerçekleştirilen prozelitizmi ayrı değerlendirmiştir. Askeri yaşamın özellikleri ve bu hiyerarşik ilişkinin askeri kuvvetlerin üyelerinin üzerindeki etkisi göz önünde bulundurulmalıdır. İçinde bulunulan hiyerarşik düzen astın, üstün yaklaşımını reddetmesini zorlaştırır⁵⁸. Böyle durumlarda devletler, askeri personel içindeki astların hak ve özgürlüklerini korumak için özel önlemler almakta haklıdır⁵⁹. Bu kararda istismarcı prozelitizm nitelendirmesi yaparken Mahkeme, sadece prozelitizmi gerçekleştiren kişilerin askeri hiyerarşik düzende üst olmasını dikkate almamıştır. Kararda prozelitizme muhatap olanların askeri hiyerarşik düzende ast konumunda olmaları da etkili olmuştur zira bu kişilerin üstlerine karşı gelmesi çok daha zordur⁶⁰.

İstismarcı prozelitizm prozelitizmin sadece devlet otoritesine sahip kişilerce gerçekleştirilmesi durumunda ortaya çıkmaz. Doktor-hasta, işveren-işçi, öğrenci-öğretmen gibi etkileme ve etkinlenme gücünün olduğu ilişkilerde prozelitizm istismarcı nitelik kazanabilmektedir. BM'nin 22 numaralı

57 İbragim İbragimov and Others v. Russia, App no 1413/08, 28621/11, (ECtHR 04 February 2019).

58 Larissis and Others v. Greece, App no 140/1996/759/958-960 (ECtHR 25 February 1998).

59 Larissis and Others v. Greece, App no 140/1996/759/958-960 (ECtHR 25 February 1998); Mahkeme değerlendirmesinde ikinci ve üçüncü başvuru tarafından sivilere karşı yapılan prozelitizmin istismarcı olmadığını, yalnızca istismarcı prozelitizmin cezalandırılabilir olduğunu vurgulayarak m. 9 kapsamında ihlal kararı vermiştir. Larissis and Others v. Greece App no 140/1996/759/958-960 (ECtHR 25 February 1998); Yargıç De Meyer karara ilişkin karşı oy yazısında davalı devlet Yunanistan'ın ceza kanunlarında yer alan hükmün Sözleşme'nin prensiplerine aykırı olduğunu çünkü yasal düzenlemenin temel özgürlük olan din ve inancını açığa vurma özgürlüğüne direkt bir tecavüz olduğunu belirtmiştir. Larissis and Others App no 140/1996/759/958-960 (ECtHR 25 February 1998) Judgment, Concurring Opinion of Judge De Meyer; Karara karşı oyunda Yargıç Valticos; prozelitizmin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüyle bağdaşmadığını belirterek asker kişiler tarafından gerçekleştirilen prozelitizmin siviller üzerinde de etkili olacağı kanaatindedir. Yargıca göre bu durum, kasıtlı hareketlerle gerçekleştirilen prozelitizm olduğundan Sözleşme'de garanti edilen inanç ve din özgürlüğüne saygıyla çatışma halindedir. Dolayısıyla sivillere yönelik gerçekleştirilen prozelitizm bakımından da ihlal söz konusu değildir. Larissis and Others App no 140/1996/759/958-960 (ECtHR 25 February 1998) Partly Dissenting Opinion of Judge Valticos, Joined by Judge Morenilla.

60 Kararda başvuru sahiplerinin sivillere yönelik prozelitizm faaliyetinden cezalandırılmasından dolayı ihlal kararı verilmesi, astlara yönelik faaliyetin istismarcı olarak nitelendirilmesinde astların niteliğinin de etkili olduğunu göstermektedir.

genel yorumu irdelendiğinde baskı yaratmaya yönelik veya bu nitelikte bir etki meydana getirebilecek şekilde eğitim ve sağlık hakkının kullanılması, iş sahibi olunması veya 25. madde ve MSHS'nin diğer hükümleri ile güvence altına alınan hakların kullanılmasını kısıtlayan politikalar ve uygulamaların kabul edilmesinin benzer şekilde 18. maddenin 2. fıkrasına aykırılık teşkil ettiği görülecektir⁶¹.

2. Prozelitizmin Muhatabı ve Mekânı

Prozelitizmin muhatabı kişinin niteliği yine söz konusu faaliyetin istismarcı prozelitizm olarak değerlendirilmesinde etkilidir. Prozelitizme muhatap olan bireylerin kendine özgü nitelikleri ve bundan faydalanılarak prozelitizmin gerçekleştirilmesi halinde, muhatap bireylerin kendine özgü nitelikleri faaliyetin istismarcı olarak nitelendirilmesine olanak tanıyabilir. Çocuklara, eğitimsiz ya da saf ve zayıf olarak nitelendirilebilecek olan kişilere yönelik olan prozelitizm faaliyeti istismarcı prozelitizm olarak nitelendirilecektir. Çünkü bu kişileri etkilemek ve kandırmak yetişkin ve ergin kişilere nazaran çok daha kolaydır. Ayrıca muhatap kişinin mahkum, hasta, işçi gibi kısmen savunmasız durumda olması da faaliyeti istismarcı hale getirebilir⁶². Muhatapların bu nitelikleri, korunma mekanizmasının gündeme gelmesini kolaylaştırmaktadır⁶³.

Prozelitizmin gerçekleştirildiği yer de prozelitizmin istismarcı olarak nitelendirilmesinde etkilidir. Buna göre prozelitizmin dini nitelik taşıyan ortamlarda, örneğin dini eğitim veren kurumlarda ya da ibadet yerlerinde ya da sokak, meydan gibi kamuya açık yerlerde gerçekleştirilmesi makul kabul edilmektedir. Bununla birlikte kamu kurumu niteliğindeki adliye, hastane, dini eğitim vermeyen eğitim kurumları gibi yerlerde prozelitizmin gerçekleştirilmesi halinde prozelitizm istismarcı olarak belirlenebilir⁶⁴.

Dahlab v. Switzerland kararında başvuru öğretmeni Bayan Dahlab okul öncesi eğitimi veren bir devlet okulunda 4-8 yaşları arasındaki öğrencileri eğiten bir öğretmendir. Görevi esnasında başörtüsü takmasının yasaklanmasının m. 9 kapsamında korunan din ve inancını açığa vurma özgürlüğünü ihlal ettiğini belirterek Mahkeme'ye başvurmuştur. Devlet müdahalenin kanuni temelini olduğunu, Federal Anayasa'nın 27.maddesinin 3.fıkrasında okullarda mezhepsel tarafsızlık ilkesine riayet edilmesinin zorunlu olarak düzenlendiğini belirtmiştir⁶⁵. Ayrıca demokratik çoğulculuğun korunması için devletin tarafsızlığı önemlidir. Mahkeme'ye göre başvuru kişinin başörtüsü ile ders

61 UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No:22: Article 18 (Freedom of Thought, Conscience or Religion), Uyar (n 20) 57.

62 Stahnke (n 3) 335.

63 Özenç (n 10) 63; Yunanistan'da yürürlükte olan 1672/1939 sayılı Kanun'un 2.maddesinde muhatap kişinin bu niteliklerinden dolayı istismarcı prozelitizme dönüşen faaliyetin cezalandırılması söz konusudur. "...kişinin tecrübesizliğinden, güveninden, ihtiyacından, bilgisizliğinden ya da saflığından yararlanarak farklı dine mensup bir kişinin dini inançlarını, bu inançların altını oymak maksadıyla taciz eden her türlü doğrudan ya da dolaylı girişim..." Kokkinakis v. Greece, , App no 14307/88 (ECtHR,25 May 1993).

64 Stahnke (n 3) 328-336.

65 Devlet aynı zamanda Kamu Eğitimi Yasası'nda devlet eğitimi sisteminde küçüklerin ve onların ebeveynlerinin din ve inançlarına saygı prensibinin düzenlendiğini belirtmiştir. Dahlab v. Switzerland App no 42393/98 (ECtHR 15 February 2001).

yapması 4-8 yaş arasındaki çocuklar üzerinde prozelitize bir etki yapabilir⁶⁶. *Kjeldsen, Busk Madsen and Petersen v. Denmark* kararında Mahkeme, devlet okullarında öğrencilere cinsel eğitim verilmesi konusunda öğretmenlerin, okulun veya yetkili makamların ebeveynlerin dinsel tutumlarına ve felsefi kanaatlerine azami ölçüde dikkat etmeleri gerektiğini aksi takdirde yanlış yargıların ve prozelitizmin gündeme gelebileceği belirtilmiştir⁶⁷. *Çiftçi v. Turkey* kararında da Mahkeme, Kur'an kursuna katılmak için ilkökul diplomasının zorunlu tutulması üzerine yapılan itirazda, aynı gerekçeyle başvuruyu dayanaktan yoksun olarak değerlendirmiştir. Burada çocukların ileride kendi din ve inançlarına özgürce karar verme haklarının korunması ve çocukların beyninin yıkanması olasılığının ortadan kaldırılması amaçlanmıştır⁶⁸.

Jehovah's Witnesses of Moscow and Others v. Russia kararında da Mahkeme, başvuran grubun bir üyesinin kapı kapı gezerek grubun öğretilerini anlattığını, bunun da kişinin özel hayatına saygı hakkını ihlal ettiği iddiasına ilişkin olarak başvurucunun prozelitizminin istismarcı prozelitizm olarak nitelendirilebilmesi için gerekli ve yeterli delilin olmadığını ve Rusya hukukunda prozelitizmin suç sayılmadığını belirtmiştir⁶⁹. *Nasirov and Others v. Azerbaijan* kararında, Yehova şahidi yedi başvurucu yasal düzenlemelerde belirtilen ve Komite'nin onayıyla ithal edilen "*What does the Holly book really teach?*" (Kutsal kitap gerçekten ne öğretir?) başlıklı kitabı kapı kapı gezerek dağıttıkları ve insanları rahatsız ettikleri gerekçeleriyle idari olarak tutuklanmış, para cezasıyla cezalandırılmış ve dağıttıkları kitaplar toplatılmıştır. Mahkeme; değerlendirmesi sonucunda prozelitizmin Azerbaycan mevzuatında yasaklanmadığını ve bunun ulusal mahkemelerde değerlendirilmediğini, yasaklanmış içeriklerin dağıtılmasını engelleyen hükmün bu denli geniş yorumlanamayacağını ve başvurucuların faaliyetinin istismarcı prozelitizm olduğuna dair herhangi bir delil olmadığını belirtmiştir. Tüm bu gerekçelerle başvurucuların AİHS m.9 kapsamındaki hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir⁷⁰. Mahkeme'nin açıkça delillendirilen şiddet ve baskı uygulaması olmadığı sürece kapı kapı gezilerek bir din veya inancın öğretilerinin anlatılmasını, istismarcı prozelitizm olarak nitelendirmedeği açıktır. Venedik Komisyonu raporunda da kapı kapı gezilerek (*door to door*) gerçekleştirilen prozelitizm korunmaktadır⁷¹.

3. Prozelitizmin İçeriği

İstismarcı prozelitizmi niteleyen temel ayrımlardan biri prozelitizmin içeriğidir. Belirtildiği gibi prozelitizm din veya inancın açığa vurulması kapsamında korunmaktadır. Ancak prozelitizmin baskı

66 Dahlab v Switzerland App no 42393/98 (ECtHR 15 February 2001).

67 Kjeldsen, Busk Madsen and Petersen v. Denmark App no 5095/71, 5920/72, 5926/72 App no 42393/98 (ECtHR 7 December 1976); Aynı yönde bir diğer karar: Folgero and Others v. Norway App no 15472/02 App no 42393/98 (ECtHR 29 June 2007) Ancak bu kararda ihtilaf, Hristiyan olmayan bir ailenin çocuğuna okulda Hristiyanlık dini üzerine zorunlu eğitim verilmesinin sistematik telkin olarak değerlendirilmesine ilişkindir. Söz konusu karara sistematik telkinden kısaca bahsedilen istismarcı prozelitizmin içeriği başlığı altında yer verilmiştir.

68 Çiftçi v. Turkey, App no 71860/01 (ECtHR 14 June 2004).

69 Jehovah's Witnesses of Moscow and Others v. Russia, App no 302/02 App no 42393/98 (ECtHR 22 November 2010).

70 Nasirov and Others v. Azerbaijan, App no 58717/10 98 (ECtHR 20 June 2020).

71 Venice Commission, Compilation of the Venice Commission Opinions and Reports Concerning Freedom of Religion and Belief (n 23) 27.

ve zorlama içermesi durumunda prozelitizm, istismarcı prozelitizm haline gelir ve din ve inancın açığa vurulması kapsamında korunmaz. Venedik Komisyonu bir raporunda zorlayıcı olmayacak şekilde yürütülen ders ve kilise seromonilerine benzer faaliyetlerin prozelitizm kapsamında değerlendirildiğini belirtmiştir⁷². Buna göre söz konusu ders ve kilise seremonilerinin zorlayıcı olması ve baskı içermesi durumunda istismarcı prozelitizm haline gelecektir. BM'nin 22 nolu Genel Yorumu'nda da bu husus değerlendirilmiştir. Öncelikle bir din veya inanca sahip olma veya benimseme özgürlüğü kişinin mevcut din veya inancını başka din veya inançla değiştirme veya ateist görüşleri benimseme hakkı da dahil olmak üzere bir din veya inancı seçme özgürlüğünü zorunlu olarak içermektedir. MSHS m.18/2 inananları dini inançlarına ve cemaatlerine bağlı kalmaya ve dinlerinden veya inançlarından dönmeye yönelik eylemler ile bir dine veya inanca sahip olma ve bir dini veya inancı benimseme hakkını zedeleyen tüm zorlamaları yasaklamıştır. Yasaklamanın kapsamına dini olmayan inanç, felsefi görüş ve düşünceler de dahildir⁷³. Bu doğrultuda prozelitizm, birtakım zorlama ve baskılar içeriyorsa prozelitizmin istismarcı olduğu belirlenmelidir. *Nasirov and Others v. Azerbaijan* kararında bu husus değerlendirilmiştir. AİHM başvuruçuların faaliyetinin istismarcı prozelitizm olduğuna dair herhangi bir delil olmadığından başvuruçuların AİHS m.9 kapsamındaki hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme açıkça delillendirilen şiddet ve baskı uygulaması olmadığı sürece kapı kapı gezilerek bir din veya inancın öğretilerinin anlatılmasının istismarcı prozelitizm olarak nitelendirilmeyeceğini belirtmiştir. Bu doğrultuda prozelitizmin istismarcı nitelik kazanmasındaki temel kıstasın şiddet, baskı ve zorlama içermesi olduğu belirlenmelidir.

Prozelitizm niteliğindeki ifadeler bir dini doktrinin, kutsal kitapların ya da bir dini geleneğin kurucusunun olumsuz tasvirlerini içeriyorsa bu durumda da faaliyet istismarcı olarak nitelenebilecektir⁷⁴. Bu nitelikte söylemler dini duyguların zarar görmesine neden olabileceğinden din veya inanca dayalı nefret söylemiyle ve nefret suçlarının koruma alanıyla çakışma gündeme gelecektir⁷⁵. AİHM kararlarına konu olmuş bir kavram olan nefret söylemi “var olan veya var olduğu kabul edilen belirli özellikleri sebebiyle veyahut bu özelliklere sahip kişilerle olan ilişkileri sebebiyle bir kişi veya gruba karşı nefrete, şiddete, düşmanlığa tahrik veyahut teşvik eden ya da bu nefreti, şiddeti veya düşmanlığı haklı gösteren ve bu şekilde toplumda hoşgörüsüzlüğü yayan her türlü ifade biçimi” olarak tanımlanabilir. AİHM nefret söyleminin genel geçer bir tanımını yapmaktan kaçınmaktadır. Her ne kadar Mahkeme, kavramı tanımlamaktan kaçınsa ve doktrinde farklı tanımlamalar yer alsa da tanımlamaların üç ana unsuru kapsadığı ifade edilmektedir. Bu özellikler öncelikle karakteristik grupların sayımının yapılması, daha sonra bu karakteristik gruplarda bulunan veya bulunması gerekli kabul edilen ve toplum nezdinde olumsuz kabul edilen birtakım özelliklerin var olması ve son olarak bu karakteristik grup üyelerinin ya da üye olduğu kabul edilen kişilerin

72 Venice Commission, Joint Opinion, On The Draft Law on Freedoms of Conscience and Religion and on the Laws Making Amendments and Supplements to the Criminal Code, the Administrative Offences Code and the Law on the Relations between the Republic of Armenia and The Holy Armenian Apostolic Church of The Republic of Armenia, Venice, 14-15 October 2011, <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL\(2011\)086-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL(2011)086-e)> accessed 12 July 2024.

73 UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No:22: Article 18 (Freedom of Thought, Conscience or Religion).

74 Stahnke (n 3) 291.

75 İbid 290.

olumsuz olarak kabul edilen bu özelliklere sahip olmaları nedeniyle birtakım olumsuz eylemlerin hedefinde olmasıdır.⁷⁶ Kavrama ilk kez *Sürek v Türkiye* kararında değinilmiştir⁷⁷. Prozelitizm; bir din, inanç, kanaat ve felsefenin açığa vurulması şekli olarak prozelitizmi gerçekleştiren kişinin kendi doğrularını ifade etmesi ve aktarması niteliği taşımaktadır. Muhatabın din, inanç veya kanaatlerinin yerilmesi veya aşağılanması niteliğini taşımaz. Prozelitizm bir din, inanç veya kanaatlerinin yerilmesi veya aşağılanması niteliğini taşıdığı anda istismarcı hale gelecektir. Bu doğrultuda nefret söylemi de içerebilecektir. Ancak her durumda istismarcı prozelitizmin nefret söylemi şeklinde gerçekleşeceği söylenemez. Prozelitizm istismarcı olduğu halde de belirli kişi veya daha küçük kişi gruplarına yöneliktir. Nefret söylemiyse söylemde ifade edilen gruba giren ya da girmesi muhtemel olan tüm kişileri kapsamaktadır.

İstismarcı prozelitizm sistematik telkinle de yakın ilişki halindedir. AİHM'in bazı kararlarında her iki kavrama da aynı anda değinilmiştir. Bu açıdan sistematik telkin ve istismarcı prozelitizm aralarındaki ilişkiye değinmek gereklidir. Sistematik telkin; devletin bir politikası gereği bireylerin düşünce yapısını ve anlayışlarını değiştirmeyi amaçlayan faaliyetlerin bütünüdür⁷⁸. Bu amacı nedeniyle uluslararası insan hakları hukuku sisteminde korunmaz. Sistematik telkinle ilgili AİHM içtihadı *Kjeldsen, Busk Madsen and Petersen v Denmark* kararında ortaya konmuştur. Kararın konusu Danimarka'da uygulanan zorunlu cinsel eğitime ilişkindir. Burada AİHM, verilecek cinsel eğitimin eğitim alanındaki çoğulculuğu koruması gerektiğini belirtmiştir. Bunun sağlanması için "devlet; eğitim – öğretim faaliyetini yerine getirirken müfredatında yer alan bilgilerin nesnel, eleştirel ve çoğulcu bir biçimde aktarılmasına özen göstermelidir. Devlet, ailenin dinsel ve felsefi inançlarına saygı gösterilmemesi anlamına gelecek sistematik telkin amacı güdemez." denilmiştir⁷⁹. Özellikle eğitim sisteminde ortaya çıkan bu soruna ilişkin AİHM asgari bir standart ortaya koymuştur. Küçük yaşta verilecek eğitimin sistematik telkinden uzak, nesnel, eleştirel ve çoğulcu nitelikte olması AİHM'in benimsediği kişinin kendi iradesi doğrultusunda seçim hakkına sahip olması anlayışını desteklemektedir.⁸⁰ *Kjeldsen, Busk Madsen and Petersen v Denmark* kararında Mahkeme, devlet okullarında öğrencilere cinsel eğitim verilmesi konusunda öğretmenlerin, okulun veya yetkili makamların ebeveynlerin dinsel tutumlarına ve felsefi kanaatlerine azami ölçüde dikkat etmeleri gerektiğini aksi takdirde yanlış yargıların ve prozelitizmin gündeme gelebileceği belirtmiştir.⁸¹ Okullarda verilen eğitim; eleştirel, çoğulcu ve nesnel olmadığında öğrenciler; söz konusu eğitimin içeriğine uygun olarak düşünce yapılarını ve kanaatlerini şekillendirmektedir. Bu şekilde bir amaç

76 Ece Toptaş, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Nefret Söylemi İkilemi: İfade Özgürlüğü ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı' (2022) (12)2 Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 973,975., Ece Toptaş, *İfade Özgürlüğü Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik ve Halkın Bir Kesiminin Alenen Aşağılanması Suçları*, (1.baskı, Beta Yayınları, 2022).

77 *Sürek v. Türkiye* (App no 26682/95) (ECtHR, 8 July 1999).

78 Zülfiye Yılmaz, 'Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK) 2023/345, 2023/346 VE 2023/347 Sayılı Kararlarına Dair Tespitler', (*Karar Analizi Dizisi*, 2023) < https://ihm.bilkent.edu.tr/wp-content/uploads/2023/08/karar-analizi-1-1_GulsenKarari-1.pdf > Erişim Tarihi 12 Kasım 2024,

79 *Kjeldsen, Busk Madsen and Petersen v Denmark*, (App no 5095/71, 5920/72, 5926/72) (ECtHR, 7 December 1976).

80 Berke Özenç, 'AİHM ve Danıştay Kararının Ardından Zorunlu Din Dersleri Sorunu', (2008) 66(2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 191 193.

81 *Kjeldsen, Busk Madsen and Petersen v Denmark*, (App no 5095/71, 5920/72, 5926/72) (ECtHR, 7 December 1976).

güdülererek verilen eğitim sistematik telkin içermektedir. Sistematik telkin yasağı olarak adlandırılan söz konusu standart; din ve inanç özgürlüğünün korunmasında temel bir öneme sahiptir. Bir din veya inanca sahip olma veya değiştirme özgürlüğü bireyin sistematik telkinden ve istismarcı prozelitizmden korunmasının temel gerekçesidir.⁸² Bu yönden de benzeyen her iki kavramın temel farkı sistematik telkinin verilen eğitim ve öğretimin içeriğine ilişkin olmasıdır. İstismarcı prozelitizm ise farklı durum ve şekillerde ortaya çıkabilir.

B. PROZELİTİZM ÖZGÜRLÜĞÜ VE MUHATABIN BİR DİN VEYA İNANCA SAHİP OLMA HAKKININ UZLAŞTIRILMASI

Uluslararası insan hakları hukukunda prozelitizm, dini yayma amacıyla yapılan faaliyetleri yürütebilme özgürlüğünü ve muhatabın gerekli olduğu noktalarda bu faaliyetlerden korunmasını ifade eder⁸³. Prozelitizmi gerçekleştiren kişinin din ve inancını açığavurma özgürlüğü ile muhatabın düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün içsel/dokunulmaz alanı arasında bir hak çatışması söz konusudur. Din ve inancı değiştirme ve bilgi alma özgürlükleri prozelitizmi bir özgürlük olarak desteklemekle birlikte diğerlerinin bir din ve inanca sahip olma ve bunu sürdürme özgürlükleri prozelitizmin sınırlandırılmasını gerektirir⁸⁴. Bir dini veya inancı prozelitizm olarak açığa vurmayla herkesin bir din veya inanca sahip olma ya da olmama hakkı arasında bir denge kurulması gereklidir⁸⁵. *Larissis and Others v. Greece* ve *Kokkinakis v. Greece* kararlarında Mahkeme, muhatapların düşünce, vicdan ve din özgürlüklerini koruma maksadıyla istismarcı prozelitizmin sınırlandırılmasının *başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması meşru amacını* taşıdığı kanaatinde olduğunu belirtmiştir⁸⁶. AİHM, önüne gelen davalarda iki hakkı menfaatler oranında dengelemekte ve uzlaştırmaktadır. AİHM içtihatlarında istismarcı prozelitizm, prozelitizmden korunmanın sınırırır.

AİHM'in konuyla alakalı genel içtihadını oluşturduğu *Kokkinakis v. Greece* davasındaki kararının en önemli noktası istismarcı prozelitizmin cezalandırılabilir/sınırlandırılabilir olduğunun kabulüdür⁸⁷. Yehova şahidi olan başvuru Kokkinakis 1363/1938 sayılı Yunan Ceza Yasası m.4 uyarınca prozelitizm faaliyetinden dolayı suçlanmış ve hakkında hapis cezasına hükmedilmiştir. Davalı Devlet, faaliyetin istismarcı prozelitizm olduğunu iddia etmekle birlikte devletin iddialarını kanıtlayacak yeterli gerekçe sunamamasıyla istismarcı prozelitizm iddiası gerekçesiz kalmıştır⁸⁸. Bununla birlikte

82 Özenç (n 80) 193.

83 Öktem (n 5) 416.

84 Stahnke (n 3) 288.

85 Boyle, Sheen (n 50) 9.

86 *Larissis and Others v. Greece*, App no 140/1996/759/958-960 (ECtHR 25 February 1998); *Kokkinakis v. Greece*, App no 14307/88 (ECtHR 25 May 1993).

87 Özenç (n 10) 64.

88 Yargıç De Meyer karara ilişkin karşı oy yazısında başvuru Bay Kokkinakis' in faaliyeti dinini açığa vurmanı kendi içinde meşru bir yolu olduğunu, başvuruçunun faaliyetinde herhangi bir uygunsuzluk söz konusu olmadığını dolayısıyla bu bakımdan cezalandırılmasının mümkün olmadığını belirtmiştir. *Kokkinakis v. Greece*, App no 14307/88 (ECtHR 25 May 1993) *Kokkinakis v. Greece Judgment Concurring Opinion of Judge De Meyer* ; Yargıç Valticos tam aksi kanaatte olduğu karşı oy yazısında din ve inancın açığa vurulmasının bu denli genişletilmesine karşı olduğunu, prozelitizmin provakatif bir içeriğe sahip olması nedeniyle din ve inancın açığa vurulması olarak kabul edilemeyeceğini, Yunan Ceza Kanunu'nda yasal bir boşluk olmadığını tam tersine prozelitizmin cezalandırılması gereken içeriğinin maddede

prozelitizmin istismarcı olması durumunda meşru amaç doğrultusunda din ve inancı açığa vurma özgürlüğünün sınırlandırılması AİHS m. 9'a aykırı olmayacaktır.

C. BİREYİN İSTİSMARCI PROZELİTİZMDEN DEVLET TARAFINDAN KORUNMASI

1. Bireyin İstismarcı Prozelitizmden Devlet Tarafından Korunmasının Gerekliği

Bireylerin iradi olarak bir dine ve inanca dahil olmak istemesi uluslararası insan hakları hukukunun norm alanındadır. Bireyin iradesini ortaya koyabilecek yetide ve statüde veya oluşturabilecek yaşta olmadığı ve iradesinin maddi veya manevi vaatlerle etkilendiği durumlarda bireyin düşünce, inanç ve din özgürlüğünün içsel yönünün korunması evleviyetle gereklidir. Düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün *negatif* yönünü kapsayan bir inanca, dine ve dini bir kuruma dahil olmak istememeye saygı duymak hem devletin hem de bireylerin yükümlülüğüdür⁸⁹. Devlet bir kişiyi din, inanç ve kanaatine aykırı olarak dini bir hareketi yapmaya, inancı benimsemeye ve bir kuruma bağlanmaya zorlamayamaz.

Uluslararası insan hakları hukukunda devletler, çatışan hakları uzlaştırmak ve gerekli korumayı sağlamakla yükümlüdür⁹⁰. Devletlerin tutumu toplumsal koşullarının yansıması olarak değişiklik gösterebilir. Devletlerin bir dini resmi şekilde benimsemesi ve dini örgütlerin devlet otoritesinden yararlanma gücüne sahip olması bireylerin din ve inançlarını şekillendirmekte etkili olmaktadır⁹¹. Prozelitizm, bireyin din ve inancını açığa vurma yöntemlerinden biri olarak sözleşme kapsamında korunmakla birlikte bazı devletlerde devlet dinini veya devlette hakim inancı korumak için kanunla yasaklanabilmektedir⁹². Sonuç olarak burada, prozelitizm muhataplarının din veya inancı sürdürmeleri maksimum düzeyde korunmaktadır.

Devletlerin kabul ettiği prozelitizmi kısıtlama ya da cezalandırma amaçlı düzenlemelerin; her durumda korunduğunu söylenemez. Kanunlaştırmanın AİHM içtihatlarında belirlenen standartlara uygun olması gereklidir. Öncelikle esas belirtilmesi gereken nokta, bir din veya inancın ya da bu din ve inancın yerine getirilmesi için kullanılan yöntemlerin meşru olup olmadığı noktasında devletlerin takdir yetkisinin olmadığıdır. *Manoussakis v. Greece* kararına Mahkeme bu hususa değinmiş, devlet tarafından kullanılan yöntemlerin hakim inanç dışındaki din ve inançları kısıtlayacak şekilde uygulanamayacağını belirtmiştir⁹³.

AİHM'in yaklaşımına göre prozelitizmin istismar edilmesi halinde istismarcı prozelitizm ortaya çıkar. Bu noktada muhatap kişinin düşünce, vicdan ve din özgürlüğü nedeniyle hakkaniyet

açıkça belirlendiğini savunmuştur. Bu nedenle davada md 9'un ihlali söz konusu değildir. *Kokkinakis v. Greece*, App no 14307/88 (ECtHR 25 May 1993 Kokkinakis v. Greece Judgment Dissenting Opinion of Judge Valticos).

89 Yüksel (n 48) 54.

90 Stahnke (n 3) 253.

91 Özenç (n 10) 47.

92 Kempen (n 13) 57.

93 Manoussakis and Others vd. Greece, App no 18748/91, (ECtHR 26 October 1996).

gereği istismarcı prozelitizmin sınırlandırılması gereklidir. Çünkü istismarcı prozelitizm; devletin muhatap bireyi koruma yükümlülüğünü gündeme getirmektedir. Herhangi bir din veya inancı benimsemeyenler de bu korumadan faydalanmaktadırlar⁹⁴. Bu yaklaşımla AİHS m.9'da korunan iki özgürlük arasında denge mekanizması oluşturulduğu söylenebilir. *Kokkinakis v. Greece* kararında AİHM, prozelitizm muhatabının korunan hak ve özgürlüğü karşısında başvurucunun sınırlanan din ve inancını açığa vurma özgürlüğünü değerlendirmiştir. Yunan Ceza kanununda prozelitizmin suç olarak öngörülmesinin istismarcı prozelitizm bağlamında geçerli kabul edilmesiyle AİHM; istismarcı prozelitizmin, devletlerin iç hukuklarında yasaklanabileceğini kabul etmiştir⁹⁵. Buna göre muhatabın mevcut ve özgür seçimini etkileyecek düzeyde gerçekleşen faaliyetleri yasaklayan istisna hükümler dışında prozelitizm özgürlüğü sağlanmalıdır⁹⁶. Koruma mekanizmasının tüm din ve inançları kapsayacak şekilde tüm din ve inançların istismarcı etkinliğine yönelik olması gereklidir⁹⁷. AİHM *Kokkinakis v. Greece* kararında tanımladığı prozelitizm-istismarcı prozelitizm ayrımını korumuş, istismarcı prozelitizm niteliğindeki faaliyetlerin sınırlandırılıp cezalandırılabilmesi yönündeki içtihadını devam ettirmiştir.

Yargıç Martens'in kısmi karşı görüşü istismarcı prozelitizmin nitelendirilmesi ve devletin istismarcı prozelitizimden bireyi koruma yükümlülüğünün sorgulanması bakımından önemlidir. Yargıca göre 9.maddede düzenlenen düşünce, vicdan ve din özgürlüğü sınırsızdır ve devletin bu alana müdahale etmesi söz konusu değildir. Bir kişinin din ve inancını değiştirmesi devleti ilgilendirmedikçe göre başka birinin diğerinin din ve inancını değiştirmeye yönelik faaliyetleri de devleti ilgilendirmez. Din ve inancın öğretilmesi aşamalı olarak prozelitizme dönüşebilmektedir. Fakat prensip olarak prozelitize eden (*proselytiser*) ile prozelitize olan (*proselytised*) arasındaki çatışmaya dahil olmak; insanın onuruna, özgürlüğüne ve kendi kaderini belirleme hakkına saygı duymayı gerektirdiğinden devletin müdahalesi haklı ve mümkün değildir⁹⁸. Devletin prozelitizmi suç haline getirerek prozelitizme müdahale etmesi; devletin bu alanda sürdürmesi gereken katı tarafsızlığını zedelemekle kalmayacak ayrıca devlette baskın bir din söz konusu olduğunda dinler arasında ayrımcılık tehlikesini ortaya çıkacaktır. Prozelitizm istismar edilebilir bir özgürlüktür. Buradaki can alıcı soru; istismarcı prozelitizmden korumanın sağlanması için devlete istismarcı prozelitizmi cezalandıran kanun hükmü düzenleme serbestisi tanıyıp tanınmayacağıdır. Yargıca göre katı şekilde tarafsız olması gereken devlet, eylemin istismarcı olup olmadığına karar veremez. Devletin tarafsız olması gerekliliği, devletin istismarcı prozelitizme maruz kalmama hakkına prozelitizimden daha fazla değer atfetmesini engellemekte ve sonuçta prozelitizme maruz kalmaktan koruyacak bir cezai hüküm konulmasının haksızlığını ortaya koymaktadır⁹⁹. Eğer yasal bir çare gerekiyorsa bu hukuk davası

94 Stahnke (n 3) 262.

95 Zühtü Arslan, *AİHS'de Din Özgürlüğü*, (1.bası, Liberal Düşünce Topluluğu 2005) 40.

96 Hirsch (n 8) 418.

97 Venice Commission, *Compilation of the Venice Commission Opinions and Reports Concerning Freedom of Religion and Belief* (n 23) 27.

98 Kamu düzeni devletin güç kullanmasını meşrulaştırmaz. Son olarak Sözleşme'ye göre devlet için tüm ve inançlar aynı konumdadır ve birbirlerine eşittirler. Belli bir din ve inancın hakim olduğu ve yasal düzenlemelerle korunduğu devletler için de bu durum söz konusudur. *Kokkinakis v. Greece*, App no 14307/88 (ECtHR 25 May 1993) Judgment Partly Dissenting Opinion of Judge Martens.

99 *Kokkinakis v. Greece*, App no 14307/88 (ECtHR 25 May 1993) Judgment Partly Dissenting Opinion of Judge Martens.

olabilir. Bu zorlamanın başka cezai nitelikler taşıması ihtimali ayırık olmakla birlikte soyut olarak istismarcı prozelitizmin cezai hükümlerde düzenlenmesinin haklı gerekçesi yoktur. Yargıca göre manevi zorlamalarla gerçekleştiren prozelitizmin cezalandırılması, devletin vatandaşlarını özellikle küçükleri koruma saikiyle dahi olsa şüphelidir. Çünkü din değiştirmeye yönelik manevi yöntemlerle beyin yıkamaya yakın olan manevi baskı arasında sınırı kesin olarak çizmek zordur¹⁰⁰. Din ve inancın açığa vurulması özgürlüğünün alanını genişleten bu yorumda temel kaygı, devlete müdahale hakkı tanınan alanın belirsiz olmasının devletin otoriter ve gereksiz sınırlayıcı uygulamalarına imkan tanınmasıdır. Yargıç Martens devletin bireyler için iyiyi ve kötüyü seçebilme hakkının olmadığını dolayısıyla devletin paternalist bir yaklaşım içinde olmaması gerekliliğini vurgulamıştır¹⁰¹.

Yargıç Pettiti'ye göre prozelitizm m.9 kapsamında din ve inancın açığa vurulması olduğuna göre bu özgürlüğü sınırlandıran ve hatta yasaklayan Yunan Ceza Yasası hükmü AİHS md 9'a aykırıdır. Prozelitizme muhatap olanın niteliklerini belirleme hakkının devlete verilmesi otoriter bir devlet uygulamasında tehlikeli olabilecektir. Mahkeme Yunanistan'ın prozelitizmi cezalandıran hükümlerinin öngörülebilirlik şartını sağladığını belirlese de prozelitizmin tanımının açık olmaması cezalandırmada devletin geniş takdir alanı olduğunun delilidir. Bu nedenle AİHM tarafından istismarcı prozelitizmin tanımının yapılması; istismarcı prozelitizmin uygunsuzluğunun, zorlama ve baskı niteliklerinin daha açık tanımlanması gereklidir. Ayrıca karşı oy yazısında Yargıç m.9 doğrultusunda istismarcı prozelitizmden korunmanın sadece geleneksel kilise ya da hakim din lehine değil; din, inanç ve felsefi görüşlerin tümünün yararına olması gerektiğini vurgulamıştır¹⁰².

Kişinin din ve inancının içsel alanını koruyan cezai düzenlemelerde amaç din veya inancın korunması değil, kişinin onur ve şerefine korunmasıdır. Kişinin dini, inancı, kanaatleri ve diğer siyasi ve felsefi görüşleri kişinin onur ve şeref alanını oluşturur. Bu durumda cezai düzenlemenin kapsamının salt din ve inanç olması gerekli ve yeterli değildir. Dolayısıyla söz konusu cezai hükümlerin, kişinin onur ve şeref alanını ihlal eden davranışların bütününe kapsaması gerekir. Yargıç Martens ve Pettiti'nin belirledikleri gibi devletlere istismarcı prozelitizmi tanımlama hakkı verilmesi prozelitizm özgürlüğünün alanını daraltıcı sonuçlar doğurabilir. Bu bağlamda istismarcı prozelitizm yerine kişinin onur ve şeref alanını koruyucu genel düzenlemelerin ceza hukukunda düzenlenmesi ve hukuk yolunun açık olması yeterli görülmektedir. Böyle bir formülasyonda devletin istismarcı prozelitizmi tanımlamasının olası sonuçları bertaraf edilebilir. Dahası resmi din/devlet dininin kabul edildiği ve toplumun büyük çoğunluğunun aynı din ve mezhebi benimsediği devletlerde istismarcı prozelitizmi cezalandıracak hükümlerin hakim din ve inanç lehine işletilmesi olasıdır. Ancak modern toplumda kazanılan çoğulculuğun devamının sağlanması için hakim din ve inancı benimseyenler kadar azınlıkta kalan din, inanç ve felsefi görüşlerin benimsenmesinin korunması hem bireylerin

100 Yargıç Martens'e göre Yunanistan soyut bir eylem olan prozelitizmi suç olarak düzenleyerek AİHS md 9'u ihlal etmiştir. Kokkinakis v. Greece, App no 14307/88 (ECtHR 25 May 1993 Kokkinakis v. Greece Judgment Partly Dissenting Opinion of Judge Martens).

101 Kokkinakis v. Greece, App no 14307/88 (ECtHR 25 May 1993 Kokkinakis v. Greece Judgment Partly Dissenting Opinion of Judge Martens, Arslan (n 84) 42).

102 Kokkinakis v. Greece, App no 14307/88 (ECtHR 25 May 1993) Kokkinakis v. Greece Judgment Partly Concurring Opinion of Judge Petiti.

temel hakları olan din ve inanç özgürlüklerinin gerçekleşmesi hem de kamu düzeni ve barışının tesis edilmesi için gereklidir.

2. Bireylerin İstismarcı Prozelitizmden Devletlerin İç Hukuk Yollarıyla Korunması

Prozelitizm Kıta Avrupası devletlerinin bazılarında yasaklanırken bazılarında bir özgürlük olarak düzenlenmiştir¹⁰³. Prozelitizmin ve dinsel dönüşümlerin özgürlük olarak değerlendirildiği toplumların daha demokratik ve görece dini hoşgörüyü sahip oldukları söylenebilir¹⁰⁴. Ancak prozelitizmin baskı, zorlama ve tehdit içermesi durumunda yani istismarcı prozelitizm halinde bu faaliyetin suç olduğu birçok Kıta Avrupası devletinde kabul edilmiştir. Devletlerin çoğunda bir kişinin dinini değiştirmeye ve terk etmeye zorlanamayacağı *dinini değiştirme özgürlüğü* bağlamında din ve inanç özgürlüğünün kapsamında değerlendirilmektedir¹⁰⁵.

Devletler bireyleri din ve inançlarını değiştirmeye teşvik eden faaliyetlerden korurken temel bir hak olan din değiştirme ve dini açığa vurma özgürlüklerinin alanını daraltmamalıdır¹⁰⁶. Bireylerin din ve inancını koruyan sınırlandırmaların ve yasaklamaların geniş yorumlanması AİHS m.9'un norm alanında bir hak olan prozelitizmin uygulama alanını gereksiz şekilde sınırlandıracaktır¹⁰⁷. Devlet bireyleri istismarcı prozelitizmden korurken bu korumanın, şiddet gibi durumlar hariç olmak üzere mutlaka ceza hukuku yoluyla gerçekleşmesi gerekmez. Korumanın istismarcı prozelitizmin ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmesiyle sağlanmasının zorunlu değildir. Bu koruma dine karşı tarafsız, kişiye karşı suçlarla sağlanabilir. İstismarcı prozelitizmin; bir dini doktrinin, kutsal kitabın eleştirisi ya da dini bir geleneğin kurucusunun olumsuz tasvirini içermesi durumunda istismarcı prozelitizm dine karşı küfür ve dini duyguların zedelenmesini yasaklayan hükümler çerçevesinde değerlendirilir¹⁰⁸. Ancak istismarcı prozelitizme karşı korumanın gerekli olup olmadığına karar vermede devletlere ait olan takdir marjının ceza hukuku yoluyla belirlilik kazanması gerektiğini belirten görüşler vardır¹⁰⁹.

103 Bu sınırlandırmanın prozelitizmin direkt düzenlenmesi şeklinde olabileceği gibi diğer sınırlandırıcı hükümlerle de gerçekleştirilebileceği kabul edilir. Stahnke (n 3) 262. Bu kısımda prozelitizmi yasal mevzuatlarında yasaklayan devletlerin hukuki düzenlemelerine işaret etmeye çalışılmıştır. Norveç, İrlanda, Rusya, Türkiye, prozelitizmin özgürlük olarak değerlendirildiği ülkelerdendir. Boyle, Sheen, (n 350,356,374,395) Romanya prozelitizmin özgür olduğu ülkelere biri olarak kabul edilir zira prozelitizmi düzenleyen bir yasal dayanak bulunmakla birlikte hâkim mezhep ve ulusal kilise olan Ortodoks Kilisesi'nin diğer din ve mezheplerin yayılcı tutumlarına karşı olduğu belirtilmektedir. Olivier Gillet, 'The Religious Situation in Romania', *Observatoire des Religions et de la Laïcité*, <<https://o-re-la.ulb.be/index.php/analyses/item/1357-the-religious-situation-in-romania>>, accessed 15 July 2024; US. Department of State, International Religious Freedom Report 2007, Bureau of Democracy, Human Rights and Labor, <<https://2009-2017.state.gov/j/drl/rls/irf/2007/90195.htm>> accessed 15 July 2024.

104 Farr (n 7) 2.

105 Yüksel (n 48) 55.

106 Venice Commission, Joint Opinion, On The Draft Law on Freedoms of Conscience and Religion and on the Laws Making Amendments and Supplements to the Criminal Code, the Administrative Offences Code and the Law on the Relations between the Republic of Armenia and The Holy Armenian Apostolic Church of The Republic of Armenia (n 69) 3.

107 Stahnke (n 3) 294.

108 Stahnke (n 3) 290.

109 Kempen (n 13) 59-60.

Fransa'da Kilise ve Devletin Ayrılması Hakkında Kanun'un 31.maddesinde bir kişiyi dini topluluk ve kurumların parçası olmaya, bir dini uygulamaya veya uygulamamaktan kaçınmaya, bir dini dernekte yer almaya veya katılmayı bırakmaya ve dinin masraflarına katkıda bulunmaya ya da katkıda bulunmayı bırakmaya zorlamak para cezası veya altı günden iki aya kadar hapis cezasını gerektiren bir suç olarak düzenlenmiştir¹¹⁰. Çek Cumhuriyeti'nde Din Özgürlüğü ile Kiliselerin ve Dini Toplulukların Durumu Hakkında Kanun'un 2.maddesinin 3.fıkrasında hiç kimsenin baskı yoluyla bir kiliseye katılmaya veya ayrılmaya veya kilisedeki bir dini aktiviteye katılmaya veya katılmamaya zorlanamayacağı düzenlenmiştir¹¹¹. İspanya'da Ceza Kanunu'nun 522.maddesinde yine benzer bir düzenleme yer almaktadır¹¹². Estonya'da bu husus anayasada düzenlenmiştir. Estonya Anayasası'nın 41.maddesine göre hiç kimse fikirlerini ve inançlarını değiştirmeye zorlanamaz¹¹³. Bulgaristan'da prozelitizmin dini seçme özgürlüğü kapsamında serbest olduğu belirtilmekle¹¹⁴ birlikte yerelde belediyeler düzeyinde idari para cezaları ya da polis vasıtasıyla uygulanan farklı idari yöntemlerle prozelitizmin engellenmeye çalışıldığı,¹¹⁵ bazı belediye kararnameleriyle din yayma faaliyetlerine sınırlamalar getirildiği, kapı kapı dolaşarak ve halka açık yerlerde bildiri dağıtmanın yerel izinler gerektirdiği belirtilmektedir¹¹⁶.

Bazı devletler devlet içinde hakim olan dinin etkisiyle prozelitizmi yasaklanmıştır. Ortodoks kiliselerinin hakim olduğu devletlerde böyle bir eğilim vardır¹¹⁷. Örneğin prozelitizm kapsamında AİHM'in önüne gelen ilk davanın tarafı olan Yunanistan'ın 1975 tarihli Anayasası'nın 13.maddesinde bilinen tüm dinlerin serbest olduğu ve bu dinlerin ibadetlerinin saklı ve hukukun koruması altında olduğu ancak tören ve ibadet uygulamalarının kamu düzenini ve iyi uygulamaları bozmasına izin verilmeyeceği, son cümlesinde ise prozelitizmin yasak olduğu düzenlenmiştir¹¹⁸. Bu yasağa bilinen

110 Church – State Separation in Constitution of 1795 and Law of 1905: Excerpts, <<https://www.concordatwatch.eu/kb-1525.834>> accessed 15 July 2024.

111 2/3: “Nobody must be forced neither (either) to join a church and religious society nor (or) to leave it, to participate or not to participate in religious acts or acts of church and religious society.” Freedom of Religious Expression and The Position of Churches and Religious Societies and on the Changes of Some Legal Acts Legal Act Nr.3/2002 Coll., 27 November 2001, <<https://legirel.cnrs.fr/spip.php?article458&lang=fr>> accessed 15 July 2024.

112 Ministerio de Justicia, Criminal Code, 2011, Organic Act 10/1995, 23rd November 1995, On The Criminal Code, Official State Gazette number 281 on 24 November 1995, <https://documents.law.yale.edu/sites/default/files/criminal_code_spain.pdf> accessed 15 July 2024.

113 41/2: “No one may be compelled to change his or her opinions or beliefs.” Constitution of Republic of Estonia, 28 June 1992, <<https://www.president.ee/en/republic-of-estonia/the-constitution/>>, accessed 15 July 2024.

114 37: “The freedom of conscience, the freedom of thought and the choice of religion and of religious or atheistic views shall be inviolable...” Constitution of The Republic of Bulgaria, 100/18, December 2015, <<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/bg/bg033en.pdf>> accessed 15 July 2024.; Yüksel (n 48) 56.

115 Peter Petkoff, ‘Religion and Secular State in Bulgaria’ in Javier Martinez – Torron, W. Cole Durham, Jr (eds), *Religion and The Secular State: National Reports*, (1st, The International Center for Law and Religion Studies Brigham Young University 2010) 176.

116 U.S. Department of State, 2019 Report on International Religious Freedom: Bulgaria, <<https://www.state.gov/reports/2019-report-on-international-religious-freedom/bulgaria/>>, accessed 15 July 2024.

117 Johan D. Van Der Vyver, ‘Religious Freedom and Proseytisim, Ethical, Political and Legal Aspects’ (1998) 50(4) Ecumenical Review; <<http://0310t0ubs.y.http.eds.b.ebscohost.com.proxy2.marmaraelibrary.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=9&sid=5ba7211c-cab0-4d8c-822f-fcf36c45fc2e%40pdc-v-sessmgr04>> accessed 18 July 2024, 419-422.

118 13/2: “Proselytism is prohibited” The Constitution of Greece, 27 May 2008, <<https://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/f3c70a23-7696-49db-9148-f24dce6a27c8/001-156%20agglko.pdf>> accessed 15 July 2024.

tüm dinler dahildir¹¹⁹. Yunan Anayasası'nda prozelitizmin yasaklanması ve kamu düzeninin ihlal edilmesi halinde ibadet ve tören uygulamalarına izin verilmeyeceğinin düzenlenmesi Yunan Anayasası'na göre prozelitizmin her şekilde kamu düzenini ihlal eden uygulama olduğu kanısının hakim olduğunu göstermektedir.

Yunanistan, Ortodoks Hristiyanlığı inancını devlet dini anlamında anayasal ilke olarak kabul etmektedir¹²⁰. 1363/1938 sayılı Kanun'da prozelitizm suç olarak düzenlenmiştir. Suç düzenlemesi 1672/1939 sayılı Kanun'un 2.maddesiyle değiştirilmiş ve prozelitizmin ne anlama geldiği netleştirilmiştir. Buna göre prozelitizm; bilhassa her türlü kandırma yöntemiyle, kandırmaya yönelik taahhütlerle, manevi destekle veya maddi yardımla ya da hileli yollarla veya kişinin tecrübesizliğinden, güveninden ihtiyacından, bilgisizliğinden ya da saflığından yararlanarak farklı dine mensup bir kişinin dini inançlarını, bu inançların altını oymak maksadıyla taciz eden her türlü doğrudan veya dolaylı girişim anlamına gelmektedir. Bu suçun bir okulda veya diğer eğitim kurumlarında ya da bir hayır kurumunda işlenmesi özellikle ağırlaştırıcı sebep teşkil edecektir¹²¹. İlgili kanun Yunanistan'da diktatörlük döneminde çıkarılmakla birlikte halen yürürlüktedir¹²². Ancak AİHM; bu kanunun uygulama alanının istismarcı prozelitizmin cezalandırması ile sınırlandırılması halinde AİHS m.9'un koruma mekanizmasıyla uyumlu olabileceğini belirtmiştir¹²³.

Ermenistan anayasasında prozelitizmi yasaklayan ülkelerden biridir¹²⁴. Yunanistan gibi Ermenistan'da da milli kilisenin varlığı yasal olarak düzenlenmiştir¹²⁵. Venedik Komisyonu Ermenistan'la ilgili raporunda devletin resmi bir kilise anlayışına sahip olmasının ve uluslaşma sürecinde kilisenin etkisinin göz ardı edilemeyeceğini belirtmiştir. Ancak baskın din ve inanç ya da ideoloji lehine prozelitizmin sınırlandırılması objektif bir temele dayanmamaktadır¹²⁶. Çoğunluk dininin bu şekilde kabulü demokratik toplum ve çoğulculuğun gereklerine uyulmasını ve baskın dine mensup olmayan kişilerin din ve inançlarına saygı duyulmasını engellemektedir¹²⁷. Ayrıca baskın dine mensup olmayan kişilerin AİHS m. 9 kapsamındaki düşünce, inanç ve din özgürlüğüne saygı duyulmaması; baskın grup ve diğer azınlık grupları arasında ayrımcılığın ortaya çıkmasıyla sonuçlanmaktadır¹²⁸.

119 Boyle, Sheen (n 50) 335; Kokkinakis v. Greece, App no 14307/88 (ECtHR,25 May 1993).

120 3: "The prevailing religion in Greece is that of the Eastern Orthodox Church of Christ...", The Constitution of Greece, 27 May 2008,< <https://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/f3c70a23-7696-49db-9148-f24dce6a27c8/001-156%20aggliko.pdf>>, accessed 15 July 2024.

121 Boyle, Sheen (n 50) 334; Arslan (n 19) 103.

122 Boyle, Sheen (n 50) 335.

123 Kokkinakis v. Greece, App no 14307/88 (ECtHR,25 May 1993).

124 3/8: "Proselytism within the Republic of Armenia is forbidden. Any activity mentioned under section 7 within the framework of rights shall not be considered proselytism." The Law of The Republic of Armenia on the Freedom of Conscience and on Religious Organizations, 17 June 1991, <Armenia_law_freedom_conscience_religious_orgs_1991_am2011_en.pdf (legislationline.org),> accessed 15 July 2024.

125 The Law of The Republic of Armenia on the Freedom of Conscience and on Religious Organizations, 17 June 1991, <Armenia_law_freedom_conscience_religious_orgs_1991_am2011_en.pdf (legislationline.org),> accessed 15 July 2024

126 Stahnke (n 3) 319.

127 Venice Commission, Joint Opinion, On The Draft Law on Freedoms of Conscience and Religion and on the Laws Making Amendments and Supplements to the Criminal Code, the Administrative Offences Code and the Law on the Relations between the Republic of Armenia and The Holy Armenian Apostolic Church of The Republic of Armenia, (n 69) 4.

128 Stahnke (n 3) 267.

Ukrayna'da geçici olarak kalan yabancı uyruklu din adamları, din vaizleri, eğitimciler (öğretmenler) ve yabancı kuruluşların diğer temsilcileri ilgili dini örgütün tüzüğünü kaydeden devlet organıyla resmi bir anlaşma üzerine davetiyle geldikleri dini kuruluşlarda dini dogmalar vaaz edebilir, dini ayinler yapabilir ve diğer kanonik faaliyetlerde bulunabilir.¹²⁹

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 24.maddesinin 1.fıkrasına göre herkes vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir. Maddenin 2.fıkrası "Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz." şeklindedir. Maddede ve yasal mevzuatta prozelitizmi sınırlayan açık bir hüküm olmadığından özgürlüğün madde kapsamında korunduğu değerlendirilebilir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.14'de hakkın kötüye kullanılması düzenlenmiştir. İlgili maddenin 2. Fıkrasına göre "Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasa'da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz." Buna göre prozelitizm din ve inanç özgürlüğü kapsamında olsa da istismarcı prozelitizm, muhatapların din ve inanç özgürlüklerini zedeleyici niteliğinden ötürü din ve inanç özgürlüğünün kapsamında değerlendirilemez. Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 115'de İnanç, Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Kullanılmasını Engelleme suçu bu doğrultuda düzenlenmiştir¹³⁰. Maddenin ilk fıkrasında cebir veya tehdit kullanarak bir kimseyi dini, siyasi, sosyal ve felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya ve değiştirmeye zorlamak suç olarak kabul edilmiştir. Buna göre kişinin din ve inancını değiştirmeye yönelik bir faaliyet olarak prozelitizm; Türkiye'de serbest olmakla birlikte din ve inancı değiştirmeye yönelik eylemlerin cebir, şiddet ve baskı kullanılarak gerçekleştirilmesinin cezai hükümlerde düzenlenmesi AİHM'in prozelitizme muhatap olan kişinin korunması amacıyla istismarcı prozelitizmi cezalandıran yasal mevzuatın varlığını kabul eden içtihatlarıyla uyumlu görünmektedir¹³¹.

SONUÇ

Demokratik hukuk sistemini ve bu sistem içinde düşünce, inanç ve din özgürlüğünü kabul eden çoğu devlette prozelitizm; din ve inancın açığa vurulması olarak değerlendirilmekte ve korunmaktadır. İstismarcı prozelitizm kapsamına giren davranışlar bağlamında ise demokratik toplumda prozelitizme muhatap olanların düşünce, inanç ve din özgürlüğünün önemi yadsınamayacağından, bireylerin hakları arasında adil bir dengenin kurulması gereklidir. Bu noktada *Kokkinakis v Greece* kararında Yargıç Martens ve Yargıç Petiti'nin karşı oylarının haklılık payı vardır. Gerçekten prozelitizm ve istismarcı prozelitizm arasındaki ayrım uluslararası insan hakları düzenlemeleriyle kesin ve objektif olarak belirlenmediğinde ve bu belirleme; nihayetinde devletlerin düzenleme

129 1993 Amendment to article 24 of Ukrainian Act, from Handbook of the Council for Religious Affairs, quoted in Biddulph, supra note 188, at 339'dan Aktaran: Stahnke (n 3) 317.

130 TCK m. 115/1: " Cebir veya tehdit kullanarak, bir kimseyi dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya veya değiştirmeye zorlayan ya da bunları açıklamaktan, yaymaktan meneden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG 12.10.2004/25611.

131 Mehmet Artuk, Ahmet Gökçen ve Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (11.Baskı, Turhan Kitapevi 2011) 294-303.

alanına bırakıldığında devletlerin toplumsal ve siyasal koşullarına bağlı olarak prozelitizmin alanını daraltacak sonuçlar ortaya çıkabilir. Muhtemel sonuçların engellenmesi amacıyla prozelitizme istismarcı nitelik kazandıran hususların; devletlerin yasal düzenlemelerinde açık, objektif ve din dışı terimlerle tanımlanması gereklidir. Cezai ve medeni hükümlerin zorlamayı, hileli hareketleri ve kişiyi uygunsuz şekilde etkilemeyi engelleyen ve yaptırıma bağlayan düzenlemeleri AİHM içtihatlarında haksız olarak belirlenen eylemlerin engellenmesi için yeterli görülmektedir. Bu gerekçeyle istismarcı prozelitizmin ceza kanunlarında açıkça suç olarak düzenlenip yaptırıma bağlanmasına gerek yoktur. Venedik Komisyonu da prozelitizm faaliyetlerini içeren özel yasaların daha az bilinen din ve inanç gruplarına karşı ayrımcılığa yol açabileceği ve din ve inancı açığa vurmanın meşru yöntemlerinden olan dini ve inancı öğretme ve yayma faaliyetini haksız şekilde azaltabileceği görüşündedir.

KAYNAKÇA

- Arslan Z, *AİHS’de Din Özgürlüğü*, (1.baskı, Liberal Düşünce Topluluğu,2005).
- Artuk M, Gökçen, A. ve Yenidünya, C., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (11.Baskı, Turhan Kitapevi, 2011).
- Blackford R, *Freedom of Religion & Secular State*, (Wiley-Blackwell, 2012).
- Boyle K ve Sheen J, (ed.), *Freedom of Religion and Belief, A Word Report*, (Routledge London and New York, 2003).
- Doğru O ve Nalbant A, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, c.2*, (Yargıtay Başkanlığı 2013).
- Farr T, ‘Proselytism and Religious Identity Theft’ (*Faith and Foreign Policy*, 2020), < <https://berkeleycenter.georgetown.edu/posts/proselytism-and-religious-identity-theft> > accessed 4 July 2024.
- Hill K R, ‘Christian Mission, Proselytism and Religious Liberty: A Protestant Appeal for Christian Tolerance and Unity Proselytism and Religion Liberty’(2008) 4(25) *Religion, State and Society: The Keston Journal* 307-332.
- Hirsch Moshe, ‘The Freedom of Proselytism Under The Fundamental Agreement and International Law’, (1998) 47(2), *Catholic University Law Review* 407-425.
- P H Van Kempen, ‘Freedom of Religion and Criminal Law: a Legal Appraisal. From the Principle of Separation of Church and State to the Principle of Pluralist Democracy?’ in J.A. van der Ven & H.-G. Ziebertz (eds.), *Tensions within and between Religions and Human Rights* (Brill 2012).
- Öktem A E, *Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü*, (1.baskı, Liberte Yayınları,2002).
- Özenç B, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnanç Özgürlüğü*, (1.Baskı, Kitapevi Yayınları,2006).
- Özenç B, ‘AİHM ve Danıştay Kararının Ardından Zorunlu Din Dersleri Sorunu’, (2008) 66(2) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 191-226.
- Petkoff P, ‘Religion and Secular State in Bulgaria’ in Javier Martinez – Torron, W. Cole Durham, Jr (eds), *Religion and The Secular State: National Reports*, (1st, The International Center for Law and Religion Studies Brigham Young University 2010) 145-182.
- Stahnke T, ‘Proselytism and the Freedom to Change Religion in International Human Rights Law’ (2001) 1999(1) *BYU Law Review*, 251-354.
- Toptaş E, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Nefret Söylemi İkilemi: İfade Özgürlüğü ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası*,(2022) (12)2 *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 973,1002.
- Uitz R, *Freedom of Religion in European Constitutional and International Case Law*, (1st edn, Council of Europe Publishing, 2007).

- Uyar L, Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları – İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Haklar Komitesi 1981-2006, (1.bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2006).
- Van Der Vyver J. D, 'Religious Freedom and Proseytisim, Ethical, Political and Legal Aspects' (1998) 50(4) *EcumenicalReview*; <<http://0310t0ubs.y.http.eds.b.ebscohost.com.proxy2.marmaraelibrary.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=9&sid=5ba7211c-cab0-4d8c-822f-fcf36c45fc2e%40pdc-v-sessmgr04>> accessed 18 July 2024 419-429.
- Yılmaz Z, 'Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK) 2023/345, 2023/346 VE 2023/347 Sayılı Kararlarına Dair Tespitler', (*Karar Analizi Dizisi*, 2023) < https://ihm.bilkent.edu.tr/wp-content/uploads/2023/08/karar-analizi-1-1_GulsenKarari-1.pdf> Erişim Tarihi 12 Kasım 2024.
- Yüksel S, *Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü*, (1.bası, Alfa Hukuk Yayınları 2015).
- Zucca L, 'Law v. Religion' in Camil Ungureanu, Lorenzo Zucca (eds), *Law, State and Religion in the New Europe: Debates and Dilemmas*, (1st Cambridge University Press 2012).

İnternet Kaynakları

- Cambridge Dictionary, <https://dictionary.cambridge.org/tr/s/C3%B6zl%C3%BCK/ingilizce/proselyte>
- Church – State Separation in Constitution of 1795 and Law of 1905: Excerpts, <<https://www.concordatwatch.eu/kb-1525.834>> accessed 15 July 2024.
- Gillet Oliver, The Religious Situation in Romania, Observatoire des Religions et de la Laïcité, <https://o-re-la.ulb.be/index.php/analyses/item/1357-the-religious-situation-in-romania>
- Freedom of Religious Expression and The Position of Churches and Religious Societies and on the Changes of Some Legal Acts Legal Act Nr.3/2002 Coll., 27 November 2001, <<https://legirel.cnrs.fr/spip.php?article458&lang=fr>> accessed 15 July 2024.
- Ministerio de Justicia, Criminal Code, 2011, Organic Act 10/1995, 23rd November 1995, On The Criminal Code, Official State Gazette number 281 on 24 November 1995, <https://documents.law.yale.edu/sites/default/files/criminal_code_spain.pdf> accessed 15 July 2024.
- TDK Sözlükleri Güncel Türkçe Sözlük, <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 5 Temmuz 2024.
- The Constitution of Greece, The Constitution of Greece, 27 May 2008, <<https://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/f3c70a23-7696-49db-9148-f24dce6a27c8/001-156%20aggliko.pdf>> accessed 15 July 2024.
- The Constitution of The Republic of Bulgaria, 100/18, December 2015, <<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/bg/bg033en.pdf>> accessed 15 July 2024
- The Constitution of Republic of Estonia, 28 June 1992, <https://www.president.ee/en/republic-of-estonia/the-constitution/>, accessed 15 July 2024.
- The Law of The Republic of Armenia on the Freedom of Conscience and on Religious Organizations, 17 June 1991, <Armenia_law_freedom_conscience_religious_orgs_1991_am2011_en.pdf (legislationline.org)> accessed 15 July 2024.
- UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No:22: Article 18 (Freedom of Thought, Conscience or Religion), 30 July 1993, < <https://www.refworld.org/legal/general/hrc/1993/en/13375>> accessed 12 November 2024.
- U.S. Department of State, 2019 Report on International Religious Freedom: Bulgaria, <<https://www.state.gov/reports/2019-report-on-international-religious-freedom/bulgaria/>>, accessed 15 July 2024.
- US. Department of State, International Religious Freedom Report 2007, Bureau of Democracy, Human Rights and Labor, <<https://2009-2017.state.gov/j/drl/rls/irf/2007/90195.htm>> accessed 15 July 2024.
- Venice Commission, Joint Opinion on the Law on Freedom of Religion Belief of the Republic of Azerbaijan, Strasbourg Warsaw, 15 October 2012, <default.aspx(coe.int)>accessed 10 July 2024.

Venice Commission, Compilation of the Venice Commission Opinions and Reports Concerning Freedom of Religion and Belief, revised July 2014, 4 July 2014, Strasbourg, <default.aspx (coe.int)> accessed 10 July 2024.

Venice Commission, Opinion On The Federal Law on Combating Extremist Activity of the Russia Federation, Adopted by the Venice Commission at its 91st Plenary Session, Venice, 15-16 June 2012, <https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2012)016-e> , accessed 12 July 2024.

Venice Commission, Joint Opinion, On The Draft Law on Freedoms of Conscience and Religion and on the Laws Making Amendments and Supplements to the Criminal Code, the Administrative Offences Code and the Law on the Relations between the Republic of Armenia and The Holy Armenian Apostolic Church of The Republic of Armenia, Venice, 14-15 October 2011, <https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL(2011)086-e> accessed 12 July 2024.

Mahkeme Kararları

Kjeldsen, Busk Madsen and Petersen v Denmark App no 5095/71, 5920/72, 5926/72 (ECtHR, 7 December 1976).

Kokkinakis v Greece App no 14307/88 (ECtHR, 25 March 1993).

Larissis and Others v Greece App no 140/1996/759/958-960 (ECtHR, 25 February 1998).

Dahlab v Switzerland App No 42393/98 (ECtHR, 15 February 2001).

Murphy v Ireland App no 44179/98 (ECtHR, 3 December 2003).

Folgero and Others v Norway App no 15472/02 (ECtHR, 29 June 2007).

Jehovah's Witnesses of Moscow and Others v Russia App no 302/02 (ECtHR, 22 November 2010).

İbragim İbragimov and Others v Russia App no 1413/08, 28621/11 (ECtHR, 4 February 2019.)

Nasirov and Others v Azerbaijan App no 58717/10 (ECtHR, 20 June 2020).

Kuznetsov and Others v Russia App no 184/02 (ECtHR, 11 January 2007).

Çiftçi v Turkey App no 71860/01 (ECtHR, 14 June 2004).

Ossewaarde v Russia App no 27227/17 (ECtHR , 7 March 2023).

Manoussakis and Others v Greece App no 18748/91 (ECtHR, 26 October 1996).

Sürek v Türkiye App no 26682/95 (ECtHR, 8 July 1999).

İdarenin Gözetim Yetkisi ve Öğrenci Mahremiyeti: Okullardaki Güvenlik Kameralarının Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında Hukuki Analizi

Surveillance Power of the Administration and Student Privacy: Legal Analysis of Security Cameras in Schools in The Context of Personal Data Protection

Emre KILIÇ^{*} 

ÖZ

Bu çalışma, okullarda güvenlik kameralarının kullanımını kişisel verilerin korunması bağlamında hukuki açıdan incelemektedir. Artan güvenlik ihtiyacı ile öğrenci mahremiyeti arasındaki hassas dengeyi ele alan makale, konuyu Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) çerçevesinde değerlendirmektedir. Çalışmada, kamera gözetiminin hukuki dayanakları, ölçülülük ilkesi bağlamında uygulanması, kameraların konumlandırılması ve yüz tanıma sistemleri gibi konular ele alınmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yaklaşımı, Avrupa ülkeleri, Amerika Birleşik Devletleri ve Türkiye'deki uygulamalar karşılaştırmalı olarak incelenmekte, özellikle anaokulu ve özel eğitim sınıfları gibi özel durumlar ayrıca değerlendirilmektedir. Çalışma, okullarda güvenlik kamerası kullanımının yasal zorunluluklara uygunluğu, özel hayata saygı hakkına en az müdahale eden güvenlik araçlarının seçimi ve İdare'nin gözetim yetkisi ile öğrenci mahremiyeti arasında optimal bir denge kurulması gerekliliği sonucuna varmaktadır. Bu bağlamda, güvenlik ihtiyacı ile kişisel verilerin korunması arasındaki dengenin, ulusal ve uluslararası hukuki çerçeveye içerisinde, ölçülülük ilkesi gözetilerek sağlanması gerektiği vurgulanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Okul güvenlik kameraları, Öğrenci mahremiyeti, İdarenin gözetim yetkisi, Ölçülülük ilkesi, KVKK ve GDPR

* Doktora öğrencisi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, ORCID: 0009-0009-0025-1006

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Emre KILIÇ

E-posta/E-mail: ekilic19@marun.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 15.08.2024

Kabul Tarihi/Accepted: 02.09.2024

How to cite this article/Atf için: Emre KILIÇ, 'İdarenin Gözetim Yetkisi ve Öğrenci Mahremiyeti: Okullardaki Güvenlik Kameralarının Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında Hukuki Analizi' (2024) 30(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 792-812. DOI: 10.33433/maruhad.1533573

ABSTRACT

This study examines the use of security cameras in schools from a legal perspective in the context of personal data protection. Addressing the delicate balance between the increasing need for security and student privacy, the article evaluates the issue within the framework of the General Data Protection Regulation (GDPR) and the Personal Data Protection Law (KVKK). The article discusses the legal basis of camera surveillance, its application in the context of the principle of proportionality, the positioning of cameras and facial recognition systems. The approach of the European Court of Human Rights, the practices in European countries, the United States of America and Türkiye are examined comparatively, and special cases such as kindergartens and special education classes are evaluated separately. The study concludes that the use of surveillance cameras in schools should be in compliance with legal obligations, the selection of security tools that least interfere with the right to respect for private life, and the need to strike an optimal balance between the surveillance authority of the Administration and student privacy. In this context, it is emphasized that the balance between the need for security and the protection of personal data should be ensured within the national and international legal framework by observing the principle of proportionality.

Keywords: School security cameras, Student privacy, Surveillance power of the administration, Principle of proportionality, KVKK and GDPR

GİRİŞ

Okullarda güvenlik kameralarının kullanımı, güvenlik ihtiyacının giderek arttığı günümüzde öğrencilerin, personelin ve genel olarak eğitim kurumlarının korunması açısından önemli bir konu haline gelmiştir. Kameralar, eğitim binalarının içi ve çevresindeki olası tehdit ve suçlara caydırıcı etki yaratması ve bunlara ilişkin kanıtlar sağlaması bakımından okul yönetimlerine güvenlik konusunda önemli bir araç sunmaktadır. Ancak, güvenlik kameralarının kullanımı kişisel verilerin korunması hakkı ile çatışabilmektedir. Nitekim, okulda bulunan kişilerin günlük hareketleri düzenli olarak kayıt altına alınmakta, bu durumsa özel hayata saygı hakkına müdahale olarak değerlendirilebilmektedir.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK)¹ kişisel veriyi “kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi” olarak tanımlamaktadır. Uluslararası metinlerde (108 sayılı Sözleşme², Ekonomik İş Birliği Örgütü (OECD) Rehber İlkeleri³) ve Avrupa Birliği (AB) düzenlemelerinde⁴ benzer tanımlar kullanılmıştır. KVKK kapsamında, ilgililerin görüntüleri birer kişisel veri olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple, bu verilerin işlenmesi için yasal bir dayanağın bulunması gerekmektedir. Öte yandan, kişilerin görüntüleri üzerinden kimlik tespitini de sağlayan biyometrik tanıma özelliğine sahip kameraların kullanımı ayrıca değerlendirilmelidir. Nitekim,

1 Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Kanun Numarası: 6698, Kabul Tarihi: 24.3.2016, RG 7.4.2016/29677

2 Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, CETS No. 108 [1981].

3 Organisation for Economic Co-operation and Development, ‘OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data’ [1980].

4 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data [1995] OJ L 281/31; Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation)[2016] OJ L 119/1.

biyometrik veriler özel nitelikli veriler arasında kabul edilmekte ve farklı veri işleme şartlarına tabi tutulmaktadır.

Kamera kullanımına ilişkin başka bir husus, toplanan görüntülerin güvenliği ve kullanımudur. Okul yönetimlerinin, tutulan kayıtları saklaması, gerektiğinde üçüncü kişilerle paylaşması veya imha etmesi noktasında KVKK'ya uygun hareket etmesi gerekmektedir. Verilerin üçüncü kişilerle hukuka aykırı şekilde paylaşılması, gerektiğinden uzun süre saklanması veya amacı dışında kullanılması gibi eylemler önemli hukuka sorunlara yol açacaktır.

Bu amaçla aşağıda, öncelikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) Antović ve Mirković v. Karadağ kararı ışığında AİHM'nin konuya yaklaşımı ele alınacak ve Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün (GDPR) belirlediği kurallar çerçevesinde konu değerlendirilecektir. Ardından, karşılaştırmalı hukuk perspektifinden bazı Avrupa ülkeleri ve ABD okullarındaki güvenlik kamerası uygulamaları irdelenecektir. Son olarak, Türkiye'deki hukuki durum; mevzuat, Danıştay kararları ve uygulama çerçevesinde detaylı bir şekilde analiz edilecektir. Bu inceleme, okullardaki güvenlik kamerası kullanımının kişisel verilerin korunması bağlamında hukuki boyutlarını aydınlatmayı ve konuya ilişkin dengeli bir bakış açısı sunmayı hedeflemektedir.

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ (AİHS) VE GDPR PERSPEKTİFİNDEN MAHREMİYET VE VERİ İŞLEME DENGESİ

Okullarda öğrenci ve personelin güvenliğini sağlama amacıyla giderek yaygınlaşan güvenlik kamerası kullanımı kişisel mahremiyetin korunması açısından önemli hukuki sorunları da beraberinde getirmektedir. Bu konuda AİHM'in Antović ve Mirković v. Karadağ davasında verdiği karar, eğitim kurumlarındaki gözetim uygulamalarına ışık tutmaktadır⁵.

AİHM, Karadağ Üniversitesi'nde ders amfilerinin kamera ile izlenmesini değerlendirdiği bu davada, çoğunluk kararıyla öğretim üyelerinin özel hayat hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme, üniversite sınıflarındaki kamera gözetiminin AİHS'nin 8. maddesi kapsamında özel hayatın gizliliği hakkına haksız bir müdahale oluşturduğunu belirtmiştir. Kararın temelinde, Karadağ'ın yasal düzenlemelerinde bu tür bir gözetime açıkça izin veren bir hükmün bulunmaması da etkili olmuştur. Bu karar, okullarda güvenlik kamerası kullanımının yasal çerçevesini ve sınırlarını belirleme açısından önemli bir emsal teşkil etmektedir.

Kararda vurgulanan önemli noktalardan biri, özel yaşam kavramının yalnızca kişisel alanlarla sınırlı olmadığı, mesleki ve kamusal alanlardaki faaliyetleri de kapsayabileceğidir. Bu bağlamda, okul ortamında kamera ile izlenmenin öğretmenlerin ve öğrencilerin özel hayatına ciddi bir müdahale teşkil edebileceği anlaşılmaktadır.

AİHM'nin kararı, özellikle eğitim ortamındaki mahremiyet beklentisine dikkat çekmektedir. Mahkeme, bir öğretmenin sınıf ortamında, diğer ortamlarda sergilemeyeceği davranışları

5 Antović and Mirković v Montenegro, App no 70838/13 (ECtHR, 20 November 2017).

gösterebileceğini ve bunun eğitim-öğretim sürecinin doğal bir parçası olduğunu kabul etmiştir. Bu değerlendirme, okullardaki kamera sistemlerinin yerleştirilmesi ve kullanımında daha hassas davranılması gerektiğini göstermektedir.

Söz konusu karardan hareketle, kural olarak okullardaki güvenlik kamerası kullanımının AİHS'nin 8. maddesi bağlamında öğrenci ve personelin özel hayatına müdahale niteliği taşıdığı kabul edilmelidir. Ancak, bu müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için, müdahalenin ulusal kanunlarda öngörülmesi, bu kanunlarda belirlenen bir ya da birkaç meşru amacının olması ve demokratik bir toplumda bu tür bir amaca ulaşmak için müdahalenin gerekli olması şartlarını sağlaması gerekir ⁶.

Meşru amacın öngörülmesi bağlamında Mahkeme, somut olayda amfilere konulan kameraların öğrenci ve öğretmenlerin güvenliğinin sağlanması ile eğitim sürecinin gözetimi amacıyla konulduğu çıkarımını yapmış, ancak ulusal düzenlemelerde güvenlik kameralarının kullanım amaçları arasında eğitim sürecinin denetlenmesi amacına yer verilmediği ve somut olaya ilişkin öğrenci ve öğretmenlerin güvenliğine ilişkin herhangi bir endişenin varlığından da bahsedilmediği tespitinde bulunmuştur⁷. Dolayısıyla, kamera gözetimiyle gerçekleştirilmek istenen amacın yalnızca kanunda yer alması yeterli olmamakta, amacın meşruiyeti somut olay bağlamında irdelenmektedir.

Öte yandan, Avrupa Birliği'nin 2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR), kişisel verilerin işlenmesine ilişkin detaylı ve güncel bir düzenleme sunmaktadır. GDPR, eğitim sektörü de dahil olmak üzere tüm alanlarda veri koruma standartlarını belirlemekte ve bireylerin haklarını muhafaza etmektedir. Antović ve Mirković davasında ele alınan ilkelerin, GDPR'ın temel prensipleriyle büyük ölçüde örtüştüğü ifade edilmelidir.

GDPR 4/1. maddesinde kişisel veri "kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi" olarak tanımlanmaktadır. Düzenlemeye eğitim kurumlarının kamera ile gözetimine ilişkin açık bir kurala yer verilmemiş olsa da fotoğraf ve video kayıtlarının da kişisel veri olarak GDPR kapsamında olduğunda şüphe yoktur. Bununla birlikte, fotoğrafların işlenmesi genel veri kategorisinde kabul edilirken; "gerçek bir kişinin benzersiz bir şekilde tanımlanmasına veya kimlik doğrulamasına izin veren belirli teknik araçla işlendiğinde biyometrik veri tanımı kapsamına gireceğinden"⁸ yüz tanıma teknolojisine sahip kameralarla yapılacak gözetimde özel nitelikli veri işleme faaliyetinin varlığı kabul edilecektir.

Okullarda kullanılan kameralar aracılığıyla, biyometrik veri işlesin ya da işlemesin, hukuka uygun veri işlenebilmesi için uyulması gereken temel ilkeler düzenlemenin 5. maddesinde sayılmıştır. Bu bağlamda, eğitim kurumları öncelikle kamera sistemlerinin kullanımına ilişkin hukuki gerekçeyi net bir şekilde ortaya koymalı ve ilgili taraflara şeffaf bir biçimde bildirimde bulunmalıdır. Gözetimin amacı, kamera sistemleri kurulmadan önce açıkça tanımlanmalı ve bu amaçla sınırlı kalınmalıdır. Veri minimizasyonu ilkesi uyarınca, yalnızca belirlenen amaç için gerekli olan görüntüler kaydedilmeli ve işlenmelidir. Kaydedilen görüntülerin doğruluğu ve güncelliği sağlanmalı, ayrıca bu veriler artık

6 Antović and Mirković v Montenegro, App no 70838/13 (ECtHR, 20 November 2017, §55.

7 Antović and Mirković v Montenegro, App no 70838/13 (ECtHR, 20 November 2017, §59.

8 GDPR, Resital no: 51, <<https://gdpr-info.eu/recitals/no-51/>> accessed 30 June 2024.

gerekli olmadığında silinmelidir. Eğitim kurumları, toplanan görüntü verilerinin bütünlüğünü ve gizliliğini korumak adına, bu verilere erişimi sınırlandırmalı ve gerekli güvenlik önlemlerini almalıdır. Son olarak, tüm bu süreçlerin GDPR'a uygunluğunu belgelemeli ve gerektiğinde hesap verebilirlik ilkesi çerçevesinde bu belgeleri sunabilmelidir⁹.

Düzenlemenin 6. maddesinde belirlenen veri işleme şartları gözetildiğinde, okullarda kamera ile yapılacak gözetim, ilgililerin rızası (m.6/1(a)), veri sorumlusunun tabi olduğu yasal bir yükümlülüğe uymak için işlemenin gerekli olması (m.6/1(c)), işleme faaliyetinin kamu yararına veya veri sorumlusuna verilen resmi yetkinin kullanılması amacıyla gerçekleştirilen bir görevin yerine getirilmesi için gerekli olması (m.6/1(e)) ya da veri sorumlusunun meşru menfaatlerini korumak için gerekli olması şartlarından birine dayalı olarak gerçekleştirilebilecektir.

Bununla birlikte, GDPR'da dikkat çeken bir husus, kamu otoritelerinin görevlerini ifa ederken gerçekleştirdikleri veri işleme faaliyetlerinde, meşru menfaat gerekçesiyle kişisel veri işleyemeyecekleri yönündeki düzenlemedir. Bu kural, Tüzük'ün 6. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesinde açıkça belirtilmiştir. Bu düzenlemenin mantığı ise şu şekilde açıklanmaktadır: Kamu kurumlarının kişisel veri işleme faaliyetlerinin yasal zeminini oluşturmak, esasen yasama organının sorumluluğundadır. Bu nedenle, kamu kurumlarının görevlerini yerine getirirken gerçekleştirdikleri veri işleme faaliyetleri için meşru menfaat gerekçesi geçerli olmamalıdır¹⁰.

Bu yaklaşımın altında yatan temel düşünce, kamu kurumlarının görev ve yetkilerinin zaten kanun koyucu tarafından belirlenmiş olmasıdır. Dolayısıyla, bu görevlerin ifası sırasında kişisel verilerin işlenmesi gerekiyorsa, bunun da yine kanun koyucu tarafından öngörülmüş ve düzenlenmiş olması gerekir. Bu durum, kamu kurumlarının veri işleme faaliyetlerinin daha sıkı bir yasal çerçeveye tabi tutulmasını ve keyfi uygulamaların önüne geçilmesini amaçlamaktadır.

Öte yandan, eğitim kurumlarında kişisel verilerin işlenmesi için ilgili kişilerin rızasının alınması konusu, Tüzük'ün 7. maddesinde belirtilen "özgür iradeye dayalı rıza" şartı bağlamında önemli zorluklar içermektedir. Bu bağlamda, eğitim kurumlarında bulunan öğrenciler ve personel açısından rıza mekanizmasının pratikte uygulanabilirliği ve etkinliği sorgulanmalıdır. İlk olarak, bu kişilerin kamera gözetimi uygulamasına rıza göstermemeleri durumunda olumsuz muameleye maruz kalabilecekleri endişesi, gerçek iradelerini özgürce yansıtma ve engelleyecektir. Bu durum, rızanın özgür iradeye dayanması ilkesiyle çelişmektedir. İkinci olarak, kamera gözetiminin doğası gereği, rıza gösteren ve göstermeyen kişiler arasında ayırım yapılması pratik açıdan mümkün değildir. Kameraların kapsamına giren alanlarda bulunan herkes, rıza durumundan bağımsız olarak görüntülenecektir.

Bu faktörler göz önüne alındığında, eğitim kurumlarında kamera gözetimi için rızaya dayalı bir veri işleme yaklaşımının işlevsel olmayacağı ve GDPR'ın öngördüğü rıza standartlarını karşılamakta

9 Ayrıntılı bilgi için bkz.: M. N. Asghar, N. Kanwal, B. Lee, M. Fleury, M. Herbst and Y. Qiao, 'Visual Surveillance Within the EU General Data Protection Regulation: A Technology Perspective' (2019) (7) IEEE Access 111709, 111712, <doi: 10.1109/ACCESS.2019.293.4226> accessed 25 June 2024.

10 GDPR, Resital no: 47, <https://gdpr-info.eu/recitals/no-47/> accessed 30 June 2024.

yetersiz kalacağı sonucuna varılmaktadır. Dolayısıyla, eğitim kurumlarında kamera gözetimi uygulamaları için alternatif yasal dayanaklar ve veri işleme gerekçeleri değerlendirilmelidir. Bu bağlamda, İdarenin yasal hukuki yükümlülüklerin yerine getirilmesinde gerekli olması ya da kamu yararı veya resmi yetkinin kullanılması için gerekli olması şartlarına dayalı olarak okullarda kamera kaydı yoluyla veri işleyebileceği değerlendirilmektedir.

Öte yandan, okullarda yüz tanıma teknolojisini içeren kameralar ile gözetim yapılarak biyometrik veri işleme yapılabilmesi için Tüzük'ün 9. maddesinde belirlenen özel nitelikli verilerin işleme şartlarından birinin sağlanması gerekmektedir¹¹. Tüzük'ün ilgili maddesinde, ilgilinin açık rızasının bulunması, biyometrik veri işlenmesi için temel şart olarak belirlenmiştir. Ancak açık rızanın bulunmadığı hallerde, örneğin iş hukuku ve sosyal güvenlik alanındaki yükümlülükler kapsamında; ilgili kişinin veya başka bir gerçek kişinin hayati çıkarlarının korunması için zorunlu olması ve ilgili kişinin fiziksel veya hukuki olarak rıza veremeyecek durumda olması halinde; hukuki iddiaların ileri sürülmesi, uygulanması veya savunulması için gerekli olması halinde; önemli bir kamu yararı nedeniyle veya önleyici tıp, tıbbi teşhis, bakım veya tedavinin sağlanması amacıyla biyometrik veri işlenebilecektir. Söz konusu maddede sayılan bu veri işleme şartları değerlendirildiğinde, öncelikle İdarenin okullarda kişilerin açık rızasını alması halinde biyometrik veri işleyebileceği kabul edilmelidir. Ancak, yukarıda rızaya ilişkin değerlendirmelerimiz burada da geçerlidir. Bunun yanı sıra 9. maddenin 2. fıkrasının (g) bendinde düzenlenen “işlemenin önemli kamu yararı nedenleriyle gerekli olması, Birlik veya Üye Devlet hukuku temelinde izlenen amaçla orantılı olması, veri koruma hakkının özüne saygı gösterilmesi ve veri sahibinin temel haklarını ve menfaatlerini korumak için uygun ve özel önlemler sağlanması” şartı da İdarenin yüz tanıma teknolojisine sahip kameralarla gözetim yapmasına dayanak olabilecek şartlardan biri olarak öne çıkmaktadır.

Özel nitelikli verilerin işleme şartlarından biri olan “önemli kamu yararı nedenleriyle gerekli olması” ifadesi geniş şekilde yorumlanma potansiyeline sahiptir. Bu sebeple, örneğin İngiltere Veri Koruma Kanunu'nda önemli kamu yararını içeren faaliyetlerin bir listesi yapılmıştır¹². Buna göre veri sorumlusu ilgili şarta dayalı olarak veri işleyebilmek için, kanunda listelenen parlamento, yasal veya hükümet amaçlarından biri; fırsat veya muamele eşitliğinin teşvik edilmesi veya sürdürülmesi; yasa dışı bir eylemin önlenmesi veya tespit edilmesi; bir kurum veya kuruluşun yönetiminde sahtekarlık, görevi kötüye kullanma, yetersizlik veya kötü yönetime karşı kamunun korunması ve terörün finansmanı veya kara para aklama ile ilgili açıklamalar gibi amaçlarla veri işlediğini kanıtlamak zorundadır¹³. Buradan hareketle, ulusal düzenlemelerde farklı sınırlamaların getirilebileceği de not edilmek şartıyla, Tüzük'ün 9/2. maddesinin (g) bendi bağlamında İdare, okullarda öğrenci ve personel ile kamu hizmeti araçlarının korunması, hukuka aykırı hareketlerin önlenmesi ya da

11 Ayrıntılı bilgi için Avrupa Veri Koruma Otoritesi (EDPB) tarafından yayımlanan kişisel verilerin video cihazlarıyla işlenmesine ilişkin 3/2019 sayılı Kılavuza bakılabilir: Guidelines 3/2019 on processing of personal data through video devices, European Data Protection Board, Adopted on 29 January 2020 <https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-32019-processing-personal-data-through-video_en> accessed 25 May 2024.

12 İngiltere'de 1998 tarihinde yürürlüğe giren Veri Koruma Kanunu (Data Protection Act 1998) ve bunu ilga eden 2018 tarihli Kanunda (Data Protection Act 2018) ilgili listeye Ek 1, Bölüm 2'de (Schedule 1, Part 2) yer verilmiştir.

13 Ayrıntılı bilgi için bkz.: Nicola Fulford and Peter Carey, 'Special Categories of Data' in Peter Carey (ed) Data Protection A Practical Guide to UK and EU Law (Oxford University Press 2018), 75.

kanıtlanması gibi önemli sayılabilecek kamu yararı amacıyla biyometrik veri işleyerek kamera ile gözetim yapabilir.

II. OKULLARDA GÜVENLİK KAMERASI KULLANIMINA İLİŞKİN YURT DIŞI UYGULAMALARI

Bu bölümde, okullarda güvenlik kamerası kullanımına ilişkin bazı Avrupa ülkeleri ve Amerika Birleşik Devletleri'ndeki hukuki uygulamalar ele alınacaktır. Çalışmada, Avusturya, İsveç, Fransa ve İngiltere'deki veri koruma otoritelerinin konu hakkındaki kararları incelenecektir. Söz konusu kararlar, öğrencilerin ve eğitim personelinin kişisel verilerinin korunması ile okul güvenliği arasındaki hukuki dengenin farklı yargı sistemlerinde nasıl kurulduğunu göstermesi bakımından önem arz etmektedir. Devamında, Avrupa ve Amerika Birleşik Devletleri arasındaki uygulama farklılıklarını ortaya koymak amacıyla, ABD'deki mevcut durum özet olarak irdelenecektir.

A. AVRUPA ÜLKELERİNDEN ÖRNEKLER

Avusturya Veri Koruma Otoritesi'nin bir kararında, kamu kurumlarının meşru menfaate dayalı olarak veri işleyemeyeceğine ilişkin kuralın uygulanması konusunda bir ayırım yapıldığı görülmektedir¹⁴. Bu karara göre, özel kurumlar meşru menfaatlerini gerekçe göstererek veri işleme faaliyetlerinde bulunabilirken, kamu kurumlarının görevlerini yerine getirirken gerçekleştirdikleri veri işleme faaliyetleri için mutlaka yasal bir dayanak bulunması gerekmektedir.

Ancak, eğitim kurumlarının kamera ile gözetim uygulamaları için iki farklı durum söz konusudur. Eğitim faaliyetlerinin sürdürüldüğü saatlerde, yasal bir dayanak olmaksızın kamera ile veri işlenmesi uygun görülmemektedir. Ancak, eğitim saatleri dışında kalan zamanlarda, örneğin geceleri veya tatil günlerinde, bina ve içerisindeki ekipmanın korunması amacıyla kamera kullanımı meşru menfaat kapsamında değerlendirilebilmektedir.

Kararda, yerel mevzuat incelenerek veri sorumlusu İdare'nin okulun güvenliğinden sorumlu olduğu tespit edilmiş, fakat kameraların kullanımına ilişkin spesifik bir düzenlemenin bulunmadığı vurgulanmıştır. Ayrıca, özellikle okul koridorlarında yaşanabilecek sorunlara karşı öğretmenlerin görevlendirildiği belirtilmiştir.

Otorite, somut olayda 10-14 yaş arası öğrencilerin bulunduğu okulla ilgili olarak bu yaş grubundaki öğrencileri birbirinden korumak amacıyla kamera kaydı yapılmasının, ölçülülük ilkesi bağlamında "en hafif yöntem" olarak kabul edilemeyeceğini vurgulamıştır. Bu değerlendirme, eğitim kurumlarında özellikle yaşı küçük çocuklara yönelik kamera kullanımının gerekliliği ve orantılılığı konusunda önemli bir bakış açısı sunmaktadır.

¹⁴ Avusturya Veri Koruma Otoritesi, 2022-0.858.901 (6.09.2023) <[https://gdprhub.eu/index.php?title=DSB_\(Austria\)_-2022-0.858.901](https://gdprhub.eu/index.php?title=DSB_(Austria)_-2022-0.858.901)> accessed 12 May 2024.

Kararda, kamu kurumlarının veri işleme faaliyetlerinde yasal dayanak gerekliliği vurgulanırken, aynı zamanda eğitim kurumlarının güvenlik ihtiyaçları ile kişisel verilerin korunması arasında bir denge kurulmaya çalışılmaktadır. Ayrıca, ölçülülük ilkesi bağlamında öğrencilerin yaş grupları ve alternatif güvenlik önlemleri gibi faktörlerin de dikkate alınması gerektiği ortaya koyulmuştur.

Stockholm'deki bir okulda kapsamlı kamera gözetimi yapıldığına ve ilgili taraflara yeterli bilgilendirme yapılmadığına dair şikayetler üzerine İsveç Gizliliği Koruma Kurumu tarafından başlatılan inceleme de eğitim kurumlarında kamera gözetimi uygulamalarının GDPR çerçevesinde değerlendirilmesi açısından önemli bir örnek teşkil etmektedir¹⁵. İnceleme sonucunda, okulun neredeyse tamamını kapsayan yaklaşık 50 adet sabit kameranın varlığı tespit edilmiştir. Bu kameraların koridorlar, merdiven boşlukları, kapılar, tuvaletler ve öğrenci dolapları gibi alanları sürekli olarak (7/24) gözetim altında tuttuğu belirlenmiştir.

Kurumun konuya ilişkin değerlendirmesinde, somut olayda okulun dayandığı ulusal hükmün, GDPR'nin 6(1)(c) maddesi bağlamında (hukuki yükümlülüğün yerine getirilmesi için gerekli olması) kişisel verilerin işlenmesi için yeterince açık ve kesin olmadığı, ancak 6(1)(e) maddesi kapsamında (kamu yararına yürütülen bir görevin yerine getirilmesi veya kontrolöre verilen resmi yetkinin kullanılması için işlemenin gerekli olması) bir işleme temeli oluşturabileceği belirtilmiştir. Öte yandan, yangın gibi ciddi tehditler karşısında belirli alanların kamerayla izlenmesinin haklı gerekçelere dayanabileceği kabul edilmekle birlikte, okul genelinde ve sürekli olarak yapılan kamera gözetiminin ölçülülük ilkesiyle bağdaşmadığı vurgulanmıştır. Kurum, zorunlu eğitim kapsamında okulda bulunmak zorunda olan çocukların kamerayla izlenmesinin her zaman mahremiyet açısından hassas bir konu olduğunu belirtmiş ve bu sebeple kamera gözetimi dışındaki diğer güvenlik önlemlerinin yeterliliğinin araştırılması gerektiğini vurgulamıştır. Bu bağlamda somut olay değerlendirmesinde, mevcut kamera gözetimi uygulamasının kamu yararına yönelik görevin yerine getirilmesi için gerekenden daha müdahaleci ve kapsamlı olduğu sonucuna varılmıştır.

Öte yandan, okullarda kameraların kullanımının yasallığı incelenirken bunların okul binalarında var oluş sebeplerinin yanı sıra binalardaki konumlandırmaları da önem arz etmektedir. Örneğin, İngiltere Veri Koruma Otoritesi (ICO), şiddeti önleme amacıyla okul tuvaletlerinin kamera ile izlenmesine ilişkin yaptığı değerlendirmede, konunun gereklilik ve orantılılık ilkeleri çerçevesinde dikkatli bir şekilde incelenmesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁶. Bu yaklaşımın temelinde, tuvaletlerin öğrenciler ve veliler tarafından yüksek düzeyde mahremiyet beklentisi olan alanlar olarak görülmesi yatmaktadır. ICO'ya göre kameraların çocukları bu derece özel bir ortamda kaydetmesi, çoğu zaman çocukların mahremiyetine orantısız müdahale teşkil edecektir.

15 İsveç Gizliliği Koruma Kurumu, DI-2021-5774 (3.10.2023). İngilizce özeti için <https://www.edpb.europa.eu/news/national-news/2023/camera-surveillance-during-daytime-justified-swedish-school-prevent-fires_en> Kararın tamamı için: <<https://www.imy.se/tillsyner/utbildningsnamnden-i-stockholms-stad—aspuddens-skola/>> accessed 22 May 2024.

16 'How can we comply with the data protection principles when using surveillance systems?', Information Commissioner's Office (ICO), (17 October 2022) <<https://ico.org.uk/for-organisations/uk-gdpr-guidance-and-resources/cctv-and-video-surveillance/guidance-on-video-surveillance-including-cctv/how-can-we-comply-with-the-data-protection-principles-when-using-surveillance-systems/>> accessed 21 May 2024.

Okullarda yüz tanıma sistemine sahip kameraların kullanılmasına ilişkin olaraksa Fransız Veri Koruma Otoritesi (CNIL) tarafından verilen tavsiye kararı örnek olarak verilebilir. CNIL, iki lisenin giriş kontrolünde yüz tanıma sisteminin denemesi konusunda kendisinden tavsiye istenmesi üzerine bu konuda bir değerlendirme yapmıştır¹⁷. CNIL, önerilen sistemin GDPR'ın temel ilkelerinden olan ölçülülük ve veri minimizasyonu prensiplerine uygun olmadığı sonucuna varmıştır. Otorite, okul girişlerinin güvenliğini sağlama ve giriş-çıkışları kolaylaştırma hedeflerine, yüz tanıma teknolojisi yerine, örneğin yaka kartı kontrolü gibi kişisel mahremiyete ve bireysel özgürlüklere daha az müdahale eden yöntemlerle ulaşılabileceğini belirtmiştir.

CNIL, biyometrik verilerin işlenmesinin özel bir hassasiyet gerektirdiğini ve bu tür verilerin daha yüksek düzeyde koruma altına alınması gerektiğini vurgulamıştır. Özellikle yüz tanıma sistemlerinin, kişilerin mahremiyet ve bireysel özgürlükleri açısından ciddi riskler taşıyan, oldukça müdahaleci bir teknoloji olduğuna dikkat çekilmiştir. Bu değerlendirme, eğitim kurumlarında ileri teknoloji güvenlik sistemlerinin kullanımının, öğrencilerin temel hakları ve özgürlükleri bağlamında dikkatle ele alınması gerektiğini göstermektedir¹⁸.

B. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ'NDEKİ UYGULAMALAR

Avrupa kıtasında gözlemlenen uygulamalardan farklı olarak, Amerika Birleşik Devletleri'nde eğitim kurumlarında kamera gözetimi konusuna yaklaşım oldukça farklılık göstermektedir¹⁹. ABD'de, eyaletler arasında bazı düzenleme farklılıkları bulunmakla birlikte, genel eğilim daha geniş kapsamlı bir gözetim uygulamasına izin verilmesi yönündedir.

Amerika'da, tuvalet ve giyinme kabinleri gibi yüksek mahremiyet beklentisi olan alanlar genellikle kamera gözetiminden muaf tutulmaktadır. Bununla birlikte, derslikler, kütüphaneler, koridorlar gibi ortak kullanım alanlarında güvenlik kamerası yerleştirilmesi yaygın bir uygulama olarak kabul görmektedir. Bu yaklaşım, okul güvenliğini sağlama ve potansiyel suç eylemlerini caydırma amacıyla gerekçelendirilmektedir²⁰.

Daha da ileri giderek, birçok eyalet yüz tanıma teknolojisi içeren kamera sistemlerinin kullanımına da izin vermektedir. Bu durum, Avrupadaki uygulamalarla büyük bir tezatlık oluşturmaktadır. Örneğin, New York Eyaleti'nde bulunan Lockport Şehir Okulları yetkilileri, tanıtımını yaptığı

17 Anastasia Karagianni And Vagelis Papakonstantinou, 'Surveillance in Schools Across Europe: A New Phenomenon in Light of the COVID-19 Pandemic? The Cases of Greece and France' (2022) 11(2) European Journal of Educational Research, 1219, 1226 <<https://doi.org/10.12973/eu-jer.11.2.1219>> accessed 22 May 2024.

18 Okullarda biyometrik verilerin kullanılması konusunun özellikle İngiltere kapsamında ayrıntılı incelemesi için bkz.: Sandra Leaton Gray, 'Biometrics in Schools' in Deakin, J., Taylor, E., Kupchik, A. (eds) The Palgrave International Handbook of School Discipline, Surveillance, and Social Control (Palgrave Macmillan 2018).

19 Amerika'da yaşanan okul baskınları ve toplu ölüm olaylarından sonra yasal düzenlemelerdeki güvenlik eksenli değişimlere ilişkin bkz.: Paul J. Hirschfield, 'Trends in School Social Control in the United States: Explaining Patterns of Decriminalization' in Deakin, J., Taylor, E., Kupchik, A. (eds) The Palgrave International Handbook of School Discipline, Surveillance, and Social Control (Palgrave Macmillan 2018).

20 Ayrıntılı bilgi için bkz.: Stefan P. Schropp, 'Biometric Data Collection and RFID Tracking in Schools: A Reasoned Approach to Reasonable Expectations of Privacy' (2016) 94(3) North Carolina Law Review, <<http://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol94/iss3/7>> accessed 24 May 2024.

sistem ile yapay zekâ destekli yazılım kullanan güvenlik kameraları aracılığıyla yüz taraması yaparak potansiyel tehditleri tespit etmeyi amaçladıklarını duyurmuş, bu sistemle kayıtlı cinsel suçlular, eski çalışanlar, okuldan uzaklaştırılan öğrenciler veya silah taşıyan kişiler gibi olası tehlikeleri belirlemeyi hedefledikleri beyan etmiştir²¹.

Okul yöneticileri, artan okul içi şiddet olayları ve silahlı saldırı tehditlerine karşı öğrencilerin ve personelin güvenliğini sağlama gerekçesiyle bu tür ileri teknoloji sistemleri savunmaktadır²². Bununla birlikte, bu uygulamalar toplumda tartışmalara yol açmaktadır. Bazı veliler ve sivil toplum örgütleri, çocukların özel hayatlarının bu derece kapsamlı bir şekilde gözetim altına alınmasına karşı çıkmakta ve bu durumun uzun vadede çocukların gelişimi üzerinde olumsuz etkileri olabileceğini ileri sürmektedir. Amerikan Medeni Özgürlükler Birliği (ACLU) gibi organizasyonlar, okullarda yüz tanıma teknolojisinin kullanımına karşı kampanyalar yürütmekte ve bu uygulamaların iddia edildiği gibi öğrencileri ve okul personelini korumadığını savunmaktadır²³.

Bu durum, ABD ve Avrupa arasında eğitim kurumlarında gözetim teknolojilerinin kullanımı konusunda belirgin bir yaklaşım farkı olduğunu göstermektedir. Avrupada kişisel verilerin korunması ve mahremiyet hakkı ön planda tutulurken, ABD’de güvenlik kaygıları daha ağır basmakta ve teknolojik çözümlere daha fazla başvurulmaktadır.

III. TÜRKİYE’DEKİ HUKUKİ DURUM

Türkiye’de eğitim kurumlarında güvenlik kaygısı giderek artan bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Okul bina ve çevresinde yaşanan kavgalar, uyuşturucu ve türevlerinin kullanımı, öğretmenlerin öğrenciler tarafından darp edilmesi hatta öldürülmesi, öğretmenler ve öğrenciler arasında suç konusu teşkil eden olayların yaşanması sıklıkla basına yansımaktadır²⁴. Artan güvenlik sorunları nedeniyle de okul binalarında kamera kullanımı zorunlu bir uygulama haline gelmiştir.

21 Alisia Losardo, ‘Faceoff: The Fight for Privacy in American Public Schools in the Wake of Facial Recognition Technology’ (2020) 44(2) Seton Hall Journal of Legislation and Public Policy, <<https://scholarship.shu.edu/shlj/vol44/iss2/6>> accessed 24 May 2024.

22 Örneğin, Amerika’nın bazı eyaletlerinde, güvenlik kameraları dışında okullarda görev yapan güvenlik ve suçun önlenmesinden sorumlu kolluk kuvvetlerinin (School Resource Officers) ya da okul müdürlerinin kampüste bulunduğu süre boyunca vücut kamerası kullanma uygulaması bulunmaktadır: Emmeline Taylor, ‘Recent Developments in Surveillance: An Overview of Body-Worn Cameras in Schools’ in Deakin, J., Taylor, E., Kupchik, A. (eds) The Palgrave International Handbook of School Discipline, Surveillance, and Social Control (Palgrave Macmillan 2018) 374. Öte yandan Philadelphia eyaletinde, polise duyulan ihtiyacı azaltmak amacıyla, şiddete eğilimli okullarda drone araçlarıyla gözetleme yapılmasına yönelik çalışmalar yapıldığı ifade edilmiştir: Maddy Dwyer, ‘What Was Once Science Fiction Is Now Reality: Orwellian Uses of Safety Tech in K-12 Schools’ (Center for Democracy & Technology, 12 December 2023) <<https://cdt.org/insights/what-was-once-science-fiction-is-now-reality-orwellian-uses-of-safety-tech-in-k-12-schools/>> accessed 7 July 2024.

23 ‘Digital Dystopia: The Danger in Buying What the EdTech Surveillance Industry is Selling’ ACLU Research Report, 2 October 2023 <<https://www.aclu.org/publications/digital-dystopia-the-danger-in-buying-what-the-edtech-surveillance-industry-is-selling>> accessed 5 July 2024.

24 Hilal Kahraman, Fatma Köybaşı Şemin ve Celal Teyyar Uğurlu, ‘Okul Güvenliği: Türkiye’de Basına Yansıyanlar’ (2019) 8(1) Journal of History Culture and Art Research <<http://dx.doi.org/10.7596/taksad.v8i1.1923>> Erişim tarihi 22 Mayıs 2024.

Bu durum, öğrenci ve personelin güvenliğini sağlama ihtiyacı ile kişisel verilerin korunması ve mahremiyet hakkı arasında hassas bir denge kurulmasını gerektirmektedir. Bu bölümde, Türkiye’de okullarda güvenlik kamerası kullanımına ilişkin mevcut yasal düzenlemeler, yargı kararları ve idari uygulamalar incelenecektir. Böylece, Türkiye’nin konuya yaklaşımının Avrupa uygulamalarıyla ne ölçüde örtüştüğü ve hangi noktalarda farklılaştığı ortaya konulmaya çalışılacaktır.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, GDPR’da olduğu gibi okullarda kamera kullanımı konusunda özel bir düzenleme içermemektedir. Ancak, bu konuya ilişkin veri işlemenin ilkeleri (m.4) ile veri işleme şartlarının (m.5 ve m.6) düzenlendiği hükümlerden hareketle bir sonuca varılabilir. Yukarıda, KVKK’nun kişisel veriyi “*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*” olarak tanımladığını, dolayısıyla kamera kaydı ve fotoğraf gibi verilerin kanun kapsamında olduğunu ifade etmiştik.

Kanunun 5. maddesine göre, kişisel veriler ilgisinin açık rızası olmaksızın işlenemez. Ancak, aynı maddede belirlenen bazı şartların varlığı halinde açık rıza olmaksızın veri işlemek hukuka uygun kabul edilecektir. Düzenlemenin ikinci fıkrasında sayılan veri işleme şartları incelendiğinde, okullarda kamera gözetiminin, kanunlarda açıkça öngörülmesi (m.5/2(a)), veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için gerekli olması (m.5/2(ç)) ya da veri sorumlusunun meşru menfaatleri için gerekli olması (m.5/2(f)) şartlarına dayanarak yapılabileceği değerlendirilmektedir.

Kamu kurumlarının kamusal görevlerini yerine getirirken meşru menfaat şartına dayanarak kişisel veri işleyemeyeceğine yönelik GDPR’da yer alan düzenlemeye (m.6/1 (son cümle) KVKK’da yer verilmemiştir. Dolayısıyla kural olarak kamu kurum ve kuruluşlarının da bu şarta bağlı olarak veri işleyebilecektir. Ancak, idare hukukunun temel prensiplerinden biri, kamu idaresinin faaliyetlerini yürütürken kamu yararını gözetmesi gerekliliğidir²⁵. Yasama organı tarafından çıkarılan kanunlarla idareye verilen görev ve yetkiler, toplumun ortak menfaatlerinin korunması ve geliştirilmesi amacıyla yöneliktir²⁶. Bu bağlamda, idarenin kendisine tevdi edilen görevleri ifa ederken, kurumsal veya bireysel çıkarları ön plana çıkarması hukuki açıdan kabul edilemez bir durumdur. İdarenin takdir yetkisini kullanırken dahi, bu yetkinin sınırlarını kamu yararı ve hizmet gerekleri belirler. Bu sebeple, kamusal görevlerin yerine getirilmesi sırasında işlenen kişisel veriler için meşru menfaat şartına dayanılması mümkün değildir. Bunun yerine, İdare “kanunda açıkça öngörülmesi” ya da “hukuki yükümlülüklerin yerine getirilebilmesi için veri işlemenin zorunlu olması” şartlarından birine dayanarak veri işleyecektir.

Öte yandan, yüz tanıma sistemine sahip kameralarla biyometrik veri işleme yapılması durumunun hukukiliği için KVKK’nun 6. maddesinde düzenlenen veri işleme şartlarından birinin sağlanması gerekir. Söz konusu maddede sayılan şartlar incelendiğinde, İdarenin bu tür veri işleme faaliyetini yalnızca ilgisinin açık rızasını alarak yapabileceği ya da bu veri işlemenin kanunlarda açıkça

25 Turan Yıldırım, ‘İdari İşlem’ iç Turan Yıldırım (ed) *İdare Hukuku* (On İki Levha 2021) 510; Celaledin Koç, ‘İdari İşlemin Amaç Unsuru’, (Yüksek Lisans, Bursa Uludağ Üniversitesi 2019) 5.

26 Tekin Akıllıoğlu, ‘Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler’ (1988) 9(1-3) İHİD 11, 15 <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/13697>> Erişim Tarihi: 2 Mayıs 2024.

öngörülmesi halinde mümkün olduğu sonucuna varılmaktadır²⁷. Ancak açık rızanın özgür iradeye dayalı olarak verilmesi gerekliliği ve gözetlemenin yapıldığı alana rızası olmayanların da girebileceği, özellikle okul binalarında rıza veren ve rıza vermeyenlerin ayrıştırılmasının teknik olarak mümkün olmadığı düşünüldüğünde, KVKK uyarınca yalnızca kanunlarda öngörülmesi şartının sağlanması halinde biyometrik veriye dayalı gözetimin mümkün olduğu sonucuna varılmaktadır.

Bununla birlikte, KVKK bağlamında uygun veri işleme şartlarının sağlanması halinde dahi Kanunun 4. maddesinde sayılan veri işleme ilkelerine uyulması gerekecektir. Bu ilkelerden hareketle okullarda kamera gözetimi ile yapılacak veri işleme faaliyetinin meşru amaçlara yönelik olması, işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olması ve kayıtların mevzuatta öngörülen yahut işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar tutulması şartlarını sağlaması gerekir.

KVKK hükümlerinden hareketle İdarenin okullarda kamera gözetimi ile veri işleyebilmesi için bunun kanunlarda açıkça belirtilmesi ya da İdare için öngörülen hukuki yükümlülüklerin kamera gözetimini zorunlu kılması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Bu sebeple, mevzuat hükümleri incelenmelidir.

Okullarda güvenlik kameralarının kullanımı, eğitim kurumlarının güvenliğini sağlamak ve öğrencileri korumak amacıyla başvurulmuş bir yöntem olarak kullanıldığından bu uygulama, Anayasa'nın 58. maddesinde belirtilen devletin gençliği koruma yükümlülüğü ile yakından ilişkilidir²⁸. Anayasa'nın ilgili maddesinin ikinci fıkrası, devletin gençleri "alkol düşkünlüğünden, uyuşturucu maddelerden, suçluluk, kumar ve benzeri kötü alışkanlıklardan ve cehaletten korumak için gerekli tedbirleri" alması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu bağlamda, İdare kendisine Anayasa ile verilen görevi yerine getirmek amacıyla kameralardan yararlanmakta, öğrencileri Anayasa'da sayılan kötü alışkanlıkları edinmesinden korumaya çalışmaktadır. Nitekim güvenlik kameralarının varlığı okul ortamında disiplinin sağlanmasına ve suç teşkil edebilecek davranışların önlenmesine katkıda bulunur. Bu durum, özellikle zorbalık ve şiddet olaylarının azalmasına yardımcı olur ve öğrencilerin kendilerini daha güvende hissetmelerini sağlar.

Bununla birlikte, güvenlik kameralarının öğrenciler üzerindeki muhtemel psikolojik etkileri de dikkatle değerlendirilmelidir²⁹. Nitekim, sürekli gözetim altında olma hissi, öğrencilerde stres, anksiyete ve güvensizlik duygularının artmasına neden olabilir. Bu durum, öğrencilerin okul ortamında kendilerini rahat ve özgür hissetmelerini engeller, yaratıcılıklarını ve sosyal etkileşimlerini

27 6. maddenin 3. fıkrasının (f) bendinde düzenlenen hukuki yükümlülüklerin yerine getirilmesi için zorunlu olması şartının istihdam, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler ve sosyal yardım konularıyla sınırlandırıldığı düşünüldüğünde bu hükmün okul binalarındaki kamera gözetimi için yasal bir temel oluşturamayacağı kabul edilmelidir.

28 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 9.11.1982/17863(Mükerrer) "**Madde 58** – Devlet, istiklal ve Cumhuriyetimizin emanet edildiği gençlerin müsbet ilmin ışığında, Atatürk ilke ve inkılapları doğrultusunda ve Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü ortadan kaldırmayı amaç edinen görüşlere karşı yetiştirme ve gelişmelerini sağlayıcı tedbirleri alır. / Devlet, gençleri alkol düşkünlüğünden, uyuşturucu maddelerden, suçluluk, kumar ve benzeri kötü alışkanlıklardan ve cehaletten korumak için gerekli tedbirleri alır."

29 Ashley Peterson, 'The Kids Are Not Alright: Negative Consequences of Student Device and Account Surveillance' (2024) 99 (1) Washington Law Review <<https://digitalcommons.law.uw.edu/wlr/vol99/iss1/9/>> accessed 7 July 2024.

olumsuz yönde etkiler³⁰. Ayrıca, sürekli izlendiğini bilen öğrencilerde, zamanla öz-denetim mekanizmalarının zayıflaması ve dışsal kontrol unsurlarına aşırı bağımlılık gelişmesi riski de bulunmaktadır. Güvenlik kameralarının kullanımının bir diğer potansiyel etkisi, öğrencilerin erken yaşlardan itibaren gözetim toplumuna alışmalarıdır. Bu durum, uzun vadede toplumsal düzeyde mahremiyet algısının değişmesine ve kişisel özgürlüklerin kısıtlanmasının normalleşmesine yol açabilir³¹. Ayrıca, yukarıda değinilen AİHM kararında ifade edildiği üzere, güvenlik kameralarının kullanımı, öğretmen-öğrenci ilişkisini de etkileyecektir. Öğretmenlerin sürekli izleniyor olması, onların öğrencilerle olan etkileşimlerinde daha temkinli davranmalarına ve spontane eğitim fırsatlarını kaçırma riskine neden olabilir. Bu durum, eğitim kalitesini ve öğretmen-öğrenci arasındaki güven ilişkisini olumsuz yönde etkiler.

Güvenlik kameralarının potansiyel olumsuz etkileri, Anayasa ile İdare'ye verilen bir başka görevle yakından ilgilidir. Anayasa'nın 59. maddesinde Devlete "*her yaştaki Türk vatandaşlarının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri alır*" şeklinde bir görev daha verilmiştir³². Bu maddeyle İdare'ye yalnızca fiziksel güvenliği değil, aynı zamanda vatandaşların psikolojik iyilik halini de gözetmesi görevi verilmektedir. Öyleyse, 58. maddenin 2. fıkrasında belirtilen gençleri koruma görevi ile 59. maddede öngörülen ruh sağlığını geliştirme yükümlülüğü arasında bir denge kurulması gerekmektedir. İşte bu ikisi arasında kurulacak denge için de ölçülülük ilkesine başvurulması gerekmektedir.

Öte yandan, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 51. maddesinde her türlü eğitim kurumlarına ait bina ve tesislerin çevrenin ihtiyaçlarına ve uygulanacak programların özelliklerine göre Bakanlık tarafından planlanacağı ve yaptırılacağı öngörülmüştür. Yine 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 4/3. maddesinde okul binalarının nitelikleri, bu binalarda açılacak kurumlar ile her tür tesis ve donanımına ilişkin standartların Bakanlıkça belirleneceği kabul edilmiştir.

Görüldüğü üzere, kanunlarda okullarda kamera gözetiminin yapılmasına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla KVKK'nın 5. ve 6. maddelerinde bulunan "kanunlarda açıkça öngörülme" şartına dayanılarak veri işlemenin mümkün olmadığı kabul edilmelidir. Bununla birlikte Bakanlık tarafından çıkarılan yönetmeliklerde bu hususa ilişkin düzenlemelere yer verilmiş ve İdareye çeşitli yükümlülükler getirilmiştir. Millî Eğitim Bakanlığı Okul Öncesi Eğitim ve İlköğretim

30 Sarah Lindstrom Johnson, Jessica Bottiani, Tracy E. Waasdorp and Catherine P. Bradshaw, 'Surveillance or Safekeeping? How School Security Officer and Camera Presence Influence Students' Perceptions of Safety, Equity, and Support' (2018) 63(6) Journal of Adolescent Health <<https://doi.org/10.1016/j.jadohealth.2018.06.008>> accessed 7 July 2024; Sierra Cistone, 'School surveillance tech does more harm than good, ACLU report finds' The Guardian (USA, 4 October 2023) <<https://www.theguardian.com/technology/2023/oct/04/school-surveillance-tech-aclu-report>> accessed 7 July 2024.

31 Hannah Quay-de la Vallee, 'The Chilling Effect of Student Monitoring: Disproportionate Impacts and Mental Health Risks' (Center for Democracy & Technology, 5 May 2022) <<https://cdt.org/insights/the-chilling-effect-of-student-monitoring-disproportionate-impacts-and-mental-health-risks/>> accessed 7 July 2024; Adrew Hope, 'CCTV, School Surveillance and Social Control' (2009) 35 (6) British Educational Research Journal <<https://doi.org/10.1080/014.119.20902834233>> accessed 7 July 2024.

32 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 9.11.1982/17863(Mükerrer) "**Madde 59** – Devlet, her yaştaki Türk vatandaşlarının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri alır, sporun kitlelere yayılmasını teşvik eder. / Devlet başarılı sporcuyla korur. / (Ek fıkra: 17/3/2011-6214/1 md.) Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz."

Kurumları Yönetmeliği'nin 78. maddesinin 2. fıkrasında şu ifadeye yer verilmiştir: “Güvenli okul ortamının sağlanması için her türlü eğitim ve rehberlik faaliyetlerine önem verilir. Çalışanların ve öğrencilerin fiziki ve psikolojik şiddetten korunması için iletişim araçları ile güvenlik sistemlerinden yararlanılarak gerekli tedbirler alınır.”

Benzer şekilde, Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 218. maddesinde şöyle denilmektedir: “Güvenli okul ortamının sağlanması, öğretmen ve öğrencilerin fiziki ve psikolojik şiddetten korunması için iletişim araçlarıyla kamera ve alarm sistemlerinden de yararlanılarak gerekli tedbirler alınır. Güvenliğin sağlanmasına yönelik personel görevlendirilir.”

Millî Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliği'nde ise daha ayrıntılı bir düzenleme yapılmıştır. Bu yönetmeliğin 11. maddesinin 4. fıkrasında şu hükme yer verilmiştir: “Ek:RG-13/1/2017-29947) Okullarda, bahçe giriş ve bina kapıları öncelikli olmak üzere, en az on beş gün süreyle görüntü kayıtlarını depolayacak güvenlik kamera sistemi kurulur. Ancak, (Ek ibare:RG-19/2/2020-31044) okul ve diğer kurumların derslik ve ders yapılan bölümler, öğretmenler odası, yönetici ve diğer çalışma/dinlenme odaları, rehberlik odası, kütüphane, spor salonu, yüzme havuzu, tuvalet lavabo, ibadethane ve benzeri birimlerin içini görecektir şekilde güvenlik kameraları yerleştirilemez.” Ancak, söz konusu hüküm, çeşitli yönlerden hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle iptali istemiyle dava edilmiştir.

Danıştay 8. Daire Başkanlığı'nın 2017/1158 E. ve 2021/2163 K. sayılı kararıyla incelenen düzenleme hakkında davacı, düzenlemenin yasal dayanaktan yoksun olduğunu iddia etmiştir³³. Ancak Danıştay, 652 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 13. ve 36. maddeleri ile 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 4. maddesini değerlendirerek, Millî Eğitim Bakanlığı'nın bu konuda düzenleme yapma yetkisine sahip olduğuna hükmetmiştir. 652 sayılı KHK'nın 13. maddesinin 1/a bendinde, Bakanlığın ilgili birimleriyle iş birliği içinde yükseköğretim dışındaki her kademedeki özel öğretim kurumlarının açılmasına izin vermenin ve bunları denetlemenin Özel Öğretim Kurumları Genel Müdürlüğü'nün görevleri arasında sayıldığı belirtilmiştir.

Ayrıca Mahkeme, resmi okullara getirilen güvenlik kamerası zorunluluğunun özel okullara da uygulanmasını, öğrencilerin iç ve dış tehditlerden korunması amacıyla kamu yararına ve hizmet gereklerine uygun bulmuştur. Bu bağlamda, Millî Eğitim Bakanlığı Okul Öncesi Eğitim ve İlköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 78. maddesi ile Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 218. maddesinde yer alan, güvenli okul ortamının sağlanması için kamera sistemlerinden yararlanılacağına dair hükümlerin, dava konusu düzenleme ile özel okullarda da uygulanmasına olanak sağlandığı vurgulanmıştır.

Davacı, söz konusu düzenlemede derslikler, öğretmenler odası, yönetici ve diğer çalışma/dinlenme odaları, kütüphane ve spor salonu gibi özel yaşam alanı olarak kabul edilmesi mümkün olmayan alanlarda kamera kullanımının yasaklanmasının haklı bir temeli olmadığını savunmuşsa da Mahkeme, bu konuda açık bir değerlendirme yapmamıştır.

33 Danıştay 8 D, E 2017/1158 K 2021/2163, 7.4.2021 <<https://www.adalet.gen.tr/danistay-8-daire-esas-no-2017-1158-karar-no-2021-2163.html>> Erişim Tarihi 12 Mayıs 2024.

Yine davacı, yönetmelikte geçen “benzeri birimler” ifadesinin belirsizliğe yol açacağını iddia etmiştir. Ancak Danıştay, madde metninde sayılan istisnaların öğretmenlerin ve öğrencilerin özel nitelikteki alanlarına işaret ettiğini ve bu çerçevede öğrenci ve/veya öğretmenler açısından belirtilen nitelikte olan ancak düzenlemede sayılmayan benzer alanlar yönünden “...ve benzeri birimler” ifadesi kullanılmasının düzenlemenin amacı göz önüne alındığında belirsizliğe yol açmadığını vurgulamıştır.

Yönetmelik maddesinde okul binalarında bulunan birçok birimin zikredilmesine rağmen “...ve benzeri birimler” ifadesine yer verilmesinin, gerçekten sayılan yerlerin ortak özelliği bağlamında öğretmen ve öğrenciler için özel alanları işaret ettiği kabul edilmelidir. Tereddütte kalındığı durumlarda ise ölçülülük ilkesine göre hareket etmek gerekecektir³⁴.

Örneğin, ilgili düzenlemede yasak getirilen birimler arasında sayılmamakla birlikte, okul koridor ve merdivenlerinin kamera ile izlenmesi hususu ölçülülük ilkesi bağlamında değerlendirmeye açıktır. Bu tür alanlar, bahçe girişi ve bina kapıları gibi, kuruma gelen herkesin erişimine açık olup, öğrencilerin ortak kullanım alanlarıdır ve bu nedenle kamusal nitelikleri daha baskındır. Bu sebeple, bu alanların kamera ile izlenmesi hukuka uygun kabul edilmelidir. Bununla birlikte ilgili yönetmeliklerde yer alan “nöbetçi öğretmen” uygulaması ile daha az veri işlenerek aynı amaca ulaşılabilirliği karşı argüman olarak ileri sürülebilir. Ancak, modern eğitim binalarının genişliği ve yüksek öğrenci sayısı göz önüne alındığında, bu argümanın geçerliliği olmadığı düşünülmektedir. Ayrıca, kamera sistemlerinin kullanımı, sadece eşya ve kişilerin güvenliğini sağlama amacıyla sınırlı tutulmalıdır. Örneğin, sadece öğretmenler odasına giden koridoru izleyen bir kameranın farklı bir durumu söz konusudur. Eğer kameralar, güvenliğini sağlamak yerine öğretmenlerin derslere zamanında giriş çıkışlarını denetlemek amacıyla kullanılıyorsa, bu durum ölçülülük ilkesine aykırı bir kullanım olarak değerlendirilmelidir. Çünkü bu tür denetimlerin, mahremiyeti daha az ihlal eden alternatif yöntemlerle de gerçekleştirilmesi mümkündür.

Öte yandan, güvenlik amaçlı kurulan kameraların, bulundukları alanlar dışında kaydettikleri veri türlerine de dikkat edilmelidir. Örneğin, kamera izlemelerinde görüntü kaydına ek olarak ses kayıtlarının da yapılması, ölçülülük ilkesine aykırı bir durum oluşturmaktadır³⁵. Bu tür uygulamalar,

34 Öte yandan, “bahçe girişi ve bina kapıları öncelikli olmak üzere...güvenlik kamera sistemi kurulması” şeklindeki düzenlemede farklı bir durum söz konusudur. Kamera konulmasının yasaklanması kişilerin özel hayatlarına müdahale edilmesini engelleyen bir düzenlemeyken, güvenlik kameraların yerleştirilmesini öngören düzenleme özel hayatın gizliliği hakkının sınırlandırılması niteliği taşıdığından belirsizliğe yol açacak şekilde kurgulanmamalıdır. Nitekim, düzenlemenin kamera sisteminin yerleştirilmesine yönelik ilk cümlesi 2017 yılında getirilmiş, kamera konulmasının yasaklandığı alanlara ilişkin ikinci cümlesi ise 2020 yılında eklenmiştir. Yönetmeliklerin uygulamadaki aksaklıklara göre değişikliğe uğradığı düşünüldüğünde, kuralın ilk haliyle oldukça geniş yorumlanarak güvenlik kameralarının okul binalarının her türlü birimlerine yerleştirilmesi yönündeki uygulamanın yaygınlaşması üzerine ek cümlelerin getirildiği sonucuna varılmaktadır.

35 “Veri sorumlusunun bir eğitim kurumu olarak faaliyet gösterdiği, öğrencilerinin okul öncesi, ilk ve orta öğretim öğrencileri olduğu, güvenlikleri için gerekli tüm işlemlerin hassasiyetle yürütülmesi gerektiği ve çalışanları açısından iş sağlığı ve güvenliği amaçlarını gerçekleştirme ihtiyacı bir arada düşünüldüğünde kamera vasıtasıyla görüntü kaydı alınmasının bu amaçları gerçekleştirmeye elverişli, meşru ve ölçülü bir işleme faaliyeti olduğu, böylece bir durumda görüntü kaydına ek olarak ses kaydı alınması gerekliliği söz konusu olmadığı gibi daha fazla verinin işlenmesinin, verisi işlenen tüm ilgili kişilerin özel hayatlarının gizliliği hakkı genelinde ve kişisel verilerinin korunması hakkı özelinde bir menfaat çatışması doğurduğu, öte yandan, güvenlik gerekçeleri ile kamera kaydı alınmasının yaygın bir uygulama olduğu ancak aynı gerekçe ileri sürülerek ses kaydı alınmasının, kişisel verisi işlenen ilgili kişilerin makul beklentilerinin ötesinde olduğu...” Kişisel

yalnızca gerekli ve orantılı olduğu durumlarla sınırlı kalmalıdır. Aksi takdirde, toplanan verilerin çeşitliliği ve kapsamı, bireylerin mahremiyetini ihlal eder.

Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin ölçütler arasında yer verilen ölçülülük ilkesinin elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkesi bulunduğu Anayasa Mahkemesi kararlarında da kabul edilmektedir³⁶. Buna göre ölçülülük ilkesi, “*sınırlamada başvuru alan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olması; bu aracın, sınırlama amacı açısından gerekli olması ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade eder*”³⁷. Dolayısıyla, bu ilke, her somut olayda amaç ve bu amacın gerçekleştirilmesi için kullanılan araç arasında, olayın koşullarına göre yapılacak bir değerlendirmeyi gerekli kılar. Bu bağlamda, Millî Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliği'nde yasaklanmasına yönelik kural bir yana bırakılırsa, okullarda derslikler ve ders yapılan alanlara kamera konulması hakkında somut durumlara göre farklı değerlendirmeler yapılması gerekir.

Okullarda, özellikle anaokulu ve özel eğitim sınıflarında kamera kullanımı ölçülülük ilkesi bağlamında değerlendirildiğinde, kendini ifade etme ve koruma yeteneği sınırlı olan bu öğrencilerin güvenliğini sağlama ve olası istismar vakalarını önleme amacıyla sınıflarında kamera kullanımı, potansiyel istismarcılara caydırıcı etki yaratması ve meydana gelecek herhangi bir olayda delil niteliği taşıması nedeniyle elverişlilik ilkesini karşıladığı kabul edilmelidir. Öte yandan, anaokulu öğrencileri ve özel eğitim gereksinimi olan bireyler kendilerini ifade etme becerisi sınırlı olan gruplardır. Bu öğrencilerin güvenliğini sağlamak için daha fazla personel görevlendirilmesi, sınıf kapılarının şeffaf pencereli olması, düzenli denetim ve kontrollerin yapılması gibi alternatif önlemlerin sürekli bir korumayı sağlayamayacağı ve anlık olayları engellemede yetersiz kalacağından anaokulu ve özel eğitim sınıflarında kamera kullanımının gereklilik ilkesini de karşıladığı kabul edilmelidir. Bir Danıştay kararında, güvenlik kameralarının, hakların korunmasının başka yollarla sağlanamayacağı durumlarda ve yalnızca son çare olarak çalışma alanlarına yerleştirilmesi gerektiği ifade edilmektedir³⁸. İşte bu “son çare” olma durumu somut örneğimizde geçerlidir. Orantılılık alt ilkesi bağlamında ise somut olayda, kamu görevlilerinin özel hayat hakkı ile küçük çocukların ve özel eğitim öğrencilerinin bedensel bütünlüğünün korunması arasında bir denge kurulmalıdır³⁹.

Verileri Koruma Kurulu, 2023/1461 (24.8.2023) <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7783/2023-1461>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2024.

36 Anayasa Mahkemesi, E 2023/42 K 2024/114, 30.05.2024; Anayasa Mahkemesi, E 2023/95 K 2024/34, 01.02.2024; Anayasa Mahkemesi, E 2015/102 K2016/151, 07.09.2016.

37 Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (Yetkin 2019) 114.

38 Danıştay 10 D, E 2015/2995 K 2018/1736, 14.5.2018 (Lexpera Hukuk Otomasyonu).

39 ABD'nin bazı eyaletlerinde özel eğitim öğrencilerinin bulunduğu sınıflarda kamera ile kayıt yapılmasına ilişkin yasal düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin, Teksas Eğitim Kanunu'na kendi adlarına konuşamayan öğrencilerin zorbalık ve istismar tehlikesinden korunması için bir bölüm eklenmiştir. Bu düzenlemeye göre, bir ebeveyn veya okul çalışanı, öğrencilerin günlük eğitim süresinin en az yarısını geçirdikleri ayrı özel eğitim sınıflarına kamera yerleştirilmesini talep edebilmektedir (m. 29.022(a)). Yasaya göre, kameraların görüş alanı, tuvalet ve öğrencilerin kıyafet değiştirdiği bölümler hariç olmak üzere, sınıfın tamamını kapsamalıdır. Ayrıca, video ekipmanının ses kaydı yapabilme özelliği de bulunmalıdır. Kamera yerleştirilmeden önce, okul idaresi, ilgili sınıfta özel eğitim alan öğrencilerin velilerine sadece ön bildirimde bulunmakla yükümlüdür. Ancak, izin almaksızın kayıt almak video kaydının güvenlik amaçlı, okul etkinlikleriyle ilgili, sınıf içi eğitimle bağlantılı, okulun medyada yer alması veya okul güvenliğini teşvik etmek amacıyla kullanılması durumlarıyla sınırlıdır (m. 26.009). Teksas Eğitim Kanunu'na benzer şekilde Georgia Eyaleti de özel eğitim

Kamera kullanımı öğretmen ve diğer kamu personellerinin özel hayat hakkına bir müdahale teşkil etmektedir. Ancak öğrencilerin fiziksel ve psikolojik sağlıklarının korunmasında daha ağır basan bir kamu yararı bulunmaktadır; çünkü onlar bu ihtiyacı kendi başlarına karşılayabilecekleri güç ve yetiye sahip değildirler. Ayrıca, kameraların yalnızca gerekli alanlarda kullanılması, kayıtlara erişimin sınırlandırılması ve verilerin güvenli bir şekilde saklanması gibi önlemlerle, özel hayata müdahalenin minimum düzeyde tutulması mümkündür. Dolayısıyla, somut olayda amaç ve araç arasında bir orantılılığın bulunduğu da kabul edilmelidir. Sonuç olarak, anaokulu ve özel eğitim sınıflarında kamera ile gözetim ölçülülük ilkesine uygundur⁴⁰.

Öte yandan, dersliklerin kamera ile izlenmesi uygulamasının elbette her yaştaki öğrenciler için ölçülü olduğu söylenemez. Nitekim, yukarıda yer verilen Antović ve Mirković v. Karadağ kararına benzer şekilde Danıştay tarafından verilen bir kararda da bu durum ifade edilmektedir⁴¹. Danıştay, bir üniversite binasındaki tüm personel ve öğrencilerin güvenliğini sağlamak amacıyla tüm koridorların, dersliklerin ve amfilerin güvenlik kameralarıyla izlenmesiyle ilgili verdiği kararında, uygulamanın sınırlarını belirleyen bir yasal dayanağın bulunmaması, toplanan görüntülerin gelecekte farklı amaçlarla kullanılmayacağına dair bir güvencenin olmaması ve üniversite alanı içindeki giriş ve çıkışların zaten kamera sistemleriyle izlendiği gerekçeleriyle, amfi ve dersliklerdeki kameraların güvenlik amacını aşarak öğrenciler ve öğretim görevlilerinin iletişimini ve kamu hizmeti sırasında yapılan her türlü haberleşmeyi gözlemlediğini, dolayısıyla özel hayatın gizliliğini ihlal ettiğini belirtmiştir. Bu nedenlerle, dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir.

İhtiyaca göre bazı sınıfların kamera ile takip edilmesi çalışanların ya da öğrencilerin kişisel verilerinin ihmal edilmesi anlamına gelmemelidir. Veri sorumlusu, ciddi önlemler olarak öğrencilerin kişisel verilerinin korunmasını da sağlamalıdır. Genel olarak, kamera gözetimi ile işlenen verilerin korunması bakımından alınacak önlemler şöyle sıralanabilir: Kamera kayıtlarına ilişkin sistemden sorumlu kişilerin belirlenmesi ve kayıtların yalnızca yasal olarak zorunlu durumlarda kontrol edilmesi gerekmektedir. Bu görüntüleri kontrol edecek kişilerin kimler olduğunun belirlenmesi ve kayıtların güvenliği ile gizliliğini sağlamak amacıyla gerekli prosedürlerin oluşturulması önemlidir. Ayrıca, sistemin kuruluş amacı dışında kalan kayıtların uzun süre saklanmaması ve kayıt odasına

sınıflarına kamera konulmasına ilişkin bir düzenlemeyi kabul etmiş fakat Teksas'taki düzenlemenin aksine, uygulamayı yerel okul bölgelerinin inisiyatifine bırakmıştır: Sara C. Heintzelman and Justin M. Bathon 'Caught on Camera: Special Education Classrooms and Video Surveillance' (2017) 12(6) International Journal of Education Policy & Leadership, 9 <<http://journals.sfu.ca/ijep/index.php/ijep/article/view/754>> accessed 20 July 2024.

40 Ancak Bakanlık, Yönetmelik'teki ilgili düzenlemenin yürürlüğünden önce de dersliklerde güvenlik kamerası kullanımının uygun olmadığı yönünde görüş bildirmiştir. Milli Eğitim Bakanlığı Talim ve Terbiye Kurulu Başkanlığı'nın 4 Eylül 2008 tarihli ve 7124 sayılı yazısında, anaokulu, anasınıfı, kreş, yuva ve diğer okul öncesi eğitim kurumlarında kamerayla izleme sistemlerinin kurulmasının ve uygulanmasının uygun olmadığı belirtilmiştir. Bu yazıya göre, bu tür eğitim kurumlarındaki eğitim etkinliklerinin kameralı sistemlerle izlenmesi önerilmemekte, ancak güvenlik amacıyla eğitim alanları dışında kalan bölgelerin kamerayla izlenmesinin uygun olabileceği değerlendirilmiştir. Yine, Bakanlık Hukuk Müşavirliği tarafından 6 Nisan 2015 tarihinde kaleme alınan 3654547 sayılı yazıda, eğitim etkinliklerinin kamera ile gözetiminin güvenlik ihtiyacının ve kamu yararının ötesinde insan onuru ve temel kişilik haklarına aykırı izleme uygulamalarına dönüşme riskinin bulunduğu ifade edilmiştir. Ahmet Kandemir, 'Okul güvenlik kameraları hangi amaçla nerelere konulmalıdır?' (memurlar.net, 4 Aralık 2020) <<https://www.memurlar.net/haber/940435/okul-guvenlik-kameralari-hangi-amacla-nerelere-konulmalidir.html>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2024.

41 Danıştay 10 D, E 2015/2995 K 2018/1736, 14.5.2018 (Lexpera Hukuk Otomasyonu).

erişimi olan kişilerin sayısının mümkün olduğunca sınırlı tutulması gereklidir. Kayıtların güvenlik dışında, örneğin öğretmenlerin çalışma performansını denetlemek gibi amaçlarla kullanılmaması sağlanmalıdır. Bu tür önlemler sayesinde, okul binalarında bulunan kişilerin kişisel veri güvenliği korunabilecektir.

Kayıt altına alınan görüntülerin üçüncü kişilerle paylaşımı noktasında da yasal yükümlülüklerle uyulması gerekmektedir. KVKK'nun 8. maddesine göre kişisel veriler ilgisinin açık rızası alınmaksızın paylaşılamaz. Ancak, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin 5. maddede sayılan ya da özel nitelikli verilerin işlenmesine ilişkin 6. maddede sayılan şartların oluşması halinde açık rıza alınmaksızın veri paylaşımı mümkündür. Örneğin, ilköğretim düzeyindeki okul bahçesinde öğrenciler arasında yaşanan bir kavgaya ilişkin görüntülerin kavgaya karışan öğrenci velisi tarafından talep edilmesi halinde okul yönetimi nasıl hareket etmelidir? KVKK'nun 11. maddesi uyarınca kişisel verisinin işlenip işlenmediğini öğrenme, işlendiyse buna ilişkin bilgi talep etme ilgili kişinin hakları arasında sayılmıştır. Dolayısıyla öğrenci velisinin video kaydı olup olmadığını sorması ve bunu istemesi mümkündür. Ancak, istenen videoda görüntüleri bulunan diğer öğrencilerin de kişisel verilerinin korunması gerekir. Bu halde, diğerlerinin görüntüleri redaksiyon yoluyla tanınmaz hale getirilerek ilgili öğrenci velisine verilmesi düşünülebilir. Görüntülerin bu şekilde talep eden için ne kadar faydalı olacağı tartışması bir yana, redaksiyon işlemi için maddi bir harcama da gerekeceği unutulmamalıdır. Bu halde, KVKK'nun 13. maddesinde yer verilen *“Veri sorumlusu başvuruda yer alan talepleri, talebin niteliğine göre en kısa sürede ve en geç otuz gün içinde ücretsiz olarak sonuçlandırır. Ancak, işlemin ayrıca bir maliyeti gerektirmesi hâlinde, Kurulca belirlenen tarifiedeki ücret alınabilir.”* şeklindeki hükme başvurulmalıdır.

Görüntülere doğrudan veli tarafından istenmesi yerine, mahkeme yolu kullanılarak da erişilmesi mümkündür. Nitekim, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 221. maddesi gereği mahkemelerce istenen bilgileri elinde bulunduranların bu bilgileri vermesi zorunludur. Ancak, bu halde de Türkiye şartlarındaki dava yoğunluğu düşünüldüğünde, mahkeme tarafından görüntülerin istenmesine yönelik emrin okul yönetimine iletilmesi epey vakit alacaktır. Nitekim Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliği'nde kurulacak kamera sisteminin en az 14 günlük bir kaydı saklaması öngörülmüştür. Şu hâlde, ilgisinin yasal işlemleri başlattıktan hemen sonra buna ilişkin evrakı eklediği bir dilekçeyle İdareye başvurarak görüntülerin saklanması talep etmesi halinde İdarenin buna uygun şekilde davranması hakların korunmasını sağlayacaktır. Ancak, buna ilişkin yasal bir düzenleme yapılması ve veri sorumlusuna bu yönde bir yükümlülük getirilmesi daha isabetli olacaktır.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Bu çalışma boyunca incelediğimiz üzere, okullarda güvenlik kameralarının kullanımı, günümüzde artan güvenlik ihtiyacı bağlamında öğrencilerin, personelin ve genel olarak eğitim kurumlarının korunması açısından kritik bir öneme sahip hale gelmiştir. Bununla birlikte, bu uygulamanın kişisel verilerin korunması hakkı ile olan etkileşimi, konuyu hukuki açıdan tartışmalı bir alana taşımaktadır.

Veri işleme şartları açısından bakıldığında hem GDPR hem de KVKK çerçevesinde, eğitim kamu hizmetinden sorumlu İdarelerin hukuki yükümlülüklerini yerine getirmek amacıyla veri işleyebileceği sonucuna varılmıştır. Türkiye’de Anayasa’nın 58. ve 59. maddeleriyle İdareye verilen gençlerin korunması ve vatandaşların ruhsal sağlıklarının geliştirilmesi yükümlülüğü ile yönetmeliklerde düzenlenen zorunlu güvenlik kamerası uygulaması, bu veri işleme faaliyetini meşrulaştırmaktadır. Bununla birlikte, rızaya dayalı veri işleme, kamera gözetiminin doğasıyla uyumlu olmadığından pratikte uygulanabilir görünmemektedir. KVKK bağlamında, kanunda açıkça öngörülme şartına dayalı veri işleme mümkün olsa da mevcut düzenlemeler içerisinde bunu açıkça öngören bir yasal düzenleme bulunmamaktadır.

Kamera gözetiminin uygulanmasında, ölçülülük ilkesi önemli bir rol oynamaktadır. Bu bağlamda, kameraların 7/24 kayıt alması yerine, yalnızca ciddi sorunlar olduğunda kayda geçen kameraların kullanımı daha orantılı bir yaklaşım sunmaktadır. Ayrıca, kameraların konumlandırılması da kritik bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle tuvaletler, kütüphaneler, sınıflar ve koridorlar gibi alanlarda kamera kullanımı, yüksek mahremiyet beklentileri ile güvenlik ihtiyaçları arasında bir çatışma yaratmaktadır.

AİHM’nin yaklaşımı, özel yaşam kavramının yalnızca kişisel alanlarla sınırlı olmadığını, mesleki ve kamusal alanlardaki faaliyetleri de kapsayabileceğini vurgulamaktadır. Bu bağlamda, Avrupa ülkelerinde sınıflarda kamera kullanımı kabul görmemektedir. Buna karşılık, Amerika Birleşik Devletleri’nde sınıflarda kamera gözetimine bazı eyaletlerde izin verilmekte, bu durum zorbalık ve güvenlik gerekçeleriyle savunulmaktadır. Türkiye’de ise özel okullara ilişkin Yönetmelik düzenlemesiyle sınıflara kamera konulması yasaklanmıştır.

Bununla birlikte, anaokulu ve özel eğitime ihtiyaç duyan öğrencilerin bulunduğu sınıflar için bu konunun ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu öğrencilerin kendilerini ifade etme yeteneklerinin yeterince gelişmemiş olması nedeniyle, kamera gözetimi çocukları öğreticilerden korumak amacıyla kullanılmalıdır. Bu noktada, öğrencilerin güvenliği ile mahremiyet hakları arasında hassas bir denge kurulması elzemdir.

Yüz tanıma sistemleri konusunda ise uluslararası uygulamalar farklılık göstermektedir. Fransız Veri Koruma Otoritesi’nin bu teknolojinin kullanımını ölçülülük ve veri minimizasyonu ilkeleri bağlamında hukuka aykırı bulmasına karşın, Amerika’da birçok eyalette bu teknoloji yaygın olarak kullanılmaktadır. GDPR ve KVKK uyarınca, okullarda biyometrik verilerin işlenmesi için kural olarak açık rıza gerekmektedir. Ancak KVKK, “kanunda açıkça öngörülmesi” durumunda da biyometrik veri işlenmesine izin vermektedir.

Ölçülülük ilkesi bağlamında “gereklilik” ve “orantılılık” yorumunun ulusal düzeydeki olaylara göre değiştiği gözlemlenmektedir. Örneğin, Amerika’da yaşanan okul saldırıları nedeniyle güvenlik endişesinin daha yoğun olması, kamera gözetiminin daha geniş çapta uygulanmasını “gerekli” kılabilir. Buna karşılık, İsveç gibi ülkelerde, benzer güvenlik tedbirlerine aynı düzeyde ihtiyaç duyulmadığı görülmektedir.

Türkiye özelinde, öğretmenlere karşı saldırıların artması, okullarda uyuşturucu kullanımının yaygınlaşması ve öğrenciler arasında şiddet olaylarının tırmanması gibi durumların, kamera gözetimi konusundaki “ölçülülük” yorumunun güvenlik lehine değişmesine yol açacağı değerlendirilmektedir. Ancak bu noktada, güvenlik araçlarının öğrencileri hangi düzeyde koruyacağı ayrı bir araştırma konusu olmakla birlikte, güvenliğin sağlanması ve kişisel verilerin korunması arasında makul bir dengenin kurulması gerektiği unutulmamalıdır.

Sonuçta, okullarda güvenlik kameralarının kullanımı, kişisel verilerin korunması hakkı ile güvenlik ihtiyacının sağlanması arasında hassas bir dengeyi gerektirmektedir. Bu denge, yasal çerçevenin çizilmesi, kullanım amaçlarının sınırlandırılması ve veri güvenliğine ilişkin önlemlerin alınması ile sağlanmalıdır. Ayrıca, güvenlik araçları arasından ilgililerin mahremiyetine en az müdahalede bulunan seçeneğin tercih edilerek ölçülülük ilkesine uygun hareket edilmesi de büyük önem taşımaktadır. Başka bir deyişle, okullarda kullanılan güvenlik kameraları ile öğrenci, personel ve eğitim kurumlarının güvenliğine odaklanılarak öğrenci ve personelin mahremiyeti göz ardı edilmemeli, özel hayata saygı hakkı bağlamında kişisel verilerinin korunması normlarına riayet edilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akıllıoğlu T, ‘Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler’ (1988) 9(1-3) İHİD 11-22 <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/13697>> Erişim Tarihi: 2 Mayıs 2024.
- Asghar MN, Kanwal N, Lee B, Fleury M, Herbst M and Qiao Y, ‘Visual Surveillance Within the EU General Data Protection Regulation: A Technology Perspective’ (2019) (7) IEEE Access 111.709.111726, <doi: 10.1109/ACCESS.2019.293.4226> accessed 25 June 2024.
- Cistone S, ‘School surveillance tech does more harm than good, ACLU report finds’ The Guardian (USA, 4 October 2023) <<https://www.theguardian.com/technology/2023/oct/04/school-surveillance-tech-aclu-report>> accessed 7 July 2024.
- ‘Digital Dystopia: The Danger in Buying What the EdTech Surveillance Industry is Selling’ ACLU Research Report, 2 October 2023 <<https://www.aclu.org/publications/digital-dystopia-the-danger-in-buying-what-the-edtech-surveillance-industry-is-selling>> accessed 5 July 2024.
- Dwyer M, ‘What Was Once Science Fiction Is Now Reality: Orwellian Uses of Safety Tech in K-12 Schools’ (Center for Democracy & Technology, 12 December 2023) <<https://cdt.org/insights/what-was-once-science-fiction-is-now-reality-orwellian-uses-of-safety-tech-in-k-12-schools/>> accessed 7 July 2024.
- Fulford N and Carey P, ‘Special Categories of Data’ in Peter Carey (ed) Data Protection A Practical Guide to UK and EU Law (Oxford University Press 2018), 66-87.
- Gray SL, ‘Biometrics in Schools’ in Deakin, J., Taylor, E., Kupchik, A. (eds) The Palgrave International Handbook of School Discipline, Surveillance, and Social Control (Palgrave Macmillan 2018) 405-424.
- Heintzelman S C and Bathon J M, ‘Caught on Camera: Special Education Classrooms and Video Surveillance’ (2017) 12(6) International Journal of Education Policy & Leadership 1-16 <<http://journals.sfu.ca/ijepl/index.php/ijepl/article/view/754>> accessed 20 July 2024.
- Hirschfield, PJ, ‘Trends in School Social Control in the United States: Explaining Patterns of Decriminalization’ in Deakin, J., Taylor, E., Kupchik, A. (eds) The Palgrave International Handbook of School Discipline, Surveillance, and Social Control (Palgrave Macmillan 2018) 43-64.

- 'How can we comply with the data protection principles when using surveillance systems?', Information Commissioner's Office (ICO), (17 October 2022) <<https://ico.org.uk/for-organisations/uk-gdpr-guidance-and-resources/cctv-and-video-surveillance/guidance-on-video-surveillance-including-cctv/how-can-we-comply-with-the-data-protection-principles-when-using-surveillance-systems/>> accessed 21 May 2024.
- Hope A, 'CCTV, School Surveillance and Social Control' (2009) 35 (6) British Educational Research Journal <<https://doi.org/10.1080/014.119.20902834233>> accessed 7 July 2024.
- Johnson SL, Bottiani J, Waasdorp TE, Bradshaw CP, 'Surveillance or Safekeeping? How School Security Officer and Camera Presence Influence Students' Perceptions of Safety, Equity, and Support' (2018) 63(6) Journal of Adolescent Health <<https://doi.org/10.1016/j.jadohealth.2018.06.008>> accessed 7 July 2024.
- Kahraman H, Köybaşı Şemin F ve Uğurlu C, 'Okul Güvenliği: Türkiye'de Basına Yansıyanlar' (2019) 8(1) Journal of History Culture and Art Research 392-408 <<http://dx.doi.org/10.7596/taksad.v8i1.1923>> Erişim tarihi 22 Mayıs 2024.
- Kandemir A, 'Okul güvenlik kameraları hangi amaçla nerelere konulmalıdır?' (memurlar.net, 4 Aralık 2020) <<https://www.memurlar.net/haber/940435/okul-guvenlik-kameralari-hangi-amacla-nerelere-konulmalidir.html>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2024.
- Karagianni A and Papakonstantinou V, 'Surveillance in Schools Across Europe: A New Phenomenon in Light of the COVID-19 Pandemic? The Cases of Greece and France' (2022) 11(2) European Journal of Educational Research, 1219-1229 <<https://doi.org/10.12973/eu-er.11.2.1219>> accessed 22 May 2024.
- Koç C, 'İdari İşlemin Amaç Unsuru', (Yüksek Lisans, Bursa Uludağ Üniversitesi 2019).
- Losardo A, 'Faceoff: The Fight for Privacy in American Public Schools in the Wake of Facial Recognition Technology' (2020) 44(2) Seton Hall Journal of Legislation and Public Policy 373-397 <<https://scholarship.shu.edu/shlj/vol44/iss2/6>> accessed 24 May 2024.
- Özbudun E, *Türk Anayasa Hukuku* (Yetkin 2019).
- Peterson A, 'The Kids Are Not Alright: Negative Consequences of Student Device and Account Surveillance' (2024) 99 (1) Washington Law Review <<https://digitalcommons.law.uw.edu/wlr/vol99/iss1/9/>> accessed 7 July 2024.
- Quay-de la Vallee H, 'The Chilling Effect of Student Monitoring: Disproportionate Impacts and Mental Health Risks' (Center for Democracy & Technology, 5 May 2022) <<https://cdt.org/insights/the-chilling-effect-of-student-monitoring-disproportionate-impacts-and-mental-health-risks/>> accessed 7 July 2024.
- Schropp SP, 'Biometric Data Collection and RFID Tracking in Schools: A Reasoned Approach to Reasonable Expectations of Privacy' (2016) 94(3) North Carolina Law Review 1068-1098 <<http://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol94/iss3/7>> accessed 24 May 2024.
- Taylor E, 'Recent Developments in Surveillance: An Overview of Body-Worn Cameras in Schools' in Deakin, J., Taylor, E., Kupchik, A. (eds) The Palgrave International Handbook of School Discipline, Surveillance, and Social Control (Palgrave Macmillan 2018) 371-388.
- Yıldırım T, 'İdari İşlem' iç Turan Yıldırım (ed) *İdare Hukuku* (On İki Levha 2021).

Türkiye’de SMA’lı Çocukların Tedavisi ve Yabancı Ülke Örnekleri

Treatment of Children with SMA in Turkey and Examples from Other Countries

Arzu ARSLAN ERTÜRK* 

ÖZ

SMA hastalığı nadir görülen bir gen hastalığıdır. SMA için şu anda uygulanmakta olan bir ilaç tedavisi mevcuttur. Son dönemlerde yapılan bu ilaç tedavisine “Zolgensma” isimli yeni ve pahalı bir ilaç daha eklenmiştir. Söz konusu ilaç 2022 senesinden bu yana pek çok Avrupa Ülkesinde ve Amerikada kabul görmüş ve tedavi kapsamına alınmıştır. Ülkemizde Sosyal Güvenlik Kurumunun SMA hastaları için sağladığı tedavi spinraza tedavisidir. Zolgensmanın tedavi için kullanımı ise Sağlık Bakanlığı tarafında henüz kabul edilmemiştir. Bakanlık SMA Bilim Kurulu bu ilacın tedavi için kullanımına bazı gerekçelerle onay vermemektedir. Bu sebeple Zolgensma tedavisi, SGK tarafından Genel Sağlık Sigortası kapsamından karşılanmamaktadır. Ancak bu ilacın SMA tedavisinde önemli katkılar sağladığına yönelik birçok olumlu örnek mevcuttur. Bu sebeple, Zolgensma tedavisine ulaşabilmek için hasta çocukların aileleri tarafından yapılan yardım kampanyalarına sık sık rastlanmaktadır. Sağlık Bakanlığı, bu ilacın tedavi edici olduğu yönündeki şüpheleri sebebiyle, yardım kampanyalarına destek vermediğini açık bir şekilde ifade etmektedir. Bu çalışmada Sağlık Bakanlığı SMA Bilim Kurulunun SMA tedavisinde zolgensmanın kullanılmasına yönelik olumsuz yaklaşımının gerekçeleri, Bakanlığın bu gerekçelerine rağmen söz konusu ilacın Genel Sağlık Sigortası kapsamında, Anayasal “yaşam hakkı” ve “sağlık hakkı” uyarınca hasta aileleri tarafından talep edilip edilemeyeceği üzerinde durulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: SMA, Spinal Müsküler Atrofi, Zolgensma, Risdipnam, SMA Bilim Kurulu, SMA tedavisi, SMA koruyucu tedbirler, Hukuki boyutuyla SMA

* Doç. Dr. Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0002-7523-3605.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Arzu ARSLAN ERTÜRK

E-posta/E-mail: aerturk@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 01.10.2024

Kabul Tarihi/Accepted: 21.11.2024

ABSTRACT

SMA is a rare genetic disease. There is currently a drug treatment for SMA. Recently, a new and expensive drug called ‘Zolgensma’ has been added to this drug treatment. This drug has been accepted and included in the treatment in many European countries and America since 2022. In our country, the treatment provided by the Social Security Institution (SGK) for SMA patients is the Spinraza treatment. The use of Zolgensma for treatment has not yet been accepted by the Ministry of Health. The SMA Scientific Committee of the Ministry does not approve the use of this drug for treatment for several reasons. For this reason, Zolgensma treatment is not covered by the SGK within the framework of the general health insurance. However, there are many positive examples of this drug making a significant contribution to the treatment of SMA. For this reason, fundraising campaigns are often organised by the families of sick children in order to gain access to Zolgensma treatment. The Ministry of Health clearly states that it does not support these fundraising campaigns due to its doubts about the therapeutic efficacy of this drug. This study focuses on the reasons for the Ministry of Health’s SMA Scientific Committee’s negative attitude towards the use of Zolgensma in the treatment of SMA, and whether the drug in question can be requested by the families of patients within the framework of the general health insurance, in accordance with the constitutional ‘right to life’ and ‘right to health’, despite the Ministry’s justifications.

Keywords: SMA, Spinal muskuler atrophy, Zolgensma, Risdipam, SMA Scientific Committee, SMA treatment, SMA preventive precautions, Legal aspects of SMA

GİRİŞ

Açık adı “*spinal müsküler atrofi*” olan SMA hastalığı bireyin merkezi sinir sistemini, periferik sinir sistemini ve iskelet kas sisteminin kontrollü kas hareketlerini etkileyen, nadir görülen genetik bir hastalıktır. Bu hastalıkta, motor nöronu olarak bilinen ve istemli kas hareketlerini kontrol eden sinir hücreleri etkilemekte, kaslar giderek zayıflamaktadır. Kasların omurilikte bulunan sinir hücrelerinden gelen sinyalleri yanıtlayamaması, onların körelmesine ve buna bağlı olarak kasların küçülmesine ve zamanla yok olmasına (atrofi) neden olmaktadır¹.

SMA hastalığının; Tip 1 (şiddetli) SMA, Tip 2 (orta seviye) SMA, Tip 3 (hafif) SMA, Tip 4 (yetişkin) olarak 4 tipi görülmektedir. Tip 1 SMA hastalığına sahip olan bebekler ortalama olarak iki yaşına kadar hayatta kalabilmektedir. Tip 2 SMA hastaları ise yetişkinliğe kadar yaşayabilmektedir. Tip 3 ve tip 4 SMA hastaları normal bir yaşam süresi görmek mümkündür². Ancak Tip 1 ve Tip 2 bu hastalığının en yaygın şekilde görülen türleridir.

- 1 Acıbadem Web ve Yayın Kurulu, ‘SMA Hastalığı Nedir? SMA Belirtileri, Nedenleri, Tedavisi (26 Ağustos 2020) <
- 2 Ankara Genetik Tanı Dr. Cell ‘SMA Hastalığı Nasıl Anlaşılır?’ (24 Mart 2023) <[814](https://www.ankaragenetik.com/tr/blog/sma-hastaligi-nasil-anlasilir#:~:text=Son%20Y%C4%B1llarda%2020SMA%20Hastal%C4%B1%C4%9F%C4%B1%20Neden,ile%20%C3%Bcdeme%20gelmesine%20neden%20olmaktad%C4%B1r.%20(eri%C5%9Fim%20

</div>
<div data-bbox=)

Tip 1 SMA, SMA'nın en şiddetli ve en yaygın şekilde görülen türü olup hızlı ilerleyen bir türdür. Genellikle doğumdan hemen sonra, 0-6 ay bebeklerde görülmektedir. İlk semptomları, bacaklarda gevşeklik ve zayıf gövde hareketidir. Tip 1 SMA'nın görüldüğü kişiler çoğunlukla çok sınırlı hareket kabiliyetine sahiptir. Tip 1 SMA hastası olan bebekler oturamazlar, beslenmekte ve yutmakta, başlarını dik tutmakta ve nefes almakta zorlanırlar³.

Tip 2 SMA, Tip 1'e göre daha hafif seyretmekte olup belirtileri çoğunlukla 7 ila 18 ay arasındaki bebeklerde görülmektedir. Tip 2 SMA, ayakta duramayan, yürüyemeyen ancak emekleyebilen çocuklarda ortaya çıkar, hastalığın ilerleme hızı da değişkendir. Tip 2 SMA hastalığı hasta çocuğun kollarından çok bacaklarını etkilemektedir. Ayrıca bu tür hastaların ellerinde titreme, skolyoz, güçsüzlük hali, kilo alamama da görülebilir. Tip 2 SMA'da yaşam beklentisi, hastanın durumunun şiddetine bağlı olarak erken çocukluktan yetişkinliğe kadar değişmektedir⁴.

Tip 3 SMA, hafif SMA olarak da adlandırılmakta olup bu tipte hastalığın semptomları 18. aydan sonra başlamaktadır. Bu döneme kadar gelişimleri normal olan bebeklerin, SMA belirtilerinin fark edilmesi ergenlik dönemini de bulabilmektedir. Tip 3 SMA hastaları ayakta durabilmekte ve yürüyebilmektedir. Ancak bu hastalar oturma pozisyonundan kalkmakta güçlük çekebilmektedir. Bu tipten etkilenen hastalar hareket etmek için tekerlekli sandalye kullanma ihtiyacı duyabilmektedirler⁵.

Tip 4 SMA, yetişkin SMA'sı olarak bilinmekte olup nadir görülmektedir. Bu SMA türünün semptomları yetişkin çağında ortaya çıkmaktadır. Tip 4 SMA hastalığının ilerlemesi yavaştır. Her türlü hareket gelişimi aşamasına ulaşabilen, çoğunlukla yaşam boyu hareket yetilerini koruyabilen Tip 4 SMA hastalarında hastalığın yol açtığı diğer komplikasyonlar nadir görülmektedir⁶.

tarihi:%2005.07.2024);%20https://www.memorial.com.tr/hastaliklar/sma-hastaligi-nedir-belirti-ve-tedavi-yontemleri-nelerdir#:~:text=ise%20tamamen%20normaldir.-,SMA%20Hastal%C4%B1%20C4%209F%C4%B1%20Belirtileri%20Nelerdir%3Fay%20aras%C4%B1ndak i%20%C3%A7ocuklar%C4%B1%20etiklemeye%20ba%C5%9Flar>Erişim Tarihi 5 Temmuz 2024; Memorial Tıbbi Yayın Kurulu, 'SMA Hastalığı Nedir? SMA Belirtileri, Nedenleri ve Tedavisi (21 Eylül 2023)<https://www.memorial.com.tr/hastaliklar/sma-hastaligi-nedir-belirti-ve-tedavi-yontemleri-nelerdir#:~:text=ise %20tamamen%20normaldir.-,SMA%20Hastal%C4%B1%20C4%209F%C4%B1%20Belirtileri%20Nelerdir%3Fay%20 aras%C4%B1ndaki%20%C3%A7ocuklar%C4%B1%20etiklemeye% 20ba%C5%9Flar.> Erişim Tarihi 5 Temmuz 2024 ;T.C. Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü, 'Spinal Musküler Atrofi (SMA) Klinik Protokolü', Araştırma, Geliştirme ve Sağlık Teknolojisi Değerlendirme Dairesi Başkanlığı(Ankara 2022)1, 2; <https://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/43881/0/smakp190822.pdf.pdf> Erişim Tarihi 5 Temmuz 2024.

3 'SMA Klinik Protokolü' 5-6, <https://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/43881/0/ smakp190822pdf.pdf> Erişim Tarihi 5 Temmuz 2024.

4 'SMA Klinik Protokolü' 6, <https://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/43881/0/ smakp190822pdf.pdf> Erişim Tarihi 5 Temmuz 2024.

5 'SMA Klinik Protokolü' 6, < https://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/43881/0/ smakp190822pdf.pdf Erişim Tarihi 5 Temmuz 2024.

6 Acıbadem Web ve Yayın Kurulu, 'SMA Hastalığı Nedir? SMA Belirtileri, Nedenleri, Tedavisi (26 Ağustos 2020)<https://www. acibadem.com.tr/ilgi-alani/sma-hastaligi/#:~:text=Spinal%20m%C3%BCsk%C3%BCler% 20atrofi%2C%20yani%20 k%C4%B1saca,kal%C4%B1tsal%20bir%20motor%20n%C3%B6ron%20hastal%C4%B1%20C4%209F%C4%B1d%C4%B1r.> Erişim Tarihi 5 Temmuz 2024; Memorial Tıbbi Yayın Kurulu, 'SMA Hastalığı Nedir? SMA Belirtileri, Nedenleri ve Tedavisi (21 Eylül 2023) <https://www.memorial.com. tr/hastaliklar/sma-hastaligi-nedir-belirti-ve-tedavi-yontemleri-nelerdir#:~:text=ise%20tamamen%20normaldir.-,SMA%20Hastal%C4%B1%20C4%209F%C4%B1%20Belirtileri%20Nele- rdir%3Fay%20aras%C4%B1ndaki%20%C3%A7ocuklar%C4%B1%20etiklemeye%20ba%C5%9Flar.> Erişim Tarihi 5 Temmuz 2024.

SMA hastalığı nadir görülen bir hastalık olmakla birlikte, Türkiye’de şu an SMA’dan etkilenen yaklaşık 3 bin kişi bulunmaktadır. Ülkemizde yılda ortalama 1 milyon 200 bin doğum gerçekleştiği dikkate alındığında SMA ile dünyaya gelen bebek sayısının 130-180 (ortalama 150) arasında olduğu tahmin edilmektedir⁷. Bu hastalığın dünyada görülme sıklığı 10 binde bir iken Türkiye’de görülme sıklığı 6 binde birdir⁸. SMA’nın avrupa ülkelerine göre Türkiye’de daha fazla görülmesinin temel sebebi ise Türkiye’de akraba evliliklerinin fazla yapılmasıdır⁹. SMA kalıtsal (genetik) bir hastalık olup akraba evlilikleri bu hastalık açısından ciddi risk yaratmaktadır. Zira, anne ve babanın her ikisinin de taşıyıcı olması durumunda yenidoğan bebek %25 ihtimalle SMA hastası olarak doğmaktadır. Ebeveynlerden sadece birinin taşıyıcı olması durumunda ise doğacak bebek %50 ihtimalle SMA hastalığını taşıyıcı olarak dünyaya gelmektedir. Bu sebeple, yeni evlenecek çiftlerde ve yenidoğan bebeklerde yapılacak SMA taramaları, taşıyıcılığın saptanması, bu durumdaki ebeveyn adaylarına uygun tedavi seçeneklerinin sunulması, bebeklerde ise erken dönemde tedaviye başlanabilmesi açısından son derece önemlidir¹⁰.

SMA tedavisinde önemli olan ilk husus, hastalığın olabildiğince erken teşhis edilmesidir. Özellikle yeni doğanlarda erken teşhis, hastalığın semptomlarının ortaya çıkmadan müdahale edilmesini ya da yaratacağı hasarın en aza indirgenmesini sağlayacaktır. Bu sayede hastalığın semptomları yönetilebilecek, komplikasyonları azaltılacak ve hastanın yaşam kalitesi sağlanabilecektir¹¹. SMA için şu anda uygulanmakta olan bir dizi ilaç tedavisi mevcuttur. Son dönemlerde yapılan bu ilaç tedavisine “Zolgensma” isimli yeni ve pahalı bir ilaç daha eklenmiştir. Söz konusu ilaç 2022 senesinden bu yana pek çok Avrupa ülkesinde ve ABD’de kabul görmüş olup tedavi listesine alınmıştır. Gerek ABD’deki gerekse Avrupa ülkelerindeki sağlık sigorta şirketleri bu ilacı, hastanın durumu için öngörülen bir takım tıbbi şartların uygun olması halinde ödeme kapsamına almış olup karşılamaktadır. Ancak Almanya’nın Kuzey Ren-Vestfalya (Nordrhein-Westfalen) eyaletinde ilacın SMA tedavisinde kullanımına daha temkinli yaklaşılmakta olup, hasta yakınları tarafından Zolgensma tedavisinin karşılanması istemiyle sağlık sigortası şirketlerine eyalet mahkemelerinde açılan bazı davalar, birtakım gerekçelerle reddedilmiştir. SMA hastalığının tedavisi için öngörülen Zolgensma isimli bu

- 7 ‘SMA Klinik Protokolü’, Önsöz, ii ve iii, <https://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/43881/0/smakp_190822pdf.pdf> Erişim Tarihi 5 Temmuz 2024; Ayrıca bkz Burcu Çalık Göçümlü, ‘Türkiye’de yılda ortalama 150 bebek SMA ile dünyaya geliyor’ *Anadolu Ajansı* (İstanbul 11 Haziran 2022) <https://www.aa.com.tr/tr/saglik/turkiyede-yilda-ortalama-150-bebek-sma-ile-dunyaya-geliyor/2611094>> Erişim Tarihi 5 Temmuz 2024.
- 8 Memorial Tıbbi Yayın Kurulu, ‘SMA Hastalığı Nedir? SMA Belirtileri, Nedenleri ve Tedavisi (21 Eylül 2023) <<https://www.memorial.com.tr/hastaliklar/sma-hastaligi-nedir-belirti-ve-tedavi-yontemleri-nelerdir#:~:text=ise%20tamamen%20normaldir%20SMA%20Hastal%C4%B1%C4%9F%C4%B1%20Belirtileri%20Nelerdir%3F,ay%20aras%C4%B1daki%20%C3%A7ocuklar%C4%B1%20etiklemeye%20ba%C5%9F%20Flar.>> Erişim Tarihi 5 Temmuz 2024.
- 9 Ankara Genetik Tanı Dr. Cell ‘SMA Hastalığı Nasıl Anlaşılır?’ (24 Mart 2023) <<https://www.ankaragenetik.com.tr/blog/sma-hastaligi-nasil-anlasilir#:~:text=Son%20Y%C4%B1llarda%20SMA%20Hastal%C4%B1%C4%9F%C4%B1%20Neden,ile%20g%C3%BCndeme%20gelmesine%20neden%20olmaktad%C4%B1r.>> Erişim Tarihi 5 Temmuz 2024.
- 10 Burcu Çalık Göçümlü, ‘Türkiye’de yılda ortalama 150 bebek SMA ile dünyaya geliyor’ *Anadolu Ajansı* (İstanbul 11 Haziran 2022) <https://www.aa.com.tr/tr/saglik/turkiyede-yilda-ortalama-150-bebek-sma-ile-dunyaya-geliyor/2611094>> Erişim Tarihi 5 Temmuz 2024.
- 11 Memorial Tıbbi Yayın Kurulu, ‘SMA Hastalığı Nedir? SMA Belirtileri, Nedenleri ve Tedavisi (21 Eylül 2023) <<https://www.memorial.com.tr/hastaliklar/sma-hastaligi-nedir-belirti-ve-tedavi-yontemleri-nelerdir#:~:text=ise%20tamamen%20normaldir%20SMA%20Hastal%C4%B1%C4%9F%C4%B1%20Belirtileri%20Nelerdir%3F,ay%20aras%C4%B1daki%20%C3%A7ocuklar%C4%B1%20etiklemeye%20ba%C5%9F%20Flar.>> Erişim Tarihi 5 Temmuz 2024.

ilaç ülkemizde Sağlık Bakanlığı tarafından kabul görmemiş olup, Bakanlık SMA Bilim Kurulu da bu ilacın tedavi için kullanımına bazı gerekçelerle onay vermemektedir. Bu sebeple Zolgensma tedavisi, SGK tarafından Genel Sağlık Sigortası kapsamında karşılanmamaktadır. Ancak yıllar içinde, bu ilacın SMA tedavisinde önemli katkılar sağladığına yönelik pek çok olumlu örnek de mevcuttur. Durum böyle olunca, çok pahalı da olsa Zolgensma tedavisine şahsi çabalarıyla ulaşabilmek adına, hasta çocukların aileleri tarafından açılmış olan yardım kampanyaları sık sık karşımıza çıkmaktadır¹². Sağlık Bakanlığı, bu ilacın tedavi edici olduğu yönündeki şüpheleri sebebiyle, söz konusu yardım kampanyalarına da destek vermediğini açık bir şekilde beyan etmektedir.

Bu çalışmamızda SMA tedavisi için Amerika'da ve Avrupa ülkelerinde hali hazırda uygulanan yöntemler ile ülkemizde genel sağlık sigortası kapsamında uygulanan tedavi yöntemlerine, Sağlık Bakanlığı SMA Bilim Kurulunun bu tedavide Zolgensma'nın kullanılmasına yönelik olumsuz yaklaşımının gerekçelerine, Bakanlığın bu gerekçelerine rağmen söz konusu ilacın genel sağlık sigortası kapsamında Anayasal “yaşam hakkı” ve “sağlık hakkı” uyarınca hasta aileleri tarafından talep edilebilirliğine ve konuya ilişkin görüşlerimize yer verilecektir.

I. GENEL SAĞLIK SİGORTASININ KİŞİLER AÇISINDAN KAPSAMI VE SMA HASTALARININ DURUMU

Tedaviye ve ilaca ulaşım hakkı açısından SMA'lı hastaların durumu diğer sigortalılardan farklı değildir. SMA hastalarının Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda (SSGSSK)¹³ mevcut tedavi ve sağlık yardımlarından yararlanabilmesi için bu Kanun kapsamında “*genel sağlık sigortalısı*” olmaları gerekmektedir. Zira *genel sağlık sigortalısı sayılmayanlar*, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu (SSGSSK) kapsamında “*sigortalı*” sıfatına sahip olmadıklarından, bu Kanun uyarınca SGK'nın sağladığı herhangi bir tedaviden ve ilaçtan yararlanmaları mümkün değildir. Bu kişiler ancak ücretini kendileri karşılanmak kaydıyla gerek devlet hastaneleri gerekse özel sektör hastaneleri tarafından sunulan sağlık hizmetlerinden yararlanabilecek ve ilaçlarını temin edebileceklerdir.

5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun “*Genel sağlık sigortalısı sayılanlar*” başlıklı m. 60 hükmü, ikametgahı Türkiye'de olup Genel Sağlık Sigortası kapsamında sigortalı olanları sayarak belirlemektedir¹⁴. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun m.60/1, c hükmüne göre, “*gelir tespiti yapılmaksızın genel sağlık sigortalılığı ya da bakmakla yükümlü olduğu kişi bulunmayan Türk vatandaşlarından 18 yaşını doldurmamış çocuklar*” Genel Sağlık Sigortası kapsamındadır. SMA hastalarının çoğunlukla bebekler ve çocuklar olduğu dikkate alındığında, bunların birçoğu “*bakılmakla yükümlü olunan kişi*” sıfatıyla, anne veya babalarından dolayı genel sağlık sigortalısı olup SSGSK kapsamında sigortalı sayılmaktadırlar. Ancak böyle olmasa dahi,

12 Ankara Genetik Tanı Dr. Cell ‘SMA Hastalığı Nasıl Anlaşılır?’ (24 Mart 2023) < [13 Kanun Numarası: 5510, Kabul Tarihi: 31.05.2006, RG 16.06.2006/26200.](https://www.ankaragenetik.com/tr/blog/sma-hastaligi-nasil-anlasilir#:~:text=Son%20Y%C4%B1llarda%20SMA%20Hastal%C4%B1%C4%9F%C4%B1%20Neden,ile%20g%C3%BCndeme%20gelmesine%20neden%20olmaktad%C4%B1r.> Erişim Tarihi 5 Temmuz 2024.</p>
</div>
<div data-bbox=)

14 Ali Güzel, Ali Rıza Okur ve Nurşen Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku* (19. Bası, Beta 2021) 802.

kanunkoyucu 18 yaşını doldurmamış olan tüm gençleri ve çocukları, genel sağlık sigortalısı olarak kabul etmektedir. Böylece bakılmakla yükümlü olan sıfatı taşımayan çocuk ve gençler de 18 yaşını doldurana kadar genel sağlık sigortası sayılmaktadır. Bu nedenle SMA hastası tüm bebeklerin ve çocukların Genel Sağlık Sigortası kapsamında SGK’nın sağladığı tüm tedavi ve yardımlardan yararlanacağını söylemek yanlış olmayacaktır¹⁵.

II. TÜRKİYE’DE SMA HASTALIĞINA UYGULANAN KORUYUCU VE TEDAVİ EDİCİ SAĞLIK HİZMETLERİ

A. GENEL OLARAK

Belirtmek gerekir ki SMA hastası çocukların ülkemiz sınırları içerisinde faydalanabilecekleri sağlık yardımları ve temin edebilecekleri ilaçlar ancak Sağlık Bakanlığı tarafından onaylanmış tedavi ve ilaçlardır. Zira Sağlık Bakanlığı’nın onaylamadığı bir tedaviye ya da kullanım onayı vermediği bir ilaca kişilerin kendi olanakları ile dahi, ülke sınırları içerisinde ulaşması ya da böyle bir ilaç ile tedavi uygulanması mümkün değildir¹⁶.

Sosyal Sigortalar Kurumu, Genel Sağlık Sigortası kapsamında öncelikle, SMA hastalığının ve hasta çocuk sayısının artışı önlemeye yönelik birtakım koruyucu sağlık hizmetleri sunmaktadır. Ayrıca hastalığın görüldüğü çocukların iyileştirilmesine yönelik olarak da birtakım tedavi edici sağlık hizmetleri sunmaktadır.

B. SMA HASTALIĞINA İLİŞKİN KORUYUCU SAĞLIK HİZMETLERİ

Genel Sağlık Sigortası’nın temel amacı, hastalıklara engel olacak koruyucu sağlık hizmetlerinin sunulması ve bunların yaygınlaştırılmasıdır. Zira asıl olan kişilerin hastalanmamasıdır. Bu sebeple, hastalanmaya engel olacak tüm sağlık hizmetleri koruyucu sağlık hizmetlerinin kapsamındadır. Aslında koruyucu sağlık hizmetleri, Genel Sağlık Sigortası kapsamındaki hizmetlerin en önemlisi ve en ekonomik olanıdır¹⁷. Koruyucu sağlık hizmetleri, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m.63/f 1, a hükmünde “*kişilerin hastalanmalarına bakılmaksızın, kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile insan sağlığına zararlı madde bağımlılığını önlemeye yönelik hizmetler*” olarak tanımlanmaktadır. Madde hükmünde kanunkoyucu, bu tür sağlık hizmetlerinin kapsamını belirlemesi için SGK’ya takdir yetkisi tanımayı amaçlamış bu sebeple de oldukça geniş bir tanıma yer vermiştir¹⁸.

15 Arzu Arslan Ertürk, ‘Sosyal Güvenlik Hukuku Boyutuyla Sigortalının Tedavi ve İlaça Ulaşması İle SMA’lı Çocukların Durumu’ (15-16 Haziran 2023) İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi SMA Çalıştay Raporu (İstanbul Barosu Yayınları 2024) 68. Metin için bkz <<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/SMA-CALISTAYI-RAPORU-062023.pdf>>Erişim Tarihi 5 Temmuz 2024.

16 Arslan Ertürk (n 15) 68.

17 T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, ‘Türkiye’de Yeni Bir Sosyal Güvenlik Sistemine Doğru’(Ankara 2006) 23; Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 14) 825.

18 Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 14) 825.

SMA hastalığı için de çocukların hasta doğmasını önlemek ve hasta doğmuş olan çocukların hastalıklarını erken dönemde teşhis etmek amacıyla alınmış birtakım önlemlerden bahsetmek mümkündür:

Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Araştırma, Geliştirme ve Sağlık Teknolojisi Değerlendirme Dairesi Başkanlığı tarafından Haziran 2022 yılında Spinal Musküler Atrofi (SMA) Klinik Protokolü¹⁹ yayınlanmıştır. Bu protokolde belirtildiği üzere, çiftlere uygulanacak olan tarama programları ile SMA taşıyıcısı olan çiftlerin tespit edilmesi, taşıyıcı olduğu tespit edilen çiftlerin bilinçlendirilerek hasta çocuk sahibi olmalarının engellenmesi hedeflenmektedir. Ayrıca protokolde, hastalığa ilişkin tarama süreçlerine ve hangi aşamaların takip edileceğine ilişkin bilgilere de yer verilmektedir. Buna göre, çiftlere yönelik taramalarda tek ebeveynde taşıyıcılığın saptanması halinde diğer eşe de test yapılmaktadır²⁰. Bu kapsamda, Aralık 2022'den itibaren mevzuat gereğince çiftlere, evlilik öncesinde SMA testi yapılması zorunluluğu getirilmiştir. Çiftlerin testi yaptırmaması durumunda nikah kısılması mümkün değildir. Söz konusu test, Aile Sağlığı Merkezlerinde ve hastanelerde alınan kan örneğinin incelenmesi suretiyle yapılmaktadır. SMA taşıyıcısı olduğu tespit edilen ebeveyn adaylarına ise uygun tedavi seçenekleri sunulmaktadır. Her ikisinin de SMA taşıyıcısı olduğu tespit edilen çiftlere, tüp bebek (invitro fertilizasyon) yöntemi ile çocuk sahibi olması önerilmekte ve bu tedavinin giderleri, SGK aracılığı ile devlet tarafından karşılanmaktadır²¹.

Yine yenidoğan bebeklerde topuk kanı taramaları yapılarak bebeğin SMA hastası olup olmadığına bakılmaktadır. Bu şekilde SMA hastası olduğu tespit edilen bebeklerin tedaviye en erken dönemde başlanması, böylece hastalığın etkilerinin hiç ortaya çıkmaması veya oluşturabileceği hasarın en aza indirilmesi mümkün olmaktadır. Ayrıca yenidoğan taramasında tanı almış bebeklerin ebeveynleri, daha önce değerlendirilmedikleri takdirde taşıyıcılık açısından tekrar değerlendirilmektedir²². SMA protokolüne göre yenidoğan taramasıyla, hasta çocukların hemen tanı alarak takip ve tedavi açısından hızla aksiyon alınması amaçlanmaktadır. Bu şekilde hastalığa hızlı müdahale edilmesi, olası motor nöron harabiyetini en aza indirecektir²³.

19 T.C. Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü, 'Spinal Musküler Atrofi (SMA) Klinik Protokolü', Araştırma, Geliştirme ve Sağlık Teknolojisi Değerlendirme Dairesi Başkanlığı (Ankara 2022)1, 85 vd; <<https://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/43881/0/smakp190822.pdf.pdf>> Erişim Tarihi 5 Temmuz 2024.

20 İbid 85vd; Burcu Çalık Göçümlü, 'Türkiye'de yılda ortalama 150 bebek SMA ile dünyaya geliyor' *Anadolu Ajansı* (İstanbul 11 Haziran 2022) <https://www.aa.com.tr/tr/saglik/turkiyede-yilda-ortalama-150-bebek-sma-ile-dunyaya-geliyor/2611094>> Erişim Tarihi 5 Temmuz 2024.

21 Burcu Çalık Göçümlü, 'Türkiye'de yılda ortalama 150 bebek SMA ile dünyaya geliyor' *Anadolu Ajansı* (İstanbul 11 Haziran 2022) <https://www.aa.com.tr/tr/saglik/turkiyede-yilda-ortalama-150-bebek-sma-ile-dunyaya-geliyor/2611094>> Erişim Tarihi 5 Temmuz 2024.

22 Burcu Çalık Göçümlü, 'Türkiye'de yılda ortalama 150 bebek SMA ile dünyaya geliyor' *Anadolu Ajansı* (İstanbul 11 Haziran 2022) <https://www.aa.com.tr/tr/saglik/turkiyede-yilda-ortalama-150-bebek-sma-ile-dunyaya-geliyor/2611094>> Erişim Tarihi 5 Temmuz 2024.

23 T.C. Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü, 'Spinal Musküler Atrofi (SMA) Klinik Protokolü', Araştırma, Geliştirme ve Sağlık Teknolojisi Değerlendirme Dairesi Başkanlığı (Ankara 2022)1, 85 vd; <<https://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/43881/0/smakp190822.pdf.pdf>> Erişim Tarihi 5 Temmuz 2024.

C. SMA HASTALIĞINA İLİŞKİN TEDAVİ EDİCİ SAĞLIK HİZMETLERİ

1. Genel Olarak

Günümüzde SMA hastalığı için birbirinden farklı etken maddeli üç değişik ilaç tedavisi kullanılmaktadır. Bunlardan ilki, “Nursinersen Sodyum” etken maddeli “Spinraza” isimli ilaç ile uygulanan tedavidir. İkincisi ise, “Risdiplam” etken maddeli “Evrysdi” isimli ilaç ile uygulanan tedavidir. SMA tedavisinde kullanılan üçüncü ilaç ise bir gen tedavisi olan “Zolgensma” tedavisidir. Türkiye’de Sağlık Bakanlığı, sadece Spinraza ilacı ile uygulanan tedaviyi kabul etmiş olup söz konusu tedaviyi Genel Sağlık Sigortası kapsamında SGK karşılamaktadır. Diğer iki ilaca ise Sağlık Bakanlığı tarafından henüz onay verilmemiş olup bu ilaçlar SGK tarafından tedavi sürecine dahil edilmemiştir.

Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından SMA’lı çocuklara uygulanacak olan Spinraza tedavisi ve bu tedavinin kapsamına ilişkin düzenlemeler *Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği*’nde (SUT) mevcuttur. Tebliğde yer alan düzenlemeler sadece nursinersen etken maddeli ilacın kullanıldığı tedavinin ilkelerini kapsamakta olup risdiplam etken maddeli Evrysdi ile Zolgensam ilaçları Sağlık Bakanlığı tarafından henüz ruhsatlandırılmamış olduğundan bu ilaçlarla yapılan tedaviler ülkemizde uygulanmamaktadır. Bunun doğal bir sonucu olarak da SUT’da henüz bu iki ilaca ilişkin tedavi ilkeleri yer almamaktadır.

2. Nursinersen Sodyum Etken Maddeli Spinraza İsimli İlaç Tedavisi

Spinraza, 23 Aralık 2016 tarihinde Amerikan Gıda ve İlaç Dairesi (FDA) tarafından onaylanarak dünyada SMA hastalığının tedavisi için piyasaya sürülen ilk ilaçtır. Bu ilaç hastaya omurilik sıvısına enjekte edilmek suretiyle (intratekal yoldan) verilmektedir. Sağlık Bakanlığı tarafından onaylanmış ruhsatlı bir ilaç olan Spinraza ülkemizdeki bütün yaş ve tipteki SMA hastaları için uygulanan bir ilaç olup Sosyal Güvenlik Kurumu’nun ödemesi kapsamındadır. Sigortalı SMA hastaları herhangi bir ödeme yapmaksızın bu tedaviden yararlanabilmektedir²⁴.

Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından SMA’lı çocuklara uygulanacak tedavi ve bu tedavinin kapsamına ilişkin düzenlemeler Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliğinde (SUT) mevcuttur. Tebliğ 4.2.49 no’lu bölümünde Nursinersen etken maddeli ilacın kullanımına ilişkin ilkelere yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeler 03.07.2017 tarihli ve 30115 sayılı resmi gazetede yayınlanmak suretiyle yürürlüğe girmiş olup 06.07.2023, tarihinde değişikliğe uğramıştır²⁵.

SUT’da mevcut düzenleme uyarınca, bu tebliğde yer verilen farklı kriterlere uygun SMA tip 1 ile tip 2 ve tip 3 hastaları için SGK Spinraza’nın bedelini karşılamaktadır. Spinraza SMA Tip 1 hastaları için 2017 yılında, SMA tip 2 ve 3 hastaları için ise 2019 yılında SGK’nın ödeme kapsamına alınmıştır. Yine tebliğde SMA tip 4’e yer verilmemiş olup buna ilişkin uygulanacak tedavi kriterleri de mevcut değildir.

24 Emre Aytekin, ‘Türkiye’de SMA tedavisine devlet desteği gelişmiş ülkelerle aynı standartlarda uygulanıyor’ *Anadolu Ajansı* (İstanbul 12 Ocak 2021) <<https://www.aa.com.tr/tr/saglik/turkiyede-sma-tedavisine-devlet-destegi-gelistmis-ulkelerle-ayni-standartlarda-uygulaniyor/2106855>> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2024; Arslan Ertürk (n 15) 68.

25 Arslan Ertürk, (n 15) 69 vd; Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği, RG 25.06.2023/32232.

a. SMA Tip 1 Hastaları İçin Uygulanan Spinraza Tedavisi

Tebliğinin 4.2.49.A bendinde SMA Tip 1 hastaları için spinraza ilaç tedavisine ilişkin genel esaslara yer verilmiştir. Buna göre; Tedavide kullanılacak ilaçlara ilişkin olarak, ilk 4 uygulama için 3 ay süreli, sonraki uygulamalar için 4 ay süreli olarak, SGK tarafından belirlenen üçüncü basamak resmi sağlık kurumlarında düzenlenen sağlık kurulu raporuna ihtiyaç duyulmaktadır. Çocuk nörolojisi uzman hekimi ilacı her bir uygulama için ayrı ayrı reçete etmektedir. Söz konusu sağlık raporu, SGK tarafından belirlenen üçüncü basamak resmi sağlık kurumlarında düzenlenmektedir(SUT 4.2.49.A/1). SGK ancak bu şekilde ilaç bedelini karşılamaktadır.

SUT, ilacın hastaya hangi tür sağlık kurumları tarafından uygulanabileceğine ilişkin bir düzenlemeye de yer vermektedir. Buna göre ilaç hastaya, bünyesinde yeni doğan ve çocuk yoğun bakım servisinin, çocuk nörolojisi uzmanının bulunduğu, beslenme ve diyetetik ile fizik tedavisi ve rehabilitasyon hizmetlerinin multidisipliner bir yaklaşım ile bir arada sunulabileceği 3. basamak resmi sağlık kurumları tarafından uygulanacaktır. Söz konusu 3. basamak sağlık resmi kurumu SGK tarafından belirlenecektir (SUT 4.2.49.A/2)

Tebliğ yer alan 4.2.49.A/3 hükmünde ise Spinraza ilaç bedelinin SGK tarafından karşılanması için hastada bulunması gereken kriterlerden de bahsedilmektedir. Buna göre öncelikle;

- hastaya klinik olarak SMA Tip-1 tanısı konulmalı ve bu duruma ilişkin olarak içlerinde en az bir çocuk nerolojisi uzmanının da bulunduğu 3 uzman hekimden oluşan sağlık kurulu tarafından bir sağlık kurulu raporu düzenlenmiş olmalıdır.
- SMA Tip-1 ile uyumlu klinik belirti ve bulguların hasta 6 aylık(180 günlük) iken veya daha küçük iken ortaya çıkmış olması gerekmektedir.
- Uygun tedavi hastanın solunun desteğine ihtiyacı olup olmadığına bakılmaksızın başlatılacaktır. İlk dört doz ilaç kullanımı başlangıç tedavisi olarak kabul edilmektedir. Beşinci ve takip eden dozlar ise idame tedavisi olarak uygulanacaktır.
- Yine tedaviye başlamak için hastada herhangi bir travmaya bağlı olarak omurilik zedelenmesinin (spinal kord yaralanması) ya da beyin hastalığının bulunmuyor olması gerekmektedir.
- Hastanın beyin omurilik sıvısını (BOS) dışarıya boşaltarak kafa basıncını kontrol etmek için uygulanmış bir BOS kateteri bulunmamalıdır.
- Hasta bu tedavi öncesinde bakteriyal menenjit veya beyin iltihabı (viralensefalit hastalığı) geçirmemiş olmalıdır.
- Yine hastanın, beynin yeterince oksijen alamamasından kaynaklanan bir beyin hasarı yaşamamış olması (Hipoksik iskemik ensefalopati) ve hipoksik doğuma bağlı nörolojik doku bozukluklarının (nörolojik sekellerin) yaşanmaması gerekmektedir.

Ayrıca yenidoğan SMA taraması kapsamında hastalığı taşıdığı tespit edilen bebeklerde ise herhangi bir klinik araştırmaya gerek duyulmaksızın, raporlama ve reçeteleme koşullarını sağlayan hastaya yapılacak tedavi ve ilaç bedelleri SGK tarafından karşılanacaktır (4.2.49.A/4).

b. SMA Tip 2 ve Tip 3 Hastaları İçin Uygulanan Spinraza Tedavisi

Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği’nin 4.2.49.B bendinde SMA Tip-2 ve Tip-3 hastaları için spinraza ilaç tedavisine ilişkin genel esaslara yer verilmektedir. Buna göre, SUT’un 4.2.49.B bendinde yer verilen kriterlerin tamamını sağlayan Tip-2 ve Tip-3 hastaları için Sosyal Güvenlik Kurumu gerekli tedavi ve ilaç bedellerini sağlamaktadır. Tebliğde yer alan kriterlere göre;

- Hastanın SMA Tip-2 veya Tip-3 hastası olduğuna ilişkin olarak, en az biri çocuk beyin nörolojisi uzmanı, ortopedi, travmatoloji veya beyin ve sinir cerrahisi uzmanı olmak olmak şartıyla 3 uzman hekimden oluşan sağlık kurulu tarafından bir sağlık kurulu raporu düzenlenmiş olmalıdır
- hastalığa ilişkin klinin bulguların, hastada 6 aydan (180 günden) önce ortaya çıkmış olması,
- hastanın mekanik solunum desteğine ihtiyacı olmaması, normal yutma refleksine sahip olması ve ağız yoluyla (oral) beslenebilen bir hasta olması,
- hastada herhangi bir travmaya bağlı olarak omurilik zedelenmesinin (spinal kord yaralanması) ya da beyin hastalığının bulunmuyor olması,
- hastada beyin omurilik sıvısını (BOS) dışarıya boşaltarak kafa basıncını kontrol etmek için uygulanmış bir BOS kateteri bulunmaması,
- hastanın bu tedavi öncesinde bakteriyel menenjit veya beyin iltihabı (viralensefalit hastalığı) geçirmemiş olması,
- hastanın beyin yeterince oksijen alamamasından kaynaklanan bir beyin hasarı (Hipoksik iskemik ensefalopati) ve hipoksik doğuma bağlı nörolojik doku bozuklukları (nörolojik sekellerin) yaşamamış olması,
- Hastanın lomber ponksiyon (özel bir iğneyle bel bölgesindeki omurların arasından subaraknoid boşluğa girilip beyin omurilik sıvısı alma) işlemine engel bir durumunun bulunmadığının sağlık kurulu raporunda belirtilmiş olması gerekmektedir.

SMA Tip-2 ve Tip-3 Hastalarına Spinraza tedavisi 0, 14, 28 ve 63 üncü günler olmak üzere 4 doz şeklinde uygulanmaktadır. İdame dozlar da 4 ayda bir uygulanır. İlk 4 uygulama için 3 ay süreli, sonraki uygulamalar için ise 4 ay süreli sağlık kurulu raporuna istinaden çocuk nörolojisi/nöroloji uzman hekimi tarafından herbir uygulamanın ayrı ayrı reçete edilmesi halinde bedelleri SG Kurumu tarafından karşılanmaktadır. Ayrıca yenidoğan SMA taraması kapsamında hastalığı taşıdığı tespit edilen bebeklerde ise herhangi bir klinik araştırmaya gerek duyulmaksızın, raporlama ve reçeteleme

koşullarını sağlayan hastaya yapılacak tedavi ve ilaç bedelleri SGK tarafından karşılanmaktadır (4.2.49.B/3).

III. SOSYAL GÜVENLİK KURUMUNUN HENÜZ SMA TEDAVİSİ KAPSAMINA ALMADIĞI İLAÇ TEDAVİLERİ

A. RISDİPLAM (EVRYSDI) TEDAVİSİ

SMA tedavisinde kullanılan diğer ilaç ise “Risdiplam” etken maddeli “Evrysdi” isimli ilaçtır. Bu ilaç, 08.08.2020 tarihinde Amerikan Gıda ve İlaç Dairesi (FDA) tarafından onay alarak 2 aydan büyük ve her tip SMA hastası için ABD’de kullanılmaya başlamıştır. Bu ilaç 30 Mart 2022 tarihinde de Avrupa Birliği bünyesindeki Avrupa İlaç Kurumu (EMA) tarafından 2 aydan büyük ve her tip SMA hastası için kullanılmak üzere onaylanmıştır. İlaç solüsyon şeklinde olup hastaya ağız yolu ile (oral yolla) verilmektedir. Özellikle Spinraza tedavisi uygulanmasına elverişli olmayan hastalar için risdiplam bir alternatif tedavi niteliği taşımaktadır²⁶.

İlacın denemeleri, geniş bir hasta grubu üzerinde yürütülmüş olup hala daha da devam etmektedir. Söz konusu ilaç, Tip 1 için 2 ila 6 ay arasındaki bebeklerde, Tip 2 ve Tip 3 için 2 ila 60 yaş arasındaki hastalarda uygulandığı gibi, anne karnında teşhisi konmuş SMA hastalarına da uygulanmıştır. Risdiplam tedavisinin, Tip 1 SMA hastalarındaki denemeleri oldukça başarılı sonuçlar vermiştir. Tip 2 ve Tip 3 SMA hastalarında yapılan denemelerde de hastaların motor puanlarında ciddi ilerlemeler görülmüştür. İlaçla sağlanan iyileşmenin görülmesi için ise ilacın sadece sinir sitemine değil tüm dokulara ulaşması gerekmektedir. Hastalar üzerinde yapılan denemelerde hem omurilik sıvısında hem de çevre dokularında SMN protein artışı gözlenmiştir²⁷.

Risdiplam henüz Sağlık Bakanlığı tarafından ruhsatlandırılmamış olup ülkemizde uygulanmamaktadır. Sağlık Bakanlığı, ruhsatlandırma sürecinin devam etmekte olduğunu hatta sona gelindiğini, önümüzdeki günlerde özellikle Spinraza tedavisinin uygulanmasında güçlük yaşayan hastaların kullanımına sunulacağını Ocak 2023 tarihinde ifade etmişse de²⁸ konuya ilişkin olarak bugüne kadar herhangi bir gelişme yaşanmamıştır. Diğer yandan, risdiplam etken maddesinin Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumunun (TİTCK) “yurt dışı ilaç listesine” eklendiği ifade edilmektedir. Yurt dışı menşeli

26 SMA Benimle Yürü Derneği, ‘Evrysdi (Risdiplam) (2024) <<https://smabenimleyuru.org.tr/arastirmalar-ve-tedavi/risdiplam/>> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2024 ; Emre Aytekin, ‘Türkiye’de SMA tedavisine devlet desteği gelişmiş ülkelerle aynı standartlarda uygulanıyor’ *Anadolu Ajansı* (İstanbul 12 Ocak 2021) <<https://www.aa.com.tr/tr/saglik/turkiyede-sma-tedavisine-devlet-destegi-gelisimlis-ulkelerle-ayni-standartlarda-uygulaniyor/2106855>> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2024.

27 SMA Benimle Yürü Derneği, ‘Evrysdi (Risdiplam) (2024) <<https://smabenimleyuru.org.tr/arastirmalar-ve-ted-avi/risdiplam/>> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2024.

28 Türkiye Cumhuriyeti Sağlık Bakanlığı ‘SMA Bilim Kurulu Fahrettin Koca Başkanlığında Toplandı’ (Ocak 2023) <<https://www.saglik.gov.tr/TR,94648/sma-bilim-kurulu-bakan-fahrettin-koca-baskanliginda-toplandi.html>> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2024; Arslan Ertürk (n 15) 68 ve 69.

herhangi bir ilacın ruhsat veya geri ödeme süreçlerinin başlamasından önce etken maddelerinin bu listeye eklenmesi gerekmekte olup ilacın ancak TİTCK onayıyla ithal edilebileceği belirtilmektedir²⁹.

B. ZOLGENSMA TEDAVİSİ

1. Genel Olarak

SMA tedavisinde kullanılan bir diğer ilaç “Zolgensma” dır. Bu ilaca ilişkin denemeler bütün dünyada çok uzun zaman önce sonuçlanmış ve ilaç gerek Avrupa İlaç Ajansı (EMA) tarafından gerekse Amerika FDA Kurumu tarafından onaylanmıştır³⁰. Tarihte üretilmiş en pahalı ilaç olarak bilinen Zolgensma’nın fiyatı 2 ila 3 milyon dolar arasındadır. Bu ilaç ile SMN1 geninin çalışan bir versiyonuyla değiştirilmesi hedeflenmektedir. İlaç, eksik ya da kusurlu olan SMN1 genini içermekte olup bu gen, zararsız bir virüse yüklenmektedir. Bu virüs, vücutta genin yerine geçerek motor sinir hücrelerinin merkezine gitmektedir. Böylece sağlığına kavuşan motor sinir hücreleri, eksik olan ve kasların çalışması için mühim olan SMN proteinini üretmeye başlamaktadır³¹. Zolgensma, ABD’de 2 yaşından küçük çocuklarda, Avrupada ise 21 kilodan hafif çocuklarda kullanılmakta olup damar içi enjeksiyon yoluyla tek seferde uygulanan bir ilaçtır³².

Dünyadaki örneklerine rağmen zolgensma tedavisi Sağlık Bakanlığımız tarafından henüz ruhsatlandırılmamış olup ilacın iyileştirici etkisi konusunda ciddi şüphelerin olduğu ifade edilmektedir. Bu sebeple ülkemizde zolgensma tedavisi uygulanmamaktadır. Ancak dünyadaki gelişmelere paralel olarak, SMA hastası bebeklerin aileleri Zolgensma tedavisinin Türkiye’de uygulanmasını istemektedir³³. Her ne kadar Türkiye’de uygulanan tedaviyle hastalığın ilerleyişi yavaşlasa da, Sağlık Bakanlığı tarafından kabul edilmemiş olan bu ilaçla çocuklarını yurtdışından tedavi ettirmek isteyen pek çok aile girişimde bulunmaktadır. Ancak zolgensmanın çok pahalı olması sebebiyle, ilaca ulaşabilmek için hasta çocuğu olan aileler tarafından gerek sosyal medyada, gerekse sahada aktif para toplama kampanyaları yürütülmektedir. Söz konusu kampanyalar ancak Valiliklerden alınan izin ile başlatılıp sürdürülebilmektedir. Kampanyası biten bebekler yurt dışına tedaviye giderken, kampanya

29 Bkz Emre Aytekin, ‘Türkiye’de SMA tedavisine devlet desteği gelişmiş ülkelerle aynı standartlarda uygulanıyor’ *Anadolu Ajansı* (İstanbul 12 Ocak 2021) <<https://www.aa.com.tr/tr/saglik/turkiyede-sma-tedavisine-devlet-destegi-gelistmis-ulkelerle-ayni-standartlarda-uygulaniyor/2106855>> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2024.

30 Söz konusu ilaç, Mayıs 2019’da Amerika FDA Kurumu tarafından, Mayıs 2020’de ise gerek Avrupa İlaç Ajansı (EMA) tarafından onaylanmıştır. Bkz Emre Aytekin, ‘Türkiye’de SMA tedavisine devlet desteği gelişmiş ülkelerle aynı standartlarda uygulanıyor’ *Anadolu Ajansı* (İstanbul 12 Ocak 2021) <<https://www.aa.com.tr/tr/saglik/turkiyede-sma-tedavisine-devlet-destegi-gelistmis-ulkelerle-ayni-standartlarda-uygulaniyor/2106855>> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2024; Arslan Ertürk (n 15) 69.

31 Bkz Fergus Walsh, ‘SMA tedavisi: İngiltere dünyanın en pahalı ilacı Zolgensma’yı kullanmaya başladı’ *BBC News Türkçe* (1 Haziran 2021) <<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-57317131>> Erişim Tarihi 20 Temmuz 2024.

32 Rabia Çetin, ‘SMA nedir, tedavisi neden bu kadar pahalı, Türkiye’deki tartışmalar neler?’ *Euro News* (18.01.2023) <https://tr.euronews.com/saglik/2023/01/08/sma-nedir-tedavisi-neden-bu-kadar-pahali-turkiyedeki-tartismalar-neler> Erişim Tarihi 20 Temmuz 2024.

33 İbid

sırasında hayatını kaybeden bebeklerin hesabında toplanan para ise valilik izniyle başka bir bebeğin kampanyasına aktarılmaktadır³⁴.

2. Sağlık Bakanlığı'nın Zolgensma'yı Tedavi Kapsamına Almamasının Gerekçeleri

Sağlık Bakanlığı SMA Bilim Kurulu tarafından zolgensmanın onaylanmamasının ve SGK'nın bu ilacı tedavi kapsamına almamasının temelinde, ilacın ve dolayısıyla bu tedavinin çok pahalı olmasından kaynaklanan ekonomik sebeplerin yattığı ileri sürülmüştür. Ancak Sağlık Bakanlığı, SMA konusunda kesinlikle bir ödeme sorunu olmadığından bahisle bu iddiayı tamamen reddetmektedir. Bakanlık, halihazırda mevcut binden fazla SMA hastasının etkinliği ispat edilmiş olan spinraza ile tedavi edildiğini ve bu tedaviye ilişkin tüm masrafların Genel Sağlık Sigortası kapsamında devlet tarafından karşılandığını belirtmektedir. Bakanlık, devletin, ülkemizde toplam 250 hastası bulunan başka bir nadir hastalığın tedavisinde kullanılan iki enzim türü için yıllık 120 milyon euro harcadığını ve bu tedavinin SGK kapsamında yapıldığını, söz konusu harcamanın SMA hastaları için yapılacak olan 60 milyon euroluk harcamanın iki katına denk geldiğini ifade etmekte, tedavinin pahalı olmasının sebep olmadığına işaret etmektedir³⁵.

Sağlık Bakanlığının, önceleri zolgensma tedavisinin onaylanmamasına gösterdiği ana sebep, bu ilaç ile uygulanan tedavinin bilimsel olarak işe yaradığını gösteren somut bir verinin bulunmamış olması idi: Bakanlık öncelikle zolgensma tedavisinin etkinliğinin fakültelerde ve sahada özellikle hastaları tedavi eden öğretim üyelerinden ve bilim insanlarından oluşan SMA bilim kurulu tarafından değerlendirildiğini, ilacın kullanılmasına Sağlık Bakanlığının değil SMA Bilim Kurulunun karar vereceğini, ancak Bilim Kurulunun tedavinin etkinliği ile ilgili yeterli kanıt olmadığı gerekçesiyle şimdilik uygulamaya alınmasının bir gereklilik olmadığını belirtmekteydi. Buna ek olarak, zolgensmayı üreten şirketin de zaten belirtisi olmayan hastalara bu tedavilerin uygulanmasını önermediğini ifade etmekte idi³⁶.

Yine 11.12.2020 tarihinde SGK konuya ilişkin bir basın açıklamasında bulunmuştur. Söz konusu açıklamada; Türkiye Cumhuriyetinin, vatandaşların %99'unu kapsama alan Genel Sağlık Sigortası ile kaliteli sağlık hizmetlerini erişilebilir kıldığını, tüm dünyada SMA hastalığının tedavisinde yaygın olarak kullanılan ilacın, Sağlık Bakanlığı'nın yurt dışından getirilebilecek ilaçlar listesinde yer aldığını belirtmiştir. Kurumun burada bahsettiği ilaç spinrazadır. Kurum, spinrazanın yurt dışından özel izinle getirilerek, aracısız ve ücretsiz olarak hastalarımıza ulaştırıldığını, ilaçların yanı sıra bu kapsamdaki her türlü tetkik ve tedaviye erişimin de ücretsiz olarak sağlandığını belirtmekte, ayrıca

34 Rabia Çetin, 'SMA nedir, tedavisi neden bu kadar pahalı, Türkiye'deki tartışmalar neler?' *Euro News* (18.01.2023) <https://tr.euronews.com/saglik/2023/01/08/sma-nedir-tedavisi-neden-bu-kadar-pahali-turkiyedeki-tartismalar-neler> Erişim Tarihi 20 Temmuz 2024.

35 İbid.

36 Öykü Hüma Keskin, 'SMA hastalarında gen tedavisinin işe yaradığını gösteren kanıt olmadığı iddiası *Teyit* (5 Ocak 2021)<<https://teyit.org/analiz/sma-hastalarinda-gen-tedavisinin-ise-yaradigini-gosteren-kanit-olmadigi-iddiasi>> Erişim Tarihi 20 Temmuz 2024.

tüm hastalıklar için yeni çıkan ilaç, tetkik ve tedavi yöntemlerinin etkinliğinin ve yerindeliliğinin, ilgili komisyonlarca takip edilip gözlemlenmeye devam edileceğini ifade etmektedir³⁷.

Konuya ilişkin olarak yapılan son açıklama da bu ilacın SMA Bilim Kurulu tarafından henüz kabule değer görülmediği yolundadır. Bu ilaçla ilgili bilimsel verilerin ve hastalar üzerindeki uygulamaların değerlendirilmesinin ardından, ilacın uygulanması konusunda ciddi çekinceler olduğu ifade edilmektedir. ABD’de zolgensmanın ruhsatlandırılmasına esas deneylerin sonuçlarında tutarsızlıklar görülerek bu verilerin yer aldığı bilimsel yayının çok prestijli bir bilimsel dergiden kaldırılmak zorunda kalındığı, bu ilaçla yapılan tedavinin semptomlu hastalara fayda göstermediği, zolgensma tedavisi alan ancak yarar görmeyince tekrar nursinersen tedavisine devam etmek için Bakanlığa başvuru yapılan çok sayıda ailenin bulunduğu, ayrıca yakın zamanda, Avrupa İlaç Ajansı’nın Zolgensma tedavisinde ortaya çıkan yan etkiler nedeniyle 12 aydan büyük çocuklara tedavi için kısıtlama getirdiğini, son 5 ay içerisinde zolgensmanın 0-6 hafta yenidoğan taramasından gelen semptomu olmayan SMA Tip-1 bebekler üzerinde diğer ilaçlara benzer etkinliği olduğunu gösteren yayınlanan çalışmalar bulunduğunu belirtilmektedir³⁸.

Bakanlık, bu tabloya rağmen hastalara ek bir fayda sağlayabileceği ihtimalini göz ardı etmemek için görüşmelerde bulunulduğunu, bilimsel kanıtlar temin edilerek Bilim Kuruluna yeniden sunulduğunu ifade etmiştir. Bilim Kurulunca yapılan değerlendirmede ise zolgensma tedavisinin, diğer tedavilere üstünlüğünü gösteren karşılaştırmalı bir bilimsel çalışmanın halen bulunmadığını, yeni bir inceleme yapılması için ilgili firmadan gerçek yaşam verileri talep edilerek yeni bir değerlendirme yapılmasının uygun olacağına karar verildiğini ve SMA Bilim Kurulunun en kısa sürede bu değerlendirmeyi de yapacağını belirtmiştir³⁹.

Ayrıca Bakanlık, ülkede doğan her SMA’lı bebeğin etkinliği bilinen tedaviyi aldığını, yapılan SMA yardım kampanyalarının hiçbirine Sağlık Bakanlığının onay vermediğini, ailelerin umutlarının ticari amaçlara alet edilmesine, çocukların ise denek olarak kullanılmasına izin verilmeyeceğini beyan etmektedir⁴⁰.

3. Bazı Avrupa Ülkelerinde Zolgensma Tedavi Uygulaması

a. Birleşik Krallık

Birleşik Krallıkta, SMA tedavisi için nursinersen (Spinraza) ve risdiplam (Evrysdi) ile birlikte Zolgensma tedavisi de uygulanmaktadır. Her üç tedavi de Ulusal Sağlık Hizmetleri (NHS) tarafından karşılanmaktadır. Ancak hangi tedavinin uygulanacağına hasta karar verememektedir. Uzman

37 Sosyal Güvenlik Kurumu ‘Basın Açıklaması’ (31 Ocak 2022) <<https://www.sgk.gov.tr/Duyuru/Detay/SMA-Hastaligi-Hakkinda-Basin-Aciklama-miz-2022-10-31-10-21-54>> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2024.

38 Türkiye Cumhuriyeti Sağlık Bakanlığı ‘SMA Bilim Kurulu Fahrettin Koca Başkanlığında Toplandı’ (Ocak 2023) <<https://www.saglik.gov.tr/TR,94648/sma-bilim-kurulu-bakan-fahrettin-koca-baskanliginda-toplandi.htm>> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2024; Arslan Ertürk, (n 15) 69.

39 İbid

40 Türkiye Cumhuriyeti Sağlık Bakanlığı ‘SMA Bilim Kurulu Fahrettin Koca Başkanlığında Toplandı’ (Ocak 2023) <<https://www.saglik.gov.tr/TR,94648/sma-bilim-kurulu-bakan-fahrettin-koca-baskanliginda-toplandi.htm>> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2024.

doktorlar tarafından yapılan muayene sonucunda çocuğun yaşına ve semptomlarına en uygun tedavi uygulanmaktadır⁴¹.

Zolgensma tedavisi Mart 2021 tarihinden beri İngiltere, Galler ve Kuzey İrlanda'da, hem semptomik hem de semptom öncesi SMA tedavilerinde NHS tarafından karşılanmaktadır⁴². Yine aynı tarihte İskoçya İlaç Konsorsiyumu tarafından NHS İskoçya kapsamında bu ilacın SMA Tip 1 hastaları için kısıtlı olarak kullanımı kabul edilmiştir⁴³.

İngiltere'de Ulusal Sağlık ve Bakım Hizmetleri Kurumunun (NICE) Temmuz 2021 tarihinde yayınladığı rehber göre; günde 16 saatten fazla mekanik solunuma ihtiyaç duymayan SMA Tip1 hastası 0 ila 6 ay arası bebeklere ve SMN2 geni kopyası 4'ten az olan, henüz hastalık belirtisi göstermemiş bebekler ile tedavi sonucunda en az %70 oranında bağımsız olarak oturabilme şansı vereceği düşünülen 6 ila 12 ay arası bebeklere Ulusal Multidisipliner Kurulun (NMDT)⁴⁴ da önerisi ile Zolgensma tedavisi uygulanabilecektir⁴⁵. Zolgensma tedavisi, 9 Ocak 2023 ile 28 Mart 2023 tarihleri arasında, önemli karaciğer problemleri yarattığı endişesi ile 12 aydan büyük ve 13,5 kilogramın daha ağır çocuklar için durdurulmuştur⁴⁶. Ancak bir hastanın yaşı veya kilosu ile yaşanan karaciğer hasarı arasındaki ilişkiyi belirlemek için yeterli kanıt bulunamamıştır. Zira karaciğer hasarının sebebi pek çok ilacın yan etkisi olarak karşımıza çıkabilmektedir. Konuya ilişkin vakıalar incelendiğinde, bunun hastanın kilosu veya yaşıyla ilişkili olmayan, kendine özgü, ilaca bağlı karaciğer hasarından kaynaklanmış olabileceği sonucuna varılmıştır⁴⁷. Bunun üzerine bu grup için de zolgensma tedavisinin devamı kararı alınmıştır.

41 National Health Service(NHS) 'Spinal muscular atrophy (SMA)' (23 August 2024) <<https://www.nhs.uk/conditions/spinal-muscular-atrophy-sma/#:~:text=The%20main%20treatment%20for%20SMA,risk%20of%20death%20is%20high%20if%20not%20treated,pre%20symptomatic%20SMA%20in%20babies.>>> accessed 10 September 2024.

42 Spinal Muscular Dystrophy UK 'Zolgensma' (2023) <<https://www.musculardystrophyuk.org/get-involved/campaign/current-campaigns/access-to-treatments/zolgensma/#:~:text=It%20is%20available%20in%20England,pre%20symptomatic%20SMA%20in%20babies.>>> accessed 10 September 2024.

43 NHS İskoçya'ya ilişkin kısıtlı kullanım kararı için bkz Health Improvement Scotland 'Onasemnogene abeparvovec (Zolgensma)' *Schottis Medicines Consortium* (8 March 2021) <<https://scottishmedicines.org.uk/medicines-advice/onasemnogene-abeparvovec-zolgensma-full-smc2311/>> accessed 10 September 2024.

44 National Multidisciplinary Team (NMDT) Ulusal Multidisipliner Kurul, Zolgensma tedavi programının işleyişi ve sunumu ile ilgili olarak ortak ve adil ulusal kararlar alan bir kuruldur. Bu kurul, infüzyon merkezlerinden gelen danışman, fizyoterapist, uzman eczacı, SMA uzmanı ve uzman nöromusküler danışmanından oluşmaktadır. Başlangıçta yeni ulusal program için çalışmış olan bu kurul haftada bir toplanarak, kendilerine yönlendirilen çocukları ele alarak incelemektedirler. Bkz Spinal Muscular Dystrophy UK 'Who May Access Zolgensma Treatment?' (29 March 2023) <<https://smauk.org.uk/treatments-research/zolgensma/england-access-zolgensma/england-access-zolgensma-treatment/>> accessed 10 September 2024.

45 ibid

46 Spinal Muscular Dystrophy UK 'Who May Access Zolgensma Treatment?' (29 March 2023) <<https://smauk.org.uk/treatments-research/zolgensma/england-access-zolgensma/england-access-zolgensma-treatment/>> accessed 10 September 2024.

47 Spinal Muscular Dystrophy 'Why the Pause was Lifted' (29 March 2023) <<https://smauk.org.uk/treatments-research/zolgensma/england-access-zolgensma/england-access-zolgensma-treatment/why-the-pause-was-lifted/>> accessed 10 September 2024.

b. İrlanda

İrlanda’da Zolgensma gen tedavisi, Kasım 2021’de Sağlık Hizmetleri Kurumu (HSE)⁴⁸ tarafından geri ödeme kapsamına alınmıştır. Bebeğe bu tedavinin uygulanabilmesi için; bebeğin SMA Tip 1 hastası olduğunun tespit edilmesi, Hastanın 2 yaşın altında ve vücut ağırlığının da 13,5 kilogramın altında olması gerekmektedir. Yine hastanın SMN1 genin 3 veya daha az kopyasını taşıyor olması gerekmektedir⁴⁹.

c. İtalya

İtalya’da 9 Mart 2021 tarihinden itibaren 13,5 kilogramın altındaki SMA Tip1 hastası tüm çocuklar için zolgensma gen tedavisi Ulusal Sağlık Hizmetleri (NHS) tarafından karşılanmaktadır⁵⁰. Ayrıca ilaç şirketi ile yapılan anlaşma sayesinde hastalardan etkin ve güvenli bir şekilde veri toplamak amacıyla, 16,5 kilogram ile 21 kilogram arasındaki klinik denemelerde, çocuklara bu ilaç ücretsiz sağlanmaktadır⁵¹.

d. İsviçre

İsviçre’de SMA tedavisinde Zolgensma 28.06.2021 tarihinde onaylanmış olup⁵² Bu ilaç İsviçre’de de sağlık sigortası kapsamında karşılanan en pahalı ilaçtır. Bu tedavi ancak 2 yaşın altında çocuklar için sağlık sigortası tarafından karşılanmaktadır. Tedavi görebilecek 2 yaşından küçük bu çocukların ya SMA Tip 1 hastası olduğunun klinik olarak tespit edilmesi ya da hastanın SMN2 geninin 3 veya daha az kopyasını taşıyor olması gerekmektedir⁵³.

e. Almanya

Almanya’da zolgensma gen tedavisi 01.07.2021 tarihinden bu yana uygulanmaktadır⁵⁴. Bu ilaç Almanya’da SMA TİP 1 hastalarına ve SMN2 geni 3 kopyaya kadar olan bebekler için yaş ve kilo

48 The Health Service Executive

49 Michael Barry, ‘Medicines Management Programme’ *Health Service Executive* (19 November 2023) 4, <<https://www.hse.ie/eng/about/who/cspd/medicines-management/managed-access-protocols/onasemnogene-abeparvovec-zolgensma/managed-access-protocol-onasemnogene-abeparvovec-zolgensma.pdf>> accessed 10 September 2024.

50 Italian Medicines Agency ‘AIFA approves reimbursement of Zolgensma, gene therapy for children with SMA1’ (10 March 2021) <<https://www.aifa.gov.it/en/web/guest/-/aifa-approva-rimborsabilita-zolgensma-terapia-genica-per-i-bambini-con-sma1>> accessed 10 September 2024.

51 International Medical University ‘Zolgensma, the most expensive drug in the world for the SMA is now refundable’ *Unicamillus* (Rome 2023) <<https://www.unicamillus.org/zolgensma-the-most-expensive-drug-in-the-world-for-the-sma-is-now-refundable/>> accessed 10 September 2024.

52 SMA Schweiz, ‘Onasemnogene abeparvovec-xio’ (Schweiz 2023) <<https://www.sma-schweiz.ch/zolgensma-onasemnogene-abeparvovec>> accessed 10 September 2024.

53 Michael Barry, ‘Medicines Management Programme’ *Health Service Executive* (19 November 2023) 4, <<https://www.hse.ie/eng/about/who/cspd/medicines-management/managed-access-protocols/onasemnogene-abeparvovec-zolgensma/managed-access-protocol-onasemnogene-abeparvovec-zolgensma.pdf>> Erişim Tarihi 10 September 2024); SMA Schweiz ‘Zolgensma-Zulassung in der Schweiz’ (30 June 2021) <<https://www.sma-schweiz.ch/hot-topics/zolgensma-zulassung-in-der-schweiz>> accessed 10 September 2024.

54 Gemeinsamer Bundesausschuss ‘Anwendungsbegleitende Datenerhebung bei Onasemnogen-Abeparvovec (Zolgensma)’ (1 January 2022) <[https://www.g-ba.de/studien/abd/zolgensma/#:~:text=Zolgensma%C2%AE%20kann%20in%20Deutschland,Muskelatrophie%20\(SMA\)%20eingesetzt%20werden](https://www.g-ba.de/studien/abd/zolgensma/#:~:text=Zolgensma%C2%AE%20kann%20in%20Deutschland,Muskelatrophie%20(SMA)%20eingesetzt%20werden)> accessed 10 September 2024.

sınırlaması olmaksızın onaylanmıştır. Alman sağlık sistemi zolgensma tedavisinin masraflarını karşılamaktadır. Ancak bunun için tedavi tıbbi olarak gerekli olmalı, söz konusu tedavi doktor tarafından öneriliyor ve planlanıyor olmalıdır. Tedavi eden hekim tarafından, zolgensmanın SMA'lı hasta için gerekli olduğuna ilişkin veriler belgelendirildiği takdirde tedavinin masrafları sağlık sigortası tarafından karşılanmaktadır. Ancak burada hastanın Alman Sağlık Sigortasının kapsamına giren bir hasta olması da gerekmektedir. Kural olarak, hastanın Almanya'da çalışıyor olması ve sosyal sigorta primlerinin ödeniyor olması ya da Almanya'da düzenli bir şekilde ikamet ediyor olması, onun sağlık sigortasından faydalanması için bir ön koşuldur⁵⁵.

Almanya'da özellikle Kuzey Ren-Vestfalya eyaletinde açılan zolgensma tedavi ücretinin sağlık sigortası tarafından karşılanması talepli davalarda Eyalet Mahkemesinin birbirinden farklı gerekçelerle, sağlık sigortasının zolgensma tedavisini karşılama yükümlülüğü olmadığına ilişkin kararları mevcuttur.

Eyalet Mahkemesinin 27.02.2020 tarihli bir kararına konu olayda⁵⁶ aile, sağlık sigortası kapsamında spinraza ile tedavi edilen SMA Tip 1 hastası 7 aylık bebeklerinin tedavisinin, sağlık sigortası ile karşılanmak suretiyle zolgensma ile devam etmesini talep etmiştir. Aile gerekçe olarak hasta bebeğin bu tedavi ile yaşamının ilk iki yılında solunum yetmezliği sebebiyle ölebileceğini, ayrıca zolgensma tedavisinin tek defada uygulanan bir tedavi olduğunu ileri sürmüştür. Eyalet Mahkemesi, davacının ciddi ve yaşamı tehdit eden bir hastalıktan muzdarip olduğunu kabul etmekle beraber, hastaya uygulanan spinraza tedavisinin doz yükseltme aşaması henüz tamamlanmadığından ve başarı ancak tedavinin başlamasından altı ila on iki ay sonra değerlendirilebileceğinden, tedavi sürecinin devam etmesi gerektiğini, ayrıca doktorların zolgensma tedavisini henüz gerekli görmediğini, bu durumda sağlık sigortasının zolgensmayı ödeme yükümlülüğü altında olmadığını ifade etmek suretiyle davacının talebini reddetmiştir.

Kuzey Ren-Vestfalya Eyalet Mahkemesi, 10.11.2020 tarihli kararına⁵⁷ konu olan bir başka olayda ise, Esnaf Sağlık sigortalısı olan davacı ailenin 13 aylık bebekleri SMA hastası olup bir süredir spinraza tedavisi görmektedir. Aile tıbbi açıdan daha iyi olduğu gerekçesi ile çocuğu için zolgensma tedavisi talep etmiş ancak sağlık sigortası zolgensma tedavisine onay vermeyerek ödemeyi reddetmiş. Bunun üzerine aile; hastalığın seyrinin kötüye gitmekte olduğu, hastanın bu tedavi ile yaşamının ilk iki yılında solunum yetmezliği sebebiyle ölebileceği ya da hastanın tedavisinin yıllık yaklaşık 285 bin avroluk bir maliyetle ömür boyu sürebileceği gerekçeleri ile sigorta şirketine dava açmış, masraflarının sigorta şirketi tarafından karşılanması suretiyle çocuklarına Zolgensma tedavisinin uygulanmasını talep etmiştir. Alt Mahkeme, zolgensma tedavisinin tek defada uygulandığı ancak bu uygulamanın maliyetinin 2 bin avro olduğu gerekçesiyle davayı reddetmiş ve sigorta şirketi lehine karar vermiştir. Bunun üzerine

55 Initiative SMA 'Die Spinale Muskelatrophie' <<https://www.initiative-sma.de/therapie/haeufig-gestellte-fragen-und-antworten-zur-behandlung-mit-zolgensma-in-deutschland/#:~:text=Die%20gesetzliche%20Krankenversicherung%20%C3%BCbernimmt%20die,erforderlich%20und%20%C3%A4rztlich%20beabsichtigt%20ist.>> accessed 10 September 2024.

56 LSG Nordrhein-Westfalen 27.02.2020, <<https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Freddok%2Fbecklink%2F2015733.htm&pos=2&hlwords=on&lasthit=True>> accessed 10 September 2024.

57 LSG Nordrhein-Westfalen 10.11.2020 <<https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Freddok%2Fbecklink%2F2018006.htm&pos=3&hlwords=on>> accessed 10 September 2024.

davacı, ilk derece mahkemenin kararını temyiz etmiştir. Temyiz aşamasında davaya bakan Kuzey Ren-Vestfalya Eyalet Mahkemesi, davacı hasta ailesinin davasını kabul etmek suretiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuş ve sağlık sigortası şirketinin zolgensma tedavisine ilişkin masrafları ödemesine karar vermiştir. Eyalet Mahkemesi öncelikle, hastanın tedaviden fayda sağlayabilmesi için tıbbi olarak öngörülen boy ve kilo sınırına ulaşmak üzere olduğuna işaret etmektedir. Bunun yanında hastaya tedavinin uygulanabilmesi için yapılması zorunlu olan anestezi işlemine ilişkin birtakım riskler taşıdığına da işaret ederek spinraza tedavisinin hasta için daha fazla sürdürülebilir olmadığına, hastanın acil olarak yasal koruma altına alınmasına karar vermiştir. Ayrıca tedaviyi yürüten doktordan sağlanan güvenilir tıbbi bilgiye göre, uygulanacak zolgensma tedavisinin hasta için daha uygun ve faydalı olacağı sonucuna varıldığını ifade etmiştir. Mahkeme, sigorta şirketinin, zolgensma tedavisinin spinraza tedavisine göre birtakım ek maliyetlere yol açacağına ve spinraza tedavisi ile öngörülen fayda-maliyet oranının daha lehe olduğuna ilişkin iddiasını da kanıtlayamadığını belirtmiş, Zolgensma ile sağlanacak fayda-maliyet oranının Spinraza ile sağlanacak fayda-maliyet oranından daha kötü olmadığını beyan ederek davacının davasının kabulüne karar vermiştir.

Niedersachsen-Bremen Eyalet Mahkemesinin, 06.07.2020 tarihli kararına⁵⁸ konu bir başka olayda, beş aylık iken SMA Tip 1 tanısı konan kız çocuğuna, doktorun uygun görmesi üzerine spinraza ilaç tedavisine başlanmıştır. Hasta bebeğin ailesi, tıbbi açıdan daha iyi olduğu gerekçesi ile zolgensma tedavisi talep etmiş ancak sağlık sigortası şirketi ailenin talebini reddetmiş ve zolgensma tedavisine onay vermemiştir. Aile, sağlık sigortasına dava açmak suretiyle zolgensma tedavisinin sigorta şirketi tarafından ödenmesini talep etmiştir. Eyalet Mahkemesi, hastaya spinraza ile yapılan tedavinin başarı bir şekilde devam ediyor olmasını ve doktorun zolgensma tedavisini gerekli görmemiş olmasını gerekçe göstererek, sağlık sigortası şirketinin zolgensma tedavisini ödeme yükümlülüğünün bulunmadığına karar vermiş ve davayı reddetmiştir. Mahkeme, doktorun “*uygun tedaviye karar verme serbestisi*” gereğince, zolgensma tedavisinin uygulanabileceğini ancak buna doktorun karar vereceğini, ailenin tek başına yaptığı tedavi talebinin ise sigorta şirketinin ödeme yükümlülüğüne esas teşkil etmeyeceğini ifade etmektedir.

4. Zolgensma Tedavisinin Sağlık Hakkı Kapsamında Talep Edilip Edilemeyeceği Meselesi

a. Genel Olarak

Zolgensma gen tedavisi ilk olarak ABD’de Mayıs 2019’da 24 aydan küçük çocuklar için onaylanmış olup bunu Avrupa Birliği, Japonya ve diğer ülkelerdeki onaylar izlemiştir⁵⁹. Hatta T.C. Sağlık Bakanlığı tarafından Ocak 2023 tarihinde ruhsatlanma sürecinin devam ettiği belirtilen ancak henüz bu konuda bir gelişme kaydedememiş olduğumuz Riskli Tedavi de 08.08.2020 tarihinde ABD Gıda ve İlaç Dairesi (FDA) tarafından, 30.03.2021 tarihinde ise Avrupa İlaç Kurumu (EMA) tarafından, bütün SMA tipleri için 2 ay ve daha büyük olan çocukların tedavisinde kullanılmak üzere onaylanmıştır⁶⁰.

58 LSG Niedersachsen-Bremen, 06.07.2020 – L 2 BA 6/20

59 U.S. Food&Drug ‘Zolgensma’ (26.07.2024) <<https://www.fda.gov/vaccines-blood-biologics/zolgensma>> accessed 10 Eylül 2024.

60 SMA Benimle Yürü Derneği ‘Evryşdi (Riskli Tedavi)’ <<https://smabenimleyuru.org.tr/arastirmalar-ve-tedavi/riskli-tedavi/>>

Özellikle Zolgensma tedavisi, ABD ve Avrupa Ülkelerinde yaklaşık 6 yıldır uygulanmaktadır. Sağlık Bakanlığımızın SMA Bilim Kurulu söz konusu tedaviye hala tereddütle yaklaşmaktadır. Bakanlık, “*ülkede doğan her SMA’lı bebeğin etkinliği bilinen tedaviyi aldığı*”, “*ailelerin umutlarının ticari amaçlara alet edilmeyeceği*”, “*çocukların denek olarak kullanılmasına izin verilmeyeceği*” gibi gerekçelerle ilaca onay vermemektedir. Ancak yıllar içinde, bu ilacın SMA tedavisinde önemli katkılar sağladığı yönünde yadsınamaz pek çok olumlu örnek de mevcuttur. Durum böyle olunca, ülkemizde hasta çocukların aileleri, çok pahalı olan Zolgensma tedavisine şahsi çabalarıyla ulaşmaya çalışmakta ve bunun için bulundukları ilin valiliğinin izni ile gerek sanal ortamlarda gerekse cadde ve sokaklarda ülke çapında kampanyalar yürütmektedir. Aileler, ilaç için gerekli paranın toplanması halinde tedavi için başta Dubai ve Amerika olmak üzere yurt dışında bazı ülkelerin sağlık sunucularından gerekli tedaviyi temin etmektedirler. Belirtmek gerekir ki Sağlık Bakanlığı, bu ilacın tedavi edici olduğu yönündeki şüpheleri sebebiyle, bu yardım kampanyalarına destek vermediğini açık bir şekilde beyan etmektedir.

Zolgensma tedavisinin Sağlık Bakanlığı tarafından prosedürel olarak onaylanmamasına rağmen içinde bulunulan fiili durum, bu ilaç bedelinin karşılanmasının anayasal “sağlık hakkı” ve “yaşam hakkı” kapsamında dava yoluyla SGK’dan talep edilip edilemeyeceği sorusunu akla getirmektedir. Bu sorunun cevabını verebilmek için öncelikle, ülkemizde sağlık hakkının kapsamını, devletin bu hakkı yerine getirme sorumluluğu ile bu sorumluluğunun sınırlarını ve sağlık hakkının dava edilebilir bir hak olup olmadığını açıklığa kavuşturmak gerekmektedir.

b. Sağlık Hakkı ve Bu Hakkın Sınırları

Sağlık hakkı, temel bir insan hakkı olup insanlık onuruna yaraşır asgari bir yaşam sürdürülebilmek üzere her insan için gerekli olan bir haktır. Bu hakkın kişinin hayatını sürdürübilmesi için vazgeçilmez bir hak olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Zira sağlık hakkı, kişinin başta temel haklar olmak üzere diğer tüm hakların hayata geçirebilmesi için hayati öneme sahip temel bir haktır. Öyle ki kişiler sağlıklı olmadığında diğer haklarını da kullanamaz hale gelmektedir⁶¹.

Sağlık hakkına, 1982 Anayasasının üçüncü bölümünde, “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” kısmında yer verilmiştir. Bu hak, AY m. 56 hükmünde “sağlık hakkı” başlığı altında bağımsız bir norm olarak değil, “sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı” ile beraber düzenlenmiştir⁶². Madde hükmüne göre, “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet,

10 Eylül 2024; Media ‘FDA Approves Genentech’s Evrysdi (risdiplam) for Treatment Spinal Muscular Atrophy (SMA) in Adults and Children 2 Months and Older’ *Genentech* (7 August 2020) <https://www-gene-com.translate.google.com/media/press-releases/14866/2020-08-07/fda-approves-genentechs-evrysdi-risdipla?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=tr&_x_tr_hl=tr&_x_tr_pto=tc> accessed 10 Eylül 2024.

61 Ayhan Döner ve Mücahit Kelek, ‘Negatif Yükümlülükler Açısından Sağlık Hakkı’(2015) 19(1) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3, 3; Nurten Yaylacı, Uluslararası Hukukta Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği Bağlamında Sağlık Hakkı (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2021), 133 vd.

62 Bkz Nurten Yaylacı, ‘Teoriden Pratiğe Türk Hukukunda Sağlık Hakkının Dava Edilebilirliği Üzerine Bir İnceleme’ (2020) 15(171) Terazi Hukuk Dergisi 2314, 2317.

herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir.”

Söylemek gerekir ki; AY. m. 56 hükmünde “sağlık hakkı” ile “sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı”nın bir arada düzenlenmesi doktrinde mevcut çoğunluk görüşü tarafından eleştirilmektedir. Aslında “sağlık hakkı” ile “sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı” arasında sıkı bir ilişki mevcut ise de bu iki hak birbirinden farklı niteliklere sahiptir. Sağlık hakkı sosyal bir hak iken çevre hakkı dayanışma hakları içerisinde yer almaktadır. Sağlık hakkı pek çok hakla, özellikle de “yaşam hakkı” ile yakından ilgilidir. Bu sebeple önemli bir sosyal hak olan ve uluslararası insan hakları belgelerinde mutlaka düzenlenen, bir yandan *insanlık onuruyla* diğer yandan *yaşama hakkı* ile ilişkilendirilen sağlık hakkının, bağımsız bir norm olarak düzenlenmesi daha yerinde olacaktır⁶³.

Anayasa m. 65 hükmü ise devletin ekonomik ve sosyal haklar alanındaki sınırlarını belirlemektedir. Madde hükmüne göre, devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri de gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirmekle yükümlüdür. Aslında AY m. 65 hükmü, devletin sosyal hakları ne ölçüde gerçekleştireceğine ilişkin bir değerlendirme kriteridir. Anayasa m. 65 hükmünde yer alan, “*mali kaynakların yeterliliği*” ölçütü, her ne kadar sosyal haklar bakımından bir sınırlamayı ifade etse de, bu ölçüt devletin sosyal haklara ilişkin yükümlülüklerden tamamen kurtulduğu ya da devletin söz konusu sosyal yükümlülüklerini yerine getirip getirmeyeceği hususunun tartışmaya açıldığı anlamına gelmemektedir. Zira devlet, her hülûkarda sosyal haklardan kişilerin faydalanmasını sağlamak amacıyla üstüne düşen yükümlülükleri yerine getirmek için, mali kaynakları ölçüsünde elinden geleni yapmakla yükümlüdür⁶⁴. Madde hükmü sosyal haklara ilişkin bir ölçülülük ilkesi oluşturmaktadır. Bu ölçülülük ilkesi kapsamında devletin, sosyal haklara ilişkin ödevlerini yerine getirirken bir yanda önceliklerini diğer yanda da sınırlı mali kaynakları dengelemesi amaçlanmaktadır. Ancak söz konusu denge gözetilirken devletin gözetmesi gereken öncelik ise “*insan onuru*” olmalıdır⁶⁵.

Diğer yandan, Anayasa m. 90 hükmünün son cümlesi uyarınca, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerle kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi durumunda çıkabilecek uyumsuzluklarda, uluslararası sözleşmelerin

63 1982 Anayasasının m. 56 hükmünde yapılan düzenleme, doktrinde hem düzenlenme biçimi hem de normun içeriği bakımından eleştirilmektedir. Bu normun sadece sağlık hakkına özgülenmeyerek “sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı” ile girift bir yapıda formüle edilmesi üzerinde durulmaktadır. Bkz. Yaylacı, (n 61) 219; Yaylacı, (n 62) 2317; Bülent Algan, *Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması* (Seçkin 2007) 267; Nihat Bulut, *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar* (Oniki Levha 2009) 211; Dilşad Çiğdem Sever, ‘Sağlık Hakkının Tanımlanması ve Mahkemelerce Kullanılması’, iç Özgü Yücel ve Gürkan Sert (edr), *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları*, (Yetkin 2018) 89; Aksi görüşler için bkz. Yaylacı, (n 62) dn 25, dn 26 ve dn 27’de adı geçen yazarlar; Kethüda Enes, ‘Sosyal Güvenlik Hakkının Bireysel Başvuru Yoluna Konu Edilebilirliği’ (2024)173 *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 109.

64 Mümtaz Sosyal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı* (8. Baskı, Gerçek 1990) 240; Yaylacı, (n 62) 2320.

65 Sever (n 63) 94; Benzer diğer görüşler için bkz. Yaylacı, (n 62) 2320 ve dn. 48; Uluslararası Belgeler açısından bkz. Yaylacı, (n. 61) 217 vd.

ilgili hükümleri esas alınacaktır. Bu sebeple, söz konusu hüküm uyarınca artık insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler ile iç hukukta mevcut kanun hükümleri arasında çatışma olması hâlinde, uluslararası insan hakları normları uygulama üstünlüğüne sahiptir. Bu bağlamda, temel ve evrensel bir hak olan sağlık hakkı aynı zamanda Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerinde de açıkça düzenlenmiş bir "insan hakkı"dır⁶⁶. Anayasa m. 90 hükmünün son cümlesinde yapılan düzenleme ise, bu hak açısından AY. m. 65 hükmündeki sınırlamayı uluslararası sözleşmelerin açık normlarıyla aşabilmenin imkanını sağlamaktadır⁶⁷.

Türkiye'nin 2003 yılında taraf olduğu Birleşmiş Milletler Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesinin m. 12/1 hükmü uyarınca, bu sözleşmeye taraf devletler, *herkesin, ulaşılabilir en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma hakkını* kabul etmektedirler. Bu şekilde herkese "*ulaşılabilir en yüksek sağlık standardına sahip olma hakkı*"nı tanıyan sözleşme hükmü, AY m.65 hükmü uyarınca devletin "*mali kaynakların yeterliliği*" ölçüsünde sağlanacak sağlık hakkını düzenleyen AY. m. 56 hükmünün çok daha ötesindedir. Öyleyse, Türk Hukuku açısından AY. m. 90 hükmünün son cümlesi uyarınca; bundan böyle, devletin sağlık hakkı sağlama yükümlülüğü için AY. m. 56 hükmü ile öngörülen sağlık hakkını sağlama yükümlülüğünün yerini Birleşmiş Milletler ESKHS'nin m.12 hükmünde yer alan ve herhangi bir sınıra tabi tutulmamış olan *ulaşılabilir en yüksek sağlık standartını sağlama yükümlülüğünün* aldığını söylemek yanlış olmayacaktır.

c. Sağlık Hakkının Dava Edilebilirliği

Doktrinden sağlık hakkının dava edilebilirliği hususu devletin ekonomik ve sosyal haklar alanındaki sınırlarını belirleyen AY. m. 65 hükmü kapsamında tartışılmaktadır. Doktrinde ağırlıklı görüşe göre; AY m. 65 hükmü işin mahiyeti gereği bir düzenlemedir. Zira, aksi takdirde devletin eylemsizliği ya da yeterince katkı sağlayamama hallerinde devamlı olarak anayasa ihlali iddiaları ile karşı karşıya kalınacaktır. Yine, kullanımları devletin pozitif bir edimine bağlı olan hakların ilke olarak bireysel başvuru yoluna elverişli olmadığı, bu tür sosyal hakların genellikle doğrudan talep edilebilir nitelikte düzenlenmediğini belirtilmektedir. Diğer yandan, sağlık, eğitim, konut, çalışma ve sosyal güvenlik gibi sosyal hakların vücut bulması için devletin bu hakları anayasada tanıması yetmemektedir. Sosyal hakların sadece anayasada tanımlanmış olması, bireylere dava yoluyla talep edilecek subjektif bir hak vermeyecektir⁶⁸.

Belirtmek gerekir ki; Anayasa m. 65 hükmünü ölçü almak suretiyle sosyal haklar kısmında yer alan "*sağlık hakkı*"nın dava edilemeyeceğini söylemek isabetli görünmemektedir. Nitekim, günümüzde Birleşmiş Milletler de sosyal hakların dünyanın pek çok ülkesinde "*yargı yoluyla talep edilebilir*"

66 Yaylacı, (n 62) 2322; Özgür Temiz, 'Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı' (2014), 69 (1) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 165, 172.

67 Yaylacı, (n 62) 2322; Murat Özveri, 'Türk Hukukunda Sosyal Hakların Dava Yoluyla Gerçekleştirilmesi', *Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu*, III Bildiriler Kitabı (Petro İŞ 2011) 150.

68 Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, (10. Baskı, Beta 2011) 185; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (18. Baskı, Ekin 2015) 77; Konuya ilişkin tüm görüşler için bkz. Yaylacı, (n 62) 2320-2321; Diğer gerekçeler için bkz. Engin Yıldırım, 'Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği/Edilemezliği ve Anayasa Mahkemeleri: Türk Bakış Açısı'(2014) 31 Anayasa Yargısı Dergisi, 53.

olduğunu ifade etmektedir. Gerek Birleşmiş Milletler sisteminde yer alan insan hakları denetim organlarınca gerekse doktrinde vurgulandığı üzere; sağlık hakkı, devlete pozitif edimler yükleyen haklardan olduğu gibi bu hakkın negatif edim yükleyen boyutu da mevcuttur. Sağlık hakkı bu yönüyle AY. m. 65 hükmündeki sınırlamalara hiçbir şekilde tâbi olmamalıdır⁶⁹. Yine yukarıda da bahsettiğimiz konu ile bağlantılı olarak, AY m. 90 hükmünün son cümlesi gereği, Türkiye tarafından onaylanmış bir sözleşme olan Birleşmiş Milletler ESKHS’nin m.12 hükmünde yer aldığı şekliyle, kişilerin gerektiğinde, “ulaşılabilecek en yüksek sağlık standartlarına kavuşmayı” yargı yoluyla talep etme hakları mevcut olmalıdır.

d. SMA Hastalarının Zolgensma Tedavisini SGK’dan Talep Edip Edemeyeceği Meselesi

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız üzere, önemli bir kişilik hakkı olan sağlık hakkı, aynı zamanda mutlak bir hak olup herkese karşı ileri sürülebilecek bir haktır. Hem anayasa ile hem de uluslararası sözleşmelerle koruma altın alınmış olan bu hak, “yaşam hakkı”ndan ve “insanlık onuruna uygunluk” kriterinden ayrı düşünülmesi mümkün olmayan bir haktır. Zira “yaşamak” dediğimiz zaman aklımıza gelen ve yaşama hakkına anlam kazandıran iki önemli şey “sağlıklı yaşamak” ve “insanlık onuruna uygun” bir şekilde yaşamaktır. Sağlıktan ve insanlık onurundan yoksun olan bir yaşam sürmenin yaşama hakkı bağlamında bir değerinin olduğunu söylemek mümkün değildir.

SMA hastalığı, genellikle bebeklikten başlayan ölümcül bir hastalıktır. Tip 1 SMA hastalığı olan çocuklar, solunum ve beslenmeye yardımcı olacak mekanik havalandırma ve besleme tüpleri yardımıyla birkaç yıl hayatta kalabilmektedirler. Tip 2 SMA hastalığı olan bireyler, sürekli bir takım solunum komplikasyonları tehdidi altında, genellikle yetişkinlik dönemine ulaşacak kadar yaşayabilmektedirler. SMA Tip 3 ve Tip 4 hastaları ise genellikle normal bir yaşam süresi yaşayabilmekle beraber tekerlekli sandalyeye bağlı olarak yaşamlarını sürdürmek zorunda kalabilirler⁷⁰. Bu nedenle söz konusu hastalığın anayasal “yaşama hakkı”nı, “insanlık onuruna uygun bir hayat sürme” hakkını ve “sağlık hakkı”nı ciddi olarak tehlikeye soktuğu görülmektedir.

Sosyal Güvenlik Kurumunun SMA hastaları için sağladığı tedavi spinraza tedavisidir. Bu hastalığın tedavisinde Spinraza 2016 yılından beri uygulanmaktadır. Zolgesma ise 2019 tarihi itibarıyla ABD’de ve sonrasında Avrupa Ülkelerinde SMA tedavisinde uygulanmakta olan bir ilaç olmasına rağmen ülkemizde Sağlık Bakanlığı tarafından güvenilirliğine ilişkin türlü gerekçelerle onaylanmamıştır. Zolgensma tedavisi, ülkemizde onaylanmamış olmasına rağmen, pekçok ülkede yaklaşık 6 senedir kullanılmakta olup tedavi ediciliği açısından pek çok kayda değer olumlu örnek mevcuttur. Ayrıca bu ilaç tedavisinin, hastaya tek seferde uygulanıyor olması sebebiyle SMA hastaları için daha konforlu olduğu ifade edilmektedir. Bu nedenle pek çok aile bu ilaca ulaşmaya çalışmakta tedavilerini de başta Dubai ve Amerika olmak üzere yurt dışındaki bazı ülkelerin sağlık sunucularında yaptırmaktadırlar.

69 Yaylacı, (n 62) 2321; Yaylacı, (n 61), 401; Sultan Tahmazoğlu Uzeltürk, *Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı – Ulusal ve Uluslararası Boyutuyla*-(Legal 2012) 103; Yıldırım (n 68) 153 ve 154.

70 Acıbadem Web ve Yayın Kurulu, ‘SMA Hastalığı Nedir? SMA Belirtileri, Nedenleri, Tedavisi (26 Ağustos 2020)<[834](https://www.acibadem.com.tr/ilgi-alani/sma-hastaligi/#:~:text=Spinal%20m%C3%BCsk%C3%BCler%20atrofi%2C%20yani%20k%C4%B1saca,kal%C4%B1tsal%20bir%20motor%20n%C3%B6ron%20hastal%C4%B1%C4%9F%C4%B1d%C4%B1r.>Erişim Tarihi 5 Temmuz 2024.</p>
</div>
<div data-bbox=)

Kanaatimizce herbiri önemli birer anayasal hak olan “yaşama hakkı”, “insanlık onuruna uygun bir hayat sürme hakkı” ile “sağlık hakkı” bağlamında zolgensmanın bedelinin karşılanmasını SGK’dan talep edilmesi mümkündür. Bu talebin esaslı gerekçesi hastanın yaşamının tehlikede olmasıdır. Ancak bu tedavinin hasta aileleri tarafından kulaktan duyma birtakım örneklerle binaen, hastayı tedavi eden hekimin tavsiyesine dayanmadan talep edilmesi mesnetsiz olup mümkün değildir. Tedaviyi yürüten hekim ya da hekimler tarafından, gerekçeleri ile beraber bir rapor düzenlemek suretiyle, zolgensmanın hasta için uygun bir tedavi olarak öngörüldüğü ve reçete edildiği durumlarda ise SGK’nın bu talebi değerlendirmesi gerekmektedir. Sosyal Güvenlik Kurumu’nun söz konusu tedaviyi reddetmesi ve ilaç bedelini ödememesi halinde ise konunun yargıya intikal ettirilmesi mümkündür. Yargı makamı olayı değerlendirirken, AY m. 90 hükmünün son fıkrasını esas almak suretiyle, SGK’nın sağlık hakkını sağlama yükümlülüğünü, AY m. 60 hükmü uyarınca devletin “mali kaynaklarının yeterliliği” ölçütüne göre değil Birleşmiş Milletler ESKHS’nin m.12 hükmü uyarınca “ulaşılabilecek en yüksek sağlık standardını sağlama yükümlülüğü” ölçütüne göre değerlendirerek hüküm kurmalıdır.

Bugüne kadar elimizde Zolgensmanın ithali için gerekli olan ödemenin yapılması talebiyle Sosyal Güvenlik Kurumu’na karşı açılmış olan ancak SGK’nın talebi reddetmesi üzerine “yaşam hakkının ihlal edildiği” iddiası ile Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulmuş olan tek bir davaya⁷¹ rastlanmaktadır:

Dava konusu olayda davacı SMA Tip 1 hastalığı nedeniyle tedavi görmektedir. Ancak hastalığın tedavisinde kullanılan ilahtan minimal fayda sağlandığı için tedaviyi uygulayan doktor tarafından “zolgensma” isimli ilacın tedavide kullanılmasının gerekli olduğuna dair bir rapor düzenlenmiştir. İlacın yurtdışı kullanımı için doktor tarafından yapılan talebin Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu tarafından uygun bulunmaması üzerine davacılar, hasta çocuklarına velayeten “Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumunun işleminin reddi” talebiyle söz konusu işlemin iptali için Ankara 11. İdare Mahkemesinde dava açmıştır. İdare Mahkemesi, verdiği yürütmeyi durdurma kararının ardından 09.03.2021 tarihinde Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumunun red işlemin iptaline karar vermiştir. Karara karşı SGK ve Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu tarafından istinaf talebinde bulunulmuştur.

Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu 22.12.2020 tarihinde yürütmeyi durdurma kararı gereğince “zolgensma” isimli ilacın kullanımını ve bu ilacın Türk Eczacılar Birliği aracılığıyla yurt dışından ithalini uygun görmüştür. Bunun üzerine davacılar ilaç bedelinin ödenmesi için SGK’dan talepte bulunmuşlar ancak bu talepleri SGK tarafından reddedilmiştir. Bunun üzerine davacılar, Ankara 5. İş Mahkemesinde ilacın finansmanının sağlanması ve ilacın yurt dışından ithali için gerekli ödemenin Türk Eczacılar Birliği Yurt Dışı İlaç Temin Birimine yapılması talebiyle SGK’ya dava açmıştır. Davacılar ayrıca bu davanın sonuçlanmasını beklemeksizin, 26.02.2021 tarihinde, hastalığın tedavisi için gerekli olan ilacın maliyetinin yüksek olduğunu, hayati önemi olan ilaç tedavisinin ilaç bedelinin ödenmesine dair tedbir kararının varlığına rağmen SGK tarafından ödeme yapılmaması nedeniyle gerçekleşemediğini, tedavisi geciken hastanın hayatının tehlikeye gireceğini belirterek yaşam hakkının ihlal edildiği gerekçesi ile Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi’nin, gerek başvuru formunda gerekse UYAP üzerinden yaptığı inceleme neticesinde,

71 Anayasa Mahkemesi Kararı, Başvuru No: 2021/7083, 22.02.2022.

başvurucuların Ankara 5. İş Mahkemesinde ilacın finansmanının sağlanması ve ilacın yurt dışından ithali için gerekli ödemenin Türk Eczacılar Birliği Yurt Dışı İlaç Temin Birimine yapılması talebiyle SGK’ya dava açtıklarını ve davanın derdest olduğu tespit etmiştir. Bunun üzerine AY Mahkemesi, “İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmâl için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir.” şeklindeki 6216 sayılı *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun*’un “Bireysel başvuru hakkı” kenar başlıklı m. 45/f 2 hükmü uyarınca henüz “başvuru yollarının tüketilmemesi” nedeniyle herhangi bir incelemede bulunmaksızın söz konusu bireysel başvuruyu oybirliği ile reddetmiştir.

SONUÇ

SMA hastalarının çoğu bebekler ve çocuklardır. Bu grup, anne veya babalarından dolayı “bakılmakla yükümlü olunan kişi” sıfatıyla, genel sağlık sigortalısıdır. Ancak böyle olmasa dahi, kanunkoyucu 18 yaşını doldurmamış olan tüm gençleri ve çocukları, genel sağlık sigortalısı olarak kabul etmektedir. Böylece bakılmakla yükümlü olan sıfatı taşımayan çocuk ve gençler de 18 yaşını doldurana kadar genel sağlık sigortası sayılmaktadır. Bu nedenle SMA hastası tüm bebekler ve çocuklar Genel Sağlık Sigortası kapsamında SGK’nın sağladığı tüm tedavi ve yardımlardan yararlanabilmektedir.

SMA hastası çocukların ülkemiz sınırları içerisinde faydalanabilecekleri sağlık yardımları Sağlık Bakanlığı tarafından onaylanmış tedavi ve ilaçlardır. Zira Sağlık Bakanlığı’nın onaylamadığı bir tedaviye ya da kullanım onayı vermediği bir ilaca kişilerin kendi olanakları ile dahi, ülke sınırları içerisinde ulaşması ya da böyle bir ilaç ile tedavi uygulanması mümkün değildir. Sosyal Sigortalar Kurumu, Genel Sağlık Sigortası kapsamında öncelikle, SMA hastalığının ve hasta çocuk sayısının artışı önlemeye yönelik birtakım koruyucu sağlık hizmetleri sunmaktadır. Çocukların hasta doğmasını önlemek ve hasta doğmuş olan çocukların hastalıklarını erken dönemde teşhis etmek amacıyla alınmış birtakım önlemler koruyucu tedbirler kapsamındadır. Öncelikle çiftlere uygulanacak olan tarama programları ile SMA taşıyıcısı olan çiftlerin tespit edilmesi, taşıyıcı olduğu tespit edilen çiftlerin bilinçlendirilerek hasta çocuk sahibi olmalarının engellenmesi hedeflenmektedir. Bu kapsamda, Aralık 2022’den itibaren yasal mevzuat gereğince çiftlere, evlilik öncesinde SMA testi yapılması zorunluluğu getirilmiştir. Çiftlerin testi yaptırmaması durumunda nikah kısılması mümkün değildir. Yine, yenidoğan bebeklerde ise topuk kanı taramaları içinde bebeğin SMA hastası olup olmadığına bakılmaktadır. Bu şekilde SMA hastası olduğu tespit edilen bebeklerin tedaviye en erken dönemde başlanması, böylece hastalığın etkilerinin hiç ortaya çıkmaması veya oluşturabileceği hasarın en aza indirilmesi mümkün olmaktadır.

Yine Ülkemizde SMA hastalığı için koruyucu sağlık hizmetleri daha etkin bir biçimde kullanılmalıdır. Bu konuda, görsel ve basılı medyada Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanan bilgilendirici kamu spotları yayınlanabileceği gibi, cadde ve bulvarlardaki reklam panolarında da bilgilendirici görseller paylaşılmalıdır. Ayrıca Aile Sağlık Merkezlerinde konuya ilişkin bilgilendirici görseller sergilenmeli, bu merkezlerde çalışan sağlık personeli de evlenmek için sağlık raporu almaya gelen çiftlere konuya ve

önemine ilişkin bilgilendirme yapmalıdır. Bilindiği üzere ülkemiz sadece büyük illerden değil küçük yerleşim birimlerinden de oluşmaktadır. Büyük illerden uzaklaşıp doğuya doğru gidildiğinde Aile Sağlık Merkezleri tarafından yapılacak söz konusu bilgilendirmeler, ilçeler ve köyler gibi merkezden uzak küçük yerleşim yerleri için etkisi açısından büyük önem taşımaktadır.

SMA hastalığı için farklı etken maddeli üç değişik ilaç tedavisi mevcuttur. Bunlar: “Nursinersen Sodyum” etken maddeli “Spinraza” tedavisi, “Risdiplam” etken maddeli “Evrysdi” ilaç tedavisi ve “Zolgensma” tedavisidir. Türkiye’de Sağlık Bakanlığı, sadece Spinraza ilacı ile uygulanan tedaviyi kabul etmiş olup Söz konusu tedaviyi Genel Sağlık Sigortası kapsamında SGK karşılamaktadır. Diğer iki ilaca ise Sağlık Bakanlığı tarafından henüz onay verilmemiştir.

SMA’lı çocuklara uygulanacak spinraza tedavisinin kapsamına ilişkin düzenlemelere “Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliğinde” (SUT) yer verilmiştir. Sağlık Bakanlığı, risdiplam tedavisi için ruhsatlandırma sürecinin devam etmekte olduğunu hatta sona gelindiğini, önümüzdeki günlerde özellikle Spinraza tedavisinin uygulanmasında güçlük yaşayan hastaların kullanımına sunulacağını ifade etmişse de bugüne kadar konuya ilişkin herhangi bir gelişme yaşanmamıştır. Ancak risdiplam etken maddesi Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumunun (TİTCK) “yurt dışı ilaç listesine” eklenmiştir.

Zogensma tedavisi dünyadaki örneklerine rağmen Sağlık Bakanlığı’mız tarafından henüz ruhsatlandırılmamış olup Bakanlık ilacın iyileştirici etkisi konusunda ciddi şüphelerinin olduğunu ifade edilmektedir. Ancak dünyadaki gelişmelere paralel olarak, SMA hastası bebeklerin aileleri Zolgensma tedavisinin Türkiye’de uygulanmasını istemektedir. İlacın çok pahalı olması sebebiyle de ilaca ulaşabilmek için hasta çocuğu olan aileler tarafından gerek sosyal medyada, gerekse sahada aktif para toplama kampanyaları yürütülmektedir. Söz konusu kampanyalar ancak valiliklerden alınan izin ile başlatılıp sürdürülmektedir. Kampanyası biten bebekler Dubayi ya da Amerika’ya tedaviye giderken, kampanya sırasında hayatını kaybeden bebeklerin hesabında toplanan para ise valilik izniyle başka bir bebeğin kampanyasına aktarılmaktadır.

Zolgensmanın SGK tarafından tedavi kapsamına almamasının temelinde, bu ilacın çok pahalı olmasından kaynaklanan ekonomik sebeplerin yattığı ileri sürülmektedir. Ancak Sağlık Bakanlığı, bu konuda kesinlikle bir ödeme sorunu olmadığını belirtmektedir. Bakanlık tedavinin

SMA bilim kurulu tarafından değerlendirildiğini, bilim kurulunun tedavinin etkinliği ile ilgili yeterli kanıt olmadığı kanaatinde olduğunu gerekçe olarak göstermektedir. Zolgensma tedavisinin Sağlık Bakanlığı tarafından prosedürel olarak onaylanmamasına rağmen içinde bulunulan fiili durum, bu ilaç bedelinin karşılanmasının anayasal “sağlık hakkı” ve “yaşam hakkı” kapsamında dava yoluyla SGK’dan talep edilip edilemeyeceği sorusunu akla getirmektedir.

Kanaatimizce herbiri önemli birer anayasal hak olan “yaşama hakkı”, “insanlık onuruna uygun bir hayat sürme hakkı” ile “sağlık hakkı” bağlamında zolgensmanın bedelinin karşılanmasını SGK’dan talep edilmesi mümkündür. Bu talebin esaslı gerekçesi hastanın yaşamının tehlikede olmasıdır. Ancak bu tedavinin talep edilebilmesi için tedaviyi yürüten hekimi rapor düzenlemek suretiyle, zolgensmanın hasta için uygun bir tedavi olarak öngörüldüğü ve reçete etmesi gerekir. Böyle bir

durumda SGK’nın talebi değerlendirmesi gerekmektedir. Sosyal Güvenlik Kurumu’nun ilaç bedelini ödemeyi reddetmesi halinde ise konu dava açılmak suretiyle yargıya intikal ettirilmelidir. Yargı makamı karar verirken AY m. 90 hükmünün son fıkrasını esas almak suretiyle SGK’nın sağlık hakkını sağlama yükümlülüğünü, devletin “*mali kaynaklarının yeterliliği*” ölçütüne göre değil Birleşmiş Milletler ESKHS’nin m.12 hükmü uyarınca “*ulaşılabilecek en yüksek sağlık standardını sağlama yükümlülüğü*” ölçütüne göre değerlendirmelidir.

KAYNAKÇA

- Algan B, *Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması* (Seçkin 2007).
- Arslan Ertürk A, ‘Sosyal Güvenlik Hukuku Boyutuyla Sigortalının Tedavi ve İlaça Ulaşması İle SMA’lı Çocukların Durumu’ (15-16 Haziran 2023) İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi SMA Çalıştay Raporu (İstanbul Barosu Yayınları 2024) 63-73.
- Bulut N, *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar* (Oniki Levha 2009).
- Döner A ve Kelek M, ‘Negatif Yükümlülükler Açısından Sağlık Hakkı’(2015) 19(1) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3-21.
- Güzel A, Okur AR ve Caniklioğlu N, *Sosyal Güvenlik Hukuku* (19. Bası, Beta 2021).
- Gözler K, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (18. Baskı, Ekin 2015).
- Kethüda E, ‘Sosyal Güvenlik Hakkının Bireysel Başvuru Yoluna Konu Edilebilirliği’ (2024)173 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 95-155.
- Özveri M, ‘Türk Hukukunda Sosyal Hakların Dava Yoluyla Gerçekleştirilmesi’, *Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu*, III Bildiriler Kitabı (Petrol İş 2011) 139-158.
- Sever D Ç, ‘Sağlık Hakkının Tanımlanması ve Mahkemelerce Kullanılması’, iç Özge Yücel ve Gürkan Sert (edr), *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları*, (Yetkin 2018). 73-102.
- Sosyal Mümtaz, *100 Soruda Anayasanın Anlamı* (8. Baskı, Gerçek 1990).
- Tahmazoğlu Uzeltürk S, *Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı – Ulusal ve Uluslararası Boyutuyla*-(Legal 2012).
- Tanör B ve Yüzbaşıoğlu N, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, (10. Baskı, Beta 2011).
- Temiz Ö, ‘Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı’ (2014), 69 (1) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 165-188.
- Yaylacı N, ‘Teoriden Pratiğe Türk Hukukunda Sağlık Hakkının Dava Edilebilirliği Üzerine Bir İnceleme’ (2020) 15 Terazi Hukuk Dergisi 2314-2334.
- Yaylacı N, *Uluslararası Hukukta Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği Bağlamında Sağlık Hakkı* (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2021).
- Yıldırım E, ‘Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği/Edilemezliği ve Anayasa Mahkemeleri: Türk Bakış Açısı’(2014) 31 Anayasa Yargısı Dergisi, 153-159.

İşçinin 4857 Sayılı İş Kanunu'ndan Kaynaklanan Tazminat ve Alacaklarına Esas Ücretinin Tespiti

Assessment of Employees' Wage Base for Compensation and Receivables Arising from Labour Law No 4857

Efe YAMAKOĞLU* 

ÖZ

İş uyuşmazlıklarının önemli bir kısmını işçilerin tazminat ve alacak talepleri oluşturmaktadır. Ancak talep konusu tazminat ve alacakların hesaplanabilmesi için işçinin temel ücreti ve ücret eklerinin bilinmesi gerekir. Ülkemizde kayıt dışı istihdamın yaygın oluşu, işverenlerin işçi özlük dosyasını mahkemeye sunmamaları veya gerçeğe aykırı belge düzenlemeleri gibi çeşitli sebeplerle ücretin tespiti zorlaşabilmektedir. Bu çalışmada 4857 sayılı İş Kanunu'ndan kaynaklanan tazminat ve alacakların hesaplanmasına esas ücret kavramı, brüt ücret-net ücret ayrımı ile dar anlamda ücret-geniş anlamda ücret ayrımı çerçevesinde incelenmektedir. Bunun gibi, ücret miktarı ile ücret eklerinin ne şekilde ispat edilebileceği, hesaplama esas ücretin tespitinde işçinin hangi tarihteki ücretinin esas alınması gerektiği sorularına cevap verilmeye çalışılmıştır. Nihayet yabancı para cinsinden ücretin belirlendiği durumlarda özellik arz eden durumlar değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ücret miktarı, Ücretin tespiti, Temel ücret, Ücret ekleri, Brüt ücret, Net ücret

ABSTRACT

Employees' claims for compensation and receivables constitute a substantial part of employment disputes. On the other hand, in order to calculate the compensation and receivables claimed, it is essential to know the employee's base wage and fringe benefits. Assessment of the wage can be challenging in our country due to various reasons such as the prevalence of unregistered employment, employers not submitting personnel files to the court, or the issuance of false documents. This study analyses the concept of base wage for the calculation of compensation and receivables arising from Labour Law No 4857 within the framework of the gross wage-net wage distinction and the base wage-comprehensive wage distinction. The study further attempts to answer the questions of how the amount of wage and fringe benefits can be proven, and the employee's wage on which date should be taken as the basis for assessing the base wage for calculation. Finally, the study evaluates the special circumstances where the wage is assessed in foreign currency.

Keywords: Wage amount, Assessment of wage, Base wage, Fringe benefits, Gross wage, Net wage

* Doç. Dr., Maltepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0002-5804-9400.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Efe YAMAKOĞLU

E-posta/E-mail: efeyamakoglu@maltepe.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 19.09.2024

Kabul Tarihi/Accepted: 29.11.2024

GİRİŞ

İşçinin ücreti birden fazla hukuk dalını ilgilendirmektedir. Ücret miktarı, sosyal güvenlik hukuku bakımından sigorta primlerinin matrahını oluşturmakta, sigortalının belirli sosyal risklerle karşılaştığında kanunda öngörülen haklarının miktarına etki etmektedir. Vergi hukukunu ilgilendirmektedir. Zira işçiler de vergi mükellefi sayılmakta, ücret miktarı ödenecek vergi miktarını belirlemektedir¹. İş hukuku bakımından ise iş sözleşmesinin temel unsuru olup birçok işçinin ailesiyle beraber tek geçim kaynağıdır.

Ücret, işçinin tazminat ve alacaklarının hesaplanmasında da belirleyici olmaktadır. İş mahkemelerine intikal eden uyuşmazlıklarda talep konusu tazminat ve alacakların doğru hesaplanabilmesi için işçinin temel ücret miktarı ile ücret eklerinin bilinmesi gerekir. Öte yandan ülkemizde kayıt dışı istihdamın yaygın oluşu, işverenlerin işçi özlük dosyasını mahkemeye sunmamaları veya gerçeğe aykırı belge düzenlemeleri gibi çeşitli sebeplerle ücretin tespiti zorlaşabilmektedir.

İşçilerin tazminat ve alacak taleplerinin kaynağı kanun olabileceği gibi sözleşmeler de olabilir. Talep konusu tazminat ve alacakların kaynağına bağlı olarak bunların hesaplanmasına esas ücretin tespiti de farklılık arz edebilmektedir. Bireysel ve toplu iş ilişkilerini düzenleyen kanunlarda öngörülen tazminat ve alacaklar bakımından maddenin lafzı, tazminat ve alacağın öngörülmesinin amacı dikkate alınarak hesaplama esas ücret tespit edilmektedir. Bu çalışmada İş Kanunu'ndan² kaynaklanan tazminat ve alacaklara esas ücretin ne şekilde tespit edileceğine odaklanılmış ve konu sınırlandırılmıştır.

Çalışmamızda öncelikle tazminat ve alacak kavramlarından ne anlaşılması gerektiği somutlaştırılmıştır. Daha sonra işçinin İş Kanunu'ndan kaynaklanan tazminat ve alacaklarına esas ücretinin belirlenmesinde brüt ücret-net ücret ayrımı ile dar anlamda ücret-geniş anlamda ücret ayrımı açıklanmıştır. İzleyen başlıkta tazminat ve alacakların hesaplanmasında işçinin hangi tarihteki ücretinin esas alınacağı ve hesap yapılacak dönemdeki ücretin ne şekilde tespit edileceği değerlendirilmiştir. Üçüncü başlıkta temel ücretin ve ücret eklerinin tespitine ilişkin yöntemler açıklanmış, uygulamada karşılaşılan birtakım sorunlara çözüm önerileri sunulmuştur. Nihayet ücretin yabancı para cinsinden kararlaştırılmış olması halinde özellik arz eden durumlar bulunduğu dikkate alınarak bu konu ayrı olarak son başlıkta incelenmiştir.

I. TAZMİNAT VE ALACAK KAVRAMLARI

İş Kanunu'nun amacı işverenler ile bir iş sözleşmesine dayanarak çalıştırılan işçilerin çalışma şartları ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumluluklarını düzenlemektir (m.1). Şu halde iş sözleşmesi, bireysel iş ilişkisinin temelini oluşturan, bu ilişkiye uygulanacak çalışma koşullarını belirleyen

- 1 Ali Nazım Sözer, 'Ücret Ödeme Yükümlülüğünün Belirlenmesi: Alternatif Yöntemler' (2016) 13(51) Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 1346.
- 2 İş Kanunu, Kanun Numarası: 4857, Kabul Tarihi: 22.05.2003, RG 10.06.2003/25134.

başlıca kaynak niteliğindedir³. İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işverenin) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan her iki tarafa karşılıklı borç yükleyen (*sinallagmatik*) bir sözleşmedir⁴. Dolayısıyla ‘tazminat ve alacak’ kavramlarını açıklamadan önce borç ilişkisine, sorumluluk hallerine ve sorumluluğun kaynağına değinmek suretiyle konunun aydınlatılması yararlı olacaktır.

Türk Borçlar Kanunu⁵, borç ilişkisinin kaynaklarını sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme olacak şekilde üç ana başlıkta düzenlemektedir. Şüphesiz bunların dışında borç ilişkisi yaratan durumlar da vardır^{6,7}. Borç ilişkisini diğer sosyal ilişkilerden ayıran en önemli nitelik sorumluluğa yol açmasıdır⁸. Türk Borçlar Kanunu’nun 49 vd. maddeleri haksız fiilden doğan sorumluluğu; 112 vd. maddeleri ise borçların hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden kaynaklanan sorumluluğu düzenlemektedir. Bu düzenlemelerin ortak noktası tazminat isteminin koşulu olarak kusur ve zararın bulunmasına işaret eder. Ancak kusur sorumluluğu ilkesi mutlak olmayıp, sorumluluk sebebinin kanundan kaynaklanması halinde zararın başka birisine yüklenmesi için bunun kusurlu bir davranıştan yahut sözleşmeden doğması gerekmez⁹.

Sorumluluk hukukunun ilk amacı zarar verici olay neticesinde eksilen değer yerine nitelik ya da nicelik olarak bir eşdeğerin konulmasıdır. Zararın kaynağı maddi veya kişilik değeri olabilir. Zarar verenin, yerine getirmek zorunda kaldığı yükümlülüğe ise zararı giderme veya tazminat yükümlülüğü denilmektedir¹⁰. Bu noktada tazminat kavramı alacaklının uğramış olduğu maddi veya manevi zararın giderilmesi olarak tanımlanabilir¹¹. İş Kanunu’nda ise tazminat olarak isimlendirilmekle beraber teknik anlamda tazminat kavramının unsurlarını taşımayan, belirli koşulların oluşması halinde işçiye talep hakkı tanıyan alacaklar yahut hukuki yaptırımlar düzenlenmiştir¹². Belirtilmelidir ki, bu çalışmanın konusu işçilerin İş Kanunu’ndan kaynaklanan taleplerinin hukuki niteliğini tespit etmek ve açıklamak olmadığından tazminat veya ücret kavramına dahil olup olmadığı tartışmalı olan

3 Sarper Süzek ve Süleyman Başterzi, *İş Hukuku* (24. Bası, Beta 2024) 64.

4 Nuri Çelik, Nürşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri* (36. Bası, Beta 2023) 184; Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku* (7. Bası, Lykeion 2022) 387.

5 Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

6 Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (11. Bası, Seçkin 2016) 331; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26. Bası, Turhan 2022) 56-58.

7 Örneğin borç ilişkilerinde özel durumlardan biri olarak nitelendirilen müteselsil borçluluk iradi ve kanuni olarak iki şekilde doğabilir, Özvan Günergök ve Şaban Kayıhan, *Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler* (1. Bası, Umuttepe 2020) 566; Kılıçoğlu (n 6) 945 vd.

8 Kılıçoğlu (n 6) 47.

9 Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (29. Bası, Legem 2024) 562-563.

10 ibid 831.

11 Günergök ve Kayıhan (n 7) 12-13, 266 vd.

12 Klasik sorumluluk hukuku ilkelerinden farklı biçimde ihbar tazminatı ve kötü niyet tazminatının miktarının belirlenmesinde zarar şartından bağımsız şekilde İş Kanunu’nda belirlenen götürü tutara hükmedilmektedir. Benzer şekilde ayrımcılık tazminatı da teknik anlamda bir tazminat olmayıp, bir zararın doğup doğmamasından bağımsız olarak eşit davranma borcuna aykırılığın hukuki yaptırımıdır, Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 748, 958, 979; Mehmet İstemi, ‘Sözleşmenin Cüretkârane İhlali ve Cezalandırıcı Tazminat’ *Prof. Dr. Sarper Süzeye Armağan C.3* (Beta 2011) 2706-2709; Kıdem tazminatının belirli bir kalıba sokulamayan kendine özgü (*sui generis*) bir kurum niteliğinde olduğu yönünde bkz Süzek ve Başterzi (n 3) 782-783; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 4) 705-706.

alacaklar¹³, medeni ceza mahiyetindeki hukuki yaptırımlar¹⁴ ile ücret nevi alacakları kapsayacak şekilde 'tazminat ve alacak' kavramı tercih edilmiştir¹⁵.

İş Kanunu'ndan kaynaklanan tazminat ve alacaklar aşağıdaki şekilde tasnif edilerek sıralanabilir:

- (i) Ayrımcılık tazminatı,
- (ii) Maluliyeti ortadan kalkan işçilerin eski işyerlerinde tekrar çalışmaya başlamak istemeleri halinde iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmeyen işverenden talep edilebilecek tazminat,
- (iii) Herhangi bir askeri ve kanuni ödev dolayısıyla işinden ayrılan işçilerin eski işyerlerinde tekrar çalışmaya başlamak istemeleri halinde iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmeyen işverenden talep edilebilecek tazminat,
- (iv) İşe başlatmama tazminatı ile boшта geçen süre ücreti ve diğer haklar,
- (v) Kıdem tazminatı,
- (vi) İhbar tazminatı veya bildirim sürelerine ait peşin ödenecek ücret,
- (vii) Kötü niyet tazminatı,
- (viii) Sözleşmenin sona ermesinde kullanılmayan iznin ücreti (yıllık ücretli izin alacağı),
- (ix) Fazla çalışma ücreti, ulusal bayram ve genel tatillerde çalışma ücreti gibi ücret nevi alacaklar.

II. TAZMİNAT VE ALACAKLARIN HESAPLANMASINA ESAS ÜCRET

A. BRÜT ÜCRET – NET ÜCRET AYRIMI

Net ücret; sigorta primi, vergi gibi yasal kesintiler yapıldıktan sonra işçinin eline geçen, işçiye ödenen meblağı ifade etmektedir. Dolayısıyla brüt ücret miktarından sigortalı prim payı¹⁶ kesildikten sonra ulaşılan miktardan gelir vergisi dilimi dikkate alınarak gelir vergisi düşülmektedir. Brüt ücret miktarı

13 Yıllık ücretli izin alacağı parasal olarak ancak iş sözleşmesinin sona ermesi ile talep edilebilir hale gelmektedir. İş sözleşmesi devam ederken parasal olarak talep edilebilmesi mümkün olmadığından bu alacağın dönemsel nitelik taşıdığı söylenemez, Hasan Kayırgan, 'Yargı Kararları Işığında Yıllık Ücretli İzin Hakkı', (2021) 4(2) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 594.

14 Kemal Oğuzman, *Hizmet 'İş' Akdinin Feshi* (İsmail Akgün Matbaası 1995) 282.

15 Aynı şekilde 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda da (RG 25.10.2017/30221) "işçi ve işveren alacağı ve tazminatı" kavramının kullanıldığı görülmektedir (m. 3/f.1).

16 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun (RG 16.06.2006/26200) 'prime esas kazançlar' kenar başlıklı 80. maddesine göre kazançlar; tamamen prime esas kazançlar, kısmen prime esas kazançlar ve prime tabi olmayan kazançlar olmak üzere üç kategoride düzenlenmiştir. Prime esas kazançlardan olan işçilerin hak edilen ücretinden malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi (%9) ile genel sağlık sigortası primi (%5) kesilmektedir. Bunun gibi, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'na (RG 08.09.1999/23810) tabi sigortalılardan işsizlik sigortası primi (%1) kesilmektedir. Sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışanlar için prim oranı %30 olup bunun 1/4'ü sigortalı hissesidir. Şüphesiz yapılacak kesintide 5510 sayılı Kanun'un 82. maddesi uyarınca ilgili dönem için belirlenen günlük kazanç üst sınırının aşılması gerekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz Ali Güzel, Ali Rıza Okur ve Nurşen Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku* (19. Bası, Beta 2021) 240 vd; A Can Tuncay, Ömer Ekmekçi ve Ender Gülver, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri* (22. Bası, Beta 2023) 173 vd; Ali Nazım Sözer, *Türk Sosyal Sigortalar Hukuku* (6. Bası, Beta 2023) 209 vd.

üzerinden damga vergisi¹⁷ de kesilmek suretiyle başka bir kesinti kalemi bulunmamaktaysa brüt ücretin net miktarına ulaşılmaktadır¹⁸.

7349 sayılı Kanun¹⁹ ile Gelir Vergisi Kanunu²⁰ ve Damga Vergisi Kanunu'nda²¹ yapılan değişikliklerle 01.01.2022 tarihinden itibaren asgari geçim indirimi (AGİ) uygulaması²² kaldırılmış ve ücret ödemesinin yapıldığı ayda cari brüt asgari ücret tutarından kesilecek damga vergisi ile aylık asgari ücretin brüt tutarından sigorta primleri düşüldükten sonra kalan tutarına isabet eden ücretler gelir vergisinden istisna tutulmuştur. Dolayısıyla ücreti asgari ücretin üzerinde olanlar için de kesilecek gelir ve damga vergisi oranında bu istisnanın dikkate alınması gerekir. Gelir Vergisi Kanunu'na göre aynı zamanda birden fazla işverenden ücret alınması durumunda, istisna sadece en yüksek ücretin elde edildiği işveren tarafından uygulanacaktır (m. 23/f.1-18). Gelir Vergisi Genel Tebliği'ne²³ göre bu durumu bildirme yükümlülüğü de işçiye aittir (m. 7). Kanunlarda işçinin ücreti ile ilgili başkaca vergi istisnaları öngörülmüş ise brüt ücretten yapılacak kesintilerde bu istisnalar uygulanmalıdır²⁴.

Bilindiği üzere, ödenen ücretlerin tespiti için istenen banka hesap dökümlerinde yalnızca işçiye yapılan ödemeler (net miktar) görülmektedir. Özellikle dava dosyası içeriğinde işverenden sadır belgeler bulunmadığı takdirde dava dilekçesinde belirtilen işçinin net ücretinin yukarıda belirtilen esaslar dahilinde brüt ücrete çevrilmesi gerekir. İşçinin ücretinden sendika aidatı, özel sigorta vb. kesintiler de bulunmaktaysa, bu kesintiler yapılmadan önceki brüt ücretin tespit edilmesi gerekir²⁵. Zira işçinin tazminat ve alacakları brüt ücret üzerinden hesaplanmalıdır.

B. DAR ANLAMDA ÜCRET – GENİŞ ANLAMDA ÜCRET AYRIMI

İş Kanunu'nda genel anlamda ücret; bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler²⁶ tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tanımlanmıştır (m. 32/f.1). Görülen işin karşılığı

17 Damga Vergisi Kanunu Genel Tebliği, Seri No:322, RG 30.12.2023/32415, Brüt ücrete binde 7,59 (%0,759) oranının uygulanmasıyla damga vergisi meblağı bulunur.

18 Ayrıntılı bilgi için bkz Ali Ekin ve Melis Topçu, 'İşçi Alacakları Açısından Gelir Vergisi ve Yasal Kesintiler' (2017) (8) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 118 vd.

19 Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7349, Kabul Tarihi: 22.12.2021, RG 25.12.2021/31700.

20 Gelir Vergisi Kanunu, Kanun Numarası: 193, Kabul Tarihi: 31.12.1960, RG 06.01.1961/10700.

21 Damga Vergisi Kanunu, Kanun Numarası: 488, Kabul Tarihi: 01.07.1964, RG 11.07.1964/11751.

22 AGİ, bireyin veya ailenin asgari geçim düzeyini sağlayacak bölümünün toplam gelirden düşülmesi suretiyle vergi dışı bırakılmasıdır. Diğer bir ifadeyle vergi istisnasıdır. AGİ, ücret olmadığı gibi ücret eki de değildir. Dolayısıyla giydirilmiş ücret tespit edilirken, temel ücrete giydirilecek bir kazanç unsuru sayılamaz, Yargıtay 22 HD, E. 30044 K. 1170, 27.01.2015, Gaye Burcu Yıldız, 'Bireysel İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi' *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015* (On İki Levha 2017) 131.

23 Gelir Vergisi Genel Tebliği, Seri No: 319, RG 27.01.2022/31732.

24 Gelir Vergisi Kanunu'nun 16. maddesi ile 23. maddesinden sayılanların ücretleri gelir vergisinden istisna tutulmuştur. Keza Damga Vergisi Kanunu'nda yer alan (2) Sayılı Tablonun IV. bölümünün (34) numaralı fıkrası gereğince bu kişilerin ücretleri damga vergisinden de muaf tutulmuştur, Ayrıntılı bilgi için bkz Ekin ve Topçu (n 18) 124 vd.

25 Süzek ve Başterzi (n 3) 815.

26 Ücretin mutlaka ve doğrudan işveren tarafından ödenmesi şart olmayıp yüzde usulü veya bahşişlerde olduğu üzere üçüncü kişilerce (müşteriler tarafından) ödenmesi de mümkündür. Bu durumda yüzde usulüne göre ücret veya bahşişler işçinin temel ücretini belirleyecektir. Ancak bunlar asgari ücretin altında kalmamalıdır; aksi halde aradaki

olarak ödenen tutar, dar anlamda ücret olarak kabul edilmektedir. İşçiye sağlanan yan menfaatlerin hesaba katılmadığı dar anlamda ücrete asıl ücret, temel ücret, esas ücret, çıplak ücret, kök ücret de denilmektedir²⁷.

Ücret sistemi işyerinin gereklerine göre oluşturulabilir. Bu kapsamda ücretin zamana göre, verime göre yahut yüzde usulüne göre belirlenmesi mümkündür^{28,29}. En sık rastlandığı şekliyle ücret, zaman esasına göre; saatlik, günlük, haftalık veya aylık şekilde kararlaştırılmaktadır. Bu yönüyle saatlik belirlenen ücret için günlük ücret bulunmak isteniyorsa ortalama günlük çalışma süresi ile çarpılmalıdır. Haftalık ücret belirlenmişse günlük ücretin bulunması için haftalık ücret 7'ye bölünmelidir. Ücret maktu aylık olarak kararlaştırılmışsa bu miktarın 30'a bölünmesi suretiyle günlük ücret bulunur. Parça başı, akort, götürü veya yüzde usulü gibi ücretin sabit olmadığı hallerde son bir yıllık süre içinde ödenen ücretin o süre içinde çalışılan günlere bölünmesi suretiyle ortalama günlük ücret bulunmalıdır. Ancak, son bir yıl içinde işçi ücretine zam yapıldığı takdirde, işçinin işten ayrılma tarihi ile zammın yapıldığı tarih arasında alınan ücretin aynı süre içinde çalışılan günlere bölünmesi gerekir.

Uygulamada bazı iş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretlerinin temel ücrete dahil edildiği görülmektedir³⁰. Yargıya taşınan uyuşmazlıklarda işverenler, ücrete dahil edilen fazla çalışma ücretlerinin ayrıştırılarak temel ücretin bulunması, tazminat ve alacakların buna göre hesaplanması gerektiğini iddia edebilmektedir³¹. Yargıtay'ın bu yönde kararları olsa da³² daha yakın tarihli bir kararında isabetli olarak bunların temel ücretin bir parçası olduğunu, arızı nitelikteki fazla çalışmalar

farkın işverence tamamlanması gerekir. Ayrıca bkz Süzek ve Başterzi (n 3) 383; Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku* (5. Baskı, On İki Levha 2023) 293.

27 Tankut Centel, *İş Hukukunda Ücret* (Türkiye Denizciler Sendikası 1988) 115.

28 Hukuki bakımdan ücret şekilleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz Süzek ve Başterzi (n 3) 381 vd; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 4) 337 vd; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 619 vd; Ekmekçi ve Yiğit (n 26) 296 vd; Emine Tuncay Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku* (13. Baskı, Yetkin 2023) 261 vd.

29 Ücretin karma bir yapıda kararlaştırılması da mümkündür. Kanunda açıkça öngörülen ücret şekilleri yanında sözleşme serbestisi çerçevesinde uygulamada farklı ücret şekillerine de rastlanmaktadır. Dolayısıyla ücret şekillerine ilişkin bir sınırlandırma yapmak mümkün değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz Volkan Güneş, *İş Hukukunda Ücrete İlişkin Hedef Sözleşmeleri* (Yayımlanmamış Doktora Tezi Galatasaray Üniversitesi SBE 2021) 31.

30 Esasen fazla çalışmaların karşılığının temel ücrete dahil edilebilmesine ilişkin mevzuatımızda herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bununla birlikte tarafların iş sözleşmesine koyacakları bir hükümle işçinin temel ücretine fazla çalışma ücretinin dahil olduğunu kararlaştırmaları sözleşme serbestisi gereğince kabul görmektedir. İş sözleşmesinde fazla çalışmanın temel ücrete dahil olduğunun kararlaştırılması halinde, bu hüküm tüm çalışma süresi boyunca geçerli kabul edilir (Yargıtay 9 HD, E. 2021/11407 K. 2021/15634, 11.11.2021, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi: <<https://www.lexpera.com.tr>>). Sözleşme taraflarının bu şekilde bir anlaşma yapmalarının yasal sınırlar dahilinde geçerli olacağı kuşkusuzdur. Ayrıntılı bilgi için bkz Mustafa Alp, 'Fazla Çalışmaları Ücrete Dahil Eden Sözleşme Kayıtlarının Geçerliliği ve Denetimi' (2021) (1) Çalışma ve Toplum Dergisi 11 vd; Emre Ertan, 'Fazla Çalışma Ücretinin Aylık Ücrete Dahil Edilmesi' (2015) (34) Sicil İş Hukuku Dergisi 103 vd.

31 Bu görüş için ayrıca bkz Şahin Çil, 'Kıdem Tazminatı Hesabında Ücret' (2009) (13) Sicil İş Hukuku Dergisi 62.

32 "...fazla mesai ücretinin, ücretin içinde kararlaştırılması ve asıl ücretin fazla mesai olarak ödenen miktarın dışlanması sonucu kabul edilen ücretin çıplak ücret olması karşısında, fazla mesai ve tatil ücret alacaklarının bordrodaki bu belirtilen çıplak ücret üzerinden, kıdem tazminatının ise çıplak ücrete göre belirlenecek giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanıp hüküm altına alınması gerekir", Yargıtay 9 HD, E. 2014/21049, K. 2015/33142, 23.11.2015; Aynı yönde bkz Yargıtay 9 HD, E. 2015/8395 K. 2017/3574, 09.03.2017, Lexpera; Yargıtay 9 HD, E. 2019/6575 K. 2019/19202, 06.11.2019, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası: <<https://kazanci.com.tr>>.

gibi değerlendirilemeyeceğini, dolayısıyla fazla çalışma ücreti dahil olarak belirlenmiş ücretin sözleşmenin sona ermesine bağlı alacak ve tazminatların hesaplanmasında aynen dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir³³. Bazı sözleşmelerde ise temel ücret miktarı açıkça yazılmakla beraber aylık sabit fazla çalışma ücretinin de sözleşmeye ayrıca yazıldığı görülmektedir. Kanaatimizce bu durumda dahi aynı sonuca varılmalı, temel ücretin bunların toplam miktarı olduğu kabul edilmelidir. Zira bu seçenekte de işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığından bağımsız biçimde fazla çalışma ücreti ödendiğinden, bunların arızı nitelikteki fazla çalışmalar gibi değerlendirilmesi mümkün değildir.

Temel ücret, niteliği itibarıyla aynı olarak ifa edilemez. Öte yandan temel ücretin yanında çeşitli sebep ve isimler altında nakdi yahut aynı şekilde işçiye yan menfaatler sağlanabilir. İşçiye sağlanan yan menfaatlara ücret ekleri denilmektedir³⁴. Şu hâlde geniş anlamda ücret, uygulamada yaygın kullanımıyla giydirilmiş ücret; temel ücrete söz konusu yan menfaatlerin eklenmesi suretiyle hesaplanan ücrettir. Ücret sistemleri karma bir yapıda olabileceğinden yapılan ödemelerin temel ücretin bir parçası mı olduğu yoksa ücret eki mi olduğu mutlaka belirlenmelidir³⁵. Bu ayrım temel ücrete göre hesaplanması gereken alacak ve tazminatlar ile giydirilmiş ücretin esas alındığı tazminatların hesaplanması açısından önem arz etmektedir^{36, 37}.

İş Kanunu'nda bazı alacakların temel ücret üzerinden hesaplanacağını açıkça hükme bağlanmıştır (m. 50; m. 57/f.2). Esasen İş Kanunu bakımından yapılacak sistematik yorum gereği bu kanunda düzenlenen bir tazminat ve alacağın giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanacağına dair bir açıklık yoksa hesaplama temel ücret üzerinden yapılmalıdır. Şöyle ki; İş Kanunu'nun 32. maddesinin 1. fıkrasında ücretin dar anlamda tanımı yapılmaktadır. Bu sebeple İş Kanunu'nda düzenlenen bir tazminat için işçinin ücretine atıfta bulunulduğu takdirde (ayrımcılık tazminatı, işe başlatmama

33 “...davacının iş sözleşmesinin ilgili hükmü uyarınca yıllık 270 saate kadar yapılacak fazla çalışmaların karşılığı ücretin, taraflarca kararlaştırılan aylık maktu ücret içerisinde, sürekli olarak ve davacının fazla çalışma yapıp yapmadığından bağımsız biçimde ödendiğinden, arızı nitelikteki bir fazla çalışma gibi değerlendirilemeyeceği gözetildiğinde, dava konusu fark ihbar tazminatına esas alınan temel ücretin hatalı hesaplandığı anlaşılmış olup yanlışlı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir”, Yargıtay 9 HD, E. 2020/2597 K. 2021/5846, 09.03.2021, Lexpera; Konuyla ilgili ayrıca bkz Ertan (n 30) 120 vd.

34 Centel (n 27) 75.

35 Güneş'e göre hedefe bağlı ücret kural olarak dar anlamda ücret alanına dahil bir performansa göre ücret niteliğindedir. Zira ücretin performansa göre belirlenmesi, onu dar anlamda ücret alanından çıkarmayacaktır, Performansa göre ücret grubundaki ücret şekillerinin dar anlamda ücret alanına dahil olup olmadığı konusundaki değerlendirmeler için bkz. Güneş (n 29) 37-41, 66.

36 Yargıtay'a göre yurtdışı sefer primi, ücretin eki olmayıp ücret niteliğinde olmakla tazminata esas ücrette doğrudan dikkate alınmalıdır, Yargıtay 22 HD, E. 2017/8871 K. 2017/24691, 13.11.2017, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası: <<https://legalbank.net>>; Aynı yönde bkz Yargıtay 9 HD, E. 2016/22997 K. 2020/7476, 14.09.2020, Lexpera; Sefer başına ödenen tutarın asıl ücretin bir unsuru olarak nitelendirilmesinin özünde isabetli olduğu, öte yandan sefer primi olarak ödenen meblağın ulaşım, yemek ve konaklama gibi masrafları da içermesinden ötürü karma nitelikte olduğu görüşü ve ayrıntılı değerlendirme için bkz. Mahmut Kabakçı 'Karayolu Taşımacılığında Şoförlere Sefer Başına Yapılan Ödemelerin Hukuki Niteliği' (2018) (40) Sicil İş Hukuku Dergisi 38-47.

37 Garanti bir ücret ve süreklilik gösteren bahşiş uygulamasının olduğu işyerlerinde bahşiş adı altında yapılan ödemenin ücret eki değil temel ücretin bir parçası olduğu kabul edilmektedir, Yargıtay 9 HD, E. 2016/21737 K. 2020/11207, 08.10.2020, Legalbank.

tazminatı, iş sözleşmesi yapma yükümlülüğüne aykırılık halinde öngörülen tazminatlar) bunun temel ücret olduğunu kabul etmek gerekir³⁸.

İş Kanunu'na tabi bir işçinin kıdem tazminatı, bildirim sürelerine ait peşin ödenecek ücret, ihbar tazminatı ve kötü niyet tazminatı işçinin son giydirilmiş ücreti üzerinden hesaplanmaktadır. Zira bunların giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanacağı kanunda açıkça düzenlenmiştir^{39,40}. Giydirilmiş ücrete göre hesaplanması gereken tazminatların hesabında temel ücret yanında kanundan, sözleşmeden, iç yönetmelikten, işyeri uygulamasından doğan, para ve/veya parayla ölçülmesi mümkün olan, sözleşmenin sona erdiği tarihte halen yürürlükte bulunan işçi tarafından hak kazanılmış olan tüm menfaatler dikkate alınmalıdır. Giydirilmiş ücret kapsamında değerlendirilecek menfaatlerin süreklilik arz edecek şekilde nakdi⁴¹ (ikramiye, prim, kasa tazminatı, aile yardımı, yol, yemek, kira parası vb.) veya para ile ölçülebilecek şekilde aynı olarak verilmesi (ulaşım kartı, yemek kartları, hediye/alışveriş çeki, giyecek, bayram paketi vb.) mümkündür⁴². Sağlanan menfaatin giydirilmiş ücret içerisinde dikkate alınabilmesi için bunların arızı olmaması, diğer bir ifadeyle devamlılık göstermesi de gerekir. Bu sebeple örneğin doğum yardımı, ölüm yardımı, evlilik yardımı, yolluklar, işletmenin kuruluş yıl dönümü ikramiyesi, fazla çalışma ücretleri⁴³ vb. ödemeler tazminat

38 Ücret ekleri, kanunen istisnai hallerde ücret kavramına dahil edildiği için giydirilmiş ücrete göre hesaplama yapılması da istisnai hallerde söz konusu olmaktadır, Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 628; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 4) 336.

39 Mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun (RG 01.09.1971/13943) yürürlükte olan ve kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddesinin 14. fıkrasında kıdem tazminatının giydirilmiş ücrete göre hesaplanacağı belirtilmiştir. Buna göre: "...kıdem tazminatına esas olacak ücretin hesabında...ücrete ilaveten...para ve para ile ölçülmesi mümkün akdi ve kanundan doğan menfaatler de gözönünde tutulur". Önemle belirtilmelidir ki, işçinin giydirilmiş brüt ücreti ne kadar yüksek olursa olsun kıdem tazminatının bir tavanı da bulunmaktadır. Kanunda kıdem tazminatının yıllık miktarının, Devlet Memurları Kanunu'na tabi en yüksek Devlet memuruna bir hizmet yılı için ödenecek azami emeklilik ikramiyesini geçemeyeceği hükme bağlanmıştır. Şu hâlde iş sözleşmesinin sona erdiği tarihteki giydirilmiş ücret miktarı kıdem tazminatı tavanını aşılırsa tavan miktarı üzerinden hesaplama yapılmalıdır. Kıdem tazminatının tavanına ilişkin hüküm mutlak emredici mahiyettedir. Aksi sözleşmelerle kararlaştırılmaz.

40 İş Kanunu'nun 17. maddesinin son fıkrasında bildirim sürelerine ait peşin ödenecek ücret ile ihbar tazminatı ve kötü niyet tazminatının giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanacağı belirtilmiştir: "Bu maddeye göre ödenecek tazminatlar ile bildirim sürelerine ait peşin ödenecek ücretin hesabında 32 inci maddenin birinci fıkrasında yazılan ücrete ek olarak işçiye sağlanmış para ve para ile ölçülmesi mümkün sözleşme ve Kanundan doğan menfaatler de göz önünde tutulur".

41 Ücret eklerinin süreklilik arz etmesi ancak değişkenlik göstermesi halinde son bir yılda yapılan ödemeler toplanıp 365'e bölünmek suretiyle günlük ortalaması bulunmalıdır. Son bir yılda ücrete zam yapılmışsa zam tarihinden sözleşmenin sona erdiği tarihe kadar yapılan ödemeler ait olduğu dönemdeki gün sayısına bölünerek gün ortalaması bulunmalıdır, Haluk Hadi Sümer ve Hasan Kayırgan, *İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları* (3. Bası, Seçkin 2022) 220-221.

42 İşçiye sağlanan özel sağlık sigortası yardımı ya da hayat sigortası prim ödemeleri de para ile ölçülebilen menfaatler kavramına dahil olup, tazminata esas ücrete eklenmelidir, Yargıtay 9 HD, E. 2020/5964 K. 2020/13100, 22.10.2020, Legalbank.

43 Önemle ifade edilmelidir ki, bordrolarda hile yapılması, temel ücretin parçalanarak bir kısmının prim veya fazla çalışma ücreti olarak gösterilmiş olduğunun tespiti halinde bunların toplamının temel ücret miktarı olarak dikkate alınması gerekir. "...Dairemizce fazla mesai, hafta tatili ve ulusal bayram ve genel tatil alacaklarına yönelik tahakkukların son derece sembolik olması veya değişen oranlarda fazla mesai, hafta tatili ve ulusal bayram ve genel tatil tahakkukları yapıldığı halde, sonuçta ödenen ücretin değişmediği durumlarda ücretin bir kısmının fazla mesai, hafta tatili ve ulusal bayram ve genel tatil olarak gösterildiği kabul edilmekte olup somut uyumsuzlukta da durum bu şekilde olmakla fazla mesai tahakkukları bakımından hileli bordrolara itibar edilerek sonuca gidilmesi hatalıdır...". Yargıtay 9 HD, E. 2017/11110 K. 2019/13720, 19.06.2019; Aynı yönde Yargıtay 9 HD, E. 2021/12852 K. 2022/1015, 25.01.2022, Legalbank.

hesabına esas giydirilmiş ücret miktarına eklenmez⁴⁴. Nihayet işçiye menfaat sağlama amacı taşımayan, işin görülmesi yahut iş güvenliğinin sağlanması amacıyla verilen eşyalar giydirilmiş ücret hesabına dahil edilmez⁴⁵.

Boşta geçen süre ücreti ve diğer hakların miktarının belirlenmesinde işçinin temel ücreti yanında hesaplamaya konu ‘diğer haklar’ kavramına nelerin girdiği de açıklığa kavuşturulmalıdır. İşçinin ancak fiili çalışması ile ortaya çıkabilecek olan fazla çalışma ücreti, hafta tatili ile bayram ve genel tatil günlerinde çalışma karşılığı ücret ile satışa bağlı prim, ciro primleri, belirli hedeflerin gerçekleşmesine bağlı prim gibi ödemelerinin en çok dört ay kadar boşta geçen süre içinde ödenmesi gereken diğer haklar kavramında değerlendirilmesi mümkün değildir. Belirtilmelidir ki, bazen prim sistemiyle çalışanları teşvik etmek amacıyla düşük performansta bile çalışanların motivasyonunu kaybetmemesi için bir miktar prim ödemesinin yapıldığı olabilmektedir. Böyle bir durumda emsal işçilerin düşük performans gösterdiğinde aldığı/alabileceği prim ödemesi tespit edilerek boşta geçen süre ücretinde hesaba katılması gerekir⁴⁶. Yargıtay güncel kararlarında içtihat değişikliğine giderek fiili yol yardımının ‘diğer haklar’ kapsamında hesaplamaya dahil edilmemesi gerektiğini belirtmektedir⁴⁷. Görüldüğü gibi kıdem tazminatı, bildirim sürelerine ait peşin ödenecek ücret, ihbar tazminatı ile kötü niyet tazminatı hesabında dikkate alınan para ve parayla ölçülmesi mümkün menfaatlerin bir kısmı boşta geçen süre ücreti ve diğer hakların hesabında dikkate alınmamaktadır.

III. TAZMİNAT VE ALACAKLARIN HESAPLANMASINDA HANGİ TARİHTEKİ ÜCRETİN ESAS ALINACAĞI VE ÜCRETİN TESPİTİ SORUNU

A. İŞ SÖZLEŞMESİ DEVAM EDERKEN MUACCEL OLAN ALACAKLAR BAKIMINDAN

Prim, fazla çalışma ücreti, hafta tatili yahut ulusal bayram ve genel tatillerde çalışma karşılığı ücret gibi iş ilişkisi devam ederken muaccel olan alacaklar ait oldukları dönem temel ücreti üzerinden hesaplanmalıdır. Dolayısıyla bu alacakların hesaplanmasında son ücretin bilinmesi yeterli değildir. Temel ücret miktarının ihtilaflı olmadığı hallerde dava dosyası içeriğinde yer alan ücret hesap

44 İşçilere sağlanan hisse senedi opsiyonunun kullanılması sonucu gerçekleşen pay devirlerinin aynı ödeme niteliği taşıdığı ve ücret eki sayılacağı ancak arızı nitelik taşıdığı için geniş anlamda ücrete dahil edilemeyeceği görüş ve değerlendirmesi için bkz Ersun Civan ve Çiğdem Yatağan Özkan, ‘İşçilere Yönelik Hisse Senedi Opsiyon Planlarının İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Değerlendirilmesi’ (2023) (50) Sicil İş Hukuku Dergisi 103-105.

45 Ayrıntılı bilgi için bkz Çil (n 31) 61 vd.

46 Yargıtay 9. HD, E. 2021/8939 K. 2021/13770, 06.10.2021, Lexpera.

47 Buna göre: “...Somut olayda, işverence işçilere servis tahsis edildiği anlaşılmakta olup, Mahkemece bu servis yardımının parasal değeri boşta geçen süre ücretine ilave edilmiştir. Ancak işçinin fiilen çalışmadığı dört aylık dönemde servis ile işe götürülüp getirilmesi söz konusu olmayacağından bu halde işçinin pozitif manada bir gelir kaybı olmadığı gibi, tasarruf edemediği yahut malvarlığından eksilen bir miktar da bulunmamaktadır. Bir örnek vermek gerekirse, aynı durum yemek yardımı için söz konusu değildir. İşverence işyerinde işçilere yemek verilmesi halinde, işçinin dört aylık boşta geçirdiği süre içinde bu yemek yardımından yararlanması mümkün olamayacaktır. Bu durumda işçi, dört aylık zaman dilimindeki yemek ihtiyacını kendi maddi imkanları ile sağlamak, yemek yardımının eksilmesi ile oluşan boşluğu kendisi ikame etmek zorundadır. Oysa işçi fiilen işe gitmediği takdirde, herhangi bir gelir kaybı olmadığı gibi, yararlanamadığı yol yardımını ikame edecek bir harcama yapmak zorunda da değildir...”, Yargıtay 9 HD, E. 2022/548 K. 2022/1762, 15.02.2022; Yargıtay 9 HD, E. 2023/1523 K. 2023/6381, 27.04.2023, Lexpera.

pusulaları, bordrolar ve banka hesap dökümü incelenerek ilgili dönem hesaplamaya esas temel ücret miktarı tespit edilebilmektedir. Öte yandan esas sorun ücret miktarının ihtilaflı olduğu yahut dava dosyası içeriğinde geçmiş dönemlerde hak edilen temel ücreti tespiti yarayacak bilgi ve belgelerin olmadığı uyuşmazlıklarda ortaya çıkmaktadır. Yargıtay, işçinin geçmiş dönemlere ait ücretinin belirlenememesi halinde, bilinen son ücret asgari ücrete oranlanarak önceki yılların ücretinin de bu orana göre tespit edilmesi yöntemini kabul etmektedir. Ancak işçinin işyerinde çalıştığı süre içinde terfi ederek çeşitli unvanlar alması veya son dönemlerde toplu iş sözleşmesinden yararlanılması gibi durumlarda, meslek kuruluşundan bilinmeyen dönemler için ücret araştırması yapılmalı ve dosyadaki diğer delillerle birlikte değerlendirmeye tabi tutularak karar verilmelidir⁴⁸.

B. BOŞTA GEÇEN SÜRE ÜCRETİ VE DİĞER HAKLAR İLE İŞE BAŞLATMAMA TAZMİNATI BAKIMINDAN

İş güvencesi sisteminin kabulü ile işverenin süreli fesih hakkı yasal olarak belirli geçerlilik koşullarına bağlanarak sınırlandırılmıştır. Bu hususta İş Kanunu'nda 'feshin geçerli nedene dayandırılması', 'sözleşmenin feshinde usul', 'fesih bildirimine itiraz ve usulü' ile 'geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları' düzenlenmiştir.

İş Kanunu m. 21/f.1-3 uyarınca mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücret tutarında olacak şekilde işe başlatmama tazminatı ile kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçinin en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarını parasal olarak belirleyecektir.

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 12. maddesi ile İş Kanunu m. 21'e bir fıkra eklenmiş, bu hakların belirlenmesinde hangi tarihteki ücret miktarının esas alınacağı konusunda önemli değişiklikler yapılmıştır. İş Mahkemeleri Kanunu'nun 38. maddesi uyarınca 01.01.2018 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiş olan düzenlemeye göre, "*Mahkeme veya özel hakem, ikinci fıkrada düzenlenen tazminat ile üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer hakları, dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirler*". Şu hâlde, 01.01.2018 tarihinden sonra açılacak olan işe iade davalarında artık işçinin boşta geçen süre ücreti ve diğer hakları ile işe başlatmama tazminatının hesabında dava tarihindeki ücret miktarı esas alınmalıdır. Örneğin asgari ücretle çalışan ve iş sözleşmesi 30.11.2023 tarihinde feshedilen bir işçinin son temel ücreti 13.414 TL (Brüt)'dür. Öte yandan dava şartı arabuluculuk aşamasında anlaşılabilmesi ve 2024 yılı içerisinde işe iade davası açılmış olması halinde işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süre ücretine esas temel ücretin dava tarihindeki asgari ücret miktarı olan 20.002,50 TL (Brüt) olarak dikkate alınması gerekir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁴⁹ m. 187/f.2 gereğince herkesçe bilinen vakıalar çekışmeli de sayılmaz. Bu ihtimal dışında fesih tarihinden dava tarihine kadar işyerinde çalışan emsal işçilerin ücretlerine zam yapıldığı iddia ediliyorsa bunun ispatı davacı tarafa düşer⁵⁰.

48 Yargıtay 9 HD, E. 2022/4812 K. 2022/5814, 11.05.2022, Lexpera.

49 Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

50 Ücret miktarının ispat yüküne ilişkin açıklama ve değerlendirmeler için bkz. Erdem Özdemir, *İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları* (Beta 2006) 116.

Her ne kadar geçersiz sayılan fesih tarihini izleyen dört aylık süre içerisinde kalsa da dava tarihinden sonra işyerinde çalışan işçilerin ücretlerine zam yapılmış olmasının yahut asgari ücretin dava tarihindeki işçinin ücret miktarının üzerine çıkmış olmasının ise bir önemi olmayacaktır. Kanunun açık hükmü karşısında dava tarihindeki ücret miktarının ve diğer hakların esas alınması gerekecektir⁵¹.

C. İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNE BAĞLI TAZMİNAT VE ALACAKLAR BAKIMINDAN

Kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık ücretli izin alacağı gibi sözleşmenin sona ermesi ile talep edilebilecek tazminat ve alacak hesabında işçinin son ücretinin esas alınması gerekir⁵². İşyerinde ücretlere zam yapılmış olması halinde zammın yürürlüğe girdiği tarihte işçinin o işyerinde çalışıyor olması yeterlidir. Ücretin zamlı halinin son ücret olarak kabul edilmesi için işyerinde işçilere tahakkuk ettirilerek ödenmesi aranmaz⁵³.

İş sözleşmesinin sözleşme askıdayken sona ermiş olması da mümkündür. Bu durumda son ücretin esas alındığı tazminat ve alacaklar bakımından hangi tarihteki ücret miktarının esas alınacağı sorunu ortaya çıkar. Yargıtay'ın, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihin askı dönemine denk gelmesi halinde son ücretin askı dönemi içinde ya da sonundaki ücret değil, fiilen çalışılan son gün ücret olduğu yönünde kararları bulunmaktadır⁵⁴. Bunun gerekçesi; ücretin oluşumu için hizmet ediminin yerine getirilmesinin şart olması, sözleşmenin daha sonraki tarihte feshedilmiş olmasının, mücerret olarak ücretin bu tarihte oluştuğunu göstermeyeceğidir. Kanaatimizce, sözleşmenin sona erme tarihi belirlenerek bu tarihteki ücret miktarına göre hesaplama yapılmalıdır. Zira 'son ücret' işçinin iş sözleşmesinin sona erdiği tarihteki ücretidir. Askı döneminde sözleşmenin sona ermesi halinde ücretin fiilen çalışılan son gün ücretinden daha fazla olduğunu ispat yükü işçiye düşer.

Konu, işe iade davası sonucunda işe başlatılmayan işçilerin sözleşmenin sona ermesine bağlı fark tazminat ve alacak talepleri bakımından da önem arz etmektedir. Dava tarihindeki ücret miktarına göre hesaplama yapılacağına ilişkin yasal düzenleme yalnızca işe başlatmama tazminatı ile boşa geçen süre ücreti ve diğer hakların hesaplanmasına yöneliktir. Feshin geçersizliğinin tespitinin ardından işçinin süresi içerisinde işverene başvurusu üzerine işe başlatılmayacağının kendisine yazılı, sözlü veya eylemli şekilde açıklandığı tarih yahut en geç bir aylık işe başlatma süresinin dolduğu tarih fesih tarihi olarak kabul edilmelidir⁵⁵. Böyle bir durum işçinin kıdeme bağlı haklarına doğrudan etki etmektedir. Zira işçinin kıdeminin bu yeni duruma göre belirlenmesi gerekir. Bunun

51 Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 1115-1116.

52 İhbar sürelerine uymadan veya ihbar önel sürelerine ilişkin ücretin peşin ödenmediği usulsüz fesihlerde ise ihbar önel süresi içerisinde doğacak tüm hakların son giydirilmiş ücret miktarının tespitinde dikkate alınması gerekir. Aynı yönde bkz Süzek ve Başterzi (n 3) 564; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 1234; Çil (n 31) 59-60, 66.

53 Çil (n 31) 61.

54 Yargıtay 9 HD, E. 2008/1635, K. 2009/14798, 28.05.2009, Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 1234; Yargıtay 9 HD, E. 2016/5377 K. 2016/7423, 28.03.2016; Yargıtay 9 HD, E. 2017/14297 K. 2020/1178, 03.02.2020, Lexpera; Aynı görüş için bkz Çil (n 31) 60.

55 Yargıtay 9 HD, E. 2021/3902 K. 2021/8392, 26.04.2021, Legalbank.

gibi işçinin kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı⁵⁶ ile yıllık ücretli izin alacağı gibi sözleşmenin sona ermesine bağlı tazminat ve alacaklarının hesabında işçinin başvurusu üzerine işe başlatılmadığı tarihteki ücret miktarının da tespit edilmesi gerekir⁵⁷. Fesih tarihindeki ücret miktarının ispatı da davacı işçiye düşer. İşçinin başlatmama suretiyle fesih tarihindeki ücretinin belirlenmesinde, davacı ile aynı işyerinde çalışmakta olan 'emsal işçi' ücreti dikkate alınır. İspat yükü kendisinde olan davacı işçinin de kendisine emsal olabilecek işçileri bildirmesi gerekir. Davacı işçinin kıdemi ile aynı veya yakın olan ve eşdeğer görevde çalışan emsal işçinin hem geçersiz sayılan fesih tarihinde hem de başlatmama suretiyle fesih tarihinde aynı işyerinde çalışıyor olması gerekir. Emsal işçi ücretinin belirlenememesi yahut emsal işçinin bulunmaması, bir diğer ifade ile işçinin ispat yükünü yerine getirmemesi durumunda ise işçinin başlatmama suretiyle fesih tarihindeki ücretinin geçersiz fesih tarihindeki ücretten daha fazla olduğu yönündeki iddiasını ispat edemediği kabul edilmelidir. Ayrıca geçersizliği tespit edilen fesih tarihinde işçiye yapıldığı bildirilen (tahsil tazminatı, sosyal yardım, ağır ve tehlikeli işler primi, üçlü vardiya primi, ikramiye vb) ödemelerin de asgari ücrete oranlanması suretiyle, bu ödemelerin başlatmama tarihindeki miktarına ulaşılması hatalı bir yöntemdir⁵⁸.

D. İŞVERENİN İŞ SÖZLEŞMESİ YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ YERİNE GETİRMEMESİ HALİNDE ÖNGÖRÜLEN TAZMİNATLAR BAKIMINDAN

İş Kanunu'nda işverene sözleşme yapma yükümlülüğü öngören ve buna aykırılığı tazminat yaptırımına bağlayan iki düzenleme bulunmaktadır. İş Kanunu m. 30/f.5'e göre, "*Bir işyerinden malulen ayrılmak zorunda kalıp da sonradan maluliyeti ortadan kalkan işçiler eski işyerlerinde tekrar işe alınmalarını istedikleri takdirde, işveren bunları eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe başka isteklilere tercih ederek, o andaki şartlarla işe almak zorundadır. Aranan şartlar bulunduğu halde işveren iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmezse, işe alınma isteğinde bulunan eski işçiye altı aylık ücret tutarında tazminat öder*". Bunun gibi İş Kanunu m. 31/f.son'a göre, "*Herhangi bir askeri ve kanuni ödev dolayısıyla işinden ayrılan işçiler bu ödevin sona ermesinden başlayarak iki ay içinde işe girmek istedikleri takdirde işveren bunları eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe başka isteklilere tercih ederek, o andaki şartlarla işe almak zorundadır. Aranan şartlar bulunduğu halde işveren iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmezse, işe alınma isteğinde bulunan eski işçiye üç aylık ücret tutarında tazminat öder*". İş sözleşmesi yapma yükümlülüğüne aykırılık halinde atıf yapılan tazminata esas ücretin hangi tarihteki ücret olduğu konusunda kanunda bir açıklık yoktur. Ancak işverenin başvuru tarihindeki koşullara göre işçinin eski işine uygun bir işe

56 "...İşçiye geçersiz sayılan fesih bildirimi ile bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse ihbar tazminatının ödenmesi gerekecektir. Bir başka anlatımla, ihbar öneli verilmiş veya önele ait ücret peşin ödenmiş ise ihbar tazminatının ödenmesi gerekmeyecektir...davalı işverence daha önce davacıya ihbar öneline ait ücret peşin ödenmiş olup, feshin geçersizliğine karar verildikten sonra işe başlatılmayan davacıya 4857 sayılı Kanun'un 21. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca tekrar ihbar öneli verilmesine gerek olmadığından ihbar tazminatı isteğinin reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulü hatalı bulunmuştur", Yargıtay 9 HD, E. 2019/8192 K. 2021/3909, 16.02.2021, Legalbank.

57 Yargıtay 9 HD, E. 2021/3306 K. 2021/7614, 05.04.2021, Legalbank.

58 Yargıtay 9 HD, E. 2021/11159 K. 2021/15307, 03.11.2021, Legalbank.

alma yükümlülüğünden söz edildiği için, işverene başvuru anında işyerinde aynı veya benzer işte çalışan işçiye ödenen ücretin tazminata esas ücret miktarında esas alınması uygun olur⁵⁹.

IV. ÜCRETİN TESPİTİNE İLİŞKİN YÖNTEMLER

A. TEMEL ÜCRETİN TESPİTİ

Türk Borçlar Kanunum. 401'e göre "İşveren, işçiye sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen; sözleşmede hüküm bulunmayan hâllerde ise, asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücreti ödemekle yükümlüdür". İş sözleşmesi tarafları, asgari ücretin altında kalmamak kaydıyla sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ücret miktarını serbestçe belirleyebilirler. Dolayısıyla işçinin ücret miktarının tespiti için öncelikle sözleşmelerde yer alan ücrete ilişkin kayıtlar incelenmelidir. Bazı iş sözleşmelerinde işçinin temel ücretinin asgari ücretin belirli bir oran üzerine endekslenmiş olduğu görülmektedir. İş sözleşmesinin sona erdiği tarihte işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlandığının da anlaşılması halinde ve iş sözleşmesinde yer alan ücret miktarının toplu iş sözleşmesiyle belirlenen temel ücretin üzerinde olduğu durumlarda işçinin ücretinin belirlenmesi noktasında iş sözleşmesi hükmünün esas alınması gerektiği ileri sürülebilmektedir. Belirtmek gerekir ki, toplu iş sözleşmesi ile bireysel iş sözleşmesinin parasal hükümleri grup olarak karşılaştırılmalı ve daha lehe olan grup uygulanmalıdır. Daha açık bir ifadeyle; bireysel ve toplu iş sözleşmesindeki aynı amaca yönelik hükümler gruplanarak karşılaştırma yapılmalı, işçinin bazı haklarında azalma olsa dahi sonuçta daha avantajlı hale gelmesi halinde toplu iş sözleşmesinin hükümleri işçiye uygulanmalıdır. Ücrette azalma öngören toplu iş sözleşmesi değişikliği mevcutsa toplu iş sözleşmesinde yer alan tüm parasal menfaatlerin (giyim yardımı, gıda yardımı, yemek yardımı, ikramiye vb.) birlikte gözetilerek sonuca varılması gerekir⁶⁰.

Temel ücret miktarının tespiti noktasında ayrıca banka hesap dökümü, Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtları⁶¹, bordrolar, ücret hesap pusulaları⁶², tanık beyanları ve diğer deliller⁶³ dikkate alınmaktadır.

59 Ercan Akyiğit, *İş Hukuku* (12. Bası, Seçkin 2018) 152; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan ve Esra Baskan, *İş Hukuku* (10. Bası, Beta 2020) 113.

60 Fevzi Şahlanan, *Toplu İş Hukuku* (On İki Levha 2020) 420; Melda Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler* (11. Bası, Turhan Kitabevi 2024) 332-333; A. Can Tuncay ve F. Burcu Savaş Kutsal, *Toplu İş Hukuku* (6. Bası, Beta 2017) 273; Yargıtayın da nihai olarak gruplama teorisini kabul ettiği anlaşılmaktadır. Yargıtay Daireleri arasında içtihat farklılıklarının görüülmesi Eylül 2020 başlıklı yazıda belirtildiği üzere: "Bireysel iş sözleşmesinde kararlaştırılan temel ücret işçinin üye olması halinde toplu iş sözleşmesinde öngörülen kök ücrete göre azaldığı halde, parasal karşılığı olan haklar bir bütün olarak değerlendirilerek karşılaştırma yapılmalıdır. Bu durumda işçinin temel ücreti sendikaya üye olduğu tarihten itibaren toplu iş sözleşmesine göre daha düşük olsa da ücret grubu haklar yönünden toplam yararlılık dikkate alındığında işçi lehine ise kanuna aykırılık yoktur".

61 Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarında yer alan ödemelerin işçinin aylık ücretini yansıttığı kabul edilerek sonuca gidilmesi her zaman yerinde değildir. Fazla çalışma, ulusal bayram ve genel tatiller ile hafta tatili çalışma ücreti gibi tazminat hesabına dahil olmayan ödemelerin de prime esas kazançlara dahil olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

62 Genel olarak işverenin ücret ödeme yükümlülüğünün belgelenmesi ile ücret bildirimine ilişkin yeni yöntemlerin delil niteliği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz Sözer (n 1) 1345 vd.

63 Dava dosyası münderecatında sıklıkla görülen ve sayılan deliller dışında ücret miktarının tespiti konusunda başkaca deliller de zaman zaman rol oynayabilmektedir. Örneğin işçinin bir başka davada tanık olarak vermiş olduğu ücret miktarına ilişkin beyanı ikrar niteliğinde olup kendisini bağlar, Yargıtay 9 HD, E. 2015/19153, K. 2018/12303, 31.05.2018, Kazancı; Ayrıca bkz Özdemir (n 50) 135-136.

Çalışma hayatında bazı işverenler daha az vergi ya da sigorta primi ödemek amacıyla sözleşme veya bordrolarda gerçek ücretten daha düşük bir miktar gösterebilmektedir. İş mahkemelerine intikal eden birçok uyuşmazlıkta da ücretin bir kısmının elden ödendiği iddia edilmektedir. Esasen ücret miktarını ispat yükü işçide olmakla birlikte gerçek ücret her türlü delille ispat edilebilir⁶⁴. Dosya içeriğinde yazılı delil bulunmayan ya da yazılı delillerin çelişkili olduğu, inandırıcı olmadığı hallerde aşağıdaki yöntemlerle ücret miktarı tespit edilmeye çalışılmaktadır.

Tanık beyanları; Tanıklar, beyanlarında işyerinde elden ödenen ücret olup olmadığı ve elden yapılan ödemelerin niteliğine ve miktarına ilişkin beyanda bulunabilmektedirler. Varsayıma ve duyuma dayalı olan tanık beyanlarına itibar edilmemeli; tanığın kendisinin elden ücret ödemesi alıp almadığı yahut elden ücret alındığına ilişkin fiili görgüye sahip olup olmadığı değerlendirilmelidir. Yalnızca davacı tanıklarının beyanlarına göre ücret tespiti de yapılamaz. Emsal ücret araştırması da yapılması gerekir⁶⁵.

Emsal ücret araştırması; Yargıtay gerçek ücretin belirlenmesinde hayatın olağan akışı ve genel tecrübelerle vurgu yapmaktadır⁶⁶. Ücretin ihtilaflı olduğu durumda; işçinin kıdemi, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında bordrolarda yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıkarsa ücret araştırması yapılmaktadır⁶⁷. Öte yandan işçinin sendika üyesi olmadığı durumlarda salt sendikadan gelen yazı uyarınca emsal ücret tespiti yapılması isabetli değildir. Yargıtay, ücret araştırması kapsamında ücretin ilgili meslek kuruluşlarından da sorulması, ayrıca Türkiye İstatistik Kurumu'ndan (TÜİK) ücret sorgusu yapılması gerektiğini belirtmektedir⁶⁸. Son zamanlarda sendikalardan gelen yazılarda emsal ücretin sendikalı ve sendikasız işçiler için ayrı ayrı bildirildiği görülmektedir. Meslek örgütlerinin bildirdiği emsal ücretler takdiri delil niteliğindedir⁶⁹.

TÜİK verileri: TÜİK Talep Yönetimi Sistemi'nden meslek tanımına göre sorgulama yaparak kazanç bilgisine ulaşmak ve barkodlu belge oluşturmak mümkündür. Her ne kadar emsal ücret araştırmasında TÜİK kazanç bilgisi sorgulama sisteminden yararlanılsa da sistemde en son 2014 verileri yer almaktadır. Dolayısıyla TÜİK emsal kazanç raporunda yer alan miktar, hesap yapılmak istenen döneme kadar TÜİK parasal değerleri güncelleme işlemi uygulanarak güncellenmelidir. Şüphesiz çıkan sonucun isabeti, enflasyonun doğru hesaplanmasına bağlıdır.

64 Özdemir (n 50) 116-118; Gaye Baycık, 'İş İlişisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi' *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016* (On İki Levha 2018) 201.

65 Yargıtay 9 HD, E. 2016/31767 K. 2020/16375, 23.11.2020, Legalbank.

66 Yargıtay 21 HD, E. 2015/21771 K. 2016/11771, 27.09.2016, Baycık (n 64) 204 vd.

67 "...dosya içerisinde bulunan bordrolarda her ne kadar davacının imzası bulunsa da davacının yaptığı iş ve hizmet süresi ile uyumlu olmadığı tespit edilmiştir...Bu nedenle işçi ve işveren kuruluşlarından ve meslek odası başkanlığından ve Türkiye İstatistik Kurumu Başkanlığı internet sitesinde bulunan kazanç bilgisi sorgulama ekranından davacının işyerindeki kıdemi, meslek unvanı, işyerinde çalıştığı tarihler gibi bilgiler de bildirilerek emsal işçi ücretinin ne olabileceği araştırılmalı...", Yargıtay 9 HD, E. 2016/30896 K. 2020/14767, 04.11.2020, Sümer ve Kayırgan (n 41) 170.

68 Yargıtay 9 HD, E. 2022/1179 K. 2022/1841, 16.02.2022, Legalbank.

69 Şahin Çil, 'Yargıtay Kararlarına Göre İşçinin Ücreti' (2009) (15) Sicil İş Hukuku Dergisi 72.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 26'ya göre, “*Hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir*”. Dolayısıyla ücret miktarına ilişkin beyanlar dikkate alınarak bu beyanı aşacak şekilde ücret tespiti yapılamayacağı gözden kaçırılmamalıdır⁷⁰.

B. ÜCRET EKLERİNİN TESPİTİ

İşçiye yapılan ödemeler kanundan kaynaklanabilir⁷¹. Kanundan doğan menfaatlerin giydirilmiş ücret tespitinde dikkate alınacağı muhakkaktır. Ücret eklerinin sözleşmelerden, iç yönetmelikten yahut işyeri uygulamasından kaynaklanması da mümkündür. Bu sebeple bunların tespiti için iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi, iç yönetmelik, banka hesap dökümü, Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtları, bordrolar, ücret hesap pusulaları, tanık beyanları ile diğer deliller incelenmelidir.

Ücret eklerinin neler olduğu ve miktarını ispat yükü de işçiye aittir⁷². Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 194 uyarınca taraflar dayandıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmakla yükümlüdür. Dava dilekçesinde temel ücret yanında ‘ek yan haklar, ek sosyal haklar’ gibi soyut ve genel ifadelerin bulunması halinde hâkim tarafından davayı aydınlatma ödevi sebebiyle taraf beyanı alınarak ücret eklerine ilişkin beyan somutlaştırılmalıdır. Aksi halde ispat yükü yerine getirilmemiş sayılır⁷³. Esasen Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 119/f.1-e’ye göre, davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetlerini dava dilekçesinde belirtmesi gerekir. Davacının dava dilekçesinde somutlaştırma yükümünü yerine getirmemesi halinde ücrete ilaveten işçiye sağlanan para veya para ile ölçülmesi mümkün akdi menfaatlerin, salt davacı tanıklarının beyanları esas alınarak tazminata esas ücrete eklenmesi mümkün değildir. Kanundan doğan menfaatler ile işveren tarafından düzenlenen yazılı delillerden anlaşılan veya davalı tanıkları tarafından da doğrulanan, ücret dışında işçiye sağlanan para veya para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerin giydirilmiş ücrete eklenmesi için dava dilekçesinde açık talep şartı aranmaz. Dava dilekçesinde ücret dışında başkaca sosyal hak olmadığı yönünden açık kabul halinde taleple bağlılık kuralına göre sadece temel ücrete göre hesaplama yapılır⁷⁴.

İş Kanunu’nda belirli tazminatların hesaplanmasında giydirilmiş ücretin esas alınacağına işaret ederken ‘parayla ölçülmesi mümkün menfaat’ kavramına yer verilmiştir. Yerleşik hale gelmiş yargı içtihadında yemek, barınma, yol yardımı sağlanması gibi tüm ayni yardımlar ‘parayla ölçülmesi

70 Sümer ve Kayırgan (n 41) 149, 162-163.

71 Örneğin kamu işçileri için ilave tediye hakkı kanundan kaynaklanmaktadır. İlave tediye devlet ve ona bağlı müesseselerde çalışan işçilere 6772 sayılı Kanun (RG. 11.07.1956, S: 9355) uyarınca verilen bir ödemedir. Sürekli işçi kadrosunda çalışan bu işçilere yılda 52 (elli iki) günlük çıplak yevmiyeleri tutarında verilen ilave tediye her yıl Bakanlar Kurulunca belirlenen tarihlerde ve oranlarda ödenir.

72 Özdemir (n 50) 116.

73 İşçinin ücret eklerini tek tek sayarak ücretine eklenmesini talep etmesine gerek olmadığı, dosya kapsamında ispatlanmış ücret eklerinin göz önünde bulundurulması gerektiği yönünde bkz Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal (n 4) 1234.

74 Yargıtay 9. HD İctihat Farklılıklarının Görüşülmesi Eylül 2020.

mümkün menfaat' kavramı içerisinde değerlendirilmektedir⁷⁵. Bu noktada aynı yardımların parasal değerinin nasıl tespit edileceği önem arz etmektedir.

Yargıtay'a göre aynı menfaatlerin parasal değeri, işverene olan maliyetine göre belirlenmelidir. Bu maliyetin belirlenmesinde, sunulması halinde öncelikle işyeri kayıtları dikkate alınacaktır⁷⁶. Örneğin servis veya yemek hizmeti alınan bir şirket ile işveren arasındaki teknik şartnamenin dava dosyasına sunulması halinde bu şartnamede yazan miktarların dikkate alınması gerekir. İşveren tarafından bu belge ve bilgiler sağlanamıyorsa hesap yapılabilmesi için ilgili meslek kuruluşlarına aynı yardımların emsal değeri sorulmalıdır⁷⁷. Uygulamada en sık rastlanan aynı yardımların parasal değerinin ne şekilde tespit edildiğinin açıklanması yararlı olacaktır.

Yemek yardımı: Özellikle toplu iş sözleşmelerinde aynı olarak yemek yardımı yapılmasına rağmen yemek verilememesi durumunda günlük yemek bedeli yazılmış olabilir. Dolayısıyla bu bedelin esas alınması gerekir. Böyle bir ihtimal dışında aynı şekilde sağlanan yemek yardımının doğru hesaplanabilmesi için öncelikle işçiye günde kaç öğün ve ayda kaç gün yemek verildiğinin bilinmesi gerekir. Bunun gibi yemeğin niteliğinin de önem arz ettiği dikkate alınarak ilgili meslek kuruluşlarından emsal yemek bedeli sorulmalıdır⁷⁸. Öğün sayısına göre bulunan günlük yemek bedeli haftada 5 gün çalışılıyorsa 22 gün ile 6 gün çalışılıyorsa 26 gün ile çarpıldıktan sonra bulunan miktar 30'a bölünmek suretiyle giydirilmiş ücret hesabına esas bir günlük yemek yardımı miktarına ulaşılmalıdır.

Yol yardımı: Yol yardımı da fiilen çalışılan günler için sağlandığından günlük yol yardımı miktarının tespiti için ilgili meslek odalarından emsal bedel sorulmalı ve fiili çalışılan gün sayısı ile çarpılarak giydirilmiş ücrete eklenmelidir. Bunun için işverence sağlanan taşıtın kaç kişilik olduğu, taşıtın gidip geldiği yerin toplam uzaklığı önem arz etmektedir. Öte yandan bu bilgilerin edinilememesi halinde

- 75 3008 sayılı ilk İş Kanunu (RG 15.06.1936/3330) döneminde kıdem tazminatına esas ücret kavramına nelerin girdiği öğretide tartışılmış, farklı görüşler ileri sürülmüş, bu görüş farklılıkları yargı kararlarına da yansımıştır. Nihayet 1957 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında giydirilmiş ücretin hesabına esas ücretin nasıl tespit edileceği belirtilmiştir: "İşçinin gıda, mesken, sağlık, yakacak ve aydınlatma gibi zaruri ihtiyaçlarını karşılayacak kıyafette olmak üzere iş karşılığında para veya ayın olarak yapılan arızı olmayan her türlü ödemelerin ve bu arada hususi surette iyi olan bir hizmetin karşılığı olarak ödenen primlerin veya bu mahiyetteki yıllık ikramiyelerin İş Kanunu'nun 13 üncü maddesine göre hükmedilecek kıdem tazminatının hesabına esas olan ücret mefhumuna dahil bulunduğu...", Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, E. 1956/13 K. 1957/10, 15.05.1957 (RG 14.08.1957/9681).
- 76 Yargıtay 22 HD, E. 2016/29130 K. 2020/2133, 10.02.2020, Legalbank; Yargıtay 9 HD, E. 2017/7823 K. 2017/21864, 20.12.2017, Nurşen Caniklioğlu, 'İş İlişisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı' *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017* (On İki Levha 2019) 358-359.
- 77 "Taraflar arasındaki uyumsuzluk, davacıya aynı olarak yapılan yemek ve yol yardımının miktarının ne kadar olduğu noktasında toplanmaktadır. Davacıya işyerinde servis hizmeti yanında aynı olarak yemek yardımı da yapıldığı davalının kabulündedir. Davalı işverence sağlanan servis hizmetinin ücretinin Servis Aracı İşletmecileri Esnaf Odasından gelen yazı uyarınca günlük olarak 10.68 TL olduğu kabul edilmelidir. Keza Lokantacılar Kebapçılar Ve Köfteçiler Esnaf Odası'ndan alınan yazıya göre yemek ücretinin ise öğün başına 5.00 TL olduğu kabul edilmelidir. Bu durumda mahkemece kazanılmış haklar gözetilerek hesaplamaların yeniden yapılarak karar verilmesi için hükmün bozulması gerekmiştir", Yargıtay 9 HD, E. 2011/13397, K. 2012/26544, 05.07.2012, Legalbank.
- 78 Muhtelif yargı kararlarında Ankara Ticaret Odası'nın bir dosya için gönderdiği cevabi yazıda belirtildiği üzere sözleşmenin sona erdiği tarihte cari net asgari ücretin binde 7'sinin bir öğün yemek bedeli olarak kabul edildiği ve aylık fiili çalışılan gün sayısı ile çarpılarak giydirilmiş ücret miktarına ulaşıldığı görülmektedir, Ankara BAM 7 HD, E. 2017/2289 K. 2018/514, 06.03.2018, Lexpera.

pratik bir arayışın sonucu olarak sözleşmenin sona erdiği tarihteki toplu taşıma tam abonman bedelinin giydirilmiş ücrete eklenmesi yönteminin kabul edildiği görülmektedir⁷⁹. Yalnızca işe giderken yahut iş çıkışı servis sağlandığı durumlarda ise toplu taşıma tam abonman bedelinin yarısı giydirilmiş ücrete eklenmelidir⁸⁰. İşçilerin işverenlerce sağlanan kamp alanında konakladığı durumlarda işveren tarafından temin edilen araçlar ile şantiye alanına götürülüp getirilmesi ise ücret eki niteliğinde bir menfaat olarak değerlendirilmemektedir⁸¹.

Barınma yardımı: Barınma yardımının parasal değerine ulaşılabilmesi için barınma yerinin niteliği önem arz etmektedir. Zira işçinin şantiyede başka işçilerle birlikte kaldığı bir yatakhane ile ailesiyle birlikte yaşayabileceği konut sağlanmasının aynı değerde olmayacağı muhakkaktır. Bunun gibi barınma yardımının sağlandığı bölge de miktarın tespitinde önem arz eder. Esasen burada yapılması gereken bu yardımın yapılmaması halinde işçinin kendi imkanlarıyla aynı nitelikte barınma ihtiyacını sözleşmenin sona erdiği tarih itibarıyla ne kadara mal edeceğidir. Dolayısıyla tüm bu bilgilerle birlikte ilgili kuruluşlardan emsal miktarın sorulması gerekecektir⁸². Şüphesiz konutun işverence bir bedel karşılığında işçiye sağlanması halinde aynı yardımdan değil, kira sözleşmesinden söz etmek gerekir⁸³.

Abonelik giderlerine ilişkin yapılan yardımlar: Sosyal yardım olarak işçinin elektrik, su, doğalgaz gibi birtakım giderlerinin işverence karşılanması halinde sözleşmenin sona erdiği tarihten geriye doğru bir yıla ait faturaların getirilip bu faturaların bir yıllık tutarlarının 365'e bölünmesi suretiyle bir güne düşen miktarın tespit edilmesi gerekir⁸⁴. İşçiye iş için kullanılmak üzere bağlatılan internet aboneliği masraflarının ise giydirilmiş ücret hesabında dikkate alınmaması gerekir. İnternet aboneliğinin sınırsız kotalı olup mesai saatleri dışında özel amaçlı internetin kullanılıyor olmasının da sonucu değiştirmeyeceği kanaatindeyiz. Covid-19 pandemisi, maliyetlerin azaltılması, aile durumu gibi farklı nedenlere bağlı olarak ve bilişim teknolojilerinin gelişmesinin de imkân vermesiyle birçok işçi evden çalışma düzenine geçiş yapmaktadır. Evden çalışmaya başlayan bir işçi işyerinde çıkan yemekten faydalanamadığı için bazı işverenler evden çalışma yardımı adı altında işçilere ödeme yapmaktadırlar. Bunun gibi, evden çalışan işçinin elektrik, doğalgaz ve su faturalarında artış olabileceği de düşünülerek evden çalışma masraflarının bir kısmının işverenlerce karşılandığı görülmektedir. Kanaatimizce evden çalışan işçiye yapılacak ödemenin giydirilmiş ücret hesabında dikkate alınıp alınmayacağına, bu ödemelerin masraf veya sosyal yardım niteliği tespit edilerek karar verilmelidir.

79 “Araç tahsisı açısından giydirilmiş brüt ücrete dahil edilebilecek meblağ, fesih tarihinde normal günlük “servis hizmeti” karşılığı olarak belirlenmelidir. Bu miktarın somut olarak belirlenememesi halinde aylık “mavi kart bedeli” giydirilmiş brüt ücrete eklenmelidir”, Yargıtay 9 HD, E. 2014/28398 K. 2016/1285, 19.01.2016, Legalbank; İstanbul BAM 32 HD, E. 2017/1611 K. 2019/588, 21.03.2019, Lexpera.

80 Yargıtay 9 HD, E. 2016/9807 K. 2019/21232, 28.11.2019, Lexpera.

81 Yargıtay 9 HD, E. 2020/5964 K. 2020/13100, 22.10.2020, Kazancı.

82 Konut kapıcılarına bedelsiz olarak tahsis edilen ve konut ihtiyacını karşılayan tutar için sözleşmenin sona erdiği tarihteki net asgari ücretin %25'inin esas alınmaktadır: Yargıtay 22 HD, E. 2016/11463, K. 2019/8639, 15.04.2019, Legalbank; Ankara BAM 5 HD, E. 2018/3200 K. 2020/2374, 03.11.2020; İzmir BAM 7 HD, E. 2018/1620 K. 2020/367, 25.06.2020, Lexpera.

83 Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 645.

84 Yargıtay 22 HD, E. 2017/26675 K. 2020/476, 16.01.2020, Legalbank.

V. ÜCRETİN YABANCI PARA CİNSİNDEN KARARLAŞTIRILMIŞ OLMASI

İş Kanunu m. 32/f.2'ye göre ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkak kural olarak, Türk parası ile ödenir. Ücretin yabancı para olarak kararlaştırılmış olması halinde ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödeme yapılabilir. Görüldüğü gibi, İş Kanunu'na göre tarafların yabancı para cinsinden ücret kararlaştırmaları mümkündür. Öte yandan 2018 yılında dövizde yaşanan ani yükselişler sebebiyle Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında 32 sayılı Kararda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 13.09.2018 tarihinde yürürlüğe giren 85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı⁸⁵ ile hizmet sözleşmesi dahil bazı sözleşme türleri açısından yabancı para ile ödeme yükümlülüğü öngörülmesi yasaklanmış, kararın yürürlük tarihinden itibaren otuz gün içinde daha önce akdedilmiş ve yürürlükte olan sözleşmelerdeki döviz cinsinden kararlaştırılmış bedelin Türk parası olarak taraflarca yeniden belirlenmesi öngörülmüştür. Daha sonra Cumhurbaşkanlığı Kararı'nın uygulanmasına ilişkin olarak Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından tebliğler çıkarılmış ve sözleşme bedelinin yabancı para ile veya yabancı paraya endekli olarak kararlaştırılması yasağına bazı istisnalar getirilmiştir⁸⁶. İstisna kapsamında olan işçilerin ücretlerinin yabancı para cinsinden belirlenmesi mümkündür.

Türk Borçlar Kanunu m. 99'a göre; *“Konusu para olan borç Ülke parasıyla ödenir. / Ülke parası dışında başka bir para birimiyle ödeme yapılması kararlaştırılmışsa, sözleşmede aynen ödeme veya bu anlama gelen bir ifade bulunmadıkça borç, ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parasıyla da ödenebilir. / Ülke parası dışında başka bir para birimiyle belirlenmiş ve sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade de bulunmadıkça, borcun ödeme gününde ödenmemesi üzerine alacaklı, bu alacağının aynen veya vade ya da fiili ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parası ile ödenmesini isteyebilir”*. Dolayısıyla dava dilekçesinde alacakların Türk Lirasıyla mı yoksa sözleşmede belirlenmiş yabancı para cinsinden mi talep edildiğine dikkat edilmelidir⁸⁷. Burada işçinin yabancı para üzerinden aynen veya ödeme günündeki rayiç üzerinden Türk Lirası olarak ödenmesini talep etmek yönünde seçimlik bir hakkı bulunmaktadır.

Yabancı para birimi karşılığı çalışan işçinin tazminat ve alacaklarının hesabında Türk Lirası'na çevirme işleminin hangi tarihteki kur üzerinden yapılacağı da üzerinde durulması gereken bir husustur. Alacakların fiilen ödeme günündeki Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası (TCMB) tarafından yayınlanan günlük bültendeki efektif satış kuru üzerinden Türk Lirası karşılığı dikkate

85 RG 13.09.2018/30534.

86 Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2008-32/34) m. 8'e göre (i) Türkiye'de yerleşik kişiler arasında akdedilen ancak yurt dışında ifa edilecek iş sözleşmeleri; (ii) gemi adamlarının taraf oldukları iş sözleşmeleri; (iii) Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan Türkiye'de yerleşik kişilerin taraf olduğu iş sözleşmeleri; (iv) Kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu iş sözleşmeleri; (v) Türk Silahlı Kuvvetlerini Güçlendirme Vakfı şirketlerinin taraf olduğu iş sözleşmeleri; (vi) Dışarıda yerleşik kişilerin Türkiye'de bulunan şube, temsilcilik, ofis, irtibat bürosu, doğrudan veya dolaylı olarak yüzde elli ve üzerinde pay sahipliklerinin veya ortak kontrol ve/veya kontrolüne sahip bulunduğu şirketlerin işveren olarak taraf oldukları iş sözleşmeleri; (vii) Serbest bölgedeki faaliyetleri kapsamında serbest bölgelerdeki şirketlerin işveren olarak taraf oldukları iş sözleşmeleri istisna kapsamındadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ercüment Özkaraca, 'Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararın İş Sözleşmelerinde Uygulama Alanı' (2019) 25(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 199 vd; Ekmekçi ve Yiğit (n 26) 316 vd.

87 Dava dilekçesinde yapılan tercihin ıslah yoluyla değiştirilmesi de geçerli değildir, Yargıtay 9 HD, E. 2022/16503 K. 2023/10180, 03.07.2023, Ekmekçi ve Yiğit (n 26) 315-316.

alınarak hesaplanması gerekmektedir⁸⁸. İster yabancı para üzerinden aynen ister ödeme günündeki rayiç üzerinden Türk Lirası ile talep edilmiş olsun, fesih tarihi itibarıyla kıdem tazminatı tavanının kontrolü bakımından iş sözleşmesinin sona erdiği tarih esas alınarak döviz cinsi ücret miktarının TCMB efektif satış kuru üzerinden Türk Lirasına çevrilmesi gerekir. Bu miktarın kıdem tazminatı tavanını aşması durumunda tavan üzerinden hesaplama yapılmalı, yabancı para cinsinden talep bulunması halinde yeniden aynı kur hesabıyla yabancı paraya dönüşümü sağlanmalıdır⁸⁹.

Ücretin ihtilaflı olması halinde emsal ücret araştırması yapılacaksa, yurt dışında çalışan bir işçinin Türkiye’de çalışan bir işçiden daha fazla kazanabileceği de dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla emsal ücret araştırması için yazılacak yazıda işçinin yurt dışında çalıştığı ülke de belirtilmeli, gerekirse yurt dışındaki şirketlerden emsal ücret sorulmalıdır⁹⁰. Benzer şekilde yurt dışında çalışmak üzere gönderilen işçilere aynı olarak yapılan yardımların parasal değerinin tespiti de önem arz etmektedir. Yurt dışında çalışan işçiye sağlanan barınma, yol ve yemek gibi aynı yardımların emsal bedeli de Türkiye’den farklılık gösterir. Aynı yardımların hesaplanabilmesi için bunların işverene maliyeti dosya içeriğinden anlaşılabiliriyorsa hesaplama buna göre yapılmalıdır. Aksi takdirde yapılması gereken; işyerinin niteliği, fesih tarihinde bulunulan ülke ve işçinin çalıştığı tarihler de belirtilerek fesih tarihindeki barınma, yol, yemek vb. yardımların emsal bedelinin ilgili kuruluşlardan sorulmasıdır. Yargıtayın, yurt dışı şantiyelerde çalışan işçiler için yemek ve barınma yardımı için genel olarak 150 USD’nin giydirilmiş ücrete dahil edilmesini kabul ettiği görülmektedir⁹¹.

Yurt dışındaki çalışmalar bakımından yabancı para cinsinden hesaplama yapılırken net ücretin brüt ücrete çevrilmesi işleminde vergi ve sigorta prim oranlarının da belirlenmesi gerekir. Türkiye ile işçinin gönderildiği ülke arasında ikili sosyal güvenlik anlaşması yoksa sigorta payı bakımından net ücretin brüt tutarının belirlenmesinde 5510 sayılı Kanun’un 5-g maddesi dikkate alınmalıdır. Buna göre; işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçileri 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılır ve bunlar hakkında kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası hükümleri uygulanır. Bu sebeple net ücret brütleştirilirken

88 “Somut uyumsuzlukta fazla çalışma ve ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacakları ödeme gününde ödenmediğine göre; alacaklı konumunda bulunan davacı işçi, alacağını aynen ya da vade ya da fiili ödeme günündeki rayiç üzerinden Türk Parası ile isteme imkanına sahiptir. Davacı işçinin ücretinin her ayın döviz kuru üzerinden Türk Parası olarak değil; doğrudan yabancı para olarak ödendiği dikkate alınarak; fazla çalışma ve ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacakları her ay için o dönem yabancı para ücreti üzerinden hesaplanmalı, hesaplama sonucu bulunan toplam miktar davacının talebi de dikkate alınarak dava tarihindeki döviz kuru üzerinden Türk Parasına çevrilerek hüküm altına alınmalıdır...”, Yargıtay 9 HD, E. 2021/12187 K. 2021/16410, 13.12.2021, Lexpera.

89 Yargıtay 9 HD, E. 2005/3574 K. 2005/29669, 13.9.2005; Yargıtay 9 HD, E. 2021/4251 K. 2021/9522, 25.05.2021, Lexpera.

90 Yargıtay 22 HD, E. 2018/409 K. 2020/8563, 02.07.2020, Sümer ve Kayırgan (n 41) 212-213.

91 “Hükme esas alınan bilirkişi raporunda, yemek ve barınma gideri miktarı olarak 200 USD esas alınarak tespit edilen miktarın, emsal nitelikteki dosyalarda Yargıtay tarafından benimsenen barınma ve yemek gideri miktarlarının çok üzerinde olduğu ve yurt dışındaki şantiyelerde çalışan işçilere aylık 150,00 USD yemek ve barınma yardımı yapıldığı kabul edilerek giydirilmiş ücret belirlenmiş dosyaların, Yargıtay denetiminden geçerek kesinleştiği dikkate alınarak yemek ve barınma gideri olarak 150 USD yerine 200 USD kabulü isabetsizdir”, Yargıtay 9 HD, E. 2020/4697, K. 2021/2149, 25.01.2021, Legalbank; “...Bu itibarla işyerinin niteliği, fesih tarihinde bulunulan ülke ve davacının çalıştığı tarihler de belirtilerek fesih tarihindeki yemek ve barınma bedelinin ne kadar olduğu ilgili kuruluşlardan araştırılmalı, oluşacak sonuca göre ve davalının da üç öğün yemek ve barınma bedelinin aylık 150 USD olması gerektiği şeklindeki beyanı da gözetilerek aylık 150 USD’nin altında kalmamak kaydıyla kıdem ve ihbar tazminatı hesabına esas alınacak yemek ve barınma bedeli belirlenmelidir”, Yargıtay 9 HD, E. 2021/11534 K. 2021/15772, 24.11.2021, Lexpera.

yalnızca %5 genel sağlık sigortası primi eklenmelidir⁹². Öte yandan bu sigortalıların uzun vadeli sigorta kollarına tabi olmak istemeleri halinde, isteğe bağlı sigortalılığı düzenleyen 50. maddesinde yer alan Türkiye'de yasal olarak ikamet etme şartı ile aynı fıkranın (a) bendinde belirtilen şartlar aranmaksızın haklarında isteğe bağlı sigorta hükümleri uygulanır. Bu kapsamda, isteğe bağlı sigorta hükümlerinden yararlananlardan ayrıca genel sağlık sigortası primi alınmaz. Bunun gibi kanunlarımızda⁹³ yahut ülkeler arası işgücü anlaşmaları ile işçi ücretleri vergiden muaf tutulmuş olabilir⁹⁴. Dolayısıyla net ücret brüte çevrilirken bu istisnaların dikkate alınması gerekir.

SONUÇ

Ücrete dair yapılan ayırlardan ilki net ücret-brüt ücret ayırımıdır. Devletin sigorta primi ve vergi kaybına; işçinin de hak kaybına uğramaması için alacak ve tazminat hesaplamalarının işçinin brüt ücreti esas alınarak yapılması gerekir. Dolayısıyla ücretin net tutarı biliniyorsa bunun öncelikle brüte çevrilmesi gerekir. Ücrete dair yapılan bir diğer ayırım ise dar anlamda ücret (temel ücret)-geniş anlamda ücret (giydirilmiş ücret) ayırımıdır. İş Kanunu'ndan kaynaklanan bir tazminat ve alacağın hesabında işçinin giydirilmiş ücretinin esas alınması istisnai hallerde öngörülmüştür.

Ücret sistemleri karma bir yapıda olabilir. Her ne isim altında olursa olsun yapılan ödemelerin temel ücretin bir parçası mı olduğu yoksa ücret eki mi olduğu belirlenmelidir. Bunun gibi işçiye yapılan ve geniş anlamda ücret kavramı içerisinde değerlendirilen ödemelerin süreklilik gösterip göstermediği de mutlaka değerlendirilmelidir. Uygulamada bazı iş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretlerinin temel ücrete dahil edildiği görülmektedir. Bunlar arızı nitelikteki fazla çalışmalar gibi değerlendirilemeyeceğinden fazla çalışma ücreti dahil olarak belirlenmiş ücretin işçinin temel ücreti olduğunun kabulü gerekir. Bunun gibi bordrolarda hile yapılması, temel ücretin parçalanarak bir kısmının prim veya fazla çalışma ücreti olarak gösterilmiş olduğunun tespiti halinde bunların toplamının temel ücret miktarı olarak kabulü gerekir.

İş yargısında temel ücret miktarına ve/veya ücret eklerine ilişkin ihtilaf olması oldukça sık karşılaşılan bir durumdur. Ücret miktarını ispat yükü işçide olmakla birlikte gerçek ücret her türlü delille

92 Yargıtay 9 HD, E. 2021/12295 K. 2021/16409, 13.12.2021, Legalbank.

93 Gelir Vergisi Kanunu m. 23/f.1-14'e göre, "a) Kanuni ve iş merkezi Türkiye'de bulunmayan dar mükellefiyete tabi işverenlerin yanında çalışan hizmet erbabına, işverenin Türkiye dışında elde ettiği kazançları üzerinden döviz olarak ödediği ücretler; b) Kanuni ve iş merkezi Türkiye'de bulunmayan dar mükellefiyete tabi işverenlerin Ekonomi Bakanlığından alınan izne istinaden kurulan bölgesel yönetim merkezlerinde münhasıran merkezin faaliyet izni kapsamında istihdam ettikleri hizmet erbabına Türkiye dışında elde ettiği kazançları üzerinden döviz olarak ödediği ücretler". Aynı madde f.1-19'a göre: "Yurt dışında yapılan inşaat, onarım, montaj işleri ile teknik hizmetlerde çalışan hizmet erbabına, fiilen yurt dışındaki çalışmalarını karşılığı işverenin yurt dışı kazançlarından karşılanarak yapılan ücret ödemeleri" gelir vergisinden istisna edilmiştir. Gelir Vergisi Genel Tebliği (Seri No:322)'ne göre (RG 30.12.2022/32059), yurt dışında yapılan inşaat, onarım, montaj işleri ve teknik hizmetlerle ilgili olmak ve fiilen yurt dışında bulunarak hizmet verilmesi kaydıyla yönetim, idare, muhasebe ve benzeri hizmetlerde çalışanlar da söz konusu istisnadan faydalanabilecektir (m. 6/f.3).

94 "Davalı tarafın Türkmenistan'da geçen çalışmalara ilişkin ücretlerin Türkiye'deki kazançlar gibi vergilendirilmeyeceği, ücretin brüt tutarı ile net tutarının aynı olması gerektiği yönünde savunması bulunmakta olup, davalının bu savunması ile ilgili herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır...", Yargıtay 9 HD, E. 2021/8476 K. 2021/14141, 12.10.2021, Sümer ve Kayırgan (n 41) 239-240.

ispat edilebilmektedir. İşçiler çoğunlukla tanık beyanlarıyla ücrete ilişkin iddiasını ispat etmeye çalışmaktadırlar. Öte yandan somut olayın özelliklerine göre işçinin korunması ile kötü niyetli taleplerin ayırt edilmesi gerekmektedir. İşverenden sadır belgelerin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıkarsa sendikalardan ve meslek odalarından emsal ücret araştırması yapılmaktadır. Ancak bazı kuruluşlar kendilerinde emsal ücret bilgisi bulunmadığını belirtmekte, bazen de bildirilen emsal ücret miktarları arasında büyük farklılıklar görülebilmektedir. Bu gibi durumların olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmak amacıyla TÜİK sisteminden ücret sorgusu yapılması ve diğer tüm delillerin birlikte değerlendirilerek ücret miktarının belirlenmesi gerekmektedir. Ancak TÜİK kazanç bilgisi sorgulama sisteminde yer alan verilerin en son 2014 yılına ilişkin olduğu ve her mesleğe dair bilgi bulunmadığı da bilinmektedir. Dolayısıyla meslek odalarının ve sendikaların görüşleri alınarak emsal ücretlere ilişkin veriler güncellenmelidir.

İş Kanunu'nda kıdem tazminatı, bildirim sürelerine ait peşin ödenecek ücret, ihbar tazminatı ve kötü niyet tazminatının hesabında giydirilmiş ücretin esas alınacağına işaret edilerek 'parayla ölçülmesi mümkün menfaat' kavramına yer verilmiştir. Yerleşik hale gelmiş yargı uygulamasında yemek, barınma, servis yardımı gibi tüm aynı yardımlar 'parayla ölçülmesi mümkün menfaat' kavramı içerisinde değerlendirilmektedir. Yargıtay'a göre, aynı menfaatlerin parasal değeri, işverene olan maliyetine göre belirlenmelidir. Bu maliyetin belirlenmesinde, sunulması halinde öncelikle işyeri kayıtları dikkate alınmaktadır. Öte yandan birçok uyuşmazlıkta işverenlerin aynı yardımların maliyetine yönelik bir belge sunmadığı görülmektedir. Dolayısıyla aynı yardımların emsal bedelleri ilgili meslek odalarından sorulmaktadır. Bu süreç maliyetli olduğu kadar yargılamayı da uzatmaktadır. Aynı yardımların parasal değerinin belirlenmesi noktasında yeknesaklığın sağlanamadığı, bilirkişilerce farklı hesaplama yöntemlerinin kullanıldığı da bilinmektedir. Kanaatimizce uygulamada en sık karşılaşılan aynı yardımlardan olan yol, yemek, barınma yardımlarının parasal karşılığının belirlenmesinde yeknesaklığın sağlanması için ilgili meslek kuruluşlarının da görüşü alınarak her yıl güncellenecek şekilde ayrıntılı emsal değerler tablosu yayımlanması isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

Akyiğit E, *İş Hukuku* (12. Bası, Seçkin 2018).

Alp M, 'Fazla Çalışmaları Ücrete Dahil Eden Sözleşme Kayıtlarının Geçerliliği ve Denetimi' (2021) (1) Çalışma ve Toplum Dergisi 11-43.

Ayan M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (11. Bası, Seçkin 2016).

Baycık G, 'İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi' *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016* (On İki Levha 2018) 7-356.

Caniklioğlu N, 'İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı' *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017* (On İki Levha 2019) 185-368.

Centel T, *İş Hukukunda Ücret* (Türkiye Denizciler Sendikası 1988).

Çelik N, Caniklioğlu N, Canbolat T ve Özkaraca E, *İş Hukuku Dersleri* (36. Bası, Beta 2023).

Civan E ve Yatağan Özkan Ç, 'İşçilere Yönelik Hisse Senedi Opsiyon Planlarının İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Değerlendirilmesi' (2023) (50) Sicil İş Hukuku Dergisi 89-115.

Çil Ş, 'Kıdem Tazminatı Hesabında Ücret' (2009) (13) Sicil İş Hukuku Dergisi 59-74.

- Çil Ş, 'Yargıtay Kararlarına Göre İşçinin Ücreti' (2009) (15) Sicil İş Hukuku Dergisi 70-88.
- Ekin A ve Topçu M, 'İşçi Alacakları Açısından Gelir Vergisi ve Yasal Kesintiler' (2017) (8) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 115-149.
- Ekmekçi Ö ve Yiğit E, *Bireysel İş Hukuku* (5. Bası, On İki Levha 2023)
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (29. Bası, Legem 2024).
- Ertan E, 'Fazla Çalışma Ücretinin Aylık Ücrete Dahil Edilmesi' (2015) (34) Sicil İş Hukuku Dergisi 103-124.
- Eyrenci Ö, Taşkent S, Ulucan D ve Baskan E, *İş Hukuku* (10. Bası, Beta 2020).
- Günergök Ö ve Kayıhan Ş, *Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler* (Umuttepe 2020).
- Güneş V, *İş Hukukunda Ücrete İlişkin Hedef Sözleşmeleri* (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi SBE 2021).
- Güzel A, Okur AR ve Caniklioğlu N, *Sosyal Güvenlik Hukuku* (19. Bası, Beta 2021).
- İstemi M, 'Sözleşmenin Cüretkârane İhlali ve Cezalandırıcı Tazminat' *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.3* (Beta 2011) 2685 – 2722.
- Kabakçı M, 'Karayolu Taşımacılığında Şoförlere Sefer Başına Yapılan Ödemelerin Hukuki Niteliği' (2018) (40) Sicil İş Hukuku Dergisi 38-47.
- Kayırgan H, 'Yargı Kararları Işığında Yıllık Ücretli İzin Hakkı' (2021) 4(2) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 577-596.
- Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26. Bası, Turhan 2022).
- Mollamahmutoğlu H, Astarlı M ve Baysal U, *İş Hukuku* (7. Bası, Lykeion 2022).
- Oğuzman K, *Hizmet 'İş' Akdinin Feshi* (İsmail Akgün Matbaası 1995).
- Özdemir E, *İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları* (Beta 2006).
- Özkaraca E, 'Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararın İş Sözleşmelerinde Uygulama Alanı' (2019) 25(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 185-202.
- Senyen Kaplan ET, *Bireysel İş Hukuku* (13. Baskı, Yetkin 2023).
- Sözer AN, 'Ücret Ödeme Yükümlülüğünün Belgelenmesi: Alternatif Yöntemler' (2016) 13(51) Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 1345-1382.
- Sözer AN, *Türk Sosyal Sigortalar Hukuku*. (6. Bası, Beta 2023).
- Sur M, *İş Hukuku Toplu İlişkiler* (11. Bası, Turhan Kitabevi 2024).
- Sümer HH ve Kayırgan H, *İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları* (3. Bası, Seçkin 2022).
- Süzek S ve Başterzi S, *İş Hukuku* (24. Bası, Beta 2024).
- Şahlanan F, *Toplu İş Hukuku* (On İki Levha 2020).
- Tuncay AC, Ekmekçi Ö ve Gülver E, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri* (22. Bası, Beta 2023).
- Tuncay AC ve Savaş Kutsal FB, *Toplu İş Hukuku* (6. Bası, Beta 2017).
- Yıldız GB, 'Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi' *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015* (On İki Levha 2017) 19-188.

İşverenin Yönetim Hakkı Kapsamında Çocuk Sahibi Olan Ebeveynin Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş Hakkı – İstanbul BAM 31. Hukuk Dairesi’nin 26.10.2022 Tarihli Kararı Çerçevesinde Bir Değerlendirme-

The Right of Parents with Children to Transition to Part-Time Work within
the scope of the Employer’s Management Right
-An Evaluation within the Framework of the Decision of the 31st Civil
Chamber of the İstanbul Regional Court of Justice Dated 26.10.2022-

Asiye ŞAHİN EMİR* 

ÖZ

İş Kanunu’nun 13. maddesinin 5. fıkrasında doğum veya evlat edinme nedeniyle ebeveynlerden birine kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkı tanınmıştır. Böylelikle ilköğretim çağına gelmemiş çocuğu olan anne ve babaların kısmi süreli olarak çalışmaları kolaylaştırılmış ve teşvik edilmiştir. Bu hakkın kullanımı işverenin onayına bırakılmamıştır. Ancak Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik’te kısmi süreli çalışmanın günlük ve haftalık çalışma süresi içerisinde yapılacağı zaman aralığının o yerin gelenekleri, işçinin yapmakta olduğu işin niteliği ve işçinin talebi dikkate alınarak işveren tarafından belirleneceğine yer verilmiştir (KSÇY md. 15/1). Bu durum da uygulamada sorunları beraberinde getirmiştir. İnceleme konumuz olan kararda da bu kapsamda bir uyumsuzluk bulunmaktadır. Çalışmada, doğum veya evlat edinme nedeniyle kısmi süreli çalışmaya geçmek isteyen işçinin talep ettiği kısmi süreli çalışma düzeninin işveren tarafından değiştirilip değiştirilemeyeceği, değiştirilmesinin mümkün olması durumunda, işçinin kendi talebi doğrultusunda çalışmaya başlamasının işverene fesih hakkı verip vermediği incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kısmi süreli çalışmaya geçiş, İşverenin yönetim hakkı, Çalışma koşullarında esaslı değişiklik, Dürüstlük kuralı, İş sözleşmesinin feshi, İşçinin savunmasının alınması

* Doç. Dr., İzmir Bakırçay Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, asiye.sahinemir @bakircay.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9262-3608.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Asiye ŞAHİN EMİR

E-posta/E-mail: asiye.sahinemir @bakircay.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 19.08.2024

Kabul Tarihi/Accepted: 16.11.2024

ABSTRACT

In Article 13, paragraph 5 of the Labor Law, the right to transition to part-time work is granted to one of the parents due to childbirth or adoption. Therefore, parents of children who have not reached elementary school age are facilitated and encouraged to work part-time. The exercise of this right is not subject to the employer's approval. However, in the Regulation on Part-Time Work to be Conducted After Maternity Leave or Unpaid Leave, it is stated that the time period for part-time work within daily and weekly working hours shall be determined by the employer, taking into account local customs, the nature of the work the employee is performing, and the employee's request (Regulation on Part-Time Work Article 15/1). This situation has brought about problems in practice. In the court decision under review, there is also a dispute in this regard. In the study, it was examined whether the employer can change the part-time working arrangement requested by the employee who wishes to switch to part-time work due to childbirth or adoption, and if such changes are possible, whether starting work as stated in the employee's request gives the employer the right to terminate the employment or not.

Keywords: Transition to part-time work, Employer's management right, Significant change in working conditions, Principle of integrity, Termination of employment contract, Taking the employee's defense.

İSTANBUL BAM 31. HD., E. 2022/2523 K. 2022/1514 T. 26.10.2022¹

Yerel mahkemece verilen karar sonrasında istinaf başvurusu üzerine dosya üzerinde yapılan inceleme sonunda:

DAVA:

Davacı vekili dava dilekçesiyle özetle; müvekkili davacının çocuk sahibi olması nedeni ile 29882 Sayılı yönetmelik kapsamında çocuğunun okul çağına gelen kadar kısmi süreli çalışma hakkını kullanmak istediğini, bu hususta davalı işverene başvuru yaptığını, davalı tarafça bu hususun hukuka aykırı olarak dikkate alınmadığını ve davacının iş akdinin İş Kanunu'nun 17. ve 18. maddesine aykırı olarak feshedildiğini, feshin son çare olması kuralına aykırı davranıldığını iddia ederek fazlaya ilişkin hakların saklı kalmak kaydıyla; davanın kabulü ile feshin geçersizliğine ayrıca davacının işe iadesine, boşta geçen sürelerle ilişkin olarak 4 aylık ücretin belirlenmesine, davacının işe başlatılmaması halinde işe başlatmama tazminatının 8 aylık ücreti olarak belirlenmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

CEVAP:

Davalı vekili haksız davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

İLK DERECE MAHKEMESİ KARARININ ÖZETİ:

İlk derece mahkemesi tarafından aşağıdaki özet gerekçe ile;

“Somut olayda; Fesih ihtarında “Banka tarafından ilgili yönetmelik hükümleri gereği kısmi çalışma talebiniz henüz onaylanmamasına rağmen görevinize izinsiz olarak kısmi süreli geldiğiniz anlaşılmıştır, ayrıca bankaca belirlenen ve tarafınıza da bildirilen çalışma sürelerine uymadığınız anlaşılmıştır.”

¹ <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2023.

denilerek iş akdinin 4857 sayılı Kanun'un 17 ve 18. maddeleri gereğince feshedildiği bildirilmiştir. İş akdi davacının davranışı nedeni ile feshedilmiş, dosya kapsamına davalı işveren tarafından fesih öncesi davacının savunmasının alındığına dair delil sunulmadığı anlaşılmakla; işverence feshin geçerli/haklı nedene dayandığının ispatlanamadığı sonuç ve kanaatine varılmış, banka kayıtları ve ücret bordroları değerlendirilerek ayrıntıları açıklanarak dosya içeriğine uygun hazırlanan rapordaki hesaplamalara itibar edilmiş, davacının kıdemi itibarıyla davanın kabulüne dair aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

HÜKÜM: Ayrıntısı ve yasal gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere:

1. Davanın KABULÜNE,
2. Davalı işverence yapılan FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE,
3. Davacının İŞE İADESİNE,
4. 4-Davacının kararın kesinleşmesinden itibaren 10 iş günü içerisinde işe başlamak üzere işverene başvurması sonucu işverence işe başlatılmaması halinde davacının kıdemi ve fesih sebebi göz önünde bulundurularak takdiren 5 aylık ücret tutarındaki tazminatın davalıdan alınarak davacıya ödenmesi gerektiğinin TESPİTİNE,

4857 Sayılı Yasa'nın 21/2. maddesi gereğince işe başlatmama tazminatına esas ücretin 5 aylık brüt 28.900,00 TL olarak TESPİTİNE,

5. Davacı işçinin işe iade için 10 günlük yasal süre içinde işverene başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşeceği tarihe kadar gerçekleşen en çok 4 aylık ücretinin ve diğer haklarının davalıdan alınarak davacıya ödenmesi gerektiğinin TESPİTİNE,

4857 Sayılı Yasa'nın 21/4. maddesi gereğince işe boşa geçen süre ücretine esas aylık ücretin ve diğer hakların 4 aylık miktarının brüt 46.218,78 TL olarak TESPİTİNE,

6. Davacı işçinin süresi içerisinde işe başlatılması durumunda varsa bu alacaktan peşin ödenen kıdem ve ihbar tazminatının MAHSUBUNA,
7. Davacı taraf vekille temsil olunduğundan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca hesap ve takdir olunan 5.100,00 TL maktu vekalet ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,
8. Davacı tarafça yapılan 84,25 TL posta ve başlangıçta yatırılan 59,30 TL başvurma harç masrafı olmak üzere toplam 143,55 TL yargılama giderinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,
9. Davalılar tarafından yapılan yargılama giderlerinin üzerinde bırakılmasına,
10. Taraflarca yatırılan avansın kullanılmayan kısmının, karar kesinleştiğinde, istek halinde ilgili tarafa iadesine,
11. Davacı tarafından yatırılan 59,30 TL peşin harcın davalıdan alınarak davacıya verilmesine," şeklinde karar verildiği anlaşılmıştır.

İlk Derece Mahkemesi kararına karşı davalı vekilince istinaf kanun yoluna başvurulmuştur.

İSTİNAF SEBEPLERİ:

Davalı tarafın istinaf dilekçesinde belirttiği sebepler;

Davacının iş sözleşmesinin feshi işleminin İş Kanunu'nun emredici hükümlerine ve Yerleşik Yargıtay İçtihatları ile belirlenmiş prensiplerine uygun olduğu, yerel mahkeme kararında yapılan tespitlerin kabulünün mümkün olamayacağı, feshin son çare olması ilkesine uyulmadığı tespitinin hatalı olduğu, davacının kısmi süreli çalışma talebinin süresi içinde karşılanmış olduğu, davacının müvekkili Banka'ca belirlenen kısmi süreli çalışma sürelerine uymadığı, davacının iş akdinin geçerli nedenle feshedildiği, davacının talebinin mevzuata uygun şekilde işleme alındığı, davacıya 1 aylık süre içinde dönüş yapıldığı, ilgili mevzuat gereğince davacının çalışma gün ve saatlerinin işveren tarafından belirlendiği, davacının işverenin yönetim hakkına ve işyeri kurallarına riayet etmediği, davacının yazılı talebi ile kısmi süreli çalışma talebinde bulunduğu, bu yazılı talebinde davacının hangi günlerde hangi saat aralığında çalışma talep ettiğine dair bir talebin olmadığı, haftanın fiilen çalışılan tüm işgünlerinde saat 14:00-18:00 aralığında kısmi süreli çalışmaya başlayabileceğinin dosyaya sunulu e-mail ile kendisine bildirildiği, İş Kanunu'nun ilgili hükümleri doğrultusunda davacının iş akdinin usulüne uygun olarak haklı nedenle feshedilmesi nedeniyle hesaplanan boşta geçen süre ücretinin ve işe başlatmama tazminatına itiraz edildiği, davacının giydirilmiş brüt ücreti ikramiye, aylık brüt sağlık aidatı, aylık brüt emeklilik aidatı, kasa tazminatı, aylık brüt maaş artış primi, aylık brüt yemek ücreti eklenerek hesaplamaya gidildiği, giydirilmiş brüt ücrete ikramiye alacağı yönünden yapılan eklemenin kabul edilemeyeceği, giydirilmiş brüt ücrete aylık brüt kasa tazminatı alacağının, maaş artırım primi, sağlık aidatı, yemek ücreti ve emeklilik aidatının dahil edilmemesi gerektiği, iş akdinin sebebinin geçerli nedene dayandığından işe başlatmama tazminatı olarak 5 aylık ücrete hükmedilmesinin hukuka ve hakkaniyete aykırı olduğu, yerel mahkeme hükmünde yapılan değerlendirme ve hesaplamaların kabul edilemeyeceği, davanın reddine karar verilmesinin gerektiği, şeklindedir.

GEREKÇE:

Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) 355. maddesine göre istinaf incelemesi, istinaf talep edenin sıfatı da gözetilerek istinaf dilekçesinde belirtilen sebepler ve kamu düzenine aykırılık hususlarıyla sınırlı ve HMK 356/1. maddesi gereği incelemenin duruşmalı yapılmasını gerektiren eksik bir husus görülmemekle duruşmasız olarak yapılmıştır.

İş ilişkisinden kaynaklanan ve işin yerine getirilmesinde tabi olunan hak ve borçların tümü, "çalışma şartları" olarak değerlendirilmelidir.

4857 sayılı Kanun'un 22. maddesindeki, "İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiye bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene

dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir” şeklindeki düzenleme, çalışma şartlarındaki değişikliğin kanuni dayanağını oluşturur.

Madde metninde, işverenin, işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma şartlarındaki esaslı bir değişikliği işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabileceği, bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişikliklerin işçiye bağlamayacağı, açıkça belirtilmiştir. 4857 sayılı Kanun’un 22. maddesinin birinci fıkrasının asıl konuluş amacı işverenin tek taraflı değişiklik işlemlerine karşı işçiye korumak; işçinin isteği dışında işini, iş yerini ve diğer çalışma şartlarını değiştirecek işveren davranışlarına engel olmaktır. Öte yandan 4857 sayılı Kanun’un 62. maddesinde, her türlü işte uygulanmakta olan çalışma sürelerinin kanuni olarak daha aşağı sınırlara indirilmesi veya işverene düşen kanuni bir yükümlülüğün yerine getirilmesi sebebiyle ya da bu Kanun hükümlerinden herhangi birinin uygulanması sonucuna dayanılarak işçi ücretlerinden her ne şekilde olursa olsun eksiltme yapılamayacağı belirtilmiştir.

4857 sayılı Kanun’un 62. maddesinde düzenlenen ücretlerde indirim yapılamayacağı yasağı, işverenin tek taraflı indirim yapamaması ile ilgilidir. Taraflar karşılıklı anlaşarak ve ileriye dönük her zaman asgari ücretin altına inmemek şartıyla ücrette indirim yapabilirler. Zira iş yerinin ekonomik şartları bunu zorunlu kılabilir ve işçi işsiz kalmamak için bunu kabul edebilir.

İş sözleşmesinin esaslı unsurları olan işçinin iş görme borcu ile bunun karşılığında işverenin ücret ödeme borcu, çalışma şartlarının en önemlileridir. Bundan başka, işin nerede ve ne zaman görüleceği, işyerindeki çalışma süreleri, yıllık izin süreleri, ödenecek ücretin ekleri, ara dinlenmesi, evlenme, doğum, öğrenim, gıda, maluliyet ve ölüm yardımı gibi sosyal yardımlar da çalışma şartları arasında yerini alır.

Çalışma şartlarının değişikliğinden söz edebilmek için öncelikle bu şartların neler olduğunun ortaya konulması gerekir.

Sözü edilen 22. maddenin yanı sıra Anayasa, kanunlar, toplu ya da bireysel iş sözleşmesi, personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ile işyeri uygulamasından doğan işçi ve işveren ilişkilerinin bütünü, çalışma şartları olarak değerlendirilmelidir.

İş sözleşmesinde, gerektiğinde çalışma şartlarında değişiklik yapabileceğine dair düzenlemeler bulunması halinde, işverenin genişletilmiş yönetim hakkından söz edilir. Bu halde işveren, yönetim hakkını kötüye kullanmamak ve sözleşmedeki sınırlara uymak kaydıyla işçinin çalışma şartlarında değişiklik yapma hakkını sürekli olarak kazanmış olmaktadır. Anılan hak objektif olarak kullanılmalıdır. İşçinin iş sözleşmesinin feshini sağlamak için sözleşme hükmünün uygulamaya konulması, işverenin yönetim hakkının kötüye kullanılması niteliğindedir.

İşverenin yönetim hakkı kapsamında kalan ya da geçerli sebebe dayanan değişiklikler, çalışma şartlarında esaslı değişiklik olarak nitelendirilemez.

İş Kanunu 67.maddesine göre; “Günlük çalışmanın başlama ve bitiş saatleri ile dinlenme saatleri işyerlerinde işçilere duyurulur. İşin niteliğine göre işin başlama ve bitiş saatleri işçiler için farklı şekilde düzenlenebilir.”

İşverenin yönetim hakkına dayanarak işçinin çalışma saatlerini, bir başka anlatımla işin başlangıç ve bitiş zamanını tayin edebileceği öğreti ve Yargıtay tarafından da kabul edilmektedir. Yegane istisnası işverenin çalışma saatlerine ilişkin vereceği talimatlar ve yapacağı değişiklikler işçinin çalışma koşullarını ağırlaştırmamasıdır. Aksi durum, İş Kanunu’nun 22. maddesindeki düzenlemelere uyulmasını gerektirebileceği gibi, işçinin iş sözleşmesini İş K. m. 24/II-f uyarınca feshetme neticesini de doğurabilir.

Dava konusu fesih bildiriminde; “Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik’in 12 (ç) maddesinde; kısmi süreli çalışma; “İş süresinin haftanın çalışma günlerine bölünmesi suretiyle yürütülmesine nitelikleri bakımından uygun olmayan işlerde, işverenin uygun bulması halinde yapılabilir”, 15/1.maddesinde; “Kısmi süreli çalışmanın belirlenen günlük ve haftalık çalışma süresi içerisinde yapılacağı zaman aralığı, o yerin gelenekleri, işçinin yapmakta olduğu işin niteliği ve işçinin talebi dikkate alınarak işveren tarafından belirlenir.” hükmü bulunmaktadır.

Banka tarafından ilgili yönetmelik hükümleri gereğince kısmi çalışma talebiniz henüz onaylanmamasına rağmen görevinize izinsiz olarak kısmi süreli geldiğiniz, ayrıca bankaca belirlenen ve tarafınıza da bildirilen çalışma sürelerine uymadığınız anlaşılmıştır.

Yukarıda belirtilen nedenlerle, Yönetim Kurulu Kararlarıyla ve 4857 sayılı İş Kanunu’nun 17. ve 18. maddeleri gereğince, yasal tazminatınız ödenmek suretiyle Banka ile olan iş sözleşmeniz sona erdirilmiştir.

Bilgi edinilmesini rica ederiz. denilmiştir.”

İş Kanunu 13/5 maddesinde kısmi süreli çalışma talebinde bulunan işçilerin durumu ele alınmıştır. Bahsi geçen maddeye göre ebeveynlerden biri, İş K’nin Analık Halinde Çalışma ve Süt İzni başlıklı 74. maddesinde öngörülen izinlerin bitiminden sonra, mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başına kadar kısmi süreli çalışma için talepte bulunabilir. Bu hükme istinaden çıkartılan Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik’te ise “kısmi süreli çalışmanın belirlenen günlük ve haftalık çalışma süresi içerisinde yapılacağı zaman aralığı, o yerin gelenekleri, işçinin yapmakta olduğu işin niteliği ve işçinin talebi dikkate alınarak işveren tarafından belirlenir.” (m. 15/1). O halde kısmi süreli çalışma başvurusunda bulunan işçinin çalışma gün ve saatlerini belirleme yetkisi yönetim hakkı çerçevesinde işverene tanınmıştır.

Somut uyuşmazlıkta, davacı işçi kısmi süreli çalışma talebini içeren dilekçesinde 18/10/2021 tarihi dahil bu tarihten sonra pazartesi, salı ve çarşamba günleri saat 09:00-18:00 arasında çalışmak istediğini bildirmiş, davalı işveren 12/10/2021 tarihli e – posta ile 15/10/2021 tarihinden itibaren haftanın fiilen çalışılan tüm iş günlerinde saat 14:00-18:00 arasında kısmi süreli şekilde çalışabileceği bildirilmiş, bu şekilde çalışmak istemesi durumunda ekte gönderilin formu doldurup göndermesinin yeterli olacağı,

kabul etmemesi halinde 3 gün içerisinde bildirmesi gerektiği belirtilmiş ancak davacı sessiz kalmış, henüz kısmi süreli çalışma isteği kabul edilmediği halde 21.10.2021 ve 22.10.2022 tarihlerinde işe gelmediğine ilişkin tutanak düzenlendiği görülmüştür.

İşyerinde çalışma düzeninin belirlenmesi işverenin yönetim hakkı kapsamında kalmaktadır. İşçinin kısmi süreli çalışma talebi işverence farklı gün ve saatler üzerinden kabul edilmiştir. İşverenin yönetim hakkı kapsamında olan çalışma düzeninin belirlenmesine işçi tarafından haklı ve geçerli bir sebep olmaksızın riayet edilmemesi nedeniyle işverence gerçekleştirilen feshin geçerli nedene dayalı olduğunun kabulü ile davanın reddine karar verilmesi gerekirken ilk derece mahkemesince yazılı şekilde karar verilmesi hatalı bulunmuştur.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde davalı tarafın istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak davanın reddine dair aşağıdaki gibi hüküm kurulması gerekmiştir.

HÜKÜM:

1. *Davalı tarafın istinaf başvurusunun yukarıda açıklanan yönlerden kabulüne, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353/1-b.2 maddesi gereğince İlk Derece Mahkemesi KARARININ KALDIRILMASINA,*
2. *Davanın REDDİNE ,*
3. *Harçlar kanunu uyarınca alınması gereken 80,70 TL karar harcından davacıdan peşin alınan 59,30 TL karar harcının mahsubu ile bakiye 21,40 TL istinaf karar ve ilam harcının davacıdan tahsili ile hazineye gelir kaydına,*
4. *Davacı tarafından yapılan masrafların üzerinde bırakılmasına,*
5. *Davalı tarafından yapılan 917,00 TL yargılama giderinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,*
6. *Davalı kendisini vekil ile temsil ettiğinden Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi gereği 9.200,00 TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,*
7. *Hazineden karşılanan 680,00 TL arabuluculuk ücretinin davacıdan alınarak hazineye gelir kaydına,*
8. *Davacının ve davalının gider avanslarında kalan ücretlerin karar kesinleştiğinde kendilerine iadesine,*
9. *Kararın tebliği ile harç tahsil / iade işlemlerinin ilk derece mahkemesi tarafından yapılmasına,*

Dair, dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda KESİN olmak üzere 26/10/2022 tarihinde oy çokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Somut uyumsuzlukta; davacının 16/09/2021 tarihinde davalı işverene verdiği ve ekinde eşinin çalışma belgesi bulunan dilekçesinde ; “.. İş Kanunu’nun 13. maddesi uyarınca 18/10/2021 tarihinden itibaren kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkımı kullanarak çocuğumun zorunlu İlköğretim çağına girdiği tarihe kadar kısmi süreli çalışmak istemekteyim. Analık izni ve ücretsiz izin sonrası yapılacak kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmeliğin 9. maddesi uyarınca eşimin de çalıştığına dair belge ekte ilginize sunulmuş, Kısmi Süreli Çalışmanın Başlangıç Tarihi:18.10.2021; Tercih Edilen Çalışma Günleri: Pazartesi, Salı, Çarşamba; Tercih Edilen Çalışma saatleri: 09:00-18:00” olarak belirtilmiş,

Davalı işveren tarafından 12/10/2021 tarihinde e-posta ile verilen cevapta “ ...yazılı talebin ve görev yaptığın birimin ihtiyaçları birlikte değerlendirilmiştir. Bu kapsamda; 15.10.2021 tarihinden itibaren , haftanın fiilen çalışılan tüm işgünlerinde, saat 14:00-18:00 aralığında kısmi süreli çalışmaya başlayabilirsin” şeklinde cevap verildiği;

Davacının, pazartesi, salı ve çarşamba günü işe geldiği, tam gün çalıştığı, kısmi süreli çalışma talebinde çalışmayacağını bildirdiği günlerden olan 21/10/2021 Perşembe ve 22/10/2021 Cuma günlerinde işe gelmediği ve işe gelmediğinin tutanak altına alındığı,

Davalı işveren tarafından davacıya aynı gün tebliğ edilen 03/11/2021 tarihli FESİH İhbarında “ ... Banka tarafından ilgili yönetmelik hükümleri gereğince kısmi çalışma talebiniz henüz onaylanmamasına rağmen görevinize izinsiz olarak kısmi süreli geldiğiniz, ayrıca bankaca belirlenen ve tarafınıza da bildirilen çalışma sürelerine uymadığınız anlaşılmıştır. Yukarıda belirtilen nedenlerle Yönetim Kurulu Kararıyla ve 4857 Sayılı İş Kanunu’nun 17. ve 18. maddeleri gereğince, yasal tazminatınız ödenmek suretiyle Banka ile olan iş sözleşmeniz sona erdirilmiştir” denilerek iş akdinin, sonlandırıldığı, anlaşılmaktadır.

Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmeliğin bu konuyu düzenleyen maddelerinde;

Madde 8 “ (1) İşçi, 5 inci maddede belirtilen analık izninin, 6 ncı maddede belirtilen ücretsiz iznin veya 7 nci maddede belirtilen ücretsiz iznin bitiminden itibaren çocuğun mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başına kadar herhangi bir zamanda kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir.

(2) Kısmi süreli çalışma talebi, 7 nci maddede belirtilen ücretsiz izin süresi kesilerek de yapılabilir. Ücretsiz iznin tamamının kullanılması şartı aranmaz.

(3) Kısmi süreli çalışma talebi, bu haktan faydalanmaya başlamadan en az bir ay önce işçi tarafından yazılı olarak işverene bildirilir ”,

Madde 9 “ (1) İşçinin kısmi süreli çalışma talebinde, kısmi süreli çalışmaya başlayacağı tarih ile tüm iş günlerinde çalışılacak olması hâlinde çalışmanın başlama ve bitiş saatleri, haftanın belirli günlerinde çalışılacak olması hâlinde ise tercih edilen iş günleri yer alır”,

Maddesi 11 “(1) Usulüne uygun olarak yapılan kısmi süreli çalışma talebi, bildirim tarihinden itibaren en geç bir ay içinde işveren tarafından karşılanır.

(2) İşveren; işçiye, talebin karşılandığını yazılı olarak bildirir.

(3) İşveren tarafından süresi içinde işçinin talep dilekçesine cevap verilmemesi hâlinde, talep işçinin dilekçesinde belirtilen tarihte veya bu tarihi takip eden ilk iş gününde geçerlilik kazanır.

(4) İşçinin belirtilen tarihte iş edimini sunmaya başlaması kaydıyla kısmi süreli çalışma talebi geçerli fesih nedeni sayılmaz ”,

Madde 12 “ (1) Kısmi süreli çalışma;

a) Özel sağlık kuruluşlarında ilgili mevzuat uyarınca mesul müdür, sorumlu hekim, laboratuvar sorumlusu ve sağlık hizmetinden sayılan işlerde tam zamanlı çalışması öngörülenler tarafından yerine getirilen işlerde,

b) Nitelikleri dolayısıyla sürekli çalıştıkları için durmaksızın birbiri ardına postalar hâlinde işçi çalıştırılarak yürütülen sanayiden sayılan işlerde,

c) Nitelikleri dolayısıyla bir yıldan az süren mevsimlik, kampanya veya taahhüt işlerinde,

ç) İş süresinin haftanın çalışma günlerine bölünmesi suretiyle yürütülmesine nitelikleri bakımından uygun olmayan işlerde, işverenin uygun bulması hâlinde yapılabilir.

(2) Birinci fıkrada sayılmayan işlerde işverenin uygun bulma şartı aranmaksızın kısmi süreli çalışma yapılabilir ”,

Madde 15 “ (1) Kısmi süreli çalışmanın belirlenen günlük ve haftalık çalışma süresi içerisinde yapılacağı zaman aralığı, o yerin gelenekleri, işçinin yapmakta olduğu işin niteliği ve işçinin talebi dikkate alınarak işveren tarafından belirlenir ”

hükümleri amirdir.

Özetlenen safahata ve yer verilen yasal düzenleme kapsamına ve davacının “gişe yetkilisi” olarak çalıştığı dikkate alındığında, davalı banka ne sebeple işçinin talebini uygun görmediğini ve/ veya kendi bildirdiği çalışma sürelerinin haklı sebeplerini ortaya koymadan yönetim hakkı kapsamında işçinin talep ettiği sistemden farklı bir çalışma sistemi belirleme hakkına sahip olduğunu söylemek, hakkın kullanılmasını çok zorlaştıracak, hatta imkansızla yakın hale getirebilecek tasarruflara kapı açmak anlamına gelir. Nitekim 12/1-ç maddesinde işçinin talebine müdahale hakkı “İş süresinin haftanın çalışma günlerine bölünmesi suretiyle yürütülmesine nitelikleri bakımından uygun olmayan işlerde, işverenin uygun bulması hâlinde yapılabilir.” denilmek suretiyle sınırlandırılmıştır.

Ayrıca ilk derece mahkemesinin de kararında işaret ettiği gibi 4857 sayılı yasanın emredici nitelikteki, 19. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gereken fesih gerekçesine göre, işçinin savunması alınmadan yapılan feshin geçerli kabul edilmesi mümkün değildir.

Açıklanan gerekçelerle sayın çoğunluğun görüşüne katılmak mümkün olmamıştır.

I. UYUŞMAZLIK KONUSU OLAY

Dava konusu olayda, davacı işçi, çocuğu okul çağına gelene kadar kısmi süreli çalışma hakkını kullanma yönündeki talebini işverene iletmıştır. İşçi, talebinde 18/10/2021 tarihi dahil bu tarihten itibaren pazartesi, salı ve çarşamba günleri saat 09:00-18:00 arasında çalışmak istediğine yer vermiştir. İşveren ise işçiye 15/10/2021 tarihinden itibaren haftanın fiilen çalışılan tüm iş günlerinde saat 14:00-18:00 arasında kısmi süreli şekilde çalışabileceğini, bu şekilde çalışmak istemesi durumunda ekte kendisine gönderilen formu doldurup iletmesinin yeterli olacağını, kabul etmemesi halinde üç gün içerisinde bildirmesi gerektiğini iletmış, ancak davacı işçi sessiz kalmıştır. İşçi talebinde belirttiği gibi kısmi süreli çalışmaya başlayarak perşembe ve cuma günü işe gelmemiştir. Bu durumu tutanakla tespit eden işveren, işçinin iş sözleşmesini feshetmiştir. Davacı işçi ise kısmi süreli çalışmaya geçmeye ilişkin talebinin işveren tarafından hukuka aykırı olarak dikkate alınmadığını ve iş sözleşmesinin İş Kanunu'nun² 17. ve 18. maddelerine aykırı olarak feshedildiğini iddia ederek, feshin son çare olması ilkesine aykırı davranıldığını ileri sürmüş ve feshin geçersizliği ile işe iadesini, boşta geçen sürelerle ilişkin olarak dört aylık ücretinin tespit edilmesini, işe başlatılmaması durumunda ise işe başlatmama tazminatının sekiz aylık ücreti olarak belirlenmesini mahkemeden talep etmiştir.

II. YARGI ORGANLARININ KARARLARI

A. YEREL MAHKEME KARARI

Yerel Mahkeme, davalı işverenin, davacı işçinin iş sözleşmesinin davranışları nedeniyle feshedildiği iddiasına rağmen, fesih öncesinde davacının savunmasının alındığına dair kanıt sunulmadığı için işverenin, feshin geçerli veya haklı nedene dayandığını ispatlayamadığı sonucuna varmıştır. Bu nedenle, mahkeme feshin geçersiz olduğuna ve işçinin işe iadesine karar vermiştir.

B. İSTANBUL BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ 31. HUKUK DAİRESİ KARARI

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 31. Hukuk Dairesi vermiş olduğu kararda, öncelikle işyerinde çalışma düzeninin belirlenmesinin işverenin yönetim hakkı kapsamında olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, işçinin kısmi süreli çalışma talebinin işveren tarafından farklı gün ve saatler üzerinden kabul edildiğini, işverenin yönetim hakkı kapsamında olan çalışma düzeninin belirlenmesine işçi tarafından haklı ve geçerli bir sebep olmaksızın uyulmaması sebebiyle işverence yapılan feshin geçerli nedene dayalı olduğunu, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini ve ilk derece mahkemesi kararının hatalı olduğunu belirterek davalı işverenin istinaf başvurusunu kabul etmiş ve ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak davanın reddedilmesi gerektiği yönünde hüküm kurmuştur.

² İş Kanunu, Kanun Numarası: 4857, Kabul Tarihi: 22.5.2003, RG 22.05.2003/25134.

III. İNCELENMESİ GEREKEN HUKUKİ SORUN

Somut olay ve karar bakımından değerlendirilmesi gereken hukuki sorun, çocuk sahibi olan ebeveynin çocuğu ilköğretim çağına gelene kadar kısmi süreli çalışmaya geçmeye yönelik talebinin işveren tarafından doğrudan mı yoksa işverenin yönetim hakkı kapsamında değerlendirmesi sonucu mu kabul edileceği noktasında toplanmaktadır. Bu bağlamda, uyumsuzluk konusu olayda işverenin, işçinin talebinde belirttiği şeklin dışında kısmi süreli çalışma şekli önermesinin mümkün olup olmadığı hususu açıklığa kavuşturulmalıdır. Söz konusu durumun kabulünün mümkün olması halinde, işverence istenen çalışma şekline uymaksızın işçinin talebinde belirttiği şekilde kısmi süreli çalışmaya başlamasının işverene iş sözleşmesini sonlandırma hakkı verip vermediği hususu aydınlatılmalıdır. Ayrıca, işçinin davranışı nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesinde işçinin savunmasının alınmamasının feshe etkisi de incelenmelidir.

IV. HUKUKİ DEĞERLENDİRME

A. ÇOCUK SAHİBİ OLAN EBEVEYNİN KISMİ SÜRELİ ÇALIŞMAYA GEÇİŞ HAKKI

1. Genel Olarak

4857 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesinde "İşyerinde çalışan işçilerin, niteliklerine uygun açık yer bulunduğu kısmî süreli den tam süreliye veya tam süreli den kısmî süreliye geçirilme istekleri işverence dikkate alınır ve boş yerler zamanında duyurulur (İş K. md. 13/4)." hükmü yer almaktadır. Bu düzenleme Arbeitsförderungsgesetz (İstihdamı Teşvik Yasası (AFG))'nın 3. paragrafı dikkate alınarak hazırlanmıştır. Böylelikle kısmen de olsa tam süreli çalışan işçiler, kısmi süreli çalışmaya geçiş imkânı elde etmişlerdir. Ancak bu düzenlemenin işveren üzerinde herhangi bir zorlayıcı etkisi bulunmamaktadır³.

6663 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁴ ile İş Kanunu'nun 13. maddesine 2 yeni fıkra eklenmiştir. Bu düzenlemelerde, "Bu kanunun 74 üncü maddesinde öngörülen izinlerin bitiminden sonra mecburi ilköğretim çağına başladığı tarihi takip eden ay başına kadar bu maddeye göre ebeveynlerden biri kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir. Bu talep işveren tarafından karşılanır ve geçerli fesih nedeni sayılmaz. Bu fıkra kapsamında kısmi süreli çalışmaya başlayan işçi, aynı çocuk için bir daha bu haktan faydalanmamak üzere tam zamanlı çalışmaya dönebilir. Kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin tam zamanlı çalışmaya başlaması durumunda yerine işe alınan işçinin iş sözleşmesi kendiliğinden sona erer. Bu haktan faydalanmak veya tam zamanlı çalışmaya geri dönmek isteyen işçi işverene bunu en az bir ay önce yazılı olarak bildirir.

3 Sarper Süzek, *İş Hukuku*, (23rd edn, (Tıpkı Basım Beta 2023) 894; Tankut Centel, '6663 sayılı Yasa'yla İş Kanunu'na Getirilen Değişiklikler – Analık Halinin Yeniden Düzenlenmesi-' (2016) (35) Sicil İş Hukuku Dergisi 9, 14; Asiye Şahin Emir, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Analık* (Adalet 2019) 196-197.

4 Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 6663, Kabul Tarihi: 29.01.2016, RG 10.02.2016/29620.

Ebeveynlerden birinin çalışmaması hâlinde, çalışan eş kısmi süreli çalışma talebinde bulunamaz. Üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyile birlikte veya münferiden evlat edinenler de çocuğun fiilen teslim edildiği tarihten itibaren bu haktan faydalanır (İş K. md. 13/5).

Beşinci fıkra kapsamında hangi sektör veya işlerde kısmi çalışma yapılabileceği ile uygulamaya ilişkin usul ve esaslar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir (İş K. md. 13/6)." denilmektedir. Kanun koyucu, çocuğun bakımını ve yetiştirilmesini kolaylaştırmak amacıyla⁵ ebeveynlere Kanundan kaynaklanan değiştirici yenilik doğuran bir hak tanımıştır⁶. Böylelikle, ilköğretim çağına gelmemiş çocuğu olan ebeveynlerin kısmi süreli çalışmaları kolaylaştırılmış ve teşvik edilmiştir⁷. Hükümde geçen "ebeveyn" kelimesi, hem anneyi hem de babayı ifade etmektedir⁸.

Yukarıda yer verdiğimiz İş Kanunu'nun 13. maddesinin 4. fıkrasında yer alan düzenlemeyle de çocuk sahibi olan ebeveynin kısmi süreli çalışmaya geçişi elbette mümkündür. Ancak bu hükmün, işveren üzerinde zorlayıcı bir etkisi bulunmadığından çok işlevsel olduğu söylenemez. Zira tarafların anlaşması halinde kısmi süreli çalışmaya geçiş mümkün olabilmektedir. İşçi, talebi işveren tarafından uygun görüldüğü takdirde kısmi süreli çalışmaya geçebilecektir. Kısmi süreli çalışmaya geçişe ilişkin talebin sebebi, söz konusu hakkın kullanımı bakımından herhangi bir öneme sahip değildir⁹. 6663 sayılı Kanunla mevzuatımıza eklenen düzenlemeler, belirtilen hükme kıyasla önemli farklılıklar göstermektedir. Bu iki yeni fıkroda kısmi süreli çalışmaya geçmek isteyen işçinin sebebi bellidir. Doğum veya evlat edinme halinde işçinin kısmi süreli çalışmaya geçebileceği belirtildiğinden tüm işçilerin kısmi süreli çalışmaya geçmesi mümkün değildir. Ayrıca kısmi süreli çalışma talebinin işveren üzerinde zorlayıcı etkisinin bulunduğu da söylenebilir¹⁰.

İş Kanunu'nun 13. maddesinin 6. fıkrasında, doğum veya evlat edinme nedeniyle kısmi süreli çalışmaya geçişe ilişkin hususların çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiş ve 08.10.2016 tarihli Resmi Gazete'de, Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar

5 Centel (n 3) 15; Şahin Emir (n 3) 197, 225; Nazlı Elbir, "Türk İş Hukukunda Doğum veya Evlat Edinme Sonrası Kısmi Süreli Çalışma ve Yarım Çalışma" Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi (2020) 11(1) 135, 144.

6 Münir Ekonomi, 'Doğum veya Evlat Edinme Sonrası Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi Amacıyla Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma Hakları' (2017) 14(53) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 21, 49, 56; Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 891; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan ve Esra Baskan, Bireysel İş Hukuku, (10. Baskı, Beta 2020) 91.

7 Nurşen Caniklioğlu, 'Atipik İstihdam Biçimleri ile Çalışanların Özellikle Kısmi Süreli Çalışanların – Sosyal Güvenliği' (2016) 15(1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan Cilt I) 43, 63; Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 891.

8 Nurşen Caniklioğlu, 'Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş ve Yarım Çalışma Ödeneği' iç Necdet Basa ve Sema Uçakhan Güleç (edr), Emğin Kurultayı II (Türkiye Barolar Birliği 2016) 115, 118; Nuri Çelik, Caniklioğlu Nurşen, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri* (Yenilenmiş 35. Bası, Beta 2022) 218; Ali Cengiz Köseoğlu, "Türk İş Hukukunda Analık" (2016) 2(4) İş ve Hayat Dergisi 97, 113; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan (n 6) 91-92; Saim Ocak, 'Doğum/ Evlat Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışma Uygulaması' (2017) (37) Sicil İş Hukuku Dergisi 52, 57; Aslı Çalışkan, *İş Hukukunda Analık ve Ebeveyn İzinleri* (On İki Levha 2018) 104; Şahin Emir (n 3) 205; Çağlar Ayakçioğlu Sislituna, *Kısmi Süreli Çalışma ve Kısmi Süreli Çalışanların Sosyal Güvenlik Sorunu* (Seçkin 2021) 61.

9 Şahin Emir (n 3) 197.

10 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 8) 218; Şahin Emir (n 3) 197.

Hakkında Yönetmelik (Kısmi Süreli Çalışma Yönetmeliği (KSÇY))¹¹ yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Konuya ilişkin olarak Alman hukukuna baktığımızda Bundeselterngeld – und Elternzeitgesetz'deki (Ebeveyn Parası ve Ebeveyn İzni Kanunu (BEEG)) ebeveyn iznine ilişkin düzenlemelerle doğum veya evlat edinme nedeniyle kısmi süreli çalışmaya ilişkin mevzuatımızda yer alan hükümler kısmen benzer özellik taşımaktadır. Ebeveyn izninde olan işçi, belirli durumlarda hem işyeriyle bağlantısını sürdürebilmek hem de aile gereksinimlerini yerine getirebilmek amacıyla kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir¹². Bu sebeple de mevzuatımızdaki düzenlemeler öğreti tarafından ebeveyn izni olarak nitelendirilmiştir¹³.

2. Kısmi Süreli Çalışma Talebi ve Şekli

Doğum veya evlat edinme halinde kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkı, doğumun gerçekleşmesiyle birlikte işçiye doğrudan tanınan bir hak değildir¹⁴. İşçi talepte¹⁵ bulunması durumunda bu hakkı

11 RG 08.10.2016/29882.

12 Şahin Emir (n 3) 198-199. Ebeveyn izninde olan işçi, bu izin esnasında üç türlü kısmi çalışma yapılabilir. İşçi, kendi işverenin yanında, başka bir işverenin yanında ya da kısmi süreli olarak bağımsız çalışabilir. Kanunda işçinin kendi işverenin yanında kısmi süreli çalışabilmesi için işverenin onayı aranmasa da başka bir işverenin yanında ya da bağımsız bir şekilde kısmi süreli çalışma yapabilmesi için işverenin onayı gerekmektedir (BEEG § 15/4). Bu konuda daha geniş bilgi için bkz., Müller-Glöge, R, Preis, U und Schmidt, I, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (24. neubearbeitete Aufl, Verlag C.H.Beck 2024) (ErfK/Bölüm Yazarı), ErfK/Gallner BEEG § 15 rn. 10-24; Herbert Buchner und Ulrich Becker, Mutterschutzgesetz und Bundeserziehungsgeld – und Elternzeitgesetz (8. neu bearbeitete Aufl, C.H.Beck 2008) 956-958; Jochen Sievers, TzBfG Teilzeit – und Befristungsgesetz, 5. Aufl, Luchterhand Verlag Köln 2016, 549-551; Friedbert Rancke, (Hrsg), Mutterschutz Betreuungsgeld/Elterngeld/ Elternzeit, Handkommentar (6. Aufl, Nomos, 2022) (HK – MuSchG/BEEG/Bölüm Yazarı), HK-MuSchG/Friedbert Rancke BEEG § 15 rn. 62-65; Wolfgang Hromadka und Frank Maschmann, Arbeitsrecht Band I, Individualarbeitsrecht (7. Aufl, Springer 2018) 375; Peter H. M. Rambach, Teilzeit und Befristung, Arbeitsverhältnisse flexibel gestalten, 2. Aufl, Haufe, Freiburg 2015, 96; Christoph Tillmanns und Bernd Mutschler (Hrsg), Mutterschutzgesetz Bundeselterngeld – und Elternzeitgesetz Praxiskommentar (2. Aufl, Freiburg 2018) (Tillmanns/Mutschler-Bölüm Yazarı), Tillmanns/Mutschler – Tillmanns, 995-998; Patrick Burns, Elternzeit, 3. vollständig überarbeitete Aufl, RdW Band 237, Boorberg, Baden-Baden 2015, 162. İş ve aile yaşamının uyumlaştırılması hakkında bkz., Sevil Doğan, *İş Hukukunda İşçinin İş ve Aile Yaşamı Uyumunun Sağlanması* (Seçkin 2022) 196-197, 201-203.

13 Sözek, *İş Hukuku* (n 3) 891; Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku* (Güncellenmiş 4. Baskı, On İki Levha 2022) 549; Sedef Koç, 'İş Hukukunda Ebeveyn İzinleri' iç Tankut Centel (ed), *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II* (On İki Levha 2016) 195, 206; Çalışkan (n 8) 39-40; Yasemin Taşdemir, *Ebeveyn İzni ve Yarım Çalışma Ödeneği* (On İki Levha 2019) 129-131; *Elbir'e* göre, kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkı ile kanun koyucunun, bebek bakımından çok ebeveynlerin çocuklarıyla okul öncesi dönemde yakın ilişkili kurmalarına, onların gelişimine katkı sağlamalarına yönelik bir amacı bulunduğu söylenebilir. Hukukumuzda kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkı tanınmış olması da ebeveyn izninin bu şekilde uygulanabileceğini öngören Avrupa Birliği metinleriyle uygundur. Ebeveyn iznini ilk uygulayan ülkelerden biri olan Fransa'da bu hak, tam bir izin gibi kullanılabilmesinin yanı sıra kısmi süreli çalışmaya geçiş şeklinde de kullanılabilmektedir (Fransız İş Kanunu L. 1225-47). Öyleyse, doğum veya evlat edinme nedeniyle kısmi süreli çalışma hakkının uluslararası hukuktaki anlamıyla ebeveyn iznine yakın bir kurum olduğu sonucuna varmak mümkündür. Bkz., Elbir (n 5) 144.

14 Buchner und Becker (n 12) 965; Tillmanns/Mutschler-Tillmanns (n 12) 1007.

15 Öğretide *Sevimli'*e göre, doğum veya evlat edinme nedeniyle kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkı, işverenin onayına bağlı olmadığından hakkın kullanımı bakımından talepten değil, ihbardan söz edilmesi gerekir. İşçi, İş Kanunu'nda ve Kısmi Süreli Çalışma Yönetmeliği'nde yer alan koşullara uygun olarak kısmi süreli çalışmaya geçeceğini haber vermektedir. Bkz., Ahmet Sevimli, *4857 Sayılı İş Kanununda Düzenlenen Kısmi Süreli İş Sözleşmesi* (Beta 2019) 103-104.

kullanabilir¹⁶. İş Kanunu'nun 13. maddesinin 5. fıkrasında, kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkından faydalanmak isteyen işçinin, bu durumu en az bir ay önce yazılı olarak işverene bildirmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁷. Ayrıca Kısmi Süreli Çalışma Yönetmeliği'nin 8. maddesinde de “İşçi, 5 inci maddede belirtilen analık izninin, 6 ncı maddede belirtilen ücretsiz iznin veya 7 nci maddede belirtilen ücretsiz iznin bitiminden itibaren çocuğun mecburi ilköğretim çağına başladığı tarihi takip eden ay başına kadar herhangi bir zamanda kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir. Kısmi süreli çalışma talebi, 7 nci maddede belirtilen ücretsiz izin süresi kesilerek de yapılabilir. Ücretsiz iznin tamamının kullanılması şartı aranmaz. Kısmi süreli çalışma talebi, bu haktan faydalanmaya başlamadan en az bir ay önce işçi tarafından yazılı olarak işverene bildirilir.” denilmektedir.

Her ne kadar mevzuatımızda talebin yazılı şekilde yapılması gerektiği belirtilmiş olsa da taraflar sözlü olarak da tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçiş konusunda anlaşabilirler. Böyle bir durumda, sadece yazılı şekil şartına uyulmadığı gerekçesi ile işçinin kısmi süreli çalışmaya geçiş yapamayacağı söylenmemelidir¹⁸. Sözlü olarak anlaşma sonucunda kısmi süreli çalışmaya başlanması durumunda, ileride tarafların anlaşmazlığa düşmesi nedeniyle ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların ispatında sorunlar yaşanması mümkündür. Bu nedenle, kanun koyucu işçinin talebinin ve işverenin cevabının yazılı olması gerektiğini belirtmiştir¹⁹. Ayrıca, kısmi süreli çalışmaya geçişin yazılı olarak yapılması Sosyal Güvenlik Kurumu'nun faaliyetleri bakımından da önem arz etmektedir. Örneğin, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan sigortalıların prim gün sayısı işveren tarafından ay içinde otuz günden az olarak bildirilir. Sosyal Güvenlik Kurumu'nun uygulamaları bakımından bu durumun belgelendirilmesi istenebilecektir (SSGSSK md. 86/4)²⁰.

Öğretide işçinin talebinde ve işverenin cevabında meydana gelen değişikliklere ilişkin hususların da yazılı olması gerektiği yönünde düzenleme yapılmasının isabetli olacağı belirtilmiştir²¹. Örneğin işçi, kısmi süreli çalışmaya geçme yönünde talepte bulunduktan sonra kısmi süreli çalışmaya başlama tarihini ya da kısmi çalışma yapacağı gün ve saatleri değiştirmek isteyebilir. Aynı şekilde işveren de işçinin kısmi süreli çalışma talebinde belirttiği çalışma gün ve saatlerinde değişiklik yapmayı tercih edebilir. Bu yönde değişiklik talebinin ve buna ilişkin cevabın yazılı yapılması olası uyuşmazlıkları ortadan kaldırılabılır²². Ancak elbette talep veya talebe ilişkin cevabın sözlü olduğu durumlarda da

16 İşçinin bir talebi olmaksızın işveren tarafından ebeynlik nedeniyle de olsa işçinin kısmi süreli çalışmaya geçirilmesi iş sözleşmesinin koşullarında esaslı değişiklik anlamına gelir. Bkz., Sevimli (n 15) 104.

17 Alman hukukunda da ebeveyn izninin ve bu izin esnasında kullanılmak istenen kısmi çalışma talebinin yazılı şekilde yapılması gerektiği düzenlenmiştir (BEEG § 15/7, nr. 5; § 16/1). Türk hukukundaki düzenlemenin aksine Alman hukukunda yazılı şekil şartının ispat değil, geçerlilik şartı olduğu kabul edilmektedir. BGB § 125' de belirtilen yazılı şekil koşuluna uymak ebeveyn izninin şartıdır. (BAG 26.06.2008, 2 AZR 23/07, NZA 2008,1241). Bkz., Tillmanns/Mutscher-Tillmanns (n 12) 1008; ErfK/Gallner (n 12) BEEG § 15 rn. 13.

18 Ocak (n 8) 67; Şahin Emir (n 3) 231; Sevimli (n 15) 110.

19 Ocak (n 8) 67; Şahin Emir (n 3) 231.

20 Ocak (n 8) 68; Şahin Emir (n 3) 231; Ercan Uzun, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Ev Hizmetlerinde Çalışanlar*, (Adalet 2021) 214, 216.

21 Ocak (n 8) 67-68; Taşdemir (n 13) 180; Şahin Emir (n 3) 231.

22 Ocak (n 8) 67-68; Taşdemir (n 13) 180.

tarafların iradelerinin uyuşması halinde ve bu durum ispatlanabildiği süre boyunca hukuki açıdan bir sorun yaşanmayacaktır²³.

3. Kısmi Süreli Çalışma Talebinin Unsurları

İş Kanunu'nda ve Kısmi Süreli Çalışma Yönetmeliği'nde işçinin doğum veya evlat edinme nedeniyle kısmi süreli çalışmaya geçebileceği belirtilmekle yetinilmiş, ancak kısmi süreli çalışmaya geçiş yapan işçinin haftalık çalışma süresinin belirlenmesine ilişkin düzenleme yapılmamıştır. İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin²⁴ 6. maddesine göre, işyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma kısmi süreli çalışmadır. Doğum veya evlat edinme nedeniyle kısmi süreli çalışmaya geçiş yapmak isteyen işçi, bu süreye kadar dilediği şekilde haftalık kısmi süreli çalışma yapacağı zamanı belirleyebilir²⁵. Bu durum da uygulamada bazen işçi ve işverenin iradelerinin uyuşmamasına ve uyuşmazlıkların ortaya çıkmasına sebep olabilir.

Kural olarak doğum veya evlat edinme nedeniyle kısmi süreli çalışmaya geçmek isteyen işçinin talebi, işveren tarafından karşılanmalıdır. Ancak belirtilen hakka geçişle birlikte, işçinin iş sözleşmesinin türü ve dolayısıyla çalışma koşulları değişmektedir. Bu noktada kısmi süreli çalışma yapılacak günlerin ve çalışma saatlerinin belirlenmesinde Kısmi Süreli Çalışma Yönetmeliği'nin 9. ve 15. maddelerindeki hükümler incelenmelidir. Bu hükümlerin incelenmesine geçmeden önce belirtilmelidir ki, uygulamada sorun çıkarma olasılığı oldukça yüksek olan önemli bir konunun Yönetmelikte düzenlenmesi isabetli olmamıştır²⁶. İnceleme konumuz olan karar bakımından da söz konusu hükümler büyük önem taşımaktadır.

Kısmi Süreli Çalışma Yönetmeliği'nin 9. maddesinde, kısmi süreli çalışmaya geçmeye yönelik talepte bulunması gereken unsurlara yer verilmiştir. Hükümde *“İşçinin kısmi süreli çalışma talebinde, kısmi süreli çalışmaya başlayacağı tarih ile tüm iş günlerinde çalışılacak olması hâlinde çalışmanın başlama ve bitiş saatleri, haftanın belirli günlerinde çalışılacak olması hâlinde ise tercih edilen iş günleri yer alır. İşçi, eşinin çalıştığına dair belgeyi kısmi süreli çalışma talebine eklemek zorundadır. İşçinin kısmi süreli çalışma talep dilekçesi, işveren tarafından işçinin özlük dosyasında saklanır (KSÇY md. 9/1)”*²⁷ denilmektedir. Bu bağlamda, işçinin kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkını kullanırken talebinde,

23 Ocak (n 8) 67-68; Taşdemir (n 13) 181.

24 RG. 06.04.2004/25425.

25 Ekmekçi ve Yiğit (n 13) 551. Almanya'da Ebeveyn Parası ve Ebeveyn İzni Kanunu'nda yer alan düzenlemeye göre, ebeveyn izni esnasında kısmi süreli çalışmak isteyen ebeveynin, iş sözleşmesinde yer alan çalışma süresini aylık ortalama haftada on beş saat ile otuz iki saat arasında olacak şekilde azaltılmış olması gerekmektedir (BEEG § 15/7 nr. 3). Bkz., Günter, Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, (20., neu bearbeitete Aufl, Verlag C.H.Beck 2023), (Schaub-ArbR-HdB/Bölüm Yazarı), Schaub-ArbR-HdB/Linck rn. 42; HK-MuSchG/Friedbert Rancke BEEG § 15 (n 12) rn. 68.

26 Taşdemir (n 13) 182.

27 Mevzuatımızda kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışmada, haftalık çalışma süresinin günlere bölünmesinin nasıl olacağı hususunda özel bir düzenleme mevcut olmadığından, haftanın belirli günlerinde tam gün ya da haftanın her günü belirli bir süre çalışma gibi sözleşme özgürlüğü çerçevesinde çeşitli şekillerde kısmi süreli çalışma kararlaştırılabilir. Bkz., Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 8) 209; Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 268; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 2003/21-143 K 2003/159, 12.03.2003 <<https://lib.kazanci.com.tr/yargitay>> Erişim Tarihi 11.06.2024.

kısmi süreli çalışmaya ilişkin isteklerini somut olarak açık ve anlaşılır şekilde belirtmesi gerektiği söylenmelidir.

Genel olarak kısmi çalışma; yarım gün çalışma, öğleden önce, öğleden sonra ya da akşamları çalışma şeklinde yapılabileceği gibi haftanın sadece belli günlerinde tam gün, haftanın her günü belirli bir süre olarak veya haftanın bir ya da birkaç gününde çalışmak şeklinde de yapılabilir²⁸. Ancak Kısmi Süreli Çalışma Yönetmeliği'nin 9. maddesi değerlendirildiğinde, kısmi süreli çalışmanın yapılacağı günlerin ve saatlerin belirlenmesinde, işçinin haftanın her günü ama günlük çalışma süresi içinde belirli saatlerde kısmi süreli çalışma yapabileceği ya da haftanın sadece belirli günlerinde günlük çalışma süresi boyunca çalışmayı tercih edebileceği söylenmelidir. Bu nedenle öğretilerde bir görüşe göre, hükümden işçinin talep dilekçesinde haftanın belirli günlerinde günlük çalışma süresinden daha kısa süre çalışma yapma yönünde bir seçeneğe yer veremeyeceği anlaşılmaktadır²⁹. Ayrıca, mesai saatleri dışında da işçinin kısmi süreli çalışma talep etme hakkı bulunmamaktadır³⁰.

Tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçmek isteyen işçinin çalışma düzenine ilişkin yazılı talebini örnekle açıklamak gerekirse; haftada altı iş günü ve toplamda kırk beş saat çalışılan bir işyerinde çalışan işçi, haftalık on sekiz saat kısmi süreli çalışma yapmak istiyorsa ilk olarak bunu, ardından haftanın belirli iş günlerinde mi yoksa tüm iş günlerinde mi çalışmayı talep ettiğini açıkça belirtmelidir. İnceleme konumuz olan kararda da işçi, haftanın üç iş günü çalışmayı talep etmiştir. Bir görüşe göre, işçi haftanın belirli günlerinde çalışmayı talep ediyorsa, hangi günlerde ve o günlerin hangi zaman aralıklarında çalışmak istediğine talebinde yer vermelidir³¹. Bu görüş, işçinin talebine pazartesi günü yedi buçuk saat, çarşamba günü yedi buçuk saat, cuma günü üç saat çalışmak istediğini yazabileceğini ve cuma günü üç saat çalışmak isteyen işçinin bu çalışmasını öğleden önce ya da sonra yapmak istediğini de talebinde belirtmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Haftanın belirli iş günlerinde çalışma talep edileceği zaman, iş günlerine farklı çalışma saatlerinin dağıtımının ne derecede mümkün olacağı ve bir iş günü için günlük azami çalışma süresi olan on bir saatlik çalışmanın talep edilip edilemeyeceği tartışılacak hususlar arasındadır³². İşçi, haftanın tüm iş günlerinde toplamda on sekiz saat çalışmayı tercih ederse talebinde çalışmanın başlama ve bitiş saatleri yer almalıdır³³. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, kısmi süreli çalışmaya geçmek isteyen işçi, sadece çalışma süresini azaltma değil, aynı zamanda bu süreyi iş günlerine dağıtma imkanına da sahiptir³⁴. Ancak

28 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 8) 209; Şahin Emir (n 3) 194-195.

29 Çalışkan (n 8) 115; Sevimli (n 15) 111. Aksi yönde görüş, Ocak (n 8) 68; Taşdemir (n 13) 185; Doğan (n 12) 196.

30 Ocak (n 8) 68; Şahin Emir (n 3) 247.

31 *Sevimli*'ye göre, mevzuat hükmü değerlendirildiğinde, işçi belirli günlerde çalışmayı talep etmek isteyebilir, ancak bu günlerde günlük çalışma süresinden daha kısa bir sürede çalışmayı talep edemeyecektir. Dolayısıyla da bu hususa talebinde yer vermesi gerekmemektedir. Sevimli (n 15) 111.

32 Ocak (n 8) 68; Taşdemir (n 13) 185.

33 Ocak (n 8) 68-69; Taşdemir (n 13) 185. *Ocak*, gelecekte uygulamada yaşanacak sorunların önlenmesi adına Yönetmelik ekinde kısmi süreli çalışmaya geçmeye dair yazılı talebe ilişkin örnek form oluşturulması gerektiği ileri sürülmüştür. Ocak (n 8) 69.

34 Alman hukukunda ebeveyn izni esnasında kısmi çalışma yapmak isteyen işçiye çalışma süresinin azaltılmasının yanı sıra çalışma süresinin iş günlerine göre dağıtılmasına da imkân tanınmıştır (BEEG § 15/5). Bkz., Sievers (n 12) 525; Schaub-ArbR-HdB/Linck (n 25) rn. 37.

yukarıda da belirttiğimiz gibi hükmün lafzında haftanın belirli günlerinde çalışmak isteyen işçinin günlük çalışma süresinden daha az bir çalışma yapmak isteyemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır.

İşçi, kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkını kullanırken işverenin durumunu göz önünde bulundurmak ve hakkı dürüstlük kuralına uygun bir şekilde kullanmak zorundadır³⁵. İşçi, işverenin ifa menfaatinin kalmayacağı kadar kısa bir çalışma süresi için talepte bulunursa ya da işverene aşırı yük getirecek şekilde kısmi çalışma düzeni talep ederse, hakkı dürüstlük kuralına aykırı kullanmış olur³⁶. Kanunda işçinin kısmi süreli çalışmaya geçebileceği belirtilmiş ancak kısmi süreli çalışma saatinin alt sınırı ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir. İşçinin, işyerinin ve işverenin ekonomik menfaatini çok fazla zorlayacak taleplerde bulunmaması gerekmektedir³⁷. Örneğin, işçi haftada sadece birkaç saat çalışma talebinde bulunmamalı veya işin ve işyerinin özelliklerini dikkate almadan işverene aşırı yük getirecek şekilde çalışma düzeni talep etmemelidir³⁸.

İşçinin talebinde kısmi süreli çalışmaya başlayacağı tarih yer almazsa işveren, işçiden bu tarihi belirtmesini isteyebilir³⁹. Ancak işverenin böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. İşçinin talebinde kısmi süreli çalışmaya başlamak istediği tarihin yer almaması durumunda, Yönetmeliğin 8. maddesinin 3. fıkrası ile 9. maddesinin 1. fıkrası birlikte değerlendirildiğinde, işçinin talep tarihinden bir ay sonra kısmi süreli çalışmaya başlayabileceği sonucuna ulaşılmaktadır⁴⁰. Yönetmeliğin 11. maddesinin 1. fıkrasındaki “*Usulüne uygun olarak yapılan kısmi süreli çalışma talebi, bildirim tarihinden itibaren en geç bir ay içinde işveren tarafından karşılanır.*” düzenlemesi de ilk bakışta belirtmiş olduğumuz görüşü destekler nitelikte görülmektedir. Ancak bu hüküm dikkatle irdelendiğinde işverenin en geç bir ay içinde kısmi süreli çalışma talebini karşılama yükümlülüğünün, usulüne uygun olarak yapılan talepler bakımından geçerli olduğu görülecektir. Kısmi süreli çalışma talebinin unsurlarının düzenlendiği Yönetmeliğin 9. maddesi gereğince de kısmi süreli çalışmaya başlanılacak tarihin yer almadığı bir talebin, usulüne uygun olduğu söylenemeyeceğinden, işverenin bu talebi en geç bir ay içinde karşılama yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu kapsamda kanaatimizce uygulamada yaşanacak sorunların önlenmesi adına konuya ilişkin yasal düzenleme yapılması isabetli olacaktır⁴¹.

Her ne kadar Yönetmeliğin 9. maddesi gereğince işçi, çalışma düzeniyle ilgili detaylı bir talepte bulunabilme hakkına sahip olsa da Yönetmeliğin 15. maddesinde kısmi süreli çalışmanın günlük ve haftalık çalışma süresi içerisinde yapılacağı zaman aralığının; o yerin gelenekleri, işçinin yapmakta olduğu işin niteliği ve işçinin talebi dikkate alınarak işveren tarafından belirleneceğine yer verilmiştir (KSÇY md. 15/1). Bu bağlamda, kısmi süreli çalışma başvurusunda bulunan işçinin çalışma gün ve saatlerini belirleme yetkisinin yönetim hakkı çerçevesinde işverene tanındığı söylenmelidir. Bu

35 Caniklioğlu, ‘Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş’ (n 8) 131, dn. 12; Şahin Emir (n 3) 247; Sevimli (n 15) 120; Süzek *İş Hukuku* (n 3) 895.

36 Caniklioğlu, ‘Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş’ (n 8) 131, dn. 12; Şahin Emir (n 3) 247.

37 Caniklioğlu, ‘Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş’ (n 8) 131, dn. 12.

38 Caniklioğlu, ‘Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş’ (n 8) 131, dn. 12; Taşdemir (n 13) 186; Şahin Emir (n 3) 247.

39 Ocak (n 8) 65; Şahin Emir (n 3) 232.

40 Ocak (n 8) 65-66; Taşdemir (n 13) 136.

41 Aynı yönde görüş için bkz., Ocak (n 8) 65 – 66, 70-71. Taşdemir (n 13) 183-184.

hükümle, işverene takdir hakkı tanınmış ve işin yapılacağı zaman aralığına ilişkin nihai kararın, işveren tarafından verilmesine imkân sağlanmıştır. Ancak, işveren bu takdir hakkını kullanırken serbest olmayıp, işçinin talebini ve o yerin geleneklerini dikkate alarak hareket etmelidir⁴². Belirtilen düzenleme sayesinde işveren, işçinin talebinde değişiklik yapmak suretiyle kısmi süreli çalışma düzenini belirleme yetkisi elde etmiştir. Başka bir anlatımla işveren, işçinin sunduğu çalışma planını kabul etmediğini belirterek; yeni bir kısmi süreli çalışma planını işçiye sunabilecektir⁴³. İşveren, işçinin talebini göz önünde bulundurarak, işyerinin düzeninde ve işin yürütümünde aksaklık yaratmamaya özen göstererek, öğleden önce veya sonra her gün işe gelme suretiyle çalışma veya haftanın belirli günlerinde tam süreli çalışma gibi bir uygulamaya gidilebilir⁴⁴. Her ne kadar işverenin, işçinin talebi dışında çalışma gün ve saatlerini belirlemesi mümkünse de bu durumun nedenlerini makul gerekçeler ile ortaya koyması gerekir⁴⁵.

Öğretide bir görüş tarafından Kısmi Süreli Çalışma Yönetmeliği'nin 9. ve 15. maddelerindeki hükümlerden, işçinin kısmi süreli çalışma talebinde haftanın tüm iş günlerinde çalışmayı tercih etmesi durumunda işverenin çalışmanın başlama ve bitiş saatlerini değiştirebileceği, ancak işçinin bazı iş günlerinde tam gün çalışmasını istemeyeceği ileri sürülmüştür⁴⁶. Yine aynı görüşe göre, işçi talebinde haftanın belirli günlerinde çalışacağını belirtmişse, işveren işçinin belirlediği günler dışında başka günlerde çalışmasına yönelik değişiklik yapılabilir, ancak günlük çalışma süresinden kısa da olsa işçinin tüm iş günlerinde çalışmasını talep edemez⁴⁷. Bu görüş çerçevesinde konuya ilişkin örnek vermek gerekirse işçi, kısmi süreli çalışma talebinde altı iş günü 09.00 ile 14.00 saatleri arasında ve toplamda haftalık otuz saat çalışacağını belirtmesi durumunda; işveren, belirlenen günlük çalışma süresi içinde çalışmanın yapılacağı zaman aralığını 13.00-18.00 olarak değiştirebiliyorken, pazartesi'den perşembeye işçinin günlük çalışma süresinin tamamında çalışmasını istemeyecektir. İşçinin pazartesi, salı ve çarşamba günleri günlük çalışma süresi boyunca çalışmak istemesi durumunda ise işveren, bu talebi tüm iş günlerinde beş saat çalışma şeklinde değiştiremeyecek, ancak işçinin çarşamba, perşembe ve cuma günü günlük çalışma süresi kadar çalışmasını isteyebilecektir⁴⁸. Başka bir görüşe göre ise, günlük ve haftalık çalışma saatini belirleme yetkisi işçideyken, belirlenen günlük ve haftalık çalışma saatine göre kısmi süreli çalışmanın zaman aralığını belirleme yetkisi işverendir⁴⁹.

42 Caniklioğlu, 'Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş' (n 8) 133; Ocak (n 8) 68. Taşdemir (n 13) 184; Şahin Emir (n 3) 248; Doğan (n 12) 197.

43 Suat Uğur ve Yusuf Yiğit, 'İş Hukuku Açısından Doğum Nedeniyle Ebeveynin Kısmi Süreli Çalışma Hakkı' (2017) 6(1) Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi E-Dergi, 71, 94; Sevimli (n 15) 118.

44 Ekonomi (n 6) 52; Taşdemir (n 13) 184.

45 Ayakçıoğlu Sislituna (n 8) 63.

46 Çalışkan (n 8) 117-118; Sevimli (n 15) 119.

47 Çalışkan (n 8) 117-118; Sevimli (n 15) 118-119. Bu görüşe göre, inceleme konumuz olan kararda pazartesi, salı ve çarşamba günü günlük çalışma süresi boyunca çalışmayı tercih eden işçinin talebinde, işveren yalnızca belirtilen günler dışında başka günlerde çalışması yönünde değişiklik yapabilir. Kararda belirtildiği gibi, işveren işçinin haftanın tüm iş günlerinde günlük çalışma süresinden daha kısa sürede çalışmasını isteyemez.

48 Sevimli (n 15) 118.

49 Caniklioğlu, 'Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş' (n 8) 130; Ocak (n 8) 69-70; Tülay Ulusoy, 'Bir Sosyal Koruma Olarak İş Kanunu'nda Gebe ve Yeni Doğum Yapan Kadın Çalışanlara Yönelik İzinler ve Kısmi Süreli Çalışma Hakkı Üzerine Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi' (2017) (53) Çalışma ve Toplum Dergisi 741, 758.

Çocuğunu bakıcıya günün belirli saatlerinde bırakmak ve çocuğuyla her gün daha fazla zaman geçirmek isteyen bir işçi, her iş günü öğleden sonra işe gelme talebinde bulunabilir. Böyle bir durumda kanımızca işveren bu talebi olduğu gibi kabul de edebilir, işin niteliğini ileri sürerek işçinin öğleden önce çalışmasını da isteyebilir. Eğer işveren yeni bir çalışma düzeni belirlerse Yönetmelik hükmü gereği işçinin, bu çalışma düzenine uymakla yükümlü olduğu söylenmelidir⁵⁰.

İşçinin talep ettiği çalışma planının, işveren tarafından dikkate alınarak kısmi çalışmanın haftanın belirlenen gün ve saatlerine yaygınlaştırılması her zaman kolay olmayacaktır. Kısmi Süreli Çalışma Yönetmeliği'nin kısmi süreli "*Çalışma zamanının belirlenmesi*"ni düzenleyen 15. maddesi uygulamada sorun teşkil edebilecek niteliktedir. Öğretide, işçinin hangi günlerde ya da saat aralıklarında çalışacağına karar verme hak ve yetkisinin işverene bırakılmasının uygun olmadığı belirtilmiştir⁵¹. İş Kanunu'nun 13. maddesinin 5. fıkrasının temelinde, işçinin çalışma hayatı ve çocuğuna bakım ihtiyacını uyumlu hale getirme, bir başka deyişle işçinin ebeveyn olması nedeniyle ortaya çıkan gereksinimlerinin karşılanması amaçlanmaktadır⁵². Bu nedenle öğretide, çalışılacak zaman aralığının belirlenmesinde işçinin talebinin geçerli olması gerektiği ve aksi halde kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkının işverenin takdirine bırakılmış olacağı ileri sürülmüştür⁵³. İşçinin kısmi süreli çalışmaya geçmesini istemeyen işveren, işçinin koşullarına uymayacak şekilde işçinin kısmi süreli çalışacağı zamanı belirleyerek işçiyi ya bu haktan vazgeçmeye ya da iş sözleşmesini feshetmeye zorlayabilir⁵⁴. Öğretideki bu görüşe katılsak da mevcut kanun hükmü dikkate alındığında; kısmi süreli çalışma zamanının, işçinin çocuğunun bakımını sağlayabileceği saatleri ve işin niteliğini de dikkate alarak işveren tarafından belirleneceği söylenmelidir. Ancak elbette, işverenin keyfi davranmaması ve işçinin talebi ile Yönetmeliğin 15. maddesinde belirtilen kriterleri göz önünde bulundurarak, dürüstlük kuralına uygun bir şekilde kısmi süreli çalışma zamanını belirlemesi gerektiği unutulmamalıdır⁵⁵. Başka bir anlatımla, her ne kadar işveren, işçinin talebi ile birebir bağlı olmasa da tamamen bu talebe uzak bir çalışma zamanı belirleyemeyecektir. Aksi durumda işveren, yönetim hakkını kötüye kullanmış olur⁵⁶. Bu sebeple de öğretide haftanın kaç günü, kaç saat ve hangi zaman aralığı içinde işe geleceğini belirleme yetkisinin işçide olması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁷.

50 Aynı yönde bkz., Ocak (n 8) 69; Taşdemir (n 13) 185.

51 Caniklioğlu, 'Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş' (n 8) 130; Ocak (n 8) 70; Şahin Emir (n 3) 248-249; Sevimli (n 15) 119-120; Doğan (n 12) 197.

52 Caniklioğlu, 'Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş' (n 8) 130; Centel (n 3), 15; Şahin Emir (n 3) 225; Ayakçıoğlu Sislituna (n 8) 62; Doğan (n 12) 197.

53 Caniklioğlu, 'Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş' (n 8) 130-131.

54 Caniklioğlu, 'Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş' (n 8) 130-131; Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 895.

55 Senem Değer Ermumcu, 'Doğum ve Evlat Edinme Sonrası Kısmi Çalışma ve Yarım Çalışma Hakkı-Ödeneği' (2017) 19(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan Cilt I) 1997, 2013; Uğur ve Yiğit, (n 43) 94-95. *Süzek'e* göre, işverenin belirlediği çalışma saatleri, işçinin talebine ve Kısmi Süreli Çalışma Yönetmeliği'nin 15. maddesinde belirtilen kriterlere açıkça aykırı olup kabul edilemeyecek nitelikteyse, işveren işçinin edimini sunmasına karşın hazırlık fiillerini kanuna uygun olarak yerine getirmediği için alacaklı temerrüdüne düşer. Böyle bir durumda, işçi iş sözleşmesinin feshinden ya da alacaklı temerrüdünden doğan haklarını kullanabilir. Bkz., Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 895.

56 Değer Ermumcu (n 55) 2013; Şahin Emir (n 3) 249.

57 Caniklioğlu, 'Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş' (n 8) 130-131; Taşdemir (n 13) 186. Avusturya Hukukunda da mevzuatımızdaki gibi benzer bir düzenleme bulunmaktadır. MSchG § 15h ve VKG (Väter-Karenzgesetz (Baba – Ebeveyn İzni Kanunu)) § 8'e göre işveren ile işçinin kısmi süreli çalışmanın başlangıcı, süresi, kısmi süreli çalışmanın kapsamı ve

Ek olarak ifade etmek gerekir ki yukarıda belirtilen durum ile karşı karşıya kalan işçi, haklı nedenle fesih hakkına sahip olduğu gibi, baskı altında iş sözleşmesini feshettiği iddiasıyla işe iade davası açma hakkına da sahip olacaktır⁵⁸.

Alman hukukunda da Ebeveyn Parası ve Ebeveyn İzni Kanunu'nun § 15/7 hükmünde, ebeveyn izni esnasında çalışma süresinin azaltılmasına diğer bir ifadeyle kısmi süreli çalışmaya geçmeye ilişkin talepte yer alması gereken unsurlara yer verilmiştir. İşçinin talebinde, azaltılarak yapılacak olan çalışmanın günlük ve haftalık çalışma saatleri, bu çalışma süresinin hangi günlerde yapılacağı, çalışma saatlerinin gün içindeki dağılımı yer almalıdır. Özetle, işçi talebinde kısmi çalışmasının başlangıcına, kapsamına, süresine ve dağılımına ilişkin hususları belirtmelidir⁵⁹. İşçi, talebini ve talepte belirtilen süreyi tek taraflı olarak değiştiremez. Ancak tarafların aralarında yapacakları yeni bir anlaşma ile hakkın kullanımı konusunda değişiklik yapmaları mümkündür. Bu durum, işvereni ve işverenin iş organizasyonunu korumaktadır⁶⁰. Hukukumuzda da işçi, kısmi süreli çalışmaya geçtikten sonra talebinde belirttiği süreyi ve çalışma şeklini tek taraflı olarak değiştiremez. Bu tür değişiklikler sadece tarafların anlaşmasıyla mümkündür⁶¹.

4. Kısmi Süreli Çalışma Talebinin İşverence Karşılanması

Kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkının işçinin talebiyle kullanılıyor olması hakkın kullanımının işverenin onayına tabi olduğunu göstermez. Ancak işverenin menfaati ve işyerindeki çalışma düzeninin korunabilmesi amacıyla, işçinin kısmi süreli çalışmaya geçmeden önce bu yöndeki talebini işverene önceden iletmesi gerekir. Böylelikle işveren de iş organizasyonu bakımından gerekli hazırlıkları yapabilecektir⁶². Öğretide de hükmün bu amaçla getirildiği ileri sürülmüştür⁶³.

İşçinin talebine karşı, işverenin olumsuz yanıt vermesi kanun hükmü gereğince mümkün değildir. Zira İş Kanunu'nun 13. maddesinin 5. fıkrasında “... Bu talep işveren tarafından karşılanır ve geçerli fesih nedeni sayılmaz.” normu bulunmaktadır. İlgili Yönetmelik'te de “İşçinin belirtilen tarihte iş edimini sunmaya başlaması kaydıyla kısmi süreli çalışma talebi geçerli fesih nedeni sayılmaz (KSÇY md. 11/4)” denilmektedir. Ayrıca Yönetmelikte usulüne uygun olarak yapılan kısmi süreli çalışma talebinin, bildirim tarihinden itibaren en geç bir ay içinde karşılanacağı ve işçinin talebinin karşılandığına dair

dağıtımı konularında anlaşmaları gerekmektedir.

58 Caniklioğlu, ‘Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş’ (n 8) 130-131; Taşdemir (n 13) 186. Ocak'ın katıldığımız görüşüne göre, işverenin belirlediği çalışma düzeninin yerinde olmadığını düşünen işçi yargı yoluna başvurabilecektir. Bkz. Ocak, (n 8) 70.

59 Buchner und Becker (n 12) 962; BAG 19.04.2005, NZA 2005, 1354; Horst Marburger, Schwangerschaft, Mutterschaft, Elternzeit, RdW Band 232, (3. Aufl, Boorberg, Germany 2017), 87; Tillmanns/ Mutschler – Tillmanns, (n 12) 983; Winfried Boecken und Jacob Joussen, Teilzeit – und Befristungsgesetz Hadnkommentar (5. Aufl, Nomos, Baden-Baden 2018), 559.

60 Buchner und Becker (n 12) 973.

61 Sevimli (n 15)120.

62 Ekonomi (n 6) 51; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 8) 219; Caniklioğlu, Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş (n 8) 126; Ulusoy (n 49) 755; Ocak (n 8) 62; Taşdemir (n 13) 179; Şahin Emir (n 3) 227.

63 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 8) 219; Caniklioğlu, ‘Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş’ (n 8) 126; Şahin Emir, (n 3) 227.

cevabın yazılı⁶⁴ olarak verilmesi gerektiğine yer verilmiştir (KSÇY md. 11/1-2)⁶⁵. Bu düzenlemenin Yönetmelikte değil de Kanunda yer alması çok daha isabetli olacaktır⁶⁶.

Kamu Denetçiliği Kurumu'nun 2003 yılında önüne gelen bir olayda, İstanbul İl Milli Eğitim Müdürlüğü'nde geçici işçi olarak görev yapan bir kişi, 14.11.2022 tarihinde doğum yaptığını ve doğum sonrası iş başı tarihi olan 09.08.2023 tarihi itibarıyla hafta içi 08:00-12:30 saatleri arasında kısmi süreli çalışmak istediğini müdürlüğe bildiriyor. Müdürlük tarafından talepte bulunana, Milli Eğitim Bakanlığı'nın Bilgi İşlem Genel Müdürlüğü'ne MEBBİS modülünde kısmi süreli çalışma sekmesinin açılması konusunda talepte bulunulduğu, gerekli süreç yönetimi ve altyapı çalışmalarının devam ettiği, süreç yönetimi ve altyapı çalışmaları tamamlandığında başvuranın talebinin değerlendirileceği yönünde cevap verilmiştir. Kamu Denetçiliği Kurumu, Kanun ve Yönetmelikte belirtilen kısmi süreli çalışma talebinin usulüne uygun olarak yapıldığı tarihten itibaren en geç bir ay içinde işveren tarafından karşılanacağı ve işverenin işçiye, talebin karşılandığını yazılı olarak bildireceği kuralını dikkate alarak, usulüne uygun bir şekilde kısmi süreli çalışma talebinden bulunan başvuranın bu talebinin ivedilikle karşılanması yönünde Milli Eğitim Bakanlığı'na tavsiyede bulunulması gerektiğini belirterek işçinin başvurusu kabul etmiştir⁶⁷.

Yönetmelikte işverenin işçinin talep dilekçesine süresi içinde cevap vermemesi hâlinde, işçinin talebinin, dilekçesinde belirtilen tarihte veya bu tarihi takip eden ilk iş gününde geçerlilik kazanacağı ve işçinin belirtilen tarihte iş edimini sunmaya başlaması kaydıyla kısmi süreli çalışma talebinin geçerli fesih nedeni olarak kabul edilmeyeceği düzenlenmiştir (KSÇY md. 11/3-4)⁶⁸. Bu düzenlemeler göstermektedir ki; işverenin, işçinin kısmi süreli çalışmaya geçmesine ilişkin talebini değerlendirme konusunda kural olarak takdir hakkı bulunmamaktadır⁶⁹. Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere işçinin talebinde yer alan çalışma şeklinin belirlenmesi noktasında belirli sınırlamalar dahilinde işverene takdir hakkı tanınmıştır (KSÇY md. 15/1). Bu kapsamda ayrıca belirtmek gerekir ki, her ne kadar Kanunda işveren tarafından işçinin kısmi süreli çalışmaya geçmeye yönelik talebinin karşılanacağına

64 *Sevimli'*ye göre, işçinin talebinin karşılandığının işveren tarafından yazılı olarak bildirilmesinin kısmi süreli çalışmanın başlama tarihi ve haftalık çalışma süresinin dağılımı bakımından sözleşmelerin kurulmasındaki icap ve kabule benzer bir etki meydana getirecektir. Bkz. Sevimli (n 15) 118.

65 Mevzuatımızda işveren tarafından işçiye yapılacak olan bildirimin yazılı yapılmasına yer verilmiş olması tıpkı işçinin kısmi süreli çalışmaya geçiş talebinde olduğu gibi geçerlilik değil, ispat koşulu olarak değerlendirilmelidir. Bkz., Şahin Emir (n 3) 235.

66 Aynı yönde görüş için bkz., Taşdemir (n 13) 180.

67 KDK (Ombdusmanlık), Başvuru No: 2023/8879 29.9.2023.

68 Alman hukukunda ebeveyn izni esnasında işçinin feshe karşı korunması için BEEG'de ayrı bir düzenlemeye yer verilmiştir. BEEG § 18'de, ebeveyn izni kullanan veya ebeveyn izni süresince kısmi süreli çalışan işçiler için fesih yasağı öngörülmektedir. Fesih yasağı ebeveyn izninin başlangıcından 8 hafta öncesinde başlamakta ve ebeveyn izni süresince devam etmektedir. Bu yasağa rağmen yapılan bir fesih BGB §134 gereğince geçersizdir. BEEG § 18'de, işveren tarafından yapılan her türlü feshe (geçerli nedenle fesih-haklı nedenle fesih) yasak getirilmektedir. Feshin tebliğinden itibaren işçi üç hafta içerisinde, genel hükümler uyarınca, iş mahkemesine başvurabilir. İşveren sadece özel ve istisnai durumlarda yetkili Kuruma (Bundesrat) başvurup fesih konusunda Kurumun iznini alırsa iş sözleşmesini feshedebilir. Bkz., HK-MuSchG/Friedbert Rancke BEEG § 18 (n 12) rn. 4-18; ErfK/Gallner (n 12) BEEG § 18 rn. 1-15.

69 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 8) 220-221; Caniklioğlu, 'Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş' (n 8) 129; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan (n 6) 91; Ocak, (n 8) 72, 93; Değer Ermumcu (n 55) 2007; Ulusoy (n 49) 756; Uğur ve Yiğit (n 43) 94; Taşdemir (n 13) 184.

yer verilmişse de mevzuatımızda bazı durumlarda işçinin talebinin işveren tarafından reddedilmesi mümkün kılınmıştır. İş Kanunu'nun 13. maddesinin 6. fıkrasında yer alan “Beşinci fıkra kapsamında hangi sektör veya işlerde kısmi çalışma yapılabilceği ile uygulamaya ilişkin usul ve esaslar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir” hükmü ile kısmi süreli çalışma talebinin yapılabilceği sektörlerin ve işlerin sınırlandırılabilceği belirtilmiştir. Kısmi Süreli Çalışma Yönetmeliği'nin 12. maddesinin 1. fıkrasında, bazı işlerde işverenin onayı alındıktan sonra kısmi süreli çalışma yapılabilceği hüküm altına alınmıştır⁷⁰. Aynı maddenin 2. fıkrasında, 1. fıkrada sayılmayan işlerde, işverenin uygun bulma şartı aranmaksızın kısmi süreli çalışma yapılabilir denilmektedir.

Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, işçinin kısmi süreli çalışmaya geçme talebinin kabulü hususunda işverenin kural olarak takdir hakkı bulunmamaktadır. Bu talep nedeniyle işçinin iş sözleşmesi işveren tarafından sona erdirilemez. Alman Hukuku'nda da belirli haller dışında işçinin ebeveyn izni esnasında kısmi süreli çalışma hakkını kullanabilmesi için işverenin onayı aranmamaktadır⁷¹.

Mevzuatımızda her ne kadar işçinin talebinin olumlu bir şekilde cevaplandırıldığının yazılı olarak işçiye bildirilmesi gerektiği belirtilmişse de işçinin talebine karşı bazı durumlarda işveren herhangi bir cevap vermeyebilir, sözlü olarak olumlu ya da her ne kadar kanun hükmü buna cevaz vermese de sözlü ve yazılı olarak olumsuz cevap verebilir⁷² ya da işçinin talebinde değişiklik yapabilir.

Yönetmelikte, “İşveren tarafından süresi içinde işçinin talep dilekçesine cevap verilmemesi hâlinde, talep işçinin dilekçesinde belirtilen tarihte veya bu tarihi takip eden ilk iş gününde geçerlilik kazanır (KSÇY md. 11/3).” hükmü yer almaktadır. Bu düzenleme dikkate alındığında, işçi talebinde kısmi süreli çalışmaya başlayacağı tarihi, talep tarihinden iki ay sonrası olarak belirtmiş olsa dahi, işverenin başvurudan itibaren bir ay içinde işçiye cevap vermesi gerektiği, işverenin cevap vermemiş olması durumunda bile işçinin talebinde belirttiği tarihte kısmi süreli çalışmaya başlayacağı ifade edilmelidir⁷³. Dolayısıyla işverenin yazılı olarak işçinin kısmi süreli çalışma talebine olumlu cevap

70 KSÇY md. 12 “(1) Kısmi süreli çalışma;

a) Özel sağlık kuruluşlarında ilgili mevzuat uyarınca mesul müdür, sorumlu hekim, laboratuvar sorumlusu ve sağlık hizmetinden sayılan işlerde tam zamanlı çalışması öngörülenler tarafından yerine getirilen işlerde,

b) Nitelikleri dolayısıyla sürekli çalıştıkları için durmaksızın birbiri ardına postalar hâlinde işçi çalıştırılarak yürütülen sanayiden sayılan işlerde,

c) Nitelikleri dolayısıyla bir yıldan az süren mevsimlik, kampanya veya taahhüt işlerinde,

ç) İş süresinin haftanın çalışma günlerine bölünmesi suretiyle yürütülmesine nitelikleri bakımından uygun olmayan işlerde, işverenin uygun bulması hâlinde yapılabilir.

(2) Birinci fıkrada sayılmayan işlerde işverenin uygun bulma şartı aranmaksızın kısmi süreli çalışma yapılabilir.”

71 Rambach (n 12) 77.

72 Ocak (n 8) 73; Ulusoy, (n 49) 756; Uğur ve Yiğit (n 43) 94; Şahin Emir (n 3) 235.

73 Ocak (n 8) 66; Şahin Emir (n 3) 235; Ankara BAM 5 HD, E. 2020/874 K. 2020/1367, 17.06.2020, Eda Manav ve Canan Erdoğan, ‘Türk Hukukunda Kadın Çalışanların Analığının Korunması’ (2021) (45) Sicil İş Hukuku Dergisi 117, “... Somut uyuşmazlıkta davacı kısmi süreli çalışma talebini içerir dilekçesini 15.05.2019 tarihinde işverene vermiştir. Bu dilekçede, 19.06.2019 tarihinden itibaren Çarşamba ve Perşembe günleri çalışacağını belirtmiştir. Yine 10.06.2019 tarihli dilekçesinde de talebinin kabul edilmemesi halinde Çarşamba Perşembe günleri çalışacağını belirtmiştir. Davalı işverence bir aylık sürenin dolduğu 16.06.2019 tarihine kadar cevap verilmemesi üzerine işçi talep dilekçesinde belirttiği 19.06.2019 tarihinde ve Çarşamba günü edimini kısmi süreli olarak sunmaya başlamış olması karşısında işverence yapılan fesih geçersizdir.”

vermesi ile cevap vermemesi arasında herhangi bir sonuç farklılığı bulunmamaktadır⁷⁴. Kural olarak işveren, işçi tarafından usulüne uygun bir şekilde yapılan kısmi süreli çalışma talebini reddetse bile işçi kısmi süreli çalışmaya geçebilecektir⁷⁵.

Yönetmelikte, kısmi süreli çalışmaya geçiş talebinin işveren tarafından karşılandığının yazılı olarak bildirilmesi gerektiği belirtilmektedir; ancak usule uygun yapılmayan talebe ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce, talebin usulüne uygun olmadığı durumlarda işverenin, dürüstlük kuralı gereği bu durumu işçiye bildirmesi gerekir. Zira işçi, işveren tarafından kendisine cevap verilmezse, talebinin usulüne uygun olduğunu ve talep tarihinden itibaren bir ay içinde kısmi süreli çalışmaya başlayacağını düşünebilir⁷⁶.

B. ÇALIŞMA SÜRELERİNİN DÜZENLENMESİNDE İŞVERENİN YÖNETİM HAKKI VE SINIRLARI

1. Genel Olarak Yönetim Hakkı

Hukukumuzda işveren ve işçi arasındaki iş ilişkisinin özelliğinden doğan ve iş kanunlarının, toplu iş sözleşmelerinin ve iş sözleşmelerinin nitelikleri gereği iş ilişkisi içinde meydana gelebilecek her çeşit soruna çözüm getirebilmelerinin imkânsızlığı sebebiyle işverene yönetim hakkı tanınmıştır⁷⁷. Bu bağlamda, işverenin yönetim hakkının iş sözleşmesinden kaynaklandığı söylenmelidir⁷⁸. Yönetim hakkı ile işveren, işçinin çalışma koşullarını ve çalışma saatlerini belirleme, çalışmalarını düzenleme ve denetleme ⁷⁹ yetkisi elde eder⁸⁰. Yargıtay, günlük çalışma süresinin başlangıç ve bitiş saatlerinin⁸¹, yıllık iznin⁸² ya da işçiye yapılan yemek ve servis gibi aynı yardımların kaldırılıp yerine

74 Şahin Emir (n 3) 235.

75 Ocak (n 8) 73; Ulusoy (n 49) 756; Şahin Emir (n 3) 235.

76 Ocak (n 8) 61; Şahin Emir (n 3) 236.

77 Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 88; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 8) 274; Pınar Zeybekoğlu, *İşverenin Yönetim Hakkı Kapsamında İtiraz Edilebilir İş Kavramı* (Legal 2018) 75.

78 Savaş Taşkent, *İşverenin Yönetim Hakkı* (Met-Er 1981) 36; Sarper Süzek, *İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları* TÜHİS 1998 (Prof. Dr. Metin Kutsal'a Armağan) 225, 226; Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 86; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 8) 273; Murat, Engin, *İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi* (Beta 2003) 7; Gaye Baycık, *İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar* (Yetkin 2011) 182; Makbule Erdemir Aymelek, *İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırlar* (Seçkin 2015) 48; Berna Öztürk, *İşçinin Talimatlara Uyuma Borcu* (On İki Levha 2021) 45, 55, Nihat Seyhun Alp, *İş Hukukunda Nakil Kaydı Özelliği de Taşıyan İşyeri Değişikliği Disiplin Cezası ve Genel İşlem Koşulları Bakımından Değerlendirilmesi* (2022) 12(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1101, 1105; Hromadka und Maschmann (n 12) 203.

79 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 2006/613 K 2006/644, 11.10.2006, <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 15.04.2024.

80 Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 86; Taşkent (n 78) 13; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 8) 275; Mustafa Alp, *İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi* (Seçkin 2005) 107; Ali Güzel, *İş Hukukunda "Yetki" ve "Özgürlük"* (2016) 15(1)(Özel Sayı) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan Cilt I) 93, 98; Sevgi Dursun Ateş, *İşverenin Yönetim Hakkı* (Seçkin 2019) 115-132.

81 Yargıtay 9 HD, E 2017/27765 K 2018/15409, 10.09.2018; Yargıtay 7 HD, E 2014/20999 K 2015/4184, 11.03.2015 <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 15.04.2024.

82 Yargıtay 22 HD, E 2018/9774 K 2018/16820, 04.07.2018 <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 15.04.2024.

nakdî ödeme yapılmasının veya tam tersi nakdî servis ve yemek ücretinin kaldırılıp ikame olarak işyerinde yemek ya da taşıma veya yemek kartı verilmesinin⁸³ işverenin yönetim hakkı kapsamında olduğu yönünde hükümler kurmuştur.

İşverenin yönetim hakkı hiyerarşik açıdan kanun hükümlerinden, toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi hükümlerinden, işyeri iç yönetmeliğinden ve işyeri uygulamalarından sonra gelmektedir⁸⁴. Bununla birlikte bu hakkın, iş ilişkisinin düzenlenmesinde etkisi azımsanmayacak ölçüdedir. Uygulamada en çok kullanılan kaynak niteliği taşıdığından işverenin yönetim hakkı büyük öneme sahiptir⁸⁵. İş sözleşmesinde iş ilişkisinin bütün unsurlarının düzenlenmesi imkânsız olduğundan yönetim hakkı ile işveren, iş sözleşmesinde düzenlenmemiş olan konularda işçinin iş görme borcunu somutlaştırma ve işçinin işyerindeki davranışlarını düzenleyebilme imkânı elde etmiştir⁸⁶. Bu bağlamda işverenin yönetim hakkını, işçinin iş görme borcu üzerinde kullandığı belirtilmelidir.

Türk Borçlar Kanunu'nun⁸⁷ 399. maddesinde işverenin yönetim hakkına ilişkin düzenleme yer almaktadır. Bu hükme göre *"İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimatlar verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar."* Benzer bir norm Alman hukukunda Gewerbeordnung (İşletme Düzeni Kanun (GewO)) § 106'da bulunmaktadır. Hükümde *"Çalışma koşulları; iş sözleşmesi, işletme sözleşmesi, yürürlükteki toplu iş sözleşmesi veya yasal hükümler ile belirlenmediği takdirde işveren, iş görme borcunun içeriğini, yer ve zamanını hakkaniyete uygun şekilde belirleyebilir."* denilmektedir. Ayrıca hükümde işverenin, işçilere talimat verirken işçilerin her türlü engellilik durumlarını da göz önünde bulundurması gerektiğine yer verilmiştir (GewO § 106/3)⁸⁸. Alman Federal İş Mahkemesi bir kararında, işçinin iş görme borcunun hakkaniyete uygun takdir yetkisine göre belirlenmesinde tarafların karşılıklı menfaatlerinin, temel haklara ve yasalardaki genel ilkelere,

83 Yargıtay 9 HD, E 2017/19890 K 2018//1228, 25.01.2018 <www.legalbank.net> Erişim Tarihi 15.04.2024.

84 Kadir Arıcı, 'İşverenin Yönetim Hakkının Muhtevası' (1983) 9(1-2) Yargıtay Dergisi 160, 162; Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 88; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 8) 275; M. Fatih Uşan, 'İşyeri Uygulaması-İşverenin Yönetim Hakkı – İşçinin İşyerinin Değiştirilmesi – Hizmet Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi – Bildirimli Fesih – İhbar ve Kıdem Tazminatı' (1999) 7(1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 391, 396; Kadriye Pınar Durmaz, *İş Hukukunda Çalışma Koşullarındaki Değişiklikler* (Seçkin 2021) 61; Ercan Uzun, "Genel İş Koşulu Olarak Sunulan İşyeri Değişikliği Kayıtları Üzerine Bir Değerlendirme" (2023) 18(197) Terazi Hukuk Dergisi 139.

85 Ali Güzel, 'İş Hukukunda Yetki ve Sözleşme' (2016) Özel Sayı, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, (Prof. Dr. Fevzi Demir'e Armağan) 151, 167; Güzel, 'Yetki ve Özgürlük' (n 80) 99; Dursun Ateş (n 80) 33; Aysen Altıntepe, *Türk İş Hukukunda İşverenin Yönetim Hakkı* (Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi 2014) 3; Ertuğrul Yuvalı ve Tuğçe Yaba, 'İşverenin Yönetim Hakkının ve İşçinin Talimatlara Uyma Borcunun Bir Sınırı Olarak Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik' (2022) (2) Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Fatih Uşan'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı) 1685, 1689.

86 Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 87; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 8) 275; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan (n 6) 131; Gülsevil Alpagut, 'İş Kanunu'nun 22. Maddesinin Uygulama Alanı – Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararları' (2006) 3(9) Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 49, 51; Gönül Balkır, 'İşverenin Yönetim Hakkının Kullanılması ve Etik Sınırlar' (2008) (12) Sicil İş Hukuku Dergisi 73, 73; Gaye Burcu Yıldız, *İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar* (Yetkin 2014) 82; Durmaz (n 84) 60; Altıntepe (n 85) 92; Öztürk (n 78) 31, 40, 45, 46; Alp NS (n 78) 1105; Hromadka und Maschmann (n 12) 51.

87 Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

88 Johann Christian Pielow (Hrsg), *BeckOK GewO* (C.H.Beck 2024) BeckOK GewO/Hoffmann GewO § 106 rn. 86; ErfK/Preis (n 12) GewO § 106 rn. 34

orantılılık, ölçülülük ve örf ve âdet ile belirlenebilir olup olmaması ilkelerine göre değerlendirilmesi ve bunun da her somut olayın şartlarının göz önünde bulundurularak menfaatlerin karşılaştırılmasıyla yapılması gerektiğine yer vermiştir⁸⁹. Yönetim hakkının uygulanmasının hakkaniyete uygun olup olmadığı, BGB § 315/3 uyarınca yargı denetime tabidir⁹⁰. Mahkeme, esaslı koşulların ve tarafların çıkarlarının değerlendirilmesiyle hakkaniyete uygunluğu belirleyecektir⁹¹. Örneğin, işveren işçinin çalışma saatlerini belirlerken kendi çıkarları ve işletmesinin ihtiyaçlarının yanı sıra işçinin çıkarlarını ve ihtiyaçlarını da göz önünde bulundurmalıdır. İşçinin aynı zamanda bir başka işveren yanında çalışması ya da ailevi görevleri gibi hususların varlığı çalışma saatlerinin belirlenmesinde dikkate alınmalıdır⁹².

Alman Federal İş Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir kararında, bir bakım evinde hemşire olarak çalışan davacı işçinin imzaladığı iş sözleşmesinde, gerekli görülmesi halinde gece çalışması ve vardiyalı çalışma yapabileceği hükmü yer almaktadır. Sözleşmede yer alan hükme rağmen davacı işçi, yaşadığı sağlık sorunlarının gece çalışmasına izin vermediğini belirterek işverenin gece çalışması yapmasına yönelik talebini yerine getirmekten kaçınmıştır. Yüksek Mahkeme, GewO § 106/3'de yer alan hükmü de dikkate alarak işverenin, talimat verme hakkını hakkaniyete uygun takdir yetkisine göre kullanmak zorunda olduğu ve bu bağlamda işçinin sağlık durumunu gözetmesi gerektiği yönünde hüküm kurmuştur⁹³.

2. İşverenin Genişletilmiş Yönetim Hakkı

İşverenin esasen yönetim hakkı kapsamına girmeyen bir konuda, kanun ya da sözleşme ile özel olarak yetkili kılınması durumunda genişletilmiş yönetim hakkının varlığından söz edilebilir⁹⁴. Öğretide genişletilmiş yönetim hakkı, işletmesel karar alma özgürlüğü olarak da dile getirilmiştir⁹⁵. Öğretide, genişletilmiş yönetim hakkına sahip olan işverenin, İş Kanunu'nun 22. maddesi dikkate alınmaksızın işçinin çalıştığı yeri, işin türünü ve niteliğini; başka bir anlatımla çalışma koşullarında

89 BAG, 13.04.2010 – 9 AZR 36/09, AP No.45 zu § 307 BGB, Preis, Weisungsrecht, 11; Ayrıca bkz. BAG, 09.04.2014 – 10 AZR 637/13, NZA 2014, 719 <www.beck-online.beck.de> Erişim Tarihi 14.05.2024.

90 BAG vom 17.08.2011, NJW 2012, 331-332; Gangolf Kern, Das Direktionsrecht des Arbeitgebers im Deutschen und Türkischen Recht, Eine Inhalts- und Ausübungskontrolle (Berliner Wissenschafts 2014), 15, dn. 55.

91 Thomas Lakies, 'Das Weisungsrecht des Arbeitsgebers (§ 106 GewO)-Inhalt und Grenzen' BB, 2003, Heft 7, 364, 365; Kern (n 90) 103, 105.

92 Kern (n 90) 104.

93 BAG, 09.04.2014 – 10 AZR 673/13 <www.beck-online.beck.de> Erişim Tarihi 14.05.2024.

94 Taşkent (n 78) 19; Arıcı, 'Yönetim Hakkı' (n 84) 99; Sarper Süzek, 'Değişiklik Feshi' (2006) (1) TİSK Akademi (Değişiklik Feshi) 6, 15; Alp, (n 80) 150; Alpagut (n 86) 60; Murat Engin, 'Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Yeni İş Kanunu Tasarısı' (2003) 61(1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 313, 317; Levent Akın, 'İşçinin Çalışma Şartları Esaslı Değişiklik ve Fesih Hakkı' (2013) 27(2) Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası Dergisi 38, 41; Binnur Tulukcu, 'Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik' Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan I. Cilt (Beta 2011) 1099, 1127; Baycık (n 78) 191; Yıldız (n 86) 82; Durmaz (n 84) 77; Kaptan Merter Adınır, *İşverenin Yönetim Hakkı* (On İki Levha 2019) 69; Altuntepe (n 85) 22; Zeybekoğlu (n 77) 92, 100; Dursun Ateş (n 80) 272 vd.; Yargıtay 9 HD, E 2020/8678 K 2021/7172, 30.03.2021 <https://www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 17.04.2024.

95 Engin, *İşletme Gereklere* (n 78) 63; Erdemir Aymelek (n 78) 50-52; Durmaz (n 84) 77. *Güzel'e* göre, işletmesel karar alma özgürlüğü geniş anlamda yönetim hakkının bir uzantısıdır. Güzel, 'Yetki ve Sözleşme' (n 85) 165; Güzel, 'Yetki ve Özgürlük' (n 80) 98.

esaslı değişiklik yapılabileceği ileri sürülmüştür⁹⁶. Yargıtay da bir kararında, genişletilmiş yönetim hakkının varlığı durumunda işverenin bu hakkı kötüye kullanmamak ve iş sözleşmesindeki sınırlara uymak şartıyla işçinin çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkını sürekli kazanmış olduğunu belirtmiştir⁹⁷. Yönetim hakkı, işçinin iş görme edimini somutlaştırmaya yönelik yetkisini ifade ederken; genişletilmiş yönetim hakkı, sözleşme içeriğini değiştirmeye imkân sağlayan daha kapsamlı yetkiler sunar⁹⁸. Şüphesiz ki her hak gibi, işveren genişletilmiş yönetim hakkını da dürüstlük kuralına uygun kullanılmalıdır⁹⁹. Ayrıca söz konusu hakkın varlığında bile işveren, objektif esaslara bağlı olarak hareket etmelidir¹⁰⁰. Zira bu durum, işçiye koruma ve gözetme borcunun bir gereğidir¹⁰¹.

3. Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapılması Halinde İşverenin Yönetim Hakkının Sınırı

Çalışma koşulları, iş ilişkisinden kaynaklanan ve işin yürütümüne ilişkin tüm hak ve borçlar olarak ifade edilebilir¹⁰². Hukukumuzda işçinin çalışma koşulları, mevzuat hükümlerinin yanı sıra toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi, iş sözleşmesinin eki niteliğinde olan işyeri iç yönetmeliği, işyeri uygulamaları ve işverenin yönetim hakkı kapsamında verdiği talimatlar ile belirlenmektedir¹⁰³.

Çalışma koşullarındaki değişiklik, işverenin yönetim hakkı ile doğrudan ilgilidir¹⁰⁴. İşverenin yönetim hakkı kapsamında işin yürütümünü sağlamak amacıyla bazen çalışma koşullarında değişiklik yapması gerekebilir. İşveren, yönetim hakkına dayanarak kural olarak iş sözleşmesinin koşullarında esaslı bir değişiklik yapamaz. İşverence yapılmak istenen değişiklik, esaslı değişiklik niteliğinde ise İş Kanunu'nun 22. maddesi gereğince işveren, işçinin onayını almalıdır. İşverenin

96 Alp, (n 80) 264; Alpagut (n 86) 61; Tulukcu (n 94) 1129 vd.; Zeybekoğlu (n 77) 80-81.

97 Yargıtay 9 HD, E 2019/6426 K 2019/16155, 18.09.2019 <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 17.04.2024.

98 Taşkent (n 78) 83; Alp (n 80) 251; Baycık (n 78) 192; Yıldız (n 86) 83.

99 Alpagut (n 86) 61; M. Fatih Uşan, '4857 Sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları' (2007) 9 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan) 211, 246; Akın (n 94) 41; Durmaz (n 84) 90; Ankara Bölge Adliye Mahkemesi'nin 8. Hukuk Dairesi bir kararında, iş sözleşmesinde çalışma koşullarının değiştirilmesine ilişkin kayıtların, işverene keyfi değişiklik yapma hakkı vermediği belirtilmiş, sözleşmede bu yönde bir hüküm olmasına rağmen değişikliğin gerçek bir ihtiyaç nedeniyle yapıldığının ve işçi açısından en az olumsuzluk doğuran değişikliğin yapıldığının işveren tarafından ortaya konulması gerektiği vurgulanmıştır. Bkz., Ankara BAM 8 HD, 3786/843, 28.03.2019, Şahin Çil, *İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2019-2021 Yılları)* (Tıpkı 9. Baskı Yetkin 2022) 481.

100 Alpagut (n 86) 61; Engin, 'Esaslı Değişiklik' (n 94) 317; Akın (n 94) 41; Zeybekoğlu (n 77) 81.

101 Sözek, 'Yönetim Hakkı' (n 78) 231; Engin, 'Esaslı Değişiklik' (n 94) 317; Zeybekoğlu (n 77) 81.

102 Sözek, *İş Hukuku* (n 3) 674; Taşkent (n 78) 12; Alp (n 80) 101; Akın (n 94) 40; Ali Güzel ve Deniz Ugan Çatalkaya, 'İş Sözleşmesinin Uygulanmasında ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine' (2014) 20(1)(Özel Sayı) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan) 17, 52; Engin, 'Esaslı Değişiklik' (n 94) 314; Tulukcu, (n 94) 1101; Emine Tuncay Senyen Kaplan, 'Çalışma Koşullarında Değişiklik' 2022 (158) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 341, 346; Yıldız (n 86) 77; Erdemir Aymelek (n 78) 108; İlke Gürsel, 'Çalışma Koşullarında Tek Taraflı Esaslı Değişikliğin Yargı Kararı ile Tespiti ve Bunun Hukuki Sonuçları' iç Tankut Centel (ed), Genç Yaklaşımlar III (On İki Levha 2018) 175, 177; Dursun Ateş (n 80) 220; İzmir BAM 9 HD, 1308/1123, 10.11.2020; Yargıtay 9 HD, E 2016/13851 K 2016/11020 <www.legalbank.net> Erişim Tarihi 18.04.2024.

103 Sözek, *İş Hukuku* (n 3) 674; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 8) 615; Kadir Arıcı, *Türk İş Hukuku – I – Ferdi İş İlişkileri Hukuku* (Gazi 2022) 167-168.

104 Yargıtay 9 HD, E 2005/177 K 2005/35140, 28.09.2005 <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 18.04.2024.

yönetim hakkı kapsamında yapabileceği değişiklik ile esaslı değişiklik arasındaki sınırı belirlemek önemlidir. Öğretideki baskın görüşe göre işveren, yönetim hakkı kapsamında ancak esaslı olmayan değişiklikleri tek taraflı olarak yapabilir¹⁰⁵.

Kanunda esaslı ve esaslı olmayan değişiklik açıkça tanımlanmamıştır. Değişikliğin esaslı olup olmadığı her somut olaya göre, o olaydaki işçinin subjektif durumu da dikkate alınarak değerlendirilmelidir¹⁰⁶. Yargıtay uygulamaları göz önünde bulundurulduğunda işçinin durumunu ağırlaştıran ve yerine ikame bir değer konulmayan, bu sebeple dürüstlük kuralı gereği işçiden kabul etmesi beklenemeyen değişikliklerin esaslı değişiklik olarak kabul edildiği söylenebilir¹⁰⁷.

Çalışmamız bakımından önemli olan husus, çalışma sürelerinde meydana gelen değişiklikler olduğundan esaslı değişiklik olarak değerlendirilebilecek diğer haller¹⁰⁸ çalışmada yer verilmemiştir. Çalışma süresinin değiştirilmesi, günlük çalışma süresinin uzatılması ya da kısaltılması şeklinde olabileceği gibi, işin başlangıç ve bitiş saatlerinin değiştirilmesi şeklinde de olabilir¹⁰⁹. Çalışma sürelerine ilişkin bu tür değişiklikler, ücret ile yakından ilgili olması sebebiyle esaslı değişiklik olarak kabul edilebilir¹¹⁰. İşverenin esaslı değişiklik teşkil edecek şekilde çalışma süresini tek taraflı değiştirmesi yönetim hakkı kapsamında değildir¹¹¹. Zira çalışma süresinin değişmesi, işçinin ücretini etkileyebilir. Kanımızca bu değişiklik, işçinin ücreti üzerinde olumsuz bir etki yaratmasa bile işçinin özel alanında¹¹² ya da çalışma koşullarında olumsuz ve ağır sonuçlar meydana getirebilir¹¹³. Dolayısıyla, böyle bir durumda işverenin yapmış olduğu değişiklik, esaslı değişiklik niteliği taşıyacaktır¹¹⁴.

105 Arıcı, 'Yönetim Hakkı' (n 84) 169; Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 675; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 8) 616; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan (n 6) 225; Alpagut (n 86) 51, 55-56; Güzel, 'Yetki ve Sözleşme' (n 85) 166; Güzel, 'Yetki ve Özgürlük' (n 80) 99; Senyen Kaplan (n 103) 349; Uşan, 'İşverenin Yönetim Hakkı' (n 84) 394-395; Ufuk Aydın, 'Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler ve Değişiklik Feshi' (2011) (23) *Sicil İş Hukuku* 22, 24; Uşan, 'Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik' (n 99) 218; Tulukcu (n 94) 1111; Ekmekçi ve Yiğit (n 13) 99; Mehtap Yücel Bodur, 'İşverenin İşletmesel Karar Alma Özgürlüğü' (2015) 1 (2) *İş ve Hayat Dergisi* 137, 146; Erdemir Aymelek (n 78) 109; Durmaz (n 84) 83; Adınır (n 94) 69; Zeybekoğlu (n 77) 76; Dursun Ateş (n 80) 239; Öztürk, (n 78) 45-46; Aynı yönde yargı kararları için bkz., Yargıtay 9 HD, E 2021/961 K 2021/5954, 11.03.2021; Yargıtay 9 HD, E 2016/4732 K 2017/15290, 10.10.2017; Yargıtay 22 HD, E 2017/46640 K 2018//3123, 13.02.2018; Yargıtay 22 HD, E 2017/44881 K 2017/30220, 20.12.2017 <<https://lib.kazanci.com.tr/yargitay>> Erişim Tarihi 15.05.2024.

106 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 8) 616; Engin, 'Esaslı Değişiklik' (n 94) 318; Uşan, 'İşverenin Yönetim Hakkı' (n 84) 398; Uşan, 'Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik' (n 99) 220; Aydın (n 105) 24-25;

107 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Aydın (n 105) 24-25; Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 676; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 8) 617.

108 Bu konuda geniş bilgi için bkz., Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 677-680; Uşan, 'Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik' (n 99) 225-242; Durmaz (n 84) 108-156.

109 Yıldız (n 86) 102; Durmaz (n 84) 128.

110 Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 680; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 8) 617.

111 Taşkent (n 78) 68; Alp (n 80) 194; Arıcı, 'Yönetim Hakkı' (n 84) 169; Yıldız (n 86) 102-103; Dursun Ateş (n 80) 239.

112 Engin'e göre, çalışma saatlerindeki değişiklik bekar bir işçi bakımından esaslı değişiklik niteliği taşımazken, evli bir işçi bakımından esaslı değişiklik olarak kabul edilebilir. Bkz., Engin, 'Esaslı Değişiklik' (n 94) 318. Kanaatimizce aynı durum çocuk sahibi olan işçi bakımından da geçerlidir. *Senyen Kaplan'a* göre, çalışma sürelerinde değişiklik yapan işveren, işçinin aile durumunu, bekar, evli, çocuklu olmasını da dikkate almalıdır. Bkz., Senyen Kaplan (n 102) 364.

113 Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 680; Dursun Ateş (n 80) 266; Gürsel, 'Çalışma Koşulları' (n 102) 191; Yargıtay 22 HD E 2012/26182 K 2013/19137, 17.09.2013 <<https://lib.kazanci.com.tr/yargitay>> Erişim Tarihi 15.05.2024.

114 Aynı yönde görüş için bkz., Dursun Ateş (n 80) 266.

İş Kanunu'nda çalışma sürelerine ilişkin emredici hükümler bulunmaktadır. Kanundaki bu sınırlamalar dikkate alınmak suretiyle bireysel ve toplu iş sözleşmeleri ile işçinin iş görme borcunun ifasını hangi sürele uyarak yani ne zaman yerine getireceği (çalışma süresinin konumu)¹¹⁵ kararlaştırılabilir. Zira İş Kanunu'nun 67. maddesinde “*Günlük çalışmanın başlama ve bitiş saatleri ile dinlenme saatleri işyerlerinde işçilere duyurulur. İşin niteliğine göre işin başlama ve bitiş saatleri işçiler için farklı şekilde düzenlenebilir.*” denilmektedir. İşçinin çalışma zamanı sözleşmelerle açıkça kararlaştırılmamışsa, işveren yönetim hakkı kapsamında işyerindeki çalışma saatlerinin hangi zaman aralığında olacağını belirleyebilir¹¹⁶. Bu hususta yönetim hakkını kullanan işveren, dürüstlük kuralına uygun davranmalı ve keyfi hareket etmemelidir¹¹⁷. Zira dürüstlük kuralı, özellikle işverenin takdirine bağlı olan belirsiz konularda işverenin keyfi hareket etmesine engel olmaktadır. Yargıtay da işverenin yönetim hakkının dürüstlük kuralı çerçevesinde keyfilik denetimine tabi tutulması gerektiğini kabul etmektedir¹¹⁸. Alman hukukunda da GewO § 106'da işverenin, sözleşme veya kanun hükmüyle düzenlenmemiş olması durumunda, hakkaniyete uygun olmak şartıyla işçinin çalışma süresini belirleyebileceğine yer verilmiştir¹¹⁹.

Çalışma sürelerindeki sınırlamalar işçinin şahsına ilişkin olması nedeniyle işyerinde çalışan tüm işçiler için aynı çalışma süresinin uygulanması gerekmez. İşçilerin işe başlama ve işten ayrılma zamanları da aynı olmak zorunda değildir¹²⁰. İşçinin ücretini etkilemese de çalışma saatinde yapılacak bir değişiklik, işçinin yaşamında zorluklar meydana getirip çalışma koşullarını ağırlaştırıyorsa esaslı bir değişiklik olarak kabul edilmelidir¹²¹.

İşçinin çalışma süresinde değişiklik, günlük çalışma süresinin uzatılması ya da kısaltılması şeklinde olabileceği gibi çalışma süresi değiştirilmeyerek işin başlangıç ve bitiş saatlerinin değiştirilmesi şeklinde de olabilir. Çalışma saatleri, trafikte geçirecek süreler, toplu taşıma araçlarının sıklığı veya yoğunluğu, ebeveyn işçilerin çocukları ile geçireceği süreler ve benzeri konular işçiler açısından büyük önem taşımaktadır¹²². İşverenin yönetim hakkına dayanarak işçinin çalışma saatlerini; bir başka anlatımla işin başlangıç ve bitiş zamanını tayin edebileceği öğretisi ve Yargıtay tarafından da kabul edilmektedir¹²³. Ancak işverenin çalışma saatlerine ilişkin vereceği talimatlar ve yapacağı değişiklikler işçinin çalışma koşullarını ağırlaştırmamalıdır¹²⁴.

115 Dursun Ateş (n 80) 265.

116 Taşkent (n 78) 68; Süzek, ‘Değişiklik Feshi’ (n 95) 15; Uşan, ‘Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik’ (n 99) 241; Senyen Kaplan (n 102) 364; Altıntepe (n 85) 108; Zeybekoğlu (n 77) 88, 89; Dursun Ateş (n 80) 128.

117 Alpagut (n 86) 51; Aydın (n 105) 24; Güzel, ‘Yetki ve Sözleşme’ (n 85) 184; Durmaz (n 84) 64; Dursun Ateş (n 80) 128. Yargıtay 22 HD, E 2017/38836 K 2017/18421, 19.09.2017 <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 15.05.2024.

118 Yargıtay 9 HD, E 2018/5051 K 2019/117 07.01.2019<<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 20.05.2024.

119 Lakies (n 91) 364.

120 Uşan, ‘Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik’ (n 99) 241; Yıldız (n 86) 103; Altıntepe (n 85) 108-109; Dursun Ateş (n 80) 268.

121 Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 680; Süzek, ‘Değişiklik Feshi’ (n 95) 15; Alp (n 80) 114; Yıldız (n 86) 103; Senyen Kaplan (n 102) 364; Zeybekoğlu (n 77) 89; Dursun Ateş (n 80) 268, 269.

122 Adınır (n 94) 50.

123 Taşkent (n 78) 68, 151; Süzek, ‘Değişiklik Feshi’ (n 95) 15; Yıldız (n 86) 103; Adınır (n 94) 50. Yargıtay 22 HD, E 2016/30076 K 2016/126815, 12.12.2016; Yargıtay 9 HD, E 2014/27000 K 2016/2328, 28.01.2016; <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 16.05.2024.

124 Alp (n 80) 111; Durmaz (n 84) 129; Adınır (n 94) 50. Yargıtay 9 HD, E 2015/4786 K 2015/12364, 30.03.2014, <<https://lib.kazanci.com.tr/yargitay>> Erişim Tarihi 15.05.2024.

İşçinin çalışma saatlerinde yapılacak her değişikliğin esaslı değişiklik niteliğinde olup olmayacağı hususunda kesin bir kriter belirlemek mümkün değildir. Bu nedenle de işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin özellikleri dikkate alınarak bir sonuca varılmalı ve ortaya çıkan sonuç çerçevesinde işverenin, işçinin çalışma saatinde tek taraflı değişiklik yapıp yapamayacağı tespit edilmelidir. İşveren, işçinin mevcut durumunu ve haklarını ağırlaştıran değişiklikleri tek taraflı olarak yapamayacaktır. Böyle bir durumun varlığı söz konusu ise işveren, İş Kanunu'nun 22. maddesine uygun hareket etmelidir¹²⁵.

İşveren ancak üretim veya işyeri organizasyonuna ilişkin olması şartıyla işçinin çalışma süresinde tek taraflı esaslı değişiklik teşkil edecek kararlar yani işletmesel kararlar¹²⁶ alabilir. Bu durum, Anayasa'nın 48. maddesinde¹²⁷ yer alan girişim özgürlüğünün sonuçlarından birisidir¹²⁸. İşveren tarafından işe ve işyerine ilişkin düzenin belirlenmesi işletmesel karar kapsamındadır. Bu kararların uygulanması bazen işçinin çalışma imkânının ortadan kalkmasına neden olabilir¹²⁹. İşveren, işletmesel karar alırken hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde hareket etmelidir¹³⁰. Her ne kadar işverenin işletmesel kararları yargı denetimine tabi olmasa da, işverenin işletmesel karar alma özgürlüğünü kötüye kullanıp kullanmadığının tespitine yönelik yargısal denetim yapılabilmektedir¹³¹. Mahkeme, bu özgürlüğün kötüye kullanılıp kullanılmadığını denetlerken tutarlılık ve keyfilik denetimi yapmaktadır¹³². Örneğin işveren, işçiden kurtulmak amacıyla çalışma saatlerinde değişiklik yaparsa elbette bu işletmesel kararın denetlenmesi mümkündür¹³³. Mahkeme söz konusu hususu, dürüstlük kuralı ve ölçülülük ilkesi çerçevesinde incelemelidir¹³⁴. İşletmesel karar

125 Dursun Ateş (n 80) 269.

126 Genel itibarıyla işverenin piyasa koşullarını dikkate alarak işletmesinin iktisadi geleceği hakkında işletmecilik kimliğiyle aldığı ekonomik, teknolojik ve yapısal kararları işletmesel karar olarak ifade edilebilir. Geniş bilgi için bkz., Ali Güzel, 'İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Feshte Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi' (2005)(1) Çalışma ve Toplum Dergisi 159, 166; Erhan Birben, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde Ölçülülük İlkesi (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2006) 139; Arıcı, 'Yönetim Hakkı' (n 84) 169; Muhittin Astarlı, 'Genel Ekonomik Kriz Dönemlerinde İşletme Gereklere Nedeniyle Fesih ve Kısa Çalışma İlişkisi' (2010) (17) Sicil İş Hukuku Dergisi 74, 83; Yücel Bodur (n 105) 139; Durmaz (n 84) 68; Gürsel, 'Çalışma Koşulları' (n 102) 196; Zeybekoğlu (n 77) 70-73; Öztürk (n 78) s. 40-46.

127 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti" başlıklı 48. maddesinin 1. fıkrasına göre "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir."

128 Hukukumuzdaki düzenlemeye benzer bir şekilde, Alman hukukunda da işverenin işletmesel karar alma özgürlüğü, Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın (Grundgesetz) § 12/1 ile güvence altına alınmıştır. Hükme göre, Alman vatandaşları mesleklerini, iş ve eğitim yerlerini serbestçe seçme hakkına sahiptir. Mesleğin icrası, yasayla veya bir yasaya dayanarak düzenlenebilir.

129 Alp (n 80) 194; Dursun Ateş (n 80) 322.

130 Birben (n 126) 153.

131 Birben (n 126) 145; Astarlı (126) 85; İlke Gürsel, 'İşverenin İşletmesel Kararları ve Yargısal Denetimindeki Sınırları' iç Kübra Doğan Yenisey ve Seda Ergüneş Emrağ (edr), (On İki Levha 2021) 195, 216 vd.; Dursun Ateş (n 80) 322.

132 Güzel, 'Keyfilik Denetimi' (n 126) 169; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 8) 564; Astarlı (n 126) 85; Erdemir Aymelek (n 78) 52; Durmaz (n 84) 68-69; Yargıtay 9 HD, E 2019/881 K 2019/10723, 13.05.2019, <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 16.05.2024.

133 Dursun Ateş (n 80) 322.

134 Erdem Özdemir, 'Feshin Geçerliliğinin Denetiminde Dürüstlük Kuralı' iç Ali Güzel ve Deniz Ugan (edr), İş Güvencesi ve İşe İade Davaları (Kadir Has Üniversitesi Yayınları 2010) 53, 60; Birben (n 126) 154; Arıcı, 'Yönetim Hakkı' (n 84) 169; Gürsel, 'İşletmesel Karar' (n 131) 220; Uzun, 'Genel İş Koşulu' (n 84) 142.

alma özgürlüğünü kötüye kullanan işveren, aslında işletmesel bir amaç taşımamakta, işletmesel karar görüntüsü altında farklı sebeplerle hareket etmektedir¹³⁵. İşveren almış olduğu işletmesel kararın amacını veya amaçlarını herhangi bir şekilde ortaya koyamazsa işletmesel karar alma özgürlüğünü kötüye kullanmış olur¹³⁶.

V. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Karara ilişkin kapsamlı değerlendirmemize geçmeden önce belirtmek isteriz ki, doğum veya evlat edinme nedeniyle kısmi süreli çalışmaya geçiş yapılabilmesi için İş Kanunu'nun 13. maddesinin 5. fıkrasında belirtilen şartlar gerçekleşmiş olmalıdır. İnceleme konumuz olan somut olayda bu hususa ilişkin bir bilgi yer almadığından, davacı işçinin kısmi süreli çalışmaya geçiş yapması için Kanunda aranan şartları sağlamış olduğu kabul edilmiş ve bu konulara ilişkin açıklamalara çalışmamızda yer verilmemiştir¹³⁷.

Somut olayda, işçi haftanın belirli günlerinde çalışıp belirli günlerinde çalışmamak suretiyle tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçmeyi istemiş ve bu talebini, Kısmi Süreli Çalışma Yönetmeliği'ne uygun olarak işverene sunmuştur. İşveren, bankacılık işinde haftada sadece üç gün çalışmanın işin gereği gibi yerine getirilmesi bakımından mümkün olmadığı gerekçesiyle işçinin talebinde belirttiği şekilde kısmi süreli çalışmak istemesinin hakkın kötüye kullanılmasına yol açtığını ileri sürmüştür¹³⁸. Bu kapsamda işveren, işçinin kısmi süreli çalışma talebinde belirttiği çalışma gün ve saatlerinde değişiklik yapmıştır.

İşveren genişletilmiş yönetim hakkı kapsamında işletmesel karar alabilir¹³⁹. İşverenin girişim özgürlüğü sonucu yönetim hakkı çerçevesinde aldığı işletmesel kararlar, işverene iş sözleşmesi ile bağlı olan işçilerin haklarını ve sözleşmesel çıkarlarını ve bunun da ötesinde Anayasa ile korunan işçilerin temel hak ve özgürlüklerini ilgilendirdiği ölçüde hâkim müdahalesine (yargısal denetime) konu olacaktır. İşletmesel kararın hukuka uygunluğu emredici kanun hükümleri, dürüstlük kuralı ve ölçülülük ilkesi esas alınarak denetlenecektir¹⁴⁰. Somut olayda, işçinin kısmi süreli çalışmayı talep

135 Özdemir (n 134) 60; Gürsel, 'İşletmesel Karar' (n 131) 221.

136 Peter Stein, 'Kündigung keine "frei Unternehmerentscheidung"' AuR 2002/12 471, 473.

137 Ayrıntılı bilgi için bkz., Caniklioğlu, 'Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş' (n 8) 117-129; Taşdemir (n 13) 162-175; Sözek, *İş Hukuku* (n 3) 891-893; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 8) 219-221; Sevimli (n 15) 94-115; Çalışkan (n 8) 103-116; Şahin Emir (n 3) 209-233; Manav ve Erdoğan (n 73) 115-117; Doğan, (n 12) 183-200.

138 İncelemekte olduğumuz İstanbul BAM, 31 HD, E 2022/2523 K 2022/1514, 26.10.2022 tarihli karara konu olan İstanbul 8. İş Mahkemesi 21.06.2022 970/452 (Kişisel Arşiv) kararı. Kanımızca somut olayda belirtilen şekilde işçinin kısmi süreli çalışma talep etmesi işveren tarafından ileri sürüldüğü gibi hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmemektedir. Zira işçinin burada işyerini ve işvereni ekonomik bakımdan çok fazla zorlayacak talepte bulunduğunu ya da işverene aşırı yük getirecek şekilde çalışma düzeni talep ettiğini söylemek çok mümkün değildir. Elbette işçinin talebi işletme bakımından olumsuz sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. Ancak işçi Kanunda doğan bir hakkı kullanmaktadır. İşveren, işçinin kısmi süreli çalışmaya geçmeye yönelik talebini karşılamak zorundadır. Kısmi süreli çalışmanın hangi günlerde ya da günde kaç saat olması gerektiği de Yönetmeliği'n 15. maddesi hükümleri dikkate alınarak işveren tarafından belirlenebilir.

139 Durmaz (n 84) 78.

140 Özdemir (n 134) 60; Birben (n 126) 154; Arıcı, 'Yönetim Hakkı' (n 84) 169; Gürsel, 'İşletmesel Karar' (n 131) 220.

ettiği günlerin işveren tarafından değiştirilmesi işletmesel karar olarak kabul edilmeli midir sorusu cevaplanmalıdır.

Davalı işverenin de istinaf dilekçesinde belirttiği gibi bankacılık işinde haftada sadece üç gün çalışılması durumunda işin gereği gibi yerine getirilmesinin pek mümkün olduğu söylenemez. Bankaların genel itibarıyla en boş olduğu zaman diliminin, öğle tatilinden önce ve saat 16.00'dan sonra olduğu söylenebilir¹⁴¹. Elbette bu durum, bankanın bulunduğu şehir ve semte göre farklılık gösterebilir. Bu bağlamda denilebilir ki işçinin üç tam gün çalışması yerine tüm iş günlerinde saat 14.00-18.00 aralığında kısmi süreli çalışması işin yürütümü bakımından işverenin daha yararlıdır. Dolayısıyla işverenin, işçinin kısmi süreli çalışma talebinde belirtilen şekilde değişiklik yapması işletmesel karar olarak nitelendirilebilir. İşverenin bu kararı mevzuatta yer alan emredici kurallara uygundur. Zira, Kısmi Süreli Çalışma Yönetmeliği'nde, kısmi süreli çalışmanın belirlenen günlük ve haftalık çalışma süresi içerisinde yapılacağı zaman aralığının, o yerin gelenekleri, işçinin yapmakta olduğu işin niteliği ve işçinin talebi dikkate alınarak işveren tarafından belirleneceği düzenlenmiştir (KSCY md. 15/1). İşveren, işçinin yapmakta olduğu işin niteliğini göz önünde bulundurarak işçinin kısmi süreli çalışma talebinde değişiklik yapmıştır. Burada söz konusu değişikliği yaparken işverenin dürüst davranıp davranmadığı değerlendirilmelidir. Mevzuattaki düzenlemelere bakıldığında işverenin, işçinin kısmi süreli çalışmaya geçiş talebini reddetmesi söz konusu değildir. İşveren, iş yoğunluğunu ve işletmesinin menfaatini düşünerek işçinin talebinde değişiklik yapmıştır. İnceleme konumuz olan olayda, işverenin işçinin talebinde değişiklik yaparken, işçinin kısmi süreli çalışmaya yönelik amacını zedelemeyi ya da işçiyi zora sokarak kısmi süreli çalışmadan vazgeçirmeyi veya işçiyi iş sözleşmesini feshetmek zorunda bırakmayı amaçladığına dair herhangi bir iddia ve delil bulunmamaktadır. Dolayısıyla, işverenin işletmesel karar alma özgürlüğünü kullanırken çalışanın korunmaya değer menfaatlerini dikkate aldığı ve kararının hukuka uygun olduğu söylenebilir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de vermiş olduğu bir kararında, *“Somut uyumsuzlukta; davacının iş akdinin, iş yoğunluğu nedeniyle bankadaki bütün part time çalışmaların tam zamanlı çalışmaya dönüştürülmesi yönündeki 15.06.2015 tarihli işletmesel kararı gerekçe gösterilerek feshedildiği anlaşılmıştır. Davacının çalışma saatlerinin işletmesel karar kapsamında değiştirildiği anlaşılmakla, işverenin yönetim hakkı kapsamında yapılan değişikliklerin çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak değerlendirilmeyeceği ve değişikliğe riayet etmeyen çalışanın iş akdinin geçerli nedene dayanılarak feshedildiği anlaşıldığından, davanın reddi yerine kabulü hatalıdır.”*¹⁴² şeklinde hüküm kurmuştur.

Alman Federal İş Mahkemesi'nin bir kararına göre işçinin çalışmayı talep ettiği saat dilimleri söz konusu olursa, bu durumda işveren diğer işçilerin menfaatini ve işyeri veya işletmenin gereklerini göz önüne alarak işçinin talebine karşılık vermelidir. Zira, işçinin çalışma saatlerine ilişkin iş sözleşmesinde ya da toplu sözleşmesinde bir düzenleme bulunmaması durumunda GewO § 106/1 uyarınca işveren, makul takdir yetkisine bağlı olarak çalışma saatlerinin konumunu daha ayrıntılı olarak belirleyebilir. İşverenin çalışma saatlerini belirlerken yalnızca kendi çıkarlarını değil, aynı zamanda çalışanın meşru çıkarlarını da dikkate alması durumunda makul takdir yetkisinin

141 <<https://www.ensonhaber.com/bilgi/efsane-tespit-iste-bankalarin-en-bos-oldugu-saatler>> Erişim Tarihi 26.05.2024.

142 Yargıtay 9 HD, E 2018/3152 K 2018/21781, 28.11.2018, <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 20.05.2024.

varlığından söz edilir¹⁴³. İşveren, işletmesel nedenlerle veya diğer çalışanların meşru çıkarlarıyla çelişmemesi koşuluyla, çalışanın korunmaya değer aile çıkarlarını dikkate alarak çalışma saatlerini belirlemelidir¹⁴⁴.

İstinaf incelemesinde mahkemenin çalışma koşullarında esaslı değişikliği düzenleyen İş Kanunu'nun 22. maddesine dair açıklamalarını somut olayın esas bakımından çok ilgili bulmadığımızı belirtmek isteriz. Zira kısmi süreli çalışmaya geçmeyi işçi talep etmekte ve kanunda doğan bir hakkı kullanmaktadır. İşçinin talebinde belirttiği çalışma günlerine ilişkin işveren tarafından bir değişiklik yapılmıştır. Ancak bu değişikliğin esaslı bir değişiklik olup olmadığının tartışılmasına gerek bulunmamaktadır. Zira henüz kısmi süreli çalışmaya geçmek isteyen işçi bakımından çalışma saatlerine ve günlerine ilişkin çalışma koşulu haline gelmiş bir durum yoktur. Kaldı ki Kısmi Süreli Çalışma Yönetmeliği'nin 15. maddesinde işverenin, işçinin kısmi süreli çalışma talebinde değişiklik yapma hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Ayrıca işverenin işletmesel karar kapsamında işçinin talebinde değişiklik yapabileceği ve bu durumun işverenin yönetim hakkı kapsamında olduğu da göz önünde bulundurulduğunda, somut olayda çalışma koşullarında esaslı değişiklik teşkil edecek bir durumun varlığı söz konusu değildir. Kararda yer verildiği için biz de çalışmamızda işverenin yönetim hakkı kapsamında çalışma koşullarında esaslı değişikliğe ilişkin açıklamalarımıza yer vermiş bulunmaktayız.

Somut olayda; banka fesih ihtarında *“Banka tarafından ilgili yönetmelik hükümleri gereği kısmi çalışma talebiniz henüz onaylanmamasına rağmen görevinize izinsiz olarak kısmi süreli geldiğiniz anlaşılmıştır, ayrıca bankaca belirlenen ve tarafınıza da bildirilen çalışma sürelerine uymadığınız anlaşılmıştır.”* diyerek işçinin iş akdinin İş Kanunu'nun 17 ve 18. maddeleri gereğince feshedildiğini bildirmiştir. İş sözleşmesi davacının davranışı nedeni ile feshedilmiştir. Bu durum dikkate alındığında yerel mahkemenin kararında belirttiği, *“İş akdi davacının davranışı nedeni ile feshedilmiş, dosya kapsamına davalı işveren tarafından fesih öncesi davacının savunmasının alındığına dair delil sunulmadığı anlaşılmakla; işverence feshin geçerli/haklı nedene dayandığının ispatlanamadığı...”* hususuna ilişkin istinaf mahkemesinin bir değerlendirme yapmasının uygun olacağı kanaatindeyiz. Zira yerel mahkemenin belirttiği gibi işçinin davranışlarından kaynaklı geçerli nedenle bir feshin varlığı halinde işçinin savunmasının alınması gereklidir. İş Kanunu'nun 19. maddesinde *“...Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez....(İş K. md. 19/2)”* hükmü mevcuttur. Dolayısıyla işçinin davranışından kaynaklı bir geçerli nedenle feshin varlığı söz konusu olduğunda, işçinin savunmasının alınma zorunluluğuna uyulmaması feshin geçersiz olması sonucunu doğurur¹⁴⁵. İşverenin fesih için her ne kadar geçerli bir nedeni mevcut olsa ve bu durumu ispatlasa bile sırf işçinin savunmasının alınmaması feshi geçersiz kılacaktır.

143 Hromadka und Maschmann (n 12) 204-205; ErfK/Preis (n 12) GewO § 106 rn. 10; AG 24.4.1996, NZA 1996, 1088.

144 BAG, Urteil vom 23.09.2004-6 AZR 567/03 <<https://lexetius.com/2004,3197>> Erişim Tarihi 26.05.2024

145 Süzek, *İş Hukuku* (n 3) 631-633; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 8) 573-575; Arıcı, *İş Hukuku* (n 103) 276; Ekmekçi ve Yiğit (n 13) 656; Yargıtay 9 HD, E 2017/24530 K 2018/7670, 05.04.2018, <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 20.05.2024.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinin 2. fıkrasında açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin Kanunda aranan şekli koşullara uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. İşverenin, dayandığı fesih sebebinin geçerli (veya haklı) olduğunu uygun delillerle inandırıcı bir biçimde ortaya koyması, ispat yükünü yerine getirmiş sayılması bakımından yeterlidir¹⁴⁶.

Konuyu incelemekte olduğumuz karar bakımından değerlendirecek olursak Yerel Mahkeme'nin kararında ve karşı oy yazısında belirtildiği gibi davranışı nedeniyle iş sözleşmesi feshedilen işçinin savunması alınmamış ise sırf bu nedenle istinaf incelemesinde davanın reddi gerekir.

SONUÇ

Kısmi Süreli Çalışma Yönetmeliği'nin 15. maddesinde, kısmi süreli çalışmanın günlük ve haftalık çalışma süresi içerisinde yapılacağı zaman aralığı o yerin gelenekleri, işçinin yapmakta olduğu işin niteliği ve işçinin talebi dikkate alınarak işveren tarafından belirleneceğine yer verilmiştir. Bu hüküm ve işverenin işletmesel karar alma özgürlüğü dikkate alındığında, işverenin işçinin kısmi süreleri çalışma talebinde belirtmiş olduğu kısmi çalışma şekli dışında başka bir çalışma şekli önermesi mümkündür. Dolayısıyla da işçi, işveren tarafından kendisine bildirilen çalışma şekline uygun bir şekilde iş görme borcunu ifa etmelidir.

Kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkı, işçinin çalışma hayatı ile çocuğunun bakımını ve özel yaşamını uyumlu hale getirmesine imkân tanımaktadır. Bu nedenle de haftanın kaç günü ve kaç saat işe geleceğine karar verme hak ve yetkisinin işçide olması gerektiği gibi bu çalışmanın hangi zaman aralığı içinde gerçekleşeceğine de işçi karar vermelidir. Aksinin kabulü kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkının işverenin takdirine bırakılması anlamına gelecektir. Zira işçinin talebini kabul etmek istemeyen işveren, işçinin çalışacağı zaman aralığını onun koşullarına uymayacak şekilde belirlediğinde, işçi ya bu haktan vazgeçecek ya da iş sözleşmesini feshetmek zorunda kalacak ya da somut olayda olduğu gibi işveren tarafından belirlenen kısmi süreli çalışma şekline uymadığı gerekçesiyle iş sözleşmesi feshedilebilecektir.

Alman Hukuku'ndaki düzenlemeleri incelediğimizde ebeveyn izninin kullanımına ilişkin kanun düzeyinde ve oldukça ayrıntılı bir şekilde işçi ve işverenin menfaatini uyumlaştıran düzenlemeler yapılmıştır. Hukukumuzda doğum veya evlat edinme nedeniyle kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkının kullanım esaslarının daha ayrıntılı bir şekilde İş Kanunu'nda düzenlenmesi ve uygulama usul ve esaslarının yönetmeliğe bırakılması daha doğru olurdu. Bu bağlamda çalışma konumuz bakımından önemli olan hususun, yani kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkının kullanımına ilişkin hak ve yetkilerin kural olarak kime ait olduğu açık ve net bir şekilde İş Kanunu'nda düzenlenmeli ve bu yapılırken öğretide tartışılan ve uygulamada sorun olarak mahkeme kararlarına yansıyan ya da yansıma ihtimali olan hususlar dikkate alınmalıdır.

146 Yargıtay 9 HD, E 2018/3152 K 2018/21781, 28.11.2018, <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 20.05.2024.

Cumhurbaşkanının TÜİK 2023 yılı verilerini dikkate alarak ülkemizdeki doğum oranlarının endişe verici olduğunu ve bu konuda yeni uygulamaların yapılacağını söylemesi üzerine Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanı *Göktaş*, ülke kalkınmasına da katkı sağlayacak yeni modeller için çalışmalarını sürdürdüklerini, hayata geçirecekleri yeni modellerle, esnek ve uzaktan çalışma modelleri dahi kadınların ev ve iş hayatı arasında tercih yapma zorunluluklarının ortadan kalkmasını hedeflediklerini dile getirmiştir¹⁴⁷. Bu açıklamalar göz önünde bulundurulduğunda mevzuatımızda var olan düzenlemelerde de daha çok işçiyi ve çocuğu koruyan hususlar dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla da kısmi süreli çalışılacak zaman aralığının belirlenmesinde işçinin talebi geçerli olmalıdır. Aksi halde, özellikle de kadın işçi ya çalışma hayatından ya da çocuk sahibi olma düşüncesinden uzaklaşabilecektir.

Kanaatimizce doğum veya evlat edinme nedeniyle kısmi süreli çalışmaya geçmek isteyen işçinin çalışma düzeninin tespiti ile ilgili mevzuatımızda işçi lehine düzenleme değişikliğine gidilmesi gerekmektedir. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, mevcut kanuni durum işçinin kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkını kullanmasını istemeyen işverenin, işçiye uymayan çalışma düzeninde ısrar etmesi suretiyle işçinin yasal hakkını kullanmasının önüne geçmesine imkân tanımaktadır. Oysaki bu hakkın temelinde işçinin duyduğu ihtiyaç yatmaktadır. Dolayısıyla da işçinin bu hakkı ihtiyaçlarına uygun bir şekilde kullanabilmesi gerekir.

KAYNAKÇA

- Adınır KM, *İşverenin Yönetim Hakkı* (On İki Levha 2019).
- Akın L, 'İşçinin Çalışma Şartları Esaslı Değişiklik ve Fesih Hakkı' (2013) 27(2) Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası Dergisi 38-50.
- Alp M, *İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi* (Seçkin 2005).
- Alp SN, 'İş Hukukunda Nakil Kaydı Özelliği de Taşıyan İşyeri Değişikliği Disiplin Cezası ve Genel İşlem Koşulları Bakımından Değerlendirilmesi' (2022) 12(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1101-1157.
- Alpagut G, 'İş Kanunu'nun 22. Maddesinin Uygulama Alanı – Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararları' (2006) 3(9) Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 49-64.
- Altıntepe A, *Türk İş Hukukunda İşverenin Yönetim Hakkı* (Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi 2014).
- Arıcı K, 'İşverenin Yönetim Hakkının Muhtevası' (1983) 9(1-2) Yargıtay Dergisi 160-176.
- Arıcı K, *Türk İş Hukuku – I – Ferdi İş İlişkileri Hukuku* (Gazi 2022) (İş Hukuku).
- Astarlı M, 'Genel Ekonomik Kriz Dönemlerinde İşletme Gerekleri Nedeniyle Fesih ve Kısa Çalışma İlişkisi' (2010) 17 Sicil İş Hukuku Dergisi 74-88.
- Ayakçıoğlu Sislituna, Ç, *Kısmi Süreli Çalışma ve Kısmi Süreli Çalışanların Sosyal Güvenlik Sorunu* (Seçkin 2021).
- Aydın U, 'Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler ve Değişiklik Feshi' (2011) 23 Sicil İş Hukuku 22-36.

147 <https://www.haberler.com/politika/erdogan-in-turkiye-icin-felakettir-dedigi-17390671-haberi/#google_vignette> Erişim Tarihi 25.05.2024. Şunu belirtmek isteriz ki çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi sadece annenin yükümlülüğünde değildir. Bu konuda babaya da önemli sorumluluklar düşmektedir. Bu nedenle şu an mevzuatımızda yer alan kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkı nasıl ki hem anne hem de babaya tanınmışsa doğum oranının artırılmasına ilişkin yapılacak olan düzenlemelerde babaların durumu da göz önünde bulundurulmalıdır.

- Balkır G, 'İşverenin Yönetim Hakkının Kullanılması ve Etik Sınırlar' (2008) (12) Sicil İş Hukuku Dergisi 73-79.
- Baycık G, *İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar* (Yetkin 2011).
- Birben E, *İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde Ölçülülük İlkesi* (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2006).
- Boecken W und Joussen J, *Teilzeit – und Befristungsgesetz Hadnkommentar* (5. Aufl, Nomos 2018).
- Buchner H und Becker U, *Mutterschutzgesetz und Bundeserziehungsgeld – und Elternzeitgesetz* (8. neu bearbeitete Aufl, C.H.Beck 2008).
- Caniklioğlu N, 'Atipik İstihdam Biçimleri ile Çalışanların Özellikle Kısmi Süreli Çalışanların – Sosyal Güvenliği' (2016) 15(1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan Cilt I) 43-78.
- Caniklioğlu N, 'Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş ve Yarım Çalışma Ödeneği' iç Necdet Basa ve Sema Uçakhan Güleç (edr), *Emeğin Kurultayı II* (Türkiye Barolar Birliği 2016) 115-153. (Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş).
- Centel T, '6663 sayılı Yasa'yla İş Kanunu'na Getirilen Değişiklikler – Analık Halinin Yeniden Düzenlenmesi-' (2016) (35) Sicil İş Hukuku Dergisi 9-17.
- Çalışkan A, *İş Hukukunda Analık ve Ebeveyn İzinleri* (On İki Levha 2018).
- Çelik N, Caniklioğlu N, Canbolat T ve Özkaraca E, *İş Hukuku Dersleri* (Yenilenmiş 35. Bası, Beta 2022).
- Çil Ş, *İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2019-2021 Yılları)* (Tıpkı 9. Baskı Yetkin 2022).
- Değer Ermumcu S, 'Doğum ve Evlat Edinme Sonrası Kısmi Çalışma ve Yarım Çalışma Hakkı-Ödeneği' (2017) 19(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan Cilt I) 1997-2027.
- Doğan S, *İş Hukukunda İşçinin İş ve Aile Yaşamı Uyumunun Sağlanması* (Seçkin 2022).
- Durmaz K.P, *İş Hukukunda Çalışma Koşullarındaki Değişiklikler* (Seçkin 2021).
- Dursun Ateş, S, *İşverenin Yönetim Hakkı* (Seçkin 2019).
- Ekmekçi Ö ve Yiğit E, *Bireysel İş Hukuku* (Güncellenmiş 4. Baskı, On İki Levha 2022).
- Ekonomi M, 'Doğum veya Evlat Edinme Sonrası Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi Amacıyla Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma Hakları' (2017) 14(53) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 21-58.
- Elbir N, 'Türk İş Hukukunda Doğum veya Evlat Edinme Sonrası Kısmi Süreli Çalışma ve Yarım Çalışma' Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi (2020) 11(1) 135-147.
- Engin M, 'Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Yeni İş Kanunu Tasarısı' (2003) 61(1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 313-326 (Esaslı Değişiklik).
- Engin M, *İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi* (Beta 2003) (İşletme Gerekleri).
- Erdemir Aymelek M, *İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırlar* (Seçkin 2015).
- Eyrenci Ö, Taşkent, S, Ulucan, D ve Baskan, E, *Bireysel İş Hukuku* (10. Baskı, Beta 2020).
- Gürsel İ, 'Çalışma Koşullarında Tek Taraflı Esaslı Değişikliğin Yargı Kararı ile Tespiti ve Bunun Hukuki Sonuçları' iç Tankut Centel (ed), *Genç Yaklaşımlar III* (On İki Levha 2018) 175-219 (Çalışma Koşulları).
- Gürsel İ, 'İşverenin İşletmesel Kararları ve Yargısal Denetimindeki Sınırları' iç Kübra Doğan Yenisey ve Seda Ergüneş Emrağ (edr), (On İki Levha 2021) 195-264 (İşletmesel Karar).
- Güzel A, 'İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi' (2005)(1) Çalışma ve Toplum Dergisi 159-182 (Keyfilik Denetimi).
- Güzel A, 'İş Hukukunda "Yetki" ve "Özgürlük"' (2016) 15(1)(Özel Sayı) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan Cilt I) 93-126 (Yetki ve Özgürlük).
- Güzel A, 'İş Hukukunda Yetki ve Sözleşme' (2016) Özel Sayı, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, (Prof. Dr. Fevzi Demir'e Armağan) 151-201 (Yetki ve Sözleşme).

- Güzel A ve Ugan Çatalkaya D, 'İş Sözleşmesinin Uygulanmasında ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine' (2014) 20(1)(Özel Sayı) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan) 17-66.
- Hoffmann U und Schulte A, *Gewerbeordnung, BeckOK GewO*, (50. Edition, 2020).
- Hromadka W und Maschmann F, *Arbeitsrecht Band I, Individualarbeitsrecht* (7. Aufl, Springer 2018).
- Kern G, *Das Direktionsrecht des Arbeitgebers im Deutschen und Türkischen Recht, Eine Inhalts-und Ausübungskontrolle* (Berliner 2014).
- Koç S, 'İş Hukukunda Ebeveyn İzinleri' iç Tankut Centel (ed), *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II* (On İki Levha 2016) 195-209.
- Köseoğlu AC, 'Türk İş Hukukunda Analık' (2016) 2(4) İş ve Hayat Dergisi 97-124.
- Lakies T, 'Das Weisungsrecht des Arbeitgebers (§ 106 GewO)-Inhalt und Grenzen' BB, 2003, Heft 7, 364-369.
- Manav E ve Erdoğan C, 'Türk Hukukunda Kadın Çalışanların Analığının Korunması' (2021) (45) Sicil İş Hukuku Dergisi 106-127.
- Marburger H, *Schwangerschaft, Mutterschaft, Elternzeit*, RdW Band 232, (3. Aufl, Boorberg, Germany 2017).
- Müller-Glöge R, Preis U ve Schmidt, I, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht* (24. neubearbeitete Aufl, Verlag C.H.Beck 2024) (ErfK/Bölüm Yazarı).
- Ocak S, 'Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışma Uygulaması' (2017) (37) Sicil İş Hukuku Dergisi 52-102.
- Özdemir E, 'Feshin Geçerliliğinin Denetiminde Dürüstlük Kuralı' iç Ali Güzel ve Deniz Ugan (edr), *İş Güvencesi ve İşe İade Davaları* (Kadir Has Üniversitesi Yayınları 2010) 53-80.
- Öztürk B, *İşçinin Talimatlara Uyma Borcu* (On İki Levha 2021).
- Pielow JC (Hrsg), *BeckOK GewO* (C.H.Beck 2024) (BeckOK GewO/Bölüm Yazarı).
- Rambach HMP, *Teilzeit und Befristung, Arbeitsverhältnisse flexibel gestalten* (2. Aufl, Haufe, 2015).
- Rancke F (Hrsg), *Mutterschutz Betreuungsgeld/Elterngeld/ Elternzeit, Handkommentar* (6. Aufl, Nomos, 2022) (HK – MuSchG/BEEG/Bölüm Yazarı).
- Schaub G, *Arbeitsrechts-Handbuch Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis*, (20., neu bearbeitete Aufl, Verlag C. H. Beck 2023) (Schaub-ArbR-HdB/Bölüm Yazarı).
- Senyen Kaplan, ET, 'Çalışma Koşullarında Değişiklik' 2022 (158) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 341-388.
- Sevimli A, *4857 Sayılı İş Kanununda Düzenlenen Kısmi Süreli İş Sözleşmesi* (Beta 2019).
- Sievers J, *TzBfG Teilzeit – und Befristungsgesetz* (5. Aufl, Luchterhand Verlag 2016).
- Süzek S, 'İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları' TÜHİS 1998 (Prof. Dr. Metin Kutsal'a Armağan) 225-232 (Yönetim Hakkı).
- Süzek S, 'Değişiklik Feshi' (2006) (1) TİSK Akademi 6-31 (Değişiklik Feshi).
- Süzek S, *İş Hukuku*, (23rd edn, (Tıpkı Basım Beta 2023) (İş Hukuku).
- Stein P, 'Kündigung keine "frei Unternehmerentscheidungen"' AuR 2002/12.
- Şahin Emir A, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Analık* (Adalet 2019).
- Taşdemir Y, *Ebeveyn İzni ve Yarım Çalışma Ödeneği* (On İki Levha 2019).
- Taşkent S, *İşverenin Yönetim Hakkı* (Met-Er 1981).
- Tillmanns C und Mutschler B (Hrsg), *Mutterschutzgesetz Bundeselterngeld – und Elternzeitgesetz Praxiskommentar* (2. Aufl, Freiburg 2018) (Tillmanns/Mutschler-Bölüm Yazarı).
- Tulukcu B, (2011) 'Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik' Prof. Dr. Sarper Süzeye Armağan Cilt I (Beta 2011) 1099-1141.

- Uğur S ve Yiğit Y, 'İş Hukuku Açısından Doğum Nedeniyle Ebeveynin Kısmi Süreli Çalışma Hakkı' (2017) 6(1) Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi E-Dergi 71-100.
- Ulusoy T, 'Bir Sosyal Koruma Olarak İş Kanunu'nda Gebe ve Yeni Doğum Yapan Kadın Çalışanlara Yönelik İzinler ve Kısmi Süreli Çalışma Hakkı Üzerine Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi' (2017) (53) Çalışma ve Toplum Dergisi 741-766.
- Uşan MF, 'İşyeri Uygulaması-İşverenin Yönetim Hakkı – İşçinin İşyerinin Değiştirilmesi – Hizmet Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi – Bildirimli Fesih – İhbar ve Kıdem Tazminatı' (1999) 7(1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 391-406 (İşverenin Yönetim Hakkı).
- Uşan MF, '4857 Sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları' (2007) 9 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan) 211-271 (Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik).
- Uzun E, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Ev Hizmetlerinde Çalışanlar* (Adalet 2021).
- Uzun E, 'Genel İş Koşulu Olarak Sunulan İşyeri Değişikliği Kayıtları Üzerine Bir Değerlendirme' (2023) 18(197) Terazi Hukuk Dergisi 131-145 (Genel İş Koşulu).
- Yıldız GB, *İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar* (Yetkin 2014).
- Yuvalı, E ve Yaba, T, 'İşverenin Yönetim Hakkının ve İşçinin Talimatlara Uyma Borcunun Bir Sınırı Olarak Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik' (2022) (2) Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Fatih Uşan'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı) 1685-1714.
- Yücel Bodur, M 'İşverenin İşletmesel Karar Alma Özgürlüğü' (2015) 1 (2) İş ve Hayat Dergisi 137-167.
- Zeybekoğlu P, *İşverenin Yönetim Hakkı Kapsamında İtiraz Edilebilir İş Kavramı* (Legal 2018).

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin Tahkim İtirazı ve Dürüstlük Kuralı Hakkında Vermiş Olduğu Bir Kararının İncelemesi: Uluslararası Tahkim Merkezi Olma Hedefinde Bir Adım İleri İki Adım Geri

An Analysis of a Decision Rendered by the Turkish Court of Cassation (11th Chamber) Regarding Arbitration Objection and Good Faith Principle: One Step Forward and Two Steps Back on the Objective of Becoming a Hub for International Arbitration

Mehmet Polat KALAFATOĞLU* 

ÖZ

Çalışmamız, Yargıtay 11. HD'nin tahkim itirazı ve dürüstlük kuralı ilişkisine dair bir kararının eleştirel incelemesini konu almaktadır. Bu kararda, Londra'da tahkim yargılamasını öngören bir tahkim anlaşması kapsamındaki bir uyuşmazlık Türk mahkemeleri önüne gelmiştir. Davalıların yapmış olduğu tahkim itirazı dürüstlük kuralından hareketle ve davalıların Türkiye'deki kendi ikametgâh mahkemelerinde kendilerini daha iyi savunabilecek olmaları gerekçesiyle reddedilmiştir. Çalışmamızda, kısaca, Türk hukuku uyarınca tahkim anlaşmasının etkisi ve tahkim itirazından bahsedilecek ve sonrasında ilgili karar incelenecektir. Aynı zamanda çalışmada, Türk mahkemelerinin yabancı mahkemeler lehine yapılan yetki anlaşmalarına dayanan yetki itirazlarında dürüstlük kuralının uygulamasına yönelik benzer kararları değerlendirilmiştir. Sonuç olarak, Yargıtay 11. HD'nin dürüstlük kuralından hareketle tahkim itirazını reddeden bu kararının gerekçesinin, hangi sebeplerle hatalı bir varsayıma dayandığı ve hangi sebeplerle bu kararın Türkiye'yi bir uluslararası tahkim merkezi yapma amacı ve çalışmalarına zarar vereceği açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Milletlerarası Tahkim, Tahkim İtirazı, Dürüstlük Kuralı

* Dr. Öğr. Üyesi, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0002-4967-268X.

Bu çalışmanın kaynakça araştırmasındaki yardımlarından ötürü Ar. Gör. Meltem Ece Oba'ya teşekkürlerimi sunarım. Bu çalışma, 4 Haziran 2023 tarihinde İstanbul Barosu Tahkim Merkezi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi MÖHABD ve Özyeğin Üniversitesi tarafından düzenlenen "Cumhuriyetin 100. Yılında Hukuk Sempozyumları – Tahkimde Güncel Gelişmeler" başlıklı sempozyum kapsamında yazar tarafından sunulan tebliğden faydalanılarak ve kapsamı genişletilerek meydana getirilmiş bir çalışmadır.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Mehmet Polat Kalafatoğlu

E-posta/E-mail: mkalafatoglu@ku.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 08.07.2024

Kabul Tarihi/Accepted: 23.11.2024

ABSTRACT

This study critically examines a decision rendered by the Turkish Court of Cassation (11th Ch.) related to arbitration objection and good faith principle. In this decision, Turkish courts were seized in a legal dispute covered by an arbitration agreement providing the seat of arbitration as London. The Court rejected the arbitration objection based on the good faith principle and on the ground that the respondents would be in a better position to defend themselves before the courts of their domicile which was situated in Türkiye. This study briefly explains the effects of the arbitration agreement and the arbitration objection under Turkish law and analyses the Court of Cassation's decision. In addition, it reviews similar Turkish case law regarding the application of the good faith principle on jurisdictional objections in the presence of a choice of court agreement in favor of foreign courts. In conclusion, this study shows that this decision, rejecting the arbitration objection based on the good faith principle, was based on inaccurate assumptions and has detrimental effects on the ambition and efforts of making Türkiye a hub for international arbitration.

Keywords: International Arbitration, Arbitration Objection, Good Faith Principle

I. KONUNUN TAKDİMİ

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi (kısaca “HD”)'nin 2019 yılında vermiş olduğu bir kararın eleştirel incelemesi çalışmamızın esasını oluşturmaktadır¹. Bu karar tahkim anlaşması kapsamına giren bir uyuşmazlığın Türk mahkemeleri önüne taşınması durumunda davalının yaptığı tahkim itirazını ve bu itirazın dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilmesini konu almaktadır.

Çalışmamızda, ilk olarak, geçerli bir tahkim anlaşmasının taraflar ve devlet mahkemeleri üzerindeki etkileri ve tahkim itirazı hakkında kısa açıklamalarda bulunulacaktır. İkinci olarak, Yargıtay kararına konu olan uyuşmazlığın konusu ve unsurları hakkında bilgiler paylaşılacak, ilgili uyuşmazlık hakkında sırasıyla ilk derece mahkemesi, bölge adliye mahkemesi ve Yargıtay 11. HD'nin vermiş olduğu kararlar özetlenecektir. Sonrasında, Yargıtay kararının değerlendirmesine geçmeden evvel, konumuz ile bağlantılı olduğu ölçüde, yabancı mahkemeleri yetkilendiren yetki anlaşmalarının Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi üzerindeki etkileri belirtilecek, bu yetki anlaşmalarına dayanan yetki itirazları ve dürüstlük kuralının uygulaması hakkında Türk mahkemelerinin verdikleri kararlar doktrindeki görüşlerle birlikte ortaya konulacaktır. Son olarak, çalışmamızın esas konusunu oluşturan Yargıtay 11. HD'nin kararı değerlendirilecek, bu kararın temel gerekçesini oluşturan varsayımın neden hatalı olduğu açıklanacak ve bu kararın yaratabileceği olumsuz neticeler belirtilecektir.

II. TAHKİM ANLAŞMASININ ETKİLERİ VE TAHKİM İTİRAZI HAKKINDA KISA BİR HATIRLATMA

Taraflar arasında mevcut veya ileride doğabilecek bir uyuşmazlığın devlet mahkemeleri yerine hakem heyetleri önünde çözüme kavuşturulmasına yönelik imzalanan ve geçerli bir şekilde kurulmuş tahkim

1 Yargıtay 11 HD, E 2018/2354 K 2019/833, 05.02.2019 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 20.06.2024.

anlaşması hem bu anlaşmanın tarafları hem devlet mahkemeleri üzerinde bazı etkiler doğuracaktır. Öğretide, bu etkiler tahkim anlaşmasının olumlu ve olumsuz etkileri olarak ikiye ayrılmaktadır.

İlk olarak, tahkim anlaşmasının tarafları üzerinde yarattığı etkilerden bahsetmek gerekir. Bu etkilerden ilki, taraflarının tahkim anlaşmasının kapsamında olan uyuşmazlıklarını devlet mahkemeleri yerine tahkime götürmeleri ve bu uyuşmazlıklarının çözüme kavuşturulacağı tahkim yargılamasına iş birliği yaklaşımı içerisinde katılmaları olarak nitelendirilebilecek olumlu etkidir². Tahkim anlaşmasının olumsuz etkisi ise, tarafların, imzalamış oldukları tahkim anlaşmasına rağmen ve dolayısıyla, oluşturdukları tahkim iradelerine aykırı olarak, aralarındaki uyuşmazlığı devlet mahkemeleri önüne taşımamalarına yönelik bir yükümlülük olarak nitelendirilebilir³.

İkinci olarak, geçerli bir şekilde kurulmuş olan tahkim anlaşması sadece ilgili taraflar üzerinde değil, devlet mahkemelerinin yetkisi üzerinde de etki doğuracaktır. Eğer taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması bulunuyorsa ve taraflardan birinin tahkim itirazında bulunması koşuluyla, kural olarak, tahkim anlaşmasına rağmen uyuşmazlığın getirildiği devlet mahkemesi söz konusu davaya bakmaktan imtina etmelidir. Dolayısıyla, tahkim anlaşmasının devlet mahkemeleri üzerinde doğurduğu bu etki, tahkim anlaşmasının taraflar üzerindeki olumsuz etkisinin gerçekleşmesinin bir güvencesi olarak değerlendirilebilir. Bu doğrultuda, Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanmış 10 Haziran 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında New York Sözleşmesi⁴ (İngilizce adıyla “*Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*” ve kısaca “New York Sözleşmesi”) madde II fıkra 3’te “*Bir Âkit Devlet mahkemesi, tarafların, işbu maddenin anladığı manada anlaşma akdettikleri bir konu ile ilgili uyuşmazlıklarına el koyduğu takdirde, anlaşmanın hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğunu tespit etmedikçe, bunları, birinin talebi üzerine, hakemliğe sevkeder*” ifadeleriyle taraf devlet mahkemeleri üzerinde tahkim anlaşmasının taraflarını, taraflardan birinin talebi üzerine, tahkime sevk etme şeklinde genel bir yükümlülük getirilmiştir⁵.

Yukarıda belirtildiği gibi, New York Sözleşmesi madde II fıkra 3’te tahkim anlaşmasının devlet mahkemeleri üzerindeki etkisi ve tahkim itirazına ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. Bu fıkra tahkim itirazının temel şartı olarak taraflardan birinin bu itirazda bulunması gerektiği belirtilmiştir. Fakat, bu itirazın ileri sürülmesi gereken zaman veya bu itiraz üzerine devlet mahkemesinin tahkim

2 Tahkim anlaşmasının olumlu ve olumsuz etkileri için bkz. Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard ve Berthold Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international* (1. Bası, Litec 1996) 999 vd.; Jean-François Poudret ve Sébastien Besson, *Comparative Law of International Arbitration* (2. Bası, Sweet&Maxwell 2007) 314; Gary B. Born, *International Arbitration: Law and Practice* (1. Bası, Wolters Kluwer 2012) 58 vd.; Ali Yeşilırmak, *Türkiyede Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözümler* (1. Bası, On İki Levha 2011) 79; Mehmet Polat Kalafatoğlu, ‘Tahkim Anlaşmasının Maddi ve Şekli Geçerliliğine İlişkin New York Sözleşmesi’nde Yer Alan Esaslar ve Türk Hukukundaki Uygulama’ (2021) 19(225) *Legal Hukuk Dergisi* 3927, 3947.

3 Fouchard, Gaillard ve Goldman (n 2) 999 vd.; Poudret ve Besson (n 2) 314; Born (n 2) 58 vd.; Yeşilırmak (n 2) 79; Kalafatoğlu (n 2) 3947.

4 Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında New York Sözleşmesi, 8 Mayıs 1991 tarih ve 3732 sayılı kanunla onaylanmıştır; RG 21.05.1991/20877.

5 Born (n 2) 61; Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern ve Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (6. Bası, Oxford 2015) 61; Kalafatoğlu (n 2) 3933.

anlaşmasının geçerliği hakkında inceleme yapıp yapmayacağı veya yapacaksa bu incelemenin kapsamı gibi konuların açıkça düzenlenmeyip taraf devletlerin milli hukuklarına bırakıldığı görülmektedir⁶. Türk hukuku açısından değerlendirdiğimizde, tahkim itirazının hem milletlerarası ticari tahkime hem iç tahkime ilişkin kurallar içeren kanunlarımızda, Türkiye'nin taraf olduğu New York Sözleşmesi'ndekine benzer esaslar çerçevesinde düzenlendiği görülmektedir⁷.

Bilindiği gibi Milletlerarası Tahkim Kanunu⁸ (kısaca "MTK") madde 5 fıkra 1'de, tahkim itirazı hakkında New York Sözleşmesi'nin ilgili düzenlemesine nazaran daha detaylı bir düzenleme bulunmaktadır. MTK madde 5 uyarınca, tahkim anlaşmasına rağmen dava mahkemede açılmışsa karşı taraf tahkim itirazında bulunabilir. Yine aynı hüküm uyarınca, tahkim itirazının Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁹ (kısaca "HMK") madde 116 vd. hükümlerine göre bir ilk itiraz olarak yapılacağı ve mahkemenin geçerli bir tahkim anlaşmasının mevcut olduğu sonucuna varması halinde tahkim itirazını kabul edip davayı usulden reddedeceği öngörülmüştür. Söz konusu ilk itiraz, cevap süresi içerisinde ve cevap dilekçesinde ileri sürülmelidir¹⁰. MTK madde 1 fıkra 2 uyarınca, MTK, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olduğu veya MTK hükümlerinin taraflar veya hakemlerce seçtiği uyuşmazlıklarda uygulanacaktır. Ancak, aynı maddenin üçüncü fıkrası uyarınca, madde 5'in tahkim yerinin Türkiye dışında belirlendiği durumlarda da uygulanacağı unutulmamalıdır.

Yerel tahkim açısından tahkim itirazına ilişkin düzenleme HMK madde 413 fıkra 1'de yer almaktadır. Bu fıkra, MTK ile benzer şekilde tahkim anlaşmasına rağmen davanın mahkemede açılması durumunda karşı tarafın ilk itiraz olarak tahkim itirazında bulunabileceği belirtilmiştir. Bu itiraz üzerine, mahkemenin, eğer tahkim anlaşması hükümsüz, tesirsiz veya uygulaması imkânsız değil ise, tahkim itirazını kabul edeceği ve davayı usulden reddedeceği düzenlenmiştir.

Bu düzenlemeleri somutlaştırmak adına basit bir örnek sunmak gerekirse, taraflar arasındaki tahkim yerinin Cenevre olarak belirlendiği tahkim anlaşmasına rağmen davacının Türk mahkemeleri önünde dava açması durumunda uyuşmazlığın tahkimde görülmesini arzu eden davalı taraf tahkim ilk itirazında

6 George A. Bermann, 'Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts' in George A. Bermann (ed), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (Springer 2017) 21; Poudret ve Besson (n 3) 47; Kalafatoğlu (n 3) 3951; Mustafa Serdar Özbek, 'Tahkim İlk İtirazı Üzerine Tahkim Sözleşmesi Üzerinde Yapılan Mahkeme Denetimi' (2019) 2 ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 179, 184.

7 Tahkim itirazı hakkında detaylı incelemeler için bkz.: Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (6. Bası, Vedat Kitapçılık 2021) 215 vd.; Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman-Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (10. Bası, Beta 2023) 804 vd.; Aysel Çelikel ve B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16. Bası, Beta 2020) 819; Nuray Ekşi, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim* (2. Bası, Beta 2019) 96 vd.; Ali Yeşilırmak, *Pekanttez Usul Medeni Usul Hukuku* (15. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017) 2663 vd.; Kalafatoğlu (n 2) 3947 vd.; İpek Sarıöz Büyükalp, 'Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim İtirazı İle Karşılaşan Türk Hakiminin Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Dair Yapacağı İncelemenin Kapsamı ve Sonuçları' (2014) 9(121-122) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 195, 197 vd.; Emre Esen, 'Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensipleri' (2011) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan 355, 377 vd.; Özbek (n 6) 181 vd.

8 Milletlerarası Tahkim Kanunu, Kanun Numarası: 4686, Kabul Tarihi: 21.06.2001, RG 05.07.2001/24453.

9 Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG, 04.02.2011/27836.

10 Özbek (n 6) 185.

bulunmalıdır. Tahkim itirazının kabul edilmesi durumunda ilgili mahkeme davayı usulden reddetmelidir. Böylelikle, New York Sözleşmesi'nde taraf devlet mahkemeleri üzerinde bir yükümlülük olarak öngörülmüş olduğu üzere tarafların mahkemece tahkime yönlendirilmesi gerçekleştirilmiş olacaktır.

III. YARGITAY 11.HD'NİN 05.02.2019 TARİHLİ E.2018/2354 VE K.2019/833 NUMARALI KARARI

Çalışmamızın esas konusunu oluşturan kararın incelenmesi açısından somut olayın konusu ve unsurları tanıtılmalı ve sonrasında ilk derece mahkemesinden başlamak suretiyle mahkemelerin verdikleri kararlar ve gerekçeleri belirtilmelidir.

A. UYUŞMAZLIĞIN KONUSU VE UNSURLARI

Yargıtay kararına konu olan uyuşmazlık, taşıtan konumunda olan davacı Türk şirket ile taşıyan konumunda olan davalı iki Türk şirketi arasında imzalanan deniz taşıma sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Bu uyuşmazlıkta, davacı taraf söz konusu sözleşme kapsamında 29.500 ABD dolarının fazladan tahsil edildiğini iddia etmektedir. Davacı tarafın, bu fazladan tahsile dayalı olarak davalılar aleyhine icra takibi başlattığı, bu icra takibinin ise davalıların itirazı üzerine durduğu anlaşılmaktadır. Bunun neticesinde davacı taraf, Denizcilik İhtisas Mahkemesi Sıfatıyla İzmir 5. Asliye Ticaret Mahkemesi nezdinde icra takibine ilişkin itirazın iptaline, icra takibinin devamına ve icra inkâr tazminatına hükmedilmesi talepleriyle bir dava açmıştır¹¹.

Karardan anlaşıldığı üzere, taraflar arasındaki konişmentonun 1994 tarihli bir navlun sözleşmesine atıf yaptığı ve söz konusu navlun sözleşmesinde ise tahkim şartı ve hukuk seçimine ilişkin bir kayıt olduğu anlaşılmaktadır. Kararda belirtilen bilgiler ışığında taraflar arasında bir tahkim anlaşmasının bulunduğu anlaşılmakla birlikte, söz konusu tahkimin *ad hoc* tahkim mi yoksa kurumsal tahkim mi olduğu, kurumsal tahkim ise hangi tahkim kurumunun seçildiği tam olarak anlaşılamamaktadır. Yargıtay kararında navlun sözleşmesinde yer alan tahkim şartından bahsedilirken “*Londra Tahkim Mahkemesi*” ve “*Londra Tahkim Heyeti*” ifadelerinin kullanıldığı görülmektedir. Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk olarak ise İngiliz hukuku seçilmiştir. Ancak, kararda söz konusu tahkim anlaşmasının geçersizliğe ilişkin bir tartışmanın veya incelemenin yer almadığının da altı çizilmelidir. Karara konu olan uyuşmazlığın esas noktasını, tahkim şartına dayanarak davalılar tarafından yapılan tahkim itirazının Türk mahkemelerinin yetkisi üzerindeki etkileri teşkil etmektedir.

B. İLK DERECE MAHKEMESİ, BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ VE YARGITAY KARARLARI

İzmir 5. Asliye Ticaret Mahkemesi önünde görülen davada davalı taraflar, taraflar arasındaki sözleşmede yer alan tahkim şartına dayanarak tahkim itirazında bulunmuştur. Söz konusu tahkim

11 İzmir 5 Asliye Ticaret Mahkemesi (Denizcilik İhtisas Mahkemesi Sıfatıyla), E 2016/633 K 2017/1073, 07.11.2017 (karar yayınlanmamıştır).

itirazı neticesinde, ilk derece mahkemesi, navlun sözleşmesinde yer alan tahkim şartı uyarınca “*Londra Tahkim Mahkemesinin*” yetkili olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme, tahkim itirazını yetki sözleşmelerini düzenleyen HMK madde 17’ye dayanarak kabul etmiş ve yetkisizlik sebebiyle davayı reddetmiştir. Bu kararın davacı tarafından istinaf yoluna götürülmesi neticesinde ise, İzmir Bölge Adliye Mahkemesi istinaf isteminin esastan reddine ve tahkim itirazının kabulüne karar vermiştir¹². Ancak, ilk derece mahkemesinin görevsizlik sebebiyle dava şartı yokluğundan davanın usulden reddine karar vermesi gerekirken, tahkim itirazının yetkisizlik kapsamında değerlendirilmesini yerinde olmadığını belirtmiştir.

Davacının yaptığı temyiz başvurusu üzerine, Yargıtay 11. HD önüne giden dosyada Yüksek Mahkeme: “*Taraflar arasında imzalanan sözleşmede tahkim kaydının mevcut olduğu ve uyumsuzluk halinde tahkim mahkemesi/geçerli kanunlar için başvurulacak yerin Londra ve İngiliz kanunları olduğu kabul edilmiş ise de, davacının Türk uyruklu olduğu ve Türk uyruklu bulunan davalıların ikametgah mahkemesinde dava açtığından, kendi ikametgah mahkemesinde kendisini daha iyi savunabilecek olan davalıların tahkim itirazında bulunarak Londra Tahkim Heyetinin görevli olduğu yolundaki itirazları MK’nın 2. maddesi hükümleri ile bağdaşmaz. Açıklanan nedenlerle mahkemece davalıların tahkim itirazının MK’nın 2. maddesi hükümleri ile bağdaşmayacağı nazara alınarak davalıların tahkim itirazının reddiyle uyumsuzluğun esasına girilmek gerekirken (...)*” demek suretiyle oybirliğiyle kararın davacı yararına bozulması gerektiğine hükmetmiştir¹³.

Dolayısıyla, bu kararda Yargıtay tahkim anlaşmasının geçerliliği açısından bir değerlendirmede bulunmadan, davalıların yapmış oldukları tahkim itirazının reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir. Yargıtay, bu kararını Türk uyruklu davalıların kendi ikametgâh mahkemelerinde açılan davada Londra’da görülecek bir tahkim davasına nazaran kendilerini daha iyi savunabilecek durumda olduklarına ve bu sebeple tahkim itirazının dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığı gerekçesine dayandırmıştır. Dolayısıyla, Türkiye dışında bir tahkim yerinin seçilmiş olduğu tahkim anlaşmasının, tahkim itirazında bulunmak suretiyle Türk mahkemelerinin yetkisi üzerinde etki doğurmasının Türk Medeni Kanunu¹⁴ (kısaca “TMK”) madde 2’den hareketle engellendiği görülmektedir.

IV. TÜRK MİLLETLERARASI USUL HUKUKUNDA YABANCI MAHKEMELERİ YETKİLENDİREN YETKİ ANLAŞMALARINA DAYANAN YETKİ İTİRAZI VE DÜRÜSTLÜK KURALI AÇISINDAN BİR PARANTEZ

Yargıtay kararının değerlendirilmesine geçmeden evvel, Türk milletlerarası usul hukukunda yabancı mahkemeleri yetkilendiren yetki anlaşmalarına dayanan yetki itirazları hakkında bir parantez açmanın faydalı olacağını düşünüyoruz. Kanaatimizce, milletlerarası usul hukukundaki yetki anlaşmaları ile tahkim anlaşmaları arasında doğrudan bir bağlantı kurulması tamamıyla yerinde olmayacaktır. Ancak, Yargıtay 11. HD’nin 2009 yılında vermiş olduğu karardan başlayarak aynı dairenin ve bazı

12 İzmir 17 BAM, E 2018/221 K 2018/247, 22.02.2018 (karar yayınlanmamıştır).

13 Yargıtay 11 HD, E 2018/2354 K 2019/833, 05.02.2019 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 20.06.2024.

14 Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2011/24607.

alt derece mahkemelerinin yabancı mahkemeleri yetkilendiren yetki anlaşmalarına rağmen davanın Türk mahkemeleri önünde açılması durumunda, Türkiye'de yerleşik davalı taraflarca yapılan yetki itirazlarını neredeyse aynı ifadelerle ve dürüstlük kuralına dayanarak reddettikleri görülmektedir. Dolayısıyla, çalışmamızın asıl konusunu oluşturan kararın çıkış noktasının da Yargıtay'ın "*kendi ikametgâh mahkemesinde kendisini daha iyi savunabilecek olan davalı*" varsayımını temel alan yetki anlaşmalarına ilişkin yaklaşımından kaynaklandığı tahmin edilebilir.

Bilindiği gibi Türk milletlerarası usul hukukunda, tarafların bir yetki anlaşması imzalamak suretiyle aralarında doğmuş veya doğacak hukuki uyuşmazlıklarda yabancı bir devlet mahkemesini yetkilendirmelerine yönelik anlaşmalar esas itibarıyla 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun¹⁵ (kısaca "MÖHUK") çerçevesinde düzenlenmektedir.

MÖHUK madde 47 fıkra 1 uyarınca, yabancı bir devlet mahkemesini yetkilendiren geçerli bir yetki sözleşmesinden bahsedebilmek için, tarafların bu yönde geçerli irade beyanları haricinde yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkisinden doğan bir uyuşmazlığın bulunması, bu uyuşmazlığın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuda olmaması gerekmektedir¹⁶. Kanunda açıkça düzenlenmiş olan bu şartların yanı sıra, taraflar arasındaki uyuşmazlığın belirli veya belirlenebilir olması ve taraflarca seçilen mahkemenin de belirli veya belirlenebilir olması gerektiği de doktrinde belirtilmektedir¹⁷. Ayrıca, MÖHUK madde 47 fıkra 1'de, söz konusu yetki anlaşmasının ispatı açısından "*anlaşma, yazılı delille ispat edilmesi halinde geçerli olur*" şeklinde bir düzenleme getirilmiştir.

MÖHUK madde 47 fıkra 1'in son cümlesinde ise, yabancı mahkemeyi yetkilendiren geçerli bir yetki anlaşmasının Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi üzerindeki etkisi düzenlenmiştir. Özellikle bu cümlede yer alan "*ancak*" ifadesinden hareketle, taraflarca yetkilendirilen yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması veya Türk mahkemesi önünde taraflarca yetki itirazında bulunulmaması durumları haricinde, davanın yetkili Türk mahkemesinde görülemeyeceği sonucuna varılır¹⁸.

15 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG 12.12.2007/26728.

16 Yabancı mahkemeleri yetkilendiren yetki anlaşmaları hakkında detaylı inceleme için bkz.: Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 7) 527 vd.; Çelikel ve Erdem (n 7) 636 vd.; Sibel Özel, Mustafa Erkan, Hatice Selin Pürselim ve Hüseyin Akif Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk* (3. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2024) 632 vd.; Ergin Nomer, *Milletlerarası Usul Hukuku* (2. Bası, Beta 2018) 129 vd.; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Özel Hukuk, Ders Kitabı* (Vedat Kitapçılık 2020) 132 vd.; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (3. Bası, Savaş Yayınevi 2015) 73 vd.; Z. Derya Tarman, *Milletlerarası Özel Hukuk, Kısa Ders Kitabı* (3. Bası, Vedat Kitapçılık 2023) 8 vd.; Hacı Can ve Ekin Tuna, *Milletlerarası Usul Hukuku* (2. Bası, Adalet 2019) 135 vd.; Gülin Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (Yetkin Yayınları 2021) 253 vd.; Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk* (13. Bası, Vedat Kitapçılık 2020) 414-415; Berk Demirkol, *Milletlerarası Yetki Anlaşmaları* (Vedat Kitapçılık 2018) 132 vd.

17 Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 7) 529; Doğan (n 16) 75-76; Can ve Tuna (n 16) 136; Akıncı, *Milletlerarası Özel Hukuk* (n 16) 134; Nomer (n 16) 136; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 16) 636; Çelikel ve Erdem (n 7) 639.

18 Yabancı mahkemeyi yetkilendiren yetki anlaşmasının hukuki sonuçları hakkında değerlendirmeler için bkz.: Güngör (n 16) 253; Demirkol (n 16) 210; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 7) 549; Cemile Demir Gökyayla, 'Seçilen Mahkemede Adil Yargılama Yapıl(a)mayaçağı Şüphesi Yetki Anlaşmasının Geçerliliğini Etkiler mi?' (2011) 13(2) DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 51, 52; Akıncı, *Milletlerarası Özel Hukuk* (n 16) 133; Emre Esen, 'Yabancı Mahkeme Lehine Yapılan Yetki Anlaşmasına Dayanan Yetki İtirazının Değerlendirilmesinde Dürüstlük Kuralının Etkisi ve Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 6.3.2009 Tarihli İçtihadının Eleştirisi' (2011) 31(1) PPIL 191, 200 (Dürüstlük Kuralı); Çelikel ve Erdem (n 7)

A. YABANCI MAHKEMEYİ YETKİLENDİREN YETKİ ANLAŞMASINA DAYANAN YETKİ İTİRAZI VE DÜRÜSTLÜK KURALINA İLİŞKİN 2009 TARİHLİ KARAR

Yabancı mahkemeyi yetkilendiren yetki anlaşmasına rağmen davanın Türk mahkemeleri önünde açılması durumunda davalı taraf yetki itirazında bulunabilir. Bu yetki itirazının HMK madde 19 uyarınca en geç cevap dilekçesinde ileri sürülmesi gerekmektedir. Bu durumda, geçerli bir yetki anlaşması mevcut ise davanın açılmış olduğu Türk mahkemesi yetkisizlik sebebiyle davanın usulden reddine karar vermelidir¹⁹.

Ancak, Yargıtay 11. HD 2009 yılında vermiş olduğu bir kararda, yabancı mahkemeyi yetkilendiren yetki anlaşmasına rağmen, yabancı uyruklu davacının Türk uyruklu ve Türkiye’de yerleşik davalı tarafa karşı davalının yerleşim yeri mahkemesinde açtığı davada, davalının yaptığı yetki itirazının TMK madde 2’ye dayanılarak reddedilmesi gerektiğini belirtmiştir: *“somut olayda yabancı devlet mahkemesini yetkilendiren yetki sözleşmesine rağmen yabancı uyruklu taşıyan Türk uyruklu bulunan davalının ikametgâh mahkemesinde dava açtığından ve kendi ikametgâh mahkemesinde kendisini daha iyi savunabilecek olan davalının davaya bakmaya Bremen mahkemelerinin yetkili bulunduğu yolundaki yetki itirazı MK’nun 2.maddesi hükümleri ile bağdaşmaz”*²⁰.

Görüldüğü üzere, Yargıtay 11. HD bu kararını esas olarak yabancı uyruklu davacının davasını taraflarca yetkilendiren Bremen mahkemesi yerine, davalının Türkiye’deki yerleşim yeri mahkemesinde açmış olmasına ve Türk uyruklu davalının kendi yerleşim yeri mahkemelerinde kendisini daha iyi savunabilecek olması varsayımına dayandırmıştır. Bu unsurlara rağmen, davalının yetki itirazında bulunması dürüstlük kuralına aykırı olarak değerlendirilmiştir²¹.

Kararın gerekçelerinden ikincisi, taraflarca yetkilendirilen Bremen mahkemelerinin açılmış olan davayı yetkisizlik sebebiyle reddetmiş olmasıdır. Kararda bu gerekçe şu şekilde ifade edilmiştir: *“Kaldı ki, temyiz aşamasında davacı tarafından yetkili kılınan yabancı devlet mahkemesinde açılan davada da yetkisizlik kararı verildiğinden 5718 sayılı Yasa’nın 47nci maddesi uyarınca mahkemece davaya bakılmak gerekecektir”*. Doktrinde isabetle belirtildiği gibi, aslına bakılırsa Yargıtay sadece bu gerekçeye dayanarak bozma kararı verebilirdi ve böylelikle üst mahkeme MÖHUK madde 47’deki düzenlemeye de uygun hareket etmiş olurdu²². Ancak, Yargıtay sadece bu gerekçeye dayanmakla yetinmemiş ve dürüstlük kuralına aykırılık gerekçesine de dayanmıştır.

645-646; Nomer (n 16) 130; Can ve Tuna (n 16) 148; Doğan (n 16) 79; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 16) 634.

19 Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 16) 642.

20 Yargıtay 11 HD, E 2008/5454 K 2009/2604, 06.03.2009, <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 20.06.2024.

21 Demir Gökyayla, dürüstlük kuralına aykırı olarak değerlendirilebilecek yetki itirazlarına bir başka örnek sunmuştur: *“Davalı, kendi mahkemelerinde davacının adil yargılanma haklarına riayet edilmeyebileceğinden, kendi ülkesindeki gücü nedeniyle kendi lehine bir karar alabilecek olmasına güvenerek yetki anlaşmasına dayalı yetki itirazında bulunuyorsa burada hakkın dürüstlük kurallarına aykırı bir şekilde kullanılması söz konusudur”*. Demir Gökyayla (n 18) 66. Milletlerarası usul hukukunda yetki itirazları ve dürüstlük kuralı ilişkisi bakımından bir başka örnek Nomer tarafından sunulmuştur: *“Davacının, hukuki veya fiili sebeplerle, yetkili kılınan yabancı mahkemede hakkını elde edememe tehlikesi aşikâr şekilde mevcut ise, davalının yetki sözleşmesine dayanarak yapacağı yetki itirazı hukuki sonuç doğurmaz”*. Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku (23. Bası, Beta 2021) 497.

22 Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 7) 551; Esen, ‘Dürüstlük Kuralı’ (n 18) 193.

Bu karar, bizim de katıldığımız gerekçelerle, Türk doktrininde büyük bir çoğunlukla eleştirilmektedir. Akıncı'ya göre, tarafların yabancı bir mahkemeyi yetkilendirmeleri Türk mahkemelerine güvensizlik olarak değerlendirilemez ve yetkili mahkemenin belirlenmesinin esasa uygulanacak hukuka, çeşitli vasıflandırma problemlerine ilişkin etkileri olacağından davanın sonucunu etkileyici farklar yaratabilir. Bu sebeple, davalının uyuşmazlığın yetkilendirilen yabancı mahkemede görülmesinde haklı menfaati bulunabilir²³. Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, söz konusu yetki itirazının, tarafların karşılıklı iradesiyle ve kanunun verdiği yetkiyle kurulmuş yetki anlaşmasına dayandığını, yapılan yetki itirazının da kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapıldığını ve bu sebeple dürüstlük kuralına aykırı olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir²⁴. Yazarlar, yetki itirazında bulunan tarafın yetki anlaşmasını kuran iradesiyle uyumlu hareket ettiğini ve Yargıtay'ın bu kararının yetki anlaşmalarını işlevsiz kılacağını savunmuştur²⁵. Tarman, yabancı devlet mahkemesi lehine yetki itirazında bulunulmasının Türk mahkemelerine güvensizlik veya dürüstlük kuralına aykırılık olarak değerlendirilemeyeceğini, *“davalı taraf Türk vatandaşı olsa veya yerleşim yeri Türkiye’de bulunsada dahi davanın kararlaştırılan yabancı ülke mahkemesinde görülmesini beklemekte haklı menfaati”* olabileceğini belirtmektedir²⁶. Doğan'a göre, taraflar kanunen tanınan imkânlarını kullanarak yetki anlaşması imzalamıştır ve söz konusu yetki itirazı kanunen verilen yetkinin kullanılması anlamına gelmektedir. Yazar, ayrıca, davanın hangi ülke mahkemeleri nezdinde açılacağına uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun tespiti bakımından da son derece önemli olduğunu vurgulamaktadır²⁷. Yine doktrinde, yetki itirazında bulunan davalının kanunda kendisine tanınan bir hakkını kullandığı ve ileri sürülen yetki itirazının taraflar arasındaki sözleşmeye ve taraf iradelerine sadık kalınması anlamına geldiği belirtilmektedir²⁸. Can ve Tuna'ya göre de davalının kendi ikametgâh mahkemesinde kendisini daha iyi savunma imkânından yararlanıp yararlanmayacağı sadece kendisini ilgilendirir. Yazarlara göre, Yargıtay'ın yaklaşımı kabul edilebilir bir yaklaşım değildir ve yetki sözleşmelerinin işlevsiz hale gelmesine de yol açabilir²⁹.

Esen, bu kararı konu alan çalışmasında, Yargıtay'ın yaklaşımını *“yabancı mahkeme lehine yapılan yetki anlaşmalarının Türk mahkemelerinin yetkisini ortadan kaldırmasını kabul etmekte zorluk çektiği”* şeklinde yorumlamıştır³⁰. Esen, davalının daha önceki davranışlarıyla çelişmeyen ve istikrar arz eden bir itirazda bulunduğunu, tarafların yabancı mahkemeyi yetkilendirirken çok farklı amaçlarla hareket etmiş olabileceklerini, davalının yetki itirazında bulunmasının sebebinin ise davanın Bremen mahkemelerinde görülmesinin kendisi için daha avantajlı olacağını düşünmesi olabileceğini belirtmektedir³¹. Dolayısıyla, yazara göre, *“başkaca hiçbir somut veri bulunmaksızın, sadece davalının savunma haklarını kendi ikametgâhı mahkemesinde daha iyi kullanabileceği varsayımına istinaden*

23 Akıncı, *Milletlerarası Özel Hukuk* (n 16) 133, dipnot 216.

24 Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 7) 551.

25 Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 7) 551.

26 Tarman (n 16) 13.

27 Doğan (n 16) 80.

28 Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 16) 642.

29 Can ve Tuna (n 16) 150.

30 Esen, 'Dürüstlük Kuralı' (n 18) 201.

31 Esen, 'Dürüstlük Kuralı' (n 18) 204 ve 205.

*dürüstlük kuralıyla bağdaşmadığının kabulü yerinde olmaz*³². Demirkol'un belirttiği gibi, MÖHUK madde 47 düzenlemesi, tarafların yabancı mahkemeyi yetkilendiren yetki anlaşmasına dayanarak yetki itirazında bulunmalarını, tarafların mutad meskenleri veya yerleşim yerlerinin Türkiye'de bulunmamasına bağlı kılmamıştır. Yazar, doktrinde ileri sürülen gerekçelere de katılarak bu kararın hukuki dayanaktan yoksun olduğunu belirtmektedir³³. Son olarak, Kuru'nun ise Yargıtay kararı yönünde görüş sahibi olduğu görülmektedir³⁴.

B. TÜRK MAHKEMELERİNİN SONRAKİ TARİHLİ KARARLARINDA 2009 TARİHLİ YARGITAY KARARININ ETKİLERİ

Yargıtay 11. HD'nin 2009 tarihli kararından sonra doktrinde neredeyse görüş birliği halinde ileri sürülen eleştirilere rağmen, aynı yönde Yargıtay ve alt derece mahkemeleri kararlarıyla maalesef karşılaşmaktadır.

İlk olarak belirtilmesi gereken husus, bu kararların hiçbirinde, yukarıda incelediğimiz kararın gerekçelerinden biri olan taraflarca yetkilendirilmiş yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz görmesi durumu söz konusu değildir. Dolayısıyla, Yargıtay'ın 2009 tarihli kararında prensip kararı olarak benimsediği "*kendi ikametgâh mahkemesinde kendisini daha iyi savunabilecek olan davalı*" yaklaşımının, sonraki tarihli kararlarda temel gerekçe olarak uygulandığı görülmektedir. Yargıtay 11. HD ve bazı alt derece mahkemeleri, 2009 tarihli kararda da olduğu gibi davacı yabancı şirketin, Türk uyruklu ve Türkiye'de yerleşik davalının yerleşim yeri mahkemesinde açtığı davalarda, davalının yabancı mahkemeyi yetkilendiren yetki anlaşmasına dayanan yetki itirazında bulunmasının dürüstlük kuralına aykırı olacağına hükmetmiştir³⁵. Benzer şekilde, davanın iki tarafının da Türk uyruklu veya Türkiye'de yerleşik olduğu davalarda, yine TMK madde 2'den hareketle ve 2009 tarihli karardaki "*kendi ikametgâh mahkemesinde kendisini daha iyi savunabilecek olan davalı*" varsayımı esas alınarak, davalının yabancı mahkemeyi yetkilendiren yetki anlaşmasına dayanarak yaptığı yetki itirazının reddedilmesi gerektiğine karar verilmiştir³⁶.

Dikkat çeken bir başka karar İstanbul 17. Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından 2018 yılında verilmiştir³⁷. Mahkeme, yabancı davacının Türkiye'de yerleşik davalıya karşı davalının yerleşim

32 Esen, 'Dürüstlük Kuralı' (n 18) 206.

33 Demirkol (n 16) 214.

34 Kuru, Yargıtay kararı yönündeki görüşünü şu şekilde savunmuştur: "*Meselâ, satıcı Alman, davayı alıcı Türk'ün ikametgâhı olan İstanbul'da açmış ve davalı Türk (davanın yetki sözleşmesine göre Münih Mahkemesinde açılması gerektiğini bildirerek) yetki ilk itirazında bulunmuş ise, bu yetki itirazı hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir. Çünkü, davalı kendisini ikametgâhında (İstanbul'da) çok daha iyi savunabilir; davanın Münih Mahkemesinde görülmesini istemesinde, davalının korunmaya değer hiçbir hukuki yararı yoktur*", Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü* (6. Bası, Demir Yayıncılık 2001) Cilt 1, 658.

35 Yargıtay 11 HD, E 2016/3848 K 2017/5825, 30.10.2017; Yargıtay 11 HD, E 2017/1529 K 2019/487, 17.01.2019; Antalya 4 Asliye Ticaret Mahkemesi, E 2018/756 K 2021/813, 06.12.2021 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 20.06.2024.

36 Yargıtay 11 HD, E 2015/5517 K 2015/12591, 25.11.2015; Yargıtay 11 HD, E 2015/11534 K 2016/8512, 31.10.2016; İstanbul 15 BAM, E 2020/799 K 2020/1453, 04.12.2020; İstanbul 17 Asliye Ticaret Mahkemesi, E 2020/12 K 2022/431, 28.06.2022; İstanbul 17 Asliye Ticaret Mahkemesi, E 2018/107 K 2019/428, 17.10.2019; İstanbul 17 Asliye Ticaret Mahkemesi, E 2017/79 K 2018/60, 26.02.2018, söz konusu kararlar için bkz. <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 20.06.2024.

37 İstanbul 17 Asliye Ticaret Mahkemesi, E 2015/214 K 2018/475, 05.12.2018 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi

yeri mahkemesinde açtığı davada, davalının yabancı mahkemeyi yetkilendiren yetki anlaşmasına dayanarak yaptığı yetki itirazını TMK madde 2'ye aykırı bularak reddetmiştir. Bu karardaki önemli husus, mahkemenin gerekçesini sunarken Yargıtay 11. HD'ne atıfta bulunarak “*Yargıtay 11 Hukuk Dairesinin bu konudaki yerleşik içtihatlarına göre*” bu sonuca ulaştığını belirtmesidir. Kanaatimizce, ilk derece mahkemesinin Yargıtay 11. HD'nin bu yöndeki kararlarını dairenin “*yerleşik içtihatları*” olarak nitelendirmesi dikkate değerdir.

Son olarak, Yargıtay 11. HD'nin, 2016 yılında vermiş olduğu bir başka kararda, yetki itirazını reddedip Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin mevcut olduğu sonucuna ulaşırken, elinde yine yeterli olabilecek bir başka hukuki gerekçe mevcut olmasına rağmen, TMK madde 2'ye dayanan gerekçe tekrarlanmıştır³⁸. Dava konusu olayda, taraflar arasındaki yetki anlaşmasında yabancı bir mahkemenin yanı sıra “*alternatif olarak ve sadece taşıyanın seçim hakkına bağlı olarak taşıyan, tacirin yetkili iş yeri mahkemesinde de tacir aleyhine dava açabilir*” denmiştir. Yargıtay, yetki itirazını kabul eden ilk derece mahkemesi kararını bozarken, ilk olarak dürüstlük kuralına aykırılık gerekçesine başvurmuştur. Sonrasında ise taraflar arasındaki sözleşmede alternatif olarak ve sadece taşıyanın seçim hakkına bağlı olarak davalının yerleşim yeri mahkemesini yetkilendiren hükmü de geçerli kabul etmiştir. Bu sebeple, Yargıtay, ilgili sözleşme maddesi “*uyarınca da davalının ikametgahı mahkemesinde dava açılmasına engel bir durum bulunmamaktadır*” sonucuna varmıştır. Dolayısıyla, Yargıtay'ın, 2009 tarihli kararda olduğu gibi, elinde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis edebilecek, seçimlik yetki anlaşmasının geçerli kabul edilmesi şeklinde başka bir hukuki gerekçe bulunmasına rağmen TMK madde 2'ye dayandığı görülmektedir. Tüm bu kararlar, özellikle Yargıtay'ın yetki itirazı ve TMK madde 2 ilişkisinde bir prensip kararı benimsediğini ortaya koymaktadır.

Yukarıda belirtilen ve katıldığımız görüşler uyarınca, bu kararlar yabancı mahkemeleri yetkilendiren yetki anlaşmalarının Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi üzerindeki etkisini tamamen geçersiz bir varsayımı temel alarak sınırlandırmaktadır. Davanın yabancı mahkemede görülmesinde davalı tarafın farklı menfaatleri olabileceği gibi, MÖHUK madde 47'de davalıların yetki itirazında bulunmaları yerleşim yerlerinin Türkiye'de bulunmaması gibi bir şarta bağlanmamıştır. Maalesef gerek Yargıtay gerek alt derece mahkemeleri 2009 tarihli kararı bir prensip kararı olarak devam ettirmektedir. Bu durum, Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe tarafından “*bazı mahkemelerin bu hatalı anlayışı sürdürmekte olduklarını üzülerek görmekteyiz*” ifadeleriyle yorumlanmaktadır³⁹.

V. YARGITAY KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu başlık altında çalışmamızın asıl konusunu oluşturan kararın değerlendirilmesine geçilecektir. Bu doğrultuda, ilk olarak, medeni yargılama hukukunda tarafların dürüst davranma yükümlülüğü, bu yükümlülüğe aykırılık oluşturabilecek örnekler çerçevesinde açıklanacaktır. Sonrasında ise, kararın

20.06.2024.

38 Yargıtay 11 HD, E 2015/9758 K 2016/4646, 25.04.2016 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 20.06.2024.

39 Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 7) 551, dipnot 244.

temel gerekçesini oluşturan varsayımın neden hatalı olduğu açıklanacak ve bu kararın yaratabileceği olumsuz neticeler belirtilecektir.

A. MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA TARAFLARIN DÜRÜST DAVRANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Yargıtay kararını ve özellikle gerekçesini tam anlamıyla değerlendirebilmek için medeni yargılama hukukunda dürüstlük kuralı ve bu kuralın uygulaması ortaya konulmalıdır. TMK madde 2 uyarınca herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorundadır. Maddi hukuk alanında getirilmiş olan bu temel prensip, doğal olarak, tarafların usul hukukundan kaynaklanan haklarını kullanmaları aşamasında da uygulama alanı bulacaktır⁴⁰. Dolayısıyla, bir davanın tarafları tüm yargılama süresince usul hukukuna ilişkin haklarını kullanırken veya işlemler yaparken dürüstlük kuralına uygun hareket etmek zorundadır⁴¹. Bir başka ifadeyle, taraflar dava hakkının ve usulî yetkilerin kullanılmasında dürüstlük kuralına uymak yükümlülüğü altındadır⁴². Dürüstlük kuralına aykırılık hali, yargılama sırasında davanın taraflarınca ileri sürülebileceği gibi hâkim tarafından da re'sen dikkate alınabilir⁴³. Bununla birlikte, yargılamada dürüstlük kuralına aykırılığı ileri süren tarafın kendisinin de dürüstlük kuralına uygun hareket etmesi gerekmektedir⁴⁴. Tarafların usul hukukuna ilişkin bu yükümlülükleri HMK madde 29 fıkra 1'de şu ifadelerle düzenlenmiştir: “*Taraflar, dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadırlar*”.

Doktrinde, medeni yargılama hukukunda dürüstlük kuralının uygulamasına yönelik bazı düzenlemelerin HMK'da yer aldığı belirtilmektedir. Bu şekilde düzenlemelere örnek olarak, HMK madde 7 fıkra 2'de düzenlenmiş olan, birden fazla davalının olması durumunda davanın davalılardan birini sırf kendi yerleşim yerinden başka bir yer mahkemesi önüne getirmek için açılmış olması durumunda o kişi hakkında yetkisizlik kararı verilmesi veya HMK madde 327 fıkra 1'de öngörülmüş olan, gereksiz yere davanın uzamasına veya davada gider yapılmasına sebep olan tarafın, davada lehine karar verilmiş olsa bile yargılama giderlerini ödemesine karar verilebilmesine ilişkin düzenlemeler verilebilir⁴⁵. Yine doktrinde usul hukuku açısından dürüstlük kuralına aykırılık oluşturabilecek davranışlara ilişkin çeşitli örnekler sunulmuştur. Buna göre, davacının sadece daha fazla vekalet ücretine hak kazanabilmek amacıyla çok sayıda kısmi dava açmasının hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olacağı belirtilmektedir⁴⁶. Erdönmez'e göre, yargılama sırasında usulî yetkilerin de dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılması gerekir. Bu sebeple, sadece davanın

40 Yavuz Alangoya, *Medenî Usul Hukuku Esasları* (Nemaş 2003) 309; Yavuz Alangoya, M. Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, *Medenî Usul Hukuku Esasları* (Alkım 2005) 38.

41 Güray Erdönmez, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku* (15. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017) 911 vd.; Timuçin Muşul, *Medenî Usul Hukuku* (3. Bası, Adalet 2012) 280; Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku* (2. Bası, Adalet 2018) 87; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku* (7. Bası, Yetkin 2021) 167.

42 Ramazan Arslan, *Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı* (Sevinç 1989) 60 ve 71 vd.

43 Erdönmez (n 41) 912. Ayrıca bkz.: Arslan (n 42) 27.

44 Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 41) 167.

45 Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 41) 167; Erdönmez (n 41) 915. Ayrıca bkz. Arslan (n 42) 83 vd.

46 Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 40) 38; Erdönmez (n 41) 914.

geciktirilmesi amacıyla hâkimin reddedilmesinin, görev veya yetki itirazında bulunulmasının, yetkili bir mahkeme yaratmak amacıyla yerleşim yerinin bir yerden başka bir yere alınmasının, kanun yollarına başvurulmasının veya bekletici sorun yaratılmasının dürüstlük kuralına aykırı kabul edileceği belirtilmektedir⁴⁷. Benzer şekilde, yazara göre, karşı tarafta haklı bir güven oluşturulduktan sonra bu güvenin aksine dava açılması veya bir işlemin geçersizliğinin ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırı olacaktır⁴⁸. Örneğin, davacı taraf, karşı tarafta dava açmayacağına yönelik haklı güven uyandırmış ve fakat buna aykırı hareket edip dava açmışsa bu davanın dürüstlük kuralına aykırılık ve dava hakkı bulunmaması sebebiyle reddedilmesi gerektiği belirtilmektedir⁴⁹. Dürüstlük kuralına aykırılık olarak değerlendirilebilecek bir başka durum, bir tarafın çelişkili davranmasıdır⁵⁰.

Her ne kadar HMK madde 29 fıkra 1'de taraflardan birinin dürüstlük kuralına aykırı davranmasının hukuki sonuçları açık bir şekilde düzenlenmemiş olsa da öğretide kural olarak kabul edilen yaklaşım, mahkemenin dürüstlük kuralına aykırı değerlendirilen işlemin hukuki sonuç doğurmasına imkân vermemesi şeklindedir⁵¹. Bir başka ifadeyle, dürüstlük kuralına aykırı olarak yapılan davranış veya işlem hukuk düzenince korunmayacaktır⁵². HMK tasarısında yer alan 29. maddeye ilişkin gerekçede şu açıklama yapılmıştır: “Söz konusu kurala aykırı olması hâlinde işlemin hukuki sonuç doğurması mahkemece önleneyecektir”. Ancak, Budak ve Karaaslan'a göre, dürüstlük kuralına aykırı işlemin hukuki sonuç doğurmasının mahkeme tarafından önlenmesi düşüncesi her zaman doğru değildir. Yazarlar şu örneği vermektedir; davacının dürüstlük kuralına aykırı olarak açmış olduğu dava mahkeme tarafından görülecek ancak mahkeme dava hakkında kararını verirken söz konusu aykırılığı da dikkate alacaktır⁵³.

Bu açıklamalardan hareketle dürüstlük kuralının veya tarafların yargılama sırasında dürüst davranma yükümlülüklerinin genel bir kural olduğunu kabul etmek gerekir. Dolayısıyla, tahkim anlaşması, tahkim yargılaması veya hakem kararıyla ilişkili bir uyuşmazlık devlet mahkemeleri önüne geldiğinde tarafların dürüst davranma yükümlülükleri devam edecektir⁵⁴. Ancak, doktrinde ileri sürülmüş örnekler dikkate alındığında, çalışma konumuzu oluşturan kararda dürüst davranma yükümlülüğüne aykırı olarak değerlendirilebilecek bir olgu bulunmamaktadır.

47 Erdönmez (n 41) 914. Ayrıca bkz. Arslan (n 42) 78 vd.

48 Erdönmez (n 41) 916. Arslan (n 42) 106.

49 Arslan (n 42) 106.

50 Erdönmez (n 41) 916-917. Aynı yönde, Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 40) 38; Arslan (n 53) 107.

51 Muşul (n 41) 280; Erdönmez (n 52) 914.

52 Arslan (n 42) 51.

53 Budak ve Karaaslan (n 41) 88.

54 Yargıtay 6. HD, 2023 yılında vermiş olduğu bir kararda, daha önce açılan bir davada tahkim itirazında bulunan tarafın, sonraki tarihte mahkeme nezdinde açtığı davada tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmesinin dürüstlük kuralına aykırılık oluşturduğuna hükmetmiştir: “(...) Karşıyaka Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2005/260 E. Sayılı dosyası kapsamında davacı olan kooperatifin 06/11/1999 tarihli protokoldeki tahkim sözleşmesine dayanarak tahkim itirazında bulunduğu, artık eldeki davada “tahkim usulünün uygulanmayacağını” ileri sürmesinin dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacağı (...).” Yargıtay 6 HD., E 2023/291 K 2023/259, 25.01.2023, <www.lexpera.com.tr>. Ayrıca bkz. Akıncı Tahkim Bülteni, Temmuz 2023, Erişim Tarihi 20.06.2024.

B. KARARIN GEREKÇESİNDEKİ HATALI VARSAYIM

Yukarıda açıldığı üzere tarafların dürüst davranma yükümlülüğü tahkime ilişkin bir uyuşmazlığın devlet mahkemeleri önüne gelmesi durumunda da devam edecektir. Bu sebeple, davalı tarafın yetki itirazında bulunurken dürüstlük kuralına uygun hareket etmesi gerekmektedir. Aksi halde, yapılan yetki itirazının mahkemece reddedilmesi gerekir. Çalışmamızın temel konusu olan Yargıtay kararında da “*davacının Türk uyruklu olduğu ve Türk uyruklu bulunan davalıların ikametgâh mahkemesinde dava açtığından, kendi ikametgâh mahkemesinde kendisini daha iyi savunabilecek olan davalıların tahkim itirazında bulunarak Londra Tahkim Heyetinin görevli olduğu yolundaki itirazları MK’nın 2. maddesi hükümleri ile bağdaşmaz*” ifadeleriyle, dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle davalı tarafların tahkim itirazlarının reddedilmesi gerektiğine karar verilmiştir. Ancak, kanaatimizce, kararın temel gerekçesi hatalı bir varsayıma dayanmaktadır. Bu hatalı varsayım, davalının Londra’da hakem heyeti önünde yapılacak tahkim yargılamasına nazaran kendi yerleşim yeri mahkemeleri önünde kendisini daha iyi savunabileceğine ilişkin varsayımdır.

Mahkemelerimizin yabancı mahkemeyi yetkilendiren yetki anlaşmalarına dayanarak yapılan yetki itirazlarını, aynı ifadelerle ve dürüstlük kuralına dayanarak reddettiklerini açıklamıştık. Davanın yetkilendirilen yabancı mahkemede görülmesinde davalı tarafın farklı menfaatleri olabileceğini de belirtmiştik. Yabancı mahkemeyi yetkilendiren taraflar ile tahkim anlaşması imzalayan tarafların iradeleri, beklentileri ve menfaatleri bütünüyle benzerlik göstermediğinden ve farklılıklar söz konusu olduğundan, yetki sözleşmelerine ilişkin ve eleştirdiğimiz içtihadı benzer bir yaklaşımın tahkim anlaşmaları ve tahkim itirazı bakımından benimsenmesinin hatalı bir yaklaşım olduğu kabul edilmelidir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın tahkimde görülmesi durumunda, davalının savunma hakkına veya savunma imkânlarına ilişkin birçok farklı hususu dikkate almak gerekir. Bilindiği gibi taraflar birçok farklı sebeple aralarındaki uyuşmazlığın tahkimde görülmesinin menfaatlerine uygun olduğunu düşünebilir ve tahkim anlaşması imzalamak suretiyle bu doğrultuda iradelerini oluşturabilirler. Uyuşmazlığın tahkime götürülmesi durumunda, devlet mahkemelerinden farklı olarak yargılama usulünün başka kurallara tabi olması, hakem heyetinde görev alacak kişilerin uyuşmazlık konusu hakkında teknik bilgi ve tecrübeye sahip olmaları, tahkim yargılamasında gerekli görülmesi durumunda günlerce sürebilecek duruşmaların yapılabilmesi imkânı gibi birçok husus gündeme gelecektir⁵⁵. Somut olayın özelliklerine göre, bu unsurların her biri ayrı ayrı veya bir bütün olarak değerlendirildiğinde davalıların savunma haklarını ve imkânlarını devlet mahkemeleri önündeki yargılamalara nazaran daha etkin bir şekilde kullanabilmeleri sonucu doğabilir. Dolayısıyla, davanın salt davalıların yerleşim yeri mahkemesinde açılmış olmasının daha iyi bir savunma imkânı yaratacağı görüşü hatalı bir varsayıma dayanmaktadır. Bu hatalı varsayım, özellikle dürüstlük kuralına aykırılık yaratabilecek başka bir unsur mevcut değilse, bizleri yanıltıcı sonuçlara ulaştırmaya elverişlidir. Bu hatalı varsayım neticesinde, tahkimin bir uyuşmazlık çözüm metodu olarak taraflara sunduğu tüm avantajların sadece davalıların yerleşim yeri mahkemesinde davanın açılmış olması sebebiyle

55 Akıncı (n 7) 9 vd.

kaybedilmesi sonucu doğacaktır. Bu sebeplerle, bu karara katılmadığımızı açıkça belirtmemiz gerekmektedir.

Ayrıca, dava konusu olan olayda ve karar metninde aktarılan sınırlı bilgiler ışığında, davalıların tahkim itirazında bulunmasında dürüstlük kuralına aykırılık yarattığı şeklinde değerlendirilebilecek farklı veya ilave bir unsur da görülmemektedir. Unutulmamalıdır ki TMK madde 2 fıkra 2, bir hakkın “açıkça” kötüye kullanılmasının hukuk düzeni tarafından korunmayacağını belirtmektedir. Bu sebeple, yetki itirazının neden dürüstlük kuralına aykırı olarak değerlendirildiği somut veriler eşliğinde ortaya konulmalıdır.

Örneğin, devlet mahkemesi önünde görülen davada sadece davanın geciktirilmesi amacıyla ileri sürülmüş ve temelsiz bir tahkim itirazı söz konusu değildir. Aslına bakılırsa, tam da bu sebepten hareketle, mahkeme önünde tahkim itirazının ileri sürülmesi gerek MTK gerek HMK düzenlemelerinde süre bakımından sınırlandırılmıştır. Ayrıca, yukarıda belirttiğimiz gibi kararda tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin bir değerlendirmede de bulunulmamıştır. Dolayısıyla, davalıların geçerli bir tahkim anlaşmasına ve kanunen tanınmış olan tahkim itirazında bulunabilme hakkına dayanarak yaptıkları tahkim itirazının temelsiz bir itiraz olmadığı sonucuna varılmalıdır. Taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması bulunmadığı durumda, mahkeme, davalıların tahkim itirazını dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle değil, geçersizlik sebebiyle reddedecektir.

Tahkim itirazı bakımından dürüstlük kuralına aykırılık olarak nitelendirilebilecek bir başka örnek ise, davalı tarafın bu itirazının kendisinin daha önceki davranışlarıyla çelişki yaratması hali olabilir. Özbek, tahkim itirazının dürüstlük kuralına uygun olarak yapılmasını gerektiğini ve Yargıtay'ın tahkim itirazında bulunan tarafın çelişkili davranışlarına izin vermediğini belirtmektedir⁵⁶. Örneğin, davalı taraf, bir yandan da hakem heyeti önündeki tahkim yargılamasında tahkim anlaşmasının geçersizliği gibi hakemlerin yetkisizliği sonucunu doğuracak bir itiraz ileri sürmüştü, bu durumda ilgili tarafın çelişkili bir davranış içerisinde olduğu sonucuna varılabilir.

Yargıtay 15. HD 2010 yılında vermiş olduğu bir kararda tahkim itirazının dürüstlük kuralına aykırı kabul edilmesi sebebiyle reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir. İlgili davada, taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan gecikme tazminatı ve kira bedeli talepleri ile yüklenici şirkete karşı bir dava açılmış ve davalının tahkim itirazı ilk derece mahkemesi tarafından kabul edilmiştir. Fakat, yüklenici şirketin aynı sözleşmeye dayanarak davacı ve diğer arsa sahipleri hakkında cezai şartın tahsili talebiyle mahkeme nezdinde dava açtığı anlaşılmaktadır. Bunun üzerine Yargıtay şu sonuca varmıştır: “davacı Z. R. tarafından açılan işbu temyize konu davada “tahkim” itirazında bulunan davalı yüklenici şirket sözleşmedeki tahkim şartını dikkate almadan kendi davasını genel mahkemede açmıştır. Geçerli tahkim sözleşmesi veya şartına rağmen sözleşmenin taraflarının davalarını hakem yerine mahkemelerde açmış olmaları durumunda tahkim sözleşmesinin veya şartının uygulanmasından vazgeçmiş olduklarının kabulü gerekir. Zira Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Taraflar sözleşmede

56 Özbek (n 6) 186.

kararlaştırılan tahkim şartının uygulanması olanağını ortadan kaldırmışlardır. Açıklanan bu sebeplerle davalılarınca yapılan tahkim itirazı kabul edilemez. Mahkemece işin esasına girilerek uyuşmazlık çözümüne bağlanmalıdır”⁵⁷.

Bu yönde değerlendirilebilecek bir başka örnek, davalının, mahkeme önünde tahkim itirazında bulunmayacağına yönelik davacı taraf nezdinde haklı bir güven oluşturmuş olması ve buna rağmen tahkim itirazını ileri sürmesi hali olabilir. Ancak, incelediğimiz kararda bu yönde bir unsurun bulunmadığının altı çizilmelidir. Aslına bakılırsa, tarafların arasındaki tahkim anlaşmasına rağmen davanın mahkeme önünde açılması durumunda, davalı tarafların geçerli tahkim anlaşmasına uygun olarak kendilerinden beklenen ve öngörülebilecek şekilde tahkim itirazında bulundukları görülmektedir. Dolayısıyla, davalı tarafların tahkim itirazında bulunmalarında çelişkili bir davranışlarının bulunmadığı sonucuna varılmalıdır.

Son olarak, dava taraflarından birinin kendisini daha iyi savunabilecek olması ilgili tarafın kendi menfaatini ilgilendiren bir husustur. Bir an için Yargıtay’ın varsayımı doğru kabul edilse bile, ilgili taraf davanın kendi yerleşim yeri mahkemesinde görülmesi durumunda kendisini daha iyi savunabilme imkânından faydalanmak istemiyorsa veya bir başka ifadeyle kendisini daha iyi savunabilme imkânından feragat etmek istiyorsa bu davranışı TMK madde 2’ye dayanarak engellemek, kanaatimizce, TMK madde 2’nin usul hukukundaki amacına ve korumak istediği menfaatlere aykırılık oluşturacaktır.

C. BU KARARIN YARATABİLECEĞİ OLUMSUZ NETİCELER

Yargıtay’ın vermiş olduğu bu karar bazı olumsuz neticeler yaratmaya elverişlidir. İlk olarak, bu karar tarafların geçerli bir şekilde oluşturdukları tahkim iradelerine aykırılık yaratmaktadır. Bilindiği gibi özellikle Yargıtay içtihadında, geçerli bir tahkim anlaşmasından bahsedebilmek için tarafların tahkim iradesinin açık ve tereddüde yer vermeyecek şekilde ileri sürülmüş olması aranmaktadır⁵⁸. Bir başka deyişle, Yargıtay uyuşmazlık açısından devlet mahkemelerinin yetkisini ortadan kaldırıp hakem heyetlerinin yetkilendirilmesini amaçlayan tahkim anlaşmasının geçerli olabilmesi için taraflarca tahkim iradesinin kesin bir şekilde oluşmasını gerekli görmektedir. Bu şekilde oluşmuş bir tahkim iradesiyle kurulmuş bir tahkim anlaşmasına dayanarak tahkim itirazı yapılmasının yukarıda belirtilen hatalı varsayıma dayanılarak engellenmesi kanaatimizce tarafların iradelerine aykırılık oluşturmaktadır. Karara konu olan uyuşmazlığın taraflarının tacir oldukları da düşünüldüğünde, basiretli birer tacir olarak hareket etmelerini beklediğimiz tacirlerin açık ve kesin bir şekilde oluşturdukları tahkim iradelerinin hukuki sonuçlarını doğurması engellenmiş olacaktır. Bu sonuç ise sözleşmelerdeki hukuki güven ve istikrar prensiplerine aykırılık oluşturacaktır.

57 Yargıtay 15 HD, E 2010/1581 K 2010/1652, 23.03.2010 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 20.06.2024. Ayrıca bkz., Yargıtay 15 HD, E 2009/5065 K 2009/6721, 11.12.2009; Yargıtay 15 HD, 2636/4724, 23.09.2010; Yargıtay 15 HD, E 2010/4423 K 2010/4960, 04.10.2010, söz konusu kararlar için <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 16.11.2024.

58 Yargıtay 15 HD, E 2019/1438 K 2009/2153, 15.04.2009: “(...) tahkim iradesi hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde açık ve kesin olmalı, tarafların ihtilafın hakemde görülmesi iradesi kararlı bulunmalıdır”. Ayrıca bkz.: Yargıtay 11 HD, E 2015/14286 K 2016/2435, 07.03.2016; Yargıtay 15 HD, E 2007/769 K 2007/1572, 13.03.2007; Yargıtay 15 HD, E 2016/4735 K 2017/259, 23.01.2017 <www.legalbank.net> Erişim Tarihi 20.06.2024.

Bu karar, sanki taraflar arasında geçerli bir şekilde kurulmuş tahkim anlaşmasının hukuki etkilerini doğurmasının, ki bu etki tahkim itirazı ileri sürülerek uyuşmazlığın esası hakkında mahkemelerin yetkisinin ortadan kalkması şeklinde tezahür edecektir, şarta bağlanması gibi bir sonuç yaratmaktadır. Bu şart, davalının yerleşim yeri mahkemesinde davanın açılmamış olması şeklinde yorumlanabilir. Erdem'e göre Yargıtay, incelediğimiz bu kararda, davanın davalının yerleşim yeri mahkemesinde açılması durumunda tahkim şartının ileri sürülmesinin mümkün olmadığı şeklinde yorumlanabilecek kabul edilmesi güç bir karar vermiştir⁵⁹. Ayrıca, bu kararın davacı açısından alternatif yetki oluşturması gibi bir sonuç doğuracağı düşünülebilir. Taraflar arasındaki tahkim anlaşmasına rağmen, davacı davasını dilerse tahkime götürebilecek dilerse Türkiye'de bulunan davalının yerleşim yeri mahkemelerinde davasını açabilecektir. Bu sonuçların tahkim anlaşmasının esas unsuru olan uyuşmazlık hakkında yetkinin devlet mahkemelerinden alınıp hakem heyetinin yetkilendirilmesine yönelik taraf iradesine aykırı olduğu açıktır. Aynı şekilde, tahkim anlaşmasının etki doğurmasının kanunda yer almayan ve TMK madde 2'den hareketle dolaylı olarak şarta bağlanması veya tahkim anlaşmasının davacı taraf açısından alternatif yetki doğurması gibi bir sonucun modern tahkim hukuku anlayışıyla bağdaşmadığı kesindir. Mahkeme önünde tahkim itirazında bulunulduğunda, bu itirazın, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin herhangi bir değerlendirme yapılmaksızın, sadece davalı tarafın kendi ikametgâh mahkemesinde kendisini daha iyi savunabileceğini gerekçesiyle reddedilmesi, tarafların tahkim iradesine açıkça aykırılık oluşturmaktadır.

Bu karar, aynı zamanda, paralel davalar açılması riskini de beraberinde getirecektir. Davalı konumunda olan tarafların tahkim anlaşmasına dayanarak tahkim sürecini başlatmaları durumunda, kuvvetle muhtemel, hakem heyeti geçerli bir tahkim anlaşmasının mevcut olduğu sonucuna varırsa, Türk mahkemesinin bu gerekçeyle vermiş olduğu ve kendini yetkili gördüğü karara rağmen, tahkim yargılamasına devam edecektir. Böyle bir olasılıkta iki yargılama sürecinin birbirine paralel olarak sürmesi, hangi yargılama sürecinin daha kısa zamanda sona ereceğine bağlı olarak çelişkili kararlar riski ve bununla bağlantılı olarak Türk mahkemesi tarafından verilen kararın halihazırda hakem kararının kesin hüküm etkisini haiz olduğu ülkelerde tanıma veya tenfizinin reddedilmesi riski gibi problemlerle karşılaşılabilir.

Ayrıca, bu kararın New York Sözleşmesi madde II'de taraf devletlerin tahkim anlaşmalarının icrasını sağlama yükümlülüğüne aykırı olduğu düşünülebilir. Somut olayda olduğu gibi tahkim yerinin Türkiye dışında yer alması sebebiyle New York Sözleşmesi'nin öncelikli olarak uygulama alanında olduğumuz unutulmamalıdır. Yukarıda da belirtildiği gibi, New York Sözleşmesi madde II, taraf devletlere tahkim anlaşmalarını tanıma ve icrasını sağlama yükümlülüğü getirmektedir.

Son olarak, bu karar hem MTK hem HMK'nın ülkemizde çağdaş bir tahkim hukuku sistemi oluşturma ve mahkemelerin tahkim yargılamasına müdahalesini sınırlama amaçlarına aykırılık oluşturmaktadır. Erdem, kararı bu açıdan da değerlendirmiş ve temennisini şu şekilde ifade etmiştir: *“günümüzde gelenen noktada ve uluslararası tahkimin ülkemizde geliştirilmesi için yapılan bunca çabaya rağmen Yargıtay'ın verdiği bu kararı gözden kaçan bir karar olarak değerlendiriyor ve emsal*

59 Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku (2. Basi, On İki Levha Yayıncılık 2020) 566, dipnot 1734.

oluşturmamasını diliyorum”⁶⁰. MTK’nın genel gerekçesinde belirtildiği gibi, MTK, uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim metodu ile çözülmesini sağlamak amacıyla usul ve esasları belirlemiş, bu usul ve esasları belirlerken de UNCITRAL Model Kanun ve karşılaştırmalı hukuktaki çağdaş anlayışı, gelişmeleri ve ilkeleri esas almıştır. Bu çağdaş yaklaşımın en temelinde geçerli bir tahkim anlaşmasının etkilerini doğurmasının sağlanması, milli hukukların ve devlet mahkemelerinin tahkime ve tahkim yargılamasına müdahalesinin sınırlandırılması yer almaktadır. Benzer şekilde, HMK genel gerekçesinde de kanun koyucunun benimsediği temel esaslar şu ifadelerle açıklanmıştır: *“Tahkim, ülkemizde ilk kabul edildiği tarih olan 1856 yılından bu yana etkin olarak kullanılamamaktadır. Tahkim kurumunu etkin kılmak için, yani özü var olan tahkim kültürünü ülkemizde geliştirmek amacıyla yapılması gereken ilk iş şüphesiz iç tahkim yani millî tahkime ilişkin usul ve esasları düzenleyen hükümleri, günümüz tahkim yaklaşımına uygun hâle getirmektir”*. Kanaatimizce, kanun koyucunun, ülkemizde tahkimin gelişmesine yönelik desteğini ortaya koyan bir başka örnek, 6570 sayılı İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu’nun kendisidir. Diğer ülkelerde örnekleri görüldüğü üzere İstanbul Tahkim Merkezi TMK’ya tabi bir dernek statüsü ile değil, kanunla kurulmuş bir tahkim kurumudur. Dolayısıyla, kanun koyucunun bu tercihi ülkemizde tahkimin desteklenmesine ilişkin kanun koyucunun iradesini vurgulamaktadır. Yargıtay’ın bu kararının New York Sözleşmesi’ndeki temel yükümlülüklerle ve tahkimi düzenleyen mevzuatımızdaki yaklaşıma aykırı olduğu kanaatindeyiz.

SONUÇ

Sonuç itibarıyla, sadece Türkiye’de yerleşik davalıların kendi yerleşim yeri mahkemesinde kendisini daha iyi savunabileceği varsayımına dayanarak dürüstlük kuralına aykırılık yarattığından hareketle tahkim itirazının reddedilmesi gerektiğine yönelik bu kararı hatalı bir gerekçeye dayanan talihsiz bir karar olarak yorumlamak gerektiği kanaatindeyiz. Yukarıda belirttiğimiz gibi bu kararın temelini oluşturan varsayım hatalı bir varsayımdır ve birçok olumsuz neticeyi de beraberinde getirme riskini taşımaktadır. Yukarıda belirtilen olası olumsuz neticeler göz önünde bulundurulduğunda, bu kararı aynı yönde başka kararların da takip etmesi, Türkiye’yi ve Türk hukuk sistemini bir uluslararası tahkim merkezi yapmak amacına ve hedefine yönelik çalışmalara zarar verecektir.

Çalışmamız kapsamında yabancı mahkemeleri yetkilendiren yetki anlaşmalarına dayanan yetki itirazlarında dürüstlük kuralının uygulamasına ilişkin Yargıtay kararına da değinilmiştir. Bizim de katıldığımız ve doktrindeki eleştirilere rağmen yetki anlaşmaları açısından bu yaklaşımın artık bir prensip kararı halini aldığı, Yargıtay ve alt derece mahkemelerince takip edildiği görülmektedir. Temennimiz, benzer bir yerleşik uygulamanın tahkim anlaşmaları ve tahkim itirazları bakımından oluşmamasıdır.

60 Erdem (n 59) 566, dipnot 1734.

KAYNAKÇA

- Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim* (6. Bası, Vedat Kitapçılık 2021).
- Akıncı Z, *Milletlerarası Özel Hukuk, Ders Kitabı* (Vedat Kitapçılık 2020).
- Alangoya Y, Yıldırım MK ve Deren-Yıldırım N, *Medenî Usul Hukuku Esasları* (Alkım 2005).
- Alangoya Y, *Medenî Usul Hukuku Esasları* (Nemaş 2003).
- Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S ve Hanağası E, *Medenî Usul Hukuku* (7. Bası, Yetkin 2021).
- Arslan R, *Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı* (Sevinç 1989).
- Blackaby N, Partasides C, Redfern A ve Hunter M, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (6. Bası, Oxford 2015).
- Bermann AG (ed), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (Springer 2017) 21.
- Born GB, *International Arbitration: Law and Practice* (1. Bası, Wolters Kluwer 2012).
- Budak AC ve Karaaslan V, *Medenî Usul Hukuku* (2. Bası, Adalet 2018).
- Can H ve Tuna E, *Milletlerarası Usul Hukuku* (2. Bası, Adalet 2019).
- Çelikel A ve Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16. Bası, Beta 2020).
- Demir Gökyayla C, 'Seçilen Mahkemede Adil Yargılama Yapıl(a)mayacağı Şüphesi Yetki Anlaşmasının Geçerliliğini Etkiler mi?' (2011) 13(2) DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 51-69.
- Demirkol B, *Milletlerarası Yetki Anlaşmaları* (Vedat Kitapçılık 2018).
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (3. Bası, Savaş Yayınevi 2015).
- Ekşi N, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim* (2. Bası, Beta 2019).
- Erdem E, *Milletlerarası Ticaret Hukuku* (2. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2020).
- Erdönmez G, *Pekcanıtez Usul Medenî Usul Hukuku* (15. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017).
- Esen E, 'Yabancı Mahkeme Lehine Yapılan Yetki Anlaşmasına Dayanan Yetki İtirazının Değerlendirilmesinde Dürüstlük Kuralının Etkisi ve Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 6.3.2009 Tarihli İçtihadının Eleştirisi' (2011) 31(1) PPIL 191, 200-207 (Dürüstlük Kuralı).
- Esen E, 'Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensipleri' (2011) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan 355-381.
- Fouchard Ph, Gaillard E ve Goldman B, *Traité de l'arbitrage commercial international* (1. Bası, Litec 1996).
- Güngör G, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (Yetkin Yayınları 2021).
- Kalafatoğlu MP, 'Tahkim Anlaşmasının Maddi ve Şekli Geçerliliğine İlişkin New York Sözleşmesi'nde Yer Alan Esaslar ve Türk Hukukundaki Uygulama' (2021) 19(225) Legal Hukuk Dergisi 3927-3964.
- Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü* (6. Bası, Demir Yayıncılık 2001).
- Muşul T, *Medenî Usul Hukuku* (3. Bası, Adalet 2012).
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (23. Bası, Beta 2021).
- Nomer E, *Milletlerarası Usul Hukuku* (2. Bası, Beta 2018).
- Özbek MS, 'Tahkim İlk İtirazı Üzerine Tahkim Sözleşmesi Üzerinde Yapılan Mahkeme Denetimi' (2019) 2 ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 179-253.
- Özel S, Erkan M, Pürselim HS ve Karaca HA, *Milletlerarası Özel Hukuk* (3. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2024).
- Poudret J-F ve Besson S, *Comparative Law of International Arbitration* (2. Bası, Sweet&Maxwell 2007).
- Sarıöz Büyükalp İ, 'Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim İtirazı İle Karşılaşan Türk Hakiminin Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Dair Yapacağı İncelemenin Kapsamı ve Sonuçları' (2014) 9(121-122) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 195-224.

Şanlı C, Esen E ve Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (10. Bası, Beta 2023).

Tarman ZD, *Milletlerarası Özel Hukuk, Kısa Ders Kitabı* (3. Bası, Vedat Kitapçılık 2023).

Tekinalp G, *Milletlerarası Özel Hukuk* (13. Bası, Vedat Kitapçılık 2020).

Yeşilırmak A, *Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözümler* (1. Bası, On İki Levha 2011).

Yeşilırmak A, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku* (15. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017).

Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirkete Karşı Borçlanması ve Faiz Meselesi

The Indebtedness of Shareholders and The Problem of Interest in Joint-Stock Companies

Burçak TATLI* 

ÖZ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun bazı maddeleri henüz Kanun yürürlüğe girmeden 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile değiştirilmiştir. Değişikliğe uğrayan maddelerden biri, pay sahibinin şirkete karşı borçlanma yasağını düzenleyen TTK'nın 358. maddesidir. Madde değişikliği ile ilgili olarak oldukça önemli pek çok eser kaleme alınmıştır. Bu eserlerin nitelikli çoğunluğu değişikliği eleştirmekte ve anonim şirketlerin temel ilkelerine zarar vermeyecek şekilde 358. maddenin nasıl uygulanması gerektiğini tartışmaktadır. Söz konusu eserleri tamamlayıcı bir şekilde bu makalede, anonim şirketler tarafından – özellikle yönetim kurulunda yer almayan – gerçek kişi pay sahiplerine borç verilmesi halinde ortaya çıkan faiz meselesi ele alınmıştır. Bu temelde makalede öncelikle 358. madde değerlendirilmiş, sonrasında 358. madde kapsamında pay sahibine verilen borçlar neticesinde faiz talep edilemeyeceği, eğer faiz talep edilebiliyorsa hangi oranda faiz uygulanması gerektiği tartışılmıştır

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirket, Şirkete Karşı Borçlanma Yasağı, Faiz, Faiz Oranı, Ticari İş.

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, burcak.tatli@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0002-4531-0147

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Burçak TATLI

E-posta/E-mail: burcak.tatli@hbv.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 15.08.2024

Kabul Tarihi/Accepted: 23.11.2024

ABSTRACT

Several provisions of the Turkish Commercial Code No. 6102 – prior to its enactment – underwent amendments via the Code No. 6335 on the Amendment of the Turkish

Commercial Code and of the Law Pertaining to the Enforcement and Application of the Turkish Commercial Code. Among the revised clauses, Article 358, governing the prohibition of shareholder indebtedness to the company, stands out. This legislative adjustment has prompted substantial scholarly discourse, with a considerable corpus of literature offering critiques and proposals on the appropriate application of the amended Article 358 to uphold the core tenets of joint-stock company governance. In addition to these scholarly analyses, this article engages with a specific aspect arising from the amendment: the issue of interest arising from loans extended by joint-stock companies to shareholders, particularly those lacking representation on the board of directors or managerial titles. Against this backdrop, the article embarks on a twofold examination. Initially, it conducts a meticulous evaluation of the modified Article 358, scrutinizing its provisions and underlying legislative intent. Subsequently, the article delves into the intricate question of whether interest may be rightfully claimed on loans disbursed to shareholders under the purview of Article 358. Moreover, should interest be deemed applicable, the article aims to determine the appropriate interest rate

Keywords: Joint-Stock Company, Prohibition of Borrowing from the Company, Interest, Interest Rate, Commercial Transaction..

GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun¹ (TTK) Ticaret Şirketleri kitabının dördüncü kısmında yer alan anonim şirketlere ilişkin hükümler, on iki ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm “Genel Hükümler, Kuruluş ve Temel İlkeler” üst başlığını taşımakta ve bu bölümde dört alt başlık yer almaktadır. Son alt başlığı oluşturan “Temel İlkeler” kısmında yer alan 357. maddede eşit işlem ilkesi, 358. maddede ise pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı düzenlenmektedir. O halde, pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı, kanun koyucu tarafından anonim şirketlerin temel ilkelerinden biri olarak değerlendirilmiştir.

Pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanma yasağını düzenleyen TTK’nın 358. maddesi, 30.06.2012 tarihli 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun² ile değişikliğe uğramıştır. Bu değişiklikle madde, pay sahibinin şirkete karşı borçlanmasını yasaklayan bir halden, pay sahibinin şirkete karşı borçlanmasının koşullarını düzenleyen bir hale kavuşturulmuştur. Söz konusu değişiklik öğretide, hem temel ilkedен sapıldığı hem de hükmün başlığı ile içeriğindeki uyumun bozulduğu gerekçeleriyle eleştirilmiştir³.

1 Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG 14.02.2011/27846.

2 Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 6335, Kabul Tarihi: 26.06.2012, RG 30.06.2012/28339.

3 Abuzer Kendigelen, *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler* (3. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2016) 242; Sami Karahan, ‘Anonim Şirkette Borçlanma Yasağı ve 6335 sayılı Kanun ile Getirilen Değişikliğin Sonuçları’, Grant Thornton Haber Bülteni (*Grantthornton*, 06.10.2012) <<https://www.granthornton.com.tr/en-guncel/haber-bulteni/>> Erişim Tarihi 12.12.2023; Serdar Hızır, ‘Anonim Şirkette Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağını Düzenleyen

TTK m. 358, pay sahibinin şirkete karşı borçlanabilmesi için gerekli koşulların çerçevesini çizerken, borçlanmayı doğuran hukuki işlemle ilgili ayrıntılı bir düzenleme barındırmamaktadır. Bu husus özellikle borçlandırıcı işlem sonucu faiz istenip istenemeyeceğini bir mesele olarak karşımıza çıkarmaktadır. Çalışmada, faize ilişkin tartışmalar özellikle iki temelde ele alınmıştır. Birinci temel, Almanya ve İsviçre hukuk sistemlerinde pay sahibinin şirkete karşı borçlanması üzerine oturmaktadır. Zira her iki sistemde de doğrudan pay sahibinin borçlanma yasağı düzenlenmemiş; fakat anonim şirketlerin temel ilkeleri dikkate alınarak, borç verilmesi halinde dahi – faiz ve diğer tedbirlerle – şirketin, diğer pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının menfaatleri korunmaya çalışılmıştır⁴. İkinci temel ise şirketten alınan borcun, gerçek kişi pay sahibi (borçlu) tarafından ‘tüketim’ amacıyla alındığının iddia edilmesi halinde, söz konusu işlemin tüketici işlemi olup olmayacağı ve buna bağlı olarak ortaya çıkan tüketici işlemi ve faize ilişkin sorunlardır.

Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde, bu makalede öncelikle TTK m. 358 kapsamında, pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanabilmeleri için aranan esaslar belirtilecek; takiben pay sahibinin şirkete karşı borçlanması halinde taraflarca faiz koşulunun öngörülmesi meselesi ve sonuçları üzerinde durulacak; son olarak özellikle şirket pay sahibinin tüketici olup olamayacağı tartışılacak ve bu tartışma temelinde faiz problemi ele alınacaktır.

I. PAY SAHİBİNİN BORÇLANMA YASAĞI

A. GENEL OLARAK

6102 sayılı TTK’nın 14.02.2011 tarihli Resmi Gazete’de yayımından kısa bir süre sonra henüz Kanun yürürlüğe girmeden⁵, 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, 358. madde bugünkü haline kavuşturulmuştur. 6335 sayılı Kanun’dan önce m. 358 şu şekilde kaleme alınmıştı: “*İştirak taahhüdünden doğan borç hariç, pay sahipleri şirkete borçlanamaz. Meğerki borç, şirketle, şirketin işletme konusu ve pay sahibinin işletmesi gereği olarak yapılmış bulunan bir işlemden doğmuş olsun ve emsalleriyle aynı veya benzer şartlara tabi tutulsun.*” Hükmün lafzından anlaşıldığı gibi, pay sahiplerinin şirkete borçlanmaması kural, hükümde yer alan şartların varlığı halinde borçlanması ise istisnaydı. 358. maddenin 6335 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramadan evvel yazılmış olan gerekçesine göre, ilgili hükmün düzenlenmesinin sebebi, pay sahiplerinin şirket kasasını kendi kişisel harcamaları için kullanmalarının önüne geçmekti⁶. Hükmün ikinci kısmı ise ticari hayatın

TTK m. 358 Üzerine Bazı Değerlendirmeler’ (2013) 29(4) BATİDER 227, 232; Emek Toraman Çolgar, *Anonim Ortaklıkta Şirkete Borçlanma Yasağı* (On İki Levha Yayıncılık 2019) 117 – 119; Ömer Korkut, ‘Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasası’ iç Kemal Şenocak (ed) *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt-2* (Seçkin Yayınları 2023) 1640; İsmail Kırca ve Murat Gürel, ‘Bağlı ve Bağımsız Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirkete Borçlanması ve Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümlerin Özgül Ağırlığı’ (2014) 30(2) BATİDER 5, 6.

4 Bkz. I.B.

5 6102 s. TTK m. 1534 gereği 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 6335 s. Kanun ise 26.06.2012 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

6 TTK 358. Madde Gerekçesi: “Hüküm yenidir; ticaret hayatında yaygın olan, kazandığı boyutlar dolayısıyla verdiği zararlar bir hayli genişlemiş bulunan, bir kötü ve sakat uygulamayı önlemeyi amaçlamaktadır. Çünkü hükümle pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanmalarının yani, sermaye taahhüdü dâhil, birçok iş ve işlemde şirket kasasını kullanmalarının, kişisel

sekteye uğramaması adına, ticari faaliyetleri dolayısıyla şirketle iş yapan pay sahiplerinin, şirketin diğer müşterileri gibi, aynı ve/veya benzer yöntem ve şartlarla, şirketten mal alabilmelerine olanak sağlanmaktaydı⁷. Bu koşulların gerçekleşmesiyle doğan borçlar dışındaki borçlanma halleri ilkesel olarak yasaklanmıştır⁸.

6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra bugünkü haline kavuşturulan 358. maddeye göre, *“Pay sahipleri sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararını karşılayacak düzeyde olmadıkça şirkete borçlanamaz.”* 6335 sayılı Kanun değişikliğinden önce, pay sahiplerinin, kendilerine ait işletmeler vesilesiyle oluşan ticari münasebetlerden doğan borçlar hariç olmak üzere, şirkete karşı borçlanmaları söz konusu değilken; hükmün yeni halinde şirkete borçlanabilmelerine izin verilmiş, fakat borçlanma bir takım koşullara bağlanmıştır⁹.

TTK m. 358 yanında, TTK'nın 395. maddesinin ikinci fıkrası¹⁰, yönetim kurulu üye ve yakınlarının şirkete borçlanması ile ilgili hükümler içermektedir. 395. madde de 6335 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramış¹¹ ve 358. madde¹² ile uyumlu hale getirilmiştir. Kanun değişikliğinden önce hüküm, yönetim kurulu üye ve yakınlarının, pay sahibi olup olmadıklarını gözetmeksizin, şirkete nakdi veya ayni borçlanmasını yasaklamaktaydı. 6335 sayılı Kanun sonrası, yönetim kurulu üye ve yakınlarının pay sahibi olmaları halinde şirkete borçlanması söz konusu olabileceğinden, 395. madde duruma uyumlu olacak şekilde yeniden düzenlenmiş ve sadece pay sahibi olmayan yönetim kurulu üye ve yakınlarının şirkete nakdi borçlanması yasaklanmıştır¹³. İlgili hükme göre, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınları¹⁴ şirkete nakit

harcamalarını bu kanaldan yapmalarının, hatta şirketten para çekmelerinin engellenmesi amaçlanmaktadır.”

- 7 Ahmet Tamer, ‘Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Getirilen Bir Yenilik: ‘Pay Sahiplerinin (Ortakların) Şirkete Borçlanma Yasağı’ (2012) 25(102) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 93, 99-101; Toraman Çolgar (n 3) 120, 124.
- 8 Hızır (n 3) 231.
- 9 TTK'nın 644. maddenin birinci fıkrasının (b) bendi gereği, TTK m. 358 limited şirketler için de uygulanacaktır. Bu temelde, 358. madde ile ilgili yapılan açıklamalar limited şirketler için de geçerlidir. Hızır (n 3) 230 – 231; Karahan (n 3) 7-10; Tamer (n 7) 102.
- 10 Makalenin tartışma konusu, 358. madde kapsamında pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanması ile sınırlandırılmıştır. Bu nedenle m. 395/2 ayrıntılı bir şekilde tartışılmayacaktır.
- 11 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce 395. maddenin ikinci fıkrasının ilk cümlesi şu şekildeydi: *“Yönetim kurulu üyesi, onun 393 üncü maddede sayılan yakınları, kendisinin ve söz konusu yakınlarının ortağı oldukları şahıs şirketleri ve en az yüzde yirmisine katıldıkları sermaye şirketleri, şirkete nakit veya ayni borçlanamazlar.”*
- 12 Konu aşağıda ayrıntılı şekilde tartışılacak olmakla birlikte, 358. madde açık bir şekilde, m. 395/2'de olduğu gibi, şirketin pay sahibi lehine kefalet, garanti ve teminat veremeyeceği, sorumluluk yüklenemeyeceği, bunların borçlarını devralamayacağı düzenlenmemiştir. 6335 s. Kanun ile yapılan değişiklikten önce de bu işlemlere ilişkin yasaklar m. 358 kapsamı içinde değildi. Öğretide, söz konusu işlemlerin, m. 358'de düzenlenen yasağa aykırılık doğurması halinde, m. 358 kapsamı içinde yorumlanması gerektiği ileri sürülmektedir. İsmail Kırca, Feyzan Hayal Şehirali Çelik ve Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2013) 683.
- 13 Kanun koyucunun nakdi borçlanma ile kastı, tüketim ödünü sözleşmeleridir. 395. maddenin ikinci fıkrasında sayılan kişilerin, şirkete nakden borçlanması yasak olmakla birlikte, bu kişilerin şirketle sözleşme yapma yasağı söz konusu değildir. Aksi halde, birinci fıkrada düzenlenen izin müessesesinin bir anlamı kalmamış olurdu. Daha açık bir ifadeyle, şirket ile birinci fıkrada sayılan kimseler arasında borç doğurucu hukuki işlem tesis edilebilir; fakat birinci fıkrada sayılan kimselerin tüketim ödünü sözleşmesi kapsamında şirkete karşı nakden borçlanması söz konusu değildir. Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat (n 12) 672, 673.
- 14 Yönetim kurulu üyelerinin yakınlarının kimler oldukları 393. maddede belirtilmiştir. Buna göre, yönetim kurulu

borçlanamazlar. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve teminat veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz¹⁵.

B. KONUNUN MEHAZ KANUNLARDA ELE ALINIŞ ŞEKLİ

Pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanmasına ilişkin olarak, Alman ve İsviçre Hukuk sistemlerinde farklı yaklaşımlar benimsenmiştir. Her iki sistemde de borçlanma yasağına ilişkin doğrudan bir hüküm bulunmamakla birlikte; sermaye şirketlerinin temel prensiplerini düzenleyen hükümler aracılığıyla, pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanmaları sınırlandırılmıştır. Bu temelde, Alman Limited Şirketler Kanunu'nda (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbHG § 30)¹⁶ sermayenin korunması ve Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nda (Aktiengesetz, AktG § 57)¹⁷ sermayenin iadesi ve faiz yasağına ilişkin düzenlemeler, pay sahibine borç verilmesi bağlamında incelenmelidir.

GmbHG § 30'da sermayenin korunması ilkesi¹⁸ gereği, sermayenin korunması için gerekli olan malvarlığının şirket ortaklarına ödenemeyeceği ifade edildikten sonra, bu ilkenin uygulanmayacağı durumlar kaleme alınmıştır. İlgili hükme göre,

- Hâkimiyet sözleşmesi ve kârın devri sözleşmeleri kapsamında yapılan ödemeler,
- Geri ödemeye ilişkin tam değerli talep hakkı veya geri ödemeye ilişkin tam değerli karşı edim hakkı sağlayan ödemeler,
- Pay sahipleri tarafından sağlanan kredilere ilişkin ödemeler, GmbHG § 30 kapsamı dışındadır.

üyесinin eşi, alt ve üstsoy, üçüncü derece dâhil üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları 395. maddede belirtilen yasağı dâhildir.

15 TTK'nın 644. maddesi gereği, pay sahibi olmayan müdür ve müdür yakınlarının limited şirkete borçlanması hallerinde de 395. madde uygulama alanı bulacaktır.

16 GmbHG § 30, sermayenin korunması (*Kapitalerhaltung / capital maintenance*) başlığını taşımakta ve şirket sermayesinin pay sahiplerine ödenmeyeceğini düzenlemektedir.

17 AktG § 57, sermayenin iadesi ve faiz yasağı (*Keine Rückgewähr, keine Verzinsung der Einlagen / No restitution of the contributions, no interest accruing to same*) başlığını taşımakta ve ifa edilen sermaye taahhütlerinin, pay sahiplerine geri ödenmeyeceği (birinci fıkra) ve ayrıca pay sahiplerine faiz ödemesi taahhüt edilemeyeceği ve faizin ödenmeyeceği (ikinci fıkra) belirtilmektedir.

18 Sermayenin korunması ilkesi, esas sermaye sisteminin benimsendiği Kıta Avrupası Hukuku'nun temel prensiplerinden biridir. Bu doğrultuda çıkarılan ilk Yönerge, 77/91/EEC sayılı 1976 tarihli Yönerge'dir. Söz konusu Yönerge, 92/101/AET sayılı 1992 tarihli Yönerge ile revize edilmiştir. 2012/30/EU sayılı güncel Yönerge ise 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Esasında 2012/30/EU sayılı Yönerge halka açık şirketlere ilişkin olarak düzenlenmiş olsa da Yönerge'de benimsenen ilkeler halka kapalı şirketler için de uygulama alanı bulmuştur. 2012/30/EU sayılı Yönerge'nin 17/5. maddesi, bir takım durumlar hariç olmak üzere pay sahiplerine ödeme yapılamayacağını düzenlemektedir. İlgili hükme göre, pay sahiplerine yapılacak ödeme, yıllık finansal tabloda tespit edilen net kâr ve geçmiş yıl kârı ve dağıtım ayrılan yedek toplamından zararların ve ayrılması zorunlu yedeklerin çıkarılması ile elde edilen miktardan fazla olamaz. Söz konusu uygulama 'bilanço testi' olarak isimlendirilmektedir. Ayrıca ödemededen kast edilen, kâr payı ve hazırlık faizidir. Bunların dışında bir ödeme yapılmamalıdır. Wulf Goette, Mathias Habersack and Susanne Kalss, *Münchener Kommentar Zum Aktiengesetz, AktG § 57* (C.H.Beck 2024) Rn. 1.

Hükümden yola çıkılarak ifade edilebileceği üzere, şirketin, edimin ifasını talep etme yetkisini haiz olması veya borçlunun tam değerli karşı edime sahip olması hallerinde, pay sahibine şirket tarafından sağlanan borçlar, sermayenin iadesi kapsamında değerlendirilmeyecektir¹⁹.

Tarihsel olarak bakıldığında, limited şirketler için kabul edilen görüş birkaç döneme ayrılarak incelenebilir. Federal Mahkeme'nin November Kararına²⁰ kadar kabul edilen görüşe göre, borç, piyasa koşullarına uygun olarak verilmiş ve şirkete tam değerli talep hakkı sağlanmış ise sermayenin korunmasına aykırılık oluşmayacaktır (bilançosal yaklaşım)²¹. Bununla birlikte bu görüş November Kararı ile değişmiştir²². Karara göre, verilen borcun bilanço'ya alacak olarak kaydedilmesi ve şirkete sağlanan tam değerli talep hakkı, sermayenin korunması ilkesine uygun olarak borç verilmesi için yeterli değildir²³. Sağlanan borç, şirket kârından veya yedek akçelerden verilmemiş ise GmbHG § 30'un ihlali söz konusu olacaktır. Mahkeme, şirket tarafından GmbHG § 30'a aykırı olmayacak şekilde pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanmalarını bir takım koşullara bağlamıştır: i. verilen kredi aynı zamanda şirketin menfaatine olmalı, ii. kredi, piyasa koşullarına uygun bir şekilde verilmiş olmalı²⁴, iii. pay sahibinin mali durumu ve sağlanan teminatlar, kredinin geri ödenmesine şüphe bırakmayacak nitelikte olmalıdır²⁵. Fakat MoMiG²⁶ ile birlikte²⁷, bilançosal yaklaşıma geri dönülmüştür²⁸. Başka bir deyişle, pay sahiplerine borç verilmesi, bilançoda yer alan kayıtlarda meydana gelecek değişimler olarak görülmektedir. Dolayısıyla, şirketin tam değerli talep hakkının mevcut olması veya tam değerli bir karşı edimin var olması hallerinde²⁹, pay sahiplerine sağlanan borçlar, sermayenin korunmasına aykırı bir şekilde yapılmış ödemeler olarak değerlendirilmeyecektir³⁰. O halde, tam değerli talep hakkının ne olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Tam değerli talep hakkı, borçlunun borcunu ifa edeceğine ilişkin bir şüphenin bulunmaması, borçlunun kredibilitesinin yüksek ve uygun ekonomik

19 Holger Fleischer and Wulf Goette, *Münchener Kommentar zum GmbHG, GmbHG § 30* (C.H.BECK 2022) Rn. 5; Lutz Michalski, Andreas Heidinger, Stefan Leible and Jessica Schmidt, *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbHG § 30* (C.H.Beck 2023) Rn. 10.

20 BGH, Urteil vom 24.11.2003 – II ZR 171/01 (OLG Nürnberg). Söz konusu mahkeme kararı limited şirketler için verilmiş olsa da, GmbHG § 30 hükmünde yer alan ifadelerin AktG § 57'de de yer almasından dolayı, kararın anonim şirketler için de dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca, karar tarafından ortaya konan ölçütlerin, pay sahiplerinin şirkete karşı daha net hükümler çerçevesinde borçlanmasını sağladığı; ek olarak şirketler topluluğu esasları çerçevesinde oluşan 'nakit havuzu/cash-pooling' uygulamasına şeffaflık kazandırdığı belirtilmiştir. Martin Henssler, *beck-online. GROSSKOMMENTAR zum GmbH-Recht* (C.H.BECK 2024) Rn. 147; Holger Altmeppen, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG § 30* (C.H.BECK 2023) Rn. 78-81.

21 Altmeppen (n 20) Rn. 83.

22 Toraman Çolgar (n 3) 26.

23 Michalski, Heidinger, Leible and Schmidt (n 19) Rn. 54.

24 Altmeppen (n 20) Rn. 77.

25 Henssler (n 20) Rn. 147.

26 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) Vom 23. Oktober 2008 (BGBl. 2008 I).

27 MoMiG Hükümet Taslak ve Gerekçesi, s. 53; MoMiG ile getirilen düzenlemelerin temelinde 'nakit havuzu/cash-pooling' uygulamasının yer aldığına ilişkin açıklamalar için bkz. Altmeppen (n 20) Rn. 102-104.

28 Fleischer and Goette (n 19) Rn. 11; Michalski, Heidinger, Leible and Schmidt (n 19) Rn. 27; Altmeppen (n 20) Rn. 11.

29 Tam değerlin tespiti için bkz. Altmeppen (n 20) Rn. 74-76; Fleischer and Goette (n.19) Rn. 13.

30 Altmeppen (n 20) Rn. 107-108.

koşullara sahip olduğundan emin olunmasıdır³¹. Borçlunun mali durumunun iyi olması şartı, borcun verildiği zamanda sağlanmış olmalıdır. Sonradan borçlunun mali durumunun bozulmuş olması, sermayenin korunması ilkesine aykırılık doğurmayacaktır³². Bununla birlikte, borçlunun borcunu ödememe ihtimalinin öngörülebilir olduğu hallerde, şirket yöneticisinin özen ve sadakat yükümlülükleri temelinde tedbirli davranması beklendiğinden, borçlunun mali durumu dikkate alınarak, sözleşmeye, bir takım unsurlar eklenmelidir. Tüketim ödücü sözleşmesinin uzun süreli yapılmaması³³, şirkete fesih yetkisi verilmiş olması, faiz şartının öngörülmüş olması ve son olarak pay sahibi tarafından teminat sağlanmış olması³⁴ gibi unsurlar, basiretli bir yöneticinin dikkate alması gerektiği unsurlardır³⁵.

Anonim şirketlerde ise pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanması, Alman Paylı Ortaklık Kanunu (Aktiengesetz – AktG) §57’de³⁶ düzenlenen sermayenin iadesi ve faiz yasağı hükmü kapsamında³⁷ değerlendirilmiştir. Zira AktG §57’de, şirket ortakları tarafından sağlanan sermayenin, pay sahiplerine geri ödenemeyeceği belirtildikten sonra, aynı maddenin üçüncü fıkrasında, şirketin tasfiyesine kadar, pay sahiplerine ancak yıllık kârdan dağıtım yapılabileceği düzenlenmiştir. Bu noktada, kâr payı dışında pay sahiplerine yapılan dağıtımlar, sermayenin iadesi yasağının ihlali olarak nitelendirilebilir³⁸. Ancak, hükmün birinci fıkrasında, ortaklara sağlanan borçlandırmalarda, şirketin, pay sahibine karşı tam değerli geri ödeme talebine³⁹ veya karşı edim talebine sahip olması halinde, sermayenin iadesine ilişkin yasağın uygulanmayacağı belirtilmiştir⁴⁰. GmbHG § 30’da

31 İbid Rn. 107-108.

32 Toraman Çolgar (n 3) 33.

33 MoMiG Hükümet Taslak ve Gerekçesi s. 53.

34 Teminatın özellikle uzun dönemli kredi sözleşmeleri için önemli olduğu ile ilgili bkz. Altmeppen (n 20) Rn. 125.

35 Borcun verilmesi, şirket bağlı malvarlığından sağlanacak ise bu halde borç talebi reddedilmelidir. Şirket yöneticilerinin GmbHG §30’a aykırı şekilde sağladıkları kredilerden dolayı GmbHG §43’ün üçüncü fıkrasına göre sorumlulukları doğacaktır. Michalski, Heidinger, Leible and Schmidt (n 19) Rn. 133. Ayrıca sermayenin korunması ilkesi temelinde doğabilecek hukuki sorumluluklara ilişkin olarak bkz. Fleischer and Goette (n.19) Rn. 25-33.

36 AktG §57’de, GmbHG § 30’a paralel bir düzenleme mevcuttur. Hükümde sermayenin iadesi yasaklandıktan sonra, hangi işlemlerin yasak kapsamında olmadığı düzenlenmiştir. GmbHG § 30’a benzer şekilde, AktG §57 de i. Hazine hisselerinin satın alınması için ödenen bedeller; ii. Hâkimiyet sözleşmesi ve kârın devri sözleşmeleri kapsamında yapılan ödemeler; iii. Pay sahibine verilen ve tam değerli geri ödeme talebi bulunan borçlandırmalar yasak kapsamı dışında tutulmuştur.

37 İlgili hükme göre, pay sahiplerine, sermayenin iadesi söz konusu olamaz. Getirilen sermayeye faiz işletilemez. Ayrıca, pay sahiplerine sadece bilanço karından kâr payı dağıtılabılır. Tarihsel gelişim dikkate alınarak hükmün amacının şirket alacaklılarını korumak olduğu ifade edilmiştir. Henssler (n 20) Rn. 5-10.

38 AktG hükümlerine uygun şekilde yapılan kâr payı dağıtımları hariç olmak üzere, hangi isim altında olsun açık veya örtülü olarak pay sahiplerine veya pay sahipleri ile ilişkili olan kişilere yapılan ödemeler, sermayenin iadesi yasağı ilkesi kapsamında AktG §57’ye aykırılık doğuracaktır. Bu anlamda, uzun zamandır şirket ortağı olan pay sahiplerine verilen ‘saklama primleri’, genel kurula katılan ortaklara verilen ‘katılım primleri’ vb. yasak kapsamındadır. Goette, Habersack and Kalss (n 18) Rn. 47; Henssler (n 20) Rn. 11-12, 17.

Sermayenin iadesi yasaklanmış olmakla birlikte, bu hüküm, şirket ile pay sahipleri arasında meydana gelebilecek hukuki işlemlerin topyekün engellendiği anlamına gelmemektedir. Hükümde yasaklanan işlemler, pay sahibi menfaatine, şirketi zarara uğratan işlemlerdir. Bu temelde, piyasa koşullarına uygun, şirket menfaatlerinin gözetildiği işlemler taraflar arasında icra edilebilir. Burada özellikle ‘üçüncü kişi testi’nin uygulanması suretiyle, şirket menfaatlerinin korunup korunmadığı test edilmelidir. Henssler (n 20) Rn. 19-21.

39 Burada kast edilen şirketin sağladığı menfaatin piyasa değerine (gerçek değerine) eş bir talep hakkıdır. Henssler (n 20) Rn. 149.

40 Limited şirketlerde olduğu gibi anonim şirketlerde de MoMiG ile birlikte, özellikle şirketler topluluğu açısından,

olduğu gibi burada da gerçek değerde talep hakkının tespiti önem arz etmektedir. Gerçek değerde bir talep hakkının sağlanabilmesi için verilen kredinin gerçek değerine eş bir talep hakkının varlığı ve ayrıca uygun bir faiz oranının⁴¹ belirlenmesi gerekmektedir⁴². Ayrıca, pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanmalarında, sermayenin iadesi yasağının oluşmaması için borç verilen pay sahibinin nezdinde borcu ödememe şüphesi oluşmamalıdır⁴³. Aksi halde, hükümde yer alan ‘tam değer’ şartı oluşmamış kabul edilebilir⁴⁴.

İsviçre Hukuk sistemine bakıldığında ise Almanya’ya benzer şekilde İsviçre Borçlar Kanunu’nda (Obligationenrecht – OR), pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanmalarını düzenleyen ayrı bir hükme yer verilmediği görülecektir. Bununla birlikte, pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanmaları,

- Ödenmiş sermaye payının iadesi yasağı (OR m. 680/2),
- Kâr payının dağıtımına ilişkin sınırlandırmalar (OR m. 675),
- Haksız ve kötü niyetli açık ya da örtülü kâr aktarımlarına bağlanan sonuçlar (OR m. 678),
- Şirket ile pay sahipleri, yönetim kurulu üyeleri ve bunlarla ilişkili olan kimselerle yapılan hukuki işlemlerde tarafların yükümlülükleri arasındaki açık orantısızlıklara bağlanan sonuçlar (OR m. 678) dikkate alınarak bir değerlendirmenin yapılması gerekmektedir.

Anonim şirket pay sahiplerinin hak ve yükümlülüklerinin düzenlendiği Kanun’un 660 ila 697. maddeleri arasında yer alan sermayenin iadesi yasağı ve pay sahiplerine yapılan kötü niyetli ve hukuka aykırı ödemelerin iadesine ilişkin hükümler, pay sahiplerinin şirkete borçlanmaları açısından önem arz etmektedir. OR m. 680/2’ye göre, pay sahibinin ödediği sermaye payını⁴⁵ geri alma hakkı

topluluğa dâhil şirketlerin nakit ihtiyaçları göz önünde bulundurularak, nakit havuzu/cash pooling uygulamasına uygun düzenlemeler Kanun kapsamına dâhil edilmiştir. Bu doğrultuda, AktG §57 de kabul edilen sermayenin iadesi yasağına bir istisna getirilmiş ve şirketin, borçluya karşı tam değerli geri ödeme talebine veya karşı edim talebine sahip olması halinde, sermayenin iadesine ilişkin yasağın uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bu hüküm şirketler topluluğu temelinde ortaya çıkarılmış olsa da, topluluk olmaksızın, şirket pay sahiplerine sağlanan borçlandırmalarda da uygulanacaktır. BGH II ZR 171/07 11/24/2003; Goette,Habersack and Kalss (n 18) Rn. 40-44.

41 Goette,Habersack and Kalss (n 18) Rn. 49; Henssler (n 20) Rn. 147

42 Kanun lafzında geçen “*durch einen vollwertigen Gegenleistungsoder Rückgewähranspruch gegen den Aktionär / by a fully recoverable claim against the stockholder to counter-performance or to restitution*” ifadelerinin nakit borçlanmalarda faizi de kapsayacak şekilde değerlendirilmesi gerektiği öğretide ileri sürülen bir görüştür. Verilen borç aynı bir borç ise, söz konusu eşyanın aynen iade edilmesiyle tam değerli karşı edim sağlanmış olacaktır. Fakat para borçlarında sağlanan borcun faiz olmaksızın birebir iade edilmesi AktG § 57’de yer alan ‘gerçek değer’ ifadesini karşılamamaktadır. Sağlanan borca karşılık bir faiz şartı öngörülmüş olması, AktG § 57’de kastedilen gerçek değerli talep hakkına karşılık gelmektedir. Faiz koşulu olmaksızın verilen borçlar AktG § 57’ye aykırılık oluşturmaktadır. Henssler (n 20) Rn. 148, 149

43 Söz konusu şüphenin ortadan kalkmasına destek olmak amacıyla, borçlunun teminat göstermesi söz konusu olabilir. Goette,Habersack and Kalss (n 18) Rn. 46.

44 Henssler (n 20) Rn. 150-157.

45 Pay sahibinin ödediği nominal değer ve varsa primlerin dikkate alınması gerekmektedir. Markus Vischer, ‘Art. 675-682’ in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephen Wolf, Mark Amstutz and Roland Frank Hausor (eds) *OR Kommentar Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht* (Orell Füssli Kommentar 2023) 2003-2014.

bulunmamaktadır⁴⁶. Bu temelde, usulüne uygun olarak yapılan kâr payı ödemeleri⁴⁷ hariç olmak üzere, sermayenin açık veya örtülü şekilde pay sahiplerine iade edilmesi m. 680/2 hükmü gereği yasaklanmıştır. Ayrıca, OR m. 678'e göre, pay sahiplerine, yönetim kurulu üyelerine ve bunlarla ilişkili olan kişilere⁴⁸, haksız ve kötü niyetli olarak dağıtılan kâr payı, kazanç payı, kazançtan alınan sair paylar, kurucu menfaatleri ve örtülü kâr dağıtımlarının⁴⁹ geri verilmesi talep edilebilir. Bunlara ek olarak, şirket ile yukarıda ifade edilen kimseler arasında bir hukuki işlem tesis edilmiş ve hukuki işleminden doğan bedel ile edim arasında şirketin aleyhine olacak şekilde açık bir uyumsuzluk mevcut ise pay sahibinin elde ettiği varlıkları geri vermesi söz konusu olabilir⁵⁰. Bedel ile edim arasındaki uyumsuzluğun tespitinde, şirketin mali durumuyla birlikte diğer verilerin de dikkate alınması gerekmektedir⁵¹. Bu noktada, hukuki işleminden doğan edimler arasında bir orantısızlığın mevcut olup olmadığı 'üçüncü kişi' testi ile ölçülmelidir⁵². Başka bir ifadeyle, karşı taraf, şirket pay sahibi olmak yerine üçüncü bir kişi olsa idi, şirketin elde ettiği karşılığın orantısız olduğu tespit edilecek idiyse, söz konusu hukuki işleminden doğan ve pay sahibi tarafından elde edilen menfaat iade edilmelidir.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin verdiği bir karar, pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanmalarının değerlendirilmesi açısından önemli noktalara temas etmektedir. Mahkeme, somut olayı Vergi Hukuku açısından değerlendirmiş ve ortaklara sağlanan borçların, kimi unsurları taşımaması halinde, örtülü kâr payı aktarımı olarak tespit edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 30.01.2012 tarihli Kararına (BGE 138 II 57) göre, bir şirketin ortaklarına kredi vermesi yasak olmamakla birlikte, bu kredinin hukuka aykırılık teşkil etmemesi için bir takım koşulları sağlaması gerekmektedir. Aksi halde, kredi alan açısından gelir niteliğine sahip olması gereken ödemeler, kredi esaslarına tabi tutulmakta ve vergilendirme işlemi yapılamamaktadır. Mahkeme Kararına göre, söz konusu borçların aynı koşullar altında üçüncü kişilere (yakın ilişkili olunmayan üçüncü kişilere) verilip verilmeyeceği test edilmelidir. Zira söz konusu borç, şirketin faaliyet konusu kapsamı dışında, alacaklının kredibilitesi olmamasına rağmen, faiz, teminat ve ödeme zamanı belirtilmeksizin, şirketin mali durumuna uygun olmayacak şekilde sağlanmışsa ve bir yazılı sözleşme yoksa üçüncü taraf testini geçemeyecek ve Kanun'a aykırı olarak nitelendirilecektir⁵³.

46 OR m. 680/2: "Ein Recht, den eingezahlten Betrag zurückzufordern, steht dem Aktionär nicht zu / A shareholder does not have the right to reclaim the amount paid-up."

47 Kâr payının dağıtılmasına ilişkin olarak OR m. 675.

48 İlişkili kişilerden; kişisel, ekonomik, hukuki veya fonksiyonel açıdan pay sahipleri veya yönetim kurulu üyeleri ile ilişkisi bulunan kimseler anlaşılmalıdır. Önemli olan nokta, pay sahibinin, üçüncü kişi aracılığıyla dolaylı olarak menfaat temin edebilmesidir. Vischer (n 45) 2003-2014; Toraman Çolgar (n 3) 147-152; Henssler (n 20) Rn. 80.

49 OR m. 678'in kapsamı, hükümde sayılan ödemeler ile sınırlı değildir. Burada sayılmayan fakat aynı şekilde haksız ödemelere neden olan her türlü aktarım m. 678 kapsamında değerlendirilmelidir. Meyer Manuel, *Das Aktienrecht – Kommentar der ersten Stunde* (Berner Kommentar 2023) 197-202.

50 İbid 197-202.

51 İsviçre Federal Mahkemesi'nin BGE 140 III 602 sayılı kararında, şirketin mali durumunun, tek başına bir gösterge olarak değerlendirilmemesi gerektiği, ifade edilmiştir. Zira şirketin mali durumunun iyi olması haksız menfaat sağlanması için bir gerekçe oluşturmayacaktır.

52 Manuel (n 49) 199.

53 İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 138 II 57 sayılı kararı.

Mehaz Kanun hükümleri, açıkça pay sahipleri tarafından şirkete karşı borçlanmayı yasaklamamakla birlikte, şirket alacaklılarının ve özellikle küçük pay sahiplerinin menfaatlerini göz önünde bulundurmak suretiyle, şirkete karşı borçlanmayı, sermayenin korunması ilkesi ve sermayenin iadesi yasağı kapsamında ele almaktadır. Bu doğrultuda, pay sahibine sağlanan borcun, anonim şirket ilkelerine uygun olması açısından aşağıda sayılan unsurların sağlanması gerekmektedir:

- Kısa süreli, yazılı bir sözleşmenin varlığı,
- Tam değerli geri ödeme talebinin şirkete sağlanmış olması,
- Borca karşılık gelecek değerde bir teminatın sunulmuş olması,
- Faiz şartı ve oranının tespit edilmiş olması,
- Taraflarca yüklenilen edimlerin birbirine uygun olması,
- Borçlanan pay sahibinin borcu ödeyecek mali güce sahip olması.

C. TÜRK HUKUKUNDA BORÇLANMA YASAĞI

1. Borçlanma Yasağının Muhatabı ve “Borçlanma” Kavramı

Pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanma yasağı, (i) yasak kapsamındaki kişiler ve (ii) yasak kapsamındaki işlem türleri olmak üzere iki unsur dikkate alınarak incelenebilir:

(i) Yasak kapsamındaki kişiler:

TTK’nın 358. maddesi, pay sahibinin şirkete karşı borçlanma yasağına ilişkin olduğundan, yasak kapsamında değerlendirilecek kişilerin, öncelikle pay sahibi olması gerekmektedir. Kişiler, Kanun’da belirtilen usul ve esaslara uygun şekilde pay sahipliğini elde ettikleri andan itibaren m. 358 kapsamında yasak dâhilinde olacaktır⁵⁴. Şirkette sahip olduğu pay oranı veya imtiyazlı paylar dikkate alınmaksızın tüm pay sahipleri borçlanma yasağı kapsamındadır⁵⁵.

Öğretide, borçlanma yasağının doğması için şirketin, kişinin pay sahibi olduğunu bilmesinin gerekliliğine ilişkin bir tartışma yürütülmüştür. Nihayetinde, borçlanma yasağı kapsamında olması için kişinin, şirket tarafından, pay sahibi olduğunun bilinmesi gerekmeyeceği yönünde ortak görüş ortaya çıkmıştır⁵⁶. Şirketin, pay sahibinin kimliğini bilmemesi durumu, 27/12/2020 tarihli 7262 sayılı Kanun’un⁵⁷ 32. maddesiyle TTK’nın 489. maddesinde yapılan değişiklikle birlikte artık pek mümkün

54 Hızır (n 3) 238.

55 İntifa hakkı sahibinin, bu hakkı kazandığı andan itibaren, borçlanma yasağı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Toraman Çolgar (n 3) 144-146; Aydın Alber Yüce, ‘Anonim ve Limited Şirketlerde Pay Sahiplerinin Şirkete Borçlanma Yasağı’ (2012) 2(2) Regesta Ticaret Hukuku Dergisi 61, 66-68; Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, *Şirketler Hukuku Genel Esasları* (5. Baskı, Yetkin Yayınları 2023) 197. Karşı görüş için bkz. Hızır (n 3) 238.

56 Korkut (n 3) 1641; Toraman Çolgar (n 3) 135.

57 Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Finansmanının Önlenmesine İlişkin Kanun, Kanun Numarası: 7262, Kabul Tarihi: 27/12/2020, RG 31.12.2020/31351-5. Mükerrer.

gözükmemektedir⁵⁸. Zira 489. maddenin birinci fıkrasına göre, hamiline yazılı pay senetlerinin devri, şirket ve üçüncü kişiler hakkında, ancak payı devralan tarafından Merkezi Kayıt Kuruluşuna (MKK) yapılacak bildirimle hüküm ifade edecektir. Hamiline yazılı pay senedi sahipleri ile sahip oldukları paya ilişkin bildirimler MKK tarafından oluşturulan elektronik ortamda kayıt altına alınmaktadır⁵⁹. Ayrıca, 417. maddenin birinci fıkrasına göre⁶⁰, genel kurulda hazır bulunanlar listesi MKK tarafından oluşturulacağından⁶¹, hamiline yazılı pay senedi sahiplerinin şirket tarafından bilinmemesi söz konusu olmayacaktır. Bununla birlikte, şirket tarafından MKK'dan pay sahipleri çizelgesi alınıncaya kadar, hamiline yazılı pay senetlerini devralarak ortak sıfatını kazanan kişilerin, borçlanma yasağı kapsamında olmaları için bu kimselerin şirketçe ortak olduklarının bilinmesi aranmamalıdır.

Söz konusu kanuni değişiklikle birlikte, tartışılması gereken diğer bir mesele, devralmanın MKK'ya bildirim yapılınca kadar, devralanın, pay sahibi sıfatı ile şirketten borç alıp alamayacağı meselesidir. Hamiline yazılı pay senetlerinin zilyetliğinin nakliyle, ortaklık payının devri sağlanmakta; fakat devrin şirket ve üçüncü kişiler nezdinde sonuç doğurması için devrin MKK'ya bildirilmesi gerekmektedir⁶². MKK'ya bildirimde bulunulmaması hâlinde, hamiline yazılı pay senedine sahip olanlar, TTK'dan doğan paya bağlı haklarını gerekli bildirim yapılınca kadar kullanamayacaktır. Hamiline yazılı pay senedine bağlı hakların şirkete ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesinde MKK'ya yapılan bildirim tarihi esas alınacaktır (TTK m. 489/2). 489. maddede yapılan değişiklik temelinde ifade edilebilir ki, MKK'ya bildirim, hamiline yazılı payların sağlıklı bir şekilde devrinin sağlanması için aranmamaktadır. Bildirim, devralanın TTK'dan kaynaklanan paya bağlı haklarını kullanabilmesi için kanuni bir yükümlülük olarak oluşturulmuştur⁶³. Bu bağlamda, MKK bildirimi yapılmadığı sürece devralan, ortak olmanın verdiği genel kurula katılma, kâr payı talep etme, iptal davası açma gibi haklardan yararlanamayacak fakat pay sahibi sıfatını haiz olacaktır. TTK m. 358 kapsamındaki yasak pay sahipliği sıfatı ile ilişkilidir. Dolayısıyla şirket ortağının, pay sahipliği haklarından yararlanamaması söz konusu olsa da borçlanma yasağı kapsamında olduğu ifade edilmelidir.

TTK'nın 358. maddesi, pay sahipleri ile ilişkili kimselere yönelik olarak bir hüküm barındırmamaktadır. Fakat yukarıda ifade edildiği gibi, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin şirkete borçlanma yasağını düzenleyen 395. maddenin ikinci fıkrası, sadece yönetim kurulu üyelerine ilişkin değildir; aynı zamanda yönetim kurulu üleriyle ilişkili pay sahibi olmayan kimselerin de yasak kapsamında olduğunu ifade etmektedir. Bu noktada, 358. maddede borçlanma yasakları düzenlenen pay sahipleri

58 TTK m. 499 gereği, çıplak paylar ve nama yazılı paylar, pay defterine kaydedilmektedir. Dolayısıyla şirket ortaklarının kimler oldukları bilmektedir. Kanun değişikliğinden önce, pay sahiplerinin anonim olmaları hamiline yazılı pay senetleri için geçerliydi.

59 Hamiline Yazılı Pay Senetlerinin Merkezi Kayıt Kuruluşuna Bildirilmesi ve Kayıt Altına Alınması Hakkında Tebliğ m. 7/1. Başka bir ifadeyle, halka kapalı anonim şirketlerde, hamiline yazılı paylar, kayden izlenecektir.

60 7262 sayılı Kanun m. 29 ile değiştirilen TTK m. 417/1.

61 Hamiline Yazılı Pay Senetlerinin Merkezi Kayıt Kuruluşuna Bildirilmesi ve Kayıt Altına Alınması Hakkında Tebliğ m. 4, 6.

62 İsmail Kırca ve Ufuk Tekin, 'Suç Gelirlerinin Aklanması ve Terörün Finansmanı'yla Mücadele Çerçevesinde OECD Mali Eylem Görev Grubunun Hamiline Yazılı Paylarla İlgili Tavsiye Kararı ve Ulusal Mevzuatlarda Buna Uyum Çabaları' iç Mustafa Halil Çonkar, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya, Ahmet Özsoy ve İbrahim Çağrı Zengin (edr) *Ord. Prof. Dr. Şevket Memedali Bilgişin'in Anısına Armağan* (On İki Levha Yayınları 2021) 476-487.

63 İbid 476-487.

ile ilişkisi bulunan kimselerin⁶⁴, yasak kapsamında olup olmadıklarının tartışılması gerekmektedir. TTK m. 358, TTK m. 395/2 ve 436/1⁶⁵ ile birlikte değerlendirilmeli ve sahip olunmak istenen kolektif amaç dikkate alınarak yorum yapılmalıdır. TTK m. 395/2 ve 436/1'de kanun koyuncunun muradı, şirketin sermaye ve menfaatinin korunmasının sağlanmasıdır. Bu temelde, m. 395/2 ile pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesi ve pay sahibi olmayan yakınlarının borçlanması yasaklanmıştır. Pay sahiplerinin borçlanma yasağı, ilişkili oldukları kişileri hariç bırakacak şekilde düzenlenirse, Kanun'un dolanılması problemi ortaya çıkabilir⁶⁶. Bu bağlamda, tıpkı m. 395/2 ve 436/1'de olduğu gibi pay sahiplerinin ilişkili oldukları kişiler⁶⁷ de yasak kapsamı içinde değerlendirilmelidir⁶⁸.

(ii) Yasak kapsamındaki işlem türleri:

TTK m. 358 hükmünde kast edilen borç kavramı, geniş anlamdaki borç kavramı değil, dar anlamdaki borç kavramıdır⁶⁹. Başka bir ifadeyle, kanun koyucu pay sahibiyle şirket arasında doğabilecek olan borç ilişkisini yasaklamamakta; fakat pay sahibinin şirkete karşı borçlanmasını sınırlandırmaktadır. Bu temelde, TTK m. 358'te benimsenen sınırlandırma, uygulamada da en çok karşılaşılan ve para borcunun doğmasına neden olan tüketim ödünü sözleşmelerinden doğan borçlara yöneliktir⁷⁰. Bununla birlikte, 358. madde hükmünde, borçlanma dışında diğer hukuki işlemlerden söz edilmese de şirket tarafından, pay sahibinin şahsi borcu lehine teminat gösterilmesi, karşılıksız kullanım ödünü verilmesi, borcun nakli⁷¹ gibi işlemler de pay sahibi lehine şirketin malvarlığının azalması sonucunu doğuracaklarından⁷², bu işlemlerin de borçlanma yasağı kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir⁷³.

64 TTK m. 395'ten esinlenilerek, pay sahibi ile ilişkisi bulunan kimselerin, 'pay sahiplerinin eşi, alt ve üstsoyu, üçüncü derece dâhil üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları' olarak belirtilebilir.

Ayrıca, hükümler arasında yeknesaklığın sağlanamamasına ilişkin eleştiriler için bkz. Kendigelen (n 3) 286; Hızır (n 3) 239.

65 TTK'nın 436. maddesinin birinci fıkrası oydan yoksun kalınan durumları düzenlemektedir. Hüküm ile sağlanmak istenen amaç, şirketin menfaati ile kişisel menfaatlerin kesişmesi durumunda, kişisel menfaatin ön plana çıkarılmak suretiyle karar alınmasının önüne geçilmesidir.

66 Korkut (n 3) 1641.

67 Vischer (n 45) 2003-2014; Toraman Çolgar (n 3) 147-152; Henssler (n 20) Rn. 80.

68 Altmeppen (n 20) Rn. 48-53; Tamer (n 7) 108.

69 Geniş anlamda borç kavramı, taraflardan birini, diğerine karşı, bir şey yapma, yapmama veya verme gibi, bir yükümlülük altına sokan hukuki ilişki olarak nitelendirilebilir. Dar anlamda borç kavramı ise borç ilişkisi doğuran işlem neticesinde, taraflardan her birinin yüklendiği yükümlülük olarak tarif edilebilir. Bu temelde, TTK m. 358, şirket ile pay sahibi arasında kurulacak borç doğuran hukuki işlemleri yasaklamamakta; pay sahibinin şirkete karşı borçlanmasını sınırlandırmaktadır. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (28. Baskı, Legem Yayıncılık, 2023) 21-22; Korkut (n 3) 1642; Toraman Çolgar (n 3) 169-170; Hızır (n 3) 233-238.

70 Kırca ve Gürel (n 3) 6; Toraman Çolgar (n 3) 171-172; Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat (n 12) 679.

71 Söz konusu hukuki işlemler m. 358'te sayılmamakla birlikte m. 395/2'de belirtilmiştir. TTK m. 395/2'nin kıyas yoluyla uygulanması veya m. 358'de geçen "borçlanma" kavramının geniş yorumlanmasıyla bu eksikliğin üstesinden gelineceği yönünde bkz. Toraman Çolgar (n 3) 191-195.

72 Şirketin malvarlığında azalma sonucunu doğurmayan borçlanmalar yasak kapsamında değerlendirilmemelidir. Örneğin, pay sahibinin şirkete başta bulunma taahhüdünde bulunması ve bunu ifa etmemesi de pay sahibinin şirkete borçlanması sonucunu doğuracak fakat bu hal yasak kapsamında değerlendirilmeyecektir. Hızır (n 3) 236; Tamer (n 7) 104.

73 Hızır (n 3) 235; Toraman Çolgar (n 3) 191-195.

2. Pay Sahiplerinin Şirkete Borçlanması İçin Aranan Unsurlar

TTK m. 358 gereğince, pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanabilmeleri için (1) pay sahiplerinin, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmiş olmaları ve (2) şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârının, geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olması gerekmektedir.

a. Sermaye Taahhüdünden Doğan Vadesi Gelmiş Borçların İfa Edilmiş Olması

Pay sahiplerinin şirkete borçlanabilmeleri için aranan ilk kıstas, vadesi gelmiş sermaye borçlarının ifa edilmesi⁷⁴ olduğundan, öncelikle anonim şirketlerde ne tür unsurların sermaye olarak getirilebilecekleri ve sermaye taahhütlerine ilişkin tasarruf işlemlerinin nasıl gerçekleşeceği açıklanmalıdır⁷⁵.

TTK m. 342'ye göre; para, kıymetli evrak, sermaye şirketlerine ait paylar, taşınır ve taşınmazlar ve bunların faydalanma ve kullanma hakları, ticari işletmeler, haklı olarak kullanılabilir ve devredilebilir elektronik ortamlar, alan adları ve diğer aynı malvarlığı unsurları şirketlere sermaye olarak getirilebilmektedir. Ayrıca, üzerlerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir bulunmayan, nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fikrî mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dâhil, malvarlığı unsurları aynı sermaye olarak konulabilir. Bununla birlikte, hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacaklar⁷⁶ sermaye olarak getirilemez.

Aynı sermaye unsurlarının, şirkete intikali 128. maddede düzenlenmiştir. Buna göre, değerleri bilirkişilerce tespit edilen esas sözleşmede aynı sermaye olarak belirtilen taşınmazlar, tapuya şerh verilmek suretiyle, fikri mülkiyet hakları ve diğer değerler, varsa özel sicillerine kaydedildikleri ve taşınırılar güvenli şekilde üçüncü kişiye tevdi edildikleri takdirde⁷⁷, aynı sermaye olarak kabul olunmaktadır. Şirket tüzel kişilik kazandığı anda malik sıfatıyla bunlar üzerinde tasarrufta bulunabilir⁷⁸. Bu temelde, aynı sermaye unsurları, şirket henüz tüzel kişilik kazanmadan pay sahibinin uhdesinden çıkmakta, şirketin tüzel kişilik kazanmasıyla birlikte, şirket artık bunlar üzerinde tasarrufta bulunma hak ve yetkisine sahip olmaktadır⁷⁹. Dolayısıyla, sermaye taahhüdünün ifa edilmemesi gibi bir sonuç aynı sermaye unsurları için ortaya çıkmamaktadır⁸⁰.

74 Hükümün, 'vadesi gelmiş borçun' ifadeleriyle düzenlenmiş olması öğretilde eleştirilmiştir. Bunun yerine, 'pay sahipleri ancak sermaye taahhüdünü tamamen ifa ettikten sonra şirkete karşı borçlanabilir' denilmek suretiyle hüküm oluşturulmalıydı. Kendigelen (n 3) 244; Fleischer and Goette (n 19) Rn. 14.

75 Sermaye koyma borcu iki aşamadan oluşmaktadır: borçlanma ve tasarruf. Anonim şirket esas sözleşmesine, sermaye unsurlarının kaydedilmesi taahhüt (borçlanma) işlemini, kayıt altına alınan bu değerlere ilişkin mülkiyet hakkının (veya yararlanma/kullanma) nakledilmesi ise tasarruf (devir/temlik) işlemidir. Devir/temlik/tasarruf işlemlerinin nasıl gerçekleşeceği TTK m. 128-130 arasında düzenlenmiştir. Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I* (15. Baskı, Vedat Kitapçılık 2021) N. 128.

76 Mehmet Fatih Arıcı, 'Sermaye Şirketleri Hukukunda Vadeli Alacağın Sermaye Olarak Konulması Yasağı' (2015) 72(1) İÜHF 319, 328-334.

77 Taşınır eşyanın sermaye olarak taahhüdüyle ilgili olarak bkz. Necla Akdağ Güney ve Mustafa Alper Gümüş, 'Taşınırın Anonim Şirkete Esas Sermaye Olarak Getirilmesi' (2013) 3(3) REGESTA 3, 22-25.

78 Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Anonim Şirketler Hukuku* (n 55) 205.

79 Akdağ Güney ve Gümüş (n 77) 22-25

80 Korkut (n 3) 1643; Hızır (n 3) 256, 257.

Muaccel alacakların sermaye olarak getirilmesinde ise TTK'nın 130. maddesi uygulama alanı bulacaktır. İlgili maddeye göre, muaccel alacak, esas sözleşme tarihinden itibaren bir ay içinde şirket tarafından tahsil edilmelidir; tahsilat gerçekleşene kadar pay sahibi borcundan kurtulmuş olmamaktadır. Bu halde, bahsi geçen bir aylık süre içinde alacak tahsil edilene kadar, pay sahibinin sermaye borcunu ifa yükümlülüğü devam ettiğinden, bu süre boyunca şirkete karşı borçlanamaması gerektiği öğretide ileri sürülmüştür⁸¹. Ancak kanaatimize göre bir aylık süre, alacak hakkının tahsilatı için şirkete verilmiş süredir. Şirket arzu ederse esas sözleşme tarihini takip eden ilk gün arzu ederse bir ayın sonunda alacağın ödenmesini talep edebilir. Dolayısıyla, bir aylık sürenin tamamı boyunca, pay sahibi açısından, vadesi gelmiş sermaye borcunun varlığı söz konusu değildir. Bu sonuca 130. maddenin üçüncü fıkrası dikkate alınarak da ulaşılabilir. İlgili hükümde, her ne sebeple olursa olsun, bu süre içinde alacak tahsil edilemediği takdirde, ortağın, bir aylık sürenin bitiminden itibaren geçecek günlerin temerrüt faizini ödeyeceği belirtilmiştir⁸². Sonuç itibarıyla, alacak hakkının tahsilatı için verilmiş olan bir ay boyunca veya bir aylık süre içinde alacak şirket tarafından tahsil edilinceye kadar, pay sahibinin şirkete karşı borçlanabilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Alacağın, şirket tarafından tahsil edilememesi halinde veya her halde bir ay sonunda pay sahibinin sermaye borcu muaccel hale gelecek ve ifa edilmemesi halinde pay sahibi borçlanma yasağı kapsamında olacaktır.

Taahhüt edilen sermaye nakdi bir değer ise söz konusu değere karşılık gelen payların itibarı değerlerinin en az yüzde yirmi beşi tescilden önce, bakiye değer ise şirketin tescilini izleyen yirmi dört ay içinde ödenmelidir⁸³. Borçlanma yasağı bağlamında, nakdi sermaye taahhütlerinde, vade ve muacceliyet tarihinin tespit edilmesi önem kazanmaktadır. Nakdi sermaye taahhüdünden doğan borç yönetim kurulu⁸⁴ tarafından verilen bir ilan (çağrı/apel)⁸⁵ ile muaccel hale gelir⁸⁶. TTK m. 481'e

81 Hızır (n 3) 256.

82 TTK m. 130/3'e göre, alacak herhangi bir sebeple tahsil edilemediği takdirde, gecikmeden dolayı tazminat hakkı saklı kalmak kaydıyla, pay sahibi sürenin bitiminden itibaren geçecek günlerin temerrüt faizini de öder. Bu hükümle, borcun tahsil edilememe riski pay sahibine yüklenmektedir. Ayrıca hükümde, pay sahibinin temerrüt faizi ödeyeceğinin belirtilmesi, söz konusu borcun muaccel hale geldiğini ve pay sahibinin temerrüde düştüğünü ortaya koymaktadır. Ahmet Fatih Özkan, 'Sorumlu Olma' iç Kemal Şenocak (ed) *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt-1* (Seçkin Yayınları 2023) 150.

83 Paylar primli ise primlerin tamamı tescilden önce ödenmelidir (TTK m. 344/1). Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat (n 12) 346. Şirkete borçlanma yasağı payın itibari değerinin ödenmemesinden doğacaktır. Toraman Çolgar (n 3) 217; Hızır (n 3) 245-248.

84 Çağrının nasıl yapılacağı ve içeriğinin ne olacağı esas sözleşme veya genel kurul kararıyla belirlenebilir. Hükümün lafzında yer alan "*esas sözleşmede başkaca hüküm bulunmadığı takdirde*" ifadesi, çağrının şekil ve içeriğine ilişkindir. Esas sözleşmede farklı bir düzenleme öngörülmediyse çağrı, ilan yoluyla gerçekleştirilecektir. Bununla birlikte çağrının yönetim kurulu tarafından yapılması gerekmektedir. Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (Güncellenmiş 4. Baskı, Vedat Kitapçılık 2015) 385; Aytekin Çelik, *Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma* (4. Baskı, Seçkin Yayınları 2011) 132-133. Sevi'ye göre, çağrı yapma yetkisi, yönetim kurulunun yetkisindedir; fakat esas sözleşmeyle çağrıda bulunma yetkisinin genel kurula verilebileceğini ifade etmiştir. Sevi'ye göre, çağrı yönetim kurulu tarafından haksız bir şekilde yapılmıyorsa, genel kurul çağrıyla gerçekleştirilmelidir. Ali Murat Sevi, *Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı* (Seçkin Yayınları 2013) 207-208; 221-222; aynı yönde bkz. Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (15. Baskı, Vedat Kitapçılık 2023) N. 1040. Yaşar Can Göksoy, 'Ödemeye Çağrı' iç Kemal Şenocak (ed) *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt-3* (Seçkin Yayınları 2023) 2987.

85 Apel kelimesi, Fransızca "Appel" (çağrı) kelimesinden türetilmiş ve Camiî Ohannes efendi tarafından tercüme edilen 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu esas alınarak hazırlanmış Kanunname-i Ticaret'te kullanılmıştır. Koray Ergin, 'Osmanlı Devleti'nde Kanunnamelerden Nizamnamelere Geçiş' (2016) 39 SDÜ Fen Edebiyat Sosyal Bilimler Dergisi 1, 16; Sevi (n 84) 207.

86 Pay sahibinin, bakiye sermaye borcunun muaccel hale gelmesi için yönetim kurulu tarafından ilan yolu ile ödemeye

göre, payların bedelleri, yönetim kurulu tarafından, esas sözleşmede başkaca hüküm bulunmadığı takdirde, pay sahiplerinden ilan yoluyla istenir. İlanda, ödenmesi istenen sermaye borcunun oranı veya tutarı ile ödeme tarihi ve ödemenin nereye yapılacağı açıkça belirtilir. Bu halde, ilanda belirtilen ödeme gününde borç muaccel hale gelecektir⁸⁷. Muacceliyet tarihinde borcun ödenmemesi halinde, pay sahibi açısından borçlanma yasağı doğmuş olacaktır.

b. Şirketin Serbest Yedek Akçelerle Birlikte Kârının Geçmiş Yıl Zararlarını Karşılacak Düzeyde Olması

Pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanabilmeleri için m. 358'de aranan şartlardan bir diğeri, şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârının geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmasıdır. Şirket ile pay sahipleri arasındaki hukuki ilişkilerin veya hukuki işlemlerin, belirli sınırlar içinde devam etmesini isteyen⁸⁸ kanun koyucu, şirketin mali durumu ile ilgili bir eşik belirlemiş; bu eşığı geçen şirketlerde, pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanmasına müsaade edilmiştir. Kanun koyucu bu sınırlandırmayla hem sermayenin korunması ilkesine hem de sermayenin iadesi yasağına uygun bir düzenleme ortaya çıkarmaktadır. Ayrıca bu sınır, pay sahibine verilecek borcun üst sınırını da çizmektedir. Zira bu sınırı aşan düzeyde borç verilmesi aranan şartın ortadan kalkmasına neden olacaktır.

358. maddede belirtilen şartın tespit edilebilmesi için hükümde geçen kavramlar üzerinde durulmalıdır:

(i) Serbest yedek akçe:

Serbest yedek akçenin kavranabilmesi için öncelikle yedek akçenin ne olduğunun, kaynaklarının neler olduğunun ve nasıl kullanılacağına bilinmesi gerekmektedir. Yedek akçe, kanun koyucu tarafından tanımlanmamıştır. Fakat kanuni düzenlemeler ışığında öğreti, yedek akçeyi farklı şekillerde açıklamaktadır. İlk olarak yedek akçe, '*ana sermayenin bir parçası olan birikmiş kâr*' olarak tanımlanmıştır⁸⁹. Daha kapsamlı olacak şekilde, '*anonim şirket safi kârından ayrılan, ortaklara dağıtılmayan, şirket içinde bırakılan tutar*' olarak ifade edilmiştir⁹⁰. Öğretide diğer bir grup yazar

çağrı yapılmasının zorunlu olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Borcun muacceliyeti için çağrı yapılması gerektiği görüşü için bkz. Sevi (n 84) 211; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt III* (4. Bası, Adalet Yayınevi, 2022) 2131; Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (n 84) 385; Çelik (n 84) 132-133. Aksi görüş için bkz. Toraman Çolgar (n 3) 219-220. Yazara göre, hükmün bu kadar katı uygulanması, yönetim kurulunun sahip olduğu yetkinin, sermayenin korunması ilkesinin önüne geçmesine neden olacaktır. Bu sebeple, yönetim kurulu tarafından çağrı yapılmasa dahi yirmi dört ayın son günü vade tarihi olarak kabul edilmeli ve borç muaccel hale gelmelidir.

87 TTK m. 344'te, yirmi dört aylık bir süre verilmiş olsa da yönetim kurulunun bu sürenin sonlanmasını bekleme zorunluluğu bulunmamaktadır. Dürüstlük kurallarına uygun olması şartıyla, yönetim kurulu, bakiye sermaye borcunun ifa edilmesini yirmi dört aylık süre içerisinde herhangi bir zamanda talep edebilir. Yönetim kurulu tarafından ilan edilen tarih kesin vade niteliğindedir. Böylece bu tarih borcun muaccel hale gelmesine vesile olacaktır. Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt I* (4. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022) 797; Tekinalp *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (n 84) 385; Sevi (n 84) 206; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (7. Baskı, Adalet Yayınevi 2021) 596.

88 Toraman Çolgar (n 3) 226.

89 Mahmut Tevfik Bırsel, *Anonim Şirketler Hukukunda Kar Kavramı C.1* (Ege Üniversitesi Matbaası 1973) 42.

90 Oruç Hami Şener, *Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2017) 493; Erdoğan

yedek akçeyi, ‘*esas sermayeyi aşan net malvarlığı*’ olarak belirtmiştir⁹¹. Son olarak yedek akçe, ‘*ileride meydana gelecek ziyanları kapatmak, beklenen veya beklenilmeyen kayıp ve masrafları karşılamak, işletmenin idamesi ve gelişimini, istikrarlı kâr payı dağıtımını temin maksadıyla, kazançlardan alıkonulmak suretiyle açık veya gizli olarak ayrılan kıymet*’ olarak tanımlanmıştır⁹². Tüm bu tanımlar dikkate alındığında, yedek akçe, genel itibarıyla, kanun koyucunun sermaye şirketlerini tasarrufa yöneltmesi sonucu, şirketlerin ayırdıkları, belli bir kısmının nasıl kullanılacağı belirli olan şirket kârlarıdır. Bununla birlikte, yedek akçenin tek kaynağı şirket kârı değildir. Primli paylardan, ıskat kazançlarından, şirketin kendi paylarını iktisabından veya aktiflerdeki değer atışlarından yedek akçe temin edilmesi mümkündür. Bu temelde, en geniş haliyle, ödenmiş sermaye dışındaki, belli bir amaca özgülenmiş veya özgülenmemiş özkaynak/net malvarlığı yedek akçe olarak değerlendirilebilir⁹³.

Yedek akçeler, farklı kıstaslara göre farklı sınıflandırmalara tabi kılınmıştır. Bu kıstaslardan biri kullanımlarının serbest olup olmamasıdır⁹⁴. Yedek akçeler, kullanımlarının kanunen belirli olup olmamalarına göre serbest ve bağlı yedek akçe olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁹⁵. Ayrıca yedek akçeler ayrılmalara neden olan dayanaklara göre üç sınıfta toplanmaktadır. Bunlar; kanuni yedek akçe, ihtiyari yedek akçe (esas sözleşme) ve olağanüstü yedek akçedir (genel kurul kararı)⁹⁶. Kanuni, ihtiyari ve olağanüstü yedek akçeler, kullanımları serbest ise serbest yedek akçe, kullanımları kanunen belirlenmiş ise bağlı yedek akçelerdir.

Kanuni yedek akçeler, Kanun’da belirtilen koşulların oluşması halinde ayrılması zorunlu olan yedeklerdir. Kanuni yedek akçe, (i) genel kanuni yedek akçe (m. 519) ve (ii) şirketin iktisap ettiği paylar üzerinden ayrılan yedekler ve yeniden değerlendirme fonları (m. 520) olmak üzere ikiye ayrılabilir.

Moroğlu, *Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı* (3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2015) 213; Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku* (9. Baskı, Dora Yayıncılık 2013) 518.

Ancak bu tanım, yedek akçenin salt kârdan ayrılmaması, başka kaynaklarından da yedek akçenin ayrılıyor olmasından dolayı eleştirilmiştir. Raziye Aksu Özkan, ‘Anonim Şirketlerde Genel Kanuni Yedek Akçe Kavramına Bağlanan Hukuki Sonuçlar’ (2021) 23(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 339, 342.

91 Pulaşlı, *Şerh Cilt III* (n 86) 2619; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 84) N. 1490; Güzin Üçışık ve Aydın Çelik, *Anonim Ortaklıklar Hukuku Cilt II* (Adalet Yayınevi 2022) 523.

92 Güzin Üçışık ve Aydın Çelik, *Anonim Ortaklıkta Finansal Tablolar Yedek Akçeler ve Kâr Dağıtım* (On İki Levha Yayınları 2018) 183-187; Senar Çağırğan Tuncer ve Yasin Ulusoy, ‘Yedek Akçeler’ (2017) 19 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Şener Ertaşa’a Armağan) 1971, 1974.

93 Esasında yedek akçeler, esas sermayenin ödenmiş kısmıyla birlikte, şirket bilançosunun pasif kısmında yer alır ve aktif kısmında belirtilen değerlerin karşılıklarını oluştururlar. Ödenmiş sermayeden farklı olarak, yedek akçeler üzerinde tasarrufta bulunma imkânı doğabilir. Bu nedenle bunlar, şirket özkaynağının değişken kısımlarıdır. Bilgili ve Demirkapı (n 90) 518.

94 ‘Serbest yedek akçe’ FTTK tarafından tanımlanmamakta; fakat Kanun’un farklı maddelerinde ‘serbest yedek akçe’ (m. 358, 509), ‘serbestçe kullanılabilir öz kaynak’ (m. 583/5; 612.), ‘serbestçe kullanılabilen yedek akçe’ (m. 605), ‘yedek akçelerin serbestçe kullanılabilir kısımları’ (m. 462/1) gibi ifadelerle yer verilmektedir.

95 Güven Sayılğan ve Kemal Şenocak, ‘Şirketin İktisap Ettiği Kendi Pay Senetleri İçin Ayrılan Yedek Akçe ve Yeniden Değerleme Fonları’ iç Kemal Şenocak (ed) *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt-3* (Seçkin Yayınları 2023) 3450-3499; Tuncer ve Ulusoy (n 92) 1978-1985; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 84) N 1499-1508.

96 Sayılğan ve Şenocak (n 95) 3450-3499; Tuncer ve Ulusoy (n 92) 1978-1985; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 84) N 1499-1508.

TTK'nın 519. maddesinde düzenlenen ve şirket kârından ayrılan genel kanuni yedek akçeler iki tertipte toplanmaktadır. Birinci tertip (m. 519/1); şirket yıllık kârının⁹⁷ %5'i, ödenmiş sermayenin %20'sine ulaşıncaya kadar yedek akçeye ayrılmasıdır. %20'lik eşiğe ulaşıldıktan sonra birinci tertip kanuni genel yedek akçe ayırma zorunluluğu ortadan kalkmaktadır⁹⁸. İkinci tertip ise (m. 519/2, c), pay sahiplerine %5 oranında kâr payı (birinci temettü) ödendikten⁹⁹ sonra, kârdan pay alacak kişilere dağıtılacak toplam tutarın %10'unun yedek akçe olarak ayrılmasıdır. İkinci tertip ayrımının yapılabilmesi için ilk şart, şirket pay sahiplerine ödenmiş sermayenin¹⁰⁰ en az %5'i oranında¹⁰¹ kâr

97 Birinci tertip yedek akçenin matrahının belirlenmesi için 'yıllık kâr' kavramından ne anlaşılması gerektiğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Öğreti bu noktada farklı görüşler bulunmaktadır. Birinci görüşe göre yıllık kâr, dönem kârından (gelirler – masraflar) varsa geçmiş yıl zararlarının çıkarılması ile kalan sonuçtur. Birinci görüşün temel dayanağı, yedek akçenin vergi öncesi kârdan ayrılması, şirketin daha az kâr payı ödemesine ve daha çok yedek akçe ayırmasına neden olacaktır. Bu durum ise şirketlerin mali açıdan güz kazanmasını sağlayacaktır. Ferhat Fahrhan, 'Yeni Türk Ticaret Kanununda Yedek Akçeler ve Yedek Akçe Ayrılması' (2011) 224 Yaklaşım Dergisi 94, 99.

İkinci görüşe göre ise yıllık kâr dönem kârında varsa geçmiş yıl zararlarının ve mali yükümlülüklerinin (vergi yükümlülükleri) çıkarılması ile elde edilen sonuçtur. İkinci görüşün temel dayanağı ise birkaç noktada özetlenebilir. İlk olarak, şirket açısından gider niteliğinde olan vergi ve mali yükümlülüklerin düşülmesi muhasebe tekniğine daha uygundur. Sonrasında, dönem kârı esasında şirketin tasarruf yetkisinde bulunmayan mali yükümlülükleri de kapsamaktadır. Dolayısıyla dönem kârı üzerinden yapılan hesaplama, şirketin kendisine ait olmayan bir miktar nakdi dağıtması anlamına gelmektedir. Bu nedenle, birinci tertip yedek akçenin matrahı vergi yükümlülüklerinin indirilmesi ile tespit edilen değer olmalıdır. Bu görüş öğretide daha çok destek bulmaktadır. Salih Canöz, *Anonim Şirketlerde Kâr Payının Tespiti ve Dağıtılması* (Seçkin Yayınları 2016) 70-75; Kerem Çelikbaya, *Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kar Payı Hakkı* (On İki Levha Yayınları 2021) 157; Üçışık ve Çelik *Finansal Tablolar* (n 92) 208-209; Üçışık ve Çelik, *Anonim Ortaklıklar* (n 91) 526; Tuncer ve Ulusoy (n 92) 1978; Hasan Karşioğlu, *Anonim Şirketlerde Örtülü Kâr Dağıtımı* (Adalet Yayınevi 2015) 84; Yaşar Karayalçın, 'Kanuni Yedek Akçenin İlk Ayrımı Açısından Safi Kâr Kavramı ve Dönem Vergi Borçları' (1990) 15(3) BATİDER 137, 138-140.

Başka bir görüşe göre, yıllık kâr, bilançoda görülen dönem kârıdır. Başka bir ifadeyle, gelirlerden giderlerin (masrafların) çıkarılmasıyla elde edilen kârdır. Yıllık kâr kavramı tercih edildiğinden geçmiş yıl zararları olsa bile birinci tertip yedek akçe ayrılır. Bu sebeple varsa bile geçmiş yıl zararları düşülmeden bulunan matrah üzerinden birinci tertip yedek akçe ayrılmalıdır. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 84) N. 1513-1513; Sayılğan ve Şenocak (n 95) 3457, 3461.

98 Zorunlu ayırma sona erdikten sonra, isteğe bağlı olarak, yedek akçe ayırmasına devam edilebilir. Bkz. Thomas Meister, 'Art. 671-674' in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephen Wolf, Mark Amstutz, Roland Frank Hausor (eds.) *OR Kommentar Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht* (Orell Füssli Kommentar 2023) 1982. Bu şekilde ayrılan yedekler, genel kanuni yedek akçe esaslarına bağlı olarak kullanılır. Pulaşlı, *Şerh Cilt III* (n 86) 2627.

99 6772 s. eski TTK hükümlerinden farklı olmak üzere, birinci temettü ödendikten sonra, ikinci tertip genel kanuni yedek akçe yükümlülüğü doğacaktır. 6779 s. TTK m. 466'da, safi kârdan, pay sahipleri için %5 kâr payı ayrıldıktan sonra, pay sahipleri ile kâra iştirak eden diğer kimselere dağıtılması kararlaştırılmış olan kısmın onda birinin, genel kanuni yedek akçeye ayrılacağı belirtilmekteydi. 6102 s. TTK'da ise kâr payının ayrılması değil dağıtılması halinde ikinci tertip yedek akçenin ayrılması düzenlenmiştir. Veliye Yanlı, 'Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımı' (2014) 30/1 BATİDER 5, 19-20; Sayılğan ve Şenocak (n 95) 3466-3467.

100 Kanunda hangi değer dikkate alınması gerektiği net olarak açıklanmamıştır. Fakat TTK m. 511'de, yönetim kurulu üyelerine ödenecek kazanç paylarının ancak pay sahiplerine ödenmiş sermayenin %5'i oranında kâr payı verildikten sonra ödenebileceği düzenlenmiştir. Bu temelde, genelde öğretide kabul edilen görüş, pay sahiplerine ödenecek kâr payı oranının ödenmiş sermayeye göre hesaplaması gerektiği yönündedir. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 84) N.1520; Tuncer ve Ulusoy (n 92) 1988; Sayılğan ve Şenocak (n 95) 3468; Raziye Aksu Özkan, *Finansal Tabloların Tutulması ve Hukuki Sonuçları* (On İki Levha Yayınları 2015) 270; Üçışık ve Çelik, *Finansal Tablolar* (n 92) 243. Yıllık kârdan hesaplama yapılmasına ilişkin karşı görüş için bkz. Karşioğlu (n 97) 86; Canöz (n 97) 78.

101 Söz konusu yükümlülüğün doğması için en az %5 oranında kâr payı dağıtılmalıdır. Bu değer altındaki oranlarda yedek akçe ayırma yükümlülüğü doğmayacaktır. Üçışık ve Çelik, *Finansal Tablolar* (n 92) 238. Ayrıca, dağıtılan toplam kâr payının, ödenmiş sermayenin %5'ini karşılaması yeterlidir. Başka bir ifadeyle, imtiyazlı pay sahiplerinin daha yüksek oranda veya diğer pay sahiplerinin daha az oranda kâr payı almış olması bu durumu etkilemeyecektir. Ünal Tekinalp, *Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri* (2. Bası, Fakülteler Matbaası 1979) 319-320; Yanlı (n 99) 19-20; Sayılğan

payının ödenmiş olmasıdır. İkinci şart ise şirket pay sahiplerine kâr payı dağıtıldıktan sonra pay sahipleri ile kâra katılacaklara (pay sahiplerine, yöneticilere, intifa hakkı sahiplerine)¹⁰² ayrılan miktarın (ikinci temettü) %10'unun tespit edilmesi ve bu tutarın genel kanuni yedek akçe olarak ayrılmasıdır. Burada ayırım, “dağıtılmasına karar verilen kâr” üzerinden yapılmaktadır¹⁰³. Ayrıca söz konusu ödemelerin net dönem kârından¹⁰⁴ ödenmesine ilişkin bir koşul bulunmamaktadır¹⁰⁵. İkinci tertip ayırmada, üst sınır belirlenmemiştir. Dolayısıyla, genel kanuni yedek akçelerin toplamı ödenmiş sermayenin %20'sine ulaşmış olsa dahi, dağıtılmasına karar verilen kârın %10'u ayrılmaya devam edecektir.

Şirket kârı dışında diğer kaynaklardan genel kanuni yedek akçe ayrılması yine Kanun'un 519. maddesinde düzenlenmiştir. 519. maddenin ikinci fıkrasına göre, m. 519/1'de düzenlenen sınıra ulaşıldıktan sonra, başka bir deyişle, ödenmiş sermayenin %20'si değerinde yedek akçe biriktikten sonra dahi, aşağıda yer alan kaynaklar da genel kanuni yedek akçe olarak ayrılır:

- Yeni paylardan sağlanan primlerin (agio), çıkarılma giderleri, itfa karşılıkları ve hayır amaçlı ödemeler için kullanılmamış bulunan kısımları.
- Iskat sebebiyle iptal edilen pay senetlerinin bedeli için ödenmiş olan tutardan, bunların yerine verilecek yeni senetlerin çıkarılma giderleri düşüldükten sonra kalan kısım¹⁰⁶.

TTK m. 519/2, a ve b bentlerinde düzenlenen pay ihraç primleri ve pay iptal kârlarının tamamı – m. 519/1'den farklı olarak sınırlı bir oran olmaksızın – genel kanuni yedek akçe olarak ayrılmaktadır¹⁰⁷. Dolayısıyla ödenmiş sermayenin %20'si sağlanmış olsa dahi söz konusu yedekler ayrılmaya devam edecektir¹⁰⁸.

Genel kanuni yedek akçelerin kullanım alanları m. 519/3'te tespit edilmiştir. Buna göre, genel kanuni yedek akçe sermayenin veya çıkarılmış sermayenin yarısını aşmadığı takdirde, sadece zararların

ve Şenocak (n 95) 3466-3467; Çelikleboya (n 97) 250.

102 Üçışık ve Çelik, *Finansal Tablolar* (n 92) 146. Ödünç karşılığı ödenen faizler, çalışanlara ödenen primler, hazırlık dönemi faizi bu kapsamla hesaplamaya dâhil edilmeyecektir. Sayılğan ve Şenocak (n 95) 3469.

103 Pulaşlı, *Şerh Cilt III* (n 86) 2629.

104 Net dönem kârı TTK m. 509/2'de ifade edilmiştir. Hükme göre, kâr payı ancak net dönem kârı ve serbest yedek akçelerden ödenebilir. Ayrıca TTK m. 523/1'de kanuni ve esas sözleşmeden öngörülen isteğe bağlı yedek akçeler ayrılmadıkça pay sahiplerine dağıtılacak kâr payı belirlenemez denilmektedir. Bu halde net dönem kârı, dönem kârından varsa geçmiş yıl zararlarının, mali yükümlülüklerin ve kanuni, ihtiyari, olağanüstü yedek akçelerin çıkarılmasıyla bulunan değerdir. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I* (n 75) N. 902-902a.

105 İkinci tertip, geçmiş yıl kârının ve bu amaçla ayrılmış yedeklerin, net dönem kârına eklenmesiyle elde edilen değerden ayrılabilir. Tekinalp, *Anonim Ortaklığın Bilançosu* (n 101) 321; Çelikleboya (n 97) 252; Üçışık ve Çelik, *Finansal Tablolar* (n 92) 245; Üçışık ve Çelik, *Anonim Ortaklıklar* (n 91) 533; Sayılğan ve Şenocak (n 95) 3468.

106 519. maddenin ikinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde belirtilen kaynakların genel kanuni yedek akçe olarak ayrılıp ayrılmayacakları öğretide tartışmalıdır. Fakat Kanun'un 519. maddesi 'Genel Kanuni Yedek Akçe' başlığını taşımakta ve 519/2'nin sonunda 'genel kanuni yedek akçe' ifadesi tekrarlanmaktadır. Bu nedenle 519/1 ve 2'de düzenlenen kaynakların tamamı genel kanuni yedek akçe olarak ayrılmalıdır. Aksu Özkan, 'Yedek Akçe' (n 90) 344; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 84) N. 1524.

107 Aksu Özkan, *Finansal Tablolar* (n 100) 254-255.

108 Yanlı (n 99) 10.

kapatılmasına¹⁰⁹, işlerin iyi gitmediği zamanlarda işletmeyi devam ettirmeye veya işsizliğin önüne geçmeye ve sonuçlarını hafifletmeye elverişli önlemler alınması için kullanılabilir¹¹⁰. O halde, genel kanuni yedek akçe, sermayenin veya çıkarılmış sermayenin yarısını aşmadığı takdirde, bağlı yedekler olarak nitelendirilecektir¹¹¹.

Diğer kanuni yedek akçeler TTK'nın 520. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, şirket, iktisap ettiği kendi payları için iktisap değerini karşılayan tutarda¹¹² yedek akçe ayırır¹¹³. İktisap edilen paylar karşılığında ayrılacak olan kanuni yedek akçe, paylar için ödenen değere göre tespit edilecektir¹¹⁴. Şirket kendi paylarını muhafaza ettiği sürece ayırdığı kanuni yedekleri saklamakla yükümlüdür¹¹⁵. Kanuni yedek akçeler, söz konusu paylar devredildikleri takdirde veya yok edildikleri hallerde iktisap değerlerini karşılayan tutarda çözülebilir (TTK m. 520/1). Ayrıca, TTK m. 520/2'ye göre, yeniden değerlendirme fonu ile ilgili mevzuat uyarınca pasifte yer alan diğer fonlar, sermayeye dönüştürüldükleri ve yeniden değerlendirilen aktifler amorti edildikleri veya devredildikleri takdirde çözülebilirler. Başka bir ifadeyle, m. 520/2 kapsamında toplanan yedek akçeler bağlı yedeklerdir ve çözülüp kullanılmaları çeşitli koşullara bağlanmıştır¹¹⁶.

İhtiyari yedek akçeler, şirket esas sözleşmesinde kararlaştırılan yedek akçelerdir. Kanun'un 521. maddesine göre, esas sözleşmede belirtilmek suretiyle, ihtiyari yedek akçeler genel kanuni yedek akçeler için öngörülen oranların artırılmasıyla ya da başka isim altında yedeklerin oluşturulmasıyla toplanabilir¹¹⁷. Bunlar, birinci tertip ayırimda kullanılan oranların üstünde oranlarla toplanmış ise genel kanuni yedek akçeler gibi kullanılacaktır¹¹⁸. Bununla birlikte, ihtiyari yedek akçelerin kullanım şekli esas sözleşmeyle ayrıca tespit edilebilir. İhtiyari yedek akçelerin ayrılma amacı esas sözleşmede tespit edilmemiş ve kullanımları genel kanuni yedek akçelere bağlı değil ise bunların kullanımı şirkete bırakılmıştır¹¹⁹. Ayrıca, Kanun'un 522. maddesi, esas sözleşmeyle belirlenerek,

109 Burada bahsi geçen zarar bilanço zararıdır. Ayrıca, yedek akçeler bilanço zararlarını kapatmak için kullanılacaksa, bu zarar öncelikle serbest yedek akçelerden sonrasında kanuni yedek akçelerden kapatılmalıdır. Meister (n 98) 1983.

110 Genel kanuni yedek akçe ayırımı ve belli bir sınıra kadar kullanım şekilleri emredici niteliktedir. Şener (n 90) 493; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu *Ortaklıklar Hukuku II* (n 84) N. 1543; Sayılğan ve Şenocak (n 95) 3477; Üçışık ve Çelik, *Finansal Tablolar* (n 92) 225.

111 Şener (n 90) 494; Bilgili ve Demirkapı (n 90) 519.

112 Payların bedelsiz kazanımı halinde ayrılma akçesi ayrılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Sayılğan ve Şenocak (n 95) 3475; Ahmet Türk, *Yeni TTK ve Sermaye Piyasası Mevzuatına göre Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi* (Adalet Yayınevi 2016) 280-282.

113 Burada amaç, elde edilen pay tutarı karşılığının, şirket bünyesinde tutulması ve kâr olarak dağıtılmasının engellenmesidir. Sayılğan ve Şenocak (n 95) 3475-3476; Şener (n 90) 494; Türk (n 112) 283.

114 Başka bir deyişle payların itibarı değeri dikkate alınmayacak, iktisap değerlerine göre yedek akçe ayrılacaktır. Türk (n 112) 282-283; Aksu Özkan, *Finansal Tablolar* (n 100) 247; Sayılğan ve Şenocak (n 95) 3477.

115 Şener (n 90) 495.

116 Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 84) N. 1528; Toraman Çolgar (n 3) 228.

117 TTK m. 521'de belirtilen yedek akçeler, bilançoda 'Statü yedekleri' hesabında izlendikleri için bunlara statü yedekleri de denmektedir. Moroğlu (n 90) 216, 223; Şener (n 90) 495; Soner Altaş, 'Anonim Şirketlerde Yedek Akçeler' (2016) 96 Bankacılık Dergisi 32, 36-37; Üçışık ve Çelik, *Finansal Tablolar* (n 92) 283; Tekinalp, *Anonim Ortaklığın Bilançosu* (n 101) 179; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 84) N. 1501.

118 Moroğlu (n 90) 216, 223; Şener (n 90) 495; Altaş (n 117) 36-37; Üçışık ve Çelik, *Finansal Tablolar* (n 92) 283; Tekinalp, *Anonim Ortaklığın Bilançosu* (n 101) 179; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 84) N. 1501.

119 Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 84) N. 1529; Aksu Özkan, *Finansal Tablolar* (n 100) 276. Bilgili

çalışan ve işçiler lehine toplanabilecek yardım akçelerini düzenlemektedir. 522. madde esaslarına bağlı toplanan yedekler belli bir amaca özgülendikleri için bağlı yedeklerdir¹²⁰.

Olağanüstü yedek akçeler ise 523. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen genel kurul kararıyla ayrılan yedek akçelerdir¹²¹. Pay sahiplerinin en temel mali haklarından biri olan kâr payı alma hakkına zarar vermemek adına¹²² kanun koyucu olağanüstü yedek akçelerin toplanmasını koşullara bağlamıştır. Hükme göre, olağanüstü yedek akçe; aktiflerin yeniden sağlanabilmesi için gerekliyse¹²³ ve bütün pay sahiplerinin menfaatine, şirketin sürekli gelişimi¹²⁴ ve kararlı kâr payı dağıtımı için gerekliyse ayrılabilir. Ayrıca, şirket işçilerinin menfaatine olağanüstü yedek akçe ayrılabilceği hükme bağlanmıştır. TTK m. 523/3'e göre, şirketin işçileri için yardım sandıkları ve diğer yardım örgütleri kurulması veya bunların sürdürülebilmesi amacıyla ve diğer yardım ve hayır amaçlarına hizmet etmek üzere bilanço kârından¹²⁵ yedek akçe ayrılabilir. Olağanüstü yedekler, bir amaç tespit edilerek ayrılmalari halinde, bu amaca uygun olarak kullanılacaklar ve bağlı yedek akçe grubunda değerlendirileceklerdir. Ancak, özel bir amaç belirtilmemiş ise veya bağlı olağanüstü yedekler genel kurul tarafından çözülmüş ise artık serbest yedek akçe olarak nitelendirilebilirler¹²⁶.

Yapılan tüm açıklamalar neticesinde, serbest yedek akçeler, i. genel kanuni yedek akçelerin esas sermayenin veya çıkarılmış sermayenin yarısını aşan kısmından, ii. ihtiyari ve olağanüstü yedek akçelerin belli bir amaca özgülennmemiş kısımlarından oluşmaktadır.

(ii) Şirket kârı ve geçmiş yıl zararı:

Pay sahibi, şirketin serbest yedek akçelerle kârı, geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça, şirkete karşı borçlanamayacaktır¹²⁷. Pay sahibinin şirkete karşı borçlanabilmesi için 'serbest yedek

ve Demirkapı'ya göre, bu halde bu yedeklerin kullanımı genel kurula bırakılmalıdır; yönetim kurulunun söz konusu yedekleri kullanması uygun değildir zira yedekler kâr paylarından aktarılmıştır. Bilgili ve Demirkapı (n 90) 520.

120 Esas sözleşmede belirtilen amaç genel kurul kararı ile ortadan kaldırılamaz. 522. madde hükmü gereği esas sözleşmede belirtilen şekilde yedek akçe toplanması halinde, 522. maddede ifade edilen amaçlarla kullanılması gerekmektedir. Ancak esas sözleşme değişikliğiyle amaç değiştirilebilir. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 84) N. 1535.

121 Olağanüstü yedek akçelerin ayrılabilmesi için aranan nisap adı nisaptır; meğerki esas sözleşmede daha ağır bir nisap öngörülmüş olsun. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 84) N. 1503.

122 Genel kurul kararıyla yıllık kârın tamamı yedek akçeye ayrılabilir; zira kâr payı talep hakkı müktesep haklardan olmakla birlikte kâr payının dağıtımı zorunlu değildir. Bilgili ve Demirkapı (n 90) 521-522; Tekinalp, *Anonim Ortaklığın Bilançosu* (n 101) 343.

123 Örneğin, işletme kullanılan bir makine bozuldu ve yenilenmesi gerekiyor. Bu amaçla yedek akçe ayrılabilir.

124 Örneğin, bir ilaç şirketi elde ettiği kârın büyük bir kısmını AR-Ge çalışmalarına ayırmak ve yeni yatırımlar yapmak istiyor. Bu amaçla yedek akçe ayrılması söz konusu olabilir.

125 Bilanço kârı; dönem kârı, aktarılan kâr ve çözülen yedek akçelerin toplamını ifade etmektedir. TTK m. 523/3'te maddede geçen diğer kâr kavramlarından farklı bir kavramın kullanılmış olmasının uygulamada bir etkisi olmayacaktır. Bilanço karının net dönem kârı olarak anlaşılması gerekir. Çelikboya (n 97) 167-169.

126 Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 84) N. 1529; Yanlı (n 99) 8; Oğuz İmregün, 'Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Kâr Payı (Temettü) Hakkı', iç Abuzer Kendigelen (ed) *Prof. Dr. Ömer Teomanî 55. Yaş Günü Armağanı Cilt I* (Beta Kitap 2002) 432-433; Tekinalp, *Anonim Ortaklığın Bilançosu* (n 101) 280. Üçışık ve Çelikle göre, olağanüstü yedek akçeler bir maksat ile ayrılmışlarsa, bu amaç için kullanılmaları gerekir. Böyle bir amaç yok ise ihtiyaç halinde kullanılmaları mümkündür. Bzk. Üçışık ve Çelik, *Finansal Tablolar* (n 92) 284-285. Aynı yönde Moroğlu (n 90) 225,226.

127 Bu noktada öğretilerde yer alan tartışma, borç verildiği dönemde şirketin kâr etmesinin şart olup olmadığıdır. Yüce'ya göre

akçeler + şirket kârı > geçmiş yıl zararları' olması gerekmektedir. Bu formül içinde 'şirket kârı' ve 'geçmiş yıl zararları' ile kastedilen değerlerin neler olduklarının tespit edilmesi önemlidir.

TTK m. 358 anlamında şirket kârının tespit edilebilmesi için kâra ilişkin diğer kavramlara bakılmalıdır. Özellikle yedek akçe ayrımı ve kâr payı dağıtımı esasları düşünüldüğünde, yıllık kâr, dönem kârı ve net dönem kârı kavramları önem arz etmektedir¹²⁸. Kanaatimizce, 358. maddede bahsi geçen şirket kârı, yıllık kâr veya dönem kârı olmamalıdır. Zira geçmiş yıl zararları, vergi yükümlülükleri ve birinci tertip kanuni yedek akçeler ayrılmadan, şirket pay sahiplerine borç verilmesi, şirket, şirket alacaklıları ve şirket diğer pay sahiplerinin menfaatleriyle örtüşmemektedir. Bu nedenle 358. maddede bahsi geçen şirket kârına en yakın kavram net dönem kârıdır¹²⁹. Fakat net dönem kârından varsa geçmiş yıl zararları indirilmektedir. Oysa 358. maddenin lafzında geçmiş yıl zararlarının karşılanması ayrıca düzenlenmiştir. Bu nedenlerle, m. 358 anlamında kâr, net dönem kârına zararların eklenmesiyle bulunan kâr olmalıdır¹³⁰.

TTK m. 358 anlamında kâr = Net dönem kârı + Zararlar

TTK'nın 358. maddesinin uygulanabilmesi için, kâr kavramlarında olduğu gibi, 'geçmiş yıl zararları' kavramından ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmalıdır. Şirket bünyesinde oluşan zararlar, daha önceki yıllardan aktarılan zararlar ve faaliyet dönemi içinde oluşan zararlar olarak belirlenebilir. TTK m. 358'te geçmiş yıl zararları benimsenmiş olmakla birlikte, öğreti hem geçmiş yıllardan aktarılan zararların hem de faaliyet dönemi içinde oluşan zararların dikkate alınması gerektiği görüşünü benimsemiştir¹³¹. Faaliyet dönemi içinde oluşan zararların nasıl tespit edileceği kanun koyucu tarafından düzenlenmemiştir. Öğretinin görüşü, borçlanma işleminden önce, faaliyet dönemi içinde oluşmuş zararların tespit edilmesi için güncel bir ara bilançonun oluşturulması yönündedir¹³².

Özetlemek gerekirse, TTK m. 358 hükmü gereği, bir pay sahibinin şirkete karşı borçlanabilmesi için şirketin – ideal olarak, bir ara bilanço ile tespit edilen – belirli bir mali güce sahip olması gerekmektedir. Bu mali güç, şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârının zararları karşılamasıdır. Bu noktada sorulması gereken soru şudur: Pay sahibine nakdi olarak sağlanacak borcun sınırı şirketin mali durumu ile ilişkilendirilmeli midir? Başka bir ifadeyle, örneğin bir şirketin serbest

şirketin dönem karının bulunması şartı aranmalıdır. Yüce (n 55) 77. Karşı görüşteki yazarlara göre ise faaliyet dönemi içinde şirket kâr etmese bile, geçmiş yıl zararları yoksa veya geçmiş ve dönem zararları yedek akçelerle karşılanıyor ise pay sahipleri şirkete borçlanabilir. Hızır (n 3) 270; Toraman Çolgar (n 3) 230.

128 Kavramlar öğretide oldukça farklı şekillerde açıklanmıştır. Bkz. DN. 99.

129 Bkz. DN 104.

130 Hızır (n 3) 270-278; Toraman Çolgar (n 3) 233.

131 Hızır (n 3) 278, 279; Toraman Çolgar (n 3) 236; Tamer (n 7) 111, 112; Korkut (n 3) 1644.

132 Hızır (n 3) 280; Tamer (n 7) 112.

Toraman Çolgar'a göre, TTK m. 462 ve 156 hükümleri kıyasen uygulanmak suretiyle, borçlanma işlemi ile son yıllık bilanço tarihi arasında altı aydan fazla bir süre geçmiş ise ara bilanço çıkarılmalıdır. Ayrıca yazar, Kâr Payı Avansı Dağıtımı Hakkında Tebliğ m. 5'i göz önünde bulundurarak, ara dönem bilançoların düzenlenmesi gerektiği görüşünü desteklemiştir. Toraman Çolgar (n 3) 235-236. Kendigelen, TTK m. 509/3 gereği kâr payı avansının dağıtılmasının mümkün olduğu durumlarda pay sahibinin şirkete karşı borçlanma yasağının söz konusu olmaması gerektiğini vurgulamıştır. Kendigelen (n 3) 244.

yedek akçeleri 1.000.000-TL, kârı ise 500.000-TL, şirketin toplam zararı ise 800.000-TL olsun. Bu halde, şirketin pay sahibine sağlayabileceği borç miktarının en üst seviyesi 700.000-TL olmalıdır diyebilir miyiz? Daha açık bir deyişle, şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârının zararlarını karşılayacak düzeyde olması koşulu, borcun verilmesinden sonra da aranacak mıdır? Öğretide ağırlıklı görüş, söz konusu şartın borçlandırıcı işlem sonrasında da aranması gerektiği yönündedir. Aksi halde, hüküm gerekçesinde belirtildiği gibi, '*şirkete zarar verecek şekilde*'¹³³ bir borçlandırma söz konusu olacaktır¹³⁴. Zira şirket uhdesinde kalması gereken bağlı malvarlıklarının şirket ortaklarına sunulması söz konusu olacaktır¹³⁵.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, şirket tarafından, pay sahiplerine hukuka uygun şekilde borç sağlanabilmesi için, tüm taraf menfaatlerini dengelemek amacıyla;

- Öncelikle, güncel bir ara bilanço oluşturularak, şirketin verebileceği değerin tespit edilmesi,
- Sonrasında ise borçlandırıcı işlemin vade, faiz oranı, tam değerli ifa talebi gibi unsurları içermesi ve üçüncü kişilerle nasıl bir sözleşme yapılacaksa benzer özelliklere sahip bir sözleşme oluşturulması gerekmektedir.

II. FAİZ MESELESİ

A. TÜKETİM ÖDÜNCÜ SÖZLEŞMESİ VE TÜKETİCİ İŞLEMİ TEMELİNDE FAİZ MESELESİ

1. Genel Olarak

Anonim şirket ile pay sahibi arasında kurulan, pay sahibinin şirkete karşı borçlanmasına neden olan ve TTK m. 358 kapsamında yasak olarak değerlendirilen hukuki işlemin niteliğinin tüketim öduncü sözleşmesi olduğu yukarıda ifade edilmiştir¹³⁶. Tüketim öduncü sözleşmesi Türk Hukuk sistemi içinde Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 386 ila 392. maddeleri arasında düzenlenmiştir¹³⁷. Kanun'un 387 maddesinde, tüketim öduncü sözleşmesi ticari değilse, taraflarca kararlaştırılmadıkça faiz talep edilemeyeceği; ticari tüketim öduncü sözleşmelerinde ise kararlaştırılmamış olsa dahi faiz talep edilebileceği düzenlenmiştir¹³⁸. Ayrıca, 388. maddeye göre, tüketim öduncü sözleşmesinde faiz oranı belirlenmemişse, kural olarak ödünç alma zamanında ve yerinde, benzer tür ödünçlerde geçerli olan faiz oranı uygulanacaktır. Böyle bir faiz oranı söz konusu değilse, sözleşmenin niteliğine göre adi veya ticari faiz oranı uygulanabilir. TBK hükümleri nazara alındığında, faiz talep edilmesi

133 TTK 358. Madde Gerekçesi.

134 Toraman Çolgar (n 3) 237; Hızır (n 3) 281.

135 Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat (n 12) 680-682.

136 Bkz. Makale içinde I,C,1,(ii) Yasak Kapsamındaki İşlem Türleri.

137 Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

138 Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (11. Baskı, Legem Yayınevi 2023) 533; Mehmet Helvacı, *Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı* (Beta Basım 2000) 115.

ve oranının tespit edilmesi açısından söz konusu sözleşmenin ticari veya adi olduğunun belirlenmesi önem arz etmektedir.

Pay sahiplerinin anonim şirkete karşı borçlanmasına neden olan tüketim ödücü sözleşmesinin ticari iş sahası içinde mi adi saha içinde mi olduğunun tespit edilebilmesi için dikkate alınması gereken hükümler TTK'nın 3. ve 19. madde hükümleridir.

TTK m. 3'e göre, TTK'da düzenlenen hususlar ile bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari iştir¹³⁹. Daha açık bir ifadeyle, TTK kapsamında düzenlenen konular çerçevesinde yapılan işlem ve fiiller; ayrıca, TTK kapsamında olmasa dahi, bir ticari işletmenin faaliyetleri neticesinde ortaya çıkan işlem ve fiiller ticari iş olarak nitelendirilmektedir. Şirket ile pay sahibi arasında yapılan tüketim ödücü sözleşmeleri TBK'nın 386 ila 392. maddeleri arasında düzenlendiğinden, her tüketim ödücü sözleşmesini ticari iş olarak nitelendirmemek gerekir. Fakat TTK m. 3 gereği, tüketim ödücü sözleşmesi, bir şirketi, yani bir tüzel kişi taciri¹⁴⁰ ilgilendirdiğinden, şirket açısından ticari iş olarak nitelendirilecektir¹⁴¹. Hükümün lafzında '*ticari işletmeyi ilgilendiren*' ifadesinin yer alması karışıklığa neden olabilir; zira anonim şirketler, bir ticari işletme işletmeksizin, Kanunen yasaklanmamış her türlü ekonomik amaç ve konuları hayata geçirmek amacıyla kurulabilirler¹⁴². Bununla birlikte, burada olduğu gibi, bir anonim şirket tarafından yapılan işlemlerin, şirketin iktisadi ve ticari faaliyetlerini ilgilendiren işlemler olarak değerlendirilmesi ve bunların ticari iş olarak tespit edilmesi gerekmektedir¹⁴³. Yargıtay'ın yerleşmiş kararları da bu yöndendir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında "...*ticaret şirketleri bir ticari işletme işletmiyor olsalar dahi TTK. 18/1 madde gereğince kanunen tacirdirler. Doğrudan ticari amaçla ya da işletmenin iç ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla olup olmadığına bakılmaksızın bütün hukuki ilişkileri ticari faaliyet kapsamında olup özel hayatlarına ilişkin bir işlem söz konusu olamayacaktır*" demek suretiyle, tüzel kişi tacirlerin adi iş ve faaliyetlerinin olamayacağını açık bir şekilde ifade etmiştir¹⁴⁴. Bu bağlamda, pay sahibi ile yapılan tüketim ödücü sözleşmesinin, anonim şirket açısından ticari iş olduğu çok açıktır.

139 Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar* (15. Baskı, Yetkin Yayınları 2022) 18-21; Reha Poroy ve Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku* (19. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 100-102; Ali Bozer ve Celal Göle, *Ticari İşleme Hukuku* (8. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2023) 39-44; Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku* (29. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2023) 72-76; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya ve Füsün Nomer Ertan, *Ticari İşletmen Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2015) 63-66.

140 TTK m. 16 gereği, amacına varmak için ticari işletme işleten vakıf ve dernekler de tüzel kişi tacir olarak tespit edilmiştir. Bu oluşumların, ticari faaliyet dışında başka faaliyetlerinin var olması gereği, tacir sıfatına sahip vakıf ve derneklerin adi işlemlerinin de olabileceği öğretide ileri sürülmüştür. Derneklerin dahi adi sahalarının olamayacağı yönünde bkz. Poroy ve Yasaman (n 139) 101. Ancak söz konusu istisna ticaret şirketleri için kabul edilmemelidir. Zira bunların var oluş sebepleri kanunen yasaklanmamış ekonomik amaç ve konular veya bir ticari işletme işletmektir (TTK m. 211; m. 304; m. 331; m. 573/3). Mehmet Bahtiyar ve Levent Biçer, 'Adi İş / Ticari İş / Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi' (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr Cevdet Yavuz'a Armağan Cilt I) 405.

141 Bahaeddin Berber, 'Yargı Kararları Işığında Tüketici Kavramı' (2023) 1 Konya Barosu Dergisi 64.

142 TTK m. 331.

143 Borçlandırıcı işlemin şirketin işletme konusu içinde olup olmadığı, bu temelde de şirketi bağlayıp bağlamadığı fikri akla gelebilir. Bilindiği gibi 6102 s. TTK ile *ultra vires* kuralı Kanun kapsamı dışında tutulmuştur. Bu halde, şirket esas sözleşmesinde açıklanan işletme konusu dışında yer alan işlemler de şirketi bağlamaktadır (m. 371/2).

144 Yargıtay HGK, E. 2000/19-1255, K. 2000/1249, 11.10.2000; Yargıtay 11. HD, E. 2004/14822, K. 2005/699, 03.02.2004; Yargıtay HGK, E. 2011/500, K. 2011/550, 21.09.2011.

TTK'nın 19. maddesi ise ticari iş karinesini düzenlemektedir. İlgili hüküm hem oluşan borçlar temelinde '*ticari iş*'in alanını tespit etmekte¹⁴⁵ hem de borcun doğumuna neden olan sözleşmenin, bir taraf için ticari iş ise diğer taraf için de ticari iş sayılacağını öngörmektedir¹⁴⁶. Bu temelde hüküm, tüzel kişi tacirin borçlarının ticari borç olacağını kesin olarak kabul etmekte; gerçek kişiler için ise borcun adi borç olabileceğini ortaya koymaktadır. Bir şirketin pay sahibine sağladığı para borcunda, alacaklı taraf şirket olacağından, borcu doğuran hukuki işlem, TTK m. 19/1 temelinde değil; fakat – yukarıda açıklandığı gibi – TTK m. 3 temelinde şirket açısından ticari iş olarak tespit edilecektir¹⁴⁷. Zira kanun koyucu tüzel kişi tacirin alacaklarını değil borçlarını kati surette ticari borç olarak nitelendirmiştir¹⁴⁸. Pay sahibinin ise tacir sıfatı olmadığı düşünüldüğünde¹⁴⁹, m. 19/1 borçlu pay sahibi açısından da bir önem arz etmemektedir; çünkü hükmün uygulanmasına neden olan bir 'borçlu tacir' bulunmamaktadır. Bununla birlikte, TTK m. 19/2 tartışmaya değerdir. Zira m. 19/2'ye göre, taraflardan yalnız biri için ticari olan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılmaktadır. Öyleyse, anonim şirket için ticari iş niteliğini haiz tüketim ödöncü sözleşmesi pay sahibi açısından da ticari iş sayılmalıdır. Fakat TTK m. 19/2'nin lafzında yer alan '*Kanunda aksi bulunmadıkça*' ifadesi ve TTK m. 8/3'te yer alan '*Tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler saklıdır*' cümlesi konuya başka bir açıdan bakılması gerektiği sonucunu ortaya çıkarmaktadır¹⁵⁰. Bu açı ise borç alan pay sahibinin tüketici sıfatına sahip olup olmadığı ve buna bağlı olarak taraflar arasında yapılan tüketim ödöncü sözleşmesinin tüketici işlemi olup olmadığı meselesidir.

2. Pay Sahibinin Şirkete Karşı Borçlanmasında Tüketim Ödöncü Sözleşmesi Tüketici İşlemi Olarak Değerlendirilebilir mi?

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK) 3. maddesi '*Tanımlar*' başlığını taşımaktadır. İlgili maddenin birinci fıkrasının (I) bendine göre tüketici işlemi, "*Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü*

145 Göktürk'e göre, TTK m. 19 bir yandan, mevcut 'borç' ile ilgili işin 'ticari iş' boyutunu tespit ederken, diğer yandan ilgili işin ticari iş olmasına yönelik olarak ispat özelliği göstermektedir. Kürşat Göktürk, 'Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi' (2015) 19(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 18.

146 Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya ve Nomer Ertan (n 139) 66.

147 Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Ticari İşletme* (n 139) 18-21.

148 Göktürk (n 145) 19.

149 TTK'nın 16. maddesinin birinci fıkrası gereğince ticaret şirketleri arasında sayılan anonim şirketler tacir sıfatını haizdir. Bununla birlikte, şirket pay sahiplerinin salt şirket ortağı olmalarından dolayı tacir sıfatına sahip olmaları söz konusu değildir. Şirket pay sahipleri, TTK'nın 12. maddesinin birinci fıkrasında belirtildiği gibi, kısmen dahi olsa kendi adlarına bir ticari işletme işletmiyorlarsa tacir sıfatına sahip olmayacaklardır. Dolayısıyla, pay sahiplerinin TTK m. 12/1 gereği tacir olmaları halinde, şirket ile pay sahibi arasında kurulan tüketim ödöncü sözleşmesinde, alacaklı şirket tacir sıfatına sahipken, borçlu pay sahibi tacir sıfatına sahip değildir.

150 Bir işin tüketici işlemi olarak nitelendirilmesi o işin aynı zamanda ticari iş olma özelliğini ortadan kaldırmamaktadır. Bununla birlikte, tüketici işleminin tarafı olan tüketicinin haklarının korunması temelinde Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümleri uygulanacaktır. Bozer ve Göle (n 139) 44-46; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Ticari İşletme* (n 139) 29-30.

sözleşme ve hukuki işlem”dir. Kanun’da yer alan tanımın ışığında, tüketici işleminin varlığından söz edilebilmesi için üç unsura ihtiyaç duyulmaktadır: i. Tüketici, ii. Her türlü sözleşme veya hukuki işlem, iii. Ticari ve mesleki amaçlarla hareket eden satıcı veya sağlayıcı.

TKHK’da yer alan tanıma göre tüketici, “*ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*”dir. Hükmün lafzından da anlaşıldığı üzere, Kanun’da tüketicinin belirlenmesinde kullanılan unsur, amaç unsurudur¹⁵¹. Buna göre, tüketici ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket etmelidir. Başka bir ifadeyle, kişi hukuki ilişki içine kişisel, ailevi veya özel amaçlarla girmeli; ticari veya mesleki bir faaliyet amacıyla hareket etmemelidir. Tüketici sıfatı, statü olarak değil, her bir işlem özelinde ortaya çıkan irade ve elde edilmek istenen amaç göz önünde bulundurularak tespit edilmelidir¹⁵². Yapılan açıklamalar ışığında, anonim şirket ortağı gerçek kişi, şirketten aldığı borcu kendi kişisel ihtiyaçları için kullanmak maksadıyla almış olabilir. Bu halde, söz konusu işlem temelinde – diğer unsurların sağlanması koşuluyla – tüketici sıfatına sahip olması için bir engel bulunmamaktadır. Fakat pay sahibi borcu ticari amaçlarla almış ise tüketici sıfatına sahip olması mümkün olmayacaktır¹⁵³.

Tüketici işleminin varlığı için aranan ikinci koşul ise herhangi bir tür sözleşme veya hukuki işlemin varlığıdır. Pay sahibinin şirkete karşı borçlanmasını sağlayan hukuki işlem temelde bir tüketim ödücü sözleşmesidir; dolayısıyla aranan ikinci unsur da mevcuttur. O halde bu aşamada tartışılması gereken nokta, anonim şirketin TKHK kapsamında satıcı veya sağlayıcı olup olmadığıdır. TKHK’da yer alan tanım hükmüne göre “*Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal / hizmet sunan ya da mal /hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi*” satıcı / sağlayıcıdır¹⁵⁴. Bu kapsamda, tüketici işleminden söz edebilmemiz için tüketicinin karşısında yer alacak işlemin diğer tarafının, mal veya hizmeti sağlamayı veya sunmayı meslek edinen bir gerçek veya tüzel kişi olması gerekmektedir. Gerçek veya tüzel kişinin, sadece para kazanma amacıyla sözleşmenin veya hukuki işlemin tarafı olması satıcı / sağlayıcı sıfatını kazanması için yeterli değildir; aynı zamanda mal veya hizmeti sağlama veya sunma fiilinin mesleki olarak yapılması ve süreklilik arz etmesi aranan unsurlardan biridir. Sonuç olarak, ticari ve mesleki olarak¹⁵⁵ icra edilmeyen, süreklilik arz etmeyen hukuki işlem veya sözleşmenin doğması halinde,

151 Amaç unsurundan hareket edilerek tüketicinin belirlenmesi hem tüketici sıfatının sabit bir özellik kazanmasını engellemekte hem de ticari veya mesleki faaliyet yürüten kişilerin, işlemlerde sahip oldukları amaca göre tüketici sıfatına sahip olabilmelerini sağlamaktadır. Alper Uyumaz ve Mehmet Cemil Türk, ‘Tacirin Tüketici Sıfatı’ (2023) 73(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1601; Osman Levent Özay, ‘6502 Sayılı Yasa Kapsamında Tüketici İşlemi’ (2017) 4(12) Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırma Dergisi 264.

152 Özay (n 151) 262.

153 Teorik tartışma çerçevesinde ‘amaç’ bağlamında böyle bir sınıflandırma mümkün olmasa bile, uygulamada pay sahibinin borç aldığı nakdi ne yönde harcamış olduğunu ispat etmek açısından zorluklar ortaya çıkabilir. Bir uyumsuzluğun doğması halinde ispat konusunda ortaya çıkacak problemlerin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

154 Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6502, Kabul Tarihi: 07.11.2013/28835, RG 28.11.2013, m. 3/1, 1 ve i bentleri.

155 Gümüşe göre, TKHK’da yapılan tanımda yer alan “ticari veya mesleki amaçlarla” ifadesinde yer alan ‘veya’ kelimesi ‘ve’ kelimesi olarak anlaşılmalıdır. Tüketici karşısında yer alan taraf için işlemin ticari olması kâfi değil; aynı zamanda mesleki olarak hareket edilmesi gerekmektedir. Aksi halde işlemin tüketici işlemi olması söz konusu olmayacaktır. Mustafa Alper Gümüş, 6105 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi Cilt I (Vedat Kitapçılık 2014) 14. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. Oya Şahin McCarthy, ‘Tüketici Sözleşmelerini Diğer Sözleşmelerden Ayıran Hususlar’ iç Oya Şahin McCarthy

alıcı veya hizmetten yararlanan kişi tüketim amacıyla hareket etmiş olsa bile söz konusu sözleşme tüketicici işlemi olarak değerlendirilmeyecektir. Buradan yola çıkılarak, anonim şirket ile pay sahibi arasında yapılan tüketim ödöncü sözleşmelerinde, anonim şirket, borç verme işlemini şirketin iktisadi faaliyetleri kapsamında sürekli olarak icra etmediğinden, TKHK kapsamında sağlayıcı olarak değerlendirilmemelidir¹⁵⁶. Bu bağlamda, tüketim ödöncü sözleşmesi tarafı olan pay sahibi tüketicici sıfatına sahip olsa da anonim şirket sağlayıcı niteliğine sahip olmadığından, ilgili sözleşme tüketicici işlemi olarak kabul edilmemelidir.

Şirket ile pay sahibi arasında yapılan tüketim ödöncü sözleşmesinin tüketicici işlemi olmadığına tespit edilmesi hem TBK hem de TTK temelinde sonuçlar doğurmaktadır. Kuşkusuz karşımıza çıkan en önemli sonuç, TTK m. 19/2 gereği, anonim şirket ile pay sahibi arasında yapılan tüketim ödöncü sözleşmesinin, her iki taraf için de ticari iş niteliğine sahip olmasıdır. Buna bağlı olarak, TBK m. 387 gereği, taraflar kararlaştırmamış olsalar bile alacaklı faiz talep etme hakkını haizdir. Ayrıca, söz konusu sözleşme her iki taraf için de ticari iş niteliğine sahip olduğundan, borçlu tarafından ödenecek faiz, ticari faiz hükümlerine tabi olacaktır¹⁵⁷.

B. TİCARİ İŞ TEMELİNDE FAİZ MESELESİ

1. Genel Olarak

Yukarıda yapılan tartışmalar çerçevesinde, pay sahibinin anonim şirkete karşı borçlanması, her iki taraf için de ticari iştir. Bu temelde hem TBK hem de TTK hükümleri kapsamında alacaklı anonim şirketin asıl alacakla birlikte faiz talep etmesi mümkündür. Esasında anonim şirketin faiz talep etme hakkı değerlendirilirken yalnızca TBK'da yer alan tüketim ödöncü sözleşmesi ve TTK'da düzenlenen ticari işe ilişkin¹⁵⁸ hükümler değerlendirilmemelidir. Tüm bu hükümlerle birlikte TTK'nın 358. maddesinin gerekçesi de göz önünde bulundurulmalıdır. Yukarıda görüldüğü gibi ilgili madde doğrudan borçlandırıcı işleme ilişkin olarak faiz şartı öngörmemektedir. Ancak, hükmün gerekçesine yer alan ifadeler, taraflar arasında yapılan borçlandırıcı işlem kapsamında faiz uygulanması gerektiğine işaret etmektedir. Hükmün gerekçesinde, "...söz konusu maddede yapılan değişikliklerle şirket ortaklarının ve yöneticilerinin şirket varlıklarından sınırsız olarak borçlanmasına imkân tanındığı sonucuna da ulaşılmamalıdır. Zira bu husus, bu Kanun'un temel ilkelerinden birisi olan sermayenin korunması ilkesine ters düşmektedir. ... amaç, şirket ortaklarının ve yöneticilerinin acil ihtiyaçlarının makul bir vade içerisinde, şirketi zarara uğratmayacak şekilde karşılanmasıdır. ... şirket varlıklarının uzun süreli ve yüksek oranlarda ortaklar veya yöneticiler tarafından (borçlanmak

ve Mutlu Dinç (edr) *Tüketicici Hukuku Davaları* (Seçkin Yayıncılık 2022) 70; Şafak Narbay ve Muhammed Akkuş, 'Ticari İş ve Tüketicici İşlemi Kavramları Ekseninde Görevli Mahkeme ve Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Düşünceler' (2020) 44 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 316-318.

156 Konuya ilişkin olarak Danıştay kararında, pay sahibine borç veren anonim şirketler açısından bu işlemlerin mesleki faaliyet kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği belirtilmiştir. Danıştay 4. Daire, E. 2006/542, K. 2007/1741, 24.05.2007.

157 Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya ve Nomer Ertan (n 139) 95.

158 Bkz. II, A,1. Ayrıca bkz. II, B, 2.

suretiyle) kullanılması söz konusu maddede yapılan değişikliğin amacına uygun olmayacaktır. Bu hali, 'şirketin içinin boşaltılması' veya 'şirketin hortumlanması' şeklinde tanımlamalıyız." denilmektedir.

Hükmün gerekçesinden anlaşıldığı gibi, kanun koyucunun muradı, şirket pay sahiplerinin, ihtiyaç duyduğu makul oranda nakdi, hızlı bir şekilde şirket kasasından temin etmesini sağlamak; fakat söz konusu nakdin makul bir süre içerisinde şirketin zarara uğramasına neden olmayacak şekilde şirkete iade edilmesini gerçekleştirmektir. Özellikle enflasyonist dönemlerde, herhangi bir borç miktarında faiz şartının uygulanmaması şirketin zarara uğraması sonucu doğurabilir. Bu temelde, 358. maddede açık bir şekilde, yapılan borçlandırıcı işlemin unsurları belirtilmemiş olsa dahi, şirket tarafından, pay sahiplerine sağlanan borçlarda, kanun koyucunun muradına uygun olarak, makul miktarda borçlandırma, makul vade tarihi ve faiz unsurlarının borçlandırıcı işlem kapsamında belirlenmesi gerekmektedir¹⁵⁹. Sözleşme kapsamında ilgili unsurlar tespit edilmemiş olsa bile özellikle faiz oranı TTK hükümleri dikkate alınarak belirlenmeli ve borçlu pay sahibinden talep edilmelidir.

2. Şirkete Karşı Borçlanan Pay Sahibinin Ödemesi Gereken Faiz Oranı

Faiz, borçlunun, alacaklıya ait olan nakdi, bir süre kullanması sonucu, alacaklının bu nakitten ayrı kalması neticesinde doğan, oranı kanunen veya iradi olarak tespit edilen, kusur veya zarar aranmaksızın borçlu tarafından ödenmesi gereken bir miktar paradır¹⁶⁰. Para borcunun doğumuna sebep olan iş, işlem veya fiil¹⁶¹ ticari iş ise bu halde uygulanacak olan faiz de ticari faiz olarak isimlendirilmektedir¹⁶². Pay sahibinin şirkete borçlanması her iki taraf için de ticari iş sayıldığından, burada ticari faiz ve ticari faize ilişkin hükümler uygulanacaktır¹⁶³. Ticari faize ilişkin hükümler

159 Şirket tarafından pay sahibine verilen borçların, vergi hukuku açısından, örtülü kazanç dağıtımı (5520 s. Kurumlar Vergisi Kanunu m. 13) temelinde değerlendirilmesi ve bu ödemelerin adlandırılması sonucu uygulanması gereken vergilere ilişkin olarak bkz. Umman Karşioğlu, 'Ortaklara Verilen Borçların Kurumlar Vergisi Karşısındaki Durumu ve Adat Hesabının Muhasebe Uygulanması' (2016) 199 Vergi Raporu 59, 67-71.

160 Faiz tanımı içeren yargı kararları için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 1997/34, K. 1998/79, 15.12.1998; Yargıtay HGK, E. 2004/19-357, K. 2004/360, 06.06.2004; Yargıtay HGK, E. 2012/19-314, K. 2012/557, 12.09.2012. Öğretide ise faiz, "para alacağının süreye bağlı olarak işleyen semeresi"; "başkası tarafından kullanılan bir miktar paraya, kullanım süresi ve miktarı ile orantılı olarak ödenmesi gereken ilave para"; "mahrum kalan paranın yasal semeresi"; "bir miktar para alacağından yoksun kalınması karşılığında Kanun ve sözleşme uyarınca alacaklıya ödenmesi gereken bedel" olarak ifade edilmiştir. Poroy ve Yasaman (n 139) 105; Hamdi Yasaman, 'Ticari İşlerde Akdi Faiz ve Temerrüt Faizi' (2011) 76 Bankacılık Dergisi 61; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Ticari İşletme* (n 138) 33; M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I* (21. Baskı, Vedat Kitapçılık 2023) 323; Eren, *Genel Hükümler* (n. 69) 1109-1110; Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya ve Nomer Ertan (n 139) 73.

161 Faiz borcunun doğmasına neden olan borcu, sözleşmeden, sebensiz zenginleşmeden veya haksız fiilden doğabilir. Ancak haksız fiil ve sebensiz zenginleşmeden doğan para borçlarında sadece temerrüt faizi uygulanacaktır. Özetle, anapara faizi, konusu para olan sözleşmeden doğarken; temerrüt faizi konusu para olan sözleşmeden, haksız fiilden ve sebensiz zenginleşmeden doğabilir. Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Baskı, Turhan Kitabevi 2020) 778,779.

162 Helvacı (n 137) 114; Özlem Karaman Coşgun, *Ticari Faiz* (Seçkin Yayıncılık 2023) 39.

163 Kimi hallerde kanun koyucu uygulanacak faiz oranını ve oranın belirleneceği tarihi düzenlemiş olabilir. TBK'da düzenlenen tüketim ödünçü sözleşmesine ilişkin hükümler bu duruma örnek gösterilebilir. TBK m. 388'e göre, "Tüketim ödünçü sözleşmesinde faiz oranı belirlenmemişse, kural olarak ödünç alma zamanında ve yerinde o tür ödünçlerde geçerli olan faiz oranı uygulanır. Sözleşmede aksine bir hüküm yoksa, belirlenen faiz, yıllık olarak ödenir.". Ancak, makale konusu tüketim ödünçü sözleşmesi ticari iş olduğundan, bu halde sözleşme konusu anapara ve temerrüt faizine TTK hükümleri uygulanacaktır.

TTK'nın 8 ila 10. maddeleri arasında yer almaktadır. Bu kapsamda uygulanacak olan faiz oranı, kanuni bir sınırlandırma olmaksızın iradi olarak tespit edilebilir. Eğer iradi bir düzenleme söz konusu değilse, anapara ve temerrüt faizi hakkında ilgili mevzuat hükümleri uygulanacaktır (TTK m. 9).

Pay sahibinin anonim şirkete borçlanması halinde, alacaklı şirket tarafından talep edilebilecek faiz türleri anapara faizi ve temerrüt faizi olacaktır¹⁶⁴. Ticari işlerde anapara faizi herhangi bir sınır olmaksızın tarafların karar verdiği her oranda uygulanabilir. Taraflarca faiz oranı tespit edilmemişse ise Kanuni faiz oranları uygulanır. 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun¹⁶⁵ esaslarına göre Kanuni faiz oranı anapara faizi için %24'tür¹⁶⁶. Bu temelde, anonim şirkete borçlanan pay sahibi ile borçlu şirket arasında iradi olarak faiz oranı belirlenmemişse, söz konusu para borcu için yıllık anapara faiz oranı %24 olarak uygulanacaktır¹⁶⁷.

Temerrüt faizi ise yine bir sınırlama olmaksızın taraflarca belirlenebilir. Bir tespit söz konusu değilse, Kanuni faiz oranı (% 24) temerrüt faizi için de uygulanır. Bununla birlikte, 3095 s. Kanun'un 2. maddesinin ikinci fıkrasında göre, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, Kanuni faiz oranından fazla ise, arada sözleşme olmasa bile, talep edilmesi halinde, ticari işlerde temerrüt faizi bu oran üzerinden istenebilir¹⁶⁸. Söz konusu avans faiz oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı¹⁶⁹ ise yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur. Taraflar arasında akdi faiz belirlenmiş fakat temerrüt faizi belirlenmemiş ise temerrüt faizi akdi faizden az olamaz¹⁷⁰.

Kanun hükümleri dikkate alındığında, pay sahibinin anonim şirkete borçlanması halinde, anonim şirket, temerrüt faizi olarak % 24 Kanuni faiz oranını talep edebilir. Fakat Merkez Bankasının açıkladığı 31 Aralık tarihli avans faiz oranı % 24'ten yüksekse, bu halde – talep edilmesi durumunda – avans faiz oranı temerrüt faizi olarak işletilebilir. Ayrıca, Kanun'un 2. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, şirkete karşı borçlanan pay sahibi ile şirket arasında bir anapara faiz oranı belirlenmiş ve bu akdi faiz oranı yasal faiz oranından ve ayrıca Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranından yüksekse, temerrüt faizi akdi faiz

164 Nami Barlas, *Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar* (Kazancı Kitap 1992) 127-130; Kılıçoğlu (n 161) 779; Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya ve Nomer Ertan (n 139) 75.

Temerrüt faizi tanımı içeren yargı kararları için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 1997/34, K. 1998/79, 15.12.1998; Yargıtay HGK, E. 2004/19-357, K. 2004/360, 06.06.2004; Yargıtay HGK, E. 2012/19-314, K. 2012/557, 12.09.2012; Yargıtay HGK, E. 2017/2800, K. 2021/1629, 09.12.2021.

165 Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun, Kanun Numarası: 3095, Kabul Tarihi: 04.12.1984, RG 19.12.1984/18610.

166 21/05/2024 tarihli 32552 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 8485 Karar Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı'na göre, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un 1. maddesinde düzenlenene kanuni faiz oranı, 1/6/2024 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yıllık %24 olarak uygulanmasına karar verilmiştir.

167 Vergi hukuku dikkate alınarak faiz oranının hesaplanmasına ilişkin olarak bkz. Karşlıoğlu (n 159) 73.

168 Poroy ve Yasaman (n 139) 123; Oğuzman ve Öz (n 160) 325-331.

Merkez Bankası Avans Faiz Oranı % 51,75'tir. <<https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Temel+Faaliyetler/Para+Politikasi/Reeskont+ve+Avans+Faiz+Oranlari>> Erişim Tarihi 07.06.2024

169 Buradaki fark, beş puan yükselme şeklinde olabileceği gibi beş puan düşme şeklinde de olabilir. Her halde, yılın ikinci yarısında yeni oran, faiz oranı olarak uygulanabilir. Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Ticari İşletme* (n 139) 61; Arkan (n 139) 88.

170 3095 s. Kanun m. 2/3.

oranından düşük bir oranda belirlenemeyecektir. Başka bir ifadeyle, yüksek olan akdi faiz oranı, temerrüt faizi için de işletilecektir.

Aksi Kanunda veya taraflarca belirtilmemişse, anapara faizi, borcun doğduğu tarihten itibaren; temerrüt faizi ise borçlunun temerrüde düştüğü tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır¹⁷¹. Bu temelde, pay sahibinin şirkete karşı borçlanması halinde, borcun doğduğu tarihten itibaren işlemiş olmak üzere anapara faizi talep edilebilir. Temerrüt faizinin talep edilebilmesi için ise öncelikle borçlu pay sahibinin temerrüde düşürülmesi gerekmektedir. TBK'nın 117. maddesi genel itibarıyla borçlunun temerrüdünü düzenlemektedir. Buna göre, borçlunun temerrüdü için öncelikle muaccel bir borcun mevcudiyeti gerekmektedir¹⁷². TBK m. 90'a göre, ifa zamanı taraflarca kararlaştırılmamışsa veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmıyorsa, her borç doğumu anında muaccel olur. Bu hükümden yola çıkılarak, pay sahibi ile şirket arasında yapılan tüketim ödöncü sözleşmesinde vade tarihi belirlenmiş ise bu tarihte borç muaccel hale gelecektir. Eğer böyle bir tarih söz konusu değilse, TBK'nın tüketim ödöncü sözleşmesi hükümlerine göre hareket edilmesi gerekmektedir; zira TBK m. 392, tüketim ödöncü sözleşmeleri için bir süre öngörmektedir. İlgili maddeye göre, *“Ödöncün geri verilmesi konusunda belirli bir gün ya da bildirim süresi veya borcun geri istendiği anda muaccel olacağı kararlaştırılmamışsa ödönc alan, ilk istemden başlayarak altı hafta geçmedikçe ödöncü geri vermekle yükümlü değildir.”* Bu halde, taraflar vade tarihi veya bildirim süresi tespit etmemiş, borcun geri istendiği anda muaccel olacağı kararlaştırılmamışsa, ilk istemin vuku bulmasından itibaren altı hafta sonra borç muaccel hale gelecektir¹⁷³. Borcun muaccel olması, borçlunun temerrüdü için yeterli değildir. Borçlunun temerrüdü için, ayrıca, borcun muaccel olmasını takiben, alacaklı şirketin ihtar çekmesi gerekmektedir¹⁷⁴. TBK genel hükümlerine paralel olarak TTK m. 10 da ihtar şartı aramaktadır. Özetle, aksine sözleşme hükmü yoksa pay sahibinin temerrüt faiz borcu, vade bitiminden ve belli bir vade yoksa ihtar gününden itibaren işlemeye başlayacaktır.

SONUÇ

Anonim şirketlerde pay sahibinin şirkete karşı borçlanması uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Pay sahibinin şirkete karşı borçlanması halinde, özellikle faiz uygulaması açısından, alacaklı şirketin ve dolayısıyla şirket pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının menfaatlerinin dengelenmesi gerekmektedir. 6335 sayılı Kanun'dan önce pay sahibinin şirkete karşı borçlanması başka bir ifadeyle şirkete ait olan nakdin hâkim pay sahibi tarafından kullanılması ilkesel bir şekilde yasaklanmıştı. 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra, pay sahibinin şirkete karşı borçlanması, bir takım şartların gerçekleşmesine bağlanmıştı. TTK'nın 358. maddesine göre, pay

171 Barlas (n 163) 140; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Ticari İşletme* (n 139) 52-53.

172 Borçlunun temerrüdü ile ilgili olarak bkz. Eren, *Genel Hükümler* (n 69) 1233-1242.

173 Kılıçoğlu (n 160) 693-694; Eren, *Genel Hükümler* (n 69) 1076-1079.

174 İhtar şekle tabi değildir. Fakat TTK m. 18 gereği, tacirler arasında taraflardan birinin temerrüde düşürülmesi söz konusu ise ihtar şekle tabidir. Ancak şirkete karşı borçlanmada, pay sahibi tacir sıfatına sahip olmadığından, TTK m. 18/3'te aranan şekil şartları, pay sahibinin temerrüde düşürülmesine yönelik ihtar veya ihbarlarda aranmamalıdır. Bununla birlikte, pay sahibi gerçek kişi tacir ise TTK m. 18/3'e göre ihtar veya ihbar çekilmesi ispat şartı açısından gereklidir. Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya ve Nomer Ertan (n 139) 102.

sahipleri, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmişlerse ve ayrıca şirketin yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeydeyse, pay sahibi şirketten borç alabilecektir. İlgili hükümde çerçeve bir düzenleme yapılmak suretiyle, sadece belirli koşulların var olması halinde, şirkete borçlanılmasının sağlanabileceği ifade edilmiş; fakat taraflar arasında kurulan hukuki ilişkinin ayrıntıları düzenlenmemiştir. Bu temelde mehzaz düzenleme ve uygulamalarda ortaya çıkan detayların Türk hüküm ve uygulamalarına yön verme ihtimali dikkate alınarak, mehzaz hükümler ve yargı kararları incelenmiştir. Mehzaz kanunlarda borçlanmayı doğrudan yasaklayan bir hüküm bulunmamakla birlikte; sermayenin korunması ve sermayenin iadesi yasağı gibi anonim şirketler hukukunun temel prensipleri dikkate alınarak, pay sahiplerine verilen borçlarda taraf menfaatlerinin dengelendiği sonucuna ulaşılmıştır. Bu temelde, şirket ile pay sahibi arasında yapılan tüketim ödöncü sözleşmesinin süresinin tespiti, teminat sağlanması, faiz koşulunun öngörölmesi, tam değerli geri ödeme talebinin oluşturulması gibi unsurların varlığı halinde pay sahiplerine borç verilmesi mümkündür.

Çalışmanın takip eden kısmında 358. maddede yer alan unsurlar tek tek incelenmiş ve hangi hallerde pay sahiplerine borç verileceği tartışılmıştır. İlk koşul olan vadesi gelmiş sermaye borcunun ifa edilmemesi halinin, ancak muaccel alacak haklarının devrinde ve nakit sermaye taahhüdünde ortaya çıkabileceği belirtilmiştir. Devamında hangi değerlerin serbest yedek akçe olduğı ve 358. maddenin lafzında geçen kârın esasında net dönem kârına zararların eklenmesi ile elde edilecek kâr olduğı ifade edilmiştir. Ayrıca şirketin mali durumunun bir ara bilanço çıkarılarak tespit edilmesi gerektiğı vurgulanmıştır.

Son bölümde, şirket ile pay sahipleri arasından yapılan tüketim ödöncü sözleşmelerinde uygulanacak faiz türü ve oranı tartışılmıştır. Tartışmanın esası ticari iş ve ticari iş karinesi temeline oturtulmuştur. Şirket açısından ticari iş olan tüketim ödöncü sözleşmesinin borç alan açısından da ticari iş sayılması gerektiğı belirtilmiştir. Bu noktada, taraflar arasındaki sözleşmenin tüketici işlemi olmadığı ve dolayısıyla 6502 sayılı TKHK hükümlerinin uygulanmayacağı değerlendirilmiştir. Her iki taraf için de ticari iş özelliğı barındıran sözleşme neticesinde şirket, pay sahibinden ticari anapara ve temerrüt faizi talep edebilecektir.

KAYNAKLAR

- Akdağ Güney N ve Gümüş MA, ‘Taşınırın Anonim Şirkete Esas Sermaye Olarak Getirilmesi’ (2013) 3(3) REGESTA 3-30.
- Aksu Özkan R, ‘Anonim Şirketlerde Genel Kanuni Yedek Akçe Kavramına Bağlı Hukuki Sonuçlar’ (2021) 23(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 339-381.
- Aksu Özkan R, *Finansal Tabloların Tutulması ve Hukuki Sonuçları* (On İki Levha Yayınları 2015).
- Altaş S, ‘Anonim Şirketlerde Yedek Akçeler’ (2016) 96 Bankacılık Dergisi 32-51.
- Altmeppen H, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG § 30* (C.H.BECK 2023).
- Arıcı MF, ‘Sermaye Şirketleri Hukukunda Vadeli Alacağın Sermaye Olarak Konulması Yasağı’ (2015) 72(1) İÜHF 319-337.
- Arkan S, *Ticari İşletme Hukuku* (29. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2023).

- Ayhan R, Çağlar H ve Özdamar M, *Şirketler Hukuku Genel Esasları* (5. Baskı, Yetkin Yayınları 2023).
- Ayhan R, Çağlar H ve Özdamar M, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar* (15. Baskı, Yetkin Yayınları 2022).
- Bahtiyar M ve Biçer L, 'Adi İş / Ticari İş / Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi' (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr Cevdet Yavuz'a Armağan Cilt I) 395-436.
- Barlas N, *Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar* (Kazancı Kitap 1992).
- Berber B, 'Yargı Kararları Işığında Tüketici Kavramı' (2023) 1 Konya Barosu Dergisi 41-72.
- Bilgili F ve Demirkapı E, *Şirketler Hukuku*, (9. Baskı, Dora Yayıncılık 2013).
- Birsel MT, *Anonim Şirketler Hukukunda Kar Kavramı C.1* (Ege Üniversitesi Matbaası 1973).
- Bozer A ve Göle C, *Ticari İşleme Hukuku* (8. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2023).
- Çelik A, *Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma* (4. Baskı, Seçkin Yayınları 2011).
- Çelikboya K, *Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kar Payı Hakkı* (On İki Levha Yayınları 2021).
- Canöz S, *Anonim Şirketlerde Kâr Payının Tespiti ve Dağıtılması* (Seçkin Yayınları 2016).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (28. Baskı, Legem Yayıncılık 2023).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (11. Baskı, Legem Yayıncılık, 2023).
- Ergin K, 'Osmanlı Devleti'nde Kanunnamelerden Nizamnamelere Geçiş' (2016) 39 SDÜ Fen Edebiyat Sosyal Bilimler Dergisi 1-26.
- Fahran F, 'Yeni Türk Ticaret Kanununda Yedek Akçeler ve Yedek Akçe Ayrılması' (2011) 224 Yaklaşım Dergisi 94-102.
- Fleischer H and Goette W, *Münchener Kommentar zum GmbHG, GmbHG § 30* (C.H.BECK 2022).
- Goette W, Habersack M and Kalss S, *Münchener Kommentar Zum Aktiengesetz, AktG § 57*, (C.H.Beck 2024).
- Göktürk K, 'Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi' (2015) 19(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3-44.
- Göksoy YC, 'Ödemeye Çağrı' iç Kemal Şenocak (ed) *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt-3* (Seçkin Yayınları 2023) 2631-3012.
- Gümüş MA, *6105 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi Cilt I* (Vedat Kitapçılık 2014).
- Helvacı M, *Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı* (Beta Basım 2000).
- Henssler M, *Beck-online Grosskommentar* (C.H.BECK 2024).
- Hızır S, 'Anonim Şirkette Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağını Düzenleyen TTK M. 358 Üzerine Bazı Değerlendirmeler' (2013) 29(4) BATİDER 227-289.
- İmregün O, 'Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Kâr Payı (Temettü) Hakkı', iç Abuzer Kendigelen (ed) *Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı Cilt I* (Beta Kitap 2002).
- Karahan S, 'Anonim Şirkette Borçlanma Yasağı ve 6335 sayılı Kanun ile Getirilen Değişikliğin Sonuçları', (2012) 6 Grant Thornton Haber Bülteni <<https://www.grantthornton.com.tr/en-guncel/haber-bulteni/>>
- Karayaçın Y, 'Kanuni Yedek Akçenin İlk Ayrımı Açısından Safi Kâr Kavramı ve Dönem Vergi Borçları' (1990) 15(3) BATİDER 137-147.
- Karaman Coşgun Ö, *Ticari Faiz* (Seçkin Yayıncılık 2023).
- Karşlıoğlu H, *Anonim Şirketlerde Örtülü Kâr Dağıtımı* (Adalet Yayınları 2015).
- Karşlıoğlu U, 'Ortaklara Verilen Borçların Kurumlar Vergisi Karşısındaki Durumu ve Adat Hesabının Muhasebe Uygulaması' (2016) 199 Vergi Raporu 59-80.
- Kendigelen A, *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler* (3. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2016).

- Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Baskı, Turhan Kitabevi 2020).
- Kırca İ ve Gürel M, 'Bağlı ve Bağımsız Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirkete Borçlanması ve Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümlerin Özgül Ağırlığı' (2014) 30(2) BATİDER 5-19.
- Kırca İ ve Tekin U, 'Suç Gelirlerinin Aklanması ve Terörün Finansmanı ile Mücadele Çerçevesinde OECD Mali Eylem Görev Grubunun Hamiline Yazılı Paylarla İlgili Tavsiye Kararı ve Ulusal Mevzuatlarda Buna Uyum Çabaları' iç Mustafa Halil Çonkar, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya, Ahmet Özsoy ve İbrahim Çağrı Zengin (edr) *Ord. Prof. Dr. Şevket Memedali Bilgişin'in Anısına Armağan* (On İki Levha Yayınları 2021).
- Kırca İ, Şehirali Çelik FH ve Manavgat Ç, *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2013).
- Korkut Ö, 'Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasası' iç Kemal ŞENOC AK (ed) *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt-2* (Seçkin Yayınları 2023) 1640-1647.
- Manuel M, *Das Aktienrecht – Kommentar der ersten Stunde* (Berner Kommentar 2023).
- Meister T, 'Art. 671-674' in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephen Wolf, Mark Amstutz and Roland Frank Hausor (eds) *OR Kommentar Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht* (Orell Füssli Kommentar 2023).
- Michalski L, Heidinger A, Leible S and Schmidt J, *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbHG § 30* (C.H.Beck 2023).
- Moroğlu E, *Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı* (3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2015).
- Narbay Ş ve Akkuş M, 'Ticari İş ve Tüketici İşlemi Kavramları Ekseninde Görevli Mahkeme ve Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Düşünceler' (2020) 44 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 301-333.
- Oğuzman KM ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I* (21. Bası, Vedat Kitapçılık 2023).
- Özay OL, '6502 Sayılı Yasa Kapsamında Tüketici İşlemi' (2017) 4(12) Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırma Dergisi 257-272.
- Özkan AF, 'Sorumlu Olma' iç Kemal Şenocak (ed) *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt-1* (Seçkin Yayınları 2023).
- Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku I* (15. Bası, Vedat Kitapçılık 2021).
- Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku II* (15. Bası, Vedat Kitapçılık 2023).
- Poroy R ve Yasaman H, *Ticari İşletme Hukuku* (19. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022).
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (7. Baskı, Adalet Yayınevi 2021).
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt I* (4. Bası, Adalet Yayınevi, 2022).
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt III* (4. Bası, Adalet Yayınevi, 2022).
- Sayılgan G ve Şenocak K, 'Şirketin İktisap Ettiği Kendi Pay Senetleri İçin Ayrılan Yedek Akçe ve Yeniden Değerleme Fonları' iç Kemal Şenocak (ed) *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt-3* (Seçkin Yayınları 2023).
- Sevi AM, *Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı* (Seçkin Yayınları 2013).
- Şahin Mccarthy O, 'Tüketici Sözleşmelerini Diğer Sözleşmelerden Ayıran Hususlar' iç Oya Şahin Mccarthy ve Mutlu Dinç (edr) *Tüketici Hukuku Davaları* (Seçkin Yayıncılık 2022) 65-94.
- Şener OH, *Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2017).
- Tamer A, 'Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Getirilen Bir Yenilik: 'Pay Sahiplerinin (Ortakların) Şirkete Borçlanma Yasağı' (2012) 25(102) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 93-114.
- Tekinalp Ü, *Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri* (2. Bası, Fakülteler Matbaası 1979).
- Tekinalp Ü, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (Güncellenmiş 4. Bası, Vedat Kitapçılık 2015).
- Toraman Çolgar E, *Anonim Ortaklıkta Şirkete Borçlanma Yasağı* (On İki Levha Yayıncılık 2019).

- Tuncer S ve Ulusoy Y, 'Yedek Akçeler' (2017) 19 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Şener Ertaşa'ya Armağan) 1971-1996.
- Türk A, *Yeni TTK ve Sermaye Piyasası Mevzuatına göre Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi* (Adalet Yayınevi 2016).
- Uyumaz A ve Türk M C, 'Tacirin Tüketici Sıfatı' (2023) 73(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1591-1633.
- Üçışık G ve Çelik A, *Anonim Ortaklıkta Finansal Tablolar Yedek Akçeler ve Kâr Dağıtımı* (On İki Levha Yayınları 2018).
- Üçışık G ve Çelik A, *Anonim Ortaklıklar Hukuku Cilt II* (Adalet Yayınevi 2022).
- Ülgen H, Helvacı M, Kendigelen A, Kaya A ve Nomer Ertan F, *Ticari İşletmen Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2015).
- Vischer M, 'Art. 675-682' in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephen Wolf, Mark Amstutz and Roland Frank Hausor (eds) *OR Kommentar Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht* (Orell Füssli Kommentar 2023).
- Yanlı V, 'Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımı.' (2014) 30(1) BATİDER 5-32.
- Yasaman H, 'Ticari İşlerde Akdi Faiz ve Temerrüt Faizi' (2011) 76 Bankacılık Dergisi 61-68.
- Yüce AA, 'Anonim ve Limited Şirketlerde Pay Sahiplerinin Şirkete Borçlanma Yasağı' (2012) 2/2 Regesta Ticaret Hukuku Dergisi 61-80.

Taşınır Mallara İlişkin İyiniyetle Kazanım Kuralının (TMK m. 988) Karşılıksız İşlemler Bakımından Uygulanabilirliği

Applicability of the Rule on Bona Fides Acquisition of Moveables (TCC Art. 988) to Gratuitous Transfers

Gökçe KURTULAN GÜNER* 

ÖZ

TMK m. 988 uyarınca, bir taşınırın emin sıfatıyla zilyedinden iyiniyetle yapılan kazanımlar, devreden kişinin tasarruf etkisinin eksikliği adeta onarılarak geçerli kabul edilir. Düzenlemede kazanımların ivazlı olup olmamasına göre bir ayrıma rastlanmamaktadır. Bu nedenle Türk hukuku öğretisindeki hâkim görüş, emin sıfatıyla zilyetten iyiniyetle yapılan kazanımların ivazsız dahi olsalar korunması gerektiği yönündedir. İlgili düzenlemenin lafzi ve tarihsel yorumu bu görüşü destekler nitelikte olsa da hukukumuzda karşılıksız kazandırmalara ilişkin muhtelif hükümler, düzenlemenin amacı ve karşılaştırmalı hukuk verileri dikkate alındığında, hükmün teleolojik redüksiyona tâbi tutularak ivazlı kazanımlara hasredilmesi yerinde görülmektedir.

Anahtar Kelimeler: İyiniyetle kazanım, emin sıfatıyla zilyet, bağışlama, ivazsız kazanım, teleolojik redüksiyon.

ABSTRACT

Pursuant to Article 988 of the TCC, a person who takes possession of a movable in good faith to become its owner or to acquire a limited right in rem is protected therein even if the movable was entrusted to the transferor without any authority to affect the transfer. The rule does not explicitly embody a condition that such acquisition shall be made for value. For this reason, the prevailing view in the Turkish legal doctrine is that such bona fide acquisitions should also be protected even if they are made without consideration. Although the semantics and historical interpretation of the relevant provision supports this view, considering the various other rules regarding acquisitions without consideration in our legal system the purpose of the rule and the related comparative law data, making a teleological reduction and limiting the scope of the provision to acquisitions for consideration is considered appropriate.

Keywords: Bona fide acquisition, entrusted possessor, donation, acquisition without consideration, teleological reduction

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ORCID ID: 0000-0001-6982-3820.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Gökçe KURTULAN GÜNER

E-posta/E-mail: gokce.kurtulan@bilgi.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 15.08.2024

Kabul Tarihi/Accepted: 07.12.2024

I. GİRİŞ

Türk Medenî Kanunu’nun (“TMK”) 3. maddesi uyarınca “*Kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır.*” Kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumların başında ise taşınırın emin sıfatıyla zilyetten kazanımına ilişkin TMK m. 988 ve taşınmazlarda tapu siciline duyulan güvene dayalı kazanımlara ilişkin TMK m. 1023 gelmektedir. TMK m. 988 uyarınca, bir taşınırın emin sıfatıyla zilyedinden iyiniyetle yapılan kazanımlar, devreden kişinin tasarruf etkisinin eksikliği adeta onarılarak geçerli kabul edilir. Benzer yönde TMK m. 1023’e göre de tapu kütüğündeki yolsuz tescile güvenilerek, yani iyiniyetle yapılan kazanımlar da tasarruf yetkisi eksikliği sorunu rafa kaldırılarak korunur. Bahsi geçen iki hükümde de bu kazanımların ivazlı olup olmamasına göre bir ayrıma rastlanmamaktadır. Bu nedenle Türk-İsviçre öğretisindeki hâkim görüşün, emin sıfatıyla zilyetten ya da yolsuz tescile güvenilerek yapılan kazanımların ivazsız olmasının önemli olmadığı yönünde olduğunu söylemek mümkündür¹. Bu çalışmada amaçlanan, taşınırın emin sıfatıyla zilyetten kazanımı açısından bu geleneksel yaklaşımın tartışmaya açılması ve hükmün amacının incelenerek farklı bir yorum yapılmasını mümkün olup olmadığının sorgulanmasıdır.

Bilindiği üzere hukuk bilimselliğini, yönteminin bilimselliğine borçludur². Pozitif hukukun uygulanması söz konusu olduğunda, ilk önce bu normun olumlu ve olumsuz içeriğini kavramak, ikinci aşamada ise kuralı yorumlamak gerekir³. Ancak bu aşamalardan geçilmesine rağmen tatmin edici bir yanıt bulunamamışsa boşlukların hâkim eliyle bir kanun koyucu gibi (*modo legislatoris*) doldurulması icap eder⁴. Nitekim bu husus TMK m. 1’de açıkça belirtilmiştir. İlgili hükümde kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konulara uygulanır denerek, pozitif hukukun uygulanmasında kuralın içeriğinin kavranması ve yorumlanmasına öncelik verilmiş, ancak bu aşamalara rağmen somut olaya uygun düşen bir kural tespit edilememişse hâkimin hukuk yaratmasının mümkün olduğu belirtilmiştir. Kuşkusuz bu değerlendirme normatif hukukçuluğun uğraş alanına girmektedir. Eldeki çalışmada, TMK m. 988 hükmünün ivazsız kazanımlar bağlamında da uygulanır olup olmadığı incelenirken bu yönüme sadık kalınacak ve öncelikle hükmün amacı araştırılacaktır.

Sonrasında ise bu konudaki karşılaştırmalı hukuk verileri incelenecektir. Karşılaştırmalı hukuk araştırmasının amaçlarından biri araştırmacının kendi hukuk sistemini daha iyi anlamasını, bu bağlamda derinleşmesini sağlamaktır⁵. Belirli bir hukuk kuralına yüklenilen ve nesilden

1 Türk hukukunda hâkim görüşün bu yönde olduğu yönünde Sendi Yakuppur, *Tapu Kütüğüne Güven İlkesi* (On İki Levha 2016) 40; Osman Levent Özay, ‘Emin Sıfatıyla Zilyedin Taşınır Bağışlamasının Hükmü’ (2022) 12(2) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1177, 1183-1184. İsviçre hukuku için aynı yönde bkz Wolfgang Ernst and Samuel Zogg, Art. 824-836 ZGB in Thomas Geiser ve Stephan Wolf (eds), *Basler Kommentar zum BGB II* (7th edn, Helbing Lichtenhahn 2023) Art 933, N 24a; Lorenz Sieber, *Der bereicherungsrechtliche Ausgleich bei Leistungsketten* (Stämpfli 2015) 126-127.

2 Rona Serozan, *Serozan Hukukta Yöntem – Mantık* (yayına hazırlayan Yeşim M. Atamer) (On İki Levha 2024) 15. Benzer yönde bkz Yaşar Karayalçın ve Aynur Yongalık, *Hukukta Öğretim – Kaynaklar – Metod* (8. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2020) 167 vd.

3 Karayalçın ve Yongalık (n 2) 204-205; Yasemin Işıktaç ve Sevtap Metin, *Hukuk Metodolojisi* (4. Bası, Filiz 2013) 164-165.

4 Bkz Karayalçın ve Yongalık (n 2) 219.

5 Mary Ann Glendon, ‘Reflection on the Comparative Study of Law in the 21st Century’ in Katharina Boele-Woelki ve

nesile aktarılan bir bakış açısının sonunda “hâkim görüş” seviyesine yükselmesinin, bu kuralın sorgulanmasına çekinceyle yaklaşılmasına neden olduğunu söylemek mümkündür. Bu ise beraberinde statik bir hukuk anlayışını getirmektedir. Karşılaştırmalı hukuk araştırması, bu bağlamda yerleşik görüşlerin yeniden gözden geçirilmesinin kapısını araladığı için önemlidir. Bu bakış açısıyla bu çalışmada öncelikle *olması gereken* kural tespit edilecek, sonrasında bu değerlendirmenin diğer hukuk sistemlerinde ve hukukun uyumlaştırılması çalışmalarında izlenen yol ile uyumlu olup olmadığı tartışılmaya çalışılacaktır.

II. KURALA VE TARİHSEL GELİŞİMİNE BİR BAKIŞ

Taşınırın iyiniyetle kazanımına ilişkin TMK m. 988 uyarınca “*Bir taşınırın emin sıfatıyla zilyedinden o şey üzerinde iyiniyetle mülkiyet veya sınırlı aynı hak edinen kimsenin edinimi, zilyedin bu tür tasarruflarda bulunma yetkisi olmasa bile korunur.*”

Bu hüküm sayesinde taşınırı devreden kişinin tasarruf yetkisi eksikliğine rağmen, tasarruf işlemine geçerliymiş gibi bir sonuç bağlanarak kazanımın korunmasını sağlamaktadır⁶. Hükümün lafzından devralan kişiye ilişkin olarak anlaşılabilen ilk koşul devralan kişinin iyiniyetli olmasıdır. Hüküm, ivazlı ve ivazsız kazanımlar bakımından bir ayrım yapmamakta, bu nedenle ilk bakışta ivazsız kazanımların da hükümün kapsamına dahil olduğu izlenimini uyandırmaktadır⁷. Bununla birlikte, bir an için söz konusu düzenlemede ivazlı ve ivazsız kazanımlar arasında bir ayrım yapılmadığı ve hükümün lafzının tüm kazanımları kapsayacak şekilde olduğu düşünülebilse de Serozan’ın ifadesiyle *çağdaş yorumun salt sözcüğün semantik anlamıyla yetinmediği, yorumda sözün arkasındaki özün de göz önünde bulundurulması gerektiği* hiçbir zaman unutulmamalıdır⁸. Zira yasa kuralları, hükümün sözünün, özünün ve bağlantılı diğer yasa kurallarının ışığında sistematik bir yaklaşımla yorumlanmalı ve uygulanmalıdır⁹. Bu durumda, “bir taşınırı, taşınırın emin sıfatıyla zilyedinden iyiniyetle ve ivazsız devralan kişilerin bu kazanımı korunur mu?” sorusuna da şüpheyle yaklaşmak gerekir. Acaba söz konusu hüküm sadece ivazlı devirleri korumak için uygulanacak bir düzenleme midir, yoksa iyiniyetli kişinin edinimi bilabedel olsa da korunmalı mıdır?

Bilindiği üzere yorum faaliyeti, bir ucunda kanunlara kesin üstünlük, diğer ucunda ise hâkimlere kapsamlı bir serbesti tanıyan görüşlerin bulunduğu geniş bir spektruma sahiptir¹⁰. Şüphesizdir

Diego P Fernandez Arroyo (eds), *The Past, Present and Future of Comparative Law* (Springer 2018) 6.

6 Bu durumda bir aslen kazanmadan mı yoksa bir devren kazanmadan mı bahsedildiği konusundaki tartışmaya ilişkin olarak bkz Gülşah Vardar Hamamcioğlu, *Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı* (On İki Levha 2014) 97 vd; Emil W. Stark ve Barbara Lindemann, *Berner Kommentar zum Art. 919-941ZGB Der Besitz* (Stämpfli 2016) Art 933, N 88 vd; François Guisan, *La Protection de l'Acquéreur de Bonne Foi en Matière Mobilière* (Editions René Thonney-Dupraz 1970) 175 vd; Martina Hurst-Wechsler, *Herkunft und Bedeutung des Eigentumserwerbs kraft guten Glaubens nach Art. 933 ZGB* (Schulthess 2000) 71-72.

7 Susan Emmenegger, ‘Schenkung und Gutglaubenschutz’ in Pascal Pichonnaz, Nedim Peter Vogt and Stephan Wolf (eds), *Spuren des römischen Rechts – Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag* (Stämpfli 2007) 227.

8 Serozan (n 2) 186. Aynı yönde Haluk Nami Nomer ve Pakize Ezgi Akbulut, *Medeni Hukuka Giriş Bölüm I* (7. Bası, Filiz 2022) 27.

9 Serozan (n 2) 190.

10 Karayalçın ve Yongalık (n 2) 205.

ki başvurulacak temel yorum metodu yorum yapan hukukçuya ve benimsenen adalet anlayışına göre değişiklik gösterir. Ancak bu temel yorum metodu sonucunda varılan kanaatin diğer yorum metotlarıyla da desteklenmesi gerektiği açıktır¹¹. Yorum yaparken başvuru alan araçların başında kanun koyucunun iradesini tespit etmeye yarayacak kanunun genel gerekçesi ya da ilgili hükmün madde gerekçesinin geldiğini söylemek yanlış olmaz¹². Bu çalışmanın konusunu oluşturan hükümler, 1926 tarihli 743 sayılı Türk Kanunu Medenî'sinin 901. ve 931. maddelerine karşılık gelmektedir. Ancak eski Medenî Kanunu'muzda madde gerekçesi bulunmadığı için, bu kuralların arka planında yatan düşüncelere de bu vesileyle ulaşmak mümkün değildir. Yürürlükteki Kanun'un ilgili maddelerinin gerekçelerine bakıldığında da Türk Kanunu Medenî'sinin hükümlerinin devam ettirildiğine ilişkin ifadelerin yer aldığı, bu nedenle bu gerekçenin de konumuz açısından yol gösterici olmadığı söylenebilir¹³.

Esasen hak sahibi olmayandan mülkiyetin kazanılması Roma hukukunun temel prensipleriyle taban tabana zıt düşen bir fikirdir. *Ubi rem meam invenio, ibi vindico* (malımı nerede bulursam, orada alırım) ilkesinin hâkim olduğu Roma hukukunda kural, malikin zilyetliği elinden rızası dâhilinde ya da dışında çıkmış malı üzerinde her zaman mülkiyet hakkını ileri sürebileceği yönündeydi¹⁴. Bu nedenle sadece çok sınırlı hallerde malikin hak kaybına uğraması söz konusu olabilmekteydi¹⁵. Bununla birlikte Cermen hukukunun iyiniyetle kazanım kavramına bakışının Roma hukukundan çok farklı olduğu bilinmektedir. Cermen hukukunda bir kimseye güvenerek, rızası dâhilinde malını bırakan kimsenin, bu malı iyiniyetle edinen kişiye karşı bir hak iddia edemeyeceği bir kural olarak benimsenmiş, bu durumda kayba uğrayan kişinin, sadece malını emanet ettiği kişiye karşı bir dava açma hakkı olduğu kabul edilmişti. Cermen hukukunda *Hand-wahre-Hand* olarak anılan bu ilkenin odak noktası malın malikin elinden rızası dâhilinde çıkıp çıkmadığı olup; malı edinen kişinin iyiniyetli olup olmadığına bakılmamaktaydı¹⁶. Ancak 15. ve 16. yüzyıla gelindiğinde Almanya'da Roma hukukunun resepsiyonunu¹⁷ takiben bu kuralda bir yumuşama yaşanmış ve *Hand-wahre-Hand* kuralı iyiniyetli kazanımlar için sınırlı bir şekilde uygulanmaya başlanmıştır¹⁸.

11 Karayalçın ve Yongalık (n 2) 206; Serozan (n 2) 190.

12 Karayalçın ve Yongalık (n 2) 206.

13 Bu bağlamda dilin sadeleştirilmesi dışında yapılan tek değişikliğin, madde başlığında yer alan “istihkak davası” ifadesinin “taşınır davası” olarak düzeltilmesi olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim TMK'nın genel gerekçesinde de bu hükümlerde değişiklik yapılmadığı açıkça ifade edilmiştir. Genel gerekçe için bkz <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723m.htm>> Erişim tarihi 8 Ağustos 2024.

14 M Kemal Oğuzman, Özel Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* (23. bası, Filiz 2020) 120; Halûk Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku* (10. bası, On İki Levha 2023) 83; Jean Georges Sauveplanne, “The Protection of the Bona Fide Purchaser of Corporeal Movables in Comparative Law” (1965) 29 (4) The Rabel Journal of Comparative and International Private Law, 652. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Guisan (n 6) 21 vd; Hurst-Wechsler (n 6) 3 vd; Ernst Karner, *Gutgläubiger Mobiliärerwerb – Zum Spannungsverhältnis von Bestandschutz und Verkehrsinteressen* (Springer 2006) 74 vd; Juliane Schellerer, *Gutgläubiger Erwerb und Ersitzung von Kunstgegenständen* (Mohr Siebeck 2016) 13, 18.

15 Bu istisnalara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz Guisan (n 6) 23 vd.

16 Sauveplanne (n 14) 653; Karner (n 14) 82 vd; Schellerer (n 14) 14 vd. Ayrıca bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 14) 120.

17 Bkz. Gonca Kuru, “Thibaut ve Savigny’de Resepsiyon ve Kodifikasyon Hareketleri” (2017) 22(1) MÜHFHAD 201, 208-211.

18 Cermen hukukunda kavramın tarihsel gelişimine ilişkin ayrıntılı bilgi için Guisan (n 6) 33 vd.

Büyük ölçüde Cermen hukukunun etkisi altında gelişen İsviçre hukukunda 1881 tarihli Federal Borçlar Kanunu'nun kabulünden önce Kantonların konuya yaklaşımının değiştiği bilinmektedir¹⁹. 1881 tarihli Kanun'un 205. maddesiyle ise hak sahibi olmayandan kazanım sorunu bir çözüme kavuşturulmuştur. İlgili düzenleme uyarınca *kayıp veya çalıntı mallara ilişkin hükümler saklı kalmak üzere, iyiniyetle bir malı devralan kişi, malı devreden kişi malik olmasa bile malın sahibi olacağı* açıkça hükme bağlanmış²⁰, 1907 yılında kabul edilen İsviçre Medenî Kanunu m. 933 ve m. 714, f. II (bu hükümler TMK m. 988 ve 763, f. II'ye karşılık gelmektedir) hükümlerinde de aynı yaklaşım sürdürülmüştür²¹.

Bu açıklamalar ışığında Türk-İsviçre Medenî Kanunlarının ilgili hükümlerinde yer alan çalınan/kaybolan şey ve birine güvenilecek bırakılan şey arasındaki ayrımın Cermen hukukunun bir yansıması; devralan kişinin iyiniyetli olup olmadığına ilişkin ayrım ise Roma hukukundaki kuralın bir uzantısı olduğu anlaşılmaktadır. Diğer bir deyişle günümüze kadar gelen "emin sıfatıyla zilyetten iyiniyetle kazanım" kuralı aslında Roma ve Cermen hukuklarının konuya zıt yaklaşımlarının adeta bir sentezi olarak karşımıza çıkmaktadır²². Bu doğrultuda şu ara sonuca varmak mümkündür: hükmün tarihsel gelişimine bakıldığında iyiniyetli devralan kişinin kazanımının ivazlı ya da ivazsız olmasına ilişkin bir ayrımın yapılmadığı, ivazsız kazanımların da diğer şartlar mevcutsa aynı korumaya tâbi tutulduğu anlaşılmaktadır. Buna rağmen bu çözümün modern toplumun ve ekonomik hayatın gerekleriyle uyumlu olup olmadığının sorgulanması şarttır.

Bilindiği üzere yasa koyucunun artık geçmişte kalmış iradesine öncelik tanıyan tarihsel öznel yorum metodu – isabetli olarak – günümüzde büyük ölçüde terk edilmiş ve yerini güncel nesnel yoruma bırakmıştır²³. Doğaldır ki tarihsel yorum kanun kurallarının anlamlandırılmasında önemli bir tutamak olmaya devam etmektedir, ancak belirleyici değildir²⁴. Bu doğrultuda anlambilimsel (semantik) ve tarihsel (historik) yorumun ilgili düzenlemenin yorumlanmasında yetersiz kaldığı gerçeği karşısında yasa kuralının sistematik ve amaçsal (teleolojik) yorumu büyük önem kazanmaktadır²⁵. Sistematik yorumdan kasıt, düzenlemenin izole bir şekilde değil, diğer bağlantılı yasa kurallarıyla ve temel ilkelerle birlikte, bir bütünlük içinde ele alınmasıdır²⁶. Amaçsal yorumda ise kuralın günün şartları karşısında izlediği kabul edilebilecek, diğer bir ifadeyle güncel amacı (*ratio legis*'i) araştırılır²⁷. Bu açıdan bakıldığında sistematik ve teleolojik yorumun benzer kaynaklardan beslendiğini ve iç içe geçtiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Aşağıda, taşınırın emin sıfatıyla

19 Bkz Guisan (n 6) 52-54; Hurst-Wechsler (n 6) 49 vd.

20 Hükmün Fransızca dilindeki orijinal hali şu şekildedir: "Sauf les dispositions relatives aux choses perdues ou volées, l'acquéreur de bonne foi devient propriétaire de la chose, encore que celui qui l'a aliénée n'en fût pas propriétaire. Sous les mêmes conditions, les tiers perdent les autres droits réels qui pourraient leur appartenir sur la chose."

21 Hurst-Wechsler (n 6) 67. Ayrıca bkz Emmenegger (n 7) 227-228.

22 Guisan (n 6) 46, 57. Türk hukukunda malın zilyedinden iyiniyetle hak kazanımı bakımından Roma ve Cermen hukukları düşünüldüğünde bir "orta yol tutulduğu" yönünde Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 14) 121.

23 Serozan (n 2) 187-188. Ayrıca bkz. Nomer ve Akbulut (n 8) 28-30.

24 Serozan (n 2) 188.

25 Ernst A Kramer, *Juristische Methodenlehre* (6th ed, Beck 2019) 154 vd.

26 Ibid 99; Serozan (n 2) 190-191; Nomer ve Akbulut (n 8) 27.

27 Kramer (n 25) 171; Serozan (n 2) 191; Nomer ve Akbulut (n 8) 30-33.

zilyetten edinilmesine ilişkin TMK m. 988 kuralının ivazsız işlemler bakımından da uygulanabilir olup olmadığı sistematik ve teleolojik yorum çerçevesinde değerlendirilecektir.

III. KURALIN AMACI VE BAĞLANTILI DÜZENLEMELERLE İLİŞKİSİ

Öğretide hak sahibi olmayan kişiden iyiniyetle kazanıma ilişkin kuralların temel olarak iki ilkenin hayata geçirilmesine katkıda bulunduğu ifade edilmektedir. Bunlar alışveriş (işlem) güvenliği ve hukuki görünüşe güven ilkeleridir²⁸. Aslında iyiniyetle kazanım kurallarının ivazsız işlemlerde de uygulanması gerekip gerekmediği sorusunun yanıtı da bu ilkelerden hangisinin diğerine kıyasla ağır bastığı doğrultusunda şekillenmektedir. Sadece hukuki görüşüne güvenerek bir işlem yapan kişinin salt bu güveni korunmaya değer midir, yoksa bu güvenin bir “alışveriş” bağlamında mı oluşmuş olması gerekir? Bu sorunun yanıtının verilebilmesi için Kanun’un ivazsız kazandırmalara ilişkin yaklaşımının özünün tespit edilmesi şarttır. Bu doğrultuda yapılacak değerlendirmenin ilk durağının sağlar arası karşılıksız kazandırmaların prototipi olan bağışlama sözleşmesi olması kaçınılmazdır.

Türk Borçlar Kanunu (“TBK”) m. 285, f. I uyarınca “*bağışlama sözleşmesi, bağışlayanın sağlararası sonuç doğurmak üzere, malvarlığından bağışlanana karşılıksız olarak bir kazandırma yapmayı üstlendiği sözleşmedir.*” Bu tanımda yer alan ve konumuz açısından önem arz eden unsur, bağışlamanın **bağışlayanın malvarlığından** yapılmasıdır. Bundan kasıt, bağışlama neticesinde bağışlayanın fakirleşmesi ve bağışlananın zenginleşmesidir. Doğaldır ki bağışlayanın fakirleşmesi malvarlığının aktifinde yer alan bir unsurun eksilmesi/azalması (örneğin bir malın temliki) ya da pasifinin artması (örneğin borcun üstlenilmesi) şeklinde olabilir²⁹. Peki, bağışlayanın malvarlığında bulunmayan, üçüncü bir kişi tarafından kendisine emanet edilen bir şeye ilişkin olarak yapılan bağışlama sözleşmesinin akıbeti ne olacaktır? Bu durumda iyiniyetli bağışlananın her hâlükârda mülkiyeti kazandığını söylemek mümkün müdür yoksa bağışlamaya ilişkin bu şart TMK m. 988’in ancak ivazlı işlemler bakımından uygulanabilir olduğuna yönelik bir işaret olarak kabul edilebilir midir?

Öğretide bir görüş, TBK m. 285, f. I hükmünde yer bulan bağışlamanın bağışlayanın malvarlığından yapılması şartını göz önünde bulundurarak, başkasına ait bir şeyin mülkiyetinin TMK m. 988 uyarınca iyiniyetli bağışlanan tarafından kazanılması mümkün olmadığını savunmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlar, bu durumda bağışlamaya ilişkin tasarruf işleminin geçersiz olduğunu,

28 Yakuppur (n 1) 1. Bunların yanı sıra, ilgili kuralın meşrulaştırılmasında malikin bu tehlikeli durumu kendisinin yarattığı, dolayısıyla sonuçlarına da katlanması gerektiği yönündeki (“kendi düşen ağlamaz”) gerekçenin de sıkça ileri sürüldüğü belirtilmelidir. Bu görüşte örneğin AL Sirmen, *Eşya Hukuku* (11. bası, Legem 2023) 120; Nomer ve Ergüne (n 14) 87; Frédéric Barth, ‘Gültigkeit bzw. Wirksamkeit der Handschenkung einer anvertrauten Sache’ (2021) *Basler Juristische Mitteilungen* 275, 287. Bu görüşe ilişkin açıklamalar ve eleştiriler için bkz Guisan (n 6) 222 vd; Hurst-Wechsler (n 6) 74 vd. Hak sahibinden iyiniyetle kazanım kuralını meşrulaştırmak için öğretide ileri sürülen diğer görüşlere ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için ayrıca bkz Guisan (n 6) 209 vd.

29 Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt I/1 (6. bası, Vedat 2008) 344; Rona Serozan, Başak Baysal ve Kerem Cem Sanlı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm* (3. bası, On İki Levha 2018) N 980; Aydın Zevkliler ve K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (22. bası, Vedat 2024), 177; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (28. bası, Legem 2023) 978; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı* (7. baskı, Filiz 2023) 174; Claire Huguenin, *Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil* (3rd ed, Schulthess 2019) N 2875.

dolayısıyla mülkiyet hakkını kaybetmemiş olan malikin malı elinde bulunduran bağışlanana karşı istihkak davası açabileceği ileri sürülmektedir³⁰.

Bu görüş borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi ayrımını silikleştirdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir³¹. Bu yazarlara göre bağışlama sözleşmesinin tanımında yer alan “bağışlayanın malvarlığından yapılması” ifadesini katı bir lafzi yoruma tâbi tutmak ve sözleşmenin geçersizliğine yol açabilecek bir şart olarak görmek mümkün değildir. Aksinin kabulü, gelecekte edinilecek malların ya da hakların bağışlama sözleşmesinin konusu edilememesi anlamına gelir; ki bunun doğru olmadığı ortadadır³². Özetle, *Emmenegger*’in de ifade ettiği üzere, eşya hukuku alanında istenmeyen bir sorunun düzeltilmesi için bağışlama sözleşmesine ilişkin bu hükmü gerekçe göstermek, borçlandırıcı işlem – tasarruf işlemi ayrımını bulanıklaştırmaktan başka bir şey değildir ve kabul edilmemelidir³³.

Başkasına ait bir mala ilişkin olarak yapılan bağışlamanın geçersizliği görüşünü savunan yazarların TBK m. 285, f. 1’in lafzı dışında başvurduğu bir diğer sebep ise aksinin kabulü hâlinde mülkiyet hakkını kaybeden kişi açısından adil olmayan sonuçların doğacak olmasıdır. Zira bağışlananın mülkiyeti kazandığının kabul edildiği ihtimalde, taşınırını başkasına emanet ederek mülkiyet hakkından olan güvenen kişinin bağışlayana karşı ileri sürebileceği bir sebepsiz zenginleşme talebi bulunmamaktadır³⁴. Bunun sebebi, en azından saf bağışlamada, bağışlayanın herhangi bir ivaz almaması, yani zenginleşmemiş olmasıdır. Sebepsiz zenginleşmenin dolaysızlığı ilkesi³⁵ ise bu talebin mülkiyeti kazanan üçüncü kişiye karşı ileri sürülmesini engellemektedir³⁶. Dolayısıyla TMK m.

30 Bu yönde örneğin Andreas Von Tuhr and Hans Peter, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts Band 1* (3rd ed, Schulthess 1979) 493 dn 143; Huguenin (n 29) N. 2875; Nedim Peter Vogt ve Annaig Vogt, Art. 239 OR in Corinne Widmer Lüchinger ve David Oser (eds), *Basler Kommentar zum OR I* (7th ed, Helbing Lichtenhahn 2020) N 42; Ingeborg Schwenzer ve Christiana Fountoulakis, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (8. bası, Stämpfli 2020) N 58.16; Gülşah Vardar Hamamcioğlu, *Bağışlama Sözleşmesi* (Adalet 2016) 38.

31 Bkz. Emmenegger (n 7) 223 vd; Ernst ve Zogg (n 1) Art 933, N 24a. Türk hukukunda görüşün eleştirisi için bkz. Özay (n 1) 1184 vd.

32 Bir kimsenin ileride edineceği malları, bunların belirlenebilir olması ve yapılan tasarrufun bağışlayanın iktisap ve tasarruf ehliyetini aşırı derecede sınırlamadığı müddetçe bağışlamasının geçerli olduğu yönünde bkz. Tandoğan (n 29) 344. Bu açıklamaların bağışlama sözü için geçerli olduğu kadar, elden bağışlama için de geçerli olduğu yönünde bkz. Ernst ve Zogg (n 1) Art 933, N 24a.

33 Emmenegger (n 7) 226.

34 Karş. Emmenegger (n 7) 229-230.

35 M Turgut Öz, *Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme* (Kazancı 1990) 48 (“Dolaysızlık koşulu, sadece sebepsiz zenginleşmenin önce birinin malvarlığında gerçekleşip sonra başkasının malvarlığına aktarılması durumunda iade talebine izin vermez.”)

36 Alman Medenî Kanunu § 816, f. 1, c. 2 § 822 kurallarında, ivazsız kazandırmalar söz konusu olduğunda sebepsiz zenginleşme talebinin mülkiyeti kazanan üçüncü kişiye karşı da ileri sürülebileceği açıkça düzenlenmiştir. Türk-İsviçre Borçlar Kanunlarında ise bu hükümlerin bir benzeri bulunmamaktadır. *Von Tuhr*’un izinden giden bir görüşe göre (bkz Von Tuhr ve Peter (n 30) 514 vd), aynı çözümün hukukumuz açısından da benimsenmesi mümkündür. Bu yönde Rona Serozan, Başak Baysal ve Kerem Cem Sanlı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (On İki Levha 2022) § 25 N 3; Eugen Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (2nd ed, Schulthess 1988) 678; Alfred Koller, *OR AT Band 1* (5th ed, Stämpfli 2023) N 31.74; Heinrich Honsell, *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil* (10th ed, Stämpfli 2017) 224; Schwenzer ve Fountoulakis (n 30) N 58.16; Sieber (n 1) 138. Aksi yönde Öz (n 36) 153 vd; Hermann Becker, *Berner Kommentar zum schweizerisches Zivilgesetzbuch OR 1-183 Allgemeine Bestimmungen* (Stämpfli 1945) Art 62, N 24; Emmenegger (n 7) 231. Alman Medenî Kanunu’nda yer alan hükmün Avrupa hukuku sistemlerine bakıldığında müstesna nitelikte olduğu, bu nedenle genelleştirilmesinin mümkün olmadığı yönünde bkz Christian von Bar ve Eric Clive (eds), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*

988'in bağışlama sözleşmeleri bakımından uygulanabilir olduğu kabul edilirse, mülkiyeti kaybeden güvenenin elinde ne bir istihkak ne bir sebepsiz zenginleşme talebi olduğu söylenebilecektir. Bunun ise hukuken arzu edilen bir sonuç olmadığı ifade edilmektedir³⁷.

Kanımca doğru yaklaşım, bağışlayanın *causa minor* niteliğinin³⁸ TMK m. 988 hükmünün daraltıcı/teleolojik yorumu tâbi tutulmasına destek sağladığının kabul edilmesidir³⁹. Kendisine bir mal bağışlanan kişinin söz gelimi satış sözleşmesinde alıcıyla aynı konumda tutulmaması, bağışlama sözleşmesinin ivazsız niteliğinin doğal bir sonucudur. Bağışlayanın önerisini kabule kadar geri alabilmesine ilişkin TBK m. 293, bağışlayanın ağır kusur haricinde zarardan sorumlu olmadığına ilişkin TBK m. 294 ve bağışlayanın geri alınmasına ilişkin TBK m. 295 ve devamında yer alan hükümler, bağışlama sözleşmesinde bağışlanana, sinallagmatik bir sözleşmedeki alacaklıya kıyasla çok daha zayıf bir koruma bahşedildiğinin somut göstergeleridir⁴⁰. Keza alacağın ivazsız devri hâlini düzenleyen TBK m. 191, f. II hükmünde de alacağı devredenin garanti sorumluluğunu kabul edilmemiştir.

Sadece Borçlar Kanunu'nda değil, hukuk sistemimizin başka yerlerinde de ivazsız kazandırmalara, ivazlı işlemlerle karşılaştırıldığında daha güçsüz bir koruma sağlandığına dair işaretlere rastlamak mümkündür. Örneğin Türk miras hukukunda, karşılıksız kazandırmaların bazı şartlar altında saklı paylı mirasçılara tanınmış önemli bir koruma mekanizması olan tenkis talebine⁴¹ konu olabileceği kabul edilmiştir⁴².

Ölüme bağlı tasarruflar amaç ve zaman sınırlaması olmaksızın tenkise tâbi iken⁴³, ölüme bağlı tasarrufların tenkisinin saklı payların korunması için yeterli olmaması durumunda sağlar arası karşılıksız kazandırmaların tenkisi de belirli şartlar altında mümkün kılınmıştır⁴⁴. Örneğin miras

Volume 5 (Sellier 2009) 4830.

37 Bkz. Vardar Hamamcıoğlu, *Bağışlama* (n 20) 38. Benzer yönde Ernst ve Zogg (n 1) Art 933, N 24a. Kanımca mülkiyet hakkını yitiren kişinin hukuken korumasız kaldığını söylemek tam olarak yerinde değildir. Zira olayların birçoğunda bu kişinin, kendisine bir malını emanet edilen kişiyle arasında bir sözleşmesel ilişki bulunacak, sözleşmenin ihlali dolayısıyla tazminat talebinde bulunulabilecektir. Aynı yönde Barth (n 28) 287-288; Özay (n 1) 1187.

38 Ernst ve Zogg (n 1) Art 933, N 24a.

39 Bu görüşte Honsell (n 37) 223. Benzer yönde Arnold F Rusch, *Rechtsscheinlehre in der Schweiz* (Dike 2010) 243-245.

40 Serozan, Baysal ve Sanlı, *Borçlar Özel* (n 29) N 976; Honsell (n 37) 222-223; Sieber (n 1) 89.

41 Tenkise konu olan kazandırma ifa edilmişse, saklı paylı mirasçılar uyarınca tenkis davası açabileceği gibi (TMK m. 560, f. I), söz konusu kazandırmanın henüz ifa edilmemiş olması hâlinde bunu bir defi yoluyla da her zaman ileri sürebilir (TMK m. 571, f. III). Bkz. Rona Serozan ve Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku* (8. bası, Seçkin 2022) 232; Ahmet Nar, *Türk Miras Hukukunda Tenkis* (On İki Levha 2016) 12-13.

42 Nar (n 41) 143. Karşılıklı kazandırmalar saklı paylı mirasçılardan taleplerine karşı korunaklıyken, karşılıksız kazandırmalar bakımından ise TMK m. 570 hiyerarşik bir yapı kurmuştur.

43 Nar (n 41) 151.

44 Ayrıntılı bilgi için bkz Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi, Cilt I* (2. bası, On İki Levha 2022) TMK m 565, N 1495 vd. Kanun koyucu TMK m. 565'te hangi sağlararası karşılıksız kazandırmaların tenkise tâbi olacağını sınırlı olarak saymıştır. Kazandırmaların sınırlı olarak sayılmış olmasına rağmen kapsamının çok geniş olduğu yönünde bkz. Nar (n 41) 152. Bunların bir grubu mirasçılar lehine yapılan kazandırmalardır (b. 1 ve 2). Bir diğer grubu ise saklı pay kurallarını etkisiz hale getirmek amacıyla yapılan kazandırmalar oluşturmaktadır (b. 4). Konumuz açısından özel önem arz eden son grup ise miras bırakanın yapmış olduğu bazı bağışlamalardan oluşmaktadır (b. 3).

bırakanın serbestçe dönme hakkını saklı tutarak yaptığı bağışlamalar tenkise tâbi hukuki işlemlerdir⁴⁵. Bunun dışında, miras bırakanın ölümünden önceki bir yıl içinde yaptığı (daha doğru bir ifadeyle bir yıl içinde ifası gerçekleşmiş) bağışlamalar da tenkis edilebilmektedir⁴⁶. Bu bağışlamaların tenkise tâbi olması için dönme hakkının saklı tutulması ya da bağışlamanın saklı paylı mirasçılığa ilişkin kuralları bertaraf etme amacını taşıması aranmamaktadır⁴⁷. Bu durumda, bağışlama sözleşmesi ifa edilmiş, örneğin taşınır malın mülkiyeti bağışlananın malvarlığına geçmiş olsa bile söz konusu kazandırma tenkise konu olabilmektedir. Konumuz açısından özellikle altı çizilmesi gereken husus ise, kanun koyucunun tenkis kuralları bağlamında da bağışlananın menfaatlerini istisnasız bir şekilde korunması fikrini kabul etmemiş olduğudur⁴⁸.

Kökenini Roma hukukunda bulan ve İcra İflas Kanunu'nun ('İİK') 277. ve devamı hükümlerinde düzenlenen, alacaklarını tahsil edememiş alacaklıların belirli şartlar altında borçlunun daha önceden yapmış olduğu tasarrufların iptalini sağlaması için önemli bir araç olan iptal davasına (ya da tasarrufun iptali davasına) ilişkin kurallara göz atıldığında da hukuk sistemimizde karşılıksız kazandırmaların adeta bir *üvey evlat* muamelesi gördüğünü söylemek yanlış olmayacaktır⁴⁹. Zira Kanun'un 278. maddesi uyarınca olağan hediyeler hariç olmak üzere, borçlunun belirli bir zaman dilimi içinde yapmış olduğu tüm bağışlamalara ve ivazsız tasarruflara karşı alacaklıların iptal davası açma hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir⁵⁰.

45 Bağışlayanın herhangi bir gerekçe göstermeden ve bir süre sınırı olmaksızın istediği anda, tek taraflı irade beyanıyla bağışlamayı geri alabileceğinin kararlaştırıldığı bir sözleşme varsa, bu durumda söz konusu kazandırmanın başkaca bir koşul aranmaksızın tenkise tâbi olduğu kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Fikret Eren, *Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1973) 87; Nar (n 41) 175; Çabri (n 44) N 1508. Eren'e göre, miras bırakanın serbestçe dönebileceği bağışlamaların tenkise tâbi kabul edilmesinin arkasında iki sebep mevcuttur. Bunlardan ilki, bu tür bağışlamalarda miras bırakanın niyetinin aslında saklı paylı mirasçılığa ilişkin kuralları ihlal etmek yönünde olma ihtimalinin yüksek olmasıdır. Diğeriyse, bu tür bağışlamaların, yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamalara benzer ve bu ikincisinin de ölüme bağlı tasarruflara ilişkin kurallara tâbi tutulmuş olmasıdır. Eren (n 45) 87.

46 Eren (n 45) 89; Çabri (n 44) N 1509. Bu bağışlamaların tenkise tâbi olması için dönme hakkının saklı tutulması ya da bağışlamanın saklı paylı mirasçılığa ilişkin kuralları bertaraf etme amacını taşıması aranmamaktadır. Bkz. Nar (n 41) 179. Bir önceki ihtimalden farklı olarak, burada bağışlanan kişi söz gelimi bağışlamadan dönülmesi ya da muvazaa iddiasının ileri sürülmesi gibi bir riskle aslında karşı karşıya değildir. Bağışlama sözleşmesi ifa edilmiş, örneğin taşınır malın mülkiyeti bağışlananın malvarlığına geçmiş olmasına rağmen bu kazandırmanın tenkise konu edilmesi söz konusudur.

47 Nar (n 41) 179. Bir önceki ihtimalden farklı olarak, burada bağışlanan kişi söz gelimi bağışlamadan dönülmesi ya da muvazaa iddiasının ileri sürülmesi gibi bir riskle aslında karşı karşıya değildir.

48 Kanun koyucu karşılıksız kazandırmanın muhatabının menfaatleriyle saklı payları ihlal edilen mirasçıların menfaatleri arasındaki dengeyi zamansal bir sınırlama getirerek bulmaya çalışmıştır. Türk hukukunda bu süre 1 yıl olarak öngörülmüştür. İsviçre hukukunda ise süre 5 yıldır (ZGB Art. 527).

49 Kanun koyucu, iptal davasına konu olabilecek bazı tasarrufları açıkça saymış (m. 278 ve 279), bunun dışında bir de alacaklılara zarar verme kastıyla yapılan işlemler için genel bir iptal sebebi öngörmüştür (m. 280). Ayrıntılı bilgi için bkz. Güray Erdönmez, *Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali* (On İki Levha 2019) 1 vd.; Timuçin Muşul, *Tasarrufun İptali Davaları* (Adalet 2015) 251 vd.; L Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, *İcra ve İflas Hukuku* (Yetkin 2022) 538 vd.

50 Öngörülen iki yıllık süre hacizden, haczedilecek mal bulunmaması nedeniyle acizden veya iflasın açılmasından başlayarak geriye doğru hesaplanmaktadır. Bkz. Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özkes, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı* (2. bası, Yetkin 2015) 586; Görgün, Börü ve Kodakoğlu (n. 49) 539. Kuşkusuz ivazsız tasarrufun, davacının alacağının doğumundan sonra yapılmış olması gerekir. Bkz. Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı* (2. bası, Yetkin 2018) 486. İlgili düzenlemenin üçüncü fıkrasında bazı ivazlı tasarruflar da bağışlama gibi

Öğretide iptal davasının borçlunun alacaklılardan mal kaçırmak için yaptığı, şüpheli tasarrufların iptal edilebilmesi için öngörülmüş bir mekanizma olduğu sıkça ifade edilmektedir⁵¹. Borçlunun borcunu ödeyemeyeceğinin anlaşılmasından belirli bir süre önce yapılan karşılıksız kazandırmalar için bu yönde bir şüpheyi kuşkusuz doğal karşılamak gerekir. Ancak kanımca ilginç olan, kanun koyucunun bu şüphenin çürütülmesine olanak dahi tanımamış olmasıdır. Zira bağışlanan, kendisinin ve borçlunun alacaklıya zarar verme kastının bulunmadığını ileri sürerek iptale karşı koyma şansına sahip değildir⁵². Diğer bir ifadeyle, kanun koyucu bir kez daha bağışlanan lehine yapılan karşılıksız kazandırmanın tabiri caizse *ikinci sınıf bir kazandırma* olarak gördüğünü bir kere daha ortaya koymuştur. Ne de olsa, Serozan'ın isabetli deyişiyle, “*ele borcu olanın eli açık olmamalıdır*.”⁵³

IV. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA VE HUKUKUN UYUMLAŞTIRILMASI ÇALIŞMALARINDA DURUM

A. AVRUPA HUKUK SİSTEMLERİNE GENEL BİR BAKIŞ

Çalışmanın üst kısmında yapılan açıklamalardan, Roma hukukunda ve Cermen hukukunda hak sahibi olmayan kişiden yapılan kazandırmalara yönelik yaklaşımın taban tabana zıt olduğu anımsanacaktır. Avrupa hukuk sistemlerine baktığımızda, malik olmayan kişiden (*a non domino*) hak kazanımına ilişkin olarak, iki ucunda bahsi geçen bu yaklaşımların bulunduğu geniş bir spektruma sahip, birbirinden önemli ölçüde ayrılan yaklaşımların kabul edildiği görülmektedir⁵⁴. Örneğin Portekiz hukuku Roma hukukundaki malik yanlısı anlayışa yaklaşmakta⁵⁵, buna karşılık İtalyan hukuku, Cermen hukukunun çalınan ve kaybolan eşyalar bakımından dahi bir ayırım yapmaksızın üçüncü kişinin menfaatlerini gözetken yaklaşımını sürdürmektedir⁵⁶. Fransız hukuku, Avusturya hukuku, Alman hukuku ve Türk-İsviçre hukuk sistemlerinde benimsenen anlayış ise bu iki uç yaklaşımın ortasında yer almakta ve eşyanın, malikin elinden rızası dâhilinde çıkıp çıkmamasına bağlı bir ayırma gitmektedir⁵⁷.

Fransız Medenî Kanunu'nda emin sıfatıyla zilyetten iyiniyetle kazanıma ilişkin açık bir kural mevcut değildir. Bununla birlikte, devreden hak sahibi olmasa bile taşınır malın zilyedinden malın zilyetliğini

değerlendirilmiş ve geçersiz sayılmıştır. Ayrıntılı bilgi için Muşul (n 49) 274 vd.

51 Kuru (n 50) 483; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes (n 50) 583; Görgün, Börü ve Kodakoğlu (n 49) 533; Kathrin Kriesi, *Actio Pauliana* (RJL 2020) 137.

52 Kriesi (n 51) 137.

53 Serozan, Baysal ve Sanlı, *Borçlar Özel* (n 29) N 1065.

54 Arthur F Salomons, 'How to Draft New Rules on the Bona Fide Acquisition of Movables for Europe? Some Remarks on Method and Content' in Wolfgang Faber ve Brigitta Lurger (eds) *Rules for the Transfer of Movables* (Sellier 2008) 141, 142.

55 Karner (n 14) vd; Schellerer (n 14) 19; Salomons (n 61) 143. Portekiz hukukunda yer alan düzenlemeye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. José Caramelo-Gomes, 'Good Faith Acquisition – Why At All?' in Wolfgang Faber ve Brigitta Lurger (eds) *Rules for the Transfer of Movables* (Sellier 2008) 156 vd.

56 Karner (n 14) 16 vd; Schellerer (n 14) 22, Salomons (n 61) 14. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Lukas Plancker ve Karl Pfeifer, 'Italien' in Christian von Bar (ed) *Sachenrecht in Europa Band 4* (Universitätsverlag Rasch Osnabrück 2001) 343 vd.

57 Karner (n 14) 19; Schellerer (n 14) 25. Bu konuda şematik bir çalışma için bkz. Salomons (n 61) 142.

iyiniyetle devralan kimsenin kazanımının korunabileceği öğretide ve yargı kararlarında 19. yüzyıldan beri kabul edilmektedir⁵⁸. Bunun kabulün dayanağını ise Fransız Medenî Kanunu'nun aksi ispat edilmedikçe taşınır malın zilyedinin malik sayılacağına ilişkin 2276. maddesinin birinci fıkrası (*“en fait de meubles, la possession vaut titre”*) oluşturmaktadır⁵⁹. Aynı düzenlemenin devamında kaybedilen ya da çalınan mallar açısından açık bir istisnaya yer verilmiş ve bu hallerde malikin 3 yıl içinde malı elinde bulunduran kişiye karşı dava açabileceği hükme bağlanmıştır⁶⁰.

Bu çalışmanın odak noktası olan soru bakımından belki de en net çözümü Avusturya Medenî Kanunu ('AGBG') sunmaktadır. Zira AGBG § 367 uyarınca, iyiniyetli üçüncü kişinin güveninin korunması ve kazandırmanın geçerli olabilmesi için bu kazandırmanın ivaz karşılığında (*“gegen Entgelt”*) yapılmış olması gerektiği açıkça hükme bağlanmıştır⁶¹. Avusturya Medenî Kanunu'nun aksine, Alman Medenî Kanunu'nda ('BGB') iy niyetli üçüncü kişinin kazanımının korunması için söz konusu işlemin karşılıklı olması yönünde bir şart yer almamaktadır (BGB § 932). Ancak Alman hukukunda ivazsız kazanımlarda “kural dışı bir kestirme”⁶² kabul edilmiş ve mülkiyet hakkını yitirmiş eski malike iyiniyetli üçüncü kişiye karşı (müdahaleden ötürü) bir sebepsiz zenginleşme talebi yönlendirebileceği hükme bağlanmıştır (BGB § 816, f. 1 ve § 822)⁶³. Bu şekilde eşya hukuku kurallarıyla değil ancak sebepsiz zenginleşme kurallarıyla bir menfaat dengesi sağlanmıştır⁶⁴.

Türk hukuku bakımından yapılan tüm açıklamalar kaynak İsviçre hukuku bakımından da aynen geçerlidir. Ancak bu noktada İsviçre hukukunda yer alan ve Türk hukukunda karşılığı olmayan görece yeni bir düzenlemeye işaret edilmelidir. Bu düzenleme, 2010 yılında yürürlüğe giren Aracılı Menkul Kıymetlere İlişkin İsviçre Federal Kanunu'nun (*Bucheffektengesetz*) hak sahibi olmayandan yapılan kazandırmalara ilişkin 29. maddesidir. İlgili hükümde aracılık edilen menkul kıymetler ya da bunlara ilişkin hakları iyiniyetle ve ivazlı bir şekilde devralanların kazanımlarının korunacağı açıkça hükme bağlanmıştır⁶⁵. Bu açıdan bakıldığında, yukarıda anılan düzenlemelere ek olarak,

58 Erwin Beysen, 'Frankreich' in Christian von Bar (ed) *Sachenrecht in Europa Band 4* (Universitätsverlag Rasch Osnabrück 2001) 221. Ayrıca bkz. Sauveplanne (n 14) 657; Martine Costa ve Wolfgang Faber, 'Past, Present, and Future of the French "possession vaut titre" – Rule' (2014) 3 (2) *European Property Law Journal*, 158.

59 Schellerer (n 14) 26; Costa ve Faber (n 58) 158. İlgili düzenlemede kazanımın bir ivaz karşılığında gerçekleşmesine yönelik bir şart açıkça yer almamakta, bu konuda öğretide her iki yönde de görüş ileri sürülmektedir. Bkz. Costa ve Faber (n 58) 204 vd.

60 Fransız Medenî Kanunu m. 2280'de ise TBK m. 989'a paralel olarak açık arttırma, pazar ya da benzeri eşya satanlardan malın edinilmiş olması ihtimalinde taşınır davasının ancak ödenen paranın iadesi koşuluyla açılabilmesi hükme bağlanmıştır. Bkz. Beysen (n 58) 222-223.

61 Emmenegger (n 7) 228; Karner (n 14) 29 vd.

62 Serozan, Baysal ve Sanlı, *Borçlar Genel* (n 37) § 25 N 3. Bu yaklaşımın, Alman hukukunda hem taşınır hem de taşınmazlara ilişkin tasarruf işlemleri bakımından sebepten soyutluk yaklaşımının kabul edildiği dikkate alındığında tutarlı olduğu düşünülebilir. Karş. Jens Thomas Füller, 'The German Property Law and Its Principles – Some Lessons for a European Property Law' José Caramelo-Gomes, 'Good Faith Acquisition – Why At All?' in Wolfgang Faber ve Brigitta Lurger (eds) *Rules for the Transfer of Movables* (Sellier 2008) 202. Alman hukukuna hâkim soyutluk ve ayrılık ilkelerine ilişkin olarak bkz. Vardar Hamamcıoğlu *Tasarruf İşlemi* (n 6) 65.

63 Emmenegger (n 7) 228; Karner (n 14) 33; Özay (n 1) 1183.

64 Bu kuralların Alman hukukunda bağışlananın sağlanan “indirgenmiş korumanın” (*Minderprivilegierung des Beschenkten*) somut görünümeleri olduğu yönünde bkz Sieber (n 1) 88.

65 Rusch (n 40) 243; Ernst ve Zogg (n 1) Art 933, N 24a; Sieber (n 1) 127-128.

İsviçre hukukunda emin sıfatıyla zilyetten kazanım kurallarının ivazlı işlemlere hasredilmesi fikrini destekleyen bir başka dayanak daha ortaya çıkmıştır.

B. HUKUKUN UYUMLAŞTIRILMASI ÇALIŞMALARINDA DURUM

Avrupa hukuk sistemlerindeki bu yapısal farklılıklar karşılaştırmalı hukuk araştırması için bir engel teşkil etmese de karşılaştırmalı hukuk araştırmasının ilk aşamasının⁶⁶, yani konuya dair bir ortak paydanın tespit edilmesinin, başarısızlıkla sonuçlanacağını öngörmek güç değildir. Bu nedenle, konuya ilişkin “ortak” çözümün tespiti yerine “en iyi” çözümün bulunmasını amaçlayan bazı hukukun uyumlaştırılması çalışmalarına göz atmanın önemi iyice artmaktadır.

Hukukun uyumlaştırılması çalışmalarına bakıldığında malik olmayan kişiden iyiniyetli kazanım durumuna ilişkin iki mütevazı çabadan bahsetmek gerekir. Bunlardan ilki, özel hukukun birleştirilmesi amacıyla kurulan ve merkezi Roma’da bulunan Unidroit Enstitüsü’nün eski tarihli (1968 ve 1974) bir model kanun girişimidir. Diğeriyse Avrupa özel hukukunun temel ilkelerini ortaya koymak, ilgili kavramlara dair ortak tanımlamalar yapmak ve ileride oluşturulabilecek ortak bir özel hukuk düzenlemesine esas teşkil etmek amacıyla kaleme alınan (ancak nihayetinde bir akademik çalışma olmanın ötesine geçemeyen) ve 2009 yılında yayınlanan Avrupa Özel Hukukunun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları – Ortak Referans Noktalarına İlişkin Taslak’tır (DCFR). Belirtmek gerekir ki bu konudaki uyumlaştırma çalışmalarının sayısının az olması ve genel kabul görmemesinin sebebi konunun teorik ve pratik önem arz etmemesi değil, eşya hukukunun bu uyumlaştırma çabalarından henüz pek nasibini almamış olmasıdır⁶⁷.

1960lı yıllarda uluslararası ticarete yaşanan gelişmelerin desteklenmesi ve malların satımına ilişkin Lahey Yeknesak Kanunu’nun (ULIS) desteklenmesi amacıyla, Unidroit bünyesinde ve Jean Georges Sauveplanne liderliğinde bir araştırma grubu oluşturulmuş ve doğrultuda ilk olarak 1968 yılında ekinde bir model kanun içeren bir taslak uluslararası antlaşma yayınlanmıştır. Daha sonra revize edilen bu model kanun son hâlini 1974 yılında almıştır⁶⁸. Her ne kadar söz konusu uyumlaştırma önerileri günün sonunda kabul edilmemiş olsa da bu önerilerin getirilme amacının konu hakkındaki *en iyi çözümün* bulunması olduğu göz önünde bulundurulduğunda, taslağın yine de dikkate alınmaya değer olduğunu söylemek kanımca mümkündür⁶⁹. Konumuz açısından önem arz eden düzenleme ise ilgili model kanunun henüz ilk maddesinde yer bulan ve sadece bir ivaz karşılığı yapılan devirlerin düzenlenmenin kapsamında olduğunu açıkça belirten hükümdür⁷⁰.

66 Jürgen Basedow, ‘Karşılaştırmalı Hukuk ve Kullanıcıları’ (çeviren Gökçe Kurtulan) (2016) 74(2) İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası 879, 887.

67 Bu ilgi eksikliğinin olası gerekçelerine ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz Karner (n 14) 41 vd.

68 Karner (n 14) 47. Bkz Draft Convention Providing A Uniform Law on the Acquisition in Good Faith of Corporeal Moveables. Tam metin için <<https://www.unidroit.org/english/documents/1975/study45/s-45-58-e.pdf>> accessed 6 July 2024.

69 Aynı yönde Karner (n 14) 48.

70 “The present law shall apply to the acquisition of value, by way of, for example sale, exchange, pledge, of rights in rem over corporeal moveables...”

Çok daha yeni tarihli DCFR'nin konumuz açısından önem arz eden hükmü ise 8. kitabının 3:101. maddesidir. İlgili düzenleme uyarınca da hak sahibi olmayan bir kişiden iyiniyetle mülkiyetin kazanılabilmesi, kazanımın bir ivaz karşılığında yapılması şartına bağlanmıştır⁷¹. Düzenlemenin serhinde, ilgili önerinin Avrupa hukuk sistemlerinde tespit edilen bir ortak payda olmadığının altı çizilmiş ve bu önerinin daha ziyade bir hukuk politikası tercihi sonucu olduğu ifade edilmiştir. Bu doğrultuda iyiniyetle kazanım kuralının sadece ivazlı işlemler bakımından uygulanmasının taraf menfaatlerinin dengelenmesine daha iyi hizmet edeceği ve ticaret hayatının isterlerine gölge düşürmeyeceği belirtilmiştir⁷².

Özetle, Avrupa hukuk sistemlerine bakıldığında konuya ilişkin çözümlerin geniş bir spektruma yayıldığını, bu konuda ortak ya da en azından baskın bir dogmatik yaklaşımın dahi tespit edilemediğini söylemek mümkündür. Bununla birlikte karma çözüm yolunu seçmiş Alman hukuk çevresinde⁷³ yer alan sistemlere bakıldığında ivazsız işlemler bakımından daha düşük bir korumanın kabul edildiğine dair emarelere rastlanabilmektedir. Avusturya hukukunda bu açık bir düzenlemeyle, Alman hukukunda ise sebepsiz zenginleşmede dolaysızlık kuralına getirilen istisna ile yapılmaktadır. İsviçre hukukunda ise 2010 yılında kabul edilen aracılı menkul kıymetlere ilişkin özel bir Kanun'da bu bakış açısı somutlaştırılmıştır. Hukukun uyumlaştırılmasına ilişkin olarak anılan çalışmalarda kabul edilen en iyi çözümün de bu yönde olduğu dikkate alındığında, TMK m. 988'in daraltıcı yoruma tâbi tutulması fikrinin güç kazandığını söylemek kanımca yanlış olmayacaktır.

V. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

İşlemlerin hızlı ve güvenilir bir şekilde ilerleyebilmesi ticaret hayatının bir gereğidir. Bu nedenle kişilerin alışveriş yaparken aldıkları mal üzerindeki hak sahipliğine ilişkin uzunca bir araştırma yapmalarını beklemenin ticaret hayatının doğasına aykırı olacağı konusunda şüphe yoktur⁷⁴. İşlem güvenliği ya da alışveriş güvenliği olarak anılan bu ilke, hak sahibi olmayandan iyiniyetle mülkiyetin kazanılmasına ilişkin TMK m. 988 hükmünün de en önemli nedeni ve desteği olarak görülmüştür⁷⁵. Ancak buradan hareketle kanun koyucunun her ihtimalde işlem güvenliği ilkesini öncelediği ve hak sahibi olmayan kişilerden yapılan kazanımları koruduğu yanlışlığına kapılmamak gerekir. Bilindiği üzere TMK m. 989 uyarınca kaybedilen ve çalınan eşyalar bakımından taşınırı devralan kişi, iyiniyetli olsa bile taşınırın mülkiyetini kazanmayacağı açıkça düzenlenmiştir. Dahası, işlem güvenliğinin doğal olarak en üst seviyede korunması beklenen "açık arttırma, pazar ya da benzeri eşya

71 “(I) Where the person purporting to transfer the ownership (the transferor) has no right or authority to transfer ownership of the goods, the transferee nevertheless acquires and the former owner loses ownership provided that: (...) (c) the transferee acquires the goods for value; (...)”

72 von Bar ve Clive (n 37) 4827-4830.

73 Konrad Zweigert ve Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung* (3rd ed, Mohr Siebeck 1996) 130 vd.

74 Rusch (n 40) 31; Sauveplanne (n 14) 652.

75 Bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 14) 123. Belirtmek gerekir ki ivazlı işlemler bakımından dahi işlem güvenliği ilkesinin yerindeliğini sorgulayan yazarlar olmuştur. Bu yazarlara göre taşınırının zilyetliğini birine emanet eden kişi ve emin sıfatıyla zilyetten taşınırı devralan üçüncü kişinin menfaatleri aslında eş değerdir. Bu nedenle bu menfaat çatışmasında daha eski tarihli olan hakka, yani malikin mülkiyet hakkına öncelik tanınmalıdır. Bu görüşler için bkz Guisan (n 6) 209-210.

satanlardan” alınan eşyalar için dahi tam bir koruma getirilmemiş, ancak bu kişilere karşı açılacak olan taşınır davası ödenen bedelin geri verilmesi koşuluna bağlanmıştır. Hâl böyleyken, alışveriş ya da işlem güvenliği gerekçesinin ortada gerçek bir alışverişin bulunmadığı karşılıksız kazandırmalar için yeterince ikna edici olmadığı ortadadır.

Hukuki görüşüne güven ilkesi de düzenlemeye yadsınamaz bir dayanak sunmaktadır. Ancak bu destek de koşulsuz değildir. Zira TMK m. 989 hükmünde de açıkça düzenlendiği üzere, yaratılmış görünüşe güvenmek, yani taşınırı zilyedinden iyiniyetle, bu kişinin malik olduğuna inanarak devralmak da kazanımın koruması için yeterli kabul edilmemiştir. Ekonomik açıdan bakıldığında, hukuki görünüşe güven ilkesinin kişilerin sözleşmenin karşı tarafına ve konusuna ilişkin ayrıntılı bir araştırma yapma gerekliliğini bir ölçüde ortadan kaldırarak işlem maliyetlerinin azalmasına ve kaynakların daha etkin dağıtılmasına katkı sağladığını söylemek mümkündür⁷⁶. Bununla birlikte gereğinden fazla ya da körü körüne güvenin korunmaya layık olmadığı su götürmez bir gerçektir, zira bir risk kim tarafından daha maliyetsiz bir şekilde bertaraf edilebiliyorsa, riskin ona ait olduğu kabul edilmelidir. Hukuki görünüşe güvenin korunması için aranan bir diğer önemli şart ise, bu güvene dayanılarak hareket edilmiş olmasıdır⁷⁷. Lehine karşılıksız bir kazandırma yapılan kişi içinse bu şartın yerine geldiğini söylemek, dolayısıyla korunmayı hak eden bir güvenden bahsetmek de kanımca mümkün değildir⁷⁸.

Kuralın tarihsel gelişiminin de ortaya koyduğu üzere burada birbiriyle çatışan ve birbirini dışlayan iki menfaat söz konusudur. Bu menfaat çatışmasında kimden tarafta durulacağına ya da menfaatlerin nasıl dengeleneceğine ilişkin olarak verilecek karar kuşkusuz bir hukuk politikası tercihidir⁷⁹. Bu tercih yapılırken, karşılıksız kazandırmaların ticaret hayatına yabancı olduğu ve hukuk sistemimizin bütününe bakıldığında karşılıksız kazandırmalara birçok açıdan indirgenmiş bir korumanın söz konusu olduğu unutulmamalıdır. Hatta öyle ki, hukuki görünüşe güven ilkesinin temelinde yatan, zilyetliğin mülkiyet hakkının aleniyetini sağlama işlevini gerçekleştirdiği fikrinin dahi finansal kiralama, *lease-back*, mülkiyeti saklı tutma gibi sözleşmelerin sıkça akdedildiği günümüzde ne kadar geçerli olduğunun sorgulanmaya müsait olduğu gözden kaçırılmamalıdır⁸⁰. Kaldı ki, malı emin sıfatıyla zilyedinden iyiniyetle ancak ivazsız bir şekilde devralan kişi lehine hiçbir hukuki korumanın mevcut olmadığını söylemek de isabetli olmaz. Zira TMK m. 988 kuralının ivazlı kazanımlara hasredilmesi yönünde yapılacak bir yorum, sadece iyiniyetli bağışlananın mülkiyeti anında kazanmasının önünde bir engel teşkil eder; yoksa bu kişinin TMK m. 777 uyarınca söz konusu taşınırın mülkiyetini kazandırıcı zamanaşımı yoluyla kazanmasını ya da bağışlama sözleşmesine aykırılıktan dolayı bağışlayana karşı tazminat talebinde bulunmasının önüne geçmez.

76 Rusch (n 40) 32.

77 Rusch (n 40) 65, 244.

78 Rusch (n 40) 70, 244; Sieber (n 1) 127. Karş. Barth (n 28) 287; Özay (n 1) 1186.

79 Aynı yönde Salomons (n 61) 148.

80 Gökçe Kurtulan Güner, *Trust ve Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi* (On İki Levha 2020) 485.

Bu mülahazalar ışığında, TMK m. 988 hükmünün daraltıcı bir yoruma tâbi tutulması ve düzenlemenin sadece ivazlı kazanımlar bakımından uygulanabilir olduğunun kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyim.

KAYNAKÇA

- Barth F, 'Gültigkeit bzw. Wirksamkeit der Handschenkung einer anvertrauten Sache' (2021) Basler Juristische Mitteilungen 275-294.
- Basedow J, 'Karşılaştırmalı Hukuk ve Kullanıcıları' (çeviren Gökçe Kurtulan) (2016) 74(2) İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası 879-917.
- Becker H, *Berner Kommentar zum schweizerisches Zivilgesetzbuch OR 1-183 Allgemeine Bestimmungen* (Stämpfli 1945).
- Beysen E, 'Frankreich' in Christian von Bar (ed) *Sachenrecht in Europa Band 4* (Universitätsverlag Rasch Osnabrück 2001).
- Bucher E, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (2nd ed, Schulthess 1988).
- Çabri S, *Miras Hukuku Şerhi, Cilt I* (2. bası, On İki Levha 2022).
- Caramelo-Gomes J, 'Good Faith Acquisition – Why At All?' in Wolfgang Faber ve Brigitta Lurger (eds) *Rules for the Transfer of Movables* (Sellier 2008).
- Costa M ve Faber W, 'Past, Present, and Future of the French "possession vaut titre" – Rule' (2014) 3 (2) European Property Law Journal 147-210.
- Emmenegger S, 'Schenkung und Gutglaubenschutz' in Pascal Pichonnaz, Nedim Peter Vogt and Stephan Wolf (eds), *Spuren des römischen Rechts – Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag* (Stämpfli 2007).
- Erdönmez G, *Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali* (On İki Levha 2019).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (28. bası, Legem 2023).
- Eren F, *Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1973).
- Ernst W and Zogg S, 'Art. 824-836 ZGB' in Thomas Geiser ve Stephan Wolf (eds), *Basler Kommentar zum BGB II* (7th edn, Helbing Lichtenhahn 2023).
- Füller JT, 'The German Property Law and Its Principles – Some Lessons for a European Property Law' José Caramelo-Gomes, 'Good Faith Acquisition – Why At All?' in Wolfgang Faber ve Brigitta Lurger (eds) *Rules for the Transfer of Movables* (Sellier 2008).
- Glendon MA, 'Reflection on the Comparative Study of Law in the 21st Century' in Katharina Boele-Woelki ve Diego P. Fernandez Arroyo (eds), *The Past, Present and Future of Comparative Law* (Springer 2018).
- Görgün IŞ, Börü L ve Kodakoğlu M, *İcra ve İflas Hukuku* (Yetkin 2022).
- Guisan F, *La Protection de l'Acquéreur de Bonne Foi en Matire Mobilière* (Editions René Thonney-Dupraz 1970).
- Gümüş MA, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı* (7. baskı, Filiz 2023).
- Honsell H, *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil* (10th ed, Stämpfli 2017).
- Huguenin C, *Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil* (3rd ed, Schulthess 2019).
- Hurst-Wechsler M, *Herkunft und Bedeutung des Eigentumserwerbs kraft guten Glaubens nach Art. 933 ZGB* (Schulthess 2000).
- Işıktaç Y ve Metin S, *Hukuk Metodolojisi* (4. Bası, Filiz 2013).
- Karayalçın Y ve Yongalık A, *Hukukda Öğretim – Kaynaklar – Metod* (8. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2020).

- Karner E, *Gutgläubiger Mobiliarerwerb – Zum Spannungsverhältnis von Bestandschutz und Verkehrsinteressen* (Springer 2006).
- Koller A, *OR AT Band 1* (5th ed, Stämpfli 2023).
- Kramer EA, *Juristische Methodenlehre* (6th ed, Beck 2019).
- Kriesi K, *Actio Pauliana* (RJL 2020).
- Kurtulan Güner G, *Trust ve Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi* (On İki Levha 2020).
- Kuru B, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı* (2. bası, Yetkin 2018).
- Kuru G, 'Thibaut ve Savigny'de Resepsiyon ve Kodifikasyon Hareketleri' (2017) MÜHFHAD 22(1) 201-228.
- Muşul T, *Tasarrufun İptali Davaları* (Adalet 2015).
- Nar A, *Türk Miras Hukukunda Tenkis* (On İki Levha 2016).
- Nomer HN ve Akbulut PE, *Medeni Hukuka Giriş Bölüm I* (7. Bası, Filiz 2022).
- Nomer HN ve Ergüne MS, *Eşya Hukuku* (10. Bası, On İki Levha 2023).
- Oğuzman MK, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, *Eşya Hukuku* (23. Bası, Filiz 2020).
- Öz MT, *Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme* (Kazancı 1990).
- Özay OL, 'Emin Sıfatıyla Zilyedin Taşınırı Bağışlamasının Hükmü' (2022) 12(2) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1177-1192.
- Pekcanitez H, Atalay O, Sungurtekin Özkan M ve Özkes M, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı* (2. bası, Yetkin 2015).
- Plancker L ve Pfeifer K, 'Italien' in Christian von Bar (ed) *Sachenrecht in Europa Band 4* (Universitätsverlag Rasch Osnabrück 2001).
- Rusch AF, *Rechtsscheinlehre in der Schweiz* (Dike 2010).
- Salomons AF, 'How to Draft New Rules on the Bona Fide Acquisition of Movables for Europe? Some Remarks on Method and Content' in Wolfgang Faber ve Brigitta Lurger (eds) *Rules for the Transfer of Movables* (Sellier 2008).
- Sauveplanne JG, 'The Protection of the Bona Fide Purchaser of Corporeal Movables in Comparative Law' (1965) 29 (4) The Rabel Journal of Comparative and International Private Law 651-693.
- Schellerer J, *Gutgläubiger Erwerb und Ersitzung von Kunstgegenständen* (Mohr Siebeck 2016).
- Schwenzer I ve Fountoulakis C, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (8. bası, Stämpfli 2020).
- Serozan R ve Engin Bİ, *Miras Hukuku* (8. bası, Seçkin 2022).
- Serozan R, Baysal B ve Sanlı KC, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (On İki Levha 2022).
- Serozan R, Baysal B ve Sanlı KC, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm* (3. bası, On İki Levha 2018).
- Serozan R, *Serozan Hukukta Yöntem – Mantık* (yayına hazırlayan Yeşim M. Atamer) (On İki Levha 2024).
- Sieber L, *Der bereicherungsrechtliche Ausgleich bei Leistungsketten* (Stämpfli 2015).
- Sirmen AL, *Eşya Hukuku* (11. Baskı, Legem 2023).
- Stark EW ve Lindemann B, *Berner Kommentar zum Art. 919-941ZGB Der Besitz* (Stämpfli 2016).
- Tandoğan H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1* (6. bası, Vedat 2008).
- Vardar Hamamcıoğlu G, *Bağışlama Sözleşmesi* (Adalet 2016).
- Vardar Hamamcıoğlu G, *Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı* (On İki Levha 2014).
- Vogt NP ve Vogt A, 'Art. 239 OR' in Corinne Widmer Lüchinger ve David Oser (eds), *Basler Kommentar zum OR I* (7th ed, Helbing Lichtenhahn 2020).
- von Bar C ve Clive E (eds), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) Volume 5* (Sellier 2009).

von Tuhr A ve Peter P, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts Band 1* (3rd ed, Schulthess 1979).
Yakuppur S, *Tapu Kütüğüne Güven İlkesi* (On İki Levha 2016).
Zevkliler A ve Gökyayla KE, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (22. bası, Vedat 2024).
Zweigert K ve Kötz H, *Einführung in die Rechtsvergleichung* (3rd ed, Mohr Siebeck 1996).

Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Teorileri ve Bunların Sorumluluğa Etkisi

Unlawfulness Theories in Tort and Their Effect on Liability

Fırat KORKMAZ* 

ÖZ

Hukuka aykırılık haksız fiil sorumluluğunu derinden etkileyen, ona ismini veren teknik ve teorik yapıyı haiz bir unsurdur. Hukuka aykırılık kusur ve illiyet bağı unsurları birbirleri ile karışmaya müsait karakterdedirler. Hukuka aykırılık unsuruyla ilgili farklı teoriler bu unsurların birbirlerinden iyice ayrılmasına veya birbirlerine karışmasına alt yapı oluşturmaktadır. Yine hukuka aykırılıkla ilgili teoriler kusur ve sebebiyet sorumluluklarında farklı sonuçlar doğurmakta hatta sorumluluğu bu sorumluluk çeşitlerine doğru yaklaştırabilmektedir. Ayrıca mutlak hakların ve özellikle salt malvarlığı haklarının korunması ihtiyaçlarının giderilmesinde hukuka aykırılık kilit rol oynamaktadır. Makalede hukuka aykırılık unsuruyla ilgili teorilerin mahiyetleri, haksız fiilin unsurları ile ilişkileri ve sorumluluğa nasıl ve ne yönde etki ettikleri ortaya konulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Haksız fiil sorumluluğu, Hukuka aykırılık unsuru, Hukuka aykırılık teorileri, Tazmin, Sorumluluk ilkeleri.

ABSTRACT

Unlawfulness, is an element with a technical and theoretical structure that deeply influences tort law and gives its name. Unlawfulness, fault, and causation are prone to being confused with one another. Different theories of unlawfulness form the basis for distinguishing these elements or for their confusion with one another. Moreover, different theories about unlawfulness have different results on strict and fault liability and may even bring these forms of liability closer. In addition, unlawfulness plays a key role in protecting absolute rights and particularly pure economic rights from damage. This article, examines the nature of the theories of unlawfulness, their relationship with other elements of tort and how they affect liability.

Keywords: Tort law, Unlawfulness element, Theories of unlawfulness, Compensation, Liability principles.

* Dr. Öğr. Üyesi, KTO Karatay Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, firat.korkmaz@karatay.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5834-9393.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Fırat KORKMAZ

E-posta/E-mail: firat.korkmaz@karatay.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 16.08.2024

Kabul Tarihi/Accepted: 26.11.2024

GİRİŞ

Haksız fiil sorumluluğu borçlar hukukunun en temel konularından birisidir. Zaten Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) sistematğine göre haksız fiiller borçlar hukukunun en temel konusu olan borcu doğuran üç farklı kaynaktan birisi olarak kabul edilmektedir. Diğer iki kaynak ise sözleşmeler ve sebepsiz zenginleşmedir. Haksız fiil sorumluluğu konusuna doktrin ve uygulamada da büyük önem verilmektedir. Pratik açıdan da bakıldığında gerçekten insanlık, hayatın hemen hiçbir merhalesinde haksız fiilden boş kalmamaktadır. Farklı mekan ve zamanlarda insanlık tarihi boyunca haksız fiilden doğan zararın giderilmesi problemi hukukta büyük bir ihtiyaç olup, bütün hukuk düzenlerinde buna yönelik çalışmaların varlığı görülmektedir.

Haksız fiil kavramı, hayatın içinden kopan insanlık ve hukuk alemlerindeki bu büyük önemiyle birlikte, incelenmesi gerçekten zorlu bir konudur. Zira bunun için haksız fiilin unsurlarının teorik alt yapısının oturaklı bir şekilde inşa edilmesi gerekmektedir. Haksız fiil sorumluluğu bu teorik yönüne rağmen esasında sadece beş unsurdan oluşan bir kavramdır. Bunlar davranış, zarar, illiyet bağı, hukuka aykırılık ve kusurdur¹. Bu beş unsurun oluştuğu bir somut olayda haksız fiilin de oluştuğuna hükmedilir. İşin zorlu kısmı ise bu unsurların soyut ve teorik yapısıdır ve bu özellikle illiyet bağı, hukuka aykırılık ve kusura ilişkindir. Bu unsurlara dair teorik görüşlerin en vurucu noktası bu unsurların oluşup oluşmadığını tespiti yaramasıdır. Ayrıca bu unsurların birbirlerine etkileri ve birbirleriyle uyumudur. Makalemizin konusu ise hukuka aykırılık unsuruna yöneliktir. İşte haksız fiil sorumluluğundaki hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği böylece haksız fiil sorumluluğunun² gerçekleşip gerçekleşmediği; hukuka aykırılığın haksız fiilin diğer unsurlarına olan etkisi hususları, hukuka aykırılığa ilişkin teorilere göre şekillenecektir. Bu itibarla haksız fiil

- 1 Kenan Tunçomağ, *Borçlar Hukuku C. I Genel Hükümler*, (İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları 1972) 270 vd; Şahin Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi* (Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Sayram 2019) 136; Cevdet Yavuz, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre Kusursuz Sorumluluk Halleri ve İlkeleri", (2008) 14(4) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 29, 31; Doğan Şenyüz, *Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler* (7. Baskı, Ekin 2013) 84; Alfred Keller, *Haftpflicht Im Privatrecht* (sechste vollständing überarbeitete und ergänzte Auflage, Stämpfli verlag 2002) 132; Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Yirmidördüncü Bası, Beta 2013) 163; Gökçe Kurtulan, "Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru" (2017) 23(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 465, 466; Hanspeter Strickler, *Die Entwicklung der Gefährdungshaftung: Auf dem Weg zur Generalklausel?* (Verlag Paul Haupt Bern und Stuttgart 1983) 12; Wolfgang Fikentscher, *Schuldrecht* (Achte Auflage, Walter de Gruyter Berlin New York 1992) 280; Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medenî Hukuk* (22. Baskı, Vedat Kitapçılık 2016) 176; Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Medenî Hukuka Giriş* (Güncelleştirilmiş 10. Baskı, Mimoza 2014) 133 – 134.
- 2 Makalede haksız fiil sorumluluğu kavramı kusur ve kusursuz sorumluluklarını kapsar şekilde geniş anlamıyla kullanılmaktadır. Kanundaki sistematik de bu şekildedir. Kanun sistematğinde de "Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri" üst başlığı altında "Sorumluluk" ve onun altında "Kusursuz sorumluluk" alt başlıkları vardır. Zaten kusursuz sorumluluklar da haksız fiil mahiyetindedirler ve kusursuz sorumluluğu haksız fiil kavramından ayırmak kanaatimize gerekli olmayıp kavram kargaşasına sebep olur. Kusursuz sorumluluğun, haksız fiil kavramının bir alt başlığı olduğu görüşüne katılıyor olsak da buna şu yönden bir eleştirimiz de vardır. Kusursuz sorumluluklarda davranış yani fiil sorumluluğun bir unsuru değildir. Kusursuz sorumluluklarda ortada aslında bir haksız fiil olmayabilir zira davranış olmadan da kusursuz sorumluluk gerçekleşebilir. Bu itibarla haksız fiil ibaresi kusursuz sorumlulukları kapsayıcı ve onu tam ifade edebilen bir kullanım da değildir. Bütün bu sebeplerle hem kusur hem kusursuz sorumluluk için sorumluluk literatüründe kuvvetli şekilde yerleşmiş bulunan "Haksız Fiil Sorumluluğu" ibaresinin değil "Haksız Zarar Sorumluluğu" ibaresinin daha doğru bir kullanım olacağı kanaatindeyiz. Bu kullanım söz konusu kavram karmaşasını çözebilecek bir öneridir. Gerçekten kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluğu "Haksız Zarar Sorumluluğu" başlığı altında toplamakta bir mahzur bulunmamaktadır.

sorumluluğu daralacak veya genişleyecektir. Haksız fiil sorumluluğunun daralıp genişlemesi hususu belki haksız fiil konusunun en önemli noktasıdır. Zira buna göre ya haksız fiil sorumluluğu hiç olmayacak ya da doğsa bile sorumluluğun miktarı değişecektir. Nitekim haksız fiil sorumluluğunun en temel iki prensibi olan kusur ve sebebiyet sorumlulukları da sorumluluğun genişleyip daralmasına doğrudan olan etkileri sebebiyledir ki sorumluluk hukukunun en temel iki kutbudurlar³.

Hukuka aykırılık haksız fiil sorumluluğunun zorunlu bir unsuru olmakla beraber⁴ sorumluluk hukukunun amaçlarına da hizmet eder. Sorumluluk hukukunun iki temel amacı vardır. Bunlar zararın hiç ortaya çıkmaması ve çıkan zararın adaletli şekilde tazmin edilmesidir⁵. Makalede daha çok sorumluluk hukukunun ikinci amacı olan ortaya çıkan zararın adaletli şekilde tazmin edilmesinde hukuka aykırılık unsurunun ve buna ilişkin kabul edilen teorilerin etkileri ortaya konulacaktır⁶.

I. SORUMLULUK HUKUKUNDA HUKUKA AYKIRILIK KAVRAMI VE HAKSIZ FİİLİN DİĞER UNSURLARIYLA BAĞLANTISI

Hukuka aykırılık zararın tazmin edilip edilmeyeceği konusunda failin sorumluluğunu daraltan veya genişleten kavramlardan birisidir. Sorumluluğu daraltıp genişleten diğer unsurlar ise illiyet

- 3 Sorumluluk sözleşmeden, sebensiz zenginleşmeden veya haksız fiilden doğabilir. Sorumluluk hukuku deyince geniş anlamda bunların hepsi anlaşılabilir. Makalede ise bu kullanımla haksız fiil sorumluluğu kast edilmektedir. Sorumluluk hukukundaki en büyük gerilim şahıs ve malvarlıklarını korumakla, hareket özgürlüğünü korumak arasındaki tercih hususundadır. Bakınız (bkz) Maximilian Fuchs, Werner Pauker ve Alex Baumgärtner, *Delikts und Schadensersatzrecht* (9. Auflage, Springer 2016) 4; Sorumluluk hukukunun bir kutbu olan kusur sorumluluğu hareket özgürlüğünü korumaya yönelmişken, diğer kutup olan sebebiyet sorumluluğu ise şahıs ve malvarlıklarını korumaya yönelmiştir. İşte hareket özgürlüğünü koruyan her yönelim failin sorumluluğunu daraltır ve ona hareket özgürlüğü tanırken şahıs ve malvarlıklarını korumaya her yönelim failin sorumluluğunu genişletip mağdurun uğradığı haksız zarardan onu korumaktadır. Böylece kusur ilkesi sorumluluğu daraltan ve faili koruyan yönelimleri; sebebiyet ilkesi ise failin tazmin sorumluluğunu genişleten ve mağduru koruyan yönelimleri içerirler.
- 4 Bu husus tehlike sorumluluğu bakımından tartışmalıdır. bkz dn. 7.
- 5 Karl Larenz and Wilhelm Canaris, *Lehrbuch Des Schuldrechts Zweiter Band Besonderer Teil 2. Halbband*, (Dreizehnte, vollig neuverfaßte Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1994) 354; Erwin Deutsch, *Allgemeines Haftungsrecht* (2. Auflage, Carl Heymanns Verlag 1996) 14; Helmut Koziol, "Objektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabes im Schadensersatzrecht?", (1996) 196(6) *Archiv für die civilistische Praxis* 593, 600; Gert Brüggemeier, *Haftungsrecht Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, Ein Beitrag zur Europäisierung des Privatrechts* (Springer 2006) 9; Heinrich Honsell, Bernhard Isenring and Martin A. Kessler, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 5. Neu bearbeitete und ergänzte Auflage, Schulthess 2013) 18; Roberto Vito, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (Schulthess Juriste Medien AG 2002) 9; Hans Prütting, Gerhard Wegen and Gerd Weinreich, *BGB Kommentar* (10. auflage, Luchterhand 2015) 1770; Doktrinde haksız fiil hukukunun amaçları konusunda bazı tartışmalar da vardır. Başka bir ayrıma göre haksız fiil hukukunun üç amacı bulunmaktadır. Bunlar zararın telafisi, ihlal edilen hakkın devam ettirilmesi ve zararı önlemedir. Bununla ilgili bkz Günhan Gönül Koşar, "Haksız Fiil Hukukunun Amacı" (2020) 69(3) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1437, 1439 vd.
- 6 Haksız fiil hukukunun birinci amacı olan zararı önleme ile hukuka aykırılığa ilişkin teorilerin şöyle bir bağlantısı kurulabilir. Bir zararın neticesinde hukuka aykırılık ne kadar kolay olursa sorumluluk da o kadar kolay gerçekleşir. Bu sebeple fail sorumlu olmamak, zarar ve hukuka aykırılığı oluşturmamak için hem giriştiği işi seçerken hem de faaliyeti sırasında gösterdiği dikkat ve tedbiri daha üst seviyede tutacaktır. Yani kişiler hukuka aykırılık ve sorumluluk kolay ortaya çıktığı için daha dikkatli olacaktırlar. Böylece sorumluluğu genişleten, hukuka aykırılığın kolay oluştuğu hukuka aykırılık teorileri, haksız fiilin birinci amacı olan zararın ortaya çıkmamasına daha çok hizmet ederler. Böylece makalede hukuka aykırılığın kolay ortaya çıktığı her teori, sorumluluk hukukunun birinci amacı olan zararı önleme amacını daha kuvvetli temin ederken hukuka aykırılığın daha zor ortaya çıktığı teoriler bu amacı daha zayıf temin edecektir. Bununla ilgili tekrar eden bir değerlendirmeye ihtiyaç yoktur.

bağı ve kusurdur. Hukuka aykırılığın bu işlevi kusur sorumluluğunda mutlak iken kusursuz sorumlulukların bir kısmında tartışmalı olabilmektedir⁷. Böylece sorumluluğu kurup kurmamaya doğrudan etkisi vardır. Hukuka aykırılığın haksız fiilin diğer unsurlarına da doğrudan ya da dolaylı etkisi ve bunlarla yapısal bir uyumu vardır. İşte hukuka aykırılığın ne olduğu hususunda uygulama ve doktrindeki görüşler hem hukuka aykırılık kavramını hem de haksız fiilin diğer unsurlarını etkileyerek sorumluluğa adeta yeni bir renk vermektedir. Bu itibarla hukuka aykırılık unsurunun ne olduğu ve bunun hakkındaki görüşlerin etraflıca araştırılarak sorumluluk hukukundaki etkisi ortaya konulmalıdır.

A. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Türk Borçlar Kanununda haksız fiil sorumluluğu ile ilgili genel düzenlemede hukuka aykırılıktan bahsedilmektedir. TBK m. 49'a göre: *"Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür."* Kanunda hukuka aykırılık kavramına yer verilmekte olsa da hukuka aykırılığın tanımına ve açıklamasına ve hangi fiillerin hukuka aykırılık oluşturacağıyla ilgili bir kıstasa yer verilmemektedir. Bu husus doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır⁸. Böylece hukuka aykırılığın ne olduğu ve tanımı hakkında farklı görüşler ortaya çıkmıştır. İşte bu görüşler hukuka aykırılıkla ilgili teorileri oluşturmaktadır.

Hukuka aykırılığın ne olduğu ile ilgili doktrindeki farklı görüşler üç temel teori altında toplanabilir. Bunlar objektif hukuka aykırılık teorisi, subjektif hukuka aykırılık teorisi ve üçüncü hukuka aykırılık teorisidir⁹. Objektif hukuka aykırılık teorisine göre hukuka aykırılık kişilerin malvarlıklarını ve şahısvarlıklarını koruyan davranış normlarının ihlâlidir. Subjektif hukuka aykırılık teorisine göre hukuka aykırılık ise ortaya çıkan zarar bakımından kanunda bir hukuka uygunluk nedeni bulunmamasıdır¹⁰. Üçüncü hukuka aykırılık teorisine göre ise zarara sebep olan davranışın özen yükümlülüğüne, genel davranış yükümlülüğüne veya koruma yükümlülüğüne aykırı olmasıdır¹¹.

7 Tehlike sorumluluğunda hukuka aykırılık unsurunun aranıp aranmadığı tartışmalıdır. Tehlike sorumluluğunun düzenlendiği TBK m. 71'de hukuka aykırılıktan bahsedilmemiştir. Aslında diğer kusursuz sorumluluk hallerine dair düzenlemelere bakılırsa hukuka aykırılıktan bahsedilmediği görülebilir. Fakat hukuka aykırılık sorumluluğun genel bir unsurdur ve bu kusursuz sorumluluklar için de geçerlidir. Bununla beraber hukuka aykırılığın, kusursuz sorumluluğun kurucu unsuru olması mutlak değildir. Tehlike sorumluluğunda hukuka aykırılığın aranmamasına dair görüşler tehlike sorumluluğunun çok sert bir sebebiyet sorumluluğu olması olgusuna dayanırlar. Ayrıca hukuka aykırılığın davranışta aranması durumunda, davranış unsurunun aranmadığı kusursuz sorumluluklarda hukuka aykırılıktan bahsetmek de mümkün olmaz. Tehlike sorumluluğu ise sorumluluğu kurma tekniği bakımından davranış kavramından son derece uzaklaşmış bir metot izlemektedir. bkz Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (25. Baskı, Yetkin 2020) 672-673; Haluk Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku* (Turhan 1981) 6; Akıncı (n 1) 168 vd.

8 Haluk Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku* (Vedat kitapçılık 2010) 17; Eren (n 7) 661-662; Pınar Çağlayan Aksoy, *Hukuka Aykırılık ve Ahlakla Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini* (On iki levha 2016) 225; Gönül Koşar, *Haksız Fiilin Amacı* (n 5) 1438.

9 Eren (n 7) 659; Tandoğan, *Mesuliyet* (n 8) 17; Karl Otfinger and Emil W Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band Allgemeiner Teil* (5. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag) 170-171; Vito (n 5) 14vd.

10 Roland Brehm, *Berner Kommentar Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht Die Entstehung durch Unerlaubte Handlungen*, Art. 41-61 OR (4. Überarbeitete Auflage, Stämpfli Verlag 2013) 32; Michel Verde, *Die Widerrechtlichkeit im Haftpflichtrecht Gedanken zu dieser Haftungsvoraussetzung und den dazu entwickelten Lehren* (Jusletter 18 April 2016) 5-6. Michael Cartier, *Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR*, (digiprint Eschen 2007) 6.

11 Kurtulan (n 1) 477-478; Cartier (n 10) 87,91; Honsell, Isenring and Kessler (n 5) 80-81; Beat Schonenberger, *Die dritte*

Haksız fiil sorumluluğunda hukuka aykırılığın oynadığı en önemli rollere bakılacak olursa bunların altı tane olduğu kanaatindeyiz. Birincisi kusur kavramının temelini hukuka aykırılığa dayanmasıdır¹². Bu durum kusurun oluşabilmesine doğrudan bir etki oluşturup özellikle kusur sorumluluğunda büyük önem arz eder. İkincisi hukuka aykırılığın mutlak haklarda veya salt malvarlığı haklarında söz konusu olabilmesidir¹³. Bu durum tazmin ilişkisinin doğacağı sahaya ve sorumluluğun genişliğine doğrudan etki eder. Hukuka aykırılık konusunda incelenen temel koruma normu ihlâli veya özel koruma normu ihlâli gibi kavramlar bunun bir sonucudur. Üçüncüsü hukuka aykırılığın davranış unsuru veya zarar unsuru üzerinde olabilmesidir¹⁴. Bu durum ise hukuka aykırılığın aranacağı yeri tespit için önemlidir. Ayrıca sonuçta yani zarar unsurunda aranan hukuka aykırılıklarda sorumluluğun genişlemesi ve kusursuz sorumlulukla uyum arz etmesi gündeme gelir. Dördüncüsü hukuka aykırılığın haksız fiilin diğer unsurları üzerinde oluşturacağı etkidir. Bu etki daha çok teorik bir önem arz edip haksız fiilin unsurlarının birbirlerinden ayrıştırılmasında önem arz eder. Beşincisi hukuka aykırılığın normun koruma amacı yönünden değerlendirilmesidir. Bu ise sorumluluğu illiyet bağı haricinde sınırlamakta kullanılan bir yöntem içermektedir. Altıncısı hangi norm ihlallerinin veya norm ihlalleri haricinde tehlike ortaya çıkarmak, koruma yükümlülüklerine aykırı davranmak gibi hangi durumların hukuka aykırı sayılabileceğidir. İşte her bir hukuka aykırılık teorisi hukuka aykırılığın bu gibi rollerini kendi bünyesine göre şekillendirmekte ve bu hukuka aykırılık içerisinde bu konular temelinde inceleme yapılmaktadır. Makalede hukuka aykırılığa ilişkin farklı teorilerin bu hususlarla bağlantılarına da değinilecektir.

Haksız fiildeki hukuka aykırılık unsuru esasında haksızlık demektir. Zarara sebep olan davranışın veya zararın haksız olmasına hukuka aykırılık denilmektedir¹⁵. Böylece hukuka aykırılık esasında haksız fiil sorumluluğu kavramına ismini de vermektedir. Haksız olmayan bir fiil veya zarar hukuka aykırı olmaz böylece bundan sorumluluk da kural olarak doğmaz. Bunun en bilinen istisnâsı ise fedakârlığın denkleştirilmesidir. Hukuka uygun bir şekilde zarar gören hakkaniyet gerektiriyorsa fedakârlığın denkleştirilmesine dayanarak tazmin talebinde bulunabilir¹⁶.

Hukuka aykırılık, haksız fiilin temel ve en teknik unsurlarından biridir. Hukuka aykırılık hem kusur hem sebebiyet sorumluluğunda kurucu unsurdur¹⁷. Kusur ise sadece kusur sorumluluğunda kurucu

Widerrechtlichkeitstheorie (Have/Reas, 2004) 9 vd. Vito (n 5) 16.

12 Javier Wilenmann, *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff Die Dogmatik Des Defensivnotstands im Strafrecht* (Mohr Siebeck 2014) 239; Andrej Pletter, *Verschulden als Grundlage der Haftung Ein historischer Vergleich*, (Grin 2005) 2; Fırat Korkmaz, *Türk Borçlar Hukukunda Kusur ilkesinin Haksız Fiiller Açısından Değerlendirilmesi* (Yetkin 2021) 229-230.

13 Eren (n 7) 673 vd; Cartier (n 10) 88.

14 Eren (n 7) 672 vd; Çağlayan Aksoy (n 8) 162-163.

15 Hukuka aykırılığın davranış veya fiilde ortaya çıkması dikkat çekicidir. Hangi hukuka aykırılık teorisi kabul edilirse edilsin, hukuka aykırılık ya davranışın unsurunun veya zarar unsurunun üzerinde ortaya çıkmaktadır.

16 Eren (n 7) 575; Larenz and Canaris (n 5) 669; Deutsch (n 5) 11, 413.

17 Kanunda açıkça belirtilmesi haricinde hukuka aykırılığın sebebiyet sorumluluklarında unsur olması tartışmalıdır. Bu husustan 6. dn. de bahsedilmişti. Biz genel yaklaşım olarak kusursuz sorumluluğu ve hukuka aykırılığı sonuçta arayan teorileri benimsediğimiz için sorumluluktan bir de hukuka aykırılığın kaldırılarak sorumluluğun aşırı derecede genişlemesini doğru bulmamaktayız. Bu itibarla hukuka aykırılığın kusursuz sorumluluğun da bir unsuru olduğu görüşündeyiz.

unsurdur¹⁸. Bu itibarla hukuka aykırılık kusur kavramına göre sorumlulukta daha önceliklidir. Hukuka aykırılığın kusura göre diğer bir öncelikli ve önemli noktası kusur unsurunun temelini teşkil etmesidir. Hukuka aykırı olmayan bir fiil veya zarar bakımından failin kusurlu olmasından bahsedilemez. Böylece kusurun ortaya çıkması için mutlaka bir hukuka aykırılığın varlığı aranır. Zira kusur, kınanabilirlik olgusuna dayanır. Hukuka uygun davranan veya hukuka uygun kabul edilen bir zarara sebep olan bir kimseyi kınayabilmek ise mümkün değildir¹⁹.

Bir fiilin veya ortaya çıkan zararın ne zaman hukuka aykırı yani haksız sayılacağı meselesi failin sorumluluğuna doğrudan etki eder. Roma Hukukundan günümüz Kıta Avrupası Hukukuna intikal etmiş olan *casum sentit dominus* (zarara malik katlanır) ilkesi failin kusuru olmadığı sürece sorumlu olmayacağını böylece kusur ilkesini ifade etmektedir²⁰. Hukuka aykırılığın gerçekleşmediği zararlar bakımından da benzer bir durum söz konusudur. Hukuka aykırılık gerçekleşmeyince zarara yine malik katlanacaktır. Kaldı ki hukuka aykırılık gerçekleşmeden kusurun gerçekleşmesi de mümkün değildir²¹.

B. HUKUKA AYKIRILIĞIN HAKSIZ FİİLİN DİĞER UNSURLARIYLA BAĞLANTISI

Haksız fiilin her bir unsuruna ilişkin kabul edilen her bir teori, sorumluluğu ya genişletici veya daraltıcı etki yapar. Bu ise sorumluluğun ya kusur ya da sebebiyet sorumluluğuna yaklaşması sonucunu doğurur. Sorumluluğu daraltan yaklaşımlar kusur sorumluluğuna, sorumluluğu genişleten yaklaşımlar ise sebebiyet sorumluluğuna paraleldir. Bu noktada en kilit unsurların kusur ile hukuka aykırılık olduğu söylenebilir. Hukuka aykırılığa ilişkin kabul edilen teorilere göre bir somut olayda hukuka aykırılık ortaya çıkabilir veya çıkmayabilir. Bu ise sorumluluğun doğmasına veya hiç doğmamasına sebep olur. Ayrıca hukuka aykırılığa ilişkin kabul edilen teori haksız fiilin diğer unsurlarını da etkileyecektir. Bu durumun incelenmesi gerekmektedir.

18 Kusursuz sorumlulukta kusurun olması durumunda ek kusurdan bahsedilir. Ek kusur sorumluluğu kurmaz veya doğurmaz, ancak zarar görenin kusuru veya üçüncü kişinin kusuru gibi tazminatta indirim sebeplerini kendi ağırlığı oranında nötralize eder. bkz Eren (n 7) 869; Hasan Tahsin Gökcan, *Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku* (Seçkin 2016) 406.

19 Wilenmann (n 12) 239; Pletter (n 12) 21; Bu konunun tartışıldığı yer için bkz Hans Godin, *Wettbewerbsrecht Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb nebst Warenzeichenverletzungen* (Zugabeverordnung und Rabattgesetz, Zweite Auflage, De Gruyter 1974) 39; Korkmaz (n 12) 393.

20 Söz konusu ilke 19. yüzyılda kanunlaştırma hareketleri sırasında korunmuştur. bkz Andreas Schwarz, "Satış Aktinde Hasarın İntikali (Çeviren: Kudret Ayiter)", (1947) 4(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 159, 161; Eren (n 7) 557; İsviçre Borçlar Kanununda açıkça geçerse de ABGB § 1311'de bu ilkenin varlığı açıkça görülebilir. bkz Emil W Stark, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht* (Schulthess Polygraphischer Verlag 1982) 5; İsviçre Hukukunda *casum sentit dominus* ilkesi geçerlidir. bkz Honsell, Isenring and Kessler (n 5) 23. Kusur ilkesi sorumluluğun varlığını kusurun varlığına bağlamaktadır. bkz Rudolph Jhering, *Das Schuld Moment Im Romischen Privatrecht* (Verlag Von Emil Roth 1867) 40, 55 vd; Eren (n 7) 556; Pletter (n 12) 1; Deutsch (n 5) 4-5; Strickler (n 1) 12; Walter Fellman, *Schweizerisches Haftpflichtrecht Band I* (Stämpfli Verlag 2013) 7; Larenz and Canaris (n 5) 351.

21 Wilenmann (n 12) 239; Pletter (n 12) 21; Günhan Gönül Koşar, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi* (On iki levha 2020) 300; Korkmaz (n 12) 393.

Öncelikle hukuka aykırılığın kusur unsuruna temel etkisine bakılacak olursa kusur kavramının temeli zaten hukuka aykırılığa dayanır²². Hukuka aykırılık ne kadar geniş bir çerçevede kabul edilirse, kusurun oluşması da o kadar kolaylaşır. Böylece hukuka aykırılığı genişleten teoriler, failin kusurlu bulunma dairesini de genişletmiş olurlar²³.

Ayrıca hukuka aykırılık ve kusur tanım olarak her ne kadar birbirleriyle farklı unsurlar olsalar da sorumluluk hukukunda bunların birbirleriyle karışması sebebiyle birbirlerinden ayırt edilmesi problemi de vardır. Hukuka aykırılığın kusurun temelini teşkil etmesi bu duruma yol açmaktadır. Bu da sorumluluk hukukçularını meşgul eden, çözülmesi gerekli son derece mühim bir problemdir. Bu iki unsurun birbiriyle karıştığı beş ana nokta tespit etmiş bulunuyoruz.

Birincisi objektif kusur anlayışında, kusur failin davranışında aranır. Ortalama, makul üçüncü kişinin davranışından sapan davranış tarzı kusur olarak kabul edilir. Fakat objektif kusur anlayışı failin ahlâki kınanabilirliğinden kopmuştur. Fail ahlâken kınanamaz bir davranışta bulunsan bile, sırf davranışı ortalama bir üçüncü kişiden ayrıldığı için kusurlu kabul edilir. Bu anlayış kınanabilirlikten uzaklaştığı için hukuka aykırılığa yaklaşan bir kusur anlayışı içermektedir.

İkincisi davranışın hukuka aykırılığı teorisi, hukuka aykırılığın davranışın içerisinde aramaktadır. Objektif kusur anlayışıyla ve özellikle objektifleştirmede ileri gidilmesiyle beraber bu hukuka aykırılık teorisi kabul edilirse, iki kavramda davranış unsuru içerisine girer ve kusur ile hukuka aykırılığı ayırt etmek güçleşmeye başlar.

Üçüncüsü hukuk normları bazen ihmalî tespit eder tarzda düzenlenirler²⁴. Dolaylı olarak hakları koruyan normlar böyledirler. Emniyet şeridinden gidilmesinin yasak olması veya gece farları yakmamanın hukuka aykırı olması gibi. Bu gibi normların ihlâlî hukuka aykırılık teşkil ettiği gibi kusur da teşkil eder.

Dördüncüsü, üçüncü hukuka aykırılık teorisi de kusur ile hukuka aykırılığın birbirine karışmasına sebep olmaktadır. Bu teorinin özen yükümlülüğü, koruma yükümlülüğü gibi kusuru andırır kavramları hukuka aykırılık unsuru içerisine taşıyan bir yapısı vardır²⁵. Bu teori İsviçre 2020 Borçlar Kanunu Tasarısında, kusur unsurunu sorumluluktan ortadan kaldırmak için kullanılmıştır. Esasında kusur sorumluluktan kaldırılmamış, aslında biraz değiştirilerek hukuka aykırılığın içerisine dahil edilmiştir. Bu teoride hukuka aykırılık zararda değil davranışta aranmaktadır.

Beşincisi tehlike ortaya çıkartıp buna ilişkin tedbir almamanın hukuka aykırılık mı kusur mu olduğu hususu da doktrinde tartışmalıdır. Biz bu durumun hukuka aykırılık olarak kabul edilmesinin hukuk tekniğiyle önemli ölçüde bağdaşmayacağı bunun ancak kusur olabileceği fikrine katılıyoruz²⁶. Tehlike ortaya çıkarmanın kusur mu yoksa hukuka aykırılık mı olduğunun, kabul edilen hukuka aykırılık

22 Wilenmann (n 12) 239; Pletter (n 12) 21 Korkmaz (n 12) 393.

23 Korkmaz (n 12) 209-210.

24 Vito (n 5) 15 vd

25 Cartier (n 10) 90 vd; Schonenberger (n 11).

26 Tehlike ortaya çıkartıp gerekli özen ve tedbir göstermemenin kusur olduğu yönündeki görüş için bkz Oftinger ve Stark (n 9) 182.

teorisine göre şekillendiğini söyleyen yazarlar da vardır. Bu fikre göre hukuk tekniği bakımından tehlike ortaya çıkarmanın hukuka aykırılık olarak kabul edilebilmesi için hukuka aykırılığın davranışta aranması şarttır. Söz konusu fikre göre hukuka aykırılığın davranışta aranması, kusur ile hukuk aykırılığın birbirine karışmasına yol açacak, bu itibarla hukuka aykırılığın sonuçta yani zararda aranması gerekmektedir. Yazara göre hukuka aykırılık sonuçta aranınca da tehlike ortaya çıkarp tedbir almamak ancak kusur olabilecektir²⁷.

Burada dikkate değer nokta ise hukuka aykırılık ile kusurun birbirine karıştığı tüm bu beş noktada hukuka aykırılık ve kusurun davranış unsuru üzerinde birleşmesidir. Gerçekten hukuka aykırılık zararda-sonuçta değil, davranış unsurunda arandığı zaman kusurla karışma problemi gündeme gelmeye başlamaktadır. Bu karışmanın meydana gelebilmesi için keza kusurun da failin iradesinde değil failin davranışında olduğu kabul edilmelidir. Böylece hukuka aykırılığa ilişkin kabul edilen teorinin sonuç-zarar değil davranış odaklı olması durumunda hukuka aykırılığın kusurla karışmasına yol açabileceği görülür. Bunun davranış unsuru üzerinde gerçekleşmesi ise sorumluluğu kurma tekniği bakımından dikkate değerdir.

Hukuka aykırılığın ayrıca davranış ve zarar unsurlarıyla doğrudan ve son derece önemli bir bağı da vardır. Şöyle ki hukuka aykırılık kendisi hakkında kabul edilen teoriye göre ya davranışın veya zararın üzerinde oluşur. Böylece doktrinde ya hukuka aykırı davranıştan veya hukuka aykırı zarardan bahsedilmektedir. Hukuka aykırılığın davranış mı yoksa sonuç üzerinde mi oluştuğu hususu sorumluluk anlayışını da derinden etkiler. Hukuka aykırılığı davranışta bulan teoriler failin sorumluluğunu daraltıcı etki yaparlar ve kusur sorumluluğu ile uyum gösterirler. Hukuka aykırılığı sonuç üzerinde bulan teoriler ise failden koparak daha çok sebep-sonuç ilişkisiyle somut olaya yaklaşırlar ve sorumluluğu genişletirler ve kusursuz sorumluluk ile uyum gösterirler.

Hukuka aykırılığın illiyet bağı ile de bağlantısı bulunmaktadır. Bu da hukuka aykırılığı davranışta arayan hukuka aykırılık teorilerinde illiyet bağının failin davranışı ile sonuç arasında aranması; hukuka aykırılığı sonuçta arayan teorilerde ise illiyet bağının faile sorumluluğu isnadı mümkün kılan kusursuz sorumluluk olgusu ile sonuç arasında aranmasıdır. Yani hukuka aykırılıkla ilgili kabul edilen teoriye göre zararın illiyet bağı ile bağlanacağı olgu değişmektedir. Bunun kusur-sebebiyet sorumlulukları ile de alakalı bir izahı vardır: İlliyet bağı kural olarak failin davranışı ile zarar arasında araştırılır²⁸. Fakat kusursuz sorumluluklarda – özel bir şart olarak düzenlenmemişse – kural olarak davranış unsuru aranmaz²⁹. Bu takdirde illiyet bağı ilgili kusursuz sorumluluğun dayandığı esasın görünümü ile mesela tehlike sorumluluklarında tehlike oluşturma olgusu ile veya olağan sebep sorumluluklarında objektif özeni yerine getirmeme olgusu ile zarar arasında araştırılır³⁰. Böylece

27 Konunun ayrıntılı izah edildiği yer için bkz Korkmaz (n 12) 374-378.

28 Deutsch (n 5) 61.

29 Eren (n 7) 673; Tunçomağ (n 1) 272; Ali Naim İnan ve Özge Yücel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (4. Baskı, Seçkin Yayınları 2014) 379; Max Keller ve Sonja Gabi Bolliger, *Haftpflichtrecht Band II* (Helbing Lichtenhahn Verlag 1985) 5.

30 Pek çok yargıtay kararlarında bu hususa yer verildiği görülmektedir. Bir karara göre: Bu sebeple sorumluluğunun bağlandığı olgu ile zarar arasında uygun illiyet bağı kurulduğu zaman, sorumluluk da gerçekleşmiş olacağından, bu işletme veya nesnelerin sahip veya işletenleri, bunların sebep oldukları zararı gidermek zorundadır". Yargıtay 3. HD, E 2017/13829 K 2018/12168, 29.11.2018. <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 24 Şubat 2023. Burada açıkça illiyet bağının

kusursuz sorumluluklarda illiyet bağı davranış ile zarar arasında değil, kusursuz sorumluluk esası ile zarar arasında araştırılmaktadır. Kusur sorumluluklarında hukuka aykırılığın davranış unsurunda olması, kusursuz sorumluluklarda hukuka aykırılığın sonuç unsurunda olması yapılarıyla müsait olduğuna göre ortaya çıkan sonuç şudur: Kusur sorumluluklarında hukuka aykırılığı davranışta bulan teoriler kabul edilecek illiyet bağı da davranış ile zarar arasında araştırılacak³¹, kusursuz sorumluluklarda ise hukuka aykırılığı sonuçta bulan teoriler kabul edilecek – kusursuz sorumlulukta davranış unsuru da aranmadığından-³² illiyet bağı kusursuz sorumluluk esasının o sorumluluk tipindeki görünümü ile zarar arasında kurulacaktır. Böylece kusursuz sorumluluklarda hukuka aykırılık sonuçta araştırılacak ve zarar illiyet bağıyla sadece failin davranışı üzerinden değil ilgili kusursuz sorumluluk esasının görünümü üzerinden de failin şahsına atfedilebilecektir³³. Bu ise sorumluluğun genişlemesi demektir.

Görüldüğü üzere hukuka aykırılığın, kusur, davranış, zarar ve illiyet bağı ile ayrı ayrı bağlantıları vardır. Bu itibarla hukuka aykırılıkla ilgili kabul edilen her farklı teorinin hem hukuka aykırılık unsuruna hem de haksız fiilin diğer unsurlarına farklı etkileri bulunmaktadır. Haksız fiilin unsurlarının birbirleriyle bağlantıları derin teorik temellere dayanmaktadır. Bu sorumluluk hukukunda çözülüp ortaya konması son derece zor ve oldukça teknik bir meseledir. Hatta hukuka aykırılık, kusur ve illiyet bağının birbirine geçmiş ve ayırt edilmesi zor karışık yapılarından, sınırlarının belirsizliğinden dolayı bu üç unsura doktrinde sorumluluk hukukunun bermuda şeytan üçgeni de denilmektedir³⁴. İşte hukuka aykırılıkla ilgili teorileri ayrı ayrı incelemeden önce hukuka aykırılığın, haksız fiilin diğer unsurlarıyla temel bağlantılarına değindik. Makalemizde bundan sonra hukuka aykırılıkla ilgili doktrinde ortaya atılmış teorileri inceleyeceğiz. Yeri geldikçe kabul edilen teoriye göre hukuka

“sorumluluğun bağlandığı olgu” ile zarar arasında aranması gerektiği belirtilmektedir; Tehlike sorumluluğu ile ilgili başka bir yargıtay kararına göre: Burada tehlikeli nesne veya işletme ile gerçekleşen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması sorumluluk için gerekli olup hareket unsurunu haksız fiilin sonuç unsuruyla birlikte değerlendirmek gerekir (Doç. Dr. A. Akartepe TBK. Haksız fiilden doğan borç ilişkileri – Prof Dr. Pierre Tercier sorumluluk hukuku Özdemir çevirisi. 1983 Sh. 12-14).... Bu sebeple, sorumluluğunun bağlandığı olgu ile zarar arasında uygun illiyet bağı kurulduğu zaman, sorumluluk da gerçekleşmiş olacağından, bu işletme veya nesnelerin sahip veya işletenleri, bunların sebep oldukları zararı gidermek zorundadır. (Prof. Dr. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler 1991 Baskı Cilt 2 sf: 14-15).” Yargıtay 3. HD, E 2014/20887 K 2015/16846, 28.10.2015 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 24 Şubat 2023. İlgili kararda açıkça sorumluluğunun bağlandığı olgu ile zarar arasında uygun illiyet bağı arandığı belirtilmektedir; Yapı malikinin sorumluluğunu ele alan başka bir Yargıtay kararına göre: “Yapı malikinin sorumluluğu için oluşan zarar ile yapım bozukluğu ve bakım eksikliği arasında uygun illiyet bağı olmalıdır.” Yargıtay İBBGK, E 2015/1 K 2016/1, 06.05.2016 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi: 24 Şubat 2023. Bu kararda da illiyet bağının objektif özen ödevinin ihlali ile yani yapım bozukluğu ve bakım eksikliği ile zarar arasında aranması gerektiği belirtilmiştir.

31 Deutsch (n 5) 61.

32 Eren (n 7) 673; Tunçomağ (n 1) 272; İnan ve Yücel (n 29) 379; Keller and Gabi-Bolliger (n 29) 5.

33 Sorumluluk hukukunda, sorumluluğu kurmanın temel esası zararı faile atfedebilmektir. Bu atfı illiyet bağı unsuru sağlamaktadır. bkz Wilenmann (n 12) 79. Hangi sorumluluk tipi olursa olsun zararı şayet failin şahsına atfetmek mümkün ise fail bundan sorumlu olur demektir. Sorumluluk hukukunda kabul edilen bütün unsurlar zararı failin sorumluluk dairesine atfedilmesi ile ilgilidir. Mesela kusur sorumluluğunda zarar illiyet bağı ile failin davranışına sorunsuz şekilde bağlanmış olsa bile zarar hala faile atfedilemez. Failin davranışının, faile atfedebilmek için ayrıca failin kusurlu olması da gerekir. Yani failin davranışını faile atfedebilmek için failin kusurlu olması aranır. Ancak böylelikle failin davranış şahsileşmiş olur. Yani bu atfı sorunu sadece illiyet bağıyla çözülen bir sorun değildir, aksine haksız fiilin tüm unsurları bu atfıta rol oynamaktadırlar.

34 Çağlayan Aksoy (n 8) 240.

aykırılığın, haksız fiilin diğer unsurlarına olan etkilerine de tekrar yer vererek ilgili hukuka aykırılık teorisinin haksız fiil sorumluluğuna etkisini etraflıca ortaya koyacağız.

II. HUKUKA AYKIRILIK TEORİLERİ VE BUNLARIN SORUMLULUK HUKUKUNA DAİR KAVRAMLARLA ÖZELLİKLE SORUMLULUK İLKELERİYLE VE SALT MALVARLIĞI ZARARLARIYLA BAĞLANTISI

Makalede şu ana kadar hukuka aykırılık kavramının ne olduğu ve hukuka aykırılık unsurunun haksız fiil sorumluluğunun diğer unsurlarıyla bağlantısı incelenmiş bu yolla hukuka aykırılığın haksız fiil sorumluluğuna etkisi araştırılmıştır. Bundan sonra ise ağırlıklı olarak hukuka aykırılığa dair teorilerin kusur ve sebebiyet ilkeleri ile bağlantısı ortaya konularak bu konu araştırılacaktır. Ayrıca hukuka aykırılıkla ilgili teorilerin salt malvarlığı zararları, menfi davranış, normun koruma amacı kavramları ile bağlantısı da ortaya konmalıdır. Hukuka aykırılığın davranış unsuru veya zarar unsuru üzerinde oluşması da bu incelemeye yer yer dahil edilecektir.

Hukuka aykırılıkla ilgili üç farklı teori kabul edilmektedir. Bunlar objektif hukuka aykırılık, subjektif hukuka aykırılık ve üçüncü hukuka aykırılık teorileridir. Objektif hukuka aykırılık teorisi ise kendi içerisinde davranışın ve sonucun hukuka aykırılığı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Üçüncü hukuka aykırılık teorisi de farklı şekillerde anlaşılmakta ve kendi içerisinde bazı ayrımlara tabi tutulmaktadır

A. OBJEKTİF HUKUKA AYKIRILIK TEORİSİ

Objektif teoriye göre hukuka aykırılık, hukuk düzeninin şahısların kişilik ve malvarlıklarını korumak amacıyla koyduğu emredici ve objektif nitelikteki yazılı veya yazılı olmayan hükümlerin ihlali ile ortaya çıkar³⁵. Böylece objektif hukuka aykırılık görüşüne göre hukuka aykırılık aslında kanun normuna aykırılıktan ibarettir. Bu teori hukuka aykırılığı, kanun normuna aykırılıkla izah ederek oldukça anlaşılır ve sade şekilde ortaya koymaktadır.

Bu teoriye göre her normun ihlali haksız fiil anlamında hukuka aykırılığa sebebiyet vermez. İhlal edilen normun bazı özellikleri de arz etmesi gerekir. Bunlardan başlıcası ise bu normun kişilik ve malvarlıklarını koruyucu nitelikte emredici nitelikte olmalarıdır³⁶. Bu normlara doktrinde davranış normları da denilmektedir³⁷. Davranış normu denmesinin sebebi kişilerin, toplumu oluşturan diğer fertlere verebilecekleri zararlar bakımından nasıl davranmaları gerektiğinin norm ile tespit edilmesidir. Bu teoriye objektif denmesinin sebebi ise, normun objektif nitelikte açıkça düzenlenmiş olması ve hukuka aykırılığın bu açık norm ihlâline dayanıyor olmasıdır³⁸. Alman hukukunda hâkim

35 Vito (n 5) 15; Akıncı (n 1) 141; Eren (n 7) 660 vd; Tandoğan, Mesuliyet (n 8) 18; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış 8. Tıpkı Baskı, Mimoza) 207; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.2 (12. Baskı, Vedat Kitapçılık 2016) 14 vd; Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I*, (2. Baskı, Beta) 432; Çağlayan Aksoy (n 8) 156-157,161; Verde (n 10) 6; Brehm (n 10) 31.

36 Theo Guhl, *Das Schweizerische Obligationenrecht Mit Einscluß Des Handels-Wechsel – Und Versicherungsvertragsrechtes* (Dritte verbesserte und ergänzte Auflage, Polygraphischer Verlag 1944) 130; Tandoğan, Mesuliyet (n 8) 19-20; Vito (n 5) 14.

37 Vito (n 5) 13-14; Akıncı (n 1) 141; Eren (n 7) 660 vd.

38 Davranış normları objektif niteliktedir. bkz Vito (n 5) 17, 72-73; Keller (n 1)106.

teori olan objektif hukuka aykırılık teorisi³⁹ Türk ve İsviçre Hukuklarında da Alman Hukukunun da etkisiyle hâkim görüştür⁴⁰.

Objektif hukuka aykırılık temel yaklaşım olarak sorumluluğu genişletici bir anlayış üzere hareket etmez. Bu açıdan faili korumaya meyilli bir teori olduğu söylenebilir. Hukuka aykırılığın meydana gelebilmesi için zararın ortaya çıkması yeterli gelmemekte ayrıca o zararın veya bu zararı meydana getiren davranışın hukuka aykırı olduğunu da ortaya koymak gerekmektedir. Böylece objektif teoriye göre bir zararın ortaya çıkması, karine olarak o zararın hukuka aykırı da olduğu varsayımını da beraberinde getirmez. Tam tersine adeta hukuka aykırılığın olmadığı yönünde bir karineyle sorumluluğa yaklaşılr. İşte söz konusu zarar objektif nitelikteki bir davranış normunun ihlâlini teşkil ediyorsa veya bu normu ihlâl eden bir davranış neticesinde ortaya çıkmışsa ancak o takdirde hukuka aykırılıktan bahsedilir⁴¹. Böylece zararın varlığını tespitten sonra hâkim bunun hukuka aykırılık teşkil edip etmediğini de ayrıca araştırmak durumunda kalacaktır.

Objektif hukuka aykırılık aslında hukuk ilmiyle meşgul olmayan sıradan bir vatandaşın dahi hukuka aykırılıktan anladığı manayı ifade eden, ona denk gelen bir teoridir. Zira bu teori hukuka aykırılığı, norm ihlaliyle eşitlemiştir. Buna göre hukuka aykırılık aslında kanun hükmünün ihlâlinden ibarettir. Gerçekten hukuka aykırılığı, hukuk düzeninin kuralları olan kanun normuna aykırılıkla eşitlemek aklen doğrudur ve oldukça makul bir yoldur. Bununla beraber teorinin uygulanabilir hale gelmesi için cevaplanması gereken bazı sorular vardır. Hangi ve ne özellikteki normlar ihlâl edildiği zaman hukuka aykırılık gerçekleşecek veya bu kanun normlarına ne gibi kurallar dahil edilebilecektir? Ayrıca hukuka aykırılık teşkil eden failin davranışı mıdır yoksa hukuk düzeninin yasakladığı sonuç mudur gibi cevaplanması gereken hukukî problemler de vardır. Yani her normun ihlâli aslında bir hukuka aykırılık oluştursa da haksız fiil anlamında hukuka aykırılık teşkil etmez, bunun için o normda aranan bazı ölçüler de bulunmaktadır.

Kanun normunu ihlâl olgusuna Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 2 gibi hukukun genel ilkelerinin veya yazılı olmayan davranış kurallarının (örf ve adet) ihlâli de dahildir⁴². Elbette bunların şahıs ve malvarlıklarını korumayı amaçlaması da gerekir. Bu hukuk kuralları özel hukuk kaynaklı olabileceği gibi kamu hukuku kaynaklı da olabilirler. Böylece ceza, idare hukuklarına dair bir norm ihlâli haksız fiil anlamında hukuka aykırılık teşkil edebilir⁴³. Bu norm doğrudan şahıs ve malvarlığı haklarını

39 Koziol (n 5) 593; Oftinger ve Stark (n 9) 171; Çağlayan Aksoy (n 8) 157-160.

40 Hubert Stöckli, *Notizen zur Widerrechtlichkeit* (Schulthess 2007) 232; Cartier (n 10) 5 vd; Kurtulan (n 1) 470; Eren (n 7) 660-661; Vito (n 5) 14 vd; Çağlayan Aksoy (n 8) 157-160; Gönül Koşar, Kusur (n 21) 104-105; Oftinger ve Stark (n 9) 171. Ayrıca objektif hukuka aykırılık teorisinin kabul edildiği İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz BGE 119 II 128; BGE 115 II 18; BGE 123 III 306.

41 Cartier (n 10) 31; Vito (n 5) 15; Akıncı (n 1) 141; Eren (n 7) 660 vd; Tandoğan, Mesuliyet (n 8) 18; Ayan (n 35) 207; Oğuzman ve Öz (n 35) 14 vd; Antalya (n 35) 432; Tandoğan, Mesuliyet (n 8) 17; Çağlayan Aksoy (n 8) 156-157, 161; Verde (n 10) 6; Söz konusu zarar objektif bir kanun normunu ihlâl ediyorsa sonucun hukuka aykırılığı, söz konusu zararı doğuran davranış objektif bir kanun normunu ihlâl ediyorsa davranışın hukuka aykırılığı söz konusu olur. Her ikisi de objektif hukuka aykırılık teorisine dahildir. Tanımda herhangi bir teoriyi dışlamamak için iki ihtimale de yer verilmiştir.

42 Guhl (n 36) 130,133; Tandoğan, Mesuliyet (n 8) 25; Eren (n 7) 665.

43 Guhl (n 36) 130; Ayan (n 35) 208; Tandoğan, Mesuliyet (n 8) 20; Kurtulan (n 1) 471; Vito (n 5) 15.

koruyor olabileceği gibi dolaylı olarak da hakları koruyor da olabilir⁴⁴. Norm emredici surette olabileceği gibi yasaklayıcı olarak da düzenlenmiş olabilir. Ayrıca ihlâl edilen ilgili normda bütün bu özellikler olsa bile bu haksız fiil anlamında hukuka aykırılığın gerçekleşmesine yetmemesi gerektiği fikri kabul edilmektedir. Buna göre bu normun somut olayda gerçekleşen türden bir zararı korumayı amaçlıyor olması da gerekir. Buna normun koruma amacı teorisi denilmektedir⁴⁵.

Normun koruma amacı teorisi haksız fiil anlamındaki hukuka aykırılığın kapsamının biraz daha daraltılması için ortaya konan bir teoridir⁴⁶. Mesela korona salgınının engellemek küçük sayılabilecek dükkan niteliğindeki kapalı alanlara aynı anda on kişiden fazla alınmasını yasaklayan bir hukuk kuralı var olsa ve bunun ihlâli neticesinde o dükkanda kalabalıktan yararlanarak bir hırsızlık yapılmış olsa dükkan sahibini haksız fiilden sorumlu tutmak mümkün olmaz. Normun koruma amacı teorisi buna engel olur. Her ne kadar dükkan sahibi şahıs ve malvarlıklarını koruyan bir davranış kuralını ihlâl etmiş olsa da bu normun koruma amacı kişileri hastalıktan ve toplumu hastalığın yayılmasından korumaktır. Hırsızlığın engellenmesi değildir⁴⁷.

Objektif hukuka aykırılık teorisinin genel özelliklerinden bahsedildi. Kanaatimizce objektif hukuka aykırılık yönünden asıl önemli nokta iki tanedir. Bunlardan birincisi hukuka aykırılığın davranışta mı sonuçta mı aranacağıdır. Diğeri ise salt malvarlıklarına zararın hukuka aykırılık sayılması hususundaki ölçüdür. Hukuka aykırılığın davranış veya sonuçta aranmasına dair teoriler; hem kusur sorumluluğu hem kusursuz sorumluluk ile, hem haksız fiilin davranış-zarar unsurlarıyla hem de sorumluluğun genişliğiyle irtibatlı olan teorilerdir. Salt malvarlığı zararlarının tazminini meselesi ise sorumluluğun genişleyip daralmasına sebep olabilecek büyük etki alanı olan bir sahadır⁴⁸. Objektif hukuka aykırılık teorisi kanun normunun ihlâlini aradığı için salt malvarlığı zararının hukuka aykırı olarak kabul edilebilmesi için mutlaka bunu koruyan bir özel koruma normunun varlığı da gerekecektir⁴⁹. Bu durum da salt malvarlığı zararlarından doğan tazminin gündeme gelmesini zorlaştırmaktadır.

1. Davranışın Hukuka Aykırılığı Teorisi

Objektif hukuka aykırılık teorisinde bir görüşe göre kanun normunun ihlâli olgusu haksız fiilin davranış unsuru ile gerçekleşmektedir. Bu görüşe göre normun ihlâli aslında failin davranışının üzerinde oluşmaktadır. Zararlı sonuç, hukuka aykırı olamaz. Zaten ihlâl edilen bir davranış kuralıdır

44 Vito (n 5)15; Tandoğan, Mesuliyet (n 8) 19-20.

45 Oftinger ve Stark (n 9) 182; Normun koruma amacının tespiti hakkında bkz Vito (n 5) 20 vd.

46 İlliyyet bağının araştırılması da sorumluluğu sınırlar. Vito normun koruma amacının sorumluluğu sınırlamakta uygun illiyete göre daha önemli olması gerektiğini söylemektedir. bkz Vito (n 5) 58; Yine Vito'ya göre normun koruma amacı üç yönden tespit edilmelidir. Bunlar yaralanan kişinin korunan insan gurubundan olup olmadığının araştırılması, ihlâl edilmiş olan davranış normunun ilgili yasal mülkiyeti ve şahsiyeti korumak isteyip istemediği ve ilgili davranış yükümlülüğünün karşılığı olan tehlikenin somut olayda ortaya çıkıp çıkmadığıdır.

47 Normun koruma amacına örnek olarak bir federal mahkeme kararında: Ormanla ilgili bir yönetmeliğine aykırı olarak kesilen bir ağaçtan sebebiyle bir kimse yaralandı. Normun koruma amacı ormanı korumak olduğu, kişilerin malvarlığı ve şahısvarlığı değerlerini korumak olmadığı için sorumluluğun oluşmadığına hükmedilmiştir. bkz BGE 30 II 572.

48 Stöckli (n 40) 229 vd.

49 ibid 235; Çağlayan Aksoy (n 8) 160 vd; Gönül Koşar, Kusur (n 21) 108; Kurtulan (n 1) 475.

ve bu ancak bir davranışla gerçekleştirilebilir⁵⁰. Fail hukuka aykırılık vasfını taşıyan bir davranışta bulunmuştur ki kanunla yasaklanan da işte failin bu davranışdır. Kanun koyucu ilgili hukuk kuralıyla failin bu davranışını yasaklamıştır. Buna hukuka aykırı davranış teorisi denilmektedir. Bu teoriye göre hukuka aykırı olan davranış ihlâlin sonucundan değil önceden (*ex ante*) tanımlanmaktadır⁵¹.

Hukuka aykırı davranış teorisinin, hukuka aykırı sonuç teorisine göre sorumluluğu daraltıcı etkisi vardır. Bu teori hukuka aykırılığı sonuçtan, davranışa kaydırıp faile yakınlaştırması açısından, kusur ilkesini anımsatır. Sorumluluğa hükmederken sonuç yerine, faile ilişkin değerlendirmelerin temele konulup esas alınması kusur ilkesinin karakteristiğidir⁵². Gerçekten kusur-sebebiyet ilkeleri ayırımında da sorumluluğu doğuran unsurlar faile yaklaştırıldıkça, fail açısından değerlendirmeler esas alındıkça kusur ilkesi; sonuca doğru yaklaştırılıp maddesel bakıldıkça sebebiyet ilkesi güçlenmektedir⁵³. İşte hukuka aykırı davranış teorisi kusur ilkesini güçlendiren ve onunla uyumlu bir yapıya sahiptir. Hatta kusursuz sorumluluklarda hukuka aykırı davranış teorisinin uygulanamayacağı dahi söylenebilir. Zira kusursuz sorumluluk hallerinde davranış sorumluluğun genel bir unsuru değildir⁵⁴. Davranış unsuru aranmadığı için somut olayda failin bir davranışı gerçekleşmeksizin sorumluluğun gerçekleşmiş olması ihtimali hiç de az değildir. Davranış unsurunun olmadığı bir olayda hukuka aykırı davranış teorisi nasıl uygulanacak, hukuka aykırılık nasıl tespit edilecektir? Hukuka aykırı davranış teorisi kabul edilirse kusursuz sorumluluklarda hukuka aykırılığın, kurucu unsuru olmadığı fikri kabul edilmek zorunda kalınacaktır. Mesela tehlikeli bir nükleer santralden hiçbir kusur ve davranış olmaksızın bir nükleer sızıntı olmuş olsa hukuka aykırılığı davranışta ararsak, ilgili santral yetkili mercilerden her türlü izin alınarak çalıştırıldığı ve sızıntının meydana gelmesine sebep olan bir davranış da olmadığı için hukuka aykırılıktan bahsetmek mümkün olmayacak, tehlike sorumluluğundan hukuka aykırılık unsurunu kaldırmak gerekecektir⁵⁵.

50 Eren (n 7) 672 vd; Cartier (n 10) 87.

51 Eren (n 7) 672.

52 Bu konunun kusur ilkesinin ferdiyetçiliği bağlamında ele alındığı yer için bkz Korkmaz (n 12) 102 vd.

53 Bu bilgi, sorumluluk hukuku literatüründe genellikle üstü kapalı şekilde bulunmakta olan oldukça önemli bir bilgidir. Bu itibarla izaha da muhtaçtır. Sorumluluk şemasında failden irade kavramına, iradeden davranışa, davranıştan illiyet bağına, illiyet bağından sonuç olan zarara uzanan bir şema vardır. Bu şemada hukuka aykırılık ve kusur unsurları fail tarafına yakın yerlere konumlandırılırsa kusur sorumluluğu, sonuç kısmına yakın konumlandırılırsa sebebiyet ilkesi güçlenmektedir. Mesela ihmal çeşidinde kusuru tespitinde doktrinde iki teori vardır. Bunlar objektif ve subjektif ihmâl teorileridir. Objektif ihmâl teorisi kusuru davranışta ararken subjektif ihmâl teorisi kusuru iradede arar. İrade faile daha yakın bir kavramken davranış failden biraz daha sonuca doğru uzaklaşmıştır. Gerçekten ihmali davranışta arayan objektif kusur teorisinin kusursuz sorumluluğa yaklaştığı da pek çok yazar tarafından tespit edilmiştir. Bunun bir sebebi de işte kusurun iradeye göre faile daha uzak bir kavram olan davranışın içerisinde aranmasıdır. Aynı şey hukuka aykırılık için de geçerlidir. Hukuka aykırılık sonuçtan faile doğru yaklaştırıldıkça sorumluluk anlayışı kusur ilkesiyle uyum arz etmeye başlar. Konuyla ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz Korkmaz (n 12) 256 vd.

54 Eren (n 7) 673; Tunçomağ (n 1) 272; İnan ve Yücel (n 29) 379; Keller and Gabi-Bolliger (n 29) 5.

55 Eren (n 7) 672-673; Akıncı (n 1) 168 vd; Tandoğan, Sözleşme Dışı (n 7) 6; Bu problemi bertaraf etmek için hukuka aykırı davranış kavramını haksız fiilin unsuru anlamındaki davranıştan daha geniş anlamak gerekir. İlliyet olarak daha gerilerdeki davranışların hukuka aykırı olması aranması önerilebilir. Ancak bu somut olaydan uzaklaşılmasına sebep olur ve somut olaydan uzak hukuka aykırılıkların konuya bağlanması sonucuna sebep olabilir. Tabiri caizse hukuka aykırı davranış teorisini kusursuz sorumlulukla uyumlu hale getirmek için zorlamaya gerek yoktur. Zira mahiyeti uyumlu değildir. Çünkü davranış kavramı kusur ilkesi ile kaım olup kusursuz sorumluluklarda asli unsur değildir.

Hukuka aykırı davranış teorisi, kusur sorumluluklarında kullanılabilir olduğu için her sorumlulukta kullanılabilen genel geçer bir teori değildir. Fakat kabul gören bir teoridir⁵⁶. Sorumluluğu daraltıcı etkisi sebebiyle doktrinde bu teorinin salt malvarlığı zararlarında kullanılması önerilmektedir⁵⁷. Mutlak hakların korunması hususunda sorumluluk hukukunda hassasiyet vardır ve mutlak hakların korunmaları önemlidir. Bu itibarla mutlak hakların ihlali alanında sorumluluğu genişletici etkisi olan hukuka aykırı sonuç teorisinin kullanılması önerilmektedir. Hukuka aykırı davranış ile hukuka aykırı sonuç teorisinin beraberce uygulanması gerektiğini ileri süren bu görüşe karma teori denilmektedir⁵⁸.

Kusur ilkesini isabetli bir ilke olarak görmediğimiz ve bu ilkenin pek çok sakıncayı da beraberinde getirmesinden dolayı⁵⁹ sorumluluğun mümkün mertebe objektifleştirilmesini doğru görüyoruz. Bu itibarla kusur ilkesiyle uyum arz eden ve faili koruyarak sorumluluğu daraltan hukuka aykırı davranış teorisinin uygulanmasını doğru bulmuyoruz. Görüşümüz haricinde, bu teori kabul edilecekse dahi, teorinin mahiyeti gereği bu teori ancak kusur sorumluluklarında kabul edilmelidir. Hukuka aykırı davranış teorisinin kusursuz sorumluluklarda uygulanması iki tane temel sakınca içerir: Birincisi kusursuz sorumluluklarda davranış unsurunun aranmaması ve bazı kereleler davranış bile olmadan kusursuz sorumluluğun ortaya çıkmasıdır. Hukuka aykırılık davranışta aranır, kusursuz sorumluluklarda pek çok kere davranış olmadığı için hukuka aykırılık da oluşamaz bu da hukuka aykırılığın ilgili kusursuz sorumluluk halinde aranmaması sonucunu doğurur⁶⁰. İkincisi de sorumluluğu genişletme meylinde olan kusursuz sorumlulukla, sorumluluğu daraltma meylinde olan hukuka aykırı davranış teorisinin birbirine mahiyet olarak uyum arz etmemesidir⁶¹.

Kusur sorumluluklarında bu teorinin uygulanması, kusur ilkesinin mahiyetine de uyum arz eder⁶². Ancak mutlak hakların korunması veya salt malvarlığı zararlarının korunması hususunda hukuka aykırı davranış veya sonuç teorilerinin ayrımının yapılmasına böylece karma teoriye katılmıyoruz. Zira salt malvarlığı zararlarında hukuka aykırı davranış teorisi uygulanacaksa, faraza

56 Eren (n 7) 673 vd.

57 ibid 673 vd.

58 ibid 673 vd.

59 Kusur ilkesinin zarar görenin masumiyetini korumaması, tazminle ceza sorumluluğunu birbirine karıştırması, topluma güven ve emniyet vermede yetersiz kalması, günümüz hayat şartlarına uygunluk sağlayamaması gibi önemli sakıncaları vardır. Ayrıca kusuru tespit ve ispat güçlüğü problemi, tazmine konu olan zarar olduğu halde zararlar kusurun birbirinden bağımsız olması ve aralarında orantısızlık bulunması gibi hususlar da kusur ilkesinin yetersizliğine sebep olmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz Korkmaz (n 12) 287 vd; Kusuru tespit esasında kusursuz sorumluluklarda daha zorlaşabilmektedir. Fakat kusursuz sorumluluklarda kusur sorumluluğun kurucu unsuru değildir. Kusur sorumluluğu sorumluluğun temeline kusuru koyduğu için bunun tespitindeki küçük bir problem bile aslında büyüktür. Kusursuz sorumluluk ve bilhassa tehlike sorumluluğunda kusuru tespitin zorlaştığı hakkında bir yargıtay kararında "... bunların sebep oldukları zararlar, kusurun bulunup bulunmadığı ya da rolünün olup olmadığı çoğu zaman bilinemediği veya ispat edilemediği gibi..." ifadesine yer verilmiştir. Yargıtay 3.HD, E 2014/12700 K 2015/5795, 08.04.2015 bkz Gökcan (n 18) 407.

60 Akıncı (n 1) 168 vd.

61 Korkmaz (n 12) 211 vd.

62 Gerçekten kusur ilkesi fail tarafından sorumluluğa yaklaşan sorumluluğun faile atfında kusur gibi faile ait kavramları temel sorumluluk unsuru olarak kabul eden bir ilkedir. Zararlı sonucu esas almaz. Bu ilkede sorumluluğun en temelindeki olgu faille ilgili bir değerlendirme olan kusurdur. İşte böylece hukuka aykırılığın tespitinde sonuç değil faille ilgili bir kavram olan davranışın değerlendirilmesi ve onun esas alınması kusur ilkesine mahiyet olarak uyum arz etmektedir.

salt malvarlığının ihlâli bir kusursuz sorumluluk halinin ihlâliyle gerçekleşmişse hukuka aykırı davranış teorisi, ilgili kusursuz sorumluluk halinde nasıl uygulanacaktır? Konunun salt malvarlığı ve mutlak hak ihlâli ile net bir bağlantısı yoktur bunu kurmaya ihtiyaç da yoktur. Ancak konunun kusur ve kusursuz sorumlulukla ise doğrudan doğruya bağlantısı vardır. Bu itibarla salt malvarlığı haklarının ve mutlak hakların ihlalleri yönünden herhangi bir ayırım yapılmasına ihtiyaç olmaksızın – hukuka aykırı davranış teorisi kabul edilecekse – hukuka aykırı davranış teorisinin ancak kusur sorumluluklarında, hukuka aykırı sonuç teorisinin ise hem kusur hem de kusursuz sorumluluklarda uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Hukuka aykırı davranış teorisini, sorumluluğu çok daraltması yönüyle isabetli bir teori olarak da görmüyoruz. Kanaatimizce bu teori ancak failin sorumluluğunun azaltılmasının gerektiği, failin mağdur lehine bir işe girerken zararı ortaya çıkartması veya mağdurun kendi aleyhine önemli tehlike ortaya çıkarttığı hallerde failin ona zarar vermesi veya zararlı sonuçtan illi olarak uzakta bulunan dolaylı failin sorumlu tutulması gibi hallerde ve ancak kusur sorumluluklarında kullanılmalıdır. Genel bir hukuka aykırılık teorisi olarak sadece kusur sorumluluğunda uygulanabileceği için yetersizdir ve kusur ilkesi ile zaten fazlasıyla korunan failin korunmasını artırarak taraflar arası mutedil menfaat-zarar dengesini mağdur aleyhine bozmaktadır.

2. Hukuka Aykırı Sonuç Teorisi

Objektif hukuka aykırılık görüşünün diğer bir görünümü olan hukuka aykırı sonuç teorisi, hukuka aykırılığı fail ile ilgili bir değerlendirmeye girmeksizin doğrudan sonuçta arar⁶³. Bu teoriye göre kanun normu aslında failin davranışını değil meydana gelebilecek sonucu yasaklamıştır. Kanun normunca yasaklanan bu sonuca sebep olan fail açısından hukuka aykırılık gerçekleşmiştir. Burada sonuç faile herhangi bir yolla atfedilebiliyorsa – bu failin bir davranışı da olabilir, failin hukuka uygun davranarak tehlike ortaya çıkarması da olabilir – fail hukuka aykırılıktan sorumludur. Bu itibarla hukuka aykırı sonuç teorisi zararı faile sadece davranışı üzerinden değil başka yollar üzerinden atfedilmesini de caiz görerek sorumluluğu genişletir⁶⁴. İşte bu sebepten dolayı hukuka aykırı sonuç teorisi kusursuz sorumlulukla ve sorumluluğu genişletme anlayışıyla tam bir uyum içerisinde⁶⁵.

Hukuka aykırı sonuç teorisi kusursuz sorumlulukla uyum arz etmekle beraber kusur sorumluluğunda uygulanması da sakıncalı sonuç doğurmamaktadır. Sadece sorumluluğun belirli ölçüde genişlemesine sebep olur fakat uygulanamaz değildir. Hatta kusur ilkesinin sakıncalarını belirli ölçüde bertaraf etmesi yönüyle de kanaatimizce isabetlidir, tercih edilmelidir. Nitekim kusur unsuru yönünden de benzeri yapılmaktadır. Uygulama ve doktrinde objektif kusur teorisi kabul edilerek⁶⁶ kusur ilkesinin

63 Eren (n 7) 672 vd; Çağlayan Aksoy (n 8) 162-163.

64 Vito (n 5) 14; Eren (n 7) 672 vd.

65 Nasıl ki kusursuz sorumlulukta önemli olan sonuçtur, faille ilgili değerlendirmelere gidilmez işte hukuka aykırı sonuç teorisinde de sonucun hukuka aykırı olması yeterli olup bunun failin davranışıyla gerçekleşip gerçekleşmediği ile ilgilenilmez. Bu yönden de kusursuz sorumluluk ile hukuka aykırı sonuç teorilerinin sorumluluğa yaklaşım şekillerinin ne kadar benzer olduğu görülür.

66 Eren (n 7) 644; Fellman (n 20) 8.

sakıncaları⁶⁷ giderilmeye çalışılmaktadır. İşte aynı fayda doğrultusunda objektif kusur teorisinin dahi hukuka aykırı sonuç teorisine birleştirilerek uygulamasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

Sonucun hukuka aykırılığı teorisinin sorumluluğu genişletmesinin somutlaştığı alana menfi davranışla⁶⁸ meydana gelen zararlar ve salt malvarlığı zararları örnek verilebilir. Menfi davranışla sorumluluğa ilişkin doktrinde farklı görüşler vardır⁶⁹. Bu görüşlerden birisi menfi davranışın varlığını hukuka aykırılık unsurunun oluşmuş olmasına bağlar⁷⁰. Özellikle bu görüş açısından menfi davranışın varlığı hukuka aykırılığın varlığına bağlı olduğu için hukuka aykırı sonuç teorisi menfi davranış alanında sorumluluğu genişletici rol oynar. Zira hukuka aykırılığın genişlemesi menfi davranışın oluşma sahasını da genişletecektir. Keza salt malvarlığı zararlarında özel koruma normunun sonuç esas alınarak yorumlanması sorumluluğu genişletecek, davranış gerçekleşmese bile faile illiyet bağıyla atfedilebilen zararlardan fail sorumlu olacaktır. Böylece hukuka aykırı sonuç teorisi, hukuka aykırı davranış teorisine göre genel olarak sorumluluğu genişlettiği gibi menfi davranışla meydana gelen zararlar ve salt malvarlığı zararları bakımından da sorumluluğu genişletmektedir.

3. Davranışın ve Sonucun Hukuka Aykırılığı Teorilerinin Bazı Yönlerden Kıyaslanması

Hukuka aykırılıkla ilgili bu teorilerin yukarda bahsedilen salt malvarlığı zararları, menfi davranış, kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk ile bağlantısı haricinde ayrıca illiyet bağı ve kusur unsurlarıyla bağlantısı bakımından ve sorumluluğu kurma tekniği ve sorumluluğun genişliği bakımından da önemli farkları vardır.

Bu iki teori ayrımının illiyet bağı unsuruyla ilgili en esaslı bağlantısı şu noktadadır: Hukuka aykırı davranış teorisinde illiyet bağı araştırması zarar ile failin hukuka aykırı davranışı arasında araştırılırken, hukuka aykırı sonuç teorisinde hukuka aykırı zarar ile failin davranışı veya faile sorumluluğu isnadı mümkün herhangi bir olgu (tehlike sorumluluklarında tehlike ortaya çıkarma olgusu gibi) arasında yapılacaktır. Böylece hukuka aykırı sonuç teorisinin davranış unsurundan bağımsız bir yapıda olduğu görülür.

67 Haksız fiillerde kusur sorumluluğunun pek çok sakıncası var olsa da objektif kusur teorisi ile özellikle kusurun tespiti ve ispatı sorunu ve de zarar görenin üstün masumiyetinin kusur ilkesince gözetilmemesi gözetilmemesi sorunları çözülmek istenmiştir.

68 Menfi davranış, yapılması hukuken gerekli bir davranışın yapılmaması neticesinde bir zararın ortaya çıkması durumunda söz konusu olur. İnsan vücudunun pasif davranışı ve eylemsizliğidir. bkz Christian Förster, *Schuldrecht Besonderer Teil Eine Einführung mit Fällen* (C.F. Müller 2012) 331; Deutsch (n 5) 13; Brüggemeier (n 5) 25.

69 Bir görüşe göre hareketsizlik davranış sayılmaz. Eylemsizlik ile illiyet bağı süreci başlamış olamaz. Böylece menfi davranışla zarar arasında illiyet bağı bulunmamaktadır. Hüseyin Hatemi ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (2. Bası, Vedat Kitapçılık 2012) 113-114; Brehm (n 10) 98. Diğer bir görüşe göre menfi davranış, hukuk kuralına aykırılık teşkil ediyorsa bu takdirde bu eylemsizlik bir davranış olarak kabul edilmelidir. bkz Deutsch (n 5) 69 vd; Vito (n 5) 46; Larenz and Canaris (n 5) 365; Keller (n 1) 108; Guhl (n 36) 133; Oftinger ve Stark (n 9) 126. Bu görüş menfi davranışın varlığını tamamen, hukuka aykırılığa bağladığı için konu açısından daha çok önem arzeder. Üçüncü ve menfi davranışın varlığını en çok genişleten görüş ise failin eylemsizliği yerine failin iktidar dairesinde farazi olarak yapacağı bir eylemi koyar. Şayet bu farazi eylemi yapsaydı bu zarar ortaya çıkmazdı denebiliyorsa bu takdirde menfi davranışın varlığından söz edilir. Eren (n 7) 588 vd.

70 Deutsch (n 5) 69 vd; Vito (n 5) 46; Larenz and Canaris (n 5) 365; Keller (n 1) 108; Guhl (n 36) 133; Oftinger ve Stark (n 9) 126.

Bu iki teorinin kusur bakımından dikkat çeken bir noktası da vardır. Davranışın hukuka aykırılığı teorisi kusur ile hukuka aykırılık unsurlarının birbirine yaklaşp karışmasına sebep olabilecek bir teoridir. Özellikle ihmali tespit eder tarzda düzenlenmiş dolaylı olarak hakları koruyan normların varlığı halinde bu durum daha da kuvvetlenir. Mesela çukur açma yasağının olduğu halde bunu yapan açısından hukuka aykırılık, hukuk aykırı davranış teorisine göre çukuru açma eylemidir. Kusur ise bu eylemin üçüncü ortalama kişinin davranışından sapmış olmasıdır⁷¹ yani yine bu eylemdir. Böylece çukur açma davranışı hem kusur hem hukuka aykırılık teşkil etmiş olur. Sonucun hukuka aykırılığı teorisinde ise hukuka aykırılık ancak çukurdan dolayı ortaya çıkan zarardır ve kusurlu davranıştan tamamen ayrılmıştır. Böylece hukuka aykırılığı sonuçta-zararda tespit eden teorilerin kusur ile hukuka aykırılığın karışma problemini genel olarak ortadan kaldırdıkları söylenebilir.

Bu iki teorinin sorumluluğu kurma tekniğine ve sorumluluğun genişlemesine etkisi her bir farklı somut olayda hissedilebilir. Mesela yapım bozukluğu olan binayı satın alan bir kimsenin dairesi depremde yıkılsa ve üçüncü bir kişi bundan zarar görse yapı malikinin kusursuz sorumluluğu yanında kanaatimizce müteahhitin üçüncü kişiye karşı kusur sorumluluğu da gündeme gelir. Zira depremin yapım bozukluğu nedeniyle binayı yıktığı ve illiyet bağıını kesmediği düşünülürse haksız fiilin tüm unsurları somut olayda gerçekleşmiş olur. Hukuka aykırı davranış teorisi üzerinden sorumluluk kurulursa, hukuka aykırılık da kusur da yapım bozukluğu olan bir binanın imâl edilmesi davranışı olur ve bu iki kavram birbiriyle karışır. Kavramların birbirine girmesi ve birbirinden ayırt edilememesi pek istenen bir şey değildir. Hukuka aykırı sonuç teorisinde ise kusur yine yapım bozukluğu olan bir binanın imâl edilmesi ve bunda ihmâl gösterilmesiyle, hukuka aykırılık ortaya çıkan zarar olmuş olur ve kavramlar birbirinden tamamen ayrılır. Böylece bunların tespiti ve sorumluluğa hükmetmek kolaylaşır. Zaten hukuka aykırı sonuç teorisinde, hukuka aykırılığın ortaya çıkması da genel yapısı itibarıyla daha kolaydır. Bu teoriye göre hukuka aykırılık şahıs ve malvarlığında haksız olarak zarar ortaya çıkarılmasıdır yani hukuka aykırılık zarar unsurunun üzerinde çıkmaktadır. Aynı örnekte yapı mülkinin sorumluluğu için de şayet objektif hukuka aykırılık teorisi kabul edilecekse hukuka aykırı sonuç teorisinin kabul edilmesi neredeyse zorunluluktur. Zira bakımdaki eksikliğin veya yapımdaki bozukluğun, mülkin davranışı ile irtibatlandırılması bazen güçtür. Fakat ortaya çıkan zararın hukuka aykırı olduğunu kabul etmek bu problemi doğrudan çözer. İşte bu durumun sebebi kusursuz sorumluluklarda hukuka aykırı davranış teorisinin neredeyse uygulanamaz bir teori olmasındadır. Kusur sorumluluklarında ise hukuka aykırılık daraldığı gibi, kusurla da karışma problemi ortaya çıkar.

B. SUBJEKTİF HUKUKA AYKIRILIK TEORİSİ

Subjektif hukuka aykırılık teorisi sorumluluğu objektif teoriye göre genişletici bir yapıyı haizdir⁷². Bu teoriye göre zararın ortaya çıkması bu zararın hukuka aykırı da olduğu karinesini beraberinde getirir. Fail tarafından (davranış ile veya başka bir yol ile) bir zarar ortaya çıkartılmışsa bu zarar hukuka aykırıdır. Yeter ki fail bu zararın hukuka uygun olduğunu ve bu zararı vermeye hakkı olduğunu

71 Eren (n 7) 644; Fellman (n 20) 8.

72 Cartier (n 10) 6.

ispatlamamış olsun⁷³. Bu teori hukuka aykırılık unsurunu öznel olarak değerlendirir⁷⁴. Böylece bu teori, bir hukuka uygunluk nedeni ispat edilmediği sürece ortaya çıkartılan zararı hukuka aykırı saymakta böylece hukuka aykırılığı ve sorumluluğu oldukça genişletmektedir.

Bu teori İsviçre doktrini ve içtihatlarında kabul görmemektedir⁷⁵. Kusursuz sorumluluğun, sorumluluğu genişletmesi, ispat yükünün failden çıkması özellikleri bu teoride de görülür⁷⁶. Ortaya çıkan zararın hukuk normunu ihlâl etmesi gibi bir unsur aranmaksızın, ortaya çıkan her zarar, zarar vermeye dair hak ispat edilmedikçe hukuka aykırı olacaktır⁷⁷.

Bu teoride hukuka uygunluk nedeni ispat edilmediği sürece ortaya çıkan zararın mutlak hakları veya salt malvarlığı haklarını ihlâl etmesi ayrımı yapılmamaktadır⁷⁸. Subjektif hukuka aykırılık teorisinde de hukuka aykırılık davranışın değil zararın üzerinde oluşmaktadır. Zira davranış olmasa bile mesela tehlike ortaya çıkarma olgusu ile veya objektif özen ödevinin ihlâli neticesinde bir zarar gelmişse de bu teoriye göre hukuka aykırılık gerçekleşebilir. Zaten bu teoride hukuka aykırılığın oluşmadığını ispat için ilgili zararı-sonucu meydana getirmenin hukuka uygun olduğu ortaya konmaktadır⁷⁹. Subjektif hukuka aykırılık teorisi sonuç odaklı bir teori olduğu için kusursuz sorumlulukla uyum gösterir. Bununla beraber kusur sorumluluklarında da uygulanabilir. Fakat hukuka aykırı sonuç teorisinde olduğu gibi kusur sorumluluğunun objektifleşmesine sebep olur.

1. Sonuçun Hukuka Aykırılığı Teorisiyle Kıyaslanması

Objektif hukuka aykırılık teorisinin bir görünümü olan hukuka aykırı sonuç teorisi, subjektif hukuka aykırılık teorisine yapısı ve sonuçları bakımından oldukça benzer. Her iki teori de kusursuz sorumlulukla uyum arz ederler, sorumluluğu genişletici etki gösterirler ve her iki teoride de hukuka aykırılık davranış unsurundan bağımsızdır. Ancak bu iki teorisinin sonuçlarının belirgin şekilde ayrıştığı noktalar da vardır.

73 ibid 6, 13; Brehm (n 10) 32; Verde (n 10) 5-6.

74 Walter G Becker, *Das Recht der unerlaubte Handlungen* (Duncker Humblot 1976) 442; Brehm (n 10) 32.

75 Cartier (n 10) 31; BGE 115 II 15; Ayrıca bkz Gönül Koşar, Kusur (n 21) 102 vd.

76 Subjektif hukuka aykırılık teorisi kusursuz sorumlulukla uyum gösterdiği için kusursuz sorumluluğun genel özelliklerine uygun sonuçlar doğurmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere haksız fiilin her unsuruna ait farklı teoriler kusur veya sebebiyet ilkelerinden birisiyle uyum göstermektedir. Subjektif hukuka aykırılık, hukuk tekniği yönünden sonuca-zarara odaklanması ve ispat yükünü mağdura yüklemesi bakımından, sonuçları yönünden de sorumluluğu genişletmesi bakımından sebebiyet sorumluluğunun karakteristikleri ile paralel sonuç doğurmaktadır. Sorumluluk hukukunda Kıta Avrupası Hukukunda kusur ilkesinin esas kabul edilmesi, kusur ilkesinin karakteristikleri olan sorumluluğun fail lehine sınırlandırılması, ispat yükünün mağdura olması gibi konularda oturmuş bir kabule dönüşmüştür. İşte subjektif hukuka aykırılık görüşü bu kabullere aykırı sonuç doğurduğu için kolaylıkla kabul edilmesi beklenmez. Biz subjektif hukuka aykırılık teorisini uygun bir hukuka aykırılık teorisi olarak görmekteyiz. Kanaatimizce kusur sorumluluğu pek çok yönden özellikle mağdurun korunmasının sınırlandırılması yönünden sakıncalıdır. Subjektif hukuka aykırılık teorisinin mağduru koruyucu ve sorumluluğa zarar odaklı yaklaşımı, sorumluluk hukukunun güncel ihtiyacı olan kusursuz sorumluluk hallerinin genişletilmesi yönündeki ihtiyacı karşılamaya elverişlidir.

77 Cartier (n 10) 6, 13; Brehm (n 10) 32; Verde (n 10) 5-6.

78 Andres Von Tuhr and Hans Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts* (Schulthess Polygraphischer Verlag 1979) 409; Cartier (n 10) 6.

79 Brehm (n 10) 32; Eren (n 7) 659-660; Von Tuhr and Peter (n 78) 409; Tandoğan, Mesuliyet (n 8) 17-18; Cartier (n 10) 6.

Birincisi salt malvarlığı zararları bakımındandır. Subjektif teori salt malvarlığı zararlarını son derece genişletici bir etki gösterir. Zira bir ekonomik zararın meydana gelmesi onun hukuka aykırı da olduğu karinesini beraberinde getirecek, fail ancak söz konusu zararın ortaya çıkmasında kendisi açısından bir hukuka uygunluk sebebinin varlığını ortaya koyarak bundan kurtulabilecektir. Böylece subjektif hukuka aykırılık teorisi ortaya çıkan zararın mutlak hak veya salt malvarlığı zararı olmasıyla yani niteliği ile ilgilenmemektedir⁸⁰. Sonucun hukuka aykırılığı teorisinde ise salt malvarlığı zararları ancak bununla ilgili bir özel koruma normu varsa hukuka aykırı kabul edilebilecektir. Hukuka aykırılığın gerçekleşmesi için sonucun bu özel koruma normunun koruduğu değere aykırı olması gerekmektedir. Özel koruma normunun var olmaması ortaya çıkan zararın da sonucun hukuka aykırılığı teorisine göre hukuka uygun olması sonucunu beraberinde getirecektir. Halbuki subjektif hukuka aykırılık kanun normunun ihlâlinden bağımsız olduğu için hukuka aykırılığın gerçekleşmesi için bir özel koruma normunun ihlâlüne de gerek yoktur.

İkincisi bu teoriler sorumluluğa farklı yaklaşım içermektedirler. Subjektif teoride zarar karine olarak hukuka aykırıdır. Ortaya çıkan zararda fail açısından hukuka uygunluk sebebinin olduğu ortaya konulmadığı sürece zarar hukuka aykırı demektir. Sonucun hukuka aykırılığı teorisinde ise zarar karine olarak hukuka uygundur. Bu zararlı sonucun ayrıca objektif nitelikteki kanun normuna aykırılığının ortaya konulması ile hukuka aykırılık gerçekleşmiş olur. Bu yönden subjektif teori tıpkı salt malvarlığı zararlarında olduğu gibi sorumluluğu daha genişletici bir yaklaşım içerisindedir.

2. Subjektif Hukuka Aykırılık Teorisinin Uygulanmasının Sorumluluk İlkeleriyle Bağlantısı

Bu teoride hukuka uygunluk nedeni olmadığı sürece her zarar hukuka aykırı olacağı için hukuka aykırılığın kapsamı daha geniştir. Zararın gerçekleşmesiyle hukuka aykırılığın da gerçekleştiği karinesi de vardır. Böylece genişleyen hukuka aykırılık kapsamı nedeniyle failin kusurlu bulunması imkânı da genişler. Bu nedenlerle teori failin sorumlu bulunması olanağını artırmaktadır. Böylece bu teori sorumluluğu objektifleştirmekte ve sebebiyete yaklaştırmaktadır.

Subjektif hukuka aykırılık teorisi kusur ilkesine tâbi olarak kullanılabilirse de sonuç odaklı olması bakımından aslında sebebiyet sorumluluğuyla daha çok uyum arz eder. Subjektif hukuka aykırılık teorisinin uygulanmasına bu teorisinin kabul edildiği bir hukuk düzeni olarak Fransız hukuku örnek gösterilebilir⁸¹. Fransız hukukunda sorumluluğun şartı olarak kusur ile hukuka aykırılığı beraberce barındıran *Faute* kavramı aranmaktadır⁸². Halbuki subjektif hukuka aykırılık davranış değil sonuç odaklı olması yönüyle hukuka aykırılıkla kusurun birbirinden ayrılmasını temin etmeye müsait yapıdadır. O halde subjektif hukuka aykırılık teorisi nasıl oluyor da kusur ile hukuka aykırılığın karışmasına sebep olmaktadır? Halbuki onları birbirinden ayırmaya müsait yapısı vardır. İşte subjektif hukuka aykırılık uygulandığı halde kusur ile hukuka aykırılığın birbirine karışması başka

80 Von Tuhr and Peter (n 78) 409; Cartier (n 10) 6.

81 Eren (n 7) 660-661; Vito (n 5) 12; Çağlayan Aksoy (n 8) 157-159.

82 Bu hukuk sisteminde sorumluluk için temelde hukuka aykırılık fikrinden hareket edilmektedir. bkz Vito (n 5) 12; Fransız Hukukunda sorumluluğun unsurları olarak zarar, illiyet bağı ve *faute* aranmaktadır. *Faute* kelimesi, kusur anlamına geliyorsa da bu kelime hukuk kuralının ihlâli anlamına da gelir. bkz Gönül Koşar, Kusur (n 21) 41 vd, 298.

bir yönden olmaktadır. Şöyle ki subjektif hukuka aykırılık teorisi sebebiyet sorumluluğuna yakın bir teori olduğu için uygulandığı zaman kusur kavramını ortadan kaldırılmasına müsait bir zemin hazırlar. İşte sorumluluktaki rolü azalan kusur kavramı adeta görünmez olmaya başlar ama kusur sorumluluğu anlayışından tam vazgeçilmediği için kusur varlığını hukuka aykırılık kavramının içerisine yerleşmeye başlayarak sürdürme imkânı bulur. Böylece hukuka aykırılıkla kusur karışmaya başlamakta, sorumlulukta başrolde olma durumunu kaybeden kusur nedeniyle sorumluluk da objektifleşmeye başlamaktadır.

Türk Hukukunda da kişilik haklarının saldırıya karşı korunmasında subjektif hukuka aykırılık teorisi kabul edilmiştir. Nitekim TMK m. 24'e göre: *“Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır”*. Madde metninde açıkça hukuka uygunluk nedeni ortaya konulmadığı sürece kişilik haklarında ortaya çıkan her zararın hukuka aykırı olduğu düzenlenmiştir. Böylece Türk Hukukunda kişilik haklarının ihlâlinin daha kolay gerçekleştiği ve buna bağlı maddi ve manevi tazminat taleplerinde mağdurun korunmasının daha fazla artırıldığı görülmektedir.

C. ÜÇÜNCÜ HUKUKA AYKIRILIK TEORİSİ

Üçüncü hukuka aykırılık teorisi, özen yükümlülüğünün, koruma yükümlülüğünün veya bir genel davranış kuralının ihlâline dayanmaktadır. Buna göre failin davranışı genel bir davranış kuralını ihlâl etmelidir⁸³. Objektif hukuka aykırılıktan farklı olarak bu teori bir kanun normunun ihlâline dayanmaz. Failin davranışının kanun normuna değil genel davranış yükümlülüğü, koruma yükümlülüğü, özen yükümlülüğü gibi kavramlara aykırı olması yeterlidir⁸⁴. Böylece üçüncü hukuka aykırılık teorisi, hukuka aykırılık kavramını genişletmiş bulunmaktadır.

1. Üçüncü Hukuka Aykırılık Teorisine Dair Farklı Yorumlar

Üçüncü hukuka aykırılık teorisi daraltılıp genişletilmeye uygun yapısı olan bir hukuka aykırılık teorisidir. Failin davranışı hangi kavrama aykırı olunca hukuka aykırılık gerçekleşecektir? İşte bu noktada hukuka aykırılığın ölçüsü yazarlara göre farklı tanımlanmaktadır. Bazı yazarlara göre hukuka aykırılık özen yükümlülüğü ihlâl edildiği zaman⁸⁵, bazı yazarlara göre koruma yükümlülüğü ihlâl edildiği zaman⁸⁶ bazı yazarlara göre de genel davranış yükümlülüğü ihlâl edildiği zaman⁸⁷ hukuka aykırılık gerçekleşir. İşte bu teori davranıştaki hukuka aykırılığı tespitite kullanılan olgu bakımından esnekler. Bu yönüyle teori sorumluluğu ihtiyaca göre daraltmaya genişletmeye, kusur ve sebebiyet sorumluluklarına yaklaştırmaya müsait karakterdedir.

83 Cartier (n 10) 87; Kurtulan (n 1) 477-478.

84 Cartier (n 10) 88.

85 Honsell, Isenring and Kessler (n 5) 80-81; Ayrıca bkz Cartier (n 10) 91.

86 Schonenberger (n 11) 9 vd.

87 Vito (n 5) 16.

a. Özen Yükümlülüğünün İhlâli Görüşü

Bir görüşe göre, hukuka aykırılık özen yükümlülüğünün ihlâli ile gerçekleşmektedir. Kişi özensiz davranarak verdiği zararlar bakımından hukuka aykırı davranmış olur⁸⁸. Halbuki özen kusura ait bir unsurdur. Görüş sahiplerine göre özen gösterme ve tedbir alma hukuka aykırılık unsuruyla ilgili olup kusur araştırması için failin ayırt etme gücünün olup olmadığına bakılmalıdır⁸⁹. Bu görüş, kusur ile hukuka aykırılığı neredeyse tamamen üst üste bindirdiği için doktrinde eleştirilmektedir⁹⁰.

b. Koruma Yükümlülüğünün İhlâli Görüşü

Bu konudaki ikinci görüşe göre hukuka aykırılık koruma yükümlülüğünün ihlâline dayanmaktadır. Kişiler yakınlaştıkları fiziksel ve sosyal temasa girdiği kimselerin şahıs ve malvarlıklarına zarar vermeme yükümlülüğü altına girerler. Buna koruma yükümlülüğü denilir ve buna aykırı bir davranış hukuka aykırılık teşkil edecektir. Koruma yükümlülüğü, failin özen göstermesi olgusundan daha geniştir. Şöyle ki kişi özenli ve son derece tedbirli olsa da yine de yakınlaştığı bir kişiye karşı bir zarara sebep olmuşsa koruma yükümlülüğünü yerine getirememiş olur. Böylece koruma yükümlülüğü kusur, özen, tedbir gibi kavramlardan bağımsız olarak yakınlaşılan kişiye verilmemesi gereken bir zarara sebep olunması durumunda ortaya çıkan bir olgudur. Kusurdan daha geniştir. Gerçekten kusur araştırmasında failin davranışının ortalama üçüncü kişinin davranışından sapma olgusu araştırılır. Koruma yükümlülüğüne dayanan hukuka aykırılık araştırmasında failin velev ki kusuru hiç olmasa bile çevresindeki kişilerin can ve mal varlıklarını korumaya yönelik uygun davranışlarda bulunup bulunmadığı araştırılacaktır⁹¹. Bu görüşteki *Schönenberger* refleksi ile verilen zararları buna örnek verir⁹². Buna göre refleksiyle tamamen iradeden bağımsız bir beden hareketiyle zarara sebep olan kusursuz olsa da hukuka aykırı hareket etmiş olabilir.

Bu görüş sorumluluğu olabildiğince genişletip kusursuz sorumluluğa yaklaştırır. Hatta yaklaşım olarak sonuç odaklı olması ve davranış unsurundan bağımsız olması yönleriyle sebebiyet sorumluluğuna benzemektedir. Zira refleksi ile yapılan beden hareketleri kusur içermezler böylece kusur sorumluluğuna sebep olamazlar. Hatta refleksi bir iradeye dayanmadığı için haksız fiil anlamında bir davranış ortada yoktur. Yazar hukuka aykırılığa ilişkin bu görüşüyle ya haksız fiil için davranış unsurunu aramamaktadır – ki bu sebebiyet ilkesinin özelliğidir – veya davranış unsurunun oluşması için davranış iradesini aramamaktadır. Sorumluluk objektifleştirilmek istenirse sorumluluktan kusur unsurunun kaldırılıp bu teorelin kullanılması oldukça verimli bir yoldur. Fakat kusur unsuru ile beraber kullanılması mahiyetine uyum göstermez. Zaten üçüncü hukuka aykırılık teorileri kusur unsurunun sorumluluktan kaldırılması ile beraber kullanılmaya elverişlidir.

88 Honsell, Isenring and Kessler (n 5) 80-81; Ayrıca bu teori hakkında bkz Cartier (n 10) 91.

89 ibid 81.

90 Cartier (n 10) 93 vd; Schonenberger (n 11) 9.

91 Schonenberger (n 11) 9 vd.

92 ibid 10.

c. Genel Davranış Yükümlülüğünün İhlâli Görüşü

Bu konudaki üçüncü görüş hukuka aykırılığın genel bir davranış yükümlülüğüne aykırı davranılmasını hukuka aykırılıkla vasıflandırır. Davranış yükümlülüğünün varlığı, kanuna, yargı içtihatlarına dayanıyor veya doktrinde kabul ediliyor olabilir⁹³. Bu davranış yükümlülükleri kanun normlarından daha geniş ve kanunlardaki normları da kapsayıcıdır. Bu normlara özel koruma normları da dahildir. Keza özen yükümlülüğünün ihlâlini teşkil eden davranışlar da genel davranış yükümlülüğünün ihlâline sebep olur⁹⁴. Böylece bu görüşün hukuka aykırılığı genişlettiği görülmektedir.

Bu görüşe göre bir koruyucu norm ihlâline gerek yoktur⁹⁵. Failin mensup olduğu grubun genel hareket tarzından sapan davranışlar, hukuka aykırı olarak kabul edilmelidir. Böylece hukuka aykırılık unsuru, artık kanuni normlar değil, kanuni düzenlemeleri içerse de ondan kopartılmış ve hâkimin takdir yetkisine bağlı olan somut olayın şartlarına göre tespit edilen bir sorumluluk unsuru olur⁹⁶. Hatta genel standartlar benimsenmemeli her olay ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Zira ortalama davranış standartları zaman içerisinde değişiklik gösterebilir⁹⁷.

Özen yükümlülüğünün ihlâli bu görüşe göre hukuka aykırılık teşkil edeceği için kusurla karışma problemi yine gündeme gelecektir. *Vito* ise hukuka aykırılığın tespitinde ortalama üçüncü kişinin özeninin ölçü alınmaması gerektiğini fikrindedir. Böylece objektif kusur teorisinden farklı bir yaklaşım sergilenir. *Vito*'ya göre failin mensup olduğu grubun davranış özelliklerinin taşınması gereken seçici standartların temel alınması gerekmektedir. Böylelikle kusurla karışma problemi olmayacaktır. Yine *Vito*'ya göre bu konuda da titiz olunmalı failin grubunun ince ayrıntıları ve özellikleri de göz önüne alınmalıdır. Mesela bir doktorun fiilindeki hukuka aykırılık tespit edilirken onun pratisyen mi yoksa uzman mı olduğu dikkate alınarak hukuka aykırılık tespit edilmelidir⁹⁸. Böylece kusur objektif bir kavram iken, hukuka aykırılık subjektifleştirilerek ondan ayrılmış olacaktır.

2. Üçüncü Hukuka Aykırılık Görüşünün Sorumluluk Hukukundaki Etkileri

Hangi görüş kabul edilirse edilsin üçüncü hukuka aykırılık teorisi sorumluluktan kusur unsurunu kaldırmaya yönelik bir teoridir. Kusur kavramıyla beraber uygulanırsa teori işlevsiz hale gelir veya kusur mükerrer olarak araştırılmış olur. Bu teori sorumluluktan kusur kavramını kaldırmış ve adeta kusur kavramını olduğu gibi veya belirli değişikliğe tabi tutarak hukuka aykırılık unsurunun içerisine dahil etmiştir. İşte birinci görüş olan özen yükümlülüğüne aykırılık görüşü kusuru olduğu gibi hukuka aykırılık unsurunun içerisine dahil etmişken, diğer görüşler kusur kavramını sorumluluktan kaldırmakla birlikte kusur olmayan ancak kusura belirli benzerlikler

93 Vito (n 5) 16; Çağlayan Aksoy (n 8) 241.

94 Çağlayan Aksoy (n 8) 241.

95 Özel koruma normu ihlâli, temel koruma normu ihlâli gibi kavramlar hukuka aykırılık unsuru bakımından bu teoriyle anlamını kaybetmiş olurlar. bkz Cartier (n 10) 88.

96 Çağlayan Aksoy (n 8) 244.

97 Cartier (n 10) 101.

98 Vito (n 5) 16-17.

arz eden koruma yükümlülüğü veya genel davranış yükümlülüğü gibi kavramları hukuka aykırılık unsurunun içerisine dahil etmiştir. Bu kavramlar kusurdan daha geniş bir daire içerdikleri için fail kusurlu olmasa bile hukuka aykırı davranabilecektir. Sorumluluktan kusur da kalktığı için böylece sorumluluk artık sebebiyet sorumluluğuna yaklaşmış olacaktır. Şunu da belirtelim ki velev ki birinci görüşteki gibi kusur kavramı olduğu gibi hukuka aykırılık unsurunun içerisine taşınmış olsaydı ve failin kusuru hukuka aykırılık için şart olsaydı bile yine de sorumluluğun belirli ölçüde objektifleşeceğinden yani sebebiyete yaklaşacağından söz edebilirdik. Zira hukuka aykırılık, kusur kavramına göre daha objektif bir kavramdır. Kusur kavramının hukuka aykırılık ismi altında aranması bile sorumluluğu objektifleştirici etki yapar.

Üçüncü hukuku aykırılık teorisi İsviçre 2020 Borçlar Kanunu Tasarısı Art. 46'da kabul edilen hukuka aykırılık anlayışıdır. Gerçekten İsviçre 2020 Borçlar Kanunu Tasarısında kusur unsuru haksız fiil sorumluluğundan kaldırılarak genel sorumluluk ilkesi olarak kusursuz sorumluluk kabul edilmiş ancak kusur kavramı adeta hukuka aykırılığın içerisine dahil edilerek kusursuz sorumluluğa sert bir geçiş yapılmamıştır. Sorumluluğun ne kadar sebebiyete yaklaştığı üçüncü hukuka aykırılıkla ilgili yukarda bahsedilen teorilerden hangisinin kabul edildiğine göre değişiklik gösterecektir. Dikkat edilmesi gereken nokta ise hukuka aykırılıkla ilgili bir teorinin sorumluluğu aslında kusurla ilgili gözükken kusur sorumluluğu-sebebiyet sorumluluğu kutuplarına doğru yaklaştırmasıdır. Gerçekten haksız fiil sorumluluğunun karakteristiğini en kuvvetli belirten veri onun sebebiyet veya kusur sorumluluğuna dahil olmasıdır. İşte hukuka aykırılıkla ilgili teoriler içerisinde bunu en çok etkileyen ise üçüncü hukuka aykırılık görüşüdür. Bu itibarla bu teorinin pratik ihtiyaca göre şekillenebilme özelliği de düşünüldüğünde oldukça kullanışlı olduğu kanaatindeyiz.

Üçüncü hukuka aykırılık teorisi, hukuka aykırılığı sonuçta değil davranışta aramaktadır. Bu yönden de her ne kadar kusursuz sorumluluğu öngören bir hukuka aykırılık teorisi olsa da davranış unsurunu araması yönüyle kusur sorumluluğu karakteristiğini de içinde barındırır. Bu teori özellikle salt malvarlığı zararlarından sorumluluğu genişletmektedir. Zira bu teoriye göre salt malvarlığı zararından sorumluluk için artık özel koruma normuna ihtiyaç kalmayacaktır⁹⁹. Kişi genel davranış yükümlülüğüne, koruma yükümlülüğüne aykırı olarak bir salt malvarlığı zararına sebep olmuşsa bundan sorumlu tutulabilecektir¹⁰⁰. Üstelik kusurlu olmasına da gerek yoktur. Menfi davranıştan sorumluluk için de bu teori genişletici etki oluşturur. Zira failin hareketsiz kalmaması gereken alanı, objektif hukuk kuralları değil bundan daha geniş bir alan olan genel davranış yükümlülüğü, koruma yükümlülüğü gibi olgular belirleyecektir. Bunlara aykırı olarak hareketsiz kalış hukuka aykırılık teşkil ettiği için aynı zamanda menfi davranış sayılacaktır¹⁰¹.

Kanaatimizce bu teorideki hukuka aykırılık kavramı yazılı olmayan hukuk kurallarının yani örf adet hukukunun ihlâlüne de benzemektedir. Objektif hukuka aykırılık teorisine göre yazısız hukuk kurallarının ihlâli de hukuka aykırılıktır. Üçüncü hukuka aykırılık teorisinde örf adet olgusu yerine

99 Cartier (n 10) 88; Kurtulan (n 1) 477-478.

100 Cartier (n 10) 88.

101 Menfi davranışın varlığını tespit etme hukuk kurallarına aykırılığa bakılmalıdır. bkz Keller (n 1) 108; Deutsch (n 5) 65-66, 69 vd; Vito (n 5) 46; Larenz and Canaris (n 5) 365; Guhl (n 36) 133; Oftinger and Stark (n 9) 126.

adeta kişilerin genel olarak birbirlerine zarar vermemeye ilişkin uymaları gereken davranış kuralları ikame edilmiştir. Elbette ki bu kavramlar aynı değillerse de bir benzerlik kurmanın mümkün olduğu kanaatindeyiz.

SONUÇ

Haksız fiilin tüm unsurları haksız fiil sorumluluğuna etki etse de hukuka aykırılık unsuru ve buna ilişkin teorilerin bu sorumluluğun yapısına en çok etki eden unsur olduğu söylenebilir. Bu etkinin dört temel görünümü olduğu söylenebilir. Birincisi hukuka aykırılığın davranışta aranması sorumluluğun ruhunu kusur sorumluluğuna, sonuçta aranması kusursuz sorumluluğa yaklaştırır. Dolayısıyla kusur veya kusursuz sorumluluğun yapısına uygun olan hukuka aykırılık teorisi seçilmelidir. Bu noktada hukuka aykırılığı sonuçta arayan teorilerin üstünlüğü vardır. Zira bunların kusur sorumluluğu ile de uygulanması mümkündür. İkincisi hukuka aykırılık kavramı, kusur kavramının temelidir ona doğrudan etki eder, illiyet bağının kurulma suretine etki eder, davranış unsurunun da zarar unsurunun da üzerinde kurulabilir. Böylece haksız fiilin diğer unsurlarına ve onlar hakkında kabul edilecek teorilere dahi etki edecektir. Üçüncüsü hukuka aykırılıkla ilgili kabul edilen teorilerin hukuka aykırılığı ziyadesiyle daraltıp genişletebildiği hatta neredeyse sorumluluğu kusursuz sorumluluğa çevirebildiği görülmektedir. Dördüncüsü ise hukuka aykırılık unsuru hakkında kabul edilen teorisinin özellikle salt malvarlığı zararlarının tazmin edilip edilmeyeceği hususunda etkili olduğu görülür.

Hukuka aykırılık teorilerden birisinin kategorik olarak esas alınmasını Türk Hukuku bakımından isabetli bulmuyoruz. Bunun yerine sorumluluk hukukunun ve zamanın ihtiyaçlarına göre, sorumluluğun kusur veya kusursuz sorumluluk olmasına göre, ortaya çıkan zarar tipine göre farklı teoriler kullanılmalıdır. Bununla beraber sorumluluğu objektifleştirip kusur sorumluluğundan uzaklaştırmaya uygun teorilerin tercih edilmesinden yanayız. İsviçre 2020 Borçlar Kanunu Tasarısında da bu yönde üçüncü hukuka aykırılık teorisinin kabul edilmesi tesadüf değildir. Bu teori ile kusur ortadan kaldırılmış ve mahiyeti değiştirilerek hukuka aykırılık unsuru içerisine dahil edilmiştir. Bu olumlu bir gelişmedir. Haksız fiil sorumluluğunun günümüz dünya şartlarında artık objektifleştirilmeye ihtiyacı vardır. Bunun temini için hukuka aykırılık unsurunun kullanılması elverişli bir yoldur. Bu bağlamda davranışın hukuka aykırılığı teorisi artık terk edilerek sonucun hukuka aykırılığı teorisi veya subjektif hukuka aykırılık teorisi veya üçüncü hukuka aykırılık teorileri sorumluluk hukukunda daha çok tercih edilmelidir. Bu hem mutlak hakların, salt malvarlığı zararlarının, menfi davranışla meydana gelen zararların, yazılı olmayan hukuk kurallarına aykırılıktan doğan zararların hepsi için daha isabetli bir yoldur.

KAYNAKÇA

Akıncı Ş, *Borçlar Hukuku Bilgisi* (Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Sayram 2019).

Antalya G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I*, (2. Baskı, Beta).

Ayan M ve Ayan N, *Medenî Hukuka Giriş* (Güncelleştirilmiş 10. Baskı, Mimoza 2014).

- Ayan M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış 8. Tıpkı Baskı, Mimoza).
- Becker WG, *Das Recht der unerlaubte Handlungen* (Duncker Humblot 1976).
- Brehm R, *Berner Kommentar Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht Die Entstehung durch Unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR* (4. Überarbeitete Auflage, Stämpfli Verlag 2013).
- Brüggeemeier G, *Haftungsrecht Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, Ein Beitrag zur Europäisierung des Privatrechts* (Springer 2006).
- Cartier M, *Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR*, (digiprint Eschen 2007).
- Çağlayan Aksoy P, *Hukuka Aykırılık ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini* (On iki levha 2016).
- Deutsch E, *Allgemeines Haftungsrecht* (2. Auflage, Carl Heymanns Verlag 1996).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (25. Baskı, Yetkin 2020).
- Fellman W, *Schweizerisches Haftpflichtrecht Band I* (Stämpfli Verlag 2013).
- Fikentscher W, *Schuldrecht* (Achte Auflage, Walter de Gruyter Berlin New York 1992).
- Förster C, *Schuldrecht Besonderer Teil Eine Einführung mit Fällen* (C.F. Müller 2012).
- Fuchs M, Pauker W ve Baumgärtner A, *Delikts und Schadensersatzrecht* (9. Auflage, Springer 2016).
- Godin H, *Wettbewerbsrecht Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb nebst Warenzeichenverletzungen* (Zugabeverordnung und Rabattgesetz, Zweite Auflage, De Gruyter 1974).
- Gönül Koşar G, “Haksız Fiil Hukukunun Amacı” (2020) 69(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1437-1474.
- Gönül Koşar G, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi* (On iki levha 2020).
- Gökcan HT, *Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku* (Seçkin 2016).
- Guhl T, *Das Schweizerische Obligationenrecht Mit Einschuß Des Handels- Wechsel – Und Versicherungsvertragsrechtes* (Dritte verbesserte und ergänzte Auflage, Polygraphischer Verlag 1944).
- Hatemi H ve Gökyayla E, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (2. Bası, Vedat Kitapçılık 2012).
- Honsell H, Isenring B and Kessler MA, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 5. Neu bearbeitete und ergänzte Auflage, Schulthess 2013).
- İnan AN ve Yücel Ö, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (4. Baskı, Seçkin Yayınları 2014).
- Jhering R, *Das Schuld Moment Im Romischen Privatrecht* (Verlag Von Emil Roth 1867).
- Keller M ve Gabi Bolliger S, *Haftpflichtrecht Band II* (Helbing Lichtenhahn Verlag 1985).
- Keller A, *Haftpflicht Im Privatrecht* (sechste vollständig überarbeitete und ergänzte Auflage, Stämpfli verlag 2002).
- Korkmaz F, *Türk Borçlar Hukukunda Kusur ilkesinin Haksız Fiiller Açısından Değerlendirilmesi* (Yetkin 2021).
- Koziol H, “Objektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabes im Schadenersatzrecht?,” (1996) 196(6) Archiv für die civilistische Praxis 593-610.
- Kurtulan G, “Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru” (2017) 23(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 465-503.
- Larenz K and Canaris W, *Lehrbuch Des Schuldrechts Zweiter Band Besonderer Teil 2. Halbband*, (Dreizehnte, vollig neuverfaßte Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1994).
- Oğuzman K ve Barlas N, *Medeni Hukuk* (22. Baskı, Vedat Kitapçılık 2016).
- Oğuzman K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.2 (12. Baskı, Vedat Kitapçılık 2016).
- Oftinger K and Stark EW, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band Allgemeiner Teil* (5. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag).

- Pletter A, *Verschulden als Grundlage der Haftung Ein historischer Vergleich*, (Grin 2005).
- Prütting H, Wegen G and Weinreich G, *BGB Kommentar* (10. auflage, Luchterhand 2015).
- Reisoğlu S, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Yirmidördüncü Bası, Beta 2013).
- Schonenberger B, *Die dritte Widerrechtlichkeitstheorie* (Have/Reas, 2004).
- Schwarz A, “Satış Aktinde Hasarın İntikali (Çeviren: Kudret Ayiter)”, (1947) 4(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 159-167.
- Stark Emil W, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht* (Schulthess Polygraphischer Verlag 1982).
- Stöckli H, *Notizen zur Widerrechtlichkeit* (Schulthess 2007).
- Strickler H, *Die Entwicklung der Gefährdungshaftung: Auf dem Weg zur Generalklausel?* (Verlag Paul Haupt Bern und Stuttgart 1983).
- Şenyüz D, *Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler* (7. Baskı, Ekin 2013).
- Tandoğan H, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, (Turhan 1981).
- Tandoğan H, *Türk Mes’uliyet Hukuku*, (1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık 2010).
- Verde M, *Die Widerrechtlichkeit im Haftpflichtrecht Gedanken zu dieser Haftungsvoraussetzung und den dazu entwickelten Lehren* (Jusletter 18 April 2016).
- Vito R, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (Schulthess Juriste Medien AG 2002).
- Von Tuhr A and Peter H, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts* (Schulthess Polygraphischer Verlag 1979).
- Wilenmann J, *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff Die Dogmatik Des Defensivnotstands im Strafrecht* (Mohr Siebeck 2014).
- Yavuz C, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na Göre Kusursuz Sorumluluk Halleri ve İlkeleri”, (2008) 14(4) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 29-61.

Elektronik Ticaret Platformlarının Üçüncü Kişilerin Fikri ve Sınai Hakkını İhlal Eden İçerikten Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu

Civil Liability of Electronic Commerce Platforms for Content Infringing Intellectual Property Rights of Third Parties

Ekin KORKMAZ GÖKA* 

ÖZ

Son yıllarda büyük bir hızla yaygınlaşan elektronik ticaretin doğurduğu önemli hukuki sorunlardan biri, hak sahibinin fikri ve sınai hakkını ihlal eden bir içeriğe yer sağlayan elektronik ticaret platformunun hak sahibine karşı sorumlu tutulup tutulamayacağıdır. Sorunun çözümü, fikri mülkiyet hukukuna, haksız fiil hukukuna, temel hak ve özgürlüklere ve hatta e-ticaret pazarının desteklenmesine ilişkin çoklu bir bakış açısı gerektirmektedir. Pozitif hukukumuzdaysa durum fazlasıyla karmaşık olup bu karmaşa, uygulamayı da belirsiz hale getirmekte, tüm menfaat sahipleri açısından olumsuz sonuçlar doğurmaktadır. Bu çalışmada öncelikle elektronik ticaret platformlarının özel hukuk sorumluluğuyla ilgili mehz düzenlemeler incelenmiş, daha sonra hukukumuzda meseleye uygulanabilir hükümler tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu açıklamalardan sonra, hukukumuzda belirtilen hükümlere ilişkin değerlendirmelere ve konuyla ilgili önerilerimize yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Elektronik Ticaret, E-ticaret, E-Ticaret Kanunu, İnternet Kanunu, FSEK Ek 4. Madde, FSEK Ek Madde 4, Hukuka Aykırı İçeriğin Kaldırılması, 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, Platformun Hukuka Aykırı İçerikten Sorumluluğu, Yer Sağlayıcının Sorumluluğu.

ABSTRACT

The e-commerce industry has experienced significant growth over the past decade, giving rise to many legal problems. One such problem is whether an electronic commerce platform that provides content that infringes the intellectual property rights of the right holder can be held liable against the right holder or not. The solution requires a multidimensional perspective on intellectual property law, tort law, fundamental rights and freedoms, and even promoting the growth of the e-commerce market. The current situation is quite complex in Turkish positive law, and this complexity eliminates legal certainty and creates negative consequences for all parties. First, the study analyses the relevant provisions in the USA and EU. Then, the study makes efforts to determine the applicable provisions under Turkish law. Following that, the provisions are examined in detail and suggestions are provided.

Keywords: Electronic Commerce, E-Commerce, E-Commerce Law, Internet Law, FSEK Additional Article 4, Removal of Illegal Content, Law No. 6563 on The Regulation of Electronic Commerce, Liability for Illegal Content, Liability of the Hosting Providers.

* Doktor Öğretim Üyesi, Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0003-3711-7360.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Ekin KORKMAZ GÖKA

E-posta/E-mail: ekin.korkmazgoka@atilim.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 30.08.2024

Kabul Tarihi/Accepted: 14.11.2024

How to cite this article/Atf için: Ekin Korkmaz Göka, 'Elektronik Ticaret Platformlarının Üçüncü Kişilerin Fikri ve Sınai Hakkını İhlal Eden İçerikten Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu' (2024) 30(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 994-1030. DOI: 10.33433/maruhad.1541155

I. GİRİŞ

Ticaret Bakanlığı tarafından açıklanan son verilere göre, ülkemizde elektronik ticaret (“e-ticaret”) hacmi 2023 yılında bir önceki yıla göre %115,15 artarak 1,85 trilyon TL’ye; işlem sayısı %22,25 artarak 5,87 milyar adede ulaşmıştır¹. İçinde bulunduğumuz 2024 yılında ise, işlem hacminin 3,39 trilyon TL; işlem sayısının ise 6,67 milyar adet olacağı öngörülmektedir². Bunda aracı platformların yaygınlaşmasının etkisi büyüktür. Bu platformlar sayesinde tüketiciler satıcıların kimliğini dahi bilmeksizin sözleşmeler akdedebilmektedir. Aracı platformların yaygınlaşmasıyla e-ticaret platformlarında satılan ürünlerin sayısı, çeşidi ve kapsamı da hızla artmıştır. Bu artış ve aracı platformların e-ticarettteki kritik konumları, çeşitli hukuki soru(n)ları beraberinde getirmiştir. Bunlardan en önemlilerinden biri, hak sahiplerinin fikri ve sınai mülkiyet haklarını ihlal eden ürünlerin üçüncü kişiler tarafından e-ticaret platformlarında satışa sunulması halinde platformların hukuki sorumluluğunun bulunup bulunmayacağıdır. Örneğin, orijinal olmayan (marka ihlali teşkil eden) ya da hak sahibinin fikri hakkını ihlal eden bir ürünün platformda satışa sunulması halinde platformun hak sahibine karşı bu ihlalden sorumluluğu doğacak mıdır?

Mesele yalnızca ülkemizde değil; e-ticaret platformlarının yaygın olarak kullanıldığı özellikle Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa Birliği’nde de önemli bir sorun olarak ortaya çıkmıştır³. Önceleri bu sorun, uygulamada, lüks markaların belirli platformlarla mutabakat anlaşmaları (*memorandum of understanding*) imzalamaları yoluyla çözüme kavuşturulmaya çalışılmış⁴, ancak bu yöntemin soruna kalıcı bir çözüm bulamayacağı kısa sürede anlaşılacak burada bir düzenleme boşluğunun bulunduğu değerlendirilmesi yapılmıştır⁵. Neticede, her iki düzende de mesele “pasif aracının hukuki sorumsuzluğu” prensibiyle çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır. Ülkemizde aynı konu, uzun bir süre tam anlamıyla düzenlenememiş ve bundan ileri gelen boşluk, aslında uygulanmaması gereken bazı hükümlerle doldurulmaya çalışılmıştır. 2022 yılında 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun’un (“E-Ticaret Kanunu”) 9. maddesinde yapılan değişiklik ve buna paralel olarak, 29.12.2022 tarihinde çıkarılan Elektronik Ticaret Aracı Hizmet Sağlayıcı ve Elektronik Ticaret Hizmet Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik’in (“E-Ticaret Yönetmeliği”/“Yönetmelik”) 10.maddesinde konu, “elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıları” özelinde bir ölçüde düzenlenmiştir. Ancak bu

- 1 T.C. Ticaret Bakanlığı, ‘Türkiye’de E-Ticaretin Görünümü’ (*Ticaret Bakanlığı*, 27 Mayıs 2024) < <https://ticaret.gov.tr/data/66506fa313b87685dc0dbce8/2023%20yılı%20Türkiye’de%20E-Ticaretin%20Görünümü%20Raporu.pdf> > Erişim Tarihi 20 Ağustos 2024.
- 2 ibid 18.
- 3 Örneğin, OECD and EUIPO, ‘Misuse of E-Commerce for Trade in Counterfeits’ (*OECD-ilibrary*, 25 October 2021) <https://www.oecd-ilibrary.org/governance/misuse-of-e-commerce-for-trade-in-counterfeits_1c04a64e-en> accessed 15 August 2024; OECD and EUIPO, ‘Illicit Trade – Global Trade in Fakes: A Worrying Threat’ (*EUIPO*, 15 July 2021) <https://euiipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/reports/2021_EUIPO_OECD_Report_Fakes/2021_EUIPO_OECD_Trade_Fakes_Study_FullR_en.pdf> accessed 15 August 2024; EU Commission ‘Staff Working Document – Counterfeit and Piracy Watchlist 2022’ (*CIRCABC*, 1 December 2022) <<https://circabc.europa.eu/ui/group/d0803128-7d62-40ee-8349-c43ee92745aa/library/b36f701d-2850-4768-9b3e-e487140e11e5/details?download=true>> accessed 15 August 2024.
- 4 Graeme B Dinwoodie, ‘A Comparative Analysis of the Secondary Liability of Online Service Providers’ in Graeme B Dinwoodie (ed), *Secondary Liability of Internet Service Providers* (Springer 2017) 40.
- 5 Commission Recommendation (EU) 2018/334 of 1 March 2018 on measures to effectively tackle illegal content online’ (Official Journal of the European Union [2018] OJ L63/50.

düzenleme de sorunu tamamen çözememiştir. Ayrıca, “elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıları” dışındaki internet servis sağlayıcılarının durumu da belirsizliğini korumaktadır.

Bu çalışmanın konusu, Türk hukukunda hak sahibinin fikri ve/veya sınai hakkını ihlal eden bir ürünün e-ticaret platformunda satışa sunulması durumunda, platformun tâbi olduğu hukuki sorumluluk rejiminin, ABD ve AB hukukundaki mehz düzenleme ve kararlardan da yararlanılarak incelenmesi ve değerlendirilmesidir. Derhal belirtmek gerekir ki, bu çalışma sadece fikri ve sınai hakkı ihlal edilen kişinin aracı e-ticaret platformundan hangi şartlar altında hangi taleplerde bulunacağını eleştirel bir bakış açısıyla ele almaktadır. Fikri mülkiyet hukuku dışında kalan, hukukun başka alanlarındaki kurallara aykırı içerikler nedeniyle platformun hakkı ihlal edilen kişiye karşı sorumluluğu – E-Ticaret Kanunu’nun 9. maddesindeki ayrı düzenlemeye paralel şekilde – bu çalışmanın kapsamına dahil edilmemiştir. Ayrıca, ülkemizde özellikle ÇiçekSepeti kararı⁶ sonrasında önemli tartışmalara konu olan, aracı e-ticaret platformlarının tüketicilere karşı (özellikle kötü ifadan doğan) sorumluluğu bu çalışmanın kapsamı dışındadır. Öte yandan, incelememiz, pozitif düzenlemelerdeki farklılıklar nedeniyle klasik anlamda aracı e-ticaret platformlarıyla, yani, aşağıda açıklanacağı üzere, “mal ve hizmetlerin teminine yönelik sözleşme yapılmasına ya da sipariş verilmesine imkân sağlayan” platformlarla sınırlandırılmıştır. Bunlara ülkemizde Trendyol, Hepsiburada, Amazon, n11, Pttavm platformları örnek verilebilir. Bu nitelikte olmayan, örneğin ve özellikle YouTube, X (Twitter), Instagram, Facebook, Tiktok gibi platformların hak sahiplerinin fikri ve sınai mülkiyet haklarını ihlal eden içerikleri yayınlaması halinde doğacak hukuki sorumlulukları bu çalışmanın kapsamına dahil edilmemiştir.

Ülkemizde özellikle son yıllarda dijitalleşmeye ilişkin hukuki metinlerde büyük ölçüde AB düzenlemelerinin örnek alındığı görülmektedir. Özel olarak e-ticaret platformlarına ilişkin düzenlemelerde de ilgili AB düzenlemelerinin etkisini görmek mümkündür. Konuyla ilgili AB düzenlemelerinin kökeni ise ABD’dir. Bu bağlamda, çalışmamızda öncelikle hukukumuzda örnek alınan ABD ve AB düzenlemelerine ve bunların kısa bir değerlendirmesine yer verilecektir. Daha sonra, hukukumuzda aracı e-ticaret platformlarının fikri ve sınai hak ihlali oluşturan içerikten kaynaklanan hukuki sorumluluğuna uygulanabilir hükümler tespit edilecektir. Bu kapsamda E-Ticaret Kanunu’nda yapılan 2022 değişikliğinin yürürlüğe girmesinden önceki dönem ve sonraki dönem ayrı ayrı incelenecektir. Daha sonra, aracı e-ticaret platformları bakımından ülkemizde öngörülen sorumluluk düzeni, ABD ve AB hukukundaki düzenleme ve kararlardan yararlanılarak değerlendirilecektir. Çalışmamız, Türk hukukuna yönelik önerilerle sonlandırılacaktır.

II. E-TİCARET PLATFORMLARININ ÖZEL HUKUK SORUMLULUĞUYLA İLGİLİ MEHAZ DÜZENLEMELER

A. ABD’DE DURUM

ABD’de platformların (teknik adıyla “yer sağlayıcıların”), kullanıcıların (“içerik sağlayıcıların”) davranışlarını denetleme yükümlülüğünün olmadığı birçok eyalette kabul edilmiş bir ilkedir. Bu

6 Yargıtay 3 HD, E 2021/4000 K 2021/11403, 15.11.2021.

nedenle de, ABD hukukunda – tamamen ihtimal dışı olmamakla birlikte – yer sağlayıcı konumundaki kişilerin haksız fiilden sorumluluğun şartlarını sağlamaları oldukça zordur. Yer sağlayıcıların, içerik sağlayıcılar tarafından sağlanan hukuka aykırı içerikten sorumlu tutulabilmeleri için, hukuka aykırı içeriği *bilmeleri* dahi yeterli görülmemiş; sorumluluğun doğması yer sağlayıcı ile içerik sağlayıcının *ortak iradelerinin varlığına* bağlanmıştır⁷. Ortak iradenin açık veya örtülü olarak ortaya koyulması mümkün olmakla birlikte, tek taraflı davranış, talimat ya da sessiz kalma tek başına yeterli bulunmamıştır⁸. Örneğin Tiffany v eBay kararında⁹ mahkeme, eBay’in sorumlu tutulabilmesi için üçüncü kişiyi marka ihlalinde bulunmaya açıkça teşvik etmiş ya da marka ihlalinde bulunan üçüncü kişilere bu durumu bilerek hizmet sunmaya devam etmiş olması gerektiğini belirtmiş; eBay’in ihlali “bilmesi gerektiği” (bu konuda genel bir bilgi sahibi olduğu) iddiasını eBay’in sorumluluğuna hükmetmek için yeterli görmemiştir. “Tiffany standardı/kriteri” ABD’de birçok mahkeme kararında benimsenmiştir¹⁰. Görüldüğü gibi bu sistem, yer sağlayıcıların hukuka aykırı içerikten sorumlu tutulmalarını oldukça güçleştirmektedir. Nitekim yer sağlayıcıların hukuka aykırı içerikten sorumlu tutulmalarının bu denli güç olması, hak sahiplerini ve mahkemeleri, başta AB olmak üzere dünyanın geri kalanına öncülük eden “uyar-kaldır” (*notice and takedown*) sistemini geliştirmeye itmiştir. *Religious Tech v Netcom* kararında¹¹ mahkemenin, çevrimiçi yer sağlayıcının telif hakkı ihlali iddiasını araştırmaması ve ihlal teşkil eden içeriği kaldırmamış olmasını ihlale katılma (*contributory infringement*) olarak değerlendirmesini müteakiben birçok çevrimiçi yer sağlayıcı kuruluş, olası ihlaller hakkında bildirim yapılabilmesini sağlamak amacıyla sistemler kurmuştur¹². Bu sistemden uyarı (bildirim) alan yer sağlayıcılar, içeriği kaldırmak yoluyla sorumluluğu bertaraf etmiştir¹³.

ABD’deki pozitif düzenlemelere bakıldığında sorumluluktan muafiyet rejiminin iki başlı olduğu ifade edilebilir. 1996 tarihli Communication Decency Act (CDA)’in¹⁴ § 230 (c) (1) hükmünde başkaları tarafından oluşturulan içeriği kamuya sunan kişinin içerikten sorumlu olmadığı hükme bağlanmıştır. Bu genel sorumsuzluk kuralına, 230 (e) (2) hükmünde fikri mülkiyet ihlalleri bakımından istisna getirilmiştir. Bu istisna çerçevesinde çevrimiçi platformlar, (i) içeriğin

7 Örneğin, *L’Oreal SA v eBay International AG* [2009] EWHC 1094 (Ch) kararının 350. paragrafında Yüksek Mahkeme, bir başka kararın şu bölümüne atıfta bulunmuştur: “*Mere assistance, even knowing assistance, does not suffice to make the ‘secondary’ party liable as a joint tortfeasor with the primary party. What he does must go further. He must have conspired with the primary party or procured or induced his commission of the tort ... ; or he must have joined in the common design pursuant to which the tort was committed...*”

8 Dinwoodie (n 4) 21-22.

9 Tiffany (NJ) Inc v eBay Inc 600 F 3d 93 (2nd Cir 2010).

10 Bkz Dinwoodie (n 4) 25 vd.

11 Religious Tech Center v Netcom On-Line Comm, 907 F Supp 1361 (N D Cal 1995).

12 Bu konuda, örneğin, eBay’in kurduğu *Verified Rights Owner (VeRO)* programı dikkat çekicidir.

13 Dinwoodie (n 4) 29. Belirtmek gerekir ki, ABD’de ikincil sorumluluk iki ayrı kategoride incelenmektedir: Katılım yoluyla sorumluluk (“*contributory liability*”) ve başkasının fiilinden sorumluluktur (“*vicarious liability*”). İlki, hukuka aykırı davranışı bizzat işlememekle birlikte bu davranışı bilen ve teşvik eden, kolaylaştıran, davranışa vesile olan ya da davranışı fiilen destekleyen kişinin sorumluluğudur. İkincisi ise, hukuka aykırı davranışta bulunan kişi üzerinde denetim hak ve yetkisi bulunan ve ihlalden doğrudan finansal menfaat elde eden kişinin sorumluluğudur. Anglo-Amerikan hukukundaki sorumluluk düzeniyle ilgili olarak Türkçe kaleme alınmış bir eser için bkz. Şebnem Akipek ve Esra Dardağan, ‘Sanal Ortamda Telif Hakları’ (2001) 21(1) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 47, 68 vd. İngiliz hukukundaki durum için bkz. Jaani Riordan, *The Liability of Internet Intermediaries* (Oxford 2016) 113 ff.

14 Communications Decency Act of 1996, 47 USC.

yaratılması, düzenlenmesi ya da seçilmesi üzerinde aktif bir rol oynuyorsa, (ii) platformdaki hukuka aykırı içeriği biliyorsa ya da (iii) hukuka aykırı içeriği öğrendikten sonra içeriği kaldırmak ya da içeriğe erişimi engellemek için süratli hareket etmiyorsa sorumludur. 230 (e) (2)'deki istisnanın ABD mahkemelerince farklı anlaşıldığı görülmektedir. Özellikle bu düzenlemenin federal ve eyalet düzeyindeki ihlalleri kapsamına alıp almadığı konusunda farklı yönde kararlar verilmiştir¹⁵.

Daha sonra 1998 yılında yürürlüğe giren Digital Millenium Copyright Act (DMCA)¹⁶ ile telif hakları hukukunda önemli değişiklikler yapılmıştır. Bunlardan biri, DMCA'nın bir parçası olarak yürürlüğe giren Online Copyright Infringement Liability Limitation Act ile getirilen 512. kısımdır (Section 512). Genel olarak 512. kısım, telif hakkı sahiplerine mahkeme yoluna başvurmadan hak ihlali teşkil eden içeriğin kaldırılmasını talep etme imkânı vermiş, çevrimiçi hizmet sağlayıcıları da ihlal konusunda (hak sahipleriyle içeriği süratle kaldırma özelinde) işbirliği yapmaları karşılığında sorumluluktan muaf tutmuştur. Bu kısım güvenli liman (safe harbor) olarak adlandırılmaktadır.

Aynı zamanda, DMCA 512 (i) uyarınca tüm internet hizmet sağlayıcıların mükerrer ihlallere karşı önlem alma ve bu önlemleri uygulama ve belirli “standart teknik önlemler” alma yükümlülükleri bulunmaktadır¹⁷. Bu yükümlülükleri yerine getiren internet hizmet sağlayıcılardan tazminat talep edilememekte ancak bunlar, örneğin, hukuka aykırı içeriğin kaldırılması gibi taleplere muhatap olabilmektedir. Yer sağlayıcılar, bunlara ilaveten, 512 (c) hükmü uyarınca, hukuka aykırı içerik konusunda bilgi sahibi olmadığı ya da ihlal teşkil eden davranışın açıkça anlaşılabilceği başka durumlardan haberdar olmadığı¹⁸; bu konuda bilgi sahibi olduğu ya da haberdar olduğu hallerde bu içeriği kaldırma ya da içeriğe erişimi engelleme konusunda süratli davrandığı takdirde içeriğin hukuka aykırılığından sorumlu tutulmamaktadır. Bu sistemde, hukuka aykırı içerik kendisine (çoğu zaman hak sahibi tarafından) bildirilen platform, içeriğin kaldırılması ya da içeriğe erişimin engellenmesi konusunda süratli hareket etmek zorundadır. İçerik kaldırıldığında ya da içeriğe erişim engellendiğinde de platformun bunu derhal içerik sağlayıcıya bildirmesi gerekmektedir. İçerik sağlayıcıya da bir karşı bildirim/uyarı (*counter-notice*) hakkı tanınmıştır. İçerik sağlayıcı bir karşı bildirim/uyarıda bulunursa yer sağlayıcının en az 10 en fazla 14 iş günü içinde içeriğe yeniden erişim sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır meğerki ilk bildirim gönderen (potansiyel hak sahibi) içerik sağlayıcıya karşı dava yoluna başvurduğunu yer sağlayıcıya bildirsinsin.

Marka ihlalleri ise pozitif düzenlemelerde herhangi bir güvenli liman kapsamına dahil edilmemiştir. Bu nedenle, marka ihlali teşkil eden ürünlere yer sağlayan sağlayıcıların hukuki sorumluluğu büyük ölçüde yukarıda aktarılan “Tiffany” kriterine göre belirlenmiştir¹⁹. Ancak yine yukarıda belirtildiği gibi, marka ihlallerine ilişkin uygulama da zaman içinde “uyar-kaldır” sistemine evrilmiştir.

15 Örneğin, Perfect 10, Inc v CCBill LLC, 488 F3d 1102 (9th Cir 2007) kararında mahkeme 230 (e) (2)'deki istisnanın sadece federal taleplere uygulandığını kabul ederken; Hepp v Facebook, No 20-2725 (3d Cir 2021) kararında mahkeme, hem federal hem de eyalet düzeyindeki talepler bakımından bu istisnanın geçerli olduğuna hükmetmiştir.

16 Digital Millenium Copyright Act, Pub L No 105-304, 112 Stat 2860 (1998).

17 Bununla birlikte, içeriğe ilişkin genel bir denetleme yükümlülüğünün bulunmadığı 512 (m)'de açıkça hükme bağlanmıştır.

18 Bu şart, hak sahibinin bildiriyle ya da “tehlike işaretinin” (*red flag*) varlığı durumunda sağlanabilir. Tehlike işareti, 512(d) uyarınca, makul bir internet hizmet sağlayıcının açıkça fark edebileceği hukuka aykırılıklar olarak ifade edilmiştir.

19 Dinwoodie (n 4) 33. Bazı yazarlar 32 (2) hükmünün markalara ilişkin muafiyet hükmü olarak da değerlendirilebileceği

B. AB'DE DURUM

Avrupa Birliği, ABD pazarı karşısında “Dijital Tek Pazar”ın rekabetçi gücünü artırabilmek temel amacından hareketle, e-ticareti hukuken düzenleme (regüle etme) politikası benimsemiştir. Bu düzenlemelerde ABD'deki düzenlemelerin etkisini yoğun biçimde görmek mümkündür.

Avrupa Birliğinde e-ticaret platformlarına ilişkin (ilk) temel düzenleme, 2000/31 sayılı “Elektronik Ticaret Direktifi”dir²⁰. Bu Direktifin ana süjesi “bilgi toplumu hizmeti sunan(lar)/sağlayıcıları”dır²¹ (“*information society service provider*”). Bilgi toplumu hizmeti sunan kavramı, AB mevzuatında “*normal şartlar altında ücret karşılığında, uzaktan, elektronik yollarla ve hizmet alıcısının bireysel talebi üzerine sağlanan herhangi bir hizmet*”; bilgi toplumu hizmeti sağlayıcısı kavramı da “*bu hizmeti sunan gerçek ya da tüzelkişi*” olarak geniş biçimde tanımlanmaktadır. Çalışmamızın konusunu oluşturan, malların çevrimiçi satışına imkân tanıyan e-ticaret platformlarının da bilgi toplumu hizmeti sunan kapsamına girdiği kuşkusuzdur²². Bununla birlikte, Direktif, özellikle bunların tâbi olduğu sorumluluk rejiminin belirlenmesi bakımından bilgi toplumu hizmeti sunanlar arasında bir ayırım yapmıştır. Faaliyetleri yalnızca iletim sağlamakla sınırlı olanlar (basit iletim yapanlar) (“*mere conduit*”)²³ ve ön bellekleme yapanların (“*caching*”)²⁴ sorumlulukları 12. ve 13. maddelerde yer almaktayken, yer sağlayıcıların/bilgi barındırma hizmeti sunanların (“*hosting*”)²⁵ sorumlulukları ise 14. maddede düzenlenmiştir.

Kademeli sorumluluk düzenlemesinin altında yatan mantık, hizmet sunanın içerik hakkında bilgi ve kontrol sahibi olduğu ölçüde sorumluluğunun kapsamının genişlemesidir. Bu bağlamda, basit iletim yapanlar ve ön bellekleme yapanlar, şartları sağlandığı ölçüde, sorumluluktan “muaf” (*exemption*) durumda iken; yer sağlayıcılar için aşağıda açıklanacak olan bir sorumluluk “sınırlaması” (*limitation*) düzenlenmiştir²⁶. E-ticaret platformlarının tipik olarak yer sağlama faaliyetinde (*hosting*) bulundukları kabul edilmektedir²⁷. Bunun dışında yaptıkları faaliyetlerde ise faaliyetin niteliğine göre sorumluluk düzeni değişmektedir.

kanaatindedir. Bkz. Mark Lemley, ‘Rationalizing Internet Safe Harbors’ (2007) 6 Journal on Telecommunications and High Technology Law 101, 105-106.

20 Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market [2000] OJ L178.

21 Terimin çevirisiyle ilgili eleştiriler için bkz V, A.

22 Kavramın kapsamı e-ticaret platformlarından çok daha geniştir. Çevrimiçi gerçekleşen birçok ekonomik faaliyet kapsama dahildir bkz Commission, ‘on Barriers to widespread access to new services and applications of the information society through open platforms in digital television and third generation mobile communications’ (Communication) COM (2003) 410 final.

23 Yalnızca iletim faaliyetinde bulunanlar (basit iletim) herhangi bir veri ve bilgi depolamaksızın duraklar arası iletim sağlamaktadır.

24 Ön bellekleme, teknik olarak gelen isteklere ilişkin cevapların kısa süreli depolandığı alanları ifade etmektedir.

25 Yer sağlayıcılar/bilgi barındırıcılar, yer sağlama hizmeti sundukları taraflara ait içeriği devamlı olarak barındırmakta, yani depolamaktadır.

26 Dir 2000/31 (n 20) 42, 43, 46.

27 Zeynep Yasaman, ‘Avrupa Birliği ve Türk Hukuku Bakımından İnternet Yer Sağlayıcıların Marka İhlalleri Kapsamında Sorumlulukları’ (2019) 27(2) Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi 269, 269.

AB E-Ticaret Direktifi bağlamında, teknik olarak yer sağlayıcı sıfatını haiz bir e-ticaret platformu, sunduğu hizmetler kapsamında bünyesinde depolanan içeriklerin hukuka aykırılığından sorumlu değildir; meğerki:

- Yer sağlayıcı hukuka aykırı davranış hakkında bilgi sahibi olsun ya da tazminat talepleri bakımından ihlalin açıkça görülebileceği olgu veya durumlardan haberdar olsun ya da
- İhlal hakkında bilgi sahibi olduğunda ya da ihlalden haberdar olduğunda içeriğin kaldırılması veya erişimin engellenmesi konusunda süratli hareket etmemiş olsun.

İkinci fıkrada, yer sağlayıcının aynı zamanda bilgi (içerik) sağlayıcı olduğu durumlarda bu “sınırlı” sorumluluk düzeninin geçerli olmayacağı düzenlenmiştir²⁸.

Görüldüğü gibi, özü itibarıyla ABD’deki sisteme benzer şekilde, Direktife göre yer sağlayıcılar, üçüncü taraf bilgi sağlayıcılardan gelen ve bünyelerinde depolanan bilgilerin hukuka aykırılığından, zarar görenin bildirimi yoluyla ya da başka bir yolla haberdar olup bu içeriği kaldırma ya da erişimi engelleme konusunda süratli davranmadığı takdirde, bu durumla sınırlı olarak sorumlu tutulmaktadır.

Direktifin getirdiği sorumluluk rejiminin ifade özgürlüğünü korumak ile internet servis sağlayıcıları kanalıyla hukuka aykırı içeriğin yayılmasını engellemek arasında bir denge sağlayarak Birlik içindeki e-ticareti desteklemeyi hedeflediği belirtilmiştir²⁹. Yer sağlayıcılar özelinde bu denge, hukuka aykırı içeriğin kaldırılması (ya da içeriğe erişimin engellenmesi) faaliyeti sırasında ifade özgürlüğünün dikkate alınması gerekliliği olarak ortaya çıkmaktadır³⁰.

Son olarak, yer sağlayıcıların hukuka aykırı içerikleri tespit etme ve önleme amacıyla genel denetleme yükümlülükleri bakımından ise Direktif, üye ülkelerin yer sağlayıcılara onlardan beklenebilecek makul denetim yükümlülükleri yükleyebileceklerini ifade etmektedir³¹.

AB uygulamasında bu Direktife dayanarak verilen ve konuyla ilgili uygulamayı şekillendiren iki karar bulunmaktadır. Bunlar, ABAD tarafından verilen *Google France v Louis Vuitton*³² ve *eBay v L’Oreal*³³ kararlarıdır. *Google France v Louis Vuitton* kararına konu olayda, 2003 yılında Vuitton, Google’a reklam verenlerin, kendisine ait “Louis Vuitton”, “Vuitton” ve “LV” markalarına ilişkin anahtar kelimelerini kullanmaları sebebiyle, bu kelimeleri Google’da arayan kişilerin Google tarafından imitasyon ürünler satan internet sitelerine yönlendirilmeleri nedeniyle Google’ın marka ihlalinde bulunduğunu ileri sürmüştür. ABAD’ın önüne ön karar usulüyle gelen olayda, Mahkeme, yer sağlayıcılarının, yer sağladıkları içeriğin hukuka aykırılığından sorumlu tutulmamaları için bu

28 Dir 2000/31 (n 20) m. 14.

29 Özellikle bkz Dir 2000/31 (n 20) par 9, 40, 41.

30 Dir 2000/31 (n 20) par 46.

31 Dir 2000/31 (n 20) par 48.

32 Joined Cases C-236/08 to C-238/08 *Google France SARL and Google Inc v Louis Vuitton Malletier SA and Others* [2010] ECR I-2467.

33 Case C-324/09 *L’Oreal SA v eBay International AG* [2011] ECR I-6073.

içerik hakkında “bilgi ve kontrol sahibi olmaması” gerektiğinin altını çizmiş, E-Ticaret Direktifinin Dibacesinden hareketle, bu ifadenin içerik bakımından nötr, yani yalnızca “teknik, otomatik ve pasif” bir konum içinde bulunmaya karşılık geldiğini ifade etmiştir³⁴. Mahkeme somut olayda bir yer sağlayıcı olan Google’ın salt kendi belirlediği bedel karşılığı gösterim yapması ve reklamcılarının anahtar kelime belirlemesinin yer sağlayıcının içerik hakkında bilgi ve kontrol sahibi olduğu – ve dolayısıyla hukuka aykırı içerikten sorumlu olduğu – anlamına gelmediğine hükmetmiştir³⁵. Böylece, Mahkeme, yer sağlayıcının sorumluluğu bakımından asıl ölçütün içerik hakkında bilgi ve kontrol sahibi olmak olduğunu açıkça ortaya koymuştur. Buna göre, yer sağlayıcı, baştan, hukuka aykırı içerik konusunda bilgi ve kontrol sahibiyse sorumlu olacaktır. Sonradan bilgi ve kontrol sahibi olduğu takdirde ise bu içeriği kaldırmak için gerekli özeni göstermez, süratli hareket etmezse sorumluluğu doğacaktır.

Aynı şekilde, eBay v L’Oreal kararında da yer sağlayıcının sorumluluğu bakımından asıl belirleyici hususun ihlal konusu içerik bakımından “aktif” olması olduğunun altını çizilmiştir. eBay’in hizmet şartlarını belirlemesinin, yer sağlama hizmeti sunması karşılığında bir bedel alıyor oluşunun, müşterilerine belirli bilgiler sağlıyor oluşunun başlı başına “aktif olma” anlamına gelmeyeceği; aktif olmanın somut olay bazında incelenmesi gerektiği, örneğin, indirim yapılacak ürünler üzerinde belirleyici etkiye sahip olması ya da belirli ürünlerin indirime dahil edilmesi konusunda teşviklerde bulunması halinde “nötr” sıfatını kaybederek “aktif” duruma geçeceği belirtilmiştir³⁶. Ayrıca, yer sağlayıcının basiretli bir işleten olarak bilmesi beklenecek olan hukuka aykırılıklara karşı süratli hareket etmediği hallerde de sorumlu tutulacağı belirtilmiştir³⁷. Mahkemenin yer sağlayıcının sorumsuzluk zırhı altında kalabilmesi için gereken bilgi/farkındalık seviyesini açıkça belirlememiş olması eleştirilmiştir³⁸. Nitekim, daha sonra, üye ülke mahkemelerinin benzer olaylarda farklı sonuçlara vardığı görülmektedir³⁹.

İsmi itibarıyla çalışma konumuzla ilgili olduğu düşünülebilecek bir başka düzenleme Dijital Tek Pazarda Telif Hakları Direktifidir⁴⁰. Bu düzenlemede çevrimiçi içerik paylaşma hizmeti sağlayıcılarına (“online content-sharing service providers”)⁴¹ paylaşılan içeriklere ilişkin ayrı bir sorumluluk rejimi öngörülmüştür. Direktifin oldukça tartışmalı 17. maddesinde, “çevrimiçi içerik paylaşma hizmeti sağlayıcılarının” ihlal teşkil eden içerikten ötürü doğrudan doğruya (birincil) sorumlu oldukları kabul edilmiştir⁴². Ancak Direktifin 2. maddesinin 6. fıkrasında “çevrimiçi pazaryerleri”, “çevrimiçi

34 ECJ (n 32) par 114.

35 ECJ (n 32) paras 117-118.

36 ECJ (n 33) paras 115-116-117.

37 ECJ (n 33) par 124.

38 Dinwoodie (n 4) 37.

39 Bkz. Dinwoodie (n 4) dn 185-186-187’deki kararlar.

40 Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on Copyright and Related Rights in the Digital Single Market and Amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC [2019] OJ L130/92. Bu Direktif, AB uygulaması ve yazınında kısaca “Digital Single Market Directive” olarak anılmaktadır.

41 Bu kavram, özel bir tür yer sağlayıcı olarak yorumlanmıştır. Bkz Zoi Krokida, *Internet Service Provider Liability for Copyright and Trade Mark Infringement* (Hart 2022) 119-121.

42 Bkz ör ibid 121 ff. Bu düzenlemenin platformları aşırı sansüre ittiği ve böylece ifade özgürlüğünü kısıtladığı ve ayrıca, ikincil sorumluluk rejimi benimseyen diğer düzenlemelerle uyumsuz olduğu ileri sürülmektedir. Bu derece ileri giden

içerik paylaşma hizmet sağlayıcısı” olarak kabul edilmemiştir⁴³. Yani, örneğin ve özellikle e-ticaret platformları, bu Direktifin kapsamı dışında bırakılmıştır⁴⁴. Dolayısıyla, bu Direktif ile ilgili ilave açıklamalara yer verilmeyecektir.

2022 yılında AB’de konuyla ilgili önemli bir gelişme yaşanmıştır. Dijital Hizmetler Yasası⁴⁵ (*Digital Services Act*, “DSA”) kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. E-Ticaret Direktifi’ndeki anlamıyla “yer sağlayıcıları” da kapsamına alarak önemli düzenlemeler getiren⁴⁶ bu düzenlemenin ticari kullanıcılar ve tüketicilerin yeni ve inovatif şekillerde, çoğalan ve çeşitlenen çevrimiçi sosyal ağlar ve platformlar aracılığıyla ilişkiler kurmaları karşısında yeni risk ve sorunların ortaya çıkardığı ihtiyaca cevap vermek amacıyla yürürlüğe konulduğu ifade edilmiştir⁴⁷. Söjeler özelinde 2000/31 sayılı Direktif’te açıkladığımız üçlü ayırımın burada da korunduğu ancak “çevrimiçi platformların” (*online platforms*) yürüttükleri hizmetin ayrık niteliği karşısında DSA kapsamında diğer yer sağlayıcılardan ayrı öncül yükümlülüklerle tabi tutulduğu görülmektedir. Bu bağlamda, çevrimiçi platformlar, platform kullanıcılarının sağladığı bilgileri yalnızca depolayan değil; aynı zamanda bunları kullanıcıların talebi üzerine kamuya yayan yer sağlayıcıları olarak tanımlanmış, sosyal ağlar ve çalışma konumuzu oluşturan, tüketicilerin satıcılarla mesafeli sözleşmeler akdetmesine olanak sağlayan çevrimiçi platformlar bu tanıma örnek gösterilmiştir⁴⁸.

DSA’da söjelere kapsamlı yükümlülükler getirildiği, bunun da aracı hizmet sağlayıcılar aracılığıyla yürütülen faaliyetlerin güvenli, belirlenebilir ve güvenilir çevrimiçi ortam sağlamaya hizmet ettiğinin belirtildiği görülmektedir⁴⁹. E-Ticaret Direktifinde benimsenen menfaatler arası denge sağlama misyonu DSA’da da korunmuştur. Hukuka aykırı içeriğin⁵⁰ yayılmasının yarattığı riskler ile Avrupa Temel Haklar Şartı’nda⁵¹ yer alan temel hakların etkin olarak korunmasının ve böylece inovasyonun desteklenmesinin hedeflendiği belirtilmiştir⁵².

Çalışma konumuzu oluşturan hukuka aykırı içerikten sorumluluk özelinde DSA’da önemli düzenlemeler yer almaktadır. Bir kere, E-Ticaret Direktifinin yarattığı muafiyet/sınırlı sorumluluk

bir sorumluluk düzeninin, platformların işleyişine ve dolayısıyla yarattıkları faydalara ket vuracağı ifade edilmektedir. ibid 6-7.

43 Vurgu eklenmiştir.

44 Dir 2019/790 (n 40) par 62.

45 Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act) [2022] OJ L 277/1. Teknik AB hukuku terminolojisiyle, bu metin aslında bir “yasa” değildir; bir “*regulation*” yani teknik çevirisiyle “tüzük”tür. Ancak AB Resmi Gazetesinde yayımlanmış metnin başlığında da olduğu gibi, yazın dilinde ve uygulamada bu düzenleme “*act*” olarak anıldığından ve Türkçe karşılığı olarak da “yasa” yerleşmiş olduğundan metinde bu kullanıma sadık kalınmıştır.

46 DSA (n 45) par 5.

47 DSA (n 45) par 1.

48 DSA (n 45) par 13.

49 DSA (n 45) par 9.

50 DSA’nın amacına uygun şekilde, “hukuka aykırı içeriğin” geniş yorumlanması gerektiği ifade edilmiş, konumuz bağlamında fikri ve sınai hak konusu ürünlerin hukuka aykırı şekilde kullanımının bu kapsama dahil olduğu açıkça ifade edilmiştir. Bkz DSA (n 45) par 12.

51 Charter of Fundamental Rights of the European Union [2012] OJ C 326/391.

52 DSA (n 45) par 9.

düzeninin DSA'da da korunduğu ve fakat “iç hukuka aktarım sırasındaki ve uygulamadaki farklılıklar karşısında açıklığı sağlamak amacıyla burada yeniden düzenlendiği ve açıklandığı”⁵³ görülmektedir. DSA'nın 6. maddesi uyarınca yer sağlayıcı, içerik sağlayıcılar tarafından sağlanan hukuka aykırı içerikten şu koşullar altında sorumlu değildir:

- Hukuka aykırı içerik konusunda bilgi sahibi olmayacaktır ve tazminat talepleri bakımından hukuka aykırı içeriğin açıkça anlaşılmasına imkân veren durumlardan haberdar olmayacaktır; ya da
- Hukuka aykırı içerik konusunda bilgi sahibi olduğu ya da durumdan haberdar olduğu hallerde hukuka aykırı içeriği kaldırma ya da içeriğe erişimi engelleme konusunda süratli davranmış olacaktır.

Görüldüğü üzere, ABAD kararlarından izler taşıyan bu hükümde hukuka aykırı içerikler bakımından E-Ticaret Direktifinde de benimsenen sorumsuzluk prensibi ilkel düzeyde korunmuştur.

DSA'nın 6. maddesinin sonraki fıkralarında bu prensibe iki istisna getirilmiştir. Bunlardan ilki, içerik sağlayıcının yer sağlayıcının “hakimiyeti” altında bulunması; diğeri platformun ürünü satışa sunuş biçiminden, ortalama bir tüketicide ürünün platform tarafından sunulduğu kanaatini uyandırmasıdır. Bu takdirde sorumsuzluk prensibi işlemeyecektir.

Dibacede konuyla ilgili kapsamlı açıklamalara yer verilmiştir. Bunların tamamına çalışmamızda yer verilmesi mümkün ve gerekli değildir. Ancak sorumluluğa ilişkin temel ilkelerin tespiti, hukukumuza örnek olması açısından oldukça önemlidir. Dibaceye göre platformların hukuka aykırı içerikten sorumluluklarına ilişkin⁵⁴ temel ilkeler şöyledir:

- DSA'da yer alan sorumsuzluk düzenlemeleri, aracı hizmet sağlayıcılarının sağlanan içerik üzerinde aktif bir rol oynamaması (platformun (hukuka aykırı) içerik hakkında bilgisi olmaması ya da onun üzerinde kontrolü bulunmaması) halinde uygulanabilir⁵⁵.
- DSA'da yer alan sorumsuzluk düzenlemeleri, platformun kullanıcıyla hukuka aykırı içerik yaymak üzere anlaşmış olması durumunda (örneğin, platformun asıl amacı hukuka aykırı faaliyetleri kolaylaştırmaksa) uygulanmaz⁵⁶.
- Yer sağlayıcının, sorumsuzluğa ilişkin DSA düzenlemelerinden faydalanabilmesi için hukuka aykırı içerik hakkında bilgi edindikten ya da bunu fark ettikten sonra içeriği kaldırma ya da erişimi engelleme konusunda süratle hareket etmiş olması gerekir. Platform, hukuka aykırı içerik hakkında kendi iç denetimi sırasında⁵⁷ veya bireyler ve birliklerin DSA'da öngörülen

53 DSA (n 45) par 16.

54 DSA'da öngörülen yükümlülüklerle aykırılığın yaptırımının belirlenmesi konusunda üye ülkelere takdir yetkisi verilmiştir.

55 DSA (n 45) par 18. Bu ifadeden, ABAD'ın yukarıda aktarılan yaklaşımının AB pozitif hukukunda da benimsendiği anlaşılmaktadır.

56 DSA (n 45) par 20. Konumuz özelinde örneklandırmek gerekirse, tamamen imitasyon ürünleri satışa sunan bir e-ticaret platformunun DSA'daki sorumsuzluk düzenlemelerden faydalanması düşünülemeyecektir.

57 Örneğin, Amazon, Marka Sicili (*Amazon Brand Registry*) uygulaması geliştirmiştir.

yollarla kendisine bildirimde bulunması yoluyla bilgi edilebilir ya da içeriği bu yolla fark edebilir. Ancak bunun için bu bildirimlerin, özenli bir ekonomik işletmenin hukuka aykırılığı makul şekilde tespit edebileceği ve gerektiğinde içeriğe karşı harekete geçebileceği ölçüde net ve yeterli derecede gerekçelendirilmiş olması gerekir⁵⁸.

- İçeriği kaldırma ya da erişimi engelleme bakımından, ifade özgürlüğünün ve bilgi edinme özgürlüğünün dikkate alınması şarttır⁵⁹.
- İçerik sağlayıcı yer sağlayıcının hakimiyetindeyse (örneğin, fiyatları yer sağlayıcı belirliyorsa) yer sağlayıcı, DSA'daki sorumsuzluk rejiminden faydalanamaz⁶⁰.
- E-ticaret platformlarında, tüketici nezdinde içeriğin platform tarafından sunulduğu ya da satıcıların platform hakimiyetinde bulunduğu ve platformun içerik üzerinde bilgi ya da kontrol sahibi olduğu kabul edilebiliyorsa, gerçekte durum böyle olmasa bile, platform DSA'daki sorumsuzluk rejiminden faydalanamaz. Örneğin, platform, satıcının kimliğini DSA kapsamında kendisine yüklenen şekilde açıklamıyorsa, işlem sonuçlanana kadar saklı tutuyorsa ya da platform, ürünü sağlayıcı adına değil de; kendisi adına satışa koyuyorsa durum böyledir. Böyle durumlarda, somut olayın tüm özellikleri dikkate alınarak objektif olarak ortalama bir tüketicinin içeriğin e-ticaret platformunun kendisi tarafından ya da onun hakimiyetinde satışa sunulduğunu düşünmesinin haklı olup olmadığı değerlendirilecektir⁶¹.
- DSA'daki sorumsuzluk prensibi, mahkemeler ya da idari otoriteler tarafından içeriğin kaldırılması veya erişimin engellenmesine yönelik yahut başkaca tedbir kararları verilmesini engellemez⁶².
- Yer sağlayıcılar, ihtiyari olarak, hukuka aykırı içeriğin platforma konulmasını engellemek amacıyla objektif, eşit, ölçülü, ilişkiye dahil olan tüm tarafların çıkarlarını gözetken nitelikte çeşitli önlemler alabilir. Salt böyle bir önlemin alınmış olması, yer sağlayıcıyı DSA'da düzenlenen sorumluluktan muafiyet düzeninin dışına çıkarmaz⁶³.
- Hukuka aykırı içerik nedeniyle mağdur olan kişilerin, esas itibarıyla bu içeriği sağlayanların sorumluluğuna başvurmaları halinde hukuka aykırı içeriğin yayılmasının önüne daha etkili biçimde geçilebileceğinin altı çizilmelidir⁶⁴.
- İçerik sağlayıcılar platformda sunulan hukuka aykırı içerikler üzerinde – de facto veya de iure – genel bir denetleme yükümlülüğü altında değildir⁶⁵.

58 DSA (n 45) par 22.

59 DSA (n 45) par 22.

60 DSA (n 45) par 23.

61 DSA (n 45) par 24. Bu kuralla sorumluluk düzeninin belirlenmesinde kullanılan içerik karşısında aktif/pasif konumda olma kriterine bir istisna getirilmiştir. Yer sağlayıcı içerik bakımından pasif konumda olmakla birlikte ortalama tüketici nezdinde aktif konumda olduğu kanaatini uyandırıyor, sorumsuzluk ilkesinden yararlanamayacaktır.

62 DSA (n 45) par 25.

63 DSA (n 45) par 26. Diğer bir ifadeyle, böyle bir önlemin alınmış olması yer sağlayıcının platforma konulan hukuka aykırı içerikten haberdar olduğu anlamına gelmeyecektir.

64 DSA (n 45) par 27.

65 DSA (n 45) par 30.

DSA, yer sağlayıcılar tarafından hukuka aykırı içeriğin tespitine ve tespiti durumunda atılacak adımlara dair de birçok hükme yer vermiştir. İlk olarak, m. 15'te kendilerine yapılan hukuka aykırı içerik bildirimlerine ilişkin yılda en az 1 kez olmak üzere raporlama yükümlülüğü getirilmiştir⁶⁶. Bunun yanı sıra, yer sağlayıcıların kolayca kullanılabilecek, çevrimiçi hukuka aykırı içerik bildirim mekanizmaları oluşturması gerektiği kabul edilmiştir. Bu mekanizma üzerinden yer sağlayıcıya yapılan bildirimlerin, makul bir yer sağlayıcının detaylı bir hukuki inceleme yapmaksızın anlayabileceği şekilde hukuka aykırı bir içeriğe işaret etmesi durumunda yer sağlayıcının yukarıda açıklanan m. 6 uyarınca hukuka aykırı içerikten haberdar olduğu/bilgi sahibi olduğu kabul edilmiştir (m. 16/3). Ayrıca, yer sağlayıcıya bu mekanizma üzerinden gelecek şikayetleri, kısa süre içinde, özenli ve objektif olarak değerlendirme yükümlülüğü yüklenmiştir (m. 16/6). Yer sağlayıcıların hukuka aykırı içerik sağlayanlara m. 17'de belirtilen yaptırımlardan birini (uygulayabileceği düzenlenmiştir. Yer sağlayıcı, bu yaptırımlardan birini uygularken içerik sağlayıcıya ayrıntılı gerekçe sunma yükümlülüğü altındadır. Ayrıca, yer sağlayıcılara, hukuka aykırı içeriklere ilişkin bir iç şikayet çözüm mekanizmasına yer verme yükümlülüğü yüklenmiştir (m. 20). Yer sağlayıcılar, şikayetleri hızlı, eşit ve özenli şekilde inceleme, gerekiyorsa, önceden vermiş olduğu kararı değiştirmeye yükümlülüğü altındadır. Ayrıca, yer sağlayıcı inceleme sonucunda vardığı kararı ve bu karara karşı başvurulabilecek mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm mekanizmalarını (m. 21) gerekçeli olarak ve gecikmeksizin şikayetçiye bildirmekle yükümlü tutulmuştur. Bu kararın otomatik olarak değil, nitelikli personel tarafından verilmesi gerektiği de hükme bağlanmıştır.

Sıklıkla hukuka aykırı içerik sağlayan içerik sağlayıcılara sunulan yer sağlama hizmeti, durum onlara önceden bildirilmek suretiyle belirli bir süre askıya alınabilmektedir (m. 23).

C. DEĞERLENDİRME

AB'de e-ticaretin kurallarının hukuk eliyle düzenlenmesi yolu tercih edilmiştir. Regülasyonun başta hukuki belirlilik ve güvenlik olmak üzere belirli avantajları beraberinde getirdiği bir gerçektir⁶⁷. Bununla birlikte, e-ticaret gibi hızlı devinen pazarlarda regülasyonun pazarın büyümesini engelleyici sonuçlar doğurma potansiyeli çok yüksektir⁶⁸. Bu nedenle dijital dünya bakımından regülasyondan ari, serbest bir düzen öneren görüşlere (*self-regulation*)⁶⁹ ve daha ılımlı görüşlere (*co-regulation*)⁷⁰ de rastlanmaktadır. Kanaatimizce, özellikle DSA ile birlikte AB'nin politikasının dijital dünyada

66 Yer sağlayıcıların hukuka aykırı içeriklerle bağlantılı olarak ilave raporlama yükümlülüklerine m. 24'te yer verilmiştir. Buna göre, yer sağlayıcılar, mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm merkezlerine ve m. 23 uyarınca düzenli olarak hukuka aykırı içerik sağlamış olmaları sebebiyle yer sağlama hizmeti askıya alınan içerik sağlayıcılara ilişkin rapor sunmakla yükümlü tutulmuştur.

67 Konuya öncülük eden çalışma için bkz Jack Goldsmith and Tim Wu, *Who Controls the Internet?: Illusions of a Borderless World* (1st edn Oxford 2006).

68 Dijital pazarlar özelinde konuyla ilgili bir değerlendirme için bkz Halil Baha Karabudak, Ekin Korkmaz Göka, Gülce Korkmaz ve Sevgi Özben, 'Dijital Pazarlara İlişkin Türk Hukukundaki Düzenlemelerin ve Düzenleme Çalışmalarının Uluslararası Örnekler Işığında Rekabet Hukuku ve Politikası Çerçevesinde Değerlendirilmesi' (TEPAV, 2024) <https://www.tepav.org.tr/upload/files/171.047.9137-4.Dijital_pazarlara_iliskin_Turk_hukukundaki_duzenlemeler.pdf> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2024.

69 Bu görüşün başını çeken yazarlara örnek olarak John Perry Barlow, David R. Johnson ve David Post, Lawrence Lessig ve Andrew D. Murray verilebilir.

70 Bu görüşün başını çeken yazarlara örnek olarak Joel R. Reidenberg ve Christopher T. Marsden verilebilir.

ko-regulasyona evrildiği yorumu yapılabilir. Elbette, bu politikanın isabetini tartışmak bu çalışmanın kapsamını fazlasıyla aşmaktadır. Burada AB'nin hukuka aykırı içerik özelinde “pasif yer sağlayıcının sorumsuzluğu” prensibini benimsediğinin belirtilmesi yeterlidir.

Yukarıdaki açıklamalardan görüleceği gibi, AB düzeyinde *sorumsuzluğun*⁷¹ şartları (görece) net olmakla birlikte, hak sahiplerinin fikri ve sınai haklarını ihlal eden ürünlerin satışına imkân tanıyan yer sağlayıcıların bu içeriklerden *sorumluluğunun* şartları ve sonuçları AB düzeyinde belirlenmemiştir⁷². Yükümlülükleri yerine getirmeyen yer sağlayıcının ihlalden *sorumlu olup olmayacağı* meselesine ilişkin nihai karar üye ülkelere bırakılmıştır. Bu durum, aşağıda örneklendirileceği gibi, üye ülkeler düzeyinde farklı adlandırmalar ve sorumluluk rejimlerinin doğmasına sebebiyet vermiştir. Nitekim bu nedenle de mevzuatın “yeknesaklaştırma” amacına hizmet edemediği değerlendirilmesi yapılmaktadır⁷³.

Gerçekten de, sorumsuzluk şartlarını sağlamayan yer sağlayıcılar için bazı ülkelerde içerik sağlayıcıyla müteselsil sorumluluk (birincil, asli) (*joint-tortfeasance*); bazılarındaysa farklı isimlerle anılmakla birlikte (örneğin, *accessory liability*, *contributory liability*, *indirect liability*, *secondary liability*) tali (ikincil) sorumluluk öngörülmüştür⁷⁴. Öte yandan, AB yazınında itiraf edildiği gibi ikincil (tali) sorumluluk “yeterince incelenmemiş” (*under-analyzed*) bir kavramdır⁷⁵. Her bir üye ülke, kavramın şartları, sonuçları ve hatta adlandırılması konusunda kendi haksız fiil rejimi çerçevesinde, belirli ölçüde örtüşen ancak temel konularda birbirinden ayrılan sonuçlara varmıştır. Meseleyi somutlaştırmak için AB’de iki temel haksız fiil geleneğini temsil eden Alman ve Fransız hukuklarına kısaca değinilecektir.

Alman hukukunda internet hizmet sağlayıcının sorumluluğu, önceleri, *Störerhaftung* kavramı altında değerlendirilmiştir⁷⁶. Buna göre, bir internet hizmet sağlayıcının fikri ve sınai hak ihlal eden bir içerikten sorumluluğun doğabilmesi için iki şartın varlığı gerekmektedir: İhlale bilinçli katkı ve özen yükümlülüğünün ihlali⁷⁷. Bu prensip, çevrimiçi bir ihlal özelinde ilk olarak *Rapidshare* kararlarında uygulanmıştır. Rapidshare II ve III kararlarında Alman Federal Mahkemesi, Rapidshare’in yalnızca hak sahiplerinin haklarını ihlal eden aykırı içerikleri yayınlayan bir site olmadığını; hukuka uygun içeriklerin de bu sitede yer aldığını belirtmiş; yani iş modelinin doğrudan doğruya ihlal teşkil etmediği sonucuna varmıştır. Bununla birlikte, makul ve teknik olarak mümkün olduğu ölçüde Rapidshare’in sitesinde yer alan içeriği denetleme yükümlülüğü altında olduğunu belirtmiştir. Bu yükümlülüğün kapsamı, somut olay bazında değişecektir. Örneğin ve özellikle, yer sağlayıcının

71 Buradaki “sorumsuzluk” ifadesi, aslında, ikincil sorumluluğa (asli sorumlu olmamaya) işaret etmektedir. İkincil sorumluluğun altında yatan sebepler için bkz. Krokida (n 41) 48 ff; Dinwoodie (n 4) 16 ff

72 Dinwoodie (n 4) 34-35.

73 Bkz. ör. Krokida (n 41) 103.

74 Krokida (n 41) 22; Dinwoodie (n 4) 9.

75 Paul Davies, *Accessory Liability* (Hart 2015), 1ff.

76 Ansgar Ohly, ‘Von der Störerhaftung zur Haftung für die Verletzung urheberrechtlicher Verkehrspflichten’ (2022) 41 Neue Juristische Wochenschrift 2961, 2961 ff; Gerhard Wagner, ‘BGB § 823 Schadensersatzpflicht’ in Mathias Habersack (ed), *Münchener Kommentar zum BGB* (CH Beck 2024) par 967 ff.

77 Christina Angelopoulos, *European Intermediary Liability in Copyright – A Tort Based Analysis* (Kluwer 2017) 236-237.

ihlaldeki rolü, ihlal riskinin mevcudiyeti, failin sorumluluğuna başvurulup başvurulamayacağı, yer sağlayıcının alabileceği önlemlere ilişkin finansal ve teknik kapasitesi, ifade özgürlüğü gibi hususlar dikkate alınacaktır⁷⁸. *Störerhaftung* doktrini çerçevesinde Alman hukukunda, yer sağlayıcının özen yükümlülüğünün kapsamına mevcut ihlallerin yanı sıra gelecekte ortaya çıkabilecek benzer nitelikteki ihlallerin de dahil olduğu (*Kerntheorie*) kabul edilmektedir⁷⁹.

Störerhaftung kapsamında yer sağlayıcılar içerik üzerinde daha aktif bir role büründürülmüştür. Bununla birlikte, *Störerhaftung* kapsamında sorumlu tutulan bir yer sağlayıcıya karşı yalnızca ihtiyati tedbir kararı verilebiliyor (kendilerinden tazminat talep edilemiyor) oluşu karşısında bu doktrinin amaçlanan sonuca ulaşmada elverişli olmadığı yorumu yapılmış, zaman içinde mahkemeler, yer sağlayıcıları Alman Medeni Kanunu (BGB) § 823(1) kapsamında müteselsil sorumlular kapsamına dahil etmiştir⁸⁰. Yer sağlayıcıların bir *fiilinin* mevcut olup olmadığı konusunda ise Federal Mahkeme, içeriğin yayınlanmadan önce yer sağlayıcı tarafından kontrol edildiği ve/ya düzenlendiği durumlarda yer sağlayıcının bir fiilinden söz edilebileceğine hükmetmiştir⁸¹. Benzer şekilde, 2016 yılında *Berlin Landesgericht* tarafından verilen *Davidoff v Amazon* kararında Amazon algoritmasının ürün yanına konulacak resimlere müdahale etmesi sebebiyle, resme ilişkin hak ihlalinin Amazon'un doğrudan doğruya sorumlu olduğuna hükmedilmiştir⁸². Son olarak, Alman hukukunda internet hizmet sağlayıcılarının § 830 (1) ve (2) BGB uyarınca "ihlale yardımcı olanlar" çerçevesinde müteselsil sorumlu tutulduğu görülmektedir. Bu çerçevede, yer sağlayıcının sorumlu tutulabilmesi için haksız fiilin asıl failiyle en azından "amaç birliği" içinde olması gerektiği kabul edilmektedir. Bu kapsamda amaç birliğinin *Störerhaftung* bakımından aranan özen kriteriyle belirlenebileceği ifade edilmekte, ihlal riskinin ciddi anlamda göz önüne alınmış ve onaylanmış olması durumunda amaç birliğinin sağlandığı ifade edilmektedir⁸³. Ayrıca objektif olarak davranışın hukuka aykırılığından haberdar olma şartının da arandığı belirtilmektedir⁸⁴. Bununla birlikte, zararı aşan tazminata da izin veren bu sonucun haksız rekabet durumlarıyla sınırlı olarak uygulanabileceği ileri sürülmektedir⁸⁵. Gerçekten de öğreti, bu kriterlerin uygulamada fikri ve sınai hak ihlalleri özelinde fazla uygulama bulamayacağı kanaatindedir⁸⁶.

Fransız hukukunda mesele, Fransız Medeni Kanununun 1382 ve 1383. maddeleri bağlamında haksız fiil kuralları çerçevesinde ele alınmaktadır⁸⁷. Yer sağlayıcıların hukuka aykırı içeriği sağlayanlar

78 Krokida (n 41) 91-92.

79 Krokida (n 41) 92; Christina Angelopoulos, 'Harmonizing Intermediary Copyright Liability in the EU – A Summary' in Giancarlo Frosio (ed), *Handbook of Online Intermediary Liability* (Oxford 2020) 325.

80 Fiilin hukuka aykırılığının temeli Alman Telif Hakları Kanununun 97. paragrafında ve Marka Kanununun 14(6). bölümünde bulunmuştur. "Yapmama"nın fiil teşkil edip etmediği tartışması bakımından ise, özen yükümlülüğünün ihlalinin bir fiil teşkil ettiği kabul edilmiştir. Bkz Angelopoulos, 'Harmonizing' (n 79) 323.

81 Bkz Alman Federal Mahkemesinin *marions-kochbuch.de* kararı, BGH NJW-RR 2010, 1276.

82 LG Berlin, *Davidoff v Amazon*, MMR 2016, 624.

83 Krokida (n 41) 95-96; Angelopoulos, 'Harmonizing' (n 79) 323-324.

84 Angelopoulos, 'Harmonizing' (n 79) 324, 326.

85 Krokida (n 41) 95-96.

86 Bu görüşte bkz ör Angelopoulos, 'Harmonizing' (n 79) 324.

87 Angelopoulos, *Tort-Based* (n 77) 273.

tarafından işlenenden farklı bir haksız fiilden aslen sorumlu oldukları kabul edilmektedir⁸⁸. Alman hukukuna benzer şekilde Fransız hukukunda da sorumluluğun özen yükümlülüğünün ihlali üzerine kurgulandığı görülmektedir. Nitekim Fransız hukukunda da yer sağlayıcıların, yer sağladıkları içeriklere ilişkin olarak basiretli ve özenli bir aracı gibi hareket etmeleri gerektiği kabul edilmektedir⁸⁹. Yine Alman hukukuna benzer şekilde, E-Ticaret Direktifi'nin kabulünden önce yer sağlayıcıların hukuka aykırı içeriğe ilişkin özen ve denetim yükümlülüğünün geniş yorumlandığı görülmektedir. *Lacoste ve Calimero* kararları bu yaklaşıma örnek gösterilmektedir⁹⁰. 2004 yılında Direktif'in Fransız iç hukukuna adaptasyonundan sonra ise Fransız yargı uygulamasında yer sağlayıcıların sorumlulukları, kendilerine bildirilen hukuka aykırı içerikleri kaldırmadıkları ve aynı içeriklerin yeniden konulmasına izin verdikleri hallerle sınırlandırılmıştır⁹¹. Bununla birlikte, yer sağlayıcıların yer sağlama hizmeti verdikleri içerikleri kontrol etmedikleri için sorumlu tutuldukları kararlara da rastlanmaktadır⁹². Bu kararlar öğretide özellikle Direktif'in 15. maddesine aykırılıkları sebebiyle eleştirilmiş, Fransız Yargıtayı 2012 yılında verdiği üç karar ile yer sağlayıcıların ileride ortaya çıkabilecek ihlalleri önleme yükümlülüğü ("*notice and stay down*") ile mevcut ihlalleri önleme yükümlülüğünü ("*notice and take down*") birbirinden ayırmıştır⁹³.

Görüldüğü gibi sistemler arasındaki farklılıklar oldukça dikkat çekicidir. Örnekler çoğaltıldığında farklılıklar da çeşitlenmektedir. Bir diğer ifadeyle, AB'de yer sağlayıcıların *sorumsuzluğuna* ilişkin prensipler netleşmiş olmakla birlikte *sorumluluklarının* şartları ve kapsamı her bir üye ülke özelinde değişiklik göstermektedir. Her bir ülkenin sorumluluk sistemi de zaman içinde değişikliklere uğramaktadır.

III. TÜRK HUKUKUNDA E-TİCARET PLATFORMLARININ ÖZEL HUKUK SORUMLULUĞUNA UYGULANABİLİR HÜKÜMLERİN TESPİTİ

A. 2023'TEN ÖNCE

Ülkemizde internet ortamında gerçekleşen fikri ve sınai hak ihlallerine ilişkin olarak uluslararası örneklerle uygun özel bir düzenleme yapılması gerektiği, mevcut kuralların yeterli olmadığı uzun bir süredir vurgulanmakta⁹⁴, özellikle AB uygulaması takip edilmektedir.

88 Dinwoodie (n 4) 30.

89 Angelopoulos, 'Harmonizing' (n 79) 322-323.

90 Kararlara ilişkin açıklamalar için bkz. Krokida (n 41) 97.

91 Bkz. örneğin Tribunal de Grande Instance de Paris, 2007, *SARL Zadig Productions, Jean-Robert Viallet et Mathieu Verboud c Ste Google Inc et AFA*; Tribunal de Grande Instance de Paris, 2007, *Christian C, Nord Quest Production, UGC Images*; Cour d'appel de Paris, 2011, *Google Inc v Les Films de la Croisade, Goatwork Films*.

92 Özellikle Court of Appeal in Versailles, 2011, *Google v Viaticom et Luteciel*; Cour de Cassation, 2008, *Sedo GmbH v Hotel Meridien, Stephane H*.

93 Bkz. Krokida (n 41) 99; Angelopoulos, 'Harmonizing' (n 79) 321.

94 Bu yönde bkz. örneğin Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Bası, Vedat 2012) 347, par 167 vd.; Akipek ve Dardağan (n 13) 76-77.

Telif hakkı ihlalleri bakımından, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun (“FSEK”) 2004 yılında değiştirilen ek 4. maddesinin 3. fıkrasında, dijital ortamlarda telif hakları ihlal edilen hak sahiplerinin, ihlal teşkil eden içerikleri sağlayanlara başvurarak 3 gün içinde ihlalin durdurulmasını; ihlalin devam etmesi halinde Cumhuriyet savcısına başvurarak 3 gün içinde yer sağlayıcıdan, ihlal teşkil eden içeriği sağlayan içerik sağlayıcısına sunulan yer sağlama hizmetinin durdurulmasını isteyebileceği düzenlenmiştir.

Marka ihlalleri özelindeyse 21.01.2009 tarihinden önce yürürlükte olan 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin (“Marka KHK”) 61/1(e) hükmü “(a) ila (c) bendlerinde yazılı fiillere iştirak veya yardım veya bunları teşvik etmek veya hangi şekil ve şartlarda olursa olsun bu fiillerin yapılmasını kolaylaştırmak” fiillerini açıkça marka hakkına tecavüz olarak kabul etmiştir. Çalışma konumuz bakımından asıl önemli olan (ve 2008 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş bulunan) c bendi, “markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için ithal etmek veya ticari amaçla elde bulundurmak” fiilini düzenlemiştir. Bu bağlamda, Marka KHK uyarınca eser sahibinin marka hakkını ihlal eden bir ürünün e-ticaret platformunda satışa sunulması ve bu ihlalin platform tarafından bilindiği ya da bilinmesi gerektiği hallerde, platformun 61/1(e) uyarınca sorumlu olduğu sonucuna varılmıştır. Gerçekten, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, dava tarihinde yürürlükte olan Marka KHK (ve 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu) uyarınca verdiği *Lancome v. Gittigidiyor* kararında⁹⁵, e-ticaret platformu *Gittigidiyor*’a karşı açılmış olan davanın *Gittigidiyor*’a tebliğ edilmiş olması nedeniyle *Gittigidiyor*’un ihlal teşkil eden fiili bildiğinin kabul edilebileceğini, bu nedenle *Gittigidiyor*’un marka ihlalinde bulunan satıcıyla müteselsilen sorumlu olacağına hükmetmiştir.

Ancak 21.01.2009 tarihinde kabul edilen ve 28.01.2009 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5833 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Marka KHK’nın 61/1(e) hükmü yürürlükten kaldırılmış; yani, çalışmamız özelinde, e-ticaret platformunun eser sahibinin marka hakkını ihlal eden ürünün satıcısına *yalnızca yer sağladığı için* marka ihlali nedeniyle satıcıyla beraber müteselsil sorumluluğu ortadan kaldırılmıştır. 10.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (“SMK”) kapsamında da marka ihlali teşkil eden bir ürüne *yalnızca yer sağlanmış olması*, yer sağlayıcının sorumluluğuna yol açmamaktadır. Ayrıca, SMK’nın FSEK’ten farklı olarak, dijital ortamlarda gerçekleşen marka ihlallerine karşı içeriğin kaldırılmasına ilişkin bir düzenleme öngörmediğine dikkat çekilmelidir.

1 Mayıs 2015 tarihinde yürürlüğe giren E-Ticaret Kanunu’nun 9. maddesinde ise, bu kanun uyarınca “aracı hizmet sağlayıcı” olarak adlandırılan (m.2/1-d) gerçek ya da tüzel kişilerin *hizmet sundukları elektronik ortamda sunulan içerikleri denetlemekle yükümlü olmadıkları* bir prensip olarak düzenlenmiştir⁹⁶.

95 Yargıtay HGK, E 2013/11-1138 K 2014/16, 15.01.2014.

96 “Aracı hizmet sağlayıcılar, hizmet sundukları elektronik ortamı kullanan gerçek ve tüzel kişiler tarafından sağlanan içerikleri

Özetle, 2022'den önce E-Ticaret Kanunu uyarınca “aracı hizmet sağlayıcı” sıfatını haiz olan e-ticaret platformlarının, sunulan içeriklerin hukuka aykırı olup olmadıklarını denetlemekle yükümlü olmadıkları hükme bağlanmıştır. Bir sorumluluk düzeni öngörmese de FSEK'in 2004 yılında değiştirilen ek 4. maddesinin 3. fıkrasında ise dijital ortamlarda hak sahiplerinin, telif haklarını ihlal eden içerikleri sağlayanlara (yani satıcılara) başvurarak 3 gün içinde ihlalin durdurulmasını; ihlalin devamı halinde Cumhuriyet savcısına başvurarak 3 gün içinde yer sağlayıcıdan (yani e-ticaret platformundan), ihlal teşkil eden içeriği sağlayan içerik sağlayıcısına verilen yer sağlama hizmetinin durdurulmasını isteyebileceği düzenlenmiştir.

Marka KHK'nın değişiklikten önceki halinde, 61/1-e hükmü uyarınca e-ticaret platformunun, ihlalde bulunana yardım etmek suretiyle marka hakkına tecavüz fiili işlediği kabul edilebilirken; hükmün değiştirilmesi ve SMK'da da bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiş olması karşısında, yer sağlayıcı sıfatını haiz olan e-ticaret platformlarının salt ihlal teşkil eden içeriğe yer sağlamaları gerekçesiyle marka ihlalinde bulundukları söylenemeyecektir. Ayrıca, SMK'da marka hakkı dijital ortamda ihlal edilen hak sahibinin içeriği kaldırmasını sağlayacak bir imkân da öngörülmemiştir.

2022'den sonraki hukuki duruma geçmeden önce, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun (“İnternet Kanunu”) ile Türk Ticaret Kanunu (“TTK”) m. 58/4 uyarınca e-ticaret platformlarının başkalarının fikri haklarını ihlal eden ürünlerin satışa sunulmasından sorumlu olup olmadıkları meselesine uygulanıp uygulanamayacağına değinmek gerekmektedir. 2007 yılında yürürlüğe giren İnternet Kanunu'nda (E-Ticaret Kanunu'ndan farklı olarak) erişim, içerik, yer sağlayıcı ayrımları yapılarak yer sağlayıcıların “*yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü [olmadığı]*” belirtilmiştir (m. 2/1-m). Bununla birlikte, bu maddenin 6.2.2014'te değiştirilen 2. fıkrasında yer sağlayıcının “*Kanunun 8inci ve 9 uncu maddelerine göre haberdar edilmesi halinde [içeriği] yayından çıkarmakla yükümlü [olduğu]*” düzenlenmiştir. İnternet Kanunu'nun 8. maddesi suç teşkil eden içeriklere ilişkindir. Bu kanunun 9. maddesinde ise internet ortamında yapılan yayın nedeniyle *kişilik haklarının* ihlal edildiğini iddia eden kişilerin içeriğin kaldırılmasını ve/ya erişimin engellenmesini talep hakkı hükme bağlanmıştır. Bilindiği üzere, fikri hakların kişilik hakkıyla ilişkisi oldukça tartışmalıdır. Alman hukukunda ortaya atılan, fikri hakkın hukuken korunmasını, sahibi ile arasındaki sıkı ilişki nedeniyle kişilik hakkının korunması gerekliliğiyle açıklayan kişilik hakkı teorisi fikri haktan manevi hakların da doğduğunun benimsenmesine ve bunların korunmasına zemin hazırlamış olmakla birlikte, bunun fikri hakların hak sahibine verdiği birçok yetkiyi açıklamakta yetersiz kaldığı kabul edilmektedir. Günümüzde kabul edilen teoriye göre, eser alenileşmekle eser sahibinin kişilik alanından çıkarak ayrı bir varlık kazanmaktadır⁹⁷. Bu bağlamda, her ne kadar eser, onu meydana getirenin kişiliğinden süzülerek

kontrol etmek, bu içerik ve içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı bir faaliyetin ya da durumun söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir.”

97 Ayrıntılı bilgi için bkz Cannur Ercan, ‘Fikri Hak Kavramı ve Eser Sahibinin Manevi Haklarının Genel Anlamda Kişilik Hakkıyla İlişkisi’ (2021) 46 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 377, 392; Şafak N Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku* (3. Bası, Yetkin 2009) 32-33; Ahmet Kılıçoğlu, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı – Fikri Haklar* (8. Bası, Turhan 2022) 1-2. Eserin alenileşmekle kişilik hakkının korunmasından çıkıp FSEK’e tabi olacağı yönünde bkz. Tekinalp (n 94) 11, par 31.

varlık kazanıyor, bu anlamda eser üzerindeki haklar kişilik hakkından önemli izler taşıyor ve bunların uygulama alanları da belirli durumlarda kısmen örtüşüyor olsa da fikri hakkın ihlal edildiği her durumda, kişilik hakkını koruyan hükümlerden faydalanmak mümkün değildir. Bu nedenle İnternet Kanunu'nun yukarıda sözü edilen yer sağlayıcının sorumluluğuna ilişkin hükümlerinin e-ticaret platformlarının hak sahibinin fikri hakkını ihlal eden ürünlerin satışa sunulmasından doğan sorumluluğu bakımından uygulanamayacağı kanaatindeyiz⁹⁸. Bu Kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmeliğin⁹⁹ 16. maddesinde yer alan ("*Yer sağladığı hukuka aykırı içerikten, ceza sorumluluğu ile ilgili hükümler saklı kalmak kaydıyla, 5651 sayılı Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine göre Başkanlık, adli makamlar veya hakları ihlal edilen kişiler tarafından haberdar edilmesi halinde ve teknik olarak engelleme imkânı bulunduğu ölçüde hukuka aykırı içeriği yayından kaldırmakla... yükümlüdür*") "hukuka aykırı içerik" ifadesini kanunun kapsamını aşan şekilde yorumlamak ve her türlü hukuka aykırılığın bu yönetmelik altında düzenlendiğini kabul etmek de mümkün değildir. Aynı şekilde, yine İnternet Kanununa dayanılarak hazırlanan bir diğer yönetmeliğin¹⁰⁰ 7. maddesinde yer alan ("*Yer sağladığı hukuka aykırı içerikten, Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine göre Başkanlık, adli makamlar veya hakları ihlal edilen kişiler tarafından haberdar edilmesi halinde ve hukuka aykırı içeriği yayından kaldırmakla ... yükümlüdür*") "hukuka aykırı içerik" ifadesinin kanunun kapsamını genişletecek ve kişilik hakkına aykırılık dışındaki hukuka aykırılıkları kapsamına alacak şekilde geniş yorumlanması ve dolayısıyla fikri ve sınai hak ihlallerinde başvurulabilecek bir yol olarak ele alınması da uygun değildir¹⁰¹.

Bununla birlikte, Türk mahkeme uygulaması bu yönde gelişmemiş, İnternet Kanunu'ndaki söz konusu hükümler, dijital ortamlarda gerçekleşen fikri ve sınai hak ihlalleri bakımından (fikri haklar özelinde FSEK ek 4. maddenin 3. fıkrasıyla birlikte) uygulanmıştır¹⁰².

98 Aynı görüşte bkz Özlem Tüzüner, 'Haksız Fiil Ekseninde Gittigidiyor İçtihadı' iç Tekin Memiş (ed), *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013* (Yetkin 2015) 461, 474-475, 482. İnternet Kanununda fikri hakların ihlali halinde uygulanacak hükümlerin düzenlenmemesinin büyük bir eksiklik olduğunu belirten Sefer Oğuz, 'Telif Hakkı İhlallerinden İnternet Servis Sağlayıcıların Sorumluluğu' (2008) 12(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 149, 179. Karş Mustafa Ateş, 'Sosyal Medya Aktörlerinin Hukuki Sorumluluğu ve Bilhassa Telif Haklarının İhlalinden Doğan Sorumlulukları' iç Tekin Memiş (ed), *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013* (Yetkin 2015) 59, 106-107; Savaş Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (On İki Levha 2015) 322; Savaş Bozbel, 'Fikri Hakların İhlali Nedeniyle İhtiyati Tedbir Yoluyla İnternet Sitelerine Erişim Engellenebilir Mi?' iç Tekin Memiş (ed), *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009* (On İki Levha 2009) 135, 140; Yasaman, 'Sorumlulukları' (n 27) 266. Farklı gerekçeyle Ali Demirbaş, *Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma* (On İki Levha 2015) 284. Yazar, internette fikri hak ihlali FSEK ek 4. maddesinin "özel hüküm" olması nedeniyle öncelikle uygulanacağı kanaatinde. İsbeti konusunda kanaat belirtmemekle birlikte İnternet Kanununun "yatay" bir düzenleme; FSEK'in ise dikey bir düzenleme getirdiği, dolayısıyla İnternet Kanunundaki düzenlemelerin FSEK ile çatışmadığı müddetçe eserler açısından da uygulama bulacağı yönünde bkz Fülürya Yusufoglu Bilgin, *Dijital Piyasalarda Yer Sağlayıcıların Hukuki Sorumluluğu* (On İki Levha 2022) 470, 472.

99 Telekomünikasyon Kurumu Tarafından Erişim Sağlayıcılara ve Yer Sağlayıcılara Faaliyet Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, RG 24.10.2007/26680.

100 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, RG 30.11.2007/26716.

101 Açıkça bu sonuca varmamakla birlikte yer sağlayıcılara hukuka aykırı içeriği kaldırma yükümlülüğünün yönetmelikle getirilmiş olmasının kanun yapma tekniği açısından isabetli olmadığı yönündeki görüş için bkz Yusufoglu Bilgin (n 98) 472.

102 Bununla birlikte, görüşümüzle aynı doğrultuda, İnternet Kanunu'nun kişilik haklarına ilişkin olması sebebiyle fikri hak ihlallerine uygulanamayacağı yönünde ayrıştı mahkeme kararlarına da rastlanmaktadır. Bkz ör Ankara 3 Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E 2021/90 K 2021/416, 16.12.2021.

Konuyla ilgili bir “geçiş dönemi” kararı olan *Gittigidiyor* uyuşmazlığında davacı, kendisine ait tescilli ve tanınmış markaları ile iltibas yaratacak şekilde aynı ibareleri ve tanıtma vasıtalarını içeren taklit ürünlerin gittigidiyor.com adresinden satışa sunulması üzerine yer sağlayıcı sıfatını haiz gittigidiyor.com’dan “*tecavüzün ref’i, internet sitesi üzerinden yapılan yayının ve satışların durdurulması, satışa arzın önlenmesi, irtibata sebebiyet veren ürünlerin ve ambalajların toplatılması ve imhası, 10.000 YTL manevi tazminat ve mahkeme kararının ilanı*” taleplerinde bulunmuştur. Uyuşmazlığa ilk derece mahkemesi sıfatıyla bakan İstanbul 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, Türk hukukunda o tarihte internet ortamında yer sağlayıcısı olarak faaliyet gösteren platformların marka hakkına tecavüzden kaynaklanan sorumluluğunu düzenleyen bir mevzuat olmadığı tespitini yaparak bundan ileri gelen kanun boşluğunun AB e-Ticaret Direktifi ve ABD DMCA hükümleri ile FSEK ek 4. maddesindeki uyar-kaldır sisteminin uyuşmazlığa kıyasen uygulanarak doldurulması gerektiğini kabul etmiştir. Mahkeme, buna göre, platformun kendisine ihlal teşkil eden içeriğin web sitesinden çıkartılması için ihtarname gönderildikten sonra bu ihtarla rağmen söz konusu içeriği web sitesinden çıkarmadığı takdirde sorumlu tutulabileceğini, olayda böyle bir ihtar bulunmadığından platformun sorumlu tutulamayacağını hükme bağlamıştır¹⁰³. Temyiz mercii Yargıtay 11. Hukuk Dairesi ise ilk derece mahkemesinin konu ile ilgili boşluk bulunduğu tespitini uygun bulmamış, dava tarihinde yürürlükte olan 556 sayılı Marka KHK’nın 61/e bendine göre tazminat dışındaki taleplerin platforma ileri sürülebileceğine; platformdan tazminat talep edilebilmesinin ihlal teşkil eden davranıştan haberdar olmasına (kusurlu olmasına) bağlı olduğuna hükmederek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur¹⁰⁴. Uyuşmazlığı yeniden inceleyen ilk derece mahkemesi, ilk karardan sonra yürürlüğe giren 5651 sayılı *İnternet Kanunu’nun söz konusu boşluğu doldurduğuna*, bu çerçevede sitedeki yayının ve satışın önlenmesi talepleri dışında davalıya husumet yöneltilemeyeceğine hükmederek direnme kararı vermiştir. Yargıtay HGK, 15.12.2010 tarih ve 588/658 sayılı kararıyla mahkeme kararının değişik gerekçeye dayalı yeni bir hüküm niteliğinde olduğundan bahisle dosyayı yeniden 11. Hukuk Dairesine göndermiş, Daire, önceki kararıyla aynı yönde karar vermiştir. Bunun üzerine dosya HGK’nın önüne gelmiş, HGK hukukumuzdaki boşluğun 5651 sayılı *İnternet Kanunu’yla doldurulduğunu* teyit etmekle birlikte, dava tarihinde Marka KHK’nin ilgili hükümleri henüz iptal edilmemiş olduğundan dava tarihinde boşluk bulunmadığını, meselenin dava tarihinde yürürlükte olan Marka KHK üzerinden çözülmesi gerektiğini hükme bağlamıştır¹⁰⁵. Sonuç olarak HGK, dava dilekçesinin *Gittigidiyor’a* tebliğ edilmesiyle birlikte tazminat talep edilmesi için gerekli “kusur” şartının gerçekleştiği sonucuna varmıştır¹⁰⁶.

İnternet Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden sonra, bu kanunun fikri ve sınai hak ihlalleri bakımından tereddütsüz biçimde uygulandığı görülmektedir. Örneğin, Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin önüne gelen bir olayda eser sahibi, yüksek lisans tez çalışması olan “Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları” adlı kitabın “belgeler.com” isimli internet sitesinde izinsiz ve telif bedeli ödenmeksizin yayınlandığını ileri sürerek tecavüzün tespitini, yayının durdurulmasını, FSEK’in 68.

103 İstanbul 1 Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E 2009/167 K 2010/41, 09.03.2010.

104 Yargıtay 11 HD, E 2011/15509 K 2012/540, 20.01.2012.

105 Yargıtay HGK, E 2013/1138 K 2014/16, 15.01.2014.

106 Kararda kusur ve hukuka aykırılık unsurlarına ilişkin bir tereddüt söz konusudur. Konuyla ilgili olarak bkz. aşa. IV.

maddesi kapsamında üç kat tazminat talep etme hakkını saklı tutarak maddi ve manevi tazminat ödenmesini talep etmiştir. Uyuşmazlığa ilk derece mahkemesi sıfatıyla bakan Bakırköy 2. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, yer sağlayıcı konumundaki “belgeler.com”un fiilinin FSEK m. 25/II uyarınca umuma iletim hakkının ihlali teşkil ettiğini belirterek maddi tazminat istemini tamamen, manevi tazminat istemini ise kısmen kabul etmiştir. Kararın temyiz edilmesi üzerine dosyaya bakan Yargıtay 11. Hukuk Dairesi FSEK ek 4. maddesinin yanı sıra 5651 sayılı *İnternet Kanunu’nun* 5, 8 ve 9. maddelerine dayanarak ihlalden haberdar edilmemiş yer sağlayıcının sorumlu tutulamayacağına hükmetmiş ve ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur¹⁰⁷.

Yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle bu uygulamayı –o dönem için bir zorunluluğun tezahürü olduğunu kabul etmekle birlikte– isabetli bulmuyoruz. Aşağıda açıklanacağı üzere, E-Ticaret mevzuatında 2022 yılında yapılan değişikliklerden itibaren İnternet Kanunu’ndaki –aslında bu tarihten önce dahi uygulanması isabetli olmayan– hükme zorlama yoluyla başvurmaya çabalama ihtiyacı kalmamıştır.

Son olarak, TTK m. 58/4’te, haksız rekabet fiilinin iletimini başlatmamış, iletimin alıcısını veya fiili oluşturan içeriği seçmemiş veya fiili gerçekleştirecek şekilde değiştirmemiş olan hizmet sağlayıcılar aleyhine hükmün ilk fıkrasında belirtilen davaların açılmayacağı hükme bağlanmıştır. Bu durumda, aşağıda açıklanacak anlamda içerik karşısında “pasif” olan yer sağlayıcının sorumluluğuna haksız rekabet hükümleri kapsamında da gidilememesi gerekir¹⁰⁸.

B. 2023 İTİBARIYLA

01.07.2022 tarihinde 7416 sayılı Kanun ile E-Ticaret Kanunu’nda önemli değişiklikler yapılmış ve bunlar 01.01.2023 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Çalışmamız bakımından, 2. maddenin 1. fıkrasının f ve g bentlerinde tanımlanan “elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı” (“ETAHS”) ve “elektronik ticaret hizmet sağlayıcı” (“ETHS”) kavramları önemlidir. Değişiklikle, ETAHS, *“Elektronik ticaret pazar yerinde elektronik ticaret hizmet sağlayıcıların mal veya hizmetlerinin teminine yönelik sözleşme yapılmasına ya da sipariş verilmesine imkân sağlayan aracı hizmet sağlayıcı”*; ETHS ise *“Elektronik ticaret pazar yerinde ya da kendine ait elektronik ticaret ortamında mal veya hizmetlerinin teminine yönelik sözleşme yapan ya da sipariş alan hizmet sağlayıcı”* olarak tanımlanmıştır. Değişiklikten önceki tanımla (*“Başkalarına ait iktisadi ve ticari faaliyetlerin yapılmasına elektronik ticaret ortamını sağlayan gerçek ve tüzel kişi”*) karşılaştırıldığında, 7416 sayılı Kanun’la değiştirilmiş olan ETAHS kavramının kapsamının daraltılarak belirlenleştirildiği görülmektedir. E-ticaret platformları bu kanun anlamında kural olarak ETAHS konumunda olacaktır.

¹⁰⁷ Yargıtay 11 HD, E 2014/902 K 2014/11631, 17.06.2014

¹⁰⁸ Hak sahibinin fikri/sınai hakkını ihlal eden bir ürünün hak sahibinin izni olmaksızın yayımlanmasının TTK m. 58/1-a uyarınca haksız rekabet teşkil ettiği ve bu bağlamda hak sahiplerinin platform aleyhine dava açabilecekleri yönünde bkz Bozbel, *Fikri Mülkiyet* (n 98) 324. Yusufoglu Bilgin aynı kanaatte olmakla birlikte, kanaatimizce de haklı olarak, hükmün ikinci kısmında yer alan ve sağlayıcılara ihtiyati tedbir kararlarına karşı da muafiyet tanıyan düzenlemeyi eleştirmektedir. Yazara göre, bu düzenleme AB düzenlemeleriyle ve ihtiyati tedbirin niteliğiyle bağdaşmaz. Nitekim, bu düzenleme pozitif hukukumuzdaki diğer düzenlemelerle de uyumlu değildir. Yusufoglu Bilgin (n 98) 474-475.

Çalışma konumuzu doğrudan ilgilendiren bir başka değişiklik, E-Ticaret Kanunu'nun 9. maddesinde yapılmıştır. “Hukuka Aykırı İçerik” başlıklı hükmün üç fıkradan oluşan yeni hali şöyledir:

“(1) Diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça, aracı hizmet sağlayıcı, hizmet sağlayıcı tarafından sunulan içerik ve içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı hususlardan sorumlu değildir.

(2) Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı, elektronik ticaret hizmet sağlayıcı tarafından sunulan içeriğin hukuka aykırı olduğundan haberdar olması hâlinde, bu içeriği gecikmeksizin yayımdan kaldırarak hukuka aykırı hususu ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına bildirir.

(3) Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı, hak sahibinin, fikri ve sınai mülkiyet hakkı ihlaline dair bilgi ve belgeye dayanan şikâyeti üzerine, elektronik ticaret hizmet sağlayıcının şikâyetine konu ürününü yayımdan kaldırarak durumu kendisine ve hak sahibine bildirir. Elektronik ticaret hizmet sağlayıcının, şikâyetin aksini gösteren bilgi ve belgeye dayanan itirazını elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıya sunması üzerine şikâyetine konu ürünü yeniden yayımlar. Şikâyet ve itirazda; ilgililerin açık kimlik ve adres bilgileri, ihtilafa konu ürün hakkındaki bilgiler, ürünün yayımdan kaldırılması veya yayımlanmasının gerekliliğine dair gerekçeler ile yönetmelikle belirlenen diğer hususlar yer alır. İlgililerin genel hükümlere göre adli ve idari mercilere başvurma hakları saklıdır.”

Hükmün ilk fıkrası, e-ticaret platformlarının yer sağladıkları hukuka aykırı içerikten sorumlu olmadıkları temel prensibini içermektedir. İkinci fıkra, e-ticaret platformlarının hukuka aykırı içerikten “haberdar olduğu” durum düzenlenmiştir. Böyle bir durumda, platforma içeriği gecikmeksizin yayımdan kaldırma ve hukuka aykırılığı ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. Son fıkra ise münhasıran fikri sınai hak ihlali içeren içeriklere ilişkin, hak sahibinin şikâyetine dayanan bir içerik kaldırma usulü getirmektedir. Bu hükümle, yukarıda FSEK ek 4. madde ve İnternet Kanunu kapsamında açıklanan “uyar-kaldır” sisteminin, fikri ve sınai hakların tamamını kapsar şekilde –elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılarla sınırlı olarak da olsa, nihayet– hükme bağlandığını söylemek mümkündür. Gerekçede açıkça belirtildiği üzere, ETAHS, bu fıkra, yer alan usul ve esaslara göre, bilişim sistemini kurmak, erişime açık tutmak ve etkin bir şekilde işletmekle yükümlü tutulmuştur¹⁰⁹.

Kanun değişikliğinden bir süre sonra, 29.12.2022 tarihinde “Elektronik Ticaret Aracı Hizmet Sağlayıcı ve Elektronik Ticaret Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik” (“E-Ticaret Yönetmeliği”) yürürlüğe girmiştir. Bu Yönetmeliğin 10. Maddesinde hukuka aykırı içerikten sorumsuzluk prensibi bir kez daha vurgulanarak “haberdar olma” durumunun ve “uyar-kaldır” sisteminin¹¹⁰ ayrıntıları düzenlenmiştir. Buna göre “ETAHS, ETHS tarafından sunulan içeriğin hukuka aykırı olduğundan

109 Bkz 7416 sayılı Kanun Gerekçesi.

110 Yusufoglu Bilgin'e göre, burada “uyar ve kaldır”ın ötesine geçen ve AB sistemine yaklaşan bir “uyarı ve eylem” prosedürü öngörülmektedir. Zira klasik “uyar ve kaldır” prosedüründe içerik sağlayıcıya bir cevap (itiraz) hakkı tanınmamaktadır. Yusufoglu Bilgin (n 98) 486. Gerçekten de hukukumuzdaki sistem, itiraza da izin vermesi yönüyle ABD'deki sisteme daha yakındır.

haberdar olması hâlinde, bu içeriği kırk sekiz saati geçmemek üzere gecikmeksizin yayımdan kaldırarak hukuka aykırı hususu ETHS'ye ve ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına gerekçesiyle bildir[ecektir]"¹¹¹.

Ayrıca, Yönetmeliğin 10. maddesinin son fıkrasında “haberdar olmaya” ilişkin bir karine öngörülmüştür. Ancak karineye geçmeden önce Yönetmeliğin 24. maddesinde yer alan yükümlülüğün açıklanması gerekir. Bu maddede, “orta”, “büyük” ve “çok büyük ölçekli” ETAHS'lara¹¹², ETHS tarafından sağlanan içerikle ilgili olarak mevzuata uygunluk denetimi yapma ve bunu Bakanlığa raporlama yükümlülüğü getirilmiştir. Hükümde, içeriğin uygun olup olmadığı denetlenirken incelenmesi gereken mevzuat arasında FSEK ve SMK da sayılmıştır. Buna göre, “orta”, “büyük” ve “çok büyük ölçekli” ETAHS'lar her yıl mevzuata aykırılıkları tespit etmek amacıyla aracılık hizmeti yürüttükleri platformlarda inceleme yapmak ve bu incelemeye ilişkin rapor (“mevzuata uygunluk raporu”) hazırlayarak izleyen takvim yılında Bakanlığa sunmak durumundadır. Bu raporda, “aykırılığın konusu ve ilgili mevzuatı, bunlara ilişkin tespit yöntemleri ile alınan tedbirlere” yer verecektir.

İşte, Yönetmeliğin 10. maddesinin 3. fıkrası uyarınca hak sahiplerinin fikri ve sınai haklarına aykırı içeriğin platformda satışa sunulduğunun 24'üncü madde çerçevesinde hazırlanan mevzuata uygunluk raporu kapsamında ETAHS tarafından tespit edilmesi halinde, Yönetmeliğin 10. ve E-Ticaret Kanunu'nun 9. maddesi bağlamında platformun ihlalden “haberdar olduğu” varsayılacaktır. Bunun yanı sıra aynı fıkra da “yargı mercilerinin hukuka aykırı içeriğe ilişkin kararının ETAHS'ye bildirilmesi” ya da “Bakanlığın ya da görev alanlarına giren konularda diğer kamu kurum ve kuruluşlarının hukuka aykırı içerik bildiriminde bulunması durumunda” da ETAHS'in hukuka aykırı içerikten haberdar olduğunun kabul edileceği düzenlenmiştir¹¹³.

Sonuç itibarıyla, 2022 tarihli değişiklikten sonra, “orta”, “büyük” ve “çok büyük ölçekli” kapsamına dahil olan e-ticaret platformları tarafından hak sahiplerinin fikri ve sınai haklarını ihlal eden içeriklerin platform dahilinde satışa sunulmuş olup olmadığının Yönetmeliğin 24. maddesi uyarınca yıllık olarak denetlenmesi ve aykırılıkların “mevzuata aykırılık raporuna” dahil edilerek Bakanlığa sunulması gerekmektedir. Bu rapor veya konuyla ilgili olarak verilmiş mahkeme kararı “gibi durumlar” kapsamında ya da Bakanlık yahut diğer kamu kurum ve kuruluşlarınca platforma bildirimde bulunulmuş olması halinde platformun bu aykırılıktan “haberdar olduğu” kabul edilmektedir. Yönetmeliğin 10. maddesi ve E-Ticaret Kanunu'nun 9. maddesinin 2. fıkrasının birlikte değerlendirilmesi neticesinde, platformun aykırılıktan haberdar olduğu andan itibaren 48

111 Vurgu eklenmiştir.

112 23.02.2023 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan “6563 Sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun Ek İkinci, Ek Üçüncü ve Ek Dördüncü Maddelerinde Belirtilen Parasal Eşiklerinin Yarıya Oranında Artırılmasına İlişkin 6829 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı” ile yarıya oranında arttırılmış olan ve bu çalışmanın yazıldığı tarihte yürürlükte bulunan tutarlar sırasıyla (bir takvim yılındaki net işlem hacmi) on beş milyar TL (orta), kırk beş milyar TL (ve iptal ve iadeler hariç işlem sayısı yüz bin adedin üzerinde olan: büyük) ve doksan milyar TL'dir (çok büyük).

113 Hükümde mevzuata uygunluk raporu ve yargı mercilerinin kararlarından sonra “gibi durumlar” ifadesine yer verilerek sayıların sınırlı sayıda olmadığı belirtilmiştir: “Hukuka aykırı içeriğin 24 üncü madde çerçevesinde hazırlanan mevzuata uygunluk raporu kapsamında ETAHS tarafından tespit edilmesi veya yargı mercilerinin hukuka aykırı içeriğe ilişkin kararının ETAHS'ye bildirilmesi gibi durumların yanı sıra Bakanlığın ya da görev alanlarına giren konularda diğer kamu kurum ve kuruluşlarının hukuka aykırı içerik bildiriminde bulunması durumunda ETAHS'nin hukuka aykırı içerikten haberdar olduğu kabul edilir.” (Vurgu eklenmiştir).

saat içinde bu içeriği kaldırması ve ETHS ve ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına konuyu bildirmesi gerekmektedir.

Yönetmelikte, ayrıca, E-Ticaret Kanunu'nda öngörülen “uyar kaldır” sistemine ilişkin ayrıntılar da düzenlenmiştir. Bu kapsamda, platformun, bilgi ve belgeye dayanan şikayet üzerine şikayete konu ürünü yayımdan kaldırarak durumu hak sahibine ve ETHS'ye bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır. ETHS şikayetin aksini gösteren bilgi ve belgeye dayanarak itirazda bulunursa, platform, şikayete konu ürünü yeniden yayımlayacaktır. İlgililerin genel hükümlere göre adli ve idari mercilere başvurma imkanları saklı tutulmuştur. Şikayet ve itirazın yapılma usulü ve şikayet başvurusunun sonuçlandırılma usulü Yönetmeliğin 12, 13 ve 14. maddelerinde düzenlenmiştir. İlk olarak hak sahibi hak sahipliğini gösterir belgeler ve ihlale ilişkin gerekçe ve deliller ile platformun dahili iletişim sistemi, noter ya da KEP aracılığıyla ETAHS'a başvuracaktır (m. 12(1)). ETAHS, şikayetin kendisine ulaşmasından itibaren en geç 48 saat içinde şikayete konu ürünü yayımdan kaldırarak durumu hak sahibine ve ETHS'ye bildirecektir (m. 12(3)). ETHS, ürünün hak ihlali teşkil etmediğine dair belge ve deliller ile ürünün orijinallliğini kanıtlayarak aynı araçlarla ETAHS'a itiraz başvurusunda bulunabilecektir (m. 13). ETHS'nin itirazının haklı olduğunun sunulan belgelerden “açıkça anlaşılması halinde”, ETAHS, itirazın kendisine ulaşmasından itibaren 24 saat içinde ürünü yeniden yayımlayacak ve durumu hak sahibi ile ETHS'ye bildirecektir (m. 14(1)).

Olası ihlallere ilişkin olarak ETAHS'ın inceleme yetkisi ve yükümlülüğü, kendisine sunulan belgeler ile sınırlandırılmış (m. 14(3)), yeni belge sunulmadıkça aynı ürün ve iddiaya ilişkin yapılan şikayet başvurularının dikkate alınamayacağı (m. 14(2)) hükme bağlanmıştır.

Görüldüğü gibi, E-Ticaret Kanunu m.9/3 kapsamında düzenlenen şikayet usulünde belge ve bilgiye dayanan hak ihlali iddiası (şikayet) üzerine platforma, 48 saat içinde ilgili ürünü yayımdan kaldırma; belge ve bilgiye dayanan hak ihlali bulunmadığı iddiasının (itiraz) haklı olduğunun açıkça anlaşılması üzerine ise ürünü 24 saat içinde yeniden yayımlama yükümlülüğü getirilmiştir. Burada şikayet üzerine içeriği yayımdan kaldırılması için değil; itirazın dikkate alınabilmesi için “açıkça anlaşılma” şartının arandığına dikkat çekilmelidir. Bununla birlikte, öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, içeriğin yayımdan kaldırılması için ihlalin de açık olması gerekmektedir¹¹⁴. Konuyla ilgili aşağıda detaylandırılacak olan kanaatimiz, uygulamanın –ihlal açıkça anlaşılmalı ya da anlaşılmasın– gelen şikayet başvurusu üzerine ürünün yayımdan kaldırılması şeklinde gelişeceği yönündedir. İnceleme yapmak için 48 saati olan platformlar, büyük olasılıkla içeriği kaldırmamaları halinde muhatap olacakları idari para cezası karşısında, doğrudan içeriği kaldırma ve buna yapılması muhtemel itiraza göre tavır alma yoluna gideceklerdir. Eğer itiraz karşısında içerik yeniden yayımlanırsa, hakkının ihlal edildiğini düşünen hak sahibi tipik olarak dava yoluna başvuracak, bu dava süresince (en azından bu konuda bir tedbire hükmedilmediği sürece) içerik yayımda kalmaya devam edecektir.

Bu açıklamalardan sonra, mehz ABD ve AB'deki düzenden hareketle, yukarıda belirtilen düzenlemelerin değerlendirilmesine ve konuyla ilgili önerilerimizin sunulmasına geçilmesi mümkündür.

114 Yusufoglu Bilgin (n 98) 487.

IV. TÜRK HUKUKUNDA E-TİCARET PLATFORMLARININ ÖZEL HUKUK SORUMLULUĞUYLA İLGİLİ DÜZENİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıdaki açıklamalardan hareketle, e-ticaret platformlarının fikri ve sınai hak ihlali oluşturan içeriğe yer sağlamasından kaynaklanan doğan özel hukuk sorumluluğunun temel esasları şöyledir:

1. İnternet Kanunu'nun 5. maddesinde, E-Ticaret Kanunu'nun 9. maddesinde ve hatta E-Ticaret Yönetmeliği'nin 10. maddesinde açıkça öngörülen sorumsuzluk prensibi uyarınca, bir e-ticaret platformunun yer sağladığı bir ürünün fikri ve sınai hak ihlali teşkil etmesi nedeniyle sorumlu tutulması mümkün olmamalıdır. Bu, FSEK ve SMK uyarınca ihlal teşkil eden fiillerin, yer sağlayıcı tarafından, sadece yer sağlanması fiiliyle işlenemeyeceği anlamına gelir. Yani, örneğin ve özellikle, hak sahibinin telif hakkını ihlal eden bir ürünün bir e-ticaret platformunda satışa sunulması halinde e-ticaret platformunun eser sahibinin FSEK m. 23'te düzenlenen yayma hakkını ihlal ettiğini ya da marka hakkı ihlali teşkil eden bir ürünün e-ticaret platformunda satışa sunulması halinde platformun SMK m. 29 uyarınca marka ihlalinde bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Marka KHK'nın 61/1(e) hükmünün iptali ve bu yönde bir hükme SMK'da yer verilmemiş olması da bu sonucu desteklemektedir. Her ne kadar yer sağlayıcı, aslında içeriğe yer sağlamakla hukuki niteliği itibarıyla haksız fiil teşkil eden fikri ve sınai hak ihlaline "yardımcı" sıfatıyla katılıyor olsa da, içerikle ilgili kontrolünün (fiilen) bulunmadığı (pasif konum) gerçeği dikkate alınarak yer sağlayıcılar sorumsuzluk zırhı altına alınmıştır.
2. Bu sorumsuzluk, fikri ve sınai hak ihlallerine karşı kanunlarda öngörülmüş olan tüm özel hukuk sorumluluklarını bütün boyutlarıyla kapsamına almaktadır. Yani, platformlar, ihlallerin kusura bağlı olmayan sonuçlarından¹¹⁵ dahi sorumlu tutulamaz¹¹⁶. Zira sorumsuzluk prensibinin öngörülmesinin anlamı, yer sağlayıcının fiili açısından bir hukuka uygunluk sebebinin getirilmesi ve böylece fiilin hukuka uygun sayılmasıdır. Örneğin ve özellikle, fikri hak ihlali teşkil eden bir ürünün platformda satışa sunulması halinde platformdan FSEK m. 66 vd. uyarınca tecavüzün ref'i de talep edilemeyecektir. Bunun kapsamına, içeriğin kaldırılmasının talep edilememesi de dahildir. Nitekim FSEK ek 4. maddeye 3. fıkra olarak içeriğin kaldırılması imkânı tam da bu nedenle getirilmiştir.
3. FSEK ek 4. maddesinin 3. fıkrasında getirilen imkânın, hakları ihlal edilen kişilerin mahkemeye başvurmaksızın hak ihlallerini hızlıca ortadan kaldırabilmesi için, FSEK m. 66 vd.'na *alternatif olarak* getirildiği de ileri sürülebilir. Bir diğer ifadeyle, platformların yalnızca yer sağlama fiillerinin hukuka aykırı olduğu, dolayısıyla platforma karşı ihlalin kusura bağlı olmayan sonuçlarının ileri sürülebileceği; platformun içerikten haberdar olduğu andan itibaren kusurlu olduğu kabul edilerek ona karşı tazminat taleplerinin de ileri sürülebileceği düşünülebilir. Ancak böyle bir yaklaşım aşağıda açıklanacak olan sorumluluk düzenine tamamen aykırı

115 Bu konuda bkz. Kılıçoğlu (n 97) 423 vd.; Cahit Suluk, Rauf Karasu ve Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (6. Bası, Seçkin 2022) 134 vd.; Erel (n 97) 331 vd.; Tekinalp (n 94) 303 vd., 491 vd.

116 Karş Yasaman, 'Sorumlulukları' (n 27) 280.

olacak, pozitif hukukumuzun (mehaza uygun olarak) üç ayrı yerde tekrarladığı temel ilkenin altını boşaltacaktır. Şöyle ki:

4. Yer sağlayıcıların sorumlulukları “kontrol” üzerine kurulmuştur. Platformlara, bu içerik üzerinde “kontrol sahibi oldukları takdirde” (aktif konum)¹¹⁷ yükümlülük getirilmiştir. Kontrol sahibi olma da içeriğin hukuka aykırılığını bilebilecek duruma gelme (mevzuatın lafzıyla “haberdar olma”) üzerine kurgulanmıştır¹¹⁸. Yukarıda açıklanan düzen çerçevesinde yer sağlayıcı platform, içeriğin hukuka aykırılığını, (i) kendi hazırladığı mevzuata uygunluk raporları sırasında; (ii) hak sahibinin şikayeti üzerine; (iii) yargı mercilerinin kararlarının kendisine bildirilmesi üzerine ya da (iv) Bakanlık veya diğer kamu kurum ve kuruluşlarının bildirimi üzerine bilebilecek duruma gelecektir.
5. Platformun bu konuma gelmesiyle birlikte, platforma, şartları ve kapsamı yukarıda açıklandığı şekliyle içeriği kaldırma yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu yükümlülüğe aykırı davranılmasının yaptırımı olarak idari para cezası öngörülmüştür. Dolayısıyla, içerik üzerinde aktif bir konuma gelmesine rağmen içeriği gecikmeksizin kaldırmayan platformun idari sorumluluğu doğmaktadır¹¹⁹. Bununla birlikte, bu konuma gelmekle birlikte, özel hukukun temel sorumluluk prensipleri göz önüne alındığında oldukça önemli bir başka sonucun daha doğduğu kabul edilmelidir; bu da platformun fikri ve sınai hakkın ihlali nedeniyle içerik sağlayıcıyla müteselsil sorumluluğunun doğmasıdır. Şöyle ki, yer sağlayıcı sıfatını haiz e-ticaret platformunun gerçekte haksız fiilin işlenmesi bakımından yardımcı kişi (fer’an medhal) konumunda olduğu ancak mehaza uygun olarak içeriğin yer sağlayıcıların kontrolü dışında bulunduğu müddetçe hukukumuzda yer sağlayıcılar için bir hukuka uygunluk nedeninin var olduğunun kabul edilmesi gerektiği yukarıda açıklanmıştı¹²⁰. Bu hukuka uygunluk sebebinin öngörülmüş olma nedeni, yukarıda da açıklandığı gibi, yer sağlayıcının içerik karşısında pasif konumda bulunmasıdır. Dolayısıyla, özel hukuk perspektifinden yukarıda açıklanan düzene bakıldığında, hukuka aykırı içerikten haberdar olan, yani içerik karşısında aktif konumda bulunan yer sağlayıcının sorumsuzluk zırhının ortadan kalktığı, aktif bir davranış yükümlülüğü altında bulunduğunun kabulü gerekir. İşte, hukuka aykırı içerikten yukarıda açıkladığımız yollardan biri vesilesiyle haberdar olan platformun, aktif davranış yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde (yani bu içeriğe karşı harekete geçmemesi durumunda) özel hukuk sorumluluğu (da) doğmaktadır. Daha açık bir ifadeyle, platformun hukuka aykırı içerikten haberdar olmasının haksız fiilin kusur unsurunu;

117 Tekinalp (n 94) 349, par. 172.

118 Bu anlamda “haberdar olma” ile “haberdar edilme” arasındaki ilişki için bkz. Mohammad Sadeghi, “The Knowledge Standard for ISP Copyright and Trademark Secondary Liability: A Comparative Study on the Analysis of US and EU Laws” (DPhil thesis, Brunel University London 2013) 35 vd.; Zeynep Yasaman, *Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda İnternette Marka Hakkının İhlali* (On İki Levha 2020) 604 vd.

119 Aynı görüşte bkz. Yasaman, ‘Sorumlulukları’ (n 27) 271. İnternet Kanunundan hareketle aynı sonuca varan Bozbel, *Fikri Mülkiyet* (n 98) 322.

120 Bu doğrultuda, açıkça belirtilmese de ihlal karşısında en başından aktif konumda bulunan yer sağlayıcılar (örneğin başlı başına hukuka aykırı içeriklere yer sağlamak amacıyla kurulmuş platformlar ya da içerik sağlayıcıyla bu yönde anlaşmış olan yer sağlayıcılar) sorumsuzluk zırhından elbette faydalanamayacaktır.

içeriğin kaldırılmamasının ise hukuka aykırılık unsurunu sağladığı¹²¹ ve böylece hukuka aykırı içerik karşısında haberdar olma yoluyla aktif konuma gelen ancak içeriği kaldırmayan yer sağlayıcının hem e-ticaret mevzuatı uyarınca idari sorumluluğunun hem de fikri/sınai hak ihlalinin dolayısıyla özel hukuk sorumluluğunun doğduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla, böyle bir durumda platforma karşı, ihlal edilen bir fikri haksız FSEK m. 66 vd.; ihlal edilen bir sınai haksız SMK m. 149 vd.'nda öngörülen imkanların kullanılabilmesi gerekir.

6. Özel hukuk sorumluluğu bakımından platform, içerik sağlayıcıyla TBK m. 61'e göre müteselsilen sorumlu olacaktır¹²². Yargıtay da –erişebildiğimiz kararlardan tespit edebildiğimiz kadarıyla sorumluluğun arka planını açıklamaksızın– hukuka aykırı içeriği kaldırmayan yer sağlayıcının içerik sağlayıcıyla müteselsilen sorumlu tutulacağını belirtmekte ve bu sorumluluğun doğması için yer sağlayıcının içeriğin hukuka aykırılığını “*en azından bilmesi gerektiğini*” ifade etmektedir¹²³. Bu ifadelerin hem mülga BK döneminde hâkim görüşün tam teselsül için ortak kusur şartını aramasından ileri gelen bir alışkanlıktan hem de günümüzde yürürlükte olan ve yukarıda açıkladığımız düzende yer sağlayıcının özel hukuk sorumluluğunun doğması için kusurun (yani burada tartışılan bağlamda hukuka aykırılıktan haberdar olma), hukuka aykırılığın (yani burada tartışılan bağlamda içeriğin kaldırılmaması) gerçekleşmesinin ön şartı olarak düzenlenmesinden kaynaklandığı kanaatindeyiz.

Bu, Türk hukukundaki klasik haksız fiil sorumluluğu düzenine uygun bir yapı değildir. Zira bilindiği üzere, kusur, hukuka aykırılığın ön şartı olmayıp bunlar birbirinden ayrı olarak değerlendirilen unsurlardır. Klasik haksız fiilden sorumluluk düzenimiz itibarıyla, buradaki hukuki yapının şöyle kurgulanması elbette daha uygun olurdu: Platformun hukuka aykırı içeriği yayınlaması tek başına (içeriği kaldırmaması halinde değil; yalnızca bu içeriği platforma koymasıyla) hukuka aykırılık unsurunu sağlamakla beraber, bunun hukuka aykırı olduğunu öğrenmesiyle kusur unsuru sağlandığından, haksız fiilin şartlarının bu andan itibaren sağlanmış olduğu kabul edilmeliydi. Fakat bu yorum da ne mehzaz düzenlemelerle güdülen amaca ne de Türk hukukundaki sistemin işleyişine uygundur. Zira sistem böyle kurgulandığı takdirde,

121 Bu anlamda kusur ve hukuka aykırılık unsurları Yargıtay HGK'nın, “Gittigidiyor” kararında birbiri yerine kullanılmıştır: “*Somut uyuşmazlıkta ileri sürülen talepler bakımından da kusur şartının gerçekleşmesi ve dolayısıyla da davalının iştirak halinde sorumluluğuna gidilebilmesi için önceden haberdar edilmesi ve buna rağmen haklı veya yasal bir neden olmaksızın ihlal oluşturan içeriğin davalı tarafından web sitesinden çıkartılmaması gereklidir.*” “*Dava konusu içeriğin web sitesinden çıkartılması ya da erişimin engellenmesi şeklinde olumlu bir davranışta bulunmayarak, tecavüz teşkil eden içeriği işletmecisi olduğu www.gittigidiyor.com adlı web sitesinden çıkartmamak suretiyle kusurlu davranan davalının...*” Yargıtay HGK, E 2013/11-1138 K 2014/16, 15.01.2014. Bu karar özelinde aynı görüşte bkz. Tüzüner (n 98) 471. Bu kararda ayrıca, “uyar-kaldır” sistemindeki, yer sağlayıcıyı ihlalden haberdar eden uyarıya karşılık gelmek üzere “ihtarname” ifadesi kullanılmıştır. Bu, öğretide haksız fiilde ihtar şartının aranmaması sebebiyle eleştirilmiştir. Bkz. Tüzüner (n 98) 471. Burada HGK “ihtar” kelimesini teknik anlamda kullanmamış olsa da doğru ifade “yer sağlayıcının ihlalden haberdar olmasını sağlayan bildirim (uyarı, ihbar)” olmalıydı.

122 İçeriği platformdan kaldırmayan ya da erişimi engellemeyen yer sağlayıcının eyleminin haksız fiil teşkil ettiği ve yer sağlayıcının asıl faille birlikte müteselsilen sorumlu olduğu yönünde bkz. ö. Yasaman, ‘Sorumlulukları’ (n 27) 285-286; Demirbaş (n 98) 287; Bozbel, *Fikri Mülkiyet* (n 98) 322. İçerik kaldırmaya ilişkin bir kriter getirmeksizin fikri hak ihlallerinden haberdar olan ve bunu engelleyebilecek teknik donanıma sahip olan yer sağlayıcıların içerik sağlayıcıyla birlikte müteselsilen sorumlu tutulabileceğini belirten görüş için bkz. Erel (n 97) 205.

123 Bkz. yuk. III.

hukuka aykırı içeriğin yayımlanmasından itibaren platform, kusur aranmayan sorumluluklar ve/ya imkanlar bakımından¹²⁴ haberdar olmasa da sorumlu olacaktır. En basitinden, böyle bir düzende, yer sağlayıcı bakımından hukuka aykırılık baştan (içeriğin platforma konulduğu andan itibaren) mevcut olacağından hak sahibi, tecavüzün ref'i kapsamında içeriğin kaldırılmasını talep edebilecektir. Bu, yukarıda açıklandığı gibi, hukukumuzda kurgulanan sisteme tamamen ters düşer.

7. Söz konusu sorumluluk düzeninin uygulamasına gelindiğinde, yukarıda FSEK ek 4. maddesinin 3. fıkrasının getirilme amacının, platformun yer sağlama fiilinin başlı başına hukuka aykırı sayılması ve dolayısıyla platformdan FSEK m. 66 vd'da düzenlenen ref talebinde bulunulmaması olduğunu belirtmiştik. Ancak önceki başlıktaki açıklamalarımızda da belirttiğimiz gibi, FSEK ek 4. maddesinin 3. fıkrası, bu amacın tam olarak yerine gelmesinde yetersiz kalmaktadır¹²⁵. Konuyla ilgili esasların çıkarılacak yönetmelikle düzenlenmesi öngörülmüşse de konuyla ilgili bir yönetmelik çıkarılmamış olmasının da etkisiyle, hükmün içerdiği usul önemli belirsizlikler içermektedir. Bir kere, eser sahibinin Cumhuriyet savcısına başvurarak üç gün içinde platformdan, satıcıya sunulan yer sağlama hizmetinin durdurulmasını istemesinin hukuki temeli belirsizdir. Zira başvurucunun haklı olması kadar, olmaması da pekâlâ mümkündür. Cumhuriyet savcısı nasıl bir inceleme yaparak platforma satıcıya sunduğu yer sağlama hizmetini durdurmasını emredebilecektir? Hükümde, içeriğin kaldırılması için ihlalin açık olması ya da başvurucunun mahkeme kararı sunması gibi bir zorunluluk da öngörülmemiştir. Mevcut düzende, salt iddia üzerine platformun içerik sağlayıcıya sunduğu yer sağlama hizmetinin savcılık kararıyla "ihlal durdurulana kadar" engellenmesi söz konusudur. Üstelik, savcının kararına karşı başvurulabilecek bir kanun yolu da öngörülmemiştir¹²⁶. Bu ölçüsüz sınırlamanın amaca uygun düşüp düşmediği şüphelidir. Gerçek bir hak ihlalinin söz edilemediği bir senaryoda "ihlalin" durdurulduğunun nasıl tespit edileceği de ayrıca belirsizdir. Öte yandan, – özel hukuk bakış açısıyla – bu senaryoda haklı bir sebebe dayanmaksızın belirli bir süre ürünlerini platformda satışa sunamayan satıcının zararının tazminini talep edip edemeyeceği ve edebilecekse kimden/kimlerden talep edeceği sorusu da yanıtızsızdır. Bir başka soru, hak sahiplerinin her bir platform için ayrı ayrı başvuru yapmasının gerekli olup olmadığıdır. Son olarak, Savcının kararına uymayan platformun hangi yaptırıma tâbi tutulacağı da cevapsız bırakılmıştır¹²⁷.

Konuyla ilgili olarak, 2017 yılında "5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı" ("Tasarı") hazırlanmış ancak bu Tasarı kanunlaşmamıştır. Kanaatimizce yukarıda açıklanan yetersizliği giderme amacı güdülerek, Tasarının 27. maddesiyle FSEK'e, 77/B maddesi olarak "İnternet ortamında hak ihlallerinin önlenmesi" başlıklı bir hüküm eklenmesi öngörülmüştür. Bu hükümde, FSEK'te tanınan hakları internet ortamında

124 Kusura bağlı olmayan sonuçlar için bkz yuk dn 115.

125 Aynı görüşte bkz Ateş (n 98) 106.

126 Cansu Topal, 'FSEK Ek Madde 4 İle Hak İhlallerinin Ortadan Kaldırılması Usulüne Dair Kanun Değişikliği Çalışmaları' iç Tekin Memiş (ed), *Fikri Mülkiyet Hukuku Yılığ 2015* (Yetkin 2017) 371, 378 vd.

127 Hükme ilişkin başka bazı eleştiriler için bkz Bozbel, 'İhtiyati Tedbir' (n 98) 154-155.

ihlal edilen hak sahiplerine, *hak sahipliğini ve ihlali gösterir bilgi veya belgelerle birlikte içerik sağlayıcısına veya yer sağlayıcısına internet sayfalarındaki elektronik posta veya diğer iletişim araçlarıyla göndereceği uyarıyla*, ihlale konu içeriğin yayından çıkarılmasını ya da *doğrudan Cumhuriyet savcısına başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini isteme* imkânı tanınmıştır¹²⁸. Görüldüğü gibi, FSEK ek 4. maddenin 3. fıkrasından farklı olarak, hak sahiplerinin yalnızca hak ihlali iddiasıyla değil; hak sahipliğini ve ihlali gösterir bilgi veya belgelerle başvurması zorunluluğunun getirilmesi öngörülmüştür. Ayrıca, mevcut düzenden farklı olarak, öncelikle içerik sağlayıcı, daha sonra Cumhuriyet savcısı üzerinden yer sağlayıcısından talepte bulunma usulü kaldırılmış; hak sahibinin doğrudan içerik sağlayıcısına ya da yer sağlayıcısına başvurarak içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği ya da doğrudan doğruya Cumhuriyet savcısına başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini talep edebileceği düzenlenmiştir. Bunun yanında, Tasarı'da içerik ve yer sağlayıcının talebinin uyarıdan itibaren 24 saatlik bir süre içinde yerine getirmesi öngörülmüştür. Öte yandan Cumhuriyet savcısının, ihlale konu içerik yayından kaldırılana kadar içeriğe erişimi engelleyebileceği, internet sayfası belirtilerek içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle ihlalin kaldırılmayacağına kanaat getirilmesi halinde ise gerekçesini de belirterek internet sitesindeki tüm yayına erişimi engelleyebileceği öngörülmüştür. Her bir platform için ayrı başvuru zorunluluğunun eser sahibine yükleyebileceği zorluklar dikkate alınarak Tasarı'nın 77/B maddesine 4. fıkra olarak, erişimin engellenmesi kararına konu içeriğin kısmen veya tamamen başka internet sitelerinde de yayınlanması halinde, ilgili hak sahipleri tarafından müracaat edilmesi üzerine mevcut kararın bu adresler için de infaz olunacağı düzenlemesi eklenmiştir. Tasarı'da, içeriğin yayından kaldırılması veya erişimin engellenmesi kararına uymayan yer ve içerik sağlayıcılara – fiil daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde – beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası verileceği de hükme bağlanmıştır. Hükümde ayrıca, internet hizmetinin yavaşlatılması yetkisi de getirilmiş, hükümdeki imkanların etkin kullanılabilmesi için Bakanlık bünyesinde merkezler oluşturulabileceği kabul edilmiş, Cumhuriyet savcısının bu imkanları kullanmaya ilişkin kararını en geç 24 saat içinde sulh ceza hakiminin onayına sunacağı, hâkimin kararına karşı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uyarınca fikri ve sınai haklar ceza mahkemesine itiraz edilebileceği hükme bağlanmıştır.

Bu Tasarı kanunlaşmış olsaydı, konuyla ilgili yukarıda belirtilen önemli sorunların – en azından fikri haklar bakımından – çözülmüş olacağı itiraf edilmelidir. Ancak halihazırda pozitif hukukumuz bakımından FSEK ek 4. maddesinin 3. fıkrası uygulanabilir bir hüküm niteliğinde değildir. Birçok mesele belirsizliğini korumakta ve hüküm mevcut haliyle çözümden çok soru(n) üretmektedir.

8. SMK'da ise içeriğin kaldırılmasına ilişkin bir hüküm dahi mevcut değildir. İşte, SMK'daki düzenleme eksikliği ve FSEK ek 4. maddesinin 3. fıkrasının da sorunları çözmeye muktedir olmaması karşısında hukukumuzda bir boşluk ortaya çıkmıştır. Bu boşluk, aslında – yukarıda açıklanan sebeple – hukuken fikri ve sınai hak ihlalleri bakımından uygulanabilir nitelikte olmamasına rağmen İnternet Kanunu'nun da yardımıyla doldurulmaya çalışılmıştır. Yukarıda

128 Metin için bkz. <https://gesam.org.tr/fikir-ve-sanat-eserleri-kanunu/>. “İtalik” olarak yazılan yerler, yürürlükteki ek 4. maddenin 3. fıkrasından farklı hususlara işaret etmektedir.

aktarılan kararlarda görüldüğü gibi Yargıtay, İnternet Kanunu ve FSEK ek 4. maddesinin 3. fıkrasını birlikte uygulayarak sorunu çözmeye çalışmıştır. Zira tekrarlamak gerekirse, ne FSEK ne de SMK, internet ortamında gerçekleşen hak ihlallerine karşı müdahalenin ref'ine (içerik kaldırmaya) ve sorumluluğa ilişkin uygulanabilir bir düzenleme içermektedir. Çalışmamızda birkaç defa işaret ettiğimiz gibi, e-ticaret mevzuatının – ETAHS'larla sınırlı olsa da – soruna bir ölçüde çözüm getirdiğini belirtmek mümkündür; ancak yine de tüm yer sağlayıcılar açısından mevcut olan bu sorunun açıkça ortaya konulması ve teorik açıdan hatalı uygulamalardan dönülerek meselenin uygun araçlarla çözülmesi elzemdir.

V. TÜRK HUKUKUNDA E-TİCARET PLATFORMLARININ ÖZEL HUKUK SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN ÖNERİLER

A. DÜZENLEMELERİN LAFZINA VE SORUMLULUĞUN DÜZENLENME BİÇİMİNE İLİŞKİN ÖNERİLER

İlk olarak mevzuatta geçen “bilgi toplumu hizmeti sunan” terimi, platformlara ilişkin hukuki düzenlemeler bakımından merkezi önemdedir. Ancak bu terim, İngilizce “*information society service provider*”in motamot bir çevirisinden ibaret olup anlamını karşılamamakta, kavramın içeriğiyle ilgili herhangi bir fikir vermemektedir. Üstelik bu terim, Türk pozitif hukukunda konuyla son derece uzaktan ilgili bir yerde, Sermaye Şirketlerinin Açacakları İnternet Sitelerine Dair Yönetmelik'in¹²⁹ 4/1-b hükmünde tanımlanmaktadır. Dahası, yapılan tanım, mehzadan (AB'dekinden) farklıdır. Kanaatimizce, konuyla ilgili mevzuatın tamamında AB düzenlemelerinin örnek alınması yönünde bir hukuk politikası tercihinde bulunulmuşsa, temel kavramlar düzeyinde bir ayırmaya gitmek yalnızca karmaşıklığa yol açar. Dolayısıyla, AB mevzuatı bağlamında “bilgi toplumu hizmeti sunan”ı karşılamak üzere Türkçe daha anlamlı bir terim kullanılması ve tanımın da AB'dekiyle aynı biçimde yapılması isabetli olacaktır.

İkinci olarak, yer sağlayıcının sorumluluğunun yapıtaşlarından olan içeriğin kaldırılması usulü bakımından hukukumuzdaki karmaşanın giderilmesi şarttır. İçeriğin kaldırılmasına ilişkin olarak E-Ticaret Kanunu ve Yönetmeliğindeki sistem ile FSEK Ek m. 4 arasındaki ilişki belirsizdir. Teorik olarak her ikisi de eser sahibinin fikri hakkını ihlal eden ürünün platformdan kaldırılabilmesi imkanı veren hükümlerdir. Açıklandığı üzere, e-ticaret mevzuatıyla platforma hukuki tabiriyle “ilk görünüş” üzerinden içeriği yayımdan kaldırma ve yayıma geri koymaya ilişkin bir yetki ve yükümlülük getirilmiştir. Platformun bu yükümlülüğe aykırı davranmasının yaptırımı E-Ticaret Kanunu m. 12 uyarınca idari para cezasıdır. Ürünü yayımdan kaldırma ve yeniden erişime açma sürecinde bir savcı ya da hakim dahi söz konusu olmadığı gibi, fikri ve sınai hakka ilişkin bir ayırım da yapılmamıştır. E-Ticaret Kanunu'ndaki imkandan faydalanılırsa hak sahibinin – en azından teorik olarak – çok daha hızlı sonuç alabilmesi mümkündür. Zira FSEK'teki gibi hak sahibinin öncelikle içerik sağlayıcıya, oradan sonuç alamazsa Cumhuriyet savcısı üzerinden platforma başvurusu gerekmemekte;

¹²⁹ RG 31.05.2013/28663.

doğrudan platforma başvurabilmektedir. Ayrıca, FSEK’te süreç gerekli düzenlemenin yapılmaması nedeniyle belirsizken, E-Ticaret Kanunu’nda usuli basamaklar daha nettir. Bununla birlikte, FSEK’te bir belge sunma zorunluluğu bulunmazken E-Ticaret Kanunu’nda yaklaşık ispata elverişli belgeler aranmaktadır. Ayrıca, FSEK’te yayından kaldırma kararına bir itiraz imkanı öngörülmemişken E-Ticaret Kanunu uyarınca bu mümkündür. Her hâlükârda, birçok kez değinildiği gibi FSEK ek 4. maddenin 3. fıkrasının uygulanabilir bir hüküm olduğu kanaatinde değiliz. Bu hükmün ilga edilerek E-Ticaret Kanunu’ndaki ve Yönetmeliğindeki düzenlemelerin genişletici yorum yoluyla tüm yer sağlayıcılar için uygulanması gerekir.

Bununla birlikte E-Ticaret Kanunu ve Yönetmeliğindeki usul de eksiksiz değildir. Her ne kadar şikayet ve itiraz süreçleri kapsamında tarafların sunması gereken belgeler sayılmış olsa da buna ilişkin üç temel husus belirsizliğini korumaktadır. İlk olarak, bu hükümde hakkın ispatına yarayan tüm belgeler sayılmamıştır. Örneğin ve özellikle, hükümde patent ya da faydalı model belgelerine yer verilmemiştir. Kaldı ki, bir belgeye dayanmasa da hukuken korunan kullanımlar (örneğin ve özellikle tescilsiz marka kullanımları) bu hükme göre ispatlanamayacaktır. Bu durumda, hakkın var olmadığı sonucuna mı ulaşılabileceği sorusu belirsizliğini korumaktadır. İkincisi, sunulması beklenen belgelerin içeriklerinin belirsizliğidir. Örneğin, platformda yer alan bir ürünün marka ihlali teşkil ettiğine dair şikayette bulunulabilmesi için mutlaka aynı markaya ilişkin bir belge mi sunulmalıdır; yoksa benzerlik yeterli midir? Ya da tescil edilen markanın satışa sunulan ürünle aynı sınıfa dahil olması gerekir midir? Son olarak, itiraz hakkının kullanılması için aranan “kendisinden başlayarak geriye doğru tüm hak sahiplerine ilişkin delil ve belgeler” şartının pratikte yerine getirilmesi ihtimali oldukça düşüktür. Tüm bunlar hükmün amaca ulaşmaya elverişliliği konusunda önemli kuşklar doğurmaktadır.

B. SORUMLULUĞUN YAPISINA VE TEMEL ÖZELLİKLERİNE İLİŞKİN ÖNERİLER

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, hukukumuzda da AB’den örnek alınarak, teşebbüslerin hangi durumlarda sorumlu olmadıklarını belirten (güvenli liman usulüyle) bir düzenleme yapılmıştır. AB’de düzenlemenin bu şekilde yapılmasının üye ülkelerdeki sorumluluk rejimlerinin farklılığı olduğuna çalışmamızın en başında işaret edilmiştir¹³⁰. Gerçekten de AB, bilinçli olarak, sorumluluğun hangi koşullarda *doğacağı* konusunda takdiri üye ülkelere bırakmıştır. Zira her bir üye ülkenin iç hukukundaki sorumluluk düzeninin uyumlaştırılması AB’de yıllardır hedeflense de – en azından yakın gelecekte – mümkün görülmemektedir. Ancak bir yandan da platformlar üzerinde gerçekleşen ihlallere ilişkin sorumluluğun bir ölçüde uyumlaştırılması bir gereklilik olarak ortaya çıkmıştır. İşte AB, bu uyumlaştırmayı, üye ülkelerdeki sorumluluk rejimlerinin farklılıklarından dolayı, *sorumluluğun* şartlarını değil; *sorumsuzluğun* şartlarını belirlemek suretiyle gerçekleştirmiştir. Yukarıda açıkladığımız kapsama dahil olan davranışlar nedeniyle platformun sorumsuz olduğu netleştirilmiştir. Bunların dışına çıkan platform davranışlarının sorumluluk doğurup doğurmayacağı bakımından ise üye ülke hukuklarının belirleyici olacağı yönünde bir politika tercihi yapılmıştır.

¹³⁰ Bkz yuk II, C.

Bu açıdan bakıldığında, ülkemizde *sorumluluğun* şartlarını değil de *sorumsuzluğun* şartlarını düzenlemenin bir anlam ve amaca hizmet etmediği ortaya çıkar¹³¹. Kaldı ki, bu şekilde yapılmış olan bir düzenleme, sorumluluğun hangi şartlarda doğacağı ve hangi sonuçlara tâbi olacağı gibi çok önemli ve temel bir soruyu da yanıtsız bırakmış olur. Sorumsuzluğun bir prensip olarak ilgili mevzuatta öngörülmüş olması da bu durumu perçinler. Nitekim bu çalışmanın kaleme alınmasındaki temel sebep de budur. Yukarıda da belirtildiği gibi¹³² kanaatimizce bu soruyu hukuken tutarlı biçimde yanıtlamak ancak E-Ticaret Kanunu m. 9 (3)'teki düzenlemenin, sorumluluğun şartlarını olumsuz olarak düzenleyen bir hüküm olarak değerlendirilmesi halinde mümkündür. Diğer bir ifadeyle, bu düzenlemenin yürürlüğe girmesiyle birlikte e-ticaret platformlarının fikri ve sınai hak ihlali teşkil eden bir ürünün platformda satışa konulması halinde yalnızca bu hükümde (ve onu açıklayan Yönetmelik hükümlerinde) belirtilen yükümlülükleri yerine getirmemesi halinde sorumlu tutulacağı kabul edilmelidir.

Sonuç olarak, her ne kadar AB'de – en güncel olarak – DSA'da sayılan yükümlülükler yerine getirildiği takdirde platformun sorumsuz olduğu; ancak tersinin doğru olmadığı söylenebiliyorsa da (yani yükümlülükleri yerine getirmeyen platformun fikri ve sınai hak ihlali sorumlu olacağı söylenemiyorsa da) hukukumuzda E-Ticaret mevzuatındaki yükümlülüklerin yerine getirildiği takdirde sorumsuzluğun; getirilmediği takdirde sorumluluğun doğacağı kabul edilmelidir. Sorumluluğun kapsamı yukarıda¹³³ açıklanmıştır. Kanaatimizce bu sonucun açıkça mevzuatta yer alması çok değerli olacaktır. Söz konusu değişikliğe kadar en azından yargı organlarının meseleye hassasiyet göstererek, (yukarıda açıklanan sebeplerle fikri ve sınai hak ihlallerinde uygulanamaz durumda olan) 5651 sayılı İnternet Kanunu ve (yukarıda açıklanan sebeplerle karmaşık, eksik ve uygulama şartları belirsiz bir hüküm olan) FSEK ek 4. maddesi hükümlerini bir kenara bırakarak, başta e-ticaret platformları olmak üzere (genişletici yorum yapmak suretiyle) tüm yer sağlayıcılar için bu yönde yorum yapmaları uygulamanın belirginleşmesi açısından oldukça kıymetli olacaktır.

Bir kere, böyle bir yorum, hukuki belirliliğin sağlanmasına hizmet edecektir. Gelişmeye çok açık olan e-ticaret sektörünün yapı taşlarından biri – kuşkusuz – hukuki belirliliktir. Platformların sorumluluk sınırlarını net biçimde öngörmeleri de hukuki belirliliğin ilk adımıdır. Aynı zamanda böyle bir belirleme, başta e-ticaret platformları olmak üzere tüm yer sağlayıcıları, hukuken istenilen şekilde davranmaya itecektir¹³⁴.

Benimsediğimiz bu düzenin mevcut menfaat çatışmalarını da en uygun şekilde çözeceği kanaatindeyiz. Aslında, fikri ve sınai hak ihlali teşkil eden ürünlerin ticaret dünyasından kaldırılmasında hak sahipleri kadar e-ticaret platformlarının ve platform kullanıcılarının da menfaati bulunmaktadır.

131 AB üye ülkelerinde sorumsuzluğa ilişkin benzer düzenlemelere yer verilmiş olması (örneğin, Alman Telemedya Kanunu (*Telemediengesetz*) § 10), AB hukuku gereğince üye ülkelerin Direktifleri iç hukuklarına aktarma yükümlülüklerinden kaynaklanmaktadır. Yani bu aktarımlar, *sorumsuzluğun* şartlarının ulusal mevzuata dahil olmasının bir amaca hizmet ettiğini göstermez.

132 Bkz yuk IV.

133 Bkz yuk IV.

134 Dinwoodie (n 4) 39.

Gerçekten de, e-ticaretin temel unsuru, kullanıcıların platforma duyduğu güvendir¹³⁵. Platformdan özellikle marka hakkı ihlali teşkil eden ürünleri bunu bilmeksizin satın alan kullanıcıların platforma olan güvenleri kaybolmakta, bu durum hem platformu hem de istediği ürüne ulaşamayan tüketiciyi zarara uğratmaktadır. Bununla birlikte, çalışmamızın konusunu oluşturan durumlarda, fikri ve sınai hak sahiplerinin haklarının korunması¹³⁶ ile internet kullanıcıları ve internet hizmet sağlayıcılarının temel haklarının korunması arasında bir çatışma meydana gelmektedir. Zira platformları her türlü hukuka aykırı içerikten sorumlu tutmak fikri ve sınai hak sahiplerinin haklarını daha etkin koruyabilecekken platformun çalışma ve sözleşme özgürlüğüne ve platform kullanıcısının bilgi alma özgürlüğüne zarar verici olabilecektir¹³⁷. Aksi türlü, yani yer sağlayıcıların hak sahibinin fikri ve sınai hakkını ihlal eden içeriklerden sorumluluğunu çok daraltan bir uygulama ise, fikri ve sınai hak sahiplerinin haklarını korumada yetersiz kalabilecektir. Burada kanun koyucuya dengeyi sağlama konusunda önemli bir görev düşmektedir. AB’de bu hususun altı çeşitli vesilelerle önemle çizilmiştir. Hatta ABAD, 2011 yılında verdiği *Scarlet v Sabam* kararında, fikri hakların diğer temel haklar karşısında öncelikli koruma bulmayacağını, bu hakların korunmasına ilişkin olarak alınacak önlemler ile bu önlemlerden etkilenecek kişilerin temel hakları arasında bir denge kurulması gerektiğini açıkça vurgulamıştır¹³⁸. Yukarıda Türk hukuku bakımından benimsenmesini önerdiğimiz sorumluluk sistemi bu açıdan da tercihe şayandır.

Bunlarla birlikte, yer sağlayıcıların hukuka aykırı içerikten haberdar edildikleri ve bu içeriği kaldırmadıkları takdirde sorumlu olacakları prensibinin bazı sınırları olduğu kabul edilmelidir. Bir kere, söz konusu şikayetin mevzuatta belirtilen ve yukarıda açıklanan şartları sağlaması gerekmektedir. Bu şartları sağlamayan bir şikayetin yer sağlayıcıyı durumdan “haberdar ettiği” ve dolayısıyla yukarıdaki açıklamalarımız çerçevesinde yer sağlayıcının sorumluluğu bakımından kusur unsurunu sağladığı kabul edilemez. İkincisi ve daha önemlisi, yapılan şikayet ve bu kapsamda sunulan belgelerin, ihlalin varlığını açıkça ortaya koyar derecede somut ve açık olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, Alman Federal Mahkemesi’nin kabul ettiği gibi, bildirim ile birlikte yer sağlayıcının “yoğun bir hukuki ve fiili inceleme yapmaksızın ihlali tespit edebilmesi” gerekir¹³⁹. Böyle bir durum yoksa, yer sağlayıcının hukuka aykırı olduğu iddia edilen içeriği kaldırma yükümlülüğü altında olduğu kabul edilemez. Yer sağlayıcının yapması beklenen inceleme her somut olaya göre değişecektir. Yapılması gereken incelemelerin kapsamı uygulamada netleşecek olmakla birlikte, bu prensibin Türk hukukunda da benimsenmesi gerektiği kanaatindeyiz¹⁴⁰.

135 World Economic Forum, “The Global Governance of Online Consumer Protection and E commerce: Building Trust’ (WEForum, March 2019) <https://www3.weforum.org/docs/WEF_consumer_protection.pdf > accessed 20 August 2024.

136 Kılıçoğlu (n 97) 21 vd.

137 Yusufoglu Bilgin (n 98) 68 vd.

138 Case C-70/10 *Scarlet Extended SA v Societe belge des auteurs, compositeurs et editeurs* [2011] ECR I 12006, paras 44-45.

139 Bkz BGH GRUR 2011, 1038: “Dies setzt voraus, dass der Hinweis so konkret gefasst ist, dass der Adressat des Hinweises den Rechtsverstoß unschwer – das heißt ohne eingehende rechtliche und tatsächliche Überprüfung – feststellen kann. Dabei hängt das Ausmaß des insoweit vom Betreiber zu verlangenden Prüfungsaufwandes von den Umständen des Einzelfalls ab, insbesondere vom Gewicht der angezeigten Rechtsverletzungen auf der einen und den Erkenntnismöglichkeiten des Betreibers auf der anderen Seite.”

140 Benzer bir uygulamanın suç teşkil eden fiiller özelinde Türk hukukunda halihazırda mevcut olduğu yönünde bkz

Sorumluluk düzeniyle ilgili bir başka konu da mesnetsiz olarak itirazda bulunan içerik sağlayıcıların sorumlu tutulup tutulmayacağıdır. Bu konuda öğretide ABD’de halihazırda yürürlükte bulunan DMCA’daki düzenin menfaatlerin dengelenmesi bakımından örnek alınabilecek bir düzenleme olduğu ileri sürülmekteyse de¹⁴¹ bu kanaati paylaşmıyoruz. Çalışmamızın en başında açıklandığı üzere, bu düzende şikayete gelen itiraz üzerine içeriğin kalıcı olarak kaldırılabilmesi için hak sahibinin dava yoluna başvurduğuna ilişkin bildirimde bulunması gerekmektedir. Hak sahibi, bu yönde bir bildirim sunmadıkça, yer sağlayıcının içeriği kalıcı olarak kaldırma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Dolayısıyla, aslında mesnetsiz olarak yapılan itiraz, hak sahibini zaman, emek ve para harcayarak dava açmaya zorlamaktadır. Bu nedenle, mesnetsiz olarak itirazda bulunan kişilerin yaptırma tabi tutulması makul görülebilir. Ancak hukukumuzda yukarıda açıklandığı üzere E-Ticaret Yönetmeliği m. 14 kapsamında, itiraz üzerine içeriğin yeniden platforma konulabilmesi için itirazın haklı olduğunun sunulan belgelerden *açıkça* anlaşılabilmesi aranmaktadır. Bunun anlamı, itirazın haklılığının açıkça anlaşılmadığı durumlarda içeriğin platforma yeniden konulmayacağıdır. Yani, ABD’de fikri ve sınai hak sahiplerinin şikayetine karşı itiraz yoluna başvurulduğunda içeriğin platforma konulmaması için işlem yapma külfeti hak sahibine yüklenmişken hukukumuzda itirazın haklılığı açık olmadığı sürece içerik yeniden konulmamak suretiyle hak sahibinin korunmasına öncelik verilmiştir. Bu anlamda, hukukumuzda mesnetsiz olarak itirazda bulunan kişilerin yaptırma tâbi tutulmasına bizce gerek bulunmamaktadır.

Değinilmesi gereken bir başka konu, yer sağlayıcının sorumluluğunun genişlediği hallerdir. Yukarıda açıklandığı üzere hem ABD hem de AB düzenlemeleri (özellikle DSA’da bu husus açıkça düzenlenmiştir) ve uygulamasında, yer sağlayıcılarının haberdar olduğu ihlallerin yanı sıra makul, özenli bir yer sağlayıcının haberdar olması beklenen ihlalleri de kaldırması gerektiği; aksi halde sorumlu tutulmaları kabul edilmektedir. İçerik bakımından “aktif” olan yer sağlayıcılar bakımından bu şartın baştan sağlandığı açıktır ancak içerik hakkında bilgi ve kontrol sahibi olmaksızın, herhangi bir uyarı da almaksızın bir yer sağlayıcının içeriği hangi hallerde “bilmesi gerektiği” konusu belirsizdir. Üstelik sözünü ettiğimiz tüm sistemlerde yer alan, yer sağlayıcılara genel bir denetim yükümlülüğü yüklenemeyeceği ilkesi dikkate alındığında bu soru pekişir. Kanaatimizce burada takdire imkân tanıyan şekilde bilinçli olarak muğlak ifadeler tercih edilmiştir. Yani, yer sağlayıcı, kendisine açıkça bir bildirimde bulunulmamış olsa bile, başka yollardan ihlal teşkil eden içerikten (içeriğin ihlal teşkil ettiğinden) haberdar olabiliyorsa, içeriği kaldırması gerektiği; kaldırmadığı takdirde sorumlu tutulabileceği söylenebilecektir. Bu hususta akla gelen ilk örnek, basın-yayın yoluyla haberdar olunması beklenen ihlaller olabilir. Ancak burada da dar yorum yapılması gerektiği açıktır¹⁴². Ayrıca hatırlatmak gerekir ki, hukuka aykırı içeriklerin de platformda yer alabildiğine ilişkin genel bir bilgi yer sağlayıcının sorumluluğuna hükmetmek için yeterli değildir. Uygulama alanı sınırlı olsa da aynı prensibin hukukumuzda da benimsenmesi isabetli olacaktır.

Bu kapsamda tekrar eden ihlallerin özel olarak ele alınması gerekir. ABAD’a göre hukuka aykırılığı tespit edilmiş olan içerik ile “eşdeğer nitelikteki” içeriklerin yer sağlayıcı tarafından kendiliğinden

Yasaman, ‘Sorumlulukları’ (n 27) 276.

141 Yasaman, İnternette Marka Hakkının İhlali (n 118) 622.

142 Konuyla ilgili olarak öz bkz Sadeghi (n 118) 112 vd.

(uyarıya gerek olmaksızın) engellenmesi gerekmektedir. Bu anlamda yer sağlayıcıların engellemesi beklenen içerikler, “yer sağlayıcının bu içerik ile ilgili bağımsız bir değerlendirme yapmasını gerektirecek farklılıkta olmayan” içeriklerdir¹⁴³. Teorik bakımdan bu sonuç kabul edilebilir olmakla birlikte, fikri ve sınai hak ihlallerinin ayrıntılı teknik inceleme gerektiren ihlaller olması sebebiyle bu prensip fikri ve sınai hak ihlalleri bakımından geniş bir uygulama alanına sahip olamayacaktır¹⁴⁴. Yine de, yer sağlayıcı tarafından bu içerik ile ilgili bağımsız bir değerlendirme yapılmasını gerektirecek farklılıkta olmayan içeriklerin, şikayete ihtiyaç bulunmayan haller kapsamında değerlendirilerek bu içeriği kaldırmayan yer sağlayıcıların sorumluluğunun doğması gerekir. Bu kapsamla sınırlı olmak üzere, platformların, yukarıda belirtilen anlamda tekrarlanan ihlallere karşı önlem alma yükümlülüklerinin kabul edilmesi gerekir. Ancak yine burada da dar yorum yapılması esastır.

Yer sağlayıcıların fikri ve sınai hak ihlali durumunda sorumluluklarının tespiti bakımından DSA’daki istisnanın da incelenmesi gerekir. Yukarıda belirtildiği gibi, DSA’da sorumluluk düzeninin belirlenmesinde kullanılan, “içerik karşısında aktif ya da pasif konumda olma” kriterine 6. maddenin 3. fıkrasında bir istisna getirilmiştir. Yer sağlayıcı içerik bakımından pasif konumda olmakla birlikte ortalama tüketici nezdinde aktif konumda olduğu kanaatini uyandırıyor, sorumsuzluk ilkesinden yararlanamayacaktır¹⁴⁵. Burada, yer sağlayıcı, gerçekte böyle olmasa bile ortalama tüketici nezdinde içerik üzerinde aktif olduğu izlenimi yaratmasından dolayı sorumsuzluk zırhı altından (güvenli limandan) çıkarılmıştır. E-Ticaret mevzuatındaki yükümlülükler dikkate alındığında, onları tamamlayıcı nitelikteki bu yönde bir düzenlemeye hukukumuzda da yer vermek makul olabilir.

Son olarak, uyar-kaldır mekanizmasının yer sağlayıcılar bakımından “otomatik” değil; menfaatlere dayalı değerlendirme sonucunda uygulanması gerektiğinin altı çizilmelidir. Yukarıda belirtildiği gibi, platforma hem şikayet hem de itiraz kapsamında sunulan belgelerin kapsamı belirsiz olduğu gibi, bu belgeler çoğu durumda hak sahipliğini ya da ihlalinin bulunup bulunmadığını ispat etmeye yeterli olmayacaktır. Üstelik şikayet ve itiraz incelemeleri için sırasıyla 48 ve 24 saatlik sürelerin öngörülmüş olması, olası şikayet/itiraz sayıları karşısında, yapılacak incelemelerin detaylı olamayacağına işaret etmektedir. Pratikte büyük ihtimalle ortaya çıkacak olan durum, platformun sorumlu olmamak için şikayet üzerine ürünü yayımdan kaldırması; itiraz üzerineyse yeniden yayıma koyması biçiminde mekanik şekilde yürütülecek; konuyla ilgili mahkeme kararları beklenecektir. Ancak böyle bir uygulama, yukarıda değinilen, düzenlemenin korumayı amaçladığı menfaat dengesine zarar verecektir. Söz konusu hükümlerin, bir tarafın açıkça haklı olduğu hallerle sınırlı olduğu göz önünde bulundurularak uygulanması gerekir.

143 Case C-18/18 *Eva Glawischnig-Piesczek v. Facebook Ireland Ltd* [2019] ECR I-458, par 37 ff.

144 Yasaman, ‘Sorumlulukları’ (n 27) 283-284.

145 Bu hüküm, Alman hukukundaki uygulamayı akla getirmektedir. Alman Federal Mahkemesinin 2009 tarihli *marions-kochbuch.de* kararında üçüncü kişilerin yemek tariflerinin üzerinde internet sitesinin sembolünü içeren (şef şapkası) logonun yer almasının kullanıcı gözünde websitesindeki içeriğin websitesi tarafından kontrol ediliyor olduğu izlenimi yarattığı, yer sağlayıcının bu nedenle sorumlu tutulması gerektiğine hükmedilmiştir. BGH NJW-RR 2010, 1276.

VI. SONUÇ

Hak sahibinin fikri ve sınai hakkını ihlal eden içeriklere yer sağlanması durumunda, yer sağlayıcı sıfatını haiz olan e-ticaret platformlarının sorumluluklarına başvurulmasının başta ihlalin hızlı, pratik ve etkin şekilde önlenmesi olmak üzere birçok faydası bulunmaktadır. ABAD'ın yukarıda aktarılan *Google France v Louis Vuitton* kararında Hukuk Sözcüsü Poiars Maduro'nun hatırlattığı üzere, “*bir mesajı durdurmanın en etkili yolu, mesajı ileten durdurma*”¹⁴⁶. Bununla birlikte, mesele basite indirgenemeyecek kadar çok yönlüdür. Meselenin çözümü, fikri mülkiyet hukukuna, haksız fiil hukukuna, temel hak ve özgürlüklere ve hatta hızla gelişen e-ticaret pazarının desteklenmesine ilişkin çoklu bir bakış açısı gerektirmektedir. Pozitif hukukumuzda durum, bu çalışmada ortaya konulmaya çalışıldığı üzere, fazlasıyla karmaşıktır. Bu karmaşa da tüm menfaat sahiplerinin aleyhine sonuç doğurmaktadır. Böyle bir karmaşa içinde ne hak sahiplerinin fikri ve sınai haklarının etkin şekilde korunabildiğinden ne ifade özgürlüğünün desteklenebildiğinden ne de sorumluluk konusunda hukuki belirliliğin sağlandığından ve dolayısıyla platformların çalışma ve sözleşme özgürlüğünün korunduğundan söz edilebilir.

Çağımızın güncel hukuki sorunlarından biri olan bu konuya ilişkin AB mevzuatıyla uyumlu ve iç hukuktaki çok başlılığı giderecek bir yasal düzenleme yapılması şarttır. Zira ülkemizde e-ticaretin gelişme potansiyeli çok yüksektir ve bu potansiyelin hukuk eliyle desteklenmesi oldukça önemlidir¹⁴⁷. Yapılacak düzenlemelerin açık, net, öngörülebilir ve uluslararası alanda geçerli olan kurallarla uyumlu olması gerekir¹⁴⁸. Sorumluluk gibi kritik bir konuda yaratılan hukuki belirsizlik ise tam ters yönde sonuç doğuracak, tüketiciler, içerik sağlayıcılar ve yer sağlayıcılardan oluşan katılımcıların tamamını e-ticaretin olumlu sonuçlarından mahrum bırakacaktır. Ayrıca, bunun ülkemiz ekonomisi bakımından da olumsuz sonuçları olacaktır. Çalışmamızda sorumluluğa ilişkin olarak önerilen biçimde düzenlemeler getirmenin e-ticaretin gelişmesine önemli katkılarda bulunacağı kanaatindeyiz. Konuyla ilgili yerleşik bir uygulama oluşmadan, bir an önce bu yönde düzenlemelerin yapılması oldukça değerli olacaktır. Çalışmamızda belirtilen yönde yasal düzenlemeler yapılana kadar ise uygulamacılara önemli görevler düşmektedir. Mevcut kuralların doğru yönde yorumlanması ve uygulanmasının hatalı uygulamaların yerleşmemesi bakımından elzem olduğu kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Akipek Ş ve Dardağan E, ‘Sanal Ortamda Telif Hakları’ (2001) 21(1) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 47-77.
Angelopoulos C, ‘Harmonizing Intermediary Copyright Liability in the EU – A Summary’ in Giancarlo Frosio (ed), *Handbook of Online Intermediary Liability* (Oxford 2020) 314-334. (Anlış: ‘Harmonizing’)

146 Joined Cases C-236/08 to C-238/08 *Google France SARL and Google Inc v Louis Vuitton Malletier SA and Others* [2010] ECR I-2423, Opinion of AG Maduro, par 115.

147 Dir 2000/31 (n 20) par 5. Aynı yönde Rekabet Kurumu, ‘E-Pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Nihai Raporu’ (*Rekabet Kurumu*, Nisan 2022) <<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/sektor-raporlari/e-pazaryeri-si-raporu-pdf-202.204.25105139595-pdf>> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2024, par 65.

148 Dir 2000/31 (n 20) par 60.

- Angelopoulos C, *European Intermediary Liability in Copyright – A Tort Based Analysis* (Kluwer 2017). (Anılış: *Tort-Based*)
- Ateş M, ‘Sosyal Medya Aktörlerinin Hukuki Sorumluluğu ve Bilhassa Telif Haklarının İhlalinden Doğan Sorumlulukları’ iç Tekin Memiş (ed), *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013* (Yetkin 2015) 59-114.
- Bozbel S, ‘Fikri Hakların İhlali Nedeniyle İhtiyati Tedbir Yoluyla İnternet Sitelerine Erişim Engellenebilir Mi?’ iç Tekin Memiş (ed), *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009* (On İki Levha 2009) 135-164.
- Bozbel S, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (On İki Levha 2015).
- Davies P, *Accessory Liability* (Hart 2015).
- Demirbaş A, *Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma* (On İki Levha 2015).
- Dinwoodie GB, ‘A Comparative Analysis of the Secondary Liability of Online Service Providers’ in Graeme B Dinwoodie (ed), *Secondary Liability of Internet Service Providers* (Springer 2017) 1-72.
- Ercan C, ‘Fikri Hak Kavramı ve Eser Sahibinin Manevi Haklarının Genel Anlamda Kişilik Hakkıyla İlişkisi’ (2021) 46 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 377-413.
- Erel ŞN, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku* (3. Bası, Yetkin 2009).
- EU Commission ‘Staff Working Document – Counterfeit and Piracy Watchlist 2022’ (*CIRCABC*, 1 December 2022) <<https://circabc.europa.eu/ui/group/d0803128-7d62-40ee-8349-c43ee92745aa/library/b36f701d-2850-4768-9b3e-e487140e11e5/details?download=true>> accessed 15 August 2024.
- Goldsmith J and Wu T, *Who Controls the Internet?: Illusions of a Borderless World* (1st edn Oxford 2006).
- Jaani R, *The Liability of Internet Intermediaries* (Oxford 2016).
- Karabudak HB, Korkmaz Göka E, Korkmaz G ve Özben S, ‘Dijital Pazarlara İlişkin Türk Hukukundaki Düzenlemelerin ve Düzenleme Çalışmalarının Uluslararası Örnekler Işığında Rekabet Hukuku ve Politikası Çerçevesinde Değerlendirilmesi’ (*TEPAV*, 2024) <https://www.tepav.org.tr/upload/files/171.047.9137-4.Dijital_pazarlara_iliskin_turk_hukukundaki_duzenlemeler.pdf> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2024.
- Kılıçoğlu A, *Sinai Haklarla Karşılaştırmalı – Fikri Haklar* (8. Bası, Turhan 2022).
- Krokida Z, *Internet Service Provider Liability for Copyright and Trade Mark Infringement* (Hart 2022).
- Lemley M, ‘Rationalizing Internet Safe Harbors’ (2007) 6 Journal on Telecommunications and High Technology Law 101-125.
- OECD and EUIPO, ‘Illicit Trade – Global Trade in Fakes: A Worrying Threat’ (*EUIPO*, 15 July 2021) <https://euiipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/reports/2021_EUIPO_OECD_Report_Fakes/2021_EUIPO_OECD_Trade_Fakes_Study_FullR_en.pdf> accessed 15 August 2024.
- OECD and EUIPO, ‘Misuse of E-Commerce for Trade in Counterfeits’ (*OECD-ilibrary*, 25 October 2021) <https://www.oecd-ilibrary.org/governance/misuse-of-e-commerce-for-trade-in-counterfeits_1c04a64e-en> accessed 15 August 2024.
- Oğuz S, ‘Telif Hakkı İhlallerinden İnternet Servis Sağlayıcıların Sorumluluğu’ (2008) 12(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 149-183.
- Ohly A, ‘Von der Störerhaftung zur Haftung für die Verletzung urheberrechtlicher Verkehrspflichten’ (2022) 41 Neue Juristische Wochenschrift 2961-2964.
- Rekabet Kurumu, ‘E-Pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Nihai Raporu’ (*Rekabet Kurumu*, Nisan 2022) <<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/sector-raporlari/e-pazaryeri-si-raporu-pdf-202.204.25105139595-pdf>> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2024.

- Sadeghi M, 'The Knowledge Standard for ISP Copyright and Trademark Secondary Liability: A Comparative Study on the Analysis of US and EU Laws' (DPhil thesis, Brunel University London 2013).
- Suluk C, Karasu R ve Nal R, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (6. Bası, Seçkin 2022).
- T.C. Ticaret Bakanlığı, 'Türkiye'de E-Ticaretin Görünümü' (*Ticaret Bakanlığı*, 27 Mayıs 2024) <<https://ticaret.gov.tr/data/66506fa313b87685dc0dbce8/2023%20yılı%20Türkiye'de%20E-Ticaretin%20Görünümü%20Raporu.pdf>> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2024.
- Tekinalp Ü, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Bası, Vedat 2012).
- Topal C, 'FSEK Ek Madde 4 İle Hak İhlallerinin Ortadan Kaldırılması Usulüne Dair Kanun Değişikliği Çalışmaları' iç Tekin Memiş (ed), *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2015* (Yetkin 2017) 371-391.
- Tüzüner Ö, 'Haksız Fiil Ekseninde Gittigidiyor İçtihadı' iç Tekin Memiş (ed), *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013* (Yetkin 2015) 461-492.
- Wagner G, 'BGB § 823 Schadensersatzpflicht' in Mathias Habersack (ed), *Münchener Kommentar zum BGB* (CH Beck 2024).
- World Economic Forum, 'The Global Governance of Online Consumer Protection and E commerce: Building Trust' (*WEForum*, March 2019) <https://www3.weforum.org/docs/WEF_consumer_protection.pdf > accessed 20 August 2024.
- Yasaman Z, 'Avrupa Birliği ve Türk Hukuku Bakımından İnternet Yer Sağlayıcıların Marka İhlalleri Kapsamında Sorumlulukları' (2019) 27(2) Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi 263-291. (Anılış: 'Sorumlulukları')
- Yasaman Z, *Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda İnternette Marka Hakkının İhlali* (On İki Levha 2020). (Anılış: *İnternette Marka Hakkının İhlali*)
- Yusufoğlu Bilgin F, *Dijital Piyasalarda Yer Sağlayıcıların Hukuki Sorumluluğu* (On İki Levha 2022).

Şirketler Hukuku İhtilaflarında Tahkim: Rüzgâr Tersine Dönerken

Arbitration of Corporate Law Disputes: As the Tide Turns

Abdurrahman KAYIKLIK* 

ÖZ

Korporatif nitelikteki şirketler hukuku ihtilafları, daha ziyade şirket tüzel kişiliğini ilgilendiren ve Türk Ticaret Kanunu'ndan doğan talep ve dava haklarından kaynaklanan uyuşmazlıkları ifade eder. Bu ihtilafların tahkime elverişliliği her bir uyuşmazlık bakımından ayrıca incelenmelidir. Türk hukukunda şirketler hukuku ihtilaflarının tahkim yoluyla çözülmesine özellikle anonim şirket genel kurul kararlarının hükümsüzlüğüne ilişkin ihtilaflar bağlamında geleneksel olarak olumsuz yaklaşmıştır. Bununla birlikte hem karşılaştırmalı hukuk hem de Türk hukukundaki birtakım güncel gelişmeler şirketler hukuku ihtilaflarında tahkime olan bakışın değiştiğini, bu alanda müspet bir ivme yakalandığını göstermektedir. Bu çalışmada Türk hukukunda korporatif mahiyetteki şirketler hukuku uyuşmazlıklarına yaklaşımın nasıl evrildiği ele alınmış, konuya dair gelişmelerin gelecekte nasıl bir seyir izleyebileceği hakkında değerlendirilmelere yer verilmiştir.

Anahtar kelimeler: Şirketler Hukuku, Anonim Şirket, Şirketler Hukuku İhtilafları, Tahkim, Tahkime Elverişlilik

Abstract

Corporate law disputes refer to disputes relating to the joint-stock company as a legal entity and mainly arising from the rights of action under the Turkish Commercial Code. Whether such disputes are arbitrable should be examined for each type of dispute individually. The approach to resolution of corporate law disputes through arbitration in Turkish law has traditionally been negative, especially within the context of disputes concerning (in)validity of general meeting resolutions in joint-stock companies. However, an analysis of some recent developments in comparative and Turkish law demonstrates that perceptions of arbitration in corporate law has been changing, and there now appears to be a momentum in favor of arbitration in this area. This study examines how the approach to arbitration of corporate law disputes has evolved under Turkish law and offers insights into how the developments in relation to arbitration of corporate law disputes may unfold in the future.

Keywords: Corporate Law, Joint-Stock Company, Corporate Law Disputes, Arbitration, Arbitrability

* Ar. Gör. Dr., Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, , ORCID: 0000-0003-0067-0461. Bu makale, 4 Haziran 2023 tarihinde İstanbul Barosu, Marmara Üniversitesi ve Özyeğin Üniversitesi tarafından düzenlenen “Cumhuriyet’in 100. Yılında Hukuk Sempozyumları: Tahkimde Güncel Gelişmeler” başlıklı sempozyumda sunulan tebliğin genişletilmiş hâlidir. Metnin gözden geçirilmesindeki yardımları için Ar. Gör. Ayşenur Öztürk Kayıklık’a teşekkür ederim.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Abdurrahman Kayıklık

E-posta/E-mail: akayiklik@ku.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 15.08.2024

Kabul Tarihi/Accepted: 17.11.2024

I. GİRİŞ

Geniş anlamıyla şirketler hukuku ihtilafları, akdî ve korporatif nitelikteki uyuşmazlıklar olarak ikiye ayrılabilir¹. Bunlardan ilki, sözleşmesel yönü ağır basan ve şirketler hukukuyla olduğu kadar borçlar veya eşya hukukuyla da yakından ilgili meseleleri içerir. Örneğin pay sahipleri sözleşmeleri veya pay devir sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar genelde bu kapsamda mütalaa edilir. Dar anlamda veya korporatif mahiyetteki şirketler hukuku ihtilafları ise çoğunlukla şirket tüzel kişiliğini doğrudan ilgilendiren ve Türk Ticaret Kanunu'ndan neşet eden talep ve davaları kapsamına alır. Bunlara örnek olarak organ kararlarının hükümsüzlüğü, şirketin feshi ve şirketler topluluğu hükümlerinden doğan davalar gösterilebilir. Sözleşmesel temeldeki şirketler hukuku uyuşmazlıklarında tahkim yolunun tercih edilmesi hem Türk hem de karşılaştırmalı hukuk uygulamasında yaygındır. Bu çalışmada ise hem geleneksel hem de güncel olarak tartışmalı bir konu olan dar anlamda şirketler hukuku uyuşmazlıklarında tahkim üzerinde durulacaktır. Bu noktadan itibaren şirketler hukuku ihtilafları terimi, korporatif – yani dar anlamda – şirketler hukuku ihtilaflarını ifade etmek üzere kullanılacaktır.

Esasen tahkimin hız, gizlilik ve ihtilafın uzmanlar tarafından karara bağlanması gibi her daim dile getirilen avantajları şirketler hukuku uyuşmazlıkları için evleviyetle geçerlidir. Buna rağmen Türk hukukunda şirketler hukuku ihtilaflarının tahkim yoluyla çözülmesinin bu alandaki sözleşmesel uyuşmazlıklardan farklı olarak yerleşik bir uygulaması yoktur. Bu çalışmanın konusu Türk hukukunda şirketler hukuku ihtilaflarında tahkime yaklaşım ve güncel gelişmeler ışığında bu yaklaşımın nasıl evrildiğidir. II. Bölüm'de bu alandaki uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesine yönelik geleneksel itirazlar ve bunların Yargıtay içtihadındaki yansıması açıklanmıştır. III. Bölüm'de hem karşılaştırmalı hukuk hem de Türk hukukunda ibreyi tahkim yönüne çeviren gelişmeler ele alınmıştır. Türk hukukunda şirketler hukuku ihtilaflarında tahkimin önünün tam olarak açılmasını sağlayabilecek müstakbel gelişmelerin neler olabileceği ise IV. Bölüm'de incelenmiştir.

II. TAHKİME ELVERİŞLİLİK: GELENEKSEL İTİRAZLAR

A. GENEL OLARAK

Şirketler hukuku ihtilaflarında tahkime elverişlilik ele alınırken iki hususu önceden vurgulamak yerinde olur. İlk olarak bu alandaki uyuşmazlıkların hakemlerce karara bağlanmasının mümkün olup olmadığı ile bu ihtilaflara dair tahkim anlaşmasına – şirketin kurucu belgesi olan – anonim ortaklık esas sözleşmesinde (veya limited şirket sözleşmesinde) yer verilip verilemeyeceğinin bağlantılı ve fakat birbirinden ayrı meseleler olduğuna dikkat çekmek gerekir. Şirket esas sözleşmesinde tahkim şartının yer alması, ancak tahkime elverişli ihtilaflar için mümkündür. Dolayısıyla tahkime elverişliliğin şirket esas sözleşmesinde tahkimin öngörülmesi için bir nevi ön şart olduğu söylenebilir. Nitekim

¹ Ayırım için örneğin bkz Tolga Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim* (On İki Levha 2018) 1, 9, 173; H. Ercüment Erdem, 'Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim: İsviçre Örneği, Alınacak Dersler ve Öneriler', iç Senem Bahçekapılı Vincenzi ve Muhammed Buğrahan Helvacı (edr), *İTOTAM – Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim Semineri: 16 Ekim 2021* (İstanbul Ticaret Odası 2022) 68-69.

tahkime elverişlilik ön koşulunun bu alandaki uyuşmazlıkların en azından bir kısmı bakımından yerine geldiği kanaatindeki hukukçular, şirket esas sözleşmesinde geçerli olarak tahkim şartına yer verilmesinin mümkün olup olmadığı ve mümkünse bu şartın bağlayıcılığı meselelerini hem şirketler hukuku hem de tahkime dair prensipler ışığında tartışmaktadır. Bu çalışmada esas olarak tahkime elverişlilik üzerinde durulacağından şirket sözleşmesinde tahkim anlaşmasına yer verilmesi konusu ayrıca inceleme konusu yapılmamıştır². Şu kadarını ifade etmek gerekir ki karşılaştırmalı hukuk tecrübesi, elverişlilik ve tahkim şartının esas sözleşmede yer alması meselelerinin birbirine koşut ilerleyerek çözülebileceğini göstermektedir.

Altı çizilmesi gereken ikinci husus, şirketler hukuku uyuşmazlıklarının tümünün tahkime elverişli olduğu veya olmadığı yönündeki kategorik bir tespitin hatalı veya en azından eksik olacağıdır. Zira kendilerine has birçok özellik barındıran ve çok sayıda farklı tür ve görünümü bulunan bu ihtilaflar bakımından genel geçer bir değerlendirme yapmak doğru değildir³. Aslında şirketler hukuku ihtilaflarının çoğu için tahkime elverişlilik konusunda daha az tereddüt bulunduğu, tartışmaların özellikle anonim şirket genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü ve şirketin feshine dair uyuşmazlıklarda yoğunlaştığı söylenebilir. Hem şirketler hukuku ihtilaflarında tahkime elverişliliğe dair meselelerden en çetrefilli olanları bünyesinde barındırdığından hem de karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeler bilhassa bu uyuşmazlık bağlamında ortaya çıktığından, bu çalışmada yalnızca anonim şirket genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü ihtilaflarının tahkime elverişliliğine dair tartışmalar özetlenmiştir⁴. Aşağıda önce bu ihtilaflarda tahkime gidilmesine yönelik geleneksel itirazlar ve devamında bunların Yargıtay içtihadındaki izdüşümü üzerinde durulmuştur. Sonraki bölümde ise hem karşılaştırmalı hukuk hem de Türk hukuku öğretisinde bu geleneksel itirazlara verilen cevaplar ve bu tartışmaların nasıl aşıldığı ele alınmıştır.

B. GENEL KURUL KARARLARININ HÜKÜMSÜZLÜĞÜ ÖZELİNDE

1. İhtilafın Önemi

Türk şirketlerinin birçoğunda blok pay sahipliği yapısı görülür. Yani şirketlerde çok sayıda küçük yatırımcı değil birkaç büyük pay sahibinin bulunması yaygındır. Genelde halka açık olmayan bu şirketlerde temel menfaat çatışması, şirket yönetimini kontrol eden hâkim pay sahibiyle şirket işleyişine çok daha sınırlı şekilde tesir edebilen bir ya da birkaç azınlık pay sahibi arasında cereyan eder. Anonim şirkette genel kurul kararları, ilgili toplantıya katılmamış ve katılarak muhalif kalmış olanlar dahil tüm pay sahiplerini bağlar (TK 423). Şirket yönetim kurulu üyeleri de genel kurulda belirlenir [TK 359, 408(2)(b)]. Üstelik mevcut ve hatta şirkete sonradan katılan pay sahiplerini de bağladığı kabul edilen şirket esas sözleşmesi genel kurul kararıyla tadil edilebilir (TK 452). Hâkim

2 Şirket esas sözleşmesinde tahkim şartına yer verilmesi hakkında güncel tartışmalar ve değerlendirmeler için örneğin bkz Ayoğlu (n 1) 11 vd; Cem Veziroğlu, 'Anonim Ortaklık Esas Sözleşmesinde Düzenlenen Tahkim Şartının Geçerliliği', iç Mustafa Erkan ve Candan Yasan Tepetaş (edr), *Tahkim Yargılaması Birinci Bölüm – Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt – 2* (On İki Levha 2021) 3 vd.

3 Ayoğlu (n 1) 9.

4 Burada özet olarak verilen tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz aşağıda dn 29'da zikredilen eserler.

pay sahibi, birçok hâlde genel kurulda temsil edilen pay ve oyların da çoğunluğunu haiz olacağından genel kurul kararları yerine göre azınlık pay sahipleri açısından bir tahakküm aracına dönüşebilir.

Genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü hakkındaki TK 445 vd. hükümlerinin önemi de bu bağlamda anlaşılır. Kanuna, esas sözleşmeye ve dürüstlük kuralına aykırı genel kurul kararları iptal edilebilir iken (TK 445) kimi ağır hukuka aykırılıkların varlığı kararın butlanı sonucunu doğurur (TK 447). TK'da ayrıca düzenlenmemekle birlikte, kurucu unsurlarında noksanlık bulunan genel kurul kararlarının yok hükmünde olduğu da ileri sürülebilir. Azınlık pay sahipleri, hukuka aykırı genel kurul kararlarının iptalini veya butlanının ya da yokluğunun tespitini dava ederek kendilerini koruyabilirler⁵. Bu teorik açıklama Türk uygulamasıyla da paraleldir. Anonim şirket genel kurul kararlarının hükümsüzlüğüne dair davalar ortaklıklar hukukunda en çok başvurulmuş hukukî çareler arasındadır. Bu açıdan devlet mahkemelerinde sonuca bağlanması oldukça uzun süreler alan bu uyuşmazlıkların tahkime elverişli olup olmadığının uygulamayı yakından ilgilendiren bir yönü olduğundan kuşku duymamak gerekir.

2. Özellik Arz Eden Yönleri

Anonim şirket genel kurul kararlarının hükümsüzlüğüne dair ihtilaflar usulî açıdan özellik arz eder. Tahkime elverişliliğe dair tartışmaların genelde meselenin usulî tarafıyla irtibatlı olması sebebiyle öncelikle bu konu hakkında bilgi verilecektir. Genel kurul kararlarının iptali davası, karar tarihinden itibaren üç aylık hak düşürücü süreye tabidir (TK 445). TK 448'de yönetim kurulunun davanın açıldığını ilan etmesi öngörülmüştür. Aynı hükme göre üç aylık hak düşürücü sürenin sonuna dek dava görülmeye başlanamaz. Bu süre içinde açılan davalar ise birleştirilerek görülür [TK 448(2)].

Davanın görülmesi için hak düşürücü sürenin bitiminin beklenmesi ve davaların birleştirilmesinin özel olarak öngörülmesinden tahmin edilebileceği üzere bir karara karşı birden fazla kişinin dava açması mümkündür. Zira davalı her hâlükârda şirket olsa da belirli şartları yerine getiren pay sahipleri ya da kolektif olarak şirket yönetim kurulu veya münferiden şirket yönetim kurulu üyeleri iptal davası açma hakkına sahiptir (TK 446). Üstelik şayet mahkeme, kararın iptaline veya butlanının tespitine hükmederse kesinleşen hüküm davaya taraf olmayanlar dahil tüm pay sahiplerini bağlamaktadır (TK 450). Hatta bu yüzden yine TK 450 uyarınca yönetim kurulunun kesinleşen mahkeme kararını tescil ve ilan ettirmesi gerekir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında meselenin tahkime elverişliliğe bakan yönü açısından iki husus özellikle kayda değerdir. İlkin genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü davası, yargılamanın çok taraflı olarak yürütülmesi olasılığı göz önüne alınarak düzenlenmiştir. Bu yüzden TK'da çok taraflı yargılamanın yürütülmesine dair birtakım usulî özel düzenlemeler yer almıştır. İkinci olarak genel kurul kararının hükümsüzlüğüne dair mahkeme kararı, ister inşai nitelikteki iptal hükmü ister butlanın yahut yokluğun tespiti hükmü olsun herkese karşı ileri sürülebilir, yani *erga omnes*

5 Hükümsüzlük davalarının azınlık pay sahiplerini koruyan kanunî sistemdeki işlevi hakkında bkz. Abdurrahman Kayıklık, 'Anonim Şirkette Azınlığın Korunması: Kim İçin, Neden ve Nasıl Bir Koruma?' (2022) 80(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 407, 430-432.

mahiyettedir. Bu hususlar, aşağıda görüleceği üzere bu ihtilafların tahkime elverişliliğine karşı geleneksel argümanların da belkemiğini teşkil etmektedir.

3. Tahkime Elverişliliğe İtirazlar

Türk hukukunda anonim şirket genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü ihtilaflarının tahkime elverişli olmadığı geleneksel olarak savunulmaktadır. Yargıtay içtihadına da aynen yansıdığı söylenebilecek bu görüşün⁶ ilk dayanağı, bu ihtilaflarda tahkime elverişlilik kriterinin sağlanmadığıdır. Bilindiği üzere Türk hukukunda yalnızca taraf iradelerine tabi uyuşmazlıklar tahkime elverişlidir [Hukuk Muhakemeleri Kanunu (“HMK”) 408; Milletlerarası Tahkim Kanunu 1(4)]. Genel kabule göre bu kıstas, ilgili uyuşmazlık bakımından sulh ve kabulün mümkün olduğu hâllerde yerine gelir⁷. Genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü bağlamında tahkime karşı ileri sürülen ilk itiraz, bu konudaki uyuşmazlıklarda sulh olunmasının veya davanın kabul edilmesinin mümkün olmadığı düşüncesine dayanır. Bu fikre göre genel kurulca verilen bir kararın geçerliliği üzerinde yönetim kurulu ile davacılarca tasarruf edilmesi mümkün olmadığından bu hususla irtibatlı ihtilaflar tahkime elverişli değildir⁸.

Genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü ihtilaflarının tahkime elverişli olmadığı iddiasının ikinci cephesi daha usulî nitelikte olup kanunî düzenlemenin tahkimi dışladığı üzerinde durmaktadır. Buna göre öncelikle TK 445’te davanın “*şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde*” açılacağına düzenlenmesi emredici mahiyette olup, tahkim yolunu kapatmaktadır⁹. Diğer yandan TK 448’de davaların birleştirileceğinin öngörülmesi, “*tahkim müessesesi ile bağdaşmamakta(dır)*”¹⁰. Son olarak tahkim yargılamasında hakem(ler)in davacı tek bir pay sahibi ile davalı şirket tarafından belirlenmiş olabileceği dikkate alındığında bu hakem(ler)in TK 450 uyarınca tüm pay sahiplerini bağlayacak bir karar vermesinin “*hukuken kabul edilebilir*” olmadığı ileri sürülmektedir¹¹. Tüm gerekçeleri birlikte değerlendiren *Moroğlu*, bu ihtilaflarda tahkimin caiz olmadığı ve bunun da TK’nın tahkim kurumunu dışlamasından ileri geldiği sonucuna ulaşmaktadır¹². Burada anılan gerekçeler hem öğretideki benzer fikirler için dayanak teşkil etmiş¹³ hem de hemen aşağıda görüleceği üzere Yargıtay tarafından da hemen hemen aynen benimsenmiştir.

6 Bu kanaatin Türk şirketler hukukundaki öncüsü *Erdoğan Moroğlu* olup kendisinin Yargıtay tarafından da benimsenen fikirleri özetlenecektir. Yazarın bu konudaki değerlendirmeleri için bkz Erdoğan Moroğlu, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (9. Baskı, On İki Levha 2020) 299 vd. Atıf verilen eser 2020 tarihli olmakla birlikte eserin ilk baskısının 1967’de yapıldığı not edilmelidir. *Moroğlu*’na koştur değerlendirmeler için ayrıca bkz Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II* (5. Baskı, Adalet 2024), § 34 N 243-246.

7 Bkz birçoğu yerine, Hakan Pekcanitez ve Ali Yeşilirmak, ‘§ 22. Tahkim’ iç Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz (edr), *Pekcanitez Usûl – Medenî Usûl Hukuku Cilt III* (15. Baskı, On İki Levha 2017) 2631-2632; Sibel Özel, Mustafa Erkan, Hatice Selin Pürselim ve Hüseyin Akif Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk* (3. Baskı, On İki Levha 2024) 818.

8 *Moroğlu* (n 6) 300.

9 *ibid* 300.

10 *ibid* 300.

11 *ibid* 300; keza bkz Pulaşlı (n 6) § 34 N 243.

12 *Moroğlu* (n 6) 299-300.

13 Örneğin bkz Selim Yalçın, *Anonim Şirketlerde Esas Sermaye Artırımının Dürüstlük Kuralına Aykırılık Nedeniyle İptali*

4. Yargıtay İçtihadı

Yargıtay'ın genel kurul kararlarının hükümsüzlüğüne ilişkin uyuşmazlıklarda tahkime dair verdiği az sayıdaki kararda tahkime elverişliliğin reddedildiği görülmektedir. Mahkeme'nin 2012 tarihli bir kararına¹⁴ göre:

“Dava, ortaklar kurulu kararının iptali istemine ilişkin olup, mahkemeye şirket ana sözleşmesinin 13. maddesi uyarınca uyuşmazlığın hakem yoluyla çözüleceği gerekçesiyle, görevsizlik kararı verilmiştir. Oysa, tahkim konusunda ana sözleşmede yer alan bir hüküm veya yapılacak hakem sözleşmesi geçersizdir. Tahkim, yalnız tarafların arzularına tabi olan, yani davalı ile davacının mahkeme kararına gerek olmaksızın aralarında anlaşarak sonuçlandırabilecekleri uyuşmazlıklar konusunda geçerlidir. Halbuki bir genel kurul kararının iptaline dair uyuşmazlığın davacı ve davalı arasında yapılacak anlaşma ile sonuçlandırılması mümkün değildir. Ayrıca, TTK'nun 381. maddesinin 1. fıkrasının münhasıran ortaklık merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemeyi yetkili kılan hükmü ile aynı maddenin 3. fıkrasının davaların birleştirilmesini zorunlu kılan hükmü de tahkim müessesesi ile bağdaşmamaktadır. (Bkz. Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, üçüncü baskı, s. 226,227)”.

Yargıtay anılan kararında öğretide tahkime elverişliliğe karşı ileri sürülen argümanları aynen ve herhangi bir yoruma yer vermeden esas almıştır. Böylece anonim şirket genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü uyuşmazlıklarında tahkimi reddeden geleneksel öğreti, yüksek yargı nezdinde de karşılık bulmuştur. Daha yakın tarihli bir kararda – ilk kararın kendisi veya gerekçelerine bir atıf olmamakla birlikte – aynı yönde hüküm kurulmuştur¹⁵. Not edilmeye değer başka bir husus, anılan ilk karardaki gerekçelerin TK 530 ve 531 uyarınca şirketin feshi talebine dair bir Yargıtay kararında bu bağlama uyarlanarak ancak özü itibarıyla aynı şekilde kullanılmış olmasıdır¹⁶. Şu hâlde Yargıtay'ın anonim şirket genel kurul kararlarının hükümsüzlüğüne dair ihtilaflarda geleneksel öğretiyi takip ettiği, hatta anonim şirketin feshini ilgilendiren uyuşmazlıklarda da iptal davasıyla paralellik kuran bir içtihat geliştirdiği söylenebilir.

(On İki Levha 2018) 132; Aslı Akyutalp, ‘6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Nazarında Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının İptalinin Tahkime Elverişliliği’, iç: Prof. Dr. Necmettin M. Berkin'e Armağan (Filiz 2021) 236.

14 Yargıtay 11 HD, E 2011/13485 K. 2012/19915, 5.12.2012 (Lexpera). Karar limited şirket genel kurul kararının iptaliyle ilgili olsa da TK 445 vd hükümleri TK 622 uyarınca limited şirkete de kıyasen uygulanmaktadır. Yani kararın limited şirketle ilgili olması içtihadın anonim şirketler açısından dikkate alınmasına mani değildir.

15 Yargıtay 11 HD, E 2019/2226 K 2019/5000, 1.7.2019 (Lexpera).

16 Yargıtay 11 HD, E 2014/141 K 2014/6951, 9.4.2014 (Lexpera): “Oysa, tahkim konusunda şirket ortakları arasındaki sözleşmede yer alan bir hüküm veya yapılacak hakem sözleşmesi geçersizdir. Tahkim, yalnız tarafların arzularına tabi olan, yani davalı ile davacının mahkeme kararına gerek olmaksızın aralarında anlaşarak sonuçlandırabilecekleri uyuşmazlıklar konusunda geçerlidir. Halbuki bir anonim şirketin feshine dair uyuşmazlığın ortaklar arasında yapılacak anlaşma ile sonuçlandırılması mümkün değildir. Ayrıca, 6102 sayılı TTK'nın 530 ve 531. maddelerinde şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesini yetkili kılan hükümleri de tahkim müessesesi ile bağdaşmamaktadır.”.

III. GÜNCEL GELİŞMELER

Yukarıdaki açıklamalar dikkate alındığında Türk hukukunda geleneksel yaklaşımın anonim şirket genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü ihtilaflarında tahkim aleyhine olduğu söylenebilir. Üstelik bu bakış açısı Yargıtay içtihadına da sirayet etmiştir. Bunun doğal sonucu, tarafların şirketler hukuku ihtilafları için tahkim anlaşması akdetmekten imtina etmeleri ve içtihadın da mevcut hâliyle donması olurdu. Ancak karşılaştırmalı hukuk, Türk hukuk literatürü ve uygulaması ve nihayet yargı kararlarındaki bazı gelişmeler durumun bundan farklı olduğunu ortaya koymaktadır. Bu bölümde bu gelişmeler özetlenecektir¹⁷.

A. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

1. Alman Hukuku

Genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü ihtilafları ve bu uyuşmazlıklarla bağlantılı olarak şirketler hukuku ihtilaflarında tahkime başvurulması Alman hukukunda yaygındır. Bu durum, Almanyada limited şirkette¹⁸ genel kurul kararlarının iptaline dair yargı kararları ve bu kararlara paralel olarak gelişen tahkim uygulaması üzerinden izlenebilir. Türk hukukuna dair literatürde Alman hukukundaki gelişmeler daha önce etraflıca incelenmiş olduğundan¹⁹ burada yalnızca bir özetle yetinileceğini vurgulamak isterim.

Alman Federal Mahkemesi'nin konuya dair iki önemli kararına değinilebilir. 1996 tarihli ve Alman öğretisinde Tahkime Elverişlilik I (*Schiedsfähigkeit I*) olarak anılan kararda²⁰ mahkeme genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü bağlamında tahkime yönelik birçok itirazı ele almıştır. Mahkeme'ye göre kanunda bu ihtilaflar için yetkili mahkemenin gösterilmesi tahkimi dışlamamakta, bu davaların mutlaka devlet yargısında görülmesini haklı kılan üstün bir menfaat bulunmamakta ve şirket ortaklarının genel kurul kararları üzerinde tasarruf imkânı bulunmaktadır. Böylece tahkime

17 Güncel gelişmelerden bir kısmı hakkında daha özlü açıklamalar için bkz Cem Veziroğlu ve Abdurrahman Kayıklık, 'Arbitration of Corporate Law Disputes in Turkey: Is the Tide Turning?' (*Kluwer Arbitration Blog*, 4 Şubat 2022) <<https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/02/04/arbitration-of-corporate-law-disputes-in-turkey-is-the-tide-turning/>> Erişim Tarihi 11 Temmuz 2024.

18 Alman hukukunda anonim şirket esas sözleşmesinde tahkim şartına yer verilip verilemeyeceği esas sözleşmede öngörüleebilecek düzenlemeleri sınırlayıcı nitelikteki emredici hükümler ilkesi (*Satzungsstrenge – Aktiengesetz § 23 V*) açısından tartışmalıdır, bu hususta farklı fikirler için bkz Carsten Schäfer, '§ 246' in Wulf Goette ve Mathias Habersack (eds), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz* (5th edn, C.H. Beck 2021), § 246 N 33; Ulrich Noack ve Dirk Zetzsche, '§ 246' in Wolfgang Zöllner ve Ulrich Noack (eds) *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz* (3rd edn, Carl Heymanns 2017) § 246 N 140 vd. Bu nedenle güncel gelişmeler daha ziyade limited şirketler bağlamında ortaya çıkmıştır. Fakat limited şirketlere de – tıpkı Türk hukukunda olduğu gibi – kıyasen anonim şirket genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü davası hakkındaki kanun hükümleri uygulanmaktadır, bkz Johannes Wertenbruch, 'Anh. § 47' in Holger Fleischer ve Wulf Goette (eds), *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung* (4th edn, C.H. Beck 2023) Anh. § 47 N 1.

19 Örneğin bkz İsmail Kırca, *Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (3. Baskı, On İki Levha 2023) N 299 vd; Abdurrahman Kayıklık, 'Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü İhtilaflarında Tahkim' (2020) 36(4) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 138 vd.

20 BGH, 29.03.1996 – II ZR 124/95 (beck-online).

elverişliliğe engel olup olmadığı tartışılan birçok hususun esasen tahkim yolunu kapatmadığı kararda açıkça ifade edilmiştir. Buna rağmen mahkeme, iptal kararının herkese karşı ileri sürülebilen niteliğinin kanunda gösterilen sıkı usulî kurallar çerçevesinde devlet mahkemesince verilecek kararlar için söz konusu olacağını vurgulamıştır. Tahkime Elverişlilik I kararında hakem kararına *erga omnes* etki tanınması ve dolayısıyla özellikle çelişkili hakem kararlarının önlenmesi açısından kanunî bir düzenleme gerektiği belirtilmiştir. Esasen mahkemenin böylece meselenin bu dönemde Almanya'da devam eden tahkim reformu çalışmaları yoluyla çözülmesi için bir işaret verdiği düşünülmüştür. Ancak tahkim hukuku reforme edilirken kanun koyucu şirket genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü ihtilafları bağlamında hakem kararlarına *erga omnes* etki tanınmasının içtihadı bırakıldığını ifade etmiştir²¹.

Federal Mahkeme'nin uygulamaya yön veren asıl kararı, Tahkime Elverişlilik II (*Schiedsfähigkeit II*) olarak isimlendirilmektedir²². 2009 tarihli bu kararda devlet yargısıyla eş düzeyde koruma sağlayan bir tahkim usulü öngörülmesi hâlinde genel kurul kararının hükümsüzlüğüne *erga omnes* etki tanıyan AktG § 248 I'nin²³ hakem kararına da uygulanabileceğine hükmedilmiştir. Mahkeme, devlet yargısıyla eş düzeyde koruma sağlayacak tahkim şartı bakımından şu şartları aramıştır:

- i. Şirket sözleşmesinde tüm ortakların rızasıyla eklenmiş bir tahkim şartı yer alması veya tüm pay sahipleri ile şirketin taraf olduğu haricî (şirket sözleşmesi dışı) bir tahkim anlaşması bulunması,
- ii. Tüm pay sahiplerinin yargılama süreci hakkında bilgilendirilmesi ve yargılamaya müdahale imkânını haiz olması,
- iii. Hakem seçiminin tarafsız bir makama bırakılması veya tüm pay sahiplerine bu hususta söz hakkı tanınması,
- iv. Aynı genel kurul kararının hükümsüzlüğüne ilişkin tüm davaların birleştirilerek görülmesi.

Tahkime Elverişlilik II kararıyla genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü ihtilaflarında tahkim yolu içtihat eliyle açılmıştır. Öte yandan kararda belirtilen tüm şartları sağlayacak bir tahkim şartının kaleme alınmasının güç olması ve muhtemel noksanlıkların tahkim anlaşmasını geçersiz kılma ihtimali karşısında devreye tahkim uygulaması girmiştir. Alman Tahkim Kurumu (*Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit* – DIS) tarafından şirket sözleşmelerine eklenebilecek model bir tahkim şartı ve bu şartın detaylar bakımından gönderme yaptığı “*Şirketler Hukuku İhtilafları İçin Tamamlayıcı Tahkim Kuralları*” yayınlanmıştır²⁴.

21 Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts (Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz – SchiedsVfG, 12 Temmuz 1996) <<https://dserver.bundestag.de/btd/13/052/1305274.pdf>> Erişim Tarihi 11 Temmuz 2024, 34-35.

22 BGH, 6.4.2009 – II ZR 255/08 (beck-online).

23 TK 450 ile paralel nitelikteki hükmün ilk cümlesine göre kesinleşen hükümsüzlük kararı davaya taraf olmasalar dahi tüm pay sahipleri ve şirket organlarını bağlar.

24 Bugün DIS Kuralları'nın eki niteliğindeki bu kurallar için bkz 2018 DIS Arbitration Rules <https://www.disarb.org/fileadmin/user_upload/Werkzeuge_und_Tools/2018_DIS-Arbitration-Rules_012023.pdf> Erişim Tarihi 11 Temmuz 2024. Almanca metin için bkz 2018 DIS-Schiedsgerichtsordnung <https://www.disarb.org/fileadmin/user_upload/

Alman hukukunda şirketler hukuku ihtilaflarında tahkimin özellikle genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü alanında Türk hukukuna benzer itirazlarla karşılaştığı, tartışmaların öğretilerdeki gelişmeleri dikkate alan Alman yargısının inisiyatif alması ve tahkim uygulamasından gelen destekle aşıldığı görülmektedir. Bu nedenle Alman hukuku, karşılaştırmalı açıdan tahkim yolunun kanun koyucunun dahli olmadan açıldığı bir model sunması açısından kayda değerdir.

2. İsviçre Hukuku

Türk ortaklıklar hukukundaki birçok hüküm ve prensibe kaynaklık eden İsviçre hukuku, şirketler hukuku ihtilaflarında tahkimin yolunun açılması bakımından Almanya'ya göre farklı bir emsal teşkil eder. Zira bu hukuk sisteminde öğreti ve içtihada yansıyan tartışmalar, somut bir hukuk normu vasıtasıyla aşılmıştır. Alman hukuku açısından olduğu gibi İsviçre'deki gelişmeler de daha önce Türk hukuk literatüründe ayrıntılı şekilde ele alınmış olduğundan²⁵ burada yalnızca daha ziyade güncel gelişmelere eğilen bir özet sunulacaktır.

Yakın zamana kadar genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü ihtilaflarında tahkime elverişlilik ve şirket sözleşmesinde tahkim şartına yer verilip verilemeyeceği konularında farklı fikirlerin ileri sürüldüğü İsviçre hukukunda mesele 2020'de kabul edilen şirketler hukuku reformu ile çözülmüştür. İsviçre Borçlar Kanunu'nun ("OR") anonim şirket pay sahiplerinin hak ve yükümlülüklerini düzenleyen kısmına eklenen m 697n²⁶ uyarınca şirket esas sözleşmesinde şirketler hukuku ihtilaflarının – tahkim yeri İsviçre olmak kaydıyla – hakemlerce karara bağlanacağı öngörülebilir ve bu tahkim şartı, aksi kararlaştırılmamışsa şirketi, organlarını, organ üyelerini ve pay sahiplerini bağlar (f 1). Hükme göre tahkim usulüne İsviçre Medenî Usul Kanunu'nun tahkime dair hükümleri uygulanacak olup İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun milletlerarası tahkime dair hükümlerinin tatbiki açıkça dışlanmıştır (f 2). Hükümün üçüncü ve son fıkrasında esas sözleşmenin tahkime dair detayları özellikle (kurumsal) tahkim kurallarına atıfla düzenleyebileceği öngörülmüştür. Aynı fıkra uyarınca tahkim şartının her hâlükârda hakem kararından doğrudan etkilenebilecek kişilerin – temelde pay sahiplerinin – yargılamanın başlangıcı ve sona ermesi hakkında bilgilendirilmesi ile bu kişilere yargılamaya müdahale ve hakem heyetinin oluşumunda söz sahibi olma imkânı tanınmasını temin etmesi gerekir.

Görüldüğü üzere Alman içtihadı ve uygulaması İsviçre'de pozitif hukuku etkilemiş durumdadır. İsviçre kanun koyucusunun şirketler hukukunda tahkimin önünün açılmasını azınlık pay sahiplerinin korunmasına yönelik bir değişiklik olarak takdim etmesi kayda değerdir²⁷. Kanun değişikliği 2023'te yürürlüğe girmiş, yasanın kabul edilmesi ve yürürlüğe girmesi arasındaki sürede İsviçre Tahkim Merkezi (*the Swiss Arbitration Centre*) tarafından şirketler hukuku ihtilafları için "*Şirketler Hukuku İhtilafları*

Werkzeuge_und_Tools/2018_DIS-Schiedsgerichtsordnung_072021.pdf > Erişim Tarihi 11 Temmuz 2024).

25 Örneğin bkz Kırca (n 19) N 304 vd; Kayıklık, *Tahkim* (n 19) 143 vd; Erdem, *İsviçre Örneği* (n 1) 72 vd.

26 OR m 797a uyarınca bu hüküm limited şirketlere de kıyasen uygulanır.

27 Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016 (BBl 2017 399) <<https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/112/de>> Erişim Tarihi 11 Temmuz 2024, 545-546.

İçin *Tamamlayıcı Tahkim Kuralları*” yayınlanmıştır²⁸. Böylece İsviçre hukukunda şirketler hukuku ihtilaflarında tahkim uygulamasının önümüzdeki yıllarda hızlı bir şekilde yaygınlaşması beklenebilir.

B. ÖĞRETİ

Yukarıda Türk şirketler hukuku öğretisinde geleneksel olarak şirketler hukuku uyuşmazlıklarına özellikle anonim şirket genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü ihtilafları bazında mesafeli yaklaşıldığı ve bu tutumun Yargıtay içtihadında da karşılık bulduğu açıklanmıştı. Bugün şirketler hukuku öğretisinde karşılaştırmalı hukuktaki gelişmelerin de yadsınamaz etkisiyle tahkim lehine giderek güçlenen bir eğilimden söz etmek mümkündür. Bu alandaki birçok ihtilaf için mevcut olduğu söylenebilecek bu yaklaşım, aşağıda kısaca genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü ihtilafları açısından incelenmiştir. Aşağıdaki atıflardan anlaşılacağı üzere şahsî fikrimin de bu eğilime paralel olduğunu, ancak bu çalışmanın amacı ve kapsamı gereği aşağıda öğretideki genel tutumun aktarılmasına öncelik verildiğini vurgulamalıyım.

Bugün şirketler hukuku literatüründe hâkim kanaat, anonim şirket genel kurul kararlarının iptaline dair ihtilafların tahkime elverişli olduğu yönündedir²⁹. Aynı ölçüde hâkim bir fikirden söz etmek güç olmakla birlikte genel kurul kararlarının hükümsüzlüğünün tespitine dair uyuşmazlıkların da tahkime elverişli olduğu ileri sürülmektedir³⁰. Tahkime elverişlilik lehine pozisyon alan yazarların öncelikle geleneksel itirazın çıkış noktalarına karşı argümanlar geliştirdiği görülmektedir. Tarafların ihtilaf konusu üzerinde tasarruf etme kabiliyetine sahip olup olmadığı noktasında bu davada sulh ve veya kabul için yönetim kurulunun genel kuruldan izin almasının gerekebileceği; fakat bu hususun tahkime elverişliliğe engel teşkil etmeyen bir şirket içi yetki meselesi olduğu vurgulanmaktadır³¹.

28 İngilizce metin için bkz <https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2022/11/Supplemental-Swiss_Rules_for_Corporate_Law_Disputes_EN.pdf> Erişim Tarihi 11 Temmuz 2024.

29 Burak Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik* (Vedat 2010) 312-313; Ayoğlu (n 1) 108 vd; Cem Veziroğlu, ‘Arbitration of Corporate Law Disputes in Joint Stock Companies under Turkish Law: A Comparative Analysis’ (2019) 16(6) *European Company and Financial Law Review* 771, 785-786; Tuğçe Nimet Yaşar, ‘Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü’ iç Musa Aygül ve Ersin Erdoğan (edr) *Uluslararası Tahkim Sempozyumu 25-26 Nisan 2019* (Yetkin 2020) 308 vd; Burak Etilri, ‘Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararının İptali Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği’, iç *Prof. Dr. Ali Necip Ortan’a Armağan Cilt 2* (Legal 2020) 2016; H. Ercüment Erdem, ‘Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği’, iç Hatice Özdemir Kocasakal ve Süheyla Balkar (edr), *Tahkim Anlaşması* (On İki Levha 2020) 13; Kayıklık, *Tahkim* (n 19) 146 vd; Kırca (n 19) N 312; Betül Aktaş Ertan, ‘Genel Kurul ve Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğünde Tahkim’, iç Mehmet Bahtiyar, Mete Tevettoğlu, Betül Aktaş Ertan, Mehmet F. Şua, Tülay Gökdemir Tamer ve Hakan Tokbaş (edr) *Ticaret Hukukunun Güncel Meseleleri 2022 – III. Ticaret Hukuku Kongresi* (Aristo 2022) 353 vd; Mehtap Şahin Altıntaş, ‘Şirketler Hukukunda Tahkim’ (2023) 22(48) *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 1257, 1277-1278; Yağmur Türkeş, *Sermaye Şirketlerinde Şirket İçi Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümlemesi* (On İki Levha 2024) N 179 vd. Mevcut hukuk bakımından bu sonuca varmanın güç gözüktüğü, fakat açık bir kanun hükmüyle tartışmaların aşılabileceği yönünde, Mehmet Helvacı, ‘Sermaye Ortaklıklarına Özgü Davalarda “Tahkime Uygunluk” ile İlgili Değerlendirmeler’, iç Senem Bahçekapılı Vincenzi ve Muhammed Buğrahan Helvacı (edr), *İTOTAM – Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim Semineri: 16 Ekim 2021* (İstanbul Ticaret Odası 2022) 114-115.

30 Ayoğlu (n 1) 118; Erdem, *Tahkime Elverişlilik* (n 29) 13; Kayıklık, *Tahkim* (n 19) 151-153; Kırca (n 19) N 312; Aktaş Ertan (n 29) 360; Türkeş (n 29) N 193 vd ve yönetim kurulu kararları bağlamında olmakla birlikte Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (5. Baskı, Vedat 2020) N 12-111; karşı Huysal (n 29) 321-322; ayrıca bkz ve karşı Veziroğlu, *Arbitration* (n 29) 786 dn 48 ve Helvacı (n 29) 114 dn 46.

31 Kırca (n 19) N 343; Veziroğlu, *Arbitration* (n 29) 785; Kayıklık, *Tahkim* (n 19) 147; Helvacı (n 29) 107. Tahkime elverişlilik

Keza TK 445'te şirket merkezindeki asliye ticaret mahkemesinin yetkili kılınmasının tahkimi dışlama amacı gütmeyeceği, bu davaların devlet yargısında görülmesini gerektiren kamusal bir menfaat bulunmadığı kabul edilmektedir³². Diğer yandan verilecek kararın davanın taraflarını aşan bir etki sahası olabileceği gözetilerek ilgililere bilgi verilmesi, hakem veya hakemlerin seçiminde söz hakkı ile davaya müdahale olanağı tanınmasının tahkim anlaşmasında düzenlenmesi önerilmektedir³³. Son olarak gerekli usulî korumanın böylece sağlanması ile hakem kararının TK 450'de öngörüldüğü üzere davaya taraf olmayan pay sahiplerini de bağlayıcı etkiyi haiz olmasının mümkün olduğu savunulmaktadır³⁴.

Genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü ihtilaflarının tahkime elverişli olduğu ileri sürülürken yalnızca bu alanda tahkime yönelik mevcut itirazlara değil, henüz karşı fikirdekilerce üzerinde durulmamış ancak durulması muhtemel kimi meselelere de değinildiği görülmektedir. Örneğin anonim şirket organ kararının hükümsüzlüğünün kişiler hukukuyla bağlantılı bir mesele olarak görülebileceğine ve HMK'nın ilgili hükümleri³⁵ uyarınca bu alandaki kararların kesinleşmedikçe yerine getirilemeyeceği hatırlatılmakta; ama bu hususun bir tahkime mani bir yönü olmadığı kabul edilmektedir³⁶. Benzer bir husus, hakem kararının ticaret siciline kaydının gerekmesidir. Hatırlanacağı üzere TK 450'nin ikinci cümlesi uyarınca yönetim kurulu, genel kurul kararının hükümsüzlüğüne dair kesinleşen kararın tescilini sağlamakla yükümlüdür. Öte yandan hakem kararlarının da belirli şartları sağlamak kaydıyla tescilinin mümkün olduğu ve bu açıdan da bir tahkim engelinin mevzu bahis olmadığı fikri benimsenmektedir³⁷.

Görüldüğü üzere bugün öğretilde genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü bağlamında bu ihtilafların tahkime elverişli olduğu düşüncesi ağır basmaktadır. Üstelik nihaî kanaat tahkime elverişlilik lehine veya aleyhine olsun, birçok şirketler hukuku uyumsuzluğu hakkında tahkimin eskisine oranla çok daha yoğun şekilde tartışıldığı³⁸ rahatlıkla söylenebilir. Bu durum Türk şirketler hukuku öğretisinde

gerekeçisi açısından bkz ve karşı Huysal (n 29) 312-313; Etilri (n 29) 2015-2016.

32 Bu yönde örneğin bkz Ayoğlu (n 1) 86-88; Yaşar (n 29) 300-301; Kayıklık, *Tahkim* (n 19) 148.

33 Ayoğlu (n 1) 94; Veziroğlu, *Arbitration* (n 29) 785-786; Erdem, *Tahkime Elverişlilik* (n 29) 12. İlgililerin menfaatlerini temin eden düzenlemelerin tahkim anlaşmasının geçerlilik koşulu olduğu yönünde, Kayıklık, *Tahkim* (n 19) 149, 165; yine bu minvalde, Türkeş (n 29) N 190.

34 Veziroğlu, *Arbitration* (n 29) 786; Kayıklık, *Tahkim* (n 19) 150-151; tahkim anlaşmasında hakemlere inşai nitelikte hüküm kurma yetkisinin tanınabileceği fikrinde, Ayoğlu (n 1) 84-86; Aktaş Ertan (n 29) 359; Türkeş (n 29) N 191; karşı Helvacı (n 29) 114.

35 Bkz HMK 350(2) ve 367(2).

36 Kırca (n 19); Ayoğlu (n 1) 80-81.

37 Ayoğlu (n 1) 96-97; Kayıklık, *Tahkim* (n 19) 167-168; Aktaş Ertan (n 29) 357.

38 Bkz genel olarak, Huysal (n 29) 298 vd; Ayoğlu (n 1) 75 vd; Korkut Özkorkut, 'Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim', iç Metin Kıratlı, Hakkı Susmaz, Eda Manav Özdemir ve Güray Özsu (edr), *Tahkim ve Diğer Alternatif Çözüm Yöntemlerinde Güncel Gelişmeler Sempozyum Kitabı* (Cumhurbaşkanlığı Yayınları 2023), 182 vd; Mehmet Özdamar, 'Şirketler Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözülmesi', iç Rauf Karasu (ed), *Hacettepe Üniversitesi II. Sigorta ve Şirketler Hukuku Sempozyumu 25 - 26 Kasım 2022* (Yetkin 2023), 186 vd; Türkeş (n 29) N 155 vd; yönetim kurulu kararlarının hükümsüzlüğü bağlamında, Hediye Bahar Sayın, *Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı* (2. Baskı, On İki Levha 2017) 345 vd; Raziye Aksu, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı* (On İki Levha 2022) 396 vd; Aktaş Ertan (n 29) 360 vd; TK 191, 192 ve 193'te düzenlenen davalar açısından, Sinan Sarıkaya, *Şirket Birleşmelerinde Ortakların Dava Yoluyla Korunması* (Vedat 2019) 191 vd, 309 vd, 394 vd; Sinan Sarıkaya, 'Türk Ticaret Kanunu'nda Öngörülen Birleşme

tahkim hakkındaki birikimin hızla geliştiğine işaretler. Bu hususun daha sonra tartışılacak diğer gelişmelerle birlikte daha köklü değişikliklere zemin hazırlaması beklenebilir.

C. UYGULAMA

Daha önce değinildiği üzere, Yargıtay'ın şirketler hukukunda tahkime özellikle oldukça sık karşılaşılan kimi ihtilaflar açısından olumsuz yaklaşan kararları bulunmaktadır. Bu durumun uygulama şirketler hukuku alanında tahkimin gelişimine ket vurması, en azından yavaşlatması doğaldır. Buna rağmen birtakım güncel gelişmeler bu alandaki ilerlemenin durmadığını açıkça ortaya koymaktadır.

İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi ("İTOTAM") tarafından düzenlenen 16 Ekim 2021 tarihli ve "*Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*" başlıklı seminerde³⁹ Ticaret Bakanlığı'nın şirket sözleşmelerinde tahkim şartına yer verilmesine olumsuz yaklaşmadığı, keza şirketler hukuku ihtilaflarında tahkime elverişlilik açısından – Yargıtay içtihadının aksi yönde olduğu uyuşmazlıklar haricinde – prensip itibarıyla sorun görülmediği ifade edilmiştir⁴⁰. Aynı toplantıda sicil uygulaması açısından da emredici kanun hükümlerine aykırı düşmeyen bir tahkim şartının şirket sözleşmesinde yer verilmesi önünde bir engel bulunmadığı, ancak tahkim anlaşmasının içeriğiyle ilgili tereddütlerin bertaraf edilmesi için bir model tahkim şartının hazırlanmasının uygulama açısından faydalı olacağı belirtilmiştir⁴¹.

Davalarında Tahkim' iç Mustafa Erkan ve Candan Yasan Tepetaş (edr), *Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt-2: Tahkim Yargılaması Birinci Bölüm* (On İki Levha 2021), 75 vd, 84 vd, 93 vd; şirketin haklı sebeple feshi davasının (TK 531) tahkime elverişliliği bahsi için, Ayşe Şahin, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi* (Vedat 2013) 371 vd; Özlem İlbasmış Hızlısoy, *Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi* (Adalet 2016) 233 vd; Emel Hanağası, 'Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasının Medeni Usûl Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi' (2016) 32(1) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 199, 230 vd; Nuri Erdem, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi* (2. Baskı, Vedat 2019) 187-189; Veziroğlu, *Arbitration* (n 29) 786 vd; Mustafa Kayhan, *Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi Davası* (On İki Levha 2021) 78 vd; Rahmi Can Ömür, 'Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasının Usûl Hukuku Bakımından İncelenmesi' (2021) 18(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1381, 1400-1401; Erdem, *Tahkime Elverişlilik* (n 29) 13 vd; Şahin Altıntaş (n 29) 1279; sorumluluk davaları bakımından, Üstün Köprücü, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu Davası* (Seçkin 2022) 188 vd; Ali Eskiocak, *Yönetim Kurulu Üyelerinin Şahsi Sorumluluğuna İlişkin Davalarda Maddi Hukukun Usûl Hukukuyla Etkileşimi* (Seçkin 2022) 269 vd; Beyza Gül Gözen, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılan Sorumluluk Davasında Tahkim* (Seçkin 2024) 74 vd; sermaye piyasası mevzuatından doğan kimi uyuşmazlıklarda tahkim hakkında, İsmail Altay, 'Anonim Ortaklıklarda Ortaklıktan Çıkarma Hakkı Uyuşmazlıklarının Tahkim İle Çözümü', iç Senem Bahçekapılı Vincenzi ve Muhammed Buğrahan Helvacı (edr), *İTOTAM – Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim Semineri: 16 Ekim 2021* (İstanbul Ticaret Odası 2022) 29 vd.; Yusuf Ziyaeddin Sönmez, 'Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarında Tahkim' iç Metin Kıratlı, Haklı Susmaz, Eda Manav Özdemir ve Güray Özsü (edr), *Tahkim ve Diğer Alternatif Çözüm Yöntemlerinde Güncel Gelişmeler Sempozyum Kitabı* (Cumhurbaşkanlığı Yayınları, 2023), 254 vd.

39 Çevrimiçi düzenlenen etkinliğin video kaydı için bkz <<https://www.youtube.com/watch?v=WaExprnpqqg>> Erişim Tarihi 11 Temmuz 2024. Çalışmanın geri kalanında 2022'de yayınlanan seminer kitabına atıf verilmiştir.

40 Bkz Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü Genel Müdür Yardımcısı tarafından yapılan konuşma, Ahmet Can Balak, 'Şirket Sözleşmelerinde Tahkim Şartı', iç Senem Bahçekapılı Vincenzi ve Muhammed Buğrahan Helvacı (edr), *İTOTAM – Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim Semineri: 16 Ekim 2021* (İstanbul Ticaret Odası 2022) 9 vd.

41 Bkz İstanbul Ticaret Sicili Müdürü tarafından yapılan konuşma, Fatmagül Kansoy Temel, 'Sicil Uygulamaları Çerçevesinde Tahkim Şartı', Senem Bahçekapılı Vincenzi ve Muhammed Buğrahan Helvacı (edr), *İTOTAM – Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim Semineri: 16 Ekim 2021* (İstanbul Ticaret Odası 2022) 19 vd.

Bu açıklamalara paralel bir gelişme, seminerden hemen sonra şirketler hukuku ihtilaflarında tahkimi öngören bir tahkim anlaşmasını barındıran bir anonim şirket esas sözleşmesi hükmünün tescil edilmesi ve 1 Kasım 2021 tarih ve 10441 sayılı TTSG'de ilan edilmesidir⁴². Bu gelişmeden kısa bir süre sonra İTOTAM, tescil edilen tahkim şartını esas alarak şirket sözleşmeleri için bir örnek tahkim şartı yayınlamıştır⁴³. Örnek tahkim şartı şu şekildedir:

“Türk Ticaret Kanunu, işbu esas sözleşme ve şirket kararlarından kaynaklananlar da dahil olmak üzere pay sahipleri arasında veya şirket ve pay sahipleri arasında veya yönetim kurulu üyeleri ile şirket ve/veya pay sahipleri arasında doğacak tüm uyuşmazlıklar, emredici hükümlere aykırı olmamak şartıyla, İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (İTOTAM) Tahkim Kuralları uyarınca nihai olarak tahkim yoluyla çözümlenecektir.

Uyuşmazlıklara İTOTAM Tahkim Kuralları yanında Türk Ticaret Kanunu'nun ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili uyuşmazlığa özgü esasa ve usule ilişkin hüküm ve kuralı uygulanacaktır.

Uyuşmazlık..... (tek hakem veya üç hakemden oluşan hakem kurulu) tarafından çözüme bağlanacaktır. Tahkim yeri İstanbul'dur. Tahkim dili Türkçe'dir.”

Yukarıda verilen model tahkim şartının eleştiriye açık ve geliştirilmesi mümkün yönleri olduğuna şüphe yoktur⁴⁴. Yine de model tahkim şartının yayınlanmasıyla gelinen nokta, karşılaştırmalı hukuk ve Türk öğretisindeki tahkim yanlısı tutumun giderek uygulamaya da sirayet ettiğinin bir emaresi olarak alınabilir. Bu noktada hem sicil hem de kurumsal tahkim uygulamasında birbirine paralel gelişmelerin söz konusu olması özellikle altı çizilmesi gereken bir husustur.

D. İÇTİHAT

Şirketler hukuku alanında tahkim lehine kayda değer gelişmelerin son halkası, yakın tarihli bir yargı kararıdır. Bu cümle ilk defa okunduğunda Yargıtay içtihadında bir değişiklik olduğu düşünülebilir. Fakat burada açıklanacak gelişme temyiz değil, istinafaşamasında verilen bir kararı ilgilendirmektedir. Bu çalışmada kararın genel bir özetinin sunulması ve güncel gelişmelerle bağlantısının üzerinde durulması tercih edilmiştir⁴⁵. Dolayısıyla kararın esas bakımından tahlili ve buna dair detayların çalışma kapsamı dışında yer aldığı belirtilmelidir.

Şirketler hukuku ihtilaflarında tahkime dair bir güncel gelişme olarak ele alınacak içtihat, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi tarafından 20.10.2022 tarihinde verilen bir karardır⁴⁶.

42 Bu tahkim şartı ve tescil süreci hakkındaki değerlendirmeler için bkz Cem Veziroğlu ve Kadir Çevikbaş, ‘İstanbul Ticaret Sicil Müdürlüğü’nde Tescil Edilen İlk Esas Sözleşmesel Tahkim Şartına İlişkin Tespitler’, iç Başak Baysal ve Nilay Arat (edr), *KHAS Hukuk Bülteni 2021-2022 Akademik Yılı Derlemesi* (On İki Levha 2022) 373 vd.

43 Bkz <https://www.itotam.com/Dosyalar/2021/_combotah.pdf> Erişim Tarihi 11 Temmuz 2024.

44 Bu açıdan bkz ve karşı aşağıda dn 51’deki kaynaklarda yer alan model tahkim şartı önerileri.

45 Bu bağlamda kararla ilgili olarak ayrıca bkz Abdurrahman Kayıklık, ‘Bir BAM Kararı Vesilesiyle Şirketler Hukuku İhtilaflarında Tahkim Üzerine Notlar’ (*NASAMER Law Blog*, 29 Mart 2023) <<https://nasamer.ku.edu.tr/bir-bam-karari-vesilesiyle-sirketler-hukuku-ihtilaflarinda-tahkim-uzerine-notlar/>> Erişim Tarihi 11 Temmuz 2024.

46 İstanbul 14 BAM E. 2022/1843 K 2022/1373, 20.10.2022 (Lexpera; Emsal UYAP).

Karara konu somut olay, limited şirket müdürünün yetkilerinin TK 630(2) uyarınca kaldırılması talebiyle ilgili olup şirket ortakları arasındaki hissedarlar sözleşmesinde tahkim şartı bulunmaktadır. Mahkeme davalının tahkim itirazını kabul etmiş; davacının istinaf talebi de BAM tarafından reddedilmiştir.

Kararın doğrudan somut olayla ilgili kısmı da kayda değer olmakla birlikte esas önem arz eden, mahkemenin şirketler hukuku ihtilaflarında tahkimle ilgili diğer değerlendirmeleridir. Örneğin kararda “*asıl olan tahkime elverişlilik olup, tahkime elverişsizlik istisnaidir; tahkime başvurulabilir bir hak olduğuna göre, bu hakkı sınırlandıran istisnaların dar yorumlanması*” gerektiği belirtilmektedir. Bu ifade, mahkemenin genel olarak *favor arbitri* yaklaşımını benimsediğine işaret eder.

Mahkemenin Yargıtay’ın yukarıda değinilen içtihadına değinildiği hatta bu kararlara öğretiye de atıfla kimi eleştiriler yöneltildiği görülmektedir. Örneğin mahkeme, anonim şirkette organsal sorumluluğa dair davalarda yetkili mahkemeyi gösteren TK 561’in gerekçesinde tahkim yolunun açık olduğunun belirtildiğini vurgulamakta ve bunu kanun koyucunun şirketler hukuku ihtilaflarında tahkimi dışlama iradesi olmadığının bir delili olarak sunmaktadır. Keza öğretiye de atıfla kesin yetki öngören hükümlerin tahkime elverişsizlik sonucunu doğurmayacağına açıkça belirtilmesi dikkate değerdir⁴⁷. Kararda bir konuyla ilgili hakem kararının ticaret siciline tescilinin gerekli olmasının tahkime engel teşkil etmediği, hukuk düzeni mahkeme kararlarıyla hakem kararlarını birbirine denk tuttuğundan tescil bakımından bu ikisi arasında bir fark gözetilmemesi gerektiği yine güncel doktrine gönderme yapılarak ifade edilmiştir⁴⁸.

BAM tarafından verilen bu karar elbette limited şirketler hukukundaki belirli bir ihtilaf türüyle ilgilidir. Kararda genel olarak şirketler hukukunda tahkime dair değerlendirmeler yer alsa da bunlar karardaki hükümle ancak dolaylı olarak irtibatlı, *obiter dicta* mahiyetinde açıklamalardır. Bu arada kararın – bu çalışmanın kaleme alındığı tarih itibarıyla – henüz kesinleşmediği anlaşılmaktadır⁴⁹. Dolayısıyla temyiz aşamasında kararın bozulması da söz konusu olabilir. Fakat bu tespitler, şirketler hukuku ihtilaflarında tahkim konusunda yargı makamları nezdinde bir tutum değişikliğinin ön işareti olarak değerlendirilebilir. Yargıtay’ın aksi yöndeki içtihadı varlığını korumakla birlikte bu karar, yukarıda açıklanan diğer gelişmelerle birlikte okunduğunda gelecekte yüksek yargı içtihadının yön değiştirebileceğini ya da en azından bunun ihtimal dahilinde olduğunu göstermektedir.

47 Karardaki ilgili ifade şu şekildedir: “(M)ahkemede açılacak bir dava bakımından kesin yetki kuralının konulmuş olması, o meselenin tahkime elverişli olmadığına gerekçe yapılamaz”.

48 Kararın ilgili kısmına göre: “Hakem heyetinin azil konusundaki kararının ticaret sicil kaydında değişiklik yapmayı gerektirecek nitelikte olması da tek başına o işlemin tahkime elverişli olmaması sonucunu doğurmaz... Türk hukuk sistemi, ulusal tahkimde verilen hakem kararlarını mahkeme kararlarıyla eşit tuttuğuna göre, ticaret siciline tescil edilecek kararın mutlaka bir devlet mahkemesi tarafından verilmesi gerektiğini savunmak, kanun koyucunun iradesiyle uyuşan bir yaklaşım olmayacaktır”.

49 Emsal UYAP veri tabanında kararın durumu “kesinleşmedi” olarak görülmektedir. Lexpera, Kazancı ve Yargıtay Karar Arama (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>) veri tabanlarında BAM kararının esas ve karar numaralarına dayanan arama da herhangi bir sonuç vermemiştir.

IV. SONUÇ VE ÖNGÖRÜLER

Buraya kadar anlatılanlar, şirketler hukuku ihtilaflarında tahkimin öteden beri tartışmalı bir mesele olduğunu göstermektedir. Bu uyuşmazlıkların tahkime elverişliliğine karşı teorik ve pratik kimi itirazlar hem Türkiye’de hem karşılaştırmalı hukukta geleneksel olarak ileri sürülmektedir. Bu endişelerin tamamen yersiz olduğu da söylenemez. Bilhassa genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü ve şirketin feshi gibi ihtilafların kararın davaya taraf olmayan kişileri dahi etkileme ihtimali, tahkime dair genel kaidelerin sınırlarını zorlamaktadır. Buna rağmen farklı hukuk sistemlerinde ve keza Türkiye’de şirketler hukuku uyuşmazlıklarında tahkimin üzerinde ısrarla durulmakta ve tahkim uygulamasının önünün açılması teşvik edilmektedir.

Tüm çetrefilli yönlerine rağmen şirketler hukuku ihtilaflarında tahkime yönelik ilginin bu denli yüksek olmasının önemli gerekçeleri vardır. Bir defa çalışmanın hemen başında bahsedildiği üzere tahkimin sürat ve uzmanlık gibi artıları şirketler hukuku sahasında bilhassa önemlidir. Bu avantajların Türk uygulaması açısından daha da bariz şekilde kendini göstereceği herhâlde inkâr edilemez. Ticarî uyuşmazlıkların büyük bir bölümü tahkim yoluyla çözülebilirken genelde bizzat bu yargılamalarda taraf konumundaki şirketlere dair ihtilaflarda tahkim yolunun kapalı olması sorgulanabilir bir husustur. Dolayısıyla şirketler hukuku uyuşmazlıkları için tahkimin önünün açılması için gösterilen çabanın somut bir ihtiyaçtan ileri geldiği vurgulanmalıdır. Bu gereksinimin karşılanması noktasında önemli olan doğru tasarlanacak bir tahkim usulüyle ilgililere yeterli korumanın sağlanması ve şirketler hukukunda tahkime dair kaygıların böylece bertaraf edilmesidir.

Peki tüm bu gelişmeler ışığında Türk hukukunda şirketler hukuku uyuşmazlıklarında tahkimin geleceği için neler söylenebilir? Bu alanda bir taraftan kayda değer bir ilerlemenin kaydedildiği ve azımsanmayacak bir birikimin oluştuğu, diğer taraftan özellikle Yargıtay içtihadı karşısında mevcut hukuk açısından kimi soru işaretlerinin varlığını koruduğu tespit edilebilir. Belirsizliklerin ortadan kaldırılması açısından iki seçenek mevcuttur. İlk ve en kesin çözüm, tıpkı İsviçre örneğinde olduğu gibi konuya dair bir kanunî düzenleme yapılması olur. Bu açıdan hem İsviçre hukukundaki kanunî düzenlemeden hem de Türk doktrindeki önerilerden⁵⁰ faydalanılması mümkündür. İkinci olasılık, meselenin Yargıtay içtihadındaki bir değişiklik hâllidir. Esasen mevcut kanun hükümleri değiştirilmeden konuya dair prensiplerin yargı eliyle geliştirilmesi Almanya’da söz konusu olmuştur.

Her iki ihtimalde özellikle tahkim kurumlarının bu gelişmelere zemin hazırlamak ve/veya gelişmeler sonrasında uygulamanın oturmasını sağlamak açısından önemli bir rolü vardır. Hâlihazırda İTOTAM tarafından hazırlanan bir örnek tahkim şartı mevcuttur. Bununla birlikte hem bu şartın geliştirilmesi hem de yeni model tahkim şartlarının hazırlanmasında karşılaştırmalı hukuk uygulaması yanında Türk öğretisindeki önerilen model şartlar⁵¹ dikkate alınabilir. Genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü gibi üçüncü kişileri etkilemesi muhtemel ihtilaflar bakımından tahkim usulü özellik arz etmektedir. Bu tarz ihtilaflar için tüm usulî düzenlemelerin şirket sözleşmesine eklenecek bir tahkim şartında yer alması güç olabileceğinden daha pratik olan şirketler hukuku ihtilafları için tamamlayıcı nitelikte

50 Bkz Erdem, *Tahkime Elverişlilik* (n 29) 18 vd; Kayıklık, *Tahkim* (n 19) 170; Erdem, *İsviçre Örneği* (n 1) 82-83.

51 Bkz Ayoğlu (n 1) 169-171; Veziroğlu, *Arbitration* (n 29) 805; Türkeş (n 29) N 370.

tahkim kuralları hazırlanması ve tahkim şartında bu kurallara gönderme yapılmasıdır. Bu bakımdan da yine Almanya ve İsviçre uygulamasındaki örneklerden istifade edilebileceği gibi daha önce kaleme alınan kural taslağı⁵² göz önünde tutulabilir.

KAYNAKÇA

- Aksu R, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı* (On İki Levha 2022).
- Aktaş Ertan B, ‘Genel Kurul ve Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğünde Tahkim’, iç Mehmet Bahtiyar, Mete Tevetoglu, Betül Aktaş Ertan, Mehmet F. Şua, Tülay Gökdemir Tamer ve Hakan Tokbaş (edr), *Ticaret Hukukunun Güncel Meseleleri 2022 – III. Ticaret Hukuku Kongresi* (Aristo 2022) 339-365.
- Altay İ, ‘Anonim Ortaklıklarda Ortaklıktan Çıkarma Hakkı Uyuşmazlıklarının Tahkim İle Çözümü’, iç Senem Bahçekapılı Vincenzi ve Muhammed Buğrahan Helvacı (edr), *İTOTAM – Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim Semineri: 16 Ekim 2021* (İstanbul Ticaret Odası 2022) 29-62.
- Aykutalp A, ‘6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Nazarında Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının İptalinin Tahkime Elverişliliği’, iç: *Prof. Dr. Necmettin M. Berkin’e Armağan* (Filiz 2021) 205-240.
- Ayoğlu T, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim* (On İki Levha 2018).
- Bahar Sayın H, *Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı* (2. Baskı, On İki Levha 2017).
- Balak AC, ‘Şirket Sözleşmelerinde Tahkim Şartı’, iç Senem Bahçekapılı Vincenzi ve Muhammed Buğrahan Helvacı (edr), *İTOTAM – Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim Semineri: 16 Ekim 2021* (İstanbul Ticaret Odası 2022) 9-15.
- Erdem HE, ‘Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği’, iç Hatice Özdemir Kocasakal ve Süheyla Balkar (edr), *Tahkim Anlaşması* (On İki Levha 2020) 1-24. (Tahkime Elverişlilik)
- Erdem HE, ‘Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim: İsviçre Örneği, Alınacak Dersler ve Öneriler’, iç Senem Bahçekapılı Vincenzi ve Muhammed Buğrahan Helvacı (edr), *İTOTAM – Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim Semineri: 16 Ekim 2021* (İstanbul Ticaret Odası 2022) 67-84. (İsviçre Örneği)
- Erdem N, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi* (2. Baskı, Vedat 2019).
- Eskiocak A, *Yönetim Kurulu Üyelerinin Şahsî Sorumluluğuna İlişkin Davalarda Maddî Hukukun Usûl Hukukuyla Etkileşimi* (Seçkin 2022).
- Etirli B, *Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararının İptali Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği*, iç *Prof. Dr. Ali Necip Orta’nı Armağan Cilt 2* (Legal 2020) 1997-2031.
- Hanağası E, ‘Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasının Medenî Usûl Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi’ (2016) 32(1) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 199-270.
- Helvacı M, ‘Sermaye Ortaklıklarına Özgü Davalarda “Tahkime Uygunluk” ile İlgili Değerlendirmeler’, iç Senem Bahçekapılı Vincenzi ve Muhammed Buğrahan Helvacı (edr), *İTOTAM – Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim Semineri: 16 Ekim 2021* (İstanbul Ticaret Odası 2022) 99-117.
- Huysal B, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik* (Vedat 2010).
- İlbasmış Hızlısoy Ö, *Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi* (Adalet 2016).

52 Bkz Abdurrahman Kayıklık, ‘Şirketler Hukuku İhtilaflarında Çok Taraflı Tahkim ve Bu İhtilaflar İçin Tamamlayıcı Tahkim Kuralları Önerisi’, iç Mustafa Erkan, Candan Yasan Tepetaş, Can Yöney, Ayşenur Öztürk ve Seçil Etlioğlu Erçetingöz (edr), *Tahkim Yargılaması İkinci Bölüm – Tahkim Okulu Panelleri Serisi 3* (On İki Levha 2023) 254 vd.

- Kansoy Temel F, Sicil Uygulamaları Çerçevesinde Tahkim Şartı, Senem Bahçekapılı Vincenzi ve Muhammed Buğrahan Helvacı (edr), *İTOTAM – Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim Semineri: 16 Ekim 2021* (İstanbul Ticaret Odası 2022) 19-23.
- Kayhan M, *Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi Davası* (On İki Levha 2021).
- Kayıklık A, 'Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü İhtilaflarında Tahkim' (2020) 36(4) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 133-176. (Tahkim)
- Kayıklık A, 'Anonim Şirkette Azınlığın Korunması: Kim İçin, Neden ve Nasıl Bir Koruma?' (2022) 80(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 407-453.
- Kayıklık A, 'Bir BAM Kararı Vesilesiyle Şirketler Hukuku İhtilaflarında Tahkim Üzerine Notlar' (*NASAMER Law Blog*, 29 Mart 2023) <<https://nasamer.ku.edu.tr/bir-bam-karari-vesilesiyle-sirketler-hukuku-ihtilaflarinda-tahkim-uzerine-notlar/>> Erişim Tarihi 11 Temmuz 2024).
- Kayıklık A, 'Şirketler Hukuku İhtilaflarında Çok Taraflı Tahkim ve Bu İhtilaflar İçin Tamamlayıcı Tahkim Kuralları Önerisi', iç Mustafa Erkan, Candan Yasan Tepetaş, Can Yöney, Ayşenur Öztürk ve Seçil Etlioğlu Erçetingöz (edr), *Tahkim Yargılaması İkinci Bölüm – Tahkim Okulu Paneller Serisi 3* (On İki Levha 2023) 225-260.
- Kırca İ, *Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (3. Baskı, On İki Levha 2023).
- Köprücü Ü, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu Davası* (Seçkin 2022).
- Moroğlu E, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (9. Baskı, On İki Levha 2020).
- Noack U ve Zetzsche D, '§ 246' in Wolfgang Zöllner ve Ulrich Noack (eds) *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz* (3rd edn, Carl Heymanns 2017).
- Ömür RC 'Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasının Usûl Hukuku Bakımından İncelenmesi' (2021) 18(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1381-1405.
- Özdamar M, 'Şirketler Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözülmesi', iç Rauf Karasu (ed), *Hacettepe Üniversitesi II. Sigorta ve Şirketler Hukuku Sempozyumu 25 – 26 Kasım 2022* (Yetkin 2023) 179-199.
- Özel S, Erkan M, Pürselim HS ve Karaca HA, *Milletlerarası Özel Hukuk* (3. Baskı, On İki Levha 2024).
- Özkorkut K, 'Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim', iç Metin Kıratlı, Hakkı Susmaz, Eda Manav Özdemir ve Güray Özsu (edr), *Tahkim ve Diğer Alternatif Çözüm Yöntemlerinde Güncel Gelişmeler Sempozyum Kitabı* (Cumhurbaşkanlığı Yayınları 2023) 173-202.
- Pekcanitez H ve Yeşilirmak A, '§ 22. Tahkim' iç Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz (edr), *Pekcanitez Usûl – Medenî Usûl Hukuku Cilt III* (15. Baskı, On İki Levha 2017) 2953-2802.
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II* (5. Baskı, Adalet 2024).
- Sarıkaya S, *Şirket Birleşmelerinde Ortakların Dava Yoluyla Korunması* (Vedat 2019).
- Sarıkaya S, 'Türk Ticaret Kanunu'nda Öngörülen Birleşme Davalarında Tahkim' iç Mustafa Erkan ve Candan Yasan Tepetaş (edr), *Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt-2: Tahkim Yargılaması Birinci Bölüm* (On İki Levha 2021) 69-101.
- Sönmez YS, 'Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarında Tahkim' iç Metin Kıratlı, Hakkı Susmaz, Eda Manav Özdemir ve Güray Özsu (edr), *Tahkim ve Diğer Alternatif Çözüm Yöntemlerinde Güncel Gelişmeler Sempozyum Kitabı* (Cumhurbaşkanlığı Yayınları, 2023) 235-312.
- Schäfer C, '§ 246' in Wulf Goette ve Mathias Habersack (eds), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz* (5th edn, C.H. Beck 2021).
- Şahin A, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi* (Vedat 2013).

- Şahin Altıntaş M, 'Şirketler Hukukunda Tahkim' (2023) 22(48) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 1257-1284.
- Tekinalp Ü, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (5. Baskı, Vedat 2020).
- Türkeş Y, *Sermaye Şirketlerinde Şirket İçi Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümlemesi* (On İki Levha 2024).
- Veziroğlu C, 'Arbitration of Corporate Law Disputes in Joint Stock Companies under Turkish Law: A Comparative Analysis' (2019) 16(6) European Company and Financial Law Review 771-806. (Arbitration)
- Veziroğlu C, 'Anonim Ortaklık Esas Sözleşmesinde Düzenlenen Tahkim Şartının Geçerliliği', iç Mustafa Erkan ve Candan Yasan Tepetaş (edr), *Tahkim Yargılaması Birinci Bölüm – Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt – 2* (On İki Levha 2021) 3-24.
- Veziroğlu C ve Çevikbaş K, 'İstanbul Ticaret Sicil Müdürlüğü'nde Tescil Edilen İlk Esas Sözleşmesel Tahkim Şartına İlişkin Tespitler', iç Başak Baysal ve Nilay Arat (edr), *KHAS Hukuk Bülteni 2021-2022 Akademik Yılı Derlemesi* (On İki Levha 2022) 373-383.
- Veziroğlu C ve Kayıklık A, 'Arbitration of Corporate Law Disputes in Turkey: Is the Tide Turning?' (*Kluwer Arbitration Blog*, 4 Şubat 2022) <<https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/02/04/arbitration-of-corporate-law-disputes-in-turkey-is-the-tide-turning/>> Erişim Tarihi 11 Temmuz 2024.
- Wertenbruch J, 'Anh. § 47' in Holger Fleischer ve Wulf Goette (eds), *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung* (4th edn, C.H. Beck 2023).
- Yalçın S, *Anonim Şirketlerde Esas Sermaye Artırımının Dürüstlük Kuralına Aykırılık Nedeniyle İptali* (On İki Levha 2018).
- Yaşar TN, 'Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü' iç Musa Aygül ve Ersin Erdoğan (edr) *Uluslararası Tahkim Sempozyumu 25-26 Nisan 2019* (Yetkin 2020) 283-318.

Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisinde İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Sorumluluğu

Employers' Responsibility Arising from Occupational Health Safety in Temporary Agency Work

Gökçe ÖZGEN^{*} 

ÖZ

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi, bu ilişkinin kurulmasını meslek edinmiş olan özel istihdam büroları aracılığı ile kurulan bir ilişki türüdür. Bu noktada meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi, özel istihdam bürosu, geçici işveren ve geçici işçiden oluşan üç taraflı bir yapıyı haizdir. Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde geçici işçi, bir süreliğine başka bir işverenin nezdinde çalışmaktadır. Ne var ki, bu süreçte geçici işçinin işvereni halen özel istihdam bürosu olup, özel istihdam bürosunun iş sözleşmesinden doğan yükümlülükleri devam etmektedir. Geçici işçinin iş görme edimini başka bir işverenin yanında ifa etmesi, iş sağlığı ve güvenliği bağlamında birtakım sorunları da beraberinde getirmektedir. Bu kapsamda, geçici işçi bakımından iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin hangi işveren ya da işverenler tarafından ve ne şekilde yerine getirileceği hususu tartışmaya açıktır. Bu çalışmada, özel istihdam bürosu ile geçici işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğünün kapsamı ile bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinden doğan hukuki sorumluluğun hangi işveren veya işverenler üzerinde olacağı hususu incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi, Özel İstihdam Bürosu, Geçici İşveren, İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri, Müteselsil Sorumluluk, Geçici İşçi

ABSTRACT

Temporary agency work is a type of relationship established through private labour offices that have made the establishment of this relationship a profession. At this point, temporary agency work has a three-sided structure consisting of a private labour office, a temporary employer and a temporary worker. In the temporary agency work, the temporary worker labors for another employer for a while. However, within the process the employer of the temporary worker is still the private labour office, and the obligations of the private labour offices arising from the employment contract continue. The fact that the temporary worker labors his/her work for another employer brings up some problems in the context of occupational health and safety. Herein, the issue of which employer or employers will implement occupational health and safety measures for temporary workers and in what way is open to discussion. In this study, the scope of the obligation of the private labour offices and the temporary employer to take occupational health and safety measures and which employer(s) will be civilly liable for the failure to fulfill this obligation are examined.

Anahtar Kelimeler: Temporary Agency Work, Private Labour Offices, Temporary Employer, Occupational Health and Safety Measures, Joint Liability, Temporary Worker.

* Araştırma Görevlisi, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı, gokce.ozgen@ozyegin.edu.tr, ORCID: 0009-0003-4530-5852.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Gökçe ÖZGEN

E-posta/E-mail: gokce.ozgen@ozyegin.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 21.08.2024

Kabul Tarihi/Accepted: 21.11.2024

GİRİŞ

İş hukukunun esnekleştirilmesi ve böylelikle istihdamın arttırılması gayreti, ekonomik ve teknolojik gelişmeler sonucu, yeni istihdam modellerine yol açmıştır. Bu doğrultuda ortaya çıkan atipik istihdam modellerinden biri de geçici iş ilişkisidir. Geçici iş ilişkisi, meslek edinilmiş ve meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisi olmak üzere ikiye ayrılmakta olup, uygulamada daha sık görülen türü meslek edinilmiş geçici iş ilişkisidir. Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin üçlü yapısı, geçici işçinin geçici süreliğine başka bir işverenin yanında iş görmesi ve bu işverenden emir ve talimat alması iş sağlığı ve güvenliği alanında birçok sorunu beraberinde getirmektedir. Bu sorunların başlıcası, geçici işçilerin diğer işçilere nazaran iş kazası ve meslek hastalığına uğrama riskinin yüksekliğidir. Zira, geçici işçiler yönünden iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin kimin tarafından ve ne şekilde alınacağı hususu tartışmaya açıktır. Bu durum, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasına ayrı bir önem atfetmektedir.

Çalışmamızın konusunu, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde işverenlerin iş sağlığı ve güvenliğinden doğan sorumluluğu oluşturmaktadır. Bu kapsamda çalışmamızın ilk bölümünde; meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi, tanım, amaç, uluslararası ve ulusal düzenlemeler bakımından genel hatları ile incelenecek olup, söz konusu ilişkide taraflar arasındaki ilişkilerin hukuki niteliği irdelenecektir. Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, meslek edinilmiş geçici ilişkisinde özel istihdam bürosu ile geçici işverenin başlıca iş sağlığı ve güvenliği yükümlülükleri ele alınacak, ardından iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin yerine getirilmemesinden doğan hukuki sorumluluğun hangi işveren veya işverenler üzerinde olduğu hususu açıklığa kavuşturulacaktır.

I. MESLEK EDİNİLMİŞ GEÇİCİ İŞ İLİŞKİSİ

A. GENEL OLARAK

Geçici iş ilişkisi¹, işverenin kendi işçisine karşı sahip olduğu işin görülmesini talep hakkının geçici bir süre için başka bir işverene devredildiği hukuki ilişkidir². Geçici iş ilişkisinin meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisi ve meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi olmak üzere iki türü bulunmaktadır. Meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisi, işverenin kendi bünyesinde sürekli istihdam ettiği işçisini, holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde istisnai olarak görevlendirmesi suretiyle kurulmaktadır³. Burada işveren; yönetici yetiştirme, geçici işgücü ihtiyacını topluluk çatısı altında içeriden karşılama vb. kazanç sağlama amacı bulunmayan nedenlerle geçici işçi

1 Doktrinde bu ilişkiyi ödünç iş ilişkisi olarak nitelendiren görüş için bkz. Ercan Akyiğit, *İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi* (Kamu-İş 1995) 9; Serkan Odaman, 'Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi Uygulaması' (2016) (36) Sicil İş Hukuku Dergisi 41, 42; Orhan Ersun Civan, 'Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Meslek Edinilmiş Ödünç (Geçici) İş İlişkisi' (2017) 66(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 311, 311 vd.

2 Münir Ekonomi, 'Mesleki Faaliyet Olarak Ödünç (Geçici) İş İlişkisi' *Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan* (Legal 2008) 231, 232; Akyiğit, *Ödünç İş İlişkisi* (n 1) 25; Ş. Esra Baskan, 'Türk İş Hukukunda Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi' (2017) 21(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3, 4; Çağlar Çopuroğlu, *Türk İş Hukukunda Mesleki Geçici İş İlişkisi* (Seçkin 2022) 21.

3 Odaman (n 1) 43; Baskan (n 2) 4.

görevlendirmektedir⁴. Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi ise, bu ilişkinin kurulmasını meslek edinmiş olan özel istihdam büroları aracılığı ile kurulan bir ilişkidir⁵. Bu ilişki türünde, özel istihdam bürosu, işçiyi salt başka bir işverenin yanında çalışmak üzere, kazanç elde etme amacıyla işe almaktadır⁶. Dolayısıyla meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde, işçinin geçici süreliğine bir başka işverene devredilmesi, işverenin mesleki faaliyetini oluşturmaktadır⁷.

Hukukumuzda geçici iş ilişkisi, 4857 sayılı İş Kanunu⁸ (İŞK.) m.7'de ele alınmaktadır. Bahse konu düzenlemede, 6715 sayılı Kanun⁹ değişikliğinden önce yalnızca meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisi yer almakta iken; 2008/104/EC sayılı AB Yönergesi'ne¹⁰ uyumlu olacak şekilde gerçekleşen söz konusu değişiklik ile birlikte, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi de yasal düzenlemeye kavuşmuştur. Bu doğrultuda İŞK. m.7/f.1 uyarınca geçici iş ilişkisi, ya holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde görevlendirme suretiyle ya da özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulabilmektedir. Belirtilmelidir ki, hukukumuzda geçici iş ilişkisi yalnızca İŞK'da düzenlenmiş olup, Türk Borçlar Kanunu¹¹ (TBK), Deniz İş Kanunu¹² ve Basın İş Kanunu'nda¹³ bu hususa ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin bahse konu kanunlara tabi iş ilişkileri bakımından kural itibarıyla¹⁴ uygulanması mümkün değildir¹⁵. Ayrıca meslek edinilmiş geçici iş ilişkisine dair düzenlemeler, İŞK. ile birlikte 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu¹⁶ ile Özel İstihdam Bürosu Yönetmeliği'nde¹⁷ (ÖİBY) de yer almaktadır.

4 Ekonomi (n 2) 247 vd; Çopuroğlu (n 2) 25.

5 Sarper Süzek ve Süleyman Başterzi, *İş Hukuku* (24.Bası, Beta 2024) 300; Esra Yiğit, *Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi* (On İki Levha 2019) 68; Yeliz Polat, *Sosyal Politika Açısından Özel İstihdam Büroları: Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi* (Gazi 2021) 53.

6 Süzek ve Başterzi (n 5) 300; Ekonomi (n 2) 249; Civan (n 1) 315.

7 Ömer Ekmekçi, '4857 Sayılı İş Kanunu'nda Geçici (Ödünç) İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi' (2004) *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 367, 375; Duygu Çelebi Demir, *Karşılaştırmalı Olarak Türk ve Alman Hukukunda Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi* (Adalet 2019) 46.

8 İş Kanunu, Kanun Numarası:4857, Kabul Tarihi:22.05.2003, RG 10.06.2003/25134.

9 İş Kanunu ile Türkiye İş Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 6715, Kabul Tarihi:06.05.2016, RG 20.05.2016/29717.

10 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0104> accessed 8 June 2024.

11 Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

12 Deniz İş Kanunu, Kanun Numarası: 854, Kabul Tarihi: 20.04.1967, RG 29.04.1967/12586.

13 Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5953, Kabul Tarihi: 13.06.1952, RG 20.06.1952/8140.

14 İŞK. kapsamı dışında bırakılan ev hizmetleri ile elliden az işçi çalıştıran tarım işlerinin yapıldığı işyerleri ise İŞK. m.7'nin kapsamına alınarak, söz konusu iş sözleşmeleri yönünden meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin kurulabileceği düzenlenmiştir.

15 İŞK. m.7 düzenlemesinin diğer iş kanunları kapsamındaki işçilere de uygulanacağına ilişkin bir hüküm getirilmesinin isabetli olacağı yönünde bkz. Süzek ve Başterzi (n 5) 301; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri* (36. Bası, Beta 2023) 242; Mesleki anlamda geçici iş ilişkisinin tüm iş sözleşmelerini kapsayacak şekilde ayrı bir kanun ile düzenlenmesi gerektiği yönünde bkz. Ali Güzel ve Hande Heper, 'Sürekli İstihdamdan Geçici Atipik İstihdamla: Mesleki Amaçlı Geçici İş İlişkisi' (2017) 52(1) *Çalışma ve Toplum* 11, 27; Ercüment Özkaraca, 'Özel İstihdam Bürosu Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi' *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2016 Yılı Toplantıları* (İstanbul Barosu Yayınları, 2018) 60; Kübra Doğan Yenisey, 'Yeni Bir Tasarı Işığında Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi ve Geçici İş İlişkisi' *Prof. Dr. Turhan Esener – I. İş Hukuku Uluslararası Kongresi* (Seçkin 2016) 133, 143.

16 Türkiye İş Kurumu Kanunu, Kanun Numarası: 4904, Kabul Tarihi: 25.06.1963, RG 05.07.2003/25129.

17 Özel İstihdam Bürosu Yönetmeliği RG 11.10.2016/29584.

Uluslararası normlara bakıldığında, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin Avrupa Birliği (AB) ve Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) belgeleri başta olmak üzere, birçok uluslararası belgede düzenlendiği görülmektedir¹⁸. Bu noktada 91/383/EEC sayılı AB Yönergesi, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisini doğrudan düzenlememekle birlikte, özellikle geçici işçilere yönelik getirilen iş sağlığı ve güvenliği düzenlemeleri ile dikkat çekmektedir¹⁹. Diğer yandan, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi, uzun süren çalışmalar sonucu Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan 2008/104/EC sayılı AB Yönergesi'nde ele alınmaktadır. Söz konusu yönerge, geçici iş ilişkisine yönelik oluşturulmuş ilk AB belgesi olması ile ön plana çıkmaktadır²⁰. Öte yandan, ILO'nun meslek edinilmiş geçici iş ilişkisine dair en kapsamlı sözleşmesi olan 181 sayılı Özel İş Aracılığı Sözleşmesi de bulunmaktadır. Ne var ki, 181 sayılı Sözleşme ülkemiz tarafından henüz onaylanmamıştır²¹.

Geçici işçilerin korunması kapsamında; geçici iş ilişkisinin sürekli istihdamın yerini almaması, bu doğrultuda gerçekleştirilecek suistimallerin önlenmesi, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ile iş piyasasının düzgün işlemesi amacıyla meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin kurulması belirli kural ve sınırlandırılmalara tabi tutulmaktadır²². Bu kapsamda İşK. m.7/f.11 ve ÖİBY m.6/f.2 uyarınca, özel istihdam bürosu ile geçici işveren arasındaki geçici işçi sağlama sözleşmesi ve özel istihdam bürosu ile geçici işçi arasındaki iş sözleşmesi yazılı yapılmalıdır. Bu noktada yazılılık şartı, geçerlilik şekli olup; bu şekle uyulmadan kurulan geçici iş ilişkisi geçersiz sayılacaktır²³. Diğer taraftan, İşK. m.7/f.2 ile ÖİBY m.5/f.2'de meslek edinilmiş geçici ilişkisinin kurulabileceği haller sınırlı sayıda öngörülmektedir²⁴. Bu doğrultuda meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi; İşK. m.13/f.5 ile m.74'de belirtilen durumlarda işçinin askerlik hizmeti halinde ve iş sözleşmesinin askıda kaldığı diğer hallerde, mevsimlik tarım işlerinde, ev hizmetlerinde, işletmenin günlük işlerinden sayılmayan ve aralıklı olan gördürülen işlerde, iş sağlığı ve güvenliği bakımından acil olan işlerde veya üretimi önemli ölçüde etkileyen zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması, işletmenin ortalama mal ve hizmet üretim kapasitesinin geçici iş ilişkisi kurulmasını gerektirecek ölçüde ve öngörülemez şekilde artması, mevsimlik işler hariç dönemsellik arz eden iş artışları hallerinde kurulabilecektir. Bunun yanı sıra, İşK. m.7/f.4-5 ile ÖİBY m.7 uyarınca, iş sağlığı ve güvenliği bakımından tehlike arz eden yer altında maden çıkarılan işyerleri başta olmak üzere²⁵, belirli hallerde meslek edinilmiş geçici

18 Detaylı bilgi için bkz. Çopuroğlu (n 2) 29 vd; Yiğit (n 5) 3 vd.

19 Güzel ve Heper (n 15) 22; Victoria Howes, 'Who Is Responsible For Health And Safety Of Temporary Workers? EU And UK Perspectives' (2011) (2) European Labour Law Journal 379, 383 vd.

20 Gülsevil Alpagut, 'Geçici İş İlişkisini Düzenleyen Avrupa Birliği Yönergesi'nin Değerlendirilmesi' *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan I* (Beta 2011) 353 vd; Yiğit (n 5) 4.

21 Çelebi Demir (n 7) 89 vd; Yiğit (n 5) 10.

22 Nitekim bkz. 2008/104/EC sayılı AB Yönergesi m.4/f.1'e göre, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisine dair yasak ve sınırlamalar, yalnızca bu işçilerin korunması, iş sağlığı ve güvenliği gereği ve işgücü piyasasının düzgün işlemesi ve suistimallerin engellenmesi amacıyla yapılabilecektir. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0104> accessed 16 June 2024.

23 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 15) 245; Civan, (n 1) 315; Böyle bir geçersizlik halinde, geçici işçinin geçici işveren nezdinde çalışmaya başlaması ile birlikte, geçici işçi ile geçici işveren arasında iş sözleşmesinin kurulduğu kabul edilmelidir. Bkz. Baskan (n 2) 16.

24 Detaylı bilgi için bkz. Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku* (6. Bası, On İki Levha 2024) 213 vd; Çopuroğlu (n 2) 129 vd.

25 Doktrinde, yer altı madenlerinde geçici işçi çalıştırılması yasağının isabetli olmakla birlikte yeterli olmadığı, iş kazası

iş ilişkisinin kurulması yasaklanmıştır. Öte yandan, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin kurulması bakımından süre ve işçi sayısına yönelik de birtakım sınırlamalar söz konusudur²⁶.

B. TARAFLAR ARASINDAKİ İLİŞKİLERİN HUKUKİ NİTELİĞİ

İşK. m.7/f.2 uyarınca meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi, Türkiye İş Kurumu tarafından izin verilen özel istihdam bürosunun bir işveren ile geçici işçi sağlama sözleşmesi yaparak işçisini geçici süreliğine bu işverene devretmesi suretiyle kurulmaktadır. ÖİBY m.3'te geçici işçi, geçici işçi sağlama sözleşmesi kapsamında özel istihdam bürosu aracılığıyla başka bir işverene ait işyerinde çalıştırılan işçi; geçici işveren, özel istihdam bürosundan geçici işçi sağlama sözleşmesi ile geçici iş ilişkisi kapsamında işçi temin eden işveren; özel istihdam bürosu ise iş arayanların elverişli oldukları işe yerleştirilmesi ile çeşitli işler için uygun işçiler bulunmasına aracılık yapmak ve/veya geçici iş ilişkisi kurma faaliyeti yürütmek üzere, Türkiye İş Kurumu tarafından izin verilen gerçek veya tüzel kişiler tarafından kurulan bürolar şeklinde tanımlanmaktadır. O halde meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi; özel istihdam bürosu, geçici işçi ve geçici işverenin yer aldığı üç köşeli bir hukuki ilişkidir²⁷. Bu noktada, söz konusu üçlü ilişkide yer alan taraflar arasındaki ikili hukuki ilişkilerin irdelenmesi önem arz etmektedir.

İşK. m.7/f.2 ve ÖİBY m.6/f.1 uyarınca, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde işveren tarafı özel istihdam bürosudur. Nitekim, ÖİBY m.3/f.1-g bendine göre iş sözleşmesi, özel istihdam bürosunun geçici iş ilişkisi kurmasını teminen işçi ile özel istihdam bürosu arasında yapılan sözleşmedir. Bu kapsamda, özel istihdam bürosu ile geçici işçi arasında yazılı bir iş sözleşmesi yapılmalıdır (İşK. m.7/f.11 ile ÖİBY m.6/f.2). Özel istihdam bürosu ile geçici işçi arasındaki bu ilişki, mevzuatta öngörülen istisnai düzenlemeler haricinde, iş ilişkilerine yönelik genel hükümlere tabidir²⁸. Özel istihdam bürosu, işveren sıfatı taşımasının doğal sonucu olarak, geçici işçilerin ücretinin ödenmesi başta olmak üzere diğer işveren yükümlülüklerinden sorumludur²⁹. Bahse konu işçilerin geçici olarak bir başka işverenin yanında iş görmesi ise, bu iş sözleşmesini sona erdirmemekte, özel istihdam bürosunun iş sözleşmesinden doğan yükümlülükleri devam etmektedir³⁰. Daha açık bir ifadeyle, özel istihdam bürosu geçici işçinin işvereni olarak kalmaktadır³¹. Ne var ki, geçici iş ilişkisinin kurulması ile birlikte, işin görülmesini talep hakkı ile emir ve talimat verme yetkisi geçici işverene geçmektedir³².

oranın yüksek olduğu diğer çok tehlikeli işler bakımından da geçici işçi çalıştırma yasağı getirilmesi gerektiği isabetli olarak ifade edilmektedir. Bkz. Süzek ve Başterzi (n 5) 306; Güzel ve Heper (n 15) 35; Doğan Yenisey (n 15) 150; Yiğit (n 5) 119.

26 Detaylı bilgi için bkz. Süzek ve Başterzi (n 5) 302 vd; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 15) 247 vd; Ekmekçi ve Yiğit, *İş Hukuku* (n 24) 212 vd; Çopuroğlu (n 2) 129 vd; Yiğit (n 5) 101 vd; Odaman (n 1) 45 vd; Polat (n 5) 87 vd;

27 Ekonomi (n 2) 233; Ekmekçi, 'Geçici İş İlişkisi' (n 7) 372; Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, 'Yargı Kararları Işığında Kanuna Aykırı Geçici İş İlişkisinin Sonuçları' (2024) (51) *Sicil İş Dergisi* 36, 41; Çopuroğlu (n 2) 22.

28 Ekmekçi ve Yiğit, *İş Hukuku* (n 24) 226; Çopuroğlu (n 2) 116.

29 Doğan Yenisey (n 15) 149; Yiğit (n 5) 21.

30 Ekonomi (n 2) 232; Süzek ve Başterzi (n 5) 306; Çelebi Demir (n 7) 148.

31 Süzek ve Başterzi (n 5) 300; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 15) 245.

32 Ekmekçi, 'Geçici İş İlişkisi' (n 7) 375; Ekmekçi ve Yiğit, 'Kanuna Aykırı Geçici İş İlişkisi' (n 27) 41; Baskan (n 2) 13; Bu noktada, özel istihdam bürosunun emir ve talimat verme yetkisi sınırlı da olsa devam edecektir. Bkz. Civan (n 1) 365.

Özel istihdam bürosu ile geçici işveren arasında İşK. m.7/f.11 ve ÖİBY m.6/f.2 uyarınca yazılı olarak akdedilmesi gereken geçici işçi sağlama sözleşmesi bulunmaktadır. Geçici işçi sağlama sözleşmesi ile, özel istihdam bürosu, geçici işverenin ihtiyaç duyduğu nicelik ve nitelikte işçiyi belirlenen süre boyunca iş görmesi için devretme borcu altına girmekte iken, bunun karşılığında geçici işveren de hizmet bedeli ödemekle yükümlü olmaktadır³³. Bu doğrultuda geçici işçi sağlama sözleşmesi, her iki tarafa borç yükleyen sürekli bir sözleşmedir³⁴. Bununla birlikte doktrinde, bu sözleşmenin niteliğine yönelik üçüncü kişi yararına sözleşme, alacağın temliki, temsil, üçüncü kişinin fiilini üstlenme, sözleşmeye katılma, kira, iş aracılığı görüşleri ileri sürülmektedir³⁵. Bizim de katıldığımız görüşe göre³⁶, geçici işçi sağlama sözleşmesi, kanunda düzenlenen sözleşme tiplerinden herhangi birine uymamasından bahisle sui generis bir sözleşmedir. Bu noktada, geçici işçi sağlama sözleşmesinin iş hukuku kapsamında olmasından ziyade, borçlar hukuku ile ticaret hukuku alanında değerlendirilmesi gereken bir sözleşme olduğu belirtilmelidir³⁷. Öte yandan bu sözleşmede; sözleşmenin başlangıç ve bitiş tarihi, işin niteliği, özel istihdam bürosunun hizmet bedeli, varsa geçici işveren ile özel istihdam bürosunun özel yükümlülükleri yer almalıdır (İşK. m.7/f.11 ve ÖİBY m.6/f.3)³⁸.

Geçici işveren ile geçici işçi arasındaki ilişkinin hukuki niteliği ise tartışmaya açıktır. Zira, hukuka uygun olarak kurulan meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi sonucu, geçici işçi ile geçici işveren arasında iş sözleşmesi kurulmamaktadır³⁹. Ne var ki, geçici işçinin iş görme edimini geçici işverenin yanında ifa etmesi, tarafların birtakım hak ve yükümlülüklerini gündeme getirecektir. Tarafların bu ilişkiden doğan hak ve yükümlülükleri ise, ancak söz konusu ilişkinin hukuki niteliğinin belirlenmesi suretiyle ortaya konabilecektir. Doktrinde taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine yönelik sosyal temas, amaç ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme görüşleri ileri sürülmektedir⁴⁰. Geçici işçi ile geçici işveren arasındaki ilişkiyi, iş sözleşmesi benzeri hukuki bir ilişki olarak nitelendiren görüş de bulunmaktadır⁴¹. Belirtilmelidir ki, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde, geçici işçi ile geçici işveren arasında herhangi bir sözleşme kurulmamasına rağmen, taraflar birbirlerinin güvenliğini gözetecek kadar yakın ilişki içerisinde bulunmaktadır. Kanaatimizce, geçici işçi ile geçici işveren arasındaki bu sosyal temas, dürüstlük kuralına dayanan edim yükümünden bağımsız bir borç ilişkisi meydana getirmektedir⁴². Bu noktada, taraflar arasında kurulan bu hukuki ilişkinin iş hukuku bağlamında

33 Çopuroğlu (n 2) 126; Civan (n 1) 325.

34 Yiğit (n 5) 32; Çelebi Demir (n 7) 175.

35 Bu görüşlere ilişkin detaylı bilgi için bkz. Akyiğit, *Ödünç İş İlişkisi* (n 1) 107 vd.

36 Akyiğit, *Ödünç İş İlişkisi* (n 1) 117; İbrahim Aydın, *İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları* (Seçkin 2004) 191; Özkara (n 15) 62.

37 Baskan (n 2) 15; Çelebi Demir (n 7) 177.

38 Bu düzenlemenin yeterli olmadığı, işçinin çalışacağı yer, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin bilgiler, özellikle işçinin alacağı ücret konusunun sözleşmede zorunlu olarak bulunması gereken hususlar içinde düzenlenmemesinin uygulamada birçok soruna yol açacağı yönünde bkz. Güzel ve Hepar (n 15) 44.

39 Ekmekçi, 'Geçici İş İlişkisi' (n 7) 372; Nitekim geçici işveren ile geçici işçi arasında iş ilişkisi değil, emir talimat ilişkisi bulunduğu yönünde bkz. Ekmekçi ve Yiğit, 'Kanuna Aykırı Geçici İş İlişkisi' (n 27) 41; Aydın (n 36) 193; Civan (n 1) 332.

40 Bahse konu görüşler için bkz. Aydın (n 36) 196 vd.

41 Süzek ve Başterzi (n 5) 310; Akyiğit, *Ödünç İş İlişkisi* (n 1) 123; Çopuroğlu (n 2) 23; Baskan (n 2) 17; Yiğit (n 5) 153.

42 Aynı yönde bkz. Aydın (n 36) 201; Gizem Sarıbay Öztürk, *İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları* (Beta 2015) 125; Edim yükümünden bağımsız borç ilişkisine yönelik

değerlendirilmesi gerektiği önemle belirtilmelidir. Geçici işçinin geçici işverenin yanında fiili olarak çalışması ile başlayan bu ilişki, geçici işverene emir ve talimat verme yetkisi vermesinin yanı sıra eşit davranma, koruma ve gözetme borcu da yüklemektedir⁴³. Geçici işverenin söz konusu hak ve yükümlülüklerine karşılık geçici işçinin de iş görme, özen ve sadakat borcu ile itaat borcu söz konusu olmaktadır⁴⁴.

II. MESLEK EDİNİLMİŞ GEÇİCİ İŞ İLİŞKİSİNDE İŞVERENLERİN İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

A. GENEL OLARAK

Geçici iş ilişkisinin doğası gereği iş sağlığı ve güvenliği düzenlemelerinin tam anlamıyla uygulanması oldukça güçtür⁴⁵. Bu noktada, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin üçlü yapıyı haiz olması, geçici işçinin başka bir işverenin yanında iş görmesi ve geçici işçilerin çoğunlukla eğitim düzeyi düşük genç işçilerden oluşması⁴⁶ iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin birçok sorunu da beraberinde getirmektedir⁴⁷. Öyle ki, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde, geçici işçilere yeterli bir iş sağlığı ve güvenliği eğitimi verilmediği, koruyucu malzeme ve ekipmanın ya hiç verilmediği ya da kalitesiz ürünler verildiği, geçici işçilerin iş görme edimini yerine getirdiği işyerinde temsil edilmediği görülmektedir⁴⁸. Nitekim, geçici işçilerin, geçici işverenin yanında çalışan daimi işçilere nazaran iş kazasına uğrama riski de daha yüksektir⁴⁹. Geçici işçilerin düşük mesleki eğitim düzeyine sahip işçiler olması da dikkate alındığında, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması ayrı bir önem arz etmektedir.

detaylı bilgi için bkz. M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler – Cilt I* (20. Bası, Vedat 2022) 43 vd; Rona Serozan, ‘Culpa in Contrahendo’, ‘Akdin Müspet İhlali’ ve ‘Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme’ Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi’(1968) Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 108, 113 vd.

43 Çelik, Caniklioglu, Canbolat ve Özkaraca (n 15) 251 vd; Süzek ve Başterzi (n 5) 310; Yiğit (n 5) 153 vd.

44 Süzek ve Başterzi (n 5) 310 vd; Civan (n 1) 333; Çelebi Demir (n 7) 165.

45 Joonho Ahn, Jongin Lee, Hyoung-Ryool Kim, Yu-Min Lee, Tae-Won Jang, Dong-Wook Lee and Mo-Yeol Kang, ‘Comparative analyses of occupational injuries among temporary agency worker and direct contract workers: Findings from the Korea Health Panel 2009-2018’ (2022) 64(1) American Journal Industrial Medicine 1, 6.

46 Eurofound, *European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions* (Publications Office of the European Union 2015) 21.

47 Erdem Özdemir, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Dersleri* (Vedat 2020) 227; Howes (n 19) 381; Karş. Alessio Bertolini, *Temporary Agency Workers in Italy and the UK – The Comparative Experience of Labour Market Disadvantage* (Palgrave Macmillan 2020) 37 vd.

48 Howes (n 19) 381; Berna Öztürk, ‘Özel İstihdam Büroları Aracılığı ile Kurulan Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisinde Tarafların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri’ (2017) *İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar* (Beta 2017) 207, 222; Geçici işçilerin güvenlik ekipmanı, eğitim ve denetim hususlarında daha az korunduğu yönünde bkz. Ahn, Lee, Kim, Lee, Jang, Lee and Kang (n 45) 6.

49 Matteo Picchio and Jan C. van Ours, ‘Temporary Jobs and the Severity of Workplace Accidents’ Elsevier Journal of Safety Research (2017) (61) 41, 41; Elsa Underhill, ‘Should Host Employers Have Greater Responsibility for Temporary Agency Workers’ Employment Rights?’ Asia Pacific Journal of Human Resources (2010) (48) 338, 338 vd.

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde iş sağlığı ve güvenliğine yönelik İşK. m.7, Türkiye İş Kurumu Kanunu ile 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (İSGK) düzenlemeleri genel çerçeveyi çizmekle birlikte, bu husus esasen Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik'te⁵⁰ detaylıca düzenlenmektedir⁵¹. Söz konusu yönetmelik, AB tarafından hazırlanan Belirli Süreli Hizmet veya Geçici İş İlişkisiyle Çalışan İşçilerin Çalışma Esnasında Alınacak Sağlık ve Güvenlik Önlemlerinin İyileştirilmesine Yönelik Önlemler adını haiz 91/383/EEC sayılı AB Yönergesi⁵² esas alınarak hazırlanmıştır. Söz konusu yönetmeliğin amacı, 91/383/EEC sayılı AB Yönergesi'ne paralel şekilde, geçici veya belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanların sağlık ve güvenlikleri bakımından işyerindeki diğer çalışanlarla aynı düzeyde korunmasını sağlamaktır (m.1). Bahse konu yönetmelik, İSGK kapsamına giren belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması ya da belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi, sözleşme süresinin sona ermesinin objektif koşullara bağlı olduğu işlerde çalışanlara veya geçici iş ilişkisi kurulan işverene ait işyerinde geçici iş sözleşmesi ile çalışanlara uygulanmaktadır (m.2). Doktrinde, söz konusu yönetmeliğin oldukça eski tarihli bir yönerge esas alınarak hazırlandığı, belirli süreli iş sözleşmesi ile geçici iş sözleşmesinin ayrı kurumlar olduğu, belirli süreli iş sözleşmesinde tek işveren söz konusu iken, geçici iş sözleşmesinde iki işverenin bulunduğu, dolayısıyla günümüz koşullarında özellikle iş sağlığı ve güvenliği bağlamında bu iki sözleşme türünün ortak bir anlayışla düzenlenmesinin mümkün olmadığı isabetli olarak ifade edilmektedir⁵³.

İSGK m.4 düzenlemesinde işverenin iş sağlığı ve güvenliği kapsamında alacağı önlemler, sınırlı sayıda olmamak üzere belirtilmektedir⁵⁴. Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde ise, iki işveren söz konusu olup, geçici işçi asıl işvereni olan özel istihdam bürosunun yanında değil, geçici süreliğine başka bir işverenin yanında çalışmaktadır⁵⁵. Bu noktada, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin hangi işveren veya işverenler tarafından alınacağı, söz konusu önlemlerin alınmamasından kimin ya da kimlerin sorumlu olacağı hususu tartışmaya açıktır. 91/383/EEC sayılı AB Yönergesi'nde de bu sorulara yanıt verecek açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Çalışmamızın bu bölümünde, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde özel istihdam bürosu ile geçici işverenin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüğü kapsamında yerine getirmesi gereken başlıca iş sağlığı ve güvenliği önlemleri incelenecektir.

50 Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik RG 23.08.2013/28744; Bu yönetmeliğin çıkartılması ile 15.05.2004 tarih ve 25463 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik yürürlükten kalkmıştır.

51 Yiğit (n 5) 156.

52 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31991L0383> accessed 17 June 2024.

53 Ömer Ekmekçi, Ayşe Köme Akpulat ve Ayşe Ledün Akdeniz, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku* (2. Bası, On İki Levha 2022) 399; Özdemir (n 47) 230 vd. Yazara göre, geçici işçilerin iş sağlığı ve güvenliği hususu yönetmelikte değil, ana hatları ile doğrudan İSGK'da düzenlenmelidir.

54 Ayşegül Ekin, *Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi* (Seçkin 2021) 217; Öztürk (n 48) 230. Nitekim işveren, bilimsel ve teknolojik gelişmelerin gerekli kıldığı tüm önlemleri almakla yükümlüdür. Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 2018/906 K 2024/104 14.02.2024; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 2017/2357 K 2021/1121, 30.09.2021; Yargıtay 21 HD, E 2019/3544 K 2020/568, 06.02.2020.

55 Özdemir (n 47) 230.

B. MESLEK EDİNİLMİŞ GEÇİCİ İŞ İLİŞKİSİNDE İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1. Her Türlü Önlemi Alma Yükümlülüğü

TBK m.417/f.1'e göre işveren, iş ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlama, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü altındadır. İşçinin kişiliğinin korunması, işçinin kişilik değerlerine dahil olan her türlü hakkın gözetilmesini gerektirmektedir⁵⁶. Bu çerçevede işçinin yaşamı ve sağlığının korunması, maddi ve manevi değerlerine saygı gösterilmesi, kişilik hakkı kapsamında değerlendirilecek tüm bilgilerin korunması, üçüncü kişiler ile paylaşılmaması gerekmektedir. İşçinin kişiliğinin korunması bağlamında başlıca yükümlülük, iş sağlığı ve güvenliğine yönelik her türlü önlemi alma yükümlülüğüdür. Nitekim TBK m.417/f.2 uyarınca işveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür. Benzer şekilde İSGK m.4/f.1 hükmünde de işverenin çalışanların iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğü düzenlenmektedir. Bu doğrultuda işveren; mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik önlemlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi, işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlenmesi, aksi halde uygunsuzlukların giderilmesi, risk değerlendirmesi yapılması, iş verirken bu işin çalışanın sağlık ve güvenliğine uygunluğunun dikkate alınması, yeterli bilgi ve talimat verilenler dışındaki çalışanların hayati ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli önlemlerin alınması yükümlülüklerini yerine getirmelidir (İSGK m.4/f.1).

Belirtildiği üzere, meslek edinilmiş geçici ilişkisinde geçici işçinin işvereni özel istihdam bürosudur. İşveren sıfatını haiz özel istihdam bürosu, geçici işçiyi koruma ve gözetme borcunun bir gereği olarak iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almakla da yükümlü olacaktır. Diğer yandan geçici işveren, İŞK. m.7/f.9-f ile ÖİBY m.9/f.1-e bendi uyarınca iş sağlığı ve güvenliği açısından gereken önlemleri almakla yükümlüdür. Söz konusu düzenlemelerde, geçici işverenin geçici işçilere dair alacağı iş sağlığı ve güvenliği önlemleri bakımından herhangi bir sınırlama öngörülmemektedir⁵⁷. Bu durumda geçici işveren, kendi işçilerinde olduğu üzere, geçici işçiler için de gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alma yükümlülüğü altındadır⁵⁸.

İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması kapsamındaki yükümlülüklerden biri, koruyucu ekipmanın sağlanmasıdır. Bu noktada, iş sağlığı ve güvenliği önlemleri için gerekli araç ve gereçlerin

56 Süzek ve Başterzi (n 5) 416 vd; Çelik, Caniklioglu, Canbolat ve Özkara (n 15) 367; Hakan Keser, 'İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun Geçici İş İlişkisine Yansıması' (2006) (9) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 65, 70.

57 Yiğit (n 5) 157.

58 Ömer Ekmekçi, 4857 sayılı İş Kanununa Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, (Legal 2005) 43; Yiğit (n 5) 157.

nasıl ve kimin tarafından sağlanacağı hususu yanıtlanmalıdır. Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik m.5'te işverenin, belirli süreli işlerde veya geçici süreli iş ilişkilerinde, özellikle kişisel koruyucu donanımlara erişim dâhil olmak üzere işyerinde çalışanların sağlık ve güvenliklerinin korunmasını içeren çalışma koşulları bakımından farklı uygulamalarda bulunamayacağı öngörülmektedir. Doktrinde bir görüş⁵⁹, bahse konu düzenlemenin geçici işverenin gerekli kişisel koruyucu donanımları geçici işçiye ücretsiz olarak sağlama yükümlülüğü bulunduğunu açık bir şekilde öngörmemesinden bahisle, söz konusu hükmü eleştirmektedir. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre⁶⁰, geçici işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alma yükümlülüğü, esasen tüm koruyucu ekipmanın geçici işçiye ücretsiz bir şekilde sağlanması yükümlülüğünü de kapsamaktadır.

İşyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması bakımından önem arz eden bir başka yükümlülük ise iş sağlığı ve güvenliği kurulunun oluşturulmasıdır. Bu noktada İSGK m.22/f.1 uyarınca işveren, elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalarda bulunmak üzere kurul oluşturmakla yükümlüdür. İş sağlığı ve güvenliği kurulunun oluşturulmasında geçici işçilerin sayıya dahil edilip edilmeyeceği hususu ise tartışmaya açıktır. Doktrinde bir görüş⁶¹, geçici işçinin geçici işverenin işyerinde zarara uğrama tehlikesi altında bulunmasından dolayı bu işçilerin geçici işverenin işyerindeki sayıya dahil edilmesinin uygun olacağını ifade etmektedir. Yine aynı görüş, bu kabul sonucu özel istihdam bürosunun sayıyı bu şekilde azaltarak kurul kurma yükümlülüğünden kurtulabileceğini, bu sakıncanın önüne geçebilmek için geçici işçilerin her iki işyerindeki sayıya da dahil edilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Diğer bir görüşe göre⁶², geçici işçi ile geçici işveren arasında bir iş sözleşmesi bulunmadığından, bu işçiler yalnızca kendi işverenin işyerindeki sayının belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Benzer şekilde Yargıtay ile BAM içtihatları da asıl işveren ile iş sözleşmesi devam eden geçici işçilerin kendi işverenlerinin işyerindeki sayıya dahil edilmesi gerektiği yönündedir⁶³. Başka bir görüş ise⁶⁴, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin özelliklerini dikkate alarak bu soruya yanıt vermekte, geçici işçilerin geçici işverenin yanında çalıştığı süre boyunca bu işyerindeki sayıya dahil edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun oluşturulmasında iş sözleşmesi ile çalışanların değil, o işyerinde çalışanların dikkate

59 Özdemir (n 47) 233; Öztürk (n 48) 232.

60 Yiğit (n 5) 157; Benzer yönde bkz. Ekin (n 54) 218.

61 Ercan Akyiğit, *İş Hukuku* (14. Baskı, Seçkin 2022) 456.

62 Ekmekçi, 'Geçici İş İlişkisi' (n 7) 46; Caniklioglu, 'Geçici İş İlişkisi' (n 77) 137; Özkaraca (n 15) 92; Özdemir (n 47) 234.

63 "...Alt işverenin işçileri ile geçici işçi sağlayan işverenle iş sözleşmeleri devam eden geçici işçiler, kendi işverenlerinin işyerlerinde sayının belirlenmesinde hesaba katılırlar. Ancak tarafların geçici iş ilişkisinde gönderen işveren olarak nitelendirdikleri; fakat aslında "bodro işvereni" olarak faaliyet gösteren ve yaptıkları iş, işverenlerine işçi temin etmekten ibaret olanlara kayıtlı bulunan işçiler de sayı ölçütünde gözönünde bulundurulmalıdır..." Yargıtay 9 HD, E 2020/1076 K 2020/4530, 01.06.2020; İstanbul 29 BAM, E 2020/2709 K 2020/1908, 31.12.2020; İzmir 15 BAM, E 2020/294 K 2020/1452, 16.12.2020.

64 Ekin (n 54) 227. Yazar, geçici işçinin çalışmasının sona ermesi halinde, bu durumun işyerindeki işçi sayısının elliye düşmesi halinin dahi mevcut kurulun varlığını etkilememesi gerektiğini ileri sürmektedir; Öztürk (n 49) 238; Süre sınırı olmaksızın geçici iş ilişkisinin kurulduğu hallerde, geçici işçilerin geçici işverenin işyerindeki sayıya dahil edilmesi gerektiği yönünde bkz. Polat (n 5) 57.

alınması gerekmektedir⁶⁵. Zira, iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturulmasında belirli sayıda işçi koşulu aranmasının nedeni, o işyerinde çalışan sayısına bağlı olarak iş kazası ve meslek hastalığı riskinin artmasıdır⁶⁶. Bu nedenle kanaatimizce, geçici işçinin geçici işverenin yanında çalıştığı süre ile sınırlı olmak üzere, bu işyerindeki sayıya dahil edilmesi gerektiği görüşü üstün tutulmalıdır. Nitekim meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde geçici işçi, geçici işverenin daimi işçileri ile aynı işyerini paylaşmakta ve aynı tehlike altında çalışmaktadır⁶⁷.

Özel istihdam bürosu ile geçici işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemleri bakımından gerekli koruyucu ekipmanın sağlanması ile iş sağlığı ve güvenliği kurulunun oluşturulması dışında pek çok yükümlülüğü söz konusudur. Bu kapsamda iş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimi bulundurma, işyeri sağlık güvenlik birimi kurma, risk değerlendirmesi, iş sağlığı ve güvenliği eğitimi, sağlık gözetimi, iş kazası ve meslek hastalığını bildirme, çalışan temsilcisi belirleme, acil durum planları oluşturma yükümlülüğü sayılabilecektir. Çalışmamızda, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde önem arz eden başlıca iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine yer verilmek kaydıyla, her başlık altında hangi işverenin ne tür önlemlerden sorumlu olduğu tespit edilecek, ardından bu yükümlülüklerle aykırı davranılması halinde hangi işveren ya da işverenlerin sorumlu tutulacağı hususu belirlenecektir.

a. İş Sağlığı ve Güvenliği Bağlamında Eşit Davranma Yükümlülüğü

İş hukukunun tüm alanlarında uygulanması gereken anayasal dayanağı haiz eşit davranma borcu, iş sağlığı ve güvenliği alanında da önemini göstermektedir. Nitekim 91/383/EEC sayılı AB Yönergesi'nin temel amacı, belirli süreli veya geçici iş ilişkisi ile istihdam edilen işçilerin, o işyerinin diğer tüm işçileriyle iş sağlığı ve güvenliği konusunda eşit imkanlara sahip olmasının sağlanmasıdır (m.2). Bununla birlikte, 2008/104/EC sayılı AB Yönergesi'nin de temelini eşitlik ilkesi oluşturmaktadır⁶⁸. Bu doğrultuda meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde eşit davranma borcu, gerek 2008/104/EC sayılı AB Yönergesi m.5'te gerekse bu yönerge temel alınarak hazırlanan İşK. m.7/f.10'da açıkça düzenlenmiştir⁶⁹. Söz konusu düzenlemelere göre, geçici işçinin geçici işverenin yanında çalıştığı süre boyunca temel çalışma koşulları, geçici işveren tarafından aynı iş için doğrudan işe alınmış olması halinde uygulanacak koşulların altında olmamalıdır. Bahse konu düzenlemelerde yer alan temel çalışma koşulları ifadesi belirsiz olup, bu kavramın ilgili düzenlemeler ışığında açıklığa kavuşturulması gerekmektedir⁷⁰. Nitekim, 2008/104/EC sayılı AB Yönergesi m.3/f.1'de temel çalışma

65 Öztürk (n 48) 238; Levent Akın, *İş Sağlığı Güvenliği ve Alt İşverenlik* (Yetkin 2013) 136. Yazar, alt işverenlik ilişkisinden hareketle, elli işçi sayısının belirlenmesinde aynı ortamda çalışan işçiler olarak anlaşılmasının yasanın amacına daha uygun düşeceğini ifade etmektedir; Ayrıca bkz. Çopuroğlu (n 2) 181 vd.

66 Gaye Baycık, 'Rödöans Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve Tarafların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri' *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan C.II* (Beta, 2011) 1895, 1951.

67 Ekin (n 54) 227; Öztürk (n 48) 238.

68 Howes (n 19) 386.

69 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 15) 253.

70 Temel çalışma koşulları ifadesinin netlikten uzak bir kavram olduğu ve 2008/104/EC sayılı AB Yönergesi çerçevesinde yorumlanması gerektiği yönünde bkz. Ekmekçi ve Yiğit, *İş Hukuku* (n 24) 236; Temel çalışma koşulları kavramının çok geniş tutulduğu, bu itibarla hukukumuzda yer alan çalışma koşulları kavramından farklılık göstermediği yönünde bkz. Süzek ve Başterzi (n 5) 314.

koşulları; çalışma süresi, fazla mesai, dinlenme süreleri, gece çalışması, yıllık izin ve resmi tatiller ile ücret olarak tanımlanmaktadır. Benzer şekilde İŞK. gerekçesinde de temel çalışma koşullarının çalışma süreleri, fazla çalışma, ara dinlenme, gece çalışması, işyerinde yapılacak mesleki eğitim, yıllık izin, iş sağlığı ve güvenliği, genç çalışanların ve hamilelerin korunması vb. tüm koşulları kapsadığı ifade edilmektedir⁷¹.

2008/104/EC sayılı AB Yönergesi'ne paralel olacak şekilde hukukumuzda da geçici işçiler yönünden emsal işçi değil, aynı iş esas alınmıştır⁷². Nitekim İŞK. m.7/f.10 uyarınca, geçici işçiye, geçici işverenin yanında doğrudan işe alınsaydı tabi olacağı çalışma koşullarının uygulanması gerekmektedir. Bu doğrultuda, geçici işverenin nezdinde aynı işi yapan daimi bir işçi bulunup bulunmamasından bağımsız olarak, geçici işçinin aynı iş için doğrudan işe alınsaydı tabi olacağı çalışma koşullarının belirlenmesi gerekir⁷³. Diğer yandan, eşit davranma yükümlülüğünün hangi işverene ait olduğu hususu tartışmaya açıktır. Doktrinde bir görüş⁷⁴, geçici işverenin emsal durumdaki kendi işçisine sağlayacağı temel çalışma koşullarını geçici işçiye de aynı şekilde sağlaması gerektiğini ileri sürmektedir. Başka bir görüş ise⁷⁵, eşit davranma yükümlülüğünün özel istihdam bürosuna ait olduğunu, yalnızca çalışma koşullarının tespitinde geçici işverenin işyerinin nazara alınacağını öngörmektedir. Bu noktada, geçici işveren ile özel istihdam bürosu için ayrı ayrı bir değerlendirme yapılmalıdır.

Doktrinde bir görüş⁷⁶, eşit davranma borcundan söz edebilmek için, işçinin işyerinde iş sözleşmesi ile çalışması gerektiğini belirtmekle birlikte, iş sözleşmesi kavramının da geniş yorumlanması gerektiğini ileri sürmektedir. Başka bir görüş ise⁷⁷, geniş yorum görüşünden hareketle, geçici işçi ile geçici işveren arasında iş sözleşmesi benzeri bir ilişkinin bulunduğunu belirterek eşit davranma borcunun gündeme geleceğini ifade etmektedir. Belirttiğimiz üzere, geçici işçi ile geçici işveren arasında edim yükümünden bağımsız bir borç ilişkisi meydana gelmektedir. İş hukuku çatısı altında değerlendirilmesi gereken bu ilişki, geçici işverene koruma ve gözetme borcu ile birlikte eşit davranma borcu da yüklemektedir. Bu doğrultuda geçici işveren, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin çalışma koşullarında işyerinde bulunan geçici işçiler ile daimi işçiler arasında herhangi bir ayırım yapmaksızın, İSGK başta olmak üzere ilgili tüm mevzuatı uygulamakla yükümlüdür⁷⁸. Nitekim, Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik m.5'te geçici işverenin eşit davranma

71 <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekceler/is-kanunu-madde-gerekceleri/1> Erişim Tarihi 20 Haziran 2024.

72 Alpagut, 'AB Yönergesi' (n 21) 359; Özkaraca (n 15) 80; Baskan (n 2) 33.

73 Doğan Yenisey (n 15) 159; İş hukukunda, eşitlik ilkesinin uygulanması bakımından işyerinde emsal işçinin bulunma koşulu arayan üye devletlere dair bkz. Alpagut, 'AB Yönergesi' (n 21) 360.

74 Haluk Hadi Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku* (6. Bası, Seçkin 2022) 58; Doğan Yenisey (n 15) 161; Ayrıca bkz. Süzek ve Başterzi (n 5) 314. Yazar, eşit davranma borcunun ne özel istihdam bürosu ne de geçici işverene yönelttiğini belirterek, bu noktada çalışma koşulları bakımından ikili bir ayırma gitmektedir. Bu görüşe göre, ücret ve bu nitelikteki haklar yönünden eşit davranma borcu özel istihdam bürosunda iken; çalışma süresi, ara dinlenme, gece çalışması vb. koşullar bakımından geçici işveren eşit davranma borcu altındadır.

75 Özkaraca (n 15) 81; Ekin (n 54) 147; Karş. Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 15) 252 vd.

76 A. Can Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (Fakülteler Matbaası, 1982) 150.

77 Nurşen Caniklioğlu, 'Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Tarafları Açısından Hukuki Sonuçlar' *Legal Vefa Toplantıları II Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı: Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler* (Legal 2008) 121, 141; Odaman (n 1) 213.

78 Benzer yönde bkz. Underhill (n 49) 347.

yükümlülüğü öngörülmektedir. Gerçekten de geçici işçilerin geçici işverenin yanında kısa süreliğine iş görmesi, geçici işverenin yükümlülüklerini ihmal etmesi için haklı neden teşkil etmemektedir⁷⁹. Bilakis, geçici işverenin daimi işçileri yönünden aldığı iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini, geçici işçiler için uygulamaması eşit davranma borcunun ihlali olarak değerlendirilmelidir. Bu noktada, geçici işçinin iş kazasına uğraması halinde sorumluluğun belirlenmesinde, geçici işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranıp davranmadığının da tespit edilmesi gerekmektedir⁸⁰.

Geçici işçinin işvereni olarak özel istihdam bürosu, geçici işçiye ilişkin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almakla kuşkusuz yükümlü olacaktır. Nitekim Türkiye İş Kurumu Kanunu m.19/f.2 uyarınca, geçici işçiye dair İSGK, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu⁸¹ ile 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'ndan⁸² doğan yükümlülükler, İşK. m.7 saklı kalmak kaydıyla, özel istihdam bürosu tarafından yerine getirilecektir. Ne var ki, özel istihdam bürosunun iş sağlığı ve güvenliği önlemleri bakımından işçileri arasında ayırım yapmaması gerektiğine dair özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu noktada, kaynağını Anayasa⁸³ m.10 ile İşK. m.5'ten alan eşit davranma borcunun, işveren sıfatını haiz özel istihdam bürosu için evleviyetle söz konusu olacağı hususunda tereddüt edilmemelidir. Tüm bu açıklamalar ışığında kanaatimiz, gerek özel istihdam bürosunun gerekse geçici işverenin iş sağlığı ve güvenliği açısından eşit davranma borcunun bulunduğu yönündedir⁸⁴.

b. Bilgilendirme Yükümlülüğü

91/383/EEC sayılı AB Yönergesi m.3'e göre üye devletlerin, geçici iş ilişkisi kapsamında istihdam edilen işçilere, çalışmaya başlamadan önce, karşılaşacağı risklere dair bilgi vermesi; söz konusu bilgilerin ise özellikle yapılacak işin gerektirdiği mesleki bilgi, yetenek ve gerekli sağlık gözetimi ile işin niteliğine bağlı özel riskleri içermesi gerekmektedir⁸⁵. Bahse konu yönerge esas alınarak düzenlenen İSGK m.16/f.1 uyarınca işveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve sürdürülebilmesi amacıyla, çalışanları ve çalışan temsilcilerini, işyerinin özelliklerini de dikkate alarak işyerinde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik riskleri, koruyucu ve önleyici tedbirler ve kendileri ile ilgili yasal hak ve sorumluluklar ve ilk yardım, olağan dışı durumlar, afetler ve yangınla mücadele ve tahliye işleri konusunda görevlendirilen kişiler hakkında bilgilendirmekle yükümlüdür. İSGK m.16, bilgilendirme yükümlülüğüne dair genel bir çerçeve çizmekle birlikte, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi bağlamında İSGK m.16/f.2-b bendi önem arz etmektedir. Bahse konu düzenlemeye göre işveren, başka işyerlerinden çalışmak üzere kendi işyerine gelen çalışanların birinci fıkrada

79 Ertan İren, 'Geçici İş İlişkisinde İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü' (2011) 60(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 281, 289; Canan Erdoğan, 'Geçici İş İlişkisinde İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü' (2017) (2) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 127, 138.

80 Caniklioğlu, 'Geçici İş İlişkisi' (n 77) 141; Özdemir (n 47) 233.

81 RG. 16.06.2006, 26200.

82 RG. 08.09.1999, 23810.

83 RG. 18.10.1982, 17863.

84 Bu yönde bkz. Underhill (n 49) 350.

85 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31991L0383> accessed 20 June 2024.

belirtilen bilgileri almalarını sağlamak üzere, söz konusu çalışanların işverenlerine gerekli bilgileri vermekle yükümlüdür⁸⁶.

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi bakımından, Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik m.6 ile işverenin bilgilendirme yükümlülüğü somutlaştırılmaktadır⁸⁷. Bu doğrultuda işveren, belirli süreli işlerde veya geçici süreli iş ilişkilerinde, İSGK m.16'da belirtilen bilgilendirme yükümlülüğü saklı kalmak kaydıyla, çalışanlara işe başlamadan önce yapacakları işin ne olduğu ve bu işte karşılaşacakları riskler hakkında gerekli bilgilerin verilmesini sağlamalıdır (m.6-a). Ayrıca işveren, özellikle yapılacak işin gerektirdiği mesleki bilgi, yetenek, tecrübe ve gerekli sağlık gözetiminin neler olduğu ile iş nedeniyle ortaya çıkabilecek özel riskleri de açıkça belirtmelidir (m.6-b).

Bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin detaylı bir düzenleme olan Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik m.10/f.1-a bendinde, geçici işverenin özel istihdam bürosuna, İSGK m.16/f.1'de belirtilen hususlar ile yapılacak işin gerektirdiği mesleki bilgi, yetenek ve işin özellikleri hakkında gerekli bilgiyi vermesi ve bu bilgilerin sözleşmede yer alması gerektiği öngörülmektedir. Özel istihdam bürosu ise, söz konusu bilgileri geçici işçilere aktarmakla yükümlüdür (m.10/f.1-b). Doktrinde de isabetli olarak belirtildiği üzere, geçici işverenin yalnızca özel istihdam bürosuna bilgi vermesi yeterli olmayıp, bahse konu hususlara ilişkin geçici işçiye de bilgilendirmesi gerekmektedir⁸⁸.

Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik⁸⁹ m.5/f.2'de ise, İşK. m.7'de yer alan geçici iş ilişkisinde, geçici bir süre ile çalışanları kendi işyerinde çalıştırmak üzere devralan işverenin, devraldığı çalışanları ve işverenlerini iş sağlığı ve güvenliği risklerine ilişkin bilgilendirmekle yükümlü olduğu düzenlenmektedir. Anılan tüm düzenlemeler doğrultusunda, geçici işçiye bilgilendirme yükümlülüğünün hem özel istihdam bürosu hem de geçici işveren için söz konusu olduğu ifade edilmelidir⁹⁰. Bu noktada doktrinde, Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m.5/f.2'de öngörülen geçici işverenin

86 Nitekim bu düzenlemenin geçici işçileri de kapsadığı yönünde bkz. Nurşen Caniklioğlu, '6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri' (2012) Çalışma Mevzuatı Seminer Notları, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını 27, 66; İşyerine gelecek çalışanlar için bu bilgilerin hazırlanarak işverenlerine imza karşılığı verilmesinin ileride meydana gelecek olası sorumluluğun bertaraf edilmesi bakımından önemli olduğu yönünde bkz. Gülsevil Alpogut, '6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun Genel Esasları' LXXII(2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 31, 41; Bahse konu düzenlemedeki amacın, geçici işçinin mesleki açıdan yeterli niteliklere sahip olmasının ötesinde, iş sağlığı ve güvenliği yönünden yeterli niteliklere sahip geçici işçilerin belirlenmesi olduğu yönünde bkz. Caniklioğlu, 'Geçici İş İlişkisi' (n 77) 137.

87 Özdemir (n 47) 234.

88 Özdemir (n 47) 235; Çelebi Demir (n 7) 336. Yazar, bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında söz konusu bilgilerin geçici işverenden özel istihdam bürosuna, özel istihdam bürosundan geçici işçiye aktarılması yerine, Alman hukukunda olduğu üzere, geçici işverenin bahse konu bilgileri doğrudan geçici işçiye aktarmasının pratik açıdan daha yararlı olacağını belirtmektedir; Erdoğan (n 79) 140; Caniklioğlu, İş Sağlığı ve Güvenliği (n 86) 67. Yazara göre, kanunda açıkça düzenlenmese de gerekli görüldüğü hallerde, özellikle işyerinde yapılan işin niteliğinin değişmesi veya farklı risklerin ortaya çıkması halinde, işveren ile birlikte işçi de bu konuda bilgilendirilmelidir.

89 RG. 15.05.2013, 28648.

90 Aynı yönde bkz. Ekmekçi, Köme Akpulat ve Akdeniz (n 53) 401.

bilgilendirme yükümlülüğünün, bu yönetmeliğin yanı sıra İSGK m.16/f.2 hükmü ve Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik'te de düzenlenmesi gerektiği ifade edilmektedir⁹¹.

c. İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimi Yükümlülüğü

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde, geçici işçilerin risk faktörleri birbirinden farklı olan işyerlerinde çalışması, iş sağlığı ve güvenliği eğitimine ayrı bir önem atfetmektedir. Zira, geçici işçinin iş ve işyerine göre karşılaşacağı tehlikeler değişecek, buna bağlı olarak alması gereken iş sağlığı ve güvenliği eğitimi de farklılık gösterecektir⁹². Buna karşın, geçici işçiler daimi işçilere nazaran daha az iş sağlığı ve güvenliği eğitimi almaktadır⁹³. Bu doğrultuda, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde geçici işçinin iş sağlığı ve güvenliği eğitimine dair pek çok düzenleme getirilmiştir. Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik m.7 uyarınca, İSGK m.17 ile birlikte işveren, belirli süreli veya geçici süreli iş sözleşmeleri ile istihdam edeceği çalışanların bilgi ve tecrübelerini de dikkate alarak, yapacakları işin niteliğine uygun yeterli eğitim almalarını sağlamalıdır. Benzer şekilde, İSGK m.17/f.6'da da geçici işverenin iş sağlığı ve güvenliği risklerine karşı çalışana gerekli eğitimin verilmesini sağlamakla yükümlü olduğu düzenlenmektedir. İşK. m.7/f.9-f bendinde ise, geçici işverenin İSGK m.17/f.6'da öngörülen eğitimleri vermekle ve iş sağlığı ve güvenliği açısından gereken tedbirleri almakla, geçici işçinin de bu eğitimlere katılmakla yükümlü olduğu düzenlenmektedir. Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m.5/f.2 uyarınca, geçici iş ilişkisinde geçici işveren, geçici işçilere iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerinin verilmesinden sorumludur. Söz konusu yönetmeliğin m.5/f.4 düzenlemesi ile İSGK m.17/f.5'te, işverenin, tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde; yapılacak işlerde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik riskleri ile ilgili yeterli bilgi ve talimatları içeren eğitimin alındığına dair belge olmaksızın, başka işyerlerinden çalışmak üzere gelen çalışanları işe başlatamayacağı düzenlenmektedir. Bu noktada geçici işverenin, geçici işçinin bu belgeye sahip olup olmadığı hususunda denetleme yükümlülüğü bulunmaktadır⁹⁴.

Bahse konu düzenlemeler, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde iş sağlığı ve güvenliği eğitiminin verilmesinden sorumlu olacak kişi yönünden bir duraksama yaratmaktadır. Zira, İSGK m.17/f.6'da ile Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik m.7'de geçici işverenin geçici işçilere eğitim verilmesini sağlamakla yükümlü olduğu düzenlenmekte iken; İşK. m.7/f.9-f'de eğitimi vermesi gerektiği öngörülmektedir. Diğer yandan, Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m.5/f.2'de iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerinin verilmesinden sorumlu olduğu düzenlenmektedir. Doktrinde bir görüşe göre⁹⁵, söz konusu

91 Ekmekçi, Köme Akpulat ve Akdeniz (n 53) 401; Benzer yönde bkz. Özdemir (n 47) 236. Yazar, bu hükmün İSGK m.16/f.2-b hükmü içine taşınarak düzenlenmesi gerektiğini ifade etmektedir.

92 Yiğit (n 5) 159.

93 Michael Foley, 'Underlying Observed Injury Rate Differences Between Temporary Workers and Permanent Peers' (2017) 60(10) American Journal Industrial Medicine 841, 845.

94 Çelebi Demir (n 7) 338; Öztürk (n 48) 237.

95 Ekmekçi, Köme Akpulat ve Akdeniz (n 53) 403; Yiğit (n 5) 163; Yazara göre, söz konusu düzenlemelerden özel istihdam bürosunun geçici işvereni bilgilendirme yükümlülüğü bulunduğu, geçici işverenin ise gerekli eğitimlerin alınmasını sağlamakla yükümlü olduğu anlaşılmaktadır; Ayrıca bkz. Alpagut, 'Genel Esaslar' (n 86) 42. Yazar, iş sağlığı ve güvenliği

düzenlemeler arasında ifadesel farklılık bulunmakla birlikte, bu düzenlemeler esasen geçici işverenin geçici işçilere eğitim verilmesi hususunda yükümlülüğü bulunduğunu göstermektedir. Aynı görüş, bahse konu düzenlemelerden eğitim yükümlülüğünün yalnızca geçici işveren tarafından yerine getirilebileceği şeklinde anlaşılmaması gerektiğini, iş sağlığı ve güvenliği eğitiminin özel istihdam bürosu tarafından verilmesi halinde de bu yükümlülüğün ifa edilmiş olacağını kabul etmektedir. Diğer bir görüş⁹⁶, İSGK m.17/f.6 ile İşK. m.7/f.9 arasında uyumsuzluk olduğunu belirterek, İşK. m.7'nin hem özel hem de sonraki tarihli kanun olmasından bahisle uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Başka bir görüş⁹⁷, İşK. m.7 düzenlemenin sonraki tarihli özel bir hüküm olduğunu kabul etmesine karşın, kendi içinde uyumsuzluk taşıyan bu hükümlerin yeniden ve sistematik olarak ele alınması gerektiğini, bu düzenlemeye esas teşkil eden 91/383/EEC sayılı AB Yönergesi'nin oldukça eski ve yetersiz kaldığını ve yeni düzenlemelerde özel istihdam bürosunun eğitim yükümlülüğünün açıkça düzenlenmesi ve geçici işverene de bunu denetleme yükümlülüğü getirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bir diğer görüş ise⁹⁸, geçici işçinin geçici işverenin talimatları altında çalışmasından dolayı, geçici işverenin eğitim yükümlülüğünden sorumlu tutulmasını isabetli bulmaktadır.

91/383/EEC sayılı AB Yönergesi m.4 uyarınca, üye devletler her işçinin nitelik ve tecrübesini dikkate alarak, işin özelliklerine uygun yeterli eğitimi almasını sağlamak için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü altındadır. Görüldüğü üzere söz konusu düzenlemede, eğitim yükümlülüğünün hangi işverene ait olduğu öngörülmemiş olup, bu seçim üye devletlere bırakılmıştır⁹⁹. Kanaatimizce, geçici işçinin geçici işveren nezdinde çalıştığı süre boyunca eğitim yükümlülüğü geçici işverende iken; özel istihdam bürosunun ise denetleme yükümlülüğü bulunmaktadır. Zira, her iş ve işyerinin barındırdığı risk aynı olmayacağından, iş sağlığı ve güvenliği eğitimi esas itibarıyla geçici işveren tarafından yerine getirilmelidir¹⁰⁰. Bu kapsamda geçici işveren, özellikle genç geçici işçilere uygun olmak kaydıyla yeterli eğitimi vermekle yükümlüdür¹⁰¹. Nitekim, anılan tüm düzenlemelerde geçici işverenin eğitim yükümlülüğü açıkça düzenlenmektedir. Ne var ki, eğitim vermek ile eğitim verilmesini sağlamak ifadeleri arasındaki farklılığın kanun koyucunun bilinçli tercihi olduğunu düşünmemekteyiz. Zira, esas olan geçici işçinin mevzuatta öngörülen iş sağlığı ve güvenliği eğitimini tamamlaması olup, bu yükümlülüğün geçici işveren yerine özel istihdam bürosu tarafından yerine getirilmesi sonucu değiştirmemektedir¹⁰². Bu noktada, geçici işverenin eğitim yükümlülüğünün açıkça düzenlenmiş

eğitiminin geçici işveren tarafından verilebileceği gibi asıl işveren tarafından da yerine getirilebileceğini, ancak her halde bu durumun belgelendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

96 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 15) 254; Özdemir (n 47) 234.

97 Özdemir (n 47) 238.

98 Keser (n 56) 77 vd; Bahse konu düzenlemelerden, özel istihdam bürosunun geçici işvereni bilgilendirme yükümlülüğü bulunduğu, geçici işverenin ise gerekli eğitimlerin alınmasını sağlamakla yükümlü olduğu sonucuna ulaşılacağı yönünde bkz. Yiğit (n 5) 163.

99 Çelebi Demir (n 7) 337.

100 Civan (n 1) 383 vd. Yazar, eğitim yükümlülüğünün geçici işverende olduğunu kabul etmekle birlikte, özel istihdam bürosuna da kronolojik sırayla geçici işçinin aldığı iş sağlığı ve güvenliği eğitimleri ile bu eğitimlerdeki durumunu içeren belge oluşturması yönünde yükümlülük getirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

101 Karş. Ahn, Lee, Kim, Lee, Jang, Lee and Kang (n 45) 6.

102 Ekmekçi, Köme Akpulat ve Akdeniz (n 53) 403; Çopuroğlu (n 2) 179; Sümer (n 74) 58; Yazar, bu, eğitimin özel istihdam bürosu tarafından verilmesinin geçici işvereni eğitim yükümlülüğünden kurtaracağını, bu durumda geçici işverenin gerekli eğitimin verilip verilmediğini denetlemesi ve eğitim eksikliğini gidermesi gerektiğini belirtmektedir.

olması ile, özel istihdam bürosunun sorumluluğunun bertaraf edildiği de düşünülmemelidir. Geçici işçi, başka işverenlerin yanında iş görse dahi özel istihdam bürosunun işveren sıfatı değişmemekte, işçiyi gözetme borcu halen devam etmektedir. Dolayısıyla, özel istihdam bürosunun, geçici işçinin geçici işverenin yanında çalıştığı süre boyunca, denetim ile sınırlı da olsa, geçici işveren ile birlikte eğitim yükümlülüğü bulunmaktadır¹⁰³.

d. Sağlık Gözetimi Yükümlülüğü

Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik m.8'de, sağlık gözetiminin İSGK m.15 uyarınca yapılacağı öngörülmektedir. İSGK m.15/f.1-a bendine göre işveren, çalışanların işyerinde maruz kalacağı sağlık ve güvenlik risklerini dikkate alarak sağlık gözetimine tabi tutulmalarını sağlamakla yükümlüdür. İSGK m.15/f.1-b bendi uyarınca işveren, çalışanların işe girişte, iş değişikliğinde, iş kazası, meslek hastalığı veya sağlık nedeniyle tekrarlanan işten uzaklaşmalarından sonra işe dönüşlerinde, talep etmeleri halinde ve işin devamı süresince, çalışanın ve işin niteliği ile işyerinin tehlike sınıfına göre Bakanlıkça belirlenen düzenli aralıklarla sağlık muayenelerinin yapılmasını sağlamak zorundadır. Ayrıca, tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde çalışacaklar, yapacakları işe uygun olduklarını belirten sağlık raporu olmadan işe başlatılamayacaktır (İSGK m.15/f.2). Öte yandan, İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik m.9/f.2-c-(10)'a göre işyeri hekimi, bir başka işverenden iş görmek için işyerine geçici olarak gönderilen çalışanlar ile alt işveren çalışanlarının yapacakları işe uygun olduğunu gösteren sağlık raporlarının süresinin dolup dolmadığını kontrol etmekle yükümlüdür.

Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik m.8/f.1-a bendine göre işveren, sağlık ve güvenlik yönünden özel sağlık gözetimi gerektiren işlerde, belirli süreli veya geçici süreli iş sözleşmeleri ile istihdam edeceği çalışanlarını, işin gerektirdiği özel sağlık gözetimine tabi tutulmasını sağlamakla yükümlüdür. Belirtilmelidir ki, İSGK m.15'te sağlık gözetimi ifadesi kullanılmakta iken, Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik m.8'de özel sağlık gözetimi ifadesine yer verilmektedir. Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik m.4/f.1-b bendine göre özel sağlık gözetimi, çalışanın kişisel sağlık durumu dikkate alınarak işin yürütümü dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere yönelik yapılan sağlık gözetimini ifade etmektedir. Aynı yönetmeliğin m.8/f.1-b bendinde ise, işten kaynaklanan gereklilik devam ettiği sürece, çalışanın sözleşme süresinin sona ermesinden sonra da özel sağlık gözetiminin sürdürüleceği yer almaktadır. Doktrinde bir görüş¹⁰⁴, söz konusu düzenlemenin özellikle meslek hastalıkları bakımından önem taşıdığını, zira meslek hastalığının uzun bir zaman içerisinde ortaya çıkmasından dolayı, çoğu zaman bu hastalığın başka işyerinde çalışırken ya da çalışma hayatı sona erdikten sonra tespit edildiğini ifade etmektedir. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, işçinin meslek hastalığına yol açabilecek çalışma koşulları her işyeri bakımından farklılık arz etmekte olup, meslek

103 Nitekim, özel istihdam bürosunun geçici işçiye yeterli eğitime sahip olmasını sağlamakla ve geçici işverenin işyeri koşullarını takip etmekle yükümlü olduğu yönünde bkz. Underhill (n 49) 347.

104 Ekmekçi, Köme Akpulat ve Akdeniz (n 53) 404.

hastalığından doğan tazminat davalarında her işverenin kendi kusurundan ayrı ayrı sorumlu tutulması gerekmektedir. Bu noktada, söz konusu düzenlemede yer alan işten kaynaklanan gereklilik ifadesi ile neyin kastedildiği, bu yükümlülüğün nasıl sürdürüleceği, ne kadar süre devam edeceği vb. pek çok soru yanıtsız bırakılmıştır. Bahse konu hüküm, sağlık gözetiminin sözleşmenin sona ermesinden sonra da devam edebileceği yönünde çok önemli bir yükümlülük getirmesine karşın, birçok önemli hususun düzenlenmemiş olması bu yükümlülüğün uygulanabilirliğini azaltmaktadır¹⁰⁵.

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde sağlık gözetimi yükümlülüğünün hangi işveren tarafından yerine getirilmesi gerektiği hususunda da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik m.8’de özel istihdam bürosuna yer verilmemekte, yalnızca geçici işveren yönünden sağlık gözetimi yapma yükümlülüğü öngörülmektedir. Doktrinde bir görüşe göre¹⁰⁶, geçici iş ilişkisinde sağlık gözetimine ilişkin yönetmelik düzenlemeleri açık ve yeterli olmamakla birlikte, her iki işverenin sağlık gözetimi yükümlülüklerinin kuşkuyla yer vermeyecek şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Başka bir görüşe göre¹⁰⁷, özel istihdam bürosu, geçici işçinin işe girişinden önce ve iş ilişkisinin devamında sağlık gözetimi yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Aynı görüş, özel istihdam bürosunun geçici işçiyi geçici olarak başka bir işverene gönderdiği her dönem işçinin sağlık muayenesini yaptırmakla yükümlü olduğunu da ifade etmektedir. Ayrıca bahse konu görüş, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde geçici işverenin de sağlık muayenesi yaptırması gerektiğini belirtmektedir¹⁰⁸. Başka bir görüşe göre¹⁰⁹, işe başlarken ve iş ilişkisinin devamında geçici işçinin sağlık gözetimi yükümlülüğü özel istihdam bürosunda iken; geçici işveren, işyerinde yapılan işin niteliği dikkate alınarak gerekli sağlık kontrollerini yeniden yapmalı veya yapıldığını belgelendirmelidir. Kanaatimizce, işveren sıfatını haiz özel istihdam bürosunun iş ilişkisine başlarken, bu ilişkinin devamında ve özellikle geçici işçiyi geçici işverenin işyerine göndermeden önce sağlık gözetimi yükümlülüğü bulunmaktadır. Geçici işçinin geçici işverenin yanında çalışması ise, özel istihdam bürosunun sağlık gözetimi borcunu ortadan kaldırmayacaktır. Bu dönemde geçici işveren, geçici işçinin sağlık kontrollerini yaptırmakla yükümlü olup, özel istihdam bürosu ise bu yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediğini denetlemekle yükümlüdür. Dolayısıyla, her iki işverenin de sağlık gözetimi yükümlülüğü bulunduğu kabul edilmelidir.

İSGK m.6 uyarınca işveren, mesleki risklerin önlenmesi ve bu risklerden korunulmasına yönelik çalışmaları da kapsamak üzere iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini sunmakla yükümlüdür. Söz konusu düzenleme uyarınca işveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi vb. iş sağlığı ve güvenliği personeli görevlendirmektedir. Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik m.9’da, İSGK m.6’ya göre

105 Benzer yönde bkz. Ekmekçi, Köme Akpulat ve Akdeniz (n 53) 404 vd.

106 Özdemir (n 48) 239; Bu doğrultuda örneğin, geçici işçinin standart kontrollerinin özel istihdam bürosu tarafından yapılması, bunun denetiminin ise geçici işveren tarafından yapılmasının öngörülebileceği yönünde bkz. Erdoğan (n 79) 144; Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik m.8’de yer alan “özel sağlık gözetimine tabi tutulmasını sağlama” ifadesinin, eğitim yükümlülüğünde olduğu üzere, sağlık gözetimi yükümlülüğünü de doğrudan geçici işverene yüklemeyeceği, bu nedenle net ve yeterli bir düzenleme olmadığı yönünde bkz. Yiğit (n 5) 167.

107 Öztürk (n 48) 240 vd.

108 ibid 240.

109 Ekin (n 54) 228.

işyerinde iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin yerine getirilmesi için görevlendirilen kişilerin belirli süreli veya geçici süreli iş sözleşmeleri ile istihdam edilecek çalışanlarla ilgili olarak geçici iş ilişkisi kurulan veya belirli süreli işi üstlenen işveren tarafından bilgilendirileceği ve söz konusu çalışanların da diğer çalışanlarla birlikte sağlık ve güvenliklerinin sağlanması için gerekli çalışmalar yapılacağı belirtilmektedir.

e. İş Kazası ve Meslek Hastalığını Bildirim Yükümlülüğü

İşK. m.7/f.9-c uyarınca geçici işveren, geçici işçinin iş kazası ve meslek hastalığı hâllerini özel istihdam bürosuna derhâl ve ayrıca 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun m.13-14 düzenlemelerine göre ilgili mercilere bildirmekle yükümlüdür. Diğer yandan, 5510 sayılı Kanun'un m.13/f.2-a bendi uyarınca işveren, sigortalının uğradığı iş kazasını, yetkili kolluk kuvvetlerine derhal ve Sosyal Güvenlik Kurumu'na ise en geç kazadan sonraki üç iş günü içinde bildirmesi gerekmektedir. İş kazasının işverenin kontrolü dışındaki yerlerde meydana gelmesi halinde ise, bu süre iş kazasının öğrenildiği tarihten itibaren başlayacaktır (5510 sayılı Kanun m.13/f.3). İşveren, sigortalının yakalandığı meslek hastalığını ise üç iş günü içinde yalnızca Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirmekle yükümlüdür (5510 sayılı Kanun m.14/f.2).

Söz konusu düzenlemeler, iş kazası ve meslek hastalığını Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirim yükümlülüğünü geçici işverene bırakmaktadır. Bu noktada, bu düzenlemelerin özel istihdam bürosunun bildirim yükümlülüğünü bertaraf edip etmeyeceği hususu ise tartışmaya açıktır. Doktrinde bir görüşe göre¹¹⁰, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde iş kazası ve meslek hastalığını bildirim yükümlülüğü İşK. m.7/f.9-c düzenlemesi ile yer değiştirmiştir. Aynı görüş¹¹¹, bu hususun kanunda açıkça düzenlenmesi ve böylelikle bu konuya ilişkin tereddütlerin giderilmesinin daha isabetli olacağını ifade etmektedir. Diğer bir görüş¹¹², bahse konu düzenlemenin, işveren sıfatını haiz özel istihdam bürosunun bildirim yükümlülüğünü ortadan kaldırmadığını; bu doğrultuda özel istihdam bürosunun da iş kazası ve meslek hastalığını yetkili mercilere bildirmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Kanaatimizce, İşK. m.7/f.9-c düzenlemesi özel istihdam bürosunun bildirim yükümlülüğünü bertaraf etmemekte, geçici işverene de bildirim yükümlülüğü getirmektedir. Dolayısıyla, her iki işverenin de iş kazası ve meslek hastalığını yetkili mercilere bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Ne var ki özel istihdam bürosunun bildirim yükümlülüğü, iş kazası veya meslek hastalığını öğrenme koşuluna bağlıdır. Zira geçici işçi, genel itibarıyla özel istihdam bürosunun kontrolü dışında olan başka bir işyerinde iş kazasına uğramakta veya meslek hastalığına yakalanmaktadır¹¹³. Bu durumu öğrenen özel istihdam bürosu ise, ilgili kurumlara bildirim yapılıp yapılmadığını sorgulamalı, aksi takdirde gerekli bildirim bizzat kendisi yapmalıdır. Diğer yandan, geçici işverenin yetkili mercilere iş kazasını

110 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 15) 254; Özdemir (n 47) 240; Baskan (n 2) 35; Yiğit (n 5) 68; Öztürk (n 48) 241.

111 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 15) 254.

112 Ekmekçi, Köme Akpulat ve Akdeniz (n 53) 406.

113 Nitekim, 5510 sayılı Kanun m.13/f.3 uyarınca, iş kazasının işverenin kontrolü dışındaki yerlerde meydana gelmesi halinde, bu süre iş kazasının öğrenildiği tarihten itibaren başlamaktadır.; Benzer yönde bkz. Polat (n 5) 162.

veya meslek hastalığını bildirmesi halinde, özel istihdam bürosunun ayrıca bu bildirimi yapması aranmamalıdır.

2. İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin yerine getirilmemesi sonucu, geçici işçinin iş kazasına uğraması veya meslek hastalığına yakalanması halinde, hangi işverenin ya da işverenlerin sorumlu tutulması gerektiği hususu tartışmaya açıktır. İşK. m.7/f.15 uyarınca, holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde görevlendirmek suretiyle kurulan geçici iş ilişkisinde geçici işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden, devreden işveren ile birlikte sorumludur¹¹⁴. Ne var ki, İşK'da meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde iş sağlığı ve güvenliği bakımından özel istihdam bürosu ile geçici işverenin birlikte sorumlu olacağı yönünde bir hüküm yer almamaktadır¹¹⁵. Bu durum doktrinde, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde iş sağlığı ve güvenliğinden doğan sorumluluğunun belirlenmesi noktasında çeşitli görüşlere yol açmıştır.

Doktrinde bir görüş¹¹⁶, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde iş sağlığı ve güvenliği yönünden özel istihdam bürosu ile geçici işverenin müteselsil sorumluluğunun düzenlenmediğini kabul ederek, bu durumu eleştirmekte ve müteselsil sorumluluğun öngörülmesi gerektiğini belirtmektedir. Aynı görüş¹¹⁷, mevcut düzenlemeler çerçevesinde gözetme borcundan esas itibarıyla geçici işverenin sorumlu olacağını ifade etmektedir. Yine bu görüşe göre¹¹⁸, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmamasında özel istihdam bürosunun da kusuru varsa TBK m.61'de yer alan müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanacak, ancak özel istihdam bürosunun kusurunun bulunmadığı hallerde, geçici işçi yalnızca geçici işverene başvurabilecektir. Başka bir görüş ise¹¹⁹, özel istihdam bürosunun işveren sıfatı nedeniyle gözetme borcunun devam ettiğini belirtmekte, ancak başka bir işverene ait işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almasının mümkün olamayacağını da ifade etmektedir. Bu itibarla, gözetme borcunun artık geçici işverene geçtiği kabul edilmeli ve bu önlemler geçici işveren tarafından yerine getirilmelidir. Diğer bir görüş¹²⁰, iş sağlığı ve güvenliği önlemleri

114 Söz konusu düzenlemenin, geçici işverenin asıl işveren ile birlikte sorumlu olduğu şeklinde anlaşıldığı, halbuki bu ilişki türünde gözetme borcunun esas itibarıyla geçici işverende olduğu, doğrusunun, geçici iş ilişkisi döneminde gözetme borcunun geçici işverene ait olduğu ve asıl işverenin bundan geçici işverenle birlikte sorumlu olduğu yönünde bkz. Ekmekçi, 'Geçici İş İlişkisi' (n 7) 376; Meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisinde, geçici işveren ile asıl işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmamasından birlikte sorumlu olacağı yönünde bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 2017/10-2359 K 2019/749, 20.06.2019; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 2017/2357 K 2021/1121, 30.09.2021.

115 Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde işverenlerin birlikte sorumluluğu, yalnızca İşK. m.7/f.2-b bendi kapsamında ödenmeyen ücretler ile sınırlı olmak üzere öngörülmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 15) 255; Düzenlemenin tasarı halinde, özel istihdam büroları ile geçici işverenin geçici işçinin çalıştığı süredeki ödenmeyen ücretinden, gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden birlikte sorumlu olacağı yer almaktaydı. Bkz. Yiğit (n 5) 79.

116 Özkaraca (n 15) 96; Civan (n 1) 382; Çelebi Demir (n 7) 342.

117 Civan (n 1) 380; Çopuroğlu (n 2) 178.

118 Özkaraca (n 15) 97; Civan (n 1) 381; Çelebi Demir (n 7) 342; Öztürk (n 48) 244.

119 Başkan (n 2) 34; Bu kabulün, özel istihdam bürosunun işveren sıfatından doğan yükümlülüklerini ortadan kaldıracığı yönünde bkz. Underhill (n 49) 350.

120 Özdemir (n 47) 242 vd; İş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinin her iki işveren arasında paylaştırılmasının daha iyi

alma yükümlülüğünün yalnızca özel istihdam bürosuna veya geçici işverene bırakılamayacağını, bu yükümlülüğün iki işveren arasında paylaştırılması gerektiğini ileri sürmektedir. Başka bir görüş ise¹²¹, İşK. m.7/f.13 uyarınca, sözleşme süresiyle sınırlı olmak üzere, işçinin geçici iş ilişkisinden kaynaklanan ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden yalnızca özel istihdam bürosunun sorumlu olacağını ileri sürmektedir. Diğer bir görüşe göre¹²², özel istihdam bürosu ile geçici işverenin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinden birlikte sorumlu olacağı kabul edilmelidir.

Belirtildiği üzere, geçici işveren ile geçici işçi arasında iş sözleşmesi bulunmamakla birlikte, edim yükümünden bağımsız bir borç ilişkisi meydana gelmektedir¹²³. Taraflar arasındaki sosyal temas sonucu ortaya çıkan bu ilişkinin dayanağı ise dürüstlük kuralıdır¹²⁴. Geçici işçinin geçici işverenin yanında çalışmaya başlaması ile birlikte, geçici işverene yalnızca işin görülmesini talep hakkı değil, işin görülmesi ile işyeri düzeni ve güvenliğinin sağlanmasına yönelik emir ve talimat verme yetkisi de geçmektedir¹²⁵. Bunun karşılığında geçici işçinin ise, iş görme borcu ile özen ve sadakat borcu söz konusudur. Geçici işçi ile geçici işveren arasında ortaya çıkan bu hukuki ilişki, geçici işverenin gözetme borcunu da meydana getirmektedir. Nitekim, geçici işçi ile geçici işverenin birbirlerinin güvenliğini gözetecek kadar yakın ilişkide bulunması, geçici işçinin, geçici işverenden kendisini koruma yönündeki beklentisini haklı çıkarmaktadır¹²⁶. Bu noktada önemle belirtilmelidir ki, geçici işverenin gözetme borcu, özel istihdam bürosunun iş sözleşmesinden doğan gözetme borcundan bağımsız olup, dürüstlük kuralına dayanmaktadır. Nitekim, geçici işçinin geçici işverenin yanında çalışması ile birlikte, özel istihdam bürosunun gözetim borcu sona ermemektedir¹²⁷. Geçici işveren gözetme borcu kapsamında, İSGK m.17/f.6'da öngörülen eğitimleri vermekle ve iş sağlığı ve güvenliği açısından gereken önlemleri almakla yükümlüdür (İşK. m.7/f.9-f). Bununla birlikte, detaylıca açıklandığı üzere, geçici işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alma yükümlülüğü, sair düzenlemelerde eşit davranma, bilgilendirme, eğitim, sağlık gözetimi, iş kazası ve meslek hastalığını bildirme vb. pek çok şekilde somutlaştırılmıştır¹²⁸.

İşverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alma yükümlülüğü, esasen işçiyi gözetme borcunun bir görünümüdür¹²⁹. TBK m.417/f.2 uyarınca işveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması

koruma sağlayabileceği, ancak geçici işçinin tüm sorunlarını ortadan kaldırmayacağı yönünde bkz. Underhill (n 49) 350 vd; Ayrıca bkz. <https://www.ilo.org/static/english/protection/travail/pdf/rdwppt17c.pdf> accessed 25 June 2024.

121 Odaman (n 1) 55-56.

122 Ekmekçi, Köme Akpulat ve Akdeniz (n 53) 410; Güzel ve Heper (n 15) 47; Sarıbay Öztürk (n 42) 128; Ekin (n 54) 233; Ayrıca bkz. Çopuroğlu (n 2) 179. Yazar, iş kazası veya meslek hastalığından doğan hukuki sorumluluğun geçici işverene ait olduğunu kabul etmekle birlikte; özel istihdam bürosunun eğitim, sağlık gözetimi ve bilgilendirme yükümlülüğünün halen devam ettiğini belirtmekte, iş kazası veya meslek hastalığının her iki işverenin de kusuru ile gerçekleşmesi halinde, TBK m.61 vd. uyarınca müteselsil sorumlu olacağını ileri sürmektedir.

123 Bkz. I, B.

124 Aydınli (n 36) 198.

125 Süzek ve Başterzi (n 5) 311; Güzel ve Heper (n 15) 45.

126 Aydınli (n 36) 198; Sarıbay Öztürk (n 42) 125.

127 Keser (n 56) 76; Yiğit (n 5) 21; Polat (n 5) 56; İren (n 79) 293.

128 Bkz. II, B.

129 Süzek ve Başterzi (n 5) 429; Keser (n 56) 70.

için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür. Yine, İSGK m.4/f.1'de işverenin, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olduğu öngörülmektedir. Bu doğrultuda, geçici işçi ile arasında iş sözleşmesi bulunan özel istihdam bürosu, işveren sıfatı nedeniyle iş sağlığı ve güvenliği önlemleri almakla yükümlüdür. Nitekim, Türkiye İş Kurumu Kanunu m.19/f.2 uyarınca, geçici işçiye yönelik İSGK, 5510 sayılı Kanun ile 4447 sayılı Kanun'dan doğan yükümlülükler, İşK. m.7 saklı kalmak kaydıyla, özel istihdam bürosu tarafından yerine getirilmelidir. Söz konusu düzenlemede, geçici işverenin İSGK m.17/f.6'da öngörülen eğitimleri vermekle ve iş sağlığı ve güvenliği yönünden gerekli önlemleri almakla yükümlü olduğunu öngören İşK. m.7/f.9-f bendi saklı tutulmaktadır. Bu düzenlemeler ile birlikte kanun koyucu, özel istihdam bürosunun iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alma yükümlülüğünün devam ettiğini öngörmesine karşın, geçici işverenin sorumluluğunu bertaraf etmemektedir¹³⁰. Ayrıca, Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik m.11 uyarınca, özel istihdam bürosu ile geçici işveren, yapılan iş süresince işin yapılması ile ilgili koşullardan sorumlu olup, bu sorumluluk iş sağlığı ve güvenliği ile iş hijyeni konuları ile sınırlıdır.

Tüm bu açıklamalar ışığında, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması sonucu geçici işçilerin uğradığı zarardan özel istihdam bürosu ile geçici işverenin müteselsilen sorumlu olacağı sonucuna varılmalıdır. Bu doğrultuda, geçici işçi ile geçici işveren arasında varlığını kabul ettiğimiz borç ilişkisi, geçici işveren tarafından iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi halinde, geçici işçiye borca aykırılık hükümlerine başvurma imkanı bahşetmektedir¹³¹. Diğer yandan, özel istihdam bürosu ile arasında iş sözleşmesi bulunan geçici işçinin, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini yerine getirmeyen özel istihdam bürosuna karşı borca aykırılık düzenlemelerine başvurabileceği açıktır¹³². Bu noktada, iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi sonucu işçinin ölümü veya vücut bütünlüğünün zedelenmesinin aynı zamanda haksız fiil oluşturacağı belirtilmelidir. Bu durumda geçici işçinin borca aykırılık veya haksız fiil hükümlerine başvurması mümkün olmakla birlikte, borca aykırılık hükümlerine başvurması geçici işçi açısından daha avantajlı olacaktır¹³³.

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde gözetme borcuna aykırılık sonucu müteselsil sorumluluğun belirlenmesinde, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin borca aykırılık hallerine de kıyasen uygulanacağını öngören TBK m.114/f.2 hükmü dikkate alınmalıdır. Söz konusu atıf hükmü doğrultusunda, haksız fiile yönelik TBK m.61 vd. müteselsil sorumluluk düzenlemelerinin borca

130 Ekmekçi, Köme Akpulat ve Akdeniz (n 53) 410; Benzer yönde bkz. Polat (n 5) 163-164; Karş. Çopuroğlu (n 2) 176 vd.

131 Aynı yönde bkz. Aydın (n 36) 197 vd.

132 TBK m.417/f.3: "İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir".

133 Detaylı bilgi için bkz. Ayşe Ledün Akdeniz, 'İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan Sorumluluğunun Hukuki Niteliği' (2014) 72(2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 3, 7 vd; Aydın (n 36) 198; "...Öte yandan, işverenin bu davranışı, kişi varlıklarını doğrudan korumayı amaçlayan (iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin) emredici kuralların kusurlu bir davranışla ihlali niteliğinde olup, aynı zamanda haksız fiil oluşturur. Bu nedenle işçilerin iş kazasından kaynaklanan tazminat taleplerinde sözleşmeden doğan ile haksız fiilden doğan dava hakları yarışır." Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 2019/324 K 2022/45, 25.01.2022; Yargıtay 10 HD, E 2023/2563 K 2023/6537, 07.06.2023.

aykırılıktan doğan tazmin borçları bakımından da uygulanması gerekmektedir¹³⁴. Müteselsil sorumluluğun en önemli sonucu olarak geçici işçi, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması sonucu uğradığı zararın tazmini için dilediği işverene başvurabilecektir¹³⁵.

Özel istihdam bürosu ile geçici işverenin farklı derecelerde kusurunun bulunması halinde, daha hafif kusuru bulunanın tazminatta indirim talep edemeyeceği hususu ise tartışmaya açıktır. Doktrinde bir görüş¹³⁶, haksız fiil sorumluluğunda kabul edildiği üzere, TBK m.114/f.2 atf hükmü gereği, borca aykırılıktan doğan tazminatın belirlenmesinde de müteselsil borçlunun kişisel savunmalarının dikkate alınacağını, dolayısıyla hafif kusurlu olan müteselsil borçlu yönünden TBK m. 51 vd. uyarınca tazminatta indirim yapılabileceğini kabul etmektedir. Bizim de katıldığımız diğer bir görüş¹³⁷, haksız fiil sorumluluğunda veya bir sözleşme ilişkisinde aynı zamanda haksız fiil oluşturan borca aykırı bir davranış sonucunda, müteselsil borçlunun kişisel savunma sebebi olarak hafif kusurundan dolayı tazminatta indirim talep edemeyeceğini belirtmektedir. Zira, alacaklının zarar gördüğü bahse konu hallerde tazminat borcunun meydana gelmesinde ve müteselsil sorumluluğun oluşmasında, alacaklının dahili ve talebi bulunmamaktadır. Bu doğrultuda, özel istihdam bürosu ve geçici işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini yerine getirmemesinden doğan zararın tazmininde de işverenlerden birinin hafif kusurundan dolayı tazminatta indirim yapılamayacaktır. Nitekim, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması sonucu zararın ortaya çıkması ile bu zarardan özel istihdam bürosu ve geçici işverenin müteselsilen sorumlu tutulmasında geçici işçinin dahili ve talebinden söz edilemez¹³⁸. Ayrıca, gerek meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi gerekse müteselsil sorumluluk hükümleri bağlamında geçici işçinin korunması asıldır. Dolayısıyla, açılacak davada özel istihdam bürosu ile geçici işverenin kusur derecesinin tartışılması, geçici işçinin durumunu kuvvetlendiren müteselsil sorumluluk düzenlemeleri ile bağdaşmayacaktır¹³⁹. Bu noktada özel istihdam bürosu ile geçici işverenin kusuru ile bu kusurun derecesi, aralarındaki

134 Bkz. Nurihan Dalcı Özdoğan, *Müteselsil Sorumluluk (Özellikle TBK md.61 ve md.162 vd. Hükümleri Bağlamında)* (Seçkin 2015) 195; Karş. Kadir Berk Kapancı, *Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler* (Vedat 2015) 45. Bu görüşe göre, sözleşmeye aykırılıktan teselsülün öngörüldüğü hallerde, zarar verici fiilin yalnızca borca aykırılık oluşturmaması, diğer bir ifadeyle yarışan bir haksız fiil sorumluluğuna yol açmaması durumunda, TTK m. 557 hükmü kıyasen uygulanmalıdır. Zira, sözleşmeler hukuku alanında borca aykırılıktan ötürü teselsülün öngörüldüğü hallerde TBK m. 114/f.2 atf hükmü uyarınca TBK m. 61'in uygulanması örtülü bir boşluk oluşturacaktır.

135 Müteselsil sorumluluğa ilişkin detaylı bilgi için bkz. M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler – Cilt II* (20.Bası, Vedat 2022) 310 vd.; Kapancı (n 135) 29 vd.

136 Selâhattin Sulhi Tekinay, 'Haksız Fiillerde Müteselsil Sorumluluğun Kapsamı' Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler Sempozyumu Ankara 21-22 Ekim 1977 İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını 205, 215 vd.; Dalcı Özdoğan (n 134) 195 vd.

137 Kapancı (n 134) 34 vd. Bahse konu görüşün temel gerekçesi, sözleşme ile oluşan müteselsil borçluluğun alacaklının bilgisi ve isteği dâhilinde kurulmasına karşın, alacaklının kendisine zarar verildiği bir ihtimalde (haksız fiilde veya sözleşme ilişkisinde ortak kusurlu haksız fiil de teşkil eden bir borca aykırılık halinde) oluşan müteselsil sorumlulukta esasen alacaklının bilgisi ve isteğinin bulunmamasıdır; Haksız fiil sorumluluğunda müteselsil sorumlulardan birinin kusurunun hafif olmasının, mağdura karşı sorumluluğunun azalmasına yol açmayacağı yönünde bkz. Oğuzman ve Öz, *Cilt II* (n 135) 312.

138 Bu noktada, geçici işçinin işverenin emir ve talimatlarına uymaması sonucu iş kazası ve meslek hastalığının meydana gelmesi hali saklıdır. Bu durumda, geçici işçinin birlikte kusurunun bulunması tazminatın tayininde dikkate alınacaktır. Geçici işçinin birlikte kusurunun tazminata etkisi için bkz. Levent Akın, *İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat* (Yetkin 2001) 212 vd.

139 Karş. Tekinay (n 136) 208.

iç ilişkide rücu talebinde dikkate alınmalıdır. Bu doğrultuda, özel istihdam bürosunun veya geçici işverenin kusurunun bulunmaması, geçici işçinin bu işverenlerden birine başvurmasına engel teşkil etmemelidir. Öte yandan, özel istihdam bürosu ile geçici işveren geçici işçi alma sözleşmesinde veya başka bir sözleşmede iş sağlığı ve güvenliğinden doğan sorumluluk hususunu diledikleri şekilde düzenleyebilecektir. Ne var ki, taraflar arasında akdedilen sözleşme yalnızca iç ilişkide hüküm ifade edecek olup, bu sözleşmenin işçiye karşı ileri sürülmesi mümkün değildir¹⁴⁰.

SONUÇ

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi, özel istihdam bürosu, geçici işçi ve geçici işverenin yer aldığı üç köşeli bir hukuki ilişkidir. Özel istihdam bürosu ile geçici işçi arasında iş sözleşmesi bulunmaktadır. Geçici işçinin geçici işverenin yanında iş görmesi, iş sözleşmesini sona erdirmemekte, özel istihdam bürosu geçici işçinin işvereni olarak kalmaktadır. Geçici işçi ile geçici işveren arasında ise iş sözleşmesi bulunmamakla birlikte, taraflar birbirlerinin güvenliğini gözetecek kadar yakın ilişki içerisinde bulunmaktadır. Bu noktada, geçici işçi ile geçici işveren arasındaki bu sosyal temasın, dürüstlük kuralına dayanan edim yükümünden bağımsız bir borç ilişkisi meydana getirdiği kabul edilmelidir.

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde, iki işveren söz konusu olup, geçici işçi asıl işvereni olan özel istihdam bürosunun yanında değil, geçici süreliğine başka bir işverenin yanında çalışmaktadır. Bu kapsamda, geçici işçi bakımından alınması gereken iş sağlığı ve güvenliği önlemleri her iki işveren yönünden ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Öncelikle, hem geçici işverenin hem de özel istihdam bürosunun iş sağlığı ve güvenliği önlemleri kapsamında eşit davranma yükümlülüğü ile bilgilendirme yükümlülüğü bulunduğu kabul edilmelidir. Bununla birlikte, her iş ve işyerinde karşılaşılabilecek riskler farklılık gösterecek olup, eğitim yükümlülüğünün esas itibarıyla geçici işverende olduğu ifade edilmelidir. Bu noktada, geçici işverenin eğitim yükümlülüğünün açıkça düzenlenmiş olması ise, özel istihdam bürosunun sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. İşveren sıfatını haiz özel istihdam bürosunun, gözetme borcu halen devam etmektedir. Bu nedenle, özel istihdam bürosunun, geçici işçinin geçici işverenin yanında çalıştığı süre boyunca denetleme ile sınırlı da olsa, geçici işveren ile birlikte eğitim yükümlülüğü söz konusudur.

Sağlık gözetimi yükümlülüğü yönünden de benzer bir değerlendirme yapılmalıdır. Özel istihdam bürosu, iş ilişkisine başlarken ve bu ilişkinin devamında geçici işçinin sağlık gözetimini yapmakla yükümlüdür. Geçici işçinin geçici işverenin yanında çalışması, özel istihdam bürosunun bu borcunu ortadan kaldırmayacaktır. Bu sürede, geçici işveren geçici işçinin sağlık kontrollerini yaptırmakla yükümlü olup, özel istihdam bürosu ise bu yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediğini denetlemekle yükümlü olacaktır. Öte yandan, İşK. m.7/f.9-c özel istihdam bürosunun iş kazası veya meslek hastalığını bildirim yükümlülüğünü ortadan kaldırmamakta, geçici işverene de bildirim yükümlülüğü getirmektedir. Bu noktada, özel istihdam bürosunun bildirim yükümlülüğünün, iş kazası veya meslek hastalığını öğrenme koşuluna bağlı olduğu belirtilmelidir.

140 Ekmekçi, Köme Akpulat ve Akdeniz (n 54) 411; Sümer (n 75) 59.

İşK. m.7 düzenlemesinde, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde iş sağlığı ve güvenliği bakımından özel istihdam bürosu ile geçici işverenin müteselsil sorumluluğu öngörülmemektedir. Özel istihdam bürosu, işveren sıfatı nedeniyle işçiyi gözetme borcu altında olup, bu kapsamda iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almakla yükümlüdür. Geçici işçi ile geçici işveren arasında ortaya çıkan ve dürüstlük kuralına dayanan edim yükümünden bağımsız bir borç ilişkisi ise geçici işverenin gözetme borcunu meydana getirmektedir. Dolayısıyla, hem özel istihdam bürosunun hem de geçici işverenin işçiyi gözetme borcu söz konusudur. Ayrıca, Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik m.11 ile Türkiye İş Kurumu Kanunu m.19/f.2 düzenlemelerinden özel istihdam bürosu ile geçici işverenin müteselsil sorumluluğunun bulunduğu anlaşılmaktadır.

KAYNAKÇA

- Ahn J, Lee J, Kim HR, Lee YM, Jang TW, Lee DW and Kang MY, ‘Comparative analyses of occupational injuries among temporary agency worker and direct contract workers: Findings from the Korea Health Panel 2009-2018’ (2022) 64(1) American Journal Industrial Medicine 1-8.
- Akdeniz AL, ‘İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan Sorumluluğunun Hukuki Niteliği’ (2014) 72(2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 3-28.
- Akın L, *İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat* (Yetkin 2001).
- Akın L, *İş Sağlığı Güvenliği ve Alt İşverenlik* (Yetkin 2013).
- Akyiğit E, *İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi* (Kamu-İş 1995).
- Akyiğit E, *İş Hukuku* (14. Bası, Seçkin 2022).
- Alpagut G, ‘6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun Genel Esasları’ LXXII (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 41-54.
- Alpagut G, ‘Geçici İş İlişisini Düzenleyen Avrupa Birliği Yönergesinin Değerlendirilmesi’ *Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan C.I* (Beta 2011) 353-367.
- Aydınlı İ, *İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları* (Seçkin 2004).
- Baskan ŞE, ‘Türk İş Hukukunda Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi’ (2017) 21(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3-46.
- Baycık G, ‘Rödövens Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve Tarafların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri’ *Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan C.II* (Beta 2011) 1895-1956.
- Bertolini A, *Temporary Agency Workers in Italy and the UK – The Comparative Experience of Labour Market Disadvantage* (Palgrave Macmillan 2020).
- Caniklioğlu N, ‘6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri’ (2012) Çalışma Mevzuatı Seminer Notları, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını 27-84.
- Caniklioğlu N, ‘Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Tarafları Açısından Hukuki Sonuçlar’ *Legal Vefa Toplantıları II Prof. Dr. Nuri Çelik’e Saygı: Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler* (Legal 2008) 121-166.
- Çelebi Demir D, *Karşılaştırmalı Olarak Türk ve Alman Hukukunda Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi* (Adalet 2019).
- Çelik N, Caniklioğlu N, Canbolat T ve Özkaraca E, *İş Hukuku Dersleri* (36. Bası, Beta 2023).
- Civan OE, ‘Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Meslek Edinilmiş Ödünç (Geçici) İş İlişkisi’ (2017) 66(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 311-397.

- Çopuroğlu Ç, *Türk İş Hukukunda Mesleki Geçici İş İlişkisi* (Seçkin 2022).
- Dalci Özdoğan N, *Müteselsil Sorumluluk (Özellikle TBK md.61 ve md.162 vd. Hükümleri Bağlamında)* (Seçkin 2015).
- Doğan Yenisey K, 'Yeni Bir Tasarı Işığında Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi ve Geçici İş İlişkisi' *Prof. Dr. Turhan Esener – I. İş Hukuku Uluslararası Kongresi* (Seçkin 2016) 133-172.
- Ekin A, *Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi* (Seçkin 2021).
- Ekmekçi Ö, '4857 Sayılı İş Kanunu'nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi' (2004) *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 367-382.
- Ekmekçi Ö, *4857 sayılı İş Kanununa Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi* (Legal 2005).
- Ekmekçi Ö, Köme Akpulat A ve Akdeniz AL, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku* (2. Bası, On İki Levha 2022).
- Ekmekçi Ö ve Yiğit E, *Bireysel İş Hukuku* (6. Bası, On İki Levha 2024).
- Ekmekçi Ö ve Yiğit E, 'Yargı Kararları Işığında Kanuna Aykırı Geçici İş İlişkisinin Sonuçları' (2021) (51) *Sicil İş Dergisi* 36-51.
- Ekonomi M, 'Mesleki Faaliyet Olarak Ödünç (Geçici) İş İlişkisi' *Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan* (Legal 2008) 231-266.
- Erdoğan C, 'Geçici İş İlişkisinde İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü' (2017) (2) *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 127-158.
- Eurofound, *European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions* (Publications Office of the European Union 2015).
- Foley M, 'Underlying Observed Injury Rate Differences Between Temporary Workers and Permanent Peers' (2017) 60(10) *American Journal Industrial Medicine* 841-851.
- Güzel A ve Heper H, 'Sürekli İstihdamdan Geçici Atipik İstihdama! Mesleki Amaçlı Geçici İş İlişkisi' (2017) 52(1) *Çalışma ve Toplum* 11-58.
- Howes V, 'Who Is Responsible for Health and Safety of Temporary Workers? EU and UK Perspectives' (2011) (2) *European Labour Law Journal* 379-400.
- İren E, 'Geçici İş İlişkisinde İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü' (2011) 60(2) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 281-307.
- Kapancı KB, *Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler* (2. Bası, Vedat 2015).
- Keser H, 'İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun Geçici İş İlişkisine Yansıması' (2006) (9) *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 65-108.
- Odaman S, 'Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi Uygulaması' (2016) (36) *Sicil İş Hukuku Dergisi* 41-61.
- Oğuzman MK ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler – Cilt I* (20. Bası, Vedat 2022).
- Oğuzman MK ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler – Cilt II* (20. Bası, Vedat 2022).
- Özdemir E, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Dersleri* (Vedat 2020).
- Özkaraca E, 'Özel İstihdam Bürosu Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi' *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2016 Yılı Toplantıları* (İstanbul Barosu Yayınları, 2018) 53-102.
- Öztürk B, 'Özel İstihdam Büroları Aracılığı ile Kurulan Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisinde Tarafların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri' *İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar* (Beta 2017) 207-256.
- Picchio M and van Ours JC, 'Temporary Jobs and the Severity of Workplace Accidents' (2017) (61) *Elsevier Journal of Safety Research* 41-51.
- Polat Y, *Sosyal Politika Açısından Özel İstihdam Büroları: Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi* (Gazi 2021).

- Sarıbay Öztürk G, *İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları* (Beta 2015).
- Serozan R, 'Culpa in Contrahendo', "Akdin Müspet İhlali" ve "Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme" Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi' (1968) *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi* 108-129.
- Sümer HH, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku* (6. Bası, Seçkin 2022)
- Süzek S ve Başterzi S, *İş Hukuku* (24. Bası, Beta 2024).
- Tekinay SS, 'Haksız Fiillerde Müteselsil Sorumluluğun Kapsamı' Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler Sempozyumu Ankara 21-22 Ekim 1977 İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını 205-221.
- Tuncay AC, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (Fakülteler Matbaası 1982).
- Underhill E, 'Should Host Employers Have Greater Responsibility for Temporary Agency Workers' Employment Rights?' (2010) (48) *Asia Pacific Journal of Human Resources* 338-355.
- Yiğit E, *Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi* (On İki Levha 2019).

İhtiyati Tedbir Yargılamasında Kanun Yoluna Genel Bakış ve Geçici Ödemede (TBK m. 76) Kanun Yolu İhtiyacı

Overview of Legal Remedies in Interim Measures Proceedings and the Need for Legal Remedies in Provisional Payment (TBK Art. 76)

Tahsin HATİPOĞLU* 

ÖZ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 76 hükmünde düzenlenmiş olan geçici ödemenin, ihtiyati tedbirden farklı olduğu ve “diğer kanunlarda düzenlenmiş özel bir geçici hukuki koruma türü” niteliğinde olduğu ifade edilebilir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 341 hükmünde yalnızca belirli ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları bakımından kanun yolu başvuru imkânının öngörüldüğünden ve geçici ödemeyi düzenleyen TBK m. 76 hükmünde kanun yolu başvuru imkânına yönelik herhangi bir düzenlemeye yer verilmediğinden, mevcut düzenlemeler kapsamında geçici ödeme kararları yönünden kanun yolu başvuru imkânının bulunmadığı sonucuna varılmaktadır. Olması gereken hukuk bakımından ise, mahkemeler tarafından tesis edilecek olan geçici ödeme talebinin kabulü/reddi kararlarına karşı hukuki yararı bulunan tarafın kanun yolu başvuru yapma imkânına sahip olması gerekmektedir. Bu nedenle, geçici ödeme kararlarına yönelik kanun yolu başvurusu imkânının sağlanabilmesi amacıyla kanun değişikliğine gidilmesi ve geçici hukuki koruma yargılamaları arasındaki ahengin tesisi için ihtiyati tedbir yargılamasındaki hukuki çare ve kanun yolu sisteminin geçici ödeme kararları bakımından da uygulanması gerektiği neticesine ulaşılmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Geçici Hukuki Koruma, İhtiyati Tedbir, İhtiyati Tedbir Yargılaması, Geçici Ödeme, Kanun Yolu.

* Avukat (Sakarya Barosu), hatipoglutahsin@gmail.com, ORCID: 0009-0002-3633-4726.

Bu çalışma, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programında hazırlanan “Medeni Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir Yargılaması” başlıklı tez çalışmasından üretilmiştir.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Tahsin HATİPOĞLU

E-posta/E-mail: hatipoglutahsin@gmail.com

Geliş Tarihi/Received: 13.11.2024

Kabul Tarihi/Accepted: 09.12.2024

ABSTRACT

It can be stated that the provisional payment regulated under Article 76 of the Turkish Code of Obligations No. 6098 differs from interim injunctions and constitutes a 'specific type of provisional legal protection regulated under other laws. Since Article 341 of the Code of Civil Procedure No. 6100 provides only for the possibility of appeal only with respect to certain interim injunctions and attachment orders, and as Article 76 of the Turkish Code of Obligations, which regulates provisional payments, does not include any provision regarding the possibility of appeal, it is concluded that there is no legal remedy available for provisional payment orders under the current regulations. From the perspective of de lege ferenda, it is necessary for the party with a legal interest to have the opportunity to seek a legal remedy against the court's decision to accept or reject a provisional payment request. For this reason, it is concluded that a legislative amendment is necessary to enable the possibility of legal remedies against provisional payment decisions, and that the legal remedies and appeal system applicable to interim injunction proceedings should also be applied to provisional payment decisions in order to ensure harmony among provisional legal protection proceedings.

Keywords: Provisional Legal Protection, Interim Injunction, Interim Injunction Proceedings, Provisional Payment, Legal Remedy.

GİRİŞ

Subjektif haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişiler tarafından kesin hukuki korumaya ulaşmak adına açılan davaların çok kısa sürede sonuçlanmasının mümkün olmadığı ve davaların belirli bir süre alacağı söylenebilir. Geçici hukuki koruma, tarafların etkin hukuki korumadan yoksun bırakılmaması, mahkeme kararının icrasının sağlanabilmesi ve telafisi güç yahut imkânsız zararların doğmasının önlenmesi için gerekli ve zorunludur. Sosyal, ekonomik ve kültürel hayattaki değişimler ile teknolojik gelişmeler sonucunda, klasik geçici hukuki korumalar olan ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz ve delil tespitine ek olarak özel geçici hukuki koruma türlerinin ortaya çıkması ihtiyacı gündeme gelmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 76 hükmü ile getirilmiş olan geçici ödeme de, – doktrinde çeşitli tartışmalar olmakla birlikte¹ – geçici hukuki koruma türü olarak nitelendirilmektedir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri ile belirli ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarına karşı kanun yolu başvuru imkânı açılmıştır. Ancak, tıpkı ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz gibi geçici hukuki koruma niteliğinde olan geçici ödeme kararlarına yönelik kanun yolu başvuru imkânının olup olmadığının tartışmalı olduğu tespit edilebilmektedir.

Çalışmamızda, geçici hukuki koruma kavramı doğrultusunda ihtiyati tedbir ve geçici ödemenin hukuki nitelikleri tespit edilecek, ihtiyati tedbir yargılaması için öngörülmüş olan kanun yolu başvuru imkânı genel bir bakış açısıyla açıklanacak ve geçici ödeme kararlarına karşı kanun yolu başvuru imkânının bulunup bulunmadığı değerlendirilerek olması gereken hukuk bakımından görüşlerimiz ifade edilecektir.

¹ Bu konudaki tartışmalar için bkz: s. 10 vd.

I. GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA KAVRAMI VE BU KAVRAM DOĞRULTUSUNDA İHTİYATİ TEDBİR İLE GEÇİCİ ÖDEMENİN HUKUKİ NİTELİĞİNİN TESPİT EDİLMESİ

A. GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA KAVRAMI

Kişiler arasında özel hukuk alanında bir ihtilaf çıkması durumunda, kendiliğinden hak almanın yasak olması nedeniyle, ortaya çıkan uyuşmazlığın çözümü için devlet tarafından kurulmuş olan yargı örgütüne başvuru yapılması zorunludur². Hukuk düzeni tarafından kişilere tanınmış hakların korunmasının devletin kurduğu yargı organlarından talep edilmesi ve gerekli şartların mevcudiyeti halinde bu hakların gerçekleştirmesinin devlet tarafından sağlanması şeklinde tanımlanan hukuki koruma³, tanınmış temel hak ve özgürlüklerden yararlanılmasını ve haklar ile özgürlüklerin korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biri kabul edilmekte, aynı zamanda toplumsal barışı güçlendiren, bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı önleme uğraşının da aracı olarak görülmektedir⁴.

Devlet tarafından kurulan yargı örgütüne başvuru yolunun açılması ancak hakları ihlal edilen kişilere gerçek ve etkin anlamda hukuki koruma sağlandığı takdirde anlamlı olup, teoride var olan fakat etkisiz yahut basit ve yalın bir hukuki koruma, gerçek bir hukuki koruma olarak nitelendirilemeyecektir⁵. Bu nedenle, günümüzde yalnızca şeklen sağlanmış olan hukuki koruma yeterli görülmemekte, etkin ve etkili bir hukuki korumanın varlığı şart kabul edilmektedir⁶. Etkin hukuki korumanın, kişilere

- 2 Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, (6. Baskı, Demir Demir 2001) 4315, 36; Baki Kuru ve Burak Aydın, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, Cilt I-II (2. Baskı, Yetkin 2021) 53; Evrim Erişir, *Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri* (On İki Levha 2013) 22; Muhammet Özokes, *İcra Hukukunda Temel Hak ve İlkeler* (Yetkin 2009) 38. “Hukuk devletin bir gereği olarak bireyler hakları ihlal edildiği ya da tehlikeye düştüğü durumda, hukuki korunma için devlete başvurmak zorunda olup, kendiliğinden hak arama yetkisine sahip değildirler. Bireylere tanınan bu hak, devletin anayasal teminatı altındadır.” (YHGK; E 2017/9-2204 K 2021/638, 27.05.2021)
- 3 Mine Akkan, ‘Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukuki Koruma’ (2007) 3(6) Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi 35. Doktrinde ERİŞİR, hukuki korumayı şu şekilde tanımlamaktadır: “Hukuki koruma, temelini hukuk devleti ilkesinde bulan, muhatabı devlet olan, kişinin talebi üzerine yargı mercilerinin faaliyeti ile geniş ya da kapsamlı bir hukuki korumaya kavuşturulmasını istemesidir.” (Erişir (n 2) 24).
- 4 Süleyman Burak Gündoğdu, *Medeni Yargıda Usul Kurallarına Aykırılığın Anayasa Mahkemesi’nce Bireysel Başvuru Yoluyla Denetlenmesi* (On İki Levha 2021) 221. “Anayasa’nın 36. maddesinde ifade edilen hak arama özgürlüğü, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanmayı ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biri olmakla birlikte aynı zamanda toplumsal barışı güçlendiren, bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme, haksızlığı önleme uğraşının da aracıdır. Hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, sadece yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunma hakkını değil yargılama sonunda hakkı olanı elde etmeyi de kapsayan bir haktır.” (Anayasa Mahkemesi, Baş. No: 2014/7002, 01.12.2016).
- 5 Muhammet Özokes, ‘İcra Takiplerinde Nemalandırma ve Mülkiyet Hakkı Sorunu’, (2023) 88(2) İzmir Barosu Dergisi 229; Erişir (n 2) 45. “AİHM öncelikle tıbbi ihmale ilişkin davalarda Türk hukuk sisteminin zarar gören taraflara ceza ve hukuk davaları açma hakkını tanıdığını kaydetmektedir. Ancak, yerel makamların sağladıkları korumanın yalnızca teoride kalması durumunda bu koşul yerine getirilmemiş olacaktır ve daha da önemlisi, pratikte de etkin olarak uygulanmalıdır.” (Şerif Gecekuşu v Türkiye App no 28870/05 (ECtHR, 20 May 2010)
- 6 Mert Namli, *Medeni Usul Hukuku’nun Yasama Üstü Kaynakları Çerçevesinde Fransız ve Türk Hukuku’nda Çekişmeli Yargı İlkesi* (TÜSİAD 2020) 64; Seda Kaynak, ‘Bölge Adliye Mahkemesinin İhtiyati Tedbir Kararı Vermesine İlişkin Esaslar’ (2024) 73(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 163; Saim Üstündağ, *İhtiyati Tedbirler* (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1981) 1; Hakan Pekcanitez, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku* (On İki Levha 2017) 15; Akkan (n 3) 35; Erişir

tanınmış olan hakların, devletin yasal organları aracılığıyla etkili ve etkin şekilde korunmasını ve toplumsal barışın sağlanmasını amaçladığı ifade edilmektedir⁷.

Kesin hukuki korumaya ulaşmak adına açılan davaların çok kısa sürede sonuçlanmasının mümkün olmadığı ve davanın belirli bir süre alacağı rahatlıkla söylenebilecektir⁸. Gerek yargılama hukukunun

(n 2) 45; Özkes, *Temel Haklar* (n 2) 124; Evren Kılıçoğlu, *Medeni Yargılamada Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilen Deliller* (On İki Levha 2021) 7; Muhammet Özkes, 'Medeni Yargılama Hukukunda Geçici Hukuki Korumalar (Kıta Avrupası Sistemine Bakış)' iç Hakan Pekcanitez, Nur Bolayır ve Cemil Simil (edr) XV. Dünya Usul Hukukçuları Kongresi (25-28 Mayıs 2015, İstanbul) (On İki Levha 2016) 57; Ejder Yılmaz, *Adalet-İnsana Yakışan Anlayış* (Turhan 2020), 298; Emel Hanağası ve Hakan Hasırcı, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararlarının Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukuna Etkileri' iç Hakan Pekcanitez ve Muhammet Özkes (edr) *Cumhuriyetin 100. Yılında Medeni Usul ve İcra İflas Hukukumuzun Gelişim ve Değişim Süreci* (On İki Levha 2023) 363. "Bir hukuk devletinde herhangi bir hakkın anayasalarla salt tanınmış olması yeterli olmayıp, bunun yanında devlete bu hakların etkin kullanılması ve kullanılmasının önündeki engellerin kaldırılması bakımından bir takım pozitif ödevler yüklenmiştir. Bu pozitif yükümlülüğün bir gereği olarak devletin sadece yalın olarak hak arama ve hukuki korunma yollarını düzenlemesi ve bunları yürürlükte tutması yeterli değildir. Çağdaş devletler; aynı zamanda bu yolların etkinliğini sağlamak amacıyla verilecek kararların uygulanabilir olması için gerekli önlemleri almak, hukuki korunma ihtiyacını etkin karşılayabilmek için gerekli kuralları koymak, gerekli kurumları oluşturmak ve tüm bunları uygulamak, uygulatmak ve uygulamayı izleyerek gerekli önemleri almak gibi yükümlülükler de yerine getirmelidir." (YİBGK, E 2013/1 K 2014/1, 21.02.2014). Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Genel Gereğesinde, etkin hukuki korumadan açıkça söz edilmektedir: "Hak arama özgürlüğü çerçevesinde, hukuki korunma talebi için artık günümüzde, "etkin hukuki koruma" ihtiyacı ve talebinden söz edilmektedir. Yani, bir devletin sadece yalın olarak hak arama ve hukuki korunma yollarını düzenlemesi ve bunları açık tutması yeterli değildir; aynı zamanda bu yolların etkinliğini sağlamak, elde edilecek kararların uygulanabilir olması imkânını ayakta tutmak, hukuki korunma ihtiyacı ile orantılı ve bağlantılı bir yöntemi benimsemek gibi yükümlülüğü söz konusudur." Belirsiz olacak davasını düzenleyen HMK m. 107 hükmünün gereğesinde de, söz konusu dava türünün kabul edilme nedeninin etkin hukuki korumanın sağlanması gayesi olduğu belirtilmiştir: "Oysa, hak arama özgürlüğü, böyle bir kısıtlamayı ve gerçek dışı davranmaya zorlamayı değil, gerçekten hakkı ihlal edilen veya ihlal tehlikesi altında olan kişiyi, mümkün olduğunca geniş şekilde korumayı amaçlamalıdır. Son dönemde gerek mukayeseli hukukta gerekse Türk hukukunda artık salt hukuki korumanın ötesine geçilerek "etkin hukuki koruma"nın gündeme gelmiş olması da bunu gerektirir. (Cemil Simil, *Belirsiz Alacak Davası* (On İki Levha 2013) 38).

- 7 Mustafa Sedar Özdek, *Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlamlı İcranın Etkinliği* (Yetkin 2022) 164; Akkan (n 3) 29. "Türk hukuku açısından etkin hukuki himayenin sağlanmasının hukuk devletinin bir gereği ve dolayısıyla Anayasa'nın bir emri olduğunu kabul etmek gerekir. Anayasanın 2'nci maddesinde yer alan "hukuk devleti" ilkesinin kanun koyucuya, bireylere etkin hukuki himaye sağlama ödevini vermiş olduğundan şüphe etmemek gerekir. ... Bu sebeple geçici hukuki koruma önlemleri toplumsal barışın sağlanması açısından da önem taşımaktadır." (Yargıtay 19. HD, E 2011/4749 K 2011/6494, 11.05.2011)
- 8 Mehmet Günay, *AİHS'in 6. Maddesi Kapsamında Özel Hukuk Uyuşmazlıklarında Adil Yargılama Hakkı ve İç Hukuk Uygulanması* (Yetkin 2022) 145; Onur Altınkan, *Türk Borçlar Hukukunda Geçici Ödemeler* (TBK. m. 76) (Seçkin 2023) 73-74; Gündoğdu (n 4) 361 vd. Hukukumuz bakımından, davaların makul sürelerin çok ötesinde süreler içerisinde sonuçlandırıldığı bilinmekte olup, bu yönde hem Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hem de Anayasa Mahkemesi tarafından verilmiş çok sayıda hak ihlali kararının mevcut olduğu tespit edilebilmektedir: AİHM tarafından verilmiş olan söz konusu kararlardan birkaçı için bkz: *Tamar v Türkiye* App no 15614/02 (ECtHR, 18 July 2006); *Daneshpayeh v Türkiye* App no 21086/04 (ECtHR, 16 July 2009); *Sebahattin Evcimen v Türkiye* App no 31792/06 (ECtHR, 23 July 2010). AİHM; Ümmühan Kaplan/Türkiye başvurusunda, makul sürede yargılama ilkesine yönelik yapısal bir sorun var olduğuna dikkat çekmiş ve pilot karar prosedürünün uygulanması gerektiğine hükmetmiştir: "Mahkeme, Sözleşme'nin 6§1 maddesine ilişkin ihlallerin Türkiye'de uzun yıllardır devam ettiğini ve iç hukuk düzeninde yapısal ve sistematik bir problem oluşturduğunu, bu durumun, Sözleşme'nin 6§1 maddesi ile 13. Maddesine aykırılık teşkil ettiğini düşünmektedir (yukarıdaki 50 ve 58. Paragraflar). Mahkeme önünde, buna benzer daha yüzlerce başvuruların askıda olduğunu belirtmektedir. Mahkeme, Türkiye'de bu duruma ilişkin artan başvuru sayısını ve çıkabilecek muhtemel ihlalleri göz önüne alarak (anılan Maria Atanasiu ve diğerleri v. Romanya, § 217-218), somut olayda, pilot karar prosedürün uygulanmasına karar vermiştir." Anayasa Mahkemesi ise; makul sürede yargılama hakkının yapısal sorunlardan kaynaklandığını tespit etmiş ve Anayasa Mahkemesi İç Tüzüğü'nün m. 75/1 hükmü doğrultusunda pilot karar niteliğinde karar vermiştir: "Sonuç olarak Anayasa Mahkemesine yapılan başvuru sayıları ve verilen ihlal kararları incelendiğinde makul sürede yargılama

kuralları ve karmaşıklığı nedeniyle kesin hukuki korumanın elde edilme aşamasındaki şartlar gerekse de karşı tarafın muhtemel kötü niyetli davranışları, yargılamada talep edilen hakkın elde edilmesini güçleştirme yahut imkânsız hale getirme riski barındırmaktadır⁹. Bahsedilen hususlar nedeniyle, davacı tarafından açılan davanın davacı lehine sonuçlanmasına rağmen dava konusunun elde edilememe riski söz konusu olabilecektir¹⁰. Böyle bir durumda, yargılamanın davacı lehine sonuçlanmış olmasının herhangi bir anlam ve önemi kalmayacaktır¹¹.

Kişinin hukuki korunma talebi nedeniyle başvurusunun ardından, devletin hukuki korunma talebine yanıt verene kadar geçecek sürede hak sahibinin haklarının korunabilmesi ve telafisi güç yahut imkânsız zararların önlenebilmesi için, yargılama dönemini kapsayan ek bir hukuki korunma önleminin öngörülmesinin gerekli olduğu belirtilmektedir¹². Yargılamanın devam ettiği esnada – hatta yargılama öncesinde – hak sahibinin kayıplarının engellenmesi, dava konusu hakkında karar verilebilme olanağının muhafaza edilmesi, etkin hukuki korumanın aşamalardan olan hakkın icrasının sağlanması hukuk düzenin görevidir¹³. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, hukuk düzeni tarafından tesis edilen yargı kararının işlevsiz kalmasına müsaade edilmesi durumunda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6 hükmüyle güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmiş olacağını kabul etmektedir. AİHM'e göre, mahkemelerce verilen bir hükmün veya kararın icrası, Sözleşme'nin 6. maddesine göre yargılamanın ayrılmaz bir parçası olarak görülmelidir¹⁴.

hakkının ihlaline yol açan yapısal bir sorunun mevcut olduğu değerlendirilmiştir. Bu yapısal sorunun giderilmesi için alınan her türlü tedbire rağmen makul sürede yargılanma hakkının ihlali nedeniyle ortaya çıkacak zararların tazmin edilmesi için Anayasa'nın 40. maddesi gereğince bireysel başvurudan önce etkili bir başvuru yolunun kurulması gerekir." (Anayasa Mahkemesi, Baş. No: 2021/58970, 05.07.2022).

- 9 Murat Yavaş, 'Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti' (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 1999) 23; Tolga Akkaya, *İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz Hakkındaki Mahkeme Kararlarına ve İhtiyati Haczin İnfazına Karşı Konulması* (On İki Levha 2024) 3; Ece Göztepe, *İnsan Haklarının Korunmasında Geçici Tedbir-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Almanya ve Türkiye Örnekleri* (On İki Levha 2017) 287; Meltem Ercan Özler, *Medeni Usul Hukuku'nda Dava Konusu* (On İki Levha 2019) 464. Özkes, 'Geçici Hukuki Korumalar' (n 6) 57; Kaynak (n 6) 164.
- 10 Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku* (3. Bası, Yetkin 2020) 201; Erişir (n 2) 8; Özkes, *İhtiyati Haciz* (n 9) 36; Pekcanitez, *Pekcanitez Usul* (n 6) 2435. Barış Ertem 'İhtiyati Tedbir Kararlarının Denetimine İlişkin Özellik Arz Eden Bazı Hususların Değerlendirilmesi' (2023) 3 İzmir Barosu Dergisi 54. "Davanın açılmasıyla hüküm arasında geçen zaman içinde müddeabihin çeşitli şekillerde istenmeyen değişikliklere maruz kalması veya maruz bırakılması mümkündür. Bu değişiklikler sonucu davanın sonunda elde edilecek hükmün icrası, mümkün olmayabilir veya çok güçleşebilir. İşte ortaya çıkan bu tehlikeyi bertaraf etmek amacıyla ihtiyati tedbir müessesesi kabul edilmiştir." (YHGK, E 2013/21-1791 K 2013/1676, 20.12.2013).
- 11 Murat Yavaş, 'İflâsın Ertelenmesi Kurumu Çerçevesinde İhtiyati Tedbir Kararının Kapsamı, Niteliği ve Etkileri' (2011) Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan 2894; Gündoğdu (n 4) 222. "Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde kararların icrasından açıkça bahsedilmemekle birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), mahkemeye erişim hakkından yola çıkarak yargı kararlarının icra edilmesi hakkını adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olarak kabul etmektedir. AİHM'e göre mahkemeye erişim hakkı, bir uyumsuzluğu mahkeme önüne götürme ve aynı zamanda mahkemeye verilen kararın uygulanmasını isteme haklarını da kapsar. Mahkeme kararlarının uygulanması, yargılama sürecini tamamlayan ve yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan bir unsurdur. Karar uygulanmazsa yargılamanın da bir anlamı olmayacaktır." (Anayasa Mahkemesi, Baş. No: 2019/34118, 09.09.2020).
- 12 Murat Yavaş 'Haksız Rekabet Kavramı ve Bu Alandaki Koruyucu Dava ve Tedbir Türleri' (2006) Doç. Dr. Mehmet Somer'e Armağan 780; Murat Topuz, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerine Dair Yargılamalarda Geçici Ödemeler (TBK m. 76)' (2011) Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan 261; Erişir (n 2) 107.
- 13 Özkes, *İhtiyati Haciz* (n 9) 4-5; Erişir (n 2) 10.
- 14 "AİHM, bir Sözleşmecî Devlet'in iç hukuk düzeninin, nihai ve zorunlu bir yargı kararının bir tarafın aleyhine olacak şekilde işlevsiz kalmasına izin vermesi halinde, AİHS'nin 6§1 maddesiyle güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkının

Tüm bu nedenlerle, dava konusunun korunması ve yargılama sonucu elde edilecek olan hakkın icra kabiliyetinin muhafazası, aynı zamanda yargılama süresince telafisi güç yahut imkânsız zararların doğmasının önlenebilmesi için hızlı bir yargılamaya ihtiyaç duyulduğu kabul edilmektedir. Belirtilen ihtiyaç geçici hukuki korumalar ile karşılanmakta ve hak arayanlara sunulmaktadır¹⁵. Geçici hukuki koruma, kesin hukuki korumanın korunması ve etkinliğinin sağlanması için bir bölüm olarak değerlendirilmekte¹⁶; tarafların etkin hukuki korumadan yoksun bırakılmaması, mahkeme kararının icrasının sağlanabilmesi ve telafisi imkânsız zararların doğmasının önlenebilmesi için geçici hukuki korumaların gerekli ve zorunlu olduğu kabul edilmektedir¹⁷.

B. İHTİYATİ TEDBİRİN VE GEÇİCİ ÖDEMENİN HUKUKİ NİTELİĞİNİN BELİRLENMESİ

1. İhtiyati Tedbirin Hukuki Niteliği

İhtiyati tedbir, maddi hukuk talebinin ve gecikmesinde tehlike olan bir halin yaklaşık ispat seviyesinde ispat edilmesi şartıyla, lüzumu halinde karşı tarafın hukuki dinlenilme hakkının ertelenerek para alacağı dışında kalan taleplerin teminat altına alınmasına, istisnaen ise bütün taleplerin asıl dava için bağlayıcı olmayacak şekilde geçici olarak ifa edilmesi hizmet eden geçici hukuki koruma şeklinde tanımlanmaktadır¹⁸. İhtiyati tedbirin amacının, medeni usul hukukun amaçlarından biri

aldatıcı olduğunu hatırlatır. Hangi mahkeme tarafından verilmiş olursa olsun, bir hükmün veya kararın uygulanması, Sözleşme'nin 6. maddesine göre "dava"nın ayrılmaz bir parçası olarak değerlendirilebilir." (Tunç v Türkiye App No 54040/00 ECtHR 24 May 2005)

- 15 Sema Taşpınar Ayvaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Zaman Bakımından Uygulanması* (Yetkin 2013) 449; Erişir (n 2) 12; Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı* (Yetkin 2003) 215; Kaynak (n 6) 163; Yaşar Demircioğlu, *Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılama Güvenceleri* (Yetkin 2007) 111. "Burada öncelikle ihtiyati tedbir kararının niteliği üzerinde durulması gerekecektir. Toplumsal yaşamın gereği olarak kişiler arasında meydana gelen çekişmelerin iradi biçimde bir çözüme ulaştırılmaması halinde, çözümün dava ve yargılama süreci içerisinde aranması gerekecektir. Fakat, dava ve yargılama az veya çok belli bir sürenin geçmesini gerektirir. Bu zaman içerisinde, hızlı bir şekilde karara bağlanmayı icap ettiren vakıaların olması olasıdır. Ayrıca, uyumsuzluk konusu ile ilgili olarak birtakım kayıplar da gündeme gelebilir. Bu nedenlerle, dava süreci başlamadan veya dava süreci bitinceye kadar mevcut risklerin ortadan kaldırılması amacıyla "geçici hukuki koruma" tedbirine başvurulabilir." (YHGK, E 2012/14-1399 K 2013/573 24.04.2013)
- 16 Muhammet Özkes, 'İhtiyati Haciz Kararlarının Gerekçeli Olması ve Kanun Yoluna Başvuru – Bir Karar Üzerine Değerlendirme' (2007) Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan 472.
- 17 Serhat Kırtıloğlu, 'İhtiyati Tedbirde Görevli ve Yetkili Mahkeme' (2010) Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan 1306; Adnan Deynekli ve Mustafa Saldırım, *Öğretide ve Uygulamada İhtiyati Haciz* (Yetkin 2011) 19; Akkan (n 3) 61. "Türk hukuku açısından etkin hukuki himayenin sağlanmasının hukuk devletinin bir gereği ve dolayısıyla Anayasa'nın bir emri olduğunu kabul etmek gerekir. Her ne kadar yürütmenin durdurulmasında (1982 Anayasası m. 125, V) olduğu gibi Anayasa'da doğrudan ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir kurumlarının düzenlenmesini emreden açık bir hüküm yoksa da Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan "hukuk devleti" ilkesinin, kanun koyucuya, bireylere etkin hukuki himaye sağlama ödevini vermiş olduğu kuşkusuzdur." (Yargıtay 19. HD, E 2008/4717 K 2008/6504, 12.06.2008)
- 18 Erişir (n 2) 137. Doktrinde; ihtiyati tedbir için birbirine yakın sayılabilecek fakat değişik biçimde tanımlar yapıldığı görülmektedir. Doktrindeki diğer ihtiyati tedbir tanımları için bkz: Kuru (n 2) 4290; Ejder Yılmaz, *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri* (Yetkin 2001) 178; Muhammet Özkes, *Pekantentez Usul Medeni Usul Hukuku* (On İki Levha 2017) 2461; Tanrıver (n 10) 205; Özkes, *İhtiyati Haciz* (n 9) 55-56; Ramazan Arslan, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici Hukuki Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler' (2013) 24(Özel Sayı) Bankacılar Dergisi, 10. Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda, ihtiyati tedbirin şu şekilde tanımlandığı görülmektedir: "Bilindiği üzere, ihtiyati tedbir, HMK'da

olan subjektif hakların korunmasını ve gerçekleştirilmesini sağlamak üzere söz konusu hakları yargılama boyunca korumak, daha geniş anlatımıyla geçici olarak teminat altına almak, geçici olarak düzenlemek veya geçici olarak yerine getirmek olduğu kabul edilmektedir¹⁹. İhtiyati tedbir yargılamasının amacının davaya nazaran farklılığı ve ihtiyati tedbir yargılamasında zaman darlığı nedeniyle bütün delillerin eksiksiz bir biçimde incelenmesinin ve tam ispat ölçüsüne erişilmesinin çok zor olması veya mümkün olmaması öngörülmüş, ihtiyati tedbir yargılamasında ispat ölçüsü yaklaşık ispat ölçüsü olarak belirlenmiştir (HMK m. 390/3)²⁰.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda geçici hukuki koruma veya benzer adlar altında bir kavrama yer verilmemiştir²¹. İhtiyati tedbir, HUMK m. 101-113/A hükümleri arasında "İhtiyati Tedbirler" başlığıyla düzenlenmiştir²². Bu nedenle, ihtiyati tedbirin geçici hukuki korumalar yönünden üst başlık olarak belirlendiği, ihtiyati haciz ve özel kanunlarda düzenlenmiş olan diğer geçici hukuki korumaların ise ihtiyati tedbirin alt türü olduğu kabul edilmiştir²³.

"Geçici Hukuki Korumalar" üst başlığı altında taraflar arasındaki ihtilafın çözümüne katkı sağlayan ve asıl yargılamada verilen hükmün gerçekleştirilmesini temin eden ve hakların korunması bağlamında aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin ayrılmaz bir parçası olarak hak arama hürriyeti kapsamında değerlendirilebilecek bir usul hukuku müessesesi olduğunda kuşku yoktur." (YİBGK, E 2013/1 K 2014/1, 21.02.2014).

- 19 Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku Cilt I-II (7. Baskı, Nesil 2000)* 581; Erişir (n 2) 139; Yavaş, 'Delil Tespiti' (n 9) 23; Tanrıver (n 10) 201; İdil Tuncer Kazancı, 'Yargı Kararları ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Sorunlar' (2012) 8(23) *Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi* 77; Arslan (n 27) 77; Özkes, *Pekcanitez Usul* (n 18) 2462; Özkes, *İhtiyati Haciz* (n 9) 61; Nevhis Deren Yıldırım, 'Medeni Usul Hukuku'nun Evrenselleşmesi Yolunda İhtiyati Tedbir Alanında Yabancı Hukukun Etkileri' (çev. Özden Özkaya, Hamide) (2003) Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan 305; Cemil Simil, 'Bölge Adliye Mahkemelerinin İhtiyati Tedbir Kararı Verebilmesi ve Kararın Denetimi' (2020) 10(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 183-184. "İhtiyati tedbir ise ileride açılacak bir davanın veya açılmış bir davanın sonucunun etkisiz veya anlamsız kalmasını önlemeye yarayan geçici hukuki korumadır." (Yargıtay 14. HD; E 2016/8204 K 2018/7742, 13.11.2018) "İhtiyati tedbirin amacı, asıl hukuki koruma talebinin sonucunu güvence altına almaktır. İhtiyati tedbir kararı ancak "uyuşmazlık konusu şey hakkında" verilebilir. Bunun anlamı, ihtiyati tedbirin ancak dava konusu hakkında veya diğer yargılama türlerinin konusunu oluşturan şeyler veya hak bakımından verilebilmesidir." (Antalya BAM 4. HD, E 2022/2665 K 2022/1697, 10.11.2022)
- 20 Hakan Albayrak, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat* (Yetkin 2013) 190 vd.; Kuru (n 2) 4326; Üstündağ *Yargılama* (n 19) 586; Üstündağ *İhtiyati Tedbir* (n 6) 47; Yılmaz, *Himaye Tedbirleri* (n 18) 893; Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (4. Baskı, Yetkin 2021) 5282; Özkes, *Pekcanitez Usul* (n 18) 2476; Tanrıver (n 10) 789-790; Tuncer Kazancı (n 19) 83-84; Arslan (n 18) 13; Erişir (n 2) 188-189. "İhtiyati tedbir talebinde bulunan, yaklaşık ispat ölçüsünde talebini delillendirmek zorundadır. Yani ispatı gereken hususları tam olarak ispat etmeyecek, ancak talebinin haklı olduğunu kuvvetle muhtemel, başka bir ifadeyle büyük ihtimal dâhilinde olduğunu ispatlayacaktır. Zira HMK'nın 390. maddesinde, tedbir talep eden tarafın, dilekçesinde dayandığı ihtiyati tedbir sebebinin ve türünün açıkça belirtmek ve davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat etmek zorunda olduğu belirtilmiştir." (YHGK; E 2021/15-658 K 2023/867, 27.09.2023)
- 21 Serhat Cengiz Konuralp, '6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre İhtiyati Tedbirler' (2013) 71(2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 225; Ali Cem Budak ve Yavuz Özkan 'Türk Medeni Usul Hukukunun Yüz Yıllık Tarihi' (2023) 71 *Adalet Dergisi* 110. Doktrinde Budak ve Özkan; HMK'nın HUMK'tan daha sistematik bir kanun olduğu yönündeki görüşüne örnek olarak, HUMK'ta ihtiyati tedbirlerin ve temhir ile tahrir usullerinin farklı bölümlerde düzenlendiğini, ancak HMK'da ihtiyati tedbirlere yönelik hükümlerin tümünün aynı bölümde düzenlendiği ifade etmektedir.
- 22 Yılmaz, *Himaye Tedbirleri* (n 18) 39; Hülya Taş Korkmaz, 'Türk Hukuku'nda İhtiyati Tedbirler' (Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi 1995) 7.
- 23 Akkaya, *İhtiyati Haciz* (n 9) 6; Erişir (n 2) 1. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1927 yılında, ihtiyati haciz 102. maddede ihtiyati tedbirler ile birlikte düzenlenmiş, 2004 sayılı İcra İflas Kanunu'nun kabulü ile birlikte ilgili madde yürürlükten kaldırılmış ve ihtiyati haciz kurumu ayrıntılı bir biçimde İcra İflas Kanunu'nun 257 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Doktrinde Erişir'e göre, bu düzenleme sonrasında ihtiyati haciz gerçek bağımsızlığına

HMK'da ise, onuncu kısmın başlığı "Geçici Hukuki Korumalar" şeklinde düzenlenmiş, belirtilen kısmın birinci bölümünde (m. 389-399) ihtiyati tedbire, ikinci bölümünde ise (m. 400-406) delil tespiti ve diğer geçici hukuki korumalara yer verilmiştir²⁴. Dolayısıyla, geçici hukuki koruma kavramı yasal düzeyde ilk kez kullanılmıştır²⁵. HMK'daki düzenlemenin ardından, geçici hukuki koruma ile ihtiyati tedbirin birbirinden farklı kavramlar olduğu ve ihtiyati tedbirin geçici hukuki korumanın bir türü olarak nitelendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir²⁶. 2014 yılında Yargıtay'ın vermiş olduğu

- kavuşmuştur (Erişir (n 2) 227). Doktrindeki diğer görüş ise; ihtiyati haczin ilk önce Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiş olmasının, ihtiyati haczin ihtiyati tedbirin bir türü olduğunu gösterdiğini savunmaktadır. (Orhan Yılmaz, *İhtiyati Tedbirler* (2. Baskı, Konya) 19; Taş Korkmaz (n 22) 11). Özellikle HUMK döneminde yazılan birçok eserde; ihtiyati tedbir kavramının hem usul hukukunda hem de diğer hukuk dallarında düzenlenen geçici hukuki korumaların üst başlığı olarak kullanıldığı görülmektedir (Kuru (n 2) 4315, 4411; Üstündağ *Yargılama* (n 19) 581 vd.; Üstündağ *İhtiyati Tedbir* (n 6) 1 vd.; Necip Bilge ve Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuk Dersleri* (3. Baskı, Ankara 1978) 368; Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Yargılama Usulleri* (7. Baskı, Ankara 1960) 195; Necmeddin Berkin, *İhtiyati Haciz* (İstanbul 1962) 16; Süleyman Özkök, *İhtiyati Tedbirler (HUMK 101-113/A)* (Ankara 2002) 2-3). Yargıtay'ın da, belirtilen dönemdeki kararlarında ihtiyati haczin ihtiyati tedbir niteliğinde olduğuna hükmettiği tespit edilebilmektedir: "*Bilindiği üzere, "ihtiyati haciz" de bir nevi "ihtiyati tedbirdir ve daha önce HUMK'nın 102. maddesinde düzenlenmiş iken bu madde ilga edilerek, ihtiyati hacizlere ilişkin hükümler, İcra İflas Kanunu'nda düzenlenmiştir. Ancak bu durum, ihtiyati haczin sonuç itibarıyla bir "ihtiyati tedbir" kararı niteliğini değiştirmez.*" (Yargıtay 4. HD, E 1980/13480 K 1980/13734, 27.11.1980) "*Bu nedenlerle, ihtiyati haciz icra takip işlemi olmayıp yapılacak icra takibinden veya açılacak davadan önce uygulanan ve HUMK'nun 101. ve bunu izleyen maddelerinde düzenlenen ihtiyati tedbir benzeri daha etkili bir tedbir işlemi olduğundan İİK'nun 289. maddesinde öngörülen takip yasağından, sayılamaz.*" (YHGK, E 2000/12-49 K 2000/94 K, 16.02.2000)
- 24 Selçuk Öztekin, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki Geçici Hukuki Koruma Önlemlerinin Değerlendirilmesi', 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki Geçici Hukuki Koruma Önlemlerinin Değerlendirilmesi', Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-X, 1-2 Ekim 2012 İzmir (Türkiye Adalet Akademisi Yayınları) 428. HMK'nın genel gerekçesinde de ihtiyati tedbirin klasik ve genel geçici hukuki koruma türü olarak nitelendirildiği görülmektedir: "*Geçici hukuki koruma kavramı doktrinde kullanılmakla birlikte, Tasarıda ilk defa yer almaktadır. Geçici hukuki korumalar Onuncu Kısımda düzenlenmiştir. ... Belirtilen sebeplerle günümüzde, klasik ve temel geçici hukuki koruma türü olan ihtiyati tedbir dışında, birçok yeni geçici hukuki koruma türü benimsenmiştir. Asıl dava veya yargılama konusuna ilişkin olarak ihtiyati tedbirler yanında, para alacaklarına ilişkin takibin sonucunun güvence altına alınabilmesi için ihtiyati haciz, delillerin korunması için delil tespiti bilinen geçici hukuki koruma türleridir.*"
- 25 Hakan Pekcanitez, 'Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı', Makaleler, (On İki Levha 2016) 215; Ahmet Başözen, 'Güncel Yargıtay Kararları ve Yargıtay İBK Işığında İhtiyati Tedbir Kararlarının Temyizi Sorunu' (Yetkin 2014) Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan 463. Doktrinde Erişir; ihtiyati haczin ihtiyati tedbirin bir türü olmadığını ifade etmekte, ihtiyati haczin ihtiyati tedbirin özel bir türü olarak kabul edilmesi halinde geçici hukuki koruma şeklinde bir üst başlığa yer verilmesinin anlamını yitireceğini savunmaktadır (Erişir (n 2) 227). Doktrinde Budak ise; geçici hukuki koruma korumanın ihtiyati tedbirden farklı bir kavram olarak ihdas edilmiş olmasına karşın geçici hukuki korumalar hakkında genel hükümler sevk edilmemiş olmasına ve bu alanda ihtiyati tedbirlere yönelik hükümlerin genel hüküm fonksiyonu görmesine dikkat çekmekte ve geçici hukuki koruma kavramını "kavramların gereksiz kullanımına verilebilecek örnekler" arasında saymaktadır (Ali Cem Budak, *Medeni Usul Hukukunda Kavram İçtihadı ve Menfaat İçtihadı "Kılı Kırk Yarma Makinası"* (Filiz 2021) 62).
- 26 Kuru ve Aydın (n 2) 1309; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku* (7. Baskı Yetkin 2021) 581; Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku* (5. Baskı, Filiz 2021) 366; Özkes, *Pekcanitez Usul* (n 18) 2445; Albayrak, *Yaklaşık İspat* (n 20) 66; Tanrıver (n 10) 202; Akkaya, *İhtiyati Haciz* (n 9) 7-8; Erişir (n 2) 2-3; Mehmet Özdemir, *Yargıtay ve İstinaf Uygulamasında Geçici Hukuki Korumalar* (2. Baskı Adalet 2021) 37; Tuncer Kazancı (n 19) 77; Arslan (n 18) 7-8; Konuralp (n 21) 225; Muhammet Özkes ve Nedim Meriç, 'Perdeyi Kaldırmada Geçici Hukuki Koruma Talebi ve Özellikleri', (Filiz 2021) Prof. Dr. Necmettin M. Berkin'e Armağan, 850; Mert Namli ve Makbule Serra Korkut, 'Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan Geçici Ödemelerin Hukuki Niteliği' iç Başak Baysal (ed) (On İki Levha 2017) 340; Mehmet Ertan Yardım, *İcra ve İflas Hukuk Çerçevesinde İhtiyati Haciz Kararına Karşı Başvuru Yolları* (Yetkin 2023) 8-9. Doktrinde Yardım; geçici hukuki koruma kavramının ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz ve benzer diğer kurumları kapsadığını belirtmekle birlikte, ihtiyati tedbir kavramının dar ve geniş anlamda olmak üzere iki şekilde kullanılmasının da yanlış olarak nitelendirilemeyeceğini, geniş anlamıyla ihtiyati tedbirin geçici hukuki himaye kavramı ile örtüştüğünü, dar anlamıyla ihtiyati tedbirin ise HMK m. 389-399 arasında düzenlenen bir geçici

içtihadı birleştirme kararında, geçici hukuki koruma kavramının sistematik ve ayrıntılı bir biçimde ilk defa HMK'da düzenlendiği ifade edilmiş, ihtiyati tedbirin ise geçici hukuki korumalardan biri olduğu belirtmiştir²⁷. Ayrıca Yargıtay, ihtiyati tedbiri tanımlamak adına geçici hukuki koruma nitelendirmesi yapmakta²⁸ ve ihtiyati tedbirin geçici hukuki koruma olarak nitelendirilmesini tartışmasız olarak kabul etmektedir²⁹.

Bütün bu açıklamaların değerlendirilmesi sonucunda, ihtiyati tedbirin geçici hukuki korumanın bir türü olduğu konusunda doktrinde görüş birliğinin olduğu, Yargıtay'ın da ihtiyati tedbiri geçici hukuki koruma türü olarak nitelendirdiği, geçici hukuki koruma kavramının bir üst başlık olarak kabul edilmesi gerektiği, ihtiyati tedbirin ise diğer geçici hukuki koruma türlerinden farklı bir geçici hukuki koruma türü olarak nitelendirilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır.

2. Geçici Ödemenin Hukuki Niteliği

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile getirilmiş yeni bir kurum³⁰ olan geçici ödeme, açılan bir dava kapsamında ileri sürülen iddianın haklılığını, zararın varlığı ile miktarını gösteren inandırıcı kanıtların sunulması ve ekonomik durumun gerektirmesi halinde karar verilen, yargılama sonunda

hukuki himaye yolu olarak ifade edilebileceğini belirtmekte, hukukumuzda bazı kavramların dar ve geniş anlamıyla kullanılabildiğine işaret etmektedir (Yardımlı (n 26) 9 dn. 15).

- 27 “İhtiyati tedbir geçici hukuki koruma başlığı altında düzenlenmiş olup, bu kavram daha önce doktrinde sıklıkla kullanılmakla birlikte sistematik ve ayrıntılı bir biçimde yasal düzeyde ilk defa 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 389-406. maddeleri arasında “Geçici Hukuki Korumalar” ana başlığı altında ve iki bölüm halinde düzenlenmiştir. ... Bu nedenlerle, geçici hukukî koruma başlığı altında akla gelen ilk yöntemlerden birisi ihtiyatî tedbirdir. Bunun yanında para alacaklarına ilişkin takibin sonucunun güvence altına alınabilmesi için başvurulun ihtiyatî haciz, delillerin korunması için delil tespiti gibi birçok hukuki koruma yöntemine ilişkin HMK’da hükümler yer almıştır.” (YİBGK, E. 2013/1 K 2014/1, 21.02.2014).
- 28 “İhtiyati tedbir kesin hükme kadar devam eden yargılama boyunca davacı veya davalının (dava konusu ile ilgili olarak) meydana gelebilecek zararlara karşı öngörülmuş geçici veya sınırlı olabilen hukuki korumadır.” (YHGK; E. 2017/12-323 K 2020/852, 10.11.2020)
- 29 “Hemen belirtilmelidir ki, kanun yolundan maksadın istinaf, ihtiyati tedbir kararının da geçici hukuki koruma niteliğinde olduğu tartışmasızdır.” (Yargıtay 1. HD, E 2013/10473 K 2013/10837, 28.06.2013) “Anılan tariften de anlaşılacağı üzere ihtiyati tedbirin diğer fonksiyonları yanında davanın devamı sırasında ve verilecek hükmün kesinleşmesine kadar olan süreç içerisinde dava konusu şey üzerinde yeni birtakım ihtilafların çıkmasını da önleyici niteliği itibarıyla geçici bir hukuki korumadır.” (YHGK, E 2013/8-1322 K 2014/403, 28.03.2014)
- 30 Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (10. Bası, Vedat 2013) 131; Turgut Öz, *Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler* (Vedat 2011) 12; Topuz (n 12) 247; Başak Baysal, *Haksız Fiil Hukuku* (BK m. 49-76) (On İki Levha 2019) 654; Aşlı Makaracı Başak ve Gülen Sinem Tek, ‘TBK m. 76; iç Rona Serozan, Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla ve Murat Develioğlu (edr), İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu (Vedat 2017) 776; Adnan Deyneklî, ‘Türk Borçlar Kanunu’nda Yer Alan Önemli Usul Hükümleri’ (2011) 2(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 64; Emel Badur, ‘Geçici Ödemeler’ (2016) 11(14) Terazi Hukuk Dergisi 15; Kumru Kılıçoğlu Yılmaz, ‘Geçici Ödemeler’ (2014) 110 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 110; Battal Şener, ‘Türk Borçlar Hukukunda Geçici Ödemeler’ (2017) 19(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1625; Gülşah Düzgün, ‘İş Hukukunda Geçici Ödeme’ (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2017) 4; Damla Gürpınar, ‘Haksız Fiil Kaynaklı Zararların Tazmini Bakımından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Getirdikleri’, (2012) 2 İzmir Barosu Dergisi 290; Gamze Kurt, ‘Türk Borçlar Kanunu Madde 76 Kapsamında Geçici Ödemeler’ (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2022) 5; Yasemin Taşdemir ve Ali Tutar, ‘İş Kazasından Kaynaklanan Tazminat Davalarında Geçici Ödeme’ (2024) 2(1) Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 13; Altınkan (n 8) 27; Namlı ve Korkut (n 26) 312; Erişir (n 2) 421-422; Tuncer Kazancı (n 19) 99.

hükmedilecek olan tazminata mahsuben yapılan ödeme biçiminde tanımlanmaktadır³¹. Geçici ödemenin amacının, sosyal güvencesi olmayan ve uğradığı olayda zararının giderilmesi veya daha fazla artmaması için acil desteğe ihtiyaç duyan zarar görenlerin korunması olduğu, söz konusu müesseseye duyulan ihtiyacın temelinde ise yargılamaların uzun sürmesinin ve toplumun refah seviyesinin etkisinin bulunduğu ifade edilmektedir³². İleri sürülen geçici ödeme talebinin kabul edilebilmesi için, talep eden tarafın ekonomik açıdan geçici ödemeye ihtiyaç duyacak biçimde zaruret halinde olması ile birlikte iddiasının haklılığını “inandırıcı kanıtlarla³³” ispatlaması gerektiği kabul edilmektedir (TBK m. 76/1)³⁴.

Geçici ödemenin hukuki niteliği konusunda doktrinde tartışma bulunduğu görülmektedir³⁵. Doktrinde bir görüş, geçici ödemenin “eda amaçlı bir ihtiyati tedbir” niteliğinde olduğu öne sürmektedir³⁶. Başka bir görüş ise, geçici ödemenin “ön ödeme niteliğinde” olduğunu

- 31 Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Legal 2017) 523; Gökhan Antalya, ‘6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 76 Düzenlemesi: Geçici Ödeme’ (2013) 8(Özel Sayı) Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi 187; Topuz (n 12) 251. Doktrinde ALTINKAN; geçici ödemenin birçok farklı şekilde tanımlandığı belirtmekte ve farklı tanımların bulunmasının sebebinin, geçici ödemenin hukuki niteliği ve uygulama alanına yönelik görüş ayrılıkları olarak açıklamaktadır (Altınkan (n 8) 49). Geçici ödemenin farklı tanımları için bkz: Oğuzman ve Öz (n 30) 131; Ahmet Kılıçoğlu, ‘Haksız Fiillerde Müteselsil Sorumluluk ve Geçici Ödemeler’ iç Lale Sirmen, Çiğdem Kırca ve Vedat Buz (edr) Türk Medenî Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum (2007) 173; Altınkan (n 8) 48-49; Kılıçoğlu Yılmaz (n 30) 112; Can Tuncay ve Dilara Çıplak, ‘Haksız Fiilde Geçici Ödeme (Ya da Geçici Ceza)’ (2018) 16(186) Legal Hukuk Dergisi 2752; Şener (n 30) 1628; Taşdemir ve Tutar (n 30) 13.
- 32 Oğuzman ve Öz (n 30) 131; Antalya, *Borçlar Hukuku* (n 31) 523; Antalya, ‘Geçici Ödeme’ (n 31) 185; Topuz (n 12) 261; Altınkan (n 8) 72-87; Kılıçoğlu (n 31) 175; Gürpınar (n 30) 295; Şener (n 30) 1629; Kılıçoğlu Yılmaz (n 30) 112-115; Aslı Makaracı Başak ve Gülen Sinem Tek, ‘Türk Borçlar Kanunu’nda Getirilen Geçici Ödeme Hakkında Düşünceler’ (2013) 15(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1114; Tuncer Kazancı (n 19) 100; Taşdemir ve Tutar (n 30) 13; Tuna Acar, *Türk ve Mukayeseli Medeni Yargılama Hukuku Açısından Ara Karar* (Yetkin 2022) 138. İlgili hükmün gerekçesinde, geçici ödemenin amacı şu şekilde açıklanmaktadır: “Bu yeni düzenlemeyle, meselâ, hiçbir sosyal güvenceden yararlanamayacak durumda bulunmakla birlikte, somut olayda uğradığı zararın giderilmesi için acilen parasal bir desteğe ihtiyaç duyan ve tazminat yükümlüsünün, uğradığı zarardan sorumluluğunu hâkime sunduğu inandırıcı kanıtlarla ortaya koyan zarar görenlerin korunması amaçlanmıştır.” Geçici ödemenin amacı konusunda ayrıntılı değerlendirmeler için bkz: Altınkan (n 8) 51 vd.
- 33 TBK m. 76/1 hükmünde yer alan “inandırıcı kanıtlar” kavramının içeriği hakkında herhangi bir ölçü bulunmaması nedeniyle, söz konusu kavramın temsil ettiği ispat ölçüsünün doktrinde tartışmalı olduğu görülmektedir. Bir görüş; inandırıcı kanıt ifadesinin aradığı ispat ölçüsünün ihtiyati tedbir yargılamasına eş biçimde yaklaşık ispat ölçüsü olduğunu savunmaktadır (Topuz (n 12) 270; Tuncer Kazancı (n 19) 100). Doktrinde başka bir görüş ise; inandırıcı kanıtlar ifadesi ile aranan ispat ölçüsünün ihtiyati tedbir yargılamasındaki yaklaşık ispat ölçüsüne nazaran daha ağır bir ölçüye isabet ettiğini ve hakimde oluşacak kanaatin derecesinin ihtiyati tedbire göre artırıldığını savunmaktadır (Antalya, *Borçlar Hukuku* (n 31) 528; Antalya, ‘Geçici Ödeme’ (n 31) 193; Altınkan (n 8) 357 vd.; Taşdemir ve Tutar (n 30) 21). Bu konudaki ayrıntılı değerlendirmeler için bkz: Altınkan (n 8) 45 vd.
- 34 Oğuzman ve Öz (n 30) 131; Antalya, *Borçlar Hukuku* (n 31) 528; Antalya, ‘Geçici Ödeme’ (n 31) 193; Topuz (n 12) 269-270; Altınkan (n 8) 345 vd.; Kılıçoğlu (n 31) 177; Şener (n 30) 1656 vd.; Kılıçoğlu Yılmaz (n 30) 115-116; Makaracı Başak ve Tek, ‘Geçici Ödeme’ (n 32) 1125; Tuncer Kazancı (n 19) 100; Taşdemir ve Tutar (n 30) 20-21; Badur (n 30) 18-19; Erişir (n 2) 429.
- 35 Bu konuda ayrıntılı değerlendirmeler için bkz: Altınkan (n 8) 108 vd.; Namlı ve Korkut (n 26) 311 vd.; Topuz (n 12) 252 vd.; Kurt (n 30) 8 vd.
- 36 Kılıçoğlu (n 31) 179; Büşra Kazmaz Tepe, *Medeni Usul Hukukunda Beden Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Tazminat Davaları* (Adalet 2022) 294; Zeynep Bahadır, *Medeni Usul Hukukunda Kısmi Karar* (Yetkin 2018) 71; Tuncay ve Çıplak (n 31) 2758-2759; Özekes, *Pekcanitez Usul* (n 18) 2513-2514; Muhammet Özekes ve Evrim Erişir, ‘Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukuki Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi’ (2006) 2(5) Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi 1244; Erişir (n 2) 422; Özbek (n 7) 978; Baysal (n 30) 656; Tuncer Kazancı (n 19) 99-104. Erişir’e göre;

savunmaktadır³⁷. Doktrinde öne sürülen bir diğer görüşe göre, geçici ödeme “ön tazminat” olarak nitelendirilmelidir³⁸. Doktrindeki başka bir görüş uyarınca, geçici ödemenin hukuki niteliği “ihtiyati tedbirden farklı bir geçici hukuki koruma türü” olarak kabul edilmelidir³⁹.

Geçici ödemenin hukuki niteliğine yönelik doktrindeki tartışmanın uygulamaya da sirayet ettiği ve uygulamada geçici ödemenin hukuki niteliği konusunda çelişkili kararların mevcut olduğu söylenebilecektir. Yargıtay’ın bazı kararlarında geçici ödemenin ihtiyati tedbir niteliğinde olduğuna işaret edildiği⁴⁰, bazı kararlarında ise geçici ödemenin ihtiyati tedbir niteliğinde olmayıp ayrı bir geçici hukuki koruma türü olarak belirlendiği⁴¹ görülmektedir. Benzer şekilde, bazı bölge adliye mahkemesi kararlarında geçici ödemenin ihtiyati tedbir niteliğinde olduğu kabul edilmekte iken⁴², bazı bölge adliye mahkemesi kararlarında ise geçici ödemenin ihtiyati tedbirden farklı bir geçici

geçici ödeme ile bir usul hukuku müessesesi düzenlenmiş olup, bu müessese ihtiyati tedbir niteliğindedir. Bu nedenle; geçici ödeme kavramı yerine “para alacağının ihtiyati tedbir yolu ile geçici olarak tahsil” ifadesinin kullanılması isabetli olacaktır (Erişir (n 2) 428). Tuncay ve Çıplak; ihtiyati tedbir ile geçici ödeme arasındaki tüm farklılıklara karşın geçici ödemenin ihtiyati tedbirin bir türü olarak nitelendirilmesi gerektiğini, mevzuatta açıkça yer alan kavramlara açıkça yer almayan kavramların eklenmesi suretiyle “kavram karışıklığına yol açmanın” isabetli olmadığını öne sürmektedir (Tuncay ve Çıplak (n 31) 2758). Doktrinde Öztekin; açıkça TBK m. 76 hükmünden bahsetmemekle birlikte, haksız fiil nedeniyle zarara uğrayan kişi lehine ihtiyati tedbir kararı tesis edilmek suretiyle geçinebilmesi için bir miktar paranın ödetilmesine karar verilebileceğini belirtmektedir (Öztekin, ‘Değerlendirme’ (n 24) 438). Doktrinde Oğuzman ve Öz ise; geçici ödemenin “koruyucu bir tedbir” niteliğinde olduğunu belirtmektedir (Oğuzman ve Öz (n 30) 131).

37 Antalya, *Borçlar Hukuku* (n 31) 525; Antalya, ‘Geçici Ödeme’ (n 31) 185; Altınkan (n 8) 238 vd. Doktrinde Altınkan; sözleşme hukukunda ediminin bütününün ifa edilmesinden önceki bir zamanda tarafların karşılıklı anlaşarak yaptıkları ödemelerin ön ödeme şeklinde isimlendirildiğini, geçici ödemelerin ise tarafların karşılıklı anlaşması yerine doğrudan kanundan doğduğunu ifade etmekte; geçici ödemenin, içerisinde ön ödeme hukuki niteliğini barındıran bağımsız ve kendine has bir hukuki müessese olduğunu ileri sürmektedir (Altınkan (n 8) 248-249).

38 Öz (n 30) 12; Kılıçoğlu Yılmaz (n 30) 112.

39 Makaracı Başak ve Tek, ‘Geçici Ödeme’ (n 32) 1122; Badur (n 30) 20; Acar (n 32) 138-141; Bahadır (n 36) 72; Makaracı Başak ve Tek, *TBK m. 76* (n 30) 778; Topuz (n 12) 268; Namli ve Korkut (n 26) 347-350; Şener (n 30) 1644; Düzgün (n 30) 23-25; Kurt (n 30) 18 vd.

40 “Geçici ödeme ihtiyati tedbir niteliğindedir. Bu nedenle; ihtiyati tedbir talebine ilişkin kararın, 6100 Sayılı HMK. nun yürürlükte olduğu dönemde itihaz olunduğu açıktır. HMK. nun 341. maddesi “İlk derece mahkemelerinden verilen nihai kararlar ile ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz taleplerinin reddi ve bu taleplerin kabulü hâlinde, itiraz üzerine verilecek kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilir.” hükmünü içermektedir. Ancak, aynı kanunun Geçici 3.maddesiyle de “Bölge adliye mahkemelerinin 26.09.2004 tarihli ve 5235 Sayılı Adli Yargı ilk derece mahkemeleri ile bölge adliye mahkemelerinin kuruluş, görev ve yetkileri hakkında kanunun geçici 2.maddesi uyarınca Resmi Gazete’de ilan edilecek göreve başlama tarihine kadar 1086 Sayılı kanunun temyize ilişkin yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.” hükmü getirilmiştir. Bu durumda, uyuşmazlığa, 1086 Sayılı HUMK. nun temyize ilişkin hükümlerinin uygulanacağı sonucuna varılmaktadır.” (Yargıtay 3. HD, E 2019/5486 K 2019/10060, 12.12.2019) Aynı yönde bakınız: Yargıtay 21. HD, E 2013/15667 K 2013/20940, 18.11.2013; Yargıtay 4. HD, E 2021/16533 K 2021/6920, 14.10.2021.

41 “Geçici ödeme, haksız fiil sebebiyle meydana gelen zararın karşılanması için açılan tazminat davalarında hükmedilen ve yargılama sonucunda hükmedilecek zarara mahsuben yapılan bir ön ödemedir. Ön ödeme geçici bir karardır. Bu geçici ödemenin miktarı, geçici ödemeler ne HMK’da düzenlenmiş olan ihtiyati tedbir niteliğindedir, ne de İİK’nda düzenlenmiş olan ihtiyati haciz niteliğindedir. Tam tersine, aynı ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz gibi ayrı bir geçici hukuki koruma türüdür. Çünkü HMK’nın 389. maddesi gereğince ihtiyati tedbir, sadece dava konusu uyuşmazlıklar hakkında verilebilen bir geçici hukuki koruma türüdür.” (Yargıtay 10. HD, E 2020/8678 K 2021/412, 19.01.2021)

42 “Yukarıda belirtilen hukuki ve fiili durumlar ışığında, her ne kadar geçici ödeme hakkında ara karar olması nedeniyle esas hükümle birlikte kanun yoluna başvurulabileceğine ilişkin yargısal kararlar da mevcut ise de, Dairemizce geçici ödemenin ihtiyati tedbir niteliğinde olduğu kabul edilerek istinaf kanun yoluna başvurulabileceği kanaatine varılmış, esas incelemesi yapılmıştır.” (Ankara BAM 35. HD, E 2023/819 K 2023/1010, 05.07.2023) Benzer yönde bkz: Ankara BAM 6. HD, E 2020/1492 K 2020/1634, 16.07.2020; Bursa BAM 9. HD, E 2017/167 K 2017/148 K, 18.12.2017 T.

hukuki koruma türü niteliğinde olduğuna karar verildiği⁴³ tespit edilmektedir. Nihayet Yargıtay'ın bölge adliye mahkemelerinin kesin nitelikteki kararları arasındaki uyumsuzluğun giderilmesine⁴⁴ ilişkin başvuru sonucunda verdiği kararda, geçici ödemenin “ayrı bir geçici hukuki koruma türü” olarak nitelendirildiği görülmektedir⁴⁵.

Kanaatimizce, geçici ödemenin ihtiyati tedbir olarak nitelendirilmesi mümkün olmayıp, geçici ödemenin “diğer kanunlarda düzenlenmiş özel bir geçici hukuki koruma türü” olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Gerçekten de, ihtiyati tedbirin amacı⁴⁶ ile geçici ödemenin amacının⁴⁷ arasındaki bariz farklılık, geçici ödemenin ihtiyati tedbir olarak nitelendirilmesini olanaksız kılmaktadır. Bununla birlikte, özellikle HMK m. 406/2 hükmünde yer alan “İhtiyati haciz, muhafaza tedbirleri ve geçici düzenleme niteliğindeki kararlar gibi geçici hukuki korumalara ilişkin diğer kanunlarda yer alan özel hükümler saklıdır.” şeklindeki ifade ve geçici ödemenin geçici hukuki koruma tedbirlerinin

43 “Açıklanan nedenlerle TBK’nın 76. maddesinde düzenlenen tedbiren geçici ödeme gerek koşulları gerek teminat bakımından, 6100 Sayılı HMK’nun 406. maddesi gereğince ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz dışında kendi özel kanununda düzenlenen geçici bir hukuki koruma tedbiri olup, gerek madde metninde gerekse 6100 Sayılı HMK’nun 341 maddesinde uyumsuzluğa konu geçici ödeme kararına karşı kanun yoluna başvurulabileceği açıkça gösterilmediğinden ve mahkemece verilen geçici ödeme talebinin reddine dair karar ara karar niteliğinde olduğundan bu kararlara karşı ancak esas hüküm ile birlikte kanun yoluna başvurulabileceğinden davacı vekilinin tedbiren geçici ödeme talebinin reddi kararına karşı istinaf başvurusunun HMK’nın 341/1. Maddesi gereğince reddine karar vermek gerekmiştir.” (Ankara BAM 26. HD, E 2024/531 K 2024/639, 07.05.2024) Benzer yönde bakınız: İzmir BAM 20. HD, E 2024/689 K 2024/719 K, 02.05.2024; Antalya BAM 4. HD, E 2024/396 K 2024/324, 04.03.2024; İstanbul BAM 45. HD, E 2022/571 K 2022/475, 20.04.2022.

44 Belirtilen kararın hukuki niteliği hakkında ayrıntılı bir değerlendirme için bkz: Elif Irmak Büyük, ‘Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Daireleri’nin Arasındaki Görüş Farklılıklarının Giderilmesi Kararının Niteliği’ iç Pınar Çoşkun Burak, Barkın Özyurt ve Yağmur Öykü Yönet (edr) Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi III. Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu (On İki Levha 2023) 169-189. Yargıtay; belirtilen kararın bağlayıcı sonuç doğurmayacağına işaret etmektedir: “Bu açıdan bakıldığında Kanundaki uyumsuzluğun giderilmesine yönelik istemlerin “ilgili hukuk dairesine” iletilmesine yönelik hükmün dar yorumlanması zorunlu hale gelmektedir. Bölge Adliye Mahkemesi Başkanlar Kurulunca yapılacak uyumsuzluğun giderilmesine yönelik başvuruların ancak “aynı Yargıtay Dairesinin görev alanına giren” uyumsuzluklara bakan Bölge Adliye Mahkemesi Daireleri arasındaki uyumsuzluklar ile sınırlı olması gerektiği kabul edilmeli, uyumsuzluğun giderilmesi talepleri bakımından da Yargıtay’ın farklı daireleri arasındaki “iş bölümü” kurallarına riayet edilmelidir. Aksi takdirde, örneğin iş uyumsuzluklarına bakmakla görevli bir Yargıtay Dairesi ile ticari uyumsuzluklara bakmakla görevli bir diğer Yargıtay Dairesinin benzer konulardaki “uyumsuzluğun giderilmesi” başvuruları ile ilgili olarak birbirinden farklı kararlar vermesi riski ortaya çıkar. Şüphesiz bir Yargıtay Dairesinin uyumsuzluğun giderilmesine ilişkin kararları, içtihadın birleştirilmesi kararları gibi tarafları ve mahkemeleri bağlayıcı bir sonuç doğurmazlar.” (Yargıtay 9 HD, E 2022/3979 K 2022/4838, 19.04.2022).

45 “Ön ödeme geçici bir karardır. Bu geçici ödemenin miktarı, geçici ödemeler ne HMK’da düzenlenmiş olan ihtiyati tedbir niteliğindedir, ne de İİK’nda düzenlenmiş olan ihtiyati haciz niteliğindedir. Tam tersine, aynı ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz gibi ayrı bir geçici hukuki koruma türüdür. ... Geçici ödemelerin Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiş olan diğer geçici hukuki korumalardan biri olması sebebiyle, geçici ödeme kararları bir ara karar mahiyetindedir.” (Yargıtay 10. HD, E 2021/9901 K 2021/14123 15.11.2021) Yargıtay’ın söz konusu kararının ardından dahi, “geçici ödemenin ihtiyati tedbir niteliğinde” olduğuna yönelik bölge adliye mahkemesi kararlarına rastlanabilmektedir: “Talep, trafik kazasından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkin davada geçici ödeme kararına itiraza ilişkindir. TBK’nın 76. maddesinde “Zarar gören, iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hâkim, istem üzerine davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir. Davalının yaptığı geçici ödemeler, hükmedilen tazminata mahsup edilir; tazminata hükmedilmezse hâkim, davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte geri vermesine karar verir.” düzenlemesi yer almaktadır. TBK’nın 76. maddesi uyarınca verilen geçici ödeme kararının HMK’nın 389. ve devamı maddeleri kapsamında ihtiyati tedbir kararı niteliğinde olduğu kabul edilmiştir.” (İstanbul BAM 40. HD, E 2024/1016 K 2024/839, 29.05.2024)

46 bkz: s. 7.

47 bkz: s. 11.

özellikleriyle gösterdiği uyum, geçici ödemenin “diğer kanunlarda düzenlenmiş özel bir geçici hukuki koruma türü” olarak nitelendirilmesi gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

II. İHTİYATİ TEDBİR KARARLARINA KARŞI KANUN YOLU BAŞVURU İMKANI

A. BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİNİN FAALİYETE GEÇMESİNDEN ÖNCEKİ DÖNEMDE İHTİYATİ TEDBİR KARARINA KARŞI KANUN YOLLARI

HUMK döneminde, mahkemelerin tesis ettiği kararlara karşı başvurulabilecek yegâne kanun yolu temyiz kanun yolu olduğundan (HUMK m. 427) ve ilgili kanuni düzenleme gereği ancak nihai kararlara karşı kanun yolu başvuru yapılabilmesi mümkün olduğundan⁴⁸, HUMK döneminde mahkemelerce verilmiş olan ihtiyati tedbir kararlarına karşı kanun yolu başvurusu yapılamayacağı kabul edilmekteydi⁴⁹. Ancak doktrinde, ihtiyati tedbir ve diğer geçici hukuki koruma kararlarının yanlış veya hatalı şekilde tesis edilmesinin adalet adına büyük sakıncalar doğurabileceği ve hak kayıplarının yaşanmasının gündeme gelebileceği ifade edilmekte, ihtiyati tedbir kararlarının kanun yolu denetimine tabi kılınmasının önüne açacak düzenlemeler yapılması gerektiği savunulmaktaydı⁵⁰.

Bununla birlikte, bir diğer geçici hukuki koruma türü olan ihtiyati haciz talebi hakkında verilen karara karşı kanun yoluna başvurma imkânı ilk kez 4949 sayılı ve 17.07.2003 tarihli “İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile mümkün hale gelmişti⁵¹. Doktrinde ihtiyati

48 Kuru (n 2) 4493 vd.; Üstündağ *Yargılama* (n 19) 816 vd. “HUMK’na göre; bir kararın temyiz edilip edilmeyeceği kanun tarafından belirlenir. Yargılamaya son veren ve hâkimin davadan elini çekmesi sonucunu doğuran ilk derece mahkemelerinin verdiği nihai kararlara karşı kural olarak temyiz yoluyla başvurulabilir. Şu halde, ara kararlar tek başına temyiz edilemez, ancak asıl hükümle birlikte temyiz edilebilir (HUMK. 427/I, c.1).” (YİBGK, E 2013/1 K 2014/1, 21.02.2014).

49 Kuru (n 2) 4350-4351; Üstündağ *İhtiyati Tedbir* (n 6) 53; Yılmaz, *Himaye Tedbirleri* (n 18) 925-926; Yılmaz, *Şerh* (n 20) 4894; Taş Korkmaz (n 22) 100-101; Özekes ve Erişir (n 36) 1258; Erişir (n 2) 167; Tolga Akkaya, *Medeni Usul Hukukunda İstinaf* (Yetkin 2009) 347; Murat Özgür Çiftçi, *Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf* (3. Baskı, Adalet 2016) 75-76. “İhtiyati tedbir talebinin reddi hakkında verilen kararların temyiz kabiliyeti yoktur. İhtiyati tedbir kararının kabulüne ve ihtiyati tedbir kararına karşı yapılan itirazın reddine ilişkin kararlar dahi temyiz edilemez. Bu kararlar nihai kararlardan olmadığından temyiz yolu kapalıdır. Nedeni, ise bunların muvakkat nitelikte olmaları ve şartların değişmesi halinde tadil ve kaldırılmalarının her zaman mümkün bulunmasıdır.” (Yargıtay 6. HD, E 1982/793 K 1982/1943, ; 22.02.1982)

50 Yılmaz, *Himaye Tedbirleri* (n 18) 930-932; Akkaya, *İstinaf* (n 49) 346-347. Yılmaz; ihtiyati tedbir kararlarına karşı denetim mekanizması bulunmamasının ihtiyati tedbir kararlarını kamu vicdanı nezdinde ciddi bir şekilde tartışmalı hale getirdiğini ifade etmektedir (Yılmaz, *Himaye Tedbirleri* (n 18) 932). Doktrinde Özekes; iflasın ertelenmesi kararını geçici hukuki koruma kararı olarak nitelendirmesinin (3256) ardından, iflasın ertelenmesi kararına karşı temyiz kanun yoluna başvurulabileceğinin kabul edilmesinin iyiniyetli ancak kanunu aşan bir yorumla mümkün olduğunu ileri sürmekte, prensip itibarıyla tüm geçici hukuki korumalara karşı kanun yolu imkanı tanınmasının “fazlasıyla gerekli” olduğuna işaret etmektedir (Muhammet Özekes, ‘İflasın Ertelenmesi’ (2005) 3(33) Legal Hukuk Dergisi 3275-3276).

51 Nevhis Deren Yıldırım, ‘4949 Sayılı ve 17.7.2003 Tarihli Kanun ile Yapılan Değişiklik Çerçevesinde İhtiyati Haciz Kararlarının Hukuki Niteliği ve Kontrolü’ (2004) 1(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 431-432; Özekes ve Erişir (n 36) 1258; Erişir (n 2) 168; Cenk Akil, *İstinaf Kavramı* (Yetkin 2010) 338; Akkaya, *İhtiyati Haciz* (n 9) 222; Dilek Karademir ‘İhtiyati Tedbir Hakkındaki Kararların Temyizi ve 2013/1 E. 2014/1 K. Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı’ (2016) 7(26) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 436. “İstem, ihtiyati haciz kararına yapılan itiraza ilişkin olup, mahkemece bozma ilamına uyularak yazılı şekilde karar verilmiş ise de, Dairemizin önceki bozma ilamının 1. bendinde İ.İ.K.nun 258. maddesine 17.7.2003 tarih 4949 Sayılı Kanun ile yapılan ekleme ile ihtiyati haciz talebinin reddi halinde alacaklının kanun yoluna başvurulabilmesinin olanaklı hale getirildiği, bu kararlara karşı itirazın mümkün olmayıp, ancak temyiz yoluna

haciz kararlarına karşı yoluna başvuru imkânı tanınmışken ihtiyati tedbir kararlarına yönelik kanun yolu başvuru imkânının tanınmamasının çelişkili arz ettiğinin belirtildiği, ihtiyati hacze kıyasla daha geniş uygulama alanına sahip olduğu değerlendirilen ihtiyati tedbir kararlarına yönelik kanun yolu başvuru imkânının “evleviyetle” kabul edilmesi gerektiğine yönelik görüşler ileri sürüldüğü tespit edilebilmektedir⁵².

HUMK dönemindeki bu farklılık ve çelişkinin, HMK dönemindeki düzenlemeler sonucunda ortadan kaldırıldığı görülmektedir. HMUK’tan farklı olarak, HMK’da hem ihtiyati tedbir talebinin reddi kararlarına karşı (HMK m. 391/3) hem de itiraz üzerine verilen kararlara karşı (HMK m. 394/5) kanun yoluna başvurabileceği düzenlenmiş, ihtiyati tedbir yargılamasında verilen kararlara yönelik kanun yolu denetiminin mümkün hale gelmiştir⁵³. Ancak, bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmemesi nedeniyle, HMK hükümlerinde yer alan “kanun yoluna başvurulabilir” ifadesinin temyiz kanun yolunu kapsayıp kapsamadığı konusunda doktrinde herhangi bir tartışma olmamasına rağmen⁵⁴, Yargıtay’ın kararları arasında çelişkiler meydana gelmiştir. Yargıtay’ın bazı içtihatlarında ilk derece mahkemeleri tarafından tesis edilen ihtiyati tedbir kararlarına yönelik temyiz kanun yoluna başvurulmasının mümkün olduğuna karar verilmişken⁵⁵, bazı içtihatlarda ise ihtiyati tedbir

başvurulabileceği belirtilmiş olup, ...” (Yargıtay 11. HD; 31.05.2011 T. 2011/6466 E. 2011/6648 K.) Doktrinde; söz konusu değişiklikten önceki dönemde ihtiyati haciz talebine karşı verilen kararlara yönelik kanun yoluna başvuru imkanının bulunmamasının etkin hukuki korumanın gerçekleştirilmesinin engellenmesi ve hukuki çarelerin yeterince çeşitli olmaması sebebiyle eleştirildiği görülmektedir (Deren Yıldırım (n 51) 431). Uyar; ihtiyati haciz kararlarına karşı kanun yoluna başvuru imkanının getirilmesindeki amacın, uygulamada yeknesaklığın sağlanması ve hak arayanlar arasındaki eşitliği bozucu çözümlerin önüne geçilmesi olduğunu ifade etmektedir (Talih Uyar, ‘4949 sayılı ve 17.07.2003 Tarihli “İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un Getirdiği Yenilikler’ (2003) 49 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 195).

- 52 Özekes ve Erişir (n 36) 1262-1263; Erişir (n 2) 168-169; Deren Yıldırım (n 51) 441 dn. 46; Akkaya, *İstinaf* (n 49) 113. Doktrinde Kuru; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’na yönelik değerlendirmesinde, ihtiyati haciz kararlarının temyiz edilebilmesine rağmen ihtiyati tedbir kararlarının temyiz edilememesinin eşitsizliğe yol açtığını ve bu eşitsizliğin “hemen çıkarılacak bir kanun hükmü” ile giderilmesi gerektiğini savunmaktadır (Baki Kuru, (2007) *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-V 08-09 Eylül 2006* 81).
- 53 Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (2. Baskı, Yetkin 2014) 1156-1157; Başözen (n 25) 464; Kuru ve Aydın (n 2) 1275, s. 1290; Özekes, *Pekcanitez Usul* (n 18) 2488, s. 2535; Tanrıver (n 10) 215; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, (n 26) 586-587; Erişir (n 2) 170-171; Arslan (n 18) 16; Adem Albayrak, *İhtiyati Tedbir* (Adalet 2017) 83-88; Budak ve Karaaslan (n 26) 371; Yılmaz, *Şerh* (n 20) 5294-5295. “İhtiyati tedbire karşı kanun yoluna başvuru imkânı HMK ile getirilmiş, yeni müessesedir. Buna göre, ihtiyati tedbir taleplerinin reddi ve bu taleplerin kabulü halinde itiraz üzerine verilen kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilme olanağı getirilmiştir (m. 341/1). ... Hukuk Muhakemeleri Kanunu öncesinde ilk derece mahkemelerince verilen geçici hukuki koruma kararlarına karşı kanun yoluna başvurulup başvurulamayacağı konusunda genel ve yeknesak bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu nedenle, bu konu doktrinde her bir geçici hukuki koruma türü (örneğin ihtiyati haciz, ihtiyati tedbir, delil tespiti) bakımından incelenmekte ve tartışılmaktaydı. Bununla birlikte HMK. m. 341 hükmü bu tartışmalara son noktayı koymuş ve bu kararlara karşı istinaf yolunu açmıştır. Zira HMK’nun “istinaf yoluna başvurulabilen kararlar” başlığını taşıyan m. 341 (1) hükmüne göre; “ilk derece mahkemelerinden verilen nihai kararlar ile ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz taleplerinin reddi ve bu taleplerin kabulü halinde, itiraz üzerine verilecek kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilir”. Şu halde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu bakımından, tüm geçici hukuki koruma kararları değil, sadece ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz taleplerinin reddi kararları ile, bu taleplerin kabulü halinde itiraz üzerine verilecek kararlara karşı istinaf yolu açık olacaktır.” (YİBGK; E 2013/1 K 2014/1, 21.02.2014).
- 54 Söz konusu dönemde yazılan eserlerde, bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçeceği zamana kadar ihtiyati tedbir kararlarına karşı başvurulacak olan kanun yolunun temyiz kanun yolu olması gerektiği ifade edilmektedir (Umar (n 53) 1156-1157; Erişir (n 2) 170-171; Konuralp (n 21) 254).
- 55 “Diğer taraftan, 1086 Sayılı HUMK’na göre ihtiyati tedbir talebinin reddi veya kabulüne ilişkin karara yapılan itirazın reddine ilişkin kararlara karşı temyiz yolu kapalı ise de; 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren ve 448. maddesi ile

talebinin reddi kararları ile itiraz üzerine verilen ihtiyati tedbir talebinin reddi ve kabulü kararlarına karşı temyiz kanun yoluna başvurulmasının mümkün olmadığına⁵⁶ karar verilmiştir.

Yargıtay kararları arasındaki farklılık, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun "ilk derece mahkemelerinden verilen ihtiyati tedbir taleplerinin reddi ve bu taleplerin kabulü hâlinde, itiraz üzerine verilecek kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamayacağı"⁵⁷ yönündeki kararı ile ortadan kaldırılmıştır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurul kararının bağlayıcı etkiyi haiz olması neticesinde, bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçtiği tarihe kadar ihtiyati tedbir kararlarına karşı temyiz kanun yoluna başvurma imkânının olmadığı kabul edilmiştir⁵⁸. Doktrinde ise, Yargıtay'ın söz konusu kararına karşı ciddi eleştiriler yönetildiği ve belirtilen kararda varılan sonucun hak arama hürriyetinin ve adil yargılanma hakkının ihlali anlamına geldiği ifade edilmiştir⁵⁹. Kanaatimizce de,

tamamlanmamış işlemlerde de 6100 Sayılı Yasanın uygulanması, aynı yasanın 389 ve takip eden maddeleri ile temyiz yolu için öngörülen hükümlerinin gözetilmesi gerektiği açıktır." (Yargıtay 1. HD, E 2011/14597 K 2012/942, ; 08.02.2012. (Serhat Sarısözen, 'İhtiyati Tedbir Kararlarına Karşı Başvuru Yolu ve İçtihadı Birleştirme Kararı' (2014) 16(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan 1332 dn. 29)).

- 56 "İhtiyati tedbir kararlarına karşı temyiz yolu, 6100 Sayılı HMK'nın 391. maddesinin 3. bendi uyarınca ihtiyati tedbir talebinin reddi kararları ile aynı Kanun'un 394. maddesinin 5. bendi uyarınca, ihtiyati tedbir kararına karşı itiraz üzerine verilen kararlar ile sınırlıdır. HMK'nın 392/1. ve Kooperatifler Kanunu'nun 53/4. maddeleri uyarınca ihtiyati tedbir talep eden haksız çıktığı takdirde karşı tarafın ve üçüncü kişilerin bu yüzden uğrayacağı muhtemel zararlara karşılık teminat göstermek zorunda olup, yine aynı Kanun'un 394/2. maddesi gereğince teminata itiraz edebilecek olan sadece aleyhine tedbir kararı verilen olduğundan ve davalının teminatla ilgili itirazının kabulüne dair verilen karar, davacılar yönünden temyizi kabul olmadığından, HUMK'nın 432/4. maddesi uyarınca davacıların temyiz isteminin reddi gerekmiştir." (Yargıtay 23. HD, E 2012/6915 K 2013/125, 16.01.2013).
- 57 "Ayrıca Geçici 3.maddenin üçüncü fıkrası bağlamında konu ele alındığında bölge adliye mahkemelerine görev verilen hallerde 1086 sayılı Kanunun 6100 sayılı Kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanması öngörülmektedir. Bu kapsamda bir uygulama için öncelikle 1086 sayılı Kanunda bir düzenleme yer almalı ve ikinci olarak da bu düzenleme HMK'na aykırı hükümler içermemelidir. Konu ihtiyati tedbir bakımından değerlendirildiğinde, 1086 sayılı Kanunda ihtiyati tedbir kararlarına karşı kanun yoluna gidilmesine yönelik herhangi bir hüküm bulunmaması ve bu müessesenin HMK ile getirilmiş yeni bir müessese olduğu hususları gözetildiğinde anılan maddenin bu fıkrası hükmü uyarınca da ihtiyati tedbirler hakkında temyiz yoluna gidilebileceği hususunda bir yorum ve uygulama yapılamayacağı da açıktır. Aksinin kabulü halinde; temyiz incelemesine konu dava ve işlerin kapsamının 6100 sayılı Kanun; temyiz yöntemi ve inceleme sonucunda verilecek karar türünün belirlenmesinde ise; 1086 sayılı Kanun hükümlerinin dikkate alınması gibi tutarlı olmayan bir hukuksal yorum ve uygulamanın yolu açılmış olacaktır. Diğer bir ifadeyle felsefi yorumlama faaliyeti bakımından realist bir yaklaşımla bağdaşmayacak şekilde bir hukuki müessesenin unsurları ile, sonuçların farklı konseptlerle hazırlanmış iki ayrı kanun hükümleri gözetilerek belirlenmesi ve uygulanması gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır. Bu itibarla HMK'nın 391. ve 394. maddelerinde geçen "kanun yolu" ibaresi ile kastedilenin istinaf yolu olduğu, Geçici 3.madde yollamasının sadece HUMK'nın temyize ilişkin hükümlerini kapsadığı ve ihtiyati tedbire ilişkin kararların nihai nitelikte kararlardan olmadığı, ayrıca bu konuda özel bir düzenlemenin de bulunmadığı gözetildiğinde bu tür kararların temyiz yolu kapsamında incelenemeyeceği kanaatine varılmıştır." (YİBGK; E 2013/1 K 2014/1, 21.02.2014).
- 58 "Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulunun 21.02.2014 tarih ve 2013/1 E – 2014/1 K sayılı kararında, ilk derece mahkemelerinden verilen ihtiyati tedbir taleplerinin reddi ve bu taleplerin kabulü halinde, itiraz üzerine verilecek kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamayacağı belirtilmiş olmakla karşı taraf (davalı) vekilinin temyiz talebinin reddine karar vermek gerekmiş ve aşağıda hüküm kurulmuştur." (Yargıtay 9. HD, E 2016/16659 K 2016/12380, 25.05.2016) Benzer yönde bkz: Yargıtay 8. HD, E 2016/6753 K 2016/8089 02.05.2016; Yargıtay 17. HD, E 2015/19045 K 2016/4571, 11.04.2016; Yargıtay 19. HD, E 2015/3809 K 2016/4841, 18.03.2016.
- 59 Umar; MK m. 1 hükmünde yer alan yorum ilkesinin yalnızca medeni hukukta değil aynı zamanda yargılama hukukunda da geçerli olduğuna işaret ettikten sonra, yasa koyucunun ihtiyati tedbir kararlarına karşı bir kanun yolu açmak istediğini ve söz konusu kanun yolunu işleyen tek kanun yolu olan temyiz kanun yolu biçiminde benimsemenin doğru ve zorunlu olduğuna vurgu yapmıştır. Umar'a göre; söz konusu karar neticesinde "mahkemeye işi düşen vatandaşlara kanun tarafından tanınan hak yok sayılmıştır" (Bilge Umar, "Tek Oy Farkıyla Çıkabilen Olmayacak Bir İçtihadı Birleştirme Kararı", (2014) 16(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan

ihtiyati tedbir talebinin reddi kararları ile itiraz üzerine verilen ihtiyati tedbir talebinin kabulü ve reddi kararlarına yönelik kanun yolu başvuru imkânı sağlayan HMK m. 341, HMK m. 391/3 ve HMK m. 394/5 hükümlerinin bir bütün halinde değerlendirilmesi sonucunda, kanun koyucunun hedefinin belirtilen yöndeki ihtiyati tedbir kararlarının kanun yolu denetiminden geçirilmesi olduğu açıkça görülmektedir. Dolayısıyla, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu tarafından verilen kararda ihtiyati tedbir kararlarına karşı kanun yolu başvuru imkânının kapatılmış olması, hak arama hürriyetinin sınırlanması sonucunu doğuracak nitelikte görülmelidir.

B. İHTİYATİ TEDBİR KARARLARINA KARŞI KANUN YOLUNA GENEL BAKIŞ

1. İstinaf Kanun Yolu

Yukarıda ifade edildiği üzere, bölge adliye mahkemelerinin 20.07.2016 tarihinde göreve başlamasına⁶⁰ kadar ihtiyati tedbir yargılamasında tesis edilen kararlara karşı kanun yoluna başvurma imkânı bulunmamakta iken, bölge adliye mahkemelerinin 20.07.2016 tarihinde göreve başlamasının ardından ihtiyati tedbir yargılamasında verilen belirli nitelikteki kararlara karşı istinaf kanun yolu başvuru imkânı açılmıştır. İhtiyati tedbir yargılamasındaki kararlara yönelik kanun yolu

514; Umar (n 53) 1157). Özkes; söz konusu kararın çok açık kanun hükümlerine ve düzenlemenin amacına aykırı olduğunu, hak arama hürriyetinin açık ihlali niteliğinde olduğunu ifade etmekte; söz konusu kararın vahim bir hukuk hatasına olduğuna işaret etmekte ve hak kayıplarına yol açtığını savunmaktadır (Özkes, *Pekcanitez Usul* (n 18) 2490-2491). Postacioğlu ve Altay; YİBGK kararındaki görüşünün isabetsizliğinin çok açık olduğunu zikretmekte ve birtakım şekli yorumlarla kanun yolu açık tutulan bir kurumun bu imkandan yoksun bırakılmasının kabul edilemez olduğunu ifade etmektedir (İlhan Postacioğlu ve Sümer Altay, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (8. Bası, Vedat 2020) 980-981). Sarisözen; diğer eleştiri sebeplerine ek olarak, kanun tarafından açılmış olan bir yolun her ne sebeple olursa olsun yargı tarafından kapatılmasının düşünülemeyeceğini, aksi halde yargının yasama yetkisini gasp etmiş olacağını ve bunun kuvvetler ilkesine aykırı düşeceğini ileri sürmektedir (Sarisözen (n 55) 1347-1348). Karademir; YİBGK kararının yerinde olmadığını ve “kanun koyucunun iradesine ters olduğunu” savunmaktadır (Karademir (n 51) 456). Başözen; kanun koyucunun HMK hükümleri ile birlikte ihtiyati tedbir kararlarına karşı kanun yolunu açmak istediğini belirtmekte, kanun koyucunun bu amacını engeller şekilde yorum yöntemlerinin “zorlama yorum” niteliğinde olduğunu ifade etmektedir (Başözen (n 25) 480-481). Erzurumlu Işık; kanun koyucunun ilgili düzenlemedeki amacının ihtiyati tedbir kararlarına karşı üst yargı yerince bir denetim imkanı sağlamak olduğuna işaret etmekte, bu imkanı öngörmeyen yargı kararının mahkemeye erişim hakkını ve adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini savunmaktadır. Erzurumlu Işık’a göre; söz konusu kararda düzenlemenin lafzına ve amacına aykırı bir sonuca varılmış olması, “kanunu aşan hukuk yaratmaktan başka bir şey değildir” (Nurbanu Erzurumlu Işık, *Medeni Usul Hukukunda Yorum-Hukuk Yaratma ve İçtihadı Birleştirme Kararları*, (On İki Levha 2023) 435-436). Özbudak; ilgili hükümlerde kanun koyucunun “kanun yolu” terimini kullanmasının anlamlı olduğunu ve temyiz kanun yolunun kapatılmasının kanun koyucunun amacıyla bağdaşmadığını ifade etmekte, istinaf mahkemelerinin faaliyete başlamaması nedeniyle kişilerin kanun yolu başvuru hakkından mahrum bırakılmasının devletin sorumluluğunu vaktinde yerine getirmemiş olmasının bedelinin kişilere yükletilmesi anlamına geleceğini savunmaktadır (Coşkun Özbudak, ‘İhtiyati Tedbire İlişkin Kararlar Tek Başına Temyiz Edilebilir mi?’ (2014) 92 Terazi Hukuk Dergisi 95). Yardım; söz konusu kararın “oldukça talihsiz” olduğunu ifade etmektedir (Yardım (n 26) 218). Boran Güneysu; tesis edilen kararın “eleştiriye açık olduğunu ve daraltıcı bir yorum sonucunda verildiğini” belirtmektedir (Nilüfer Boran Güneysu, ‘Cumhuriyet Dönemi Medeni Usul Hukuku ile İlgili İçtihat Gelişim ve Değişimi’ iç Hakan Pekcanitez ve Muhammet Özkes (edr) Cumhuriyetin 100. Yılında Medeni Usul ve İcra İflas Hukukumuzun Gelişim ve Değişim Süreci (On İki Levha 2023) 553).

60 Bölge adliye mahkemeleri; 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunu’nun geçici 2. maddesi uyarınca, 07.11.2015 tarihli ve 29525 sayılı Resmi Gazete’de yer alan “Bölge Adliye Mahkemeleri ve Bölge İdare Mahkemelerinin Tüm Yurtta Göreve Başlayacakları Tarihe İlişkin Karar” uyarınca 20.07.2016 tarihinde göreve başlamışlardır.

başvurusu imkânı, hem dava öncesi ihtiyati tedbir yargılamasında hem de dava aşamasındaki ihtiyati tedbir yargılamasında verilen kararlar bakımından geçerli kabul edilmektedir.⁶¹ İhtiyati tedbir yargılamasında verilen hangi kararlara yönelik istinaf kanun yolu başvurusu yapılabileceği, HMK m. 341/1-b, HMK m. 391/3 ve HMK m. 394/5 hükümlerinin incelenmesi sonucunda belirlenmektedir.

İstinaf kanun yolu başvurusu yapılması mümkün olan ihtiyati tedbir yargılaması kararlarından ilki, ilk derece mahkemesi tarafından tesis edilen ihtiyati tedbir talebinin reddine yönelik karar olarak karşımıza çıkmaktadır (HMK m. 341/1-b, HMK m. 391/3)⁶². Hem dava öncesi ihtiyati tedbir yargılamasında hem de dava aşamasındaki ihtiyati tedbir yargılamasında verilmiş olan ihtiyati tedbir talebinin reddi kararlarına karşı istinaf kanun yoluna başvurulmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir⁶³.

İstinaf kanun yolu başvurusu yapılması mümkün olan bir diğer ihtiyati tedbir yargılaması neticesinde verilen karar ise, karşı tarafın yüzüne karşı ve karşı tarafın aleyhine verilen ihtiyat tedbir kararıdır (HMK m. 341/1-b, HMK m. 391/3)⁶⁴. Ancak 7251 sayılı Kanun'un yürürlüğünden önceki dönemde, yüzüne karşı ve aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen karşı tarafın söz konusu karara yönelik istinaf kanun yolu başvurusunda bulunup bulunmayacağına yönelik fikir birliğinin olmadığı özellikle belirtilmelidir. 7251 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki dönemde bir doktrinde bir görüş, HMK m. 391/3 ve HMK m. 394/5 hükümlerinde yer almaması nedeniyle pozitif bir düzenleme bulunmadığını, bu sebeple yüzüne karşı ve aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen karşı tarafın karara karşı istinaf kanun yolu başvurusu yapma hakkı olmadığını öne sürmüştür⁶⁵.

61 Simil (n 19) 174; Çiftçi (n 49) 77.

62 Selçuk Öztekin, *Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz*, (Yetkin 2021) 131; Adem Albayrak, *Hukukta İstinaf Uygulaması*, (3. Baskı, Adalet 2017) 82; Kuru ve Aydın (n 2) 1275; Özkes, *Pekantez Usul* (n 18) 2203, 2488; Tanrıver (n 10) 52-53; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, (n 26) 606 dn. 4, s. 586; Budak ve Karaaslan (n 26) 402; Yılmaz, *Şerh* (n 20) 4894; Albayrak, *İhtiyati Tedbir* (n 53) 88; Çiftçi (n 49) 77; Nevzat Boztaş, *Türk Medeni Usul Hukukunda İstinaf* (2. Baskı, Aristo 2023) 27-28; Simil (n 19) 174; Akkaya, *İhtiyati Haciz* (n 9) 224; Yardım (n 26) 219. "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 341/1. maddesinde 7251 sayılı Kanun ile değişiklik yapılarak, ilk derece mahkemelerinin nihai kararları ile ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz taleplerinin reddi kararlarına, ayrıca karşı tarafın yüzüne karşı verilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarına, yine karşı tarafın yokluğunda verilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine verilen kararlara karşı istinaf yoluna gidilebileceği belirtilmiştir." (YİBGK, E 2021/5 K 2023/2 28.04.2023)

63 Öztekin, *İstinaf ve Temyiz* (n 62) 131-133; Çiftçi (n 49) 77; Boztaş (n 62) 27-28.

64 Kuru ve Aydın (n 2) 1290; Tanrıver (n 10) 52-53; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, (n 26) 586-587; Abdurrahim Karşlı, *Medeni Muhakeme Hukuku* (5. Baskı, Filiz 2020) 769; Yılmaz, *Şerh* (n 20) 4894; Budak ve Karaaslan (n 26) 402; Albayrak, *İstinaf* (n 62) 82; Albayrak, *İhtiyati Tedbir* (n 53) 88; Öztekin, *İstinaf ve Temyiz* (n 62) 131; Özkes, *Pekantez Usul* (n 18) 2488; Çiftçi (n 49) 77; Boztaş (n 62) 27-28; Simil (n 19) 174; Akkaya, *İhtiyati Haciz* (n 9) 224; Yardım (n 26) 219. "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 341/1. maddesinde 7251 sayılı Kanun ile değişiklik yapılarak, ilk derece mahkemelerinin nihai kararları ile ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz taleplerinin reddi kararlarına, ayrıca karşı tarafın yüzüne karşı verilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarına, yine karşı tarafın yokluğunda verilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine verilen kararlara karşı istinaf yoluna gidilebileceği belirtilmiştir." (YİBGK, E 2021/5 K 2023/2 28.04.2023)

65 Yılmaz, *Şerh* (n 20) 1677; Şanal Görgün, Levent Börü, Barış Toraman ve Mehmet Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku* (7. Baskı, Yetkin 2018) 738; Baki Kuru ve Ali Cem Budak, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler' (2011) 85(5) İstanbul Barosu Dergisi 22; Arslan (n 18) 16. Yargıtay'ın da; söz konusu görüş doğrultusunda içtihatları bulunduğu görülmektedir: "6100 Sayılı HMK'nun 394/5. maddesi uyarınca, karşı taraf kendisi dinlenmeden (yokluğunda) verilmiş olan ihtiyati tedbir kararlarına itiraz edilebilir. İtiraz hakkında verilen karara karşı, kanun yoluna başvurulabilir. Ayrıca, HMK'nun 391/son maddesine göre, ihtiyati tedbir talebinin reddi halinde de, kanun yoluna başvurulabilir. Kararın

Doktrinde başka bir görüş ise, belirtilen durumun ihtiyati tedbir kararları bakımından farklı denetim imkânları ortaya çıkardığını ve bu nedenle eşitlik ilkesine aykırı olduğunu ifade etmiş, yüzüne karşı ve aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen karşı tarafın da söz konusu karara karşı istinaf kanun yolu başvurusu yapma hakkına sahip olması gerektiğini savunmuştur⁶⁶. Söz konusu görüş ayrılığı, 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 34. ve 40. maddeleri doğrultusunda HMK m. 341/1 ve 391/3 hükümlerinde değişiklik yapılması ve yüzüne karşı-aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen karşı tarafın da karara karşı istinaf kanun yoluna başvurma hakkına sahip olduğu yönündeki düzenleme neticesinde son bulmuştur⁶⁷. Geline nokta itibariyle, ihtiyati tedbir talebi üzerine ihtiyati tedbir yargılamasının duruşmalı yapılmasına karar verilmesi ve icra edilen duruşmada ihtiyati tedbir talebinin kabulüne yönelik karar tesis edilmesi halinde, yüzüne karşı ihtiyati tedbir kararı verilen karşı tarafın karara karşı doğrudan istinaf kanun yolu başvurusu yapılabileceği tartışmasız hale gelmiştir.

İstinaf kanun yolu başvurusu yapılması mümkün olan başka bir ihtiyati tedbir yargılaması kararı ise karşı tarafın yokluğunda verilen ihtiyati tedbir kararlarına karşı tarafça yapılan itiraz üzerine verilen kararlar olarak belirlenmiş durumdadır (HMK m. 341/1-b, HMK m. 394/5)⁶⁸.

temyiz edilip edilemeyeceği, kanun tarafından tayin edileceğinden, 6100 Sayılı HMK'nun bu düzenlemesi karşısında, aleyhine ihtiyati tedbir istenenlerin ancak yokluklarında verilen tedbir kararına karşı itiraz ve kanun yoluna başvurma hakkı mevcut olup, yüze karşı verilen ihtiyati tedbir kararlarına karşı ise itiraz ve temyiz yolu kapalıdır." (Yargıtay 11. HD, E 2012/18004 K 2013/687 15.01.2013) Benzer yönde bkz: Yargıtay 11. HD, E 2012/14392 K 2013/597, 14.01.2013; Yargıtay 11. HD, E 2012/17745 K 2013/264 09.01.2013.

66 Özkes, *Pekcanitez Usul* (n 18) 2500; Erişir (n 2) 171; Albayrak, *İstinaf* (n 62) 80-81; Albayrak, *İhtiyati Tedbir* (n 53) 85-87; Akil (n 51) 338. Söz konusu dönemde bölge adliye mahkemesi tarafından verilen bir kararda; eşitlik ilkesine vurgu yapılmış, yüzüne karşı ve aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen karşı tarafın, söz konusu karara karşı istinaf kanun yoluna başvurma hakkı bulunduğu hükmedilmiştir: "HMK'nın 341, 391 ve 394.maddeleri, yüze karşı verilen ihtiyati tedbir kararlarına karşı istinaf yolunu açmamış ise de; 394. maddenin hükümet gerekçesine göre, kanun koyucunun iradesinin tarafların eşitliğini sağlamaya yönelik olduğu, duruşmaya katılan davalının itirazlarını duruşmada dile getirdiğine göre, doğrudan istinaf hakkının bulunduğu kabulü gerekir. Yargılama hukukuna hakim olan ilkelerden biri de tarafların eşitliği ilkesidir. Bu durum karşısında kanun yoluna başvuran davalının istinaf başvurusu esastan incelenmiştir." (İstanbul BAM 14. HD, E 2017/1045 K 2018/61, 25.01.2018)

67 İlgili kanuni düzenlemenin gerekçesinde şu ifadelerle yer verildiği görülmektedir: "Mevcut durumda ihtiyati tedbir talebinin reddi kararına ve yokluğunda tedbir kararı verilenin itirazı üzerine verilen karara karşı istinaf yolu açık olup yüzüne karşı ihtiyati aleyhinde tedbir kararı verilen tarafın doğrudan veya itiraz üzerine istinaf kanun yoluna başvurma hakkı bulunmamaktadır. Teklifte, 391 inci maddede yapılan değişiklikle yüzüne karşı aleyhine de ihtiyati tedbir kararı verilen tarafa da bu karara karşı doğrudan istinaf kanun yoluna başvurma imkanı tanınmaktadır." Doktrinde; yüzüne karşı ve aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen tarafa kanun yolu başvuru hakkı tanınmamasının hukuk mantığı ve hak arama hürriyeti ile bağdaşmadığı ifade edilmekte, ilgili değişikliğin hem hak sahipleri hem de mahkemeler bakımından ciddi nitelikteki bu sorunu ortadan kaldırmak için gerçekleştirildiği ve yararlı nitelikte olduğu belirtilmektedir (Öztek, *İstinaf ve Temyiz* (n 62) 131-135; Boztaş (n 62) 29-30; Budak ve Karaaslan (n 26) 403; Selçuk Öztek, Sema Ayvaz Taşpınar ve Serdar Kale 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkına 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi'ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi' (2020) 149 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 140-141; Yardım (n 26) 221-222; Dilek Aydemir, 'Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundan Hukuk Muhakemeleri Kanununa Kanun Değişikliklerine İlişkin Değerlendirme' (2012) 17(50) Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi 927-928; Cenk Akil, '22.07.2020 Kabul Tarihli ve 7251 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile İstinafa İlişkin Olarak Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi' (2021) 12(45) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 419).

68 Kuru ve Aydın (n 2) 1290; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, (n 26) 587; Özkes, *Pekcanitez Usul* (n 18) 2203; Tanrıver (n 10) 52-53; Karşı (n 64) 769; Budak ve Karaaslan (n 26) 402; Yılmaz, *Şerh* (n 20) 4894; Albayrak, *İstinaf* (n 62) 81-82; Albayrak, *İhtiyati Tedbir* (n 53) 84-85; Öztek, *İstinaf ve Temyiz* (n 62) 131; Boztaş (n 62) 28; Simil (n 19)

Sonuç olarak, ihtiyati tedbir yargılamasının gösterdiği özellikler (karşı tarafın hukuki dinlenilme hakkın ertelenebilmesi ve yaklaşık ispat ölçüsü ile yetinilerek karar tesis edilebilmesi) nedeniyle tesis edilen kararının yanlış olma ihtimalinin yüksekliği ve uygulamadaki muhtemel içtihat farklılıklarının giderilerek hak arayanlar açısından eşitliği bozucu kararların önüne geçilebilmesi amacıyla, ihtiyati tedbir kararlarına yönelik istinaf kanun yolu denetiminin düzenlenmiş olduğu ve belirtilen hususlar nedeniyle ihtiyati tedbir yargılamasında verilen kararlara yönelik kanun yolu denetiminin zorunlu olduğu söylenebilir⁶⁹. Ayrıca, yaklaşık ispatın geçerli olduğu⁷⁰ ihtiyati tedbir yargılaması sonucunda verilecek olan ihtiyati tedbir kararlarının hatalı şekilde tesis edilmesinin adalet adına büyük sakıncalar doğurabileceği ve hak kayıplarının yaşanmasının gündeme gelebileceği göz önüne alındığında⁷¹, ihtiyati tedbir kararlarına yönelik kanun yolu denetiminin son derece önemli olduğu sonucuna varılabilir.

2. Temyiz Kanun Yolu

HMK m. 391/3 ve HMK m. 394/5 hükümlerinde, istinaf incelemesi gerçekleştirilerek karar tesis edilen bölge adliye mahkemesinin ihtiyati tedbir yargılamasına yönelik kararların kesin olduğu belirtilmiş, HMK m. 362/1-f hükmünde ise geçici hukuki koruma kararları hakkında temyiz kanun yoluna başvurulamayacağı düzenlenmiştir⁷². Belirtilen düzenlemelere rağmen, bölge adliye mahkemesi tarafından tesis edilen ihtiyati tedbir yargılaması kararları hakkında temyiz kanun yoluna başvurulup başvurulamayacağının doktrinde tartışmalı olduğu görülmekte olup bu tartışmalara aşağıda değinilmektedir.

İlk olarak, ilk derece mahkemesi tarafından tesis edilen ihtiyati tedbir kararına karşı gerçekleştirilen istinaf kanun yolu başvurusunun ardından bölge adliye mahkemesi tarafından tesisi edilen ihtiyati tedbir talebinin kabulü/reddi kararına karşı temyiz kanun yoluna başvurulamayacağı konusunda fikir birliği bulunduğu söylenebilir (HMK m. 362/1-f, HMK m. 391/3, HMK m. 394/5)⁷³. Yargıtay da, bölge adliye

181; Akkaya, *İhtiyati Haciz* (n 9) 227; Yardım (n 26) 222-223. “6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 341/1. maddesinde 7251 sayılı Kanun ile değişiklik yapılarak, ilk derece mahkemelerinin nihai kararları ile ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz taleplerinin reddi kararlarına, ayrıca karşı tarafın yüzüne karşı verilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarına, yine karşı tarafın yokluğunda verilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine verilen kararlara karşı istinaf yoluna gidilebileceği belirtilmiştir.” (YİBGK, E 2021/5 K 2023/2 28.04.2023)

69 Özekes, ‘Geçici Hukuki Korumalar’ (n 6) 75; Akkaya, *İstinaf* (n 49) 34; Sümeyye Sena Fırat, ‘Geçici Hukuki Koruma Tedbirlerine Karşı Kanun Yolları’ (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2021) 85.

70 bkz: s. 8.

71 Yılmaz, *Himaye Tedbirleri* (n 18) 930-932; Akkaya, *İstinaf* (n 49) 346-347.

72 Murat Yavaş, *Medeni Usul Hukukunda Temyiz* (Seçkin 2015) 36; Ozan Tok, *Fransız ve Türk Medeni Yargılama Hukuklarında Temyiz Mahkemesinin Yapısı ve İşlevleri* (Seçkin 2023) 202; Uğur Bulut, *Medeni Usul Hukukunda Temyiz İncelemesinin Kapsamı ve Sınırları* (Adalet 2022) 163; Kuru ve Aydın (n 2) 1279; Özekes, *Pekcanitez Usul* (n 18) 2488-2489; Özbek, *İstinaf ve Temyiz* (n 62) 570; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, (n 26) 625; Tanrıver (n 10) 84; Yılmaz, *Şerh* (n 20) 5025, 5295; Karlı (n 64) 800; Akkaya, *İstinaf* (n 49) 346; Budak ve Karaaslan (n 26) 440; Arslan (n 18) 20; Boztaş (n 62) 183; Albayrak, *İstinaf* (n 62) 270.

73 Yavaş, *Temyiz* (n 72) 36; Kuru ve Aydın (n 2) 1276, s. 1278-1279; Budak ve Karaaslan (n 26) 371; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, (n 26) 587; Karlı (n 64) 739; Tanrıver (n 10) 215; Arslan (n 18) 20; Özekes, *Pekcanitez Usul* (n 18) 2489; Özbek, *İstinaf ve Temyiz* (n 62) 141; Yılmaz, *Şerh* (n 20) 5295, s. 5297; Albayrak, *İhtiyati Tedbir* (n 53) 88; Akkaya, *İhtiyati Haciz* (n 9) 237; Boztaş (n 62) 183.

mahkemesi tarafından belirtilen şekilde tesis edilen ihtiyati tedbir kararları hakkında temyiz kanun yoluna başvurulmasının mümkün olmadığına hükmetmektedir⁷⁴. Bununla birlikte, ihtiyati tedbir talebine yönelik kararlar hakkında asıl davada verilen hükümle birlikte temyiz kanun yoluna başvurulabileceği ve söz konusu kararların Yargıtay tarafından denetlenebileceğine özellikle vurgulanmalıdır⁷⁵.

İkinci olarak, ilk derece mahkemesinin asıl davaya yönelik nihai kararını vererek dosyadan el çekmesinin ardından yargılamanın bölge adliye mahkemesi nezdinde devam ettiği aşamada bölge adliye mahkemesi tarafından ihtiyati tedbir kararı verilmesi halinde, bölge adliye mahkemesince tesis edilen ihtiyati tedbir talebinin kabulüne/reddine yönelik karara karşı temyiz kanun yoluna başvurulup başvurulamayacağı belirlenmelidir. Bu konu hakkında bir görüş, doğrudan bölge adliye mahkemesi tarafından tesis edilen ihtiyati tedbir kararlarına kararlara yönelik temyiz kanun yoluna başvuru imkânının mümkün olması gerektiğini savunmaktadır⁷⁶. Buna karşılık, aksi

74 “İlk derece mahkemesince 19.11.2016 tarihli ara karar ile davacı tarafın ihtiyati tedbir talebinin kabulüyle dava konusu taşınmaz ihtiyati tedbir şerhi konulmasına karar verilmiş, davalı ...vekili ihtiyati tedbirin kaldırılmasını talep etmiş, ilk derece mahkemesince 22.03.2017 tarihli ara karar ile ihtiyati tedbire yönelik itirazın reddine karar verilmiştir. Bu karara karşı davalı şirket vekilinin istinaf başvurusu üzerine Bölge Adliye Mahkemesince istinaf başvurusunun esasın reddine karar verilmiştir. Bölge Adliye Mahkemesince verilen karar davalı ...vekili tarafından temyiz edilmiştir. 6100 Sayılı HMK’nın 362. maddesinde bölge adliye mahkemelerinin temyiz olunamayan kararları düzenlenmiş, aynı maddenin 1/f bendinde de geçici hukuki korumalar hakkında verilen kararlar hükmüne yer verilmiştir. Somut olayda, geçici hukuki koruma kararlarından olan ihtiyati tedbir isteği hakkında karar verildiği ve temyiz edilemeyen kararlardan olduğu açıktır. Bu itibarla davalı vekili tarafından temyiz isteminde bulunulan Bölge Adliye Mahkemesi kararı 6100 Sayılı HMK’nın 362/1-f bendine göre kesin nitelikte olduğundan, davalı vekilinin temyiz dilekçesinin reddine karar vermek gerekmiştir.” (Yargıtay 2. HD, E 2017/5833 K 2018/13760 29.11.2018) Benzer yönde bkz: Yargıtay 17. HD, 2016/735 K 2018/10731, 14.11.2018; Yargıtay 3. HD, E 2022/8388 K 2023/3283, 21.11.2023; Yargıtay 10. HD, E 2023/11351 K 2023/11144, 13.11.2023; Yargıtay 11. HD, E 2022/2223 K 2023/1852, 29.03.2023 T.

75 “Dosya içeriğine göre, her ne kadar Dairemiz bozma ilâmında “Yargıtay İçtihatları Birleştirilmesi Hukuk Genel Kurulunun 21.02.2014 tarih ve 2013/1 esas, 2014/1 karar sayılı içtihadı birleştirme kararıyla, ihtiyati tedbir talebinin kabulü veya reddine ilişkin mahkemeye verilen kararlara karşı temyiz yolunun kapalı olduğu karara bağlandığından, bu yöne ilişkin temyiz istemlerinin reddine” karar verilmiş ise de, söz konusu içtihadı birleştirme kararı ile sadece ara karar niteliğinde mahkemeye verilen ihtiyati tedbir kararlarının müstakilen temyiz edilemeyeceğinin karara bağlandığı, bununla birlikte ihtiyati tedbir kararlarının esas hükümle birlikte temyizinin kabil olduğu ve ihtiyati tedbir kararının esas yönünden de denetlenmesi gerektiği anlaşıldığından, Dairemizin 07/02/2019 tarihli bozma kararında bu hususta maddi hata bulunduğu anlaşılmıştır.” (Yargıtay 22. HD, E 2019/2947 K 2019/10846, 16.05.2019. (Kuru ve Aydın (n 2) 1276)).

76 Öztekin, İstinaf ve Temyiz (n 62) 145-147; Umar (n 53) 1149; Ertem (n 10) 88-89; Kaynak (n 6) 194-196; Simil (n 19) 187-190; Fırat (n 69) 103-105. Bu görüşe göre; HMK m. 362/1-f hükmündeki geçici hukuki korumalar hakkındaki kararlara karşı temyiz kanun yoluna başvurulamayacağı yönündeki düzenleme, yalnızca ilk derece mahkemesi tarafından tesis edilen ihtiyati tedbir talebine yönelik kararların bölge adliye mahkemesi tarafından istinaf kanun yolu denetimi sonucunda verdiği kararlar bakımından söz konusu olmalıdır. Ayrıca; bu görüşü savunan yazarlar; HMK m. 391/3 ve HMK m. 394/5 hükümlerinde “kanun yolu” ifadesine yer verildiğini ve bu tercihin bilinçli olduğunu ileri sürmektedir. Son olarak; bu görüşteki yazarlara göre, ihtiyati tedbir yargılama kararları bakımından kanun koyucunun mutlaka bir denetim istediği açık olup, ihtiyati tedbir talepleri hakkında verilecek olan kararlar arasında yeknesaklığın sağlanması için bölge adliye mahkemesinin doğrudan tesis edeceği ihtiyati tedbir taleplerine yönelik kararlar hakkında temyiz kanun yolu başvuru imkânının bulunduğu kabul edilmelidir (Öztekin, İstinaf ve Temyiz (n 62) 145-147; Ertem (n 10) 88-89; Kaynak (n 6) 194-196; Simil (n 19) 187-190; Fırat (n 69) 103-105). Doktrinde Umar; ihtiyati tedbir talebinin reddi kararının bölge adliye mahkemesi tarafından tesis edilmesi halinde, kanun yolu başvurusunun Yargıtay’a yapılacağını ifade etmektedir. Bununla birlikte Umar’ın; HMK m. 362 hükmüne yönelik açıklamalarında şu ifadelerle yer verdiği görülmektedir: “Bent f’deki kararlar yani geçici hukuki korumalar hakkında verilen kararlar. Bunlar ne şekli ne de maddi anlamda kesin hüküm etkisine sahiptirler; yargıcın bu gibi kararlar değiştirmesine engel yoktur. Demek ki, bunların Yargıtay denetiminden geçip onanmış olması da onların öngörülen çözüme kararlılık sağlayamayacaktır. Bu durumda, onların temyiz edilebilirliğini tanımanın ciddi bir yararı yoktur.” (Umar (n 53) 1055).

yöndeki diğer görüş ise özellikle HMK m. 362/1-f hükmünün açıklığı karşısında, asıl davanın istinaf kanun yolu aşamasında bölge adliye mahkemesi tarafından doğrudan tesis edilen ihtiyati tedbir talebi hakkındaki karara yönelik temyiz kanun yoluna başvurulmasının mümkün olmadığını ileri sürmektedir⁷⁷. Kanaatimizce de, doğrudan bölge adliye mahkemesi tarafından tesis edilecek olan kararlara yönelik temyiz kanun yolu denetiminin mümkün olması gerektiği yönündeki görüş, olması gereken hukuk bakımından tartışılmaya değer niteliktedir. Ancak, geçici hukuki korumalar hakkında verilen kararlara yönelik temyiz kanun yoluna başvurulamayacağını düzenleyen HMK m. 362/1-f hükmünün açıklığı karşısında, asıl davanın istinaf kanun yolu aşamasında olduğu zaman zarfında bölge adliye mahkemesi tarafından doğrudan tesis edilecek olan ihtiyati tedbir talebinin kabulü/reddi kararlarına yönelik temyiz kanun yoluna başvurma imkânı olmadığı sonucuna varılmalıdır.

III. GEÇİCİ ÖDEME KARARLARINA KARŞI KANUN YOLU BAŞVURU İMKANI

A. DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER VE YARGI KARARLARI

1. Doktrinde Öne Sürülen Görüşler

Hukuki niteliğinin geçici hukuki koruma olduğu sonucuna vardığımız geçici ödeme kararlarına karşı kanun yolu başvuru imkânının olup olmadığı konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürüldüğü görülebilmektedir. Bu konudaki bir görüş, aleyhine geçici ödeme kararı tesis edilen tarafın söz konusu karara itiraz edebileceğini ve itirazın reddi kararına yönelik olarak da istinaf kanun yoluna başvurabileceğini, bu konuda HMK m. 394 hükmünün kıyasen uygulanabileceğini öne sürmektedir⁷⁸. Bu görüşü savunan yazarlardan KARSLI, özel kanunlarda ihtiyati tedbir yahut ihtiyati haciz anlamında bir geçici hukuki korumanın düzenlenmiş olması halinde, söz konusu geçici hukuki koruma kararları hakkında da ihtiyati tedbir ve ihtiyati hacze yönelik kanun yolu hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir⁷⁹. FIRAT da, geçici ödeme gibi diğer kanunlarda yer alan

77 Özkes, *Pekcanitez Usul* (n 18) 2263; Albayrak, *İstinaf* (n 62) 271; Yardım (n 26) 241; Yılmaz, *Şerh* (n 20) 4894; Akkaya, *İhtiyati Haciz* (n 18) 240-241; Özdemir (n 26) 113-114; Budak ve Karaaslan (n 26) 420; Boztaş (n 62) 183. Doktrinde Akkaya; asli amacı hukuka uygunluk denetimi yapmak olan Yargıtay nezdinde ihtiyati haciz kararlarına yönelik olarak temyiz kanun yolu imkanının açılmasının gerekli olmadığını ve bölge adliye mahkemesi tarafından ihtiyati haciz talebine yönelik tesis edilen kararların temyiz kanun yolu denetimine tabi tutulmasına ihtiyaç bulunmadığını ifade etmektedir (Akkaya, *İhtiyati Haciz* (n 9) 241). HMK m. 362 hükmünün gerekçesinde de; geçici hukuki korumalar hakkında verilen kararlara yönelik iki dereceli yargılamanın yeterli güvence sağladığı ve bu nedenle söz konusu kararlara yönelik temyiz kanun yolunun kapatıldığı ifade edilmiştir: “Maddede dava konusu olayın iki dereceli yargılamadan geçmiş bulunduğu göz önüne alınarak, bölge adliye mahkemesinin bazı kararlarına karşı temyiz yoluna gidilemeyeceği öngörülmüş ve böylece Yargıtayın iş yükünün hafifletilmesi amaçlanmıştır. Bu bağlamda miktar sınırlaması onbin Türk Lirası olarak tespit edilmiştir. Öte yandan, genel olarak sulh hukuk mahkemesi kararları da temyiz edilemeyen kararlar olarak kabul edilmiştir. Keza çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlar ve geçici hukuki korumalar hakkında verilen kararlar bakımından da, iki dereceli yargılamanın yeterli güvence teşkil ettiği mülahazasıyla, bu işlerde verilen kararlara karşı temyiz yolu kapatılmıştır.”

78 Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku*, (Yetkin 2016) 658; Kuru ve Aydın (n 2) 1313.

79 Karşlı (n 64) 770.

ve ihtiyati tedbir-ihtiyati haciz niteliğinde olmayan geçici hukuki koruma kararları bakımından da kanun yolu başvurusu yapılabileceğini savunmaktadır⁸⁰.

Bu konuda doktrindeki bir diğer görüş, geçici ödeme kararlarının ihtiyati tedbir niteliğinde olmaması ve ara karar niteliğinde olması nedeniyle, geçici ödeme kararlarına yönelik kanun yolu başvurusunda bulunmanın mümkün olmadığını savunmaktadır⁸¹. Bu görüşün benimseyen YILMAZ ve ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, HMK m. 341 hükmünün gerekçesinde yer alan “yalnızca ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz için istinaf kanun yolu başvuru imkânının tanındığı, diğer geçici hukuki koruma türleri için kanun yolu başvuru imkânının bulunmadığı” yönündeki ifadeleri savundukları görüşe dayanak olarak göstermektedir⁸².

Bu konu hakkındaki bir diğer görüş ise, geçici ödemenin ihtiyati tedbir niteliğinde olmaması ve ara karar niteliğinde olması nedeniyle mevcut kanuni düzenlemeler uyarınca geçici ödeme kararına karşı kanun yolu başvurusu yapılma olanağının bulunmadığını belirtmekle birlikte, olması gereken hukuk bakımından hem davacı hem de davalı tarafın mahkemece tesis edilen geçici ödeme talebinin reddi yahut kabulü kararına yönelik kanun yolu başvurusunda bulunma imkânına sahip olması gerektiğini ifade etmektedir⁸³. Bu görüşü savunan yazarlardan AKKAYA, benzer amaçlara hizmet eden kurumlar arasında uyum sağlanması gerektiğini, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz dışındaki diğer geçici hukuki koruma kararlarına karşı da istinaf kanun yolunun açılması gerektiğini ileri sürmektedir⁸⁴. Doktrinde ALTINKAN da, geçici ödemenin ihtiyati tedbir niteliğinde olmaması ve ara karar niteliğinde olması nedeniyle ancak asıl davadaki nihai kararlar birlikte söz konusu karar hakkında kanun yolu başvurusu yapılabildiğini belirtmekte, geçici ödeme kararlarının nihai karar

80 Fırat (n 69) 86.

81 Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku* (4. Baskı, Yetkin 2021) 609; Yılmaz, *Şerh* (n 20) 4894; Deynekli (n 30) 66; Badur (n 30) 20; Makaracı Başak ve Tek, ‘Geçici Ödeme’ (n 32) 1119; Makaracı Başak ve Tek, *TBK m. 76* (n 30) 784; Taşdemir ve Tutar (n 30) 24.

82 Yılmaz, *Şerh* (n 20) 4894; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, (n 81) 609. HMK m. 341 hükmünün gerekçesinde şu ifadelerin yer aldığı görülmektedir: “1086 sayılı Kanuna 26/9/2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanunla eklenen 426/A maddesi gerekçesi ile birlikte aynen benimsenmiştir. İhtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz hakkındaki kararlara karşı da hükümde belirtilen hâllerde istinaf yolu açılmıştır. Özellikle uygulamada geçici hukuki korumaların gittikçe önem kazanması, ilk derece mahkemelerince bu konularda verilen farklı kararların önüne geçilmesi, gerek maddî, gerekse hukukî yanlışlıkların düzeltilmesi amacıyla böyle bir hükme yer verilmiştir. Bu yapılırken tüm geçici hukukî koruma kararları değil, ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz bakımından istinaf denetimi kabul edilmiş, bunların dışında kalan delil tespiti, defter tutulması ve mühürleme işlemi yapılması gibi geçici hukukî korumalar için bu imkân tanınmamıştır. Bununla birlikte özel kanunlarında ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz anlamında bir geçici hukukî koruma düzenlenmişse, bunlara ilişkin kararlar hakkında da ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî hacze ilişkin kanun yolu hükümleri uygulanmalıdır.”

83 Muhammet Özkes, ‘Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Kanun Yolu İncelemesi – Özellikle İstinaf-’ (2004) 2(23) *Legal Hukuk Dergisi* 3104-3105; Acar (n 32) 145-146; Akkaya, *İstinaf* (n 49) 114; Altınkan (n 8) 594; Şener (n 30) 1636, 1646-1647. Özkes, geçici hukuki korumalar hakkında verilen kararlar çerçevesinde, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları ile birlikte özel kanunlarda düzenlenmiş olan geçici hukuki koruma kararlarına yönelik olarak da istinaf kanun yolu başvuru imkanının mevcut olmasını önermektedir (Özkes, ‘İstinaf’ (n 83) 3105). Acar da; davacı-davalı ayrımı yapılmaksızın, her iki tarafa da tesis edilen geçici ödeme kararlarına yönelik istinaf kanun yolu imkanı tanınması gerektiği düşüncesindedir (Acar (n 32) 146).

84 Akkaya, *İstinaf* (n 49) 114

beklenmeksizin istinaf incelemesine konu edilebilmesi için kanuni değişiklik yapılması gerektiğini ifade etmektedir⁸⁵.

2. Yargı Kararları

Hukuki nitelik itibarıyla geçici hukuki koruma türü olan geçici ödeme kararına yönelik kanun yolu başvurusu imkânı olup olmadığı konusundaki yargı kararlarında bir yeknesaklığın bulunmadığı söylenebilir. Nitekim, Yargıtay'ın bazı kararlarında geçici ödemenin ihtiyati tedbir niteliğinde olduğuna işaret edilerek geçici ödeme talebine yönelik kararlar hakkında HMK m. 341 hükmü doğrultusunda kanun yolu başvurusu yapılabileceği sonucuna⁸⁶ varılmışken, Yargıtay'ın bazı kararlarında ise geçici ödemenin geçici hukuki koruma niteliğinde olduğu belirlenmiş ve geçici ödeme kararına karşı kanun yolu başvurusu yapılmasının mümkün olmadığına, ancak esas hüküm ile birlikte kanun yolu başvurusu yapılabileceği⁸⁷ karar verilmiştir.

Bununla birlikte, bölge adliye mahkemesi kararları arasında da, geçici ödeme kararlarına karşı kanun yolu başvurusu yapılma imkânının bulunmadığı konusunda çelişki olduğu görülmektedir. Zira, ilk derece mahkemeleri tarafından tesis edilen geçici ödeme taleplerinin kabulü yahut reddi kararlarına yönelik yapılan kanun yolu başvurularının bazı bölge adliye mahkemeleri tarafından

85 Altınkan (n 8) 594.

86 “Dava, iş kazası nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkin olup, iş kazası sonucu yaralanan S. ‘ın malul kalması ile ekonomik açıdan kötü duruma düşen aile fertlerinin temel ihtiyaçlarının karşılanabilmesi için Borçlar Kanununun 76. maddesi uyarınca geçici ödeme yapılmasına karar verilmesini talep edilmiştir. Mahkemece, 17.06.2013 tarihli tensip tutanağının 11/j maddesi ile Borçlar Kanunu 76. maddesi gereğince davacının davalıların geçici ödeme yapması talebinin kabulü ile 20.000 TL nin davalılardan alınarak davacıya verilmesine karar verilmiştir. ... Geçici ödeme ihtiyati tedbir niteliğindedir. Bu nedenle HMK nun 394. madde hükmüne uygun olarak tedbir kararına itiraz üzerine mahkemece ilgililerin davet edilip dinlenmesi, şayet taraflar gelmezse dosya üzerinden karar verilmesi gerekirken usul ve yasa hükümlerine uygun olmayarak yazılı şekilde karar verilmesi doğru bulunmamıştır.” (Yargıtay 21. HD, E 2013/15667 K 2013/20940 18.11.2013) Yargıtay'ın bazı kararlarında; geçici ödemenin ihtiyati tedbir niteliğinde olduğunun vurgulanmasının ardından HMK m. 341 uyarınca geçici ödeme kararlarına karşı kanun yolu başvurusu yapılabileceğine işaret edilmekte, ancak bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamamış olması nedeniyle HUMK hükümleri uyarınca geçici ödeme kararlarına yönelik kanun yolu başvurusunun reddine karar verildiği görülmektedir: “Geçici ödeme ihtiyati tedbir niteliğindedir. Bu nedenle; ihtiyati tedbir talebine ilişkin kararın, 6100 Sayılı HMK. nun yürürlükte olduğu dönemde itihaz olunduğu açıktır. ... Bu durumda, uyumsuzluğa, 1086 Sayılı HUMK. nun temyize ilişkin hükümlerinin uygulanacağı sonucuna varılmaktadır. Bu açıklamaların ışığı altında temyiz olunan hükmün incelenmesi neticesinde ihtiyati tedbire ilişkin olduğu ve kararın temyizi sebebiyle aşağıdaki değerlendirme yapılmıştır. HUMK'nın 427.maddesine göre temyiz, mahkemelerden verilen nihai kararlara karşı başvurulacak kanun yoludur. İhtiyati tedbir kararı ise, geçici nitelikte bir önlem olup, durum ve şartların değişmesi halinde değiştirilebileceğinden buna ilişkin mahkeme kararının temyiz edilme olanağı 1086 Sayılı HUMK ve 6100 Sayılı Kanun'un ek 3.maddesine göre yoktur.” (Yargıtay 3. HD, E 2019/5486 K 2019/10060 12.12.2019) benzer yönde bkz: Yargıtay 4. HD, E 2021/16533 K 2021/6920 14.10.2021.

87 “Geçici ödemelerin Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan diğer geçici hukuki korumalardan biri olması sebebiyle, geçici ödeme kararları bir ara karar mahiyetindedir. Bu sebeple de mahkeme iş bu ara karardan yargılama sonuçlanmadan önce her zaman dönebilir. Çünkü mahkemenin vermiş olduğu ara kararlar ile kural olarak taraflardan birisi lehine herhangi bir usuli kazanılmış hak oluşmaz. Yine geçici ödeme ara kararı yargılamayı sona erdirmede için bu karara karşı doğrudan kanun yoluna gidilmesi de mümkün değildir. Ancak asıl karar ile birlikte kanun yoluna gidilebilir. Dosya kapsamı ve yukarıdaki yasal düzenlemeler değerlendirildiğinde; TBK'nın76. maddesinde düzenlenen tedbiren geçici ödeme talebine ilişkin mahkemece verilen geçici ödeme talebinin kabulüne dair kararın ara karar niteliğinde olduğu, bu kararlara karşı ancak esas hüküm ile birlikte kanun yoluna başvurulabileceği anlaşıldığından davalı vekilinin geçici ödemeye ilişkin temyiz talebinin reddine...” (Yargıtay 10. HD, E 2020/8678 K 2021/412, 19.01.2021)

esastan incelenerek başvurular hakkında kararlar tesis edildiği görülmekte⁸⁸ iken, bazı bölge adliye mahkemelerinin ise ilk derece mahkemeleri tarafından tesis edilen geçici ödeme taleplerinin kabulü/reddi kararlarına yönelik yapılan kanun yolu başvurularının usulden reddine karar verdiği ve söz konusu kararlara yönelik kanun yolu başvuru imkânının olmadığına karar verdiği⁸⁹ tespit edilebilmektedir. Bu noktada, bölge adliye mahkemeleri kararları arasındaki söz konusu çelişkinin, Yargıtay'ın bölge adliye mahkemelerinin kesin nitelikteki kararları arasındaki uyumsuzluğun giderilmesi niteliğinde karar sonucunda, "geçici ödeme kararlarının ihtiyati tedbir niteliğinde olmadığı ve ara karar niteliğinde olduğu belirtilerek söz konusu kararlara karşı kanun yolu başvuru imkânının olmadığı yönünde" giderildiği⁹⁰ de vurgulanmalıdır.

B. GÖRÜŞÜMÜZ VE OLMASI GEREKEN HUKUK BAKIMINDAN ÖNERİLER

Doktrindeki çoğunluk görüş ve yargı kararları dikkate alınarak yapılan değerlendirmeler neticesinde, geçici ödemenin ihtiyati tedbir niteliğinde olmadığı ve tıpkı ihtiyati tedbir gibi bir geçici hukuki koruma türü olduğu, HMK m. 341 hükmünde yalnızca belirli ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları

88 "İlk derece mahkemesinin 21/03/2024 tarihli ara kararında; davalı ... vekilinin mahkememizce verilen geçici ödemeye dair 21/09/2023 tarihli kararına karşı itirazlarının kısmen kabulü ile 100.000 TL geçici ödemenin TBK 76 maddesi gereğince davacılara ödenmesine, diğer itirazların reddine karar verilmiştir. ... Bu açıklamalardan sonra somut olaya bakıldığında; Dosyadaki deliller (kaza tespit tutanağı, tarafların sosyal ve ekonomik durumlarını tespit eden tutanaklar, davacıya ait tedavi belgeleri, ölenin yakınlığı vs.) ile İlk Derece Mahkemesi kararının gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde, somut olayda TBK'nın 76.maddesine göre, geçici ödeme koşullarının gerçekleştiği, dolayısıyla İlk Derece Mahkemesi kararının usul ve yasaya uygun olduğu davalı tarafın istinaf itirazlarının reddine karar verilmiştir." (İstanbul BAM 40. HD, E 2024/1016 K 2024/839, 29.05.2024) "Davacı vekilinin TBK 76. Maddesi uyarınca davalı tarafından davacıların manevi zararlarının bir kısmının karşılığı olarak geçici ödeme yapılması talebine ilişkin istinaf başvurusu bakımından ise; ilk derece mahkemesinin gerekçesinde belirttiği gibi, manevi tazminatın niteliği gereği miktarı, kapsamı ve koşullarının hakimnin takdirine bağlı olarak belirlendiği bir tazminat türü olması nedeniyle objektif koşullara göre belirlenebilecek bir tazminat türü olmayıp, dava konusu edilen manevi tazminat miktarının tümü ile mahkeme tarafından toplanılacak deliller ve yapılacak yargılama sonucunda takdir hakkı da kullanılmak suretiyle tespit edileceğinden bu aşamada, manevi tazminat olarak talep edilen miktar yönünden somut bir miktar belirlenmesinin mümkün olmadığı ve dolayısı ile geçici ödeme yapılması koşulları oluşmadığı anlaşılmakla bu istemin reddine karar verilmiş olmasında da bir isabetsizlik bulunmadığından davacılar vekilinin istinaf talebinin reddi gerekmiştir." (Adana BAM 3. HD, E 2023/352 K 2023/279, 24.02.2023) Benzer yönde bkz: Ankara BAM 34. HD, E 2023/2267 K 2024/269, 15.02.2024; Ankara BAM 35. HD, E 2023/447 K 2023/640, 03.05.2023; Adana BAM 3. HD, E 2023/174 K 2023/368 14.03.2023.

89 "Açıklanan nedenlerle TBK'nın 76. maddesinde düzenlenen tedbiren geçici ödeme gerek koşulları gerek teminat bakımından, 6100 Sayılı HMK'nun 406. maddesi gereğince ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz dışında kendi özel kanununda düzenlenen geçici bir hukuki koruma tedbiri olup, gerek madde metninde gerekse 6100 Sayılı HMK'nun 341 maddesinde uyumsuzluğa konu geçici ödeme kararına karşı kanun yoluna başvurulabileceği açıkça gösterilmediğinden ve mahkemece verilen geçici ödeme talebinin reddine dair karar ara karar niteliğinde olduğundan bu kararlara karşı ancak esas hüküm ile birlikte kanun yoluna başvurulabileceğinden davacı vekilinin tedbiren geçici ödeme talebinin reddi kararına karşı istinaf başvurusunun HMK'nın 341/1. Maddesi gereğince reddine karar vermek gerekmiştir." (Ankara BAM 26. HD, E 2024/531 K 2024/639, 07.05.2024) Benzer yönde bkz: Ankara BAM 26. HD, E 2023/215 K 2023/81 10.02.2023; Antalya BAM 4. HD, E 2023/715 K 2023/363 21.03.2023; İstanbul BAM 9. HD, E 2024/732 K 2024/621, 18.04.2024; İstanbul BAM 14. HD, E 2023/1291 K 2023/1205 12.07.2023; İzmir BAM 20. HD, E 2023/1914 K 2023/1515, 12.10.2023; İzmir BAM 20. HD, E 2024/309 K 2024/387 07.03.2024; Konya BAM 3. HD, E 2023/1138 K 2023/842 28.04.2023.

90 "Bu açıklamalar doğrultusunda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunun 76. Maddesi kapsamında ilk derece mahkemesince verilen kararların, ara karar niteliğinde olması nedeniyle, uyumsuzluğu çözüme ulaştıran esas karar ile beraber istinafi kabil olduğu ve esas karardan bağımsız olarak istinafinin mümkün olmadığına açık olmasına göre başvuru konusu Bölge Adliye Mahkemeleri kararları arasındaki uyumsuzluğun açıklanan gerekçeler doğrultusunda giderilmesinin uygun olacağı sonucuna varılmıştır." (Yargıtay 10. HD, E 2021/9901 K 2021/14123 15.11.2021)

bakımından kanun yolu başvuru imkânının öngörüldüğü, geçici ödemeyi düzenleyen TBK m. 76 hükmünde kanun yolu başvuru imkânına yönelik herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği, dolayısıyla mevcut düzenlemeler kapsamında geçici ödeme kararları yönünden kanun yolu başvuru imkânının bulunmadığı sonucuna varılabilir⁹¹. Bununla birlikte, olması gereken hukuk bakımından, mahkemeler tarafından tesis edilecek olan geçici ödeme talebinin kabulü yahut reddi kararlarına karşı hukuki yararı bulunan tarafın kanun yolu başvuru yapma imkânına sahip olması gerektiği düşünülebilir⁹².

Öncelikle, geçici hukuki koruma niteliğinde olan ihtiyati tedbir kararları hakkında kanun yolu başvuru imkânı sağlanmışken bir diğer geçici hukuki koruma türü olarak nitelendirilen geçici ödeme kararları bakımından kanun yolu başvuru imkânının sağlanmamış olması hukuki tutarlılığı zedeleyebilecek niteliktedir⁹³. Gerçekten de, her ikisi de geçici hukuki koruma niteliğinde olan ihtiyati tedbir ve geçici ödemeden biri hakkında kanun yolu başvuru imkânı mevcutken diğeri hakkında bu imkânın tanınmamasının, haklı ve geçerli bir nedeni tespit edilememektedir. Dolayısıyla, hukuki tutarlılığın sağlanabilmesi adına, geçici hukuki korumalar arasındaki kanun yolu başvuru imkânına yönelik temel nitelikteki bu farkın giderilmesi gerektiği sonucuna varılabilir.

Bununla birlikte ihtiyati tedbir kararlarına karşı kanun yolu başvuru imkânı sağlayan yasal düzenlemenin, ihtiyati tedbir kurumun kötüye kullanılmasının önlenmesi ile farklı mahkemelerce aynı konularda farklı yönde kararlar tesis edilmesi ve bu kararların kanun yolu başvuru imkânı olmaması sebebiyle denetim dışı kalması gibi bir çok sakıncanın giderilmesi amacıyla getirildiği, ihtiyati tedbir kararlarına karşı kanun yolunun açılması neticesinde ihtiyati tedbir konusunda daha sağlıklı kararların verilmesinin ve yeknesaklığın sağlanmasının mümkün olduğu savunulmaktadır⁹⁴. Benzer kaygıların ihtiyati tedbirle aynı niteliği haiz olan geçici ödeme bakımından da geçerli olduğu rahatlıkla söylenebilir. Mevcut düzenlemeler kapsamında geçici ödeme kararları kanun yolu denetiminden geçemediğinden, haklı olan kişi lehine geçici ödeme kararı tesisi edilememesi nedeniyle hak kayıpları yaşanabildiği gibi, haksız yere tesis edilen geçici ödeme kararları da çeşitli mağduriyetlere yol açma riski taşımaktadır⁹⁵. Bu nedenle, hakkını arayan kişiler arasındaki eşitliğin

91 Yılmaz, *Şerh* (n 20) 4894; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, (n 81) 609; Deynekli (n 30) 66; Badur (n 30) 20; Makaracı Başak ve Tek, 'Geçici Ödeme' (n 32) 1119; Makaracı Başak ve Tek, *TBK m. 76* (n 30) 784; Taşdemir ve Tutar (n 30) 24.

92 Özkes, 'İstinaf' (n 83) 3104-3105; Acar (n 32) 145-146; Akkaya, *İstinaf* (n 49) 114; Altınkan (n 8) 594; Şener (n 30) 1636, 1646-1647

93 Aynı yorum, doktrinde Akkaya tarafından ihtiyati haciz kararlarına karşı kanun yolu başvuru imkanının olduğu ancak ihtiyati tedbir kararlarına karşı kanun yolu başvurulmadığı dönemde, ihtiyati tedbir kararlarına yönelik de kanun yolu başvuru imkanının sağlanması gerektiğinin gerekçeleri arasında gösterilmiştir (Akkaya, *İstinaf* (n 49) 347).

94 Arslan (n 18) 16; Akkaya, *İstinaf* (n 49) 348; Simil (n 19) 187 dn. 32; Karademir (n 51) 438; Sarısözen (n 55) 1326; Fırat (n 69) 85. Belirtilen hususlar; HMK m. 391 hükmünün gerekçesinde de yer almıştır: "Üçüncü fıkrafta, İcra ve İflâs Kanununda düzenlenen ihtiyati hacze paralel olarak, ihtiyati tedbir kararının reddi hâlinde kanun yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir. Bu fıkra hukukumuz bakımından yenidir. İhtiyati tedbir kararlarına karşı kanun yoluna başvurulamaması, bu kurumun kötüye kullanılmasına, farklı mahkemelerde aynı konularda farklı kararların verilmesine ve bu kararların denetim dışı kalması gibi bir çok sakıncaya yol açmıştır. Kanun yolunun açılmış olması sebebiyle, ihtiyati tedbir konusunda, daha sağlıklı kararların verilmesi ve yeknesaklığın sağlanması mümkün olacaktır. Kanun yoluna başvuru hâlinde, ihtiyati tedbirin özelliği gereği, inceleme öncelikle yapılacak ve verilen karar kesin olacaktır."

95 Doktrinde; aynı değerlendirmenin ihtiyati tedbir kararları bakımından yapıldığı görülebilir: Yılmaz, *Şerh* (n 20) 5294; Özkes, 'Geçici Hukuki Korumalar' (n 6) 75.

temininin ve hukukun tutarlı biçimde uygulanmasının sağlanması, hak kayıplarının önlenmesi, etkin hukuki korumanın bir gerekliliği olan geçici ödeme kararlarının dengeli bir biçimde tesis edilmesinin mümkün olabilmesi için geçici ödeme kararlarının kanun yolu denetiminden geçmesi gerektiği sonucuna varılabilir⁹⁶.

Bunlara ek olarak, her iki geçici hukuki koruma türü bakımından da tam ispat ölçüsünün altında bir ispat ölçüsü ile karar tesis edildiğinden⁹⁷, tesis edilen kararların yanlış olma ihtimalinin yüksekliği ve uygulamadaki muhtemel içtihat farklılıklarının giderilmesi ve hak arayanlar açısından eşitliği bozucu kararların önüne geçilebilmesi amacıyla⁹⁸, tıpkı ihtiyati tedbirlerde olduğu gibi geçici ödeme kararlarına yönelik de istinaf kanun yolu denetiminin getirilmesi gerektiği söylenebilir. Doktrinde ihtiyati tedbir için ifade edildiği gibi⁹⁹, geçici ödeme kararlarının yanlış veya hatalı şekilde tesis edilmesinin adalet adına büyük sakıncalar doğurabileceği ve hak kayıplarının yaşanmasının gündeme gelebileceği, bu nedenle geçici ödeme kararlarının kanun yolu denetimine tabi kılınması gerektiği savunulabilir.

Son olarak, yukarıda ifade edildiği üzere, doktrindeki çoğunluk olarak öne sürülen “geçici ödeme kararları bakımından kanun yolu denetiminin şart olduğu” yönündeki görüş de¹⁰⁰, geçici ödeme talebinin kabulü yahut reddi kararlarına yönelik kanun yolu başvuru imkânının sağlanması gerekliliği için gerekçe olarak gösterilebilir.

SONUÇ

Geçici ödemenin ihtiyati tedbir niteliğinde olmaması, HMK m. 341 hükmünde yalnızca belirli ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarına yönelik kanun yolu başvuru imkânının tanınması ve geçici ödemeyi düzenleyen TBK m. 76 hükmünde de kanun yolu başvuru imkânı öngörülmemiş olması sebebiyle, mevcut düzenlemeler çerçevesinde geçici ödeme kararlarına karşı kanun yolu başvurusu yapılamamaktadır. Ancak, bir geçici hukuki koruma türü olan ihtiyati tedbir kararlarının kanun yolu denetiminden geçirilmesi zorunluluğunu gerektiren sebeplerin tümünün, diğer bir geçici hukuki koruma türü olan geçici ödeme bakımından da mevcut olduğu rahatlıkla tespit edilebilmektedir. Dolayısıyla, geçici ödeme kararlarına yönelik kanun yolu başvuru imkânının sağlanabilmesi amacıyla kanun değişikliğine gidilmesi ve geçici hukuki koruma yargılamaları arasındaki ahengin tesisi için ihtiyati tedbir yargılamasındaki hukuki çare ve kanun yolu sisteminin geçici ödeme kararları için de uygulanması gerektiği sonucuna varılmalıdır.

96 Doktrinde Yavaş; kanun yoluna müracaat edilmesi ile birlikte ilk derece mahkemesi kararının hukuka uygunluğunun denetiminin sağlandığını, bununla birlikte hem kişi bakımından somut olay adaletine uygun bir karara ulaşılabilme imkânının önünün açıldığını hem de toplum bakımından hukuk güvenliğinin, hukuk birliğinin ve dolayısıyla hukuki barışın tesis edilmesinin mümkün hale geldiğini belirtmektedir (Yavaş, *Temyiz* (n 72) 22).

97 bkz: s. 8 ve s. 11.

98 Doktrinde aynı yorum, ihtiyati tedbir kararlarına yönelik kanun yolu başvuru imkanının mevcut olması gerekliliği bakımından öne sürülmüştür: Özekes, ‘Geçici Hukuki Korumalar’ (n 6) 75; Akkaya, *İstinaf* (n 49) 34; Fırat (n 69) 85.

99 Yılmaz, *Himaye Tedbirleri* (n 18) 930-932; Akkaya, *İstinaf* (n 49) 346-347.

100 Özekes, ‘İstinaf’ (n 83) 3104-3105; Acar (n 32) 145-146; Akkaya, *İstinaf* (n 49) 114; Altınkan (n 8) 594; Şener (n 30) 1646-1647.

KAYNAKÇA

- Acar T, *Türk ve Mukayeseli Medeni Yargılama Hukuku Açısından Ara Karar* (Yetkin 2022).
- Akil C, *İstinaf Kavramı* (Yetkin 2010).
- Akil C, '22.07.2020 Kabul Tarihli ve 7251 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile İstinafa İlişkin Olarak Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi' (2021) 12(45) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 417-435.
- Akkan M, 'Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukuki Koruma' (2007) 3(6) Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi 29-68.
- Akkaya T, *Medeni Usul Hukukunda İstinaf* (Yetkin 2009). (İstinaf)
- Akkaya T, *İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz Hakkındaki Mahkeme Kararlarına ve İhtiyati Haczin İnfazına Karşı Konulması* (On iki Levha 2024). (İhtiyati Haciz)
- Akyol Aslan L, *Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti (Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre)* (Yetkin 2011).
- Albayrak A, *Hukukta İstinaf Uygulaması* (Adalet 2017). (İstinaf)
- Albayrak A, *İhtiyati Tedbir* (Adalet 2017). (İhtiyati Tedbir)
- Albayrak H, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat*, (Yetkin 2013).
- Altınkan O, *Türk Borçlar Hukukunda Geçici Ödemeler (TBK. m. 76)* (Seçkin 2023).
- Antalya G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Legal 2017). (Borçlar Hukuku)
- Antalya G, '6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 76 Düzenlemesi: Geçici Ödeme' (2013) 8(Özel) Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi 185-200. (Geçici Ödeme)
- Ansay SŞ, *Hukuk Yargılama Usulleri*, (7. Baskı, Ankara 1960).
- Arslan R, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici Hukukî Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler', (2013) 24(Özel Sayı) Bankacılar Dergisi 7-27.
- Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, *Medeni Usul Hukuku*, (4. Baskı, Yetkin 2021).
- Aydemir D, 'Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundan Hukuk Muhakemeleri Kanununa Kanun Değişikliklerine İlişkin Değerlendirme' (2012) 17(50) Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi 887-982.
- Badur E, 'Geçici Ödemeler' (2016) 11(14) Terazi Hukuk Dergisi 14-25.
- Bahadır Z, *Medeni Usul Hukukunda Kısmi Karar* (Yetkin 2018).
- Başözen A, 'Güncel Yargıtay Kararları ve Yargıtay İBK Işığında İhtiyati Tedbir Kararlarının Temyizi Sorunu' (Yetkin 2014) (Prof. Dr. Ejder YILMAZ'a Armağan) 463-521.
- Baysal B, *Haksız Fiil Hukuku (BK m. 49-76)* (On iki Levha 2019).
- Berkin N, *İhtiyati Haciz*, (İstanbul 1962).
- Bilge N ve Önen E, *Medeni Yargılama Hukuk Dersleri* (3. Baskı, Ankara 1978).
- Boran Güneysu N, 'Cumhuriyet Dönemi Medeni Usul Hukuku ile İlgili İçtihat Gelişim ve Değişimi' iç Hakan Pekcanıtez ve Muhammet Özekes (edr) Cumhuriyetin 100. Yılında Medeni Usul ve İcra İflas Hukukumuzun Gelişim ve Değişim Süreci (On İki Levha 2023) 563-602.
- Boztaş N, *Türk Medeni Usul Hukukunda İstinaf* (2. Baskı, Aristo 2023).
- Budak AC, *Medeni Usul Hukukunda Kavram İctihadı ve Menfaat İctihadı "Kılı Kırk Yarma Makinası"*, (Filiz 2021).
- Budak AC ve Karaaslan V, *Medeni Usul Hukuku* (5. Bası, Filiz 2021).
- Budak AC ve Özkan Y, 'Türk Medeni Usul Hukukunun Yüz Yıllık Tarihi' (2023) 71 Adalet Dergisi 89-117.
- Bulut U, *Medeni Usul Hukukunda Temyiz İncelemesinin Kapsamı ve Sınırları* (Adalet 2022).

- Büyük EI, 'Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Daireleri'nin Arasındaki Görüş Farklılıklarının Giderilmesi Kararının Niteliği' iç Pınar Çoşkun Burak, Barkın Özyurt ve Yağmur Öykü Yönet (edr) Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi III. Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu (On İki Levha 2023) 169-189.
- Çiftçi MÖ, *Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf* (3. Baskı, Adalet 2016).
- Deren Yıldırım N, '4949 Sayılı ve 17.7.2003 Tarihli Kanun ile Yapılan Değişiklik Çerçevesinde İhtiyati Haciz Kararlarının Hukuki Niteliği ve Kontrolü' (2004) 1(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 431 – 443.
- Deren Yıldırım N, 'Medeni Usul Hukuku'nun Evrenselleşmesi Yolunda İhtiyati Tedbir Alanında Yabancı Hukukun Etkileri' (çev. Özden Özkaya, Hamide) (2003) Prof. Dr. Ergun Öner'e Armağan 305-317.
- Demircioğlu Y, *Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri*, (Yetkin 2007).
- Deynekli A, 'Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan Önemli Usul Hükümleri' (2011) 2(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 45-99.
- Deynekli A ve Saldırım S, *Öğretide ve Uygulamada İhtiyati Haciz* (Yetkin 2011).
- Durman O, 'İhtiyati Tedbirde ve İhtiyati Tedbirden Sonra Açılan Davada Görevli Mahkeme', (2010) 6(15) Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi 53-86.
- Düzgün G, 'İş Hukukunda Geçici Ödeme' (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2017).
- Ercan Özler M, *Medeni Usul Hukuku'nda Dava Konusu* (On İki Levha 2019).
- Erişir E, *Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri* (On iki Levha 2013).
- Ertem B, 'İhtiyati Tedbir Kararlarının Denetimine İlişkin Özellik Arz Eden Bazı Hususların Değerlendirilmesi' (2023) 3 İzmir Barosu Dergisi 53-107.
- Erzurumlu Işık N, *Medeni Usul Hukukunda Yorum-Hukuk Yaratma ve İçtihadı Birleştirme Kararları*, (On İki Levha 2023).
- Fırat SS, 'Geçici Hukuki Koruma Tedbirlerine Karşı Kanun Yolları' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2021).
- Göksu M, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tadil İhtiyacı ve Bu Konudaki Tasarı Taslağının Değerlendirilmesi' (2017) 32 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 61-93.
- Göztepe E, *İnsan Haklarının Korunmasında Geçici Tedbir-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Almanya ve Türkiye Örnekleri* (On İki Levha 2017).
- Günay M, *AIHS'in 6. Maddesi Kapsamında Özel Hukuk Uyuşmazlıklarında Adil Yargılanma Hakkı ve İç Hukuk Uygulaması* (Yetkin 2022).
- Gündoğdu B, *Medeni Yargıda Usul Kurallarına Aykırılığın Anayasa Mahkemesi'nce Bireysel Başvuru Yoluyla Denetlenmesi* (On İki Levha 2021).
- Gürpınar D, 'Haksız Fiil Kaynaklı Zararların Tazmini Bakımından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Getirdikleri' (2012) 2 İzmir Barosu Dergisi 253-299.
- Hanağası E ve Hasırcı H, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararlarının Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukuna Etkileri' iç Hakan Pekcanitez ve Muhammet Özkes (edr) Cumhuriyetin 100. Yılında Medeni Usul ve İcra İflas Hukukumuzun Gelişim ve Değişim Süreci (On İki Levha 2023) 329-460.
- Kaynak S, 'Bölge Adliye Mahkemesinin İhtiyati Tedbir Kararı Vermesine İlişkin Esaslar' (2024) 73(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 157-206.
- Karademir D, 'İhtiyati Tedbir Hakkındaki Kararların Temyizi ve 2013/1 E. 2014/1 K. Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı', (2016) 26 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 429-460.

- Karslı A, *Medeni Muhakeme Hukuku* (5. Baskı, Filiz 2020).
- Kazmaz Tepe B, *Medeni Usul Hukukunda Beden Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Tazminat Davaları* (Adalet 2022).
- Kılıçoğlu A, 'Haksız Fiillerde Müteselsil Sorumluluk ve Geçici Ödemeler' iç Lale Sirmen, Çiğdem Kırcı ve Vedat Buz (edr) *Türk Medeni Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum* (2007) 163-182.
- Kılıçoğlu Yılmaz K, 'Geçici Ödemeler' (2014) 110 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 109-128.
- Kılıçoğlu E, *Medeni Yargılamada Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilen Deliller* (On İki Levha 2021).
- Kırtıloğlu S, 'İhtiyati Tedbirde Görevli ve Yetkili Mahkeme' (2010) Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan 1305-1328.
- Konuralp SC, '6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre İhtiyati Tedbirler' (2013) 71(2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 225-274.
- Kurt G, 'Türk Borçlar Kanunu Madde 76 Kapsamında Geçici Ödemeler' (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2022).
- Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, (6. Baskı, Demir Demir 2001).
- Kuru B, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku*, (Yetkin 2016).
- Kuru B, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-V 08-09 Eylül 2006 (TBB Yayınları) 81.
- Kuru B ve Aydın B, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı* (2. Baskı, Yetkin 2021).
- Kuru B ve Budak AC, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler' (2011) 85(5) İstanbul Barosu Dergisi 3-43.
- Makaracı Başak A ve Tek G, 'TBK m. 76', iç Rona Serozan, Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla ve Murat Develioğlu (edr), *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu* (Vedat 2017) 773-787. (TBK m. 76)
- Makaracı Başak A ve Tek G 'Türk Borçlar Kanunu'nda Getirilen Geçici Ödeme Hakkında Düşünceler' (2013) 15(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1111-1142. (Geçici Ödeme)
- Namlı M, *Medeni Usul Hukuku'nun Yasama Üstü Kaynakları Çerçevesinde Fransız ve Türk Hukuku'nda Çekişmeli Yargı İlkesi* (TÜSİAD 2020).
- Namlı M ve Korkut MS, 'Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan Geçici Ödemelerin Hukuki Niteliği' iç Başak Baysal (ed) (On İki Levha 2017) 311-355.
- Oğuzman K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (10. Bası, Vedat 2013).
- Öz T, *Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler* (Vedat 2011).
- Özbay İ ve Kaya S, 'Adalet Erişim ve Yargılama Giderlerinin Finansmanı Bakımından Hukuki Himaye Sigortasına Bakış', Prof. Dr. Selçuk Özteke Armağan (Filiz 2022) 1797-1830.
- Özbek MS, *Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlamlı İcranın Etkinliği* (Yetkin 2022).
- Özbudak C, 'İhtiyati Tedbire İlişkin Kararlar Tek Başına Temyiz Edilebilir mi?' (2014) 92 Terazi Hukuk Dergisi 9-95.
- Özdemir M, *Yargıtay ve İstinaf Uygulamasında Geçici Hukuki Korumalar* (2. Baskı, Adalet 2021).
- Özekes M, 'Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Kanun Yolu İncelemesi – Özellikle İstinaf-', (2004) 2(23) Legal Hukuk Dergisi 3103-3116. (İstinaf)
- Özekes M, *İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz*, (Seçkin 1999). (İhtiyati Haciz)
- Özekes M, *İcra Hukukunda Temel Hak ve İlkeler*, (Yetkin 2009). (Temel Haklar)
- Özekes M, 'İcra Takiplerinde Nemalandırma ve Mülkiyet Hakkı Sorunu', (2023) 88(2) İzmir Barosu Dergisi 193-234.
- Özekes M, 'İflasın Ertelenmesi' (2005) 3(33) Legal Hukuk Dergisi 3249-3283.

- Özekes M, 'İhtiyati Haciz Kararlarının Gerekçeli Olması ve Kanun Yoluna Başvuru – Bir Karar Üzerine Değerlendirme' (2007) *Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan* 469-484.
- Özekes M, 'Medeni Yargılama Hukukunda Geçici Hukuki Korumalar (Kıta Avrupası Sistemine Bakış)' iç Hakan Pekcanitez, Nur Bolayır ve Cemil Simil (edr) *XV. Dünya Usul Hukukçuları Kongresi (25-28 Mayıs 2015, İstanbul)* (On İki Levha 2016). (Geçici Hukuki Korumalar)
- Özekes M, 'Meclis Tutanakları Işığında Kurtuluş Savaşı Döneminde Medeni Usul Hukuku' iç Hakan Pekcanitez ve Muhammet Özekes (edr) *Cumhuriyetin 100. Yılında Medeni Usul ve İcra İflas Hukukumuzun Gelişim ve Değişim Süreci* (On İki Levha 2023) 209-226.
- Özekes M, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, (On İki Levha 2017).
- Özekes M ve Erişir E, 'Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukuki Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi' (2006) 2(5) *Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi* 1235-1274.
- Özekes M ve Meriç N, 'Perdeyi Kaldırmada Geçici Hukuki Koruma Talebi ve Özellikleri', *Prof. Dr. Necmettin M. Berkin'e Armağan* (Filiz 2021) 835-868.
- Özkök S, *İhtiyati Tedbirler (HUMK 101-113/A)*, (Ankara 2002)
- Öztek S, *Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz* (Yetkin 2021). (İstinaf ve Temyiz)
- Öztek S, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki Geçici Hukuki Koruma Önlemlerinin Değerlendirilmesi', *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-X, 1-2 Ekim 2012 İzmir* (Türkiye Adalet Akademisi Yayınları) 428-461. (Değerlendirme)
- Öztek S, Taşpınar Ayvaz S ve Kale S, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkına 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi'ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi' (2020) 149 *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 77-152.
- Pekcanitez H, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, (On İki Levha 2017).
- Pekcanitez H, 'Reform Kurumları' iç Hakan Pekcanitez, Nur Bolayır ve Cemil Simil (edr) *XV. Dünya Usul Hukukçuları Kongresi (25-28 Mayıs 2015, İstanbul)* (On İki Levha 2016) 393-418.
- Simil C, *Belirsiz Alacak Davası*, (On İki Levha 2013).
- Simil C, 'Bölge Adliye Mahkemelerinin İhtiyati Tedbir Kararı Verebilmesi ve Kararın Denetimi' (2020) 10(2) *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 171-194.
- Stürner M, 'Geçici Hukuki Himaye Tedbiri Kararlarının Kesin Hüküm Gücü Üzerine', (Çev: Derya Belgin-Güneş), *Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan* (Yetkin 2015) 349-372.
- Şener B, 'Türk Borçlar Hukukunda Geçici Ödemeler', (2017) 19(Özel Sayı) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1623-1690.
- Tanrıver S, *Medeni Usul Hukuku Cilt 1-2* (3. Basi, Yetkin 2020).
- Taş Korkmaz H, 'Türk Hukuku'nda İhtiyati Tedbirler' (Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi 1995).
- Taşdemir Y ve Tutar A, 'İş Kazasından Kaynaklanan Tazminat Davalarında Geçici Ödeme' (2024) 2(1) *Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2-34.
- Taşpınar Ayvaz S, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Zaman Bakımından Uygulanması*, (Yetkin 2013).
- Tatlıldil S, 'Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Makul Sürede Yargılanma Hakkı – Sürenin Aşılması ve Sonuçları' (2019) 143 *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 9-49.
- Tok O, *Fransız ve Türk Medeni Yargılama Hukuklarında Temyiz Mahkemesinin Yapısı ve İşlevleri* (Seçkin 2023).
- Topuz M, '6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerine Dair Yargılamalarda Geçici Ödemeler (TBK m. 76)' iç *Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan* (2011) 247-285.
- Tuncay C ve Çıplak D, 'Haksız Fiilde Geçici Ödeme (Ya da Geçici Ceza)' (2018) 16(186) *Legal Hukuk Dergisi* 2749-2783.

- Tuncer Kazancı İ, ‘Yargı Kararları ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Sorunlar’ (2012) 8(23) Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi 75-126.
- Umar B, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (2. Baskı, Yetkin 2014).
- Uyar T, ‘4949 sayılı ve 17.07.2003 Tarihli “İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un Getirdiği Yenilikler’ (2003) 49 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 159-221.
- Üstündağ S, *İhtiyati Tedbirler* (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1981). (İhtiyati Tedbir)
- Üstündağ S, *Medeni Yargılama Hukuku Cilt I-II* (7. Baskı, Nesil 2000). (Yargılama)
- Yardım ME, *İcra ve İflas Hukuk Çerçevesinde İhtiyati Haciz Kararına Karşı Başvuru Yolları* (Yetkin 2023).
- Yavaş M, ‘Haksız Rekabet Kavramı ve Bu Alandaki Koruyucu Dava ve Tedbir Türleri’ iç *Doç. Dr. Mehmet Somer’e Armağan* (2006) 771-796.
- Yavaş M, ‘İflasın Ertelenmesi Kurumu Çerçevesinde İhtiyati Tedbir Kararının Kapsamı, Niteliği ve Etkileri’ *Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan* (2011) 2893-2926.
- Yavaş M, ‘Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti’ (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 1999). (Delil Tespiti)
- Yavaş M, *Medeni Usul Hukukunda Temyiz* (Seçkin 2015). (Temyiz)
- Yılmaz E, *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri* (Yetkin 2001). (Himaye Tedbirleri)
- Yılmaz E, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (4. Baskı, Yetkin 2021). (Şerh)
- Yılmaz O, *İhtiyati Tedbirler*, (2. Baskı, Konya)
- Yılmaz ZS, *Sermaye Şirketlerinde (Anonim ve Limited Şirketlerde) Geçici Hukuki Korumalar (İhtiyati Tedbirler)*, (2. Baskı, Güncel 2006).