

TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

Nisan 2021 • Sayı 46 • Yıl: 12



yayin.taa.gov.tr

46



TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

“Adalet İçin Bilgi”

46

YIL: 12 - SAYI: 46 - NİSAN 2021

www.yayin.taa.gov.tr

ISSN: 1309-6826

SAHİBİ / OWNER
Muhittin ÖZDEMİR

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

EDİTÖR / EDITOR
Dr. Musa TANRISEVEN / Hâkim

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ / EDITOR IN CHIEF
Fethullah SOYUBELLİ / Hâkim

YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD
Muhittin ÖZDEMİR

Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

Fethullah SOYUBELLİ
Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Dr. Musa TANRISEVEN
Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Editörü

Süleyman KAYNAR
Law and Justice Review Dergisi Editörü

Adnan DÖNDERALP
Akademi Kürsü Dergisi Editörü

Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Bülent KENT
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Doç. Dr. Süleyman YILMAZ
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Doç. Dr. Abdulkерim YILDIRIM
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

YAYIN TASARIM / PUBLISHING DESIGN
Hüseyin ÖZTÜRK, Büro Memuru

YAYIN YÖNETİM MERKEZİ / PUBLICATION MANAGEMENT CENTER

Türkiye Adalet Akademisi
Ahlatlıbel Mahallesi İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı Çankaya/ANKARA

Tel: 0 (312) 489 81 80 • Faks: 0 (312) 489 81 01

E-posta: taa@gmail.com

Web: www.yayin.taa.gov.tr

BASKI / PRINT
Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası
İstanbul Yolu 13. Km. Ergazi-Şaşmaz/ANKARA

YAZIM VE YAYIM KURALLARI*

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi yılda dört kez yayımlanan ulusal hakemli bir dergidir. Dergide yayımlanacak makalelerin aşağıda belirtilen yazım ve yayım kurallarına uygun olması gerekmektedir.

1. Dergide Türkçe ulusal hakemli makalelere yer verilmektedir. En az iki hakemin olumlu görüşünü alan makaleler yayımlanması talebi ile yayın kurulunun onayına sunulur.
2. Dergi, üç ayda bir (Ocak, Nisan, Temmuz ve Ekim aylarında) yayımlanmaktadır.
3. Dergiye gönderilen makaleler daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Eğer başka bir yerde yayımlanmışsa da, telif hakkı yazara ait olmalıdır.
4. Dergide yayımlanan makalelerin dil, bilim ve ileri sürülen görüşler bakımından sorumluluğu yazarlara aittir.
5. Makalelerin **bilimselmakale@taa.gov.tr** adresine makale gönderim formu ve taahhütname ile birlikte gönderilmesi gerekmektedir. Makale gönderim formu ve taahhütname "**https://yayin.taa.gov.tr**" adresinden temin edilebilir.
6. Makaleler, uluslararası standartlardaki bilimsel yayın ve yazı formatlarına uygun olmalıdır.
7. Makalelerde 12 kelimeyi aşmayan "Başlık", 150-250 kelime arası "Özet" ve 5-8 kelime arası "Anahtar Kelimeler" bulunmalıdır. Makalelerde "Başlık, Özet, Anahtar Kelimeler ile Giriş ve Sonuç" kısımlarına numara verilmemelidir. "Başlık, Özet ve Anahtar Kelimeler" in yazılan yabancı dilin yanı sıra Türkçe ve İngilizce de yazılması zorunludur.
8. Metin içi alıntılama ve kaynak gösterme için OSCOLA kaynak stiline 4. Edisyonu kullanılmalı ve dipnot atıf sistemi tercih edilmelidir.
9. Makalelerin ana bölümleri ve kaynakça 11, dipnotlar ise 9 punto ile yazılmalı, 1 satır aralığı ile "**Times New Roman**" karakteri kullanılmalı, metin iki yana yaslanmalı, sayfanın tüm kenarlarında 2,5 cm boşluk bırakılmalıdır.
10. Makaleler, kaynakça dâhil 3.000 kelimedenden az, 12.000 kelimedenden çok olmamalıdır.
11. Yazarın akademik unvanı, adı ve soyadı, baş harfleri büyük olmak üzere makale başlığının altında ortalı olarak yazılmalıdır. Yazarın çalıştığı yer ismi ile elektronik posta adresi, adı ve soyadına ilişkin dipnotta belirtilmelidir.
12. Makalelerin yayımlanıp yayımlanmayacağı, makale yazarına e-posta ile bildirilir.
13. Yazar ve hakemlere ödenecek telif ve inceleme ücretleri, Türkiye Adalet Akademisi Yayın Yönetmeliği'nin 23. Maddesi uyarınca dergi yayınlandıktan sonra yazara ödenir. Hakem denetiminden geçen bir makalenin telif ücretinin % 20'si hakemlere ödenir.
14. Dergide yazısı yayımlanmış yazarlara ücretsiz iki adet dergi gönderilmektedir.
15. Dergide yayımlanan tüm yazıların telif hakkı Türkiye Adalet Akademisine aittir. Makaleler, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.
16. Dergilerin dijital versiyonuna "**https://yayin.taa.gov.tr**" adresinden ulaşılabilir.

* Yazım ve yayım kuralları 04/06/2020 tarihli Yayın Kurulu Kararı ile güncellenmiştir. Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir.

DANIŞMA KURULU/ADVISORY BOARD*

Prof. Dr. Abdurrahman EREN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Adem SÖZÜER

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet BİLGİN

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ

Bingöl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Arzu OĞUZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Aydın GÜLAN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayhan DÖNER

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bilge ÖZTAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bülent KENT

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cem BAYGIN

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cemal ŞANLI

İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ejder YILMAZ

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Emine AKYÜZ

Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ersan ÖZ

Pamukkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

* Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

Prof. Dr. Faruk TURHAN

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Feridun YENİSEY

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fügen SARGIN

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Halil AKKANAT

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hamide ZAFER

Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan AYRANCI

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan BACANLI

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Eğitim Fakültesi

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan TUNÇ

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim AYDINLI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY

Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail KAYAR

Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail KIRCA

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kadir ARICI

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kamil Ufuk BİLGİN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Kayıhan İÇEL

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kemal ŞENOC AK

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kudret GÜVEN

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet DEMİR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mahmut KOCA

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Melikşah YASİN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Metin TOPÇUOĞLU

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat ATALI

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat DOĞAN

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Musa Kazım ARICAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AKKAYA

Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ATEŞ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AVCİ

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa KOÇAK

İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nevzat KOÇ

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nihat BULUT

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nuray EKŞİ

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Osman DOĞRU

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ömer ANAYURT

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Refik KORKUSUZ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Süha TANRIVER

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Şafak NARBAY

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Turan YILDIRIM

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Vahit DOĞAN

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK

Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yaşar Hakan PEKCANITEZ

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yavuz ATAR

İBN Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yener ÜNVER

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yılmaz ÇOLAK

Polis Akademisi Başkanı

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Anayasa Mahkemesi Üyesi

Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yücel UĞURLU

İstanbul Ticaret Üniversitesi

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

Prof. Dr. Ömer Adil ATASOY - Eda KURT1

BİR KARŞILIKLI SİGORTA KOLU OLARAK TÜRKİYE’DE
KATILIM SİGORTACILIĞI VE ÇEK BEDELİNİN KATILIM
SİGORTASI İLE GÜVENCEYE ALINMASI

*With Assurance Insurance Contributions Received a Mutual Insurance
Arm as in Turkey and the Czech Cost of Insurance Contributions*

Prof. Zekeriya KURŞAT - Dr. Öğr. Üyesi Evren KOÇ37

SÖZLEŞMELERDE YER ALAN TEBLİGATA İLİŞKİN
HÜKÜMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Examining the Provisions Regarding Notification Process in Contracts

Dr. Ayşegül SAYAN KARAHAN - Prof. Dr. İbrahim YILDIRIM .. 55

AİLE MAHKEMELERİNDE BOŞANAN BİREYLERİN BOŞANMA
SONRASI YAŞAMA UYUMLARINA İLİŞKİN BİR İNCELEME

*A Review on Post Divorce Adjustment of Divorcing Individuals at
Family Courts*

Yusuf COŞKUN - Dr. Öğr. Üyesi Cemal YORGANCIOĞLU75

WESTMINSTER MODELİNE VE CUMHURBAŞKANLIĞI
HÜKÜMET SİSTEMİNE DAYALI BAKAN YARDIMCILIĞI İÇİN
KARŞILAŞTIRMALI ANALİZ

*Comparative Analysis for Deputy Minister Based on the Westminster
Model and the Presidential Government System*

Erdinç AVŞAR.....123

CUMHURİYET SAVCISININ DELİL DEĞERLENDİRMESİ

Evidence Assessment by the Public Prosecutor

Dr. Didem BAŞAR145

ÇEVREYİ KİRLETENİN SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ
NİTELİĞİ VE ÇEVRE SORUMLULUK HUKUKUNDA
SORUMLULUK SEBEPLERİNİN YARIŞMASI

*Legal Quality of the Environmental Pollution and Competition of
Responsibility Reasons in Environmental Liability Law*

Doç. Dr. Uğur ERSOY - Dr. Merve ALTINBAŞ.....171

İSLAM, OSMANLI VE CUMHURİYET SONRASI TÜRK
HUKUKUNDA SARHOŞLUK SUÇU

*Drunkenness Crime in Islamic, Ottoman and post-Republican Turkish
Legal Systems*

Dr. Hakan A. YAVUZ.....201

TÜRK CEZA HUKUKUNDA HAKSIZLIK HATASI (TCK m. 30/4)
(TEORİDE VE GÜNCEL YARGITAY UYGULAMASINDA)

*Mistake of Unjustness in Turkish Criminal Law (Turkish Criminal
Code Art. 30/4) (In the Light of Theory and Current Decisions of the
Turkish Court of Cassation)*

Serkan TURGUT255

REKABET HUKUKUNDA MUAFİYET

Exemption in Competition Law

Osman UYAROĞLU301

İŞYERİNDE ÖZEL AMAÇLA İNTERNET KULLANIMININ İŞ
SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ

Affect of Personal Internet Use in Workplace to Labor Contract

Dr. Öğr. Üyesi Baki Oğuz MÜLAYİM327

İŞ SÖZLEŞMESİNE DİSİPLİN KURULU KARARI İLE SON
VERİLMESİ

*Termination of the Labour Contract by the Decision of the Board of
Discipline*

Dr. Öğr. Üyesi Erkan EREN355

BANKACILIK UYGULAMASINDA TEMERRÜT (GECİKME)
FAİZ ORANLARININ SINIRLANDIRILMASINA İLİŞKİN
HUKUKİ GÖRÜŞ VE DEĞERLENDİRMELER

*Legal Assessments on the Limitation of Default Interest Rates in
Banking Practice*

Dr. iur. Cannur ERCAN, LL.M (Saarland).....377

FİKRİ HAK KAVRAMI ve ESER SAHİBİNİN MANEVİ
HAKLARININ GENEL ANLAMDA KİŞİLİK HAKKIYLA İLİŞKİSİ
*The Concept of Intellectual Rights and the Relationship between Moral
Rights of the Author of the Work and the Personal Right in a General
Sense*

Dr. Öğr. Üyesi Faruk Y. TURİNAY413

CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA TEKNİK ARAÇLARLA
İZLEME
Surveillance with Technical Means in Criminal Procedure Law

Dr. Öğr. Üyesi Sezai ÇAĞLAYAN455

BM GÜVENLİK KONSEYİ REZOLÜSYONLARI NEDİR,
NASIL OKUNUR?
What are the UN Security Council Resolutions, how to Read?

Açelya ŞAHİN, LL.M - Dr. Güray ÖZSU.....477

YATIRIMCI DEVLET UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM SİSTEMİ'NİN
(ISDS) REFORMU BAKIMINDAN ÖNEMLİ BİR ADIM: TASLAK
ETİK KURALLAR
An Important Step for Reform of ISDS System: Draft Ethical Rules

Dr. Öğr. Üyesi Murat Buğra TAHTALI.....499

TÜRK HUKUKUNDA KAMULAŞTIRILAN TAŞINMAZIN
GERİ ALINMASINDA İDARENİN SORUMLULUĞUNUN ESKİ
MALİKE YÜKLETİLMESİ SORUNU
*The Problem of Burden of Responsibility of Administrative to the Former
Owner in the Expropriation of Immovable in Turkish Legal System*

Dr. Öğr. Üyesi Ümit GÜVEYİ.....529

1982 ANAYASAL DÜZENİNDE ÖĞRETİM ELEMANLARININ
KÜRSÜ HÜRRİYETİ
*Freedom of the Rostrum of the Academic Personnel in 1982
Constitutional Order*

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

MAKALELER/ARTICLES

BİR KARŞILIKLI SİGORTA KOLU OLARAK TÜRKİYE'DE KATILIM SİGORTACILIĞI VE ÇEK BEDELİNİN KATILIM SİGORTASI İLE GÜVENCEYE ALINMASI

*With Assurance Insurance Contributions Received a Mutual Insurance Arm
as in Turkey and the Czech Cost of Insurance Contributions*

Prof. Dr. Ömer Adil ATASOY* Eda KURT**

Geliş Tarihi: 28.10.2020

Kabul Tarihi: 24.02.2021

ÖZET

Sigorta kurumunun temelinde insanın kendini güvende hissetme eğiliminde olma ihtiyacı yatmaktadır. Güvende hissetme eğilimi özellikle ticaretin gelişmesiyle birlikte ekonomik değerleri de kapsayacak şekilde çeşitlenmiş ve tarih içerisinde farklı isim ve uygulamalar ile kendini göstermiştir.

Sigorta ile, henüz gerçekleşmemiş ama gerçekleşmesi muhtemel bir tehlikenin yaratacağı zarar, bir sözleşme ilişkisine konu edilmekte ve teminat altına alınan risk üzerinden kazanç ve güvence sağlanmaktadır. İslam dinine mensup kişilerce, belirsizlik unsuru taşıyan sözleşmelerin ve “*risksiz kazanç yasağı*” ile de faizin hoş görülmemesi, sigorta uygulamalarının bazı manevi, kültürel sebeplerle benimsenmemesi sorununu gündeme getirmiştir¹. Bu noktada tekâful (*karşılıklı kefalet*) ve bunun Türkiye’deki görünümü olan “*Katılım Sigortası*” yoluyla, katılım ve karşılıklılık esasına dayalı olarak sigorta güvencesinden yararlanmak isteyen kişiler bakımından tercih edilebilir bir uygulama haline gelmiştir.

Çalışmamızda öncelikle, “Katılım Sigortacılığı” genel olarak ele alınarak geleneksel sigorta sisteminden farkları ve bir karşılıklı sigorta türü olma özelliği üzerinde durulacaktır. Gerek dünya gerekse Türkiye’deki tarihi gelişimi ile sigorta pazarındaki pazar payları incelenecektir.

ABSTRACT

On the basis of the insurance institution lies the need to be inclined to feel safe. The tendency to feel safe has diversified to include economic values, especially with the development of trade, and has manifested itself with different names and practices throughout history.

With insurance, the damage that has not yet been realized but will be caused by a possible danger is subject to a contractual relationship and gain and assurance is provided on the risk covered. Persons of the religion of Islam do not tolerate contracts with an element of uncertainty and interest due to the “risk-free earnings ban”, and the insurance practices are not adopted for some spiritual and cultural reasons. The view in Turkey and its mutual bail at this point is “Insurance Contributions through”, based on the participation and reciprocity may be preferable for people who want to benefit from insurance coverage has become an established practice.

In our study, first of all, “Participation Insurance” will be discussed in general and its differences from the traditional insurance system and the feature of being a type of mutual insurance will be emphasized. Market share in the insurance market in the world, both by historical developments in Turkey will be discussed. Then, the question of whether participation insurance, which is

* İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi, Adalet Meslek Yüksek Okulu Müdürü, e-posta:omeratasoy@aydin.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-8203-050X.

** Avukat, İstanbul Barosu, İstanbul Aydın Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, e-posta:eds_kurt@hotmail.com, ORCID ID:000-0001-7230-1440.

Ardından sosyal ve ekonomik yardımlaşma, dayanışma, ticari risk ve kazancın paylaşımı temeline dayanan katılım sigortacılığının, karşılıklılık ve risk paylaşımı niteliği ile Türk ticaret hayatındaki en güncel ve önemli sorunlardan biri olan, karşılıksız çek düzenlemekten doğan ticari risklerin önlenmesinde etkin bir rol alabilir mi sorusu yanıtlanmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: *Tekâfûl/Katılım Sigortacılığı, Karşılıklı Sigorta, Karşılıksız Çek, Çek Karşılığının Güvenceye Alınması*

based on social and economic cooperation, solidarity, commercial risk and profit sharing, can play an active role in preventing commercial risks arising from issuing bad checks, which is one of the most up-to-date and important problems in Turkish commercial life, will be tried to be answered.

Keywords: *Tekaful/ Participation Insurance, Mutual Insurance, Bounced Check, Securing Check Against*

¹ Serdar Demirci, “Sigortacılıkta Yeni Bir Yaklaşım: Katılım Sigortacılığı”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.10, S.1, s.25-39, 2019.

GİRİŞ

Sigortacılığın geçmişi eski Mısır ve Roma Uygarlıklarına kadar dayanmaktadır. Eski Mısır'da faaliyet gösteren esnaf gruplarının ve Roma'daki tacirlerin karşılıklı yardım sandıkları oluşturması, malların nakli sırasında saldırıya uğrayan kervanların zararlarının diğer kervan sahipleri arasında paylaştırılmasını öngören *Darmatho* isimli sözleşmeler ve *Hamurabi Kanunları*'ndaki düzenlemeler ilk sigorta örnekleri olarak karşımıza çıkmaktadır².

İlk defa İtalya'da 14. yüzyılda, denizcilik faaliyetlerinden kaynaklanan risklerin önlenebilmesi için sabit prime dayalı sigorta uygulamaları ortaya çıkmıştır³. 17. yüzyılın ikinci yarısında sigorta uygulamalarının yaygınlaşmasına neden olan iki önemli olay meydana gelmiştir. Bunlar, Pascal'ın "*Tesadüfün Geometrisi*" adlı çalışması ile başlayıp ivme kazanan *istatistik yöntem ve tekniğin*, sigortacılık uygulamalarında kullanılmaya başlanması ve 2 Eylül 1666 tarihinde Londra'da meydana gelip dört gün süren ve 13.000 ev ile hemen hemen 100 kilisenin yanmasına yol açan *Büyük Londra Yangını* olarak adlandırılan yangındır⁴.

Osmanlı'da sigortacılığın ilk örneklerine, *Ahilik* teşkilatında, üyelerin risklere karşı korunması için oluşturulan yardım sandıkları uygulamasında rastlanmaktadır⁵.

1850 Tarihli *Ticaret Kanunname-i Hümayun'u* ve 1863 tarihli *Ticaret-i Bahriye Kanunnamesi*'nde sigortacılıkla ilgili hükümler yer almıştır. İlk sigorta şirketleri ise 1872 yılında İngilizler tarafından kurulan "*Sun, Northern ve North British şirketleri*" olmuştur⁶. Osmanlı'da ilk Türk Sigorta Şirketi 1893 yılında "*Osmanlı Umum Şirketi*" adıyla kurulmuştur.

Avrupa'da sigortacılık alanında kat edilen ilerlemeler Osmanlı Devleti'nde sağlanamamıştır. Ancak 19. yüzyılın ikinci yarısında yaşanan yangın olaylarının yol açtığı yıkımlar sigortaya karşı takınılan önyargıyı kırmıştır. 1870 yılında İstanbul Beyoğlu'nda çıkan ve "*Pera Yangını Olayı*" olarak anılan yangında

² Mervan Selçuk, "İslami Bir Sigorta Deneyimi Olarak Tekafül" IV. , Türkiye Lisansüstü Çalışmaları Kongresi- Bildiriler Kitabı IV: İstanbul Üniversitesi İslam İktisadi ve Finans Ana Bilim Dalı, 14-17 Mayıs (Kütahya: 2015), IV, 349-358.

³ Emine Yazıcıoğlu, Zehra Şeker Öğüz, *Sigorta Hukuku*, 1. bs., (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2019), 1.

⁴ Selçuk, İslami Bir Sigorta Deneyimi Olarak Tekafül, 349-358.

⁵ Serdar Demirci, "Sigorta Kooperatifçiliği: Türkiye Uygulaması" İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9/1 (2018): 389-418, 2018.

⁶ Öner Muhammed Hadin, "Katılım Sigortacılığı Yönetmeliği Perspektifinde İslami Sigortacılığın Gelişimi", *Yükselen Ekonomiler ve Politika Dergisi*, 3/1 (2018): 59-71.

pek çok iş yeri, ev ve ibadethanenin hasara uğraması, sigorta bilincinin yaygınlaşmasında ve sektörün ilerlemesinde dönüm noktası olmuştur⁷.

Cumhuriyet'in ilanından sonra sigorta uygulamalarına getirilen ilk düzenleme, sigorta poliçelerinin Türkçe dilinde yazılması zorunluluğu olmuştur⁸. Sigorta sözleşmelerinde yabancı kelimelere yer verilemeyeceği yürürlükteki 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 11/f.5 maddesinde de açıkça düzenlenmiştir. 1927 yılında “*Sigortacılığın ve Sigorta Şirketlerinin Teftiş ve Murakebesi Hakkında Kanun*” ile sigorta şirketlerinin denetlenmesi sağlanmıştır.

Sigorta hukuku alanında, “*Sosyal Sigorta Hukuku*” ve “*Özel Sigorta Hukuku*” olmak üzere ikili bir ayırım yapılmaktadır⁹.

Çalışmamızın konusu her ne kadar “*Özel Sigorta Hukuku*” üzerine olsa da bir kambiyo senedi ve ödeme aracı olan “çek”, Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında¹⁰ belirttiği üzere *kamu güvenini haiz* bir senettir. Kamu güveni ve ticaret hayatında güvenin korunması ve tesisi, bir güven unsuru olarak sigortanın sosyal olma, ekonomik belirsizliklere karşı koruma karakterini ortaya çıkarmaktadır.

Sosyal sigorta sisteminde *sigortalı* olmak zorunludur. Bu zorunluluk temel olarak kamu güveninin ve sosyal devlet olma ilkesinin gözetilmesinin kaçınılmaz bir sonucudur. Çalışmamızda, çek karşılığının, katılım sigortası uygulamaları ile güvence altına alınmasının Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından bir yasa ile kabul edilerek uygulamaya konulmasının yararlı olacağı yönündeki görüşümüzü ifade etmeye çalışacağız. Yasa koyucunun, çek sistemi içerisinde yer alan tüm tarafları zorunlu bir sigorta sistemine dahil etmesi sayesinde sistemin verimlilik ve sürdürülebilirliğinin sağlanacağını düşünmekteyiz.

Sigorta uygulamalarının temel olarak işlevi, ileride meydana gelmesi muhtemel rizikolar ve bunların yaratacağı zararlara karşı korunma sağlamaktır. Dolayısıyla ticaret hayatında *zarar sigortalı* başlığı altında, alacak ve borçların sigortalanması, ticaret hayatının sürdürülebilirliği açısından oldukça önem arz etmektedir.

Bir ödeme aracı olan ancak mevcut yasal değişikliklerle *vadeli çek uygulamaları ile kredi aracı* niteliği kazanan çekte, çek karşılığının sigorta edilmek suretiyle güvenceye alınması önemli bir gelişme olacaktır.

⁷ Ferhat Yıldırım, “Sigorta Tarihine Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Kısa Bir Bakış”, III. Ulusal Meslek Yüksek Okulları Sosyal ve Teknik Bilimler Kongresi, Kongre Metni, 28-30 Nisan, (Aydın: 2016), III, 210-222.

⁸ Yıldırım, *Sigorta Tarihine Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Kısa Bir Bakış*, 210-222.

⁹ Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar, Mehmet Özdamar, *Sigorta Hukuku Ders Kitabı*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3.bs., (Ankara : Yetkin Yayınları, 2020), 2.

¹⁰ AYM 2016/1941 E, 2017/131 K.

Ayrıca, geleneksel sigorta uygulamalarından farklı olarak *karşılıklılık esasının* benimsendiği *katılım sigortaları kooperatifçiliği yolu* ile kurulacak bir çek teminat sisteminin çek hukuku karakterine daha uygun olduğunu düşünmekteyiz.

Bu incelemenin temel hipotezi; “Türk Hukuk Sistemine” sosyal, kültürel ve ekonomik sebeplerle girmiş olan “Katılım Sigortası Kuruluşlarının” bir “Karşılıklı Sigorta türü” olarak kabul edilmesi ve karşılıklı sigortaların yapısı ve işleyişine dair düzenlemelere tabi olması gerektiği konusundaki hukuki görüşümüzdür.

Çalışmamızda temel amacımız, mevcut katılım sigortalarının kazanılmış hakları korunmak kaydıyla, çeşitli ticari risklere karşı karşılıklılık ve katılım esasına dayalı olarak faaliyet gösteren sigorta işletmelerinin üye ve katılımcıları açısından özel bir ticari risk oluşturan; keşide edilen çeklerin karşılıksız kalması halinde oluşacak riskler bakımından da bir güvence olabileceği konusundaki hukuki, sosyal ve ekonomik yaklaşımın “Kanun Koyucu” tarafından benimsenerek gerekli düzenlemelerin hayata geçirilmesi için bir görüş oluşturabilmektir.

1. Katılım Sigorta Sisteminin Temel Özellikleri, Unsurları, Katılım Sigorta Şirketlerinin Kuruluş ve Çalışma Esasları

“*Tekâfül*” kelimesi, karşılıklı yardımlaşma, dayanışma, kefil olma, ortak ve birlikte hareket etme anlamlarına gelmekte ve Arapça “*kefil olma*” fiilinden türemektedir. Fransızca “*solidarité*” kelimesi karşılığı, zincirleme kefalet, dayanışma, tesanüt, güç birliği anlamında kullanılmaktadır¹¹.

Terim manasında ise, katılım sigorta kuruluşuna dahil üyelerin birbirine karşılıklılık esasına dayalı olarak kefil olması; katılım sözleşmesi kapsamında belirlenmiş bazı zararlarının bir üyelik bedeli karşılığında karşılanmasını sağlayan sigorta kuruluşu anlamındadır. “*Tekâfül Sigortası*” terimi *Türk sigorta mevzuatı ve uygulamasına* “*Katılım Sigortası*” olarak girmiştir.

İktisat bilimi objektif ve pozitif bir bilim dalı olduğu kadar sübjektif ve normatif unsurları, değişkenleri ve bir kısım değerleri de içermektedir¹². Bu durum, ekonomik faaliyetlerde bulunan insanların inancı, yaşam tarzı ve doğru yaşam algısı gibi farklı eğilim ve tercihleri ortaya koymaları şeklinde tezahür edebilir.

İslam dininin, sadece bir ibadetler bütünü olmayıp, insanın sosyal hayatını düzenleyen bir yaşam felsefesi olduğunu düşünen ve benimseyen kişi ve toplumlar, ekonomik faaliyetlerinde bazı hassasiyetlere duyarlılık

¹¹ Ferit Develioğlu, *Osmanlıca- Türkçe Lügat*, (Ankara: Aydın Kitapevi, Doğu Matbaası, 1982), 1275.

¹² Ahmet Efe, “İslam Ekonomisinde Sigortacılık ve Mülkiyet Üzerinde Bir Analiz”, *Yönetim Ekonomi Edebiyat İslami ve Politik Bilimler Dergisi*, 2/2, (2017): 218-248.

göstermektedirler¹³. İslam dininin, “*Homoeconomicus*”; ekonomik insan; bencil, faydacı, sürekli kazancını artırma güdüsünde olan insan yerine “*Homoislamicus*”; İslami ve insani değerlere bağlı, aşırı harcama eğiliminden ve nasıl olursa olsun kazanma hırsından kaçınan, evrensel insani ve ahlaki değerlere sahip insanı¹⁴ gerçekleştirme ve dönüştürme gayesi, geleneksel ticari sigortacılık sisteminin sadece para kazanmaya yönelik değerleri ile bağdaşmamaktadır.

Katılım Sigortacılığı Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik 3/f.1-f maddesinde, “Katılım Sigortası, katılımcıların kendileri ile diğer katılımcıların tazminat ve/veya birikim ödemelerine ilişkin taleplerinin karşılanmasını teminen oluşturulan risk fonuna katkıda bulundukları, anılan fonun sigortacılık faaliyeti yapmasına izin verilmiş bir sigorta şirketi tarafından katılım finans ilkelerine uygun olarak yönetildiği ve ortak risk paylaşımı ile dayanışma esaslarına dayanan özel bir sigorta türü” olarak tanımlanmıştır.

Anılan yönetmelikteki bu tanımdan yola çıkılarak, “Katılım Sigortasının” esasında bir *karşılıklı sigorta* olduğunu ve *Sabit Prim Karşılığı Sigorta*’dan çok “*Mütüel*” (*Karşılıklı*) *Sigorta*¹⁵ özelliği gösterdiğini söylemek mümkündür.

Konvansiyonel sigortacılığa temel olan, beceri, uzmanlık, özen ve güven, kaynakların yeterliliği, uygun yönetim ve örgüt yapısı, işleyen bir sistem ve kontrol mekanizması, dış fonksiyon ve “Bilgi Teknolojileri Sistemlerinin” (Information Technology- IT) kontrolü ve güvenilirliği, şeffaflık ve denetim otoritesi ve mekanizması ile iş birliği gibi hususlar katılım sigortacılığı için geçerli gerekliliklerdir¹⁶.

1.1. Katılım Sigorta Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Katılım Sigortaları, doktrinde de kabul edildiği üzere katılım ve karşılıklılık esasına dayanan bir sigorta uygulaması olarak *karşılıklı sigorta* niteliği taşımaktadır¹⁷. Katılım sigortalarının temel unsuru ve özelliği, bu sigorta türünde katılımcı üyeler arasında karşılıklılık esasının benimsenmiş olmasıdır.

¹³ Kadir Murat Altuntaş, “Katılım Bankacılığı Çerçevesinde Alternatif Bir Sigorta Sistemi: Tekafül Sigorta Sisteminin Türkiye’de Uygulanabilirliği”, *Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 16/2, 2016): 115-142.

¹⁴ Olcay Ölçen, “Tekafül Sigortacılığı”, *İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 3/5, (2014): 169-196.

¹⁵ Serdar Acar, *Kulüp Sigortası Protection & Indemty*, 1. bs. (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008), 23 vd.

¹⁶ Mehmet Ali Işık, Sabri Öz, “İslami Finans Alanında Tekafül Sigortası: Türkiye İngiltere Karşılaştırması”, *TURAN-SAM Uluslararası Bilimsel Hakemli Dergisi*, 11/42, (2019): 415-425.

¹⁷ I. Uluslararası Sigortacılık, Bankacılık Finans Sempozyumu İİBF 2018, Katılım Finans Ekonomi Politikası Bildiri Özet Kitapçığı, <http://acikerisim.karatay.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/20.500.12498/1209/iibf2018-ozet-kitabi.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Erişim: 22.08.2020).

Katılımcıların yükümlülüğü, katılım birliği (kulübü) çerçevesinde ortaya çıkabilecek belirlenmiş muhtemel zararların karşılıklılık esasına dayalı olarak giderilmesine tahammül etmektir.

“Karşılıklı Sigorta” 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1402. maddesinde, *“Birden çok kişinin birleşerek, içlerinden herhangi birinin, belli bir rizikonun gerçekleşmesi durumunda doğacak zararlarını tazmin etmeyi borçlanmaları karşılıklı sigortadır...”* şeklinde tanımlanmış ve devamında *“...Karşılıklı sigorta faaliyeti ancak kooperatif şirket şeklinde yürütülebilir.”* denmiştir. 1402. maddenin gerekçesinde ise, *“... Sigortacılığın ilk temellerini oluşturan karşılıklı sigorta, sigorta sözleşmesinin özel uygulanış şeklidir. Yoksa karşılıklı sigortada yapılan sigorta sözleşmeleri ile diğer sözleşmeler arasında hukuki açıdan bir fark bulunmamaktadır.”* İfadesine yer verilmiştir.

Gereğe de ayrıca, *“Maddeye yenilik olarak, Sigorta Murakabe Kanunu’na paralel şekilde karşılıklı sigortanın, kooperatif şirket şeklinde örgütlenmelerde mümkün olabileceği eklenmiştir. Bu noktada birden çok kişinin kendi aralarında bir havuz oluşturarak riski aralarında paylaştırmaları sigorta olarak nitelendirilmeyecektir. Sigortacılık ancak organize edilmiş bir müessese bünyesinde var olabilir. Öncelikle, sigortanın risklerin transferi ve paylaştırılması şeklinde iki işlevi vardır. Belli bir yapı içinde örgütlenmeden, diğer bir ifade ile, sigorta ettirenlerin aynı zamanda sigortacı olarak riski üzerine alması durumunda, risklerin transferi işleminden bahsedilemez. Bu nedenle karşılıklı sigortanın, yapısı gereği kooperatif şekilde yapılanmayı gerektirdiği”* ifade edilmektedir.

“Katılım Sigortacılığının” düşünsel, tinsel ve ahlaki amacı, katılımın hukuki şekli olan “Kooperatif şirketin” üyeleri arasında, sosyal ve ekonomik yardımlaşma, katılım ve karşılıklılık anlayışı içinde riskin neden olduğu zararların bir kişinin üzerinden alınıp bir örgüt yapısı içinde, bir topluluğa dağıtılmasıdır. Bu yönüyle “Katılım Sigortaları”, TTK’nın 1402. maddesinde tanımlanan “Karşılıklı Sigorta” kavramının tüm unsurlarını içinde barındıran, yani yerleşmiş bir hukuk terimi ile “mündemiç” olan bir “karşılıklı sigorta” kolu niteliğindedir.

Katılım Sigortacılığı Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik madde 5’te; “Likitide imkanı” başlığı altında, likitide amacıyla birikim fonundan risk fonuna aktarma yapılmak suretiyle oluşan açığın kapatılabileceği ifade edilmiştir. Bu durum, adı geçen yönetmeliğin “Tanımlar” kenar başlıklı 3. maddesinin (h) bendinde “geçici süreli finansman” yaratmak olarak tanımlanmıştır.

Yine aynı Yönetmeliğin Tanımlar kenar başlıklı 3. maddesinin (e) bendinde “Katkı Primi”, *“Katılımcıların risk fonu yararına ve ortak risk paylaşımı ve dayanışma esasları doğrultusunda riskin karşılanması için ödediği tutar”* olarak tanımlanmıştır.

Bu tanımlardan yola çıkıldığında “Katılım Sigortacılığının” sabit prim karşılığı sigorta değil, mütüel (karşılıklı) sigorta¹⁸ özelliği gösterdiği görülmektedir. Dolayısıyla katılım sigortasının, adı geçen Yönetmelikte vurgulanan özelliklerine bakıldığında, TTK.’nın 1402. Maddesinde belirtilen “Karşılıklı Sigorta” tanımıyla tam bir örtüşme içinde olduğu gerçeği ortaya çıkmaktadır. Yönetmeliğin yukarıda belirttiğimiz hükümleri ayrı ayrı ve bir bütün olarak değerlendirildiğinde, “Katılım Sigortasının” hukuki mahiyetinin TTK’nın 1402. maddesinde tanımlanan “*Karşılıklı Sigortaların*” bir türü olduğu açık olarak görülmektedir.

TTK’nın 1402. madde hükmünden yola çıkarak, *katılım Sigortacılığında “kar amacı güdülmeyişi”* sonucu çıkarılmamalıdır. Katılım sigortacılığındaki karşılıklılık, iki yönlü olarak ortaya çıkmaktadır. Hem ihtiyaç fazlası olarak oluşan katılım fonundan pay alma; hasar bedelini temin etme ve hasar dolayısıyla ortaya çıkan zarara katlanma borcu kapsamında bir karşılıklılığı ifade etmektedir.

Katılımcılardan toplanan katılım payları ile oluşan fonun, zararların karşılanmasında yeterli olmaması durumunda ek prim ödenmesi ile parasal kaynak sağlanması yoluna gidilebilmektedir.

Katılım fonunda biriken primlerin uygun yatırımlara yönlendirilmesi sonucunda elde edilen ve zararlar karşılandıktan sonra yatırım fon havuzunda kalan meblağ, üyelik payları oranında katılımcılara dağıtılmaktadır. Bu durum, ticari riske katlanarak katılım havuzunun uygun alanlarda ticari maksatlarla değerlendirilmesi sonucu oluşan kardan pay alma veya ortaya çıkan zararı paylaşma özelliğinin bir sonucu olarak bir “kar-zarar ortaklığı” şeklinde değerlendirilmektedir¹⁹.

Katılım esaslı ve karşılıklı yardımlaşma ve dayanışma çerçevesinde oluşan birikim ve katılımcı üyelerin ödediği primlerin belirli ticari alanlara ve kıymetlere yatırılması suretiyle kar ve kazanç elde etmek amacı da “*Katılım Sigortacılığının*” temel amaçları arasında yer almaktadır.

Katılım Sigortacılığında sigorta sözleşmesinin, ivazlı ticari bir sözleşme niteliğinde olmayıp, karşılıklı hibe, teberru ya da kefalet akitlerinden sayılabileceği görüşü doktrinde yer almaktadır²⁰. Bu görüşe katılmak mümkün

¹⁸ Katılım sigortacılığının yabancı hukukta bir örneği ve uygulaması olarak, İngiliz - Amerikan Hukuk Sisteminde gemi sahiplerinin bir üyelik bedeli ödeyerek katıldığı ve denizde meydana gelen risklere karşı oluşturduğu “Kulüp Sigortaları” hakkında detaylı bilgi için bkz. Acar, *Kulüp Sigortası Protection&Indemnity*, 23.

¹⁹ Kadir Murat Altıntaş, *Katılım Bankacılığı Çerçevesinde Alternatif Bir Sigorta Sistemi: Tekafül Sigorta Sisteminin Türkiye’de Uygulanabilirliği*, 115-142.

²⁰ Serdar Demirci, “Sigortacılıkta Yeni Bir Yaklaşım: Katılım Sigortacılığı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10/1, (2019): 25-39; Fatih Güçlü, Metin Kılıç, “Katılım Sigortacılığı ve Türkiye’deki Durumu”, II. Uluslararası Ekonomi, Finans ve Ekonometri Sempozyumu Tam Metin Bildiri Kitabı, 2018, II, 301-309.

değildir. Zira katılım sigorta işletmeleri, kar amacı gütmekte ve ülkemizdeki mevcut uygulama ve tarihi süreç bakımından anonim şirket şeklinde faaliyet göstermektedirler.

Yürürlükteki kanuni düzenleme gereği “kooperatif şirket” şeklinde kurulması ve işletilmesi gereken “Katılım Sigortacılığı” faaliyetinde, taraflar arasındaki sözleşmenin “ivazlı bir ticari sözleşme olmadığı” ve ticari bir amaç taşımadığı yolundaki görüşü yerinde bulmadığımızı belirtmek isteriz.

Arapça asıllı “*teberru*” kelimesinin Türkçe sözlük karşılığı “*bağış*” olarak belirtilmiştir. Bağış, bir tarafa borç yükleyen, karşılıksız ve teberru amacı ile yapılan bir sözleşmedir²¹. Katılım Sigortası sözleşmesinde hiçbir şekilde “karşılıksız bir işlem” bir “bağış” veya diğer katılımcılara doğrudan menfaat sağlama amacı yoktur. Karşılıklı yarar esasına dayalı olarak, sigorta sözleşmesinde açıklanan ve şartları belirlenen ticari risk veya risklerin karşılıklı yardım ve dayanışma; yani, karşılıklı katılım; karşılıklı kefalet esasına uygun olarak karşılanmasına tahammül etme istek ve iradesi bulunmaktadır.

Hukuki bakımdan bir tanımlama yapmak gerekirse; “Katılım sigortaları, belirlenen ticari risklerden doğan veya doğacak olan zarar ve kayıplara üyelerinin katılım miktarları ile orantılı olarak katlanma borcu doğuran; bunun karşılığında, katılım birliğinin oluşturduğu ekonomik değerlerin işletilmesi suretiyle oluşan paylaşım havuzundan katılım miktarınca gelir elde etmeyi amaçlayan, kanunen kooperatif şirket şeklinde örgütlenmiş, kendine özgü kuruluş ve çalışma özellikleri olan, katılım sigortası sözleşmesine dayalı olarak işlemler yapan bir karşılıklı sigorta işletmesidir” demek mümkündür.

1.2. Katılım Sigortacılığı Sisteminde Taraflar

Katılım Sigortacılığı faaliyeti, kurulacak yeni katılım sigortası işletmeleri bakımından *sigortacılık faaliyeti yapmasına izin verilmiş* kooperatif şirket şeklinde kurulan ve sigorta şirketi ile sigorta ettiren katılımcılar arasında *tam iki tarafa borç yükleyen* bir katılım sigortası sözleşmesi ile gerçekleştirilebilir.

Katılımcı, katkı primleri ile bunların katılım finans ilkelerine uygun finans piyasa araçlarında kullanılması yoluyla elde edilen gelirlerin değerlendirilmesi; tazminat ve/veya birikim ödemeleri ile yapılan harcama ve giderlerin karşılanması için oluşturulan risk fonuna, riskin ortak paylaşımı, karşılıklılık ve dayanışma esaslarına göre teminat altına alınması amacıyla prim ödeyen kişidir.

Sigorta şirketi ise, geçiş dönemi olarak nitelendirdiğimiz mevcut duruma göre, anonim şirket şeklinde kurulmuş sigortacılık faaliyeti yürütmesine izin verilmiş katılım sigorta şirkettir.

²¹ Detaylı bilgi için bkz. Sermet Akman, Atilla Altop, Haluk Burcuoğlu, Ünal Tekinay, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7.bs., (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993), 53-54.

Katılım sigortalarının bir karşılıklı sigorta türü olması hukuki gerçeğinden hareket ederek, hukuki niteliğine uygun, olması gereken teşkilat yapısı bakımından ise, kanunlarımızda açıkça belirtildiği gibi belli üye sayısına sahip “Kooperatif Şirket” şeklinde kurulmuş katılım sigorta şirkettir.

1.2.1. Karşılıklılık Esasına Dayalı Katılım Sigorta Şirketlerinin Kooperatif Yapıda Örgütlenme Şartı

TTK’nın 1402. maddesi, karşılıklı sigortanın tanımını yaptıktan sonra karşılıklı sigorta faaliyetinde bulunabilecek şirketleri “kooperatif şirket” yapısına sahip olan şirketlerle sınırlandırarak karşılıklı sigorta faaliyetine ilişkin bir kuruluş şekli belirlemiş ve bir yetki sınırı öngörmüştür.

Sigortacılık Kanunu madde 3/f.3 ve 4 ile kooperatif yapılanması şeklinde kurulan şirketler açısından ikili bir sistem kabul edilmiştir.

Buna göre “Katılım Kooperatif Şirketleri”, hem üyeleri hem de üyeleri dışındaki kişilerle sözleşme akdeden şirketler ve sadece üyeleri ile sözleşme akdedip üyeleri dışındaki kişilerle sözleşme akdetmeyen şirketler olarak ikili şekilde yapılabilmektedir. Adı geçen kanun hükmü ile hem kapalı ve hem de açık nitelik gösteren kooperatif şirketlerin karşılıklı sigorta işlemi yapmalarına hükmedilmiştir²².

Üyeleri dışındaki kişilere de açık, kooperatif şirket şeklinde kurulmuş katılım sigorta şirketleri için ise aynı maddenin 4 numaralı bendinde, kamu güveni ve sigorta katılımcılarının menfaatlerinin korunması bakımından ayrıca bazı ek yükümlülükler getirilmiştir²³:

3.6.2007 tarihli ve 5684 sayılı *Sigortacılık Kanunu*’nun 3. maddesinde, “*Türkiye’de faaliyet gösterecek sigorta şirketleri ile reasürans şirketlerinin anonim veya kooperatif şirket şeklinde kurulmaları şarttır*” denilmektedir. Aynı maddenin 4’üncü fıkrasında ise, “*Kooperatiflerin üyeleri dışındaki kişilerle sigorta sözleşmesi yapabilmesi, bu hususun ana sözleşmelerinde açıkça yer alması şartıyla Müsteşarlığın iznine tabidir. Kooperatif üyeleri dışındaki kişilerle sigorta sözleşmesi yapılabilmesi için kooperatiflerin sermayelerini, Müsteşarlıkça belirlenecek miktara yükseltmesi zorunludur*” hükmü yer almaktadır.

Sigortacılık Kanunu açıkça bize göstermektedir ki; ister kapalı şekilde karşılıklılık esasına göre çalışmak üzere kurulmuş olsun; isterse üyeleri dışındaki kişilerle de katılım sigorta sözleşmesi yapmak üzere ana sözleşmesinde hüküm yer almış olsun, “*Katılım Sigortası*” işletmelerinin “*Kooperatif Şirket*” şeklinde kurulması TTK 1402. maddesinden kaynaklanan bir zorunluluktur.

²² 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu madde 3/f.3-a

²³ *Katılım Sigorta Şirketlerinin mevcut yapış, işleyişi ve pencere sistemi hakkında bilgi için bkz. Yasin Laçınbala, Hilmi Ünsal, “Katılım Sigortacılığında (Tekafül) Pencere Sistemi”nin Değerlendirilmesi*, *Sosyoekonomi Dergisi*, 27/42, (2019): 181-202.

Türkiye uygulamasında, geleneksel sigorta şirketleri, katılım sigortacılığı faaliyeti yürütebilmek için ayrı bir “*Kooperatif Şirket*” kurulmadan, daha önce gerçekleştirilmiş tek bir anonim şirket çatısı altında hem geleneksel, hem de katılım sigortacılığı işlemleri yapabilmekte idiler. Bu durum büyük ölçüde bugün de devam etmekte olan bir uygulama olarak görülmektedir. Bu usule uygulamada “*pencere sistemi*” denmektedir²⁴.

Ancak aşağıda detaylıca yer verileceği üzere, *Katılım Sigortacılığı Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik*, pencere sistemi ile katılım sigortacılığı faaliyeti yürüten sigorta şirketlerinin faaliyetini, Yönetmeliğin yayım tarihinden itibaren üç yıl ile sınırlamış ve bunun iki yıl daha uzatılabileceğine hükmetmiştir.

Geleneksel Sigortacılık faaliyeti yapan şirketlerin, kooperatif şeklinde ayrı bir katılım sigortacılığı şirketi kurmaksızın, tek bir şirket çatısı altında *pencere sistemi* ile “*Katılım Sigortacılığı*” faaliyeti yürütmesine bu Yönetmelikle, 2020 yılı “Aralık” ayı sonuna kadar süre tanınmış olup bu tarihten sonra ise *pencere sistemi* ile “*Katılım Sigortacılığı faaliyeti*” yasaklanmış olmaktadır.

Bu durumda “...Karşılıklılık esasına dayalı olarak katılım sigortacılığı faaliyeti” yürütmek isteyen daha önce kurulmuş ve faaliyet gösteren sigorta şirketlerinin *Türk Ticaret Kanunu*, *Sigortacılık Kanunu*, *Kooperatifler Kanunu* ve *Katılım Sigortacılığı Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik* hükümlerine göre, “*Kooperatif Şirket*” şeklinde bir yapılanmaya gitmeleri ve şirketin türü, yapısı ve özellikleri bakımından bir dönüşüm gerçekleştirmeleri gerekecektir.

Türk uygulamasında, benzer şekilde, “Deniz Ticaret Hukuku Sigorta Sözleşmelerinden” olan “*Kulüp Sigortası*” faaliyetlerinin, faaliyete konu sözleşmenin karşılıklı sigorta olmasına²⁵ rağmen, anonim şirket yapısında kurulmuş olan *Türk P&I Sigorta Anonim Şirketi* tarafından yürütüldüğü görülmektedir. Türk P&I Sigorta Anonim Şirketinin, kazanılmış bir hakkı olmasına rağmen, gerek TTK m. 1402 gerekse 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu m. 3 gereği karşılıklı sigorta faaliyetinde bulunması için intibak süresi içinde kooperatif şirkete dönüşmesi uygun olacaktır²⁶.

1.3. Katılım Sigortacılığı Sisteminde Yönetim ve İşleyiş Modelleri

Yukarıda da ifade edildiği üzere, sigortacılık faaliyeti yürütmesine yasal olarak izin verilmiş ve anonim veya kooperatif şirket şeklinde kurulmuş

²⁴ Laçınbala ve Ünsal *Katılım Sigortacılığında (Tekafül) Pencere Sistemi'nin Değerlendirilmesi*, 181-202, 2019; Hadin *Katılım Sigortacılığı Yönetmeliği Perspektifinde İslami Sigortacılığın Gelişimi*, 59-71.

²⁵ S. Didem Algantürk, “Kulüp Sigortası”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul 2000), 113.

²⁶ Göktuğ Burucuoğlu, “Kulüp Sigortası Çerçevesinde Eşyanın Zıyı veya Hasarı Halinde Teminatın Kapsamı”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara 2019), 26.

sigorta şirketi; “mudarebe”, “vekalet” veya “mudarebe/vekalet karması (hibrit) model”; yahut danışma komitesinin onaylayacağı başka bir modele göre faaliyet yürütebilir.

Ancak sigorta şirketinin hangi yönetim modeli ile faaliyet gösterdiğinin sigorta sözleşmesinde açık bir şekilde ifade edilmiş olması; katılımcılar ile sigorta şirketi arasında mudarebe modeli varsa, paylaşıma ilişkin oranların, vekalet modelinde ise, vekalet ücretinin sigorta sözleşmesi öncesinde belirlenmesi gerekmektedir²⁷.

1.3.1. Mudarebe Modeli

“Mudarebe Şirketi” esasına dayalı bir sistemdir. “Mudarebe Şirketi”; İslam ticaret hukukunda, bir tarafın emek ve diğer tarafın ise sermaye koyarak oluşturdukları; mudaribin, emek sahibi yönetici ortağın kendine tevdi edilen sermayeyi belirlenen bir iş ve faaliyet alanında işleterek elde edilen karın veya uğranılan zararın, sözleşmede belirlenen esaslar çerçevesinde paylaşılmasına dayalı olarak meydana getirilen ve işletilen bir şirket türüdür.

Mudarebe modelinde, kar ve zararın poliçe sahipleri arasında paylaştırılması esastır. Sigorta Şirketi, tüzel kişiliği haiz ve katılım sigorta fonunun yönetiminden sorumlu girişimci konumundadır²⁸. Masraflar ve zarar ödemeleri düşüldükten sonra havuzda kalan meblağ uygun ticaret ve finans araçlarında değerlendirilmek şartıyla yatırıma dönüştürülmektedir. Sermayeyi sağlayan katılımcı ve girişimci olmak üzere iki temel grup olduğu söylenebilir²⁹.

Girişimciye *tekafül operatörü/katılım sigorta şirketi* demek de mümkündür. Tekafül operatörü ile sermayedarların oluşturduğu katılımcı grup esas olarak *joint venture* temelinde emek-sermaye girişimi olarak kar-zarar paylaşımı esasına göre ile faaliyette bulunmaktadır.

1.3.2. Vekalet Modeli

Tekafül operatörü sigorta şirketi katılımcının vekili gibi hareket eder. Fon yatırımları, yönetim giderleri ve masraflar yatırımcılara aittir. Katılımcıların ödediği primler bu yönetim modelinde operatörün parayı kullanma konusundaki bilgi, beceri ve kısaca Know- How portföyüne teslim edilir. İşlemler sonrasında elde edilen karın tamamı katılımcılara aittir.

Tekafül operatörü ve katılımcılar arasında mudarebeye ilişkin bir sözleşme olmadığı için, kâr ya da zarar şirkete yansıtılmamaktadır. Operatöre, katılımcılara vekaleten sunduğu hizmet için vekalet ücreti ödenir.

1.3.3. Vekalet/Mudarebe Karması (Hibrit) Model

Karma yönetim modeli “Mudarebe” ve “Vekalet” modelin birleşiminden oluşan karma bir yönetim modelidir. Tekafül operatörü katılım sigorta şirketi,

²⁷ Demirci, *Sigortacılıkta Yeni Bir Yaklaşım: Katılım Sigortacılığı*, 25-39.

²⁸ Demirci, *Sigortacılıkta Yeni Bir Yaklaşım: Katılım Sigortacılığı*, 25-39.

²⁹ Ölçen, *Tekafül Sigortacılığı*, 169-196.

risk fonu yönetimi ve sigorta ile ilgili teknik işlemleri yürütme konusundaki faaliyeti sebebiyle vekalet ücreti almakta ve tıpkı vekalet modelinde olduğu gibi katılımcılara vekalet etmektedir.

Bu yönetim modelinde operatör sigorta şirketi ile katılımcılar arasında önceden belirlenmiş bir oran üzerinden kar paylaşımı yapılır. Katılım sigorta şirketi, sigortacılık faaliyeti ile ilgili vekalet yöntemi; mali işlemlere ilişkin ise mudarebe yöntemi olmak üzere karma bir modelle yönetilmektedir.

2. Türk Hukuku’nda Katılım Sigortacılığı Uygulaması ve Tarihi Gelişimi

Türk mevzuatında sigorta işletmeciliğinin birincil nitelikteki kaynağı 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Sigorta Hukuku’nu düzenleyen 6. Kitabıdır. Bunu Sigorta Murakebe Kanunu, 2007 tarihli Sigortacılık Kanunu, 2017 tarihli Katılım Sigortacılığı Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik ve Hazine Müsteşarlığı tarafından çıkartılan 2017/22 sayılı Katılım Sigortacılığının Uygulanmasına İlişkin Genelge takip etmektedir.

Katılım Sigortası kuruluşlarının, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanun’u, Sigorta Murakebe Kanunu ve Sigortacılık Kanunu’nun öngördüğü şartlarda “Kooperatif Şirket” yapısını kazanarak, bu yapı içinde örgütlenmesini gerçekleştirinceye kadar, ikincil mevzuat niteliğindeki yönetmeliklerle düzenleniyor oluşu uygulamada bir geçiş dönemi olarak kabul edilebilir.

Katılım Sigortacılığı, ikincil mevzuat niteliğinde *Katılım Sigortacılığı Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik* ile düzenlenmiştir. Katılım Sigortacılığı faaliyetinin 6102 sayılı TTK ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu kapsamında geleneksel sigortacılık faaliyetleri ile aynı hukuki kurallara tabi olması teoride ve uygulamada pek çok soruna neden olabilecektir. Örnek olarak, risk fonunun sigorta şirketinin malvarlığından ayrı tutulmaması ve sebeple hacze ve rehine konu olabilmesinin hukuki hiçbir engelinin olmayışını gösterebiliriz. Bu kadar önemli bir konuda anılan Yönetmelikte hüküm bulunmuyor olması önemli bir eksiklik sayılabilir.

19.12.1985 tarihli 18256 Resmi Gazete numaralı, Özel Finans Kuruluşları (ÖFK) Kurulması Hakkında 83/7506 sayılı *Bakanlar Kurulu Kararnamesi* ile Türkiye’de ilk defa faizsiz finans kurumlarının faaliyette bulunmasına izin verilmiş ve bu kurumlara “Özel Finans Kurumları” denmiştir.

1983 tarihli ve 83/7506 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi ve faizsiz çalışma prensibi ile kurulan Özel Finans Kurumları, 2005 tarihli 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu ile isim değişikliğine uğrayarak “*Katılım Bankaları*” olarak adlandırılmış ve bu kurumlara mahsus “Güvence Fonu”, “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’na” devredilerek Bankacılık Kanunu kapsamına alınmıştır³⁰.

³⁰ Rüveyde Ebru Türkmenoğlu, “Katılım Bankacılığı ve Türkiye’deki Finansal Yapı”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Ana Bilim Dalı, 2007), 28-34.

Katılım Bankalarının temeli, yukarıda belirtilen Bakanlar Kurulu Kararnamesine dayanmaktadır. Bu kararnamenin tanımlar başlıklı bölümünde “Katılma Hesabı”; *Kar ve zarara katılma hakkı veren hesap* olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla Katılma Bankalarının faaliyetlerinde *karşılıklılık ve faiz yasağı* hususlarının altı çizilmiştir.

Karşılıklılık esas ve faizsiz sisteme dair gerçekleştirilen bu düzenlemeler, “Katılım Sigortacılığına” da hukuki zemin hazırlamıştır.

Birincil mevzuat niteliğindeki *Türk Ticaret Kanunu* ve *Sigortacılık Kanunu*’nda katılım sigortacılığı tanımına yer verilmemektedir. Ancak TTK’nın 1402. maddesinde *karşılıklı sigorta* tanımına yer verilmektedir. Sigortacılık Kanunu’nda ise *Sigorta Şirketlerinin ve Reasürans Şirketlerinin Kuruluşu* başlıklı 3. maddenin 2. fıkrasının 3/a bendinde karşılıklı sigortaya yer verilmiştir.

2017 tarihli *Katılım Sigortacılığı Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik* ve *2017/22 sayılı Hazine Müsteşarlığı Genelgesi*’ne kadar Katılım Sigortacılığı ile ilgili doğrudan bir yasal düzenleme bulunmamakta idi. Katılım sigortacılığının da geleneksel sigortacılık gibi Sigortacılık Kanunu’ndaki hükümlere tabi kılındığını belirtmek isteriz.

2.1. Türkiye’de Faaliyet Gösteren Katılım Sigorta Şirketlerine Bir Bakış

Türkiye’de 2018 yılı itibarıyla pencere sistemi ile faaliyet gösteren dört adet şirketten üçü (Ziraat Sigorta AŞ / Ziraat Hayat Emeklilik AŞ / Vakıf Hayat Emeklilik AŞ) kamunun şirketidir. Dolayısıyla, pencere şirketler için Yönetmelikte belirtilen süre (3+2 yıl) dolmadan söz konusu şirketlerden ayrı olarak, Katılım Sigortası Kooperatif şirketlerine dönüşmesi gerekecektir. Katılım Sigortacılığı alanında faaliyet gösteren şirketlerin kuruluşu ayrı bir mevzuat olmadığından Sigortacılık Kanunu ve ilgili mevzuat hükümlerine göre olacaktır³¹. Buna göre, şirket hayat ve hayat dışı faaliyet gruplarından sadece birinde faaliyet gösterebilecektir. Hayat dışı sigorta grubunda faaliyet göstermek için ruhsat başvurusunda bulunmak isteyen bir katılım sigorta şirketinin sadece ruhsat maliyeti; tüm sigorta kolları dâhil 11,6 milyon TL iken, hayat grubunda faaliyet gösterecek sigorta şirketinin ruhsat maliyeti ise, tüm sigorta kolları dâhil 11 milyon TL olacaktır³². Ruhsat maliyetine ek olarak, ayrı bir şirket kurulumu için katılım sigorta şirketleri yüksek sabit maliyetlerle de karşı karşıya kalacaklardır.

³¹ 3.6.2007 tarihli ve 5684 sayılı *Sigortacılık Kanunu*, (2007/4) sayılı *Sigorta Branşları İçin Öngörülen Sermaye Tutarlarına İlişkin Genelge* ile (2012/13) sayılı 2007/1 Sayılı *Sigorta Branşları İçin Öngörülen Sermaye Tutarlarına İlişkin Genelgede Değişiklik Yapılmasına İlişkin Genelge*

³² Laçınbala ve Ünsal, *Katılım Sigortacılığında (Tekafül) Pencere Sistemi’nin Değerlendirilmesi*, 190.

2.2. Katılım Sigortacılığı Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikle Getirilen Düzenlemeler

Türkiye’de katılım sigortacılığına ilişkin ilk mevzuat düzenlemesi 20 Eylül 2017 tarihinde Hazine Müsteşarlığı tarafından çıkarılan ve 30186 sayılı Resmi Gazete ile yayımlanan *Katılım Sigortacılığı Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik*’tir³³. Yönetmelik, *Yürürlük* başlıklı 11. maddesi gereği yayım tarihinden itibaren üç ay sonra 20 Aralık 2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu yönetmeliği, Hazine Müsteşarlığı tarafından çıkartılan 2017/22 sayılı *Katılım Sigortacılığının Uygulanmasına İlişkin Genelge* takip etmektedir³⁴.

Yönetmelikte, faiz yasağına ilişkin açık hüküm bulunmamakla birlikte, “*katılım finans ilkelerine uygun olma*” ifadesi ile 19.12.1985 tarihli 18256 Resmi Gazete numaralı, Özel Finans Kuruluşları (ÖFK) Kurulması Hakkında 83/7506 sayılı *Bakanlar Kurulu Kararnamesi*’ne atıf yapılmıştır. Yatırımların hangi finans araçlarında kullanılabileceğine ilişkin olarak da aynı terim kullanılarak faizsiz finans araçları işaret edilmiştir.

Adı geçen Yönetmelik dört bölüm ve on iki maddeden oluşmaktadır. İlk bölümde amaç kapsam ve tanımlara yer verildikten sonra, ikinci bölümde sırayla, yönetim modelleri, likitide imkanı, fonların ayrıştırılması, bakiye iadesi ve değerlendirilmesi ile son olarak danışma komitesi ve faaliyetleri başlıkları altında Katılım Sigortacılığının esasları düzenlenmiştir. Üçüncü bölümde şeffaflık ve bilgilendirme ile veri paylaşımı başlıkları altında bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin esaslar belirlenmiştir. Son bölüm olan dördüncü bölümde ise, geçiş ve yürürlük hükümlerine yer verilmiştir.

Yönetmelikte, katılımın ve karşılıklı, dayanışma ve tekafulün ayırt edici kuralları ile paralel şekilde; katılımcıların hem sigortacı hem sigortalayan sıfatını haiz olması, kar ve zararın katılımcıların üzerinde olması; mudarebe, vekalet ve karma yönetim modelleri ile tarafların belirleyeceği diğer yönetim modellerine olanak tanınması, danışma komitesi bulunması ve katılım finans ilkelerine yapılan atıfla, yatırımların faiz dışı finans araçlarında değerlendirilmesi ve genel olarak faiz yasağı gibi zorunlu düzenlemelere yer verilmiştir.

3. Geleneksel Sigortacılık ile Katılım Sigortacılığı Arasındaki Farklar

Her iki sigorta sisteminde de temelde riskin sigortalanması amacı güdülmektedir. Her iki sigortacılık faaliyeti için de bilgi sistemleri, teknik ve insan kaynakları donanımı, yeterli sermaye vb. gereklilikler asli değerdedir.

Konvansiyonel sigortacılıkta sigortalıların sigorta şirketi ile akdettikleri

³³ <https://www.tsb.org.tr/Document/Yonetmelikler/KATILIM%20S%C4%B0GORTACILI%C4%9EI%20%C3%87ALI%C5%9EMA%20USUL%20VE%20ESASLARI%20HAKKINDA%20Y%C3%96NETMEL%C4%B0K-EK.pdf> Erişim 15.08.2020.

³⁴ https://www.tsb.org.tr/images/Documents/Katirim-Sigortaciliginin-uygulanmasina-iliskin_genelge.pdf (Erişim: 15.08.2020).

sigorta sözleşmesi en temelde bir satın alma sözleşmesidir. Her iki tarafa borç yükleyen sözleşmede sigortacının asli edimi, risk gerçekleştiğinde, riskin sebep olduğu zararın tazmini iken, sigortalının asli edimi sigorta primi ödemesidir. Oysa Katılım Sigortası sözleşmesindeki temel ilişki katılım sigorta şirketi ile yapılan katılım ve karşılıklılık esasına dayalı sigorta sözleşmesi ve kar-zarar sözleşmesinin birleşmesinden oluşan karma niteliğe sahip bir sözleşmedir.

Katılım Sigortacılığında gönüllülük esası benimsenmiştir. Ancak buna rağmen katkılar ve primler yukarıda izah ettiğimiz nedenler gereği doktrinde bir görüşün aksine³⁵ bağış olarak adlandırılmaz. Geleneksel sigorta sistemi ile paralel olarak ödenen primleri, katılımcı veya üye niteliğini kazanan kişilerin sözleşmeden doğan bir edimi olarak değerlendirmek gerekir.

Geleneksel sigortacılıkta risk sorumluluğu tamamen sigorta şirketine aittir. Oysa katılım sigortacılığında katılımcıların riski, katılım fonuna aktarılmaktadır. Başka bir deyişle tüm katılımcılar risk sorumluluğunu taşımakta ve birbirlerine risk anlamında kefil olmaktadır. Konvansiyonel Sigortacılıkta riskin profesyonel risk taşıyıcısına transfer edilmesi söz konusu iken, katılım sigortacılığında riskin katılımcı üyeler arasında dağıtılması esası benimsenmiştir. Katılım Sigortacılığında yatırımlar sebebiyle elde edilen kar, masraf ve tüm zararlar düşüldükten sonra, devam eden senelerde katkı primlerinin düşürülmesi için kullanılabileceği gibi ihtiyat fonu olarak da ayrılabilir veyahut da tamamen ya da kısmen yatırımcılar arasında paylaştırılabilir.

Katılım sigortacılığında kar ve zarar ortaklığı esası gereği yılsonu kazancı ve fon fazlasında yatırımcıların ortak sahipliği mevcuttur. Konvansiyonel sigorta sisteminde ise rezerv ve prim fazlası sigorta şirketine aittir. Konvansiyonel sigortacılıkta primlerin geç ödenmesi durumunda faiz işletilmesi ve prim havuzunda biriken fonun faizli finans piyasası araçlarında değerlendirilebilmesi mümkün iken katılım sigortacılığında hiçbir şekilde faiz işletilemez ve birikimler faizli finans araçlarında yatırıma dönüştürülemez.

Konvansiyonel sigortacılıkta sigorta şirketinin yıllık bilanço ve gelir tablosu varken, katılım sigortacılığında yatırımcıların katkı payları ve yatırımlardan elde edilen kar için iki ayrı hesap tutulmaktadır.

4. Türkiye’de Katılım Sigortası Pazarı ve Gelişimi

Uluslararası hukukta, “...sigorta sektöründe faaliyette bulunabilmek için, büyük yatırım yapılması, uygun bir “Know-How” ın ve yeterli insan kaynağının kullanılması gerektiği...” genel olarak kabul edilmiştir³⁶. Buna

³⁵ Mehmet Asutay, A. Khalil Tolefat, 48 (2013), aktaran Hakan Aslan, Muhammed Emin Durmuş, “İslami Sigortacılık (Tekafül): Yöneticilerin Perspektifinden Türkiye Uygulaması”, Uluslararası İslam Ekonomisi ve Finansı Kongresi, 21-23 Ekim (2015), 20-21.

³⁶ Detaylı bilgi için bkz. Avrupa Komisyonu 1998 tarihli *Commission Decision Comp/M.1082-Alliance/ AGF* Kararı.

göre, ister katılım sigorta şirketi, ister geleneksel sigorta şirketi olsun, bu alanda faaliyet gösterebilmesi, taşıdığı büyük risk sebebiyle, yeterli teknik altyapı ile insan kaynağı ve ciddi bir sermayeye sahip olmasını zorunlu kılmaktadır.

Gerek katılım sigortacılığı ve gerekse geleneksel sigortacılığın Türkiye’de dünyadaki örneklerle kıyaslandığında yeteri kadar gelişmemiş olduğu değerlendirilmektedir. Bunun disiplinler arası pek çok nedeni olmakla birlikte sigorta ettirmenin gereksiz bir masraf ve lüks olarak algılanması, gelir seviyesi ve alım gücünün düşük olması, nakit para akışı yerine, kredili satış ile ticaretin yürütülüyor olması, sigorta şirketlerinin yukarıda anılan kararda değinilen kaynaklarına yeterince yatırım yapmıyor olması gibi sebepler, bu piyasa darlığının sebepleri olarak gösterilebilir³⁷.

4.1. Türkiye’de Katılım Sigortası Pazarı ve Katılım Bankaları İlişkisi

Mevzuatımızda “Katılım Sigortacılığına” ilişkin ilk düzenleme daha önce de ifade ettiğimiz üzere, 20 Eylül 2017 tarihli, kısaca “*Katılım Sigortacılığı Yönetmeliği*” olarak nitelendireceğimiz Yönetmelik’ tir. Anılan Yönetmeliğin yayımlanmasından sonra Türkiye Sigorta Birliği, 2018 yılının ilk çeyreğinde sekiz şirketin 400 milyar TL katılım sigorta primi ürettiği bilgisini açıklamıştır³⁸. 2015 Dünya Sigorta Raporu’na göre toplam prim üretimi 4,5 Trilyon Dolar olmuştur. Bunun 1,468 Trilyon Doları Avrupa ülkelerine aittir. Açıklamada Türkiye, prim üretimi sıralamasında 11,140 Milyon Dolar ile 19. Sırada yer almaktadır.

Türk Sigortacılık sektöründe 2019 yılının ilk 10 ayında, 2018 yılına göre genel görünümünün değişmediği ve prim üretiminin yaklaşık %85’inin hayat dışı sigorta dallarında geldiği, buna karşın büyüme görünümünün tamamen değiştiği ve hayat sigortası kolunda geçen yılın aynı ayına göre yüzde 47 fazla prim üretimi sağlandığı ve toplamda artışın %24 seviyesinde gerçekleştiği tespit edilmiştir³⁹.

“Sektörel Bakış 2020 Analiz Raporunda”, önümüzdeki yılların fırsatlarından birinin de “Katılım Sigortası” alanında olacağı tespiti yapılmıştır⁴⁰. Rapora göre, dünyada bu alandaki toplam prim üretimi 20 milyar doları aşmaktadır. Pazarda Suudi Arabistan, İran ve Malezya egemen görünmektedir. Bu Ülkelerin şirketleri toplam üretimin %85’ini gerçekleştirmektedir. Bu tutar, toplam sigortacılık prim üretiminin sadece binde 4’üdür. İslami finansal piyasaların büyüklüğü düşünüldüğünde, ihtiyaca rağmen katılım sigortasının yeterince

³⁷ Çiğdem Çetin, Haşim Özudoğru, “Türkiye’de Sigortacılıkta Güncel Sorunlar”, *Üçüncü Sektör Sosyal Ekonomi Dergisi*, 50/2, (2017): 57-70.

³⁸ Işık ve Öz, İslami Finans Alanında Tekafül Sigortası: Türkiye İngiltere Karşılaştırması, 415-425.

³⁹ KPMG Sigortacılık Sektörel Bakış 2020 <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/tr/pdf/2020/01/sektorel-bakis-2020-sigortacilik.pdf> (Erişim: 24.08.2020).

⁴⁰ KPMG Sigortacılık Sektörel Bakış 2020 <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/tr/pdf/2020/01/sektorel-bakis-2020-sigortacilik.pdf> (Erişim: 24.08.2020).

gelişmediğini ve çok önemli bir büyüme potansiyeli barındırdığı açıkça ifade edilebilecektir.

Sigortacılık, Avrupa ve Amerika gibi gelişmiş ülkelerde, sermaye birikimine ve bu sermayenin başka verimli alanlara aktarılmasına katkı sağlayan bir sektördür⁴¹. Geniş katılım ile yaratılan artı değer başta alanlarda kullanılmasının ülke ekonomisinin büyümesine olumlu yansımaları olacağı söylenebilir⁴².

Finansal gelişmişlik ve ekonomik büyümenin gelişmiş finansman piyasaları ile mümkün olduğu bilinci ile Türkiye’de İstanbul’un konumuna uygun olarak dünyadaki sayılı finans merkezlerinden biri olması konusunda çalışmalar sürdürülmektedir.

Ekonomileri ayakta tutan temel unsur artı değer yaratılması ve bu artı değerın kullanılacağı yeni faaliyet alanları ve pazarların geliştirilmesidir. Bu sebeplerle güçlü bir ekonominin temininde etkin bir finansman piyasa aracı olarak sigorta sistemi önemli bir role sahiptir. Bu manada, doktrinde de belirtildiği üzere, ülkemiz açısından sigorta sisteminin geliştirilmesinin devlet politikası içine alınması gerekmektedir⁴³.

Gelişmiş ülkelerde, sigorta şirketlerinin bankalardan daha güçlü konumda ve bankaların sahibi olduğu görülmektedir. Ülkemizde ise bu durumun tam aksine, sigorta şirketleri daha çok bir banka veya holdinglerin yan kuruluşu şeklinde faaliyet göstermektedir. Dolayısıyla bu durumun haksız rekabete yol açtığı ve bankaların kredi temini işlemlerinde, hayat sigortası ve diğer sigortaları satma şartı koşmasının, sigorta şirketleri açısından haksız rekabet oluşturduğu doktrinde ifade edilmektedir⁴⁴.

Geleneksel sigortacılık faaliyetinde “Mevduat Bankalarının” rolü ve etkisi ne ise katılım sigortacılığı için de “Katılım Bankalarının” aynı etkiye sahip olduğu görülmektedir. Katılım sigortası yapan pek çok şirketin bir katılım bankasının yan kuruluşu olduğu ve Türkiye’de katılım sigortacılığının kat ettiği yolun büyük oranda “Katılım Bankacılığının” gelişimi ile doğru orantılı olduğu görülmektedir⁴⁵.

Türkiye’de 01.01.2018-31.05.2018 tarihleri arasındaki veriler incelendiğinde katılım sigortası akdeden 8 adet şirket bulunmaktadır⁴⁶. Yine aynı verilere göre bu dönemler arasında Katılım Sigortacılığının toplam prim üretimi 742 milyar

⁴¹ Çetin ve Özudoğru, *Türkiye’de Sigortacılıkta Güncel Sorunlar*, 57-70.

⁴² Fatma Kutlu Gündoğdu, Müge Çetiner, Selda Eke, “Kredili Satışlarda Kredi Riskinin Transferi, Kredi Sigortasının Ekonomik Büyümeye Etkisinin İncelenmesi Türkiye Örneği”, *Finans Ekonomi ve Sosyal Araştırma Dergisi*, 3/4, (2018): 779.

⁴³ Çetin ve Özudoğru, *Türkiye’de Sigortacılıkta Güncel Sorunlar*, 57-70.

⁴⁴ Çetin ve Özudoğru, *Türkiye’de Sigortacılıkta Güncel Sorunlar*, 57-70.

⁴⁵ Hadin, Katılım Sigortacılığı Yönetmeliği Perspektifinde İslami Sigortacılığın Gelişimi, 59-71.

⁴⁶ Demirci, *Sigortacılıkta Yeni Bir Yaklaşım: Katılım Sigortacılığı*, s.25-39.

TL civarında gerçekleşmiştir. Aynı dönemde geleneksel sigortacılığın toplam prim üretimi 23,5 trilyon TL'yi bulmuştur. Bu veriler ışığında toplam sigorta prim üretimi içerisinde katılım sigortacılığı prim üretim oranının %3 gibi çok düşük bir orana tekabül ettiği görülmektedir.

5. Katılım Sigortacılığının Çek Hukuku'na Uygulanabilirliği ve Katılımcıların Düzenlediği Çek Bedellerinin Karşılıksız Kalma Riskine Karşı Hukuki, Sosyal ve Ekonomik Bir Çözüm Olarak Önemi

5.1. Türkiye'de Karşılıksız Çekle Yapılan Ödemelerin Ekonomik Büyüklüğü ve Ticaret Hayatında Çeke Güven Sağlanmasının Önemi

Bilindiği üzere 09.08.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6728 sayılı yasa ile 5941 sayılı Çek Kanunu bir kez daha değiştirilmiş ve “Çekle ilgili karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebep olmak” eylemi yeniden suç olarak tanımlanmış ve bu pek çok tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Yeni düzenlemeye göre, bu suça istinaden açılan davaların İcra Mahkemesi'nde görüleceği ve İİK'da düzenlenen yargılama usulünün uygulanacağı ifade edilmiştir (5942 sayılı ÇekK m. 5).

Yıllar itibariyle istatistiklere bakıldığında 2011 yılında 580.923 adet ve 11 milyar 512 milyon TL; 2012 yılında hapis cezasının kalkmasıyla birlikte, 943.090 adet ve 20 milyar 980 milyon TL; 2013 yılında 747.908 adet ve 18 milyar 072 milyon TL; 2014 yılında 673.612 adet ve 19 milyar 921 milyon TL; 2015 yılında 775.575 adet ve 27 milyar 278 milyon TL ve 2016 yılı Eylül itibarıyla 595.383 adet ve 20 milyar 497 milyon TL tutarında çekin karşılıksız kaldığı tespit edilmiştir⁴⁷.

Çekin karşılıksız çıkmasının piyasada domino etkisi yaratarak zincirleme mağduriyetlere yol açtığı bilinmektedir. Bir örnek vermek gerekirse; borçlusundan aldığı çeke güvenerek üçüncü kişi ile örneğin bir mal tedariki veyahut eser sözleşmesi imzalayan alacaklı, çekin vadede karşılıksız çıkması üzerine üçüncü kişi ile akdettiği sözleşmede ifadan kaçınmaya yönelebilecek ve bu durumda *etkin ihlal* kavramı tartışmaları gündeme gelebilecektir⁴⁸.

Bilindiği üzere çekin karşılıksız çıkmasının önüne geçebilmek adına pek çok defa kanun değişikliği yapılmış ve çeke duyulan güven korunmak istenmiştir⁴⁹. Esasında çeke duyulan güven doğrudan kamu güveni ile ilgilidir ve ekonomik hayatın devamlılığı ve istikrar açısından bu güvenin korunması

⁴⁷ <https://www.riskmerkezi.org/tr/>, (Erişim: 24 Mart 2020).

⁴⁸ Etkin ihlal ile ilgili detaylı bilgi için bkz Kerem Cem Sanlı, “Borca Aykırı Davranış Ekonomik Açından Etkin Olabilir mi? Türk Hukuku Açısından Bir Değerlendirme”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 30/3, (2014): 95-173.

⁴⁹ İzzet Özgenç, Çek Kanunu, 7061 sayılı Kanunla Yapılan Değişikliğe Göre Güncellenmiş 7. bs., (Ankara: Seçkin Hukuk, 2018), 5-17.

oldukça önemlidir⁵⁰. Dünya ekonomisini, Kovit-19 salgınından önce, 2000 ve 2001 yıllarında etkileyen ekonomik krizin nedenleri araştırılırken en çok ortaya konan ve tartışılan kavram “güven eksikliği” olmuştur⁵¹.

Ekonomi otoriteleri, ekonominin büyümesinde ve gelişmesinde “sosyal sermaye” olarak adlandırılan ve aralarında kan bağı, etnik kimlik veya cemaat bağı bulunmayan insanlar arasındaki karmaşık, değişken ve şekilsiz ekonomik ilişki ağlarının son derece önemli etkisi olduğunu savunmaktadırlar⁵².

Yukarıda izah edilen nedenlerden ötürü, karşılıksız çek çekme sorunu, çekin kamu güvenini haiz bir belge olması sebebiyle ekonomik istikrara ve “kamu güvenine”⁵³ zarar vermektedir. Bu sebeple kamu otoritesinin sorunu çözme noktasında “Sigorta Hukuku” öğretisinden yararlanmak suretiyle irade ortaya koyması özellikle Covid-19 salgının yarattığı salgın sürecinde de görüldüğü üzere ciddi anlamda gereklilik arz etmektedir.

Bilindiği üzere Covid-19 salgınının yarattığı mücbir sebebe istinaden çıkartılan 7226 sayılı Torba Yasa’nın geçici 1. maddesi ile çeklere ilişkin ibraz süreleri 30 Nisan 2020 tarihine kadar durdurulmuş ve bu süreler içinde bankaya çekin ibrazı hukuken geçersiz kılınmıştır⁵⁴. Ancak bu hukuki duruma rağmen, bu süre içinde bankalara ibraz edilen ve karşılıksızdır işlemi yapılan çeklerin hukuki durumunun da tartışmalı hale geldiği doktrinde belirtilmiştir⁵⁵.

Sigorta kural olarak isteğe bağlıdır. Ancak yaptırılmasında toplum ve kamu yararının gerekliliği sebebiyle, zorunlu tutulmasının kaçınılmaz olduğu haller mevcuttur. Çek Hukuku’nda, çek bedelinin teminat altına alınmasının, Anayasa Mahkemesi’nin de kabul ettiği üzere, çekin kamu güvenine dayalı bir kambiyo senedi olması nedeniyle, üstün bir kamu yararı taşıdığını düşünmekteyiz.

⁵⁰ Kamu güveninin temininde ekonomi ve hukuk arasındaki ilişki hakkında detaylı bilgi için bkz. Nazmiye Güveyi, “Anglo Sakson Hukuk Sistemi ve Kara Avrupası Hukuk Sistemi Boyutuyla Ekonomik İdare Hukuku Üzerine Bazı Düşünceler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21/1, (2017): 83-122.

⁵¹ Özsağır, *Ekonomide Güven Faktörü*, 46-62.

⁵² R. Putnam, *Making Democracy Work: Civic Tradations in Modern Italy*, Princeton NJ, Princeton University Press, Princeton, aktaran Özsağır, *Ekonomide Güven Faktörü*, 46-62.

⁵³ Çekin kamu güvenine haiz bir belge olduğuna dair detaylı bilgi için bkz. Sesim Soyer Güleç, *Borç İçin Hapis Yasağı ve Karşılıksız Çek Suçu*, Yeni Çek Kanunu Hükümlerine Göre Gözden Geçirilmiş 2. bs., (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011), 291 ayrıca bkz. AYM 21.11.2002, 2001/408 Esas, 2002/191 Karar, RG. 02.10.2003.

⁵⁴ 31114 sayılı Resmi Gazete ile yayımlanan *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi* ile bu süre 15 Haziran 2020 tarihine kadar uzatılmıştır.

⁵⁵ Ali Paşlı, “Covid-19 Salgının Çek Hukukuna Etkisi: Güncel Koşullar Süreken Çek İbrası Mümkün Müdür?” www.ticaretkanunu.net, (Erişim: 12 Nisan 2020), Adem Akkır, Emre Dönmez, “Covid-19 Virüsünün Çekte İbraz Sürelerine İlişkin Mücbir Sebep Etkisi”, <https://www.mondaq.com/turkey/litigation-contracts-and-force-majeure/921208/covid-19-virussn-ekte-304braz-srelerine-304li351kin-mcbir-sebep-etkisi> (Erişim: 05.06.2020).

Keza *Türk Ceza Kanunu* m.210/f.1 hükmünde, “Özel belgede sahtecilik suçunun konusunun emre veya hamiline yazılı kambiyo senedi (...) olması halinde *resmi belgede sahtecilik* suçuna ilişkin hükümler uygulanır” demektedir. Kanun koyucu bu hükmü ile kamu güvenini haiz resmi bir belge olarak çekin “güven fonksiyonu” açısından önemini vurgulamaktadır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, çekin karşılıksız çıkması, ticaret hayatında, özellikle ülkemiz ticaretinin bel kemiği olan, “Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler” nezdinde finansal kiralama ve ödemeler açısından domino etkisi yaratır niteliktedir.

16.04.2020 tarihinde TOBB öncülüğünde online olarak yapılan *Devlet Destekli Ticari Alacak Sigortası Bilgilendirme Semineri*’nde de verilen bir örneğe göre, bir ticaret şirketi %5 kar marjı ile yüz bin TL bir alacağını vadesinde tahsil edemediğinde, aynı kar marjı ile bu parayı geri kazanmak için iki milyon TL bedelli satış yapmak zorundadır⁵⁶ ve bu da piyasada yeni riskler alınması anlamına gelecektir.

Ticaret hayatının güvenceye alınması zorunluluğu, esas olarak kamu yararının bir sonucudur. Ekonomide güven faktörünün belirleyiciliğine yukarıda değinmiştik. Bu sebeplerle çek’le ödemelerin güvence altına alınması ve çek hamillerinin korunması açısından, çek bedelinin karşılıksız kalma riskine karşı sorumluluk sigortası yapılmasının kanunen zorunlu tutulması gerektiğini düşünmekteyiz.

5.2. Katılım Sigortacılığının Çek Bedellerinin Karşılıksız Kalması Riskinin Önlenmesi Bakımdan Önemi ve Yapılması Gereken Hukuki Düzenlemeler

Katılım sigortası, çalışmanın yukarıdaki bölümlerinde de izah edildiği üzere, riskin gerçekleşmesi halinde meydana gelecek zararların tazmini sorumluluğunun, tüm katılımcıların garantisinde olduğu bir teminat sistemi öngörmektedir. Buradan hareketle bu sigorta sisteminde asıl amacın, sadece kar elde etmek değil; katılımcı üyeler arasında karşılıklılık esasına dayalı olarak yardımlaşma ve riski paylaşmak olduğu görülmektedir.

Sigorta ile amaç, riskin gerçekleşmesi halinde meydana gelmesi muhtemel zararın, sigorta tazminatı şeklinde ödemesi ile giderilmesidir. Bu sebeple “Katılım Sigortasının” esasında bir *zarar sigortası* olduğu söylenebilir. Riskin gerçekleşmesi, katılımcının malvarlığının aktifinde azalma (mal sigortaları ile teminat) ya da pasifinde artma (sorumluluk sigortaları ile teminat) şeklinde zarara yol açabilecektir.

Meydana gelen risk, üçüncü bir kişinin zarara uğramasına neden oluyorsa, bu zararın giderilmesi noktasında, riskin meydana gelmesinde sorumluluğu

⁵⁶ TOBB, *Devlet Destekli Ticari Alacak Sigortası Bilgilendirme Semineri*, <https://tobb.org.tr/Sayfalar/20200409-alacak-sigortasi.php> , (Erişim: 16 Nisan 2020).

olan kişinin malvarlığının pasifinde artış oluşacaktır. Bu ihtimalde *sorumluluk sigortası* kavramı gündeme gelmektedir.

Bizim bu konuda önerdiğimiz husus, katılım sigortası kurucu üyelerinin veya katılımcıların “Çek keşide etmek suretiyle oluşabilecek olan, çekin ibrazında karşılığının bulunmaması ve ödenmemesi riskine karşı” karşılıklı sigorta anlayışı içinde çek bedelinin meşru hamile ödenerek keşidecinin borçtan kurtulmasının sağlanmasıdır.

Çek karşılığının ibraz süresi içinde ödenmesi için uygulanacak bir *sigorta sistemiyle* sağlanacak güvence, zarara uğrayan çek alacaklısı açısından *zarar sigortası* şeklinde *mal sigortası*; riskin gerçekleşmesinde sorumluluğu olan çek düzenleyen katılımcı açısından ise yine *zarar sigortaları* şeklinde *sorumluluk sigortası* niteliğini taşıyacaktır.

Sigorta ettirme sorumluluğunun kimin üzerinde olacağı ya da başka bir ifade ile riskin paylaştırılması noktasında nasıl bir yöntem izleneceği hususunda, gerekli esasların belirlenmesinde kamu otoritesinin ve yasa koyucunun hukuk politikası ve tercihi önemli bir rol oynayacaktır.

Sorumluluk sigortaları bilindiği üzere isteğe bağlı ve zorunlu olmak üzere iki grupta düzenlenmektedir. Trafik Mali Sorumluluk Sigortası yaptırılması kanunen zorunlu tutulmuş sorumluluk sigortalarındandır. Buradaki zorunluluk hem sigorta ettiren hem de sigortacıyı kapsamaktadır. Buna göre, sigorta şirketleri zorunlu sigorta yapma tekliflerini reddedemezler.

Bu durum 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu’nun 13/f.1 maddesinde; “Cumhurbaşkanlığı, kamu yararı açısından gerekli gördüğü hallerde zorunlu sigortalar ihdas edebilir. Sigorta şirketleri, 20. maddenin ikinci fıkrasının (b) bendi ile üçüncü fıkrası hükümleri saklı kalmak kaydıyla faaliyet gösterdiği sigorta kollarının kapsamında bulunan zorunlu sigortaları yapmaktan kaçınamazlar”.

TTK’nın 1483. maddesinde ise bu durum; “Sigortacılar, diğer kanunlardaki hükümler saklı kalmak üzere, faaliyet gösterdikleri dalların kapsamında bulunan zorunlu sigortaları yapmaktan kaçınamazlar.” şeklinde hüküm altına alınmıştır.

Ayrıca zorunlu sigortalarda uygulanacak tarife ve talimatlar Bakanlık tarafından tespit edilir ve Resmi Gazete’de yayımlanır.

Sistem “Çek Hukukuna” uyarlandığında risk, çek bedelinin ödenmesi zamanında çekin karşılıksız çıkmasıdır. Her ne kadar çekin karşılıksız çıkması ile çek hamili üçüncü kişinin zarara uğradığı kabul edilse de, çek düzenleyenin kredili satıştan kaynaklanan bir borcu mevcuttur ve bu malvarlığının pasifinde yer almaktadır.

Ayrıca vadesinde ödenmeyen bir çeki ilişkin olarak, çekte yazılı meblağa, faiz ve çek tazminatı gibi ferî unsurlar da eklenecek ve bu durum, borcun

artmasına yol açacaktır. Benzer şekilde çekin ibraz süresi içinde ödenmemesi, çek hamili üçüncü kişinin malvarlığının aktifinde yer alan bir alacağına kavuşmaması anlamında onu zarara sokacaktır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, elindeki çeke güvenerek, kredili satış imkanı sunan hamilin, çekin karşılıksız çıkması halinde ilk satışı ile aynı kar marjını sağlayabilmek için piyasaya ilk satışının yirmi katı tutarında mal satması gerekmektedir ki bu da yeni riskler alınmasını zorunlu kılacaktır.

5.3. Katılım Sigortası Sözleşmesinin İsteğe Bağlı Ya da Zorunlu Tutulması Halleri

5.3.1. Katılım Sigortasının İsteğe Bağlı Olması Halinde Çek Bedelinin Güvenceye Alınması

Bilindiği üzere, çek hesabı açma, çek defteri verme ve çek bedelini ödeme yetkisi “Çek Hukukundan doğan özel bir havale ilişkisinin varlığı sebebiyle”, kanunen bu üçlü ilişkide “*muhatap*” olarak belirlenen bankalara aittir⁵⁷.

Bankalar, müşterileri ile yaptıkları çek hesabı açma sözleşmesi ile müşterilerine çek defteri vermektedir. Bu sözleşmenin kurulması sırasında, adına çek hesabı açılan ve çek defteri düzenlenen kişi, bankanın sigorta kuruluşu veya muhatap bankanın tercih edeceği ayrı bir sigorta kuruluşu ile bir sorumluluk sigortası sözleşmesi yapılmasını bir şart olarak öngörebilir.

Zorunlu sorumluluk sigortası uygulamasının yasalaşması halinde ise, yasa koyucunun sınırlı olarak belirleyeceği “*Katılım Sigortası Yapmaya Yetkili Sigorta Kuruluşları*” ile bir sigorta sözleşmesi yapılarak; ya da çek hesabı açma sözleşmesine ek bir madde konulması suretiyle çek defteri ile sunulan çek yaprağı adedine ve buna bağlı olarak ödenecek çek tutarının toplam miktarına göre sigorta ettirilmesi sağlanabilir.

Katılım Sigortasının isteğe bağlı yapılması halinde, sigorta yapılmamış ve karşılıksız çıkan çekler için 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu’nun 14. maddesindeki düzenlemeye benzer özel bir güvence hesabı fonu⁵⁸ yaratılması ve çek karşılığının meşru hamile ödenmesi sağlanmalıdır.

Güvence hesabının fonlanması, 30635 Resmi Gazete sayılı *Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Yönelik Devlet Destekli Ticari Alacak Sigortası Tarife ve Talimat Tebliği* hükümleri esas alınması ve böylece devlet desteği sağlanması mümkün olabilecektir.

Güvence hesabı esas olarak, Sigortacılık Kanunu’nun 14. maddesi ile Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri bünyesinde kurulmuş ve tüzel kişiliği

⁵⁷ Abuzer Kendigelen, *Çek Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5.bs. (İstanbul: On iki levha yayınları 2019), 87.

⁵⁸ Detaylı bilgi için bkz. İlknur Uluğ Cicim, “Sigorta Hukuku’nda Güvence Hesabı”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1/1, (2011): 105-117.

haiz bir para fonudur. Zorunlu sigorta kapsamındaki risk sorumluluğu sebebiyle doğmuş ve karşılanması gereken zararlarda, sigorta sistemine dahil olmayan kişilerin eylemleri ile riskin meydana geldiği olaylara ya da zarar veren sorumluya ulaşılamaması gibi ihtimallere karşı zarar gören üçüncü kişinin mağduriyetinin giderilmesi amacını taşımaktadır. Burada meydana gelen riskin zorunlu sigorta kapsamında olması gerekmektedir. Uygulamada yaralamalı trafik kazalarında, kazaya sebep olan aracın sigorta süresi dolmuş ya da araç sahibine ulaşılamıyor ise, yaralanan kişinin tedavi masrafları ve yaralanmadan kaynaklanan diğer zarar ve kayıpları bu fondan karşılanmaktadır.

“Güvence Hesabı Fonu”, Sigorta ve Reasürans Şirketleri’nin katkıları ile oluşturulmuş bir fondur. Kanundan kaynaklanan zorunluluk ile fonun kendi kendini amorti etmesi sağlanmıştır. Sigorta edilmemiş ve karşılıksız çıkmış çekler için buna benzer bir fon kurulması ile hem üçüncü kişilerin zararları giderilmiş olacak hem de piyasadaki para akışının bozulmasının önüne geçilebilecektir. Ancak bu fonun oluşturulmasında büyük oranda bankalar ile sigorta şirketlerinin sorumluluk alması gerekmektedir.

Bu halde, çek hamiline ödenen miktarın belirli bir oranının muhatap banka ile sigorta şirketlerine tahmili ile isteğe bağlı sigortanın yaygınlaştırılmasında bankalara önemli bir sorumluluk getirilmiş olacaktır.

5.3.2. Katılım Sigortasının Kanunen Zorunlu Tutulması Halinde Çek Bedelinin Güvenceye Alınması

Gönüllülük ve yardımlaşma amacı taşıyan “Katılım Sigortasının” kanunen zorunlu tutulması karşılıklılık anlayışı ile örtüşmemektedir denilebilir. Ancak, kamu yararı; ekonomiye ve çeker güven sağlama konusunda bir hukuk politikasının tercih edilmesi, zorunluluk unsuruna sağlam bir hukuki mesnet yaratacaktır kanaatindeyiz. Ayrıca yukarıda belirtilen gerekçeler çerçevesinde, bedeli ödenmeyen çekler açısından gerçekleştirilecek sigorta uygulamalarının bir “Sosyal Sigorta” karakteri gösterdiği söylenebilecektir. Sosyal Sigorta Hukuku doktrinde de ifade edildiği şekliyle bir “Statü Hukuku’dur” ve kanunla kurulmuş kurumlar tarafından yürütülmesinin yanı sıra sigortalı olmanın zorunlu olduğu bir sistem öngörmektedir⁵⁹.

Çek açısından katılım sigortasının zorunlu tutulması, karşılıksız çek sorununu büyük oranda sona erdirecektir kanaatindeyiz. Yukarıda, sigorta sözleşmesi yapma zorunluluğunun hem sigorta şirketini hem de sigortacıyı kapsadığına değinmiştik.

Bu durumda, sigorta sözleşmesinin daha, çek hesabı açma sözleşmesinin kurulması aşamasında yapılması gerekecektir. Sözleşme, kanunen zorunlu tutulduğu halde, ya muhatap bankanın sigorta kuruluşu ile yapılacak ayrı

⁵⁹ Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Sigorta Hukuku Ders Kitabı*, 2.

bir sigorta sözleşmesi ile ya da çek hesabı açma sözleşmesine konacak ek bir madde ile veya yapılacak yasal bir düzenlemede açıkça belirtilen sigorta işletmeleri ile kurulabilecektir.

Yine yukarıda değinildiği üzere çek hukukunda sigorta uygulamaları, temelde kamu güvenini ve ekonomide güven ve istikrarın temini için öngörüldüğünden “Sosyal Sigorta” niteliği de göstermektedir. Amaç her ne kadar salt rizikoya karşı teminat oluşturmak ise de çek kullanıcı ve alacaklılarının sisteme katılırken teminat dışında kar elde etme imkanına da sahip olmaları sistemin sürdürülebilirliği açısından önemli rol oynayacaktır kanaatindeyiz.

Katılım sigortasına ilişkin yazılı bir anlaşma yapılmaması halinde dahi, çek hesabı sözleşmesi kurulması ve çek defteri temini ve tevdi ile bu yönde bir sözleşme kurulduğu kabul edilmelidir. Zira doktrinde, iradi hareketlerle kredi sözleşmesinin kurulabileceği, yani çek hukuku açısından çek defterinin tevdi ve teslimi ile banka ile müşterisi arasında gayri nakdi kredi temini konusunda bir anlaşma kurulmuş olduğu ifade edilmektedir⁶⁰.

Bu görüşün katılım sigortası sözleşmesini de kapsayacak şekilde genişletilmesinin mümkün olabileceği kanaatindeyiz. Zira çek bedelinin sigorta edilmesinin kanunen zorunlu kılınması, çek hesabı açılması sözleşmesi ile çek defteri temininin de zorunlu kurucu unsurunu oluşturacaktır.

6. Ahlaki Risk Kavramı ve Ahlaki Riskin Önlenmesinde Katılım Sigortacılığının Sağladığı Yararlar

Ahlaki risk genel olarak, riskin tamamen sigortalanması halinde riske karşı duyarlılığın azalması olarak tanımlanmaktadır⁶¹. Bu durumda “Çek” açısından, çek hesabı sahibi sigortalanan çek bedelinin teminat kapsamında ödeneceği rehavetiyle çek hesabında karşılık bulundurmamaya güdülenebilecektir.

Ahlaki riski, sigortanın ve sigorta ile sağlanan güvence ve teminatın kötüye kullanımı olarak da değerlendirmek mümkündür. Bu kötüye kullanımı azaltmak için sigortalıyı rizikonun bir parçası haline getirmek önemlidir. Katılım Sigortacılığı sisteminde de zaten her bir katılımcının karda ve zararda ortak sorumluluğu olması esası kabul edilmiştir. Bu sebeple Katılım Sigortacılığı ile

⁶⁰ Burak Özen, “İradeyi Gösteren Fiillerle Kredi Açma Sözleşmesinin Kurulması”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11/145-146 (2016, Hakemli Makale): 245-263,; ayrıca çekin vadede karşılığının bulunmaması durumunda bankanın ödeme yapmasının kredi limitine ilişkin hükmün örtülü olarak değiştirilmiş olacağına ilişkin bkz. Sabih Arkan, Sabih Göle, “Karşılıksız Çeki Ödeyen Bankanın Keşideciden Talep Hakkı”, *Batider*, 1/2-3, (1984): 53-61, aktaran Ahmet Büyüksişli, *Karşılıksız Çeke Bağlanan Sonuçlar*, (Ankara: Seçkin Hukuk, 2020), 66-67.

⁶¹ Müge Ayzit, “Dünyada ve Türkiye’de Mevduat Sigorta Sistemi Uygulamaları”, (Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Bankacılık ve Finansal Kuruluşlar Genel Müdürlüğü Uzmanlık Yeterlilik Tezi, 2003), 12.

ahlaki risk sorununun daha en başta kârda ve zararda ortak sorumluluk prensibi ile çözülmüş olacağı kabul edilebilir.

“Karşılıklılık” unsurunun iki yönü olduğuna yukarıda değinmiştik. Buna göre karda ortaklık gereği, katılım sistemine dahil olan tüm paydaşların ödedikleri katkı primleri, katılım finans ilkelerine uygun finans piyasası araçlarında değerlendirilebileceğinden, oluşan artı değerde tüm paydaşların payları oranında kar ortaklığı söz konusu olacaktır. Bu karın paydaşlara dağıtımında, çeki karşılıksız çıkan paydaşlar açısından düzenlenecek bir “mahsup” ve rücu sistemi ile ahlaki riskin önüne geçilmesi mümkün olabilir.

TTK’nın 1477. maddesinde riskin kasten gerçekleştirilmesi halinde, sigortacının meydana gelen zarardan sorumlu olmayacağı hükme bağlanmıştır. Madde gerekçesinde de sigortalının malvarlığında herhangi bir azalmaya neden olmaması sebebiyle bilerek ve isteyerek üçüncü kişiye zarar verebilme olasılığının kabul edilemez olduğu ifade edilmiştir. Bu emredici normun dışında sigorta sözleşmesinde belli başlı muafiyetler ve teminat içi ve teminat dışı haller düzenlenebilir ve bu yolla ahlaki risk ihtimalinin en aza indirilmesi sağlanabilir.

7. Çek Hukuku’na Uygulanacak Katılım Sigortasının Türk Ticaret Kanunu’na Göre Hukuki Niteliği

Çek bedelinin karşılıksız kalma riskine karşı güvenceye alınmasında uygulanacak “Katılım Sigortacılığı Sisteminde”, sigorta sözleşmeleri ile korunanın ne olduğu sorusu sigortanın çeşidinin ne olduğunu da göstermektedir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere meydana gelen zararın giderilmesi ile zarara sebep olan kişinin malvarlığının pasifinde azalma olması önlenmek isteniyorsa burada bir “Zarar Sigortası” niteliğinde olan *Sorumluluk Sigortası*’ndan söz edilecektir. Örneğin ticari alacak sigortasında, teminat altına alınan, malvarlığının aktifinde meydana gelecek azalma riskidir ve bu yüzden bu durumda yine bir “Zarar Sigortası” olan “Mal Sigortası” gündeme gelecektir.

Çek açısından ise, kanunda öngörülen ibraz süresi içerisinde bankaya ibrazında karşılığı bulunmayan bir çekin karşılığının teminat altına alınmasında, sözleşme; meşru çek hamili açısından “*Mal Sigortası*” özelliği göstermektedir.

Hamile muhatapça ödenmesi gereken çek karşılığı, onun malvarlığının aktifinde yer alan bir alacaktır. Ancak aynı örnekte teminata ilişkin sözleşme, çek borçluları açısından “*Sorumluluk Sigortası*” özelliği gösterecektir. Bu sefer çekin karşılıksız çıkması, çek borçlularının pasifinde yer alan bir artmaya neden olacaktır. Bu sebeple, çek karşılığının güvenceye alınmasında risk sorumluluğunun yani sigorta ettirme sorumluluğunun kimde olacağı sorusu, sigortanın hukuki niteliğini de belirleyecektir.

Sigortanın hukuki niteliğinin tespiti, sigorta sözleşmesine uygulanacak hükümlerin tayini açısından önemlidir. Her iki sigorta türüne uygulanacak

ortak hükümler⁶² mevcut olmasına karşın, TTK sisteminde Mal Sigortaları ve Sorumluluk Sigortaları ayrı ayrı düzenlenmiş ve hüküm altına alınmıştır.

8. Çek Karşılığının Katılım Sigortası Tarafından Ödenmesinin Karşılıksız Çek keşide Edilmesinden Doğan Hukuki, İdari ve Cezai Sorumluluğa Etkisi

Çek karşılığının sigorta tarafından ödenmesinin ceza hükümlerine etkisi, üzerinde durulması gereken bir konudur. Bu konuda diyeceğimiz şudur ki, katılım sigortası aracılığı ile sağlanmak istenen güvence; hukuki ve ekonomik yarar, sadece, çekin ibrazında karşılıksız kalma ve ödenmeme riskinin değil, buna bağlı tüm hukuki ve cezai sonuçların da ortadan kaldırılmasını sağlamaktır.

Katılım sigortacılığının bu kolaylaştırıcı ve güven artırıcı etkiyi sağlayacak şekilde düzenlenmesinin, çek borçlusunun hukuki ve cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmaya yönelik bir amaç da taşıdığını belirtmek isteriz. Sigorta sistemi riskin gerçekleşmesi anında devreye girecek ve karşılığı bulunmayan çekin ödenmesini sağlayacaktır.

İdeal dünyada çek, sigorta edilmiş olsa da karşılığı, keşideci tarafından çek hesabında bulundurulması gereken bir ödeme aracıdır. Dolayısıyla bir çekin karşılığının sigorta marifetiyle ödenmesi son çare prensibinin bir gereğidir. Bu durumda her ne kadar karşılıksız kalan bir çekten söz edilemeyeceği için hukuki ve cezai müeyyideler uygulanmasına gerek kalmayacağı söylenebilir de katılım sigortacısının, riske karşı duyarsızlaşmanın önüne geçebilmek için bu durumda dahi bir idari yaptırımın gündeme gelmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Bu söylediğimizi daha da somutlaştırmak gerekirse, bir bankada hesabı olan kişinin bazı dönemsel masraf, fatura ve ödemeleri için otomatik ödeme talimatı vermesi ve ödemelerini hesap durumuna göre önceden planlaması nasıl bugün için vazgeçilmez bir kolaylık ise söz konusu katılım sigortacılığını da işleyiş açısından böyle düşünebiliriz. Ancak klasik ödeme talimatından farklı olarak katılım sigortacılığı sisteminde, riskin gerçekleşmesi halinde ve risk fonu üzerinden çek karşılığının ödenmesi ve ödeme oranında bedelin keşidecinin kar payından mahsup edilmesi söz konusu olacaktır.

Katılım sigortası şirketi, hazırlayacağı özel bir yazılım programı ile vadesinde ödenmeyen bir çekin karşılığını, risk fonundan ödeyecek ve böylece katılım sigortası üyeleri ile akdedilen sigorta sözleşmesi hükümleri doğrultusunda, meblağı önceden belirlenmiş ve sigorta edilmiş bir çekin bedelini ödeme talimatını yerine getirmiş olacaktır. Bu durumda, ödenmemiş, karşılıksız kalmış bir çek bedeli olmayacağı için buna bağlı hukuki ve cezai bir yaptırım uygulamasına da gerek kalmayacaktır. Çek hamili alacağını elde

⁶² Detaylı bilgi için bkz. Barış Günay, *Sigorta Hukuku*, Güncellenmiş 2. bs., (Ankara: Seçkin Yayınları, 2020), 231.

etmiş olacağından, çek bedelinin tahsiline ilişkin hukuki ve cezai yaptırım ihtiyacı ortadan kalkmış olacaktır.

Şu hususu da belirtmek gereklidir ki, şu andaki hukuki durum ve uygulamalar dolayısıyla karşılıksız çek keşide edilmesinin suç olarak kabul edilmesi doktrinde tartışılmaktadır.

Kimi yazarlar çekin verilme sebebine göre bir değerlendirme yapılması gerektiğini söylerken⁶³ kimi yazarlar ise çekin verilmesinin mutlaka bir borç ve sözleşme ilişkisine dayanıyor olması sebebiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin eki niteliğindeki 4. Protokolün 1. maddesini esas alan Anayasa'nın 38.maddesine aykırı olduğunu⁶⁴ savunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, daha önce sözünü ettiğimiz bir kararında, çekin kamu güvenini haiz bir belge (senet) olması özelliğine vurgu yapmış ve temelinde bir sözleşme ilişkisine dayanmıyor olduğundan bahisle karşılıksız çek keşide edilmesinin suç olarak kabulünün Anayasa'ya aykırı olmadığı yönünde hüküm vermiştir⁶⁵.

Ceza Hukuku anlamında suçun kast ile işlenmesi gerektiği, kastın olmadığı durumlarda suçun da oluşmayacağı⁶⁶; buna karşılık, suçun sübjektif sorumluluk kapsamında olası kastla işlenebileceği⁶⁷ belirtilerek, suçun unsurları ve oluşumu bakımından bir tartışma sürdürülmektedir.

Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 22/1'de "Taksirle işlenen fiiller kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır" denilmektedir. Doktrinde de kabul edildiği üzere, bu hükmün sonucu olarak çekle ilgili olarak "karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçu" ancak kasten işlenebilen bir suçtur⁶⁸.

31.01.2012 tarih ve 6273 sayılı Kanun m.3 ile "karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme fiili" suç olmaktan çıkarılmış ve kabahat kapsamına alınarak kanunsuz çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının müeyyideleri idari tedbire dönüştürülmüştü. 01.06.2005 Tarihinde yürürlüğe giren 5326 sayılı *Kabahatler Kanunu*, idari suç olarak kabahati, sosyal düzene aykırılık olarak tanımlamaktadır". Kanun koyucu anılan yasa ile kabahat türünden idari suçları, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Ceza Kanunu'nun kapsamı dışına çıkarmıştır⁶⁹.

⁶³ Soyer, *Borç İçin Hapis Yasağı ve Karşılıksız Çek Suçu*, 90-93.

⁶⁴ Ersan Şen ve Erkan Malbeği, *Son Değişiklikler Işığında Yeni Çek Kanunu'nda Karşılıksız Çek* 4.bs. (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2010), 13.

⁶⁵ AYM 21.11.2002, 2001/408 Esas, 2002/191 Karar, RG. 02.10.2003.

⁶⁶ Ekrem Çetintürk, "İbrahim Edilen Çekle ilgili Olarak Karşılıksızdır İşlemi Yapılması Halinde Nasıl Bir Yaptırım Uygulanması Gerektiği Sorunu", *TBB Dergisi*, 103/56-59, (2012): 27-84.

⁶⁷ İsmail Ercan, *Karşılıksız Çek ve Cezai Sonuçları* (Ankara: Seçkin Hukuk, 2018), 56.

⁶⁸ Soyer, *Borç İçin Hapis Yasağı ve Karşılıksız Çek Suçu*, 174 ; Çetintürk, İbrahim Edilen Çekle ilgili Olarak Karşılıksızdır İşlemi Yapılması Halinde Nasıl Bir Yaptırım Uygulanması Gerektiği Sorunu, 56-59.

⁶⁹ Detaylı bilgi için bkz. Şen Ersan, a. g. e., s.58.

İdari ceza hukuku, klasik ceza hukuku öğretisinin aksine, sonucun ne olduğuna önem vermeksizin, kanun koyucu tarafından yasaklanan fiilin kusurlu iradeyle icra edilmiş olmasını yeterli görmektedir⁷⁰. Bu sebeple çekin karşılıksız çıkmasına sebep olma eyleminin kast unsurunun eksikliği sebebiyle suç olamayacağı, ancak kabahat niteliğinde sayılacağı söylenebilir.

Çekle ilgili karşılıksızdır işlemine sebebiyet verme eyleminin suç sayılması ancak mağduru aldatma kabiliyetini haiz hileli hareketle icra edilen dolandırıcılık fiili kapsamında gerçekleşmişse TCK'da düzenlenen bu suç tipine göre ayrı bir suç olarak değerlendirilmesi mümkün olabilir.

Doktrinde de 2012 yılından önce, dolandırıcılık suçu kapsamında olmayan çekler açısından karşılıksız çeklerin 5941 sayılı Kanun'un değişik 5. maddesi çerçevesinde değerlendirileceği görüşü belirtilmiştir⁷¹.

Katılım sigortaları aracılığı ile çek bedelinin ödenmesi konusundaki düzenlemelerin yürürlüğe girmesine kadar geçecek süre içinde dahi, çek hakkında “karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verilmesi fiili” suç olmaktan çıkarılmalı ve 2016 yılı değişikliği öncesinde olduğu gibi eyleme kabahat niteliği kazandırılmalıdır. Böylece, icrası kusurlu davranışla gerçekleşen bir kabahat oluşmuş ve çek bedelini ibrazında ödemeyerek yükümlülüğü yerine getirmeyen sigorta şirketi veya sorumlu kişi ve kişiler hukuki ve idari bir müeyyide ile karşılaşmış olurlar.

Kastın bulunduğu durumlarda ise aranacak husus, hileli hareketle mağduru aldatma fiilinin söz konusu olduğunda, TCK'da düzenlenen “dolandırıcılık” suçu kapsamında bir fiil işlenmiş olmasıdır.

Çek karşılığının katılım sigortası tarafından hiç veya zamanında ödenmemesi halinde dahi, ödememe halinin ceza hükümlerine etkisi bakımından, eylemin idari yaptırım gereken bir kabahat kabul edilerek, öngörülen idari yaptırımların uygulanmasının uygun olacağını düşünmekteyiz. Çek, kamu güvenini haiz bir senet olduğu için hem resmi belgeye güven hem de caydırıcılık açısından sosyal düzene ve kamu güvenine aykırı davranışların kim tarafından gerçekleştirilmiş olduğuna bakılmaksızın, müeyyidesiz bırakılmaması gerektiğini ifade etmek isteriz.

9. Çek'in Karşılıksız Kalması Riskinin Katılım Sigortaları Tarafından Güvenceye Alınması Konusunda Bir Değerlendirme

Katılım sigortacılığının *Türk Ticaret Kanunu*'nun 1402. maddesinde tanımlanan *karşılıklı sigorta* niteliği ve karşılıklı sigortanın bir uygulanma şekli olması sebebiyle, TTK'nın amir hükmü gereği kooperatif şirket yapısı şeklinde örgütlenecek şirketlerce faaliyetin yürütülmesi gerekmektedir. Ancak

⁷⁰ Şen ve Malbeği *Son Değişiklikler Işığında Yeni Çek Kanunu'nda Karşılıksız Çek*, 59

⁷¹ Şen ve Malbeği *Son Değişiklikler Işığında Yeni Çek Kanunu'nda Karşılıksız Çek*, s.33.

bu emredici kurala rağmen uygulamada, anonim şirket yapısında şirketlerin de katılım sigortası faaliyeti yürüttüğü görülmektedir.

Katılım Sigortalarında, katılımcılardan toplanan katılım payları ile oluşan güvence fonunun zararların karşılanmasında yeterli olmaması durumunda ek prim ödenmesi yoluna gidilebilmektedir. Bu durum dahi, *Sabit Prime Dayalı Sigorta*’dan çok *Müttüel/Karşılıklı Sigorta* özelliğini yansıtmaktadır. Primlerin yatırıma yönlendirilmesi sonucunda elde edilen ve zararlar karşılandıktan sonra fon havuzunda kalan meblağ, payları oranında katılımcılara dağıtılmaktadır. Bu durum, katılımcılar tarafından sözleşme ile kabul edilen kar ve zarar paylaşım özelliğinin bir sonucu olarak değerlendirilmektedir.

Geleneksel sigortacılık faaliyetinde “Mevduat Bankalarının” rolü ve etkisi ne ise “Katılım Sigortacılığı” için de “Katılım Bankalarının” aynı etkiye sahip olduğu görülmektedir. Katılım sigortası yapan pek çok şirketin, bir “Katılım Bankasının” yan kuruluşu olduğu ve Türkiye’de Katılım Sigortacılığının kat ettiği yolun büyük oranda Katılım Bankacılığının gelişimi ile doğru orantılı olduğu görülmektedir.

Sigorta kural olarak isteğe bağlıdır. Ancak, yaptırılmasında toplum ve kamu yararının ağır basması sebebiyle, zorunlu tutulmasının kaçınılmaz olduğu haller mevcuttur. Çek bedelin teminat altına alınmasının, çekin kamu güvenine dayalı bir kambiyo senedi olması nedeniyle, üstün bir kamu yararı taşıdığını düşünmekteyiz.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, çekin karşılıksız çıkması, ticaret hayatında, özellikle ülkemiz ticaretinin bel kemiği olan, “Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler” nezdinde finansal kiralama ve ödemeler açısından domino etkisi yaratır niteliktedir.

Ticaret hayatının güvenceye alınması zorunluluğu, esas olarak kamu yararının bir sonucudur. Ekonomide güven faktörünün belirleyiciliğine yukarıda değinmiştik. Bu sebeplerle çek açısından, çek bedelinin karşılıksız kalma riskine karşı sorumluluk sigortası yapılmasının kanunen zorunlu tutulması yerinde olacaktır.

Sigorta ile amaç riskin gerçekleşmesi halinde meydana gelmesi olası zararın tazminat ödemesi yöntemi ile giderilmesidir. Bu sebeple “Katılım Sigortasının” esasında bir *zarar sigortası* olduğu söylenebilir. Riskin gerçekleşmesi, katılımcının malvarlığının aktifinde azalma ya da pasifinde artma şeklinde zarara yol açabilecektir.

Meydana gelen risk, üçüncü bir kişinin zarara uğramasına neden oluyorsa, bu zararın giderilmesi noktasında, riskin meydana gelmesinde sorumluluğu olan kişinin malvarlığının pasifinde artış oluşacaktır. Bu ihtimalde *sorumluluk sigortası* kavramı gündeme gelmektedir.

Sigorta ettirme sorumluluğunun kimin üzerinde olacağı ya da başka bir ifade ile riskin paylaştırılması noktasında nasıl bir yöntem izleneceğini, kamu otoritesinin hukuk politikası tercihi ortaya koyacaktır.

Çek hamiline ödenen miktarın belirli bir oranının muhatap banka ile sigorta şirketlerine tahmili ile isteğe bağlı sigortanın yaygınlaştırılmasında bankalara önemli bir sorumluluk getirilmiş olacaktır. Ayrıca, “Katılım Sigortacılığının” çek karşılığının temin edilmesine ek olarak, gelir elde etme ve elde edilen bu gelirin sigorta ettiren katılımcılara payları oranında dağıtılması da sistemin yaygınlaştırılmasında önemli bir etkiye sahip olacaktır.

Çek hukuku açısından “*Katılım Sigortasının*” zorunlu tutulması, karşılıksız çek sorununun büyük oranda sona erdirecektir kanaatindeyiz. Gönüllülük ve yardımlaşma esasına dayalı “*Katılım Sigortacılığının*” kanunen zorunlu tutulmasının tekafül yani, karşılıklı güvence sağlama anlayışı ile bağdaşmayacağı söylenebilecektir. Ancak kamu otoritesinin ekonomiye güven, çeki güven ve sonuç olarak, kamu güvenini sağlama noktasında bir hukuk politikası tercih etmesi, zorunluluk unsurunu haklı kılan önemli bir gerekçe sayılmalıdır.

Çek bedellerinin zamanında ödenmesi ve karşılıksız çek sorununun çözümü açısından, Türk hukuku bakımından bir karşılıklı sigorta kolu olduğu anlaşılan “*Katılım Sigortasının*” zorunlu tutulması ve çeşitli kolaylıklar sağlanarak teşvik edilmesinin yararlı olacağını düşünmekteyiz.

Katılım sigortasının kanunen zorunlu tutulması halinde, sigorta sözleşmesinin daha, çek hesabı açma sözleşmesinin kurulması sırasında yapılması gerekecektir. Sözleşme, kanunen zorunlu tutulduğu halde, ya muhatap bankanın sigorta kuruluşu ile yapılacak ayrı bir sigorta sözleşmesi ile ya da çek hesabı açma sözleşmesine konacak ek bir madde ile veya yapılacak yasal bir düzenlemede açıkça belirtilen sigorta işletmeleri ile kurulabilecektir.

Katılım sigortacılığı sisteminde her bir katılımcının zararda ortak sorumluluğu olması esası kabul edilmiştir. Çeki karşılıksız çıkan ve bu sebeple çek karşılığı sigorta şirketi tarafından ödenen paydaşların, ödenen çek bedeline tekabül eden rakam kadar kar paylarında mahsup yapılması ve çek borçlusuna rücu imkanı sağlanarak, tazminat riski ile keşideci arasında ilişki kurulması ve ahlaki riskin önüne geçilmesini sağlanabilecektir. “Katılım Sigortacılığı” ile ahlaki risk sorunu daha en başta karda ve zararda ortak sorumluluk prensibi ile çözülmüş olacağı kabul edilebilir. Geleneksel sigorta uygulamalarından farklı olarak, *karşılıklılık esasının* benimsendiği *Katılım Sigortaları Kooperatifçiliği yolu* ile kurulacak bir çek teminat sisteminin, karşılıksız çekten doğan risklerin karşılıklılık esasına dayalı olarak karşılanabilmesine daha uygun olduğu yolundaki görüşümüzü belirtmek isteriz.

SONUÇ

Karşılıklılık esasına dayanan ve bu yönüyle TTK m. 1402’de düzenlenen *Karşılıklı Sigorta* esasına dayanan “*Katılım Sigortası*” ya da dünyada bilinen ismiyle “Tekafül Sigortası”, yardımlaşma ve risk paylaşımı, kar ve zarara katılma esasına dayanan, isteyen herkesin yararlanabileceği bir sigorta sistemi öngörmektedir. Bu sigorta tipi esas olarak, riskin bir başkasına yani, sigortacıya aktarılmasından ziyade; riskin, katılımcılar arasında karşılıklılık gözeterek paylaştırılması prensibine dayanmaktadır.

Sigorta sözleşmelerinde esasen, henüz gerçekleşmemiş ama gerçekleşmesi olası bir tehlikenin yaratacağı zarar alım-satım ilişkisine konu edilmekte ve risk üzerinden kazanç sağlanmaktadır. İslam Ticaret Hukuku “*garar yasağı*” ile esaslı unsurları sözleşme anında mevcut olmayan veya belirsiz olan alışverişi hoş görmemiş ve “*risksiz kazanç yasağı*” ile de faizi yasaklaması, sigorta uygulamalarının İslam inancına mensup kişilerce tereddütle karşılanması sonucunu doğurmuştur. Bu noktada “*tekafül sigortalar*”ı ve bunun Türkiye’deki görünümü olan ve “*karşılıklı sigorta*” esasına dayanan “*katılım Sigortası*” uygulamaları bir alternatif olma niteliği kazanmış, isteyen ve tercih eden kişiler için sosyal ekonomik yaşamları ve kültürel tercihleri sebebiyle çekimser kaldıkları bir alandaki güvence sağlama boşluğu doldurulmaya çalışılmıştır.

Katılım sigortacılığında kâr ve zarar, karşılıklılık esasına göre katılımcılara yansıtılmaktadır. Katılımcıların ödedikleri katılım primleri havuzunda toplanan meblağ çeşitli ve uygun finans piyasası araçlarında yatırıma dönüştürülmekte, tüm masraf ve zarar giderler karşılandıktan sonra fonda kalan tutar katılımcılara payları oranında kazanç payı olarak verilmektedir.

Karşılıksız çek keşide etme sorunu, çekin kamu güvenini haiz bir belge olması sebebiyle ekonomik istikrara ve kamu güvenine zarar vermektedir. Bu sebeple kamu otoritesinin sorunu çözme noktasında, “Sigorta Hukuku” öğretisinden yararlanmak suretiyle irade ortaya koyması özellikle Covid-19 salgının yarattığı salgın sürecinde de görüldüğü üzere ciddi anlamda gereklilik arz etmektedir.

Sigorta kural olarak isteğe bağlıdır. Ancak yaptırılmasında toplum ve kamu yararının ağır basması sebebiyle, zorunlu tutulmasının kaçınılmaz olduğu haller mevcuttur. Çek bedelin teminat altına alınmasının, çekin kamu güvenine dayalı bir kambyo senedi olması nedeniyle, üstün bir kamu yararı bulunduğunu düşünmekteyiz.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, çekin karşılıksız çıkması, ticaret hayatında, özellikle ülkemiz ticaretinin bel kemiği olan, Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler nezdinde finansal kiralama ve ödemeler açısından domino etkisi yaratır niteliktedir.

Çek Hukukuna uygulanacak bir sigorta sisteminde sağlanacak güvence, zarara uğrayan çek alacaklısı açısından *zarar sigortası* başlığı altında *mal sigortası*, riskin gerçekleşmesinde kusur ya da kusursuz sorumluluğu olan çek düzenleyen açısından ise yine *zarar sigortaları* başlığı altında *sorumluluk sigortası* niteliğini taşıyacaktır.

Bir ödeme aracı olan ancak mevcut yasal değişikliklerle *vadeli çek uygulamaları ile kredi aracı* niteliği kazanan çekte, çek karşılığının sigorta edilmek suretiyle güvenceye alınması önemli bir gelişme olacaktır. Ayrıca geleneksel sigorta uygulamalarından farklı olarak *karşılıklılık esasının* benimsendiği *katılım sigortaları kooperatifçiliği yolu* ile kurulacak bir çek teminat sisteminin çek hukuku karakterine daha uygun olduğunu düşünmekteyiz.

Sigorta ettirme sorumluluğunun kimin üzerinde olacağı ya da başka bir ifade ile riskin paylaştırılması noktasında nasıl bir yöntem izleneceği kamu otoritesinin hukuk politikası tercihi olacaktır.

Katılım Sigortacılığı sisteminde her bir katılımcının zararda ortak sorumluluğu olması esası kabul edilmiştir. Bu sebeple “Katılım Sigortacılığı” ile ahlaki risk sorununun daha en başta zararda ortak sorumluluk prensibi ile çözülmüş olacağı kabul edilebilir görünmektedir.

Çek bedelinin güvenceye alınması açısından, bir karşılıklı sigorta türü olan “*Katılım Sigortasının*” zorunlu tutulması veya çeşitli kolaylıklar sağlanarak teşvik edilmesinin karşılıksız çek sorununu büyük oranda sona erdireceğini düşünmekteyiz.

Geleneksel sigorta uygulamalarından farklı olarak *karşılıklılık esasının* benimsendiği *Katılım Sigortaları Kooperatifleri Birliği yolu* ile kurulacak bir çek teminat sisteminin, kamu güvenine sahip bir ödeme aracı olarak çekin karakterine ve karşılıklı katılım esasına daha uygun olduğu yönündeki görüş ve kanaatimizi belirtmek isteriz.

KAYNAKÇA

[1] **Acar** Serdar, *Kulüp Sigortası Protection & Indemty*, 1. bs., İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.

[2] **Algantürk** S., Didem, “ Kulüp Sigortası”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, 2000.

[3] **Akkır** Adem, Dönmez Emre, “Covid-19 Virüsünün Çekte İbrahim Sürelerine İlişkin Mücbir Sebep Etkisi”, <https://www.mondaq.com/turkey/litigation-contracts-and-force-majeure/921208/covid-19-virsnn-ekte-304braz-srelerine-304li351kin-mcbir-sebep-etkisi> (Erişim: 05.06.2020).

[4] **Alkış** Alpaslan, “İslam Hukukunda Katılım Sigortacılığı”, *Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 9/1, (2019): 1-21.

[5] **Altıntaş** Kadir Murat, “Katılım Bankacılığı Çerçevesinde Alternatif Bir Sigorta Sistemi: Tekafül Sigorta Sisteminin Türkiye’de Uygulanabilirliği”, *Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 16/2, (2016): 115-142.

[6] **Aslan** Hakan, **Durmuş** Muhammed Emin, “İslami Sigortacılık (Tekafül): Yöneticilerin Perspektifinden Türkiye Uygulaması”, Uluslararası İslam Ekonomisi ve Finansı Kongresi, 21-23 Ekim 2015, 20-21.

[7] **Ayhan** Rıza, Çağlar Hayrettin, Özdamar Mehmet, *Sigorta Hukuku Ders Kitabı*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 4. bs., (Ankara: Yetkin Hukuk Yayınları, 2020).

[8] **Ayzit** Müge, “Dünyada ve Türkiye’de Mevduat Sigorta Sistemi Uygulamaları”, (Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Bankacılık ve Finansal Kuruluşlar Genel Müdürlüğü Uzmanlık Yeterlilik Tezi), 2004.

[9] **Bozkurt** Tamer, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Yeniden Kaleme Alınmış 1. bs., (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020).

[10] **Burucuoglu** Göktuğ, “Kulüp Sigortası Çerçevesinde Eşyanın Zıyayı veya Hasarı Halinde Teminatın Kapsamı”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara ,Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı), 2019.

[11] **Büyüksişli** Ahmet, *Karşılıksız Çeke Bağlanan Sonuçlar*, (Ankara: Seçkin Hukuk), 2020.

[12] **Çetin** Çiğdem, Özüdoğru Haşim, “Türkiye’de Sigortacılıkta Güncel Sorunlar”, *Üçüncü Sektör Sosyal Ekonomi Dergisi*, 50/2,(2017): 57-70.

[13] **Çetintürk** Ekrem, “İbraz Edilen Çekle ilgili Olarak Karşılıksızdır İşlemi Yapılması Halinde Nasıl Bir Yaptırım Uygulanması Gerektiği Sorunu”, *TBB Dergisi*, 103, (2012): 56-59.

[13] **Demirci** Serdar, “Sigortacılıkta Yeni Bir Yaklaşım: Katılım Sigortacılığı”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10/1, (2019): 25-39.

[14] **Demirci** Serdar, “Sigorta Kooperatifçiliği: Türkiye Uygulaması”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9/1, (2018): 389-418.

[15] **Develioğlu** Ferit, *Osmanlıca- Türkçe Ansiklopedik Lügat*, (Ankara: Aydın Kitabevi, Doğu Matbaası, 1982).

[16] **Efe** Ahmet, “İslam Ekonomisinde Sigortacılık ve Mülkiyet Üzerinde Bir Analiz”, *Yönetim Ekonomi Edebiyat İslami ve Politik Bilimler Dergisi*, 2/2, (2017): 218-248.

[17] **Ercan** İsmail, *Karşılıksız Çek ve Cezai Sonuçları*, 2 .bs., (Ankara: Seçkin Hukuk, 2018).

[18] **Güçlü** Fatih, **Kılıç** Metin, *Katılım Sigortacılığı ve Türkiye’deki Durumu*, II. Uluslararası Ekonomi, Finans ve Ekonometri Sempozyumu Tam Metin Bildiri Kitabı, (2018), II, 301-309.

[19] **Günay Barış**, *Sigorta Hukuku*, Güncellenmiş 2. bs., (Ankara: Filiz Kitabevi, 2020).

[20] **Güveyi Nazmiye**, “Anglo Sakson Hukuk Sistemi ve Kara Avrupası Hukuk Sistemi Boyutuyla Ekonomik İdare Hukuku Üzerine Bazı Düşünceler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21/1, (2017): 83-122.

[21] **Işık Mehmet Ali, Öz Sabri**, “İslami Finans Alanında Tekafül Sigortası: Türkiye İngiltere Karşılaştırması”, *TURAN-SAM Uluslararası Bilimsel Hakemli Dergisi*, 11/42, (2019): 415-425.

[22] **Kendigelen Abuzer**, *Çek Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. bs., (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019).

[23] **Kutlu Gündoğdu Fatma, Çetiner Müge, Eke Selda**, “Kredili Satışlarda Kredi Riskinin Transferi, Kredi Sigortasının Ekonomik Büyümeye Etkisinin İncelenmesi Türkiye Örneği”, *Finans Ekonomi ve Sosyal Araştırma Dergisi*, 3/4, (2018).

[24] **Laçınbala Yasin, Ünsal Hilmi**, “Katılım Sigortacılığında (Tekafül) Pencere Sistemi’nin Değerlendirilmesi”, *Sosyoekonomi Dergisi*, 27/42, (2019): 181-202.

[25] **Ölçen Olcay**, “Tekafül Sigortacılığı”, *İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 3/5, (2014): 169-196.

[26] **Öner Muhammed Hadin**, “Katılım Sigortacılığı Yönetmeliği Perspektifinde İslami Sigortacılığın Gelişimi”, *Yükselen Ekonomiler ve Politika Dergisi*, 3/1, (2018): 59-71.

[27] **Özsağır Arif**, “Ekonomide Güven Faktörü”, *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, 6/20, (2007): 46-62.

[28] **Özen Burak**, “İradeyi Gösteren Fiillerle Kredi Açma Sözleşmesinin Kurulması”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11/145-146 (Hakemli Makale), (2016): 245-263.

[29] **Özgenç İzzet**, *Çek Kanunu*, 7061 sayılı Kanunla Yapılan Değişikliğe Göre Güncellenmiş 7. bs., (Ankara: Seçkin Hukuk, 2018).

[30] **Pashlı Ali**, “Covid-19 Salgının Çek Hukukuna Etkisi: Güncel Koşullar Sürerken Çek İbrazi Mümkün Müdür?” www.ticaretkanunu.net, (Erişim: 12 Nisan 2020).

[31] **Poroy Reha, Tekinalp Ünal**, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları* Gözden Geçirilmiş 23. bs., (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019).

[32] **Reisoğlu Seza**, *Çek Hukuku*, (Ankara, 2011).

[33] **Sanlı Kerem Cem**, “Borca Aykırı Davranış Ekonomik Açından Etkin Olabilir mi? Türk Hukuku Açısından Bir Değerlendirme”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 30/3, (2014): 95-173.

[34] **Soyer** Güleç Sesim, *Borç İçin Hapis Yasağı ve Karşılıksız Çek Suçu*, Yeni Çek Kanunu Hükümlerine Göre Gözden Geçirilmiş 2. bs., (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011).

[35] **Selçuk** Mervan, “İslami Bir Sigorta Deneyimi Olarak Tekafül” İstanbul Üniversitesi İslam İktisadı ve Finans Ana Bilim Dalı, IV. Türkiye Lisansüstü Çalışmaları Kongresi- Bildiriler Kitabı IV, 14-17 Mayıs (Kütahya: 2015), IV, 349-358.

[36] **Şen** Ersan ve **Malbeleş** Erkan, *Son Değişiklikler Işığında Yeni Çek Kanunu’nda Karşılıksız Çek* 4.bs. (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2010), 13.

[37] **Türkmenoğlu** Rüveyde Ebru, “Katılım Bankacılığı ve Türkiye’deki Finansal Yapı”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Ana Bilim Dalı), 2007.

[38] **Uluğ** Cicim İlknur, “Sigorta Hukuku’nda Güvence Hesabı”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1/1, (2011): 105-117.

[39] **Ünlü** Ufuk, “Tekafül Sigortası Kapsamında Sigortalılarca Ödenen Primlerin İadesi”, *Mali Çözüm Dergisi*, 28/150, (2018): 149-155.

[40] **Yazıcıoğlu** Emine, Şeker Öğüz Zehra, *Sigorta Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ders Kitapları Dizisi: 2, 1. bs. , (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2019).

[41] **Yıldırım** Ferhat, “Sigorta Tarihine Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Kısa Bir Bakış”, III. Ulusal Meslek Yüksek Okulları Sosyal ve Teknik Bilimler Kongresi, Kongre Metni, (2016), 210-222.

[42] <https://www.tsb.org.tr/Document/Yonetmelikler/KATILIM%20S%C4%B0GORTACILI%C4%9EI%20%C3%87ALI%C5%9EMA%20USUL%20VE%20ESASLARI%20HAKKINDA%20Y%C3%96NETMEL%C4%B0K-EK.pdf> (Erişim: 15.08.2020).

[43] https://www.tsb.org.tr/images/Documents/Katilim-Sigortaciliginin-uygulanmasina-iliskin_genelge.pdf (Erişim: 15.08.2020).

[44] <https://www.egm.org.tr/Sites/1/upload/files/diger1-492.pdf> (Erişim: 15.08.2020).

[45] TOBB, Devlet Destekli Ticari Alacak Sigortası Bilgilendirme Semineri, <https://tobb.org.tr/Sayfalar/20200409-alacak-sigortasi.php> , (Erişim: 16.04.2020).

[46] I.Uluslararası Sigortacılık, Bankacılık ve Finans Sempozyumu İBBF 2018 Katılım Finans Ekonomi Politikası Bildiri Özet Kitapçığı

[47] KPMG Sigortacılık Sektörel Bakış 2020 <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/tr/pdf/2020/01/sektorel-bakis-2020-sigortacilik.pdf> (Erişim: 24.08.2020).

SÖZLEŞMELERDE YER ALAN TEBLİGATA İLİŞKİN HÜKÜMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Examining the Provisions Regarding Notification Process in Contracts

Prof. Zekeriya KURŞAT* **Dr. Öğr. Üyesi Evren KOÇ****

Geliş Tarihi: 23.10.2020

Kabul Tarihi: 24.02.2021

ÖZET

Kişilerin kendi aralarındaki bildirimlere, bu bildirimler Tebligat Kanunu'nun uygulama alanı kapsamındaki kurumlar aracılığıyla yapılmadıkça Tebligat Kanunu uygulanmaz. Nitekim, uygulamada tarafların aralarındaki sözleşme ilişkisi kapsamında yapılması muhtemel bildirimlerin ne şekilde yapılacağını, genellikle aynı sözleşmede yer verdikleri bir hükümle sözleşme özgürlüğü kapsamında düzenledikleri görülmektedir. Tarafların, kendi aralarındaki ilişkileri düzenlemeye yönelik sözleşmelerinde yer verdikleri tebligat hükümlerinin niteliğinin ne olduğu ve ne gibi hukuki sonuçlar doğuracağı özel hukuk öğretisinde bugüne kadar kapsamlı bir şekilde ele alınmamıştır. Bu durum göz önünde bulundurularak çalışmamızda öncelikle konu hakkında genel tespitlere yer verilmekte daha sonra tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları tebligata ilişkin hükümlerin hukuki niteliği farklı ihtimaller dikkate alınarak ortaya konulmaktadır. Yapılan değerlendirmeler kapsamında sözleşmelerde yer verilen tebligat hükümlerinin iki farklı anlama gelebileceği sonucuna ulaşılmıştır. Tarafların sözleşme hükmünde yerleşim yeri, iş merkezi yahut konut veya işyeri adresini sadece beyan etmiş olabilecekleri birinci ihtimalde, sözleşmede bu yönde açık bir hüküm bulunmasa dahi taraflara, fiilen doğru olan adrese tebligatta bulunmaları, adres değişikliği durumunda bunu karşı tarafa bildirmeleri yükümlülüğü yüklenmiştir.

ABSTRACT

Notification Law shall not apply to notifications among individuals unless these notifications are made through the institutions within the scope of the Notification Law. As a matter of fact, in practice, it is seen that the parties regulate within the scope of the contract freedom in a provision in the same contract how the notifications to be made. The legal nature and consequences of such provisions regarding notification procedures that the parties include in their contracts to regulate the relations among themselves has not been comprehensively handled as an issue in the private law doctrine so far. Considering this, in our study, firstly, general determinations are given about the subject, then the legal nature of the provisions regarding the notification in the contract of the parties is determined by considering different possibilities. As a result of the evaluations made, it was concluded that the terms of the notices included in the contracts can have two different meanings. In the first possibility that the parties may only declare the settlement place, business center or residence or workplace address in the contract terms, the parties are obliged to notify the address that is actually correct and to inform the other party in case of a change of address, even if there is no explicit provision in this direction.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, e posta: zkursat@gmail.com, ORCID: 0000-0001-5947-3345.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, e posta: evrenkoc@istanbul.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1379-8771

İkinci ihtimalde ise taraflar sözleşmede belirttikleri adreslerin tebligat adresi olduğu konusunda anlaşmış olduklarından, sözleşmenin bir hükmü olarak taraflarca değiştirilmediği müddetçe, varlığını koruyacak ve sözleşmedeki adrese bildirim yapılması, sözleşmeye uygun olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Tebligat hukuku, özel hukuk kişileri arasında tebligat, sözleşme özgürlüğü, sözleşmelerde yer alan adres bildirimlerinin değerlendirilmesi, adres değişikliği.

In the second possibility, as the parties have agreed that the addresses specified in the contract's provision are the addresses to be used for notifications, it will remain in existence and the notification made to the address in the contract will be in accordance with the contract, unless the parties change this provision of the contract.

Keywords: Notification law, notification among private law persons, freedom of contract, evaluation of address notices in contracts, change of address.

GİRİŞ

Sözleşmeler hukuku alanında, tarafların aralarındaki sözleşmenin uygulanması sürecinde yapacakları yazışma ve bildirimler için bir adres belirtmeleri uygulamasıyla sıklıkla karşılaşilmektedir. Sözleşmedeki bu hüküm ile, taraflar kendileri dışındaki kurum ya da makamlara yönelik düzenlemeden ziyade meydana getirdikleri ilişkinin yürütülmesi sürecini hedeflerler. Bu nedenle söz konusu düzenlemelerin, tebligat mevzuatı uyarınca tebligat çıkarmaya yetkili makam ve kurumlar açısından değerlendirilmesini gerektirecek bir durum bulunmaz. Zaten sözleşme hükümlerinin onları bağlaması da söz konusu olamaz.

Sözleşmeye konulan bu tür hükümlerin niteliğinin ne olduğu, tarafların kendilerini bağlayıp bağlamayacağı, bunlara aykırı yazışma ve bildirimlerin sonuç doğurup doğurmayacakları hem maddi hukuk hem de şekli hukuk meselesi olarak karşımıza çıkar. Mesele temelde maddi hukuk meselesi olarak algılanabilse ve yukarıda belirtildiği üzere, esasında tebligat yapmaya yetkili makamların bu tür sözleşme düzenlemeleri ile bağlı olmaları söz konusu olmasa da bazen uygulamada bu tür tereddütler doğabildiği gibi, bunların taraflara etkisi dahi şekli hukuk açısından yürütülen takip ya da davalarda tartışma konusu olabilmektedir.

Sözleşmedeki düzenlemeler bugüne kadar belirttiğimiz yönüyle ele alınmış değildir. Bu nedenle bu çalışma ile, sözleşmede yer alan tebligata ilişkin, özellikle adres beyanı, adres değişikliğinin bildirilmesi ve bildirilmemesinin sonuçlarına yönelik düzenlemelerin nitelendirilmesi ve bu çerçevede sonuçlarının değerlendirilmesi hedeflenmektedir.

I. GENEL TESPİTLER

Tarafların, kendi aralarındaki ilişkileri düzenlemeye yönelik sözleşmelerinde tebligat hükümlerine yer verdikleri görülmektedir. Genelde sözleşmelerde açıklanan adresin tebligat adresi olduğu, adres değişikliği halinde tarafların bunu bildirme yükümlülüğünün bulunduğu hüküm altına alınmaktadır. Hatta bazen bir adım daha atılmakta; adres değişikliğinin bildirilmemesinin sonucu özel olarak düzenlenmekte ve yeni adresin bildirilmemiş olması halinde eski adrese yapılan tebligatların geçerli olacağı, hatta bila tebliğ dönse bile tebligatın yapılmış sayılacağı hükümlerine yer verilmektedir. Yine benzer kapsamda değerlendirilebilecek şekilde, tebligatların belirli bir kişi, e-posta ya da faks numarasına yapılması gerektiği yönündeki kayıtlara da rastlamak mümkündür.

Kural olarak, tebligat işlemine ilişkin olarak Tebligat Kanunu ve onun uygulanmasına dair Yönetmelik ve ilgili mevzuat hükümleri uygulanır. Ne var ki Tebligat Kanununda belirtilenler dışında kalan kişilerin kendi aralarındaki

bildirimler, kural olarak, 7201 sayılı Tebligat Kanunu'na tabi değildir¹. Kanunun 1. maddesi kanunun uygulama alanını şu şekilde belirlemiştir:

“Kazaî merciler, 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I) sayılı cetvelde yer alan genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri, (II) sayılı cetvelde yer alan özel bütçeli idareler, (III) sayılı cetvelde yer alan düzenleyici ve denetleyici kurumlar, (IV) sayılı cetvelde yer alan sosyal güvenlik kurumları ile vakıf yükseköğretim kurumları, il özel idareleri, belediyeler, köy hükmî şahsiyetleri, barolar ve noterler tarafından yapılacak elektronik ortam da dâhil tüm tebligat, bu Kanun hükümlerine göre Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü veya memur vasıtasıyla yapılır”.

Tebligat mevzuatına tabi olmayan kişilerin bu anlamda kendi aralarındaki bildirimler için özel şekil ve usuller öngörmeleri mümkündür. Eğer taraflar sözleşmede bu yönde bir düzenleme yapmışlarsa kural olarak sözleşmede öngörülen kurallara uygun olmayan şekilde yapılan tebligat, herhangi bir hukuki sonuç doğurmayacaktır. Tarafların kendilerini bağlayan sözleşme hükmünü terk edip, kendilerine uygulanmayan kanun hükümlerine uygun tebligat yapmaları da geçerli kabul edilemez². Kanundaki tebligat hükümlerinin taraflar için bağlayıcı olabilmesi için bu hükümlerin sözleşmenin içerisinde dahil edilmesi / sözleşmenin bir parçası haline getirilmesi gerekir.

Ayrıca eklemek gerekir ki, kişilerin tebligatı noterler aracılığı ile yapmaları ya da sözleşmede yer alan düzenleme uyarınca tebligatın noter tarafından yapılmasını kararlaştırmaları halinde, 7201 sayılı Kanunun 1. Babı'ndaki hükümler (m 1-33) uygulama alanı bulacaktır. Bu ihtimalde, noterlerin yapacakları tebligat usulünde söz konusu düzenlemeler uygulanacaktır³. Noterlik Kanunu m 70'te tebliğ talebi halinde tebligat yapma görevi de

¹ Bkz. Erdoğan Moroğlu ve Timuçin Muşul, *Tebligat Hukuku* (2. Bası, Filiz 1990) 26; Ejder Yılmaz ve Tacar Çağlar, *Tebligat Hukuku*, (6. Bası, Yetkin 2013) 52; Timuçin Muşul, *Tebligat Hukuku*, (7. Bası, Adalet 2018) 71; İbrahim Özbay ve Taner Emre Yardımcı, *Tebligat Hukuku* (2. Bası, Adalet 2020) s. 21; Recep Akcan ve Hakan Albayrak, *Tebligat Hukuku* (3. Bası, Seçkin 2016) 46; Atalı M., Ermenek İ. Ve Üçüncü S. Hilal, *Tebligat Hukuku* (2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2019), s. 84.

Yargıtay eski bir kararında, Tebligat Kanunu kapsamı dışında kalan kişiler arasındaki tebligatın aralarındaki anlaşmaya göre; anlaşma yoksa posta yolu ile yapılan tebligatlara Posta Kanunu'nun uygulanması gerektiğini tespit etmiştir. Bkz. Yargıtay Ticaret Dairesi, 688/2688, 2.4.1971, (RKD 1971/6-7, 230). Karar için ayrıca bkz Yılmaz ve Çağlar (n 1) 64. Tahkim yargılaması halinde de tarafların tebligat yöntemini serbestçe belirleyebilecekleri kabul edilir. Bkz Yılmaz ve Çağlar (n 1) 64.

² Burada, bildirim konusu şeyi öğrenmiş olan birinin somut durumda, sözleşmedeki usul ve esaslara aykırılığı ileri sürmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Fakat bu sonuç her halükarda değil, somut durumda bütün koşullar değerlendirilerek varılması gereken bir sonuçtur.

³ Aynı yönde bkz Muşul, s. 79.

noterlerin görevleri arasında sayılmıştır⁴. Bu hüküm gereğince noterler, bu çerçevede yapacakları tebligatı Tebligat Kanunu'na göre yapmak zorundadırlar. Bu şekilde bir atıf bulunsa da dikkat edilmelidir ki, Tebligat Kanunu'nun Kazai, İdari ve Mali Tebligata ilişkin 2. Babı (m 34-51) hükümleri, noterleri kapsamaması nedeniyle noterler aracılığı ile yapılan tebligata uygulanmaz. Bu nedenle onlar bakımından, uygulama zorunluluğu olan hükümler 2. Bab dışındaki hükümler olacaktır.

Tebligat Kanunu ve ilgili mevzuatı, orada sayılan kişi ve kurumlara yönelik düzen hükümlerine yer veren mevzuat olarak kabul edilmektedir. Bu yüzden tarafların kendi aralarındaki tebligatlarına yukarıda belirttiğimiz üzere tebligat mevzuatı uygulanmaz ise de tarafların söz konusu kurumlar aracılığı ile yapacakları tebligatlarda andığımız mevzuat hem uygulanacaktır; hem de tarafların düzen hükmü niteliğindeki mevzuat hükümlerini aralarındaki sözleşme ile değiştirmeleri mümkün olmayacaktır⁵.

Hukuk uygulamasında tarafların genelde noterler aracılığı ile tebligat yaptırdıkları görülür. Ne var ki noterler dışında bir yol ile beyanlarının iletilmesine bir engel olmasa gerekir. Zira her halükârda tebligattan kasıt temelde beyanın iletilmesi ve bunun belgelenmesidir⁶.

II. SÖZLEŞMEDEKİ HÜKÜMLERİN NİTELİĞİNİN BELİRLENMESİ

Tarafların maddi hukuk sözleşmesinde yer verdikleri tebligata ilişkin hükümlerin niteliğinin belirlenmesi açısından iki ihtimal söz konusu olabilir.

⁴ Kişilerin temelde beyanlarını noterler aracılığı ile iletmeleri zorunluluğu bulunmamaktadır. Buna rağmen bazı istisnai hallerde kanundan kaynaklanan zorunluluk veya kişilerin işlem güvenliğine ilişkin endişeleri nedeniyle noterlerin aracılığına başvurmaları söz konusu olabilmektedir. Örneğin tacirler arasındaki temerrüt ihtarları, dönme ve fesih açıklamaları için TTK. m. 18/f. 3 gereğince, taahhütlü mektup, telgraf veya kayıtlı elektronik posta sistemi yollarından biri kullanılmayacaksa noterler kullanılmalıdır.

⁵ Benzer tespiti sözleşmelerdeki uluslararası tebligat hükümleri bakımından da yapmak mümkündür. Temelde sözleşme ilişkisi ile ilgili olarak tarafların kendi aralarındaki tebligat için, uluslararası nitelikte olsa bile belirli bir şekil veya usul belirlemeleri mümkün ve geçerlidir. Tarafların kendi özel tebligatları bakımından bu tür hükümler bağlayıcıdır. Fakat yapılan bildirimin, mevzuatın özel kapsamına girdiği andan itibaren, mevzuata uygun şekil ve usullerin izlenmesi gerekecektir.

⁶ Tebligatın bu özellikleri için bkz. Moroğlu ve Muşul, s. 20; Muşul s. 85-86; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, *Tebligat Hukuku Bilgisi* (5. Bası, Seçkin 2019) s. 13-14; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, *Tebligat Hukuku* (10. Bası, Seçkin 2018) s. 17; Akcan ve Albayrak, s. 24; Atalı, Ermenek ve Üçüncü, s. 18.; Güray Erdönmez, *Pekcanutez Medeni Usul Hukuku* (15. Bası, On İki Levha 2017) s. 487; Nesibe Kurt Konca, "Türk Hukukunda Tebligata İlişkin Güncel Sorunlar Ve Çözüm Önerileri" (TBBD 2014/114 s. 239-273) s. 240; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku Cilt I* (3. Bası Yetkin 2020) s. 455; Nedim Meriç, Tuğçe Arslanpınar Tat, Melih Işık, Nurdan Korkmaz ve Barçın Özkan Kızıl, *Olaylarla Tebligat Hukuku* (On İki Levha 2020) s. 4 .

İlk olarak taraflar aralarındaki sözleşmeden doğan hukuki işlemlerin tebliğ edilmesine dair Tebligat Kanunu hükümlerine atıf yapmış olabilirler. Bu durumda sözleşmede yer alan bu hükmün şekli hukuka tabi olduğunun kabulü gerekir. 7201 sayılı Tebligat Kanunu ve ilgili mevzuatın şekli hukuka ait mevzuat olması sebebiyle, taraflarca mevzuatta emredici hükümlerin esas alındığı bir tebligat prosedürünün benimsenmiş olduğu sonucuna varılacaktır. Bu ihtimalde taraflar sözleşmeden kaynaklanan tebliğ işlemlerini, sıkı şekil şartlarına bağlanmış olan mevzuat hükümlerini ihlal etmeyerek gerçekleştirme yükümlülüğü altına girmiş olacaklardır.

Tarafların tebligat işlemlerine mahsus olmak üzere Tebligat Kanunu'na ve ilgili mevzuata atıf yapmamaları halinde ise maddi hukuk sözleşmesinin içinde yer alan tarafların irade serbestisine göre düzenlenmiş bir sözleşme hükmünün varlığının kabul edilmiş olduğu sonucuna varılacaktır. Bu noktada, “tebliğ” kavramı esasen şekli hukuk alanında tanımlanan bir kavram olsa da maddi hukuk alanında da ihlal edilmemesi gereken özellikleri muhafaza ettiğini görmekteyiz.

Tarafların sözleşme ile kurmuş oldukları hukuki ilişkide, özellikle bu sözleşmenin devam eden sürecinde birbirleri arasında tebligat rejiminin tespitine dair düzenlemeyi, özel bir hüküm ile belirlemeleri mümkündür. Bu özel düzenleme içeriğinde de tebligat işleminin yapılmasına imkân tanıyan muhatap, adres, tebliğ şekli ve benzeri unsurlardan bir ya da birkaçının bulunması gerekir. İşte bu durumda, tebliğ işleminde belirlilik halinin gerçekleşmiş olduğu sonucuna varılabilecektir.

A. Tebligat Usulüne İlişkin Sözleşme Hükümleri

İlk olarak, taraflar, sözleşmede tebliğ usulünü belirlerken, tebliğin hangi yol ya da yöntemle gerçekleştirileceğini belirtmiş olmalı; en azından tebliğ yolu ya da yöntemi taraflar arasında belirlenebilir bir mekanizmaya tabi tutulmuş olmalıdır. Aksi durumda, tebliğ işleminin sonuç doğurabilmesi; sözleşme taraflarının irade açıklamalarının sözleşmede belirlenen muhataba (sözleşme tarafına) bildirilmiş olduğunu tevsik eden belgenin tebligatı yaptırıldığını iddia eden tarafından elde edilebilir olup olmamasına bağlıdır. Tebliğ işleminin varlığı ve geçerliliğinin ortaya konulabilmesi ve gerek sözleşmeye uyulmuş olduğunun gerekse ispat kabiliyetinin bulunduğu belirlenebilmesi için, durumun belgelenmesi gerekir. Bu belgenin niteliği sözleşme ile belirlenebileceği gibi sözleşmede belgenin niteliği gösterilmemiş olsa dahi muhatabın tebliğden bilgi sahibi olduğu hususu bunu ortaya koyabilen bir belge ile tevsik edilebilir.

Tarafların tebligata ilişkin sözleşme hükmünde elektronik tebligat yolunu da tercih etmeleri mümkündür⁷. Sözleşme tarafları bu durumda irade serbestisi

⁷ Burada kastedilen Tebligat Kanunu m 7/a'da yer alan ve ayrıntıları 6 Aralık 2018 tarihli ve 30617 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Elektronik Tebligat Yönetmeliği'nde düzenlenen

içinde elektronik tebligat yolu benimsemiş olmaktadırlar. Belirtmiş olduğumuz üzere Tebligat Kanunu m. 7/A ve Elektronik Tebligat Yönetmeliği hükümlerine doğrudan bağlı bir tebligat rejimi belirlemiş olmazlar. Bu durum ancak sözleşmede tarafların Tebligat Kanunu ve Elektronik Tebligat Yönetmeliğine açık atfıyla mümkün olabilecektir. Elektronik tebligat yolu ile tebliğ işleminin gerçekleştirilebilmesine imkân tanınması durumunda sözleşmede yer alan e-mail adresleri tebligata esas alınacaktır. Tarafların e-mail adreslerini değiştirmeleri halinde yeni e-mail adresinin sözleşme tarafına bildirilmesi gerekmekte olup aksi durumda sözleşmede yer alan e-mail adreslerine yapılan tebligatın geçerli olacağı kabul edilmelidir.

Uygulamada genelde iş sözleşmesinden kaynaklanan fesih ihbarnamelerinin, kira sözleşmesinden kaynaklanan ihbar ve ihtarların süresi ve şekli ile kredi kurumlarının yapacakları tebliğ işleminin şekli sözleşme ile belirlenebilmektedir. Bu örnekler haricinde maddi hukuk sözleşmesi kapsamında tarafların aralarında özel bir tebligat rejimi belirleyebilmeleri de mümkündür; yeter ki, yukarıda belirtilmiş olduğu üzere “tebliğ işleminde belirlilik” esasına sözleşmede uyulmuş olsun.

Sözleşmede yer alan “tebliğ” işlemine dair hüküm açısından ayrıca kanun hükümlerinde özel bir düzenleme bulunması durumunda doğacak sonuçlar önem taşımaktadır. Örneğin TBK m 315 ve devamındaki hükümler dikkate alındığında ihtarnamenin içeriğinde yer alması gereken hususlar belirlenmiştir. İhtarnamenin tebliğ yolu ise TBK. m. 315’teki yazılı olma koşulu gibi koşullar bir yana Türk Borçlar Kanunu hükümleri tarafından belirlenmiş değildir⁸. Sözleşme taraflarının, sözleşmeden doğan bir hususun tebliği ile ilgili olarak Türk Borçlar Kanunu hükümlerine ve ayrıca belirledikleri sözleşme hükmüne riayet ederek tebligat işlemini gerçekleştirmeleri gereklidir⁹.

Bunun yanında, sözleşmede yer verilen tebligat hükümlerinin iki ayrı sonuca sebep olduğunu da belirtmek gerekir. Taraflar yerleşim yeri, iş merkezi yahut konut veya işyeri adresini sadece beyan etmiş olabilecekleri gibi bunlardan bağımsız olarak yapılacak bildirimler için bir adres tayin etmiş olabilirler. Tespit ve yorum tamamen somut duruma, tarafların sıfatlarına¹⁰, maksadına ve irade beyanlarına göre yapılacaktır.

kamu kurumları tarafından yapılan elektronik tebligat olmayıp tarafların elektronik iletişim araçlarını kullanarak kendi aralarında bildirimde bulunmalarıdır.

⁸ Bu bağlamda Yargıtay bir kararında TBK m 315 uyarınca elektronik posta ile yapılan bir ihtarı geçerli saymıştır. Yargıtay 6 HD, 5069/5198, 09.06.1997. Karar ve açıklaması için bkz M Murat İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt I* (1. Bası, On İki Levha 2014) s. 276.

⁹ TBK. m.315 çerçevesinde yapılacak tebliğin noter kanalı ile ya da ödeme emri göndermek gibi yollar ile yapılmasının mümkün olduğu hakkında bkz. Öz Seçer, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, TBK. m.313-319, C. 4-5, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s. 2981.

¹⁰ Örneğin kişinin tacir veya tüketici olup olmadığı somut olayda sözleşme yorumlanırken göz önünde bulundurulur.

Bu noktada tacirler arasındaki sözleşmelerde yer alan tebligata ilişkin hükümler açısından TTK m.18/f. 3 hükmüne dikkat buyurmak gerekmektedir. TTK m. 18/f. 3'te tacirlerin diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarları noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapacağı belirtilmiştir. Hükümün gerekçesinde bu bildirimle ilişkin şekil kıstaslarının geçerlilik değil ispat şartı olduğu ifade edilmiştir¹¹. Buna rağmen doktrinde mesele tartışılmaktadır ve TBK m. 12/f. 2 hükmüne atıfla buradaki şartların gerekçedeki açıklamaya rağmen geçerlilik şartı olduğu savunulmaktadır¹². Buna karşılık her ne kadar TBK m. 12/f. 1'deki genel kural olan şekil serbestisi tüm hukuki işlemlere teşmil edilebilse de kanuni şekle ilişkin kurallar bunun istisnası olduğundan dar yoruma tabi tutulması gerektiğinden¹³ TTK. 18/f. 3'teki tek taraflı hukuki işlemlere bu kuralın uygulanmaması gerektiği de savunulmaktadır. Yargıtay da, buradaki hükmün ispat şartı olduğu yönünde kararlar vermektedir¹⁴. Bu temelden

¹¹ GEREKÇE/Madde 18 – Tasarı ile bu maddenin üçüncü fıkrasında üç köklü değişiklik yapılmıştır: (1) Hükümdeki şekil, geçerlilik şartı olmaktan çıkarılmış, ispat şartına dönüştürülmüştür. Bu amaçla eski metinde yer alan “muteber olması için” ibaresine metinde yer verilmemiştir. Bu değişikliğin sebebi, geçerlik şartının artık haklı bir gerekçesinin bulunmaması ve teknikteki hızlı gelişmedir. Ayrıca hiçbir modern kanunda bu kadar ağır bir geçerlilik şartı yer almamaktadır. Şartın tacir gibi basiretli bir işadamı için öngörülmüş olması da anlamsız bulunmuştur. (2) İdadi taahhütlü mektup taahhütlüye dönüştürülmüştür. Çünkü, burada varma teorisinin kabulünü haklı gösterecek bir gerekçe mevcut değildir. (3) Güvenli elektronik imza hem Borçlar Kanununda kabul edilmiş hem de düzenli bir sisteme bağlanmıştır. Hükme bu olanak da eklenmiştir.

¹² Konu hakkındaki açıklamalar için bkz. Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya ve N. Füsün Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku* (6. Bası Vedat 2019) s. 287; Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku* (26. Basıdan Tıpkıbasım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2020), s. 170; Şengül Al Kılıç, “Tacirler Arasındaki İhtar ve İhbarlara İlişkin 6102 Sayılı TTK m. 18/3 Hükümünde Öngörülen Şekil Şartlarının Hukuki Niteliği” (Türk Ticaret Kanunu’nun 5. Yıl Sempozyumu Ankara 2018 s. 121-171) s. 158-159.

¹³ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25. Baskı Yetkin 2020), s. 303; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı Filiz 1993) s. 100.

¹⁴ Örnek olarak bkz. Yargıtay HGK 25.5.2016 T. 2014/19-861 E. 2016/632 K. “Yapılan değişiklikler madde gerekçesinde, “... Bu maddenin üçüncü fıkrasında üç köklü değişiklik yapılmıştır. (1)Hükümdeki şekil, geçerlilik şartı olmaktan çıkarılmış, ispat şartına dönüştürülmüştür. Bu amaçla eski metinde yer alan “muteber olması için” ibaresine metinde yer verilmemiştir. Bu değişikliğin sebebi, geçerlik şartının artık haklı bir gerekçesinin bulunmaması ve teknikteki hızlı gelişmedir. Ayrıca hiçbir modern kanunda bu kadar ağır bir geçerlilik şartı yer almamaktadır. Şartın tacir gibi basiretli bir işadamı için öngörülmüş olması da anlamsız bulunmuştur. (2) İdadi taahhütlü mektup taahhütlüye dönüştürülmüştür. Çünkü , burada varma teorisinin kabulünü haklı gösterecek bir gerekçe mevcut değildir. (3) Güvenli elektronik imza hem Borçlar Kanununda kabul edilmiş hem de düzenli bir sisteme bağlanmıştır. Hükme bu olanak da eklenmiştir.” şeklinde açıklanmış ve böylece tacirler arasında ihtar ve ihbarlar için öngörülen şekil şartı geçerlilik şartı olmaktan çıkarılmıştır.”

hareket edildiğinde kanaatimizce TTK m. 18/f. 3 hükmü tacir olan tarafların sözleşmede tebligata ilişkin başka usuller kararlaştırmasını engellemektedir.

B. Tebligat Adresi Tayini Niteliğindeki Sözleşme Hükümleri

Sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde tarafların, kendi aralarındaki yazışma ve bildirimlerin usul, esas ve sonuçlarını düzenlemeleri, mümkündür. Bu çerçevede tarafların kendi bildirimleri için yerleşim yeri ya da fiilen bulundukları yerin adresi dışında bir adres belirlemeleri ve bu adresin bildirim ve yazışmalarda esas alınacak adres olacağını kararlaştırmaları mümkündür. İşin gerçeği, adres değişikliğinin bildirilmesi yükümlülüğü yüklenmese ve bildirim yapılmaması halinde sözleşmede belirtilen adresin tebligat adresi olarak değerini koruyacağı düzenlemesine yer verilmese bile yazışma adresi niteliğindeki düzenlemeler için varılması gereken sonuç aynı olmalıdır. Zira taraflar, sözleşmede bir adres belirlemiş ve bunun bildirimler için kullanılacak adres olduğu konusunda anlaşmışlarsa, zaten sözleşmenin bir hükmü olarak taraflarca değiştirilmediği müddetçe, varlığını koruyacak ve sözleşmeye uygun şekilde tebligat yapılabilmesi için sözleşmedeki adrese bildirim yapılması gerekecektir.

Taraflardan birinin sözleşmedeki tebligat adresini tek taraflı değiştirmesi; yani sözleşmenin o hükmünü değiştirmesi kural olarak mümkün olamaz. Bunun için ya kendisine o yönde açıkça bir yetki verilmiş olması ya da sözleşmenin yorumundan bu sonuca ulaşılabilmesi gerekir. Belirtelim ki tarafların, adres değişikliğinin gerçekleşmesi halinde bunu bildirmeleri yükümlülüğünü düzenlemelerinin, bu yönde bir yetki anlamına gelebileceğini belirtmek gerekir. Bir başka ifadeyle, bildirim yükümlülüğünün kendisi, adres değişikliğine rıza ve bunun bir sonucu olarak sözleşmedeki yazışma adresini değiştirme yetkisi anlamına gelebilecektir. Taraflardan biri, yazışma adresini değiştirebilecek; fakat bunu bildirme yükümlülüğünde olacaktır.

Ne var ki sözleşmedeki bu düzenleme ve yapılan bu yorumun kanaatimizce, dürüstlük kuralı denetimine tabi olması gerekir. Açıkça ya da yukarıda belirttiğimiz üzere zımni olarak böyle bir yetkinin tanınmış olması, bu yetkinin yazışmayı olağanüstü bir şekilde zorlaştıracak şekilde kullanılabileceği anlamına gelmemelidir. Tarafların böyle bir yetki tanırken kapsama alınmış sayılamayacakları tarzdaki olağanüstü yazışma adresi değişikliklerinin mümkün olmamalıdır¹⁵. Buna paralel olarak adres değişikliği hakkının kendisinin dürüstlük kuralına uygun kullanılması gerektiğini hatırlatmak

(Kazancı İçtihat Bankası)

¹⁵ Dürüstlük kuralının ve buna bağlı hakkın kötüye kullanılması yasağının bir genel hukuk ilkesi olarak Medeni Usul Hukukunda da uygulama alanı bulacağına ilişkin bkz. Ramazan Arslan, *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı* (Ankara, S Yayınları, 1989); Oğuzman ve Barlas, s. 265.

isteriz. Bu nedenle de kişilerin karşı tarafın tebligat yapmasını gereksiz yere zorlaştıracak tarzdaki adres değişiklikleri kabul edilemez¹⁶.

Bu noktada belirtelim ki, tarafların sözleşmede tebligat adresi belirlemeleri, bu adresin idari yahut adli makamlar veya noterler tarafından yapılacak tebligatlara yönelik olduğuna ilişkin bir düzenleme değildir. Sözleşme hükümleri, adli, idari makamlar ya da noterleri bağlayıcı etkiye sahip olmayacaktır.

Yine bu şekildeki bir hüküm, yasal yerleşim yerine yönelik bir taahhüt de değildir. Bu yüzden adresin sözleşme hükmü haline getirilmesi ve bu hükmün duruma göre tebligat adresinin değiştirilmeyeceği taahhüdünü içermesi, yasal tebligat hükümlerini değiştirmeye veya yasal yerleşim yerinin değiştirilmeyeceği taahhüdüne yönelik değildir. Bu yönüyle kanunun emredici hükümlerine yahut seyahat veya yerleşme özgürlüğüne aykırı sayılması, böylece geçersizliğin ileri sürülmesi de kanaatimizce söz konusu değildir.

C. Mevcut Adresin Beyanı Niteliğindeki Sözleşme Hükümleri

Somut durumda tarafların sözleşmede yer verdikleri hükmün önceki başlıkta yer alan durumdan farklı yorumlanması ve somut olayın koşullarına göre sözleşmedeki hükmün esasında sadece fiili bir olgunun beyan edilmesi anlamında kabulü mümkündür¹⁷. Hatta hayatın olağan akışında, sözleşmedeki bu hükümlerin çoğunlukla bu maksatla yazıldığı gözlemlenmektedir. Bir başka ifadeyle, hayatın olağan akışında tarafların yazışma adresi belirlemeleri; bu adresin normal sözleşme hükmü gibi asla değiştirilmeyeceği; adres değişse bile yazışmaların sözleşmede belirlenen adres üzerinden devam etmesi gerektiği anlamına gelmez¹⁸.

Bu ihtimalde tarafların yaptıkları şey, Tebligat Kanunu m. 10 anlamında adreslerini bildirmeleridir. Böylece kanundaki ‘bilinen son adres’ sözleşmede bu şekilde belirlenmiş olan adres olacaktır. Bu duruma benzer nitelikte olmak üzere, mevzuatta Tapu ve İcra müdürlüklerinde yapılan işlemlerde, ilgilinin bildirmiş olduğu adresin merci tarafından yapılacak tebliğ işlemlerinde -ilgili tarafından değiştirilmediği hallerde- esas alınması gerekmektedir.

Özellikle yerleşim yerinin değişmesi halinde, gerek gerçek, gerekse de tüzel kişiler bakımından yerleşim yeri tespiti imkanlarının bulunduğu

¹⁶ Kişinin lüzumsuz yere yahut kayda değer menfaati bulunmamasına rağmen yazışma adresini yurt dışına taşıması veya tebligatın zor olacağı ıssız yerlere taşıması bu hallere örnek olarak verilebilir.

¹⁷ Güncel adres, kişinin kendi başvurusu veya ilgililerin bildirmesi veyahut mevcut belgeler ya da soruşturma veya diğer herhangi bir şekilde belirlenebilir (Tebligat Kanunu’nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik m 16/f. 1).

¹⁸ Temelde adres, bir kimsenin oturduğu yahut çalıştığı yeri göstermeye yarayan bilgi olarak kabul edilir. Bkz Muşul, s. 119. Karş. Atalı, Ermenek ve Üçüncü, s. 23.

günümüzde, sözleşmeyi akdeden tarafların kimliğinden yola çıkarak bu sonuç kabul edilebilir. Özellikle taraflardan birinin tacir olmadığı hallerde, tebligat adresine ilişkin beyanın esasında yerleşim yerine yahut genel olarak bulunduğu adrese ilişkin bir bildirim niteliğinde olduğu, kişinin esasında irade beyanının o yönde olduğu kabul edilebilir. Zira hayatın olağan akışında bu tarz kişilerin yerleşim yeri veya iş yeri (çalıştıkları yerin adresi) dışında bir yazışma adresi belirlemeleri beklenmez. Bu yüzden onların irade beyanının esasında yerleşim yeri veya işyeri dışında bir tebligat adresi tayin etmek değil; tam tersine var olan adresin beyanı niteliğinde olması gerekir.

Bunun dışında kişiye adres değişikliğini bildirme yükümlülüğünün yüklendiği ve yükümlülüğe aykırı davranışın sonucunun özel olarak düzenlenmemiş olduğu hallerde de hükmün yerleşim yerinin beyanı olarak yorumlanması ihtimali güçlenecektir. Zira adres değişikliğinin olabileceğinin ve bunun karşı tarafın rızasına tabi olmadığına düzenlenmiş olması, esasında sözleşmedeki hükmün, tek taraflı değiştirilemeyecek nitelikte bir tebligat adresinin belirlenmesi niteliğinde değil sadece yerleşim yerinin yahut adresin beyanı niteliğinde olduğu anlamına gelecektir. Sözleşmede adres değişikliğini bildirme yükümlülüğüne uyulmamış olmasının sonucunun belirlenmesi halinde ise, Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nun emredici hükümleri başta olmak üzere, sonucun kamu düzeni ve dürüstlük kurallarına aykırı olmaması halinde, sözleşmede belirlenmiş olan hüküm uygulama alanı bulacaktır.

Bu nitelikteki hükme yer verilmemiş olmasına rağmen, adresin tek taraflı olarak değiştirilmesinin mümkün olup olmadığı sorunu akıllara gelebilir. Bir başka ifadeyle sözleşmede sadece adresin belirtildiği ve bunun dışında bir düzenlemenin bulunmadığı hallerde, taraflardan birinin sözleşmedeki adresi değiştirmesinin mümkün olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Somut durumda, söz konusu sözleşme hükmünün, tarafların belirledikleri (taraflarca tayin edilen) sabit bir yazışma adresi olduğunu ortaya koyacak bir olgu bulunmadığı müddetçe kanaatimizce, bu tarz düzenlemelere değiştirilemez sözleşme hükümleri muamelesi yapılmamalıdır. Bu nitelikteki hüküm, zaten mevcut durumun sadece bildirilmesi, yani adresin beyan edilmesi anlamında olduğundan, kişinin adresini değiştirmesi mümkün olmalıdır ve bu durum sözleşmeye aykırılık teşkil etmemelidir. Bu hallerde, sözleşmede belirtilen adresin değiştirilmesi halinde, sözleşmede açıkça yazılmamış olsa bile değişikliğin bildirilmesi, dürüstlük kuralı temeline dayanan bir yükümlülük olarak etkisini göstermelidir.

III. TEBLİGATIN SÖZLEŞMEDEKİ (ESKİ) ADRESE YAPILMASININ MÜMKÜN OLUP OLMADIĞININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Sözleşmedeki düzenlemenin sadece adresin beyanı niteliğinde olduğu hallerde, kural olarak söz konusu adrese tebligat yapılabilecek ve bu tebligat sonuç doğuracaktır. Ne var ki, hükmün sadece sözleşmenin kurulduğu zamanki adresin tespitine yönelik olması nedeniyle, adres değişikliğinin gerçekleştiği hallerde, tebligatın normalde yeni adrese yapılması gerekir. Zira yukarıda da belirtildiği üzere bu nitelikteki düzenlemeler yazışma veya bildirimler için sabit bir adres belirlenmesi anlamına gelmez; var olan durumun tespiti özelliği taşır. Var olan fiili durumun değişmiş olması halinde ise, artık sözleşmedeki düzenleme gerçek durumu yansıtmaz hale geleceğinden, sözleşmedeki adrese yapılacak bir tebligat herhangi bir hukuki sonuç doğurmaz. Böylece bu ihtimalde sözleşmedeki düzenleme, yerleşim yerinin açıklanmasına ilişkin bir düzenleme olarak kabul edileceğinden, yerleşim yerinin değişmesi halinde, artık tebligatın yeni adrese yapılması gerekecektir.

Ne var ki tebligat yapacak kişinin, sözleşmede yer verilen adresin güncel ve geçerli adres olduğunu varsaymakta haklı kabul edileceği haller göz ardı edilemez. Zira sözleşmede adreslerin belirtilmesi gereği duyulduğuna göre tarafların adrese ilişkin birbirlerinin beyanına üstünlük tanıdıkları anlaşılır.

Tarafların sadece adresi belirlemekle yetinmeyip, tebligatların söz konusu adrese yapılacağını düzenledikleri halde de benzer sonuca ulaşılmalıdır. Bu ihtimalde de belirttiğimiz üzere, kişinin temelde adresin değişmediğini varsayma hakkı olacaktır. Meğerki adresin değiştiğini zaten biliyor olsun.

Bu durumda adres değişikliğini öğrendikten sonra, örneğin sözleşmedeki adresin artık kullanılmadığının ortaya çıkmasından sonra, yeni adrese tebligatın yapılması gerekecektir.

Sözleşmedeki düzenlemenin sadece adresin açıklanması niteliğini aştığı ve *tebligat (yazışma) adresi* tayin anlamına geldiği hallerde, tebligat yapacak kişinin adresi araştırma yükümlülüğü ortadan kalkar ve sözleşmedeki adrese yapılan tebligatlar sonuç doğurur. Bunun tek istisnası, somut durumda sözleşmedeki bu hükümden kaynaklanan hakkın dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılmış olması halidir. Olayın özelliği ve tebliğ edilecek hususun önem derecesine göre ve somut durumda yeni adresin kolayca belirlenebileceği hallerde, bile bile eski olduğu malum olan sözleşmedeki adrese tebligat yapılması hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğinden; sonuç doğurmayacaktır.

Son olarak belirtelim ki sözleşme tarafına bildirimin yapılamadığı, tebligatın imkânsız ya da muhatabın tebellüğden kaçındığı hallerde, sözleşmedeki düzenlemenin niteliği ne olursa olsun, eski adrese yapılan tebligatın geçersiz olduğunun ileri sürülmesi çoğunlukla dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir. Dürüstlük kuralı nedeniyle tebligatın geçerli yahut geçersiz

sayılması, esasında bu işlemde söz konusu olan durumun irade beyanının hüküm doğuruyor olması nedeniyle eleştiriye uğrayabilir. Bu eleştiri uyarınca, zaten irade beyanının iletilmesi hukuki işlemin kurucu unsuru olduğundan, esasında yokluk ile malul olması gereken işlemin dürüstlük kuralı ile varlık kazanması mümkün olmamalıdır. Örneğin sözleşmenin feshi iradesinin iletilmiş olmadığı hallerde esasında feshe yönelik irade açıklaması gerçekleşmiş olmaz. Ne var ki bu eleştiriye rağmen, varılması gereken sonuç değişmemelidir. Yokluk ve geçersizlik teorilerinin birbirlerine somut çoğu durumda oldukça yaklaştığı hallerde, farklı sonuçlar öngörülmesinin kendisi esasında eleştiriye açıktır¹⁹. Hukuki işlemin kendisine ulaşmasına bilerek engel olan kişinin korunmaya değer menfaati esasında yoktur. Tam tersine kişinin yönelttiği irade beyanına muhatabın ulaşmasına engel olmasında da korunmaya değer bir menfaat bulunamaz.

IV. SÖZLEŞMEDEKİ TEBLİGAT HÜKÜMLERİNE AYKIRI DAVRANIŞIN SONUÇLARI

Tarafların aralarındaki bildirim ve yazışmalara ilişkin hükümlere aykırı davranışların bir takım sonuçları olması kaçınılmazdır. Bu sonuçlar, tarafların özel olarak düzenlediği sonuçlar olabileceği gibi genel hükümlerin öngördüğü sonuçlar da olabilecektir. Bu çerçevede aşağıda özellikle adres değişikliği bildirilmesi yükümlülüğüne aykırı davranışın zarara yol açması halinde tazminat sonucu ile tarafların ‘tebliğ edilmiş sayılma’ yönündeki düzenlemelerini ele almayı istemekteyiz.

A. Tazminat Yükümlülüğü

Kişinin adres değişikliğini bildirmemiş olması, duruma göre tebligatın gecikmesine ve bu yüzden birtakım zararların doğmasına yol açabilecektir. Kişiye sözleşmede değişikliği bildirme yükümlülüğünün yüklendiği yahut dürüstlük kuralı gereğince böyle bir bildirimin beklenebilir olduğu hallerde, bildirim yapmayan kişinin söz konusu zararlar nedeniyle sorumluluğu gündeme gelir. Bu hallerde tebliği geç yaptırmak durumunda kalan kişinin bu sebepten doğan zararlarının tazmin edilmesi gerekecektir. Bu sonuç, sözleşmede açıkça ya da dürüstlük kuralı gereği var olduğu kabul edilen edimin ihlal edilmiş olmasının bir gereğidir. Yan edim niteliğindeki borca aykırılık

¹⁹ Yokluk yaptırımından söz etmenin mümkün olup olmadığı hakkında tartışmalar için bkz. M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s. 137; Nevzat Koç, *Türk Medeni Hukukunda ve Roma Hukukunda Hükümsüzlük (=Butlan)*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S. 2, 10983, s. 127-172, özellikle s. 135 vd. Yine muvazaa sebebinin genel kabulün aksine yokluk sebebi kabul eden görüş için bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, (7. Bası, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2017), §43, N. 2, s. 581.

bu anlamda, kaynağını sözleşmeyi ihlalden alan bir tazminat sorumluluğuna yol açacaktır. Tazminat, tebligatın gecikmiş olmasından kaynaklanan zararın giderilmesini hedefleyecektir. Tebligatın bu sebepten gecikmiş olması ve örneğin bu sebeple birkaç gün ya da duruma göre birkaç ay vakit kaybeden, sözleşmeden kaynaklanan hakkını, ya da yapacağı bildirim ile elde edeceği imkanı bu süre boyunca kaybetmesinden kaynaklanan zararın tazmini gerekecektir. Zararın kapsamı, somut olayda tebligat konusu şeyin ne olduğu ve bunun sonuçları ile yakından bağlantılıdır. Bu nedenle her somut olayda, adres bildirilmemesi davranışı ile bağlantılı gecikme ve bununla uygun illiyet bağı bulunan zararların tespiti şarttır.

Bu ihtimalde tebligatı yaptıran kişinin zararı azaltma yükümlülüğünün göz ardı edilmemesi ve onun da tebligatı bilinen son adrese yaptırılması için azami özeni göstermesi gerektiği hatırlanmalıdır. Unutulmamalıdır ki alacaklı, varlığı iddia edilen zararın meydana gelmesinde veya artmasında etkili olmuş veya borçlunun durumunu ağırlaştırmış ise bu durum tazminatta indirim sebebi teşkil edecektir. Bu sonuç, TBK madde 52’de öngörülmekte olan, zarar görenin zararın doğmasında veya artmasında etkili olması ya da tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırması halinde tazminatın hakim tarafından indirilebileceği veya tamamen kaldırılabilmesine ilişkin genel kuralın bir görünümüdür. Doktrinde de alacaklının zararın artmasına engel olabilecek tedbirleri alması gerektiği, bu tedbirlerin dürüstlük kuralı çerçevesinde alacaklıdan beklenebilecek oranda alınması gereken tedbirler olduğu kabul edilmektedir²⁰. Buna paralel olarak alacaklının oluşmakta olan zararı azaltma külfeti bulunduğu da kabul edilmektedir. Esasında temelde kaynağını TMK madde 2’de düzenlenmekte olan dürüstlük kuralından alan bu külfetin yerine getirilmemesinin sonucu ise, alacaklının zararın doğmasını veya artmasını engellemek adına kendisinden beklenebilecek makul davranışları sergilemediği oranda zararının tazminini talep edememesi olarak tezahür eder²¹.

B. Tebliğ Edilmiş Sayılma

Tarafların sözleşmede, eski adrese yapılacak bildirimlerin geri dönse bile (bila tebliğ) tebliğ edilmiş sayılacağı yönündeki hükümleri, esasında adres değişikliğinin bildirimi yükümlülüğüne aykırı davranmanın özel olarak düzenlenmesidir. Taraflar, karşılıklı irade beyanları ile bir olguya belli bir sonuç bağlamış olurlar ve kural olarak bu tür kayıtlar geçerlidir²².

²⁰ Hasan Ayrancı, *Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar*, (Ankara, 2006), s. 226.

²¹ Ayrancı, s. 230-231. Ayrıca genel olarak zararı azaltma külfetine ilişkin olarak bkz. Pınar Altınok Ormancı, *Zararı Azaltma Külfeti* (Oniki Levha Yayıncılık, 2016).

²² Borçlunun davranışına bağlanan bir yaptırım olması nedeniyle, buradaki durum sözleşmesel bir yaptırım olan cezai şarta benzetilebilir. Ne var ki borçluya yüklenen bir edim bulunmadığından, klasik bir cezai şart söz konusu olmayacaktır. Burada, genel olarak sözleşmesel bir yaptırımdan bahsetmek daha doğru olacaktır.

Bu ihtimalde, sözleşme özgürlüğü gereğince, eski adrese yapılan tebligatlar sonuç doğurmalıdır. Hatta kişinin yeni adresi bildirmemiş olduğu hallerde²³, eski adrese yapılan tebligat dönmüş olsa bile sözleşmedeki hüküm nedeniyle, bildirimin yapılmış, daha doğrusu haberin gönderilmiş olması tek başına yeterli olmalı ve tebligat hükmündeki sonuçlar meydana gelmelidir. Aksi yorum halinde sözleşmede, eski adrese yapılan bildirimlerin tebliğin sonuçlarını doğuracağı yönündeki düzenlemenin bir anlamı kalmaz.

Yargıtay da bir kararında şu tespitleri yapmıştır:

“Davacının, kredi kartı borcunu ödemeyen davalıya 8.03.2001 tarihi itibarı ile hesabını kat edip ihtarname çektiği, 14.03.2001 tarihinde adresten ayrılması olduğundan bahisle tebligatın bila ikmal iade edildiği anlaşılmaktadır. Dosyada mevcut kredi kartı sözleşmesi gereği davalının sözleşmede bildirdiği adresine tebligatın çıkarıldığı ve yine sözleşme gereği adres değişikliğinin bildirilmesi yükümlülüğünün davalıya getirildiği, aksi taktirde bildirilen adrese yapılan tebligatın geçerli olacağına kararlaştırılmış olduğu görülmektedir. Mahkemece anılan kararlaştırma gözetilerek sözleşmede bildirilen adrese çıkarılan tebligatın geçerli olup, 16.03.2001 tarihi itibarı ile davalının temerrüde düşmüş olduğu kabul edilerek hüküm kurulması gerekirken; tebligatın yapılamamış olduğuna dayanılarak icra takip tarihi itibarı ile temerrüde düştüğü esas alınarak yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir”²⁴.

²³ Sözleşmede tebligat adresinin değiştirilmesi halinde yeni adresin sözleşmenin diğer tarafına bildirilmesi için de bir usulün belirlenmesi ya da belirlenebilir olması gerekir. Ancak tarafların adres değişikliğinden haberdar olması ya da adres değiştiren sözleşme tarafının yeni adresini esas alarak tebliğ işlemlerini gerçekleştiriyor olması durumunda da, bu yeni adresten sözleşmenin diğer tarafının (tebliği gerçekleştirmek isteyen tarafın) haberdar olduğu ortaya konularak yükümlülüğe uymamanın müeyyidesinden kurtulma imkanı söz konusu olabilecektir.

²⁴ Yargıtay 13 HD, 10654/17067, 17.11.2005 < <https://legalbank.net/> > Erişim tarihi: 18 Mart 2020.

Belirtelim ki, tarafların aralarındaki sözleşmenin uygulanması sürecinde yapacakları bildirimlere yönelik bu tür tebligat hükümlerine yer verdikleri meselelerle ilgili çok az Yargıtay kararı bulunmaktadır. Mevcut kararların çoğu, Tebligat Kanunu kapsamına giren makam ya da kişilerin yaptıkları tebligatlara ilişkindir. Bazı kararlar, sözleşmedeki düzenlemelere yönelik gibi gözükse de temelde yine meseleyi belirttiğimiz yönden almaktadırlar. Örneğin bir kararında Yargıtay’ın, tarafların sözleşmede yer verdikleri tebligat düzenlemelerini emredici kurallara aykırı bularak geçersiz saydığını görmekteyiz. Ne var ki kararın tamamı okunduğunda, belirtilen sonucun yapılan ödeme emri tebligatı bakımından kabul edildiği anlaşılmaktadır. Böylece Yargıtay, esasında söz konusu sözleşme hükümlerinin tarafları bağlamayacağını değil, icra dairelerini bağlamayacağını vurgulamaktadır. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir:

”Somut olayda; taraflar arasında düzenlenen kira sözleşmelerinin 2.2. maddesinde kiracının tebligat adresinin belirlendiği, 2.3. maddesinde ise adres değişiklikleri usulüne uygun şekilde karşı tarafa tebliğ edilmedikçe en son bildirilen adrese yapılacak tebliğ ilgili tarafa yapılmış

Yargıtay bu kararıyla sözleşmede tarafların yer verdiği ve tebligata ilişkin özel sonuç öngören bu tür düzenlemeleri geçerli kabul etmiştir. Kanaatimizce de yukarıda dürüstlük kuralından kaynaklanabilecek istisnalar bir yana, sözleşme özgürlüğü gereğince tarafların yer verdikleri ve özel yaptırım öngören bu tür düzenlemeler geçerli kabul edilmelidir.

SONUÇ

Sözleşmede yer verilen tebligat hükümleri iki sonuca sebep olur. Taraflar yerleşim yeri, konut veya işyeri adresini sadece beyan etmiş olabilecekleri gibi bunlardan bağımsız olarak yapılacak bildirimler için bir adres tayin etmiş olabilirler. Bu durumda tespit ve yorum tamamen somut duruma, tarafların kim olduğuna maksadına ve irade beyanlarına göre yapılacaktır.

Tarafların kendi bildirimleri için yerleşim yeri dışında bir adres belirlemeleri, bu adres yasal yerleşim yerine yönelik yahut fiilen bulunulan yer değilse bile belirlenen söz konusu adresin bildirim ve yazışmalarda esas alınacak adres olacağını kararlaştırmaları mümkündür. Adres değişikliğinin bildirilmesi yükümlülüğü yüklenmese ve bildirim yapılmaması halinde sözleşmede belirtilen adresin tebligat adresi olacağı düzenlemesine yer verilmese bile bu nitelikteki düzenlemeler için varılması gereken sonuç aynı olmalıdır. Taraflar, sözleşmede bir adres atamış ve bunun bildirimler için kullanılacak adres olduğu konusunda anlaşmışlarsa, zaten sözleşmenin bir hükmü olarak taraflarca değiştirilmediği müddetçe, varlığını koruyacak ve sözleşmedeki adrese bildirim yapılması, sözleşmeye uygun olacaktır.

Hayatın olağan akışında tarafların yazışma adresi belirlemeleri; bu adresin normal sözleşme hükmü gibi asla değiştirilmeyeceği; adres değişse bile yazışmaların sözleşmede belirlenen adres üzerinden devam etmesi gerektiği anlamına gelmez. Bu durumda tarafların yaptıkları şey, Tebligat Kanunu m. 10 anlamında adreslerini bildirmeleridir. Bu yüzden sözleşmedeki adres düzenlemeleri, çoğunlukla var olan bir durumun sözleşmede belirtilmesi niteliğinde olup; değiştirilmez bir sözleşme düzenlemesi şeklinde yorumlanamaz. Tarafların gerçekten kullandıkları adresin değişmesi halinde, bu durum sözleşmeye aykırılık teşkil etmeyecektir. Bu ihtimalde sorun, sadece söz konusu değişikliğin bildirilmesinin gerekli olup olmadığı açısından önem taşıyacaktır. Adres değişikliğinin bildirilmesi sözleşmede açıkça

sayılır” şeklinde düzenleme yapıldığı görülmektedir. Tebligat Kanunu ve Yönetmeliği koşullarına aykırı anılan sözleşme maddesinin kabulü mümkün değildir. Bu durumda sözleşmede belirtilen adrese çıkarılan ve iade edilen ödeme emri tebligatının sonucunda Ticaret Sicil Müdürlüğü’nden adres sorulup, buradan bildirilecek adres tebligatın iade olarak döndüğü adres ise Tebligat Kanunu 35. maddenin koşullarının oluşacağı, sayet bildirilecek adresin farklı bir adres olması halinde ise ödeme emri tebligatının usulsüz olduğunun kabulü gerekir.”. Karar için bkz. Y.8.HD., 8.7.2014, E. 13623, K. 14536-hukukwork.com.

düzenlenmemiş olsa bile, dürüstlük kuralı temeline dayanan bir yan edim yükümlülüğü olarak kabul edilmelidir.

Kişinin adres değişikliğini bildirmemiş olması, duruma göre tebligatın gecikmesine ve bu yüzden birtakım zararların doğmasına yol açmış olabilir. Kişiye sözleşmede değişikliği bildirme yükümlülüğünün yüklendiği yahut dürüstlük kuralı gereğince böyle bir bildirimin beklenebilir olduğu hallerde, bildirim yapmayan kişinin söz konusu zararlar nedeniyle sorumluluğu söz konusu olur. Bu hallerde tebliği geç yaptırmak durumunda kalan kişinin bu sebepten doğan zararlarının tazmin edilmesi gerekecektir.

Tarafların sözleşmede, eski adrese yapılacak bildirimlerin geri dönse bile (bila tebliğ) tebliğ edilmiş sayılacağı yönündeki hükümleri, esasında adres değişikliği yükümlülüğüne aykırı davranmanın özel olarak düzenlenmesidir. Bu durumda, sözleşme özgürlüğü gereğince, eski adrese yapılan tebligatlar sonuç doğurmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akcan R ve Albayrak H, *Tebliğat Hukuku* (3. Bası, Seçkin 2016).
- Al Kılıç Ş, “Tacirler Arasındaki İhtar ve İhbarlara İlişkin 6102 Sayılı TTK m. 18/3 Hükümünde Öngörülen Şekil Şartlarının Hukuki Niteliği” (Türk Ticaret Kanunu’nun 5. Yıl Sempozyumu Ankara 2018 s. 121-171)
- Altınok Ormancı P, *Zararı Azaltma Külfeti* (Oniki Levha Yayıncılık, 2016).
- Arkan S, *Ticari İşletme Hukuku* (26. Basıdan Tıpkı basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2020)
- Arslan R, *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı* (Ankara, S Yayınları, 1989.)
- Atalı M., Ermenek İ. Ve Üçüncü S. Hilal, *Tebliğat Hukuku* (2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2019).
- Ayrancı H, *Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar*, (Ankara, 2006).
- Erdönmez G., Pekcanitez Medeni Usul Hukuku (15. Bası, On İki Levha 2017)
- Eren F., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25. Baskı Yetkin 2020)
- İnceoğlu MM, *Kira Hukuku Cilt I* (1. Bası, On İki Levha 2014).
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme* (7. Bası, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2017).
- Koç N, *Türk Medeni Hukukunda ve Roma Hukukunda Hükümsüzlük (=Butlan)*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S. 2, 10983, s. 127-172.

- Kurt Konca N, “Türk Hukukunda Tebligata İlişkin Güncel Sorunlar Ve Çözüm Önerileri” (TBBD 2014/114 s. 239-273)
- Meriç N, Arslanpınar Tat T, Işık M, Korkmaz N ve Özkan Kıldıl B, Olaylarla Tebligat Hukuku (On İki Levha 2020)
- Moroğlu E ve Muşul T, *Tebligat Hukuku* (2. Bası, Filiz 1990).
- Muşul T, *Tebligat Hukuku*, (7. Bası, Adalet 2018).
- Oğuzman MK ve Barlas N, *Medeni Hukuk* (24. Bası, Vedat Kitapçılık 2018).
- Oğuzman MK ve Öz MT, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, (Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020).
- Özbay İ ve Yardımcı TE, *Tebligat Hukuku* (2. Bası, Adalet 2020).
- Ruhi C ve Ruhi AC, *Tebligat Hukuku* (10. Bası, Seçkin 2018).
- Ruhi C ve Ruhi AC, *Tebligat Hukuku Bilgisi* (5. Bası, Seçkin 2019).
- Seçer Öz, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, TBK. m.313-319, C. 4-5, (Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019).
- Tanrıver S, Medeni Usul Hukuku Cilt I (3. Bası Yetkin 2020)
- Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler (7. Baskı Filiz 1993)
- Ülgen H, Helvacı M, Kaya A ve Nomer Ertan NF, Ticari İşletme Hukuku (6. Bası Vedat 2019)
- Yılmaz E ve Çağlar T, *Tebligat Hukuku*, (6. Bası, Yetkin 2013).

AİLE MAHKEMELERİNDE BOŞANAN BİREYLERİN BOŞANMA SONRASI YAŞAMA UYUMLARINA İLİŞKİN BİR İNCELEME*

A Review on Post Divorce Adjustment of Divorcing Individuals at Family Courts

Dr. Ayşegül SAYAN KARAHAN Prof. Dr. İbrahim YILDIRIM*****

Geliş Tarihi: 28.5.2020

Kabul Tarihi: 24.02.2021

ÖZET

Evlilik her ne kadar insanlık tarihinde uzun bir geçmişe dayanan ve yaygın bir ilişki biçimi olsa da çeşitli toplumsal değişimler sonucunda evlenmelerin boşanma ile sonuçlanma oranında artış gözlenmektedir. Boşanma, yeniden uyum sağlamayı gerektiren bir kriz durumudur. Yurtdışında boşanma sonrası yaşama uyuma çeşitli kuramsal açıklamalar getirilmiş ve çeşitli araştırmalar yapılmıştır. Türkiye’de boşanma sonrası yaşama uyuma ilişkin sınırlı sayıda çalışmaya rastlanmıştır. Bu çalışmada, Türk toplumunda boşanma sonrası yaşama uyumu açıklayan değişkenlerin neler olduğunun belirlenmesi amaçlanmıştır. Boşanma sonrası yaşama uyumu açıklayan değişkenlerin belirlenmesinin, boşanan bireylerin daha sağlıklı bir boşanma süreci geçirmelerine yönelik önleyici aile mahkemesi uygulamalarına kaynak sağlayabileceği düşünülmüştür. 504 boşanmış bireyin katıldığı çalışmada Fisher Boşanma Sonrası Yaşama Uyum Ölçeği, araştırma kapsamında geliştirilen Boşanma Hakkında Yerleşik İnançlar Ölçeği ve Kişisel Bilgi Formu kullanılmıştır. Çoklu doğrusal adımsal regresyon analizi bulgularına göre; boşanma hakkında yerleşik inançlar, sosyal etkinliklere katılma, boşanma kararını isabetli bulma, cinsiyet, arkadaş desteği, boşanmanın üzerinden geçen süre değişkenlerinin boşanma sonrası yaşama uyumu anlamlı olarak açıkladığı görülmüştür. Elde edilen bulgular literatür ışığında tartışılmış ve yorumlanmış, boşanma sürecinde alınabilecek mahkeme temelli psiko-eğitsel programlar, danışmanlık tedbirleri ve sosyal inceleme raporları konularında öneriler sunulmuştur.

Anahtar Sözcükler : Boşanma, boşanma sonrası yaşama uyum, boşanma hakkında yerleşik inançlar

ABSTRACT

Although marriage is a widespread form of relationship which has a long history, as a result of various social changes, divorce rate of marriages has been increasing. Divorce is a crisis situation that requires re-adaptation. In other countries, various theoretical explanations and researches have been made about post-divorce adjustment. In Turkey, there were a limited number of research regarding post-divorce adjustment. In this study, it is aimed to determine the predictors of post-divorce adjustment in a Turkish population. It has been thought that determining the variables predicting post-divorce adjustment can provide resources for preventive family court practices for divorced individuals to have a healthier divorce process. With participation of 504 divorcees in this study, Fisher Divorce Adjustment Scale, Divorce Beliefs Scale, which was developed in this study, and Personal Information Form was used. According to multiple linear stepwise regression analysis findings; it was found that variables such as divorce beliefs, social activity participation, finding divorce decision accurate, gender, having friendship support, time since divorce are predicting post-divorce adjustment significantly. The findings were discussed in the light of literature and recommendations regarding court-based psycho-education programmes, measures and social assessment reports were made.

Key Words: Divorce, post-divorce adjustment, divorce beliefs.

* Bu makale, Dr. Ayşegül Sayan Karahan’ın doktora tezinden üretilmiştir.

** Psikolog, Türkiye Adalet Akademisi, e-posta: psikaysegulsayan@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-5580-0617.

*** Öğretim Üyesi, Hacettepe Üniversitesi, iyil@hacettepe.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-7874-8404.

GİRİŞ

Evliliklerin sürekliliği; hem eşler için bireysel, hem de sosyal yapının ahengi için toplumsal bir beklentidir. Bununla beraber, ömür boyu sürmesi umuduyla evlenen eşler arasında çeşitli anlaşmazlık ve çatışmalar yaşanabilmekte, boşanma eşlerden biri veya her ikisi tarafından bir seçenek ve çözüm yolu olarak görülebilmektedir.¹

Evlenme ve boşanma, kadın ve erkeği ilgilendiren bireysel bir konu olmaktan öte, toplumsal yapı ve sosyal düzeni yakından ilgilendiren en önemli konular arasında bulunmaktadır. Boşanma, bireysel bir sorun gibi algılsa da, toplumun temeli olan evlilik kurumundaki yapısal sorunlara işaret etmesi bakımından, hem bireysel açıdan hem de toplumsal açıdan irdelenmesi gereken sosyo-kültürel bir olgu olarak da karşımıza çıkmaktadır.²

Boşanma; yasal olarak kurulan evlilik birliğinin yine yasal olarak sona erdirilmesi işlemidir.³ Akıntürk'e (2002) göre, boşanma "eşler henüz hayatta iken, kanunda öngörülmüş olan bir sebebe dayanarak, eşlerden birinin açacağı dava sonucunda, hakimin kararı ile, evlilik birliğine son vermek" olarak tanımlanabilir.

Boşanma hakkında iki farklı görüş bulunmaktadır. Birinci görüşe göre; evliğin nesillerin yetişmesi için ve sağlıklı bireylerden oluşan bir toplumun sürekliliği için kurulduğu düşüncesiyle, evlilik evlenen çiftlerin hayatı boyunca sürdüreceği hukuki bir bağ olmalıdır. İkinci görüşe göre; evlilik eşlere mutluluk vermelidir ve eşler birbirlerinde mutluluğu bulamazlarsa evlilik ilişkisi yarar sağlamayacağından eşler serbest iradeleriyle boşanmaya karar verme imkanına sahip olmalıdır. Türk Hukuku'nda boşanma konusunda kabul edilen sistem, iki zıt görüşün ortasında kabul edilen bir sistemdir. Buna göre, belli boşanma sebeplerinin bulunması veya oluşması üzerine, tarafların isteği doğrultusunda, hakimin vereceği kararla boşanma meydana gelecektir⁴.

Türk Medeni Kanunu'nda; aile hukukunu ilgilendiren nişanlılık, evlenme, evliliğin genel hükümleri, eşler arasında mal rejimi, boşanma, velayet, soy bağının kurulması, evlat edinme konuları hakkında hükümler düzenlenmiştir. TMK'da boşanma sebepleri, dava, karar ve yargılama usulüne ilişkin hükümler yer almaktadır. TMK'da ancak görülen nedenlerin varlığı halinde eşler, evliliği

¹ Sürebiçer, F.S. (2008). Boşanmış bireylerin deneyimlerine göre evlilik eğitimi gereksinimi. Yüksek Lisans Tezi. Ankara Üniversitesi : Ankara.

² Kaya, T. (2009). İstanbul'da yaşayan boşanmış kadın ve erkeklerin boşanma deneyimleri. *Yüksek Lisans Tezi*, Yeditepe Üniversitesi

³ Özgüven, İ. E. (2000). Evlilik ve Aile Terapisi. PDREM Yayınları, Ankara.

⁴ Keskin, I. (2007). Boşanmanın sosyolojik ve psikolojik nedenleri ve boşanmanın ortaya çıkardığı sonuçlar (Niğde ili örneği). Yüksek Lisans Tezi. Niğde Üniversitesi: Niğde. Öztan, (2004). Aile Hukuku. Turhan Kitapevi, Ankara

sona erdirmek için boşanma davası açabilmektedir. 2004 yılında yayınlanan TMK'na göre boşanma sebepleri;

- **161. madde:** Zina Eşlerden biri zina ederse diğer eş boşanma sebebini öğrenmesinden başlayarak 6 ay ve her halde zina eyleminin üzerinden 5 yıl geçmeden ve affetmediyse boşanma davası açabilir.
- **162. madde:** Hayata kast, pek kötü ve onur kırıcı davranış Eşlerden biri diğeri tarafından hayatına kast edilmesi veya kendisine pek kötü davranılması ya da ağır derecede onur kırıcı bir davranışta bulunulması sebebiyle boşanma sebebini öğrenmesinden başlayarak 6 ay ve bu sebebin olmasının üzerinden 5 yıl geçmeden ve affetmediyse boşanma davası açabilir.
- **163. madde:** Suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme Eşlerden biri küçük düşürücü bir suç işler veya haysiyetsiz bir hayat sürer ve bu sebeplerden ötürü onunla birlikte yaşaması diğer eşten beklenemezse diğer eş her zaman boşanma davası açabilir.
- **164. madde:** Terk Eşlerden biri evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadıyla diğerini terk ettiği ve haklı bir sebep olmadan ortak konuta en az 6 ay dönmediği ve ihtar sonuçsuz kaldığında / diğerini ortak konutu terk etmeye zorlayıp haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmesini engellediğinde diğer eş boşanma davası açabilir.
- **165. madde:** Akıl hastalığı Eşlerden biri akıl hastası olup da bu yüzden ortak hayat diğer eş için çekilmez hale gelirse ve hastalığın geçmesine olanak bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporuyla tespit edilmek koşuluyla diğer eş boşanma davası açabilir.
- **166. madde:** Evlilik birliğinin sarsılması

I. Şiddetli geçimsizlik Evlilik birliği ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelden sarsılmışsa eşlerden her biri boşanma davası açabilir. Davacının kusuru daha ağır ise davalının kötü niyetli olmamak kaydıyla davaya itiraz hakkı vardır.

II. Anlaşmalı boşanma Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurmaları veya birinin diğerinin davasını kabul etmesi halinde, taraflar bizzat dinlenip boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumu konusunda gerekli düzenlemelerde anlaşmaları durumunda anlaşmalı boşanma davası açılabilir.

III. Fiili ayrılık Boşanma sebeplerinden her hangi biriyle açılmış davanın reddine karar verilmesinin kesinleştiği tarihten başlayarak üç yıl geçmesi halinde ortak hayat yeniden kurulmamışsa eşlerden her biri boşanma davası açabilir.

TMK'da söz edilen nedenlerin oluşması, taraflardan birinin boşanmak üzere başvurması, boşanmayı gerektiren nedenlerin varlığına mahkeme tarafından kanaat getirilmesi halinde taraflar boşanabilmektedir.

Boşanma, taraflardan en az birinin boşanmayı bir seçenek olarak düşünmesinden boşanmaya ilişkin yasal kararının kesinleşmesine kadar uzanan bir süreç olarak yaşanmaktadır.

Boşanma süreci, boşanan bireylerin yaşam koşullarında birçok değişimleri de beraberinde getirmektedir. Günlük yaşam deneyimlerinin ve bireyin kontrolünün dışında gelişen, çoğu zaman ani gelen ve şiddetli bir etkiye sahip olan, bireyin baş etme kapasitesini aşan ve belirli bir gerilim, zorlanma, kaygı ya da çatışma yaratan olay ve durumlar genel anlamda “kriz” adı altında toplanmaktadır. Kriz, yaşandığı noktada önce bir dezorganizasyona, kaosa ve dengelerin bozulmasına neden olmakta; günlük yaşamı sekteye uğratmakta ve genel işlevsellik düzeyini düşürmektedir. Boşanma da durumsal bir kriz olarak sınıflandırılmaktadır. Boşanma, uyum sağlanması gereken bir kriz durumu olarak ortaya çıkmaktadır.⁵

Boşanma sonrası yaşama uyum, boşanmanın getirdiği bir dizi kayıp içeren değişime ve boşanma durumuna eşlik eden yeni rolleri edinmeye uyumu içermektedir. Kitson ve Rasche (1977) boşanma sonrası yaşama uyumu “evli olma durumuna ve eski eşe bağlı olmaksızın kendisi için kimlik geliştirebilme becerisi ve ev, iş, boş zaman ve günlük yaşam rol sorumluluklarında uygun işlev gösterebilme becerisi” olarak tanımlamaktadır. Boşanma sonrası yaşama uyumun sosyal, ailesel, kişiler arası ve kişi içi rol yeniden tanımlama sürecini içerdiği sonucuna varılabilmektedir.⁶ Bir diğer değişle, bireyin kişisel veya sosyal veya genel uyum düzeyinden çok, bireyin boşanma durumu ve boşanma durumunun sonuçları ile başa çıkabilme düzeyine işaret etmektedir.

Hill (1949) hangi ailelerin, hangi koşullar altında, hangi kaynakları veya başa çıkma davranışlarını kullanarak stresli durumlara uyum gösterebildiklerini belirlemek üzere çalışmalar yapmıştır. ABCX modeline göre; A (stres yaratan olay), B (ailenin kaynakları) ve C (ailenin olay hakkındaki tanımı) ile etkileşime girerek X (kriz) durumunu belirlemektedir. Bu yaklaşımda; stresör ailenin sisteminde değişim yaratan bir yaşam olayı olarak, zorluk stres yaratan olaya eşlik eden talepler olarak tanımlanmaktadır. Aile stresi; aile işlevselliğinde gerçek veya algılanan talep-yapabilirlik dengesizliğinden kaynaklanan bir durum olarak tanımlanmaktadır, eğer bu durum memnuniyetsizlik yaratıyorsa aile sıkıntısı olarak tanımlanmaktadır. Kaynaklar; ailenin sistemindeki değişime yol açan olayı krize yol açmadan önleyebilme olarak tanımlanmaktadır. Tanımlar; stres yaratan olay ve onun zorluğu ve ondan nasıl etkilenecekleri

⁵ Uçan, Ö., Yazar, H. & Sayıl, I. (2005). Bir boşanma olgusunun dört kurama bağlı olarak değerlendirilmesi. *Kriz Dergisi*. 14 (2). 23-29.

⁶ McPhee, J.T. (1984). Ambiguity and change in the post divorce family : towards a model of divorce adjustment. *Journal of Divorce*. 8 (2). 1-15.

hakkında ailenin subjektif algısını içermektedir. Bu subjektif anlam, ailenin değerleri ve geçmiş başa çıkma deneyimlerini yansıtmaktadır. (a) stres yaratan olay, zorluklar ve stres, (b) ailenin değişimle uğraşmak için kaynakları, (c) ailenin durumu tanımlaması olmak üzere üç faktör bir arada ailenin değişimi kriz oluşmadan önleme becerisini etkilemektedir.⁷

Hill (1949) tarafından ileri sürülen ve McCubbin, Cauble ve Patterson (1982) tarafından geliştirilen aile stres ve başa çıkma teorisi (family stress and coping theory), boşanma sonrası yaşama uyumu çalışmak için genel bir çerçeve sağlamaktadır. Bu bakış açısına göre, bireylerin boşanma sonrası yaşama uyumu üç faktöre dayanmaktadır; stresörlerin birikimi, stresle başa çıkmada kaynaklar ve stres yaratıcı olayların tanımlanması. Stres ve başa çıkma teorisi; stresörlerin birikimi, kaynakların varlığı ve bireylerin olay hakkındaki tanımlarının, bireyin boşanma sonrası yaşama uyum derecesini ve hızını belirlediğini ileri sürmektedir. Ek olarak, cinsiyet, yaş, ırk, etnik köken, kültür gibi demografik değişkenler boşanmanın bireylerin iyi oluş düzeyleri üzerindeki etkilerini karmaşık yollarla biçimlendirmektedir.⁸

Çeşitli psikolojik, ilişkisel ve demografik değişkenlerin boşanma sonrası yaşama uyum seviyesiyle ilişkili olduğu saptanmıştır. Bu değişkenler; çocukla ilişkili faktörler, sosyal destek, cinsiyet, yaş, eğitim, çalışma, evlilik süresi, evlilik yaşı, çocuk sayısı, evlilik kalitesi ile ilişkili değişkenler, boşanmayı başlatan taraf olup olmama durumu, boşanmanın üzerinden geçen süre, benlik saygısı gibi kişilik faktörleri, eski eşle ilişki, çocukla bağlantı, boşanma koşulları, profesyonel yardım alma, boşanmadan sonra romantik ilişkinin varlığını içermektedir.

Evlilik ve aile birliği, tüm toplumların temel birimi olarak görülmüştür. Evlilik ve aile birliğinin önemi ve gerekliliği vurgulanmaktadır. Meydana gelen çeşitli değişimler sonucunda evlilik ve aile yapısında ve sürekliliğinde de değişimler meydana gelmektedir. Evlilik birliğini sonlandırma olarak tanımlanan boşanmanın yaygınlığında gözlenen artış dikkat çekmektedir. Boşanmanın yaygınlaşması ile boşanmış birey ve boşanmanın olduğu aileden gelen çocuk ve ergen sayısının artmasıyla boşanma sonrası yaşama uyum anlaşılması gereken bir konu olarak araştırmacılar ve kuramcılar tarafından ilgi görmeye başlamıştır. Boşanma oranlarındaki artış boşanma sonrası yaşam

⁷ McCubbin, H.I. & Patterson, J.M. (1983). Family Stres and Adaptation to Crises : A Double ABCX Model to Family Behavior. *Family Studies Review Yearbook*. (s. 87-106) Sage Publications Inc.

⁸ Amato, P.R. (2000). The consequences of divorce for adults and children. *Journal of Marriage and the Family*. 62. 1269-1287. Wang, H. & Amato, P.R. (2000). Predictors of divorce adjustment : stressors, resources and definitions. *Journal of Marriage and the Family*. 62. 655-668.

düzenlemelerine destek ihtiyacını da artırmaktadır. Gerek boşanan bireylerin boşanma sonrası yaşamlarının kalitesi, gerek boşanmanın olduğu aileden gelen çocuk ve ergenlerin mevcut ve gelecek yaşamlarının kalitesi, gerekse de boşanmış bireyler ve boşanmanın olduğu aileden gelen çocuk ve ergenlerden oluşan toplumsal yapının sağlıklılığı açısından bakıldığında boşanma sonrası yaşama uyumu anlamak ve bu anlayış temelinde geliştirilecek psiko-eğitsel müdahalelerle boşanma sonrası yaşama uyum düzeyini arttırmak önemlidir. Bu çalışmanın, bu tür psiko-eğitsel programların geliştirileceği ve test edileceği daha ileri araştırmalara betimsel temel sağlayabileceği düşünülmektedir.

Bu çalışmada boşanma sonrası yaşama uyum konusunda yurt dışında hakim olan kuramsal yaklaşımlar ele alınmıştır. Bununla beraber, boşanma kültüre duyarlı bir konudur. Batı kültürü ve doğu kültüründe boşanmanın nasıl ele alındığı farklılık göstermektedir. Bu nedenle boşanma sonrası yaşama uyumun içinde bulunulan kültürde nasıl açıklanabileceği merak edilmiştir. Bu araştırmanın amacı, boşanma sonrası yaşama uyumu açıklayan değişkenlerin neler olduğunun, bu değişkenlerin bir arada ve ayrı ayrı boşanmayı açıklamadaki güçlerinin ve önem sıralarının belirlenmesidir.

YÖNTEM

Bu bölümde araştırmanın modeli, araştırma grubu, veri toplama araçları, işlem süreci ve verilerin çözümlenmesi hakkında bilgilere yer verilmiştir.

ARAŞTIRMA MODELİ

Bu araştırma, çeşitli değişkenlerin boşanmış bireylerin boşanma sonrası yaşama uyum düzeyleri üzerindeki açıklayıcı etkilerinin araştırıldığı betimsel bir çalışmadır.

ARAŞTIRMA GRUBU

Bu çalışmada, boşanmış bireylerin boşanma sonrası yaşama uyumlarını açıklayan değişkenleri araştırmak amacıyla bir araştırma grubu oluşturulmuştur. Araştırma grubunu, Ankara Aile Mahkemeleri'nde, verilen boşanma kararı nüfus müdürlüğüne kesinleştirilmiş olup yeniden evlenmemiş olan, araştırmaya katılmayı kabul eden, boşanma kararının kesinleşmesinin üzerinden en az 3 ay süre geçmiş olan 504 boşanmış birey oluşturmaktadır. Araştırmaya katılan boşanmış bireylerin tanımlayıcı özellikleri aşağıdaki tabloda özetlenmiştir.

Tablo 1- Çalışma Grubunda Yer Alan Boşanmış Bireylerin Çeşitli Özelliklere Göre Dağılımları

		N	%
Cinsiyet	Kadın	329	65,3
	Erkek	174	34,5
Yaş	-30	92	18,3
	31-40	217	43,1
	41-50	110	21,8
	51+	45	8,9
Eğitim	İlköğretim	98	19,4
	Lise	146	29,0
	Üniversite	258	51,2
Çalışma	Çalışıyor	353	70
	Çalışmıyor	139	27,6
Çocuk	Var	409	81,2
	Yok	95	18,8
Evlilik süresi	-5 yıl	185	36,9
	5-16 yıl	224	44,4
	16 yıl+	92	18,4

Tablo 1’de görüldüğü gibi araştırmaya katılan boşanmış bireylerin 329’u (%65,3) kadın 174’ü (%34,5) erkektir. Katılımcıların 92’si (%18,3) 30 yaşın altında, 217’si (%43,1) 31 ile 40 yaş aralığında, 110’u (%21,8) 41 ile 50 yaş aralığında, 45’i (%8,9) ise 50 yaşın üstündedir. Araştırmaya katılanların 98’i (%19,4) ilköğretim ve daha az eğitim düzeyinde, 146’sı (%29) lise düzeyinde, 258’i (%51,2) üniversite ve daha ileri eğitim düzeyindedir. Katılımcıların 353’ü (%70) çalışmakta, 139’u (%27,6) ise çalışmamaktadır. Araştırmada yer alan boşanmış bireylerin 409’unun (%81,2) çocuğu bulunmakta, 95’inin (%18,8) ise çocuğu bulunmamaktadır. Araştırmaya katılanların 185 ‘i (%36,7) 5 yıldan kısa süre, 224’ü (% 44,4) 5 – 16 yıl aralığında, 92’si (%18,3) 16 yıldan uzun süre evli kalmıştır.

VERİ TOPLAMA ARAÇLARI

Araştırmada veri toplamak amacıyla; Fisher (1976) tarafından geliştirilip Yılmaz (2002) tarafından uyarlanan Boşanmaya Uyum Ölçeği, araştırmacı tarafından araştırma kapsamında geliştirilen Boşanma Hakkında Yerleşik İnançlar Ölçeği (BHYİÖ) boşanmış bireylerin sosyo-demografik niteliklerine ilişkin veri toplamak amacıyla geliştirilen kişisel bilgi formu kullanılmıştır.

1. Fisher Boşanmaya Uyum Ölçeği (FBUO)

Fisher Boşanmaya Uyum Ölçeği (FBUO), boşanmanın ardından duygusal/ sosyal uyum seviyesini değerlendirmek için Fisher (1976) tarafından geliştirilen 100 maddeli 5 dereceli Likert tipi ölçektir. ⁹

⁹ Yılmaz, A.E. (2002). The prediction of divorced parents’ emotional / social adjustment and

Ölçekte tepki seçenekleri hemen her zaman ile hemen hiçbir zaman aralığındadır. Daha yüksek puanlar düşük boşanma sonrası uyumu göstermektedir. Toplam puana ek olarak 6 alt ölçek tanımlanmıştır. 1) benlik değeri (self worth) 2) ayrışma (disentanglement) 3) öfke (anger) 4) yas (grief) 5) güven ve yakınlık (trust and intimacy) 6) sosyal benlik değeri (social self worth)

FBUO'nun geçerliği Tennessee Kendilik Kavramı Ölçeği ve Kişilik Yönelim Envanteri ile anlamlı korelasyonlarla desteklenmektedir. Toplam ölçek için .98 ve alt ölçekler için .87 ile .95 arasında değişen Cronbach alpha değerleri bildirilmekle yüksek güvenilirlik göstermektedir. Genel olarak istatistiksel analizler FBUO orijinal versiyonunun bireylerin boşanmaya duygusal / sosyal uyumunu ölçmede geçerli ve güvenilir bir araç olduğunu göstermektedir.

FBUO uyarlama çalışması Yılmaz (2002) tarafından yapılmıştır. Ölçeğin yapı geçerliği ölçüt bağıntılı korelasyonlar biçiminde sağlanmıştır. FBUO'nun Kısa Semptom Envanteri, Çok Boyutlu Algılanan Sosyal Destek Ölçeği ve likert tipi tek maddeli Genel Yaşam Doyumu ölçümü ile korelasyon katsayıları sırasıyla .83, -.49 ve -.62'dir. Ek olarak, yapı geçerliği uç gruplar yöntemi ile de değerlendirilmiştir. Ölçeğin örnekleme ($t=7.86$, $df=22$, $p < .001$) klinik olmayan grubu ($M=132.69$, $sd=9.81$) klinik gruptan ($M=273.88$, $sd= 61.44$) anlamlı olarak ayırabildiği gösterilmiştir. Ölçeğin güvenilirliği iç tutarlık işlemi ve Cronbach's Alpha katsayısı kullanılarak saptanmıştır. Cronbach's Alpha katsayısı toplam ölçek puanı için .97 bulunmuştur ve yüksek güvenilirlik göstermektedir. Genel olarak, geçerlik ve güvenilirlik çalışması bulguları, FBUO'nun Türk popülasyonunda kullanımını, ölçeğin toplam puanı temelinde, desteklemektedir.

2. Boşanma Hakkında Yerleşik İnançlar Ölçeği (BHYİÖ)

Boşanma Hakkında Yerleşik İnançlar Ölçeği (BHYİÖ), araştırmacılar tarafından boşanmış bireylerin boşanma hakkındaki yerleşik görüş, inanç ve kanılarını ölçmek amacıyla geliştirilen 32 maddeli 5 dereceli Likert tipi ölçektir.

Ölçeğin yapı geçerliği, faktör analizi kullanılarak test edilmiştir. Verilerin faktör analizi için uygun olup olmadığı Kaiser-Meyer-Olkin (KMO) katsayısı ve Barlett Sphericity testi ile incelenmiştir. KMO katsayısı .956 ve Barlett testi anlamlı çıkmıştır.

Faktörlerin her bir değişken üzerindeki ortak faktör varyansının .430 ile .727 arasında değiştiği görülmüştür. Özdeğeri 1'den büyük olan 5 faktör

saptanmıştır. Birinci faktörün tek başına varyansın %43,967'sini açıkladığı, açıklanan toplam varyansın %60,734 olduğu, maddelerin faktör yüklerinin birinci faktörde ,823 ile ,395 arasında değiştiği izlenmiştir.

BHYIO'nin güvenilirliği iki yolla test edilmiştir. Birinci olarak, ölçeğin Cronbach Alpha güvenilirlik katsayısı bulunmuştur (Alpha= .954). İkinci olarak, iki yarım test güvenilirliğine bakılmıştır. Ölçeğin her ikisi de 16'şar maddeden oluşan iki yarım formundan birinci kısmın değeri .91 ve ikici kısmın değeri .92, iki form arasındaki korelasyon $r=.83$ olarak bulunmuştur. Spearman Brown katsayısı ve Guttman katsayısı .90 olarak bulunmuştur. Elde edilen güvenilirlik katsayıları ölçeğin bireylerin boşanma hakkında inançlarını ölçmekte güvenilir olarak kullanılabileceğini göstermektedir.

3. Kişisel Bilgi Formu

Bilgi formu, araştırmaya katılan boşanmış bireylerin çeşitli nitelikleri hakkında bilgi toplamak amacıyla araştırmacılar tarafından araştırma kapsamında geliştirilmiştir. Boşanma sonrası yaşama uyum konusunda yapılan literatür taraması sonucunda, boşanma sonrası yaşama uyum ile ilişkili olduğu belirtilen çeşitli demografik değişkenler, evlilik ilişkisine ait değişkenler, boşanmayla ilişkili değişkenler, boşanma sonrası alınan destek düzeyi hakkında bilgi toplamak amacıyla geliştirilmiştir.

İşlem Süreci

Ankara Aile Mahkemeleri'nde boşanma kararı kesinleşmiş bireylerden veri toplayabilmek amacıyla T.C. Adalet Bakanlığı'ndan gerekli izinler alınmıştır. Uygulama, Ankara Aile Mahkemeleri'nde doğrudan araştırmacı tarafından yapılmıştır. Araştırmaya katılan bireylere, Ankara Adalet Sarayında Aile Mahkemelerindeki kayıtlardan ulaşılmıştır. Araştırma amacıyla geliştirilmiş olan Kişisel Bilgi Formu, Boşanma Hakkında Yerleşik İnançlar Ölçeği ve Fisher Boşanmaya Uyum Ölçeği katılımcılara aynı anda uygulanarak veriler bilgisayara girilmiş ve istatistiksel analizler yapılmıştır.

VERİLERİN ÇÖZÜMLENMESİ

Verilerin analiz edilmesi için SPSS 15.0 istatistik paket programı kullanılmıştır. Araştırmada anlamlılık düzeyi .05 olarak alınmıştır.

Verilere doğrusal stepwise regresyon analizi uygulanmasına karar verilmiştir. Doğrusal regresyon analizi aralarında ilişki olan iki ya da daha fazla değişkenden birinin bağımlı değişken, diğerlerinin bağımsız değişkenler olarak ayrımı ile aralarındaki ilişkinin bir matematiksel eşitlik ile açıklanması sürecini anlatmaktadır. Çoklu doğrusal regresyon analizi ise bağımlı değişkenle ilişkili olan iki ya da daha çok bağımsız değişkene dayalı olarak, bağımlı değişkenin tahmin edilmesine yönelik bir analiz türü olarak tanımlanmaktadır. Çoklu regresyon analizi, açıklayıcı değişkenler tarafından bağımlı değişkende

açıklanan toplam varyansın yorumlanmasına, açıklanan varyansın istatistiksel anlamlılığına, açıklayıcı değişkenlerin istatistiksel olarak anlamlılığına ve açıklayıcı değişkenlerle bağımlı değişken arasındaki ilişkinin yönüne ilişkin yorum yapma olanağı vermektedir¹⁰

Nitel değişkenlerin dummy değişkenlere dönüştürülmesinin ardından doğrusal regresyonun varsayımlarının karşılanıp karşılanmadığı test edilmiştir.

BULGULAR

Bu bölümde öncelikle boşanmış bireylerin boşanma sonrası yaşama uyumlarının açıklanmasına yönelik doğrusal stepwise (adımsal) regresyon analizine ilişkin sonuçlar verilmiştir. Bulgular sırasıyla; boşanma sonrası yaşama uyum toplam puanı için açıklanan değişken ile açıklayıcı değişken arasındaki ilişkileri, modelin bütün olarak anlamlılığını gösteren ANOVA tablosunu, modelin bütün olarak boşanma sonrası yaşama uyumun ne kadarını açıkladığını gösteren model özeti tablosunu ve boşanma sonrası yaşama uyumun açıklayıcısı olarak ele alınan değişkenlere ilişkin adımsal (stepwise) regresyon analizinin sonuçlarını içerir şekilde sunulmuştur.

Boşanma Sonrası Yaşama Uyum İle Açıklayıcı Değişkenler İÇİN Adımsal (stepwise) Regresyon Analizinin Sonuçları

Açıklanan varyansın ya da bir diğer ifadeyle regresyon modelinin istatistiksel olarak anlamlı olup olmadığını gösteren ANOVA tablosuna bakıldığında; modelin bütün olarak anlamlı olduğu görülmektedir ($F=158.293$, $p=.000$).

Boşanma sonrası yaşama uyumun açıklayıcısı olarak ele alınan değişkenlere ilişkin adımsal (stepwise) regresyon analizi sonuçları Tablo 2’de sunulmuştur.

¹⁰ Büyüköztürk, Ş. (2002). Bilimsel Araştırma Yöntemleri. Pegem Yayıncılık.

Tablo 2: Boşanma Sonrası Yaşama Uyumun Açıklayıcısı Olarak Ele Alınan Değişkenlere İlişkin Adımsal (stepwise) Regresyon Analizinin Sonuçları

Model	B	R	R ²	Beta	t	Sig.
1 Sabit	91,99				15,77	.000
Y.İnanç	2,04	,71	,51	,71	23,15	.000
1. Sabit	90,59				17,19	.000
Y. İnanç	1,82			,64	22,12	.000
Etkinlik	36,56	,77	,60	,31	10,69	.000
2. Sabit	96,12				18,35	.000
Y.İnanç	1,65			,58	19,16	.000
Etkinlik	37,29	,79	,62	,31	11,18	.000
İsabet	22,08			,15	5,28	.000
3. Sabit	84,82				14,87	.000
Y.İnanç	1,68			,59	19,81	.000
Etkinlik	36,38			,30	11,10	.000
İsabet	22,65	,80	,64	,16	5,52	.000
Cinsiyet	15,05			,12	4,56	.000
4. Sabit	85,86				15,26	.000
Y.İnanç	1,64			,57	19,39	.000
Etkinlik	30,68			,26	8,69	.000
İsabet	22,21	,80	,65	,15	5,49	.000
Cinsiyet	15,48			,12	4,76	.000
Arkadaş	16,05			,11	4,01	.000
5. Sabit	90,53				15,05	.000
Y.İnanç	1,62			,57	19,20	.000
Etkinlik	30,37			,25	8,63	.000
İsabet	22,83			,16	5,65	.000
Cinsiyet	16,02	,81	,65	,13	4,93	.000
Arkadaş	16,18			,12	4,05	.000
B. süre	-6,79			-,05	-2,14	.030

Tablo 2’de görüldüğü gibi adımsal regresyon analizi 6 adımda gerçekleşmiştir.

Birinci adımda “boşanma hakkında yerleşik inançlar” değişkeni incelenmiştir. “Boşanma hakkında yerleşik inançlar” değişkeninin boşanma sonrası yaşama uyumu açıklamada standardize edilmiş regresyon katsayısı (beta) .71 çıkmıştır. “Boşanma hakkında yerleşik inançlar” değişkeninin tek başına boşanma sonrası yaşama uyuma ilişkin toplam varyansın %52 kadarını açıkladığı görülmektedir ($R^2=.51$).

Adımsal regresyon analizinin ikinci adımında modele “boşanma hakkında yerleşik inançlar” değişkeninin yanına “sosyal etkinliklere katılım” değişkeni girmiştir. “Sosyal etkinliklere katılım” değişkeninin açıklanan varyansta (R^2) .09’lık bir değişime yol açtığı ve bu değişimin anlamlı bulunduğu görülmüştür. “Boşanma hakkında yerleşik inançlar” ve “sosyal etkinliklere katılım” değişkenlerinin birlikte boşanma sonrası yaşamı açıklamada standardize edilmiş regresyon katsayıları (beta) “boşanma hakkında yerleşik inançlar” için .64 ve “sosyal etkinliklere katılım” için .31 çıkmıştır. Beta katsayılarına ilişkin t değerleri “boşanma hakkında yerleşik inançlar” için 22.12 ve “sosyal etkinliklere katılım” için 10.69 çıkmış ve manidar bulunmuştur ($p=.00$). “Boşanma hakkında yerleşik inançlar” ve “sosyal etkinliklere katılım” değişkenlerinin birlikte boşanma sonrası yaşama uyuma ilişkin toplam varyansın % 61 kadarını açıkladığı görülmektedir ($R=.77$, $R^2=.60$, $p=.00$).

Adımsal regresyon analizinin üçüncü adımında modele “boşanma hakkında yerleşik inançlar” ve “sosyal etkinliklere katılım” değişkenlerinin yanına “boşanma kararını isabetli bulma” değişkeni girmiştir. “Boşanma kararını isabetli bulma” değişkeninin açıklanan varyansta (R^2) .021’lik bir değişime yol açtığı ve bu değişimin anlamlı bulunduğu görülmüştür. “Boşanma hakkında yerleşik inançlar”, “sosyal etkinliklere katılım” ve “boşanma kararını isabetli bulma” değişkenlerinin birlikte boşanma sonrası yaşamı açıklamada standardize edilmiş regresyon katsayıları (beta) “boşanma hakkında yerleşik inançlar” için .58 , “sosyal etkinliklere katılım” için .31 ve “boşanma kararını isabetli bulma” için .15 çıkmıştır. Beta katsayılarına ilişkin t değerleri “boşanma hakkında yerleşik inançlar” için 19.16, “sosyal etkinliklere katılım” için 11.18 ve “boşanma kararını isabetli bulma” için 5.28 çıkmış ve manidar bulunmuştur ($p=.00$). “Boşanma hakkında yerleşik inançlar”, “sosyal etkinliklere katılım” ve “boşanma kararını isabetli bulma” değişkenlerinin birlikte boşanma sonrası yaşama uyuma ilişkin toplam varyansın % 63 kadarını açıkladığı görülmektedir ($R=.79$, $R^2=.62$, $p=.00$).

Adımsal regresyon analizinin dördüncü adımında modele “boşanma hakkında yerleşik inançlar”, “sosyal etkinliklere katılım” ve “boşanma kararını isabetli bulma” değişkeninin yanına “cinsiyet” değişkeni girmiştir. “Cinsiyet” değişkeninin açıklanan varyansta (R^2) .015’lik bir değişime yol açtığı ve bu değişimin anlamlı bulunduğu görülmüştür. “Boşanma hakkında yerleşik inançlar”, “sosyal etkinliklere katılım” , “boşanma kararını isabetli bulma” ve “cinsiyet” değişkenlerinin birlikte boşanma sonrası yaşamı açıklamada standardize edilmiş regresyon katsayıları (beta) “boşanma hakkında yerleşik inançlar” için .59 , “sosyal etkinliklere katılım” için .30, “boşanma kararını isabetli bulma” için .16 ve “cinsiyet” için .12 çıkmıştır. Beta katsayılarına ilişkin t değerleri “boşanma hakkında yerleşik inançlar” için 19.81, “sosyal etkinliklere katılım” için 11.10 , “boşanma kararını isabetli bulma” için 5.52

ve “cinsiyet” için 4.56 çıkmış ve manidar bulunmuştur ($p=.00$). “Boşanma hakkında yerleşik inançlar”, “sosyal etkinliklere katılım”, “boşanma kararını isabetli bulma” ve “cinsiyet” değişkenlerinin birlikte boşanma sonrası yaşama uyuma ilişkin toplam varyansın % 64 kadarını açıkladığı görülmektedir ($R=.80$, $R^2=.64$, $p=.00$).

Adımsal regresyon analizinin beşinci adımında modele “boşanma hakkında yerleşik inançlar”, “sosyal etkinliklere katılım”, “boşanma kararını isabetli bulma”, “cinsiyet” değişkenlerinin yanına “arkadaş desteği” değişkeni girmiştir. “Arkadaş desteği” değişkeninin açıklanan varyansta (R^2) .011’lik bir değişime yol açtığı ve bu değişimin anlamlı bulunduğu görülmüştür. “Boşanma hakkında yerleşik inançlar”, “sosyal etkinliklere katılım”, “boşanma kararını isabetli bulma”, “cinsiyet” ve “arkadaş desteği” değişkenlerinin birlikte boşanma sonrası yaşamı açıklamada standardize edilmiş regresyon katsayıları (beta) “boşanma hakkında yerleşik inançlar” için .57, “sosyal etkinliklere katılım” için .26, “boşanma kararını isabetli bulma” için .15, “cinsiyet” için .12 ve “arkadaş desteği” için .11 çıkmıştır. Beta katsayılarına ilişkin t değerleri “boşanma hakkında yerleşik inançlar” için 19.39, “sosyal etkinliklere katılım” için 8.69, “boşanma kararını isabetli bulma” için 5.49, “cinsiyet” için 4.76 ve “arkadaş desteği” için 4.01 çıkmış ve manidar bulunmuştur ($p=.00$). “Boşanma hakkında yerleşik inançlar”, “sosyal etkinliklere katılım”, “boşanma kararını isabetli bulma”, “cinsiyet” ve “arkadaş desteği” değişkenlerinin birlikte boşanma sonrası yaşama uyuma ilişkin toplam varyansın % 65 kadarını açıkladığı görülmektedir ($R=.80$, $R^2=.65$, $p=.00$).

Adımsal regresyon analizinin altıncı adımında modele “boşanma hakkında yerleşik inançlar”, “sosyal etkinliklere katılım”, “boşanma kararını isabetli bulma”, “cinsiyet”, “arkadaş desteği” değişkenlerinin yanına “boşanmanın üzerinden geçen süre” değişkeni girmiştir. “Boşanmanın üzerinden geçen süre” değişkeninin açıklanan varyansta (R^2) .003’lük bir değişime yol açtığı ve bu değişimin anlamlı bulunduğu görülmüştür. “Boşanma hakkında yerleşik inançlar”, “sosyal etkinliklere katılım”, “boşanma kararını isabetli bulma”, “cinsiyet”, “arkadaş desteği” ve “boşanmanın üzerinden geçen süre” değişkenlerinin birlikte boşanma sonrası yaşamı açıklamada standardize edilmiş regresyon katsayıları (beta) “boşanma hakkında yerleşik inançlar” için .57, “sosyal etkinliklere katılım” için .25, “boşanma kararını isabetli bulma” için .16, “cinsiyet” için .13, “arkadaş desteği” için .12 ve “boşanmanın üzerinden geçen süre” için -.05 çıkmıştır. Beta katsayılarına ilişkin t değerleri “boşanma hakkında yerleşik inançlar” için 19.20, “sosyal etkinliklere katılım” için 8.63, “boşanma kararını isabetli bulma” için 5.65, “cinsiyet” için 4.93, “arkadaş desteği” için 4.05, “boşanmanın üzerinden geçen süre” için -2.14 çıkmış ve manidar bulunmuştur ($p=.000$). “Boşanma hakkında yerleşik inançlar”, “sosyal etkinliklere katılım”, “boşanma kararını isabetli bulma”, “cinsiyet”,

“arkadaş desteği” ve “boşanmanın üzerinden geçen süre” değişkenlerinin birlikte boşanma sonrası yaşama uyuma ilişkin toplam varyansın % 66 kadarını açıkladığı görülmektedir ($R=.81$, $R^2=.65$, $p=.000$).

Boşanma sonrası yaşama uyumun anlamlı açıklayıcıları önem sırasına göre; boşanma hakkında yerleşik inançlar, sosyal etkinliklere katılım, boşanma kararını isabetli bulma, cinsiyet, arkadaş desteği, boşanmanın üzerinden geçen süre değişkenleri olarak bulunmuştur. Bu değişkenler birlikte boşanma sonrası yaşama uyuma ilişkin toplam varyansın %66 kadarını açıklamaktadır.

TARTIŞMA VE YORUM

Bu bölümde, boşanma sonrası yaşama uyumun açıklanmaya çalışıldığı çoklu doğrusal regresyon analizinden çıkan sonuçların, kuramsal açıklamalar ve daha önce yapılan araştırmalar ışığında tartışma ve yorumuna yer verilmiştir.

Araştırma bulgularına göre; boşanma hakkında yerleşik inançlar, boşanma kararını isabetli bulup bulmama, arkadaş desteği, sosyal etkinlik, cinsiyet ve boşanmanın üzerinden geçen süre değişkenlerinin boşanma sonrası yaşama uyumu anlamlı olarak açıkladığı görülmüştür.

Boşanma sonrası yaşama uyumunda boşanma hakkında yerleşik inançların önemli olduğu çeşitli araştırmacılar¹¹ tarafından rapor edilmiştir. Boşanma hakkında yerleşik inançların boşanma sonrası yaşama uyumun anlamlı bir açıklayıcısı olarak bulunmasının literatür ile tutarlı görüldüğü söylenebilir.

Boşanma sonrası yaşama uyumunda sosyal ilişkilerin, sosyal etkinliğin ve yeni yakın ilişkinin önemli olduğu çeşitli araştırmacılar¹² tarafından bildirilmiştir. Boşanma sonrası sosyal ilişkiler, sosyal etkinlik ve yeni yakın ilişkin

¹¹ Kitson, C.G. (1982). Attachment to the spouse in divorce: a scale and its application. *Journal of Marriage and The Family*. 44. 379.-393

Gray, J.D. & Silver, R.C. (1990). Opposite sides of the same coin: former spouse's divergent perspectives in coping with their divorce. *Journal of Personality and Social Psychology*. 59 (6). 1180-1191.

Munoz-Eguileta, A. (2007). Irrational beliefs as predictors of emotional adjustment after divorce. *Journal of Rational-Emotive & Cognitive-Behavior Therapy*. 25 (1). 1-15.

Simon, R.W. & Marcussen, K. (1999). Marital transitions, marital beliefs and mental health. *Journal of Health and Social Behavior*. 40. 111-125.

¹² Aseltine, R.H., Kessler, R.C. (1993). Marital disruption and depression in a community sample. *Journal of Health and Social Behavior*. 34. 237-251.

Garvin, V., Kalter, N. & Hansell, J. (1993). Divorced women: individual differences in stressors, mediating factors and adjustment outcome. *American Journal of Orthopsychiatry*. 63 (2). 233-240.

Thuen, F. (2000). Psychiatric symptoms and perceived need for psychiatric care after divorce. *Journal of Divorce and Remarriage*. 34 (1/2). 61-76.

Williams, K. & Dunne-Bryant, A. (2006). Divorce and adult psychological well being : clarifying the role of gender and child age. *Journal of Marriage and Family*. 68. 1178-1196.

boşanma sonrası yaşama uyumun anlamlı bir yodayıcısı olarak bulunmasının literatür ile tutarlı görüldüğü söylenebilir.

Boşanma sonrası yaşama uyumda cinsiyet değişkenini ele alan çeşitli araştırmalardan bazıları kadınların¹³, bazıları erkeklerin¹⁴ daha iyi uyum sağladığını, bazıları ise ¹⁵ cinsiyet farklılıkları bulunmadığını rapor etmektedir. Literatüre bakıldığında boşanma sonrası yaşama uyumda cinsiyet değişkeni ile ilgili tutarlı bulgular bulunmadığı görülmektedir. Araştırma bulgularına göre cinsiyet boşanma sonrası yaşama uyumun anlamlı açıklayıcılarından biri olarak bulunmuştur.

Özet olarak, literatüre bakıldığında ele alınan cinsiyet, yaş, çalışma, gelir, çocuk sahibi olup olmama, boşanma kararını veren taraf olup olmama, boşanma kararını isabetli bulup bulmama, eski eşle bağlantı, boşanma sonrası sosyal bağlantılar, boşanma hakkında yerleşik inançlar değişkenlerinin boşanma sonrası yaşama uyum ile ilişkili bulunduğu görülmektedir. Boşanma hakkında yerleşik inançlar, boşanma kararını isabetli bulup bulmama, sosyal bağlantılar, cinsiyet ve boşanma sonrası geçen sürenin boşanma sonrası yaşama uyumu anlamlı olarak açıkladığı bulunmuştur ve bu bulgu literatür ile tutarlılık göstermektedir. Buna karşılık; eski eşle bağlantı gibi bu değişkenlerden bazılarının boşanma sonrası yaşama uyum ile ilişkili bulunmadığı ve bu nedenle analize dahil edilmediği görülmüştür. Analize dahil edilen çalışma, gelir, çocuk sahibi olup olmama ve boşanma kararını veren taraf olup olmama gibi bazı değişkenlerin ise boşanma sonrası yaşama uyumu anlamlı ilişki göstermelerine karşılık aşamalı regresyon analizi sırasında modelin dışında kaldıkları görülmüştür. Bu bulguların bir kaç nedenden kaynaklanabileceği düşünülmüştür.

Ele alınan bazı değişkenlerin modele anlamlı bir katkı sağlamamasının nedenlerden birinin kültürel farklılıklar olabileceği düşünülmüştür. Yapılan literatür taramasında incelenmiş olan çalışmaların daha çok boşanmanın %50 oranında yaygınlık gösterdiği ve bireyselleşmenin daha önemli görüldüğü batı

¹³ Barnet, H.S. (1990). Divorce stress and adjustment model : locus of control and demographic predictors. *Journal of Divorce*. 13 (3). 93-109.

Marks, N.F., Lambert, J.D. (1998). Marital status continuity and change among young and midlife adults. *Journal of Family Issues*. 19 (6). 652-686.

Shapiro, A.D. (1996). Explaining psychological distress in a sample of remarried and divorced persons. *Journal of Family Issues*. 17 (2). 186-203.

¹⁴ Bloom, B.L. & Caldwell, R.A. (1981). Sex differences in adjustment during the process of marital separation. *Journal of Marriage and the Family*. 43. 693-701.

Diedrick, P. (1991). Gender differences in divorce adjustment. *Journal of Divorce and Remarriage*. 14 (3/4). 33-45.

¹⁵ Booth, A. & Amato, P. (1991). Divorce and psychological stress. *Journal of Health and Social Behavior*. 32. 396-407.

kültüründe yapıldığı dikkati çekmektedir. Yapılan araştırma ise boşanmanın çok daha az yaygınlık gösterdiği ve bireyselleşmedense sosyal destek sistemlerinin ve maneviyatın daha önemli görüldüğü bir kültürde gerçekleştirilmiştir.

Ayrıca, araştırmada ölçme aracı olarak boşanma sonrası yaşama uyum Fisher Boşanma Sonrası Yaşama Uyum Ölçeği'yle ölçülmüş, boşanma hakkında yerleşik inançlar araştırma kapsamında geliştirilen Boşanma Hakkında Yerleşik İnançlar Ölçeği ile ölçülmüş ve diğer değişkenler bilgi toplama formu üzerinden elde edilmiştir. Fisher Boşanma Sonrası Yaşama Uyum Ölçeği boşanma sonrası uyum konusunda yurt dışında en yaygın kullanılan ölçek olarak bulunmuştur ve bu nedenle araştırma kapsamında kullanılmasına karar verilmiştir. Fakat yapılan uygulama sonucunda bu ölçeğin uzunluğu nedeniyle kullanımının pratik olmadığı farkedilmiştir. Ayrıca boşanma hakkında yerleşik inançlar dışındaki değişkenler bilgi formundan elde edilen bilgilerle oluşturulmuştur. Her ne kadar literatür taraması sonucunda, yapılan araştırmalarda da değişkenlerin bu şekilde ele alındığı görülmüş olsa da, elde edilen bulguların ölçme yönteminden etkilenmiş olabileceği düşünülmüştür.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Bu bölümde öncelikle araştırmadan elde edilen bulguların genel bir özeti yapılmıştır. Ardından elde edilen bu bulgular doğrultusunda aile ve boşanma alanında çalışanlara, araştırmacılara, politika yapıcılara ve yöneticilere, boşanmış bireylere yönelik önerilerde bulunulmuştur.

Yurt dışında boşanma ve boşanma sonrası yaşama uyumu konu alan araştırmalar yaygın olsa da yurt içinde boşanmanın henüz sınırlı sayıda araştırmaya konu olduğu görülmüştür. Bu araştırmanın boşanma ve boşanma sonrası yaşama uyum konusundaki bu eksikliğe dikkat çekebileceği ve bu konuda yapılacak ileri araştırmalara yol açabileceği, böylelikle bu alana katkı sağlayabileceği düşünülmektedir.

Bu çalışmanın amacı, boşanma sonrası yaşama uyumu açıklayan değişkenlerin boşanma sonrası yaşama uyumu bir arada ne kadar açıkladığının, bu değişkenlerin boşanma sonrası yaşama uyumu açıklamada güçlerinin ve önem sıralarının belirlenmesidir.

Araştırmadan elde edilen bu sonuçların boşanma alanındaki yeni düzenlemelere ışık tutabileceği düşünülmektedir. Bu çerçevede aşağıda öneriler sunulmuştur.

Yurt dışında boşanma danışmanlığı aldı altında çeşitli çalışmalar yürütülmektedir. Yurt içinde de boşanmanın yaygınlaşmasıyla, boşanmış bireyler ve boşanmış ebeveynlere sahip çocuklar alanda çalışan psikologların, psikolojik danışmanların ve sosyal hizmet uzmanlarının karşılaşabileceği bir çalışma grubunu oluşturmaktadır. Boşanma danışmanlığının temel işlevlerinden biri, boşanmış birey ve boşanmış ebeveynlere sahip çocukların boşanma durumuna uyumlarını kolaylaştırmak için çeşitli çalışmalar yürütmektir.

Bu çalışmanın bulguları, yurt içinde boşanma alanında çalışan psikologların, psikolojik danışmanların ve sosyal hizmet uzmanlarının boşanma danışmanlığı adı altında yürütebileceği çalışmalarda ele alınması gereken konulara ışık tutmaktadır. Boşanmış bireylerin boşanma sonrası yaşama uyumlarında sosyal destek sistemleri ve boşanmaya yükledikleri anlam önemli ve anlamlı bulunmuştur. Bir başka deyişle, sosyal destek sistemine sahip olanların ve boşanmaya daha olumlu bir anlam yükleyenlerin, sosyal destek sistemine sahip olmayanlara ve boşanmaya olumsuz bir anlam yükleyenlere göre daha fazla boşanma sonrası yaşama uyum sağladıkları söylenebilir. Dolayısıyla boşanmış bireylerle çalışan psikologlar, psikolojik danışmanlar ve sosyal hizmet uzmanlarının boşanmış bireylerin boşanma sonrası yaşama uyumlarını kolaylaştırmak için yapacağı çalışmalarda boşanmış bireylerin sosyal destek kaynaklarını güçlendirmeye ve boşanmaya yükledikleri anlamı daha olumlu hale getirmeye ağırlık vermelerinin etkili olabileceği söylenebilir. Bu bağlamda yürütülecek boşanma danışmanlığı çalışmalarında bilişsel müdahalelerin boşanmış bireylerin boşanma durumunu daha gerçekçi, daha az kişiselleştirilmiş, daha az felaketleştirici, daha az genelleştirilmiş ve daha olumlu algılamalarının sağlanmasında etkili olabileceği söylenebilir. Ayrıca boşanmış bireylerin sosyal bağlantılarını güçlendirmenin çeşitli davranışsal ev ödevleriyle sağlanmasının etkili olabileceği söylenebilir.

Yurt dışında boşanma danışmanlığı adı altında çeşitli psiko-eğitsel müdahaleler planlanmaktadır. Yurt içinde bu tür çalışmaların eksikliği görülmektedir. Türk kültüründe boşanma sonrası yaşama uyum ile ilgili yapılan çeşitli betimsel çalışmaların bulgularının ışığında, boşanma sonrası yaşama uyumu kolaylaştırmaya yönelik çeşitli deneysel çalışmalara gereksinim bulunmaktadır.

Aile mahkemeleri ve çocuk mahkemeleri bünyesinde Çocuk Koruma Kanununa göre koruyucu ve destekleyici çeşitli tedbir kararları verilmektedir. Bu tedbir kararlarından biri de danışmanlık tedbiridir. Aile mahkemesi ve çocuk mahkemesi hakimleri boşanma sürecindeki ailelerde taraflar ve çocuklar için boşanma durumuna uyumu ve sağlıklı boşanma sürecini desteklemek için danışmanlık tedbiri kararı verebilmektedir. Hangi ailelerin böyle bir danışmanlık tedbirine yönlendirilmesinin faydalı olacağı konusunda bu araştırmada ele alınan açıklayıcı değişkenlerden faydalanılabileceği düşünülmektedir.

Türk Medeni Kanunu evlilik ve boşanmaya ilişkin konularla ilgili çeşitli hükümler getirmektedir. Bunun yanı sıra 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine İlişkin Kanun ile ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ile yine boşanma ile ilgili hükümler belirlenmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti politikalarında aileye önem verildiği görülmektedir. Bununla beraber, boşanma yoluyla dağılan ailelerin boşanma sonrası uyumlarını kolaylaştırmak için bazı yapısal düzenlemelere ihtiyaç olduğu görülmektedir.

Boşanma sonrası yaşama uyumu kolaylaştıran çalışmalar boşanmayı teşvik etmemekte, sadece zaten yaşanmakta olan boşanma sürecinin ve sonrasının daha sağlıklı şekilde yaşanabilmesine katkıda bulunmaktadır.

Yurt dışında aile mahkemesi uzmanlarının (family court counselor) boşanmış bireylerin boşanma sonrası uyum düzeylerini artırmaya yönelik mahkeme temelli psiko-eğitsel programların hazırlanması ve sunulması şeklinde hizmet verdiği bilinmektedir¹⁶ Bu mahkeme temelli programların bir kısmı tüm boşanan bireyler için zorunlu, bazıları bazı boşanan bireyler için zorunlu, bazıları ise tamamen isteğe bağlı katılım ile gerçekleştirilmektedir. Yine bu mahkeme temelli programların bazıları ücretli, bazıları ise ücretsiz olarak verilmektedir. Bu mahkeme temelli programların bazıları mahkeme tarafından, bazıları ise mahkeme ile özel kuruluşların işbirliğiyle yürütülmektedir.

Türkiye’de de gerek boşanmış bireylerin boşanma sonrası yaşama uyum düzeylerinin artırılması, gerek boşanmış ebeveynlere sahip çocukların daha sağlıklı hale getirilmesi, gerekse boşanmanın yaygınlaştığı toplumsal yapının daha sağlıklı hale getirilmesi amacıyla böyle mahkeme temelli programların planlanma, deneme, uygulanma, yeniden düzenlenme, denetlenme aşamalarına geçilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Türkiye’de aile mahkemelerinde boşanma aşamasındaki bireyler ve ebeveynleri boşanma aşamasındaki çocuklar ile bireysel görüşmeler yaparak sosyal inceleme raporu hazırlayan psikolog, psikolojik danışman ve sosyal hizmet uzmanları görevlendirilmektedir. Aile mahkemesi hakimleri genel olarak ya da belli bir konuda inceleme yapılmasını isteyebilmektedir. Sosyal inceleme raporlarında boşanmakta olan tarafların boşanma sonrası yaşama uyum düzeylerini açıklayan değişkenlere ilişkin hususlara da yer verilmektedir. Aile mahkemesi hakimlerinin boşanma, velayet ve kişisel ilişkiye ilişkin kararlarında boşanmakta olan tarafların bu araştırmada ele alınan özelliklere ilişkin sosyal inceleme isteyerek sağlıklı boşanma açısından risk altındaki taraf ve çocukları belirlemeleri ve önleyici tedbirlere yönlendirmeleri mümkündür.

Bu araştırmanın bulguları, boşanma sonrası yaşama uyumunda sosyal destek sisteminin ve boşanmaya yüklenen anlamın önemli olduğunu göstermektedir. Boşanmış bireylere, yaşamlarının bir çok boyutunda bir çok değişimle karşılaştıkları ve bir kriz olarak yaşadıkları boşanma durumuna uyum

¹⁶ Blaisüre, K.R. & Geasler, M.J. (1996). Results of a survey of court-connected parent education programs in U.S. nies. Family and Conciliation Courts Review. 34 (1). 23-40.
Braver, S.L., Salem, P., Pearson, J. & DeLuse, S.R. (1996). The content of divorce education programs: results of a survey. Family and Conciliation Courts Review. 34 (1). 41-59.
Geasler, M.J. & Blaisüre, K.R. (1999). 1998 Nationwide survey of court-connected divorce education programs. Family and Conciliation Courts Review. 37 (1). 36-63.
Geelhoed, R.J., Blaisüre, K.R. & Geasler, M.J. (2001). Status of court connected programs for children whose parents are separating or divorcing. Family Court Review. 39 (4). 393-404.

sağlayabilmeleri amacıyla özellikle sosyal destek sağlayabilecekleri ilişkilere sahip olmaları ve sosyal etkinliklerde bulunmaları yoluyla sosyal bağlantılarını sürdürmeleri, ayrıca boşanmayı kendileriyle ilgili kişisel bir olumsuzluk olarak görmemek, boşanma sonrası yaşamın felaket olacağını düşünmemek yoluyla boşanmaya olumsuz ve gerçekçi olmayan bir anlam yüklememeleri önerilebilir. Aile mahkemesi hakimlerinin kararlarında boşanan bireylerin boşanma sonrası yaşama uyumlarını kolaylaştırmaya yönelik bu tür önerilere yer vermelerinin etkili olabileceği söylenebilir.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, (2002). Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku. Beta Yayınevi: Ankara
- Amato, P.R. (2000). The consequences of divorce for adults and children. *Journal of Marriage and the Family*. 62. 1269-1287.
- Aseltine, R.H., Kessler, R.C. (1993). Marital disruption and depression in a community sample. *Journal of Health and Social Behavior*. 34. 237-251.
- Barnet, H.S. (1990). Divorce stress and adjustment model : locus of control and demographic predictors. *Journal of Divorce*. 13 (3). 93-109.
- Blaisüre, K.R. & Geasler, M.J. (1996). Results of a survey of court-connected parent education programs in U.S. *Family and Conciliation Courts Review*. 34 (1). 23-40.
- Bloom, B.L. & Caldwell, R.A. (1981). Sex differences in adjustment during the process of marital separation. *Journal of Marriage and the Family*. 43. 693-701.
- Braver, S.L., Salem, P., Pearson, J. & DeLuse, S.R. (1996). The content of divorce education programs: results of a survey. *Family and Conciliation Courts Review*. 34 (1). 41-59.
- Diedrick, P. (1991). Gender differences in divorce adjustment. *Journal of Divorce and Remarriage*. 14 (3/4). 33-45.
- Garvin, V., Kalter, N. & Hansell, J. (1993). Divorced women: individual differences in stressors, mediating factors and adjustment uoutcome. *American Journal of Orthopsychiatry*. 63 (2). 233-240.
- Geasler, M.J. & Blaisüre, K.R. (1999). 1998 Nationwide survey of court-connected divorce education programs. *Family and Conciliation Courts Review*. 37 (1). 36-63.
- Geelhoed, R.J., Blaisüre, K.R. & Geasler, M.J. (2001). Status of court connected programs for children whose parents are separating or divorcing. *Family Court Review*. 39 (4). 393-404.
- Gray, J.D. & Silver, R.C. (1990). Opposite sides of the same coin: former spouse's divergent perspectives in coping with their divorce. *Journal of Personality and Social Psychology*. 59 (6). 1180-1191.

- Kaya, T. (2009). İstanbul’da yaşayan boşanmış kadın ve erkeklerin boşanma deneyimleri. Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi
- Keskin, I. (2007). Boşanmanın sosyolojik ve psikolojik nedenleri ve boşanmanın ortaya çıkardığı sonuçlar (Niğde ili örneği). Yüksek Lisans Tezi. Niğde Üniversitesi: Niğde.
- Kitson, C.G. (1982). Attachment to the spouse in divorce: a scale and its application. *Journal of Marriage and The Family*. 44. 379.-393
- Marks, N.F., Lambert, J.D. (1998). Marital status continuity and change among young and midlife adults. *Journal of Family Issues*. 19 (6). 652-686.
- McCubbin, H.I. & Patterson, J.M. (1983). Family Stres and Adaptation to Crises : A Double ABCX Model to Family Behavior. *Family Studies Review Yearbook*. (s. 87-106) Sage Publications Inc.
- McPhee, J.T. (1984). Ambiguity and change in the post divorce family : towards a model of divorce adjustment. *Journal of Divorce*. 8 (2). 1-15.
- Munoz-Eguileta, A. (2007). Irrational beliefs as predictors of emotional adjustment after divorce. *Journal of Rational-Emotive & Cognitive-Behavior Therapy*. 25 (1). 1-15.
- Özgüven, İ. E. (2000). Evlilik ve Aile Terapisi. PDREM Yayınları, Ankara.
- Öztan, (2004). Aile Hukuku. Turhan Kitapevi, Ankara
- Shapiro, A.D. (1996). Explaining psychological distress in a sample of remarried and divorced persons. *Journal of Family Issues*. 17 (2). 186-203.
- Simon, R.W. & Marcussen, K. (1999). Marital transitions, marital beliefs and mental health. *Journal of Health and Social Behavior*. 40. 111-125.
- Sürerbiçer, F.S. (2008). Boşanmış bireylerin deneyimlerine göre evlilik eğitimi gereksinimi. Yüksek Lisans Tezi. Ankara Üniversitesi : Ankara.
- Thuen, F. (2000). Psychiatric symptoms and perceived need for psychiatric care after divorce. *Journal of Divorce and Remarriage*. 34 (1/2). 61-76.
- Türk Medeni Kanunu. (2004). Adalet Yayınevi: Ankara.
- Uçan, Ö., Yazar, H. & Sayıl, I. (2005). Bir boşanma olgusunun dört kurama bağlı olarak değerlendirilmesi. *Kriz Dergisi*. 14 (2). 23-29.
- Wang, H. & Amato, P.R. (2000). Predictors of divorce adjustment : stressors, resources and definitions. *Journal of Marriage and the Family*. 62. 655-668.
- Williams, K. & Dunne-Bryant, A. (2006). Divorce and adult psychological well being : clarifying the role of gender and child age. *Journal of Marriage and Family*. 68. 1178-1196.
- Yılmaz, A.E. (2002). The prediction of divorced parents’ emotional / social adjustment and psychological distress from perceived power / control over child related concerns, perceived social support and demographic characteristics. Yüksek Lisans Tezi. Orta Doğu Teknik Üniversitesi : Ankara.

WESTMINSTER MODELİNE VE CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİNE DAYALI BAKAN YARDIMCILIĞI İÇİN KARŞILAŞTIRMALI ANALİZ*

*Comparative Analysis for Deputy Minister Based on the Westminster Model
and the Presidential Government System*

Yusuf COŞKUN ** - Dr. Öğr. Üyesi Cemal YORGANCIOĞLU***

Geliş Tarihi: 19.03.2021

Kabul Tarihi: 26.03.2021

ÖZET

Lijphart'ın kavramsal şemasında Westminster Modeli, çoğunlukçuluk (*majoritarianism*) için ilk örnek olma özelliği taşımaktadır. Tarihsel olarak, Westminster modeli, yönetimleri etkileyen bir model sağlamıştır ve ilk halindeyken bile genellenemeyen kendine özgü (*sui generis*) özelliklere sahiptir. Türkiye Cumhuriyeti için 2007 ile başlayan parlamenter sistemindeki değişim, 2017 referandumu ile birlikte başkanlık sistemine dönüşmüştür. Çalışmanın yöntemi olarak bu makale, analizinde nitel bir yaklaşım kullanmaktadır. Bu makale, Westminster modeli ile Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemindeki 'Bakan Yardımcılığı' müessesesine karşılaştırmalı olarak odaklanmakta ve incelemektedir.

Anahtar Kelimeler: Bakan yardımcılığı, Westminster modeli, Avam Kamarası, Lordlar Kamarası, Kabine, Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi, Türkiye Büyük Millet Meclisi.

ABSTRACT

In Lijphart's conceptual scheme, the Westminster model is the prototype for majoritarianism. Historically, the Westminster model has provided a model that influences administrations, and has distinctive (*sui generis*) characteristics that cannot be generalized even in the first place. The change in the parliamentary system for the Republic of Turkey, which began in 2007, turned into a presidential system with the 2017 referendum. As a method of the study, this article uses a qualitative approach in its analysis. This article comparatively focuses on and examines the Westminster model and the 'deputy minister' establishment in the Presidential government system.

Keywords: Deputy Minister, Westminster model, the House of Commons, House of Lords, the Cabinet, the Presidential system of government, the Grand National Assembly of Turkey.

* Bu makale Yakın Doğu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı'nda yürütülen "Kurumsallaşma Kuramı Perspektifinden Bakan Yardımcılığı Pozisyonunun Meşruiyet Sorunu: Türkiye Örneği" isimli doktora tezi çalışmasından üretilmiştir.

** Serbest Avukat, Kalkınma Bakanlığı eski Bakan Yardımcısı, e-posta: yusufcoskun.12700@gmail.com, ORCID ID: 0000-0003-4154-9166.

*** Kıbrıs Bahçeşehir Üniversitesi İktisadi, İdari ve Sosyal Bilimler Fakültesi, e-posta: cemal.yorgancioglu@cypus.bau.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-2885-7853.

1. GİRİŞ

Esasen Arend Lijphart'ın sayesinde “çoğunluk demokrasisi”, karşılaştırmalı siyasette dikkatle belirlenmiş ve kesin olarak ayarlanmış sınıflandırmalardan biri hâline gelmiştir.¹ İngiltere'nin imparatorluk gücünün sona ermesinden sonra bile Westminster modeli hâlâ dünyanın dört bir yanındaki ülkelere yayılmaya devam etmektedir. Bazı ülkeler bağımsızlıklarını kazandıktan sonraki yıllarda Kraliçe'yi devlet başkanlığı rolünden çıkarmış ve genellikle onun yerine bir başbakan getirmiştir. Barbados bu ülkelerin en sonuncusudur. Kraliçe yine de Kasım 2021'e kadar bu rolünü koruyabilecektir.² Kraliçe'yi devlet başkanlığı rolünde tutan bu 16 devletin dışında Hindistan'dan Malta'ya kadar Commonwealth Cumhuriyetleri'nde uygulanan Westminster modeli, sömürge yönetiminden bu yana yıllar geçmesine rağmen hâlâ tercih edilen siyasi bir sistemdir. Westminster sistemi, demokratik siyasi sistemlerin en merkezî ve çoğunlukçu sistemlerinden biridir. Asgari sorumluluk ve kurallarla yöneticiye büyük güç vermektedir. Bu anlamda kritik bir siyasi mirastır.³ Bu bağlamda çoğunlukçulukla ilişkilendirdiği temel kurumsal özellikler şunları içermektedir: Yürütme egemenliği altında merkezî bir hükûmet etrafında anayasal esneklik, tek partili yöneticilerde güç yoğunlaşması, iki partili bir sistemi destekleyen orantısız seçim kuralları, hükûmet oluşumuna ve sürdürülmesine yönelik kazanan her şeyi alır yaklaşımı (*winner-takes-all-system*), seçimler arasında istikrar (son yıllarda sorunlu olsa da). Hepsisi de muhalif bir siyasi kültüre katkıda bulunmaktadır.⁴

Türk anayasal sisteminin en belirleyici özelliklerinden biri, mutlak monarşiden ayrılmaya karar verdiği ve 1876 yılında kısa bir süre deneyimlediği, Osmanlı Anayasası (*Kânûn-ı Esâsî*) ile zabıt altına alınan parlamenter monarşinin (*Meclisi-i Umumi*)⁵ kurulması olmuştur.⁶ II. Meşrutiyet Dönemi 1908 yılındaki ilanı ile kaldığı yerden devam eden *Meclis-i Mebusan*, kapatıldığı 1920 yılına kadar görevini ifa etmiştir. Kurtuluş Savaşı sırasında hazırlanan 1921 Anayasası

¹ Arend Lijphart, *Patterns of democracy: Government forms and performance in thirty-six countries* (2nd. edn, Yale University Press 2012).

² Amy Coles, ‘Which countries recognise Queen Elizabeth as head of state?’ *Skynews* (UK, 18 September 2020) <<https://news.sky.com/story/which-countries-recognise-queen-elizabeth-as-head-of-state-12073304>>, (ET: 10.02.2021)

³ Harshan Kumarasingham, ‘Exporting executive accountability? Westminster legacies of executive power’ (2013) *Parliamentary Affairs* 66, no. 3, s.579 vd.

⁴ Laurence Whitehead, ‘The Westminster System’ (2013) *Taiwan Journal of Democracy*, s.9 vd.

⁵ “1876 Anayasasının kabul ettiği parlamentonu ismi “Meclisi-i Umumi”dir. Bu meclis, iki ayrı meclisten meydana gelmektedir. Bunlardan birisi “Heyet-i Âyan” diğeri de “Heyet-i Mebusan” idi. Heyet-i Âyan üyeleri doğrudan padişah tarafından seçilerek ve bunların toplamı Heyet-i Mebusan üyelerinin toplam sayısının üçte birinden fazla olmayacaktı[r]”, Yılmaz Kızıltan, ‘I. Meşrutiyetin ilanı ve ilk Osmanlı Meclis-i Mebusan’ı’ (2006) *Gazi Üniversitesi Gazi Eğitim Fakültesi Dergisi*, 26(1), s.262.

⁶ Yılmaz Kızıltan, (2006), s.262.

ile bir meclis hükûmeti (*assembly government*) kurulurken 1923'te Cumhuriyetin ilan edilmesinden sonra yürürlüğe giren 1924 Anayasası ile de parlamenter unsurlar eklenmiştir. 27 Mayıs 1960 darbesinin bir ürünü olan ve kurucu gücüyle meşrulaştırılan 1961 Anayasası'nın yaratıcılarının tercihi görece güçler ayrılığını benimsemiş ve *sağ parlamenter* sistem⁷ benimsenmiştir. Westminster modeline benzer parlamenter sistemlerde sayıca azınlığı temsil eden (üniter devletlerde 1/3 civarı) çift kamaralı (*bicameral*) bir model tasarlanmıştır.⁸

1982'den beri yürürlükte olan Anayasa, gerçekte 1961 Anayasası tarafından oluşturulan hükûmet sistemini korumuştur ancak Cumhuriyet Senatosu'nu ilga etmiş ve cumhurbaşkanlığının yetkilerini ve ayrıcalıklarını güçlendirmiştir. 367 krizinin yol açtığı 2007 yılındaki anayasa değişikliği, Türkiye'de parlamenter yönetim için önemli bir dönüm noktası olmuştur. 1982 Anayasası tarafından cumhurbaşkanına tevdi edilen önemli yetkilerin halk tarafından seçilmesinin sağladığı doğrudan demokratik meşruiyet ile birleşmesi sonucu kaçınılmaz olarak yürütme organında ikili bir otorite yapısına yol açmıştır.⁹ 2014 yılında cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesinden sonra başkanlık ve yarı başkanlık sistemleri hem akademik hem de siyasi çevrelerde tartışılmaya başlanmıştır.¹⁰ 15 Temmuz 2016'daki darbe girişimi bu konuda önemli kilometre taşlarından biri olmuştur ve 2016'nın sonlarında Adalet ve Kalkınma Partisi (AK Parti) ile Milliyetçi Hareket Partisi (MHP) anayasa değişikliği ve özellikle cumhurbaşkanlığı hükûmet sistemi üzerinde anlaşmışlardır.¹¹ Türkiye Büyük Millet Meclisinde (TBMM) 18 maddelik anayasa değişikliğinin kabul edilmesinin ardından 16 Nisan 2017 tarihinde yapılan referandumda cumhurbaşkanlığı hükûmet sistemi oylanmış, kabul edilmiş ve sistem 24 Haziran 2018 cumhurbaşkanlığı seçimleriyle yürürlüğe girmiştir. Cumhurbaşkanlığı hükûmet sistemindeki değişikliklerden sonra çeşitli amaçlar için politika kurulları, ofisleri ve başkanlıkları kurulmuştur.¹²

⁷ Hüseyin Gül, 'The presidential government system: New model of government in Turkey' in Marin Ruslev, Eric Straus, Cevdet Avcıkurt, Abdullah Soykan and Bekir Parlak (eds), *Social sciences researches in the globalizing world*, (St. Kliment Ohridski University Press 2018), s.25.

⁸ James N. Danziger and Charles Anthony Smith, *Understanding the political world: A comparative introduction to political science* (12th edn, Pearson 2015), s.148

⁹ Sule Özsoy, 'What does Turkey's new choice of popular presidential elections mean?' (2010) *Eur. Pub. L.*, 16(1), s.139 vd.

¹⁰ Parlamenter sistemlerin genel karakteristik özelliği, cumhurbaşkanlarının parlamento aracılığıyla seçilmesidir. 21 Ekim 2007 tarihinde, meclis yerine halk tarafından seçilebilmesi için anayasa değişikliğinin halkoyuna sunulmasıyla Cumhurbaşkanlığı seçiminin sistemi değişmiştir. Lijphart'a göre bu, "potansiyel olarak parlamenter sistemi yarı başkanlık sistemine dönüştürecektir", Arend Lijphart, *Thinking about democracy: Power sharing and majority rule in theory and practice* (Routledge 2007), s.83.

¹¹ S. Erdem Aytac, Ali Çarkoğlu and Kerem Yıldırım 'Taking sides: Determinants of support for a presidential system in Turkey' (2017) *South European Society and Politics* 22, no. 1, s.1 vd.

¹² M. Zahid Sobacı, Nebi Miş ve Özer Köseoğlu, 'Türkiye'nin yeni yönetim modeli ve Cumhurbaşkanlığı teşkilatı' (2018) *Seta Perspektif* 206, s.1 vd.

Bakan yardımcılığı müessesesi üzerine oldukça sınırlı ve dar bir alanda akademik çalışmaların yapıldığı gözlemlenmiştir. Türk kamu yönetiminde yaşanan bu önemli değişim için daha derin araştırmalar yapılması gerekliliği ortadadır fakat ilgili literatür, kurulduğu günden itibaren bakan yardımcılığı müessesesine bir anlam yükleme rekabetine girmiştir. Bu konuda ilk tartışmayı açan Metin Günday (2011) olmuştur. Günday, konuya yaklaşımını bakan yardımcılığının *bir tür bakan danışmanı* olduğu üzerinden inşa etmiştir.¹³ Bu teze karşın Gözler ve Kaplan (2012) karşıt görüş bildirmişlerdir.¹⁴ Tartışmanın birinci noktası “*bakan yardımcılığına bakanlık hiyerarşisi kademeleri arasında yer verilmediği argümanı*” üzerinden yaşanmıştır. Oysa tartışmanın odak noktası, ilgili yasanın 15’inci maddesinde yer alan “*hiyerarşik kademeler ve birim unvanları*” içinde bakan yardımcılığının bulunmaması idi. Gözler ve Kaplan (2012), bu görüşe *lex posterior derogat (legi) priori*¹⁵ doktrini ile karşı durmaktaydılar. Bir bardakta kopan fırtınanın esas sebebi aslında Kayar’ın (2012) makalesinde açıkça görülebilmektedir. “*Bakan yardımcılarının uygulaması, daha önce de denenmiş ve Türk Kamu Yönetimi kültürüne uymadığı ve bakanlık yönetiminde sorunlar yarattığı için kalıcı olamamıştır*”.¹⁶ Bu görüşler yaşanan gerçeklerle bağını yitirmiş olduğu **için** zamanla geçerliliğini de yitirmiştir. Bakan yardımcılığı müessesesi daha en başından itibaren bizzat yürütme erkinin yöneticisi olan Başbakan Recep Tayyip Erdoğan tarafından ihdas edildiği an itibarıyla bakan yardımcılığı müessesesinin bakan ile müsteşar arasında olacağı beyan edilmiştir.

Literatürün ana odak noktasını hukuki temelleri ile siyaset-bürokrasi ikiliği üzerine olan çalışmalar oluşturmaktadır. Mustafa Turan’ın¹⁷ siyasi müsteşarlıklar ve müstakil grup üzerine kaleme aldığı makalesinin üzerine Halit Uyanık,¹⁸ bakan yardımcılığının ihdasının temel sebepleri ve siyasi müsteşarlıktan farkını öne çıkarırken Esra Dik,¹⁹ 643 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’yi (KHK) temel olarak bakan yardımcılığının benzerliği / ayrılığı ve ikiliği konusunu işlemiştir.

¹³ Metin Günday, *İdare Hukuku* (10. bs. İmaj Yayınevi 2011), s.397.

¹⁴ Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, ‘Bakan yardımcılarının bakanlık hiyerarşisine dâhil midir?’ (2012) *TBB Dergisi*, 98, s.11 vd.

¹⁵ A later law repeals an earlier (law): Daha sonraki bir yasa daha önceki bir yasayı yürürlükten kaldırır, <<https://www.oxfordreference.com>> (ET: 20.01.2021)

¹⁶ Nihat Kayar, ‘Kamu yönetiminde yönetim karmaşası ve siyasallaşma: Bakan yardımcılarının’ (2012) *YAYED*, s.7 <<http://www.yayed.org/uploads/yuklemeler/inceleme-bakanyardimcisi.pdf>>, (ET: 02.06.2019).

¹⁷ Mustafa Turan, ‘Cumhuriyet döneminde iki deneme: Siyasi müsteşarlıklar ve müstakil grup’ (1999) *Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 1(2), s.27 vd.

¹⁸ Halit Uyanık, ‘Bakan yardımcılığı statüsünün idare hukuku açısından değerlendirilmesi’ (2012) *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 15(2), s.101 vd.

¹⁹ Esra Dik, ‘643 sayılı KHK ile düzenlenen bakan yardımcılığı ve hiyerarşik örgütlenme içerisindeki konumu’ (2013) *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 68(4), s.121 vd.

Sabrina Kayıkçı²⁰ ise aynı çerçevenin Türkiye’de bakanlık örgütlenmesinde yeniden yapılanmasını işlemiştir. Öte yandan Mehmet Topaca,²¹ önceki dönemlere ait bakan yardımcılığı denemeleri ve uygulaması ile bakan yardımcılığının hukuki temellerine ait tartışma konusu olan statüsü, hiyerarşik konumu, atanması, görevden alınması, özlük hakları ve görev, yetki ve sorumlulukları gibi maddeleri tartışmıştır. Hamit Uçman²² konunun uygulanması yönünü öne çıkarırken istisnai memuriyet kavramını tartışmıştır. Acar ve diğerleri ise²³ o güne kadar süregelen tartışmaları ve değerlendirmeleri toparlarken bakan yardımcılığı ihdasının amacı üzerinde durmuşlardır. Konuya dair bir diğer eleştirel bakış açısı ise Barış Övgün’ün “Yerelleşme mi, merkezileşme mi?” sorunsalını tartışması olmuştur.²⁴ Son olarak Kemahlı ve Karcı,²⁵ bakan yardımcılığı statüsünün siyasal ve yönetsel bir pozisyon olarak değerlendirilmesini amaçlamışlar ve siyaset-yönetim ayrımı üzerinden tartışmışlardır. Literatürün bir diğer tartışma noktası ise değişik yönetim sistemleri üzerinden farklı ülkelerdeki bakan yardımcılıklarının incelenmesi olurken²⁶ diğer yandan bir başka grup, başkanlık ile parlamenter sistemler altında bakan yardımcılıklarına genel bir bakış açısı geliştirmeye çalışmıştır.²⁷

Yukarıda özetle değinilen bakan yardımcılığı literatüründen açıkça görülmektedir ki ülkeler ve sistemler adına derinlikli araştırmalar sıg kalmıştır.

²⁰ Sabrina Kayıkçı, ‘643 sayılı kanun hükmünde kararname çerçevesinde Türkiye’de bakanlık örgütlenmesinde yeniden yapılanma’ (2014) *TODAİE*, 47(1), s.23 vd.

²¹ Mehmet Topaca, ‘Hukuk temel ve uygulama bakımından Türkiye’de bakan yardımcılığı’ (2014) *Türk İdare Dergisi*, 479, s.305 vd.

²² Hamit Uçman, ‘Türk kamu yönetiminde bakan yardımcılığı uygulaması üzerine inceleme ve değerlendirmeler’ (2015) *Akademik Hassasiyetler Dergisi* 2(3), s.191 vd.

²³ Aykut Acar, Fatih Kırışık ve Nazlı Ateş, ‘Türk Kamu yönetiminde bakan yardımcılığı üzerine farklı açılardan bir değerlendirme’ (2016) *Akademik Bakış Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler E-Dergisi*, 55, s.761 vd.

²⁴ Barış Övgün, ‘Kamu Yönetimi Reformunda Bir Açmaz: Yerelleşme mi, Merkezileşme mi?’ (2016) *Mülkiye Dergisi*, 40(3), s.159 vd.

²⁵ Funda Kemahlı ve Şükrü Mert Karcı, ‘Siyasal ya da bürokratik bir pozisyon olarak Türkiye’de bakan yardımcılığı statüsü’ (2017) *Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 1(4), s.618 vd.

²⁶ Battal Yılmaz, ‘Türkiye’de bakan yardımcılığı uygulamasına ilişkin genel bir değerlendirme’ (2013) *Kastamonu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 1(1), s.33 vd.; Muhittin Tataroğlu, ‘Hükümet yapısında genişleme: Bakan yardımcılığı Yönetim ve Ekonomi: Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 23(2), s.519 vd.; Çiğdem Pank, ‘Türkiye’de bürokrasinin gücünün kırılma noktalarından biri: Bakan yardımcılığı’ (2017) *Route Educational and Social Science Journal*, 4(6), s.281 vd.

²⁷ Mehmet Güneş, ‘Türkiye’de başkanlık sistemi tartışmalarında bakan ve bakan yardımcılıklarının geleceği’ (2017) *Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 1 (Özel Sayı 4)*, s.83 vd.; Osman Nacak, ‘Parlamenter ve cumhurbaşkanlığı hükümet sistemlerinden hareketle bakan ve bakanlıkların karşılaştırmalı analizi’ (2020) *Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*, 18(1), s.138 vd.

Bu makale, bu anlamda literatüre değerli bir katkı yapmayı amaçlamaktadır. Çalışma yöntemi olarak bu makale, konunun analizinde nitel bir yaklaşım kullanmaktadır. Bu çalışmada arşiv belgeleri, kitaplar, makaleler veya gazete raporları gibi çeşitli akademik ve akademik olmayan belgelerden eleştirel analizlere vurgu yapılacaktır. Bu makale, Britanya çoğunlukçu demokrasisinin ve cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin mevcut durumunu göz önünde bulundurmakta, sınırları anlamında Westminster modeli ile cumhurbaşkanlığı hükümet sistemindeki bakan yardımcılığı müessesesine karşılaştırmalı olarak odaklanmakta ve incelemektedir.

2. Westminster Modeli veya İngiliz Parlamento ve Hükümet Kurumları

Westminster modeli, siyaset bilimi içinde özellikle karşılaştırmalı siyaset alanında kendi ismi ile müsemma temsili demokrasi modellerinden biridir. İngiliz parlamento ve hükümet kurumlarının temel özelliklerini belirtmek için kullanılan çoğunlukçu (*majoritarian*), kurumsallaşmış parlamenter rejimdir. Birleşik Krallık Parlamentosu Londra'daki Westminster Sarayı'nda toplanmaktadır ve model, adını buradan almaktadır. Model, bir yasama organı işletmek için bir dizi izlektir.²⁸ İngiliz hükümeti üzerine yapılan çalışmalar çoğu kez Westminster ve Whitehall'ın çalışmasıdır. Whitehall adı İngiliz kamu hizmeti ve hükümeti için bir mecaz-ı mürsel gibi çevredeki bölgenin coğrafi adı olarak kullanılmaktadır. Birleşik Krallık hükümetinin merkezi olarak kabul edilir ve Savunma Bakanlığı (*Ministry of Defence*), Süvari Muhafızları (*Horse Guards*) ve Kabine Ofisi (*Cabinet Office*) de dâhil olmak üzere çok sayıda bölüm (*department*) ve bakanlıkla (*Ministry*) sıralanmıştır.²⁹

Yazarlar Westminster modeli terimini Walter Bagehot'ın 1860'larda ana hatlarını çizdiği Birleşik Krallık hükümet sisteminin kısaltması olarak kullanmışlardır. Bagehot bu terimi hiçbir zaman kendisi kullanmamıştır ancak bir asır sonra De Smith'in klasik bir metninde "Westminster'in ihracat modelleri" üzerine ortaya çıkmıştır.³⁰ Bu nedenle sadece İngiliz sistemini değil, onun üzerine modellenen diğer sistemleri de tanımlamaktadır. Karşılaştırmalı çalışmalarda genellikle Westminster model ülkeleri, Westminster demokrasilerinin veya Westminster ailesinin üyeleri olduğunu göstermektedir.³¹ Lijphart, Westminster modeli terimini çoğunlukçu demokrasi ile değiştirerek kullanmıştır ve İngiltere'yi "bu modelin hem orijinal hem de en

²⁸ Arend Lijphart, (2012), s.9 vd.

²⁹ Robert Shepherd, *Westminster: A biography: from earliest times to the present* (A&C Black 2012).

³⁰ Stanley Alexander De Smith, 'Westminster's export models: The legal framework of responsible government' (1961) *Journal of Commonwealth Political Studies*, 1(1), s.11.

³¹ Meg Russell and Ruxandra Serban, 'The muddle of the 'Westminster Model': a concept stretched beyond repair' (2020) *Government and Opposition*, s.2.

iyi bilinen örneği” olarak göstermiştir.³² Lijphart’ın kendi kabulüne göre ideal tür herhangi bir ülkede tam olarak geçerli değildir. Verdiği örnekten hareketle Birleşik Krallık’ın iki meclisli (*bicameral*) bir parlamentosu bulunurken tek meclisliliği (*unicameralism*) çoğunlukçu demokrasiyle ilişkilendirmiştir.

Bu nedenle terim uzun bir geçmişe sahiptir ve ilk kabul edildiğinden beri dünyada pek çok şey değişmiştir. Sartori’nin kavram yanlışlığı adı altında dile getirdiği kavramsal seyahat ve kavramsal germe konularını tanıttığı makalesi Westminster modeli için de kesinlikle uygundur.³³ Bu çalışma, söz konusu modeli doğduğu günden beri değişmez olarak görmemektedir ancak modelin yaşadığı değişimler bu makalenin konusunu aşkın durumdadır. Sartori’nin deyişiyle “*Benzer şekilde, bir kelimenin anlamı, o kelime ile gösterilen nesnelerin bütünüdür ve bu çağrışım, herhangi bir şeyin o kelimenin anlamında olması için sahip olması gereken özelliklerin bütünüdür*”.³⁴ Daha dar anlamda Westminster modeli; devlet başkanının etkili hükümet başkanı olmayıp anayasal sistem anlamına geldiği, etkili hükümet başkanının atanması ve görevden alınması üzerinde en azından önemli bir kontrole sahip olduğu, bakanlardan oluşan bir kabineye başkanlık eden bir başbakanın olduğu, hükümetin etkin yürütme organının parlamenterler olduğu kadar bakanların da yasama organının üyesi olduğu, bakanların serbestçe seçilmiş ve temsili bir yasama organına topluca ve bireysel sorumlu oldukları bir modeldir.

2.1. Westminster Modelinin Tarihsel Gelişimi

Uzun bir siyasal gelişim geçmişi olan model için birtakım tarihsel tespitler yerinde olacaktır. 11. yüzyıl İngiltere’sinin daha ilk oluşum aşamasında yer alan, feodal yapılanmanın bir eseri olan ve Kral’a hem kan bağı ile hem de yakın olanlardan oluşan Lordlar zümresi ortaya çıkmıştır ve bunlar daha sonra aristokrasi adını (sınıfını) oluşturmuşlardır. Parlamento, Sakson krallarının danıştığı ve dini liderler, kodamanlar ve kralın bakanlarının katıldığı konseylerden oluşan bir Anglo-Sakson siyasi organı olan “*Witan*”lardan (*Witenagemot*-akıl adamların buluşmasından) doğmuştur.³⁵ 14. yüzyılda parlamentonun iki farklı kamarası ortaya çıkmıştır. Kasaba ve ilçelerden temsilciler Avam (*Halk tabakası*) Kamarası olarak ayrı toplanmaya başlamıştır. Öte yandan din adamları (*Lords Spiritual*) ve soylular (*Lordlar Temporal*) Lordlar Kamarası’nı oluşturmuşlardır. 17. yüzyılda başlayan İç Savaş (1642) sırasında bir ara (1649) monarşi ve Lordlar Kamarası kaldırılmıştır.

³² Arend Lijphart, (2012), s.9.

³³ Giovanni Sartori, ‘Concept misformation in comparative politics’ (1970) *The American political science review* 64(4), s.1033 vd.

³⁴ Giovanni Sartori, (1970) s.1041.

³⁵ Felix Liebermann, *The national assembly in the Anglo-Saxon period* (Halle A.S., Max Niemeyer 1913).

Ancak II. Charles'ın restorasyonundan (1660) sonra tekrardan açılabilmiştir. 1689 Haklar Bildirgesi (*Bill of Rights*) ile parlamentonun “Taç” üzerindeki yetkisini tesis etmiştir.³⁶ 18. yüzyılda ise önce İskoçya ile (1707) ve sonra İrlanda (1800) ile Birlik Yasası (*Acts of Union*), Büyük Britanya ve ardından Birleşik Krallık için tek bir parlamento oluşturmuştur. 20. yüzyılın başında (1909) Lordlar, Liberal hükûmetin bütçesini reddederler ve bunun üzerine Liberaller tarafından hazırlanan yasa tasarısı ile Lordların Avam Kamarası tarafından onaylanan yasaları reddetme yetkisini sona erdirirler. 1911 yılında da Parlamento Yasası (*Parliament Act*) ile yetkileri iyice ellerine almışlardır.³⁷ Son olarak 2009 tarihinde ise parlamentonun yargı işlevi yeni Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesine (*UK Supreme Court*) devredilmiştir. Hukuk Lordları ise Yüksek Mahkemenin ilk yargıçları olmuştur.³⁸

İngilizlerin anayasası olmayan bir devlet olduğu gerçeği tamamen Avam Kamarası'nın seçimle iş başına gelmesi, Aristokratlar gibi gücünü monarşiden almaması ve bu nedenle Avam Kamarası'nın her türlü kararı alabilen ve halk adına halk gibi hareket eden siyasal bir kurum olmasından kaynaklanmaktadır (Murkens, 2018).³⁹ Bu nedenledir ki Birleşik Krallık sıklıkla referanduma giden bir ülkedir. Anayasa yerine görülecek olan ise buradan hareketle tarih boyu yapılmış sayısız kanun maddelerinin bir bütünü ele alınmak durumundadır. İngiliz yazısız anayasasının muazzam bir etkiye sahip ancak hatalı olan iki tanımı bulunmaktadır. İlki, İngiliz devletinin (yönetiminin) bir ilkesi olarak yasama, yürütme ve yargı yetkilerinin tamamen bölünmüş olduğudur. Her birinin ayrı bir kişiye veya bir grup kişiye emanet edildiğidir. Bir başka deyişle bunların birinin, diğerinin çalışmasına müdahale edemeyeceği bir ilke olarak ortaya konmuştur. İkincisi, Britanya Anayasası'nın kendine özgü üç gücün dengeli birleşiminde yattığı konusunda ısrar etmektedir. Monarşik unsurun, aristokrat unsurun ve demokratik unsurun her birinin yüce egemenlikte pay sahibi olduğu ve bu egemenliğin eylemi için her üçünün de rızasının gerekli olduğu söylenmektedir.⁴⁰

³⁶ ‘History of the House of Lords’ UK Parliament, <<https://www.parliament.uk/business/lords/lords-history/history-of-the-lords/>> (ET: 31.01.2021); ‘The evolution of Parliament’ UK Parliament, <<https://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/>> (ET: 01.02.2021)

³⁷ ‘History of the House of Lords’ UK Parliament; Türker Ertaş, ‘Parlamentoların anası Westminster parlamentosu: Tarihsel-kuramsal kökenler, kurumsal yapı ve kanun yapım süreci’ (2020) *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17(2), 447 vd.

³⁸ Lorne Neudorf, ‘Intervention at the UK Supreme Court’ (2013) *Cambridge J. Int'l & Comp. L.*, 2(1), s.16 vd.

³⁹ Jo Eric Khushal Murkens, ‘Democracy as the legitimating condition in the UK Constitution’ (2018) *Legal Studies*, 38, s.42 vd.

⁴⁰ Walter Bagehot, *Walter Bagehot: The English Constitution* (first published 1867, reprinted with introduction by Miles Taylor (ed), Cambridge University Press 2001), s.5 vd.

Bu teoriye göre Krallar, Lordlar ve Avam, anayasanın sadece dışa dönük formu değildir, aynı zamanda içsel hareket özü, yaşam kaynağı olduğu iddia edilmiştir. Frenler ve Dengeler (*Checks and Balances*) kuramı olarak adlandırılan politik literatürün esaslı kaynağı burada yatmaktadır ve çoğunluğu İngiliz deneyiminden derlenmiş veya desteklenmiştir.⁴¹ Buradaki temel sav; kötü eğilimlerin birbirini tam olarak kontrol ettiği, dengelediği ve yok ettiği bir hükûmetin inşa edilebileceğini göstermektir. Buna göre İngiliz Anayasası'nın temel özelliklerinin bir monarşi veya aristokrasi için materyallerin bulunmadığı ülkelerde uygulanamayacağına inanılmaktadır.⁴² Böylesi anayasalarda nüfusun saygısını heyecanlandıran ve koruyanlar (*onurlu veya saygın kesimler*) ile gerçekte çalışan ve yöneten kesimler (*verimli kesimler*) olmak üzere iki bölüm vardır. Bu bağlamda her anayasanın ilk önce otorite kazanması ve sonra yetkisini kullanması gerekmektedir. Ardından da önce insanların sadakatini, güvenini kazanmalı ve sonra bu saygıyı hükûmetin çalışmasında kullanılmalıdır. İngiliz Anayasasının etkili sırrı, yürütme ve yasama yetkilerinin neredeyse tamamen kaynaşması (*fusion*) olan yakın birliktir.⁴³

Özellikle siyasi sebeplerden ötürü kendilerine (*orta sınıf*) yapılan müdahaleleri engellemek amacıyla monarşinin ve aristokrasinin gücünü azaltabilmek için kralın ve yakınlarının gücünü parlamento içinde gelişmeye başlayan bir alt mecliste (Avam Kamarası) toplamaya başlamışlardır. Aristokratlara ise yine aynı meclisin üst meclisinde giderek daha az güçlü olacak şekilde konum edindirmişlerdir. Bu süreçte de (ki yüzyıllar içinde geliştirilen gelenek) bir siyasal temsil savı geliştirilmiştir.⁴⁴ Buna göre demokrasi halk yönetimidir ama halk yönetimini pratikte uygulayabilmek için temsilcileri eliyle yönetilmeleri söz konusudur. Halkın seçtiği ve seçimle iş başına gelen temsilciler; halkın yokluğunda, halk adına ve halkın yetkileriyle karar vermek durumundadır. Dolayısıyla Avam Kamarası'ndaki temsilciler ile halk özdeşdir. Geleneksel teoriye göre anayasanın iyiliği, yasama ve yürütme otoritelerinin tümüyle ayrılmasına dayanır ancak gerçekte onun liyakati, onların tekil bir yaklaşımından ibarettir. Buradaki bağlantı, kabinedir (*Cabinet*).⁴⁵

2.2. Westminster Modelinde Yasama ve Yürütme İlişkileri

Birleşik Krallık'ın resmî bir yazılı Anayasası bulunmaması hasebiyle yasanın farklı alanları için sorumluluğu yasama veya yürütme organlarına

⁴¹ Anthony H. Birch, *British system of government* (10th edn, Routledge 1998), s.29 vd.

⁴² Walter Bagehot, (2001), s.6.

⁴³ Giovanni Sartori, 'Constitutionalism: A preliminary discussion' (1962) *The American political science review*, 56(4), s.853.

⁴⁴ Anthony H. Birch, (1998), s.28 vd.

⁴⁵ *The cabinet manual: A guide to laws, conventions and rules on the operation of government* (UK Government, Cabinet Office 2011).

özel olarak tahsis eden bir hüküm bulunmamaktadır. Bunun yerine yürütmenin çalışmalarını denetleme süreci, köklü gelenek ve sözleşmelere tabidir. Yürütmenin rolü mevzuatta tanımlanmamıştır ve bu anlamda başbakan rolünün kraliyet ayrıcalığı altında yetkilerini kullanılması da dâhil olmak üzere yıllar içinde gelişmiş, gelenek ve kullanıma dayanmaktadır çünkü bunları tam olarak tanımlamak mümkün değildir.⁴⁶ Bazen modern anayasalar hakkında yürütme, yasama ve yargı işlevleri arasında net bir ayırım varmış gibi konuşulmaktadır. Bu düşünce tarzı, Montesquieu tarafından 18. yüzyılda formüle edilen kuvvetler ayrılığı kavrayışından kaynaklanmıştır ancak bugün ABD’de bile üçlü güçler bölümü su sızdırmaz diye iddia etmek zordur. Birleşik Krallık anayasası, bakanların aynı zamanda yasama organının da üyesi olduğu yürütme ve yasama yetkileri arasında bir füzyona dayanmaktadır.⁴⁷

2.2.1. Avam Kamarası (Yasama Organı)

Avam Kamarası, iki meclisli sistemde (*bi-cameral system*) üst Meclisi Lordlar Kamarası olan İngiltere Parlamentosu’nun alt meclisidir. Avam Kamarası’nın 650 üyesi (milletvekilleri) veya daha yaygın olarak parlamento üyeleri (MPs) olarak bilinmektedir.⁴⁸ Parlamento üyeleri kabaca ya ön planda çalışan partinin ileri gelenleri (*frontbenchers*) ya arka planda çalışan kıdemsiz parlamento üyeleri ya da yönetimde görev almayan parlamenter üyeler (*backbenchers*) olarak sınıflandırılmaktadır.⁴⁹ Genel itibarıyla ön sıradakiler hükümet bakanlarını (yaklaşık 100 civarında), gölge bakanları (*shadow ministers*) olarak da adlandırılan muhalif meslektaşlarını ve sözcüleri içerirken diğer tüm milletvekillerine de arka sıradakiler olarak bakılmaktadır.⁵⁰ Avam Kamarası’nın çeşitli işlevleri vardır. İlki, hükümet milletvekillerinden oluşan yürütmeyi sürdürmek ve meşrulaştırmaktır. Öte yandan Avam Kamarası, özellikle Avam Kamarası’nın egemenliğinde olan yasaları ve mevzuatı göz önünde bulundurarak (mali konular dâhil) yürütmeyi de incelemektedir. Nihayetinde Avam Kamarası üyeleri tarafından oylanır ve böylece seçmenleri temsil etmiş olmaktadır.⁵¹ Westminster’in yasama yetkileri üzerinde yasal bir sınır olmadığı ve mahkemelerin mevzuatın geçerliliğini sorgulayamayacağı veya gözden geçiremeyeceği temel bir anayasal kural olarak kabul edilmektedir.

⁴⁶ Andrew Blick, *The codes of the Constitution* (Hart Publishing & Bloomsbury Publishing 2016).

⁴⁷ Michael Moran, *Politics and Governance in the UK* (Palgrave Macmillan 2015); Eric Taylor, *House of Commons at Work* (9th edn, Macmillan Press Ltd 1979), s.88.

⁴⁸ Fatih Kara, ‘Birleşik Krallık Avam Kamarası çalışma usul ve esasları üzerine’ (2012) *Yasama Dergisi*, 21, s.7 vd.

⁴⁹ Ayesha Hazarika and Tom Hamilton, *Punch and Judy Politics: An Insiders’ Guide to Prime Minister’s Questions* (Biteback Publishing 2018), “Ch. 8: Backbenchers and Small Parties”.

⁵⁰ Eric Taylor, (1979), s.42.

⁵¹ Eric Taylor, (1979), s.87.

Parlamentonun otoritesi, yazılı anayasalar için geçerli olan belirli değişiklik izleklerinin aksine olağan yasama süreci ile anayasa değişikliklerini yapma yetkisini içermektedir. Böylece parlamentonun egemenliğinin parlamento kararlarını (*Act of Parliament*) uygulayan yargı kararlarına dayandığı söylenebilir.⁵² Teorik olarak yetki aşımı (*ultra vires*) doktrini İngiliz idare hukukunun temel özelliğidir. Yazılı bir anayasanın eksikliği, yargıçların kendi inisiyatifleriyle parlamento kararlarının geçerliliğini sorgulayabileceği bir yargı organı yokluğuna işaret etmektedir. Burada işaret edilen mesele hem parlamentonun hem de mahkemelerin nihayetinde hukukun üstünlüğüne tabi olduğunu savunma durumudur.⁵³

Kıdemsiz Parlamento Üyeleri (*Backbencher*)

Kıdemsiz parlamento üyeleri, yönetimde (kabine) görev almayan veya muhalefetin önde gelen sözcüsü olmayan bir yasa koyucudur. Onlara kısaca parlamentonun efradı (*rank and file*) denilmektedir. Bu terim 1855 yılında İngiltere’de ortaya çıkmıştır ve burada hiçbir bakanlık veya gölge bakanlık makamı olmayan milletvekillerine atıfta bulunmaktadır. Söz konusu kişiler, henüz yüksek bir pozisyona terfi ettirilmemiş yeni bir milletvekili, hükûmetten ihraç edilen kıdemli bir şahsiyet, herhangi bir nedenle bakanlık almayan ya da muhalefet gölge bakanlığına seçilmemiş biri olabilmektedir.⁵⁴ Bir diğer argüman ise arka sıradakiler, bir hükûmet bakanı rolüne bürünmenin kendi tavizleri olabileceğini düşündükleri için bu pozisyonda kalmayı tercih etmişlerdir. Bu anlamda arka sıradakiler partisinin amaçlarının ve politikalarının güvenilir bir destekçisi olmayabilir. Arka sıradakiler, hükûmet politikasını etkilemek için çok fazla yeteneğe sahip olma eğiliminde değildirler. Bununla birlikte parlamento komitelerinde otururken seçmenlerine hizmet vermede ve görüşlerini iletmede hâlâ rol oynarlar ve aynı zamanda popüler olmayan hükûmet politikalarıyla mücadele etmek veya iktidar partisindeki iç bölünmelerden yararlanmak için bir araya gelebilirler. Bu nedenle yasama sürecine değerli katkılar sağlamaktadırlar.⁵⁵

Kıdemli Parlamento Üyeleri (*Frontbencher*)

Avam Kamarası’nda ön sıradakiler (*frontbencher*), aralarında yaklaşık yüz kişinin bulunduğu hükûmet bakanları ve muhalif akranları (milletvekilleri)

⁵² Roderick A. W. Rhodes, *Beyond Westminster and Whitehall: The sub-central governments of Britain* (Taylor & Francis 1988), s.140.

⁵³ Birgün A. Güler, *Kamu yönetimi ülke incelemeleri* (2. bs., İmge Kitabevi 2009), s.172 vd.

⁵⁴ Ayesha Hazarika and Tom Hamilton, (2018), “Ch. 8: Backbenchers and Small Parties”.

⁵⁵ Lisanne Radice, Elizabeth Vallance and Virginia Willis, *Member of Parliament: the job of a backbencher* (Palgrave Macmillan 1987); Duncan Watts, *Glossary of UK government and politics* (Edinburgh University Press 2007), s.13 vd.

olan gölge bakanlardır. Ön sıradakiler farklı yönetim departmanlarının (devlet daireleri) sözcüleri olma eğilimindedir. Birleşik Krallık Avam Kamarası'ndaki hükümet cephesi / sırası geleneksel olarak Hazine sırası olarak adlandırılır çünkü Majestelerinin (*Her Majesty's-HM*) Hazinesi en eski hükümet bölümüdür. Hükümet cephesi Meclis Başkanı'nın (*speaker*) sağ tarafında yer almakta ve kabinenin bakanları tarafından doldurulurken muhalefet cephesi de Meclis Başkanı'nın sol tarafında Gölge Kabin'e'nin (*Shadow Cabinet*) en kıdemli gölge bakanları tarafından işgal edilmektedir. Avam Kamarası'nın her iki tarafındaki ön sıradakilerin arkasında ise herhangi bir bakanlık veya gölge bakanlık portföyü olmayanlar oturmaktadır. Ön sıradakilerin genellikle parti liderliği ve parti çizgisiyle oy vermeleri beklenmektedir. Aksi takdirde ön sıradakilerin konumlarından istifa etmeleri gerekebilmektedir.⁵⁶

2.2.2. Lordlar Kamarası (*House of Lords*)

Lordlar Kamarası, Birleşik Krallık'ın iki kamaralı sisteminde Parlamento'nun üst meclisidir. Kamaranın üyeleri genellikle akran (*peers*)⁵⁷ olarak adlandırılmaktadır. Yasa tasarılarının incelenmesinde, hükümet eylemlerinin sorgulanmasında ve kamu politikalarının araştırılmasında önemli bir rol oynamaktadır.⁵⁸ 2021 Şubat ayı içinde Lordlar Kamarası,⁵⁹ 804'ü oy kullanma hakkına sahip 830 üye içermektedir (Bazı üyeler emekli olmuştur, bazıları izinli ve bazıları da yargıya hizmet ettikleri için oy kullanamamaktadır).⁶⁰ 1999 yılına kadar Lordlar büyük ölçüde kalıtsal bir meclis idi ve akranları unvanlarını miras alabilmekteydi. 1997 İşçi Partisi Hükümeti kalıtsal akranlığı kaldırmayı taahhüt etmiştir ancak mevzuatın geçişini kolaylaştırmak için Lordların kalıtmacılar arasından 92 akran seçmesine izin verilmiştir.⁶¹ Böylece akranların sadece %11'i kalıtsal olarak kalmıştır. Başbakan, dostları ve müttefikleri ile bir pozisyonu doldurabileceği için himaye gücüne (*patronage*) sahiptir.⁶² Bir bağımsız atama komisyonu, bu adayları uygunluk için incelese de genellikle uzmanlıkları için atanan ve hiçbir parti bağlantısı olmayan yeni

⁵⁶ Lisanne Radice, Elizabeth Vallance and Virginia Willis (1987), s.69; Duncan Watts, (2007), s.101, 238.

⁵⁷ *Peer*, kelimesi eşit anlamına gelen Latince *par*'dan gelmektedir. Akran, kendi seviyenizdeki biri, yaşıt, lord, dikkatle bakma, belli belirsiz görünme veya bir parça görünmeyi ifade etmektedir.

⁵⁸ Duncan Watts, (2007), s.113 vd.

⁵⁹ Yakın zamanda (son 10 yıl) 165 üyenin emekliye (*recently retired*) ayrıldığı, 26 üyenin şu anda uygun olmadığı (*currently not eligible*), 12 üyenin kısa süre önce vefat ettiği (*recently deceased*), son bir yıl içerisinde 60 yeni üyenin kazanıldığı (*new members*) nevi şahsına münhasır (*sui generis*) bir yapıdır, 'Find Members of the House of Lords' *UK Parliament* <<https://members.parliament.uk/members/Lords>> (ET: 01.02.2021).

⁶⁰ 'Find Members of the House of Lords' *UK Parliament*.

⁶¹ Duncan Watts, (2007), s.113 vd.

⁶² Ayesha Hazarika and Tom Hamilton, (2018), "Ch.5: No. 10 Downing Street".

tarafsız akranlar (*crossbench peers*) önerebilir.⁶³ Lordların geri kalan %3'ü (24 piskopos ve 2 başpiskopos) İngiltere Kilisesi olarak (İngiltere'nin kurulmuş resmî Kilisesi olduğu için) mecliste sadece kilise görevini yerine getirirken oturmaktadır.

Lordlar Kamarası çeşitli işlevlere sahiptir. Tasarıları (önerilen yasaları) sunabilir, değiştirebilir, geciktirebilir veya veto edebilirler. Lordlar bazen mevzuatı makul olmayan addetseler de belki boşlukları veya kafa karıştırıcı ifadeleri kaldırmak için birtasarıyı değiştirebilirler. Lordlar birtasarıdan özellikle memnun değilse tekrar tekrar değiştirerek geçişini geciktirebilmektedir.⁶⁴ Bunu 2008 Terörle Mücadele Yasa Tasarısı ve 2012 Refah Reformu Yasa Tasarısı sırasında yapmışlardır. Lordların mevzuatı değiştirme ve geciktirme yeteneği *Salisbury Konvansiyonu*'na tabidir.⁶⁵ Bu teklifin bir seçim manifestosuna dâhil edilmesi durumunda Lordların ikinci veya üçüncü okumada bir yasa tasarısına karşı çıkamayacağıdır. Avam Kamarası para sorunları söz konusu olduğunda ayrıca finansal ayrıcalık talep edebilir. Bu bağlamda 1949 Hükûmet Yasası'na (1949 *Government Act*), yasa tasarısı ne olursa olsun bir yıl içinde yasalaşmalıdır.⁶⁶ Son olarak her iki meclisin de onayı olmadan kıdemli bir yargıcın görevden alınması söz konusu değildir. Bu durum, Lordların burada hâlâ bir rolü bulunduğunun işaretidir. Ayrıca Lordlar Kamarası, bakanların parlamento üyesi olmaları gerektiği kanununa binaen (Avam Kamarası'ndan olması gerekmeyişi için) kabinenin üyesi olabilmektedir.

2.2.3. Kabine (Yürütme Organı)

Yürütme organı, devletin günlük yönetimi için yetki ve sorumluluğu olan hükûmetin bir parçasıdır. Yasayı yürütür (*execute*) veya uygular (*enforce*). Liberal demokrasilerde güçler ayrılığı fikri, bireysel özgürlüğü korumak amacıyla bu organlar arasında dağıtılan yetkiye sahip bir yürütme, yasama ve yargı organı olduğu anlamına gelmektedir. Bir başka deyişle yasama organı kanunları yapar, yargı kanunları yorumlar ve yürütme organı da kanunları uygular. Bununla birlikte yürütme organı belirli hukuk türlerinin kaynağı olabilmektedir çünkü yürütmeye ait kararnameleri veya emirleri verebilir ve bürokrasi düzenlemelerinin kaynağı olabilir.⁶⁷ Bu anlamda hükûmetin üst düzey liderlik rollerine sahip ofis liderlerinden oluştuğu görülmektedir.

⁶³ Duncan Watts, (2007), s.61 vd.

⁶⁴ 'The work of the House of Lords - its role, functions and powers' (UK Parliament, Publications & records 2000) <<https://publications.parliament.uk/pa/ld199798/holbrief/ldwork.htm>> (ET: 08.02.2021)

⁶⁵ Duncan Watts, (2007), s.228.

⁶⁶ Türker Ertaş, (2020), s.450.

⁶⁷ Sezen Kama, 'Parlamentar hükûmet sistemi olarak "Westminster Modeli" Britanya örneği üzerine bir deneme' (2016) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22(2), s.170 vd.

Bunlar sırasıyla Devlet Başkanı [Kraliçe (*the Queen*), törensel bir pozisyon], Hükümet Başkanı [Başbakan (*the Prime Minister*) ve *de facto* lider], Savunma Bakanı (*the Defence Minister*), İçişleri Bakanı (*the Home Secretary*), Dışişleri Bakanı, Maliye Bakanı (*the Chancellor of the Exchequer*) ve Adalet Bakanı (*the Secretary of State for Justice*). Bu bağlamda Birleşik Krallık'ta yürütme yetkisi; Taç (*Crown*), Birleşik Krallık Kraliyet Danışma Meclisi / Encümeni-i Daniş (*Privy Council*), Bakanlar Kurulu (*Cabinet*) ve Başbakan (*Prime Minister*) tarafından kullanılmaktadır.⁶⁸

Ayrıca Westminster sistemine özgü bir de çekirdek yürütme (*core executive*), politikayı uygulayan hükümetin parçaları bulunmaktadır. Bunlar sırasıyla Başbakan, Kabine, Kabine Komiteleri (*Cabinet Committees*), Kabine Ofisi (*Cabinet Office*), devlet daireleri (*government departments*) ve üst düzey kamu hizmeti (*the Senior Civil Service*) için geçerlidir.⁶⁹ Parlamento ve çekirdek yürütme arasındaki bağlantı, hükümetin parlamentodaki çoğunluğunun etkili bir şekilde çalışmasını sağlamak için çalışan parti sistemidir. Bu görevi ifa edenler arasında kırbaç anlamında da kullanılan, özellikle hükümet denetçileri (*Government Whips*)⁷⁰ olarak adlandırılan milletvekilleri bulunmaktadır.⁷¹ Birleşik Krallık'ın yazılı olmayan anayasasının en önemli sözleşmelerinden biri, bakanların parlamentoya hesap verebilirliğinin olmasıdır. Bu nedenle bakanlar, parlamento üyeleridir ve kendilerinin veya bölümlerinin yaptıklarına dair cevap vermek zorundadırlar.⁷²

Kabine Hükümeti kavramı çeşitli fikirleri kapsamaktadır. Birincisi, kabine üyelerinin seçilmiş olması ve dolayısıyla parlamentodan sorumlu olması nedeniyle yürütme ve yasama organları bu şekilde kaynaşmıştır. Dolayısıyla Başbakan, Avam Kamarası'ndaki milletvekillerinden veya Lordlar Kamarası üyelerinden kabine üyelerini seçecektir. İkincisi, hükümet politikasına Başbakan yalnız başına değil, kabine ile birlikte karar vermektedir.⁷³ Bu anlamda Lijphart'ın işaret ettiği gibi Başbakan eşitler arasında birinci (*primus*

⁶⁸ Birgün A. Güler, (2009), s.177; Cem Eroğul, Çağdaş devlet düzenleri (7.bs., İmaj Yayınevi 2010), s.24.

⁶⁹ Duncan Watts, (2007), s.28 vd., 39 vd., 57 vd.

⁷⁰ Oxford İngilizce Sözlüğü, *whipper-in* terimini “avcılarının sürünün ana gövdesine bir kırbaçla geri dönmelerini önleyen bir avcı asistanı” olarak tanımlar. [The *Oxford English Dictionary* defines the term *whipper-in* as, “a huntsman’s assistant who keeps the hounds from straying by driving them back with the whip into the main body of the pack”] <<https://www.lexico.com/definition/whipper-in>> (ET: 01.02.2021)

⁷¹ ‘Ministers’ UK Parliament <<https://www.gov.uk/government/ministers#ministers-by-department>> (ET: 01.02.2021)

⁷² Sezen Kama, (2016), s.187

⁷³ Sibel Özen, *Birleşik Krallık'ta Kamu Yönetimi Reformları (1979-2008) (Kamu İdarelerinde Stratejik Yönetim Projesi Raporu)*, (British Council Türkiye, Matus Basımevi Reklam Ve Yayıncılık Tic. Ltd. Şti. 2008), s.16.

inter pares—first among equals) olarak konumlanmaktadır. Yine de uygulamada tüm kabine yalnızca temel konularda büyük anlaşmazlıklar olduğu zaman karar vermektedir.⁷⁴ Tıpkı nihai bir *temyiz mahkemesi* gibi çoğu karar aslında Başbakan veya Kabine Komiteleri tarafından alınmaktadır. Üçüncüsü, devlet dairelerinin çalışmaları kabine üyelerinin toplantılarıyla koordine edilmektedir. Bu, koordinasyon çabalarının heba olmaması için hayati önem taşımaktadır. Sadece ilgili bakanların katıldığı kabine komitelerinde çok fazla karar alındığı için veya harcamalara karar verilmesi söz konusu olabileceği için özellikle önemlidir. Bu nedenle tam kabine toplantılarının çoğu Kabine Komitelerinden gelen raporlarla ele alınmaktadır. Uygulamada günlük koordinasyon; Kabine Ofisi, gayri resmî Bakan grupları ve Başbakan'ın danışmanları tarafından üstlenilmektedir.⁷⁵ Son olarak Kabine Hükûmeti kavramı, kabinenin o hafta yaklaşan tasarıları göz önünde bulundurarak parlamento işini yönetmesi ve baş parti denetçisinin (*the Chief Whip*) muhalefetin ne kadar beklendiğine dair tavsiyelerde bulunmasıdır.⁷⁶

Kabine; Hazine, İçişleri Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığı vb. daireleri yöneten yaklaşık 20 hükûmet üyesinden oluşmaktadır. Kabine her çarşamba sabahı genellikle iki saatten az bir süre için toplanmaktadır. Kabinede önemli bir *hiyerarşi* vardır. En önemli görevler sırasıyla Başbakan, Dışişleri Bakanı, İçişleri Bakanı ve Başbakan Yardımcısıdır (Başbakan yardımcısı her zaman atanmamaktadır.). Birleşik Krallık'taki Kabine'nin rolleri ise şu şekilde sıralanabilir:

- “Politikaların onaylanması (politika genellikle başka yerlerde daha anlamlı bir şekilde tartışılabilir)
- Koordinasyon politikası (tüm bakanların politika kararlarından ve tüm devlet dairelerindeki ilerlemeden haberdar edilmesi)
- Gerekirse Bakanlar arasındaki ihtilafları çözmek
- Müzakere ve sorunları tartışmak
- Parti milletvekillerinin görüşlerini göz önünde bulundurmak
- Kolektif sorumluluğu teşvik etmek”⁷⁷

Bakanlar, çeşitli devlet dairelerinin çalışmalarını denetlemekte ve yönetmektedir. Kabinede olmayan memurlarla birlikte çalışanlar (Çok kıdemli ve deneyimli memurlardan kabine toplantılarına katılmaları istenebilir.). Bakanlar veya Kabine Bakanı (*Secretaries of State*) normalde en kıdemli bakanlardır.

⁷⁴ Arend Lijphart, (2007), s.11

⁷⁵ Sibel Özen, (2008), s.16 vd.

⁷⁶ Duncan Watts, (2007), s34.

⁷⁷ Haig Patapan, John Wanna and Patrick Moray Weller (eds), *Westminster Legacies: Democracy and Responsible Government in Asia and the Pacific* (UNSW Press 2005), s.7.

Sırası ile kabinede yer almayan devlet bakanları (*ministers of state*) ve üçüncü sırada bir nevi siyasi danışman, siyasi müsteşar, parlamento müsteşarı olarak da addedilebilecek veya bakan yardımcısı olarak düşünülebilecek en düşük bakanlık pozisyonu (*Parliamentary under-secretaries of state* veya *Parliamentary secretary*) gelmektedir ki genellikle küçük bakanlar (*junior minister*) olarak da anılmaktadır.⁷⁸ Son olarak bu rol için ekstra ücret almayan ancak daha kıdemli bakanlarla çalışan Parlamento Özel Sekreterleri (*Parliamentary private secretaries-PPSs*) bulunmaktadır. Parlamento Özel Sekreterleri hükûmetin üyesi değildir ancak mevzuat söz konusu olduğunda hükûmetle birlikte parlamento içinde oy kullanacaktır. Bunun için Birleşik Krallık siyasetinde maaş bordosunu oylama benzetmesi anlamına gelen *so-called payroll vote* tabiri kullanılmaktadır. İngiliz siyasetinde hükûmeti desteklemek için oy vermesi garanti edilen bir grup milletvekili (özellikle bakanlık veya diğer hükûmet maaşlarını alan kişiler) olarak görülmektedir.⁷⁹

Kabine Komiteleri (*Cabinet Committees*)

Kabine Komiteleri kabinenin alt komiteleridir. Bakanlardan veya devlet memurlarından ya da her ikisinden oluşmaktadır. Ayrıca dışarıdan danışmanlar da eklenebilmektedir. Bazıları yarı kalıcıdır, diğerleri ise bir defaya mahsus sorunlar veya periyodik olarak ortaya çıkan sorunlar için kurulmuştur. Kabine Komitelerinin başkanları (istedikleri takdirde en önemlilerini de yönetebilen) Başbakan tarafından atanmaktadır.⁸⁰ Takibatları çoğunlukla gizlidir. Başkanlar, takibatları ve alınan kararları tam Kabine'ye (*full Cabinet*) rapor etmektedir. Kabine Komiteleri, hükûmetin makine dairesi (*engine-room of government*) olarak tanımlanmaktadır. Hükûmetin iş yükü arttıkça burada alınan kararlar tam olarak kabinede alınanlarla aynı statüye sahiptir ve sadece en önemlileri onay için kabineye gönderilmektedir. Bu tam kabinenin bakmadan imzalayan, incelemeyen onaylayan (*rubber-stamp*) bir hükûmet hâline geldiği ve kararların birkaç tartışma ile alındığı anlamına gelmektedir. Bu anlamda Başbakanların hükûmete hâkim olmak için Kabine Komitelerini kullanabileceğini düşünürken öte yandan kabine çok büyük olduğu için ve her şeyi yapmak adına çok seyrek toplandığı için bunların politika kararları almanın veya hazırlanmanın etkili bir yolu olduğu düşünülmektedir.⁸¹

⁷⁸ *The cabinet manual*, (2011).

⁷⁹ Stuart Wilks-Heeg, 'Time to tackle the growth of the 'payroll vote' *Democratic Audit UK* (London, 12 Oct 2012) <<http://eprints.lse.ac.uk/81251/>> (ET: 09.02.2021); Stuart Wilks-Heeg, Andrew Blick and Stephen Crone, 'Britain's bloated payroll vote hampers Parliament in keeping a check on the executive' *Democratic Audit UK* (London 16 Nov 2013) <<http://eprints.lse.ac.uk/81370/>> (ET: 09.02.2021)

⁸⁰ George W. Jones, 'The prime minister's power' (1964) *Parliamentary Affairs* 18(2), s.171.

⁸¹ Stephen Buckley, *Prime minister and cabinet* (Edinburgh University Press, 2006), s.84 vd.

Başbakan (*Prime Minister*)

Kraliçe, Başbakanı atadığı için teorikte herkes başbakan olabilmektedir. Uygulamada ise bir milletvekili (en az 18 yaşında ve Birleşik Krallık veya İngiliz Milletler Topluluğu vatandaşı) olmaları gerekmekte veya bir parti lideri olmaları ya da Avam Kamarası'nda çoğunluğa sahip olan partinin lideri olmak durumundadır.⁸² Bazen Başbakanlar seçim yoluyla değil, çoğunluk partisinin lideri oldukları için Başbakan olmaktadır (örneğin Gordon Brown, Theresa May). Bazen parti liderleri, genel bir çoğunluğa sahip olmadan (azınlık hükûmeti) Başbakan da olabilmektedir (örneğin 1992'de John Major ve 2017'de Theresa May). Hükûmetin kalbinde yer alan Başbakan'ın Birleşik Krallık'ta birtakım rolleri bulunmaktadır. Bu roller şu şekilde sıralanabilir:

- Hükûmeti oluşturabilmek için bakanlarını kabineye atamak
- Tüm politika alanlarını içeren (genellikle ekonomi ve dış politikanın ana alanlarına odaklanan) hükûmet politikasını yönlendirmek ve etkilemek
- Bakanlar Kurulu'nu yönetmek (ne zaman ve ne kadar süre toplanacağına karar vermek) ve tartışma için bir gündem oluşturmak
- Hükûmeti (devlet dairelerini ve bunların nasıl kurulduğunu) organize etmek
- Parlamentoyu kontrol etmek (Avam Kamarası'nda çoğunluğa sahip olmak)
- Liderlik sağlamak (büyük olaylara yanıt olarak)⁸³

Başbakanın rolü zaman içinde büyümüş ve gelişmiştir çünkü resmî olarak rolünü ve önemini belirleyen kodlanmış bir anayasa bulunmamaktadır. Teorik olarak Başbakan, kabine politikası tartışmalarında eşit söz hakkına sahiptir ancak hükûmetin birincil temsilcisi olduğu için '*primus inter pares*'tir. Uygulamada modern Başbakanların bundan daha önemli olduğu, belki de güç ve nüfuz açısından ABD Başkanlarına benzediği iddia edilebilir.⁸⁴

2.3. Westminster Modelinde Bakan Yardımcılığı Müessesesi

2.3.1. Westminster Modelindeki Bakan Yardımcılığının Kısa Bir Tarihçesi

İngiliz tarihinde belki de eski tecrübeye dönük uygulama 1705 yılında yaşanan hadise olsa gerektir.⁸⁵ Devlet makamı ile hükûmet makamlarının

⁸² Stephen Buckley, (2006), s.9 vd.

⁸³ Stephen Buckley, (2006), s.93 vd.

⁸⁴ George W. Jones, (1964).

⁸⁵ "In the early eighteenth century, for example, according to Erskine May's *Parliamentary Practice**, it was held that an under-secretary of state was not subject to the provisions of the Succession to the Crown Act of 1707 (which obliged a member appointed to a "Ministerial Office" in existence in 1705 to vacate his seat), because it was contended that he could not be said to hold a "Ministerial Office," since he was appointed, not by the King, but by the political head of the department" [Örneğin, 18. yüzyılın başlarında, Erskine May'ın

ortaklaşarak ayrıştığı, Mutlakiyetçi Kral'ın devleti sembolize ettiği bir noktada hükümetin de yürütme erkini elde etmişliğidir. Tartışmanın esas noktasını teşkil eden meselede ise 19.yy. içinde seçimin kesinlikle bakan tarafından yapıldığıdır. Viscount Grey of Fallodon "Beni Bakan Yardımcısı olarak seçti".⁸⁶ ibaresi ile Dışişleri Bakanı Lord Rosebery'yi işaret etmekte ve Başbakan'ın onayının ise zımnen formaliteden başka bir şey olmayacağını işaret etmektedir. Bu noktada Viscount Grey of Fallodon şahsi deneyimlerine kulak vermenin yararlı olabileceği düşünülebilir. Kendisinin dışişlerinde en ufak bir deneyiminin olmadığı böylesine bir makam (*Parliamentary Under-Secretaryship* – Parlamenter Bakanlık / Bakan Yardımcılığı) için deneyime gerek duyulmadığıdır. İşin özünde şahsın konu ile ilgili uzmanlığından öte "halkla ilişkiler konusunda eğitilmiş olmalıdır" sözü gelmektedir. Sonuç olarak atanacak olan kişinin kapasitesi ile özdeş bir değerlendirme yapmanın daha doğru olacağıdır.⁸⁷

Birleşik Krallık kamu idaresinde [daimi] müsteşarın (*Permanent Under-Secretary of State-PUS*) görevi ilk etapta herhangi bir idari düzenlemenin (yönetmelik) oluşturulması değildi. Birleşik Krallık kamusal yaşamındaki diğer pek çok şey gibi zaman içinde gelişmiş ve evrim geçirmiştir. Mart 1782'de Charles James Fox⁸⁸ Dışişleri Bakanlığına atanıp bakanlığın sorumluluğunu üstlendiğinde oldukça dar bir kadro ile işe başlamıştır. Müsteşarlar gönderilecek evrakları hazırlar, dış yazışmaları denetler ve Fox'un

Parlamenter Uygulamasına göre, bir Bakan Yardımcısı (İngiltere'deki hali - under-secretary of state) 1707 Taç Yasası'nın veraseti hükümlerine tabi olmadığı (1705'te varlığını sürdürmesi için "Bakanlar Bürosu"na atanan bir üyeyi koltuğunu boşaltmak zorunda bıraktı) çünkü bakanlığın siyasi başkanı tarafından atandığından ve de Kral tarafından atanmadığından "Bakanlar Bürosu" tuttuğu söylenemezdi.], R. S. Milne, 'The Junior Minister' (Aug., 1950) *The Journal of Politics*, 12(3), s.437 vd.

* '*Erskine May*', sık sık "*Parlamento prosedürünün İncil'i*" olarak anılır, hem ikonik hem de pratik bir yayındır. Parlamento prosedürü ve parlamentoyu etkileyen anayasal konvansiyonlar hakkındaki en yetkili ve etkili çalışmadır. Erskine May, bir dizi kuraldan ziyade, Avam Kamarası ve Lordlar Kamarası'ndaki prosedürün nasıl geliştiğinin ve uygulanan sözleşmelerin bir açıklamasıdır.

⁸⁶ "Lord Rosbery went to the Foreign Office, [and] he selected me as his Parliamentary Under-secretary". [Lord Rosebery Dışişleri Bakanlığına gitti [ve] beni Parlamento Bakanı olarak seçti], Viscount Grey of Fallodon, *Twenty-five years, 1892-1916* (vol. 1, Frederick A. Stokes Company, 1925), s.43.

⁸⁷ Viscount Grey of Fallodon, (1925), s.43 vd.

⁸⁸ Mart 1782'de Charles James Fox Dışişleri Bakanlığına atanıp bakanlığın sorumluluğunu üstlendiğinde, kendisine iki Müsteşar (*Under-Secretaries*), bir Baş Katip (*Chief Clerk*), yedi Genç/Küçük/Ast ve Kıdemli Katip (*Junior & Senior Clerks*), iki oda bekçisi (*chamber keepers*) ve yardımcıları ve kişisel hizmetçilerden (*necessary woman*) oluşan bir kadrosu bulunmaktaydı. Foreign & Commonwealth Office, *The permanent under-secretary of state: A brief history of the office and its holders* [History notes] (FCO Historians Records and Historical Department (RHD), [No:15] 2002), s.1.

Ofisi'nin diğer çalışmalarını kâtipler arasında paylaştırırlardı. Başlangıçta her ikisi de siyasi olarak atanmışlardı ancak 1795'ten itibaren sadece bir müsteşar için bakan değişikliği ile değiştirilmesi alışılmış hâle gelmiştir. Sonuç olarak [Daimi] Müsteşarlık ofisi ortaya çıkmıştır.⁸⁹ Ancak yıllarca bu makamın sahiplerinin kendilerini yalnızca kıdemli / üst düzey bir Müsteşar olarak görmeleri de olağan bir durumdu. Nisan 1827'de Müsteşar olarak atanmadan önce *John Backhouse*, George Canning ile siyasi olarak ilişkilendirilmiş ve Dışişleri Bakanı olarak görev yaptığı dönemden önce ve bakanlık süresi boyunca Canning'e özel sekreteri olarak görev yapmıştır (1822-27) ancak *Canningites*'in⁹⁰ 1828'de Wellington Dükü Hükûmeti'nden çekilmesinden sonra görevde kalmaya devam etmiştir. Yetenekli ve çalışkandı, konumunu *kalıcı* olarak görmeye başladı ve haleflerinin ofis işlerinin yönetimi için neredeyse münhasır sorumluluğa sahip olmasını sağladı.⁹¹

Müsteşar John Backhouse ile İçişleri Bakanlığı ve Savaş ve Sömürge Bakanlığındaki meslektaşlarının konumu, 15 Nisan 1831 tarihli bir Hazine zaptında (*Treasury minute*) resmî olarak tanınmıştır. Bu esasen üç Kabine Bakanı'nın (Secretaries of State) maaşlarının düşürülmesine yönelik önerilerle ilgili olmasına rağmen siyasi atamalar ile farklı yönetim değişiklikleri sırasında görevde kalan ve dolayısıyla bir resmî meslek hâline gelen [Daimi] Müsteşarlar arasında açık bir ayrım çizmiştir.⁹² Mart 1842'de Backhouse emekli olduğunda dönemin Baş Kâtibi George Lenox-Conyngham, halefi Henry Unwin Addington'u [Daimi] Müsteşar (*Permanent Under-Secretary of State*) olarak nitelendirmiştir. Bu arada iki Müsteşar arasında bir maaş farkı oluşturuldu ve ikinci veya alt/küçük Müsteşar (*second or junior*), Kabine Bakanı ile her zamankinden daha yakından özdeşleştiği için ofisten ayrılması bekleniyordu. Daha sonra on dokuzuncu yüzyılda birbiri ardına Dışişleri Bakanları Lordlar Kamarası'ndan (*peers*) atandığı zaman hükûmetler Avam Kamarası'nda bir Müsteşara (*Under-Secretary*) sahip olmayı gerekli gördüler ve 1831 Hazine zaptıyla hâlihazırda uygulanan Bakan Yardımcısı (*Parliamentary Under-Secretary*) unvanı ile popüler kullanıma geçmiş oldular.⁹³ Yukarıdaki anlatı baz alındığı zaman meselenin tamamen bir ihtiyaç meselesi olduğu, hatta

⁸⁹ Foreign & Commonwealth Office (2002), s.1 vd.

⁹⁰ 19. yüzyılın ilk on yılında George Canning'in önderliğinde 1820'lere kadar İngiliz Tories'in bir hizipiydi. Canningites, Tory partisi içinde farklıydı çünkü Katolik özgürleşmeyi ve serbest ticareti destekliyorlardı.

⁹¹ Charles R. Middleton, 'John Backhouse and the Origins of the Permanent Undersecretaryship for Foreign Affairs: 1828-1842' (1974) *The Journal of British Studies*, 13(2), 24 vd; Charles R. Middleton, 'The Formation of Canning's Ministry and the Evolution of the British Cabinet, February to August 1827' (1975) *Canadian Journal of History* 10(1), s.17 vd.

⁹² E. Jones-Parry, 'Under-secretaries of State for Foreign Affairs, 1782-1855' (1934) *The English Historical Review* 49(194), s.317 vd.

⁹³ Charles R. Middleton, (1974), s.44 vd.

ihtiyaca binaen müsteşarlık makamının daha evvel oluşturulduğu ve yine siyasi gerekçeler ile (ki bu Birleşik Krallık'ın güçler ayrılığı konusunun tam da kalbinde yer almaktadır) Avam Kamarası'ndan da (siyasi kanat) bir yardımcının olması gerektiği hasıl olmuştur.

2.3.2. Westminster Modelindeki Bakan Yardımcılığı Müessesesinin Konumu

Müsteşarlık unvanı (*Under-Secretary*), Birleşik Krallık siyasi sisteminde iki farklı bağlamda kullanılmaktadır. Bir Parlamento Müsteşarı veya bir başka deyişle Bakan Yardımcısı (*Parliamentary Under-Secretary of State*), hükûmetin küçük (*junior minister*) üyesidir ve her zaman bir Kabine Bakanına (*Cabinet Minister*) veya başka bir hükûmet bakanına (*Minister of State*) yardımcı olmak üzere atanan iktidar partisinden bir milletvekilidir. Devlet Bakanı ile Parlamento Özel Sekreteri (*Parliamentary Private Secretary*) arasında yer alır. Bu makam genellikle daha yüksek bir siyasi makam için basamak olarak görülmektedir. Buna karşılık [Daimi] Müsteşarlık, hükûmet dairelerinin bir bölümünü yönetmek ve politikanın uygulanmasını denetlemek için istihdam edilen kıdemli bir devlet memurluğunun makamsal (*Permanent Secretary*) tam karşılığıdır.⁹⁴

En küçük bakanlar, küçük bir bölümde bir tane ve büyük bir bölümde üç ya da dört tane olan bakan yardımcılardır. 'Junior' kelimesi Whitehall'da kullanılan kısaltmadır ancak bu onların bölümlerinde önemli makamlar olmadığı anlamına gelmemektedir. Yasa tasarılarını parlamentodan geçirmek de dâhil olmak üzere pek çok önemli işler yapmaktadırlar. Ayrıca çok çeşitli temsili ve diğer görevleri yerine getirirler. Bu anlamda Londra dışındaki etkinliklere sabah katılmak için başlayan günleri genellikle daha sonra parlamento kapanış tartışmalarında (*adjournment debate*) konuşmak için akşam geç saatlere kadar parlamentoda kaldıkları anlamına gelmektedir.⁹⁵ Münferit vakalar ve sınırlı konular hakkında önemli kararlar alırlar. Ancak nadiren politik olarak önemli kararlar alırlar. Bu aşamalar daha çok kıdemli olan Kabine Bakanı'nın işidir.

Hem Devlet Bakanları hem de Bakan Yardımcıları genellikle Genç (*Junior*) Bakanlar olarak bilinir. Birleşik Krallık sistemi içinde bu Kabine Bakanına göre pozisyonlarını tanımlamaktadır.⁹⁶ Kolektif sorumluluk ilkesi nedeniyle tüm bakanlardan (bakan yardımcıları da dâhil) kıdemsiz olmasına rağmen hükûmeti Avam Kamarası'nda desteklemeleri veya istifaları beklenmektedir.

⁹⁴ *The cabinet manual*, (2011); *Ministral Code* (UK Government, Cabinet Office 2019). <<https://www.gov.uk/government/publications/ministerial-code>> (ET: 07.02.2021)

⁹⁵ Duncan Watts, (2007), s5.

⁹⁶ Gender Statistics Database, *Women and men in decision making: Methodology* (*Gender Statistics Database*) (EIGE 2021), s.70 vd. <<https://eige.europa.eu/about/documents-registry/women-and-men-decision-making-methodology>> (ET: 08.02.2021)

Bu, kadro oyu-blok oy (*payroll vote*) olarak bilinir ve parti denetçilerinin (*Whips*) güvenebileceği minimum oy sayısını temsil eder.⁹⁷ Bir Bakanın sorumluluklarında veya unvanında yapılacak herhangi bir değişiklik Başbakanın rızasını gerektirir. Bakanlar, Başbakanın güvenine sahip oldukları ya da istifa edene kadar atandıkları pozisyonu tutarlar. Kabine Bakanları ve Devlet Bakanları normalde politikaları ve harcamaları için milletvekillerine karşı sorumlu olabilecekleri Avam Kamarasından seçilirler.⁹⁸

Yasalar dâhilinde Bakan Yardımcıları (*junior ministers*) genellikle bir devlet dairesinde bakanlardır ve işlevleri, bakanlıktan sorumlu üst düzey (*senior*) bakana destek olmak ve yardım etmektir. Carltona ilkesine ilişkin 3.40⁹⁹-3.44¹⁰⁰ paragrafları uyarınca bir bölümdeki Bakan Yardımcıları, bölümden sorumlu bakanın yasal işlevlerini yerine getirebilirler.¹⁰¹ Hükûmet dairelerinde genellikle bakanlığın adına görevlerini yerine getirdikleri belirli sorumluluk alanlarına tahsis edilmiş bir veya daha fazla Bakan Yardımcısı bulunmaktadır. Bakan Yardımcılarının rolleri, atandıklarında Başbakan tarafından belirlenebilir ya da işlevleri, bizzat Devlet Bakanı tarafından kendi bölümündeki Bakan Yardımcılarına tahsis edilebilir.¹⁰² Ayrıca Kabine Bakanı'nın Bakan Yardımcılarına görev atama önerisi ve görevlerini açıklayan bir nezaket unvanı, Bakanın Başbakan ile yazılı olarak mutabık kalmasını gerektirmektedir.¹⁰³ Bir bakanın kabineye katılamaması durumunda Bakanın rızasıyla katılmak üzere bir Bakan Yardımcısı aday gösterebilir. Bu, normalde aynı daireden başka bir bakan olacaktır. Ancak kabine toplantılarına katılım devredilemez / delege edilemez. Başbakan tarafından belirlenen belirli Kabine Komitesi toplantılarına heyete (delegasyona) da izin verilmeyebilir.¹⁰⁴ Mevzuatın kabul edilmesi konusunda ise Avam Kamarası'nda komite tasarının her bir maddesini detaylı olarak ele alır ve değişiklik yapabilir. Avam Kamarası'ndaki komite aşaması

⁹⁷ 'Ministers' UK Parliament <<https://www.gov.uk/government/ministers#ministers-by-department>> (ET: 02.02.2021)

⁹⁸ 'Ministers of the Crown' (*Politics*, n.d.) <<https://www.politics.co.uk/reference/ministers-of-the-crown>> (ET: 15.12.2020)

⁹⁹ Bölüm 3, İlke 40: "Genel olarak, bakanlık departmanındaki bakan yardımcıları ve bakanlık için çalışan memurlar, Carltona ilkesi olarak bilinenler uyarınca, bölümlerden sorumlu bakanın yetkilerini kullanabilir". *The Cabinet Manual*, (Cabinet Office 2011), s.25.

¹⁰⁰ İlke 3.41: "İlke, Carltona Ltd v Commissioners of Works (Çalışma Komiserleri) davasından kaynaklanmaktadır. Temyiz Mahkemesi, bakanların işlevlerinin normal olarak Bakan'ın yetkisi altında departmanın sorumlu yetkilileri tarafından uygulandığını ve eğer böyle değilse kamu işinin devam edemeyeceğini kabul etmiştir. Mahkeme, bu gibi durumlarda, yetkililerin kararlarının anayasal olarak, bakanın görevi devrettiği birinin kararları yerine bakanın kararları olarak kabul edileceğini düşünmüştür". *The Cabinet Manual*, (2011), s.25.

¹⁰¹ Bölüm 3, İlke 13, *The Cabinet Manual*, (2011), s.22.

¹⁰² Bölüm 3, İlke 51, *The Cabinet Manual*, (2011), s.26 vd.

¹⁰³ Bölüm 3, İlke 56, *The Cabinet Manual*, (2011), s.27.

¹⁰⁴ Bölüm 4, İlke 37, *The Cabinet Manual*, (2011), s.35.

genellikle bir bakan yardımcısı tarafından yürütülür ve bakanın zamanından talep edilen zaman çok önemli olabilir çünkü genel olarak bir kamu yasası komitesi genellikle haftada dört kez toplanmaktadır. Avam Kamarası'ndaki kamu yasası komisyonuna gönderilen yasalar, daha sonra dikkate alınarak (rapor aşaması olarak da bilinen) değiştirilebilecekleri Avam Kamarası'nın genel görüşmelerine geri dönmektedir.¹⁰⁵

Öncelikle Birleşik Krallık Westminster sistemi içinde yer alan hükümet üyeleri (bakan yardımcıları ve üst düzey bakanlar ve giderek daha fazla parlamentodaki özel sekreterler) kolektif sorumluluk sözleşmesine tabidir.¹⁰⁶ İngiliz sistemi içinde Bakan yardımcısı (*junior minister*) olarak adlandırılan grup daha çok bakan yetiştirme veya parti içi muhalif oluşumları minimize etmeye yarayan bir mekanizma olarak tasarlanmıştır. Theakston'a göre (1987) kabine bakanlarının altında ve onun desteği ile çalışan geleneksel olarak tanımlanabilecek üç genişleyen yardımcı bakanlık faaliyet alanı bulunmaktadır. Bunlar; bölüm çalışmaları, parlamento görevleri ve büyükelçi veya temsilci işlevleridir.¹⁰⁷ Özellikle bakan yardımcılarının kullanımı bir koalisyon içindeki güç dinamiklerine veya daha geniş siyasi ortamdaki kurumsal yapılara bağlıdır.¹⁰⁸

3. Türkiye Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi

Parlamente sistemden cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçiş, yürütme organındaki çift başlılığı ortadan kaldırmayı ve hükümette istikrarı, hızlı ve etkili bir yürütme performansını sağlamayı amaçlamaktadır. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi, yürütme organının kolektif bir organ tarafından kullanılmasına son vermekte ve yürütme gücünün doğrudan halk tarafından seçilen bir kişinin üst üste beş yıl boyunca hizmet etmesine izin vermesidir. Yeni sistemde beş yıl boyunca cumhurbaşkanı; güvenlikten dış politikaya, eğitime ve sağlığa kadar toplumu ilgilendiren tüm kamu politikalarını doğrudan veya dolaylı olarak belirleyecek, uygulayacak ve uygulamalarını takip edecektir. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin kabulü; ikili yürütme yapısından vazgeçmeyi, başbakanlık kurumunu ilga etmeyi, bakanlıkların ve Bakanlar Kurulu'nun yapılarını, görev ve işlevlerini yeniden tanımlamayı, bir başka deyişle hükümet sistemini yeniden yapılandırma ihtiyacını doğurmuştur. Bunun nedeni, yürütme organının cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde güçlü ve sağlıklı bir şekilde örgütlenmesinin, hızlı ve etkili bir şekilde yürütülmesinin temellerinden birini oluşturmastır.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Bölüm 5, İlke 21, *The Cabinet Manual*, (2011), s.42.

¹⁰⁶ Birgit Bujard, *British Prime Minister in the Core Executive: Political leadership in British European policy*, (Springer International Publishing 2019), s.81.

¹⁰⁷ Kevin Theakston, *Junior ministers in British government* (Oxford: Blackwell 1987).

¹⁰⁸ Christine S. Lipsmeyer and Heather Nicole Pierce, 'The eyes that bind: Junior ministers as oversight mechanisms in coalition governments' (2011) *The Journal of Politics*, 73(4), s.1152.

¹⁰⁹ M. Zahid Sobacı, Nebi Miş ve Özer Köseoğlu, (2018).

AK Parti'nin 2007 sonrası hükûmet sistemi tartışmalarında hazırladığı anayasa değişikliği taslak metinlerinde öngörülen başkanlık sistemi (Türk tipi başkanlık sistemi), anayasal sistem üzerine inşa edilmiştir. Cumhurbaşkanlığı hükûmet sisteminde mevcut parlamenter sistemin iki başlı yürütme yapısı bire indirilmiştir. Böylece yürütmenin her iki tarafındaki idari krizler, yasama ve yürütme arasında ortaya çıkabilecek çeşitli sorunlar önlenmiştir.¹¹⁰ Devletin hem yasama hem de yürütme gücünün meşruiyetini millettten alması, demokrasinin pekiştirilmesi ve demokratik çitanın yükseltmesi açısından olumlu bir düzenleme olarak durmaktadır. Bu bağlamda yeni sistemin Türkiye'ye özgü içerik temelinde tasarlandığını söylemek yanlış olmayacaktır.¹¹¹ Uygulamada geçmişten gelen sistemin yarattığı sorunlara bir çözüm olması beklenen cumhurbaşkanlığı hükûmet sistemi, yasa koyucuların yürütmenin oluşumunda herhangi bir rolünün olmadığı ve böylece yasama kalitesi iyileştirildiği için tamamen yasama faaliyetlerini yürütecektir. Yasama ve yürütme ilişkilerini sağlıklı bir şekilde kuran ve böylece idari bağlamda etkili sonuçlar veren, denge ve kontrol mekanizmalarının oluşturulduğu cumhurbaşkanlığı hükûmet sisteminin işleyişi şöyle sıralanabilir. Cumhurbaşkanlığı hükûmet sisteminde yasama ve yürütme yetkilerinin seçimleri aynı gün yapılmaktadır. Dolayısıyla başkanlık sisteminin aksine organlardan biri, kriz durumunda seçimleri yenilemeye karar vererek sistemin tıkanmasını önlemektedir.¹¹² Cumhurbaşkanı, parlamentonun onayı olmadan başkan yardımcılarını, bakanları ve üst düzey bürokratları atayabilmektedir. Başkanın partisyle organik bağı devam edebilmektedir. Bütçe Kanunu Başkanlık tarafından önerilmektedir. Daha önce layüsel olan cumhurbaşkanının yeni düzenleme ile hem cezai hem de siyasi sorumluluğu getirilmiştir. Yürütmeden bağımsız yasama faaliyetleri sayesinde yasama faaliyetlerinin kalitesinin önü açılacaktır. Yeni sistemle yürütme organının seçimi için gerekli olan %50+1 oy, siyasi parçalanmanın önüne geçeceği gibi siyasetin daha merkez odaklı olmasını zorunlu hâle getireceği için ülkedeki ayrılmış partiler, ittifaklar aracılığı ile birleşmek durumunda kalacaktır.¹¹³

Türkiye Cumhuriyeti tarihinde ilk kez 16 Nisan 2017 tarihinde gerçekleşen bir referandum ile siyasi sistem değişikliğine gidilmiştir. Referandum sonucu

¹¹⁰ Tekin Avaner, ve Mustafa Volkan, 'Hikmet-i hükümet ve yeni reform: Türk tipi başkanlık sistemi ve ABD başkanlık sisteminin etkisi üzerine' (2019) *Yasama Dergisi*, 39, s.123.

¹¹¹ Kemal Gözler, 'Cumhurbaşkanlığı sistemi mi, başkanlık sistemi mi, yoksa neverland sistemi mi? 16 Nisan'da neyi oylayacağız?' (2017) <<https://www.anayasa.gen.tr/neverland.pdf>> (ET: 25.03.2019).

¹¹² Eda Bektaş, 'Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde yasama-yürütme ilişkisi ve bu sistemin Türkiye demokrasisine etkileri' (2019) *Yasama Dergisi*, 39, s.208.

¹¹³ Veysel Eren ve Berat Akıncı, 'Yasama yürütme ilişkileri açısından başkanlık sistemi ile cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin karşılaştırılması' içinde Yüksel Demirkaya (ed), *Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi: Kamu yönetiminde değişim* (Hiperyayın 2018).

parlamentar sistemden cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine (başkanlık sistemi) geçilmiştir. Bu bağlamda, ilga edilen başbakanlık ile birlikte pek çok bakanlık da ya ilga edilmiş ya da başka bakanlıklar ile birleştirilmiştir. Netice itibarıyla 24 olan eski bakanlık sayısı, yeni sistem ile yeniden yapılandırılmış ve 16'ya indirilmiştir.¹¹⁴ Bakan yardımcılığı müessesesi ise yeni sistemde sadece yerini korumakla kalmamış, müsteşarlık makamının ilgası sonucu üzerinde pek çok spekülasyona sahip olunan yetki devri sorunu bertaraf edilmiştir. Eski sistemden yeni sisteme geçişi sağlayan 703 No.lu KHK ile bakanlıklara dair teşkilat kanunları değiştirilmiş ve 1 No.lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile bakanlıkların teşkilat yapısı düzenlenmiştir. Devamında “4 No.lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” ile de bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarla ilgili düzenlemeler yapılmıştır.¹¹⁵

Sayıları 16'ya indirilen bakanlıklar yeniden yapılandırılmıştır ve 1 No.lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ne göre şekillendirilmiştir. Bakanlıkların teşkilat yapıları ise müsteşarlık makamının ilgası ile merkez, taşra ve yurtdışı yanı sıra bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlardan oluşmak suretiyle değişmiştir. Ayrıca teşkilatların ortak çalışabilmeleri adına kurul, konsey ve komisyonlar¹¹⁶ da oluşturulmuştur.

Yenilenen şekli ile Türkiye Cumhuriyeti merkezî yönetimi başkanlık tipi örgütlenmeye yönelmiştir. Cumhurbaşkanlığı teşkilatı çevresinde yeni şekillerini alan ofisler, kurullar ve kabine şeklinde düzenlenmiştir. Buradan kolaylıkla yapılabilecek çıkarım, ofisler tarafından yapılacak bilgi üretiminin kurullar aracılığı ile siyasete evrileceği ve bakanlıklar aracılığı ile de icra edileceğidir. Bu bağlamda bakan yardımcılığı müessesesinin artık kilit bir

¹¹⁴ Mustafa Turan, ‘Türkiye’nin yeni yönetim düzeni: Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi’ (2018) *Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi*, 7(3), s.42 vd.

¹¹⁵ 703 Sayılı Anayasada yapılan değişikliklere uyum sağlanması amacıyla bazı kanun ve kanun hükmünde kararnamelerde değişiklik yapılması hakkında kanun hükmünde kararname (Yürürlük Tarihi: 09.07.2018), md. 215: “Bu maddenin yayımlandığı tarihte bu Kanun Hükmünde Kararname ve ilgili Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının yeniden yapılandırılmasına ilişkin hükümler sonucunda kapanan bakanlık ve diğer kamu kurum ve kuruluşları, 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun eki cetvellerin ilgili sıralarından çıkarılmıştır”.

¹¹⁶ 4 nolu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi: “Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Onsekizinci Bölüm: İdari Kurul, Konsey ve Komisyonlar, Md. 521: ‘Amaç ve Kapsam’: “Malvarlığının Dondurulmasını Değerlendirme Komisyonu, Kültür Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu, Ekonomik İşler Olağanüstü Hal Koordinasyon Kurulu, 4/6/1985 tarihli ve 3213 sayılı Maden Kanununun 7 nci maddesinde belirtilen Kurul, İthalatta Haksız Rekabeti Değerlendirme Kurulu, Bireysel Emeklilik Danışma Kurulu, Asgari Ücret Tespit Komisyonu, 4/12/2003 tarihli ve 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanununun 16 ncı maddesinde belirtilen Komisyon, Toptancı Hal Konseyi ile Göç Kurulu” (15 Temmuz 2018 tarihli ve 30479 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır).

konumunda olduğu görülmektedir. Bakanlık teşkilatlarının en üst idari makamı işgal etmesi hasebiyle müessese için sözün konumuna uygun (*mutabık-ı makam*) veya uygun yer ve konum (*mevki-i münasib*) olarak adlandırılabilir.

3.1. Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sisteminin Tarihsel Gelişimi

Başkanlık yönetim sistemine geçiş çağrıları modern Türk siyasetinde yeni bir olgu değildir. Sistem tartışmalarının kökleri 2007 cumhurbaşkanlığı seçimleri etrafındaki siyasi krize kadar uzanmaktadır.¹¹⁷ 2007 yılında Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer'in görev süresinin sonunda gerçekleşen TBMM'deki seçimin ilk turundan sonra Anayasa Mahkemesi, ana muhalefetteki Cumhuriyet Halk Partisi'nin (CHP) milletvekillerinin gerekli çoğunluğun bulunmadığına dair itirazına dayanarak süreci iptal etmiştir.¹¹⁸ Tıkanan sistem AK Parti'nin cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesini öngören anayasa değişikliklerini önerebilmesinin önünü açmıştır. Değişiklikler 21 Ekim 2007 tarihinde yapılan referandumla onaylanmıştır. Genel seçimlerin ardından Abdullah Gül, yeni kurulan parlamento tarafından 11. Cumhurbaşkanı olarak seçilmiştir. Böylece, ilk defa halkın doğrudan cumhurbaşkanı seçimi ise 2014 yılında gerçekleşmiştir.¹¹⁹

2007 yılında cumhurbaşkanlığı seçimlerinin şekli değişmiş olsa da sorunlar hâlâ devam etmiş, hatta yürütme organının oluşumu ile ilgili bir dizi sorunlara (çifte meşruiyet) yol açmıştır. Mevcut sistem, parlamenter sistem ve yarı başkanlık sisteminin unsurlarının bir birleşimine dönüşmüştür. Bazıları bu sistemi “*başkanlı parlamenter sistem*” olarak adlandırmıştır.¹²⁰ AK Parti, Türkiye'nin mevcut koşullarına göre sistemin yeniden tasarlanması gerektiğini düşünse de Anayasa değişikliği için yeterli sayıda milletvekili bulunmamaktaydı. 21 Ocak 2016'da hayati önem taşıyan Milliyetçi Hareket Partisi'nin (MHP) desteğiyle AK Parti, ülkenin yeniden idari krize girmesini önlemek için sistem değişikliği yönetmeliğini parlamentoya sunmuştur. 16 Nisan 2017 tarihli referandumda kabul edilen *Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sistemi* hakkında yaklaşık yarım asır süren tartışmayı parlamentodan geçirmiş ve sona erdirmiştir.¹²¹

¹¹⁷ Ersin Kalaycıoğlu, 'Turkish popular presidential elections: Deepening legitimacy issues and looming regime change' (2015) *South European Society and Politics*, 20(2), s.157.

¹¹⁸ 'Anayasa Mahkemesi 367 şart dedi' *Hürriyet* (İstanbul, (2 Mayıs 2007) <<https://www.hurriyet.com.tr/gundem/anayasa-mahkemesi-367-sart-dedi-6436574>> (ET: 13.02.2021)

¹¹⁹ Mustafa Turan, (2018), s.53.

¹²⁰ Levent Gönenç, 'Hükûmet sistemi tartışmalarında 'başkanlı parlamenter sistem' seçeneği' (2007) *Güncel Hukuk*, 44, s.39 vd.

¹²¹ Erhan Örselli, Veyssel Babahanoğlu and Zekeriya Bilici, 'Kamu politikalarında yeni aktörler: Cumhurbaşkanlığı politika kurulları ve ofisleri' (2018) *Turkish Studies*, 13(30), s.307.

3.2. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yasama ve Yürütme İlişkileri

Değiştirilmiş şekli ile 1982 Anayasası'nın "Genel Esaslar" kısmında yer alan devredilemez "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindir" (Madde 7) ibaresi ile "Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak" (Madde 8) "yürütme yetkisi ve görevi"ni yerine getirdiği belirtilmektedir. Bu bağlamda Westminster sistemine nazaran daha ilk bakışta yazılı bir anayasa ile karşı karşıya kalındığı ve kesin hüküm altına alınmış olduğu belirtilebilir.

Kuvvetler ayrılığı prensibi uyarınca siyasal sistemler üç farklı hâl içinde uygulanabilmektedir. Yasama (meclisi), yürütme (hükûmeti) ve yargı (mahkemeleri) temsil etmektedir. Her kuvvet kendi içinde farklı idari ve yasal düzenlemelere tabi olmaktadır. Bu bağlamda farklı siyasal sistemlerden bahisle parlamenter sistem ile başkanlık sistemlerinin yürütme yapılarının da birbirlerinden farklı olduğu görülmektedir.¹²² 16 Nisan 2017 tarihi itibarıyla yaşanan Anayasa değişikliği referandumu uyarınca 1961 Anayasası ile yürürlükte olan parlamenter hükûmet sistemi, cumhurbaşkanlığı hükûmet sistemine evrilmiştir. Yaşanan bu değişimin bu noktadan hareketle yürütmenin yapısı ve işleyişinde de değişiklikleri getirmesi kaçınılmaz doğal bir sonuçtur. Bu bağlamda yürütme erkinin içyapısı değişmiş ve cumhurbaşkanlığı hükûmet sistemine uygun farklı işlevleri de kapsayacak biçimde reforme edilmiştir.

Parlamenter sistemin yapısı gereği yürütme ile yasama erkleri iç içe konumlanmış durumdadır. Cumhurbaşkanlığı hükûmet sisteminden önce yürütme erki iki görevi birlikte yürütmekteydi. Birincisi ve asli olanı, yasamanın onayından geçen yasaları uygulamak ve ikincisi ise kanun teklifi hazırlama (kanun tasarısı hazırlığı), gerektiğinde KHK çıkarılması veya tüzük çıkartmak gibi farklı görevleri icra etme yetkisidir.¹²³ Öte yandan 2018 yılı itibarıyla yürürlüğe giren cumhurbaşkanlığı hükûmet sistemiyle birlikte yasama ile yürütmenin arası katı kuvvetler ağırlığı prensibi uyarınca idari anlamda açılmıştır. Değişen anayasa ile birlikte yasa yapma şekli değişmiştir ve yetki tam anlamıyla meclise devredilmiştir (Madde 7) ancak "Cumhurbaşkanı bütçe kanun teklifi" hariçtir (Madde 161). Yasaların uygulanması ve yürütülmesi ise Cumhurbaşkanı'na tevdi edilmiştir (Madde 8). Anayasa'da açıkça belirtildiği şekliyle: "*Kanun teklif etmeye milletvekilleri yetkilidir. Kanun tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülme usul ve esasları içtüzükle düzenlenir*" (Madde 88). Ayrıca tüzük çıkarma yetkisi (Madde 115) ilga edilmiştir. Son olarak bu konuların içinde değerlendirilmesi elzem olan KHK

¹²² Erdoğan Teziç, *Anayasa hukuku* (24. bs., Beta Basım Yayın 2020); Ergun Özbudun, *Türk anayasa hukuku* (14. bs., Yetkin Yayınları 2013).

¹²³ Şükrü Karatepe, *Anayasa hukuku* (Savaş Yayınları 2013), s.142.

çıkarma yetkisi de yapılan düzenlemelerle ilga edilmiş (Madde 91), yetkiler Cumhurbaşkanlığına devredilmiştir.¹²⁴ Bu anlamıyla yürütme erki yasamanın içinden çıkarılmış, faaliyetleri kaldırılmış, katı kuvvetler ayrılığı prensibine uygun hâle getirilmiştir.

3.2.1. Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM)

Türk siyasal hayatında yer alan hükümet sistemleri genel itibariyle parlamenter sistem özellikleri taşımaktadır. 1876 yılından itibaren deneyimleme imkânı bulunan parlamenter sistem (anayasal monarşi), sadece ülkenin içinde bulunduğu olağanüstü koşullar nedeniyle ve yeni bir devletin kurulmasına öncülük eden 1921 Anayasası içinde meclis hükûmeti (konvansiyonel) sistemin benimsenmesine yol açmıştır. 1961 Anayasası'nın getirmiş olduğu saf parlamenter sistem iki kamaralı olarak tasarlanmış ancak 1980 darbesi ile Cumhuriyet Senatosu ilga edilmiştir.¹²⁵ Önce 2007 referandumu ardından da 2017 ile 1982 Anayasası'nın öngördüğü siyasal sistem tamamen değişim geçirmiştir.

Genel Kurulun şeklen değişim yaşadığı 550 yerine 600 milletvekili (Madde 75) ve 25 yaş yerine 18 yaş sınırı (Madde 76) demokratik katılım anlamında pozitif bir ilerleme olarak addedilebilir. Değişen hâliyle seçim döneminde “TBMM ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri” artık birlikte yapılmakta ve milletvekili seçimleri böylece dört yerine beş yılda bir aynı günde olmaktadır (Madde 77). Evvelce TBMM üyeleri bakan olabilirken yeni düzenleme ile yürütme organında “görevlendirilemezler” (Madde 82) olarak değiştirilmiş ve yasama ile yürütmenin arasında üye alışverişi başkanlık sistemi gereği durdurulmuştur. Kanunların yasalaşması için TBMM'nin kabulü (Meclis iç tüzüğü ile belirlendiği şekliyle) ve Cumhurbaşkanı'nın “kabul edilen kanunları on beş gün içinde yayımlaması hâlinde gerçekleşir. Veto edilen yasalar ancak “üye tam sayısının salt çoğunluğuyla aynen kabul ed[ili]rse kanun Cumhurbaşkanınca yayımlan[maktad]ır” (Madde 89). Bakanlar Kuruluna verilen “Kanun Hükmünde Kararname” çıkarma yetkisi “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri” şeklinde değiştirilmiştir (Madde 91- Mülga kanun). TBMM kendine özgü “Başkanlık Divanı” tarafından yönetilen “Meclis üyeleri arasından seçilen [bir] Meclis Başkanı, Başkanvekilleri, Kâtip üyeler ve İdare Amirlerinden” oluşmaktadır ve yöntemlerin tamamı (seçim nisabı, oylama sayısı ve usulleri vb.) Meclis İçtüzüğünde belirlenir (Madde 94). Bakanlar Kuruluna ait sıraların kalkması ile yeni şeklini alan Meclis Genel Kurulu, Başkanlık Divanı'nın sol tarafından sağ tarafına doğru olacak şekilde (saat yönünde) siyasi partiler sandalye sayılarındaki çokluğa göre sıralanmaktadır. Yürütme

¹²⁴ 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanunun 16 ncı maddesinin B fıkrası ile, “kanun hükmünde kararnamelerin” ibareleri “Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin” şeklinde değiştirilmiştir.

¹²⁵ Hüseyin Gül, (2018), s.25

organının üyeleri Anayasa'nın 106. maddesi uyarınca soruşturulabilmektedir. Soru sorma yöntemi ise “yazılı olarak en geç onbeş gün içinde cevaplanmak üzere milletvekillerinin, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlara yazılı olarak soru sormalarından ibarettir” (Madde 98). Son olarak yeni sistem ile birlikte gensoru (Madde 99- Mülga kanun) ve Meclis soruşturması (Madde 100-Mülga kanun) ilga edilmiştir.

Siyasi Parti Grup Başkanvekilliği

TBMM içinde faaliyet gösteren siyasi partilerin grup oluşturabilmesi için en az 20 üyeye sahip olmaları gerekmektedir. Genelde siyasi partilerin başkanları aynı zamanda grup başkanıdır. Genel başkanı milletvekili olmayan partinin ise bir milletvekili tarafından bu görev üstlenilmektedir (AK Parti için bu isim Naci Bostancı'dır). Grup başkanvekillerinin sayısı yine siyasi partilerin milletvekili sayıları ile ilişkilidir. İçeriği açısından Avam Kamarası gibi bir anlam yüklenemez olsa bile şekilsel olarak ön sıralarda genellikle grup başkanvekilleri ile kıdemli milletvekilleri oturmaktadır. Grup başkanvekilleri görevleri gereği “parti grubunu temsil etmeye ve parti grubu adına önerge vermeye yetkili olup yasama ve denetim faaliyetlerinin yürütülmesinde etkin rol oynamaktadır” veya “sataşmadan dolayı açıklama hakkını” kullanmaktadır.¹²⁶

3.2.2. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yürütme Organı

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi 2017 Anayasa referandumunun doğal bir sonucu ve ürünüdür. Sistemin diğer başkanlık sistemlerinden açıkça farklılaştığı ilk alan, seçim konusudur. Başkanlık sistemleri için geçerli bir seçim modeli bulunmamaktadır. Başkanlık sistemleri için genel itibarıyla iki turlu bir seçim sistemi tercih edilirken farklı modeller de söz konusu olabilmektedir. Örneğin Meksika tek turlu bir seçim sistemini tercih ederken (Sadece bir kez başkan olunabilir.)¹²⁷ Birleşik Devletlerde ise (Sadece iki kez başkan olunabilir.) seçmenler Seçmenler Kurulu (*electoral college*) denilen bir sistem ile haklarını delege etmeyi tercih etmiştir. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi de kendine özgü (*sui generis*) bir sistemi tercih etmiş ve ilk turda bitirilemeyen seçim için ikinci turu öngörürken adaylardan birinin geri çekilmesi durumunda bu kez “ikinci oylamaya [...] referandum şeklinde yapılır” ibaresi yer almaktadır (Madde 101). Parlamenter sistemin bir özelliği olan “çift başlıktan” vazgeçilmiş ve “yürütme yetkisi [sadece] Cumhurbaşkanına aittir [ve] ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkar[ı]labilir”

¹²⁶ *Yeni sisteme göre yasama el kitabı* (TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı, TBMM Basın, Yayın ve Halkla İlişkiler Başkanlığı Basımevi 2018), s.38, 84. <https://www.tbmm.gov.tr/yayinlar/Yasama_El%20Kitabi.pdf> (ET: 16.02.2021)

¹²⁷ Marvin David Bernstein and others, ‘Mexico’ *Encyclopedia Britannica*, <<https://www.britannica.com/place/Mexico>> (ET: 16.02.2021)

olmuştur (Madde 104). Cumhurbaşkanı'nın "sorumluluk ve sorumsuzluk hâli" ise "cezai sorumluluğu" adı altında detaylı bir şekilde tüm süreçleriyle birlikte belirtilmiş, yeni düzenleme ile hem cezai hem de siyasi sorumluluğu getirilmiş ve evvelce sorumsuz ama yetkili Cumhurbaşkanlığı makamı terkedilmiştir (Madde 105). Cumhurbaşkanı kendisine yardımcı olması için "bir veya daha fazla Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanlar" atayabilir veya görevden alabilir (Madde 106). Bir başka önemli anayasal yetki ise "olağanüstü hâl ilanı kararı[dır]" [ancak] "Aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur" (Madde 119). Anayasa'da açıkça yazan düzenlemeye dair kanun ile de "Kamu tüzel kişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur" (Madde 123), "yönetmelikler çıkarabilirler" ibaresidir (Madde 124).

Cumhurbaşkanı Yardımcıları ve Bakanlar

Cumhurbaşkanı yardımcılığı, cumhuriyet tarihinde ilk defa 2017 Anayasa referandumu ile oluşturulan ve 24 Haziran 2018 seçimleri sonucunda hayata geçirilen bir makamdır. Cumhurbaşkanı yardımcılığı ve bakanlar Anayasa'nın 104. maddesindeki yetki ile Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır. Bakan yardımcılığı makamı gibi seçilmiş Cumhurbaşkanı'nın görev süresiyle sınırlı olarak görev yapmaktadır.¹²⁸ Belki de Cumhurbaşkanı yardımcılığı için en önemli görev "Cumhurbaşkanına vekâlet eder ve Cumhurbaşkanına ait yetkileri kullanır" ibaresi ile tevdi edilen yetkidir. Cumhurbaşkanı yardımcılarının ve bakanların bu makamlara atanabilmeleri için "milletvekili seçilme yeterliliğine sahip" olmaları gerekmektedir. Atanan kişilerin yalnızca TBMM üyesi olması hâlinde "üyelikleri sona erer". Sorumluluk noktasında ise parlamenter sistemden farklı olarak sadece "Cumhurbaşkanına karşı sorumludur[lar]" fakat bakan yardımcılığı haiz istisnai memuriyet kapsamında olmadıkları için sadece TBMM'de işletecek detaylı bir izleğin ardından ancak Yüce Divan'da yargılanabilmekte, "görevleriyle ilgili olmayan suçlarda yasama dokunulmazlığına ilişkin hükümlerden yararlan[maktadırlar]" (Madde 106).

Ofisler, Kurullar ve Başkanlıklar

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi içinde hayati öneme haiz olan ve hatta "kurmay birim" olarak nitelendirilebilecek, kamu politikalarının oluşumu ve uygulanması, düzenlenmesi ve iletişiminin sağlanması gibi konularda yardımcı olabilecek uzman kadro ve kurumlar oluşturulmuştur. "*Ofisler*" genel itibarıyla başkanlık sistemi tarafından yönetilen ülkelerde başkanlık örgütlerinin en kritik organlarıdır. Başkanlık sistemine sahip birçok devlette ofisler genellikle politika alanlarında kamu politikalarını formüle etmek, bilgi üretmek, buna göre

¹²⁸ Azer Ebru Mutlu, 'The vice presidents in the presidential government system as regards their legal status and roles in the administrative organization' (2019) *Inonu UL Rev.*, 10, s.119

uygun politika alternatifleri geliştirmek, politika ve karar taslakları hazırlamak ve bunları cumhurbaşkanına bildirmek için veri ve bilgi toplamaktadır. Ayrıca ofisler koordinasyon ve değerlendirme ile de görevlendirilmiştir. Bu bağlamda Cumhurbaşkanı'nın “arka bahçe” olarak nitelendirdiği, kamu politikası oluşturma ve uygulama kapasitesinin geliştirilmesinde önemli bir rol oynayan organlar (“en yakın kadro”) arasındadır ve Cumhurbaşkanı ile “bire bir çalışanlardır”.¹²⁹ Yeni sistem ile oluşturulan dört ofis ise finans, insan kaynakları, dijital dönüşüm ve yatırım ofisidir.

Kurullar, kamu politikası oluşturma kapasitesini geliştirmek için oluşturulan organların bir başka kategorisidir. Danışma yapıları olarak işlev gören birincil birimlerdir. Danışma kurulları, uzman oldukları politika alanları hakkında tavsiyelerde bulunma ve bağımsız bilgi sağlama işlevini yerine getirir. Bu tür kurullar, farklı sektörler veya farklı politika konuları için planlanmıştır. Paydaşların kamu politikası oluşturma sürecine katılımını sağlar ve ayrıca çok boyutlu sorunların çözümü için kurumlar ve sektörler arasında iş birliği ve koordinasyona izin verir. Yeni sistem ile oluşturulan kurullar ise Yerel Yönetim, Sosyal, Sağlık ve Gıda, Kültür ve Sanat, Hukuk, Güvenlik ve Dış, Ekonomi, Eğitim ve Öğretim, Bilim Teknoloji ve Yenilik Politikaları Kuruludur.¹³⁰

Başkanlıklar ise yeni sistem içinde bağlı ve birlikte çalışacak kurumlardır. Eski sistemdeki Cumhurbaşkanlığına ve Başbakanlığa bağlı kurumlardan oluşmaktadır. Pek çoğu hâlihazırda olan kurumların yanı sıra iki tanesi (İletişim, Strateji ve Bütçe Başkanlığı) yeni oluşturulmuştur. Bunlar sırasıyla Genelkurmay, Milli İstihbarat, Savunma Sanayii, Diyanet İşleri, İletişim, Strateji ve Bütçe Başkanlığı ile Milli Güvenlik ve Devlet Denetleme Kuruludur.

3.3. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Bakan Yardımcılığı Müessesesi

3.3.1. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemindeki Bakan Yardımcılığının Kısa Bir Tarihçesi

Tarihimize ilk deneme adı altında geçen ve 8 Şubat 1937 yıl ve 3117 sayılı “Devlet dairelerinin vekâletlere tefriki ve siyasi müsteşarların vazifeleri hakkında kanun” Trabzon mebusu Hasan Saka Bey tarafından toplam 2 kısım ve 11 madde olarak meclise sunulmuş ve ufak bir tanzim ile kabul edilmiştir. Hükümet, ‘vekâletsiz vekil’ veya ‘siyasi müsteşarlık’ olarak da isimlendirilen ‘devlet vekili’ (bakanı) yöntemini uygulamaya geçirmiştir.¹³¹

¹²⁹ M. Zahid Sobacı, Nebi Miş ve Özer Köseoğlu, (2018).

¹³⁰ Erhan Örselli, Veysel Babahanoğlu and Zekeriya Bilici, (2018).

¹³¹ TBMM Zabıt Ceridesi, V. Dönem, III. Yasama Yılı, C. XVI, 34. İnikad (8 Şubat 1937). Trabzon mebusu Hasan Sakanın, Devlet dairelerinin vekâletlere tefriki ve siyasi müsteşarlıklar teşkili hakkında kanun teklifi ve Teşkilâtı esasiye ve Bütçe encümenleri mazbataları (2/46), s.108 vd. <<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d05/c016/tbmm05016034>.

Genel anlamda dönemin gereklilikleri bakımından nezaretlerin artmasının kaçınılmazlığı, politik ve ekonomik gerekçelere dayandırılmaktaydı.¹³² Teklif olunan yasa aynı anda, 8 Şubat 1937 günü yasaladır. Sonuç olarak Başbakan İsmet İnönü tarafından 24 Mart 1937 tarihinde de atamaları yapılır.¹³³ Trabzon mebusu Hasan Saka Bey'in teklifinin içinde modelin adı “*parlâmentaire müsteşarlıklar*” olarak deklere edilmesi, Fransız tipi bürokrasinin 1800’lü yıllarda hayata geçirdiği bir örnektir. “*Günümüzde Bakan yardımcılığı ile temel farklılıkları Meclis üyeleri arasından seçilmeleri ve bugünkü düzenlemede 2451 sayılı Kanuna göre üçlü kararname ile atanmak yerine bizzat Başbakan tarafından seçilmeleridir*”.¹³⁴ Yukarıdaki ifade yeni sistem itibariyle değişmiş ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılır hâle gelmiştir. Lakin siyasi müsteşarlık uygulamadan beklenen performans gerçekleşmemiştir. Aynı yılın kasım ayında Cumhurbaşkanı Mustafa Kemal Atatürk ve Başbakan Celal Bayar’ın huzurunda gerçekleşen bir toplantıda mesele masaya yatırılmış ve müsteşarların tek tek istifaları alınmıştır. 29 Kasım 1937 tarihli kanun istidası ile de uygulama ilga edilmiştir.¹³⁵ İş bu düzenlemelerle Türkiye Cumhuriyeti’nin siyasi hayatına ilk kez giren siyasi müsteşarlıklar müessesesi ortadan kaldırılacaktır.¹³⁶

Bu anlamda İkinci Dünya Savaşı sonrası yaşanan sosyolojik, siyasi ve ekonomik değişim dalgası, çok partili hayata geçiş ile birlikte Türk devlet bürokrasisi de değişmiştir. Yaşanan bu değişimin en belirgin müesseselerinden bir tanesi de başbakan yardımcılığı ve devlet bakanlığı müessesesidir. Burada güdülen gayenin başbakanlığı tahkim ve güçlendirme olduğu açıkça görülebilmektedir. 1960’lı yıllar ile birlikte Türk Kamu Yönetimi yine bakan yardımcılığı mevzusunu gerisin geriye tartışmaya almıştır. Meselenin özünde bakanlık kapma, kabine de yer alma gibi siyasi münakaşaların etkisi olmuştur. Önemli bir nazariyeyi not düşmek gerekirse koalisyon veya parti içi sıkıntılı dönemlerde bu ve buna benzer meselelerin daha çok gündeme

pdf> (ET: 18.11.2019); ‘Orman, siyasi müsteşarlık kanunları kabul edildi’ *Ulus*, (9 Şubat 1937), <<http://gazeteler.ankara.edu.tr/dergiler/64/1647/24391.pdf>> (ET: 17.11.2019)

¹³² Mustafa Lamba ve diğerleri, ‘Türkiye’de bakanlık tipi örgütlenme: Tarihsel ve yasal süreç’ (2014) *Yönetim ve Ekonomi: Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 21(1), s.178.

¹³³ Atanmış ve sonunda istifa etmek durumunda kalan siyasi müsteşarlar; “Faik Baysal (Maliye), Necib Ali Küçük (Millî Müdafaa), Ali Rıza Türel (İktisad), Numan Menemencioğlu (Hariciye), Sırrı Day (Nafia), Abdülmuttalib Öker (Dâhiliye), Nafi Atuf Kansu (Maarif), Salah Yargı (Adliye), Tahsin Coşkun (Ziraat) ve Rıza Erten (Ziraat)”, Barış Övgün, (2007) s.889.

¹³⁴ Battal Yılmaz, (2013), s.34.

¹³⁵ Mustafa Turan, (1999), s.33 vd.

¹³⁶ Bu dönemin sonlanması üzerine belki de en sağlıklı yorumlardan bir tanesi, Tacettin Karaer (1990, s. 53) tarafından “*Türk kamu yönetiminde devlet bakanlığı sorunu*” başlıklı makalesinde ele alınmıştır.

geldiği veya devlet bakanları ile başbakan yardımcılarının sayılarının arttığı gözlemlenebilir. III. Ecevit veya III. Özal kabineleri içinde 10 tane devlet bakanına rastlanabilmektedir. 1990'lı yıllar ise bu rakam daha da vahim bir boyutlara ulaşacaktır.

Bu üslup ve tarz içinde hükûmette yer bulma anlamında IX. İnönü kabinesi evresinde de aynı meselelere müşahit olunmuştur. Bu noktada bazı bakanlıkların bölünerek (parçalanarak) yerlerine yenilerinin kurulmaya çalışıldığı vuku olmuştur. 2011 yılı itibarıyla kalıcı olarak Türk kamu yönetimine giren *Bakan Yardımcılığı* müessesesi 1963 Haziranında hararetle tartışılmış meselelerden olup “C.H.P. Grup idarecileri, köklü revizyon ve Bakan yardımcılığı istiyor” gazete manşetleri ile çıkmıştır.¹³⁷ 17 Haziran'daki haberde özetle meselenin İnönü tarafından benimsendiği, bakan yardımcılarının da bakan yetkisinde olacağı ve ilk elde Millî Eğitim, İçişleri, Sanayi, Tarım ve Bayındırlık Bakanlıklarında deneneceği söylenmiştir. 24 Haziran 1963 tarihli Milliyet gazetesinin “*Bazı bakanlıkların bölünmesi isteniyor*” başlıklı haberine göre CHP grup yönetim kurulları ile CHP'li bakanların yaptığı toplantıda bazı bakanlıkların bölünmesi ve yeni bakanlıkların kurulması ile bakan yardımcılıklarının ihdası konusu görüşülmüştür.¹³⁸ Tam da bu olan bitenin içinde bir de bakan yardımcılığı meselesi tartışmalara konu olmuştur. CHP'nin grup yönetim kuruluna karşı kabine üyeleri karşı karşıya gelmişlerdir. Meselenin aşırı politize olduğu aşîkârdır. Sonuç olarak bakanlar baskın çıkacak ve kurul üyelerine karşılık istekleri reddedilecektir.

1980'li yıllara gelindiği zaman ise minimalist devlet mantığının hüküm sürdüğü, neo-liberal politikaların yönlendirmeye çalıştığı bir dünya konjonktürü ile karşılaşmaktayız. Bu anlamda Türkiye de bu anlayışın dışında kalmamıştır. IMF'nin dayattığı ve ancak ekonomik darboğazın dibini gördüğümüz zaman uygulamaya geçecek olan 24 Ocak 1980 kararları ve 12 Eylül 1980 darbesi, Türk kamu yönetimini bir kez daha değişim yönünde zorlar olmuştur. Sistemin ekonomi bacağına arkasında yatan gerekçe ise makro politikaların sağlıklı bir şekilde izlenebilir olması idi.¹³⁹ Üstüne üstük askeri darbenin kamu yönetimi açısından en bariz yansıması ise bürokrasinin kesin hatlarla kanun ve yönetmeliklerle çizilmesidir. Uzmanlardan oluşan bir ekip ile görev başı yapanlar, kısa bir zamanda “*Kamu Yönetiminin Yeniden Düzenlenmesi Komisyonu*” adı altında organize edilmiş ve raporları yazılmıştır. Raporun tavsiyeleri, sonraki bakanlık düzenlemeleri için temel oluşturmuştur.¹⁴⁰

¹³⁷ ‘Kabine için çalışmalar’ *Milliyet* (İstanbul, 15 Haziran 1963), s.1, <<http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/>> (ET: 18.11.2019); ‘Bakan yardımcılığı konusu inceleniyor’ *Milliyet* (İstanbul, 17 Haziran 1963), s.7, <<http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/>> (ET: 18.11.2019)

¹³⁸ ‘Bazı bakanlıkların bölünmesi isteniyor’ *Milliyet* (24 Haziran 1963), s.1, <<http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/>> (ET: 18.11.2019)

¹³⁹ Korkut Boratav, *Türkiye'nin iktisadi tarihi (1908-2002)* (8. bs., İmge Kitapevi 2003), s.149.

¹⁴⁰ *Kamu Yönetiminin Yeniden Düzenlenmesi* (Kamu Yönetiminin Yeniden Düzenlenmesi Komisyonu, Başbakanlık Basımevi 1982).

Başbakan Turgut Özal 19 Aralık 1983 tarihinde hükûmet programını okumuştur. Ertesi gün Milliyet'te ekonomik meseleler öncelik kazanmış ve "Faiz dönemi geri geldi" başlığı kullanılmıştır. Oysa satır arasında yayın şansı bulmuş kamu yönetimine dönük "*koltuksuz bakanlar*" ibaresi altında bir yenilik yaratımından bahsedilmiştir.¹⁴¹ Özal'ın ekip olarak ekonomiyi daha merkezî ve bir arada tutma (merkezîleştirme) niyeti olarak okunan bu hadise, hükûmet programının hazırlanmasında görev verdiği danışmanlar için parti çevresinde koltuksuz bakanlar olarak adlandırıldıklarını yazmıştır. Haberin detayında ise hafiften bir serzeniş edasında "Turgut Özal'ın yeni hükûmet modeliyle bürokrasiye getirdiği *bakanlar üstü* işleyişin sonucunda *koltuksuz bakanlar* ortaya çıktı"¹⁴² demiştir. Meselenin özünde ise "parti içindeki statükocu kanat" sorumlu tutulmuştur. Özal'ın bir dönem başdanışmanlığı ve özel kalem müdürlüğünü yapan Engin Güner'in hazırladığı rapor "büyük oranda İngiltere örneğini içeriyordu".¹⁴³ Mesele Türkiye'nin o zamanki gerçekleriyle uyumlu bir şekilde siyasi münazaraların malzemesi olmuş ve sonuçta kadük kalmıştır. Her ne kadar Tarım Orman ve Köyişleri Bakanı Hüsnü Doğan'ın Milliyet'e verdiği demeçte¹⁴⁴ bakan yardımcılığı uygulamasına yeşil ışık yakıldığı, Başbakan Turgut Özal'ın ABD dönüşünde konunun açıklık kazanacağını belirterek "Adına ister devlet bakanı ister bakan yardımcılığı deyin, bu iş fayda sağlar" demiştir. Bununla birlikte Cumhurbaşkanı Evren'in hukuk danışmanları "bakan yardımcılığı" ihdas edilmesinin Anayasa değişmeden mümkün olmayacağını belirtmesi üzerine Özal'ın kurmayları bakanlıkların sayısının artmasına karar vermiştir.

Özal'la başlayan siyasi duruş, yeni Başbakan olmuş Mesut Yılmaz ile de devam etmiştir. Başbakan Mesut Yılmaz, Gazeteci Derya Sazak'a verdiği mülakatta şöyle bir soru ile karşılaşmıştır: "Bakanlar Kurulu listesini açıklarken bakan yardımcılıkları oluşturulacağından söz ettiniz. Oradaki amacınız nedir?" Cevaben gruplarında 275 arkadaşları olduğunu ve büyük bir bölümünün icra sorumluluğu üstlenme arzusunda olduğu izah etmiştir. Sonrasında 1983'ü işaret

¹⁴¹ 'Faiz dönemi geri geldi' *Milliyet* (20 Aralık 1983), s.1, <<http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/>> (ET: 25.11.2019)

¹⁴² 'Kahveci, Keçeciler, Aksoy bakanlarla çalışacaklar', *Milliyet* (20 Aralık 1983), s.7. Tüm haber boyunca koltuksuz ibaresi için yazı tipi "*turnak içinde ve kalın*" olmuştur. Bu ibarenin altını dolduran yazı ise; "24 Ocak kararlarından bu yana Özal'ın yanında yer alan bu kadronun hükûmet faaliyetlerini yönlendirmede zaman zaman bakanlarla birlikte çalışacağı öğrenildi [...] Ekrem Pakdemirli – Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarı (Ekonomik alanda koordinasyonla görevli bakanlar üstü müsteşar)" olmuştur.

¹⁴³ Engin Güner, 'Bakan yardımcılığı Özal'ın hayaliydi' *Sonsayfa* (21 Eylül 2011), <<http://www.sonsayfa.com/Haberler/Siyaset/Bakan-yardimciligi-Ozalin-hayaliydi-204733.html>> (ET: 18.11.2019)

¹⁴⁴ 'Siyasi otoritenin yetkisi artacak' *Milliyet* (12 Aralık 1987), s.1, <<http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/>> (ET: 25.11.2019)

ederek daha en başından talep ettiklerini ama uygun koşulların oluşmadığını ileri sürmüştür.¹⁴⁵

3 Kasım 2002, Türk siyasi tarihinde yepyeni bir sayfanın tartışmasız açıldığı bir tarih olmuştur. TBMM’ne sadece Adalet ve Kalkınma Partisi (AK Parti) ve Cumhuriyet Halk Partisi (CHP) girebilmiştir. 21 Nisan 2003 tarihli haberde gazeteci Fikret Bila’nın haberleştirdiği manşette Başbakan Recep Tayyip Erdoğan için “Başkanlık istiyor” ibaresini kullanmıştır. Başbakan Recep Tayyip Erdoğan ise “Siyasetteki tek arzum başkanlık ya da yarı başkanlık modelidir. Bunun ideali de Amerika’da uygulanan sistemdir” demiştir.¹⁴⁶ Dışişleri Bakanı Abdullah Gül de “daha parti kurulurken bunların tartışıldığını ve sayın başbakanın söyledikleri doğru”dur demiştir.¹⁴⁷ Başbakan Recep Tayyip Erdoğan devamında “2. hayalim dediği bakan yardımcılığı” konusunu gündeme getirmiş, yazarlar ise manşetleri için şu sürmanşeti kullanmışlardır: “Kabineye giremeyen küskünler için yeni formül...”.¹⁴⁸ Haberin detayında müsteşarların yanı sıra kabinedeki her bakana bir de bakan yardımcısı atayacaklarını belirtmişlerdir. İlk uygulama yeri olarak da Dışişleri Bakanlığı adres gösterilmiştir. Bu durumun “siyasi müsteşar” ya da “bakan yardımcılığı” adı altında bir makam yaratacağı iddiaları gündeme getirilmiştir. Başkanlık tartışmalarının gölgesinde kalan bakan yardımcılığı meselesi üzerine CHP toptan karşı çıkarken DYP Genel Başkanı Mehmet Ağar ise başkanlık için destek beyanını “İcraatın önünü açacak bir yapısal değişikliğe ihtiyaç vardır” sözleri ile desteklemiştir.¹⁴⁹

Bakan yardımcılığı yolundaki tarihi son durak 8 Haziran 2011 yılı ve 643 No.lu KHK ile vücut bulmuştur.¹⁵⁰ Yürütme erkine KHK çıkarma yetkisi tanıyan 6223 sayılı “Yetki Kanunu”, 3 Mayıs’ta yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Buradan anlaşılan Türk Kamu Yönetimi içinde temel yapı taşlarından olan bakanlıkların yeniden ele alınacağı belirtilmiştir.¹⁵¹ Bu

¹⁴⁵ Derya Sazak, ‘Şeffaf yönetim hâkim olacak’ *Milliyet* (27 Haziran 1991), s.11, <<http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/>> (ET: 10.02.2021)

¹⁴⁶ Fikret Bila, ‘Başkanlık istiyor’ *Milliyet* (21 Nisan 2003), s.1, <<http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/>> (ET: 18.11.2019)

¹⁴⁷ Fikret Bila, ‘Erdoğan ve Gül’ün yaklaşımları’ *Milliyet*, (21 Nisan 2003). s.16, <<http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/>> (ET: 18.11.2019)

¹⁴⁸ Utku Çakırözer ve Abdullah Karakuş, ‘Erdoğan’ın 2. hayali: Her bakana yardımcı’ *Milliyet*, (22 Nisan 2003), s.16, <<http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/>> (ET: 19.11.2019)

¹⁴⁹ ‘Ağar da ‘başkanlık’ dedi’ *Milliyet* (22 Nisan 2003), s.16, <<http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/>> (ET: 19.11.2019)

¹⁵⁰ 643 nolu KHK, 3046 sayılı kanun ile bazı kanun ve kanun hükmünde kararnamelerde değişiklik yapılmasına ilişkin kanun hükmünde kararname, [8 Haziran 2011] RG Mükerrer S:27958.

¹⁵¹ 6223 sayılı kamu hizmetlerinin düzenli, etkin ve verimli bir şekilde yürütülmesini sağlamak üzere kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilat, görev ve yetkileri ile kamu görevlilerine ilişkin konularda yetki kanunu (Kabul Tarihi: 2011, Nisan 6) [3 Mayıs 2011] RG S:27923.

anlamda yürürlüğe konan toplam 35 KHK bulunmaktadır. Bu değişiklikler ile yeni kurulan bakanlıklar, birleştirilen ve ayrılan bakanlıklar, adı değişmeyen ancak teşkilat kanunları tamamen değişen bakanlıklar, adı değişmeyen ancak teşkilat kanunlarında kısmen değişiklik yapılan bakanlıklar olarak adlandırılmaktadır. Bu KHK ile devlet bakanlığı makamı ilga edilmiş ve iki tip başbakan yardımcılığı getirilmiştir. Bu makalenin temel konusunu oluşturan bakan yardımcılığı müessesesi ise 643 No.lu KHK ile Türk kamu hayatına girmiş ve 3046 sayılı Kanun'un 21. maddesinden sonra gelmek üzere 21/A maddesi olarak eklenmiştir.

3.3.1. Bakan Yardımcılığı Müessesesinin Konumu

Bakan yardımcılığı müessesesini vücuda getiren 3046 sayılı Kanun'un 21. maddesinden sonra gelmek üzere 21/A maddesi eklenmiştir. Konu hakkında ilgili maddeden hareketle ilk tanımlama önemlidir. “Bakana ve Bakanlığa verilen görevlerin yerine getirilmesinde Bakana yardımcı olmak üzere Bakan Yardımcısı atanabilir” (KHK-643/3 md.-03.06.2011) ibaresi bu makam için düşünülmeye başlanması gereken en doğru yer olacaktır fakat ilgili literatür bakan yardımcılığı müessesesinin kurulduğu gün itibarıyla tartışma içine girmiştir. Metin Günday (2011), konuya yaklaşımını “*bir tür bakan danışmanı*” olduğu üzerinden inşa etmiştir:

*“3046 sayılı Kanunun bakanlıklardaki hiyerarşik kademeleri düzenleyen 15 inci maddesinde de, bakan yardımcılığına bakanlık hiyerarşik kademeleri arasında yer verilmemiştir. Ayrıca, Bakanın yetkilerinden bir kısmını bakan yardımcısına devretmesi de mümkün değildir. Bu durumda, bakan yardımcılarının bir tür bakan danışmanı olarak görev yapacakları söylenebilir”.*¹⁵²

Bu teze karşın Gözler ve Kaplan (2012) karşıt görüş bildirmişlerdir. Tartışmanın birinci noktası “Bakan yardımcılığına bakanlık hiyerarşisi kademeleri arasında yer verilmediği argümanı” üzerinden yaşanmıştır. Tartışmada merkezî konum, ilgili yasanın 15’inci maddesindeki “hiyerarşik kademeler ve birim unvanları” içinde bakan yardımcılığının yer bulmamasıydı. Hâlbuki Gözler ve Kaplan (2012) bu görüşe *lex posterior derogat (legi) priori* doktrini ile karşı durmaktaydılar. Zira bakan yardımcılığı kurumu, anılan Kanun’un 15’inci maddesiyle değil, 21/A maddesiyle getirilmiştir. Bir ihtimal 15’inci madde ile 21/A maddesi arasında bir çatışma var ise bu çatışma *lex posterior derogat (legi) priori* (Sonraki kanun, önceki kanunu ilga eder) ilkesi uyarınca 21/A maddesi esas alınarak çözümlenmek durumundadır çünkü ilgili

¹⁵² Metin Günday (2011), s.397.

madde 15'nci maddeye göre sonraki tarihli bir kanundur.¹⁵³ Bu argüman ile bakan yardımcılığının bakanlık hiyerarşisine dâhil olduğunu ileri sürmüşlerdir. Oysaki 657 sayılı Kanun'a ekli *I Sayılı Ek Gösterge Cetveli*'nin "*I Genel İdare Hizmetleri Sınıfı*" bölümünde Başbakanlık Müsteşarı ve Diyanet İşleri Başkanı makamlarından sonra listeye eklenmiştir. Buradan çıkarılabilecek en basit yorum ise bu iki makamla birlikte bürokrasinin en üstüne yerleşmiş olduklarıdır fakat Gözler ve Kaplan'ın da dâhil olduğu büyük bir akademisyen grubu, yasanın 22. maddesiyle ilgili haklı bir yazım hatası yapıldığını işaret etmektedirler. 3046 sayılı Kanun'un ilgili maddesince ("Müsteşarın görev ve sorumlulukları") "bakanın emrinde ve onun *yardımcısı* olup bakanlık hizmetlerini bakan adına ve bakanın direktif ve emirleri yönünde[dir]"¹⁵⁴

Bakan yardımcılığı, *istisnai memuriyet*¹⁵⁵ kavramı içinde vücut bulmuş bir müessesedir.¹⁵⁶ Bu bağlamda bakan yardımcılarının atanma meselesi burada açıklığa kavuşturulmak durumundadır. Öncelikle 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ele alındığında 59'uncu madde ile "istisnai memurluklara atanmayı", 60'ıncı madde ile "atanmada aranacak şartların" DMK 48 inci madde ve "Cumhurbaşkanlığı kararnamelerindeki özel hükümler saklı" olduğu ve 61'inci madde ile de "uygulanacak hükümleri" açıkça izah etmiştir. Kanun'da açıkça ifade edildiği şekli ile görülebilmektedir ki engel olabilecek herhangi bir öğrenim, kıdem veya liyakat gibi gereklilikler bulunmamaktadır. İlgili maddeden de anlaşılacağı üzere 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48'inci maddesi genel şartlarını karşılayan herkes bakan yardımcısı olarak atanabilmektedir.

İlgili Kanun'un özel şartlar bölümü için herhangi bir atıf bulunmamaktadır. Bu nokta da *memuriyetten* gelen ile *siyasetten* gelenler arasında ayırım yapılması gerekmektedir. Memuriyetten gelecek olanlar için DMK Madde 132: "uygulama" ile Madde 7: "tarafsızlık ve devlete bağlılık" kuralları geçerlidir. Ayrıca belirtilmelidir ki emeklilik sonrası için yeniden atanma

¹⁵³ Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, (2012), s.15.

¹⁵⁴ 3046 sayılı Kanun, Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında 174 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 13.12.1983 Gün ve 174 Sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Kaldırılması ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında 202 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun (Kabul Tarihi: 27 Eylül 1984), [9 Ekim 1984] RG Mükerrer S:18540.

¹⁵⁵ "İstisnai memuriyet, hakkında 657 sayılı Kanunun atama, sınavlar, kademe ilerlemesi ve derece yükselmesi hükümleri uygulanmayan devlet memuriyetleridir. İstisnai memurluklara atanmalar hakkında bu Kanunun atama, sınavlar, kademe ilerlemesi ve derece yükselmesi dışında kalan bütün hükümleri uygulanır. Ülkemizde istisnai memuriyet statüsü, ilk kez 1929 tarihinde Devlet Memurlarının Tevhit ve Teahülüne Dair Kanunla düzenlenmiştir", Zehra Odyakmaz, Ümit Kaymak ve İsmail Ercan, *Anayasa Hukuk – İdare Hukuku*, (13. b.s. On İki Levha Yayıncılık 2011), s.377.

¹⁵⁶ Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, (2012), s.13.

şansı bulunmaktadır (Madde 93: “emeklilerin yeniden hizmete alınması”) ve diğer emekliler için ise istisnai memuriyet kapsamı dâhilinde atama yapılabilmektedir (Madde 60: “İstisnai memurluklara atanmada aranacak şartlar”). Bu şartlar altında teamül gereği ilgili bakanın teklifi ve Başbakan’ın kabulü ve Cumhurbaşkanlığı’nın onaylaması ile müşterek¹⁵⁷ kararname ile atanmaktadır. Son olarak 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanun kapsamında atamaya ilişkin kadroların gösterildiğine değinmek gerekmektedir.

MADDE 2 - Bu Kanuna ekli (1) sayılı cetvelde gösterilen unvanları taşıyan görevlere Bakanlar Kurulu kararı ile (2) sayılı cetvelde gösterilen unvanları taşıyan görevlere müşterek kararla atama yapılır.¹⁵⁸

İş bu 2451 sayılı Kanun ile aşağıda yer verilen 2 Sayılı Cetvel (Mülga:2/7/2018 - KHK 703/130 md.) ile bakan yardımcılığının müşterek kararname ile atanabilmesinin hükmü garanti altına alınmıştır. Yine ilgili “2 Sayılı Cetvel” 2 Temmuz 2018 tarihli 703 No.lu KHK ile de ilga edilecektir. Görüleceği üzere bu ilga ile *müsteşar* ve *müsteşar yardımcılığı* pozisyonları KHK ile tarihe karışacaklardır.

Tablo 1: 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanun, 2 sayılı Cetvel¹⁵⁹

2 SAYILI CETVEL
Bakan Yardımcıları (Millî Savunma Bakanlığı Bakan Yardımcısı dâhil), Müsteşar ve Yardımcıları (Dışişleri Bakanlığı Genel Sekreteri ve Yardımcıları dâhil);

10 Temmuz 2018 tarihli 1 No.lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi uyarınca ‘Bakan Yardımcılığı’ müessesesi açıkça hüküm altına alınmış ve kadro ihdası netliğe kavuşturulmuştur.

Bakan Yardımcıları

MADDE 504 - (3) Bakan yardımcısı kadroları atama işlemi yapıldığı anda herhangi bir işleme gerek kalmaksızın ihdas edilerek Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin ilgili bölümlerine eklenmiş sayılır.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, (2012), s.17.

¹⁵⁸ 2541 nolu Kanun, Bakanlıklar ve bağlı kuruluşlarda atama usulüne ilişkin kanun (Kabul Tarihi: 23 Nisan 1981), [24 Nisan 1981] RG Mükerrer S:17321.

¹⁵⁹ 2541 nolu Kanun, 2 Sayılı Cetvel, s.5242.

¹⁶⁰ Cumhurbaşkanlığı teşkilatı hakkında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi (kararname numarası: 1), [10 Temmuz 2018] RG S:30474.

10 Temmuz 2018 tarihli 1 No.lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde açıkça yazdığı üzere bakan yardımcılığı müessesesi için çok fazla bir değişiklik olmamakla birlikte atanması ve görevden alınması Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ne bağlanmıştır. Yine de 1 No.lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde yer alması bakımından ayrıca dikkate değerdir. Bakan yardımcılığı müessesesi bu yapılan düzenlemeler ile daha olgun ve şeffaf bir tanım içindeki yapıya kavuşmuştur. Bu anlamda bakanın emri ve direktifleri yönünde ve mevzuata uygun bir şekilde işleri yürütmekle mükelleftir. Bu bağlamda bakan yardımcılığı müessesesi bakandan bağımsız değildir ve ayrı düşünülemez.

Bakan Yardımcıları

MADDE 504 - (1) Bakan Yardımcıları, bakanın emrinde ve onun yardımcısı olup bakanlık hizmetlerini bakan adına ve bakanın direktif ve emirleri yönünde, bakanlığın amaç ve politikalarına, kalkınma planlarına ve yıllık programlara, stratejik plan ve performans hedefleri ile hizmet gereklerine, mevzuat hükümlerine uygun olarak düzenler ve yürütür. Bu amaçla bakanlık teftiş kurulu hariç bakanlık kuruluşlarına gereken emirleri verir ve bunların uygulanmasını gözetir ve sağlar.

(2) Bakan Yardımcıları yukarıda belirtilen hizmetlerin yürütülmesinden Bakana karşı sorumludur.¹⁶¹

Yukarıda açıkça hüküm altına alınmış sorumluluk bu şekliyle bakanlığa dair tüm işleri kapsamaktadır. Bakanın “en üst amir” olduğu bir kurumda sayısal olarak birden çok olan bakan yardımcılığı pozisyonunun iş bölümüne tabi tutulması kaçınılmazdır. Burada dikkatte değer nokta, 2011 yılında Kanun ile kurulan ve bir bakan yardımcısı ile başlayan süreç sonrasında sayısının en az üç ve en fazla dört olduğu bir noktaya evrilmesidir. Bakan yardımcılığı müessesesi genel anlamıyla bakana yardımcısıdır. Buradan anlaşılması gereken ise bakanın zamanının daha değerli olabilmesi için bakanlık teşkilatı içinde bir iş bölümü yapılmak durumundadır. Bu makalenin yazım aşamasında kademeli bir şekilde bakan yardımcılarının iş bölümü teşkilat şemalarına yansımıştır ancak hâlâ Adalet, Maliye, Tarım ve Orman Bakanlıklarında bakan yardımcılarının iş bölümü görülmemektedir veya Sanayi ve Teknoloji Bakanlığında iş bölümü yapılmış olmasına rağmen bakan yardımcılarının kim olduğu açık değildir. Özetle 2011 yılından bu yana Türk Kamu Hukuku ve bürokrasisi içinde bulunan bakan yardımcılığı pozisyonu hâlâ tam şeffaflığa ulaşamamıştır. Oysaki görev tanımlarının tam ve şeffaf olması yararlıdır. Bu nokta da bakan yardımcılığı müessesesi için halk ile iletişim, ilgili birimler hatta bakanlıklar arası sevk ve koordinasyon, TBMM ile ilgili kanuni düzenlemelerde bakanlığı ilgilendiren mevzuatlarda müdahil olma ve soru önergeleri ile ilgili işlemlerin takip ve kontrolü olarak görevler sıralanabilir.

¹⁶¹ 1 Nolu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, (2018).

SONUÇ

Cumhuriyetin kurulmasından sonra demokrasi adına ilk normalini 1950 seçimleri ile bulduğu, sonrasında iki kez (1960 ve 1980) askeri müdahaleler sonucu sekteye uğratıldığı ve 1982 yılında aşağı yukarı Cumhuriyetin 60. yılında dar bir ceketin dikildiği anayasa ile sonuçlanmıştır. Hükûmet sistemiyle ilgili tartışmalar 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden sonra sürmüştür ancak 1990'lardan sonra esasen hız kazanmaya başlamıştır. Ancak hiçbir TBMM tarafından 6771 sayılı Kanun kapsamında ve 16 Nisan 2017'de yapılan referandumda kabul edilen cumhurbaşkanlığı hükûmet sistemi gibi somut bir sonuç üretmemiştir. Öte yandan Avam Kamarası ile Kral (yürütme) arasındaki mücadelenin uzun bir tarihi vardır. Son 400 yıl içinde Avam Kamarası, tüm önemli yasaları başlatma ve hükûmetin önerilerini reddetme veya onama, yasa tasarılarını kabul etmeyi veya reddetme yetkisine sahip bir yaptırımı sürdürme hakkını elde etmiştir. Bu anlamda Avam Kamarası hükûmete karşı oy kullanma yetkisi kazanmıştır.

İngilizlerin anayasası olmayan bir devlet olduğu gerçeği tamamen Avam Kamarası'nın seçimle iş başına gelmesi, Aristokratlar gibi gücünü monarşiden almaması ve bu nedenle Avam Kamarası'nın her türlü kararı alabilen, halk adına halk gibi hareket eden siyasi bir kurum olmasından kaynaklanmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti içinse genel ilkelerin verildiği 1982 Anayasası'nın ilk bölümünde yasama, yürütme ve yargı sırasıyla yedinci, sekizinci ve dokuzuncu maddelerde temellendirilmiştir. Anayasa, yürütme organını hem bir otorite hem de görev olarak görmekte, yargıyı bağımsız ve tarafsız olarak kabul etmektedir. Bu bağlamda cumhurbaşkanlığı hükûmet sisteminde yürütme tek bir kişiye indirgenmiş ancak bu cumhurbaşkanı için siyasi sorumluluklar ve cezai yükümlülükler ile birlikte gelmiştir. Ayrıca hem Westminster parlamenter modelinde hem de cumhurbaşkanlığı hükûmet sisteminde yasama organı, yürütmeyi denetleyebilmektedir. Oysa seçim kararı için tek adres olan Avam Kamarası'na karşın cumhurbaşkanlığı hükûmet sisteminde yürütme ile yasama organları kendi aralarındaki medeni bağlantı, herhangi birinin seçim düzenleme kararı verebilmesine dayanmaktadır.

Avam Kamarası'na has ön sıradakiler veya kıdemliler (*frontbenchers*) ile arka sıradakiler veya kıdemsizler (*backbenchers*) diye basitçe ayrıştıran sistem aslında modelin kendine özgü bir karakteristiğidir. Kıdemsiz milletvekillerinin bakanlık hatta başbakanlığa giden yolda geçtiği yer olması hasebiyle önemli bir konumdur çünkü devletteki mekanizmalar içinde yetişmesini sağlamaktadır. Kabine'nin Komitelerinde veya Avam Kamarası'nda sorumlu olduğu bölüm adına hatta bazen bakanlığı adına her türlü siyasi sınavdan geçmektedir. Keza yürütmenin yer aldığı Hazine sırasına karşıt pozisyonda oturan muhalefet sıralarında da Gölge Kabineler bulunmaktadır. Bu iki kabinenin bütünü, kıdemli milletvekillerinin bütünüdür. TBMM içinse tam karşılığı

olmamakla birlikte sadece Grup Başkanvekilliği pozisyonu bulunmakta, gerçek anlamda ön sıra veya arka sıra diye bir ayırım bulunmamaktadır. Buna karşılık bakanlık pozisyonuna yakınlık anlamında daha fazla şansa delalet ettiği söylenebilir.

İngiliz kamu yönetiminde müsteşarlık makamı için hikâyenin başladığı yerde iki tane müsteşar bulunmaktaydı ve başlangıçta her ikisi de siyasi olarak atanmışlardı. Ancak 1795'ten itibaren müsteşarlardan biri bakana daha yakın olduğu için bakan ile birlikte değiştirilmesi alışılmış hâle gelmiştir. Bir diğer nokta ise on dokuzuncu yüzyılda Kabine'deki Dışişleri Bakanları genellikle Lordlar Kamarası'ndan gelmekteydi. Bu anlamda hükümet Avam Kamarası'ndan bir milletvekilinin yardımcı olarak (*Under-Secretary*) kamaraya bilgi getirmesi ve bakanlık adına sorulara cevap verebilmesi için atanmıştır. Türk bakan yardımcılığı müessesesi ise 2003 yılında bizzat dönemin Başbakanı Recep Tayyip Erdoğan tarafından '2. hayalim' olarak deklere edilmiş ve 2011 yılı içinde TBMM'den alınan 'Yetki Kanunu'na binaen yasal zemini oluşturulmak suretiyle yürürlüğe konmuştur.

İki sistem göz önüne alındığında öncelikle İngiliz modelindeki '*junior minister*' kavramı tarihi bir geçmişe sahiptir. İhtiyaca binaen hâlihazırda var olan iki müsteşardan birinin kalıcı (*permanent*) statüye geçmesi sonucu '*daimi müsteşarlık*' oluşturulmuş, hatta devamında yine modele özgü kuvvetler ayrılığı prensibinin bir yansıması olarak Dışişleri Bakan Yardımcılığı (*Parliamentary Under-Secretary*) pozisyonu da oluşturulmuştur. İki sistem üzerinden makam incelendiğinde farkları oldukça fazladır. İngiliz modeli tarihi bir misyonu temsil ederken Türk sisteminde 2011 yılı itibarıyla oluşturulmuş ve 2018 yılı itibarıyla de cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde yer almıştır. İngiliz modeli içindeki bakan yardımcılarının rolleri, atandıklarında Başbakan tarafından belirlenebilir ya da bizzat Devlet Bakanı tarafından tahsis edilebilir. İngiliz sistemi içinde bakan yardımcısı (*junior minister*) olarak adlandırılan grup daha çok bakan yetiştirme veya parti içi muhalif oluşumları minimize etmeye yarayan bir mekanizma olarak tasarlanmıştır. Oysa cumhurbaşkanlığı hükümet sistemindeki bakan yardımcılığı makamı için aynı yorumu yapmak imkânsızdır. Bugüne kadar atanan pek çok meslek grubundan uzman bu göreve layık görülmüştür. Dolayısıyla İngiliz sistemindeki yorum daha siyasi durmaktadır. Bunun da sebebi, Avam Kamarası'nda ön ile arka sıra arasındaki kıyasıya rekabettir.

KAYNAKÇA

- Acar, A., Kırışık, F., & Ateş, N. (2016). Türk Kamu yönetiminde bakan yardımcılığı üzerine farklı açılardan bir değerlendirme. *Akademik Bakış Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler E-Dergisi*, 55, 761-779.
- Anayasa Mahkemesi 367 şart dedi. (2007, Mayıs 2). *Hürriyet* [çevrimiçi].

- <<https://www.hurriyet.com.tr/gundem/anayasa-mahkemesi-367-sart-dedi-6436574>> (ET: 13.02.2021)
- Avaner, T., & Volkan, M. (2019). Hikmet-i hükümet ve yeni reform: Türk tipi başkanlık sistemi ve ABD başkanlık sisteminin etkisi üzerine. *Yasama Dergisi*, 39, 105-130.
 - Aytaç, S. E., Çarkoğlu, A., & Yıldırım, K. (2017). Taking sides: Determinants of support for a presidential system in Turkey. *South European Society and Politics*, 22(1), 1-20.
 - Bagehot, W. (2001). *Walter Bagehot: The English Constitution*. M. Taylor (Ed.). New York: Cambridge University Press. (Original work published 1867)
 - Bektaş, E. (2019). Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde yasama-yürütme ilişkisi ve bu sistemin Türkiye demokrasisine etkileri. *Yasama Dergisi*, 39, 199-218.
 - Birch, A. H. (1998). *British system of government* (10th ed.). New York: Routledge.
 - Blick, A. (2016). *The codes of the Constitution*. Oxford & Portland, Oregon: Hart Publishing & Bloomsbury Publishing.
 - Boratav, K. (2003). *Türkiye'nin iktisadi tarihi (1908-2002)*. (8. bs.). Ankara: İmge Kitapevi.
 - Buckley, S. (2006). *Prime minister and cabinet*. Edinburgh: Edinburgh University Press.
 - Bujard, B. (2019). *British prime minister in the core executive: Political leadership in British European policy*. Springer International Publishing.
 - Coles, A. (2020, September 18). Which countries recognise Queen Elizabeth as head of state?. *Skynews* [çevrimiçi]. <<https://news.sky.com/story/which-countries-recognise-queen-elizabeth-as-head-of-state-12073304>> (ET: 10.02.2021)
 - Danziger, J. N., & Smith, C. A. (2015). *Understanding the political world: A comparative introduction to political science* (12th ed.). Pearson.
 - De Smith, S. A. (1961). Westminster's export models: The legal framework of responsible government. *Journal of Commonwealth Political Studies*, 1(1), 2-16.
 - Dik, E. (2013). 643 sayılı KHK ile düzenlenen bakan yardımcılığı ve hiyerarşik örgütlenme içerisindeki konumu. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 68(4), 121-145.
 - Eren, V., ve Akıncı, B. (2018). Yasama yürütme ilişkileri açısından başkanlık sistemi ile cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin karşılaştırılması. İçinde Y. Demirkaya (Ed.), *Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi: Kamu yönetiminde değişim* (ss. 37-72). İstanbul: Hiperyayın.

- Eroğul, C. (2010). Çağdaş devlet düzenleri (7.bs.). Ankara: İmaj Yayınevi.
- Ertaş, T. (2020). Parlamentoların anası Westminster parlamentosu: Tarihsel-kuramsal kökenler, kurumsal yapı ve kanun yapım süreci. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17(2), 447-499.
- European Institute for Gender Equality. (2021). *Women and men in decision making: Methodology (Gender Statistics Database)*. <https://eige.europa.eu/about/documents-registry/women-and-men-decision-making-methodology>, (ET: 08.02.2021)
- Find Members of the House of Lords. (2021). *UK Parliament*. <https://members.parliament.uk/members/Lords>, (ET: 01.02.2021)
- Foreign & Commonwealth Office (2002). The permanent under-secretary of state: A brief history of the office and its holders [History notes]. FCO Historians Records and Historical Department (RHD), [No:15].
- Gönenç, L. (2007). Hükümet sistemi tartışmalarında ‘başkanlık parlamenter sistem’ seçeneği. *Güncel Hukuk*, 44, 39-43.
- Gözler, K. (2010), *Anayasa hukukunun genel esasları*. Bursa: Ekin Yayınevi.
- Gözler, K. (2017). Cumhurbaşkanlığı sistemi mi, başkanlık sistemi mi, yoksa neverland sistemi mi? 16 Nisan’da neyi oylayacağız? <<https://www.anayasa.gen.tr/neverland.pdf>> (ET: 25.03.2019)
- Gözler, K., ve Kaplan, G. (2012). Bakan yardımcılarını bakanlık hiyerarşisine dâhil midir?. *TBB Dergisi*, 98, 11-24.
- Grey, E. G. (1925). *Twenty-five years, 1892-1916* (Vol. 1). Frederick A. Stokes Company.
- Grey, E. G. (1925). *Twenty-five years, 1892-1916* (Vol. 1). London: Hodder and Stoughton Limited.
- Gül, H. (2018). The presidential government system: New model of government in Turkey. İçinde M. Ruslev, E. Straus, C. Avcıkurt, A. Soykan, & B. Parlak (Eds.), *Social sciences researches in the globalizing world*, (ss. 24-39). Sofia: St. Kliment Ohridski University Press.
- Güler, B. A. (2009). *Kamu yönetimi ülke incelemeleri* (2. bs.). Ankara: İmge Kitabevi.
- Günday, M. (2011). *İdare Hukuku* (10. bs.) Ankara: İmaj Yayınevi.
- Güneş, M. (2017). Türkiye’de başkanlık sistemi tartışmalarında bakan ve bakan yardımcılıklarının geleceği. *Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 1 (Özel Sayı 4)*, 83-95.
- Hazarika, A., & Hamilton, T. (2018). *Punch and judy politics: An insiders’ guide to prime minister’s questions*. Biteback Publishing.

- History of the House of Lords. (2021). *UK Parliament*. <https://www.parliament.uk/business/lords/lords-history/history-of-the-lords/>, (ET: 31.01.2021)
- Jones, G. W. (1964). *The prime minister's power. Parliamentary Affairs*, 18(2), 167-185.
- Jones-Parry, E. (1934). Under-secretaries of State for Foreign Affairs, 1782-1855. *The English Historical Review*, 49(194), 308-320.
- Kalaycıoğlu, E. (2015). Turkish popular presidential elections: Deepening legitimacy issues and looming regime change. *South European Society and Politics*, 20(2), 157-179.
- Kama, S. (2016). Parlamenter hükümet sistemi olarak “Westminster Modeli” Britanya örneği üzerine bir deneme. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22(2), 161-201.
- Kamu Yönetiminin Yeniden Düzenlenmesi Komisyonu. (1982). *Kamu Yönetiminin Yeniden Düzenlenmesi*. Ankara: Başbakanlık Basımevi.
- Kara, F. (2012). Birleşik Krallık Avam Kamarası çalışma usul ve esasları üzerine. *Yasama Dergisi*, 21, 7-50.
- Karaer, T. (1990). Türk kamu yönetiminde devlet bakanlığı sorunu. *TODAİE*, 23(2), 47-74.
- Karatepe, Ş. (2013). *Anayasa hukuku*. Ankara: Savaş Yayınları.
- Kayar, N. (2012). Kamu yönetiminde yönetim karmaşası ve siyasallaşma: Bakan yardımcılarını [Çevrimiçi]. <http://www.yayed.org/uploads/yuklemeler/inceleme-bakanyardimcisi.pdf>, (ET: 02.06.2019)
- Kayıkçı, S. (2014). 643 sayılı kanun hükmünde kararname çerçevesinde Türkiye’de bakanlık örgütlenmesinde yeniden yapılanma. *TODAİE*, 47(1), 23-51.
- Kemahlı, F., & Karcı, Ş. M. (2017). Siyasal ya da bürokratik bir pozisyon olarak Türkiye’de bakan yardımcılığı statüsü. *Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 1(4), 618-635.
- Kızıltan, Y. (2006). I. Meşrutiyetin ilanı ve ilk Osmanlı Meclis-i Mebusan’ı. *Gazi Üniversitesi Gazi Eğitim Fakültesi Dergisi*, 26(1), 251-272.
- Kumarasingham, H. (2013). Exporting executive accountability? Westminster legacies of executive power. *Parliamentary Affairs*, 66(3), 579-596.
- Lamba, M., Aktel, M., Altan, Y., ve Kerman, U. (2014). Türkiye’de bakanlık tipi örgütlenme: Tarihsel ve yasal süreç. *Journal of Management & Economics*, 21(1), 173-189.

- Liebermann, F. (1913). The national assembly in the Anglo-Saxon period. Germa: Halle A.S., Max Niemeyer.
- Lijphart, A. (2007). Thinking about democracy: Power sharing and majority rule in theory and practice. Routledge.
- Lijphart, A. (2012). Patterns of democracy: Government forms and performance in thirty-six countries (2nd. ed.). New Heaven & London: Yale University Press.
- Lipsmeyer, C. S., & Pierce, H. N. (2011). The eyes that bind: Junior ministers as oversight mechanisms in coalition governments. The Journal of Politics, 73(4), 1152-1164.
- Middleton, C. R. (1974). John Backhouse and the origins of the permanent undersecretaryship for foreign affairs: 1828-1842. The Journal of British Studies, 13(2), 24-45.
- Middleton, C. R. (1975). The Formation of Canning's Ministry and the Evolution of the British Cabinet, February to August 1827. Canadian Journal of History, 10(1), 17-34.
- Ministers of the Crown. (n.d.). *Politics* <<https://www.politics.co.uk/reference/ministers-of-the-crown>> (ET: 15.12.2020)
- Ministers. (n.d.). *UK Government* <<https://www.gov.uk/government/ministers#ministers-by-department>> (ET: 02.02.2021)
- Moran, M. (2015). *Politics and governance in the UK*. New York: Palgrave Macmillan.
- Murkens, J. E. K. (2018). Democracy as the legitimating condition in the UK Constitution. *Legal Studies*, 38, 42-58.
- Mutlu, A. E. (2019). The vice presidents in the presidential government system as regards their legal status and roles in the administrative organization. *Inonu UL Rev.*, 10, 119.
- Nacak, O. (2020). Parlamenter ve cumhurbaşkanlığı hükümet sistemlerinden hareketle bakan ve bakanlıkların karşılaştırmalı analizi. *Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*, 18(1), 138-157.
- Neudorf, L. (2013). Intervention at the UK Supreme Court. *Cambridge J. Int'l & Comp. L.*, 2(1), 16-32.
- Örselli, E., Babahanoğlu, V., & Bilici, Z. (2018). Kamu politikalarında yeni aktörler: Cumhurbaşkanlığı politika kurulları ve ofisleri. *Turkish Studies*, 13(30), 303-318.
- Övgün, B. (2007). Anayasal yenilenmeler ve siyasi müsteşarlık. İçinde B. A. Güler (Derl.), *Açıklamalı yönetim zamandizini 1929-1939* (ss. 811-894). Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi.

- Övgün, B. (2016). Kamu Yönetimi Reformunda Bir Açmaz: Yerelleşme mi, Merkezileşme mi?. *Mülkiye Dergisi*, 40(3), 159-180.
- Özbudun, E. (2013). *Türk anayasa hukuku* (14. bs.). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Özen, S. (2008). *Birleşik Krallıkta kamu yönetimi reformları 1979-2008 (Kamu idarelerinde stratejik yönetim projesi raporu)*. Ankara: British Council Türkiye, Matus Basımevi Reklam ve Yayıncılık.
- Özsoy, S. (2010). What does Turkey's new choice of popular presidential elections mean?. *European public law*, 16(1), 139-160.
- Palerm, A., Bernstein, M. D., Cline, H. F., Meyer, M. C., Griffin, E. C., Parkes, H. B. and Willey, G. R. (2021, February 12). Mexico. *Encyclopedia Britannica*. <<https://www.britannica.com/place/Mexico>> (ET: 16.02.2021)
- Pank, Ç. (2017). Türkiye'de bürokrasinin gücünün kırılma noktalarından biri: Bakan yardımcılığı. *Route Educational and Social Science Journal*, 4(6), 281-290.
- Patapan, H., Wanna, J., & Weller, P. M. (Eds.). (2005). *Westminster legacies: Democracy and responsible government in Asia and the Pacific*. UNSW Press.
- Radice, L., Vallance, E., & Willis, V. (1987). *Member of Parliament: The job of a backbencher*. Palgrave Macmillan.
- Rhodes, R. A. W. (1988). *Beyond Westminster and Whitehall: The sub-central governments of Britain*. Taylor & Francis.
- Russell, M., & Serban, R. (2020). The muddle of the 'Westminster Model': a concept stretched beyond repair. *Government and Opposition*.
- Sartori, G. (1962). Constitutionalism: A preliminary discussion. *The American Political Science Review*, 56(4), 853-864.
- Sartori, G. (1970). Concept misformation in comparative politics. *The American Political Science Review*, 64(4), 1033-1053.
- Shepherd, Robert (2012). *Westminster: A biography: from earliest times to the present*. London: A&C Black.
- Sobacı, M. Z., Miş, N., & Köseoğlu, Ö. (2018). Türkiye'nin yeni yönetim modeli ve Cumhurbaşkanlığı teşkilatı. *Seta Perspektif*, 206, 1-6.
- Tataroğlu, M. (2016). Hükümet yapısında genişleme: Bakan yardımcılığı. *Yönetim ve Ekonomi*, 23(2), 519-544.
- Taylor, E. (1979). *House of Commons at work* (9th ed.). Macmillan Press Ltd.
- Teziç, E. (2020). *Anayasa hukuku* (24. bs.). İstanbul: Beta Basım Yayın.
- The evolution of Parliament. (n.d.). *UK Parliament*, <<https://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/>>(ET: 01.02.2021)

- The work of the House of Lords - its role, functions and powers. (2000). *UK Parliament, Publications & records*, <<https://publications.parliament.uk/pa/ld199798/holbrief/ldwork.htm>>, (ET: 08.02.2021)
- Theakston, K. (1987) *Junior ministers in British Government*. Oxford: Blackwell.
- Topaca, M. (2014). Hukuk temel ve uygulama bakımından Türkiye’de bakan yardımcılığı. *Türk İdare Dergisi*, 479, 305-331.
- Turan, M. (1999). Cumhuriyet döneminde iki deneme: Siyasi müsteşarlıklar ve müstakil grup. *Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 1(2), 27-42.
- Turan, M. (2018). Türkiye’nin yeni yönetim düzeni: Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi. *Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi*, 7(3), 42-91.
- Uçman, H. (2012). *Türk Kamu Yönetiminde Bürokrasi Siyaset İlişkileri Çerçevesinde Bir İnceleme: Siyasi Müsteşarlıktan Bakan Yardımcılığına* (Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi). Ankara: Devlet Personel Başkanlığı.
- Uçman, H. (2015). Türk kamu yönetiminde bakan yardımcılığı uygulaması üzerine inceleme ve değerlendirmeler. *Akademik Hassasiyetler Dergisi* 2(3), 191-225.
- UK Government, Cabinet Office. (2011). *The cabinet manual: A guide to laws, conventions and rules on the operation of government*. London: Cabinet Office.
- UK Government, Cabinet Office. (2019) *Ministral Code*. <<https://www.gov.uk/government/publications/ministerial-code>> (ET: 07.02.2021)
- Uyanık, H. (2012). Bakan yardımcılığı statüsünün idare hukuku açısından değerlendirilmesi. *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 15(2), 101-114.
- Watts, D. (2007). *Glossary of UK government and politics*. Edinburgh: Edinburgh University Press.
- Whitehead, L. (2013). The Westminster System. *Taiwan Journal of Democracy, Special Issue*, 9-38.
- Wilks-Heeg, S. (2012, 12 Oct.). Time to tackle the growth of the ‘payroll vote’. *Democratic Audit UK*. <<http://eprints.lse.ac.uk/81251/>> (ET: 09.02.2021).
- Wilks-Heeg, S., Blick, A., and Crone, S.. (2013, 16 Nov.). Britain’s bloated payroll vote hampers Parliament in keeping a check on the executive. *Democratic Audit UK*. <<http://eprints.lse.ac.uk/81370/>> (ET: 09.02.2021).
- Yılmaz, B. (2013). Türkiye’de bakan yardımcılığı uygulamasına ilişkin genel bir değerlendirme. *Kastamonu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 1(1), 33-41.

Gazeteler

- Ağar da ‘başkanlık’ dedi. (2003, 22 Nisan). *Milliyet*, s.16, <<http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/>> (ET: 19.11.2019)
- Bakan yardımcılığı konusu inceleniyor. (1963, 17 Haziran). *Milliyet*, s.7, <<http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/>> (ET: 18.11.2019)
- Bazı bakanlıkların bölünmesi isteniyor. (1963, 24 Haziran). *Milliyet*, s.1, <<http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/>> (ET: 18.11.2019)
- Bila, F. (2003, 21 Nisan). Başkanlık istiyor. *Milliyet*, s.1, <<http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/>> (ET: 18.11.2019)
- Bila, F. (2003, 21 Nisan). Erdoğan ve Gül’ün yaklaşımları. *Milliyet*, s.16, <<http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/>> (ET: 18.11.2019)
- Çakırözer, U. ve Karakuş, A. (2003, 22 Nisan). Erdoğan’ın 2. hayali: Her bakana yardımcı. *Milliyet*, s.16, <<http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/>> (ET: 19.11.2019)
- Faiz dönemi geri geldi. (1983, 20 Aralık). *Milliyet*, s.1, <<http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/>> (ET: 25.11.2019)
- Güner, E. (2011, Eylül 21). Bakan yardımcılığı Özal’ın hayaliydi. *Sonsayfa*, <<http://www.sonsayfa.com/Haberler/Siyaset/Bakan-yardimciligi-Ozalin-hayaliydi-204733.html>> (ET: 18.11.2019)
- Kabine için çalışmalar. (1963, 15 Haziran). *Milliyet*, s.1, <<http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/>> (ET: 18.11.2019)
- Orman, siyasî müsteşarlık kanunları kabul edildi. (1937, 9 Şubat). *Ulus*, <<http://gazeteler.ankara.edu.tr/dergiler/64/1647/24391.pdf>> (ET: 17.11.2019)
- Sazak, D. (1991, Haziran 27). Şeffaf yönetim hâkim olacak. *Milliyet*, s.11, <<http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/>> (ET: 25.11.2019)
- Siyasi otoritenin yetkisi artacak. (1987, 12 Aralık). *Milliyet*, s.1, <<http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/>> (ET: 25.11.2019)

Yasal düzenlemeler

- 2451 nolu Kanun; Bakanlıklar ve bağlı kuruluşlarda atama usulüne ilişkin kanun RG: 25 Nisan 1981, S:17321, (ET: 15.11.2019)
- 6223 sayılı kamu hizmetlerinin düzenli, etkin ve verimli bir şekilde yürütülmesini sağlamak üzere kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilat, görev ve yetkileri ile kamu görevlilerine ilişkin konularda yetki kanunu, (Kabul Tarihi: 2011, Nisan 6) RG: 3 Mayıs 2011, S:27923.
- 643 nolu KHK; 3046 sayılı kanun ile bazı kanun ve kanun hükmünde kararnamelerde değişiklik yapılmasına ilişkin kanun hükmünde kararname RG: 8 Haziran 2011, Mükerrer S:27958.

- 657 sayılı devlet memurları kanunu (14 Temmuz 1965), RG: 23 Temmuz 1965, S: 12056. <<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.657.pdf>> (ET: 13.07.2020)
- 703 nolu KHK; anayasada yapılan değişikliklere uyum sağlanması amacıyla bazı kanun ve kanun hükmünde kararnamelerde değişiklik yapılması hakkında kanun hükmünde kararname, RG: 9 Temmuz 2018, S:30473 (3. Mükerrer).
- Bakanlıklara bağlı, ilgili, ilişkili kurum ve kuruluşlar ile diğer kurum ve kuruluşların teşkilatı hakkında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi (kararname numarası: 4), RG: 15 Temmuz 2018, S:30479.
- Cumhurbaşkanlığı teşkilatı hakkında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi (kararname numarası: 1), RG: 10 Temmuz 2018, S:30474.
- TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı. (2018). *Yeni sisteme göre yasama el kitabı*. Ankara: TBMM Basın, Yayın ve Halkla İlişkiler Başkanlığı Basımevi. <https://www.tbmm.gov.tr/yayinlar/Yasama_El%20Kitabi.pdf> (ET: 16.02.2021)
- TBMM Zabıt Ceridesi, V. Dönem, III. Yasama Yılı, C. XVI, 16. İnikad, S.Sayı 95. (4 Şubat 1937). Trabzon mebusu Hasan Sakanın Devlet dairelerinin vekâletlere tefriki ve siyasî müsteşarlıklar teşkili hakkında kanun teklifi ve teşkilâtı esasiye ve bütçe encümenleri mazbataları (2/46), <<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d05/c016/tbmm05016034.pdf>> (ET: 17.11.2019)
- TBMM Zabıt Ceridesi, V. Dönem, III. Yasama Yılı, C. XVI, 34. İnikad (8 Şubat 1937). Trabzon mebusu. Hasan Sakanın, Devlet dairelerinin vekâletlere tefriki ve siyasi müsteşarlıklar teşkili hakkında kanun teklifi ve Teşkilâtı esasiye ve Bütçe encümenleri mazbataları (2/46), <<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d05/c016/tbmm05016034.pdf>> (ET: 18.11.2019)
- TBMM Zabıt Ceridesi, V. Dönem, IV. Yasama Yılı, C. XX, 11. İnikad, S.Sayı 13. (24 Kasım 1937). İzmir mebusu Celal Bayar ve 152 arkadaşının, teşkilâtı esasiye kanununun 44, 47, 48, 49, 50 ve 61 nci maddelerinin değiştirilmesi hakkında kanun teklifi ve Teşkilâtı esasiye encümeni mazbatası (2/59), s.1 vd. <<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d05/c020/tbmm05020011.pdf>> (ET: 18.11.2019)

CUMHURİYET SAVCISININ DELİL DEĞERLENDİRMESİ

Evidence Assessment by the Public Prosecutor

Erdoğan AVŞAR*

Geliş Tarihi: 23.12.2020

Kabul Tarihi: 26.03.2021

ÖZET

Bu çalışmada, Cumhuriyet savcısının delil değerlendirme yetkisi incelenmektedir. Bu inceleme yapılırken, hakim de delilleri değerlendirmesi, Cumhuriyet savcısının delil değerlendirmesi konusu ile ilişkili olduğu ölçüde incelenmiştir. Çalışma kapsamında, ağırlıklı olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda düzenlenmiş olan soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının delil değerlendirme sonucu yapmış olduğu işlemler üzerinde durulmuş olmakla birlikte, kovuşturma aşamasında da Cumhuriyet savcısının delil değerlendirme sonucu yapmış olduğu işlem ve faaliyetler hakkında bilgi verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Cumhuriyet savcısı, delil, hukuka uygun, hukuka aykırı, takdir yetkisi, değerlendirme.

ABSTRACT

This study reviews the power of the public prosecutor to evaluate evidence. While reviewing this power, the evaluation of evidence by the judge is also brought under scrutiny to the extent of its relevance with the evaluation of evidence by the public prosecutor. Although this study mostly focuses on the actions taken as a result of evaluation of evidence by the public prosecutor at the investigation stage that is regulated under the Criminal Procedure Code numbered 5271, information on the actions and activities carried out by the public prosecutor as a result of the evaluation of evidence is also included.

Key words: Public prosecutor, evidence, lawful, unlawful, discretion, evaluation.

* Cumhuriyet Savcısı, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdür Yardımcısı, e-posta: erdinc.avsar@adalet.gov.tr, ORCID ID: 0000-0003-1712-4408.

GİRİŞ

Suç olarak düzenlenen fiiller, özünde toplum barışını ve huzurunu tehdit eder veya bunlara zarar verir. Bu nedenle de suç soruşturmasını Cumhuriyet savcısı toplum adına yürütür. Ceza muhakemesi suç şüphesinin olduğu anda başlayan bir süreç olup, yapılan soruşturma sonucunda şüpheli hakkında düzenlenen iddianamenin kabul edilmesi ile birlikte başlayan kovuşturma evresinde verilen hükmün kesinleşmesine kadar geçen tüm süreci kapsar. Ceza muhakemesinde iddia, yargılama ve savunma makamları birbirinden ayrı makamlar olup, Cumhuriyet savcısı iddia makamını temsil eder.

CMK'nın 160'ıncı maddesinin ikinci fıkrasında; *“Cumhuriyet savcısı, maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür”*denilmektedir. Bu hükümden açıkça anlaşılabileceği üzere, Cumhuriyet savcısı hukuki yönden tarafsızdır. Başka bir ifade ile iddia makamını temsil ediyor olması, Cumhuriyet savcısını hukuki yönden şüpheli ya da sanığın karşısında yer alan bir taraf haline getirmemektedir. Evet, Cumhuriyet savcısı taraftır ancak bu taraf olma durumu, toplumdaki hukuki güvenlik duygusunu zedeleyecek, toplum vicdanını rahatsız edecektir. Hatta, suçlu bir kimsenin cezasız kalmasından daha ağır bir şekilde vicdanları rahatsız edecek olan durum, suçsuz bir kimsenin cezalandırılmasıdır.

CMK'nın *“Bir Suçun İşlendiğini Öğrenen Cumhuriyet Savcısının Görevi”* başlıklı 160'ıncı maddesinin birinci fıkrasında; *“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.”* denilmektedir. Buna göre, suç işlendiği şüphesini öğrenen Cumhuriyet savcısı, bu andan itibaren gerekli araştırmayı yaparak, delilleri toplayacak ve değerlendirecektir. CMK'nın *“Tanımlar”* başlıklı 2'nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca, soruşturma evresi; yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evredir. Aynı madde ve fıkranın (f) bendi uyarınca, kovuşturma evresi; iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evredir. Kovuşturma evresine geçilip geçilemeyeceğinde, geçilmiş ise kovuşturmanın ne kadar süreceğinde, niteliğinde ve sonucunda, soruşturma evresinde özenli bir sorumluluk bilinciyle yapılacak olan araştırmalar ve değerlendirmeler etkilidir.

Cumhuriyet savcısı toplanan delillere dair yapmış olduğu araştırma ve değerlendirme sonucunda, suçun şüpheli tarafından işlendiğine dair yeterli

şüpheye ulaştığı takdirde iddianame düzenler. Bu husus, CMK'nın 170'inci maddesinin ikinci fıkrasında *“Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler.”* şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre, Cumhuriyet savcısı, yapmış olduğu delil değerlendirmesi sonucunda yeterli şüpheye ulaştığı takdirde, iddianame düzenlemek, dava açmak zorundadır¹. CMK'nın 172'nci maddesinin birinci fıkrasında da Cumhuriyet savcısının kovuşturmaya yer olmadığına dair karar vermesi durumu açıklanmıştır. Cumhuriyet savcısı, yapılan soruşturmada şüpheli tarafından suçun işlendiğine dair yeterli şüphe oluşturacak delil elde edemezse, kovuşturmaya yer olmadığına karar verir.

Özetle; ceza muhakemesinde sadece hâkim değil, Cumhuriyet savcısı da delilleri değerlendirme yetkisine sahiptir. Bu çalışmada, Cumhuriyet savcısını iddianame düzenlemeye ya da düzenlemeyerek kovuşturmaya yer olmadığına karar vermeye yöneltecek olan delil değerlendirmesinde benimsenen kural ve ilkeler incelenecektir.

1. CEZA MUHALEMESİNİN SÜJESİ OLARAK CUMHURİYET SAVCISI

Tarihsel süreç içinde gösterdiği gelişme ile ceza muhakemesinde iddia makamı olarak, diğer muhakeme sùjelerinden bağımsız bir makam ortaya çıkmıştır. Çağdaş ceza hukukunda yargının iddia, savunma ve yargılama makamları olmak üzere üç sacayağı olduğu kabul edilir. İddia makamında yer alan Cumhuriyet savcısı, suçun işlenmesi ile bozulan kamu düzenini veya barışını tekrar sağlayabilmek için olayın soruşturmasını yapar ve gerekli görmesi halinde yargılama makamına başvurur.

Ceza muhakemesi açısından iddia makamında yer alıp yargı faaliyetinde bulunan Cumhuriyet savcısı, idari bakımdan bağımsız olmamakla birlikte hukukî açıdan, yani yargı faaliyetinde bulunurken bağımsız ve tarafsızdır. Cumhuriyet savcısının maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için şüphelinin lehine ve aleyhine olan tüm delilleri toplayacağını hükme bağlandığı CMK'nın 160'ıncı maddesinin ikinci fıkrasının, Cumhuriyet savcısının yargı faaliyetinde tarafsızlığının ve bağımsızlığının bir ifadesi olduğunu ileri sürebiliriz. Cumhuriyet savcısı, yürüttüğü soruşturma sonucunda elde ettiği delilleri değerlendirerek suçun işlendiği yönünde yeterli şüpheye ulaştığı takdirde düzenleyeceği iddianame ile şüphelinin işlediği suçtan dolayı cezalandırılması için dava açar. Ancak, öyle bazı haller vardır ki, bu hallerde Cumhuriyet savcısına suçun işlendiği yönünde yeterli şüphe oluşsa dahi dava açıp açmamak konusunda takdir yetkisi

¹ Cumhuriyet savcısının dava açmada takdir yetkisinin olduğu durumlarda böyle bir zorunluluğu bulunmamaktadır. Bkz. CMK'nın 171'nci maddesi.

tanınmıştır. İşte, istisnai olarak düzenlenen bu haller dışında, Cumhuriyet savcısı yapmış olduğu soruşturma sonucunda elde ettiği delillerden suçun işlendiği hususunda yeterli şüpheye ulaşırsa dava açmak zorundadır.

Burada yeri gelmişken ceza muhakemesinde geçerli olan soruşturmanın ve kovuşturmanın mecburiliği ilkelerine değinmekte yarar vardır. CMK'nın “Tanımlar” başlıklı 2'nci maddesinin (e) bendinde soruşturma, (f) bendinde de kovuşturma tanımlanmıştır. Soruşturma, yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi; kovuşturma ise, iddianamenin kabulü ile başlayan ve hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade etmektedir. Buradan da anlaşılacağı üzere, ceza muhakemesinin soruşturma ve kovuşturma olmak üzere iki evreden oluşmaktadır.

Soruşturma evresi, kovuşturma evresini başlangıcından sonucuna kadar etkileyecek olan bir ceza muhakemesi evresidir. Başka bir ifadeyle, soruşturma evresi kovuşturma evresinin nasıl şekilleneceğinden, süresinden tutun da sonucunda verilecek kararda dahi etkili olur. Bu nedenle de soruşturma evresinin yargıya dair tüm faaliyetlerde olduğu gibi çok büyük bir titizlikle yürütülüp sonuçlandırılması gerekir. Soruşturmanın mecburiliğinden anlaşılması gereken, Cumhuriyet savcısının, suçun işlendiğini öğrenir öğrenmez kovuşturma yapılmasına gerek olup olmadığına karar vermek üzere, usulüne uygun ve titizlikle araştırmaya başlama zorunluluğudur. CMK'nın 160'ıncı maddesinin birinci fıkrasında yer alan “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” hükmü ile de soruşturmanın mecburiyetinin kurala bağlandığı söylenebilir. Ancak, burada şu hususun belirtilmesi gerekir: CMK'nın 160'ıncı maddesinin birinci fıkrasında yer alan “suçun işlendiği izlenimini veren” ibaresi son derece önemlidir; bu ibare sayesinde Cumhuriyet savcısı genel ve soyut nitelikteki ihbarlara itibar etmeyecek, her ihbarı araştırmak zorunda kalmayacak, somut ve olaylarla ilişkilendirilen ihbarlara önem vererek soruşturmaya başlayacaktır².

Kovuşturma mecburiyeti ilkesinden anlaşılması gereken ise; soruşturma sonucunda elde edilen delilleri değerlendirerek suçun işlendiği yönünde yeterli şüpheye ulaşan Cumhuriyet savcısının, düzenleyeceği iddianame ile şüphelinin suçu işlemiş olduğunu iddia ederek mahkemeden bir karar verilmesini talep etme mecburiyetidir³.

² Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, 3. Bası, İstanbul, 2005, s. 79.

³ Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan ve diğerleri, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku (Nazari), Seçkin Yayınevi, 14. Baskı, Ankara, 2020, s. 230 vd.; Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan ve diğerleri, Ana Hatları ile Ceza

İnceleme konumuz, Cumhuriyet savcısının delil değerlendirmesi sonucu yapmış olduğu işlem ve faaliyetler olduğundan, konunun sınırlarının dışına çıkmamak için salt bu alanda bilgi verilmeye çalışılmış; diğer konular üzerinde ayrıntılı durulmamıştır. Bu itibarla da Cumhuriyet savcısının soruşturma ve kovuşturma mecburiyeti ilkelerinin bir gereği olarak delilleri değerlendirmesi, kovuşturma aşamasında da sanık aleyhine ve lehine olan delilleri değerlendirerek mütalaada bulunması ve son olarak da sanık hakkındaki verilen hükmü karşı yine delilleri değerlendirerek kanun yollarına başvurma görevleri üzerinde durulmuştur.

2. CUMHURİYET SAVCISININ TARAF OLUP OLMADIĞI SORUNU

Ceza muhakemesi açısından cumhuriyet savcısının bağımsızlığından anlaşılması gereken, bir muhakeme süjesi olarak Cumhuriyet savcısının görevini her türlü tesir ve müdahaleden uzak bir şekilde yerine getirmesidir⁴.

Uygulamada, hâkimlerin olduğu kadar Cumhuriyet savcısının da bağımsızlığından, yasama ve yürütme organına karşı bağımsızlık; hiçbir organdan veya kişiden emir ve talimat almama anlaşılmaktadır. Özetle, bağımsızlıktan esas olarak emir almama durumu anlaşılmaktadır. İşte, bu noktada, yargı açısından bağımsızlığın en çok sorgulandığı durum yürütme organı ile yargı arasındaki ilişkide karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte, Cumhuriyet savcısının yürütme organına karşı bağımsız olması gerekip gerekmediği tartışmalı bir husustur. Cumhuriyet savcısının yürütme organına karşı hâkim gibi bağımsız olmadığı ve olmaması da gerektiği yönünde görüşler bulunmakta ve durumun da böyle olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Bu kabulün dayanağı, iddia görevinin yargılama görevinden farklı olduğudur⁵.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında hâkimlerin bağımsızlığından söz edilmiş olmasına rağmen Cumhuriyet savcılarının bağımsızlığından söz edilmemiştir. Bununla birlikte, Türkiye Cumhuriyet Anayasasının 139'uncu maddesinde, hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının teminatları açısından herhangi bir farklı düzenleme yapılmamış, her ikisinde aynı teminatlara sahip olduğu kabul edilmiştir⁶.

Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara, 2020, s. 158 vd.; Keyman, Selahattin, Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970, s. 94.

⁴ Öztürk/Tezcan/Erdem, Nazari s. 229; Hakeri, Hakan/Ünver, Yener, Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, Adalet Yayınevi, 17. Baskı, Ankara, 2019, s. 110.

⁵ Tosun, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C. 1, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1981, s. 475.

⁶ Gözübüyük, A. Şeref, Anayasa Hukuku, Ankara Üniversitesi Siyasal Yayınları, Ankara, 1986, s. 244; Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 17. Baskı, Ankara, 2013, s. 379.

Cumhuriyet savcısının yargısal görevleri yönünden bağımsız olduğunu söyleyebilirsek de idari görevleri açısından bunu söylemek mümkün değildir. Hal böyle iken, yargısal görevleri yönünden de bağımsızlığı tartışmaya açılabilir.

Tarafsızlık konusuna gelince, tarafsızlık ile bağımsızlık birbiri ile iç içe geçmiş kavramlardır. Ancak, tarafsızlık ve bağımsızlık birbirinden farklı kavramlardır. Tarafsızlık; yansız olmak, objektif olmak anlamına gelir. İddia makamı olarak görev yapan Cumhuriyet savcısının tarafsız olduğunu söylemek bir çelişki gibi görünmektedir. İddia makamı olarak taraf gibi görünse de Cumhuriyet savcısı şahsi olarak taraf değildir. Cumhuriyet savcısı, yürüttüğü soruşturmada şüphelinin lehine olduğu kadar aleyhine olan delilleri de toplayacak, delillerin değerlendirmesini de objektif olarak yani tarafsız bir şekilde yapacaktır⁷.

Cumhuriyet savcısının şüpheliye ve mağdura karşı tarafsız olması, herhangi birinden yana tutumda bulunmaması, delilleri toplaması ve değerlendirmesi, mütalaa vermesi, kanun yollarına başvurusu, hukuk uygun bir şekilde maddi gerçeğin ortaya çıkması için faaliyetlerde bulunması, Cumhuriyet savcısının tarafsızlığının göstergesi olup, tarafsızlığın gerekleridir.

3. CUMHURİYET SAVCISININ DELİLLERİ DEĞERLENDİRMESİ

3.1. Genel Olarak

Delillerin değerlendirilmesi; elde edilen delillerin hukuka uygun olup olmadığını ve ispatlanmak istenilen konunun aydınlığa kavuşturulması için yeterli olup olmadığını tespit etmek amacıyla yapılan bir muhakeme işlemidir. Soruşturmanın başlangıcından kovuşturmanın sonuna kadar, ceza yargılamasının en temel amacı ceza uyumsuzluğu hakkında bir yargıya ulaşabilmektedir. Ceza yargılamasına ilişkin soruşturma ve kovuşturma faaliyetleri de söz konusu bu amaca ulaşmaya yöneliktir.

Ceza yargılamasının maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yönelik amacına ulaşmak için yürütülen faaliyetler içinde delillerin değerlendirilmesi çok büyük önem taşır⁸. Delillerin değerlendirilmesi, ortaya konulan delillerin takdir edilerek bir sonuç ve kanaate ulaşma faaliyetidir⁹.

Cumhuriyet savcısı da ceza yargılamasına dair görev ve faaliyetlerinde delilleri serbestçe değerlendirerek bir sonuca ulaşmalıdır¹⁰. Kural olarak, ceza

⁷ Hakeri/Ünver, s. 111.

⁸ Badem, Semiyet, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanık”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 12, S. 45, Ocak 2021, s. 289.

⁹ Köse, Metin, “Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Olarak Değerlendirilmesi”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, S. 1, 2019, s. 193.

¹⁰ Güngör, Devrim, “Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Değeri Üzerine Tespit ve

yargılamasında her şey delil olabilir ve deliller serbestçe değerlendirilir. Ancak, delil serbestliğinden ve delillerin serbestçe değerlendirilmesinden, delillerin hiçbir kural ve kaideye bağlı olmaksızın elde edilmesi ve değerlendirilmesi anlaşılmamalıdır. Ceza yargılamasının tüm faaliyetlerinde olduğu gibi delilleri değerlendirmesinde de hukuka, insan haklarına, aklı ve vicdana uygun davranmaya özen gösterilmelidir.

Tam bu noktada, konunun daha iyi anlaşılabilmesi ve somutlaşması açısından Cumhuriyet savcısının delil değerlendirme yetkisi ile ilgili olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kararına¹¹ değinmekte yarar görmekteyiz.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun söz konusu kararına konu olan uyuşmazlık; Cumhuriyet savcısı tarafından yürütülen soruşturma sonucunda tanzim edilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın aynı yer Cumhuriyet başsavcısı tarafından iddianame düzenlenmesi gerektiğinden bahisle iade edilip edilemeyeceğinin ve buna bağlı olarak düzenlenen iddianamenin hukuki değerinin bulunup bulunmadığının belirlenmesine ilişkindir. Anlaşılacağı üzere uyuşmazlık konusunun kapsamında Cumhuriyet savcısının delilleri değerlendirme görev ve yetkisi ile bu faaliyetindeki bağımsızlığı önemli yer tutmaktadır. Söz konusu kararda “... CMK’da suç soruşturması yapılması ve sonucunda iddianame veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararları verme yetkisiyle donatılmış Cumhuriyet savcılarının müdahale yasağı, yukarıda belirlenen temel ilkeler uyarınca hiyerarşik ilişki içerisinde bulunan 2019/7-84-2020/399 Cumhuriyet başsavcısını da kapsamakta...” denilmek suretiyle Cumhuriyet savcılarının delilleri değerlendirip yeterli şüphenin varlığını a da yokluğunu takdir ederek iddianame düzenlemek ya da kovuşturmayaya yer olmadığına karar vermek konusundaki görevlerindeki bağımsızlığı vurgulanmıştır. Bahsi geçen kararda da Cumhuriyet savcısının soruşturma evresinin asıl yetkilisi olduğuna, kamu davasını açma tekeline elinde bulundurduğuna ve soruşturma evresinin sonunda iddianame veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verme hususunda kanundan doğan asli yetkiye sahip olduğuna dair hususlarda buraya kadar yapmış olduğumuz açıklamalarla aynı yönde karar vermiştir.

3.2. Cumhuriyet Savcısının Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirmesi ve Delil Değerlendirme Yasakları

Hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi ve delil değerlendirme yasakları konusunda öncelikle bu hususta kabul edilen temel yaklaşımlar hakkında kısaca bilgi vermek yararlı olacaktır. Hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi

Değerlendirmeler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, 2015, s. 307.
¹¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2019/7-84 Esas, 2020/399 Karar sayılı ilamı, Erişim: www.uypap.gov.tr, 23/02/2021.

konusunda “mutlak kabul”, “mutlak red” ve “esnek yaklaşım” olmak üzere üç temel yaklaşım bulunmaktadır.

Mutlak kabul yaklaşımına göre, delillerin nasıl elde edilmiş oldukları, hukuka uygun olup olmadıkları önemli olmaksızın değerlendirilmesi gerekir. Mutlak kabul yaklaşımının hareket noktası, ceza muhakemesinin maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına dair amacını mutlak olarak kabul ediyor olmasıdır. Bu itibarla da mutlak kabul yaklaşımında ceza muhakemesinin amacına ulaşması için olayı temsil eden her şey nasıl elde edildiği ve ne olduğu önemli olmaksızın delil olarak değerlendirilebilir. Ayrıca, mutlak kabul yaklaşımı ceza muhakemesinin mutlak surette amacının suçun ve suçlunun ortaya çıkarılması olduğunu kabul ettiği için delillerin nasıl elde edildiğini tali nitelikte bir konu olarak kabul eder. Öte yandan, yine mutlak kabul yaklaşımı suçluların cezalandırılmasındaki kamu menfaatini üstün menfaat olarak görerek delillerin nasıl elde edildiğiyle ya da hukuka uygun olup olmadıklarıyla ilgilenmeyi bu menfaat açısından tehlikeli görmektedir¹².

Mutlak red yaklaşımına göre ise, hukuka aykırı olarak elde edilen, hukuka uygun olmayan delillerin kesinlikle değerlendirilmemesi gerekir. Mutlak red yaklaşımına göre, delilin elde edilışinde ya da delilin kendisinde mevcut hukuka aykırılığın ağır olup olmadığı ya da sonuçları önemli değildir; önemli olan, hukuka aykırılığın varlığıdır ve hukuka aykırılık söz konusu ise bu delil hiçbir şekilde değerlendirilmemelidir¹³. Mutlak red yaklaşımı, hukuka aykırı delillerin güvenilir olmadığını ve dolayısıyla da güvenilir olmayan delillerle verilen kararın da yanlış olabileceğini ileri sürmektedir. Ayrıca, bu yaklaşım temel hak ve özgürlüklerin, yargıya güvenin ve saygının korunması açısından hukuka aykırı delillerin hiçbir surette değerlendirilmemesi gerektiğini ileri sürmektedir¹⁴.

Esnek yaklaşımına göre ise, bazı ölçütler göz önünde bulundurularak hukuka aykırı deliller değerlendirilebilir ya da değerlendirilemez. Bu yaklaşım, hukuka aykırılığı söz konusu olan delillerin somut olayın özelliğine göre takdir edilip değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine karar verilebileceğini kabul eder. Takdir hakkının da hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi ile değerlendirilmemesi halinde söz konusu olan menfaatlerin göz önünde bulundurularak somut olayda hangi menfaate üstünlük tanınacağını tespit edilmesi ile kullanılması gerektiği kabul edilir¹⁵.

¹² Koca, Mahmut, “Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirme Yasağı”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 1-2, 2000, s. 111.

¹³ Gökçen, Ahmet/Balci, Murat/Alşahin, M.Emin/Çakır, Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 4. Baskı, Ankara, 2020, s. 325.

¹⁴ Koca, Mahmut, “Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirme Yasağı”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 1-2, 2000, s. 115.

¹⁵ Özku, Fatih, “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Delillerin

Yapılan bu açıklamalardan sonra, ceza muhakemesinin amacına ve delillere dair şimdiye kadar yapmış olduğumuz açıklamalar da göz önünde bulundurulduğunda, mutlak kabul yaklaşımının muhakemede yapılan hukuka aykırılıkları önemsememek, görmezden gelmek suretiyle bu hukuka aykırılığa ortak olacağını söyleyebiliriz. Bu halde, mutlak kabul yaklaşımının benimsenmesi yaklaşımın ileri sürdüğünün aksine kamunun menfaatinin daha çok tehlikeye atacak, hatta kamu menfaatinde telafisi en güç zararlardan olan hukuki güvenliği ortadan kalkmasına neden olacaktır.

Mutlak red yaklaşımı ise temel hak ve özgürlüklerin, hukuki güvenliğin, yargıya ve hukuka saygının korunması ve sürdürülmesi açısından önemlidir¹⁶. Ancak, bu yaklaşım da suça ve suçluya dair ispat gücü yüksek olan delillerin hukuka en ufak bir aykırılık durumunda dahi değerlendirilmemesinin soruşturma ve kovuşturma mercilerince görev yapan kişilerin kötü niyetli olarak suçun ortaya çıkmasını engellemek ya da suçluyu kayırmak için ufak tefek hukuka aykırılıklara sebep olabilecekleri ileri sürülerek eleştirilmiştir¹⁷. Kanaatimizce, bu yöndeki bir şüpheli yaklaşım hangi yaklaşım benimsenirse benimsensin zaten aynı sonucu doğuracaktır.

Esnek yaklaşım ise, takdir hakkının keyfi kullanılabilecek olması nedeniyle eleştirilmektedir. Alman ceza hukukunda belirli ölçütler benimsenerek esnek yaklaşımın kabul edildiğini söyleyebiliriz¹⁸. Alman ceza hukukunda yasak ifade yöntemleri haricinde hukuk aykırı delillerin değerlendirilip değerlendirilmeyeceği, söz konusu hukuka aykırılığın şüpheli veya sanığın haklarına önemli ölçüde zarar verip vermediğine göre belirlenmektedir. Buna göre, ortada bir hak ihlali yoksa, hukuka aykırılığın da olmadığı veya daha doğru bir ifadeyle var olan hukuka aykırılığın önemli olmadığı kabul edilmektedir¹⁹.

Değerlendirilmesi Sorunu”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl: 5, Sayı: 9, Haziran 2017, s. 403; Akyürek, Güçlü, “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 101, 2012, s. 68.

¹⁶ Amerika’da Yargıç Brandeis, bir davada verilen karara muhalefet şerhinde, “Eğer devlet bir kanun ihlalcisi olursa, bu hukuku küçümsemeyi doğurur ve bu herkesi kendisi için bir kanun yaratmaya davet eder ki, bu anarşidir” diyerek hukuka aykırı delilleri değerlendirilmemesinin öncelikle hukuka saygının korunması ve sürmesi için gerektiğini vurgulamıştır. Bkz. Koca, Mahmut, “Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirme Yasağı”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 1-2, 2000, s. 115.

¹⁷ Şafak, Ali / Bıçak, Vahit, Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis, Liberte Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2005, s. 263-264.

¹⁸ Koca, Mahmut, “Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirme Yasağı”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 1-2, 2000, s. 121.

¹⁹ Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Adalet Yayınevi, 15. Baskı, Ankara, 2018, s. 261; Koca, “Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı”, s. 121.

Yapılan bu açıklamaların ardından konumuza dönecek olursak, soruşturma aşamasında delillerin değerlendirmesine ilişkin olarak Adli Kolluk Yönetmeliğinin²⁰ 6'ncı maddesinin sekizinci fıkrasında yer alan düzenleme önem taşımaktadır. Buna göre, *“Adli kolluk görevlileri, maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, Cumhuriyet savcısının emirleri doğrultusunda şüphelinin lehine veya aleyhine olan tüm delilleri, kanunda ön görülen koşullara uyarak toplamak, muhafaza altına almak ve bunları bir fezleke ile Cumhuriyet savcısına sunmakla yükümlüdür. Hukuka aykırı delil elde edildiğinin tespiti hâlinde, fezleke bu hususa da yer verilir. Adli kolluk görevlileri diğer soruşturma işlemlerini de aynı titizlikle yerine getirir.”* Anılan Yönetmelik hükmünde geçen *“Hukuka aykırı delil elde edildiğinin tespiti hâlinde, fezleke bu hususa da yer verilir”* ibaresi ile adli kolluk görevlilerine hukuka aykırı delil tespiti yapması görev olarak verilmiştir. Oysa, kolluğun bu yönde bir yetkisi yoktur. Kolluk görevlilerinin yükümlülüğü hukuka uygun olarak verilen emirleri yerine getirmek, delilleri toplamaktır. Delillerin hukuka uygun olup olmadıklarını denetlemek kolluğun yetkisi değildir. Kolluğun yapması gereken iş, elde edilen tüm delilleri ilgili fezlekeyi usulüne uygun olarak düzenlemek suretiyle Cumhuriyet savcısına bildirmektir²¹. Toplanan delilleri hukuka aykırı suretle elde edilip edilmediğini, delillerin hukuka uygun olup olmadıklarını değerlendirme yetkisi Cumhuriyet savcısına aittir.

Öğretide kimi bazı yazarlarca, delillerin hukuka uygun olup olmadığını değerlendirmenin kovuşturma aşamasında söz konusu olabileceği, soruşturma aşamasında bu yönde değerlendirme yapılmaması gerektiği ileri sürümlükte ve bu düşüncenin gerekçesi olarak delillerin değerlendirilmesine ilişkin olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda yer alan hükümlerin kovuşturma aşamasında düzenlenmiş olması gösterilmektedir²². Yargıtay'ın bir kararına²³ göre, özetle; soruşturma aşamasında koruma tedbirlerine ilişkin olarak hakimın vereceği kararlarda elde edilen delillerin hukuka uygun olup olmadığı ve suç şüphesi oluşturup oluşturmadığı konusunda delilleri serbestçe takdir edebilecektir, ancak bu yönde değerlendirme yapıp takdir yetkisini kullanırken kovuşturma makamı gibi davranıp yargılama yapacak olan mahkemenin yerine geçmemeli, delillerin hukuka uygunluğu veya aykırılığı konusunda

²⁰ 01.06.2005 tarih ve 25832 sayılı Resmi Gazete.

²¹ Birtok, Fatih, AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2017, s. 304.

²² Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Güncellenmiş 8. Baskı, Ankara, 2020, s. 773; Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, 11. Baskı, İstanbul, 2014, s. 722.

²³ Yargıtay 16'ncı Ceza Dairesinin 30/12/2016 tarih ve 2016/5166 Esas, 2016/7735 Karar sayılı ilamı, Erişim: www.uyap.gov.tr, 24/01/2021.

kesin bir yargı oluşturmamalıdır. Kural olarak, delillerin hukuka aykırı olup olmadıklarını değerlendirme ve denetleme görevi kovuşturma aşamasında görev yapan mahkemenin yetkisidir. Ancak, dikkat edilmelidir ki bu karar soruşturma aşamasında görev yapan hakime ve soruşturma aşamasında söz konusu olan koruma tedbirlerine ilişkindir. Bu kararı genişleterek Cumhuriyet savcısı açısından da yorumlayabilir miyiz? Kanaatimizce, şüphe derecesinin sınırlarını aşmamak kaydıyla ve bu sınırlar içinde kalarak delillerin hukuka aykırılığının değerlendirilmesi gerekir. Aksi halde, kişiler açısından lekelenmeme hakkı, masumiyet hakkı son derece tehlikeye girecektir.

Cumhuriyet savcısı, soruşturma aşamasındaki tüm işlem ve kararlarını şüphe üzerine alır ve bu şüpheyi de delillere dayandırabilir. Hal böyleyken, Cumhuriyet savcısının delillerin hukuka aykırı olup olmadığını değerlendirme yetkisinin olmadığını ileri sürmek Cumhuriyet savcısının şüpheli lehine ve aleyhine olan tüm delilleri değerlendirme yetkisi ve görevi başta olmak üzere hiçbir göreviyle ve hatta soruşturmadaki varlık sebebi ile bağdaşmaz. Bu itibarla, Cumhuriyet savcısı elde edilen delillerin hukuka aykırı olarak elde edilip edilmediklerini, delillerin hukuka uygun olup olmadıklarını değerlendirmek zorundadır.

Delillerin hukuka uygun olması, hukuka uygun olarak elde edilmiş olması, sadece hâkim açısından değil, Cumhuriyet savcısı açısından da önemlidir. Bu itibarla, Cumhuriyet savcısı da delilleri değerlendirirken, delillerin hukuka uygun olup olmadığını göz önünde bulundurmak zorundadır. Hukuka aykırı olan delilleri hiçbir durumda yapacağı değerlendirmede göz önünde bulundurmamalı, yani delil niteliğinde kabul etmemelidir.

Ceza yargılamasının sağlıklı bir şekilde işlemesi, adalete uygun bir karar verilebilmesi, insan haklarının ihlal edilmemesi için cumhuriyet savcısının delillerin hukuka uygun olup olmadığını değerlendirme görevi büyük önem arz eder.

Hukuka uygun olarak elde edilmemiş olan delillerin ceza yargılamasında kullanılması mümkün değildir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 38'inci maddesinde, kanuna aykırı olarak elde edilmiş olan bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Böylece, hukuka aykırı bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği kuralı anayasal güvence altına da alınmıştır.

CMK'nın 217'nci maddesi uyarınca hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin ispat aracı olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bahsi geçen bu madde sadece kovuşturma aşamasına ilgili olmayıp, soruşturma aşamasıyla da ilgilidir.

Cumhuriyet savcısı, delil olarak kullanılması yasaklanan bir durumu, olayı ya da belgeyi delil olarak kabul etmemeli ve uyuşmazlık konusu maddi olaya

ilişkin yapacağı delil değerlendirmesinde göz önünde bulundurmamalıdır. Örneğin; CMK'nın 253'üncü maddesinin yirminci fıkrası uyarınca uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar, herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada delil olarak kullanılamaz. Yine, delilin elde edilmesine dair bir yasaklama söz konusu iken, yasaklanan şekilde elde edilmiş olan delilin de maddi olaya ilişkin delil değerlendirmesinde göz önünde bulundurulmaması gerekir. Örneğin; şüpheli ile tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kişi arasındaki telefon konuşmalarının delil olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bunun gibi, delil elde edilirken yasak bir yöntem uygulanmış ise, bu yasak yöntem ile elde edilen delilin de maddi olaya dair delil değerlendirmesinde göz önünde bulundurulmaması gerekir. Buna örnek olarak da CMK'nın "İfade alma ve Sorguda Yasak Usuller" başlıklı 148'inci maddesi gösterilebilir. Anılan maddeye göre, şüphelinin ve sanığın özgür iradesini dayandıran beyanı, şüpheli veya sanığın rızası olsa bile delil olarak değerlendirilemez. Kötü davranarak, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler ile şüphelinin özgür iradesi engellenerek alınan beyanı delil olarak kullanılamaz. Yine, şüpheliye kanunu aykırı bir vaatte bulunarak da alınan beyanı delil olarak değerlendirilemez. CMK'nın 148'inci maddesinin dördüncü fıkrasında da müdafî hazır olmaksızın kollukça alınan ifadenin, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamayacağı belirtilerek, bu şekilde alınan ifadenin de delil olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir.

Delil değerlendirmeye yasakları, bir delilin ispatacılık olarak kullanılamamasını, ispat faaliyeti açısından değerlendirmesini engelleyerek delillerin serbestçe değerlendirilmesini sınırlayan yasaklardır. Delil yasaklarının söz konusu olduğu durumlarda, hukuka aykırı olan veya hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller ispat faaliyeti kapsamında değerlendirilemeyeceği gibi, öyle bazı durumlar vardır ki, bu durumlarda hukuka aykırı şekilde elde edilmemiş olan deliller de ispat faaliyeti kapsamında değerlendirilemeyebilir. Bu durumlarda, hukuka aykırı olan veya hukuka aykırı şekilde elde edilen bir delil söz konusu olmamasına rağmen kanunda bu delilin değerlendirilmesi yasaklanmıştır. Bu tür bir duruma örnek vermek gerekirse; CMK'nın 135'inci maddesi uyarınca usulüne uygun şekilde alınan telekomünikasyon yoluyla iletişimin dinlenilmesi kararı uyarınca hakkında dinleme kararı uygulanan şüpheli ile telefonda görüşen kişinin bir suç işlediğini söylemiş olması halinde, şüpheliyle görüşen kişinin işlediğini söylediği veya başka bir ifadeyle yapılan dinlemeden bu kişinin işlediğinden şüphelenilen suç CMK'nın 135'inci maddesinin sekizinci fıkrasında sayılan suçlardan değilse, söz konusu bu dinleme kayıtları şüpheliyle görüşen kişi aleyhine delil olarak kullanılıp değerlendirilemez.

Cumhuriyet savcısı, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yönelik soruşturma aşamasındaki yeterli şüpheyi oluşturacak nitelikte delilleri değerlendirirken de kovuşturma aşamasında mahkûmiyet için aranan her türlü şüpheden uzak bir şekilde sonuca ulaşacak nitelikte delilleri değerlendirirken de delillerin hukuka uygun olup olmadığını, delil yasağının söz konusu olup olmadığını göz önünde bulundurmalıdır²⁴. Bu husus, adil yargılanma hakkı ile doğrudan ilgilidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının yargılamanın bütünüyle ele alınarak yorumlanması gerektiğini belirtmiş olmakla birlikte, delillerin elde edilmesi ve değerlendirilmesinin de bu çerçevede göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiştir²⁵. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, temel olarak delillerin değerlendirmesine yönelik bir denetimde bulunmasa da delillerin takdiri konusunda keyfi veya açıkça adil olmayan bir uygulama tespit ederse, bu konuda da bir denetim yapmayı gerekli görmektedir²⁶.

Bu kapsamda Cumhuriyet savcısı tarafından hukuka aykırı elde edildiği belirlendiğinden kullanılmayan delillerin akıbetine de değinmek gerekmektedir. Konuya ilişkin doktrinde iki farklı görüş yer almaktadır. Birinci görüşe göre, hukuka aykırı surette elde edilen delilin soruşturma dosyasından çıkarılmasıdır. Aksi halde hukuka aykırı delilin dosyada yer alması durumunda, açılan kamu davasına bakan hâkimin etki altında kalması söz konusu olacaktır²⁷. Diğer görüşe göre ise; elde edilen delilin hukuka aykırı olduğu saptanmasına rağmen dosyada muhafaza edilmesidir. Delillerin takdiri asıl olarak mahkemeye ait olduğundan, denetlenebilmesi için dosyada bulunması şarttır²⁸. Tüm görüşler dikkate alındığında durum bazında hareket etmek daha doğru olacaktır.

Örneğin; CMK'nın 135/7 nci maddesindeki, “135 inci maddeye göre verilen kararın uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmayla yer

²⁴ Turhan, Faruk, “Tanıklara Yemin Verilmesine İlişkin Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümlerinin Eleştirel Bir Değerlendirmesi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIV, S. 4, 2020, s. 377.

²⁵ Harris, David/O'Boyle, Michale/Buckley, Carla, European Convention on Human Rights, University of Nottingham, Nottingham, 2018, s. 259.

²⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Barbera, Messegue ve Jabardo/İspanya Kararı, 1988. Bkz. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57429%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57429%22]}), erişim 22/11/2019; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Waldberg/Türkiye kararı, 1995. Bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-86814&filename=WALDBERG%20v.%20TURKEY.pdf>, Erişim 22/11/2019.

²⁷ Şen, Ersan, Türk Ceza Yargılaması'nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, İstanbul, 1998, s. 209.

²⁸ Birtek, Fatih, Cumhuriyet Savcısı'nın Delilleri ve Fiili Takdir Yetkisi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Armağan Özel Sayısı, Cilt: 19, Sayı: 2, 2012, s. 973.

olmadığına dair karar verilmesi ya da aynı maddenin birinci fıkrasına göre hâkim onayının alınamaması halinde, bunun uygulanmasına Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl son verilir. Bu durumda, yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edilir.” hükmü gereğince, hukuka aykırı elde edilen delil (iletişimin dinlenmesine ilişkin kayıt) dosyadan çıkarılmalıdır. Ancak, CMK’nın 120/1 maddesindeki “*Aranacak yerlerin sahibi veya eşyanın zilyedi aramada hazır bulunabilir; kendisi bulunmazsa temsilcisi veya ayırt etme gücüne sahip hısımlarından biri veya kendisiyle birlikte oturmakta olan bir kişi veya komşusu hazır bulundurulur.*” hükmüne aykırı olarak gerçekleştirilen arama tutanağının dosyadan çıkarılmaması daha doğru olacaktır. Bu mahkemenin değerlendirmesinin yanı sıra aramayı gerçekleştiren kolluk görevlisinin denetimine imkân tanınması açısından önemlidir²⁹. Çünkü yukarıda belirtilen örneğin aksine bu duruma ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

3.3. Cumhuriyet Savcısının Soruşturma Aşamasında Delilleri Değerlendirmesi

Delil, bir ispat aracı olup, işlendiği iddia edilen bir fiili gerçekten gerçekleşip gerçekleşmediğini ispata yarar³⁰. Cumhuriyet savcısı, soruşturma mecburiyeti ilkesi gereği yürütmüş olduğu soruşturma sonucunda, yapmış olduğu delil değerlendirmesine göre kovuşturma yapılması için iddianame düzenleyebileceği gibi kovuşturmaya yer olmadığına da karar verebilir. Başka bir ifadeyle; iddia edilen bir suçla ilgili olarak gerekli araştırma yapılmaksızın, deliller toplanıp değerlendirilmeksizin kovuşturmaya yer olmadığına karar verilemeyeceği gibi iddianame de düzenlenmez.

Soruşturma aşamasında şüpheden sanık yararlanır ilkesi geçerli değildir. Bu ilke kovuşturma sonucunda hüküm aşamasında geçerlidir. Söz konusu bu ilkeyi Cumhuriyet savcısı kovuşturma evresinde hüküm aşamasında ve hatta hükümden sonra kanun yolu aşamasında da delilleri değerlendirip bir kanaate varırken dikkate alacaktır. Buna karşılık, soruşturma aşamasında bu ilke delillerin değerlendirilmesinde Cumhuriyet savcısının takdir ve kanaatinde etkili olmayacaktır. İşte, bu nedenle kovuşturma aşamasında hâkim için geçerli olan vicdani kanaat ilkesinin Cumhuriyet savcısı için de geçerli olduğu söylenebilir.

Soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı elde etmiş olduğu delilleri serbestçe değerlendirdikten sonra yeterli şüpheye ulaştığına karar verirse,

²⁹ Uğur, Ali Burak, İddianame ve İddianamenin İadesi, Ankara, 2018, s. 54.

³⁰ Erem, Faruk, Ceza Usulü Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1978, s. 380.

iddianame düzenler. İşte bu nedenle soruşturma aşamasında cumhuriyet savcısı delilleri değerlendirirken yeterli şüphe ile yetinmeli, iddianame düzenlemek için kuvvetli şüpheye ihtiyaç duymamalıdır.

3.3.1. Yeterli şüphe

CMK'nın 170'inci maddesinin ikinci maddesinde yer alan "*Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler*" şeklindeki hükümden, "toplanan deliller" ile "yeterli şüphe" arasında ilişki kurulması gerektiği anlaşılmaktadır. CMK'nın 2'nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca soruşturma suç şüphesinin öğrenilmesi ile başlayan bir evredir ve soruşturmanın başlaması için aranan basit bir suç şüphesinin, soruşturma sonucunda kuvvetli değil ancak yeterli şüphe derecesine ulaşması halinde, iddianame düzenlenir. Bu nedenle de yeterli şüphenin tespiti soruşturma sonucunda çok önemlidir³¹.

Soruşturmanın başlangıcında aranan basit şüphe ile iddianamenin düzenlenmesi için aranan yeterli şüphe birbirinden farklıdır. CMK'nın 160'ıncı maddesinin birinci fıkrasına göre, bir suçun işlendiği izlenimini veren bir durumun varlığı soruşturmanın başlaması için yeterlidir ve burada söz konusu olan şüphe de basit şüphedir. Basit şüphenin varlığı için delillerin en azından belirt (emare) düzeyinde olması gerekir. Aksi takdirde, her türlü soyut ve asılsız ihbar ve şikâyet üzerine soruşturma başlatılarak kişilerin lekelenme hakkı ihlal edilecektir³². Soruşturmanın başlatılması için aranan şüphe basit şüphe iken, iddianamenin düzenlenmesi için yeterli şüphe aranır. İddianamenin düzenlenebilmesi için soruşturmanın başlamasında aranan basit şüphenin, soruşturma sonucunda elde edilen delillere göre yeterli şüphe derecesine ulaşmış olması gerekir. Peki, soruşturmanın başlaması için aranan basit şüphenin iddianamenin düzenlenebilmesi için aranan yeterli şüphe derecesine ulaşıp ulaşmadığı neye göre ve nasıl tespit edilmelidir? İşte, insan hakları ihlallerinin yaşanmaması, ceza yargılamasının maddi gerçeğe ulaşma amacının gerçekleştirilmesi ve böylece toplum düzeninin ve barışının tesis edilebilmesi için yeterli şüphe derecesinin tespiti çok önemlidir. Ancak, bunun için ilk başta yeterli şüphenin ne olduğunun bilinmesi gerekir. Yeterli şüphe, soruşturma sonucunda elde edilen delillere göre yapılacak yargılama sonucunda şüphelinin mahkûm olma ihtimalinin bulunması halidir³³.

³¹ Centel, Nur/Zafer, Hamide, 7. Bası, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 446; Öztürki/Tezcan/Erdem, Nazari, s. 447.

³² Yenidünya, A. Caner, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Kamu Davasının Açılması, İddianamenin Unsurları ve İadesi", E-Akademik Hukuk Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Sayı: 60, Şubat 2007, s. 13.

³³ Hakeri/Ünver, s. 43.

3.3.2. Yeterli Şüphe Oluşturacak Nitelikte Delil Değerlendirmesi

Soruşturma sonucunda şüphelinin lehine ve aleyhine olmak üzere elde edilen tüm delillerin değerlendirilmesi yapılarak, yeterli şüphenin oluşup oluşmadığı tespit edilmelidir. Yeterli şüphenin oluştuğunun kabul edilebilmesi için elde edilen delillerin, şüphelinin işlenen suçun faili olduğu yönünde akla ve mantığa uygun, objektif şüphe oluşturması gerekir³⁴.

Soruşturma evresinde, her türlü şüpheden uzak bir şekilde maddi gerçeğin ortaya çıkması amaçlanmaz. Maddi gerçeğin her türlü şüpheden uzak bir şekilde ortaya çıkması ceza yargılamasının bütünü için bir amaç olmakla birlikte bu amaç kovuşturma evresinde daha ön planda olur ve hüküm ile ortaya konulur. Halbuki, soruşturma aşamasında maddi gerçeğe yönelik yeterli şüphe kâfidir.

Cumhuriyet savcısı iddianame düzenleyebilmek için aranan yeterli şüphenin oluşup oluşmadığını değerlendirirken, soruşturma evresinde elde etmiş olduğu tüm delilleri, izleri, eser ve emareleri göz önünde bulundurmalıdır³⁵. Soruşturma evresinde delillerin değerlendirilmesi görev ve yetkisi münhasıran Cumhuriyet savcısına aittir.

Kovuşturma mecburiyeti ilkesi uyarınca Cumhuriyet savcısının yeterli şüpheye ulaşmış olması durumunda iddianame düzenlemesi zorunludur. Bununla birlikte, kovuşturma mecburiyeti ilkesi Cumhuriyet savcısının delilleri değerlendirme yetkisini ortadan kaldırmaz. Yargıtay 4'üncü Ceza Dairesi de bir kararında, ““5271 Sayılı CMK'nın 170/2. maddesindeki hüküm dolayısıyla yasa tarafından Cumhuriyet savcısına toplanan delilleri değerlendirme yetkisi verildiği ve yapılacak değerlendirme sonucunda yeterli şüphe oluştuğu kanısına ulaşılması durumunda kamu davasının açılmasının zorunlu olduğu, ancak ceza yargılama yasası her ne kadar kovuşturma mecburiyeti ilkesini benimsemiş ise de; bu ilkenin cumhuriyet savcısının delilleri değerlendirme yetkisini ortadan kaldırmadığı” ifade edilmiştir³⁶.

Cumhuriyet savcısı, delilleri değerlendirirken, ceza yargılaması kapsamında yapmış olduğu delil değerlendirmesine ilişkin tüm görevlerinde, elde edilen bulguların delil niteliğinin olup olmadığını, yani bulguların akla, mantığa ve hukuka uygun olup olmadığını tespit etmelidir.

3.3.3. Seri Muhakeme Usulünde Delil Değerlendirilmesi

7188 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile ceza muhakemesi sistemimize seri muhakeme

³⁴ Gökcan, Hasan Tahsin, “Cumhuriyet savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Yargıtay Uygulaması”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:1, 2012, s. 197.

³⁵ Malkoç, İsmail/Yüksektepe, Mert, Ceza Muhakemesi Kanunu, C.1, Malkoç Kitapevi, Ankara,2008, s. 933.

³⁶ Yargıtay 4'üncü Ceza Dairesinin 11/10/2009 tarih ve 2009/22283 Esas, 2009/16338 Karar sayılı ilamı, erişim www.uyap.gov.tr, 16/11/2019.

usulü ve basit yargılama girmiştir³⁷. CMK'nın 250'nci maddesinde ve Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Yönetmeliğinde³⁸ seri muhakeme usulü düzenlenmiştir. Çalışmamızın kapsamı itibarıyla ceza muhakemesi sistemimiz için yeni olan bu konular hakkında ayrıntılı açıklamalar yapmaktan kaçınmakla birlikte, seri muhakeme usulünde Cumhuriyet savcısına oldukça geniş yetkiler verilmiş olduğundan bu konu hakkında çalışma konumuzun sınırları içinde kalarak açıklama yapmamız gerekmiştir.

CMK'nın “Seri muhakeme usulü” başlıklı 250'nci maddesine göre, seri muhakeme usulünü; soruşturma evresi sonunda anılan maddede tahdidi olarak sayılmış olan suçlarla ilgili olarak kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmediği, Cumhuriyet savcısına cezai yaptırım hususunda takdir yetkisinin verildiği durumlarda, Cumhuriyet savcısının teklifinin müdafisi huzurunda şüphelinin kabul etmesi sonucu oluşan bir anlaşma usulü olarak tarif edebiliriz.

Belirtmiş olduğumuz üzere CMK'nın 160'ncı maddesi gereği Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresinde şüphelinin lehine ve aleyhine olan tüm delilleri toplayarak muhafaza altına alır. Seri muhakeme usulünün uygulanabileceği suçlar açısından da Cumhuriyet savcısı bu şekilde delilleri toplayarak muhafaza altına alacaktır. Yine, Cumhuriyet savcısı şüphelinin suçu işlediği konusunda yeterli şüphe olup olmadığını topladığı delilleri değerlendirerek takdir edecektir. Cumhuriyet savcısı, şüphelinin suçu işlediği hususunda yeterli şüpheye ulaşırsa seri muhakeme usulünün uygulanmasıyla ilgili olarak Kanunda belirtilen diğer şartların da bulunması halinde bir seri muhakeme uygulanması talebi (talepname) düzenleyerek görevli ve yetkili mahkemeye verir.

Söz konusu talepname, Cumhuriyet savcısı şüphelinin suçu işlediğine dair yeterli şüphe oluşmasına sebep olan delilleri gösterme zorunluluğu yoktur.

Görüldüğü üzere seri muhakeme usulünde, Cumhuriyet savcısı son derece geniş yetkilere sahiptir. Bu nedenle de Cumhuriyet savcısının etkin bir rol üstlendiği bu muhakeme usulünün esasen bir muhakeme olup olmadığı tartışılmaktadır. Zira, daha önce de ifade etmiş olduğumuz üzere muhakeme, muhakeme süjelerinin eşit ve akit olarak katıldığı kolektif bir faaliyettir.

3.4. Cumhuriyet Savcısının Kovuşturma Aşamasında Delilleri Değerlendirmesi

Cumhuriyet savcısının, görevi gereği delilleri değerlendirip takdir etmesi zorunludur. Delilin değerlendirilmesi bir takım tartışmalara rağmen hem soruşturma evresinde hem de kovuşturma evresinde gerçekleştirilen

³⁷ 24.10.2019 tarihli 30928 sayılı Resmi Gazete.

³⁸ 31.12.2019 tarihli 30995 sayılı Resmi Gazete.

bir faaliyettir. Ancak, hüküm açısından önemli olan delillerin kovuşturma evresinde değerlendirilmesidir. Kovuşturma aşamasında deliller sanığın sorguya çekilmesinden sonra ortaya konulur. Yani, kovuşturma evresinde, tanıkların ve bilirkişilerin dinlenmesine, keşif yapılmasına ve diğer delillerin ileri sürülerek, açıklanıp incelenerek tartışılmasına sanığın sorgusundan sonra başlanır.

CMK'nın 217'nci maddesinin birinci fıkrası uyarınca, kovuşturma evresinde ortaya konulup tartışılmayan bir delil hükme esas alınamaz. Sanığın sorgusu yapıldıktan sonra, tarafların huzurunda delillerin ortaya konulması gerekir. Bu kuralın istisnası CMK'nın 206'ncı maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, yapılan tebligata rağmen gelmeyen sanık hakkında sorgusu yapılmamış olsa dahi delillerin tartışılmasına geçilebilir. Bu şekilde, yokluğunda deliller ortaya konulan ve tartışılan sanığın daha sonra duruşmaya gelmesi halinde, yokluğunda yapılan işlemler sanığa ve varsa müdafisine okunur.

Kovuşturma evresinde de deliller serbestçe değerlendirilir. Delillerin serbestçe değerlendirilmesinden anlaşılması gereken, delillerin türüne, sayısına ve biçimine bağlı kalmaksızın ve bu yönlerde herhangi bir sınırlama olmaksızın serbestçe yapılacak olan değerlendirmedir.

Kovuşturma evresinde, hâkim kararını ancak duruşmada ortaya konulan ve huzurunda tartışılan delillere dayandırarak verecektir. Cumhuriyet savcısı da bu evrede hâkim gibi duruşmada ortaya konulan ve tartışılan delillere göre kanaatini bildirerek talepte bulunur. Duruşmada ortaya konulan deliller ilgili olarak, delillerin tartışılması aşamasında Cumhuriyet savcısı delilleri değerlendirerek bir mütalaada bulunur. Cumhuriyet savcısı, yapmış olduğu delil değerlendirmesi sonucunda, sanığın suçu işlediğine dair her türlü şüpheden uzak bir şekilde vicdani yönden de kanaat getirdiği takdirde, sanığın mahkûmiyetine hükmolunmasını; aksi takdirde ise sanığın beraatine hükmolunmasını talep etmelidir.

Kovuşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı, delilleri akıl yürüterek vicdani kanaatine göre değerlendirir. Bunu yaparken, önce delillerin hukuka ve gerçeğe uygun olup olmadıklarını tespit eder. Bu tespit de bir değerlendirme işlemidir. Bu yönde yapılan bir tespitin ya da başka bir ifadeyle değerlendirmenin sonrasında delilleri bir bütün olarak değerlendirerek sonuca ulaşır.

Cumhuriyet savcısı, hukuka uygun olan delilleri göz önünde bulundurularak maddi gerçeğe yönelik bir kanaate ulaşacaktır. Cumhuriyet savcısının, ulaşacağı bu kanaatin kovuşturma aşamasında vicdani kanaatine uygun olması gerekir. Cumhuriyet savcısının ulaştığı kanaatin vicdani yönün olması için ise, yargılamaya konu olayın nasıl ve ne şekilde gerçekleştiğine dair akla ve mantığa uygun her türlü şüphenin bertaraf edilmesi gerekir. Şayet, yargılama

konusu olayın sanık tarafından işlendiğine dair şüphe kalmış ise Cumhuriyet savcısının delilleri değerlendirmesi sonucunda sanığın mahkûmiyetine değil, beraatine hükümlenmesini talep etmesi doğru olacaktır. Nihayet, Cumhuriyet savcısı delilleri değerlendirme faaliyeti sonucu oluşan kanaatine aykırı bir hüküm verilmesi halinde de, söz konusu hükme karşı kanun yolu denetimlerine başvurabilecektir.

SONUÇ

Ceza muhakemesinde Cumhuriyet savcısının delilleri değerlendirmesi, hem soruşturma evresinde hem de kovuşturma evresinde yer alan tüm görevleri bakımından söz konusudur. Cumhuriyet savcısı, soruşturma sonucunda yeterli şüphenin oluşup oluşmadığının tespitinde, kovuşturma evresinde de sanığın suçu işleyip işlemediğinin tespiti açısından hukuka uygun olan her türlü delilli kullanır. Cumhuriyet savcısı da tıpkı hâkim gibi delillerin değerlendirme faaliyetinde serbesttir. Delillerin değerlendirmesinde serbestlik demek, keyfi bir şekilde delillerin değerlendirilebileceği anlamına gelmez. Cumhuriyet savcısı, hem kullanacağı deliller bakımından hem de bu delilleri değerlendirmesi bakımından belirli kurallara ve ilkelere uygun davranmak zorundadır.

Soruşturma aşamasında objektif olarak yeterli şüphenin oluşup oluşmadığı yönünde değerlendirme yapan Cumhuriyet savcısı, kovuşturma aşamasında tıpkı hâkim gibi vicdani kanaatine göre değerlendirme yapmalıdır. Yani, kovuşturma aşaması için geçerli olan vicdani delil sisteminin hâkim açısından olduğu kadar Cumhuriyet savcısı açısından da uygulanması gerekir. Buna göre, Cumhuriyet savcısı kovuşturma aşamasında talep ettiği her kararda, delilleri değerlendirirken adil yargılanma hakkına uygun olarak elde edilen tüm delillere dayanmalı, mantık kurallarına uygun davranmalıdır.

Ceza muhakemesinde her şeyin delil olabileceği, ceza muhakemesinin amacından bağımsız olarak düşünülemez. Ceza muhakemesinin amacı adil yargılanma hakkına uyularak maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu nedenle de delillerin ortaya konulmasında ve değerlendirilmesinde de adil yargılanma hakkının göz önünde bulundurulması gerekir.

KAYNAKÇA

- Akyürek, Güçlü, “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 101, 2012.
- Badem, Semiyet, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanık, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi”, Y. 12, S. 45, Ocak 2021.
- Birtek, Fatih, “Cumhuriyet Savcısı’nın Delilleri ve Fiili Takdir Yetkisi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Armağan Özel Sayısı, Cilt: 19, Sayı: 2, 2012.
- Birtek, Fatih, AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2017.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, 3. Bası, İstanbul, 2005.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, 7. Bası, İstanbul, 2010.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, 11. Baskı, İstanbul, 2014.
- Erem, Faruk, Ceza Usulü Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1978.
- Gökcan, Hasan Tahsin, “Cumhuriyet savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Yargıtay Uygulaması”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:1, 2012.
- Gökcan, Ahmet/Balcı, Murat/Alşahin, M.Emin/Çakır, Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 4. Baskı, Ankara, 2020.
- Gözübüyük, A. Şeref, Anayasa Hukuku, Ankara Üniversitesi Siyasal Yayınları, Ankara, 1986.
- Güngör, Devrim, “Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Değeri Üzerine Tespit ve Değerlendirmeler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, 2015.
- Hakeri, Hakan/Ünver, Yener, Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, Adalet Yayınevi, 17. Baskı, Ankara, 2019.
- Harris, David/O’Boyle, Michale/Buckley, Carla, European Convention on Human Rights, University of Nottingham, Nottingham, 2018.
- Keyman, Selahattin, Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970.

- Koca, Mahmut, “Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirme Yasağı”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 1-2, 2000.
- Köse, Metin, “Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Olarak Değerlendirilmesi”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, S. 1, 2019.
- Kunter, Nurullah / Yenisey, Feridun / Nuhoğlu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, 18. Baskı, İstanbul.
- Malkoç, İsmail/Yüksektepe, Mert, Ceza Muhakemesi Kanunu, C.1, Malkoç Kitapevi, 1. Baskı, Ankara,2008.
- Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 17. Baskı, Ankara, 2013.
- Özkul, Fatih, “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl: 5, Sayı: 9, Haziran 2017.
- Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan ve diğerleri, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku (Nazari), Seçkin Yayınevi, 14. Baskı, Ankara, 2020.
- Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan ve diğerleri, Ana Hatları ile Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara, 2020.
- Şafak, Ali / Bıçak, Vahit, Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis, Liberte Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2005.
- Şen, Ersan, Türk Ceza Yargılaması’nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, İstanbul, 1998.
- Tosun, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C. 1, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1981.
- Turhan, Faruk, Tanıklara Yemin Verilmesine İlişkin Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümlerinin Eleştirel Bir Değerlendirmesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIV, S. 4, 2020.
- Uğur, Ali Burak, İddianame ve İddianamenin İadesi, Ankara, 2018.
- Yenidünya, A. Caner, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Kamu Davasının Açılması, İddianamenin Unsurları ve İadesi”, E-Akademi Hukuk Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Sayı: 60, Şubat 2007.

- Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Güncellenmiş 8. Baskı, Ankara, 2020.
- Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Adalet Yayınevi, 15. Baskı, Ankara, 2018.

ÇEVREYİ KIRLETENİN SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÇEVRE SORUMLULUK HUKUKUNDA SORUMLULUK SEBEPLERİNİN YARIŞMASI

*Legal Quality of the Environmental Pollution and Competition of
Responsibility Reasons in Environmental Liability Law*

Dr. Didem BAŞAR *

Geliş Tarihi: 6.3.2020

Kabul Tarihi: 24.02.2021

ÖZET

Sorumluluk hukukumuzda ilke, kusur sorumluluğudur. Bu kapsamda, kusur unsuru bulunmadan haksız fiil failinin sorumlu tutulması mümkün değildir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ve özel kanunlarda kusur sorumluluğunun istisnaları düzenlenmiştir. Çevreyi kirletenin hukuki sorumluluğu da bu istisnai hallerin bir örneğidir. Çevreyi kirletenin sorumluluğuna ilişkin olarak özel düzenleme, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 28. maddesinde yer almakla birlikte, TBK m.69'da kusursuz sorumluluk halleri olarak düzenlenen yapı malikinin sorumluluğu, TMK m.737'de düzenlenen taşınmaz malikinin sorumluluğuna ilişkin hükümler de somut olayın niteliğine uygun düştüğü hallerde uygulama alanı bulmaktadır. Bununla birlikte, tehlike sorumluluğunu genel olarak düzenleyen TBK m.71 hükmü ve tehlike sorumluluğuna ilişkin 6326 sayılı Petrol Kanunu, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu gibi özel kanunlar da çevreyi kirletenin sorumluluğunda uygulanabilecektir. Kirletenin sorumluluğunun hukuki niteliğine ilişkin doktrinde görüş birliği bulunmasa da sorumluluğun hukuki niteliğinin, ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu, fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanan sorumluluk, tehlike sorumluluğu ve karma sorumluluk olabileceğine ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Çevreyi kirletenin sorumluluğunu doğuran somut olay, kirletenin kusurlu davranışına da dayanabileceği gibi farklı kusursuz sorumluluk hallerini gerektiren olgular bir arada bulunabilir.

ABSTRACT

In our responsibility law, the principle is the responsibility of defect. In this context, it is not possible to blame the perpetrator of the tort without any flaws. Exceptions to the liability of defects are regulated in both the Turkish Law of Obligations No. 6098, the Turkish Law of Civil No. 4721, and special laws. The legal responsibility of polluting the environment is an example of these exceptional circumstances. The special regulation regarding the responsibility of polluting the environment is included in the article 28 of the Environmental Law No. 2872, although the provisions regarding the responsibility of the building owner, which is regulated as flawless responsibilities in the TBK article 69, and the responsibilities of the owner of the property regulated in TMK article 73, are also tangible, it finds application in cases where it conforms to the nature of the event. However, regarding the provisions of the TCC article 71, which regulates the hazard responsibility in general, special laws such as Petroleum Law No. 6326 and Turkish Civil Aviation Law No. 2920 can also be applied under the responsibility of the polluter. Although there is no consensus in the doctrine regarding the legal nature of the responsibility of the polluter, there are different opinions regarding the legal nature of the responsibility, the responsibility based on the principle of aggravated cause, responsibility based on the principle of sacrifice, danger responsibility and mixed responsibility.

* Yargıtay Tetkik Hâkimi, e-posta: didembasar@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0003-2403-8284.

Bu durumda kirletenin sorumluluğunun hangi sorumluluk sebebine dayanabileceği önem arz eder. TBK m.60 hükmü gereğince; Hakim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkanı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verecektir. Meydana gelen zarar (kirlilik) hem tehlike arz eden bir işletme faaliyetinden kaynaklanıyor hem de ÇK m.28/II kapsamında sorumluluk doğmuş ve zarar kirletenin kusuruna dayanıyorsa zarar görenin kusur esasına dayanan haksız fiil genel hükümlerine dayanması TBK m.71 ve ÇKm.28 e göre daha az elverişlidir. Her iki sorumluluk da kusursuz sorumluluk türü olduğundan zarar görenin lehinedir. Bu iki sorumluluk hükümlerinden hangisinin zarar görenin lehine olduğu somut olay kapsamında değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: çevre zararı, haksız fiil, kusur sorumluluğu, tehlike sorumluluğu, sorumlulukların yarışması

The tangible event, which creates the responsibility of the polluter, can be based on the defective behavior of the polluter, as well as cases requiring different flawless responsibilities. In this case, it is important to which cause of responsibility the pollutant can bear. In accordance with the provisions of the TBK Article 60; Unless the judge has asked for the contrary to be damaged or otherwise provided for in the law, the judge will decide according to the reason for the responsibility that provides the best remedy to the injured person. The resulting damage (pollution) is caused by both a hazardous operating activity, and if the liability arises within the scope of ÇK m.28 / II and the damage is based on the defect of the polluter, the damage is based on the general provisions of the unfair act based on the flaw according to TBK m.71 and ÇKm.28. less favorable. Since both responsibilities are perfect, they are in favor of the injured. Which of these two responsibilities will be evaluated in the context of a tangible event in favor of the injured.

Keywords: environmental damages, tort, liability based on fault, strict liability, competition of liabilities

GİRİŞ

Sorumluluk hukukunun ilk amacı, zararın tazmininin sağlanması olup, zararı zarar verenin tazmini esastır. Haksız fiil sorumluluğunun doğması için bulunması gerekli dört unsur vardır. Bunlar; kusur, zarar, hukuka aykırılık ve nedensellik bağıdır. Söz konusu dört temel unsurun varlığı, haksız fiil sorumluluğunda ilke olarak aranmakla birlikte istisnai sorumluluk halleri olarak ifade edebileceğimiz kusursuz sorumluluk halleri olan objektif sorumluluk, ağırlaştırılmış objektif sorumluluk, tehlike sorumluluğu, fedâkarlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanan sorumluluk hallerinde kusur unsurunun varlığı aranmaz. Kusursuz sorumluluk türlerinde kusurun bulunması da mümkündür. Bu durumda zarar gören, hangi sorumluluk zararın giderimi açısından daha elverişliyse o sorumluluk türüne dayanabilecektir. Çevreyi kirletenin sorumluluğunun birden fazla sorumluluk sebebine dayanması söz konusu olabileceği gibi bu sorumluluk sebeplerinin hepsi kusursuz sorumluluk hallerine de dayanabilir. Böyle bir durum söz konusu olduğunda zararın giderimi açısından hangi sorumluluk türüne dayanmak zarar gören açısından daha elverişliyse zarar veren o sorumluluk türüne dayanarak zararın tazminini kirletenden talep edebilecektir. Çalışmamızda, çevreyi kirletenin sorumluluğunun hukuki niteliği, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 28. maddesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen kusursuz sorumluluk hallerine, 71. maddede düzenlenen genel tehlike sorumluluğuna ilişkin hükümlere 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 737. maddesinde düzenlenen taşınmaz malikinin sorumluluğuna ilişkin açıklamalar yapılarak bu konuda doktrindeki tartışmalara yer verilerek belirlenmeye çalışılmış ve sorumluluk sebeplerinin yarışmasına ilişkin genel açıklamalar yapılarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesinde sorumlulukların yarışması halinde yapılacak değerlendirmede dikkate alınacak hususlar, çevre sorumluluk hukukuna ilişkin olarak 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 28. maddesinin ikinci fıkrası hükmü ile birlikte değerlendirilerek zarar gören açısından dayanılabilecek sorumluluk sebepleri belirlenmeye çalışılmıştır.

I. ÇEVREYİ KİRLETENİN HUKUKÎ SORUMLULUĞU

1. SORUMLULUĞUN HUKUKÎ NİTELİĞİNİ DÜZENLEYEN HÜKÜMLER

A. Genel Olarak

Kirletenin hukukî sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin ilki, 1982 Anayasası'nın 56. maddesidir. m.56/I *"Herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir"*. m.56/II *"Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek devletin ve vatandaşların ödevidir."*¹ Kirletenler bu maddede ifade edilen yükümlülüklerini yerine getirmemeleri halinde Anayasal yükümlülüklerini ihlâl etmiş olacaklardır. Anayasadan

¹ Göksel, 2004:25; Kayır, 2000:56; Ertaş, 1997:47-48.

sonra çevreyi kirletenin hukukî sorumluluğunda uygulama alanı bulacak kanun hükümleri, çevre kirliliğine ilişkin özel kanunlar, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun kusursuz sorumluluk hallerine ve tehlike sorumluluğuna ilişkin hükümleri, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 737. maddesinde düzenlenen taşınmaz malikinin sorumluluğuna ilişkin hükümlerdir.

B. Çevre Kanunu Hükümleri

2872 sayılı Çevre Kanunu’nda kirletenler için iki çeşit sorumluluk öngörülmüş olup bunlardan ilki, ÇK m.3(g) “*Kirlenme ve bozulmanın önlenmesi, sınırlandırılması, giderilmesi ve çevrenin iyileştirilmesi için yapılan harcamalar kirleten veya bozulmaya neden olan tarafından karşılanır. Kirletenin kirlenmeyi veya bozulmayı durdurmak, gidermek veya azaltmak için gerekli önlemleri almaması veya bu önlemlerin yetkili makamlarca doğrudan alınması nedeniyle kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılan gerekli harcamalar 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre kirletenden tahsil edilir*”. hükmüdür. Bu madde, kirlenme ve bozulmanın önlenmesi, sınırlandırılması, giderilmesi ve çevrenin iyileştirilmesi için yapılan harcamalar nedeniyle kirletenin kamuya karşı sorumluluğunu düzenlemiş olup, çevre kirlenmeden önce, kirlenmeyi önlemeye yönelik getirilmiş hükümdür.² 2872 sayılı Çevre Kanunu’nda kirletenler için getirilen ikinci düzenleme, 28. maddedir. ÇK m.28/1 “*Çevreyi kirletenler ve çevreye zarar verenler sebep oldukları kirlenme ve bozulmadan doğan zararlardan dolayı kusur şartı aranmaksızın sorumludurlar*”. Bu madde ise, kirlenme meydana geldikten sonra ortaya çıkan zararların tazminine yöneliktir. Anılan madde metninde öngörülen sorumluluk türü kusursuz sorumluluk olmakla birlikte, kusursuz sorumluluk türlerinden hangisinin kapsamına girdiği doktrinde tartışmalıdır.

2. SORUMLULUĞUN HUKUKÎ NİTELİĞİ

A. 2872 SAYILI ÇEVRE KANUNU KAPSAMINA GÖRE

ÇK m.3(g)’de yer alan “*çevrenin kirlenmesi ya da böyle bir tehlikenin bulunması halinde*” ifadesinden kirletenin sorumluluğunun doğması için çevrenin kirlenmesi gerekmiyip, kirlenme tehlikesinin varlığının da yeterli olduğu anlaşılmaktadır.³ 28. maddede belirtildiği gibi sorumluluğunun doğması için kirletenin kusurunun bulunması gerekmez. Kirleten objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranarak kirlenmeye sebep olmuşsa, kirlenmenin, önlenmesi, sınırlandırılması için yapılacak masrafları kusuru bulunmasa da tazminle yükümlüdür.⁴ Bu maddeye göre, kirlenme nedeniyle meydana gelen zararı giderilmesi, genel hükümlerden farklı olarak davacı kamu

² Gökyayla, 1999:286; Göksel, 2004:26; Petek, 2005: 171-172; Ertas, 1997:112

³ Ertas, 2012:161; Gökyayla, 1999: 287.

⁴ Gökyayla:1999: 288; Ateş, 1995: 72.

kurumlarının kirletenin kusurlu olduğunu ispat etmesine gerek yoktur. Davalı kirletenin sorumluluktan kurtulması kusursuz olduğunu ispatına bağlıdır.⁵ 28. maddede kirletenin sorumlu olacağı faaliyet ve eylemler bakımından ayırım ve sınırlandırma yapılmamıştır.⁶ Ç.K m.28/I ”Çevreyi kirletenler ve çevreye zarar verenler sebep oldukları kirlenme ve bozulmadan doğan zararlardan dolayı kusur şartı aranmaksızın sorumludurlar”. Bu maddeye göre, kirletenin sorumluluğunun doğumu için kusur unsuru aranmadığından, Türk Hukukunda haksız fiili sorumluluğunun kurucu unsuru olan kusur unsurunun varlığına gerek görülmemesi, sorumluluğun Borçlar Kanunumuzda ve özel kanunlarda düzenlenmiş olan istisnai sorumluluk türlerinden olduğunu ortaya koymaktadır. Kirleten, kirlenmenin önlenmesi için alınması gerekli tüm tedbirleri alsa da sorumlu olacaktır.⁷ Kusursuz sorumluluğa ilişkin düzenlemelerde, sorumluluğun kurulması kusur yerine özel olarak öngörülen bir olguya bağlanmıştır.⁸ Hukukumuzda kusursuz sorumluluk, “sebeplere” ve “tehlike sorumluluğu” olarak ikiye ayrılmaktadır.⁹ Kusursuz sorumluluk halinin kabul edilebilmesi için özel olarak düzenlenen belirli bir olgu dışında kusura dayanan sorumluluktan ayrılmayı gerekli kılan başka esasların da bulunması gerekir. Bu esaslar, tehlike, hakkaniyet ve yararlanma esaslarıdır.¹⁰ Kusursuz sorumlulukta ilke olarak, sorumluluğu doğuran olay ile zarar arasında sebep-sonuç ilişkisinin bulunması gerekli ve yeterlidir.¹¹ Kusursuz sorumluluk, sorumluluk türlerinden olan olağan sebep sorumluluğunda, sorumlu olan kişi, kendisinden beklenen özeni gösterdiğini ya da gerekli özeni gösterse bile zararın meydana geleceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir.¹² 1988 tarihinde 2872 sayılı Çevre Kanunu’nda yapılan değişiklikten önce, kirleten kirlenmeyi önlemek için her türlü tedbiri aldığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilmekteydi. Bu nedenle sorumluluğun olağan sebep sorumluluğu olduğuna ilişkin görüşler bulunmaktaydı.¹³ 1988 tarihinde yapılan değişiklikten sonra, kurtuluş kanıtına yer verilmediğinden sorumluluğun ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu olduğu benimsenmiş ve olağan sebep hususundaki tartışma sona ermiştir.

⁵ Demir, 2011:79

⁶ Demir, 2011:83

⁷ Gökyayla, 1999: 290; Göksel, 2004:41; Ertaş, 1989:210; Atilla/Akman/Burcuoğlu/Altop, 1993:544; Tandoğan, 1986: 39; Petek, 2005: 173.

⁸ Tandoğan, 1981: 7; Eren, 2020:495; Büyüksağış, 2006: 2.

⁹ Oğuzman/Öz, 2013: 131; Akman/Burcuoğlu/Altop/Tekinay, 1993: 498; Ateş, 1995: 70.

¹⁰ Tandoğan, 1981: 3

¹¹ Oğuzman/Öz, 2013: 587; Karahasan, 2003:593; Akman/Burcuoğlu/Altop/Tekinay, 1993:497; Ertaş, 1997:86; Tandoğan, 1981: 3; Ateş, 1995: 70; Göksel, 2004:29; Turgut, 2001: 540-541; Erişgin, 2005: 81

¹² Eren, 2015: 454; Ateş, 1995: 70.

¹³ Sirmen :1988, 294

ÇK m.28/II’de, kirletenlerin kirlenme ve bozulma dışındaki zararlardan genel hükümlere göre tazminat sorumlulukları saklı tutulmuştur. Bu fıkra, genel hükümlere yollama yapılması, kirletenlerin bu fıkraya göre sorumluluğunun kusura dayandığı şeklinde yorumlanmıştır.¹⁴ Yargıtay 4. Hukuk dairesi, 09/02/1988 tarih E. 1988/10677 K. 1988/1297 sayılı kararında bu fıkra, Çevre Kanunu ile davacının diğer sorumluluk sebeplerine dayanma olanağını ortadan kaldırılmadığını belirten bir hüküm olarak değerlendirerek burada sorumlulukların yarışmasının söz konusu olduğunu, zarar görenin somut olayda, hangi sorumluluk sebebinin kendi lehine görüyorsa duruma göre davasını Türk Medeni Kanunu’nun 730. maddesine, Çevre Kanunu’nun 28. maddesine veya Türk Borçlar Kanunu’nun 58. maddesine dayandırabileceğini ifade etmiştir.

ÇK m.28’de düzenlenen kirletenin sorumluluğuna ilişkin hükümler diğer kanunlarda düzenlenen sorumlulukları dışlayacak nitelik taşımaz. Çevrenin kirlenmesi nedeniyle zarar gören kişi, şartları oluşan sorumlulukların hangisi lehineyse o sorumluluğa ilişkin hükümlere dayanarak tazminat talep edebilecektir. Bununla birlikte, Çevre Kanunu’ndaki sorumluluk şartlarının gerçekleştiğinin ispatı zarar gören açısından daha kolaydır. Bu madde kapsamında sorumluluğun doğması için illiyet bağının varlığının ispatı yeterli olup¹⁵ kurtuluş kanıtı getirilerek sorumluluktan kurtulmak mümkün değildir.¹⁶ 28. maddede, kirletenin sorumlu olacağı kirliliğin konusunda bir sınırlama getirilmediğinden havada, suda, toprakta meydana gelecek her türlü çevre kirliliği bu madde kapsamına girmektedir.¹⁷

Ç.K m.28’de sorumluluğun niteliği hususunda açık bir düzenleme bulunmadığından doktrinde sorumluluğun hukuki niteliği tartışmalıdır. Kusursuz sorumluluk, sorumluluk türlerinden olan olağan sebep sorumluluğunda, sorumlu olan kişi, kendisinden beklenen özeni gösterdiğini ya da gerekli özeni gösterse bile zararın meydana geleceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir.¹⁸ 1988 tarihinde yapılan değişiklikten önce, kirleten kirlenmeyi önlemek için her türlü tedbiri aldığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilmekteydi. Bu nedenle sorumluluğun olağan sebep sorumluluğu olduğuna ilişkin görüşler bulunmaktaydı.¹⁹ 1988 tarihinde yapılan değişiklikten sonra, kurtuluş kanıtına yer verilmediğinden sorumluluğun

¹⁴ Atilla/Akman/Burcuoğlu/Altop, 1993:544.

¹⁵ Akipek, 1994: 9; Ertaş, 1997: 111; Keleş Ruşen/Ertan Birol, 2002:166; Badur, 2006: 112; Tandoğan, 1987:40; Gökyayla, 1999: 292; Ulusan, 1986:76; Ertaş, 1989:209; Ateş, 1995: 73; Yongalık, 1998:64; Güneş, 2004:136.

¹⁶ Petek, 2005: 173; Akipek, 1994: 8; Sirmen, 1990: 24; Ateş, 1995: 71; Gökyayla, 1999: 288; Göksel, 2004:48.

¹⁷ Sirmen, 1988: 286-287; Petek, 2005: 174; Gökyayla, 1999: 288 ; Göksel, 2004:47.

¹⁸ Eren, 2015: 454; Ateş, 1995: 70.

¹⁹ Sirmen,1988: 294

ağırlaştırılmış objektif sorumluluk olduğu benimsenmiş ve objektif sorumluluk hususundaki tartışma sona ermiştir.

Çevreyi kirletenin hukuki sorumluluğu hususunda doktrinde, ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu, tehlike sorumluluğu, fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanan sorumluluk ve ÇK. m.28'in çerçeve norm niteliğinde olduğu görüşü²⁰ bulunmaktadır.

a. Ağırlaştırılmış Sebep Sorumluluğu Görüşü

Doktrinde kirletenin sorumluluğunun hukuki niteliği hususunda hakim görüş, sorumluluğun ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu olduğudur.²¹ Bu görüşü savunanlar, ÇK m.28'de düzenlenen sorumluluğun her zaman tipik bir tehlikeye dayanmayacağından ağırlaştırılmış tehlike sorumluluğu kapsamında olduğunu ileri sürmüştür.²² Ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu hali, tehlike esasını bünyesinde barındırsa bile tehlike sorumluluğu kapsamında olmayıp tehlike sorumluluğuna yaklaşan ancak daha hafif bir sorumluluktur. Ağırlaştırılmış sebep sorumluluğunun doğumu için özen yükümünün ihlâl edilmesi gerekirken tehlike sorumluluğunun doğumu için bu unsur gerekli değildir. Ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu gibi diğer kusursuz sorumluluk hallerinde de tehlike esasının bulunması mümkündür; çünkü, tehlike esası, özel ve tipik tehlikeyi esas alan tehlike sorumluluğuna göre geniş bir kavramdır.²³ Tehlike sorumluluğunda ise tehlike, nicelik ve nitelik yönünden ağır, tipik bir tehlike olarak sınırlandırılmıştır.

b. Tehlike Sorumluluğu Görüşü

ÇK m. 28'de düzenlenen sorumluluğun hukuki niteliğinin belirlenmesinde önem arz eden husus, ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu ve tehlike sorumluluğunun birbirinden hangi kriterlere göre ayrılacağı ya da tehlike sorumluluğunun hangi hallerde ortaya çıkacağıdır. Ağırlaştırılmış sebep sorumluluğunda kurtuluş kanıtı getirilememesi esası, tehlike sorumluluğu için de geçerlidir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 71.maddesi ile tehlike sorumluluğuna ilişkin genel hüküm konulmuştur. Tehlike sorumluluğun esasını, "tehlike kavramı" oluşturur.²⁴ Bu kavram, zarara yol açma ihtimalindeki yükseklik ve gerçekleşmesi muhtemel zararın nitelik ve nicelik

²⁰ Sanaç, 2013:20 ; Oğuzman/Öz:2020:185.

²¹ Sirmen 1988:97; Ertaş, 1997:87, 113; s.87; Tandoğan, 1987:25;Sirmen, 1990:23-24, Ateş,1995:73; Gökyayla, 1995: 288; Ulusan, 1986:75; Tandoğan, 1987:38; Keleş Ruşen/ Ertan Birol, 2002:165; Akipek, 1994: 8; Çörtoğlu, 1986: 79, 86; Yongalık, 1998:64; Turgut, 2001: 547; Badur, 2006: 110-111.

²² Tandoğan, 1987:40; Erişgin, 2005:35.

²³ İmre, 1968: 423.

²⁴ Tiftik, 2005:34.

olarak ağır sonuçlar doğurabilmesi hususlarını kapsar.²⁵ Bu noktada çevre için tehlike teşkil eden işletme ve nesnelerin diğer işletme, faaliyet ve nesnelerle kıyaslandığında daha yüksek tehlike eğilimi arz ettikleri görülmektedir. Tehlike sorumluluğunun doğması için meydana gelen zararın bir işletme ya da faaliyete özgü tipik bir tehlikenin sonucunda gerçekleşmesi gerekir. Tehlike sorumluluklarını diğer kusursuz sorumluluk türlerinden ayıran husus, tehlike sorumluluğunun doğması için aranan tipik tehlike unsuru ile karakteristik rizikonun önceden tanımlanmasıdır.²⁶

71. maddede, önemli ölçüde tehlikenin söz konusu olması için iki ölçüt getirilmiştir. Bunlardan ilki, bir işletmenin yürüttüğü faaliyetin niteliği göz önünde bulundurulduğunda, bir uzmandan beklenen tüm özen gösterilse bile işletmenin sıkça ve ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılması; ikincisi, söz konusu işletmenin faaliyeti esnasında kullanılan malzemeler, araçlar, güçler göz önünde bulundurulduğunda, bir uzmandan beklenen tüm özen gösterilse bile işletmenin sıkça ve ağır zararlar doğurmaya elverişli olmasıdır.²⁷ Doktrinde bazı yazarlarca çevreyi kirletenin sorumluluğunun tehlike sorumluluğu olduğu ileri sürülmektedir.²⁸

Tehlike sorumluluğu görüşünü savunan yazarlardan Erişgin'e göre, ÇK m.28 açıkça tehlike sorumluluğunu düzenleyen hüküm değildir. Yazara göre, idare tarafından genellikle yönetmelik şeklinde çıkarılan düzenlemelerde çevre müdahalesine yol açabilecek faaliyet ya da işletmeler için ruhsat alma zorunluluğunun getirilmesi, tehlike sorumluluğunun söz konusu faaliyet ve işletmeler için öngörülmüş olabileceğinin bir kanıtı olarak görülebilir.²⁹ Bu görüşü savunan Korkusuz ise çevre kirlenmesinden doğan zararların özünde tehlike yaratma olasılığı olan³⁰ faaliyetlerden kaynaklandığını, bu nedenle doğacak sorumluluğun temelini tehlike ilkesinin teşkil edeceğini ileri sürmektedir.³¹ Çevrenin giderek artan önemi, gen tekniğinin değişmesi,

²⁵ Tiftik, 2005:23; Tandoğan, 1981:26; İmre, 1949: 67.

²⁶ Tandoğan, 1987:3; Eren, 2020:503.

²⁷ Her ne kadar 71. maddede tüm özen gösterilse dahi sıkça ya da ağır zarar doğurmaya elverişli işletmelerin önemli ölçüde tehlike arz edeceği düzenlenerek, önemli ölçüde tehlike arz eden işletme kavramına bir kriter getirilmiş olsa da bu kriter, örnek işletme faaliyetlerinin sayılması şeklinde somutlaştırılmamış olup soyut bir belirlemeden ibaret kalmıştır. Hangi işletmelerin önemli ölçüde tehlike arz edeceğinin önceden belirli olmayıp hakimnin takdirine bırakılmasının hukuki güvenliği zedeleyeceği doktrinde vurgulanmıştır. Tandoğan, 1981: 41.

²⁸ Kantar, 1984:34; Yavuz, 1990:38; Yüce, 2010:144; Ateş, 1995:71; Antalya, 2018:682-683.

²⁹ Erişgin, 2005: 34-35.

³⁰ Yüksek gerilim hatları, petrol ve türevleri üretim ve depolama yerleri, havai fişek ve patlayıcı madde üretim ve depolama yerleri, maden ocakları, metro, teleferik, petrol ve doğalgaz boru hatları, hava araçları, baz istasyonları, sıkça ve ağır zararlar doğurmaya elverişli işletme faaliyetleri kapsamında sayılabilir. Sanaç, 2013: 46-47

³¹ Korkusuz, 2009:175; Yavuz 1990:38; Yüce, 2010:144; Ateş, s.71; Antalya, 2018: 682-683; Gökyayla, s.292

kullanılan kimyasalların artması, hava, su gibi doğal çevrenin kirlenmesi neticesinde tüm insanlara zarar vermesi nedeniyle, sorumluluğun niteliğinin tehlike sorumluluğu olduğu ileri sürülmüştür.³²

c. Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesine Dayanan Sorumluluk Görüşü

Hukuka uygun müdahalelerden doğan sorumluluk olarak da ifade edilen fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanan sorumluluk; hukuk düzeni tarafından korunan bir varlığa, hukuk düzeni tarafından korunan üstün çıkar sahibi tarafından yapılan hukuka uygun müdahale nedeniyle zarar görenin hukuken sağlanan korumadan yararlanamayarak katlanmak zorunda kaldığı fedakârlığın üstün çıkar sahibi tarafından ödenen tazminat ile giderilerek denkleştirilmesini ifade eder.³³ Bu sorumluluk türünde, zarar verici davranışın hukuka aykırılığını ortadan kaldıran bir nedenin varlığına rağmen, eylemi gerçekleştiren kişi zararın bir kısmına katlanmak zorundadır. Müdahaleye katlanmak zorunda kalan zarar görenin, katlandığı fedakârlığın, müdahalede bulunan tarafından hakkaniyete uygun bir tazminat ödenerek giderilmesi gerekir.³⁴ Hukuka uygun kirletmelerden kaçınılmaz olarak doğan zararlara, zarara uğrayanın zarara katlanmasının açıkça hukuka aykırı olduğu durumlarda fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesini kapsayacak şekilde yorum yapılmalıdır.³⁵ Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanan sorumlulukta fiilin değil meydana gelen zararın hukuka uygunluğu söz konusudur.³⁶ Bu sorumluluk türünde hukuka aykırılık bulunmadığından kusurun bulunup bulunmadığı tartışılmaz.³⁷ Hukukumuzda fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine ilişkin genel bir düzenleme bulunmamakla birlikte Türk Borçlar Kanunu'nun 62. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen zorunluluk durumları ve Türk Medeni Kanunu'nun komşuluk hukukuna ilişkin 753. maddesi fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanan sorumluluk halinin görünüm biçimleridir.

Doktrinde bir kısım yazarlar, çevre etkileri nedeniyle meydana gelen zararlardan doğan talep hakkının fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayandığını savunmaktadır.³⁸ ÇK m.28'e fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesine

³² Kantar, 1984:34; Yavuz, 1990:38; Yüce, 2010:144; Ateş, 1995:71; Antalya, 2018: 682-683; Gökyayla, 1999:292

³³ Ulsan, 1986, 57; Gökcan, 2009: 251; Ateş, 1995:71; Göksel, 2004:33-34; Tandoğan, 1981:48; Ertaş, 1997:89; Gökyayla, 1999:286.

³⁴ Ulsan, 2012: 8.

³⁵ Tandoğan, 1987:29

³⁶ Ulsan, 2012: 56.

³⁷ Başoğlu, 2015:37

³⁸ Gökyayla, 1999:231; Göksel, 2004:34. Komşuluk hukukundan doğan zorunlu çıkar çatışmalarının varlığı kabul edilerek, iktisadi değeri daha fazla olan işletmelerin sağladığı faydaların korunması zorunludur. Aksi bir düşüncenin benimsenmesi halinde, birçok kamuya faydalı işletme ve kuruluşun faaliyetlerinin durdurulması gerekir. Akipek, 1994:8; Ertaş, 1997:90; Ertaş, 1989: 206

dayanan sorumluluğun uygulanması için maddeye “Kirletenin Hukuka Uygun fiillerinin durdurulması ve önlenmesi talep edilemez, ancak zarar görenler bu sebeple uğradıkları zararların uygun bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler” şeklinde bir fıkra eklenmesinin uygun olacağı ileri sürülmektedir.³⁹ Uygun olmayan yerlerde kurulmuş fabrika bacalarından havaya yayılan, zehirli gazların, toprağa ve suya karışan atıkların ölüm ya da ağır hastalıklara yol açması, etkileri uzun yıllar sonunda ortaya çıkan radyasyonun ölümcül sonuçları dikkate alındığında zararın fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanan hükümlerin uygulanarak denkleştirilmesi, kanımızca adalet duygusunu zedeleyecektir. Kamuya yararlı bir hizmetin karşılığı olarak insan ölümü uygun bir sonuç kabul edilemez. İnsan yaşamı için tehlike yaratan bir hizmetin, insan yaşamından üstün tutulması söz konusu olamaz. Zira, Yargıtay’ın da baz istasyonlarına ilişkin verdiği kararların gerekçesi de bizim görüşümüzle aynı yöndedir.⁴⁰

d. ÇK m.28’in Çerçeve Norm Olduğu Görüşü

Bu görüşün savunucularından Ulusan’a göre, kanun koyucu Ç.K m.28’deki sorumluluğun niteliği hususunda açıklık getirmemiştir. Dolayısıyla, somut olaya göre hukuki niteliği hakim belirleyecektir. Buna göre, kusurun bulunması halinde, TBK’nın haksız fiillere ilişkin genel hükümleri, işletme ya da faaliyetin tipik tehlike teşkil etmesi halinde tehlike sorumluluğu ya da fedakarlığın denkleştirilmesine ilişkin hükümler uygulanacaktır.⁴¹ Diğer bir görüşe göre, 28. maddeyi ek unsurlar olmadan tehlike sorumluluğu olarak nitelendirmek mümkün değildir. Ek unsur olarak çevre standartlarını içeren genellikle yönetmelik olarak çıkarılan düzenlemelerde öngörülen izin zorunluluğu sorumluluğun niteliğini belirlemede yol gösterecektir.⁴² Bir diğer görüşe göre, kirletenin sorumluluğu tek bir sorumluluk esasına dayandırmak mümkün değildir. Örneğin, elektrik santrallerinin çevre kirliliği gibi bazı hallerde, kirletenin sorumluluğunda tehlike sorumluluğu, objektif özen görevinin ihlali, egemenlik alanı ve yarar zarar dengesi esaslarına dayanan sorumluluk birlikte bulunur.⁴³ Çevre kirliliğinin meydana getirdiği şahıs ve malvarlığı zararlarının bu zarara yol açana bağlanabilmesinde, tehlike ilkesi, fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi ve kusur ilkesinden sorumluluk esasları olarak yararlanılabilecektir.⁴⁴ ÇK m.28 kapsamında sorumluluğun doğması için,

³⁹ Demir, 2011: 84-85

⁴⁰ Yarg. 4. Hukuk Dairesi, 19/11/2015, E. 2015/10238, K. 2015/10608, Yarg. 4. Hukuk Dairesi, 11/02/2010, 14825/1200, Yarg. 4. Hukuk Dairesi, 21/03/2011, 2802/2956.

⁴¹ Ulusan, 1986:75

⁴² Erişgin, 2005:34-35

⁴³ Yavuz, 1990:39-40

⁴⁴ Güneşli, 2012: 156; Antalya, 2018:682-683; Gökyayla, 1999:291-29; Demir, 2011:85

kusur dışında haksız fiil sorumluluğunun doğması için aranan unsurlar olan zarar, hukuka aykırılık, illiyet bağı unsurları ile kirletenin bulunması aranır.⁴⁵

Zarar

Çevre Kanununa göre zarar, çevrenin kirlenmesi ve bozulmasıdır. Çevre kirliliği, Kanunun 2. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre çevre kirliliği, çevrede meydana gelen ve canlıların sağlığını, çevresel değerleri ve ekolojik dengeyi bozabilecek her türlü olumsuz etkidir. Kirletenin sorumluluğunun doğması için, çevrenin kirlenmesi nedeniyle bir şahsın malvarlığı ya da şahsında zarar meydana gelmelidir.⁴⁶ Zira, kişilerin herhangi bir zarara uğramaksızın sadece çevrenin kirlenmesi 28. madde kapsamında sorumluluk doğurmaz.⁴⁷ 28. maddeye göre, kirletenden talep edilebilecek zarar, kirletici faaliyet sonucunda doğrudan ya da dolaylı olarak doğan zarardır. Maddi zarar olarak, fiili zarar, yoksun kalınan kâr talep edilebilir.⁴⁸ Şahıs ve malvarlığı zararlarının yanında çevre unsurlarının doğrudan sebep olduğu ekolojik zararların da tazmini gerekir.⁴⁹ Çevre zararı kavramı sorumluluk hukukundaki klasik anlamı kapsamamalı, bu kavrama günün koşullarına uygun içerik kazandırılmalıdır. ⁵⁰Hava, su, toprak gibi çevresel varlıklarda meydana gelen zararın parasal değerinin tespiti güçtür.⁵¹ Mahkeme, bu durumda gerçeğe yakınlık görüşünün ispatıyla yetinmelidir. Hakim, olayın hayatın olağan akışına uyup uymadığını, yaşam tecrübesini, günlük yaşamdaki ilişkileri ve iş hayatının koşullarını dikkate alarak zararın parasal değerini belirleyecektir.⁵² Kirleten kavramı da yine Kanunun 2. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre, faaliyetleri sırasında ya da sonrasında doğrudan ya da dolaylı olarak çevre kirliliğine, ekolojik dengenin ve çevrenin bozulmasına neden olan gerçek veya tüzel kişiler kirletendir. Anılan madde metninde çevreyi kirletenin “faaliyetler”inden kaynaklanan çevre kirliliği ifade edilmişse de bu ifadeyi

⁴⁵ Türk hukukunda doktrin ve yargıtay kararlarında objektif hukuka aykırılık teorisi benimsenmiş olup, hukuka aykırılık sorumlu kişinin davranışının niteliğinde aranır. Kaneti, 2007: 38; Atilla/Akman/Burcuoğlu/Alttop, 1993:643; Eren, 2020: 586, Tiftik, 1994:48.

⁴⁶ Gökyayla, 1999: 296; Çakırca, 2012: 84.

⁴⁷ Turgut, 2001: 565; Ateş, 1995: 78; Gökyayla, 1999: 296; Karşı grş, çevre değerlerinin ve bunlar üzerindeki hakların tehlike ile karşı karşıya bırakılmaları durumunda da sorumluluk söz konusu olmalıdır. Keleş, 1994:278

⁴⁸ Ertaş, 1997: 118; Ateş, 1995: 77.

⁴⁹ Yongalık, 1998:50; Tandoğan, 1987: 50 :104; Turgut, 2001: 561; Keleş Ruşen/Ertan Birol, 2002:166.

⁵⁰ Kuntalp, 1999:28

⁵¹ Göksel, 2004:106; Yongalık, 1998:50; Turgut, 2001: 561; Keleş Ruşen/Ertan Birol, 2002:167.

⁵² Ertaş, 1997: 118; Akipek, 1994: 18; Göksel, 2004:104; Yongalık, 1998:49; Tandoğan, 1987:49

ihmalleri de kapsayacak şekilde yorumlamak yerinde olacaktır.⁵³ Oğuzman'a göre, çevrenin kirlenmesi için hukuka aykırılık unsurunun bulunması gerekmez, kirlenmenin gerçekleşmesi yeterlidir.⁵⁴ Kirletenin olumsuz ve manevi müdahaleleri nedeniyle de Çevre Kanunu'na göre sorumluluğu doğacaktır.⁵⁵

Hukuka Aykırılık

Hukuka aykırılığın belirlenmesinde Çevre Kanunu hükümlerine göre çıkarılan, kirlilik standartlarını düzenleyen yönetmelik hükümleri esas alınmalıdır. Yönetmeliklerde belirlenen standartların üzerinde müdahale, hukuka aykırılık teşkil ederek sorumluluğun doğumuna neden olacaktır.⁵⁶ Bazı kirlenme standartlarının yönetmelikler yoluyla belirlenmemiş olması, Çevre Kanunu'nun 28. maddesi kapsamında sorumluluğun doğumuna engel olmaz. Böyle bir durumda Hakim, kirlenmenin standartlarını uluslararası standartlara, yöresel şartlara ve ülkedeki teknik imkânlarla göre bilirkişilere tespit ettirmelidir.⁵⁷ Kusursuz sorumlulukta, hukuka aykırılık unsurunun aranmaması gerektiğine ilişkin görüşe göre, kusursuz sorumlulukta kusur aranmadığından kusurlu bir fiil gibi hukuka aykırılık unsurunun da aranmaması gerekir. Kusursuz sorumlulukta, sorumluluğu doğuran olay, zarar ve zarar ile sorumluluğu doğuran olay arasında illiyet bağının bulunması sorumluluğun doğumu için yeterlidir.⁵⁸ Kusursuz sorumlulukta aranmayan tek unsurun kusur olduğu, bunun dışında aranmayacak bir unsur olsaydı bunun kanunda açıkça düzenlenmesi gerektiği de savunulmaktadır.⁵⁹ Çevre Kanunu'nun 28. maddesi kapsamında hukuka aykırılığın tespitinde bu kanuna göre çıkarılan ve kirlilik standartlarını düzenleyen yönetmelik hükümleri dikkate alınmalıdır.⁶⁰ Çevre Kanunu'nda hukuka uygunluk sebepleri özel olarak düzenlenmediğinden Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanununda düzenlenen hukuka uygunluk nedenleri kirleteni sorumluluktan kurtarabilecektir. Ancak hukuka uygunluk nedenlerinden rıza, çevreyi kirletenin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Zira, çevre kirliliğinin mağduru, genellikle tek kişi olmadığından ve zarar görenin üzerinde tasarruf yetkisi olmadığından zarar görenin rızası, kirleteni

⁵³ Çakırca, 2012: 82-83; Turgut, 2001: 298.

⁵⁴ Oğuzman/Öz, 2020: 56.

⁵⁵ Çakırca, 2012: 84; Bu sayede çevrenin korunmasının sağlayacağı fayda yanında kişilik değerleri de korunacaktır. Demir, 2011:83

⁵⁶ Ertaş, 1997: 170

⁵⁷ Tandoğan, 1987:45; Petek, 2005: 178; Ateş, 1995: 77; Gökyayla, 1999: 294; Akipek, 1994: 18

⁵⁸ Uluhan, 2012:139.

⁵⁹ Ertaş, 1997: 170. Açık bir düzenlemenin bulunmadığı durumda, hukuka aykırılık unsuru yorum yoluyla çıkarılamaz. Böyle bir görüşün kabulü halinde, tüm kusursuz sorumluluk hallerinde hukuka aykırılık unsurunun aranmamasını gerektirdiğinden bu görüş yerinde değildir. Gökyayla, 1999: 290.

⁶⁰ Ertaş, 1997: 170.

sorumluluktan kurtarmayacaktır.⁶¹ Sadece malvarlığı zararı yaratan çevre etkileri açısından zarar görenin rızasının hukuka uygunluk nedeni sayılarak sorumluluktan kurtulma sözleşmesinin yapılabileceği ileri sürülmektedir.⁶²

İllyet Bağının Bulunması

Türk Hukukunda, haksız fiil sorumluluğunun doğması için aranan unsurlardan biri uygun illiyet bağıdır. Uygun illiyet bağı, günlük hayat tecrübeleri ve hayatın olağan akışına göre, zararın zarar verenin (kirletenin) faaliyetinin uygun ve normal sonucu olmasıdır.⁶³ Çevrenin kirlenmesinden kirletenin sorumlu tutulabilmesi için, çevrenin kirlenmesi ya da bozulması ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması şarttır. Bir başka ifadeyle, zararın kirletenin faaliyetinden kaynaklanması gerekir.⁶⁴ Nedensellik bağının gerçeğe yakın görülmesinin kanıtlanması yeterli sayılmalıdır.⁶⁵ Uygun illiyet bağı, hem çevre kirliliğine neden olan fiil ile çevre kirliliği arasında hem de çevre kirliliği ile meydana gelen zarar arasında bulunmalıdır.⁶⁶ Kirlenme nedeniyle zararın meydana gelmesinde, çoğu kez birden fazla faaliyet, tesisat ya da işletmenin rolü varsa uygun illiyet bağının ispatı güçleşir. Bu durumda hem menfaat dengesi hem de zayıf durumda bulunanların korunması açısından ispat yükünün tersine çevrilmesi kolaylık sağlamaktadır.⁶⁷

Birden çok sebep birleşerek çevrenin kirlenmesine neden olmuşsa ortak illiyet söz konusu olur. Kirletenlerin hepsi müteselsil sorumluluk hükümlerine göre sorumlu olur.⁶⁸ Ortak illiyetin söz konusu olabilmesi için, meydana gelen zararın tek olması ve bunun kirletenler arasında bölünmesinin mümkün olmaması gerekir.⁶⁹

Kirliliğe neden olan her fiil zararlı sonucu tek başına doğurmaya elverişliyse yarışan illiyet söz konusu olur. Yarışan illiyette zarar gören, kirletenlerin

⁶¹ Gökyayla, 1999: 294; Oğuzman/Öz, 2013: 659; Çakırca, 2012:84.

⁶² Göksel, 2004:97; Çörtoğlu, 1995:189.

⁶³ Turgut, 2001: 598; Akipek, 1994: 19; Ertaş, 1997: 102; Gökyayla, 1999: 296; Ateş, 1995: 78.

⁶⁴ Petek, 2005: 201; Göksel, 2004:108; Ertaş, 1997: 207; Akipek, 1994: 19; Ateş, 1995: 79, Turgut, 2001: 568; Tandoğan, 1987: 50.

⁶⁵ Yongalık, 1998:100; Sirmen: 1990, s.29; Turgut, 1995:624

⁶⁶ Tandoğan, 1987: 50; Ateş, 1995: 79, Akipek, 1994: 19; Yongalık, 1998:97; Petek, 2005: 201; Göksel, 2004:108

⁶⁷ Yongalık, 1998:97-98; Turgut, 2001: 568; Ertaş, 1997: 170; Keleş Ruşen/Ertan Birol, 2002:169; Atilla/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 1993:569; Akipek, 1994: 19; Gökyayla, 1999: 296; Ateş, 1995: 78; Erişgin, 2005:102; Güneş, 2004:141; Badur, 2006:114.

⁶⁸ Ertaş, 1997: 104; Atilla/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 1993:569; Tandoğan, 1987: 50; Ateş, 1995: 78; Petek, 2005: 201; Akipek, 1994: 19; Gökyayla, 1999: 296; Göksel, 2004:109.

⁶⁹ Keleş Ruşen/Ertan Birol, 2002:168; Akipek, 1994: 19; Gökyayla, 1999: 296; Ateş, 1995: 78; Erişgin, 2005:113; Turgut, 2001: 568; Petek, 2005: 201; Badur, 2006:114; Atilla/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 1993:570; Ertaş, 1997: 104.

herhangi birinden müteselsil sorumluluk hükümlerine dayanarak zararın tazminini isteyebilir.⁷⁰

Çevre kirliliğine birden çok kişinin fiili sebep olmakla birlikte zararın sebebi fiil tespit edilemiyorsa seçimlik illiyet söz konusudur. Bu durumda da zarar gören, zararının kirliliğe neden olan kişilerin tamamından müteselsil sorumluluk hükümlerine göre tazminini isteyebilecektir.⁷¹ Bazı hallerde zarara yol açan fiiller birden çok faaliyet ya da işletmeden kaynaklanmasına rağmen bu fiillerden hiçbirisi tek başına hukuken belirlenen kirlenme sınırını aşmıyorsa zararın ÇK m.28'e göre tazmini mümkün değildir. Buna rağmen, zararın ağırlığı büyükse zararın fedâkarlığın denkleştirilmesi ilkesi kapsamında giderilebileceği ifade edilmektedir.⁷²

Çevre Kanunu'nda sorumluluğu ortadan kaldıran haller ayrıca düzenlenmemiş olup sorumluluk hukukunda sorumluluğu ortadan kaldıran haller olan mücbir sebep, üçüncü kişinin ağır kusuru ve zarar görenin ağır kusurunun kirletenin sorumluluğunu da kaldıracağı, illiyet bağına kesecek yoğunlukta olmayan sebeplerin varlığı halinde ise, söz konusu nedenlerin etkisine göre tazminattan indirim sebebi yapılacağı ifade edilmiştir.⁷³ Çevreyi kirletenin sorumluluğunun hukukî niteliği tehlike sorumluluğu olarak kabul edilecek olursa sorumluluk hukukunda illiyet bağına kesen sebepler, çevreyi kirletenin sorumluluğunu ortadan kaldıracak bir neden olarak değerlendirilmeyip tazminatın hesabında tazminattan indirim sebebi olarak değerlendirilmelidir.⁷⁴ Mücbir sebebin illiyet bağına kesip kesmediğinin her olayda ayrıca tespit edilmesi gerekir. Faaliyetin tehlikesi ne kadar fazlaysa, zarar verme ihtimali de o kadar yüksek olacağından mücbir sebebin de sorumluluğu ortadan kaldırma ihtimali de zayıflayacaktır.⁷⁵

B. TMK m.737 (Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu) KAPSAMINA GÖRE

Türk Medeni Kanunu'nun 737. maddesinde düzenlenen, taşınmaz malikinin sorumluluğu taşınmaz malın kullanılmasını doğrudan ve dolaylı

⁷⁰ Göksel, 2004:110; Ertaş, 1997: 104; Gökyayla, 1999: 296; Ateş, 1995: 78; Turgut, 2001: 570; Petek, 2005: 201; Atilla/Akman/Burcuoğlu/Altop, 1993:570.

⁷¹ Erişgin, 2005:120; Ateş, 1995: 78; Petek, 2005: 201; Keleş Ruşen/Ertan Birol, 2002:168; Ertaş, 1997: 209; Tandoğan, 1987: 50; Atilla/Akman/Burcuoğlu/Altop, 1993:570; Gökyayla, 1999: 296; Badur, 2006:114; Göksel, 2004:111; Yongalık, 1998: 107.

⁷² Göksel, 2004:111; Sirmen, 1990:29.

⁷³ Yongalık, 1998: 109; Akipek, 1994: 19; Gökyayla, 1999: 297; Ateş, 1995: 79; Göksel, 2004:114; Tandoğan, 1987: 50-51; Erişgin, 2005:122; Ertaş, 1997: 121; Gökcan, 2009: 46.

⁷⁴ Yüce, 2010: 159. Yargıtay 4. HD 1997 depremine ilişkin kararında, illiyet bağının deprem nedeniyle kesilmediğini, zarar veren olayı, deprem değil binaların yönetmeliğe uygun inşa edilmemesi olarak ifade etmiştir. 4. Hukuk Dairesi, 03/02/2005 tarih E.2004/7039 K.2005/746 sayılı karar www.kazancı.com. E.T: 20/03/2019

⁷⁵ Erişgin, 2005:126.

kısıtlayan özel hukuk hükümleri olup komşuluk hukukundan kaynaklanır.⁷⁶ Bu maddeye göre, herkes kendi taşınmazını kullanırken ve özellikle işletme faaliyetini sürdürürken, komşusuna zarar verecek taşkınlıklardan kaçınmak zorundadır. Anılan madde ile taşınmazın niteliğine, durumuna, yerel âdete göre komşular arasında hoş görülebilecek dereceyi aşan duman, buğu, kurum, toz, koku çıkartarak, gürültü ya da sarsıntı yaparak rahatsızlık vermek yasaklanmıştır. Taşkınlıklar yerel âdetin öngördüğü sınırlar kapsamında kalsa da kaçınılmazsa bundan doğan zararlar fedâkarlığın denkleştirilmesi ilkesine göre denkleştirilecektir. ⁷⁷ 737. maddede sayılan duman, koku, gürültü gibi rahatsız edici müdahaleler sınırlı bir sayım olmayıp örnek niteliğindedir. Çevre etkileri yaratan bu müdahaleler, bir taşınmazın kullanılması ya da işletilmesi sonucunda ortaya çıkan ve komşu taşınmaz üzerinde etkilerini doğuran müdahalelerle sınırlandırılmıştır. ⁷⁸ 737. maddenin uygulanması açısından müdahalenin sürekliliği aranmaz.⁷⁹ Çevre etkileri yaratan bu müdahaleler, olumlu, olumsuz ve manevi müdahaleler olarak üç şekilde görülebilmektedir.⁸⁰ Duman, toz, koku, buğu, havayı, suyu kirletmek, gürültü yapmak, olumlu müdahaledir.⁸¹ Olumsuz müdahale, bir taşınmazın kullanılması ya da işletilmesi nedeniyle komşu taşınmazın rüzgâr, ışık gibi enerji kaynaklarından faydalanmasının engellenmesi ya da manzaranın kapanması gibi müdahaleler olabilmektedir.⁸² Manevi müdahale, bir taşınmazın kullanılmasına ya da işletilmesine bağlı olarak komşuların manevi bütünlüklerini olumsuz etkileyen, ruh sağlıklarını ve iç huzurlarını bozan müdahalelerdir. Bu müdahalelere örnek olarak, belediyenin hayvan itlaf alanı, mezarlık, genel tuvaletler gösterilebilir.⁸³ Taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını taşkın kullanması çevre müdahalelerinden de kaynaklanabilmektedir. Bu nedenle 730. madde, komşuluk hukukuna ilişkin çevreyi kirletenin sorumluluğuna gidilebilecek yollardan biridir.⁸⁴ Taşınmaz malikinin sorumluluğunda kurtuluş kanıtı getirme olanağı bulunmadığından sorumluluğun hukukî niteliği ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu kabul edilmektedir.⁸⁵ Taşınmaz malikinin sorumluluğu mülkiyet

⁷⁶ Eren, 2020:366; Çörtoğlu, 1982:2.

⁷⁷ Güneş, 2015:310; Alıca, 2011: 61.

⁷⁸ Çakırca, 2012:66; Ulsan, 2014: 159.

⁷⁹ Ulsan, 2014: 160.

⁸⁰ Sirmen, 1988: 285.

⁸¹ Sirmen, 1988:258.

⁸² Eren, 2020: 369; Çakırca, 2012:67; Ulsan, 2014: 164.

⁸³ Sirmen, 1988:288; Ulsan, 2014: 164; Eren, 2020: 369; Çakırca, 2012:67.

⁸⁴ Çakırca, 2012:68.

⁸⁵ Ertaş, 2012:114; Tandoğan, 1986:121; Çörtoğlu, 1986:81. Karahasan, malikin mülkiyet hakkından doğan ödevlere aykırı davranmasının komşular için tehlike yarattığını, taşınmazların birbiriyle zorunlu ilişki içinde bulunmasının birinin diğeri aleyhine aşırı tehlike arz edeceği durumların söz konusu olabileceğini ifade ederek taşınmaz malikinin sorumluluğunun tehlike sorumluluğu olduğunu savunmuştur. Karahasan, 2003:632

hakkının taşkın kullanılmasından kaynaklandığından, malik umulmayan hal ve üçüncü kişilerin davranışından sorumlu tutulamaz.⁸⁶ Çevre etkilerinin yol açtığı zararlardan doğan talep hakkı, fedakârlığı denkleştirilmesi ilkesine dayanır. Hukukumuzda fedakârlığı denkleştirilmesine ilişkin genel bir ilke bulunmamaktadır. Kişileri hukuka uygun eylemlerinden sorumlu tutmak ancak kanunun açıkça öngördüğü hallerde mümkündür. Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, Türk Medeni Kanununun 730. maddesinde düzenlenen komşuluk hukuka ilişkin durumlarda ve Türk Borçlar Kanununun 64. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen zorunluluk halinde uygulama alanı bulur.⁸⁷ Çevreyi kirletenin sorumluluğun fedakârlığı denkleştirilmesi ilkesine dayanabilmesi için 730. maddenin 3. fıkrası gereğince, taşınmaz malikinin sorumluluğuna neden olan taşkınlığın yerel adete uygun ve kaçınılmaz olması gerekir.⁸⁸

C. TBK M.69 (Bina ve Yapı Eserleri Malikinin Sorumluluğu) KAPSAMINA GÖRE

TBK m.69/I “Bir binanın ya da diğer yapı eserlerinin maliki, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür.” Anılan maddeye göre, sorumluluğun doğması için bir bina ya da diğer yapı eserinin mutlaka bulunması gereklidir. Bina kavramı, insanların oturması ya da diğer ekonomik ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla yeryüzüne doğrudan ya da dolaylı şekilde yapılmış tamamen ya da kısmen kapalı yerler ve bu yerlerin bütünleyici parçalarını ifade eder.⁸⁹ Burada önem arz eden binanın insan tarafından yapılmış ya da düzenlenmiş olmasıdır. Teleferik, tünel, elektrik direkleri, yollar, köprü, kanal, inşaat iskelesi bu kapsamda yapı eseri sayılır.⁹⁰

Yapı malikinin çevre etkisi yaratan müdahalelerden sorumlu tutulması genellikle taşınmaz üzerindeki tesisten kaynaklanır. TBK m.69’un şartları gerçekleştiğinde, bina ve diğer yapı eserleri maliki bu madde kapsamında sorumlu tutulabilecektir. Taşınmaz üzerindeki tesisin duman, koku, gürültü gibi çevre etkileri yaratan müdahalelere neden olması onun yapımındaki bozukluk ya da bakımındaki eksiklikten kaynaklanır.⁹¹ Taşınmaz üzerindeki bina ya da yapı eserleri malikinin sorumluluğu, binanın idari makamlarca uygunluğunun onaylanması halinde de sona ermez.⁹² Bina ve diğer yapı malikinin sorumluluğunda kurtuluş kanıtı getirebilme imkanı bulunmadığından

⁸⁶ Eren, 2020: 656.

⁸⁷ Gökyayla, 1999: 301.

⁸⁸ Gökyayla, 1999: 301; Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 29/12/1978 tarih E.1978/3173 K.1978/15053 sayılı kararı, Yargıtay Kararları Dergisi, C.5, S.8, 1979, 1128-1129.

⁸⁹ Tandoğan, 1981:186; Feyzioğlu, 1976:658

⁹⁰ Von Tuhr,1983: 430

⁹¹ Sirmen,1988:302

⁹² Sirmen,1988:302

illiyet bağıını kesen üçüncü kişinin ağır kusuru, zarar görenin ağır kusuru ve mücbir sebep hallerinin bulunması dışında yapı maliki sorumluluğu ortadan kalkmayacaktır. Isı yalıtımı için sağlığa zararlı madde kullanılan bir evde uzun süre oturan bir kişi, bu kullanımı nedeniyle rahatsızlık geçirirse, yapı eserleri malikinin sorumluluğu doğabilecektir.⁹³ Zarar gören kişinin kusuru illiyet bağıını kesecek seviyede değilse tazminattan indirim yapılması mümkün olacaktır.⁹⁴

II. ÇEVRE SORUMLULUK HUKUKUNDA SORUMLULUKLARIN YARIŞMASI

1. KAVRAM OLARAK SORUMLULUK SEBEPLERİNİN YARIŞMASI

Sorumluluk sebeplerinin yarışması, doktrinde hakların yarışması olarak ifade edilmektedir. Sorumluluk sebeplerinin yarışması, “alacaklının borçluya karşı, aynı konuda belirli bir sonucu sağlamak amacıyla değişik hukuksal nedenlere dayanarak istemde bulunması”⁹⁵ ya da “bir olayda yasanın iki hükmünün dahi uygulama alanının bulunması” şeklinde tanımlanmaktadır.⁹⁶ Sorumluluk sebeplerinin yarışması halinin söz konusu olması için, sorumluluğun alacaklıya birden çok sorumluluk sebebine dayanarak borçludan talepte bulunma hakkı vermesi gerekir. Sorumluluk sebepleri, haksız fiile, sözleşmeye, sebepsiz zenginleşmeye dayanabilecektir. Ancak, bir konuda hem özel hem de genel düzenlemenin birlikte bulunması halinde özel düzenlemenin uygulanması gerektiğinden sebeplerin yarışması hali söz konusu olmaz.⁹⁷ Sorumluluk sebeplerinin yarışmasında, sorumluluk sebebi birden fazla olmasına rağmen sorumlu tutulan kişi tektir.

2. KIRLETENİN SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN SORUMLULUK HÜKÜMLERİNİN YARIŞMASI

Çevre hukukundaki hukukî sorumluluğun uygulama alanı oldukça geniştir.⁹⁸ Çevrenin korunmasında kirletenin özel hukuka göre sorumluluğunun dayanaklarını çerçeve yasa niteliğini taşıyan 2872 sayılı Çevre Kanunu’nun “kirletenin sorumluluğu” başlıklı 28. maddesinde düzenlenen kusursuz sorumluluk niteliğindeki hükmü, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun kusursuz sorumluluk kapsamındaki düzenlemeleri olan adam çalıştırmanın sorumluluğu, bina ve yapı eserleri malikinin sorumluluğu, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 730. maddesinde düzenlenen taşınmaz malikinin

⁹³ Koç,1990:82

⁹⁴ Koç,1990:8

⁹⁵ Karahasan, 1992:64.

⁹⁶ Uygur, 2012: 800.

⁹⁷ Uygur, 2012:481

⁹⁸ Parlar Ali/ Hatipoğlu Muzaffer, 2010: 506.

sorumluluğuna ilişkin hükümleri oluşturmaktadır. Kirletenin sorumluluğu, Medeni Kanun, Borçlar Kanunu dışında, şartları gerçekleşmişse 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu, 5312 sayılı Deniz ve Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararın Tazmini Esaslarına Dair Kanun gibi özel kanunlara da dayanabilecektir. 28. Madde kapsamında kirlilik teşkil etmeyen zarar verici müdahale, taşınmazın taşkın kullanımı nedeniyle oluşmuşsa taşınmaz malikinin, yapı eserinin yapımı veya bakımındaki eksiklik sonucu oluşmuşsa yapı ve bina eserleri malikinin sorumluluğuna gidilmesi mümkündür.⁹⁹

a. ÇK m.28 ve Kusur Sorumluluğunun Yarışması

2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 28. maddesinin 2. fıkrasında ifade edilen, “kirletenin, meydana gelen zararlardan ötürü genel hükümlere göre de tazminat hakkı saklıdır” hükmü, zarar göre, Çevre Kanunu ya da şartları oluşmuşsa Borçlar Kanununun 49. maddesi ve devamında düzenlenen haksız fiillere ilişkin genel hükümlere dayanarak tazminat talebinde bulunmak hususunda seçim hakkı tanımıştır. ÇK m. 28/II Yargıtay 4. HD tarafından davacının diğer sorumluluk sebeplerine dayanma olanağını ortadan kaldırmayan bir hüküm olarak yorumlanmıştır.¹⁰⁰ Türk -İsviçre Hukukunda hakim görüş, sebep sorumluluğuna özellikle de tehlike sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kusur sorumluluğu karşısında özel hüküm niteliği taşıması nedeniyle münhasıran uygulanacağı yönündedir.¹⁰¹ Ancak, özel düzenlemede düzenlenmeyen hususlar açısından genel hükümler uygulanabilecektir.¹⁰² Bu düşünce, hakim kusursuz sorumluluk haline ilişkin hükümleri resen uygulaması temeline dayanır.¹⁰³ ÇK m.28/II'de kirletenin genel hükümlere göre tazminat hakkının saklı tutulması, zarar görene haksız fiillere ilişkin genel hükümlere dayanarak tazminat talebinde bulunma hakkı vermektedir.

b. ÇK m.28 ve Taşınmaz Malikinin - Bina ve Diğer Yapı Malikinin Sorumluluğunun Yarışması

28. madde kapsamında kirlilik teşkil etmeyen zarar verici müdahale, taşınmazın taşkın kullanımı nedeniyle oluşmuşsa taşınmaz malikinin, yapı eserinin yapımı veya bakımındaki eksiklik sonucu oluşmuşsa bina ve diğer yapı

⁹⁹ Gökcan, 2009:345.

¹⁰⁰ 4. Hukuk Dairesi, 09/02/1988 tarih, E. 1988/10677, K. 1988/1297 sayılı karar, www.kazancı.com. E.T: 20/03/2019.

¹⁰¹ Buz, 2013:44

¹⁰² Buz, 2013:44

¹⁰³ 4. Hukuk Dairesi, 27/12/1956 tarih, 7590/6750 sayılı karar, Olgaç, 1969:419.

eseri malikinin sorumluluğuna gidilmesi mümkündür.¹⁰⁴ Zarar verici müdahale, Ç.K m.28 kapsamına giriyorsa, Ç.K m.28/II hükmü gereği, somut olayda Ç.K m.28 uygulanabileceği gibi, taşınmaz maliki ya da bina ve diğer yapı eseri malikinin sorumluluğunun hangisinin şartları oluşmuşsa o sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanabilecektir.

c. Ç.K m.28 ve Özel Tehlike Sorumluluklarının Yarışması

Kirletenin sorumluluğu, Medeni Kanun, Borçlar Kanunu dışında, şartları gerçekleşmişse 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu, 5312 sayılı Deniz ve Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararın Tazmini Esaslarına Dair Kanun gibi özel kanunlara dayanabilecektir. Anılan kanunlar, tehlike sorumluluğuna ilişkin özel düzenlemeler olduğundan Ç.K m.28 karşısında öncelikle uygulanacaktır. Ancak, bu kanun kapsamında düzenlenmeyen hususlar açısından tehlike sorumluluğuna ilişkin genel düzenleme olan TBK m.71 ve devamı hükümleri uygulanacaktır. TBK m.71/III “Belirli bir tehlike hali için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır.” ifadesinden de 71. maddenin tehlike sorumluluklarında tamamlayıcı hüküm olarak uygulanacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Ç.K m.28’de öngörülen sorumluluk, kusursuz sorumluluk olmakla birlikte bu sorumluluğun özel tehlike sorumluluğu olarak düzenlenip düzenlenmediği tartışmalıdır.¹⁰⁵ Bu sorumluluğun özel olarak düzenlenen tehlike sorumluluğu kapsamına girmediği düşünülürse, genel tehlike sorumluluğu kapsamına girip girmediği Borçlar Kanununun 71.maddesinde belirtilen şartların bulunup bulunmadığı ile tespit edilmelidir. Bu kapsamda çevresel zarar, illiyet bağı, kirletenin önemli ölçüde tehlike arz eden işletmenin sahibi olması ve çevresel zararın önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden kaynaklanması şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekir.

d. Ç.K m.28 ve TBK nm.71(Genel Tehlike Sorumluluğunun) Yarışması

Çevresel zararlar, sadece önemli ölçüde tehlike arz eden işletme faaliyetlerinden kaynaklanmaz; ancak, bu nitelikte bir işletmenin faaliyetinden kaynaklanıyor ve 71. maddede aranan diğer şartlar da mevcutsa bu madde kapsamında tehlike sorumluluğu doğacaktır. Hem Borçlar Kanunu’nun 71. maddesi hem de Çevre Kanunu’nun 28. maddesinde aranan şartların birlikte oluşması halinde zarar gören, sorumluluk şartlarının ispatı ve zararın tazmini açısından kendisi için en elverişli olanı seçmelidir. Ç.K m.28’in özel olarak düzenlenmiş tehlike sorumluluğu hükmü kabul edildiğinde, TBK m.71 karşısında öncelikle uygulanması gerekir. Ancak, 28. maddesinin 2. fıkrasında,

¹⁰⁴ Gökcan, 2009:345.

¹⁰⁵ Gökyayla, 1999: 291-292; Sirmen, 1988: 297; Yongalık, 1998: 64; Petek, 2005: 85 .

“kirletenin, meydana gelen zararlardan ötürü genel hükümlere göre de tazminat hakkı saklıdır” hükmü ile kirletenin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin diğer kanunlarda düzenlenen sorumlulukları dışlayacak nitelik taşımadığı açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle çevrenin kirlenmesi nedeniyle zarar gören kişi, şartları oluşan sorumlulukların hangisi lehineyse o sorumluluğa ilişkin hükümlere dayanarak tazminat talep edebilecektir.

Bu iki sorumluluk hükümlerinden hangisinin zarar gören açısından elverişli olduğu her somut olay bakımından farklılık göstereceğinden somut olay kapsamında değerlendirilecektir.

Sorumlulukların yarışması halini düzenleyen Borçlar Kanununun 60. maddesi gereğince, zarar görene kendisi için en iyi giderim imkânı sağlayacak sorumluluk hükümlerine dayanması için seçim hakkı tanınmalıdır. Zarar gören kendisine en iyi giderim imkânı sağlayacak sorumluluk hükümlerini belirlerken kendisine ispat kolaylığı sağlayacak sorumluluk esasını dikkate almalıdır. Kural olarak, nedensellik bağını ispat yükü davacıdadır. Zarar görenin fiil ile sonuç arasındaki bağın varlığını ispatı gerekir.¹⁰⁶ Hukuka aykırı bir fiilin işlendiğinin ispatı, hem fiilin işlendiğinin hem de hukuka aykırı olduğunun ispatı ile mümkün olur.¹⁰⁷ Kesin ispatın gerçekleştirilemediği durumlarda belirli bir ihtimâlle kanaat oluşturularak yetinilebilir.¹⁰⁸ Kanun, nedensellik bağının ispatı açısından belirli karineler öngörmediğinde ispat kolaylığı için bazı fiili karinelerin varlığı kabul edilerek nedensellik bağının gerçeğe yakın görülmesinin ispatıyla yetinilmelidir. Örneğin somut olayda gerçekleşen kirlenme belirli faaliyet alanına özgüyse, zararın o faaliyet alanında bulunanların oluşturduğu kirlenmeden kaynaklandığı kabul edilebilir.¹⁰⁹ Bir başka ifadeyle, somut olayda belirsizlik var ve bundan dolayı ortaya çıkan kuşku (ispatlanamazlık rizikosu) yüzünden artık ispatı olanaksız gözükün illiyet bağı yerine hakimde kanaat uyandıracak olgular gösterilmesi gerekir.¹¹⁰ Çevre kirliliğinin ya da çevre zararlarının ortaya çıkması genellikle bir kaza şeklinde ansızın değil bir tesis, işletme ya da maddenin işletilmesi veya kullanılması sürecinde ortaya çıkar.¹¹¹ Dolayısıyla, ihtimal dışı olağanüstü durumların gerçekleşmesi söz konusu olduğunda uygun illiyet bağı teorisinin uygulandığı düşünülürse kirletenin sorumluluğu doğmayacak, zarar gören zarara kendisi katlanacaktır. Sorumluluk hukukunda benimsenmiş uygun illiyet bağı teorisinin çevresel zararlarda uygulanması halinde sorumluluk gündeme gelmeyeceğinden çevre kirlenmesinin engellenememesi gibi bir durum ortaya

¹⁰⁶ Karahasan, 1995:194.

¹⁰⁷ Zapata, 2018:299.

¹⁰⁸ Eren, 1975:61-62.

¹⁰⁹ Antalya, 2018:689.

¹¹⁰ Erişgin, 2005:181.

¹¹¹ Erişgin, 2005:101.

çıkacaktır. Bu nedenle, tehlike sorumlulukları ve çevresel zararlardan doğan sorumluluk uygun illiyet bağı kuramının istisnasını oluşturmaldır. Çevresel zararlardan doğan sorumluluk ve tehlike sorumluluğunda bir sorumluluk normu, uygun illiyet bağı olmasa da ortaya çıkan zararın riskini zarar görenden başka kimseye yüklemeye dayanak olabilmelidir.¹¹² Nedensellik bağının ispatı Türk Medeni Kanunu'nun 6. maddesi gereğince, davalıdadır. Ancak, bu kural Çevre Kanunundan doğan sorumluluklar bakımından geçerli değildir. Zarara neden olan faaliyetin yeri ve niteliğine dayalı ispat yükü ve ölçütlerini değiştiren bir anlayış kabul edilerek davacıya birtakım olanaklar sağlanmıştır.¹¹³ Bilimsel belirsizlik hallerinde illiyet bağının ispatı güçleştirdiğinden illiyet bağının ispatında sorumluluk hukukunun esaslarının klasik yorumu genişletilmiştir.¹¹⁴ ÇK m. 28 kapsamındaki kirletenin sorumluluğunda, davacının davalının kusurunu ispatlaması gerekmez. Davacının, davalının çevre kirliliğine neden olduğunu ve uğradığı zararı ispatı yeterlidir. Kirlenme ve davacının uğradığı zarar arasında nedensellik bağının bulunduğu fiili karine kabul edilerek davacı ispat külfetinden kurtarılmalı,¹¹⁵ nedensellik bağının gerçeğe yakın görülmesinin kanıtlanması yeterli sayılmalıdır.¹¹⁶ Tehlike sorumluluğunda sorumluluğu doğuran olay ile zarar arasında nedensellik bağı adi karine kabul edilmeli, uygun nedensellik bağının bulunmadığını sorumlu ispatlamalıdır.¹¹⁷ Erişgin, tehlike sorumluluğu niteliği verilen ÇK m.28'de illiyet karinesinin uygulanmasının sorumluluğu ağırlaştıracağını ifade etmektedir.¹¹⁸ Sorumluluk sebeplerinin yarışması halinde zarar görenin en uygun giderim imkânını seçerken zamanaşımı süresini de dikkate almalıdır. Haksız fiiller için genel zamanaşımı süresi Borçlar Kanunu'nun 72. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, tazminat istemi zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak 2 yıl her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak 10 yıl geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Çevre Kanunu'nun 28. maddesinin 3. fıkrasında zamanaşımı süresi 5 yıl olarak düzenlenmiştir. Çevre zararlarında zamanaşımı süresinin başlangıç tarihini belirlemek önem arz eder. Kirlenme ya da meydana gelen çevre zararı süreklilik arz ediyorsa zamanaşımı kirlenmenin sona erdiği tarihten başlar.¹¹⁹

¹¹² Antalya, 2018:689; Gökcan, 2009:969; Atamer, 1996:59; Ertaş, 1997:102-103; Tandoğan, 1986: 49.

¹¹³ Turgut, 2012:292.

¹¹⁴ Turgut, 2012:292.

¹¹⁵ Ertaş, 1997:102.

¹¹⁶ Sirmen, 1990:29; Yongalık, 1998:100.

¹¹⁷ Antalya, 2018:519.

¹¹⁸ Erişgin, 2005: 182.

¹¹⁹ Antalya, 2018: 696.

SONUÇ

Haksız fiil sorumluluğunun doğması için 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi gereğince, zarar verenin kusurunun bulunması gerekir. Ancak, kusurun aranmadığı istisnai sorumluluk halleri de Türk Borçlar Kanunu, Türk Medeni Kanunu ve bazı özel kanunlarda düzenlenmiştir. Kusursuz sorumluluk halleri de sebep sorumluluğu, ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu olarak kendi içinde 3 gruba ayrılmaktadır. Çevreyi kirletenin 28. madde kapsamındaki sorumluluğu, kusursuz sorumluluk hallerindendir. Bu husus, anılan maddede açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen hangi kusursuz sorumluluk kapsamına girdiği açıkça düzenlenmemiştir. ÇK m.28'de düzenlenen sorumluluğun, özel olarak düzenlenmiş tehlike sorumluluğu olduğu bazı yazarlarca ifade edilmiş olsa da kanunda açık bir ifade bulunmadığından sorumluluğu tehlike sorumluluğu olarak nitelendirmek sorumluluğun ağırlığı karşısında zordur. Çevrenin kirlenmesi ya da bozulması nedeniyle genellikle ağır zararlar meydana gelmesi ve zararın tek kişiyi değil herkesi ve gelecek kuşakları da etkilemesi de kirletenin 28. madde kapsamındaki sorumluluğunun ağırlaştırılmış sebep sorumluluğundan daha ağır bir sorumluluk olarak niteleyerek tehlike sorumluluğu kapsamında düşünmek için yeterli değildir. Kanaatimizce ÇK m.28 hükmü ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu niteliğindedir. Tehlike sorumluluğunun doğması için genel tehlike sorumluluğuna ilişkin düzenleme olan TBK'nın 71. maddesinde aranan koşulların gerçekleşmesi gerekir. Bu nedenle, her türlü kirlilik tehlike sorumluluğu doğurmayacak olup somut olaya göre meydana gelen kirlilik birden fazla sorumluluk esasını bünyesinde barındırabilir. Somut olayda sorumluluk kusura da dayanabilir. Kirlilik hem kusur sorumluluğuna dayanıyor hem de taşınmaz malikinin sorumluluğu ya da bina ve diğer yapı eserleri malikinin sorumluluğu gibi kusursuz sorumluluğun şartları birlikte gerçekleşmişse sorumlulukların yarışması söz konusu olacaktır. ÇK m.28/II gereğince kirletenin sorumluluğuna ilişkin hükümler, diğer kanunlarda düzenlenen sorumlulukları dışlayacak nitelik taşımadığından zarar gören kusur sorumluluğuna da dayanabilecektir. Sorumlulukların yarışması halinde, Borçlar Kanununun bu hususu düzenleyen 60. maddesi gereğince, zarar gören kendi açısından en elverişli sorumluluk esasına dayanabilecektir. Zarar gören dayanacağı sorumluluk esasına ilişkin seçimini yaparken zamanaşımı ve ispat hususlarını dikkate almalıdır. Borçlar Kanununun 72. maddesine göre, genel zamanaşımı süresi zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak 2 yıl her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak 10 yıldır. Tehlike sorumluluklarına ilişkin özel kanunlarda farklı zamanaşımı süreleri düzenlenmiş olup ÇK m.28'de bu süre 5 yıldır. Ancak kirlenme süreklilik gösteriyorsa zamanaşımı kirlenmenin sona erme anından başlayacağından zarar görenin lehine olabilecektir. İspat yükü, Borçlar Kanununun 50.

maddesinde genel olarak düzenlenmiş olup buna göre, zarar görenin zararı ve zarar verenin kusurunu ispatı gerekir. Kusursuz sorumluluk hallerinde kusurun ispatı gerekmediği gibi özellikle tehlike sorumluluğunda fiil ile zarar arasındaki illiyet bağının gerçeğe yakın ispatı yeterlidir.

2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu, 5312 sayılı Deniz ve Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararın Tazmini Esaslarına Dair Kanun gibi tehlike sorumluluğunu düzenleyen özel kanunlar kapsamına giren bir kirlilik söz konusuysa özel kanunlar öncelikle uygulanacak, bu kanunlarda düzenlenmeyen hususlar açısından ÇK m.28 hükmü uygulanacaktır.

KAYNAKLAR

- **Akipek Şebnem:** “Çevreyi Kirletenin Hukuk Sorumluluğu”, Manisa Barosu Dergisi, S.51, 1994, s.4 vd.
- **Antalya Gökhan O.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul, 2018.
- **Ateş Mustafa:** “Çevre Kanununa Göre Çevrenin Kirlenmesinden Doğan Hukuki Sorumluluk”, Ankara Barosu Dergisi, 1995/2, s.68-80.
- **Badur Emel:** Çevreyi Kirletenin Hukukî Sorumluluğu, Çevre Hukuku Sempozyumu, Ankara 2006, s.105-116.
- **Baçoğlu Başak:** “Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.2, 2015.
- **Buz Vedat:** “Aynı Şahsın Farklı Hukuki Nedenlerle Sorumluluğu”, Bankacılık ve Ticaret Enstitüsü Dergisi, C.29, S.2, 2013, s.19-57.
- **Büyüksağış Erdem:** Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı - Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.1, 2006, s.1-19.
- **Çakırca Seda İrem:** “Çevreyi Kirletenin Hukukî Sorumluluğu”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 2012, s. 59-94.
- **Çörtroğlu İ.S:** “Çevrenin Kirletilmesinden Doğan Sorumlulukta Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılmasından Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması, Yargıtay Dergisi 1986, C.12, S.1-2, s.77-101.
- **Demir Hasan:** Çevreyi Kirletenin Hukuki Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011.
- **Eren Fikret:** Sorumluluk Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975.

- **Eren Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2020.
- **Erişgin Nuri:** Çevreyi Kirletenin Hukuksal Sorumluluğunda İlliyet Bağı, Ankara 2005.
- **Ertaş Şeref:** “Çevreyi Kirletenin Hukukî Sorumluluğu” Canlılar ve Çevre Sempozyumu Tebliğleri Ege Üniversitesi Botanik Anabilim Dalı Yayını, İzmir 1989, s.197-213.
- **Ertaş Şeref:** “Çevre Hukuku”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir 1997 (1997).
- **Ertaş Şeref :** Çevre Hukuku ve Hayvan Hakları Hukuku, İzmir 2012 (2012).
- **Gökcan Hasan Tahsin:** Haksız Fiil Hukuku ve Maddi- Manevi Tazminat Davaları, Ankara 2009.
- **Göksel Neslihan:** Çevre Kanununa Göre Çevreyi Kirletenin Hukukî Sorumluluğu, Ankara 2004.
- **Gökyayla Kadir Emre:** “ 2872 sayılı Kanuna Göre Kirletenin Hukukî Sorumluluğu”, Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay’a Armağan, C. 11, S.1-3 İstanbul 1999, s.281-311.
- **Güneş Ahmet:** Çevre Hukuku, İstanbul 2015.
- **Güneş Yusuf:** Çevre Hukuku, İstanbul 2004.
- **Güneyli Yamaç:** Sınırı Aşan Boru Hatlarının Üçüncü Kişilere Verdiği Zararlardan Doğan Sorumluluk, Ankara 2012.
- **Kaneti Selim:** Haksız Fiil Hukukunda Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul 2007.
- **Kantar H. Elvent:** “Çevre Hukukunda Sorumluluk Kavramı”, İstanbul Barosu Dergisi, 1984, s.20-42.
- **Karahasan M. Reşit:** Sorumluluk Hukuku, C.1, İstanbul 1992.
- **Karahasan M.Reşit :**Sorumluluk Hukuku, Kusura Dayana Sözleşme Dışı Sorumluluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk, İstanbul 2003.
- **Kayır Yıldırım:** 2872 sayılı Çevre Kanununa Göre Kirletenin Hukukî Sorumluluğu, İzmir 2000.
- **Keleş Ruşen/Ertan Birol:** Çevre Hukukuna Giriş, Ankara 2002.
- **Keleş Ruşen:** Kent ve Çevre Haklarının Korunması Üzerine Gözlemler, Prof. Dr. Yılmaz Günel’a Armağan, AÜSBFD, C. 49, S.3-4, Ankara 1994, (Kent ve Çevre Hakları).

- **Koç Nevzat: Bina ve Yapı Eserleri Maliklerinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1990.**
- **Kuntalp Erden: “Medeni Hukuk Açısından Çevre Kanununa Bakış” Çevre Kanununun Uygulanması, Türk Çevre Vakfı Yayını, Ankara 1999.**
- **İmre Zahit:** Doktrinde ve Uygulamada Kusursuz Sorumluluk Halleri, Ankara 1949.
- **İmre Zahit:** “Hukukî Mesuliyetin Esası Üzerine Bazı Düşünceler” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Doğumunun 100. yılında Atatürk’e Armağan, C.45, S.1-4, İstanbul 1979-1981, s. 402-420.
- **İmre Zahit:** Türk Hususi Hukukuna Göre Tehlikeli Şeylerden Doğan Mesuliyet, Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı, Ankara 1968.
- **Olgaç Senai:** Türk Medeni Kanunu Şerhi, İstanbul 1969.
- **Oğuzman Kemal/Öz Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, İstanbul 2020.
- **Parlar Ali/Hatipoğlu Muzaffer:** Cezai ve Hukukî Sorumluluk Açısından Çevre Hukuku ve Belediyeler, Türkiye Belediyeler Birliği, Ankara 2010.
- **Petek Hasan:** Taşınmaz Malikinin Hukuka Uygun Taşkınlıklardan Sorumluluğu (MK.m.730/II), Ankara, 2005.
- **Saraç Senem:** Türk Borçlar Kanununda Tehlike Sorumluluğu, İstanbul 2013.
- **Sirmen Lale:** “Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasında Çevre Etkileri Yaratan Müdahalelerden Dolayı Malikin Sorumluluğu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.1-4, 1988 s.281-306.
- **Sirmen Lale:** “Çevre Kanununa Göre Çevrenin Kirlenmesinden Doğan Sorumluluk”, Ankara Barosu Dergisi 1990, S.1, s.22-30.
- **Tandoğan Haluk:** “Medeni Hukuk Açısından Çevre Kanunu, Çevre Kanununun Uygulanması,” Türkiye Çevre Sorunları Vakfı Yayını, Ankara 1987, 17-65.
- **Tandoğan Haluk:** “2872 Sayılı Çevre Kanununa Göre Çevrenin Kirlenmesinden Sorumluluk”, Yargıtay Dergisi 1986, C.12, S.1-2, s.31-56.
- **Tandoğan Haluk:** Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981.
- **Tekinay Selahattin Sulhi/ Akman Sermet/ Burcuoğlu Haluk/Altıp Atilla:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.

- **Tiftik Mustafa:** Tehlike Sorumluluğunun Ayırıcı Özellikleri Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu, Ankara 2005.
- **Tiftik Mustafa:** Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994.
- **Turgut Nükhet:** Çevre Hukuku (Karşılaştırmalı İnceleme), Ankara 2001.
- **Turgut Nükhet:** Kirleten Öder İlkesi ve Çevre Hukuku, AÜHFD 1995, C.44,S.1-4, s.607-654.
- **Ulusan İlhan:** Çevrenin Kirletilmesinden Doğan Sorumlulukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi, Yargıtay Dergisi, C.12, S.1-2, 1986, s.57-76.
- **Ulusan İlhan:** Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, İstanbul 2012.
- **Uygur Turgut:** 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2012.
- **Von Tuhr Andreas:** Borçlar Hukuku, Ankara 1983.
- **Yavuz Cevdet:** “Türk Hukukunda Çevre Kirletenlerin Hukuki Sorumluluğu”, Hukuk Araştırmaları Dergisi 1990, C.5, S.1 -3, 35-46 (1990).
- **Yongalık Aynur:** Çevre Sorumluluk Sigortası, Ankara 1998.
- **Yüce Melek Bilgin:** “Çevrenin Kirletilmesinden Doğan Hukuki Sorumluluk”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7 S: 2, 2010, s. 137-166.
- **Zapata Tan Tahsin:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018.

İSLAM, OSMANLI VE CUMHURİYET SONRASI TÜRK HUKUKUNDA SARHOŞLUK SUÇU

Drunkennes Crime in Islamic, Ottoman and post-Republican Turkish Legal Systems

Doç. Dr. Uğur ERSOY* - Dr. Merve ALTINBAŞ**

Geliş Tarihi: 14.8.2020

Kabul Tarihi: 24.02.2021

ÖZET

Mevcut çalışmada sarhoşluk suçunun İslam, Osmanlı ve Cumhuriyet sonrası Türk hukukunda nasıl ele alındığı ve buna bağlanan sonuçların neler olduğu üzerinde durulmuştur. İslam hukukunda sarhoşluğun suç olarak düzenlenmesi öncelikle kişilerin sağlıklı düşünme kabiliyetinin devamlılığını, bunun bir sonucu olarak da kamu menfaati ile toplum düzeninin korunmasını amaçlar. Bu kapsamda sarhoşluğun cezai ehliyetine etkisi, sarhoşluğun iradi veya irade dışı olmasına göre ikiye ayrılmıştır. Osmanlı Devleti'nde de sarhoşluk suçunda Müslümanlara hem had cezası hem de tazir cezası uygulanmış, buna mukabil sarhoşluk suçu bakımından cezai sorumluluğu olmayan gayrimüslimlerin de kamu düzenini bozacak eylemleri tazir ile cezalandırılmıştır. Cumhuriyet sonrası Türk hukukunda ise sarhoşluk ile ilgili ilk düzenlemeye 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer verilmiştir. Daha sonrasında ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda sarhoşlukla ilgili düzenlemelere rastlanmaktadır. Ancak gerek 765 sayılı gerek 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda salt alkol almanın suç olarak düzenlenmediği söylenebilir. Buna karşın 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda sarhoşluk kabahat nevinden bir suç olarak düzenlenmiştir. Kabahatler Kanunu'nda da sarhoşlukla ilgili hükümler bulunmaktadır. Türk hukukunda 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'a göre oy verme günü, oy verme süresince sarhoşluk seviyesine varmayacak derecede olsa dahi alkol içilmesi suç olarak düzenlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Sarhoşluk, Sarhoşluk Suçu, Hadd, Kısas, Ta'zir.

ABSTRACT

In the current study, it was focused on how the drunkenness crime is handled in Islam, Ottoman and post-Republic Turkish legal systems and what are the results related to it. The regulation of drunkenness as a crime in Islamic law aims primarily for people to live at a healthy level of consciousness. Thus, the public interest and the social order are protected. In this context, the effect of drunkenness on criminal liability is divided into two according to whether drunkenness is voluntary or involuntary. In the Ottoman State, the acts of non-Muslims, who had no punitive responsibility in terms of drunkenness, and that were not criminally responsible for the crime of drunkenness, were punished by demolition. In post-republic Turkish law, the first regulation on drunkenness was the Turkish Criminal Code No. 765, followed by the Turkish Criminal Code No. 5237. However, it can be said that alcohol consumption alone is not regulated as a crime in the Turkish Penal Code no. 765 or 5237. On the other hand, drunkenness was regulated as a crime in the Turkish Criminal Code No. 765. There are also regulations regarding drunkenness in the Law on Misdemeanors. According to the Law No. 298 on the Basic Provisions of the Elections and Voter Registers, the day of voting was organized as a crime to drink alcohol even if it did not reach the level of drunkenness.

Keywords: Drunkenness, Drunkenness Crime, Canonical Punishment, Retaliation, Correction.

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi; e-posta: ugurursoy@kku.edu.tr; ORCID: 0000-0003-3770-0353.

** Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Türk Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Elemanı; e-posta: mervaltinbaskku@gmail.com; ORCID: 0000-0001-7094-0549.

GİRİŞ

Gerek ülkemizde gerek diğer ülkelerde alınan bütün önlemlere ve engelleyici düzenlemelere rağmen alkol ve madde bağımlılığının insan sağlığını tehdit eden önemli sorunlardan biri olarak varlığını sürdürdüğü söylenebilir. Bu tür maddelerin kullanımının suça yönelimi ve saldırgan davranışları tetiklediği de bilinen bir gerçektir¹.

Dünya Sağlık Örgütü'nün yayınladığı rapora göre 2016 yılında, zararlı alkol kullanımı Dünya çapında yaklaşık 3 milyon kişinin ölümüne (tüm ölümlerin %5,3'ü) ve 132,6 milyon kişinin hayatı boyunca engelli kalmasına yol açmıştır. Yine, alkol tüketiminden kaynaklanan ölüm oranının, tüberküloz, HIV/AIDS ve şeker hastalığı gibi hastalıkların neden olduğu ölümlerden daha yüksek olduğu da bu raporda ortaya konulmuştur².

Dünya Sağlık Örgütü verilerine göre 2016 yılında 15 yaş ve üstü küresel nüfusun yarısından fazlasının (%57, 3,1 milyar insan) alkol kullanmaktan uzak durduğu, ancak yaklaşık 2,3 milyar insanın halihazırda alkol tükettiği ifade edilmektedir³.

Yine Dünya Sağlık Örgütü'ne göre 2016 yılı itibariyle Dünya çapında yaklaşık 237 milyon erkek ve 46 milyon kadın alkol bağımlısıdır⁴.

Amerika Birleşik Devletleri'nde yapılan çalışmalarda alkol kullanımının, kasten öldürmelerin yaklaşık %50'sinde, intiharların ise %25'inde önemli bir etken olduğu tespit edilmiştir. Yapılan bu çalışmalara bakıldığında alkol bağımlılığı teşhisi konulan hastaların büyük çoğunluğunun aynı zamanda anti-sosyal kişilik bozukluğuna sahip oldukları da belirtilmektedir. Bunun bir sonucu olarak bu kişiler arasında suça yönelme ve suç işleme oranları da çok yüksektir.⁵ Yine yapılan çalışmalarda, kasten yaralama ve öldürme suçlarında %40-60 oranında, tecavüz suçlarında %30-70 oranında, aile içi şiddet suçlarında %40-80 oranında alkol kullanımının önemli bir etken olduğu ifade edilmektedir.⁶ Almanya'da yapılan bir araştırmada ise, Almanya'da işlenen bütün suçların yaklaşık %10'unun alkol etkisi altında işlendiği ifade edilmektedir.⁷ Bununla birlikte kasten işlenen suçlar yanında özellikle trafik

¹ WHO, Global Status Report on Alcohol and Health 2018, s.vii, <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/274603/9789241565639-eng.pdf?ua=1> (Erişim 05.02.2021)

² WHO, Global Status Report on Alcohol and Health 2018, s.xv.

³ WHO, Global Status Report on Alcohol and Health 2018, s.xiii.

⁴ WHO, Global Status Report on Alcohol and Health 2018, s.xvi.

⁵ Musa Tosun-Alptekin Çetin-Numan Konuk, "Alkol ve Madde Bağımlılığının Adli Psikiyatrik Yönleri," *Türkiye Klinikleri J Psychiatry-Special Topics*, 4/1 (2011), s. 81-82.

⁶ Cüneyt Evren-Fatih Öncü, "Alkol-Madde Kullanımı ve Bağımlılığı İle İlgili Adli Psikiyatri Uygulamaları," *Adli Psikiyatri Uygulama Kılavuzu*, Ed: Niyazi Uygur, (Ankara: Türkiye Psikiyatri Derneği Yayınları, 2014), s. 146.

⁷ H. J. Kerner, *Kriminologie Lexikon*, 4. Auflage, (Heidelberg: 1994), s. 107.

kazaları gibi genellikle taksirle işlenen suçlar bakımından da alkolün önemli bir etken olduğu belirtilebilir.⁸

Ülkemizde alkol başta olmak üzere diğer bağımlılık yapan maddeleri kullanarak haksızlığa sebep teşkil edecek bir fiil gerçekleştiren kişilerin karşılaşacakları yaptırımların neler olacağı mevzuatımızda ayrıntılı olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna ilişkin güncel düzenlemelere Türk Ceza Kanunu'nda ve Kabahatler Kanunu'nda yer verildiği görülmektedir.

Sarhoşluk içki veya uyuşturucu madde alınması sonucu kişinin kendine geldikten sonra o esnadaki söz ve eylemlerini bilemeyecek derecede aklî melekelerinin zaafa uğraması hali olarak açıklanırken; Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe sözlüğünde karşılığı, sarhoş olma durumu, esriklik, mestlik, sermestlik, sermesti kelimeleriyle ifade edilmiştir.⁹ Sarhoş kelimesi ise yine aynı sözlükte, alkollü içki veya keyif verici bir madde sebebiyle kendini bilmeyecek durumda olan kimse, esrik, mest, sermest, başı dumanlı, kafası bulutlu, kafası iyi, kafası dumanlı, kafası kıyak anlamlarına gelmektedir.¹⁰ Arapça'da ise sarhoş, sekrân; sarhoş olma, sekr; sarhoşluk, sarhoş olma hali, sükr kelimeleriyle karşılanmakla birlikte Kur'ân-ı Kerim'de bu kavramlar yedi yerde geçmektedir.¹¹ Hadislerde de aynı kökten gelen kelimelerin kullanımı yaygın görülmektedir.¹²

Tıbbî olarak sarhoşluk, alkol veya alkollü maddenin alınmasıyla sinir sisteminde depresyon yahut kısmî felçler meydana gelmesini ifade eder. Bununla birlikte uyuşturucu maddeler de bir tür sarhoşluk meydana getirirler. Hukuki anlamda fiil ehliyetine etkileri açısından belirleyici rol oynayan sarhoşluk, ceza hukuku özelinde de önemli bir yere sahiptir.¹³

Türk hukuk sisteminde kural olarak alkol içmek ne suç ne de kabahat olarak düzenlenmiştir. Türk hukuk sisteminde kendisine hukuksal sonuç bağlanılan tek durum, kusur yeteneği üzerinde önemli etkiler doğuran sarhoşluk olarak ortaya çıkmaktadır. Buna karşın sarhoşluk, İslam hukukunda had cezası gerektiren suçlar arasında sayılmış; sarhoşluğun ehliyeteye olan etkileri ayrıca ele alınmıştır. İslam ceza hukukunda sarhoşluk, hamr içme suçu olarak tanımlanmış ve cezası Kur'an ve hadislerdeki esaslara göre belirlenmiştir. Bununla birlikte hamr olarak değerlendirilmeyen fakat sarhoşluk veren diğer maddeler de müskirat olarak adlandırılmış ve örfî hukuk düzenlemelerle tazir cezaları kapsamında

⁸ Uğur Alacakaptan, *Sarhoşluk Halinde İşlenen Suçlarda Cezai Mesuliyet*, (Ankara: Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961), s. 4.

⁹ İbrahim Kâfi Dönmez, "Sarhoşluk", *DİA*, XXXVI, (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 2009), s. 141; Türkçe Sözlük, www.sozluk.gov.tr, (Erişim 29 Temmuz 2019).

¹⁰ Türkçe Sözlük, www.sozluk.gov.tr, (Erişim 29 Temmuz 2019).

¹¹ en-Nisâ 4/43; el-Hac 22/2, el-Hicr 15/15, 72; en-Nahl 16/67; el-Kâf 50/19.

¹² Dönmez, "Sarhoşluk", *DİA*, XXXVI, s. 141.

¹³ Dönmez, "Sarhoşluk", *DİA*, XXXVI, s. 142.

yer bulmuştur. Bir İslam devleti olarak Osmanlı uygulamasında da içki içme suçu had cezaları kapsamında, sarhoşluk veren diğer maddeler ise müskirat olarak tazir cezaları kapsamında değerlendirilmiştir. Sarhoşluk suçunda had olarak uygulanan sopa cezasına ek olarak tazir kapsamında prangabentlik, kürek gibi cezaların da uygulandığı görülmektedir.

Bu çalışmada sarhoşluğun İslam, Osmanlı ve Cumhuriyet sonrası Türk hukuk sisteminde nasıl ele alındığı ve buna bağlanan hukuksal sonuçların ne olduğu üzerinde durulacaktır.

§1. İslam Hukukunda Sarhoşluk Suçu

1.1. İslam Hukukunda Suç ve Cezalar

İslam hukukunun temel kaynağı olan Kur'an'da hem dini esaslar hem de toplum düzenini sağlamaya yönelik çeşitli emir ve yasaklar yer almaktadır. Söz konusu emir ve yasakların uygulanmasına ilişkin hadislerle de yol gösterilmiş, buna ek olarak yetkililere takdir hakkı tanınmıştır.¹⁴

Suç kavramı Kur'an'da tanımlanmamakla birlikte; cürüm, cinayet, cünah, seyyie, haram gibi kelimelerle, dinin özüne uymayan ve ahlak değerlerinde uygunsuz görülen her türlü olumsuz davranışa işaret edilmiştir.¹⁵ Fıkıhta cürm ve cerime kelimeleri günah, suç ve haksız fiil kavramlarını kapsayacak şekilde, cinayet kelimesi ise daha çok adam öldürme ve yaralama fiilleri için kullanılmıştır.¹⁶

İslam ceza hukukunda suçlar işleniş şekline göre basit-itiyâdi, adinatelikli; ihlal ettiği haklara göre sırf Allah hakkını ihlal eden-sırf kişi hakkını ihlal eden- karma suçlar ve nitelikleri açısından hadd-kıyas-ta'zir şeklinde sınıflandırılmıştır.¹⁷ Bu sınıflandırma Tanzimat sonrasında yapılan düzenlemelerde de korunmuştur.¹⁸

Hadd, kelime anlamı itibariyle sınırlama, men etme anlamına gelmekle birlikte, İslam hukukunda Allah hakkı olarak belirlenen cezaları ifade eder.¹⁹

¹⁴ **Mustafa Avcı**, *Osmanlı Ceza Hukuku-Genel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), s. 29-30.

¹⁵ **Avcı**, *Genel Hükümler*, s. 27.

¹⁶ **Mehmet Boynukalın**, "Suç", *DİA*, XXXVII, (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 2009), s. 453; **Avcı**, *Genel Hükümler*, s. 29, dn. 13.

¹⁷ **Boynukalın**, "Suç", *DİA*, XXXVII, s. 454; **Osman Kaşıkçı**, *İslâm-Osmanlı Hukuku*, (İstanbul: Ufuk Yayınları, 2015), s. 291.

¹⁸ **Boynukalın**, "Suç", *DİA*, XXXVII, s. 454; **Ahmet Akgündüz**, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, (İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2015), I, s. 107.

¹⁹ **Ali Bardakoğlu**, "Had", *DİA*, XIV, (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 1996), s. 547; **Boynukalın**, "Suç", *DİA*, XXXVII, s. 454; **Hayrettin Karaman**, *Mukayeseli İslam Hukuku*, (İstanbul: İz Yayınevi, 2014), I, s. 198.

Hırsızlık, yol kesme, şarap (hamr) içme, zina, zina iftirası, irtidat ve isyan; sınırları belirlenmiş, kul hakkı ile birlikte Allah hakkı içeren ve dolayısıyla hadd cezası gerektiren suçlardandır.²⁰

Kıyas ise basit anlatımıyla kasten öldürme, yaralama, sakatlama gibi kul hakkı içeren suçların, suçu işleyen kişiye misliyle uygulanmasıdır.²¹ Bu suçlar da cezası belli olduğu için kapsam itibarıyla hadd suçlarına benzemekle birlikte, bunlardan kul hakkının baskın olması yönüyle hadden ayrılırlar.²²

Kelime olarak engellemek, reddetmek, terbiye etmek gibi anlamlara gelen ta'zir, İslam hukukunda naslarda açıkça yer almayan fakat kamuya ya da bireylere zararı olan eylemlerin yasaklanması olarak ifade edilmektedir.²³ Sınırların genişliği, takdir yetkisi bulunması ve af kurumunun geçerliliği ta'ziri hadden ayıran en önemli farklardır.²⁴

1.2. İslam Kaynaklarında İçki İçme Yasağı ve Sarhoşluk

İslam dini, insanların hem uhrevî hem de dünyevî ihtiyaçlarına yönelik düzenlemeler getirmiştir. İslam ceza hukuku kapsamında korunan hukuki yararlar ise yaşam hakkı, malvarlığı, insan onuru, toplum düzeni, birey ve toplum sağlığı ve din ve devlet düzeni şeklinde sınıflandırılmış; içki ve sarhoşluk veren madde içme yasağı da bireyin akıl sağlığını ve dolayısıyla toplum sağlığını koruma amacına hizmet etmiştir.²⁵

İçki içme yasağı kapsamında karşımıza hamr, sekr, müskir, müskirat, şürb gibi kavramlar çıkar.²⁶ Yenilmesi ve içilmesi insana sarhoşluk veren şeye müskir denilir; müskirat ise müskirin çoğul halidir.²⁷ Sarhoşluk içki içme veya sarhoş edici bir madde alma neticesinde gerçekleşen kişideki bilinç bulanıklığı olarak tanımlanmıştır.²⁸

Hamr kelimesi Kur'an'daki hamr yasağının kapsamı ve içki yasağının temelini tespitini amaçlayan metodolojik bir tartışmayı beraberinde getirmiştir. Üzüm suyundan yapılan şarabın hamr sayılacağı konusunda mutabık olan fakihler, bundan başka nelerin hamr sayılacağını yapıldığı madde ve yapıma

²⁰ **Abdülkâdir Udeh**, *Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslam Ceza Hukuku- Özel Hükümler*, (İstanbul: Kayıhan Yayınevi, 2012), II, s. 401.

²¹ **Muhsin Koçak v.dgr.**, *İslam Hukuku- İslam Hukukuna Giriş/Aile Hukuku/Miras ve Ceza Hukuku*, (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2013), s. 561.

²² Had ve kıyas ayrımı için bkz. **Avcı**, *Genel Hükümler*, s. 33.

²³ **Boynukalın**, “Suç”, *DİA*, XXXVII, s. 454; **Yaşar Yiğit**, *İslam Ceza Hukukunun Yürürlüğü*, (Ankara: Sistem Ofset Yayıncılık, 2012), s. 39.

²⁴ Had ve tazir suçları arasındaki farklar için bkz. **Avcı**, *Genel Hükümler*, s. 43-49.

²⁵ **Avcı**, *Genel Hükümler*, s. 34.

²⁶ **Mustafa Baktır**, “İçki”, *DİA*, XXI, (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 2000), s. 459.

²⁷ **Ömer Nuhu Bilmen**, *Hukuki İslamiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu*, (İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1999), III, s. 250.

²⁸ **Dönmez**, “Sarhoşluk”, *DİA*, XXXVI, s. 141.

yöntemi açısından değerlendirmek suretiyle farklı sonuçlara ulaşmışlardır.²⁹ Şürb kelimesi ise Arapça'da içmek anlamına gelen şeribe fiilinden türemiş, ceza hukukunda ise bilinci ortadan kaldıran maddelerin yenilmesi, içilmesi ya da başka yöntemlerle vücuda alınması şeklinde tanımlanmıştır.³⁰

İçki yasağına ilişkin hükümler farklı zamanlarda inen dört Kur'an ayetinde karşımıza çıkmaktadır. Konuya ilişkin ilk ayet Nahl Suresi 67. ayetidir. Hükme göre: "Hurma ağaçlarının ve üzüm asmalarının ürünlerinden hem içki hem de güzel besinler elde edersiniz. Bunda da aklını kullanan bir topluluk için açık delil vardır." Bu ayette yer alan "sekr" kelimesi, sarhoşluk veren şey anlamına gelmekle birlikte, tefsirde içki olarak çevrilmiştir³¹. Ayetin içeriğine bakıldığında doğrudan bir yasaklama görülmemektedir; ancak tefsirciler sekrin güzel rızıktan farklı bir anlam taşıdığı ve doğrudan yasaklanmasa da kabul görmeyen bir nesne olduğu yönünde imalarda bulunmuşlardır.³² İçkiye ilişkin ikinci hüküm Nisa Suresi 43. ayetidir. Hükümde: "Ey iman edenler! Siz sarhoş iken ne söylediğinizi bilinceye kadar, yolcu olan müstesna olmak üzere, cünüp iken de gusül edinceye kadar namaza yaklaşmayın." uyarısı yapılarak içkiliyken namaza yaklaşılmamasına yönelik bir yasaklama getirilmiş fakat doğrudan içkinin yasaklanması söz konusu olmamıştır.³³ Bu ayetin inmesine vesile olan ve içkiye ilişkin diğer bir düzenleme de Bakara Suresi 219. ayetidir ki burada da "Sana şarap ve kumar hakkında soru soruyorlar. De ki: İkisinde de büyük günah ve insanlar için birtakım faydalar vardır. Ancak her ikisinin de günahı faydasından daha büyüktür." hükmü gereğince doğrudan bir yasak getirilmemiştir.³⁴ Son olarak Maide Suresinin 90. ayeti indirilerek içkinin kesin olarak yasaklandığına hükmedilmiştir: "Ey iman edenler! İçki, kumar, dikili taşlar, fal okları şeytan işi iğrenç şeylerdir. Bunlardan kaçının ki kurtuluşa eresiniz." hükmüyle, kademeli olarak düzenleme yapılan içkinin, tamamen yasaklandığı belirtilmiştir.³⁵

İçkiden ne anlaşılması gerektiği konusu hadislerle aydınlatılmaya çalışıldığında; sarhoş eden her şeyin hamr olduğu ve sarhoşluk veren her şeyin azının da haram olduğu özüne ulaşılmaktadır.³⁶

²⁹ **Baktır**, "İçki", *DİA*, XXI, s. 460.

³⁰ **Mustafa Avcı**, *Osmanlı Ceza Hukuku-Özel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), s. 391.

³¹ Diyanet İşleri Başkanlığı, *Kur'an Yolu Tefsiri*, (Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2014) III, s. 416.

³² **Baktır**, "İçki", *DİA*, XXI, s. 459.

³³ **Diyanet**, Tefsir, s. 69-73.

³⁴ **Baktır**, "İçki", *DİA*, XXI, s. 459.

³⁵ **Diyanet**, Tefsir, s. 336-340; **Udeh**, s. 565.

³⁶ Müslim, "Eşribe", 67-75; Tirmizî, "Eşribe", 1-2; Serahsi, XXIV, s. 31; **İbrahim Canan**, *Hadis Külliyyatı Kütüb-i Sitte Tercüme ve Şerhi*, (Ankara: Akçağ Yayınları, 1995), VIII, s. 124.

Sarhoşluk veren maddelerin tıbbî açıdan kullanılması ise fakihlerce görüş ayrılıklarını beraberinde getirmiştir³⁷. Tıbbî olarak makul düzeyde kullanımı uygun görenler olduğu gibi, kati surette bu maddelerin her ne amaçla olursa olsun kullanılmaması gerektiğini savunanlar da bulunmaktadır³⁸.

1.3 İslâm Hukukçularına Göre Şürb

İçkinin hangi ürünlerden elde edildiğine dair ayet ve hadislerde ibareler bulunmakla beraber; şürb kavramının kapsamı İslam hukukçularınca farklı yorumlanmıştır³⁹.

Ebû Hanife ekşiyip, köpüren ve köpüğünü atan üzüm şırası, kaynatılarak üçte ikisinden azı buharlaştırılan ve kalanı sarhoş edici etkiye sahip üzüm şırası, ıslatılan kuru üzüm ve hurma çağlasının (kuru-yaş) suyu ekşitmesi ve köpüğünü atması sonucu oluşan içeceği şürb sayarken; Ebu Yusuf ve İmam Muhammed ise diğer oluşumları kabul etmekle beraber üzüm şırasının ekşiyip köpürmesini yeterli görmüşler, köpüğünü atma şartını aramamışlardır.⁴⁰ Arpa, yulaf, çavdar gibi şeylerin kaynatma veya ıslatma sonucu özünü suya vermesi halinde ortaya çıkan içeceğin şarap olmayacağı ve sarhoş etmeyecek kadarının içilebileceği görüşünde olan Ebu Hanife, buna delil olarak Hz. Peygamber'in hurma ağacı ile üzüm çubuğunu göstererek “Şarap işte şu iki ağaçtan hasıl olur.” hadisi ile “Şarabın bizzat kendisi ve diğer içkilerin de sarhoşluk veren miktarı haram kılınmıştır.” hadislerini gösterir.⁴¹ Buna göre Ebu Hanife şarabı ne kadar içildiğine bakılmaksızın haram sayarken, diğer sarhoş edici etkisi olan içecekleri müskirat kapsamında değerlendirerek sarhoş eden miktarının haram olduğunu savunmuştur.⁴²

Diğer sünni mezhep imamları ise üzüm suyu, çavdar, şeker kamışı, yulaf gibi maddelerden üretilen şeylerin az veya çok sarhoş ettiğine bakılmaksızın tüketilmesini şürb saymışlar, içeceğin şarap olarak adlandırılmasına bakmamışlardır.⁴³ Buna göre her halde hadd cezasına hükmedileceğini savunurlar.⁴⁴

Ebu Hanife'nin şarap içme ve sarhoş olma eylemlerini birbirinden farklı değerlendirmesi, hadd-i hamr ve hadd-i sekr ayrımını doğurmuştur.⁴⁵ İhtiyari

³⁷ **Baktır**, “İçki”, *DİA*, XXI, s. 461.

³⁸ Ebû Dâvûd, “Tıb”, 11.

³⁹ **Baktır**, “İçki”, *DİA*, XXI, s. 460.

⁴⁰ **Ebû Sehl Ebû Bekir Muhammed b. Ahmet Serahsi**, *el-Mebsût*, (İstanbul: Gümüşev Yayınları, 2016), XXIV, s. 6; Udeh, s. 566.

⁴¹ **Serahsi**, XXIV, s. 8; **Canan**, s. 137.

⁴² **Dönmez**, “Sarhoşluk”, *DİA*, XXXVI, s. 143.

⁴³ **Karaman**, s. 204; **Avcı**, *Özel Hükümler*, s. 393.

⁴⁴ Müslim, “Eşribe”, 7; Ebu Davud, “Eşribe”, 5; **Molla Hüseyin Mehmed b. Feramürz b. Ali**, *Tercümetü'l-Gürer Ve'd-Dürer*, (Dersaadet: Matbaa-i Amire, 1875), I, s. 388; **Bilmen**, s. 252.

⁴⁵ **Koçak v.dgr.**, s. 541; **Avcı**, *Özel Hükümler*, s. 393.

olarak şarap (hamr) içilmesinden dolayı verilen ceza hadd-i hamr olarak nitelendirilmiş ve içilen şarabın azlığı, çokluğu veya sarhoşlukla neticelenmesi aranmamıştır.⁴⁶ Diğer hadd cezası olan hadd-i sekr ise şarap (hamr) dışında bir maddeyi ihtiyari olarak kullanan ve fiili olarak sarhoş olan kişi için öngörülmüştür. Burada kişinin maddeyi kullanması yeterli olmayıp sarhoşlukla neticelenmesi gerekmektedir.⁴⁷

Suçun hadle cezalandırılması için kişinin hür bir Müslüman olması gerektiğinden, gayrimüslimler için bu eylem suç değildir⁴⁸. Ancak bu durum şartların gerektirmesi halinde ta'zir uygulanmasını engellemez.⁴⁹ Buna göre sarhoşluk sebebiyle kamu düzenini bozması halinde gayrimüslimlere ta'zir cezası verilebilecektir.

1.4. Korunan Hukukî Yarar

Hadd cezaları kamu menfaatini ve toplum düzenini koruma amacı güden yaptırımlardır. Bununla birlikte kişinin şahsi yararı da gözetilmekte, sağlık açısından kendi akıl sağlığına ve bedenine vereceği zararın ve sarhoşluğun vereceği bilinç bulanıklığı ile başkalarına vereceği zararın önüne geçilmesini hedefler.⁵⁰

1.5. Suçun Maddi Unsuru

Suçun maddi unsuru olarak şürb suçunun gerçekleşmesi için şarap veya sarhoş eden bir içkinin içilmesi gerekmektedir.⁵¹ Ancak Ebu Hanife'nin yaptığı ayırma göre her türlü şarap, miktarına bakılmaksızın maddi unsurun ortaya çıkmasını sağlarken diğer sarhoşluk veren şeylerin sarhoş edecek kadar alınması suçun maddi unsurunun ortaya çıkmasını sağlar.⁵² Bununla beraber sarhoşluk veren fakat içki niteliği taşımayan maddelerin kullanılması sonucunda hükmedilecek olan hadd cezası değil, tazir cezası olacaktır.⁵³ Müskirat olarak kabul gören diğer sarhoş edici maddelere örnek olarak haşhaş, esrar, kokain verilebilir.⁵⁴ Diğer mezheplere göre ise sarhoş eden şeyin (içki veya madde) ne kadar kullanıldığı önem arz etmeksizin şürb suçu işlenmiş olur.⁵⁵

⁴⁶ Bilmen, s. 253.

⁴⁷ Udeh, s. 567; Dönmez, "Sarhoşluk", *DİA*, XXXVI, s. 143.

⁴⁸ Serahsi, XXIV, s. 47; Karaman, s. 204.

⁴⁹ Yiğit, s. 203; Avcı, *Özel Hükümler*, s. 394.

⁵⁰ Avcı, *Özel Hükümler*, s. 391.

⁵¹ Karaman, s. 205.

⁵² Bakır, "İçki", *DİA*, XXI, s. 460; Karaman, s. 204; Avcı, *Özel Hükümler*, s. 392-393.

⁵³ Bilmen, s. 251; Bakır, "İçki", *DİA*, XXI, s. 460.

⁵⁴ Tuncay Başoğlu, "Uyuşturucu", *DİA*, XLII, (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 2012), s. 248; Avcı, *Özel Hükümler*, s. 393.

⁵⁵ Avcı, *Özel Hükümler*, s. 393.

Şarap veya sarhoş eden bir içkiyi içerek sarhoş olan kişinin had suçu ile cezalandırılması için hür bir Müslüman olması, özürsüz olarak ve iradesiyle bu eylemi gerçekleştirmesi, sarhoşluğun kişiye erkek ile kadını ayırt edemeyecek veya cümle kuramayacak bir zihin bulanıklığı sağlaması gerekir.⁵⁶ Buna ek olarak içkinin ağız yolu ile alınması ve başka bir yiyecek veya içeceklerle birlikte alınmasının suçun oluşumunu engellemeyeceği konusunda İslam alimleri görüş birliğindedir.⁵⁷ Ancak burun veya kulak yoluyla şarabın vücuda girmesi durumunda Hanefi ve Malikiler tazir uygulanacağını savunurken Şafiiler had uygulanacağını savunurlar.⁵⁸

Şarabın ve sarhoşluk veren maddelerin zorunluluk halinde veya tedavi amaçlı kullanılması hususu da mezhepler tarafından değerlendirilmiş ve kusurluluğu etkileyen hallerden sayılmıştır.⁵⁹

Son olarak şürb suçunun işlendiği yer dar'ül-islam sınırları dahilinde olmalıdır.⁶⁰ Aksi halde eylemin gerçekleştiği yer İslam devleti sınırları dışında olduğu için had cezası düşer.⁶¹

1.6. Suçun Manevi Unsuru ve Kusurluluk

Kişinin had cezasına çarptırılması için kasıtlı ve bilinçli olarak şarap içmesi veya sarhoşluk veren şeyi içip sarhoş olması gerekmektedir.⁶² Eğer kişi suç işleme kastı olmaksızın şarap veya sarhoşluk veren maddeyi içer ya da içtiği şeyin sarhoşluk vereceğine dair bir bilgisi olmadan içerse, bu durumda kastının varlığından söz edilemez.⁶³ Kişinin bu konudaki bilgisizliği ise makul olmalıdır. Makul bilgisizlikten kasıt, kişinin söz konusu eyleminin İslam hukukuna göre bir suç olduğunu bilmemesi durumudur.⁶⁴ Bu sebeple helal bir gıdanın tüketilmesi sonucunda ya da taksirle şürb suçunun işlenmesi halinde kişi cezalandırılmaz.⁶⁵

Şürb suçunda zorunluluk hali ve tehdit kusurluluğu kaldıran durumlar olarak sayılmıştır.⁶⁶ Susuz kalınması gibi bir çaresizlik durumunda şarabın ve sarhoşluk veren maddelerin tüketilmesinin had gerektirmeyeceğini savunan fakihler; Bakara suresinin 173. Ayetindeki "... Ama biri zorda kalırsa, haksızlığa sapmadıkça, sınırı aşmadıkça kendisine günah yoktur. Biliniz ki

⁵⁶ Molla Hüsrev I, s. 372; Kaşıkçı, s. 343; Koçak v.dgr., s. 542.

⁵⁷ Serahsi, XXIV, s. 42-43; Udeh, s. 569.

⁵⁸ Avcı, Özel Hükümler, s. 393.

⁵⁹ Baktır, "İçki", DİA, XXI, s. 461.

⁶⁰ Avcı, Genel Hükümler, s. 70.

⁶¹ Bilmen, s. 254.

⁶² Serahsi, XXIV, s. 47-48; Karaman, s. 204.

⁶³ Avcı, Özel Hükümler, s. 395.

⁶⁴ Udeh, s. 571.

⁶⁵ Baktır, "İçki", DİA, XXI, s. 461; Avcı, Özel Hükümler, s. 395.

⁶⁶ Avcı, Özel Hükümler, s. 395.

Allah bağışlayıcıdır, merhametlidir.” hükmünü delil kabul etmişlerdir.⁶⁷ Buna göre susuzluğu giderme amacından çıkılması ve sınırın aşılması had cezasını düşürmeyecektir. Ancak Şafii ve Maliki görüşü susuzluk halinde şarap içmeyi caiz bulmamıştır.⁶⁸ Sarhoşluk veren maddenin tedavi edeceği inancıyla alınması konusunda Hanefiler hastalığı iyi etme amacıyla yasak olan şeyin içilebileceği görüşündeyken, Şafiiler şarap haricindeki yasak edilen şeylerle tedavinin mümkün olduğu fakat şarabın kullanılamayacağı görüşündedirler.⁶⁹ Ölüm veya uzuv kesme tehdidi altında şürb suçunun işlenmesi halinde ise tehdidin kusurluluğu kaldıracağı belirtilmiştir.⁷⁰

1.7. Şürb Suçunun Cezası ve İnfazı

Şürb suçunu işleyen faile uygulanacak haddin sopa cezası olarak belirleneceği hadisler delil gösterilmek suretiyle sabit olmuştur.⁷¹ Ebu Hureyre tarafından nakledilene göre “Hz. Peygamber’e içki içmiş bir adam getirildi, onu dövünüz buyurdu. Onu kimimiz eliyle, kimimiz elbisesiyle dövüyordu.”⁷² Ancak sopa cezasının ne kadar uygulanacağı konusu Hz. Peygamber devrinden sonra, yaklaşık kırk vuruş uygulanması yönündeki icma⁷³ ile belirlenmiştir.⁷⁴ Alt sınır kırk sopa şeklinde uygulanmakla beraber, üst sınır olarak da seksen değneğin kabulü yine icma ile olmuştur.⁷⁵ Cezanın belirlenmesinde icma yoluna başvurulması hadis ve Kur’an hükümlerinde suçun belirlenmiş fakat cezanın belirlenmemiş olmasından kaynaklanmıştır.⁷⁶

Cezanın uygulanabilmesi için ispat şartı aranmıştır. Buna göre ikrar, iki erkeğin şahitliği, bilirkşi beyanı, koku, sarhoşluk ve kusma durumu ispat vasıtaları olarak sayılmıştır.⁷⁷

⁶⁷ Bilmen, s. 255; Koçak v.dgr., s. 542.

⁶⁸ Avcı, *Özel Hükümler*, s. 395.

⁶⁹ Avcı, *Özel Hükümler*, s. 396.

⁷⁰ Avcı, *Özel Hükümler*, s. 396.

⁷¹ Burhanüddin Ebu’l-Hasan Ali b. Ebû Bekir Merginanî, *Hanefiler İçin İslam Fıkhı El-Hidâye Tercemesi*, (İstanbul: Kahraman Yayınları, 2015), II, s. 237; Karaman, s. 205; Avcı, *Özel Hükümler*, s. 405.

⁷² Yiğit, s. 84; Koçak v.dgr., s. 543.

⁷³ İcma, kelime anlamı itibarıyla toplama, bir konu hakkında karar verme olarak sözlükte yer almakla birlikte, İslam terminolojisinde Hz. Peygamber döneminde yaşayan müçtehitlerin bir mesele üzerinde görüş birliğine varmaları demektir, Türkçe Sözlük, www.sozluk.gov.tr, (Erişim 6 Şubat 2021); İbrahim Kâfi Dönmez, “İcma”, *DİA*, XXI, s. 417.

⁷⁴ Karaman, s. 205.

⁷⁵ Serahsi, XXIV, s. 45; Merginanî, s. 240; Koçak v.dgr., s. 543; Avcı, *Özel Hükümler*, s. 405.

⁷⁶ Sarhoşluğun bir suç olduğunun sabit olduğu ancak cezanın uygulayıcı tarafından takdir edilmesi sebebiyle ta’zir kapsamında yer alması gerektiği hakkında bkz. Yiğit, s. 84.

⁷⁷ Molla Hüsrev I, s. 372; Kaşıkçı, s. 343; Avcı, *Özel Hükümler*, s. 402.

Kişinin sarhoşken yaptığı ikrar geçerli sayılmaz, çünkü sarhoşluğun iradi olup olmadığı had gerekip gerekmediğine karar vermede esaslı bir unsurdur.⁷⁸ Kokunun had ile cezalandırmada delil olarak değerlendirilmesinde Maliki ve Hanbeliler ikrarı gerekli görmezken, Hanefi ve Şafiiler ikrar veya iki kişinin şahitliğini aramışlardır.⁷⁹ Ancak şahitler kişiyi sarhoşken veya ağzında içki kokusu varken yakalamışlarsa ve fakat mahkemeye ulaşana kadar bu delil ortadan kalkarsa şahitlerin şehadetine itibar olunur.⁸⁰ Kişinin kusmasının içki içmede ispat vasıtası olması da mezhepler arasında farklı yaklaşımları beraberinde getirmiştir. Ebu Hanife kişinin kusması neticesinde içki kokusunun ve sarhoşluğun şahitlerce tespit edilmesi durumunda had cezasına hükmedilebileceğini savunurken; İmam Şafiî kusmanın içki içmeye delil olmayacağını savunmuştur.⁸¹

Şürb suçuna teşebbüs, zincirleme suç ve içtima hükümlerinin uygulanması konuları da değerlendirilmiştir. Şürb suçuna teşebbüste had değil, tazir cezası verilir.⁸² Birden fazla ve art arda gerçekleşen şürb suçuna zincirleme suç hükümleri uygulanacağı gibi; adam öldürme suçu ile birlikte şürb suçuna ve zina ile birlikte şürb suçuna içtima hükümleri uygulanacağı kanaatine varılmıştır.⁸³ Sarhoşun başkasına zina iftirasında da önce hapsedilmesi sonrasında zina iftirasına ilişkin cezanın uygulanması gerektiği belirtilmiştir.⁸⁴

1.8. Şürb Suçunda Sopa Cezasının İnfazı

Şürb suçunda hükmedilmiş olan sopa cezasının infazı için kişinin sarhoşluğunun geçmesi beklenir.⁸⁵ İnfazın uygulanacağı sopanın parmak kalınlığında, en az yirmi santimetre uzunluğunda olması ve kenarlarında kişiye eziyet verecek çıkıntılarının olmaması gerekir.⁸⁶ Ayrıca sopa cezası hassas bölgelere denk gelmeyecek şekilde ve erkeklerde üzerinde pantolon ve entari varken, kadınlarda ise elbise çıkartılmadan uygulanır.⁸⁷

1.9. Cezayı Düşüren Sebepler

Niteliği gereği had gerektiren bir suç olan şürbte, infaza kadar ikardan dönülebilir ve rücu sebebiyle had düşer.⁸⁸ Cezanın hükümden düşmesi hususunu

⁷⁸ Bilmen, s. 255; Serahsi, XXIV, s. 47.

⁷⁹ Udeh, s. 577; Avcı, *Özel Hükümler*, s. 402.

⁸⁰ Merginani, s. 239.

⁸¹ Molla Hüsrev I, s. 372; Udeh, s. 580.

⁸² Avcı, *Özel Hükümler*, s. 397.

⁸³ Udeh, s. 579; Avcı, *Özel Hükümler*, s. 398.

⁸⁴ Serahsi, XXIV, s. 48.

⁸⁵ Avcı, *Özel Hükümler*, s. 408.

⁸⁶ Serahsi, XXIV, s. 44; Kaşıkçı, s. 306.

⁸⁷ Molla Hüsrev I, s. 372; Serahsi, XXIV, s. 45; Kaşıkçı, s. 306; Koçak v.dgr., s. 543.

⁸⁸ Avcı, *Genel Hükümler*, s. 37.

üç durumda değerlendiren Ebu Hanife; tek delilin ikrar olduğu durumda kişi ikrardan dönmüşse, sadece tanıkların beyanı ile şübh suçuna hükmedilme durumunda tanıklar tanıklıktan vazgeçmişse ve mahkemece cezaya hükmedildikten sonra ve fakat infaz öncesinde tanıkların tanıklık ehliyetleri olmadan mahkemede tanıklık yaptıkları ortaya çıkmışsa cezanın hükümden düşeceğini belirtmiştir.⁸⁹ Zamanaşımı sebebiyle cezanın düşmesi konusu ise Hanefi imamlarca farklı değerlendirilmiştir. Ebu Hanife ve Ebu Yusuf içki kokusu kaybolmadan faile ceza verilmemesi halinde zamanaşımının cezayı düşüreceğini, İmam Muhammed ise ikrarın varlığı halinde zamanaşımının işlemeyeceğini savunmuştur.⁹⁰

1.10. Sarhoşluğun Ceza Sorumluluğuna Etkisi

İslam hukukunda sarhoşluk ceza sorumluluğunu sınırlayan durumlar arasında sayılmıştır. Bu sınırlama da sarhoşluğun meşru ve meşru olmayan yollarla gerçekleşmesine göre farklı değerlendirilmiştir. Buna göre sarhoşluk veren maddenin iradi olarak alınması meşru olmayan sarhoşluk sayılırken; sarhoş olma amacı ile değil de tehdit, tedavi gibi sebeplerle sarhoşluk veren maddenin alınması meşru sarhoşluk olarak nitelendirilmiştir.⁹¹

Sarhoşluğun irade dışında alınan bir madde veya içilen içki ile oluşması durumunda sarhoşun cezai ehliyetinin akıl hastasının ehliyeti gibi değerlendirilmesi gerektiği ve baygınlığın da irade dışı sarhoşluk durumu olarak değerlendirileceği belirtilmiştir.⁹²

Akıl hastalığı halindeki kişiler, eylemlerinin sebep ve sonuçlarını idrak edemediğinden şahsi bir cezasızlık sebebi olacaktır.⁹³ Meşru sarhoşluk olarak ifade edilen bu durumda cezai ehliyetin ortadan kalktığı ve kişilere had, tazir ve kısas cezası uygulanamayacağı konusunda fakihler görüş birliği içerisinde.⁹⁴

Sarhoşluk veren maddenin bile isteye alınması durumunda oluşan meşru olmayan sarhoşluk durumunda ise iki görüş mevcuttur.⁹⁵ Zahiri, Caferi ve diğer dört mezhebin bazı üyelerine göre meşru olmayan sarhoşluk da meşru sarhoşluk gibi sonuç doğurur ve kişinin cezai ehliyetinden bahsedilemez; ikinci görüş ise meşru olmayan sarhoşlukta cezai ehliyetin tam olduğunu savunur.⁹⁶

⁸⁹ Udeh, s. 580.

⁹⁰ Avcı, *Özel Hükümler*, s. 408.

⁹¹ Ahmet Bilgin, *İslam Hukukunda Gerçek Kişilerin Ehliyeti* (Doktora Tezi), Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1989, s. 151.

⁹² Bilmen, s. 69; Avcı, *Genel Hükümler*, s. 170.

⁹³ Avcı, *Genel Hükümler*, s. 169.

⁹⁴ Bilgin, s. 151; Dönmez, "Sarhoşluk", *DİA*, XXXVI, s. 143.

⁹⁵ Bilgin, s. 152; Avcı, *Genel Hükümler*, s. 170.

⁹⁶ Dönmez, "Sarhoşluk", *DİA*, XXXVI, s. 144.

Sarhoşluk veren maddeyi iradesiyle, isteyerek alan kişinin, başka bir suç işlemesi halinde sorumluluktan kurtulması mümkün değildir.⁹⁷ Bununla birlikte suç işleme kararı alındıktan sonra cesaret bulmak, suç işleme kararını pekiştirmek veya cezai sorumluluğa etki ederek hükmedilecek cezada azaltıcı veya cezayı kaldırıcı etkisinden istifade etmek amacıyla alınması durumlarında ağırlaştırıcı sebep olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunan İslam alimlerinin yanı sıra, sarhoşluk anında, daha önceden karar verilmediği halde, bir suç işlenmesinde azaltıcı sebep olarak değerlendirilmesi gerektiği de savunulmuştur.⁹⁸

§2. Osmanlı Hukukunda Şürb Suçu

2.1. Şürb Suçuna İlişkin Yapılan Hukuki Düzenlemeler

Osmanlı uygulamasında gerek şürb suçu gerekse keyif veren diğer maddelerin kullanımının önlenmesi adına için ciddi bir mücadele verilmiş ve sarhoşluk veren maddelerin kullanımında verilecek cezaların kapsamı şer'i ve örfi hükümlere göre belirlenmiştir.

Klasik dönem Osmanlı uygulamasında da Hanefî görüşü tercih edilmiş; bir kimseye şürb haddinin uygulanabilmesi için ne kadar içildiğine bakılmaksızın şarap içilmesi veya diğer içkilerden içmek suretiyle kişinin sarhoş olması, içki içme kastının varlığı ve iradesi aranmıştır.⁹⁹ Bu durumların dışında kalan diğer durumlarda tazir cezasına hükmolunacağı belirtilmiştir.¹⁰⁰

Tazir cezalarına ilişkin kanunnâme hazırlayan ilk Müslüman devlet adamı Fatih Sultan Mehmet'tir.¹⁰¹ İçki ile alakalı had cezasının belli olması sebebiyle, kanunnâme kapsamında ele alınan içkiye ilişkin düzenlemeler, tazir uygulanmasındaki alt ve üst sınırları kapsamıştır. Fatih Kanunnâmesi'nin 15. maddesinde "Eğer bir kişi hamr içse, kadı ta'zir ede, iki ağaca bir akçe cürm alına" hükmüyle yer bulmuş ve tazir cezasına kadı tarafından hükmolunması emredilmiştir.¹⁰²

Şürb suçu II. Bayezid, Yavuz Sultan Selim ve Kanuni Sultan Süleyman tarafından hazırlanan kanunnâmelerde de benzer hükümlerle yer bulduğu

⁹⁷ Yiğit, s. 273; Avcı, *Genel Hükümler*, s. 170.

⁹⁸ Avcı, *Genel Hükümler*, s. 139.

⁹⁹ Ahmet Akgündüz, *İslâm ve Osmanlı Hukûku Külliyyâtı, Kamu Hukuku (Anayasa-İdare-Ceza-Uşul-Vergi-Devletler Umumi)*, (İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2011), I, s.525; Avcı, *Özel Hükümler*, s. 406.

¹⁰⁰ Avcı, *Özel Hükümler*, s. 393.

¹⁰¹ Akgündüz, *Külliyyât*, s. 537.

¹⁰² Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, s. 349.

gibi¹⁰³ sonraki yüzyıllarda da Osmanlı hukukunda ve devlet gündeminde yer almıştır.¹⁰⁴

Padişah tarafından hazırlanan ve örfî nitelikteki düzenlemeler olan kanunnâmelerin yanı sıra dönemin şeyhülislamlarının içki konusundaki fetvaları da söz konusu suçun işlenmesinin engellenmesi adına gerçekleştirilen girişimlerin göstergesi olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁰⁵ Kanunî döneminde fetvalarıyla İslam hukuku uygulamasına yön veren Ebussuud Efendi'nin sarhoşluk veren maddelerin haram olduğuna ilişkin bir fetvası şöyledir: “Berş ve afyon ve ma’cun ki esrar içinde ola, mertebe-i sekre varmayacak haram olur mu? el-Cevab: Fâsiklar ve hevâ ehli yeyişi üzerine hiçbir şekilde helal değildir.”¹⁰⁶ Fetvada afyon, afyonlu şurup, esrar içeren ve sarhoşluk veren maddelerin haram olduğu bildirilmiştir. Şifa amaçlı içkinin kullanılmasına yönelik fetvası ise şöyledir: “Zeyd-i marîz, devâ olmak, bir miktar ‘arak isti’mal eylemek, şer’an câiz olur mu? El-cevap: Olmaz, devâlığı muhakkak ise dahi asla mümkün değildir.”¹⁰⁷ Fetvadan şifa amaçlı kullanımların da yasaklı addedildiği görülmektedir.¹⁰⁸

Müslümanlar için had ve tazir öngörülen sarhoşluk suçunda, kendi dinleri gereği sarhoşluk veren maddelerin haram kılınmamış olmasından dolayı gayrimüslim tebaa için ceza yoktur.¹⁰⁹ Bunların kullanılması kendilerine yasak olmadığı gibi ticaretini yapmaları da İslam hukukunda denetimli olmak şartıyla serbest bırakılmıştır.¹¹⁰ Kamu düzeni ve toplum refahı açısından içki tüketilen yerlerin denetimi sağlandığı gibi, bu hususta yapılan şikayetler dikkate alınmış ve gerektiğinde düzeni bozan gayrimüslimler de tazir cezası ile cezalandırılmıştır.¹¹¹

Klasik dönemdeki hukuki düzenlemelerin kapsamına ek olarak, Tanzimat sonrasında çıkarılan ceza kanunları ile tazir cezalarına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Bu kanunların kapsamlarında had ve kısas cezalarına ilişkin

¹⁰³ Yavuz Sultan Selim zamanında yayınlanan umumî kanunnâmede bu hükme ek olarak hamr satan veya sıkın (yapan) ve hamr içilen yerde oturan Müslüman için de tazir cezaları öngörüldüğü hakkında bkz. **Akgündüz**, *Osmanlı Kanunnameleri*, III, s. 91.

¹⁰⁴ **Akgündüz**, *Osmanlı Kanunnameleri*, s. 129.

¹⁰⁵ **Avcı**, *Özel Hükümler*, s. 393.

¹⁰⁶ **Ahmet Akgündüz**, *Bilinmeyen Osmanlı*, (İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 1999), s. 124.

¹⁰⁷ **M. Ertuğrul Düzağ**, *Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı*, (İstanbul: Enderun Kitabevi, 1983), s. 146.

¹⁰⁸ **Avcı**, *Özel Hükümler*, s. 397.

¹⁰⁹ **Avcı**, *Özel Hükümler*, s. 394.

¹¹⁰ **Ahmet Yaman**, *İslam Hukukunda Uluslararası İlişkiler*, (Ankara: Fecr Yayınevi, 1998), s. 290.

¹¹¹ İçkinin aleni tüketilmesi ve satılması sebebiyle verilen tazir cezaları hakkında bkz. **Avcı**, *Özel Hükümler*, s. 394.

müdahalenin olmayacağına 1839 Gülhane Hattı Humayûnu'nda yer alan "Kur'an hükümlerine şer'i kanunlara kemâliyle riayet olunarak" hükmü ile Devlet tarafından garanti verildiği görülmektedir.¹¹²

1851 tarihli Kanun-ı Cedid'in ikinci faslının beşinci maddesinde sokaklarda sarkıntılık yapan sarhoşların suçlarının sabit olması halinde had ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir¹¹³. 1277 (1861)¹¹⁴, 1282 (1866)¹¹⁵ ve 1283 (1867)¹¹⁶ tarihli nizamnamelerin kapsamında ise cami ve tekkelere iki yüz arşından yakın yerlerde, karakol yanı ve karşısında, Müslüman mahallesinde ve bunlardan başka yasaklı olduğu belirtilmiş yerlerde içki satışı için ruhsat verilmeyeceği; yasaklı yerlerde gizli satış yapıldığına ilişkin tespitte bulunulması halinde söz konusu yerin kapatılacağı, ilk seferde beş ikinci seferde on mecdiye altını cezaya hükmolunmasına karşılık üçüncü sefer tespiti halinde tamamen kapatılacağı düzenlenmiştir.

Osmanlı Devleti'nin son döneminde doğrudan içki ve sarhoşluk veren maddelere yönelik çıkartılan Men'i Müskirat Kanunu'na da temas edilmesi gerekir.

1 Muharrem 1339/14 Eylül 1921 tarihinde çıkartılan ve yayımlandığı gün yürürlüğe giren Men'i Müskirat Kanunu sekiz maddeden oluşmuştur.¹¹⁷ Sadece şarap değil sarhoşluk veren tüm maddeleri kapsamına alan bu kanun, sıhhi amaçlı kullanımlar için de ayrı bir hükme yer vermiştir. 22 Mart 1926 tarihinde çıkarılan 790 sayılı Kanun'un 30. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.¹¹⁸ Kanunun birinci maddesinde Osmanlı Devleti sınırları içerisinde her türlü sarhoşluk veren maddenin (müskiratın) üretimi, ithali, satışı ve kullanılması yasaklandığı belirtilmiştir. İkinci maddede sarhoşluk veren maddenin üretimini, ithalini, satışını veya naklini yapan kişilerden her bir kıyye¹¹⁹ için elli lira cezaya hükmolunacağı ve söz konusu maddelerin imha edileceği hükmü yer almaktadır. Üçüncü madde açıkça sarhoş edici madde kullananlar veya gizli kullanıp da sarhoşluğu belli olanlar hakkında had cezası uygulanacağı veya elli liradan iki yüz elli liraya kadar para cezasına çarptırılacağı ya da üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verileceğini düzenlemiştir. Ayrıca resmi kurumlarda çalışan memurlar da memuriyetten uzaklaştırılacaktır. Maddede belirlenen cezalara ek olarak, bu konuda verilen cezaya ilişkin hükümler itiraz,

¹¹² Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, s. 132.

¹¹³ Akgündüz, s. 616; Avcı, *Özel Hükümler*, s. 408.

¹¹⁴ BOA, İ.MMS.: 22/942.

¹¹⁵ BOA, İ.MMS.: 31/1294.

¹¹⁶ Düstur, 1. Tertip, C.2, s.712-725.

¹¹⁷ Ceride-i Resmîye, 1921, s. 23.

¹¹⁸ Ceride-i Resmîye, 1926, s. 1237.

¹¹⁹ Kıyye, eskiden kullanılan ve okka da denilen ağırlık ölçüsüdür. Günümüzde 1282 gram ağırlığa denk gelmektedir.

istinaf ve temyiz yoluna kapatılmıştır. Dördüncü maddeye göre söz konusu kanunun onaylanıp yürürlüğe girmesi ile birlikte içki üretimine mahsus tüm alet ve edevat müsadere edilecektir. Ayrıca hali hazırda bulunan sarhoş edici tüm maddeler mühürlenecek ve iki ay içerisinde yabancı memleketlere ihracına izin verilecektir. Eğer iki ay içerisinde ihraç olunmazsa, bu maddeler imha olunacaktır. Beşinci madde ise sıhhi konularda kullanılacak maddeler hakkındadır. Buna göre tabiplikte kullanılacak her tür ispirotolu şeyler ihtiyaca göre Sıhhiye vekaleti tarafından eczanelere gönderilir ve kullanımı denetlenir. Altıncı maddede sıhhi ihtiyaçlar için kullanılacak ispirotolu şeylerin kullanımı hakkında Sıhhiye vekaleti tarafından bir talimatname kaleme alınması öngörülmüştür.

1926'da Kanun'un yürürlükten kaldırılması ile içki yasağı yerine ruhsat usulüne geçilmiş ve bu denetim mekanizması sayesinde ruhsat alınarak içki satışının yapılması öngörülmüştür. Buna ek olarak 1926'da çıkartılan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu özelinde de sarhoşluk beş farklı alt başlıkta ele alınmış ve farklı hukuki sonuçlara bağlanmıştır.

2.2. Osmanlı Hukukunda Şürb Suçunun Görünümü

Şürb suçunda had uygulanabilmesi için şer'i hükümlerde belirtildiği üzere kişinin iradesiyle şarap içmiş olması ve bunun iki şahitle kanıtlanması gerektiği belirtilmiştir¹²⁰. 1 Numaralı Üsküdar Kadı Sicilinde bulunan 1 Şevval 921/8 Kasım 1515 tarihli hükümde Abdullah oğlu Ahmed'in şaraptan sarhoş olduğu ve ağzındaki hamr kokusunun Abdullah oğlu Arnavut Ali ve Musa oğlu Demirhan'ın şahitlikleriyle sabit bulunduğu belirtilmiştir. Yine aynı defterde yer alan 15 Zilhicce 925/ 8 Aralık 1519 tarihli hükümde Abdullah oğlu İsmail'in hamr içtiğini kadı önünde ikrar etmesi üzerine ikrarı geçerli sayılmış ve kişi hakkında had cezasına hükmedilmiştir.¹²¹

Osmanlı uygulamasında şürb suçunun unsurlarının gerçekleşmemesi durumunda ise tazir ve hapis cezasına hükmedilmiştir.¹²² Ayrıca hapis cezasının özel bir infaz şekli olarak küreğe koyma cezası karşımıza çıkmaktadır.¹²³ Donanmaya ait gemilerde kürek çektilirmek suretiyle infaz edilen bu cezanın, Tanzimat sonrasında mahkumun ayağına pranga bağlanmak suretiyle ifa edilmesi yönünde düzenleme yapılmıştır.¹²⁴

Kadı kararlarında ve gönderilen emirnamelerde şürb suçu özelinde bireylerin akıl sağlığının korunması amaçlanmakla beraber, bunları tüketenlerin toplum

¹²⁰ Molla Hüsrev I, s. 372; Kaşıkçı, s. 343; Akgündüz, *Külliyyât*, s. 526.

¹²¹ *İstanbul Kadı Sicilleri*, (Ankara: TDV İslam Araştırmaları Merkezi, 2014), I, s. 374, 412.

¹²² Akgündüz, *Külliyyât*, s. 534; Avcı, *Özel Hükümler*, s. 406.

¹²³ Avcı, *Özel Hükümler*, s. 407.

¹²⁴ Akgündüz, *Külliyyât*, s. 536.

huzurunu bozmamasına da önem verilmiştir.¹²⁵ Bu kapsamda 9 Ramazan 975/8 Mart 1568 yılında Belgrad kadısına gönderilen bir emirde Sultan Süleyman Camisi ile Ferhat Kethüda Camisi arasında yer alan kâfir mahallesindeki meyhanelerin sayısının fazla olması, sarhoşların seslerinden namaz kılmanın mümkün olmadığı ve bölgede sürekli kavga ve karmaşa çıktığının bildirilmesi üzerine mahallenin başka bir yere kaldırılması istendiği için, meyhanelerin kapatılması ve mahallenin nereye taşınması uygun ise bunun bildirilmesi istenmiştir.¹²⁶

Bunların yanı sıra, evlerinde şarap tespit edilen Müslümanların hapsedilmesi¹²⁷ hem klasik dönemde hem de Tanzimat sonrasında verilen cezalardan olmuştur. Tanzimat sonrasında sarhoşluk başlı başına bir suç olmaktan çok başka bir suçun işlenmesinde unsur olarak değerlendirilmiştir. Bu kapsamda prangabentlik¹²⁸, kalebentlik¹²⁹, sürgün ve görevden uzaklaştırma¹³⁰ gibi cezalar kayıtlarda karşılaşılan diğer türlerden olmuştur.¹³¹ Bu cezaların sarhoş haldeyken işlenen suçlara ilişkin bazı hükümlerde birbirlerine seçimlik olarak yer aldıkları görülmektedir.¹³²

2.3. Osmanlı Hukukunda Şürb Suçuna Yönelik Gayrimüslimlere Uygulanan Tedbirler ve Cezalar

Sarhoşluk veren maddelerin Müslümanlar için hem şer'i hem de örfi olarak yasak olması, Müslümanlara verilen cezaların yanı sıra, bu hususta serbestisi olan gayrimüslim tebaa için de çeşitli tedbirleri beraberinde getirmiştir.¹³³ Bu kapsamda uygulanan tedbirlerden biri imha ettirme veya sirkeye dönüştürme yöntemidir. 22 Rebiulahir 972/ 27 Kasım 1564 tarihli kayıta Üsküdar'dan Gebze ve Yoros'a kadar olan yerlerdeki ihtiyaç fazlası şarapların sirkeye dönüştürülmesi ve Müslümanların elinde bulunduğu tespit edilen şarapların ise dökülmek suretiyle imha edilmesine hükmolunmuştur.¹³⁴ Ayrıca evini meyhaneye dönüştüren ve Müslümanlara içki satan zımmının evinin yıktırılması¹³⁵ bu tedbirlerin oldukça sert bir yaptırıma dönüştüğüne bir delil kabul edilebilir.

¹²⁵ **Avcı, Özel Hükümler**, s. 407.

¹²⁶ *7 Numaralı Mühimme Defteri* (975-976/1567-1569) Özet- Transkripsiyon- İndeks, (Ankara: Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Yayınları, 1998), s. 497.

¹²⁷ *6 Numaralı Mühimme Defteri*, s. 336.

¹²⁸ BOA, A.MKT.:103/59; BOA, A.}MKT.MVL.: 4/8.

¹²⁹ BOA, A. {DVNSMHM.d...: 111/1400; BOA, A. {DVNSMHM.d...:123/125.

¹³⁰ **Yeter Öztürk**, "XIX. Yüzyıl Arşiv Belgelerine Göre Osmanlı Devleti'nde İçki ve Yasakları", Yüksek Lisans Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Spsyal Bilimler Enstitüsü, 2017, s. 26.

¹³¹ **Öztürk**, s. 80-87.

¹³² BOA, A. {DVNSMHM.d...: 114/825.

¹³³ **Avcı, Özel Hükümler**, s. 404.

¹³⁴ *6 Numaralı Mühimme Defteri*, s. 282.

¹³⁵ 1579 tarihli kayıt için bkz. **Avcı, Özel Hükümler**, s. 404.

Çeşitli kontrol mekanizmalarının da uygulamada olduğu görülmektedir. 145 numaralı Galata Kadı Sicili'nde bulunan 12 Cemazeyilahir 1100/3 Nisan 1689 tarihli kayıta içki taşıyan gemilerin Yassı Ada ve Kızıl Ada haricinde bir yere yanaşmalarının yasak olduğu ve bu yerler dışında içki alım satımının yasaklandığı belirtilmiştir.¹³⁶ Söz konusu kayıttan içki satışının sadece esnaf ve tüketim yeri açısından yasaklı olmadığı, içki taşıyan gemilerin yanaşacakları limanların dahî kontrol altında tutulmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır. Böylece şehir dışında üretilip satış için getirilen içkilerin kontrolünün sağlanması amaçlanmıştır. 27 Recep 1215/14 Aralık 1800 tarihli bir belge Osmanlı sınırları dışından sarhoşluk veren maddelerin getirilmesinin caiz olmadığı fakat daha önceden yola çıkmış olup da altı ay içerisinde gelecek siparişlerin dışındakilere izin verilmeyeceği hususunda elçiliklere tahrir verildiğine ilişkindir.¹³⁷ Böylece şehir dışından gelen içkilere yönelik zaman zaman doğrudan bir yasak getirildiği görülmektedir.

Alınan tedbirlerden bir diğeri içki satılan mekanları belirli bölgelerde tutmak olmuştur. 2 Şaban 1327/19 Ağustos 1909 tarihli belgede meyhane açmak isteyen Hristo adlı kişiye cami ve devlet daireleri yakınında olmadığından müskirat satmasına engel olmadığına ilişkin ruhsat verilmesinin uygun görüldüğü belirtilmektedir.¹³⁸

Bununla birlikte içki satışını yasaklı bölgeler dışında yapacak esnaf ve ticaret erbabı da sınırlanmıştır. Bakkallar, manavlar, şekerleme ve kahve satan yerler içki satması yasak olan dükkanlar olarak belirlenmiştir.¹³⁹ İçki satışı yapılacak yerler ise meyhaneler, şaraphaneler, bozahaneler ve punççu¹⁴⁰ dükkanları olarak sınıflandırılmıştır.¹⁴¹

§3. Cumhuriyet Sonrası Dönemindeki Sarhoşlukla İlgili Düzenlemeler

3.1. Osmanlı Hukuku'ndan Cumhuriyet Sonrası Türk Ceza Hukukuna Geçiş

Türk hukuk tarihinin gelişim sürecine genel olarak bakıldığında, 19. ve 20. yüzyıl boyunca farklı kaynaklardan çeşitli şekillerde yararlanılarak kanunlaştırma faaliyetlerinin gerçekleştirildiği görülmektedir. 19. yüzyılda

¹³⁶ *Mahkeme Kayıtları Işığında 17. Yüzyıl İstanbul'unda Sosyo-Ekonomik Yaşam*, Editör: Timur Kuran, (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2010), I, s. 693.

¹³⁷ BOA, Cevdet, C. İKTS.: 5/209; 16. yüzyıla ilişkin benzer bir emir için bkz. 6 Numaralı Mühimme Defteri, s. 284.

¹³⁸ BOA, Dahiliye, DH.EUM.THR.: 1/7.

¹³⁹ *Öztürk* s. 72-74.

¹⁴⁰ Panççu olarak da anılan bu meyhanelerin, İngilizler tarafından Hindistan'da yapılan ve beş farklı içkinin karıştırılarak elde edildiği bir alkollü içecek türü olduğu ve Hintçe'deki beş sayısına tekabül eden pantsh kelimesinden türediği hakkında bkz. *Öztürk* 2017: 58.

¹⁴¹ *Öztürk*, s. 58.

Osmanlı Devleti'nde görülen yeni siyasal, ekonomik ve toplumsal gelişmeler, 1839 yılında Tanzimat Fermanı'nın ilanından sonra hukuk sisteminde de önemli bir değişim yaratmış ve yeni bir dönem başlamıştır. 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan yararlanılarak hazırlanan 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu pek çok değişikliğe uğramış ve bu değişikliklerin cumhuriyet döneminde İtalyan hukuku etkisinde kalan ceza hukukuna kaynaklık ettiği savunulmuştur.¹⁴² Cumhuriyetin ilanından sonra 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun tercümesini esas almak suretiyle 12 Ağustos 1925 tarihinde yeni kanun hazırlıklarına başlayan komisyon, 1909 değişiklikleri çerçevesinde metne son şeklini vermiş ve 1 Mart 1926 yılında Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde 765 sayılı Türk Ceza Kanunu kabul edilmiştir.¹⁴³ Yine 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun etkisinde yaklaşık iki yüz elli maddelik bir değişikliğe uğrayan ve kısmen otoriter bir niteliğe bürünen¹⁴⁴ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu yerini Almanya örnek alınarak hazırlanan ve 26 Eylül 2004 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'na bırakmıştır.

3.2. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki Durum

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun kabul ettiği sistemde suçlar, cürüm ve kabahat şeklinde ikiye ayrılmaktaydı. Bir suçun cürüm mü yoksa kabahat mi olduğu, Kanun'un 11. maddesinde gösterilen cezalara göre belirlenmekteydi. Bu kapsamda bizzat sarhoşluğun cürüm nevinden bir suç olarak kabul edilmediği, ancak aşağıda üzerinde durulacağı üzere bazı şartların varlığı halinde sarhoşluğun kabahat nevinden bir suç¹⁴⁵ olarak nitelendirildiği görülmektedir. Buna karşın salt alkol almanın 765 sayılı TCK'da suç oluşturmadığı da söylenmelidir.

Bu bağlamda aşağıda ilk olarak genel hükümler kapsamında sarhoşluğa bağlanan hukuki sonuçların ne olduğu üzerinde durulacak, sonrasında ise kabahat olarak düzenlenmiş bulunan sarhoşluk türlerine kısaca değinilecektir.

¹⁴² **Gülnihal Bozkurt**, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*, (Ankara 1996, Türk Tarih Kurumu Yayınları), s.101-103; **Nurullah Kunter**, "Yirmi Beş Cumhuriyet Yılıın Ceza Tarihçesi", *İstanbul Barosu Dergisi*, Ekim 1948, Yıl: XXII, Sayı: 10, s. 541.

¹⁴³ TBMM Zabıt Ceridesi, Devre: II, İçtima Senesi: III, Cilt: 23, 64. İçtima, 1 Mart 1926, s. 4-19. Türk Ceza Kanunu'na kaynak olarak İtalyan Ceza Kanunu'nun seçilmesinin temelinde, o dönemin İtalyan Ceza Kanunu'nun laik, liberal ve özgürlükçü bir kanun olmasının yattığı ifade edilmektedir. **Zeki Hafızoğulları**, "Türk Ceza Hukukunun Seksen Yılı", Cumhuriyetin Kuruluşundan Bugüne Türk Hukukunun Seksen Yıllık Gelişimi Sempozyumu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 2003, s.175.

¹⁴⁴ **Kunter**, s. 550-554; **Devrim Aydın**, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hazırlanış Süreci", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 59, S. 4, Yıl 2004, s. 253.

¹⁴⁵ Kangal'a göre, 765 sayılı TCK sisteminde kabahat olarak adlandırılan fiiller, bugünkü anlamda kullandığımız düzene aykırılıkları ifade etmemekte olup aksine bunlar suç niteliğindeydiler. Bkz. **Zeynel T. Kangal**, *Kabahatler Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019, s.14.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “*Arızı Sebepler*” başlıklı 48. maddesinin ikinci fıkrasında “*İhtiyari sarhoşlukla ve ihtiyari ile kullanılan uyuşturucu madde tesiriyle işlenen fiiller bu madde hükmünden hariçtir.*” denilmek suretiyle, isteyerek sarhoşluğun veya isteyerek kullanılan uyuşturucu maddelerin isnad yeteneği üzerinde hiçbir etkisi olmayacağı kabul edilmiştir. Bu hükmün, kronik zehirlenme şeklini almamış sarhoşluk ve uyuşturucu madde etkisi şeklinde anlamak gerektiği o dönem doktrinde ifade edilmiştir. Bununla birlikte, alkol ve uyuşturucu maddelerin sebep oldukları zehirlenme (kronik zehirlenme) bir çeşit akıl hastalığı olarak kabul edilmiş ve akıl hastalığı hakkında kabul edilen rejime tabi tutulmuştur¹⁴⁶.

Özel hükümler açısından bakıldığında ise sarhoşluk, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 571 ila 575. maddelerinde kabahat nevinden bir suç olarak düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK’da sarhoşluk, adi sarhoşluk (m.571), mütecaviz sarhoşluk (m.572/1), itiyadi sarhoşluk (m.572/2,3) ve itiyadi iptila sarhoşluk (m.573) başta olmak üzere çeşitli alt ayrımlara tabi tutulmaktaydı¹⁴⁷. Söz konusu maddeler şu şekildeydi:

“Madde 571: Her kim, umumi veya umumun girebileceği yerlerde halkın rahatını bozacak veya rezalet çıkartacak surette ve aşık bir halde sarhoş olarak yakalanırsa on beş günden aşağı olmamak üzere hafif hapis veya 50 liradan aşağı olmamak üzere hafif para cezasıyla mahkum olur.

Madde 572: Yukarki maddede gösterilen surette sarhoş olup da başkasına tecavüz ve umumun istirahatini selb edenler iki aydan aşağı olmamak üzere hafif hapis cezası ile cezalandırılır.

Sarhoşluğu itiyat derecesine vardiyanlar altı aydan aşağı olmamak üzere hafif hapse mahkum olurlar.

İki defa mahkum olduktan sonra aynı fiili tekrar işleyenler o fiili itiyat etmiş sayılır.

Madde 573: Sarhoşlukta itiyadi iptila derecesine varmış olanların salahlı tıbben tebeyyün edinceye kadar bir hastanede muhafaza ve tedavisine hükmolunur. Mahkum, hastane olmayan yerlerde ise hastane bulunan yere gönderilir.

Madde 574: Umumi veya umuma açık yerlerden birinde meşrubat ve sair müskir mevaddı tedarikle birinin sarhoşluğuna sebebiyet veren veya bu mevaddı zaten sarhoş bir kimseye tedarik eden şahıs otuz liradan elli liraya kadar hafif cezayı nakdiye mahkum olur.

¹⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Sulhi Dönmezer – Sahir Erman**, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: II*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 1999, s.173, 189; **Alacakaptan**, s.63 vd.

¹⁴⁷ **Alacakaptan**, s. 213 vd.

Her nerede olursa olsun on sekiz yaşını doldurmamış bir gence veya akıl ve şuurunun zaafı sebebiyle tabii halde olmadığı zahir bulunan bir kimseye müskirat verenler, iki aya kadar hafif hapse mahkum olur. Eğer fail, müskirat satıcısı ise muvakkaten meslek ve sanatının tatiline de hüküm olunur.

Madde 575: Yukarıdaki maddenin ilk fıkrasında beyan olunduğu veçhile bir kimsenin sarhoşluğuna sebebiyet veren şahıs, kendini idareye muktedir olamayacak derecede bulunan sarhoşu muhafaza için tedbir ittihaz etmeyip sokağa bırakırsa mezkur fıkra münderiç cezadan başka üç günden bir aya kadar hafif hapis cezasıyla dahi mücazat olunur.”

Mevcut açıklamalardan da anlaşılacağı üzere 765 sayılı TCK döneminde sarhoşlukla ilgili tartışmaların ağırlıklı olarak, sarhoşken işlenen suçların isnad yeteneğine ve dolayısıyla cezai sorumluluğa etkisi bağlamında ele alındığı, alkol içmenin tek başına suç oluşturmadığı ancak sarhoşluk boyutuna varan bazı alkol alma durumlarında kabahat nevinden bir suçun gerçekleşmiş olduğu görülmektedir.

3.3. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki Durum

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “Geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma” başlıklı 34. maddesinde şu şekilde bir düzenlemeye yer verildiği görülmektedir: *“(1) Geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. (2) İrade olarak alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişi hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz.”* Söz konusu maddenin formülasyonundan hareketle, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olmanın kusur yeteneği üzerindeki etkisinin belirlenmesinde bu maddelerin iradi veya irade dışı alınmasına göre ikili bir ayırımın benimsendiği söylenebilir.

İrade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle işlenen fiiller dolayısıyla kusur yeteneğinin kalktığını kabul eden kanun koyucu, bu durumdaki kişilerin cezai sorumluluklarının olmadığını kabul etmiştir. Ancak bunun için iki şartın bir arada olması gerekmektedir. Bu şartlardan ilkinde göre kişinin irade dışı aldığı alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle girdiği durumun onda geçici bir süre algılama veya davranışlarını yönlendirme yeteneğini ortadan kaldırmış veya önemli derecede azaltmış olması gereklidir. Eğer irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde, kişinin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğini kaldırmamış yalnızca azaltmış veya hiç etkilememişse fail işlediği suçun tam cezasıyla cezalandırılacaktır. İkinci şart ise alkol veya uyuşturucu madde alımında failin taksirinin dahi bulunmamasıdır. Başka bir ifadeyle şayet fail, alkol veya uyuşturucu maddenin meydana getirdiği geçici

nedenin oluşumuna kasten veya taksirle sebebiyet vermişse bunun kusur yeteneğini kaldırdığından bahsetmek mümkün olmayacaktır. Örneğin arkadaşı tarafından sandalyeye bağlanıp kendisine zorla alkol verilen ve bu nedenle sarhoş olan bir kimse, iradesi dışında alkol aldığından ötürü cezai sorumluluğu bulunmayacaktır. Buna karşın sarhoşluk durumuna kasten veya taksirle neden olan kişi, fiili işlediği sırada kusur yeteneği varmış gibi kabul edilip suç için öngörülen ceza ile cezalandırılacaktır¹⁴⁸.

Alkol ve uyuşturucu maddelerin devamlı kullanılması ise zamanla bu kişilerde söz konusu maddelere karşı psikolojik bir bağımlılık meydana getirmektedir. Bu bağımlılık kişinin akıl ve ruh sağlığını bozarak kusur yeteneğini etkilemektedir. Bu nedenle kronik alkol veya uyuşturucu madde zehirlenmesinin bir tür akıl hastalığı olduğu kabul edilmektedir. Kronik alkolizm kişinin alkol kullanmadığı zamanlarda da etkisini gösteren bir akıl hastalığıdır¹⁴⁹. TCK'nın kabul etmiş olduğu sistemde alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı kusur yeteneğini önemli derecede azaltan bir durum olarak kabul edilerek kişilere ceza değil güvenlik tedbiri uygulanması öngörülmüştür. Başka bir ifadeyle alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı akıl hastalığı kapsamında değerlendirilmiştir¹⁵⁰. Bu kişiler hakkında akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerini düzenleyen TCK'nın 57. maddesinin yedinci fıkrasındaki şu hüküm uygulanacaktır: *“(7) Suç işleyen alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı kişilerin, güvenlik tedbiri olarak, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarına özgü sağlık kuruluşunda tedavi altına alınmasına karar verilir. Bu kişilerin tedavisi, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığından kurtulmalarına kadar devam eder. Bu kişiler, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca bu yönde düzenlenecek rapor üzerine mahkeme veya hakim kararıyla serbest bırakılabilir.”*

Yine TCK'nın trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunu düzenleyen 179. maddesinin üçüncü fıkrasında alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen araç kullanan kişinin üç aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı belirtilmiştir.

¹⁴⁸ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015), s. 405-406; Bahri Öztürk-Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2018) s. 295; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018) s. 366; Mahmut Koca- İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), s. 325-326; Veli Özer Özbek- Koray Doğan- Pınar Bacaksız- İlker Tepe, *Ceza Genel Hukuku Temel Bilgiler*, (İzmir: Seçkin Yayıncılık, 2018), s. 375.

¹⁴⁹ Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019) s. 569.

¹⁵⁰ Özgenç, s. 410; Koca-Üzülmüş, s. 335; Demirbaş, s. 363; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s. 376.

3.4. 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu'ndaki Durum

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun (KK) “Sarhoşluk” başlıklı 35. maddesinde şu düzenlemeye yer verildiği görülmektedir: “(1) Sarhoş olarak başkalarının huzur ve sükununu bozacak şekilde davranışlarda bulunan kişiye, kolluk görevlileri tarafından elli Türk Lirası idari para cezası verilir. Kişi, ayrıca sarhoşluğun etkisi geçinceye kadar kontrol altında tutulur.”

Türk hukuk literatüründe sarhoşluk, kişinin aldığı alkol nedeniyle kendini, tavır ve hareketlerini kontrol edemeyecek durumda olması şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁵¹

Sarhoşluk kabahatinin uygulanabilmesi için, sarhoş olan kişinin, başkalarının huzur ve sükununu bozacak şekilde davranışlarda bulunması gerekir. Bu davranışın kamuya açık yerlerde gerçekleşmiş olması zorunlu değildir. Bu bağlamda örneğin kendi evinde, diğer aile bireylerinin veya komşuların huzur ve sükununu bozucu davranışlarda bulunan kişinin eylemini de bu kapsamda değerlendirmek gerekmektedir. Bunun yanında kamuya açık bir yerde, örneğin bir parkta alkolün etkisi ile etrafındakilerin huzur ve sükununu bozan kimsenin eylemi de bu madde kapsamında değerlendirilmelidir¹⁵². Buna göre hukuk sistemimizde salt sarhoşluğun, kişi hakkında idari yaptırım uygulanabilmesi için tek başına yeterli olmadığı sonucu çıkmaktadır. Kanun koyucu, sarhoş durumda bulunan kişi hakkında, başkalarının huzur ve sükununu bozacak davranışlarda bulunması şartıyla idari yaptırım uygulanabileceğini kabul etmek suretiyle, kanaatimizce “objektif yaptırım şartları” veya “objektif yaptırım uygulanabilme şartları”¹⁵³ olarak nitelendirilebilecek bir şartın gerçekleşmesini kabul etmiş görünmektedir.

KK m.35 gereği kolluk sarhoş durumda bulunan kişiye idari para cezası uygulayacak, ayrıca bu kişinin sarhoşluğunun etkisi geçinceye kadar da kendisini kontrol altında tutacaktır. Kontrol altında tutma niteliği itibarıyla özgürlük sınırlaması sonucu doğuran bir işlemdir. Literatürde bu sınırlama yetkisinin kaynağını KK'dan aldığı için kolluğun kişinin özgürlüğünü sınırlandırmasının hukuka uygun olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca sarhoşluğun etkisinin geçip geçmediğini belirleme noktasında kolluğun takdir yetkisinin olduğu da belirtilmektedir.¹⁵⁴

Emniyet Genel Müdürlüğü'nün 1666 sayılı ve 13.09.2006 tarihli Genelgesinde sarhoşluk kabahatiyle ilgili şu açıklamalara yer verildiği

¹⁵¹ **Erdener Yurtcan**, *Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu*, (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2016), s. 327.

¹⁵² **Cüneyt Altıparmak**, “Sarhoşluk Kabahati”, www.turkhukuksitesi.com/makale_758.htm, (Erişim: 5 Mayıs 2019).

¹⁵³ **Berrin Akbulut**, *Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanununun Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2010), s. 172.

¹⁵⁴ **Yurtcan**, s. 327-328.

görülmektedir: “Kolluk görevlilerince sarhoş olarak başkalarının huzur ve sükununu bozacak şekilde davranışlarda bulunan kişiye, elli Türk Lirası idari para cezası verilecektir. Kabahatler Kanunu’nun gerekçesinde de belirtildiği üzere bu hükmün uygulanabilmesi için, sarhoş olan kişinin, başkalarının huzur ve sükununu bozacak şekilde davranışlarda bulunması gerekir. Kişinin alkol aldığı doktor raporu veya mevcutsa alkolmetre ile tespit edilecek, doktor raporu veya varsa alkolmetre çıktısı, yoksa alkolmetre ölçümüne ilişkin tutulan tutanak delil olarak evraka eklenecektir. Bunun için, davranışın umuma açık yerlerde gerçekleşmiş olması gerekmez. (Örneğin kendi evinde, diğer aile bireylerinin veya komşuların huzur ve sükununu bozucu davranışlar da bu kapsamda değerlendirilecektir.) Bu yaptırımın uygulanabilmesi için şahsın hem huzur ve sükunu bozması hem de alkollü olması şartı gerekmektedir. Sarhoş olan ve idari yaptırım kararı uygulanan kişi ikaz edilerek ailesine veya güvenilir bir kişiye teslim edilecek veya kişi kolluk biriminde sarhoşluğu geçinceye kadar kontrol altında tutulacaktır. Kollukça kontrol altına alınan kişinin bir yakınına veya belirlediği bir kişiye gecikmeksizin bilgi verilecektir. Kontrol altına alınan kişi yabancı ise, yazılı olarak karşı çıkmaması halinde durumu vatandaşı olduğu devletin konsoloslughuna bildirilecektir. Gerekğinde kontrol altına alınan kişinin kaçmasını, kendisinin veya başkalarının hayat veya beden bütünlüğü bakımından doğabilecek tehlikeleri önlemek için kolluk tarafından gerekli önlemler alınacaktır. Sarhoşluğu geçince kişi serbest bırakılacaktır.”

Kabahatler Kanunu’nun 12. maddesinde, Kanun’da aksine hüküm bulunmayan hallerde TCK’nın kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlere ilişkin hükümlerinin kabahatler bakımından da uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Kabahatler Kanunu’nda alkol veya uyuşturucu madde etkisinde işlenmiş kabahatler bakımından bir hüküm bulunmadığından, TCK’nın 34. maddesinin uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir.¹⁵⁵

Örneğin kişi yanılarak veya cebirle yani kast veya taksiri olmaksızın alkol veya uyuşturucu madde almış olabilir. Bu gibi bir durumda kişinin almış olduğu alkol veya uyuşturucu maddenin etkisiyle işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği veya bu fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli ölçüde azalmış ise kişinin kusur yeteneği de ortadan kalkacağından kabahatten dolayı idari bir yaptırıma hükmedilemeyecektir. Buna karşın kişinin almış olduğu alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle kusur yeteneği önemli sayılmayacak derecede azalmış ise bu durum kabahat karşılığı öngörülen idari para cezasının alt ve üst sınırları arasında kusura uygun bir belirleme yapılırken dikkate alınacaktır (KK m.17/2)¹⁵⁶.

Kronik alkol veya uyuşturucu madde zehirlenmesine maruz kalan kişilerin bir kabahat işlemeleri durumunda sorumlulukları, akıl hastalığına ilişkin

¹⁵⁵ Kangal, s. 204.

¹⁵⁶ Kangal, s. 204.

hükümler dikkate alınarak değerlendirilecektir (KK m.11/2)¹⁵⁷.

3.5. 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'ndaki Durum

Bu konuda son olarak 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun konuyla alakalı 13. maddesine de kısaca değinmekte yarar görüyoruz. Maddenin birinci fıkrasının C bendine göre polis *“Halkın rahatını bozacak veya rezalet çıkaracak derecede sarhoş olanları veya sarhoşluk halinde başkalarına saldıranları, yapılan uyarılara rağmen bu hareketlerine devam edenler ile başkalarına saldırmaya yeltenenleri ve kavga edenleri”* eylemin veya durumun niteliğine göre, koruma altına alır, uzaklaştırır ya da yakalar ve gerekli kanuni işlemleri yapar. Söz konusu düzenleme ile KK m.35'in paralellik arz ettiği söylenebilir.

3.6. 298 Sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'daki Durum

Yukarıda açıklanan mevzuat hükümlerinden de anlaşılacağı üzere Türk hukukunda salt alkol içilmesi ve/veya sarhoş olunması, başka bir neticeye sebebiyet verilmediği durumlarda, tek başına suç veya kabahat türünden bir haksızlık olarak kabul edilmemektedir. Bunun tek istisnasını 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun oluşturmaktadır. Söz konusu Kanun'un 79. maddesine göre oy verme günü, her ne suretle olursa olsun, spirtolu içki satılması, içkili yerlerle umumi mahallerde her çeşit spirtolu içki satılması, verilmesi, içilmesi yasaktır. Aynı Kanun'un 170. maddesine göreyse oy verme günü, oy verme müddetince, umuma açık yerlerde spirtolu içki verenler, satanlar veya içenler veya herhangi bir suretle açık veya kapalı şişelerde spirtolu içki satanlar veya alanlar üç aydan altı aya kadar hapis cezasıyla cezalandırılırlar. Buna göre Türk hukuk sisteminde salt alkol içilmesinin suç veya kabahat olmadığı kuralının tek istisnası olarak, oy verme günü, oy verme süresince, sarhoşluk seviyesine varmayacak derecede dahi olsa alkol içilmesi olduğu söylenebilir.

SONUÇ

İslam hukukunda sarhoşluğun suç olarak düzenlenmesi aklın korunması temel amacı üzerinden kamu menfaati ve toplum düzeninin korunmasına hizmet etmektedir. Sağlıklı bir toplumun sağlıklı bireylerden oluşacağı kanaatinden hareketle bilinçte meydana gelen bulanıklığın başkalarına zarar vermemesi hedeflenir.

Sarhoşluk suçuna temel teşkil eden şürb kavramı hukukçular tarafından farklı yorumlanmıştır. Bazı hukukçular şürb kavramını sarhoşluk veren tüm

¹⁵⁷ Kangal, s. 205.

maddeleri kapsadığı görüşünü savunurken Hanefi mezhebi kurucusu Ebu Hanife şarap içme ve sarhoş olma eylemlerini farklı değerlendirmiştir. Bunun sonucunda ise şarap içme eylemi dışında sarhoşluk veren diğer maddeler için ikili bir ayırım doğmuştur.

Had cezası öngörülen şürb suçunda, kişinin hür bir Müslüman olması, içki içmesi ve zihin bulanıklığının belli bir şiddete ulaşması suçun maddi unsurları olarak sayılmıştır. Ayrıca sarhoşluğun dar'ül İslam sınırları içerisinde gerçekleşmesi gerekir. Gayrimüslimler için şürb haddi uygulanmamakla birlikte, tazir cezasına hükmedilmesine bir engel koyulmamıştır. Sarhoşluk veren şeyin iradi olarak, kasıtlı ve bilinçli olarak alınması ise manevi unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Zorunluluk halinde sarhoşluk veren maddenin alınması durumunda had gerekip gerekmeyeceği mezhepler tarafından farklı yorumlanmıştır.

Suçun cezasında Kur'an ve sünnet hükümlerinde kesin bir belirleme olmadığından icma yoluyla alt sınırdaki kırk, üst sınırdaki seksen değnek olacak şekilde had cezasının uygulanacağı kararlaştırılmıştır.

Sarhoşluğun cezai ehliyeteye etkisi ise sarhoşluğun iradi veya irade dışı olmasına göre ikiye ayrılmıştır. Buna göre çoğunluk tarafından kabul edilen görüş iradi gerçekleşen sarhoşluğun kişinin ceza ehliyetini kaldırmadığı yönündedir. İrade dışı gerçekleştirilen sarhoşlukta kişinin cezai ehliyeti akıl hastalarının ehliyeti gibi değerlendirilecek ve kişi cezalandırılmayacaktır. Başka bir suçu işlemek için cesaret kazanmak amaçlı sarhoşluk veren maddenin alınmasında da İslam hukukçuları farklı görüşleri savunmuşlardır.

Osmanlı Devleti'nde de sarhoşluk suçunda Hanefi görüşü esas alınmıştır. Bu kapsamda şartları gerçekleşen şürb suçunda had, had gerektiren unsurların eksikliği durumunda ise tazir cezası uygulandığı bilinmektedir. Bununla birlikte şürb suçunda cezai sorumluluğu olmayan gayrimüslimlerin kamu düzenini bozacak eylemleri de tazir ile cezalandırılmıştır. Gerek Tanzimat öncesinde gerekse Tanzimat sonrasında içki satışı denetiminde tutulmak istenmiş buna ilişkin kanunnamelerde hükümlere yer verilmiştir.

Tanzimat sonrasında çıkarılan ceza kanunlarında sarhoşluk 1851 tarihli Kanun-ı Cedid'te, daha sonra 1282 (1866)¹⁵⁸ ve 1283 (1867)¹⁵⁹ tarihli nizamnamelerde yer bulmuştur. 1921 yılında çıkarılan Men'i Müskirat Kanunu ise içki ve müskirata ilişkin kapsamlı düzenlemeleri bünyesinde barındırmıştır.

Osmanlı uygulamasında şürb suçu had cezası olarak öngörülen sopya ek olarak, kanunnameler vasıtasıyla tazir olarak farklı cezaların uygulanmasına da imkan vermiştir. Bu kapsamda kimi zaman münferiden sarhoşluğun niteliğine göre veya başka bir suçla birlikte şürb suçunun tespiti halinde hapis, küreğe

¹⁵⁸ BOA, İ.MMS.: 31/1294.

¹⁵⁹ Düstur, 1. Tertip, C.2, s.712-725.

koyma, prangabentlik, kalebentlik gibi tazir cezalarına da hükmedilmiştir. Para cezası ise Fatih Kanunnamesi'nden sonra pek çok kanunnamede sarhoşluk veren maddelerin tüketilmesine ilişkin sıkça verilen cezalardan olmuştur.

Cumhuriyet sonrası Türk hukukunda sarhoşluk fiili, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 571 ila 575. maddelerinde kabahat türünden bir suç olarak düzenlenmişti. 765 sayılı TCK'da sarhoşluk, adi sarhoşluk (m.571), müteceviz sarhoşluk (m.572/1), itiyadi sarhoşluk (m.572/2,3) ve itiyadi iptila sarhoşluk (m.573) başta olmak üzere çeşitli alt ayrımlara tabi tutulmuştu. 2004 yılında kabul edilen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma" başlıklı 34. maddesinde ise iradi ve irade dışı alınan alkol etkisi altında suç işleyen kişilerin kusur sorumluluklarıyla ilgili bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, irade dışı alınan alkol etkisinde suç işlenmesi durumunda kişinin kusur yeteneğinin kalktığını kabul eden kanun koyucu, iradi alınan alkol etkisinde suç işlenmesi durumunda ise kusur yeteneğinin kalkmadığını ve kişinin cezai sorumluluğunun tam olduğunu kabul etmiştir. Hukuk sistemimizde sarhoşlukla ilgili bir düzenlemeye yer veren kanunlardan bir diğeri ise Kabahatler Kanunu'dur. Kabahatler Kanunu'nun "Sarhoşluk" başlıklı 35. maddesine göre sarhoş olarak başkalarının huzur ve sükununu bozacak şekilde davranışlarda bulunan kişiye, kolluk görevlileri tarafından elli Türk Lirası idari para cezası verilir. Kişi, ayrıca sarhoşluğun etkisi geçinceye kadar kontrol altında tutulur. Kişi hakkında sarhoşluk kabahatinin uygulanması için, bu kişinin, başkalarının huzur ve sükununu bozacak şekilde davranışlarda bulunması gerekmektedir. Aksi durumda yani kimsenin huzur ve sükununu bozmayacak şekilde alkol içen ve sarhoş olan bir kişinin fiilinin bu kapsamda değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Sarhoşlukla ilgili olarak Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun konuyla alakalı 13. maddesinde de bir düzenlemeye gidildiği görülmektedir. Söz konusu hükmün KK m.35 ile paralellik arz ettiği söylenebilir.

Bahsedilen bu kanuni düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere mevcut hukuk sistemimizde sarhoş olmayacak derecede salt alkol içilmesi kural olarak suç veya kabahat türünden bir haksızlık olarak kabul edilmemiştir. Bunun tek istisnasını 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun oluşturmaktadır. Söz konusu Kanun'a göre oy verme günü, oy verme süresince sarhoşluk seviyesine varmayacak derecede dahi olsa alkol içilmesi suç olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

I. Arşiv Belgeleri

- BOA, Bab-ı Asafî, A. {DVNSMHH.d...: 111/1400.
- BOA, Bab-ı Asafî, A. {DVNSMHH.d...:123/125.
- BOA, Bab-ı Asafî, A. {DVNSMHH.d...: 114/825.
- BOA, Cevdet, C. İKTS.: 5/209.

- BOA, Dahiliye, DH.EUM.THR.: 1/7.
- BOA, İ.MMS.: 22/942.
- BOA, İ.MMS.: 31/1294.

II. Diğer Yazılı Kaynaklar

- 6 Numaralı Mühimme Defteri (972/1564-1565) Özet- Transkripsiyon-İndeks: Ankara: Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Yayınları, 1995.
- 7 Numaralı Mühimme Defteri (975-976/1567-1569) Özet- Transkripsiyon-İndeks: Ankara: Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Yayınları, 1998.
- Akbulut, Berrin: *Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanununun Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2010.
- Akbulut, Berrin: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Akgündüz, Ahmet: *Bilinmeyen Osmanlı, İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı*, 1999.
- Akgündüz, Ahmet: *İslâm ve Osmanlı Hukûku Külliyyâtı, Kamu Hukuku (Anayasa-İdare-Ceza- Usul- Vergi- Devletler Umumî)*, I, İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2011.
- Akgündüz, Ahmet: *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, I, İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2015.
- Alacakaptan, Uğur: *Sarhoşluk Halinde İşlenen Suçlarda Cezai Mesuliyet*, Ankara: Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961.
- Avcı, Mustafa: *Osmanlı Ceza Hukuku-Genel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Avcı, Mustafa: *Osmanlı Ceza Hukuku-Özel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Aydın, Devrim: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Hazırlanış Süreci”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 59, S. 4, Yıl 2004, ss. 249-263.
- Baktır, Mustafa: “İçki”, *DİA*, XXI, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 2000, ss. 458-462.
- Bardakoğlu, Ali: “Had”, *DİA*, XIV, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 1996, ss. 547-551.
- Başoğlu, Tuncay: “Uyuşturucu”, *DİA*, XLII, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 2012, ss. 248-253.
- Bilgin, Ahmet: *İslam Hukukunda Gerçek Kişilerin Ehliyeti* (Doktora Tezi), Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1989.

- Bilmen, Ömer Nasuhi: *Hukuki İslamiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, III, İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1999.
- Boynukalın, Mehmet: “Suç”, *DİA*, XXXVII, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 2009, ss. 453-457.
- Bozkurt, Gülnihal: *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi*, Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1996.
- Canan, İbrahim: *Hadis Külliyyatı Kütüb-i Sitte Tercüme ve Şerhi*, VIII, Ankara: Akçağ Yayınları, 1995.
- Demirbaş, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Diyanet İşleri Başkanlığı: *Kur’an Yolu Tefsiri*, III, Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2014.
- Dönmez, İbrahim Kâfi: “Sarhoşluk”, *DİA*, XXXVI, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 2009, ss. 141-145.
- Dönmez, İbrahim Kâfi: “İcma”, *DİA*, XXI, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 2000, ss. 417-431.
- Dönmezer, Sulhi – Erman, Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: II*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 1999.
- Düzdağ, M. Ertuğrul: *Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı*, İstanbul: Enderun Kitabevi, 1983.
- Evren, Cüneyt - Öncü, Fatih: “Alkol-Madde Kullanımı ve Bağımlılığı ile İlgili Adli Psikiyatri Uygulamaları”, *Adli Psikiyatri Uygulama Kılavuzu*, Ed: Niyazi Uygur, Ankara: Türkiye Psikiyatri Derneği Yayınları, 2014.
- Hafızogulları, Zeki: “*Türk Ceza Hukukunun Seksen Yılı*”, Cumhuriyetin Kuruluşundan Bugüne Türk Hukukunun Seksen Yıllık Gelişimi Sempozyumu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 2003, ss. 165-211.
- *İstanbul Kadı Sicilleri*, I, Ankara: TDV İslam Araştırmaları Merkezi, 2014.
- Kangal, Zeynel T.: *Kabahatler Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Karaman, Hayrettin: *Mukayeseli İslam Hukuku*, I, İstanbul: İz Yayınevi, 2014.
- Kaşıkçı, Osman: *İslâm-Osmanlı Hukuku*, İstanbul: Ufuk Yayınları, 2015.
- Kerner, H. J.: *Kriminologie Lexikon*, 4. Auflage, Heidelberg: 1994.
- Koca, Mahmut -Üzülmez, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Koçak, Muhsin v. dgr.: *İslam Hukuku- İslam Hukukuna Giriş/Aile Hukuku/ Miras ve Ceza Hukuku*, İstanbul: Ensar Neşriyat, 2013.

- Kunter, Nurullah: “Yirmi Beş Cumhuriyet Yılıının Ceza Tarihçesi”, İstanbul Barosu Dergisi, Ekim 1948, Yıl: XXII, Sayı: 10, ss.539-584.
- *Mahkeme Kayıtları Işığında 17. Yüzyıl İstanbul’unda Sosyo-Ekonomik Yaşam, I*, Ed: Timur Kuran, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2010.
- Merginanî, Burhanüddin Ebu’l-Hasan Ali b. Ebû Bekir : *Hanefîler İçin İslam Fıkıhı El-Hidâye Tercemesi, II*, İstanbul: Kahraman Yayınları, 2015.
- Molla Hüsrev Mehmed b. Feramürz b. Ali: *Tercümetü’l-Gürer Ve’ d-Dürer*, I, Dersaadet: Matbaa-i Amire, 1875.
- Özbek, Veli Özer - Doğan, Koray - Pınar Bacaksız- Tepe, İlker : *Ceza Genel Hukuku Temel Bilgiler*, İzmir: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Özgenç, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Öztürk, Bahri - Erdem, Mustafa Ruhan: *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2018.
- Öztürk, Yeter: “XIX. Yüzyıl Arşiv Belgelerine Göre Osmanlı Devleti’nde İçki ve Yasakları”, (Yüksek Lisans Tezi), Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017.
- Serahsi, Ebû Sehl Ebû Bekir Muhammed b. Ahmet, *el-Mebsût*, XXIV, İstanbul: Gümüşev Yayınları, 2016.
- Tosun, Musa - Çetin, Alptekin- Konuk, Numan: “Alkol ve Madde Bağımlılığının Adli Psikiyatrik Yönleri,” *Türkiye Klinikleri J Psychiatry-Special Topics*, 4/1 (2011).
- Udeh, Abdülkâdir: *Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslam Ceza Hukuku- Özel Hükümler*, II, İstanbul: Kayıhan Yayınevi, 2012.
- Yaman, Ahmet: *İslam Hukukunda Uluslararası İlişkiler*, Ankara: Fecr Yayınevi, 1998.
- Yiğit, Yaşar: *İslam Ceza Hukukunun Yürürlüğü*, Ankara: Sistem Ofset Yayıncılık, 2012.
- Yurtcan, Erdener: *Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2016

III. Elektronik Kaynaklar

- Altıparmak, Cüneyt: (2008). Sarhoşluk Kabahati, www.turkhukuksitesi.com/makale_758.htm, (Erişim: 5 Mayıs 2019)
- Resmi Ceride: (1926, Nisan 3), <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/338.pdf>, (Erişim: 3 Ağustos 2019)
- Ceride-i Resmîye: (1921, Eylül 14). https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc001/kanuntbmmc001/kanuntbmmc00100022.pdf, (Erişim: 5 Mayıs 2019)
- Türkçe Sözlük, www.sozluk.gov.tr, (Erişim 6 Şubat 2021).

TÜRK CEZA HUKUKUNDA HAKSIZLIK HATASI (TCK m. 30/4) (TEORİDE VE GÜNCEL YARGITAY UYGULAMASINDA)

*Mistake of Unjustness in Turkish Criminal Law (Turkish Criminal Code Art. 30/4)
(In the Light of Theory and Current Decisions of the Turkish Court of Cassation)*

Dr. Hakan A. YAVUZ*

Geliş Tarihi: 27.01.2021

Kabul Tarihi: 24.02.2021

ÖZET

Bu çalışmada, Türk Ceza Kanununa hâkim olan kusur teorisinin önemli bir yansıması olarak kabul edilen haksızlık hatasına ilişkin temel hususlar ayrıntılı olarak ele alınmaktadır. Suçun yapısal unsurlarından bağımsız olarak bir değerlendirmeye tabi tutulan kusurluluk kapsamında ele alınan haksızlık hatası, klasik ceza hukuku doktrininin terk edildiğinin önemli bir göstergesi olarak kabul edilmektedir. Haksızlık hatası, bu bağlamda hem teori hem de uygulamaya yansımaları bakımından incelemeye tabi tutulmaktadır. Haksızlık hatası, Türk Ceza Kanununun 30. maddesi kapsamında hata hükümleri bağlamında düzenlenmiştir. Düzenlemeyle, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişinin cezalandırılmayacağı öngörülmüştür. Bu düzenleme karşısında, kanunun bağlayıcılığı başlıklı Türk Ceza Kanununun 4. maddesindeki “ceza kanunlarını bilmemenin mazeret sayılamayacağı” hükmünün bir anlamı ve esasen geçerliliği kalmamıştır. Yargıtay’ın güncel uygulamasında meselenin henüz bir vuzuha kavuşmadığı ve kararlarda halen büyük ölçüde kast teorisinin izlerinin görüldüğü tespit edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Haksızlık Hatası, Hukuki Hata, Yanılgı, Kusur Teorisi, Kaçınılabilirlik

ABSTRACT

In this study, the basic issues of the mistake of unjustness, which is accepted as an important reflection of the culpability theory that dominates the Turkish Penal Code, are discussed in detail. The mistake of unjustness, which is considered within the scope of the mistake, which is evaluated independently from the structural elements of the crime, is accepted as an important indicator of the abandonment of the classical criminal law doctrine. In this context, the mistake of unjustness is examined in terms of its reflections on both theory and practice. The mistake of unjustness is regulated within the scope of article 30 of the Turkish Criminal Code within the context of error provisions. With the regulation, it has been stipulated that the person who makes an inevitable mistake regarding the act he committed constitutes an unjustness cannot be punished. In the face of this regulation, the provision in article 4 of the Turkish Penal Code titled bindingness of the law “ignorance of the law does not excuse” has no meaning and essentially validity. In the current practice of Yargıtay (the Turkish Court of Cassation), it is determined that the issue has not yet reached the clarity and that the traces of the criminal intent theory are still seen in the decisions.

Keywords: Mistake of Unjustness, Mistake of Law, Error, Culpability Theory, Evitable

ANLATIM PLANI: Giriş – **I.** Genel Olarak Türk Ceza Hukukunda Hata – **II.** Kanunu/Ceza Kanunlarını Bilmemek Mazeret Sayılmaz Kuralı ve Hata – **III.** Bir Hata Formu Olarak Haksızlık Hatası – **IV.** Unsur Hatası ve Haksızlık Hatası Arasındaki Farklar – **V.** Haksızlık Hatasının Ceza Sorumluluğuna Etkisi – **VI.** Yargıtay Uygulamasında Haksızlık Hatası – **A.** 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu Döneminde **B.** 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Döneminde – **1.** Cinsel İstismar Suçu Bakımından – **2.** Terör Örgütüne Üye Olma Suçu ve Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar Bakımından – **3.** 6136 Sayılı Kanuna Aykırılık Suçu Bakımından – **4.** Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme Suçu Bakımından – **5.** 2863 Sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununa Aykırılık Suçları Bakımından – **6.** Diğer Bazı Suç Tipleri Bakımından – Sonuç – Kaynaklar

* Cumhuriyet Savcısı, Yargıtay, e-posta: hayavuz@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-6613-0073.

GİRİŞ

Suç, toplumsal düzenin devamı açısından korunması gereken hukuki değerlerin açık ve bilinçli bir ihlali veya en azından bu değerleri korumaya matuf kurallara özensizlik taşıyan, kanunda tanımlanmış haksızlık niteliğindeki insan davranışı, fiilidir.¹ Bir failin kasten veya taksirle gerçekleştirdiği haksızlıktan ötürü kınanabilmesi ve cezalandırılabilmesi için kusurlu olması gerekmektedir (*kusursuz ceza olmaz/nulla poena sine culpa*). Kusur, tipik haksızlık nedeni ile irade oluşumu temelinde fail hakkında bulunulan kınama yargısı olup failin, irade oluşumu ve iradi fiilinden dolayı kınanabilirliğidir. Failin, ancak davranışının haksızlık teşkil ettiğinin bilincinde olması halinde, iradesini bu davranıştan kaçınmak yönünde bir değerlendirme yapması beklenebilir, dolayısıyla faili bu davranışı gerçekleştirmekten alıkoyan şey haksızlık bilincidir. Haksızlık bilincinin oluşumu için ise failin, hukuk düzeninin gereklerine göre fiilinin icra edilmemesi gerektiği yönünde bir değerlendirmede bulunması gerekir. Failin, fiilin icrası sırasında haksızlığının bilincine sahip olmadığı hallerde haksızlık hatası söz konusu olmaktadır.²

Haksızlık hatası, genel olarak hata kurumu bağlamında ele alınmaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) sistematüğinde esas alındığı belirtilen kusur teorisi doğrultusunda, hata hükümleri *kastı kaldıran hata* ve *kusurluluğu etkileyen hata şeklinde* tasnif edilmiştir. Haksızlık hatasının bu tasnif kapsamında kusurluluğu etkileyen bir hata olarak öngörüldüğü anlaşılmaktadır.³

Hata hükümlerinin doğru bir şekilde anlaşılabilmesi ve uygulanabilmesi için suç teorisine ilişkin temel hususların yeterince kavranmış olması gerektiği ifade edilmektedir. Zira hata başlığı altında failin algısındaki fiili ve bunun hukuki sonuçları ile gerçekte var olan duruma ilişkin hukuki sonuçların karşılaştırılması, bu bakımdan hatanın hangi unsuru etkileyip etkilemediği, bunun tipikliğe mi ait olduğu yoksa ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan bir nedene mi ilişkin olduğu gibi suç teorisine ilişkin çok önemli soruların cevaplandırılmasına ihtiyaç bulunmaktadır.⁴

Genel olarak hata hükümlerine ve özellikle haksızlık hatasına ilişkin uygulama daima tartışmalara konu olmuştur. 765 sayılı TCK dönemindeki Yargıtay uygulamasında haksızlık hatasına ilişkin hususlar, doktrine hâkim

¹ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 154.

² Neslihan Göktürk, *Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 67-69.

³ Özgenç, s. 443; Göktürk, s. 69; Mahmut Koca/İlhan Üzülmaz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 369.

⁴ Bernd Heinrich, *Ceza Hukuku Genel Kısım, C. II*, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 129; Murat Volkan Dülger/Onur Özkan /Merve Bakdur, “Ceza Hukukunda Hata ve Hataya Bağlanan Sonuçlar”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 12, S. 45, Ocak 2021, s. 228.

olan kast teorisinin etkisiyle suçun manevi unsurları kapsamında mütalaa edilmekte ve haksızlık hatasının kastı ortadan kaldıran bir hal olduğu kabul edilmekte idi. 5237 sayılı TCK döneminde ise Yargıtay uygulamasının henüz yeterince yeknesak bir görünüm arz etmediği görülmektedir.

Konu, çalışmada altı ana başlık altında ele alınacaktır. Teoriye ilişkin açıklamaların yer aldığı ilk beş başlık altında haksızlık hatasına ilişkin temel hususlar doktrinadaki görüş farklılıklarının ayrıntılarında kaybolmadan öz bir anlatımla ifade edilerek meselenin anlaşılmasına katkıda bulunulmaya çalışılacaktır. Uygulamaya ilişkin son başlık altında ise Yargıtay'ın öncelikle 2005 öncesindeki yaklaşımı ortaya konulacak, akabinde 2005 sonrasındaki kararlarında meselenin isabetli bir şekilde ele alınıp alınmadığı tartışılacaktır.

I. GENEL OLARAK TÜRK CEZA HUKUKUNDA HATA

Sözlük anlamı itibarıyla hata; *istemeyerek ve bilmeyerek yapılan yanlış, kusur, yanılma, yanlış*⁵; *hakikate uygun olmayan ve fakat hata eden kimsece kati surette yani tereddütsüz hakikat olarak kabul edilen fiil*⁶ ya da *bilmemek veya yanlış bilmek*⁷ şeklinde tarif edilmiştir.

Ceza hukuku bakımından ise hata; bu “bilmeme” halinin bir sonucu olarak failin iradesi ile ortaya çıkan netice arasındaki uyumsuzluğa işaret etmektedir.⁸ Hata, kural olarak, iradenin oluşum sürecine etki ederek gerçeğin yanlış olarak tasavvuru veya bilinmesi nedeniyle iradenin bozulmuş olarak doğmasına neden olur.⁹ Failin iç dünyasına ait her şey hatanın konusunu oluşturabilir.

⁵ <https://sozluk.gov.tr>, Erişim Tarihi: 01.01.2021.

⁶ *Türk Hukuk Lügati*, Türk Hukuk Derneği Yayını, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1991, s. 120.

⁷ **Sahir Erman**, “Ceza Kanununda Hukukî Bilmeme ve Yanılma”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XII, S. 2-3, Y. 1946, s. 511-516; **Koca/Üzülmez**, s. 253.

⁸ **Mahmut Koca**, “Türk Ceza Hukukunda Hata”, içinde: 3. *Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi*, İstanbul Kültür Üniversitesi, Ankara 2009, s. 81; **Zeki Hafızogulları**, “Hukukî Bilmeme ve Açık Ceza Normları”, *Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı 1925-1975*, Ankara 1977, s. 194.

⁹ **Nevzat Toroslu**, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara 2005, s. 217; **Koca/Üzülmez**, s. 253; **Erman (S)**, Hata, s. 510-511; **Doğan Soyaslan**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 466; **Ayhan Önder**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. II-III, İstanbul, Beta Basım Yayın Dağıtım, 1992, s. 311; **Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 418; **Hakan Hakeri**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 23. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 448; **Nur Centel/Zafer, Hamide/Özlem Çakmut Yenerer**, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Bası, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 2020, s. 436; **Mustafa Özen**, “Ceza Hukukunda Bilmemek ve Hata”, *Uğur Alacakaptan’a Armağan*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s. 590; **Nurcan Gündüz**, “Türk Ceza Hukukunda Hukukî Hata”, *Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan*, C. I, Ankara 2015, s. 489-543; **Cem Şenol**, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Suçun Maddi ve Nitelikli Unsurlarında Hata (TCK m. 30/1, 2)”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 13, S. 38, Aralık 2018, s. 119.

Bu bağlamda hata; tipikliğe ait unsurlara, hukuka uygunluk nedenlerinin gerçekleşme koşullarına, fiilin haksızlık niteliğine veya suçun daha ağır veya daha az cezalandırılmasını gerektiren nitelikli hallerin varlığına ilişkin olabilir.¹⁰

Doktrinde *hata* terimi yerine; *yanılma*¹¹ ve *yanılgı*¹² ifadeleri de kullanılmaktadır. Biz bu çalışmada TCK'daki “hata” terimini kullanmayı tercih etmekteyiz.

Hata kurumunun tasnifine ilişkin olarak doktrinde iki farklı yaklaşım bulunduğu söylenebilir. Bunlar; *fiili hata* (*mistake of fact*¹³) ve *hukuki hata* (*mistake of law*¹⁴) şeklindeki tasnif ile *kastı kaldıran hata* ve *kusurluluğu etkileyen hata* şeklindeki tasniftir.

Fiili hata ve *hukuki hata* şeklindeki tasnife göre; fiili hata (tipiklik hatası/ tipiklikte yanılma/unsur yanılgısı) dış dünyaya ait bir şeyin olduğundan farklı bir şekilde algılanması hali iken, hukuki hata (haksızlık yanılgısı/haksızlık yanılması/yasak hatası) ise normatif dünyaya ait gerçekliğin olduğundan farklı bir biçimde değerlendirilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır.¹⁵ Fiili hata bir algılama hatası olduğu halde; hukuki hata ise bir değerlendirme hatasıdır¹⁶, zira fail, normun içeriğini bilmemekte veya yanlış yorumlamakta, dolayısıyla haksızlık bilincine sahip bulunmamaktadır.¹⁷

Kastı kaldıran hata ve *kusurluluğu etkileyen hata* şeklindeki tasnif ise yanlış tasavvurun bağlantı noktasından/konusundan hareketle, hata halinin hukuki sonucu¹⁸ esas alınarak yapılmaktadır. Buna göre; hata tipikliğin maddi

¹⁰ **Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem**, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 463.

¹¹ **Soyaslan**, s. 466; **Öztürk/Erdem**, s. 463; **Ragıp Barış Erman**, *Yanılgının Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2006.

¹² **Özgenç**, s. 434; **Koca/Üzülmüş**, s. 254; **Göktürk**, s. 67 vd.

¹³ Bkz: **David C. Brody/James R. Acker/Wayne A. Logan**, *Criminal Law*, Jones&Bartlett Publishers, Sudbury 2001, s. 295 vd.

¹⁴ Bkz: **George P. Fletcher**, *The Grammar of Criminal Law, American, Comparative and International, Vol I: Foundations*, Oxford University Press, New York 2007, s. 108; **Annemieke Van Verseveld**, *Mistake of Law: Excusing Perpetrators of International Crimes*, Doktora Tezi, University of Amsterdam, Amsterdam 2011, s. 8 vd; **Douglas Husak/Andrew Von Hirsch**, “Culpability and Mistake of Law”, içinde: Stephen Shute/John Gardner/Jeremy Horder (Editörler), *Action and Value in Criminal Law*, Clarendon Press, Oxford 1993, s. 155-174.

¹⁵ **Koca/Üzülmüş**, s. 253; **Erman (S)**, s. 510-511; **Özgenç**, s. 434; **Önder**, s. 311; **Sözuer, Adem**, “Hukukî Hata”, *Yargıtay Dergisi*, C. 21, S. 4, Ekim 1995, s. 467; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 419; **Hakeri**, s. 456; **Centel/Zafer/Çakmut Yenerer**, s. 436; **Timur Demirbaş**, *Ceza Hukuku Genel Hükmeler*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 433 vd; **Öztürk/Erdem**, s. 464; **Toroslu**, s. 220; **Gündüz**, s. 494-495; **Husak/Von Hirsch**, s. 155 vd.

¹⁶ **Koca/Üzülmüş**, s. 253.

¹⁷ **Öztürk/Erdem**, s. 328.

¹⁸ **Değirmenci**, s. 136.

şartlarına yani dış dünyaya ilişkin hususlara ilişkin ise bu hata suçun manevi unsuru üzerinde etkili olmakta ve kastı ortadan kaldırmakta iken; hata tipikliğin hukuki değerlendirmesine yani hukuki sonuçlarına ilişkin ise suçun unsurları üzerinde değil kusurluluk üzerinde etkili olmaktadır.¹⁹

Kusur teorisinin esas alındığı TCK sistematğinde hata kurumu, kastı kaldıran hata ve kusurluluğu etkileyen hata şeklindeki tasnife uygun olarak kurgulanmıştır. Hata konusundaki hükümler TCK'nın 30. maddesi kapsamında düzenlenmiştir.²⁰

¹⁹ Koca/Üzülmez, s. 253; Özgenç, s. 433.

²⁰ Madde şu şekildedir: “(1) Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır. (2) Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. (3) Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. (4) (Ek fıkra: 29/6/2005-5377/4 md.) İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.” Türk Ceza Kanununun hazırlanmasında büyük ölçüde etkisi olduğu bilinen Alman Ceza Kanununun 16 ve 17. maddesi ise şu şekildedir: “Madde 16- Suç tipinin unsurlarını oluşturan durumlarda hata (*Irrtum über Tatumstande*) (1) Fiilin icrası sırasında kanundaki suç tipinin unsurlarını oluşturan bir durumu (maddi unsuru) bilmeyen kişi, kasten hareket etmiş olmaz. Taksirli davranış sebebiyle cezalandırılabilme saklıdır. (2) Fiilin icrası sırasında hata nedeniyle, daha hafif ceza öngören bir kanundaki suç tipini oluşturan durumların var olduğunu zanneden bir kişi, kasten işlenen suçtan dolayı, sadece daha hafif ceza öngören kanuna göre cezalandırılabilir. Madde 17- Hukuki Hata (*Verbotsirrtum*) Fail, fiilin icrası sırasında haksızlık gerçekleştirme bilincine sahip değilse ve bu hatasından kaçınması da mümkün değilse, kusurlu hareket etmiş sayılmaz. Failin hatası kaçınılabilir bir hata ise; ceza 49. maddenin birinci fıkrasına göre indirilebilir.” Bkz: **Feridun Yenisey/Gottfried Plageman, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)**, Beta Basım Yayın Dağıtım, Ankara 2015, s. 18. Konuyla ilgili başka bir örnek olarak Avusturya Ceza Kanununun 8 ve 9. maddeleri şu şekildedir: “Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Maddi Şartlarının Hata (*Irrtümliche Annahme eines rechtfertigenden Sachverhaltes*) Madde 8- Bir davranışın hukuka aykırılığını ortadan kaldıran maddi şartını hatalı olarak anlayan kişi, kasten suç işlemiş olmaz. Şayet hatalı anlaması, taksirine dayanmakta ise ve söz konusu davranışın da taksirle işlenebileceği kabul edilmiş ise, taksirle işlenen suç nedeniyle cezalandırılır. Hukuki Hata (*Rechtsirrtum*) Madde 9- (1) Hukuki hata nedeniyle bir fiilin haksızlığını bilmeyen kişi, bu hata kendisine isnat edilememekte ise kusurlu hareket etmemiştir. (2) Hukuki hata, şayet haksızlık herkes gibi fail için de kolayca bilinebilecek nitelikte ise yahut da fail mesleği, mesgulyeti ve şartları gereği kendisini bilgilendirmekle yükümlü olmasına rağmen ilgili düzenlemeler hakkında kendisini ilgilendirmemiş ise faille isnat edilir. (3) Faile hukuki hata isnat edilmekte ise; fail, kasten hareket etmiş ise kasten gerçekleştirilmesinin cezalandırıldığı suç nedeniyle; taksirle hareket etmiş ise taksirle gerçekleştirilmesinin cezalandırıldığı suç nedeniyle cezalandırılır.” Bkz: **Rahime Erbaş, “Haksızlık Hatasının Kaçınılabilir Olduğunu Gösteren Ölçütlerin Kanunda Öngörülmesi: Avusturya Ceza Kanunu Örneği”, Ceza Hukuku Dergisi**, Y. 14, S. 40, Ağustos 2019, s. 385-386; Bir başka örnek olarak Uluslararası Ceza Mahkemesinin kuruluş sözleşmesi olan Roma Statüsünün 32. maddesinde şöyle bir düzenleme bulunmaktadır: “Maddi hata veya kanun hatası (*Mistake of fact or mistake of law*) (1) Maddi hata, sadece suçun manevi unsurunu (kastı) ortadan kaldırdığında, cezai sorumluluğu ortadan kaldıran

Kastı kaldıran hata halleri; suçun maddi unsurlarında hata (TCK m. 30/1), suçun nitelikli unsurlarında hata (TCK m. 30/2) ve hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata (TCK m. 30/3) olarak, *kusurluluğu etkileyen hata halleri ise*; kusurluluğu etkileyen nedenlerin maddi şartlarında hata (TCK m. 30/3) ve işlenen fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda hata (TCK m. 30/4) şeklinde düzenlenmiştir.²¹

II. KANUNU/CEZA KANUNLARINI BİLMEMEK MAZERET SAYILMAZ KURALI VE HATA

Kökenleri Kilise Hukukuna dayanan bir kural olan *kanunu bilmemek mazeret sayılmaz* (*error iuris nocet/ignorantia iuris non excusat/ignorantia legis neminem excusat/ignorance of the law does not excuse*) kuralına göre kanunu bilmemek, katı ve objektif ceza sorumluluğu anlayışının benimsendiği bu dönemde, esasen bilinmesinin zorunlu olduğu kabul edilen din kurallarını bilmemek anlamına gelmekteydi.²²

Bu kuralının haklılığını savunan görüşler temelde dört farklı teoriye dayanmaktadır. *Faraziye (aksiyom) teorisine* göre, kanunun herkes tarafından bilindiği bir faraziye olarak kabul edilmekte ve aksinin ispatı mümkün kabul edilmemektedir. Ödev teorisine göre, kanunu öğrenmenin vatandaşlara yüklenmiş bir görev olduğu için aksinin kabulü düşünülemez. *Ayırma teorisine* ise bu kuralı yalnızca doğal suçlar için uygulanabilir kabul etmekte, zira doğal suçların bütün insanlarda mevcut bulunan akıl yoluyla neyin suç olup

bir esas olacaktır. (2) Belli bir eylem biçimin Mahkeme'nin yargı yetkisine giren bir suç olup olmadığı konusundaki kanun hatası, cezai sorumluluğu ortadan kaldıran bir unsur olamaz. Ancak kanun hatası, suçun gerektirdiği manevi unsuru ortadan kaldırdığı zaman veya 33. maddede öngörüldüğü şekliyle cezai sorumluluğu kaldıran bir unsur olabilir.” Bkz: *Uluslar arası Ceza Divanı Roma Statüsü*, https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/mevzuat_CDRS.htm, Erişim Tarihi: 01.01.2021. Roma Statüsünün İngilizce orijinal metni için bkz: *Rome Statute of the International Criminal Court*, <https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf>, Erişim Tarihi: 01.01.2021.

²¹ **Özgenç**, s. 433; **Öztürk/Erdem**, s. 294 vd; **Koca/Üzülmez**, hata hallerine ilişkin tasnifte kastı kaldıran bir hata hali olarak hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılmasını (TCK m. 27/1) da dâhil etmektedir. Bkz: **Koca/Üzülmez**, s. 254.

²² **Devrim Güngör**, “Kural Üzerinde Hata”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 68, Y. 2007, s. 140; **Devrim Güngör**, *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata*, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 77 vd; **Olgun Değirmenci**, “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 110, Y. 2014, s. 137. Daha ayrıntılı bilgi için bkz: **Çetin Özek**, “Ceza Normunun Varlığında Hata”, *Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan*, C. III, İstanbul 2003, s. 817-830; **Fatih Selami Mahmutoglu/Yener Ünver**, “Kanunu Bilmemek Mazeret Sayılmaz Kuralı Üzerine”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 72, S. 4-5-6, Y. 1998, s. 371-395; **Ermann (S)**, s. 518 vd; **Hakkı Demirel**, “Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 3-4, Y. 1955, s. 94-110.

olmadığını kavrayabilecekleri kabulüne dayanmaktadır. *Kanunları uygulama zorunluluğu teorisini* savunanlara göre ise, usulüne uygun olarak yayımlanan kanunun herkes tarafından bilindiğini bir karine olarak kabul edilmeli ancak her karine gibi bunun da aksinin ispat edilebilir olduğu ifade edilmektedir.²³

Söz konusu kural, 765 sayılı TCK'da (m. 44) "Cezaya Ehliyet ve Bunu Kaldıran veya Hafifleten Sebepler" başlıklı bölümde "*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*" şeklindeki ifadeyle düzenlenerek, yalnızca ceza kanunlarının değil yürürlükte bulunan bütün kanun hükümlerin fail tarafından bilinmemesinin mazeret olarak ileri sürülemeyeceği öngörülmüştü.²⁴ Buna karşın kural, 5237 sayılı TCK'da (m. 4) ise daha dar bir açıyla yorumlanarak "*ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz*" şeklinde düzenlenmiş, sözü edilen farklılık dolayısıyla mevcut durumda ceza kanunları dışındaki kanunların bilinmemesinin ceza sorumluluğunu etkilediği açıkça kabul edilmiştir.²⁵ Haksızlık hatasına ilişkin hükümle (TCK m. 30/4) birlikte, TCK'da kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kuralının mutlak bir şekilde uygulanmaması gerektiği yönündeki eleştiriler de bertaraf edilmiştir.²⁶

²³ Görüşler hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz: **Erman (S)**, s. 519 vd; **Ahu Karakurt**, "Türk Ceza Kanunu'nda Hata", *Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 4, S. 10, Ağustos 2009. s. 136 vd; **Demirel**, s. 102 vd; **Özek**, s. 819 vd; **Soyaslan**, s. 468; **Mahmutoğlu/Ünver**, s. 377; **Sesim Soyer Güleç**, "Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı (m. 30/4)", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 1, Y. 2008, s. 67; **Gündüz**, s. 498 vd.

²⁴ Bu durum doktrinde, hükmün adaletsizliklere neden olduğu gerekçesiyle eleştirilmekte idi. Bkz: **Özek**, s. 829-830; **Hafizoğulları**, s. 199 vd; **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 435.

²⁵ **Değirmenci**, s. 170; **Erman (S)**, s. 535; Doktrinde **Soyaslan**, bu formülasyonun isabetli olmadığını düşünmektedir: "Bu hüküm kanunu bilmemek mazeret sayılmaz şeklinde olmalıydı. Ceza Kanununu bilmemek mazeret sayılmaz ise diğer kanunları bilmemek öncelikle mazeret sayılmaz. Çünkü Ceza Kanununun yaptırımı haptistir. Ancak maddeden diğer kanunları bilmemek mazeret sayılır anlamı çıkmaktadır." **Soyaslan**, s. 479.

²⁶ **Soyer Güleç**, s. 64. Adalet Komisyonu raporunda düzenlemenin gerekçesiyle ilgili olarak şu ifadeler kullanılmıştır: "Kanunu bilmemenin mazeret sayılamayacağı, aslında ceza sorumluluğuna ve isnat yeteneğine ilişkin bir konu olmayıp kanunun bağlayıcılığı ilkesi ile ilgili bulunduğundan, söz konusu esasa Tasarının 2 nci maddesinde yer verilmesi uygun sayılmıştır. Kanunu bilmemenin mazeret sayılmaması ilkesi ile ceza hukukunda kasta dayalı sübjektif sorumluluk ilkesi arasında çelişki bulunduğunu ve uygulamada çıkabilecek problemlerin çözümünü kast kavramına bırakarak artık böyle bir hükmü kanunda yer verilmemesini öne süren yazar ve hatta kanunlar vardır. Ancak söz konusu ilkenin Ülkemizdeki uygulamada şimdiye kadar fazla bir güçlük çıkarmadığı, ödenen beri Yargıtay kararlarında kast ilkesine yollama yapılarak, doktrin ve yabancı kanunlarda belirtilen eğilimi karşılayan kararların verildiği ve uygulamaların yapıldığı, kaldırılmasının ise duraksamalara ve uygulama zorluklarına neden olabileceği düşünüldüğünden ilke olarak muhafazasının daha yerinde olacağı düşünülmüştür. Metinde geçen 'kanun' deyimi usulü üzere yayınlanmış ve ihlali ceza uygulamasını gerektiren düzenleyici işlemleri de kapsar." Bkz: *Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)*, TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm>, Erişim Tarihi: 01.01.2021.

Doktrinde, *bizim de katıldığımız* üzere, sözü edilen kuralın haksızlık hatasının düzenlendiği bir hükmün varlığıyla birlikte artık anlamını yitirdiği ve kanundan çıkartılması gerektiği ifade edilmektedir.²⁷ Esasen klasik ceza hukuku anlayışında kabul edilen psikolojik kusur kavramı ve bunun bir sonucu ve ürünü olan kast teorisinin terk edilerek normatif kusur kavramına dayalı kusur teorisinin benimsendiği TCK sisteminde haksızlık bilincinin kastın değil kusurun bir unsuru olarak kabul edildiği gerçeği karşısında, haksızlık hatasının kaçınılmaz olması halinde kişinin kusurlu addedilemeyeceğinin hüküm altına alındığı bir kanunda ceza kanununun bilinmemesinin mazeret nedeni olarak kabul edilemeyeceğine ilişkin bir düzenlemenin mevcudiyetini sürdürmesi çelişkili bir görüntü arz etmektedir.²⁸

III. BİR HATA FORMU OLARAK HAKSIZLIK HATASI

TCK'nın 30. maddesinin son fıkrası olarak düzenlenen haksızlık hatası hükmüne göre, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmaz.

Alman Ceza Kanununun 17. maddesi²⁹ esas alınarak düzenlenen hükümdeki kurum doktrinde *haksızlık hatası*³⁰ yanında; *yasak hatası*³¹, *kural üzerinde hata*³², *hukukî hata/yanılgı/yanılma*³³, *haksızlık yanılması*³⁴, *haksızlık bilinci*

²⁷ Göktürk, s. 98; Koca/Üzülmez, s. 372; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 437; Dülger/Özkan/Bakdur, s. 229; Mahmutoğlu/Ünver, s. 386-387; Öztürk/Erdem, s. 45; Meraklı, Serkan, *Ceza Hukukunda Kusur*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 433; Soyer Güleç, s. 86; Değirmenci, s. 140; Sefa Çetin, Haksızlık Hatasının Suç Genel Teorisindeki Yeri ve İçeriği, *Suç ve Ceza, Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 2018, S. 3, s. 34. Aksi yöndeki görüşler için ayrıca bkz: Güngör, “Kural Üzerinde Hata”, s. 148; Karakurt, s. 139-140.

²⁸ Göktürk, s. 90.

²⁹ Bkz: 19 nolu dipnot.

³⁰ Murat Volkan Dülger, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 1. Baskı, Hukuk Akademisi, İstanbul 2021, s. 641; Dülger/Özkan/Bakdur, s. 228 vd; Ali Rıza Töngür/Ekrem Çetintürk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 271; Meraklı, s. 430 vd; Yasemin Baba, *Haksızlık İçeriğindeki Azlığın Cezalandırma Üzerindeki Etkisi*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2017, s. 17; Çetin, s. 17-43; Erbaş, s. 379.

³¹ Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 685; Heinrich, s. 167; Necati Meran, “TCK’da Yasak Hatası”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Y. 4, S. 32, Nisan 2009, s. 65 vd; Cengiz Apaydın, “Ceza Hukukunda Hukuki Hata”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 12, S. 133, Eylül 2017, s. 34-47.

³² Toroslu, s. 220; Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 2. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 2010, s. 317; Güngör, *Fiil Üzerinde Hata*, s. 15 vd.

³³ Önder, s. 337; Centel/Zafer/Çakmut, s. 430; Demirbaş, s. 434; Hakeri, s. 475; Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 321; Gündüz, s. 489 vd.

³⁴ Öztürk/Erdem, s. 328.

(yasaklılık) yanılması³⁵, yasak (haksızlık) yanılması/yanılması³⁶, bağışlanabilir yanılması³⁷ veya haksızlık yanılması³⁸ gibi ifadelerle de anılmaktadır.

Haksızlık hatasına ilişkin hükmün esası iki şekilde açıklanmaktadır. Günümüzde büyük ölçüde terk edilen ilk görüşe göre bu hüküm, kanunun bağlayıcılığı kuralı (TCK m. 4) ile irtibatlı olarak ceza kanunlarını bilmemenin mazeret sayılacağı durumlara özgülenmiştir.³⁹ Diğer görüşe göre ise hüküm, kusur teorisi ile irtibatlı olduğundan kanunun bağlayıcılığına ilişkin kural ile alakalı değildir.⁴⁰

Haksızlık hatası, TCK'nın ilk halinde “Kanunun bağlayıcılığı” başlıklı 4. madde kapsamında, ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz kuralı ile birlikte daha farklı bir formülasyonla; “*Ancak sakınamayacağı bir hata nedeniyle kanunu bilmediği için meşru sanarak bir suç işleyen kimse cezaen sorumlu olmaz.*” şeklinde düzenlenmişti.⁴¹ Fakat bu hüküm, kanunun henüz yürürlüğe girdiği bir tarihte, 29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı Kanun ile ilga edilerek 30. madde kapsamında mevcut formülasyonla yeniden düzenlenmiştir.⁴² Böylece haksızlık hatası, kusurlulukla bağlantılı bir husus olarak ele alınmıştır.⁴³

³⁵ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 435; **Veli Özer Özbek**, “Türk Ceza Kanununda Hata (m. 30)”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 3, S. 7, Ağustos 2008, s. 95.

³⁶ **Erman (B)**, s. 122; **Değirmenci**, s. 140 vd; **Erdal Yerdelen**, “Ceza Hukukunda Yorum Hatası (Der Subsumtionsirrtum)”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 9, S. 25, Ağustos 2014, s. 69-101.

³⁷ **Hakeri**, s. 473.

³⁸ **Özgenç**, s. 445; **Göktürk**, s. 69 vd; **Koca/Üzülmez**, s. 368 vd; **M. Emin Artuk/Ahmet Gökçen/ M. Emin Alşahin/Kerim Çakır**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 654; **Demirbaş**, s. 437; **Soyer Güleç**, s. 59 vd; **Şenol**, s. 122.

³⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz: **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 435 vd.

⁴⁰ **Özgenç**, s. 445; **Öztürk/Erdem**, s. 329; **Hakeri**, s. 473.

⁴¹ *Centel ve diğerlerine* göre, bu formülasyon daha isabetliydi, zira bu ifadelendirme biçimi ile failin fiilinin suç olarak tanımlandığını bilmesine rağmen, haksızlık bilincine sahip olmaması nedeniyle cezalandırılmamasına imkân vermektedir. Bkz: **Centel/ Zafer/Çakmut**, s. 437.

⁴² Maddenin gerekçesinde şu ifadeler kullanılmıştır: “30 uncu maddeye dördüncü fıkrası olarak eklenen bu hükümle, kişinin işlediği fiilden dolayı kusurlu ve sorumlu tutulabilmesi için, bu fiilin bir haksızlık oluşturduğunu bilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre, kişi, işlediği fiilin hukukten kabul görmez bir davranış olduğunun bilincinde olmalıdır. Kişinin, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunu bilmesine rağmen, bunun kanunda suç olarak tanımlandığını bilmemesinin bir önemi bulunmamaktadır. Ceza hukuku bakımından sorumluluk için önemli olan, işlenen fiilin haksızlık oluşturduğunun bilinmesidir. Ancak, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususundaki hatasının kaçınılmaz olması hâlinde, kişi kusurlu sayılamaz. Hatanın kaçınılmaz olduğunun belirlenmesinde ise, kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları göz önünde bulundurulur. Hatanın kaçınılmaz olması durumunda kişi kusurlu sayılacak ve bu husus, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır”. *5377 Sayılı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı*, TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 3, https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/Kanun_Ss.Durumu?Kanun_No=5377, Erişim Tarihi: 01.01.2021.

⁴³ **Özgenç**, s. 411; **Öztürk/Erdem**, s. 329; **Hakeri**, s. 473; **Koca**, s. 82.

TCK’da esas alınan suç teorisine göre suçun yapısal unsurları, maddi unsur, manevi unsur ve hukuka aykırılık bileşenlerinden hareketle incelenmekte ve bu üç unsurun bir arada bulunduğu hallerde *tipik haksızlığın* gerçekleştiği kabul edilmektedir. Bununla birlikte bu aşamaya kadar sadece *fiil* ile ilgili olarak bir *haksızlık yargısında* bulunulmuş olmaktadır. Tipik bir haksızlığın varlığını saptadıktan sonra bu defa *fail* ile ilgili olarak bireysel bir kusur değerlendirmesi yapılmakta ve bu *kusur-kınama yargısının* neticesine göre faile ceza verilip verilemeyeceği belirlenmektedir. Böylece kusur, fiilin suç olma vasfını etkilemeyip sadece cezalandırılabilirlik üzerinde etkili olmaktadır. Kusur, failin iradesinin oluşum şartları değerlendirilerek fiili dolayısıyla kınanıp kınanamayacağı belirlendiği alan olduğundan kast ve taksirden ayrı ele alınmaktadır. Zira kast ve taksir haksızlığın birer gerçekleşme biçimi olup kusursuz haksızlık olabilirse de bir haksızlık vücuda gelmeden yani kast ya da en azından taksire dayanan bir fiil gerçekleşmeden kusurla ilgili bir değerlendirme yapılması mümkün olmamakta, somut olayda failin kusurunu kaldıran ya da azaltan sebepler bulunsada dahi fiil bir haksızlık ifade etmeye devam etmektedir.⁴⁴

Haksızlık hatasında kişi, işlediği fiilin hukuk düzenince tasvip edilmediği, toplumsal düzlemde bir haksızlık ifade ettiği hususunda yanılmaktadır. Haksızlık hatasından söz edebilmek için fiilin ceza kanunlarında suç olarak tanımlandığının ya da cezaya layık bir haksızlık olduğunun bilinmesi gerekmez. Önemli olan fiilin haksızlık ifade edip etmediğinin bilinmesidir (*haksızlık bilinci*⁴⁵). Söz konusu hatası kişinin ilgili davranış normunun varlığında ya da

⁴⁴ **Özgenç**, s. 154 vd, 445; **Koca/Üzülmez**, s. 83 vd, 371; **Öztürk/Erdem**, s. 330; **Göktürk**, s. 21 vd.

⁴⁵ “Haksızlık bilincinin suç teorisi içindeki konumu, kast teorisi ve kusur teorisi olarak bilinen iki görüş etrafında şekillenmektedir. İki teori arasındaki temel farklılık, kast teorisinin haksızlık bilinci kastın bir unsuru olarak; kusur teorisinin ise kusurun bir unsuru olarak ele almasıdır.”; “Zira, kast teorisi – kusur teorisi şeklindeki görüş ayrılığının temelinde, final hareket teorisinin etkisi ile kast ve taksirin kusurdan tamamen kopararak tipik haksızlığın subjektif unsurları; kusurun ise suçun unsurlarının dışına çıkarılarak failin ceza sorumluluğuna gidilebilmesi için fail hakkındaki kınama yargısı olduğu şeklindeki anlayış bulunmaktadır. İşte suçun yapısal unsurları ve kusurun suçun yapısındaki rolüne ilişkin söz konusu anlayış farklılığına dayalı olarak haksızlık bilincinin kast mı, yoksa kusur kapsamında mı ele alınacağı meselesi ortaya çıkmakta ve tartışmanın konusunu oluşturmaktadır.”; “... haksızlık bilinci suçun unsurları ile ilintilidir. Fail, unsurların kapsadığı hukuki menfaat ihlalini haksızlık olarak addediyor ise haksızlık bilincine sahiptir. Haksızlık bilincinin dayanak noktası, maddi haksızlık içeriğinde failin davranışının somut hukuka aykırılığıdır. Soyut bir haksızlık bilincinden değil; tam aksine maddi, somut, münferit emir ve yasaklara yönelik bir haksızlık bilincinden söz edilebilir. Dolayısıyla, fail hakkında ancak belirli bir suç tipiyle ilişkili olarak kınama yargısında bulunulabilir.” **Göktürk**, s. 1, 2, 58. “Haksızlık bilincinin konusunun saptanması, ceza hukuku haksızlığının dayandığı değer niteliği ile sıkı bir ilişki içindedir. Ceza hukukunu ilgilendiren haksızlığın sınırları ne şekilde saptanırsa, haksızlık bilinci de bu sınırlar içinde kalan eylemleri konu alır şekilde tanımlanmaktadır. Ceza

yorumunda hataya düşmesinden kaynaklanabilir.⁴⁶

Haksızlık hatasının temel olarak iki farklı görünüş biçimi⁴⁷ bulunmaktadır: Doğrudan haksızlık hatası ve dolaylı haksızlık hatası.

Doğrudan haksızlık hatası/yanılgısının⁴⁸ yanı sıra “soyut haksızlık hatası/yanılgısı”⁴⁹ olarak da isimlendirilen görünüş biçiminde; kişi, fiilin maddi unsurlarına ilişkin gerekli bilgiye sahiptir ancak haksızlık oluşturan fiiline

hukuku haksızlığının konusunu hukuk dışı normların belirlemesi, hukuk devletine dayanan çağdaş ceza hukuku anlayışı çerçevesinde mümkün değildir. Aksine bir kabul, hukuk ile ahlak arasındaki sınırların silikleşmesine neden olacaktır. Ayrıca, haksızlık bilincinin ölçütü olarak hukuk dışı normların alınması, yaptığı eylemin hukuka aykırı olduğunu bilen, fakat bunu başka norm veya inanç sistemlerine dayandırarak meşrulaştıran kişilerin haksızlık bilincinin bulunmadığı gibi bir sonucun ortaya çıkmasına neden olabilecektir ki, bunun hukukun herkesi bağlayıcı niteliği ile bağdaşmasına imkân bulunmamaktadır.” **Erman**, s. 140. Haksızlık bilinci konusunda daha ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz: **Göktürk**, s. 31 vd; **Erman**, s. 122 vd.

⁴⁶ **Özgenç**, s. 444; **Koca/Üzülmez**, s. 369; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 655; **Öztürk/Erdem**, s. 330; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 435; **Göktürk**, s. 46; **Sözüer**, s. 479; **Özen** (2008), s. 592; **Dülger**, s. 642; **Akbulut**, s. 686. Alman Federal Mahkemesi Büyük Ceza Kurulunun 18.03.1952 tarihli kararında ifade edilen şu esaslar haksızlık hatasına ilişkin günümüzde yaygın bir şekilde benimsenen anlayışın temelini teşkil etmektedir: “Kusur yargısının temeli, insanın özgür iradesidir. İnsan özgür iradeyle sahip olması nedeniyle haklı olan davranış ile haksızlık arasında bir tercih yapma ve haklı olan davranış lehine karar verme, davranışlarını hukuk düzeninin gereklerine göre yönlendirebilme, hukuk düzeninin yasakladığı davranışlardan sakınma yeteneğine sahiptir. Fail haksızlık bilincine sahip ise ve özgür iradesi ile haksız olan davranışı tercih ediyor ise kusurludur. Fakat yasak yanılgısı failin kusurunu her zaman tamamen ortadan kaldırmaz. Fail davranışının hukuk düzeninin gerekleri ile uyumlu olup olmadığını sorgulamakla yükümlüdür. Fail bu husustaki şüphesini tefekkür etmek veya bir uzmana danışmak yoluyla bertaraf etmek zorundadır. Ayrıca fail vicdan muhasebesi yapmalıdır. Failden beklenen vicdan muhasebesinin ölçüsü, somut olayın koşulları ile onun sosyal ve mesleki çevresidir. Kasten işlenen bir suç haksızlık yanılgısı içerisinde işlenebilir. Yasak yanılgısı suç kastını ortadan kaldırmaz; kast varlığını muhafaza eder. Hukuka aykırılık bilinci ya da fiilin hukuka aykırılığının fail bakımından idrak edilebilir olması kusurun bir unsurudur. Kast teorisinin benimsenmesi sakıncalıdır. Bu teori, fiilin icrası sırasında failin bir haksızlık icra ettiğini bilmesini gerektirmektedir. Ancak bu, günlük yaşamın tecrübeleri ile örtüşmemektedir. Çünkü failin, heyecan veya galeyanın etkisi altında iken aniden verdiği bir kararla işlediği suçların sayısı hiç de azımsanır değildir. Böyle bir durumda fail, genellikle icra ettiği sırada fiilinin hukuka aykırılığı üzerinde düşünmemektedir. Dolayısıyla fiilin taksirle işlenen şekli suç olarak tanımlanmış değilse, failin cezasız kalma tehlikesi ortaya çıkmaktadır. Oysa hukuka aykırılık bilincini kast kapsamında mütalaa etmeyen ve kasttan bağımsız olarak kusurun bir unsuru olarak ele alması nedeniyle kusur teorisinde; yasak yanılgısı failin kastını ortadan kaldırmamakta; kast varlığını muhafaza etmektedir.” BGH v. 18.03.1952, GSSt 2/51, BGHSt. 2, s. 194-212, bkz: **Göktürk**, s. 17.

⁴⁷ Doktrinde bu iki görünüş biçimi dışında; geçerlilik yanılgısı/hatası, niteleme yanılgısı/hatası, tersine haksızlık yanılgısı/hatası ve çifte haksızlık yanılgısı/hatası şeklindeki görünüş biçimlerinden de bahsedilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Göktürk**, s. 129-137.

⁴⁸ **Koca/Üzülmez**, s. 370; **Göktürk**, s.115.

⁴⁹ **Soyer Güleç**, s. 74; **Güngör**, “Kural Üzerinde Hata”, s. 136; **Karakurt**, s. 144.

hukuk düzeni tarafından izin verilmediğini bilmemekte olduğundan, yasaklayıcı normun varlığına veya normun anlamına ilişkin değerlendirmesinde hataya düşmektedir.⁵⁰

*Dolaylı haksızlık hatası/yanılgısının*⁵¹ yanı sıra; “somut haksızlık hatası/yanılgısı”⁵², “izin hatası”⁵³ veya “izin normunda hata/yanılma”⁵⁴ olarak da isimlendirilen görüşün biçiminde ise; kişi, işlemiş olduğu fiilin bir haksızlık/suç olduğunu bilmesine rağmen mevcut durumda fiili hukuka uygun hale getiren bir nedenin bulunduğunu düşünerek hareket etmekte, dolayısıyla hukuka uygunluk nedeninin varlığı konusunda hataya düşmektedir. Hatanın bu şekli, işlenen bir fiili hukuka uygun hale getiren bir nedenin bulunduğu düşüncesinden ya da hataen, işlenen fiilin belli bir hukuka uygunluk nedeni kapsamında kaldığı zannından kaynaklanabilmektedir.⁵⁵ Bu durumda somut vakıya değil, münhasıran norma dayalı bir değerlendirme söz konusudur; bu hatanın haksızlıkla doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır; somut vakıanın dış dünyada cereyan ediş şeklinin failin zihnine yansımaması ya da yanlış yansımaları söz konusu değildir ve fakat fail somut vakıayı zihninde doğru şekilde tasavvur etmekte, olayın dış dünyada vuku buluş şekli ile bunun failin zihnindeki hali bütünüyle örtüşmektedir. Buna karşın failin izin normunu bilmemesine veya yanlış bilmesine dayalı bir değerlendirme hatası söz konusudur ve fail, hukuk düzeninde mevcut olmayan bir hukuka uygunluk nedenini var saydığı veya hukuki sınırında hataya düştüğü için hukuk düzeninin fiile izin verdiği düşüncesiyle hareket etmektedir.⁵⁶

IV. UNSUR HATASI VE HAKSIZLIK HATASI ARASINDAKİ FARKLAR

Hata meselesi günümüzde unsur (tipiklik) hatası ve haksızlık hatası şeklindeki ikili ayırım esas alınarak incelenmektedir. Sonuçları bakımından ele

⁵⁰ Koca/Üzülmez, s. 369-370.

⁵¹ Koca/Üzülmez, s. 370; Göktürk, s. 125.

⁵² Sözüer, s. 481; Öztürk/Erdem, s. 302; Soyer Güleç, s. 74; Güngör, “Kural Üzerinde Hata”, s. 136.

⁵³ Dülger/Özkan/Bakdur, s. 252-253.

⁵⁴ Değirmenci, s. 167 vd.

⁵⁵ Özgenç, s. 443; Koca/Üzülmez, s. 370.

⁵⁶ Göktürk, s. 126. Bu duruma ilişkin olarak şu örnekler verilmiştir: Hekimin varsaydığı meslek kurallarına göre hastanın rızasını almaksızın bir tıbbi müdahaleyi gerçekleştirebileceği düşüncesi ile hareket etmesi, bir kadının, kendi davranış biçimini veya kaderini tayin etmeye hakkı kapsamında görerek çocuk düşürücü hareketlerde bulunması, bir kimsenin hukuken tanınmayan ötenazi hakkının bulunduğu zannı ile yakalandığı hastalığın verdiği acıya dayanamayarak, bir yakınının ısrarlı talepleri karşısında ölümünü çabuklaştırıcı şekilde hareket etmesi, bir kamu görevlisinin görevini yapması nedeniyle verilen ve ekonomik açıdan değeri olan yeni yıl veya bayram hediyesini toplumda geçerli olan gelenek kurallarına göre hukuka uygun olduğu zannı ile kabul etmesi. (Göktürk, s. 127, dp. 453)

alındığında unsur hatası, kastı kaldıran bir hata formu iken; haksızlık hatası ise kusurluluğu etkileyen bir hata formudur.

Suç teşkil eden haksızlık objektif ve sübjektif olmak üzere iki temel unsurdan oluşmaktadır. Kast, suçun kanuni tanımında yer alan objektif nitelikteki unsurların (maddi unsur) fail tarafından bilinmesini ifade eder ve tipik haksızlığın sübjektif unsurudur. Kusur ise kasten veya taksirle gerçekleştirdiği haksızlıktan dolayı fail hakkındaki kınama yargısını ifade ettiğinden haksızlık üzerinde herhangi bir etkisinin bulunmaması nedeniyle haksızlığın tipikliğine ait bir unsur değildir. Dolayısıyla haksızlık bilinci kastın değil kusurun bir unsurudur. Fail davranışının haksızlık teşkil ettiğinin bilincinde olmasına ve haklı olan davranışı tercih etme, hukuk düzeninin icaplarına uygun davranma imkânına sahip olmasına rağmen iradesini haksız olan davranışı gerçekleştirme yönünde kullanması nedeniyle kınanmaktadır. Kastın unsuru olan bilme, sadece suçun kanuni tanımında yer alan objektif nitelikteki unsurlar ile sınırlı olup; fail, somut olayda tipikliğin objektif unsurlarının gerçekleştiğini biliyorsa kasten hareket ettiğinden söz edilir. Failin, fiilinin haksızlığının idrakinde olup olmadığı kastın değil, suçun unsurlarının yani tipikliğin dışında kalan kusur yargısına ilişkin bir unsurdur. Unsur hatasında fail, somut olayda ne yaptığının bilincinde olmadığı için olayın gerçekleşme koşullarında hataya düşmektedir. Sonuç olarak, unsur hatası – haksızlık hatası ayrımının, kastın bir unsuru olan *bilme* ile haksızlık bilinci için gerekli olan *bilme* arasındaki farklılığa dayandığı söylenmelidir.⁵⁷

Unsur hatasının kaçınılmaz olarak kusurluluğu etkilemesi bakımından herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Her iki durumda da unsur hatası failin kastını ortadan kaldırır. Öte yandan unsur hatası, haksızlığa temel teşkil eden objektif unsurlarda yani suçun maddi unsurlarına ilişkin bir hata olduğundan, haksızlığın kasten gerçekleştirildiğinden bahsedilemez.⁵⁸ Dolayısıyla unsur hatasının söz konusu olması halinde beraat kararı verilmelidir. Bununla birlikte, fiilin taksirle işlenen hali kanunda suç olarak tanımlanmış ise failin taksirli sorumluluğundan söz edilebilir (bkz: TCK m. 30/1).

V. HAKSIZLIK HATASININ CEZA SORUMLULUĞUNA ETKİSİ

Haksızlık hatası TCK'da ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler başlıklı bölümde hata kurumu kapsamında düzenlenmiştir. Buna göre, kanunun kurgusunda esas alınan kusur teorisinin bir sonucu olarak söz konusu hata fiile ilişkin kastı etkilememekle birlikte failin ceza sorumluluğu üzerinde etkide bulunmakta ve fail fiilinden ötürü *kusurlu* kabul edilmemektedir.⁵⁹

⁵⁷ Göktürk, s. 71-73.

⁵⁸ Göktürk, s. 74-75.

⁵⁹ Özgenç, s. 443; Göktürk, s. 69; Koca/Üzülmüş, s. 369.

Kusursuz ceza olmaz ilkesinin bir sonucu olarak kusurluluk, işlediği fiille ilgili olarak failin, iradesinin oluşum sürecindeki şartlarının tespiti ve bu tespiti dayanılarak gerçekleştirdiği fiil cezalandırılması gerekip gerekmediği, diğer bir anlatımla kınanabilirliği hususundaki yargıyı ifade etmektedir. Suçun yapısal unsurlarının gerçekleştiğinin belirlenmesinin akabinde fail hakkında kusurlulukla ilgili bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.⁶⁰

Kusurlulukla ilgili değerlendirme ise söz konusu *hatanın kaçınılabilir olup olmadığına göre* yapılacaktır. Haksızlık hatasının kaçınılabilirliğinin tespitinde, failin kişisel olarak söz konusu somut hukuki yükümlülüğü idrak edebilirliği hakkında bir hüküm yargısı söz konusu olmaktadır.⁶¹

Kişinin gerçekleştirmiş olduğu bir haksızlıktan ötürü kınanabilmesi için toplumsal hayatı düzenleyen hukuk normlarının gereklerine uygun davranmak, haksızlık yapmamak imkân ve kabiliyetine sahip olmasına rağmen, hukuka aykırı bir davranış gerçekleştirmesi gereklidir. Fail, davranışının haksızlık teşkil ettiğinin bilincinde olmasına ve haklı olanı tercih etme, hukuka uygun davranma imkânına sahip olmasına rağmen iradesini haksız olan davranışı yapmayı tercih etme yönünde kullanması nedeniyle kusurlu kabul edilmektedir. Failin, iradesini haksızlık teşkil eden davranışı tercih etme yönünde kullandığı için kusurlu kabul edilebilmesi için ise davranışın haksızlık teşkil ettiğinin farkında, bilincinde olması gerekir. Ancak bu şartla fail, ancak iradesini, davranışının haksızlık niteliğinde olduğunu bilmesi halinde bir tercih yapma yükümlülüğü ile karşı karşıya kaldığı söylenebilir. Davranışının hukuka aykırılığı konusunda hataya düşen failin, söz konusu haksızlık bilincine sahip olmamasından ötürü kusurlu olmadığı kabul edilir.⁶² Dolayısıyla failin hatası ancak *kaçınılmaz* bir hata niteliğinde ise kusurluluğu ve dolayısıyla ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran bir hata olarak kabul edilecektir.

Failin düştüğü hata, yani fiilin haksızlık oluşturduğu konusundaki hatası *kaçınılabilir* nitelikte ise kusurlu addedilecek ve fakat kusurun yoğunluğunun azalmış olması nedeniyle, kaçınılabilirliğin derecesine göre kusurun da derecelendirilmesine ilişkin bir değerlendirme yapılacaktır.⁶³

⁶⁰ Özgenç, s. 444; Koca/Üzülmez, s. 369.

⁶¹ Göktürk, s. 145. “Haksızlık yanılığının kaçınılabilirliği, fiilin icra edildiği an esas alınarak belirlenmelidir. Kaçınılabilirlik, üç koşulun gerçekleşmesini gerekli kılmaktadır. Birincisi, fail bakımından davranışının hukuka aykırılığını idrak edebilme imkânı bulunmalıdır. İkincisi, failin fiilin icrası sırasında davranışının hukuk düzeni karşısındaki durumunu sorgulamasını, bunun üzerinde düşünmesini gerekli kılan somut bir vesile bulunmalıdır. Üçüncüsü ise, davranışının hukuka aykırılığını idrak etmesi için mevcut imkânları kullanması failden beklenebilir olmalıdır.” Göktürk, s. 149-150.

⁶² Göktürk, s. 145-146.

⁶³ Özgenç, s. 447; Koca/Üzülmez, s. 371; Göktürk, s. 141; Öztürk/Erdem, s. 303; Sözüer, s. 483; Değirmenci, s. 146.

Söz konusu hatanın kaçınılabilirliğinin belirlenmesi ise kişinin bilgi düzeyi, eğitim durumu, sosyal ve kültürel müktesebatı, kişisel yetenekleri, bunları kullanmasının ondan ne ölçüde beklenebilir olduğu, bu hususta yeterli çabayı gösterip göstermediği gibi hususlar göz önünde bulundurularak yapılmalıdır. Kaçınılabilirlikten söz edebilmek için failin fiildeki haksızlık içeriğini bilebilecek durumda olmasına rağmen bilememesi hali söz konusu olmamalıdır.⁶⁴ Şayet fail, haksızlık bilgisini edinebilme imkânına sahip olup da, bu imkânı kullanmamış ise kusurlu sayılmalıdır.⁶⁵

Hatanın kaçınılabilir olduğu durumlarda, kişinin kınanabilirliğinin ortadan kalkmamasıyla birlikte kusur yoğunluğunun azaldığı genel olarak kabul edilmesine rağmen kanun metninde bu durumda cezada indirim yapılacağı öngörülmemiştir. Bununla birlikte maddenin gerekçesinde ve doktrinde, hatanın *kaçınılabilir* olması halinde *temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması* gerektiği⁶⁶ ifade edilmiştir. *Kanaatimizce* de bu husus, 61. maddenin birinci fıkrasının (f) ve (g) bentleri uyarınca, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı ile failin güttüğü amaç ve saik bağlamında bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Ancak bunun gerekçede değil Alman Ceza Kanunundaki⁶⁷ gibi 30. madde kapsamında açık bir şekilde düzenlenmesinde yarar bulunduğu yönündeki görüşe⁶⁸ biz de *katılmaktayız*.

Haksızlık hatası kastı değil kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal olduğu için bunun tespiti halinde “beraat” kararı değil, Ceza Muhakemesi Kanununun (CMK) 223. maddesinin üçüncü fıkrasının (d) bendindeki “kusurluluğu ortadan

⁶⁴ Özgenç, s. 447; Koca/Üzülmez, s. 371; Göktürk, s. 149 vd; Hakeri, s. 474; Değirmenci, s. 147; Sözüer, s. 483; Öztürk/Erdem, s. 303; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 655; Akbulut, s. 690; Soyer Güleç, s. 80; Mehmet Cemil Ozansü, “Yeni Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Hata Kavramı”, içinde: *Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 400; Claus Roxin, “Yasağa İlişkin Yanılma”, (Tercüme: Osman İsfen), içinde: *Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 271; Meraklı, s. 430; Özen (2020), s. 522.

⁶⁵ Göktürk, s. 77; Öztürk/Erdem, s. 303; Hafizoğulları, s. 211; Koca/Üzülmez, s. 371; Güngör, “Kural Üzerinde Hata”, s. 156; Sözüer, s. 481; Demirbaş, s. 439. “İşlenen fiilin haksızlık teşkil ettiği hususundaki yanılmanın kaçınılabilir olup olmadığının tayini hususunda, taksirle işlenen haksızlıklarla alakalı olarak failin kusur muhtevasının belirlenmesindeki metot izlenmelidir.” Özgenç, s. 447.

⁶⁶ Özgenç, s. 447-448; Koca/Üzülmez, s. 372; Göktürk, s. 199; Öztürk/Erdem, s. 304. Aksi yöndeki görüşler için bkz: Yener Ünver, Yeni Türk Ceza Kanunundan Kusurluluk, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 1, S. 1, Ekim 2006, s. 40; Soyer Güleç, s. 85.

⁶⁷ Alman Ceza Kanununun 17. maddesinde ise bu husus açık bir şekilde hüküm altına alınmıştır. Bkz: dipnot 19.

⁶⁸ Bkz: Göktürk, s. 110; Öztürk/Erdem, s. 304; Özbek/ Doğan/Bacaksız, s. 437; Koca, s. 102; Soyer Güleç, s. 84; Değirmenci, s. 183; Erbaş, s. 389; Meraklı, s. 434. Bununla birlikte, söz konusu tercihin bilinçli olarak yapıldığı, ancak uygulamada eksiklik hissedildiği takdirde madde metnine bu yönde bir hüküm eklenebileceği belirtilmiştir. Bkz: Özgenç, s. 414.

kaldıran hataya düşülmesi hali” söz konusu olduğundan “ceza verilmesine yer olmadığı” kararı verilmesi gerekmektedir.

VI. YARGITAY UYGULAMASINDA HAKSIZLIK HATASI

Bu başlık altında haksızlık hatasına ilişkin Yargıtay uygulamasını 765 sayılı TCK ve 5237 sayılı TCK dönemleri bakımından ayrı ayrı ele alacağız.

A. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu Döneminde

765 sayılı TCK’da haksızlık hatasına ilişkin bir düzenleme bulunmamakta idi. Bu dönemde gerek doktrinde ve gerekse uygulamada hatayla ilgili olarak, fiili hata ve hukuki hata ayrımı yapılmakta, hukuki hata ise ceza hukukunu ilgilendiren hukuki hata ve ceza hukukunu ilgilendirmeyen hukuki hata şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmakta idi. Ceza hukukunu ilgilendiren hukuki hatanın mazeret teşkil etmeyeceği bununla birlikte ceza hukukunu ilgilendirmeyen hukuki hatanın ise kastı kaldıracağı kabul edilmekte idi. Dolayısıyla mesele kast teorisinin etkisiyle suçun manevi unsurları kapsamında mütalaa edilerek, haksızlık hatasının kastı ortadan kaldıran bir hal olduğu gerekçesi ile beraat kararı verilmesi gerektiği düşünülmekteydi.⁶⁹ Yargıtay uygulaması da bu dönemde sözü edilen anlayışla uyumlu bir şekilde şekillenmiştir.⁷⁰

⁶⁹ Bkz: **Sulhi Dönmezer/Sahir Erman**, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Beta Basım Yayın Dağıtım, C. I, 14. Baskı, İstanbul 1997, s. 297-298; **Önder**, s. 309 vd.

⁷⁰ “...Sanık, Jandarmanın telkin ve tavsiyesine uyarak, edindiği ruhsatsız silahı, Jandarma Bölük Komutanlığı’nın muayenesine sunmuş, yapılan muayeneden sonra kendisine teslim edilen silahın muayenesinin yapıldığına dair bir de yazı verilmiştir. Sanık, jandarmanın verdiği yasal olmayan bu yazıya güvenerek ve dayanarak silahla mermilerini evinde bulundurmıştır. Olayın bu akışı içinde sanıkta suç kastının varlığından bahsedilemez.” **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, 24.12.1996 tarih, 8-286/296 Karar numaralı kararı, **Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç**, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, C. I, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 901; “...Seçim bittikten sonra muhafazası lazım gelen oy pusulalarını sanığın yakmasının, lüzum kalmadığı yolundaki kanaatinden ileri geldiğini müdafaaten beyan etmesine göre; bu müdafaa hilafında kastı cürmü takip ettiği hakkındaki sübut delilleri gösterilmeksizin mahkûmiyet kararı verilmesi...”. **Yargıtay 3. Ceza Dairesi**, 18.01.1951 tarihli, 10370/234 Karar sayılı kararı, bkz: **Göktürk**, s. 92; “... Sanık savunmasında suç konusu afişlerin (Kıvrıl Fakat Kırılma) isimli filme ait olduğunu, filmin sansürden geçtiğini, sinemalarda gösterildiğini ileri sürdüğüne göre, adı geçen filmin Merkez Film Komisyonu’nca oynatılmasına izin verilip verilmediği, izin verilmiş ise afişlerdeki sahnelerin filmde mevcut olup olmadığı, afişlerin film kontrol komisyonunca görülüp görülmediği hususları araştırılıp sonucuna göre eylemin kast yönünden suç teşkil edip etmeyeceğinin tayin ve takdiri gerekirken eksik soruşturmayla yazılı hüküm tesisi...”. **Yargıtay 5. Ceza Dairesi**, 26.04.1977 tarih, 1977/1530 Esas ve 1977/1451 Karar sayılı kararı, bkz: **Göktürk**, s. 92; “...Failin kocasının ölümü ile dul kalan kızını gayri meşru bir maksada mukarrin olmaksızın ve himaye ve sahabet niyeti ile meşru bir hareket olduğu kanaati ile zorla evine götürmesi halinde suç kastı yoktur.” **Yargıtay 1. Ceza Dairesi**, 23.12.1995 tarih, 3827 Karar sayılı kararı, bkz: **Soyer Güleç**, s. 79; “...İşyerinde II. Mahmut dönemine ait çeyrek altın bulunduran sanıkta suç kastının mevcut olup olmadığı

B. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Döneminde

Bu dönemdeki Yargıtay uygulamasının henüz bir vuzuha kavuşmadığı ve kararlarda halen büyük ölçüde kast teorisinin izlerinin bulunduğu görülmektedir. Aşağıda belirli bazı suç tipleri bakımından Ceza Genel Kurulu ve ilgili Daireler tarafından verilen kararlar incelenmek suretiyle uygulama hakkında kısa değerlendirmeler yapılacaktır.

1. Cinsel İstismar Suçu Bakımından

Cinsel istismar suçu bakımından haksızlık hatası bağlamında değerlendirme yapabileceğimiz ve Yargıtay'ın sık sık gündemine gelen dört farklı formdaki olay örneğinden bahsedilebilir. **İlki**, on beş yaşından küçük olan mağdur ve/veya failin, alenen düğün yapılmak suretiyle gayri resmi olarak evlendirilmeleri nedeniyle gerçekleşen çocuğun cinsel istismarı fiilleri; **ikincisi**, on beş yaşından büyük olan faille on beş yaşından küçük bir mağdurun cinsel ilişkiye girmeleri, akabinde mağdurun hamile kalması üzerine alenen düğün yapılmak suretiyle gayri resmi olarak evlendirilmeleri nedeniyle gerçekleşen çocuğun cinsel istismarı; **üçüncüsü**, on beş yaşından büyük olan faille on beş yaşından küçük bir mağdurun cinsel ilişkiye girmeleri, ancak failin savunmasında mağdurun fiziki görünümünün on beş yaşından büyük görünmesi ya da mağdurun faile on beş yaşından büyük olduğunu söylemesi üzerine gerçekleşen cinsel istismar fiilleri; **dördüncüsü ise**, on sekiz yaşından büyük olmakla birlikte akıl hastası olan mağdur ile sağlıklı olan bir fail arasında gerçekleşen cinsel istismar fiilleri. Burada, Yargıtay kararlarına konu olan farklı formlardaki bu dört duruma ilişkin olay örnekleri ele alınacaktır.

Birinci Durum

14. Ceza Dairesinin 2015 tarihli bir kararına konu olayda, özetle; yirmi iki yaşında olan sanık H., babası İ. ile birlikte mağdurun anne ve babası olan diğer sanıklar H. ve C.den, evlenmek üzere on dört yaşındaki mağduru istemişler, mağdurun ve ebeveyni olan sanıkların rıza göstermesi üzerine yapılan düğünle mağdur ve sanık H. gayri resmi olarak evlenmişler ve sanık İ.nin evine yerleşmişlerdir. Sanık H. ve mağdur burada evlilik hayatı yaşamaya başlamışlar ve birliktelikleri sırasında birden fazla cinsel ilişkiye girmişlerdir.

tartışılmadan mahkûmiyetine karar verilmesi bozma sebebi yapılmıştır.” **Yargıtay 11. Ceza Dairesi**, 26.09.2001 tarih ve 8661 Karar sayılı kararı, bkz: **Soyer Güleç**, s. 79; “...Şehir Kulübü İdare Kurulunun isteği üzerine Kaymakamlıkça tombala oyununa izin verilmiş bulunmasına nazaran, sanığın meşruiyet düşüncesiyle ve binaenaleyh suç kastı dışında hareket ettiği anlaşılmaya göre ...”. **Yargıtay 2. Ceza Dairesi**, 12.05.1966 tarihli ve 2551/2783 sayılı kararı, bkz: **Erman**, s. 170; “...Devlet ormanında, daha önce işgal ettiği yere ilişkin olarak hakkında açılan dava beraatle sonuçlanan sanığın, aynı yeri tekrar işgal etmesi olayında suç işlemek kastı ile hareket ettiği kabul edilemez.” **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, 12.02.1976 tarihli ve 879/1214 sayılı kararı, bkz: **Önder**, s. 310.

Kovuşturma devam ederken sanık H. ve mağdur resmen evlenmişler ve bir çocukları olmuştur. Bir ihbar üzerine durum ortaya çıkmış ve yapılan soruşturma sonucunda, sanıkların TCK'nın 103/1-a maddesi uyarınca cezalandırılmaları talebiyle kamu davası açılmıştır. İlk derece mahkemesince yapılan yargılama sonucunda; sanıkların içinde bulundukları sosyal ve kültürel çevre ile eğitim ve bilgi düzeylerine göre, işledikleri fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz ve kusurluluklarını ortadan kaldıran bir hataya düştükleri kanaatine varıldığı, zira eylemin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşülmemiş olsaydı yöre âdetlerine göre herkese açık şekilde evlenme töreni yapılmayacağını ve herkese ilan eder şekilde düğün davetiyesi dağıtılmayacağını, düğün davetiyesinin basılması ve herkese açık şekilde düğün yapılmasının, yörede küçük yaşta çocuk evlendirmenin hukuka aykırı bir davranış olmadığı hususunda yaygın bir kanı olduğuna işaret ettiği, bunun sanıkların işledikleri fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düştüklerini gösterdiğini ve kusurluluklarını ortadan kaldıran bir hataya düştükleri kanaatine varılarak, tüm sanıklar bakımından ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. Temyiz üzerine konu 14. Ceza Dairesinin gündemine gelmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen tebliğnamede hükmün onanması talep edilmiştir.

Daire tarafından yapılan inceleme sonucunda; sanık H. hakkında mahkûmiyet hükmü verilmesi gerekirken ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi nedeniyle, diğer sanıklar hakkında ise sanık H. ile mağdurun ailelerine, *evlenmelerine rıza göstermemeleri halinde birlikte kaçacaklarını bildirmeleri üzerine sanıkların da bu durumu örf, adet, toplumsal konumları ve eğitim durumları nedeniyle kabullenmek zorunda kaldıkları* için söz konusu fiili suç kastıyla gerçekleştirmediklerinden *bahisle* beraat kararı verilmesi gerekirken ceza verilmesine yer olmadığı yönünde karar verilmesi şeklindeki kısa gerekçeyle bozma kararı vermiştir.⁷¹

Kararda Daire, meseleyi haksızlık hatası bağlamında ele almak yerine suçun manevi unsuru bağlamında sanıkların kastının bulunup bulunmadığı hususunda bir değerlendirme yapma yoluna gitmiştir. Ayrıca kararda ebeveyn

⁷¹ "...Suç tarihinde 15 yaşını doldurmamış bulunan mağdure ile aynı evde yaşamaya başlayıp, mağdure ile birden fazla defa cinsel ilişkiye giren sanık H. hakkında TCK'nın 103/1-a maddesi yollamasıyla TCK'nın 103/2 ve 43. maddeleri uyarınca mahkûmiyet hükmü kurulması gerekirken yazılı şekilde ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesi, Sanık H. ile mağdurenin ailelerine evlenmelerine rıza göstermemeleri halinde birlikte kaçacaklarını bildirmeleri üzerine sanıkların da bu durumu örf, adet, toplumsal konumları ve eğitim durumları nedeniyle kabullenmek zorunda kaldıkları nazara alındığında, sanıklar İ., C. ve H.'nin suç kastıyla hareket ettiklerine dair şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilmeden, atılı suçtan beraatleri yerine yazılı şekilde ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesi...". **Yargıtay 14. Ceza Dairesi**, 13.01.2015 tarih ve 2013/6368 Esas, 2015/120 Karar sayılı kararı, *UYAP Karar Bilgi Bankası*.

konumunda olan sanıklar bakımından yapılan değerlendirmede kullanılan “kabullenme zorunluluğu” ifadesi ve gerekçesi hukuki olmaktan uzaktır. Zira söz konusu zorunluluğun, kastı neden ve nasıl etkilediği izah edilmediği gibi, bu ifadeyle kusurluğu kaldıran bir neden olan “zorunluluk hali”nin (TCK m. 25/2) de kastedilmediği anlaşılmaktadır. Somut olayda sanıklara isnat olunan fiilin maddi ve manevi unsurlarının gerçekleştiğini söylemek gerekmektedir. Zira mağdurun on dört yaşında olduğu tüm sanıklar tarafından bilinmekte iken, önce düğün yapılmak suretiyle gayri resmi evlilik fiili gerçekleştirilmiş, akabinde sanık H. ve mağdur cinsel ilişkiye girmişlerdir. Dolayısıyla sanıkların kasten hareket ettiklerinde tereddüt bulunmamaktadır. Bununla birlikte sanıkların, fiillerinin hukuka aykırı olduğunun bilincinde oldukları, dolayısıyla haksızlık bilinciyle hareket ettiklerini söylemek mümkün görünmemektedir. Aksi takdirde, sanıkların davetiye bastırıp ilan etmek suretiyle alenen düğün yaparak, gayri resmi de olsa evlenme merasimi düzenlemelerinin hayatın olağan akışına göre izah edilebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle sanıkların haksızlık hatasına düştüğü kabul edilmeli, bununla birlikte bu hatanın kaçınılabılır olup olmadığı ayrıca ele alınmalıdır. Kaçınılabilirlik bakımından, sanıkların eğitim durumları, sosyal statüleri ve hayat tecrübeleri itibarıyla fiillerinin haksızlık teşkil ettiğini bilmeleri gerektiği kabulü ile hareket edildiği takdirde hatanın kaçınılmaz olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır. Somut olayda, sanıkların köyde yaşıyor olmaları, bu tip evliliklerin o çevrede normal kabul edilmesi, ebeveyn konumunda olan sanıkların da zamanında bu yaşlarda evlendikleri gerçeği dikkate alındığında tüm sanıklar bakımından düşülen hatanın kaçınılmaz bir haksızlık hatası olarak kabul edilmesi gerektiğini *düşünmekteyiz*. Dolayısıyla ilk derece mahkemesince verilen kararı isabetli bulmaktayız.⁷²

Daire benzer bir durumla ilgili 2019 tarihli bir başka kararına konu olan olayda, özetle; ilk derece mahkemesince; sanıkların TCK’nın 103/2. maddesinde suç olarak tanımlanan eylemi bilerek mağduru fiilen evlendirdikleri sonucuna ulaşmanın mümkün görülmediği, zira sanıkların yaşadıkları sosyal çevre, eğitim ve bilgi düzeyleri göz önüne alındığında sanıkların suç işleme kastı ile hareket ettiklerinden söz edilmesinin mümkün olmadığı, sanıkların yaşadıkları bu kültürel çevrenin etkisi ile evlenme çağına geldiğini düşündükleri çocukları mağduru akrabaları olan diğer sanık ile düğün yapmak suretiyle evlendirdikleri, dolayısıyla dava konusu olayda sanıkların eğitim, kültür ve bilgi düzeylerinin yeterli seviyede olmaması nedeniyle kaçınılmaz bir hataya düştükleri sonucuna varılması gerektiği ve düştükleri bu hata nedeniyle de suç kastı ile hareket ettiklerinden bahsedilemeyeceği ve bunun sonucu olarak da 5237 sayılı TCK’nın 30. maddesinde tanımlanan, suçun kanuni tanımındaki

⁷² Söz konusu olayla ilgili aynı yöndeki görüş için bkz: **Özgenç**, s. 450.

maddi unsurları bilmeyen bir kimsenin fiili işlediği sırada kasten hareket etmiş sayılmayacağı, ayrıca işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişinin de cezalandırılmayacağı gerekçesiyle kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi hali bulunduğundan kişiye ceza verilemeyeceği hükmü gereğince sanıklar hakkında ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilmiştir. Dosya temyiz incelemesi için Dairenin gündemine gelmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tebliğnamesinde ise hata hükümlerinin oluşmadığından hareketle bozma kararı verilmesi talep edilmiştir. Daire, kısa bir gerekçeyle oluşturduğu kararında; somut olayda haksızlık hatasının mümkün olmadığı ifade edilerek sanıkların müdafii huzurunda yeniden beyanlarının alınması gerektiğinden bahisle bozma kararı vermiştir.⁷³

Daire bu kararda, meseleyi haksızlık hatası bağlamında ele almak yerine suçun manevi unsuru bağlamında sanıkların kastının bulunup bulunmadığı üzerinde bir değerlendirme yapma yoluna gitmiştir.

⁷³ “...Sanıkların savunması, mağdur beyanı ve tüm dosya kapsamına göre, sanık Kadir’in onbeş yaşını tamamlamayan mağdur ile cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın cinsel ilişkiye girdiği iddia edilen olayda, 5237 sayılı TCK’nın 30/4. maddesinde düzenlenen hata halinin şartlarının oluşmadığı dikkate alınarak, 5271 sayılı CMK’nın 193 ve 196. maddelerinin amir hükmü gereği alt sınırı 5 yıldan fazla hapis cezasını gerektiren çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan yargılanan sanıklar Hamide ile Selim’in bizzat duruşmada hazır edilerek müdafii huzurunda savunmalarının alınmasından sonra hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerektiğinin gözetilmemesi...”. **Yargıtay 14. Ceza Dairesi**, 29.09.2016 tarih ve 2015/6778 Esas, 2016/6709 Karar sayılı kararı, *UYAP Karar Bilgi Bankası*. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 2013/307609 tarihli tebliğnamesinde ise şu ifadeler kullanılmıştır: “Söz konusu mahkemenin kararını, TCY 4. maddesinde de düzenlenmiş olan ‘Ceza yasalarını bilmemek mazeret sayılmaz’ şeklindeki 19. Yüzyılda ceza hukukuna hâkim olmaya başlayan ilke ve TCY 30/4. madde fıkrasındaki ‘işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.’ hükmü kapsamında değerlendirmek gerekirse; Başta medya olmak üzere bütün toplumsal etkileşim ve iletişim araçlarının toplumun kılcal damarlarına kadar sirayet ettiği bir dönemde, özellikle son yıllarda kız çocuklarının küçük yaşta evlendirilmelerinin, ‘çocuk gelin’ başlığı altında, medya başta olmak üzere neredeyse bütün toplumsal etkileşim ve iletişim araçlarıyla birlikte toplumsal düzeyde tartışmaya ve eleştiriye açıldığı gerçeği göz önünde bulundurulduğunda; hiç kimsenin, 15 yaşından küçük kız çocuklarının evlendirilmesinin yasalarda suç olarak düzenlendiğini bilmeseye bile küçük yaşta evlendirilen mağdura bir haksızlık yapıldığını ve ona zarar verdiğini bilemeyeceği iddiası gerek güncel, gerek toplumsal ve gerekse de tarihsel gerçeklikle bağdaşmayacak bir varsayımdan ibarettir. Başka bir deyişle yerel olan kültürlerin küreselleştiği, küresel olanın da yerelleştiği bir dönemde 15 yaşından küçük çocukların rızalarıyla da olsa evlendirilmesinin, mağdur çocuk bakımından bir haksızlık oluşturduğu gerçeğini bilme olanağının bulunmadığı öne sürülemez. Dolayısıyla kaçınılmaz bir hatanın varlığından söz edilemez. Aksi halde TCY 4. maddesinde de düzenlenmiş olan ‘Ceza yasalarını bilmemek mazeret sayılmaz’ şeklindeki ceza hukukuna hâkim olan ilke ile çelişkili bir sonuca ulaşılabilecektir. Somut olay bu bakımdan değerlendirildiğinde, sanıkların, 15 yaşından küçük kız çocuklarının evlendirilmesinin yasalarda suç olarak düzenlendiğini bilmeseler bile, 15 yaşından küçük mağduru rızasıyla da olsa evlendirmenin, mağdur çocuk bakımından bir haksızlık oluşturduğu gerçeğini bilme olanaklarının bulunmadığı öne sürülemez. Dolayısıyla sanıkların kaçınılmaz bir hatasının varlığından söz edilemez.”

İkinci Durum

14. Ceza Dairesinin 2019 tarihli bir başka kararına konu olayda; ilk derece mahkemesince; “...mağdurenin annesi olan sanık A.ile sanık E.nin babası ve annesi olan sanıklar S. ve T., sanık E. ve mağdure N.yi aralarında düğün yapmak suretiyle gayri resmi şekilde evlendirmek suretiyle birlikteliklerini sağladıkları şeklindeki eylemde bu sanıkların herhangi bir ahlaki, sosyal ve cezai müeyyide gerektirmediği hususunda kaçınılmaz bir hataya sahip oldukları, bu sanıkların TCK.nun 30/4 üncü maddesinde düzenlenen hatadan yararlanmalarının gerektiği, yine sanık E.nin cinsel ilişki tarihi olan 2011 Aralık ayı itibariyle mağdurenin yaşını on altı-on yedi olarak da bildirmesi nedeniyle sanığın mağdurenin yaşını on beş yaşından büyük olduğunu bilerek hareket ettiği, zira mahkememizce 25.04.2013 tarihli duruşmada mağdurenin fiziki olarak da on altı-on yedi yaşında gösterdiğinin gözlemlendiği, bu haliyle sanığın TCK.nun 30/1 inci maddesinde düzenlenen hatadan yararlanmasının gerektiği, anlaşılmakla sanıklara atılı suçtan CMK.nun 223/3-d maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekmiş...” şeklinde kurulan hüküm üzerine Daire tarafından yapılan temyiz incelemesi sonucu verilen kararda; sanık E. hakkında kurulan hükmün onanmasına, sanıklar A., S. ile T.nin ise suç tarihinden önce on beş yaşını tamamlamayan mağdureyle arkadaş olan sanık E.nin, ailelerin bilgisi ve rızası dışında cinsel ilişkiye girmeleri ve mağdurenin hamile kalarak doğum yapması üzerine E.nin anne ve babası olan sanıklar T. ve S. ile mağdurenin annesi olan sanık A.nin sosyal yaşam koşulları, toplumsal bakış açısı ve içinde yaşanılan çevrede geçerli geleneklerin getirdiği zorunluluktan dolayı mağdure ile sanık E.ye düğün yaparak gayri resmi evlendirmek mecburiyetinde kaldıkları anlaşıldığından, mevcut haliyle sanıkların suç işleme kastıyla hareket etmedikleri göz önüne alınarak atılı suçtan beraatleri yerine yazılı şekilde TCK’nın 30/4 maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi nedeniyle bozma kararı verilmiştir.⁷⁴

⁷⁴ “Sanık E. hakkında kurulan hükmün incelenmesinde; Delilleri takdir ve gerekçesi gösterilmek suretiyle ceza verilmesine yer olmadığına dair verilen hüküm usul ve kanuna uygun olduğundan, O Yer Cumhuriyet Savcısının yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün onanmasına, Sanıklar A., S. ile T. haklarında kurulan hükümlerin temyiz incelemesine gelince; Dosya kapsamına göre suç tarihinden önce on beş yaşını tamamlamayan mağdureyle arkadaş olan sanık E.nin, ailelerin bilgisi ve rızası dışında cinsel ilişkiye girdiği mağdurenin hamile kalarak doğum yapması üzerine E.nin anne ve babası olan sanıklar T. ve S. ile mağdurenin annesi olan sanık A.nin sosyal yaşam koşulları, toplumsal bakış açısı ve içinde yaşanılan çevrede geçerli geleneklerin getirdiği zorunluluktan dolayı mağdure ile sanık E.ye düğün yaparak gayri resmi evlendirmek mecburiyetinde kaldıkları anlaşıldığından, mevcut haliyle sanıkların suç işleme kastıyla hareket etmedikleri göz önüne alınarak atılı suçtan beraatleri yerine yazılı şekilde TCK’nın 30/4 maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi...”. **Yargıtay 14. Ceza Dairesi**, 31.02.2019 tarih ve 2015/7813 Esas, 2019/4183 Karar sayılı kararı, *UYAP Karar Bilgi Bankası*.

Kararda Daire, meseleyi sanık E. bakımından suçun unsurları üzerinde bir hata olarak değerlendirirken, yardım eden sıfatında olan diğer sanıklar mağdurun annesi ile E.nin anne ve babası bakımından ise fiillerini *geleneklerin getirdiği zorunluluktan* ötürü gerçekleştirmeleri nedeniyle kasten hareket etmedikleri şeklinde değerlendirmiştir. *Kanaatimizce*, sanık E. bakımından yapılan unsur hatası değerlendirmesi isabetli olmakla birlikte, diğer sanıklar bakımından yapılan değerlendirme isabetli görünmemektedir. Zira burada sanıklar mağdurun on beş yaşından küçük olduğunu bilmelerine rağmen evlendirmek suretiyle mağdur ve sanık E. arasında gerçekleşecek olan cinsel ilişkiye yardım etmiş görünmektedirler. Dolayısıyla bu sanıklar bakımından hata hükümlerinin uygulanması mümkün görünmemektedir. Ayrıca kararda kullanılan zorunluluk gerekçesi de hukuki olmaktan uzaktır, zira söz konusu zorunluluğun, kastı neden ve nasıl etkilediği izah edilmediği gibi, bu ifadeyle kusurluğu kaldıran bir neden olan “zorunluluk hali”nin (TCK m. 25/2) de kastedilmediği anlaşılmaktadır.

Üçüncü Durum

14. Ceza Dairesinin 2013 tarihli bir kararına konu olayda, özetle; önceden tanışmayan ailelerin bir ziyaret yerinde tanışmalarından sonra, resmi kayıtlara göre suç tarihinde on dört yaş beş aylık olan mağdur ile on sekiz yaşından büyük olan sanığın gayri resmi olarak evlenerek cinsel ilişkiye girdikleri, bir süre sonra resmi olarak evlenip çocuk sahibi oldukları, sanığın yargılama kapsamındaki beyanlarına göre, olay tarihinde mağdurun fiziksel olarak büyük gösterdiğini, ailesi tarafından yaşının on sekiz olarak söylendiğini, aynı şekilde sanığın babası ve annesinin de mağdurun büyük gösterdiğini, kız istemeye gittiklerinde nüfus cüzdanına baktıklarında kayıt yaşının küçük olduğunu görünce mağdurun ailesinin, kızlarının iki yaş küçük yazıldığını söylediklerini ifade ederek hataya düştüklerini savunmuşlardır. Yargılama sırasında, mağdurun babası ve annesinin beyanları ve nüfus kayıtlarının incelenmesinden, mağdurun anne ve babasının 12 çocuk sahibi olduğu ve nüfusa, üç çocuğu bir seferde, diğer çocukları da idari para cezasından muaf olmak için birer aylık süre aralıklarıyla kaydettirdikleri anlaşılmıştır. Yargılama sonunda ilk derece mahkemesince sanık ile babası ve mağdurun babası hakkında mahkûmiyet, anneler hakkında ise beraat kararı verilmiştir. Temyiz üzerinde dosyayı ele alan Daire ise, Devlet Hastanesi raporunda mağdurenin on altı-on yedi yaş, D. Üniversitesi raporunda on sekiz yaş olarak belirtip suç tarihine göre on beş yaşın ikmaline hatta on altı yaşına denk gelmesi, Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Dairesi ve Adli Tıp Genel Kurulu raporlarında ise, suç tarihinde mağdurun yaşının on beş yaş içinde ancak bu yaşı bitirmemiş olarak belirtilmesi ve raporlar arasında çelişki bulunması, bu hususun doktorlar nezdinde dahi bir hataya neden olabileceğini göstermesi dikkate alındığında, tüm sanıkların TCK’nın 30/1 ve 2. maddelerinde belirtilen, atılı suçun unsurlarını veya 30/4. maddesinde ifade

edilen şekilde yaş konusundaki tereddüt nedeniyle işledikleri fiillerin haksızlık oluşturduğunu bilerek atılı suçları işledikleri sabit olmadığından beraat kararı verilmesi gerektiğini ifade ederek bozma yönünde karar vermiştir.⁷⁵

Olaya ilişkin yargılama kapsamında mağdurun gerçek yaşının temini için alınan raporlarda farklı tespitler yapılmış, en son Adli Tıp Kurumu Genel Kurulunca düzenlenen raporda ise mağdurun suç tarihinde on beş yaşını bitirmemiş olduğu kanaatine varılmıştır. Sanık ve sanığın anne babası konumunda olan sanıkların mağdurun yaşı konusunda, gerek mağdurun görünümü itibarıyla büyük göstermesi, gerekse mağdur ile anne ve babası olan sanıklar tarafından ilk etapta mağdurun on sekiz yaşında olduğunun ve akabinde yaşının küçük yazdırıldığının söylenmesi nedeniyle hataya düştükleri anlaşılmaktadır. Söz konusu hata suçun maddi unsurlarından birisi olan mağdurun kişisel özellikleriyle ilgili bir husus olduğu için somut olayda bir unsur hatası (TCK m. 30/1) gerçekleşmiştir ve bu sanıklar bakımından beraat kararı verilmelidir. Mağdurun anne ve babası konumunda olan sanıkların ise her ne kadar resmi kayıtlarda küçük görünse de mağdurun gerçekte on beş yaşından büyük olduğunu bilmeleri ve ayrıca yargılama kapsamında alınan bilirkişi raporlarından her türlü şüpheden uzak bir şekilde mağdurun on beş yaşından küçük olduğuna ilişkin bir tespitin de yapılamaması nedeniyle suç kastıyla hareket etmedikleri anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu sanıklar bakımından esasen bir hata söz konusu olmadığından suçun manevi unsurunun

⁷⁵ “...Daha önceleri tanışmayan ailelerin bir ziyaret yerinde tanışmalarından sonra kayden 10.03.1991 doğumlu olup, suç tarihinde 14 yaş 5 aylık olan mağdure ile sanık M.L.nin gayri resmî evlenerek cinsel ilişkiye girdikleri, daha sonra ise 14.03.2008 tarihinde resmî nikahla evlenip çocuk sahibi oldukları olayda, sanık M.L.nin, olay tarihinde mağdurenin fiziksel olarak büyük gösterdiğini, ailesi tarafından yaşının 18 olarak söylendiğini, sanık M.L.nin babası ve annesi olan sanıklar M.Z.nin ile C., mağdurenin büyük gösterdiğini, kız istemeye gittiklerinde nüfus cüzdanına baktıklarında kayıt yaşının küçük olduğunu görünce kızın ailesinin kızlarının iki yaş küçük yazıldığını, gerçekte yaşının 2,5 yaş büyük olduğunu söylediklerini, mağdurenin babası ve annesi olan sanıklar A. ve V.de, kızlarının iki yaş küçük yazıldığını, nüfus kaydındaki yaşından iki yaş büyük olduğunu ifade etmeleri, ifade ve anlatımların birbirlerini tamamlamaları, sanık A.nın 12 çocuk sahibi olup 3 çocuğu bir kez de, diğer çocukları da idari para cezasından muaf olan bir aylık sürelere ait dönemde nüfusa tescilli olması, S. Devlet Hastanesi raporunda mağdurenin 16-17 yaş, D. Üniversitesi raporunda 18 yaş olarak belirtip suç tarihine göre 15 yaşın ikmaline hatta 16 yaşına denk gelmesi, Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Dairesi ve Adli Tıp Genel Kurulu raporlarında ise 15 yaş içinde ancak bu yaşı bitirmemiş olarak belirtmeleri ve raporlar arasında çelişki olması, bunun doktorlar nezdinde dahi bir yanlış olabileceğini göstermesi dikkate alındığında, sanıkların TCK.nın 30/1 ve 2. maddelerinde belirtilen atılı suçun unsurlarını veya aynı Kanunun 30/4. maddesinde ifade edilen şekilde yaş konusundaki tereddüt nedeniyle işlediği fiillerin haksızlık oluşturduğunu bilerek atılı suçları işledikleri hususunda bir şüphenin ortaya çıktığı, sanıkların yaş hususunu kesin olarak bildikleri ve buna rağmen atılı suç işlediklerine dair sübuta yeter kesin ve inandırıcı deliller bulunmadığı anlaşıldığından, sanıkların beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetlerine karar verilmesi...”. **Yargıtay 14. Ceza Dairesi**, 11.12.2013 tarih ve 2012/853 Esas, 2013/13088 Karar sayılı kararı, *UYAP Karar Bilgi Bankası*.

mevcut olmaması yani kasıt yokluğu nedeniyle beraat kararı verilmelidir. Fakat Daire, kararında hatalı olarak tüm sanıklar bakımından TCK'nın hem 30/1, hem 30/2, hem de 30/4. maddeleri uyarınca beraat kararı verilmesi düşüncesiyle bozma kararı vermiştir. Oysa söz konusu fıkraların her biri hatanın farklı formlarına ilişkin düzenlemelerdir. Bu nedenle Dairenin kararı isabetli bir şekilde gerekçelendirilerek formüle edilmemiştir.

Ceza Genel Kurulunun 2014 tarihli bir kararına konu olayda, özetle: meslek yüksek okulu öğrencisi olan sanık ile lise birinci sınıf öğrencisi olan mağdur internet üzerinden tanışmışlar ve yaklaşık altı ay süreyle arkadaşlık yapmışlar, bu süre içerisinde birkaç kez mağdurun rızası ile cinsel ilişkiye girmişler, ihbar üzerine başlatılan soruşturma devam ederken sanık ve mağdur resmi olarak evlenmişlerdir. Soruşturma sonucunda açılan kamu davası uyarınca yapılan yargılama kapsamında, nüfus kaydına göre on dört yaş beş aylık olup bu yaşı Adli Tıp Kurumu İhtisas Kurulunca doğrulanan mağdurun, sanığa baştan beri kendisinin on altı yaşı içerisinde olduğunu söylediğinin anlaşılmasına rağmen ilk derece mahkemesi bu savunmalara itibar etmeyerek sanığın mahkûmiyetine karar vermiştir. Kararın temyiz edilmesi üzerine 14. Ceza Dairesi, suçun oluşumuna etkisi bakımından mağdurun beslenme düzeni, hormonal gelişimi gibi faktörler dikkate alınarak nüfusa kayıtlı yaşından daha büyük gösterip göstermediği hususunda tam teşekküllü bir devlet hastanesi veya adli tıp kurumundan rapor alınması ve bu husus mahkemece de gözlemlendikten sonra kaçınılmaz hata halini düzenleyen TCK'nın 30. maddesi gözetilerek hüküm kurulması gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde mahkûmiyet kararı verilmesi nedeniyle bozma kararı verilmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itiraz yoluna gitmesi⁷⁶ üzerine dosya Ceza Genel Kuruluna taşınmıştır.

⁷⁶ Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itiraz gerekçesinde şu ifadeler kullanılmıştır: “Mağdurenin sanığa 16 yaşında olduğuna ilişkin beyanları yaşı itiraz olarak değerlendirilebileceği ancak mağdurenin 15 yaşını doldurmadığı ve kaçınılmaz bir hatanın da söz konusu olmadığı olayda TCK.nun 30. maddesindeki hata hallerinin mevcut olmadığı, Yüksek 14. Ceza Dairesinin uygulamaları incelendiğinde; 15 yaşından küçük mağdureler ile rızasıyla cinsel ilişkide bulunan ancak bilahare mağdure ile resmi evlilik yapan veya birlikte yaşamaya devam eden ve ortak çocukları olan sanıklar ile alakalı davalarda, mağdurenin görünüm itibarıyla 15 yaşından küçük olduğunun anlaşılıp anlaşılamayacağı hususunun, TCK.nun 30. maddesi bağlamında değerlendirilmesi gerektiğinden bahisle bozma kararları verildiği görülmektedir. 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunundaki 434. madde benzeri bir düzenlemenin 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bulunmaması karşısında, aile birliğini sağlamaya matuf bir uygulamanın hukuki olmaktan ziyade vicdani olarak değerlendirildiği kanaati uyandırmaktadır. Aynı durumda olup da resmi evlilik gerçekleştirilmeyen sanıklar yönünden haksızlık oluşturabilecek bu uygulama, cinsel saldırı veya çocukların cinsel istismarı suçunu cebir veya tehdit ile gerçekleştiren sanıklar açısından da uygulanabilirliği düşünüldüğünde, bu nitelikteki suçları işleyenlerin daha az ceza almaları veya eylemlerinin şikâyeteye bağlı suça dönüşme ihtimali karşısında, adaletsiz ve kamu vicdanını zedeleyen kararların verilmesine yol açabileceği düşünülmektedir.” **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, 04.02.2014 tarih ve 2013/14-478 Esas, 2014/34 Karar sayılı kararı, *UYAP Karar Bilgi Bankası*.

Genel Kurul meseleyi, *sanık hakkında TCK'nın 30. maddesinde düzenlenmiş olan hata halinin uygulanma imkânının bulunup bulunmadığı ve bu bağlamda eksik araştırma ile hüküm kurulup kurulmadığının belirlenmesi sorunu* üzerinden ele almıştır. Kararda; kast, hata ve cinsel istismar suçuna ilişkin açıklamalar yapıldıktan sonra, sanık ile mağdurun internet üzerinden tanıştıkları ve yaklaşık altı ay süreyle arkadaşlık yaptıkları sabit olan olayda, meslek yüksek okulu öğrencisi olan sanığın lise birinci sınıf öğrencisi olan mağdurun on beş yaşından küçük olduğunu bilmemesinin hayatın olağan akışına uygun olmadığı belirtilerek, TCK'nın 30. maddesinde düzenlenmiş olan hata halinin uygulanma şartlarının mevcut olmadığı, bu nedenle on beş yaşını tamamlamamış olan mağdur ile zincirleme şekilde rızasıyla cinsel ilişkide bulunan sanığın mahkûmiyetine ilişkin yerel mahkeme kararının (oyçokluğuyla) isabetli olduğunu belirterek bozma kararının kaldırılması yönünde karar vermiştir.⁷⁷

Somut olayda, sanık her ne kadar mağdurun lise birinci sınıfa gittiğini biliyor ise de, bu bilgi mağdurun on dört yaşında olduğunu bilmesi gerektiğine ilişkin varsayımı haklı kılmak için yeterli değildir. Çünkü mağdur okula geç başlamış, sınıflar arasında ara vermiş veya sınıfta kalmış olabilir. Ayrıca görünüm itibarıyla de yaşlılarından daha olgun bir görünüme sahip olabilir. Dolayısıyla mağdurun sanığa, yaşının on altı olduğunu söylediği de dikkate alındığında sanığın mağdurun yaşı konusunda hataya düşmesi mümkün görünmektedir. Bu nedenle Dairenin bozma kararı isabetli olmakla birlikte, 30.

⁷⁷ “Fail, cinsel ilişkide bulunduğu mağdurenin 15 yaşını doldurmadığı halde, 15 yaşını doldurduğu düşüncesiyle mağdure ile rızasıyla cinsel ilişkide bulunur ve şikayetçi olmayan mağdurenin yaşı konusundaki hatası esaslı, diğer bir ifadeyle kabul edilebilir bir hata olursa, bu takdirde fail 5237 sayılı TCK'nun 30. maddesinin birinci fıkrası uyarınca suçun maddi unsurlarından olan mağdurun yaşına ilişkin bu hatasından yaralanacak, bunun sonucu olarak yüklenen suç açısından kasten hareket etmiş sayılmayacağından ve bu suçun taksirle işlenmesi hali kanunda cezalandırılmadığından 5271 sayılı CMK'nun 223. maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendi gereğince beraatına karar verilmesi gerekecektir. Suçun maddi unsurlarında hata hali faille ilişkin bir durum olduğundan, bu hususun fail veya müdafii tarafından ileri sürülmesi gerekmemekte olup, kural olarak mahkemece suçun maddi unsurlarında hataya düşülüp düşülmediğine ilişkin bir araştırma yapılmayacaktır. Bu bilgiler ışığında uyumsuzluk konusu değerlendirildiğinde; Sanık ile mağdurenin internet üzerinden tanıştıkları ve yaklaşık altı ay süreyle arkadaşlık yaptıkları sabit olan olayda, meslek yüksek okulu öğrencisi olan sanığın lise birinci sınıf öğrencisi olan mağdurenin 15 yaşından küçük olduğunu bilmemesi hayatın olağan akışına uygun olmadığından, 5237 sayılı TCK'nun 30. maddesinde düzenlenmiş olan hata halinin uygulanma şartları mevcut değildir. Bu nedenle, onbeş yaşını tamamlamamış olan mağdure ile zincirleme şekilde rızasıyla cinsel ilişkide bulunan sanığın çocukların cinsel istismarı suçundan cezalandırılmasına ilişkin yerel mahkeme kararı isabetlidir. Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulü ile Özel Daire bozma kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün onanmasına karar verilmelidir.” **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, 04.02.2014 tarih ve 2013/14-478 Esas, 2014/34 Karar sayılı kararı, *UYAP Karar Bilgi Bankası*.

maddedeki hata hallerinden hangisinin söz konusu olma ihtimali bulunduğu belirtilmemesi bir eksikliktir. *Kanaatimizce*, somut olayda haksızlık hatasının değil mağdurun kişisel özelliklerinden kaynaklanan bir unsur hatasının (TCK m. 30/1) koşullarının oluşup oluşmadığı araştırılmalıdır.⁷⁸

Ceza Genel Kurulunun 2014 tarihli bir başka kararına konu olayda, özetle; nüfus kaydına göre suç tarihinde on beş yaşı içerisinde olan ve bu yaşını henüz tamamlamamış olan mağdur ile on yedi yaşındaki suça sürüklenen çocuğun anlaşarak kaçtıkları ve birden fazla kez cinsel ilişkiye girdikleri, daha sonra önce gayri resmî olarak evlenip birlikte yaşamaya devam ettikleri, bilahare resmî olarak evlenip çocuk sahibi oldukları ve halen evlilikleri devam ederken başlatılan soruşturma sonucunda kamu davası açılmıştır. Yargılama kapsamında; suça sürüklenen çocuğun tüm aşamalarda mağdurun kendisine on altı yaşında olduğunu söylediğini beyan ettiği ve mağdurun de bunu doğruladığı anlaşılmış ancak mağdurun resmi kayıtlara göre hastanede doğması nedeniyle ilk derece mahkemesi suça sürüklenen çocuğun beyanlarına itibar etmeyerek daha ileri bir araştırma yapmaksızın TCK'nın 103/1. maddesi uyarınca mahkûmiyet kararı vermiştir. Dosyanın temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 14. Ceza Dairesi, Adli Tıp Kurumunun uygulamalarına göre bazen kişinin kemik yaşının, hormonal gelişim ve beslenme gibi nedenlerle gerçek yaşa göre farklılık gösterebileceğinin bilinmesi karşısında, mağdurun suç tarihi itibarıyla on beş yaşından büyük gösterip göstermediği, sanığın mağdurun yaşı konusunda hataya düşmesinin mümkün olup olmadığı hususlarının, ilk derece mahkemesince dosyadaki tüm verilerle birlikte kendi gözlemini de tespit ederek ve gerekirse bu konuda bilirkişi incelemesi de yaptırmak suretiyle belirledikten sonra TCK'nın 30. maddesi gözetilerek sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulduğu gerekçesiyle bozma kararı vermiştir. Buna karşın, dosyayı tekrar ele alan ilk derece mahkemesi; uzun süredir tanışan ailesini mağdurun ailesine kız istemek için gönderen ve mağdurun ailesinin yaş küçüklüğü nedeniyle

⁷⁸ Daire, benzer bir olaya ilişkin 2015 tarihli bir başka kararında, “kaçınılmaz hata” tabirini kullanmakla birlikte TCK'nın 30. maddesi uyarınca beraat karar verilmesi gerektiğini belirterek bozma kararı vermiştir. “İlk derece mahkemesince verilen hükümler temyiz edilmekle, mağdurenin 21.12.2011 tarihli duruşmadaki ifadesini içeren dosyada mevcut CD'ye aktarılmış görüntü ve ses kaydı da heyetimizce izlenmek suretiyle dosya incelenerek gereği düşünüldü: Nüfus kaydına göre 14 yıl 2 aylık olup 21.12.2011 tarihli duruşmada mahkemece de onbeş-onaltı yaşlarında görüldüğü gözlemlenen mağdurenin beyanı ve savunmaya göre, mağdurenin sanıkla yaklaşık yirmi gün önce tanıştığı ve olay tarihinde kendisinin onaltı-onyediyi yaşı içerisinde olduğunu söylediğinin anlaşılması karşısında, 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesindeki kaçınılmaz hata hali de gözetilerek sanık hakkında atılı suçlardan beraat kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkûmiyet hükümleri kurulması...”. **Yargıtay 14. Ceza Dairesi**, 08.12.2015 tarih ve 2014/283 Esas, 2015/11440 Karar sayılı kararı, *Uyap Karar Bilgi Bankası*.

kızlarını vermediğini öğrenen suça sürüklenen çocuğun, mağdurun resmi yaşını bilmediği yönündeki iddiasına itibar edilmemesi gerektiğini belirterek kararında direnmiş ve dosya Ceza Genel Kuruluna taşınmıştır.

Genel Kurul meseleyi, *sanık hakkında TCK'nın 30. maddesinde düzenlenmiş olan hata halinin uygulanma imkânının bulunup bulunmadığı ve bu bağlamda eksik araştırma ile hüküm kurulup kurulmadığının belirlenmesi sorunu* üzerinden ele almıştır. Kararda; kast, hata ve cinsel istismar suçuna ilişkin açıklamalar yapıldıktan sonra; hastane doğumlu olup suç tarihinde on dört yaşında olan mağdur ile suça sürüklenen çocuğun aynı köyde ikamet etmeleri, iki yıl gibi uzun bir süre arkadaşlık yaparak evlenmeye karar vermeleri, mağdurun yaşının küçük olması sebebiyle ailesinin evlenmelerine izin vermemesi, bunun üzerine mağdur ve sanığın rızalarıyla birlikte kaçıp yirmi yedi gün birlikte yaşamaları ve bu süre içinde birden çok kez rızayla cinsel ilişkiye girmeleri şeklinde gerçekleşen olayda; suça sürüklenen çocuğun mağduru uzun süredir tanınması ve ailesinin yaşı küçük olduğu için evlenmelerine izin vermediğini bilmesi karşısında, mağdurun on beş yaşından küçük olduğunu bilmemesinin hayatın olağan akışına uygun olmadığını ve bu nedenle TCK'nın 30. maddesinde düzenlenen hata halinin uygulanma koşullarının mevcut olmadığı ve bu konuda mahkemece araştırılması gerekli başkaca bir husus da bulunmadığını (oy çokluğuyla) belirterek bozma kararının kaldırılması yönünde karar vermiştir.⁷⁹ Buna karşın karara muhalif kalan üyeler,

⁷⁹ “...Suçun maddi unsurlarından birisi de mağdur olup, kanun koyucu 5237 sayılı TCK'nun 103. maddesinde üç grup mağdura yer vermiştir. Birincisi onbeş yaşını tamamlamamış olan çocuklar, ikincisi onbeş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılaya yeteneği gelişmemiş olan çocuklar, üçüncüsü ise onbeş yaşını tamamlayıp onsekiz yaşını tamamlamamış çocuklardır. Birinci ve ikinci grupta yer alan çocuklara karşı cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın dahi gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış istismar suçunu oluşturmakta, eylemin bu kişilere karşı cebir veya tehdit kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmesi ise anılan maddenin dördüncü fıkrası uyarınca cezanın yarı oranında artırılmasını gerektirmektedir. Üçüncü grupta yer alan çocuklar yönüyle eylemin suç oluşturmaları için gerçekleştirilen cinsel davranışların cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Nitekim cebir, tehdit ve hile olmaksızın onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, anılan kanunun 103. maddesinde düzenlenmiş olan çocukların cinsel istismarı suçundan değil, şikâyet üzerine 104. maddede düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırılacaktır. Fail, cinsel ilişkide bulunduğu mağdurenin 15 yaşını doldurmadığı halde, 15 yaşını doldurduğu düşüncesiyle mağdure ile rızasıyla cinsel ilişkide bulunur ve şikâyetçi olmayan mağdurenin yaşı konusundaki hatası esaslı, diğer bir ifadeyle kabul edilebilir bir hata olursa, bu takdirde fail 5237 sayılı TCK'nun 30. maddesinin birinci fıkrası uyarınca suçun maddi unsurlarından olan mağdurun yaşına ilişkin bu hatasından yaralanacak, bunun sonucu olarak yüklenen suç açısından kasten hareket etmiş sayılmayacağından ve bu suçun taksirle işlenmesi hali kanunda cezalandırılmadığından 5271 sayılı CMK'nun 223. maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendi gereğince beraatine karar verilmesi gerekecektir. Suçun maddi unsurlarında hata hali faille ilişkin bir durum

daha ziyade ülkenin sosyolojik gerçeklerine ve cezanın ölçüsüzlüğüne vurgu yaparak somut olayda haksızlık hatası hükümlerinin uygulanması bakımından yerel mahkemece 14. Ceza Dairesinin kararına uygun olarak araştırma yapılması gerektiğinden bahisle karara iştirak etmediklerini belirtmişlerdir.⁸⁰

olduğundan, bu hususun fail veya müdafii tarafından ileri sürülmesi gerekmemekte olup, kural olarak mahkemece suçun maddi unsurlarında hataya düşülüp düşülmediğine ilişkin bir araştırma yapılmayacaktır. Bu bilgiler ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde; Hastane doğumlu olup suç tarihinde ondört yaşında olan mağdure ile sanığın aynı köyde ikamet ettikleri, iki yıl gibi uzun bir süre arkadaşlık yaparak evlenmeye karar verdikleri, mağdurenin yaşının küçük olması sebebiyle ailesinin evlenmelerine izin vermediği, bunun üzerine mağdure ve sanığın rızaen birlikte kaçıp yirmiyedi gün birlikte yaşadıkları ve bu süre içinde birden çok rızayla cinsel ilişkiye girdikleri olayda; sanığın mağdureyi uzun süredir tanınması ve ailesinin yaşı küçük olduğu için evlenmelerine izin vermediğini bilmesi karşısında, mağdurenin onbeş yaşından küçük olduğunu bilmemesi hayatın olağan akışına aykırı olup somut olayda TCK'nun 30. maddesinde düzenlenen hata halinin uygulanma şartları mevcut değildir. Bu konuda mahkemece araştırılması gerekli başkaca bir husus da bulunmamaktadır. Bu itibarla, usul ve kanuna uygun olan yerel mahkeme direnme hükmünün onanmasına karar verilmelidir.” **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, 10.06.2014 tarih ve 2013/14-749 Esas, 2015/277 Karar sayılı kararı, *UYAP Karar Bilgi Bankası*.

⁸⁰ “...8-Yasama Organının kanun yaparken hâkimin adaletli bir karar vermesi için özel olarak hata müessesesini kanuna koyması, bu hükmün uygulanmasını gerektirir. Aile kurduğunu düşünen ve bu birlikteliğinden çocukları olan evlilikleri, bunlar iyi niyetle yapılan hatalar olduğundan, kişileri bu hatalarından dolayı kanunun hata düzenlenmesinden yararlandırmak gerekir. Kötüye kullanılmaya sebebiyet verecek eski kanun zamanındaki uygulamalara da fırsat verilmemelidir. (Cezadan kurtulmak amacıyla cinsel saldırı mağdurları ile evlenme halinde dava ve cezanın ertelenmesi) Uygulanması için kanuna konan hata müessesesini uygulamamak, birkaç kişiyi taksirle öldürene, yağma yapana daha az ceza uygulandığı bir sistemde 5 yıl 6 ay 20 gün hapis cezası verilmekle hatalı bir uygulamaya gidilmiştir. Eğer bu olay 23.06.2008 de olmuş olsaydı mağdure 15 yaşını doldurmuş, cinsel özgürlüğüne kavuşmuş olacak ve suç olmadığından sanığa ceza verilmeyecektir. Bu cinsel beraberlikte mağdurenin de kusuru ve zorlayıcılığı olduğu unutulup sanığı 5 yıl 6 ay 20 gün hapis cezası ile cezalandırmak, adalet, hakkaniyet ve hiçbir felsefi düşünce ile bağdaştırmak mümkün değildir. 9- Türk Ceza Kanunu'nun 1. maddesinde Kanunun amaçları arasında ‘Toplum barışını korumak’ hükmü de var. Her haliyle hataya düştüğü apaçık ortada olan sanığın resmi evliliğini sona erdirmeye sonucunu doğuracak 5 yıl 6 ay 20 gün hapis cezasıyla toplum barışı korunamaz. Bu uygulama boşanmaların arttığı bir dönemde toplumsal barışa hizmet etmeyecektir. Sanık ile mağdurenin ortak çocuklarından biri bugün itibarıyla beş yaşında olup eğitim çağındadır. Bir eş ve iki çocuğun bakım ve iyesini karşılamak zorunda olan bir babayı 5 yıl 6 ay 20 gün hapis cezası ile cezalandırmak adil olmayacaktır. Onbeş yaşını doldurmasına bir gün kala mağdure bayanla rızasıyla cinsel ilişkiye girmede, belki mağdure bayanla aynı yaşta olan erkek için 8 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası, (Son düzenlemeyle en az 20 yıl) 15 yaşını saat farkıyla doldurduktan sonra cinsel özgürlük ve hiç ama hiç ceza öngörülmemesi ve şikâyet hakkının küçüğe tanınmasını adaletli saymak mümkün değildir. Bu büyük bir çelişkidir. Bunun üzerinde de düşünmemiz gerekir, 10- Çocukların evlenmelerinin önüne geçilmesi bir zorunluluktur. Bunun üzerinde ciddiyetle de durulmalıdır. Çünkü bunun sakıncalarını görmekteyiz, ancak gerekli eğitim ve bilgilendirmeyi yapmadan, bir yanlışlığı sona erdirmek amacıyla sonuçları çok ağır olan uzun süreli hapislerle bu yanlışlığı ortadan kaldırmak mümkün değildir. Kaldı ki zorunlu eğitimin 12 yıla çıkmasıyla bu gibi evlilikler

Kanaatimizce somut olayda, mağdurun ailesinin, mağdurun yaşının küçük olması nedeniyle sanık ve mağdurun gayri resmi olarak da olsa evlenmelerine razı olmamalarına rağmen birlikte kaçıp karşılıklı rızaları ile cinsel ilişkiye girilmesi şeklinde gerçekleşen fiil bakımından, ne unsur hatası ne de haksızlık hatasından söz edilebilir. Dolayısıyla Genel Kurulca verilen karar isabetli görünmektedir.

Dördüncü Durum

14. Ceza Dairesinin 2019 tarihli bir kararına konu olayda, özetle: Bursa’da ikamet eden on sekiz yaşından büyük ve akıl hastası (bipolar mizaç bozukluğu) olan mağdur ile sanıklardan Ü.nün 2010 yılının yaz aylarında Facebook adlı sosyal paylaşım sitesi vasıtası ile tanıştıkları, Ü.nün mağdura ait cep telefonu numarasını amcasının oğlu E.ye verdiği, E.nin mağdurun kullandığı telefonla mesaj göndermesi üzerine tanışıp görüşmeye başladıkları, telefon görüşmeleri sırasında E.nin mağduru Balıkesir’e davet ettiği, suç tarihinde mağdurun E. ile görüşmek için Balıkesir’e geldiği, E. ile buluştukları, mağdur ile parkta bulundukları sırada E.nin V. ve G.yi parka çağırdığı, buradan hareketle hep birlikte Balıkesir ili S. mahallesinde bulunan ve sanık G.nin arkadaşı olan diğer sanıklar O. ve C.nin birlikte kaldıkları iki katlı eve gittikleri, evde

sona erecektir, çünkü eğitim en az 18 yaşına kadar devam edecektir. Yapılan bu uygulama ile kamuoyunda ‘çocuk gelinler’ olarak adlandırılan, hiçbir maddi güvencesi olmayan, her zaman mağdur olan genç kızların, olaydan 8-10 yıl geçtikten sonra, yanında 2 çocuğu ile yüzüstü bırakılıp, eşinin cezaevine konması hiçbir şekilde açıklanamaz. Mağdure bugün itibariyle ‘çocuk gelin’ olmaktan çıkmış, 21 yaşında iki çocuk annesi bir kadındır. Uygulama ile mağduriyetlere yol açılmıştır. ...Günümüz evliliklerinin bir yıldan fazla devam etmesi başarı sayılırken, yaklaşık on yıla yakındır beraber olan sanık ve mağdurenin evliliklerine dönüştürücü adaletin bir gereği olarak olumlu katkıda bulunmak gerekirdi. 12- Kanunlar sorunları çözmez. Sorunların çözümü için uygun kurallar manzumesini ortaya koyarlar. Sorunları çözecek olanlar, bu kuralların uygulayıcıları, yani karar vericilerdir. Mahalli mahkeme Yargıtay’ın bozma kararı doğrultusunda işlem yapmayarak, şimdiye kadar açıkladığımız bu sorunu çözücü ve çıkış yolu sunacak bir çözümü kapatarak üzerine düşeni yerine getirmemiştir. TBMM, Mahkemeler ve Yargıtay bu sorunu çözemedi, bundan sonra Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bir çıkar yol olarak kaldığını düşünüyoruz. 10 yıla yaklaşan ve iki çocukla devam eden mutlu bir evliliği cinsel istismar olarak değerlendiremeyecek olduğumuzdan; ‘Türk Milleti Adına’ yargılama yapan yargının bir sujesi olarak; Mağdure ile aynı köylü olan ve yaşları birbirine yakın olan mağdure ile cinsel beraberlik yaşayıp daha sonra evlenen sanık TCK’nın 30/4. maddesinde düzenlenen ‘İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düşen’ kişi olduğundan bu hatasından yararlandırılması gerektiğinden, hem bu sebepten hem de 14. Ceza Dairesinin mağdurun görünüm yaşındaki hata nedeniyle araştırma yapılması yönündeki bozma kararı doğrultusunda mahalli mahkemece işlem yapılması gerektiğini düşündüğümüzden direnme kararı yerinde değildir. Açıkladığımız bu nedenlerden dolayı mahalli mahkeme kararının bozulması gerektiğini düşündüğümüzden sayın çoğunluğun onama yönündeki görüşlerine katılmıyoruz.” Muhalefet Şerhi, **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, 10.06.2014 tarih ve 2013/14-749 Esas, 2015/277 Karar sayılı kararı, *UYAP Karar Bilgi Bankası*.

bulundukları sırada sanıklar E., V. ve G.nin mağdurla, onun rızası ile cinsel ilişkiye girmişlerdir. Yapılan yargılama sonunda ilk derece mahkemesi; sanıkların mağdurda var olan akıl hastalığını bilmedikleri ve alınan Adli Tıp Kurumu raporuna göre de mağdurdaki bu rahatsızlığın hekim olmayan kişilerce anlaşılamayacağı ve bu haliyle suç tarihinde on sekiz yaşından büyük mağdur ile rızası ile ilişkiye giren sanıkların akıl hastası olan mağdur yönünden hataya düştüklerinin kabulü gerekeceği anlaşılmakla sanıklar hakkında TCK'nın 30/4 maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığı yönünde karar verilmiştir. Katılanın temyizi üzerine dosya Dairece incelenerek karara bağlanmıştır.

Daire kısa bir gerekçeyle oluşturduğu kararında; mahkemece, mağdurdaki psikiyatrik bozukluğun hekim olmayanlarca anlaşılamayacağı ve sanıkların da bu durumu bilmedikleri kabul edildiği halde, suç işleme kastı bulunmayan sanıkların suçun manevi unsurunun yokluğu nedeniyle beraatleri yerine yazılı şekilde ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi kanuna aykırı bulunarak kararın “*sanıkların üzerlerine atılı suçun kanuni unsurları itibariyle oluşmadığı anlaşıldığından 5271 sayılı CMK'nın 223/2-c. maddesi gereğince beraatlerine*” şeklinde düzeltilerek onanmasına karar verilmiştir.⁸¹

⁸¹ “...Katılan vekilinin temyiz talebinin incelenmesinde ise; Mahkemece mağduredeki psikiyatrik bozukluğun hekim olmayanlarca anlaşılamayacağı ve sanıkların da bu durumu bilmedikleri kabul edildiği halde, suç işleme kastı bulunmayan sanıkların suçun manevi unsurunun yokluğu nedeniyle beraatleri yerine yazılı şekilde ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi, Kanuna aykırı, katılan vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükümlerin 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi gereğince Bozulmasına, ancak bu hususun yeniden duruşma yapılmaksızın aynı Kanunun 322. maddesinin verdiği yetki uyarınca düzeltilmesi mümkün bulunduğundan, hükümlerin bir (1) numaralı bölümünün ikinci paragrafında yer alan ‘... TCK'nun 30/4. Maddesine istinaden CMK'nun 223/3-d. Maddesi gereğince sanıklara Ceza Verilmesine Yer Olmadığına,’ ibaresinin çıkartılarak yerine ‘...sanıkların üzerlerine atılı suçun kanuni unsurları itibariyle oluşmadığı anlaşıldığından 5271 sayılı CMK'nın 223/2-c. maddesi gereğince Beraatlerine,’ iki numaralı (2) bölümdeki ‘...ceza verilmesine yer olmadığına karar verildiğinden...’ kısmının çıkartılıp ‘beraat kararı...’, üç numaralı (3) bölümdeki ‘...ceza tertibine yer olmadığına karar verildiğinden...,’ bölümünün çıkartılıp ‘beraat kararı verildiğinden’ ibarelerinin eklenmesi suretiyle sair yönleri usul ve kanuna uygun olan hükümlerin Düzeltilerek Onanmasına, 25.04.2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.” **Yargıtay 14. Ceza Dairesi**, 25.04.2019 tarih ve 2015/4858 Esas, 2019/9343 Karar sayılı kararı, *UYAP Karar Bilgi Bankası*. Dairenin aynı yönde bir başka kararı şu şekildedir: “...Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun 29.08.2012 tarihli, 3342 sayılı raporunda, kendisinde orta ile hafif derece sınırında zekâ geriliği saptanan mağdurede zekâ geriliğinin hekim olmayanlarca anlaşılamayabileceği ancak yakın çevresinde ve kendisini tanıyanlarca anlaşılabileceğini belirtilmesi ve mağdurenin yakın çevresinde yaşamayan sanıkların mağdurede mevcut zekâ geriliğini bildiklerine dair somut bir delilin de bulunmaması karşısında, rızaya dayalı olarak mağdureyi Savaştepe’den Adana’ya götüren ve burada rızasıyla cinsel ilişkiye giren sanık A. ile bu sanığın eylemlerine iştirak eden diğer sanık R.’nin atılı suçlardan beraatleri yerine akıl hastalığı hususunda hataya düştükleri gerekçesiyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi...”. **Yargıtay 14.**

Kanaatimizce, Dairenin yorumu isabetli görünmektedir. Zira burada suçun maddi unsurlarından birisi mağdurun akıl hastası olmasıdır. Kanun koyucu akıl hastalığıyla malul olan kimselerin cinsel ilişki konusundaki rızalarına değer tanımamış, bu hususun bilinmesine rağmen mağdurla cinsel ilişkiye girilmesini cinsel istismar suçu olarak kabul etmiştir. Fakat somut olayda sanıklar ve mağdur arasında gerçekleşen cinsel ilişkide, sanıklar mağdurun akıl hastası olduğunu bilmemektedirler. Sanıklar, yetişkin olması nedeniyle rıza ehliyetine sahip olmadığını bilmedikleri mağdurun rızasıyla cinsel ilişkiye girdiğini düşünmüşlerdir. Bu nedenle sanıklar, mağdurun akıl hastası olduğunu bilmedikleri için hukuka uygunluk nedeni olan “rıza” hususu bakımından bir değerlendirme yapmamışlar ve herhangi bir hataya düşmemişlerdir. Dolayısıyla sanıklar fiillerini, suçun maddi unsurlarından birisini, mağdura ilişkin özel bir durum olan akıl hastalığının varlığını baştan itibaren bilmeksizin gerçekleştirmişler, bir başka deyişle sanıklar fiillerini tipikliğin objektif unsurlarının varlığını bilmeksizin gerçekleştirmişlerdir. Bu nedenle somut olayda sanıkların kasten hareket ettiğini söylemek mümkün değildir.⁸²

Öte yandan, şayet sanıklar mağdurun akıl hastası olduğunu bilselerdi ve fakat on sekiz yaşından büyük olduğundan hareketle cinsel ilişkiye yönelik rızasının bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu düşünerek, bir başka ifadeyle aslında var olmayan bir hukuka uygunluk nedeninin mevcut olduğu zannıyla fiillerini gerçekleştirdiklerini beyan etselerdi, meseleyi hukuka uygunluk nedeninin varlığında hataya düşülmesi nedeniyle *dolaylı haksızlık hatası* bağlamında ele almak ve bu hatanın kaçınılmaz olup olmadığını araştırmak gerekirdi.

Ceza Dairesi, 27.06.2019 tarih ve 2015/5016 Esas, 2019/10434 Karar sayılı kararı, *UYAP Karar Bilgi Bankası*.

⁸² Ancak 14. Ceza Dairesi, benzer bir olayla ilgili olarak 2019 tarihli bir başka kararında; haksızlık hatası nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı yönünde verilen bir ilk derece mahkemesi kararının, aynı gerekçe ile beraat kararı verilmesi gerektiğinden hareketle düzeltilerek onanmasına karar vermiştir: “...Sanık hakkında beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan dolayı 5237 sayılı TCK’nın 30/4. maddesi kapsamında hata nedeniyle beraat kararı verilmesi gerekirken, yazılı şekilde ceza verilmesine yer olmadığına hükmedilmesi, Kanuna aykırı, katılan mağdure vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK’nun 321. maddesi gereğince Bozulmasına, ancak bu hususun yeniden duruşma yapılmaksızın aynı Kanunun 322. maddesinin verdiği yetkiye istinaden düzeltilmesi mümkün bulunduğu sanık hakkında kurulan hükümde yer alan ‘...ceza verilmesine yer olmadığına...’ ibaresinin çıkartılarak yerine ‘...CMK’nın 223/2.c maddesi gereğince beraatine...’ ibaresinin yazılması suretiyle sair yönleri usul ve kanuna uygun olan hükmün Düzeltilerek Onanmasına...”. **Yargıtay 14. Ceza Dairesi**, 20.06.2019 tarih ve 2015/6505 Esas, 2019/10164 Karar sayılı kararı, *UYAP Karar Bilgi Bankası*.

2. Terör Örgütüne Üye Olma Suçu ve Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar Bakımından

16. Ceza Dairesinin 2018 tarihli bir kararına konu olayda, özetle; 15 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleşen darbe teşebbüsü sırasında, darbe teşebbüsü fiilinden daha önceden haberdar olduğu anlaşılan astsubay rütbesindeki sanık Y.nin, ...nolu Zırhlı Tugayda er olarak mecburi askerlik hizmetini yapan diğer sanıkları, İstanbul Valiliğine yönelik olarak gerçekleştirdiğini söylediği terör saldırısına müdahale edileceği gerekçesiyle birlikten rastgele seçerek silahlı şekilde zırhlı iki araca bindirip valiliğe doğru hareket etmişler, birinci polis kontrol noktasını sorunsuz geçen araçlar Haliç köprüsündeki ikinci kontrol noktasında durdurulmuşlar, sanık astsubay Y. görevli polislerle görüşmek üzere inmiş, bir başkomiserin ‘sizin bu yaptığınız hukuka aykırı eylem kesinlikle buna müsaade etmeyeceğiz’ demesi üzerine sanık Y. ‘ben emri yerine getiriyorum sıkıyönetim ilan edildi’ şeklinde karşılık vermiş, bu sırada halkın zırhlı araçlar etrafında toplanması üzerine sanık Y. yeniden araca binmiş, araç içerisinde bulunan erlerin ‘Komutanım ne oluyor neden hareket etmiyoruz?’ diye sormaları üzerine sanık ‘Onlar da emir almış, biz de emir aldık’ şeklinde cevap vermiş, bir süre sonra halkın tepkisi artınca erlerin bu kez ‘Komutanım halk neden tepki gösteriyor?’ şeklindeki sorusuna karşılık sanık Y. ‘Onlar eylemci, birazdan dağılacaklar’ şeklinde karşılık vermiş, akabinde sanıklar her iki zırhlı aracın kapılarını kilitleyerek araç içerisinde beklemeye başlamışlar, o sırada olay yerinde toplanan halk, askerlerin araçtan çıkmasını ve hareket etmesini engellemiş ancak bir süre sonra yolun bir kısmının görevli memurlar tarafından trafiğe açılmış ancak Y.nin de içerisinde bulunduğu aracın hareket etmemesi için ön taraf ve sol kısmının polisler tarafından kapatılması nedeniyle, sanık Y.nin emir ve talimatı doğrultusunda aracın şoförlüğünü yapan sanık er H.Ç.nin aracı hareket ettirerek iki adet polis aracına çarparak maddi hasar verdikten sonra yeniden durdurulmuş ve her iki araçta bulunan sanıklar yakalanmışlardır. Sanıklar hakkında açılan kamu davasına ilişkin yargılama sonunda ilk derece mahkemesince sanık astsubay Y. hakkında mahkûmiyet, diğer bütün sanık erler hakkında ise TCK m. 30/1. maddesi uyarınca kasıt yokluğundan beraat kararı verilmiştir. Temyiz üzerine dosya Dairece incelenerek karara bağlanmıştır.

Daire meseleyi, *sanıklara isnat olunan suçların unsurları ile hata hükümleri* bakımından değerlendirmeye tabi tutmuştur. Kararda; askeri darbeye teşebbüs suçunun unsurlarının gerçekleştiğinin bilinebilmesine imkân sağlayan objektif koşulların somut olayda oluştuğunu ve zırhlı tugaydan hareket anından itibaren suçun icrai hareketlerinin gerçekleştirilmesine başlanıldığında kuşku bulunmadığını, ancak dış dünyada gerçekleşen bu olaya ilişkin sanıkların tasavvuru, yani zihinden geçirdikleri ile gerçeğin birbirine uymadığı, dolayısıyla bu konuda bir algılama hatasına düştükleri ve haksızlık

bilinçlerinin bulunmadığı için gerçekleşen unsur hatası nedeniyle kasten hareket etmiş sayılmayacaklarına yönelik mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik bulunmadığını belirtmiş ayrıca söz konusu hatanın, darbeye teşebbüs edildiği anlaşıldıktan sonra, araç komutanı olan sanık Y.nin emrinin, konusunun suç oluşturacağı ve hizmet gereği olmadığının, eğitim durumu, bilgi düzeyi, yaşı, tecrübesi, rütbesi gibi olgular yanında, olay anında yaşadığı korku ve panik sebebiyle denetleme olanağı bulunmayan erler ve sanık şoför er H.Ç.nin TCK'nın 30/1. maddesi kapsamında bir hataya düştüğünün ve kasten hareket etmediğine dair kabulün usul ve kanuna uygun olduğuna, ancak bu durumda ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesi gerekirken beraat kararı verilmesi nedeniyle kararın düzeltilerek onanmasına karar verilmiştir.⁸³

⁸³ “...Sonuç olarak; gerek Anayasanın 137/2, gerek TCK'nın 24/3 ve gerekse 211 sayılı Kanunun 41/3 maddeleri birlikte değerlendirildiğinde; konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez, yerine getiren kimse de sorumluluktan kurtulamaz. Ancak konusu suç teşkil eden emirlerin yerine getirilmesi bakımından hata hali ile de karşılaşılabılır. Bu durumun iki şekilde karşımıza çıkması mümkündür. Nitekim emri yerine getiren verilen emir üzerine işlediği fiilin haksızlık teşkil ettiğinin bilincinde olmayabilir, ya da emrin yerine getirilmesinde öngörülen hukuka uygunluk sebeplerinin tüm şartlarının gerçekleştiğini düşünebilir. İlk halde TCK'nın 30/4 maddesinde yer alan haksızlık hatası, ikinci halde ise TCK'nın 30/1 maddesinde yer alan hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata söz konusu olacaktır. ...Oluş ve dosya kapsamına göre; 15 Temmuz 2016 tarihinde FETÖ/ PDY mensup bir kısım askerler tarafından gerçekleştirilen darbe teşebbüsü sırasında, 66. Mekanize piyade tugayında astsubay çavuş olarak görevli olan sanık Y.Y.nın, yapılan iş bölümü doğrultusunda İstanbul Valiliğini işgal etmek amacı ile, tugayda er olarak askerlik görevini ifa eden kişiler arasından ve rastgele seçtiği 23 kişiye, garajlar bölgesinde mühimmat dağıtıp yanlarına uçaksavar mühimmatı almaları talimatını verdiği, erlerin ‘Nereye gidiyoruz komutanım?’ şeklindeki sorularına ‘valiliğe saldırı olduğunu, destek amaçlı gittiklerini, orada devriye atacaklarını, bu işin sabaha kadar sürebileceğini’ söyleyip hazır durumda bekleyen 2 adet zırhlı personel taşıyıcılara sanıkların binmesini sağladığı, sanık Y.nın da sanık H.Ç.'nin sevk ve idaresindeki GZPT'ye bindiği, zırhlı araçların Baştabya Kışlası nizamiyesinden çıkıp sanık Y.nın yönlendirmesi ile Haliç Köprüsüne kadar geldiği, burada belirlenemeyen bir saatte polis kontrol noktasında durduruldukları, sanık Y.nın araçtan inip kontrol noktasında bulunan polislerle görüşmesinin ardından araçların yeniden hareket ettiği, Haliç Köprüsü üzerinde ikinci polis kontrol noktasında bir kez daha durduruldukları, sanık Y.nın görevli polislerle görüşmek üzere tekrar araçtan indiği, başkomiser H.Ç.nin ‘sizin bu yaptığınız hukuka aykırı eylem kesinlikle buna müsaade etmeyeceğiz’ demesi üzerine sanık Y.nın da ‘ben emri yerine getiriyorum sıkı yönetim ilan edildi’ şeklinde karşılık verdiği, bu sırada halkın zırhlı araçlar etrafında toplanması üzerine sanık Y.nın yeniden araca bindiği, araç içerisinde bulunan erlerin ‘Komutanım ne oluyor neden hareket etmiyoruz?’ diye sormaları üzerine sanığın ‘Onlar da emir almış, biz de emir aldık’ şeklinde cevap verdiği, bir süre sonra halkın tepkisi artınca erlerin bu kez ‘Komutanım halk neden tepki gösteriyor?’ sorusuna karşılık sanık Y.nın ‘Onlar eylemci, birazdan dağılacaklar’ şeklinde karşılık verdiği, sanıkların her iki zırhlı aracın da kapılarını kilitleyerek araç içerisinde beklemeye başladıkları, olay yerinde toplanan halk topluluğunun askerlerin araçtan çıkmasını ve hareket etmesini engelledikleri, bir süre sonra yolun bir kısmının görevli memurlar tarafından trafiğe açıldığı, ancak üzerine Y.Y.nın da içerisinde bulunduğu aracın hareket etmemesi için ön taraf ve sol kısmının polisler tarafından kapatıldığı, kısa bir süre sonra

Bununla birlikte, darbe teşebbüsüyle ilgili olarak aynı Dairenin 2020 tarihli bir başka kararında, komutanlarının emriyle silahlı olarak askeri araçlara bindirilerek olay yerine getirilen erlerin, darbeci komutanları tarafından darbeye direnen halka ve güvenlik görevlilerine yönelik olarak verilen ateş emri üzerine erlerin havaya ateş etmeleri sonrasında yakalanmaları şeklinde gerçekleşen olayda erlerin fiillerindeki kusur hali *dolaylı haksızlık hatası* (TCK m. 30/4) olarak değerlendirilmiştir.⁸⁴

sanık Y.'nin emir ve talimatı doğrultusunda er H.Ç. yönetimindeki zırhlı aracın hareket ettiği olay yerinde bulunan 2 adet polis aracına çarparak maddi hasar verdikten sonra yeniden durdurulduğu ve her iki araçta bulunan askerlerin yakalandığı olayda; Dosya kapsamı ve aksi ispat edilemeyen savunmaya uygun kabule göre; 66. Zırhlı Tugayda er olarak mecburi askerlik hizmetini yapan sanıkları, aynı birlikte görevli askeri darbe teşebbüsü suçundan haberdar olan ve bu suça iştirak eden astsubay rütbesindeki sanık Y.Y.'nin, İstanbul Valiliğine yönelik gerçekleşen sözde terör saldırısına müdahale bahanesiyle aldattığı, birlikten rastgele seçilmiş askerleri silahlı şekilde zırhlı araçlara bindirerek, valiliğe doğru hareket ettikleri, birinci polis kontrol noktasını sorunsuz geçen araçların Haliç köprüsündeki ikinci kontrol noktasında durduruldukları, polis uyarısı ve çevrede toplanan halkın tepkisi sonucu, askeri darbeye teşebbüs suçunun unsurlarının gerçekleştiğinin bilinebilmesine imkan sağlayan objektif koşulların olduğu somut olayda; zırhlı tugaydan hareket anından itibaren suçun icrai hareketlerinin gerçekleştirilmesine başlanıldığında kuşku bulunmamaktadır. Ancak, dış dünyada gerçekleşen bu olaya ilişkin sanıkların tasavvuru, yani zihinden geçirdikleri ile gerçeğin birbirine uymadığı, bu konuda bir algılama hatasına düştükleri ve haksızlık bilinçlerinin bulunmadığından, gerçekleşen unsur yanlılığı nedeniyle kasten hareket etmiş sayılmayacaklarına yönelik mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik yoktur. Darbeye teşebbüs edildiği anlaşıldıktan sonra, araç komutanı olan sanık Y.Y.'nin emrinin, konusunun suç oluşturacağı ve hizmet gereği olmadığı, eğitim durumu, bilgi düzeyi, yaşı, tecrübesi, rütbe gibi olgular yanında, olay anında yaşadığı korku ve panik sebebiyle denetleme olanağı bulunmayan ve er statüsünde görev yapan sanık H.Ç.'nin TCK'nın 30/1 maddesi kapsamında bir hataya düştüğünün ve kasten hareket etmediğine dair kabulün usul ve kanuna uygun olduğundan tebliğnamedeki bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir... 2-TCK'nın 30/1. maddesi kapsamında hataya düştükleri kabul edilmesine rağmen sanıklar ...H.Ç. hakkında anayasayı ihlal, yasama organına karşı suç, hükümete karşı suç ve silahlı terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme suçlarından ceza verilmesine yer olmadığına hükmedilmesi gerekirken beraatlerine karar verilmesi, Kanuna aykırı olup, katılan Başbakanlık vekili ve katılan TBMM vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmemiş olduğundan hükmün bu nedenle Bozulmasına, ancak bu hususlar yeniden yargılamayı gerektirmediğinden CMK'nın 303/1 maddesi uyarınca düzeltilmesi mümkün bulunduğu, hüküm bölümündeki B bendinin 1 ve 2. fıkralarında yer alan "karar verilmesine yer olmadığına" ibareleri ile 3. fıkrasında yer alan "beraatlerine" kelimesinin çıkartılarak yerlerine "ceza verilmesine yer olmadığına" ifadesinin yazılması suretiyle diğer yönleri usul ve kanuna uygun bulunan hükümlerin Düzeltilerek Onanmasına...". **Yargıtay 16. Ceza Dairesi**, 31.10.2018 tarih ve 2018/2012 Esas, 2018/4553 Karar sayılı kararı, *UYAP Karar Bilgi Bankası*.

⁸⁴ "...Askeri darbeye teşebbüs suçunu işleyen terör örgütüne mensubiyeti tespit edilemeyen, zorunlu askerlik hizmeti nedeniyle er olarak görev yapmakta iken, bir suç işlemek kastı olmaksızın, üstlerinden aldıkları emrin hukuka uygun olduğu zannı ile tatbikat yapma veya terör saldırısına müdahale edileceği gerekçesi ile olay gecesi silahlanarak, zırhlı araçlarla

Daire, çok benzer bir olayla ilgili olarak verdiği 2019 tarihli başka bir kararında ise, erlerin fiillerindeki kusur halini *hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hata ve unsur hatası* (TCK m. 30/3, 30/1) olarak değerlendirerek ilk derece mahkemesince verilen beraat kararını isabetli bulmuştur.⁸⁵

Kararlardaki olay anlatımlarında da görüldüğü üzere, suç niteliğindeki bir fiilin gerçekleştirilmesindeki haksızlık bilincinin tespiti, ancak olayın gelişiminin ve sanıkların davranışlarını yönlendiren etkenlerin çok detaylı bir şekilde değerlendirilmesi ile mümkün olabilmektedir.

İlk karara konu olan olayda, sanık erlerin, araçların önünün polis ekipleri

bağlı bulunduğu kışladan ayrıldıktan sonra darbeye teşebbüs suçunun icrai hareketlerinin gerçekleştirildiğini fark etmeleri üzerine, üstleri tarafından verilen halka ve güvenlik görevlilerine yönelik ateş etme emrine uymadıkları, amirlerin ısrarlı kanunsuz emirleri karşısında hal ve koşullara göre başka şekilde davranma olanağının bulunmadığı düşüncesi sonucunda, olay mahallinde kalarak silahla havaya ateş etmenin bir haksızlık oluşturmayacağı sonucuna varan failerin ‘dolaylı haksızlık yanılığı’ içinde bulundukları, bir başka deyimle hukuka uygunluk nedenlerinin hukuki varlığında hataya düşükleri, bu hatanın ex ante bir değerlendirme ile failin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, yaşı, rütbe ve görevi, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları somut olayın özellikleri göz önünde bulundurulduğunda kaçınılmaz olduğu, suça ilişkin tipik hareketi gerçekleştirmiş olmalarına rağmen failerin kusurluluğu tamamen ortadan kaldıran nedenler gerçekleştiğinden TCK’nın 30/4. maddesi yollamasıyla CMK’nın 223/3-d maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken yasal ve yetersiz gerekçeyle beraatlerine karar verilmesi...”. **Yargıtay 16. Ceza Dairesi**, 18.03.2020 tarih ve 2019/9560 Esas, 2020/2034 Karar sayılı kararı, *UYAP Karar Bilgi Bankası*. Dairenin, benzer olay, gerekçe ve tespitler içeren başka kararlar için bkz: “**Yargıtay 16. Ceza Dairesi**, 09.12.2019 tarih ve 2019/6765 Esas, 2019/8453 Karar sayılı kararı; 17.02.2020 tarih ve 2019/10650 Esas 2020/2036 Karar sayılı kararı, *UYAP Karar Bilgi Bankası*

⁸⁵ “...Sanıklar... hakkında kurulan beraat hükümleri ile ilgili olarak; suç tarihinde ... Komutanlığı karargahında zorunlu askerlik hizmetlerini yapmakta olan erlerin, darbeye iştirak eden üstleri tarafından gece vakti uyandırılıp silahlandırıldıktan sonra, kışlaya yönelik terör saldırısı olduğu gerekçesi ile kışlaya girmek isteyenlere yönelik ateş edilmesi emrinin verildiği, yaşları, mesleki bilgileri, olayın gerçekleştiği yer ve zaman itibarıyla, verilen emirleri hizmete metalik olmadığını ve bir suç işleme amacıyla verildiğini bilebilecek durumda olmadıklarına ilişkin savunmalarının aksinin ispat edilmemesi, özellikle erlerin güvenlik güçlerini hedef almaksızın havaya doğru ateş etmeleri nedeniyle halk ve güvenlik güçlerinden yaralanan kimsenin olmaması, kışla dışındaki güvenlik görevlilerinin de bu bilinçle erlere zarar gelmemesi yönündeki yoğun çabaları ve operasyonu geciktirmeleri gözetildiğinde, darbenin icrai hareketlerinden sayılacak fiilleri gerçekleştiren sanıkların, TCK 24/1. maddesinde tanımlanan görevin ifası (emrin yerine getirilmesi) bilinci ile hareket ettiklerini tasavvur etmelerine rağmen, dış alemde oluşan olay ile gerçek iradelerinin birbiri ile uyumlu olmadığı, bu şekilde hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hata yaptıklarının kabulü ile TCK 30/3 maddesi yollamasıyla 30/1. maddesi hükmü gereğince, sanıkların kasten hareket etmediklerine dair yerel mahkemenin kabulü doğrultusunda, beraatlerine ilişkin hüküm kurulmasında isabetsizlik görülmemiştir.” **Yargıtay 16. Ceza Dairesi**, 19.07.2019 tarih ve 2019/3288 Esas, 2019/5054 Karar sayılı kararı, *UYAP Karar Bilgi Bankası*.

tarafından kesilmesi ve halk tarafından tepki gösterildiğinin görülmesi anına kadar fiillerinin haksızlık içeriğine ilişkin herhangi bir bilgi ve tasavvura sahip olmadıkları görülmektedir. Şoför konumundaki sanık er dışındaki erler bakımından, araca bindirilmelerinden yakalanmaları anına kadar aktif bir davranış gerçekleştirmedikleri, araçla İstanbul Valiliğine yönelik bir saldırı gerçekleştirildiği ve bu saldırıya müdahale edileceği gerekçesiyle verilen emir doğrultusunda silahlı bir şekilde olay yerine getirilmeleri ve araçta beklemelerinden ibaret fiillerine ilişkin olarak isnat edilen suç bakımından kastlarının bulunmadığı söylenmelidir. Şoför konumundaki sanık er bakımından ise, silahlı komutanı konumunda olan sanık astsubay Y.nin emrine uygun hareket etmek bakımından, gerek kendisine ve gerekse araçta bulunan diğer er arkadaşlarına yönelik olarak komutanı tarafından gerçekleştirilmesi muhakkak olan (emir komuta ilişkisi nedeniyle silahını kullanması veya emre itaatsizlikten ötürü işlem yapması gibi) bir tehlikeyi bertaraf etmek üzere aracı, park halindeki polis araçlarının üzerine sürüp hareket edemeyecek şekilde durmasını sağlamak şeklinde gerçekleşen fiili bakımından bir zorunluluk halinin (TCK m. 25/2) mevcut olduğunu söylemek mümkün görünmektedir. Bu nedenle sanık erler bakımından suçun unsurlarının oluşmadığı için beraat kararı verilmesi gerekirken, şoför konumundaki sanık er bakımından ise kusurluluğu kaldıran bir neden olan zorunluluk halinde işlenen fiili nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir. Bu değerlendirmeler ışığında Dairenin kararına bakıldığında; sanık erler bakımından bir hata söz konusu olmadığı halde unsur hatası (TCK m. 30/1) nedeniyle verilen beraat kararının onanması ve şoför konumundaki sanık bakımından yine unsur hatası yönünde yapılan tespitin isabetli olmadığını düşünmekteyiz. Öte yandan kararın sonuç bölümü kendi içinde de çelişkilidir. Zira kararda fiil, unsur hatası olarak kabul edilmesine rağmen beraat yerine ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerektiğinden bahisle düzeltme yapılmıştır. Oysa unsur hatasının kastı kaldırması nedeniyle beraat kararı verilmesi yerinde bulunmalıydı.

Diğer iki karara konu olaylar bakımından ise; erlerin tatbikat yapma ve terör saldırısı gerekçesiyle darbeci komutanlarınca verilen emir üzerine silahlı olarak olay yerine getirilmeleri bakımından müsnet suçlarla ilgili kasten hareket ettiklerini söylemek mümkün görünmemektedir. Bununla birlikte darbeci komutanlarınca, halkın üzerine ateş etmeleri yönünde verilen emir sonrasında gerçekleştirdikleri fiilleri bakımından ise haksızlık bilincine sahip olmadıkları söylenemez. Zira sanıkların, halkla karşı karşıya gelmeleri ve halkın direnişini görmeleri anından sonra bir darbe teşebbüsünün gerçekleştirilmekte olduğunu anlamış olmaları gerekmektedir. Bu aşamadan sonra gerçekleştirdikleri fiilleri bakımından hata hükümleri tartışılabilir. Zira sanıklar, halka yönelik olarak gerçekleştirmeleri istenilen ateş emrini yerine getirmenin suç olduğunu bilmeleri nedeniyle emri yerine getirmek istememişler ve iradelerini havaya

ateş etmek yönünde sergilemiştir. Sanıklar bu fiillerinin, diğeri karşısında hukuka uygun olduğunu düşünerek gerçekleştirmek suretiyle dolaylı haksızlık hatasına düşmüşlerdir. Zira olayda, bu yönde bir hukuka uygunluk nedeninin varlığından söz etmek mümkün görünmemesine rağmen, bunun var olduğu zannıyla fiillerini gerçekleştirmişlerdir. Dolayısıyla, Dairenin ilk olaya ilişkin 2020 tarihli kararının isabetli olduğunu düşünmekle birlikte, 2019 tarihli kararının isabetli olmadığını düşünmekteyiz.

3. 6136 Sayılı Kanuna Aykırılık Suçu Bakımından

Ceza Genel Kurulunun 2017 tarihli bir kararına konu olayda, özetle; on sekiz yaşına kadar Türkiye’de yaşadıkdan sonra Amerika Birleşik Devletlerine yerleşen sanığın, ailesini ziyaret etmek amacıyla kısa bir süre için ülkeye gelmek üzere uçakla İstanbul’a geldiği, Chicago havaalanında Türkiye’ye götürmek üzere yanında bulunan valizde dört adet tabanca ve beş adet şarjör olduğunu yetkililere beyan ettiği (kendi beyanına göre), oradaki yetkililerce valizin açılıp silahların tespitinin yapılması sonrasında yalnızca birisi için belge düzenlenerek taşınmak üzere teslim alındığı ve İstanbul’daki yetkililere konuyla ilgili mesaj çekildiği, sanığın İstanbul’a indikten sonra valiziyle birlikte gözüaltına alındığı, akabinde sanık hakkında 6136 sayılı Kanuna aykırılık suçundan açılan kamu davasına ilişkin yargılama sonucunda ilk derece mahkemesince, 6136 sayılı Kanunun 12/1. maddesi uyarınca mahkûmiyet kararı verilmiş, karar sanık müdafî tarafından, *sanığın TCK’nın 30/4. maddesi kapsamında kaçınılmaz hataya düştüğü gerekçesiyle* temyiz edilmesi üzerine 8. Ceza Dairesince yapılan temyiz incelemesi sonucunda karar onanmıştır. Ancak onama kararı aleyhine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca itiraz yoluna gidilmiş, itiraz gerekçesinde; somut olayda, sanığın bu silahları satmak amacıyla yurda getirdiği ve satma girişiminde bulunduğu dair yeterli bir delil bulunmadığı, sanığın kanıtlanan eyleminin yetkili makamlardan izin almadan silah ve şarjörleri ülkeye sokmaya kalkışmaktan ibaret olduğu, bu anlamda sanıkta yurda kaçak silah sokma, silah ticareti ve kaçakçılığı yapma kastının olmadığı, dolayısıyla atılı suçun manevi unsurunun somut olayda gerçekleşmediği belirtilmiş, ancak Daire itirazı yerinde görmeyerek konuyu Ceza Genel Kurulu’na taşımıştır.

Genel Kurul meseleyi, sanığın isnat edilen suçtan cezalandırılmasının isabetli olup olmadığı sorununun *kast ve hata hükümleri* bakımından belirlenmesi şeklinde ele almıştır. Kararda; sanığın Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olup on sekiz yaşına kadar Türkiye’de yaşamış olması, yüksek öğrenim görmesi, suça konu dört adet tabancayı da Türkiye’ye gelmeden hemen önce satın alması ve silahlardan sadece biri hakkında havalimanı görevlilerine bildirimde bulunması, güvenlik şirketinde çalıştığını ve silahlara özel ilgisi olduğunu belirtmesi karşısında, sanığın bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içerisinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre şartları dikkate alındığında,

Türkiye’ye silah sokmanın yasak olduğunu bilmediğine ilişkin savunmalarının inandırıcı olmadığını, bu nedenle atılı suçun bütün unsurları ile oluştuğu ve *fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düştüğünden söz edilemeyeceğini* ifade etmiştir.⁸⁶

⁸⁶ “...Uyuşmazlık konusunda isabetli bir çözüme ulaşılabilmesi için öncelikle ‘kast’ kavramı üzerinde durulmalıdır. 5237 sayılı TCK’nun ‘Kast’ başlıklı 21. maddesi; ...şeklinde düzenlenerek, maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde doğrudan kast tanımlanmıştır. Buna göre, doğrudan kast, öngörülen ve suç teşkil eden bir fiili gerçekleştirmeye yönelik irade olup kanunda suç olarak tanımlanmış eylemin bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi ile oluşur. Fail hareketinin kanuni tipi gerçekleştireceğini biliyorsa doğrudan kastla hareket ettiğinin kabulü gerekmektedir. Yine failin hareketiyle hedeflediği doğrudan neticelerle birlikte, hareketin zorunlu veya kaçınılmaz olarak ortaya çıkan sonuçları da, açıkça istenme dahi doğrudan kastın kapsamı içinde değerlendirilmelidir. Belli bir sonucun gerçekleşmesine yönelik hareketin, günlük hayat tecrübelerine göre diğer bazı sonuçları da doğurması muhakkak ise, failin bu sonuçlar açısından da doğrudan kastla hareket ettiği kabul edilmelidir. Bu aşamada, TCK’nun 30. maddesinde düzenlenen ‘hata’ hükmüne ilişkin açıklamalarda da bulunulması gerekmektedir. ...maddeye 5377 sayılı Kanun ile eklenen dördüncü fıkra ise, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişinin cezalandırılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Uyuşmazlığa ilişkin olarak maddenin dördüncü fıkrasının daha ayrıntılı ele alınması gerekmektedir. Maddenin dördüncü fıkrasının gerekçesinde; ‘Kişinin işlediği fiilden dolayı kusurlu ve sorumlu tutulabilmesi için, bu fiilin bir haksızlık oluşturduğunu bilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre, kişi işlediği fiilin hukuken kabul görmez bir davranış olduğunun bilincinde olmalıdır. Kişinin, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunu bilmesine rağmen, bunun kanunda suç olarak tanımlandığını bilmemesinin bir önemi bulunmamaktadır. Ceza hukuku bakımından sorumluluk için önemli olan, işlenen fiilin haksızlık oluşturduğunun bilinmesidir. Ancak, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususundaki hatasının kaçınılmaz olması hâlinde, kişi kusurlu sayılamaz. Hatanın kaçınılmaz olduğunun belirlenmesinde ise kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları göz önünde bulundurulur. Hatanın kaçınılmaz olması durumunda kişi kusurlu sayılacak ve bu husus, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır’ açıklamalarına yer verilmiştir. Bu fıkra, kişinin işlediği fiilden dolayı kusurlu ve sorumlu tutulabilmesi için, bu fiilin bir haksızlık oluşturduğunu bilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre, kanuni tanım da yer alan tüm şartların bilgisi içinde hareket eden ve kastı bulunan fail, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşmüşse, diğer bir ifadeyle, eyleminin haksızlık oluşturmadığı, meşru olduğu düşüncesiyle hareket etmişse ve bu yanılgısı içinde bulunduğu şartlar bakımından kaçınılmaz nitelikte ise artık cezalandırılmayacaktır. Hatanın kaçınılmaz olduğunun belirlenmesinde, kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre şartları göz önünde bulundurulacaktır. Hatanın kaçınılmaz olması durumunda kişi kusurlu sayılacak, diğer bir ifadeyle fiilden dolayı sorumlu tutulacak, ancak bu hata temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Uyuşmazlık konusu ile ilgili düzenlemeler içeren 6136 sayılı Kanunun 1. maddesinde; ..., 2. maddesinde; ...şeklinde düzenleme yapılmıştır. Kanunun 12. maddesinde ise; ...düzenlemesi getirilmiştir. 6136 sayılı Kanunun 12. maddesinde düzenlenen suç, seçimlik hareketli suçlardan olup anılan madde gereğince, ateşli silahlarla bunlara ait mermilerin ülkeye sokulması veya sokmaya teşebbüs edilmesi ya da ülkeye sokulmasına aracılık edilmesi, ateşli silahlarla bunlara ait mermilerin ilgili Kanun hükümleri dışında ülkede yapılması veya bu suretle ülkeye sokulmuş ve ülkede yapılmış olan ateşli silahlar veya mermilerin bir yerden diğer bir yere taşınması ya

Somut olayda, suçun maddi ve manevi unsurlarının gerçekleştiği söylenebilir. Zira sanık, yaşı, eğitimi ve hayat tecrübesi itibarıyla, ABD’de alım satımı serbest olan silahları Türkiye’ye getirmek istemiştir. Sanık, silah kaçakçılığı yapmaktan ziyade, ABD’de muhtemelen Türkiye’den daha ucuz olan söz konusu silahları getirip satarak kar elde etmek veya meraklılarına hediye etmek arzusuyla hareket etmiş görünmektedir. Çünkü tarifeli bir uçuş ile ABD’den Türkiye’ye gelmiş, ABD’deki havaalanında ise fiilinin hukuka aykırı olduğuna dair bir işleme muhatap olmamış ve uyarılmamıştır. Sanık ABD’de kolaylıkla aldığı silahları, tarifeli bir uçuşla Türkiye’ye getirmek şeklinde somutlaşan fiilinin hukuka aykırı olduğunun bilincinde olmadığı için haksızlık bilincine sahip olmadığı anlaşılmaktadır. Şayet sanık bu bilinçle hareket etse idi uçuş öncesinde ve sonrasında en az ikişer kez x-ray cihazından geçeceğini ve detaylı bir kontrole tabi tutulacağını bildiği bir uçuşu gerçekleştirmez, bu fiilini gayri resmi yollardan gerçekleştirmeyi tercih ederdi. Bu nedenle sanığın haksızlık hatasına düştüğü kabul edilmeli, bununla birlikte

da yollanması veya taşımaya bilerek aracılık edilmesi, satılması, satmaya aracılık edilmesi veya bu amaçla bulundurulması yasaklanmıştır. Maddede yazılı hareketlerden herhangi birinin gerçekleştirilmesi ile suç oluşmaktadır. Bu açıklamalar ışığında uyumsuzluk konusu değerlendirildiğinde; Olay tarihinde 30 yaşında ve Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan sanığın, eğitim için gittiği Amerika Birleşik Devletleri’nde kalarak sürekli ikamet izni aldığı ve özel bir güvenlik şirketinde çalışmaya başladığı, silahlara özel ilgi duyduğunu belirten sanığın, yaklaşık 12 yıl boyunca ikamet ettiği Amerika Birleşik Devletleri’nden kısa süreli tatil için Türkiye’ye gelmeye karar verdiği, sanığın yolculuk günü olan 04.03.2011 günü iki adet Smith-Wesson marka tabancayı ABD’de bulunan Gander MTN isimli iş yerinden satın aldığı, bir adet Ruger marka tabanca ile bir adet Beretta marka tabancayı ise aynı gün Zachariah J. Hammel isimli şahıstan ABD’de satın alıp devraldığı, Chicago O’Hare Havalimanına satın aldığı bu dört silahın bulunduğu çanta ve iki valizle gelen sanığın, Türk Hava Yolları bürosunda biniş işlemlerini yaptığı sırada yanında bulunan tabancalardan sadece bir adet 9 mm çapındaki Smith-Wesson marka tabancaya ilişkin görevliye bildirimde bulunduğu ve bu silah için teslim tutanağı düzenlediği, diğer üç tabanca ile ilgili olarak ise silah teslim tutanağında herhangi bir bildirimde bulunmadığı, Chicago’daki THY görevlilerinin, sanığın yanında silah getirdiğini mesajla THY’nın İstanbul Atatürk Havalimanındaki görevlilerine bildirmeleri üzerine, mesajı alan görevlilerin silahlarla ilgili herhangi bir izin belgesinin bulunmadığını tespit ederek sanık hakkında tutanak tuttukları olayda; sanığın Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olup 18 yaşına kadar Türkiye’de yaşamış olması, yüksek öğrenim görmesi, suça konu dört adet tabancayı da Türkiye’ye gelmeden hemen önce satın alması ve silahlardan sadece biri hakkında havalimanı görevlilerine bildirimde bulunması, güvenlik şirketinde çalıştığını ve silahlara özel ilgisi olduğunu belirtmesi karşısında, sanığın bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içerisinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre şartları dikkate alındığında, sanığın Türkiye’ye silah sokmanın yasak olduğunu bilmediğine ilişkin savunmaların inandırıcı olmadığı, bu nedenle atılı suçun bütün unsurları ile oluştuğu ve fiilinin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düştüğünden söz edilemeyeceğinin kabulü gerekmektedir. Bu itibarla, haklı nedene dayanmayan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.” **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, 17.10.2017 tarih ve 2014/8-321 Esas, 2017/412 Karar sayılı kararı, *UYAP Karar Bilgi Bankası*.

bu hatanın kaçınılabilir olup olmadığı ayrıca ele alınmalıdır. Kaçınılabilirlik bakımından, sanığın bu fiili gerçekleştirmeden önce sadece Türkiye’de değil herhangi bir Avrupa, Asya ya da Afrika ülkesine gitse dahi ABD’den farklı bir hukuki rejimle karşılaşacağını bilmesi, en azından bu hususu araştırarak hareket etmesi beklenmelidir. Sanığın beyanından böyle bir araştırma yapmadığı anlaşılmaktadır. Öte yandan sanığın yaşı, eğitim durumu ve hukuk sistemi bakımından yeterli bilgiye sahip olabilecek ölçüde Türkiye ile irtibatının bulunması ve günümüzdeki iletişim araçlarını kullanmak suretiyle söz konusu fiilinin bir suç olduğunu anlayamayacak olsa bile hukuka uygun olmadığını ve bir haksızlık olduğunu öğrenebilmesi mümkündür. Dolayısıyla sanığın kaçınılmaz bir hataya düştüğünü söylemek mümkün görünmese de, *kanaatimizce* kaçınılabilir bir hataya düştüğünün kabulü gerekmektedir. Zira sanığın, yeterli dikkat, özen ve gayreti gösterse idi bu hataya düşmekten kaçınabileceğini söylemek mümkündür.

4. Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme Suçu Bakımından

Ceza Genel Kurulunun 2014 tarihli bir kararına konu olayda, özetle: eşi katılanla aynı sağlık biriminde çalışmakta olan sanığın; katılanın doğum yaptığı ve göreve gelmediğini, görevde olmamasına rağmen görevdeymiş gibi ücret aldığını ispatlamak amacıyla katılanın doğum yaptığı hastaneden doğum raporunu alarak ilgili idari birimlere şikâyetle bulunmuş, katılan hakkında yapılan idari soruşturmada ödenen haksız ücretler katılıandan tahsil edilmiş, katılan sanık hakkında hastaneden doğum raporu alması eylemi nedeniyle hakkında şikâyetle bulunmuş ve ilk derece mahkemesince yapılan yargılama sonunda sanığın kişisel verileri ele geçirdiğinden bahisle kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan sanığın TCK’nın 136/1... maddeleri uyarınca on ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ve cezasının ertelenmesine karar verilmiştir. Kararın sanık tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen 12. Ceza Dairesinin 15.05.2012 tarihli kararı ile onanmasına, oyçokluğuyla, karar verilmiş ancak onama kararı aleyhine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca itiraz yoluna gidilmiş, itiraz gerekçesinde; sanığın suça konu kişisel verileri internet ortamından, bilgisayar kullanılarak herhangi bir kişinin bilgisi olmaksızın ya da Ö. Hastanesinin bilgisayarına girerek gizlice elde etmediği sanığın, hastaneye başvurarak ilgili doktordan katılana ilişkin raporu aldığı ve suça konu eyleminin TCK’nın 136. maddesinde yazılı suçu oluşturmadığı, bu nedenle sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerektiği ve sanık hakkında verilen onama kararının itirazen kaldırılarak sanık hakkında suçun kanuni öğelerinin oluşmadığına ilişkin bozma karar verilmesi gerektiği belirtilmiş, ilgili daire itirazı yerinde görmeyerek konuyu Ceza Genel Kurulu’na taşımıştır.

Genel Kurul meseleyi, *sanığa isnat olunan suçunun sabit olup olmadığına belirlenmesi sorunu* üzerinden ele almıştır. Kararda; kendisi ve eşi de memur olan sanığın, yapacakları şikâyet konu olmak üzere eşi ile aynı işyerinde ebe olarak çalışan katılanın doğum belgesini hastaneden alarak, il sağlık müdürlüğüne verdikleri şikâyet dilekçesinin ekinde sunmaları şeklinde gerçekleşen somut olayda, katılana ait doğum belgesinin kişisel veri olması, memur olarak çalışan sanığın başkasına ait bilgileri içeren bir belgeyi velev ki yapacağı şikâyet başvurusuna konu olsa dahi almasının hukuka aykırı olacağını bilebilecek durumda bulunması, suça konu doğum belgesini şikâyet dilekçesine eklemek suretiyle burada yer alan ve kişisel veri niteliğinde bulunan bilgilerin katılanın rızası dışında başkalarına öğrenilmesine neden olunması hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanığın eylemi TCK'nın 136. maddesinde düzenlenen kişisel verileri hukuka aykırı olarak ele geçirme ve yayma suçunu oluşturduğu; suça konu doğum belgesinin yapılacak şikâyetin delili olarak sunulmak amacıyla alınmış olması nedeniyle eylemin haksızlık oluşturduğu konusunda hataya düşüldüğü ileri sürülebilir ise de, uzun süredir memur olarak çalışan sanığın başkasına ait bilgiler içeren bir belgeyi ilgilinin bilgi ve rızası olmaksızın almasının hukuka aykırı olduğunu bilecek durumda bulunması, eşinin sağlık çalışanı olması ve iki çocuğunun bulunması nedeniyle doğum belgesinin ne şekilde alındığını biliyor olması, şikâyet dilekçesi içeriğinde belirtilmek suretiyle ilgili belgenin şikâyet başvurusu yapılan kurumca temininin imkân dâhilinde bulunması göz önünde bulundurulduğunda, *fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hatadan söz edilmesinin mümkün olmadığı* ifade edilmiştir.⁸⁷

⁸⁷ “...Uyuşmazlığın sağlıklı bir şekilde çözümlenmesi için hata kavramının da üzerinde durulması gerekmektedir. 5237 sayılı TCK'da ceza sorumluluğunu kaldıran hallerden birisi olarak düzenlenmiş olan hata hükmü anılan kanunun 30. maddesinde hüküm altına alınmış olup, uyuşmazlıkla yakından ilgili olan ve maddeye 08.07.2005 tarih ve 25869 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5377 sayılı Kanunun ile eklenen dördüncü fıkra, ‘İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz’ şeklindedir. Fıkra da yapılan düzenleme ile kişinin işlediği fiilden dolayı kusurlu ve sorumlu tutulabilmesi için, bu fiilin bir haksızlık oluşturduğunu bilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre fail, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşmüş, diğer bir ifadeyle eyleminin hukuka aykırı olmadığı, haksızlık oluşturmadığı, meşru olduğu düşüncesiyle hareket etmiş ve bu yanılgısı da içerisinde bulunduğu şartlar bakımından kaçınılmaz nitelikte ise artık cezalandırılmayacaktır. Hatanın kaçınılmaz olduğunun belirlenmesinde, kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre şartları göz önünde bulundurulacaktır. Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde; Kendisi ve eşi de memur olan sanığın, yapacakları şikâyet konu olmak üzere eşi ile aynı işyerinde ebe olarak çalışan katılanın doğum belgesini hastaneden alarak, il sağlık müdürlüğüne verdikleri şikâyet dilekçesinin ekinde sunmaları şeklinde gerçekleşen somut olayda, katılana ait doğum belgesinin kişisel veri olması, memur olarak çalışan sanığın başkasına ait bilgileri içeren bir belgeyi velev ki yapacağı şikâyet başvurusuna konu olsa dahi almasının hukuka aykırı olacağını bilebilecek durumda bulunması, suça konu doğum belgesini şikâyet dilekçesine eklemek

Somut olayda sanık, kişisel veri niteliğinde olan doğum raporunu temin etme hakkı bulunmadığı halde, ilgili görevlilerin dikkat ve özensizliğinden de yararlanmak suretiyle söz konusu raporu ele geçirmiş ve başkalarına vermiş olması nedeniyle TCK'nın 136. maddesinde düzenlenen suçun maddi ve manevi unsurları oluşmuş görünmektedir. Bununla birlikte sanığın, davranışının hukuka aykırılığı konusunda bir bilince sahip olup olmadığı tartışılmalıdır. Suçun kanuni tanımındaki “hukuka aykırı olarak” ifadesi, bir bütün olarak haksızlığın tüm unsurları bakımından değerlendirici bir unsur olmakla birlikte aynı zamanda kusurun bir unsuru olan haksızlık bilinci için bağlama noktası olduğundan (hukuka özel aykırılık⁸⁸) sanığın fiili haksızlık hatası bakımından bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Burada sanık söz konusu belgeyi, çalışmadığı halde haksız kazanç elde eden eşinin devlet hazinesini zarara uğrattığı iddiasını delillendirmek ve ispatlamak amacıyla temin edip ilgili kuruma vermekte olduğu için haksızlık bilinciyle hareket etmemiş görünmektedir. Bu nedenle sanığın haksızlık hatasına düştüğü kabul edilmeli, bununla birlikte bu hatanın kaçınılabılır olup olmadığı ayrıca ele alınmalıdır.⁸⁹ Kaçınılabilirlik bakımından, sanığın devlet memuru olması, eğitim durumu

suretiyle burada yer alan ve kişisel veri niteliğinde bulunan bilgilerin katılanın rızası dışında başkalarınca öğrenilmesine neden olunması hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanığın eylemi TCK'nın 136. maddesinde düzenlenen kişisel verileri hukuka aykırı olarak ele geçirme ve yasma suçunu oluşturmaktadır. Suça konu doğum belgesinin yapılacak şikâyetin delili olarak sunulmak amacıyla alınmış olması nedeniyle eylemin haksızlık oluşturduğu konusunda hataya düşüldüğü ileri sürülebilir ise de, uzun süredir memur olarak çalışan sanığın başkasına ait bilgiler içeren bir belgeyi ilgilinin bilgi ve rızası olmaksızın almasının hukuka aykırı olduğunu bilecek durumda bulunması, eşinin sağlık çalışanı olması ve iki çocuğunun bulunması nedeniyle doğum belgesinin ne şekilde alındığını biliyor olması, şikâyet dilekçesi içeriğinde belirtilmek suretiyle ilgili belgenin şikâyet başvurusu yapılan kurumca temininin imkân dâhilinde bulunması göz önünde bulundurulduğunda, fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hatadan söz edilmesi mümkün değildir. Bu itibarla, sanığın 5237 sayılı TCK'nın 136. maddesi uyarınca cezalandırılmasına ilişkin yerel mahkeme hükmü ile bu hükmü onayan Özel Daire kararı isabetli olup, itirazın reddine karar verilmelidir.” **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, 10.06.2014 tarih ve 2012/12-1514 Esas, 2014/312 Karar sayılı kararı, *UYAP Karar Bilgi Bankası*.

⁸⁸ Doktrinde, bazı suçların kanuni tanımında “hukuka aykırı”, “hukuka aykırı olarak”, “haksız” veya “haksız olarak” şeklinde ifadelere yer verilmesi hali “hukuka özel aykırılık” olarak nitelendirilmektedir. Bu nitelenmenin hukuki sonuçları ile ilgili olarak farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bizim de katıldığımız çoğunlukta olan görüşe göre; kanuni tanımda hukuka aykırılık unsuruna yer verilen suçlarda, failin işlediği fiilin hukuka aykırı olduğu bilinciyle hareket etmesi yönündedir. Buna göre, kanun koyucu bu tür suçlarda kastın hukuka aykırılığı kapsayıp kapsamadığının özellikle araştırılmasını istediğinden, bu suçlar ancak doğrudan kast ile işlenebilirler. Bkz: **Koca/Üzülmez**, s. 267-268; **Göktürk**, s. 124; **Özbek ve diğerleri**, s. 289; **Özgenç**, s. 292; **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 292. Bazı yazarlar ise hukuka özel aykırılık söz konusu olduğunda, tipikliğin hukuka aykırılığa karine teşkil ettiği esasından hareket edilemeyeceğini, somut olayda hâkimin hukuka aykırılığı ayrıca tespit etmesi gerektiğini ifade etmektedirler. Bkz: **Önder**, s. 130-140; **Demirbaş**, s. 253.

⁸⁹ **Göktürk**, s. 124-125.

ve sahip bulunduğu hayat tecrübesi ile günümüzdeki iletişim araçlarını kullanmak suretiyle söz konusu fiilinin bir suç olduğunu anlayamayacak olsa bile hukuka uygun olmadığını ve bir haksızlık olduğunu öğrenebilmesi mümkündür. Dolayısıyla sanığın kaçınılmaz bir hataya düştüğünü söylemek mümkün görünmese de, *kanaatimizce* kaçınılabılır bir hataya düştüğünün kabulü gerekmektedir. Zira sanığın, yeterli dikkat, özen ve gayreti gösterse idi bu hataya düşmekten kaçınabileceğini söylemek mümkündür.

5. 2863 Sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununa Aykırılık Suçları Bakımından

Ceza Genel Kurulunun 2015 tarihli bir kararına konu olayda, özetle; heykeltraş olan sanığın beraberinde bulunan çantada Adnan Menderes Havalimanı'nın iç hatlar yolcu terminali girişindeki x-ray cihazı ile yapılan kontrolde 121 adet madeni para tespit edildiği, konuyla ilgili olarak yapılan soruşturma kapsamında sanık hakkında 2863 sayılı Kanunun 70. maddesinde düzenlenen suçu oluşturduğu iddiasıyla açılankamudavasına ilişkin yargılamada sanığın beraatine karar verilmiş, temyiz üzerine 12. Ceza Dairesince yapılan inceleme sonucunda; sanığın, suça konu eserlerin babasının koleksiyonundan kaldığına ilişkin savunması karşısında, fiilinin söz konusu suçu oluşturduğu gözetilmeksizin, suç kastı bulunmadığı şeklindeki, oluşa ve dosya kapsamına uygun olmayan gerekçe ile beraatine karar verilmesi isabetsiz bulunarak bozma kararı verilmiştir. Bozma üzerine ilk derece mahkemesince tekrar ele alınmış ve mahkeme; uçak ile seyahat eden yolcuların valizlerinin ve tüm eşyalarının x-ray cihazından geçirilmesi nedeni ile kaçak bir eşya taşındığının tespitinin mümkün olacağının herkesçe bilinmesi karşısında, sanığın da babasından kalan suça konu eserlerin 2863 sayılı Kanun gereğince tescile tabi olduğunu bildiğine ilişkin bir delil elde edilememiş olduğu, suça konu eşyaların sanığın ölen babasından intikal ettiği, yapılan incelemede bu eşyalardan sadece on altısının tarih eser niteliğinde olduğu, İstanbul'da yaşayan sanığa bu eşyaların kendisinde kalması için annesi tarafından verildiği, havaalanından İstanbul'a gitmek üzere uçağa bineceği sırada söz konusu eserlerin ortaya çıktığı, sanık savunması ve tanık anlatımı ile sanığın ve ailesinin bu eserlerin 2863 sayılı Kanun kapsamında olduğunu bilebilecek durumda olmadığı, dolayısı ile sanığın atılı suçta kastının bulunmadığı gerekçesi ile direnme kararı vermiştir. Bu hükmün de temyiz edilmesi üzerine dosya Ceza Genel Kuruluna taşınmıştır.

Genel Kurul meseleyi, *sanığın üzerine atılı 2863 sayılı Kanuna muhalefet suçunun unsurlarının oluşup oluşmadığının belirlenmesi* şeklinde ele almıştır. Kararda özetle; suça konu sikkelerin sayısı, nitelikleri, ele geçiriliş biçimi, sanığın branşı ve eğitim durumu gözetildiğinde, sanığın bu eserlerin 2863 sayılı Kanun kapsamında korunması gerekli taşınır kültür varlığı olduğunu

bildiğinin kabulü gerektiği belirtilerek direnme kararını isabetli bulmamıştır.⁹⁰

⁹⁰ “İncelenen dosya kapsamından; 14.02.2008 tarihli olay ve muhafaza altına alma tutanağında; saat 11.50 sıralarında İzmir Adnan Menderes Havalimanından uçakla İstanbul’a gidecek olan yolculardan sanık S.nin bilgisayar çantasının giden yolcu x-ray cihazından geçirildiği sırada metal yoğunluk fark edildiği, kontrol sırasında sanığın çantasını açarak içerisindeki 121 adet madeni parayı görevlilere teslim ettiği, üzerinde çeşitli yazılar bulunan, değişik ebat, figür, renk ve desenlerdeki toplam 121 adet madeni paranın, 1 adet 1941 tarihli 25 Kuruş, 1 adet 1944 tarihli 25 Kuruş, 1 adet 1947 tarihli 50 Kuruşun sanığa iade edilerek, geriye kalan 118 adet madeni paranın sanığın rızası ile görevlilerce muhafaza altına alındığı, yine üst ve çantasında; 1 adet cep telefonu, 1 adet fotoğraf makinesi ve 1 adet dizüstü bilgisayarın bulunduğu bilgilerine yer verildiği, İzmir Müze Müdürlüğü’nde görevli iki arkeolog ve bir sanat tarihi uzmanı tarafından düzenlenen 14.02.2008 tarihli raporda; sanıktan ele geçirilen 102 adet sikkenin 2863 sayılı Kanun kapsamında yurt içinde alımı satımının serbest, yurt dışına çıkarılmasının yasak olduğu, altı adet bronz Roma sikkesi, sekiz adet bronz Bizans sikkesi ve iki adet İslami sikkenin 2863 sayılı Kanun kapsamında tasnif ve tescile tabi eserlerden olduğu şeklinde değerlendirme yapıldığı, İzmir Müze Müdürlüğü görevlilerince düzenlenen bu rapordan sonra aynı gün 16 adet sikkenin müze müdürlüğüne teslim edildiği, 102 adet sikkenin ise sanığa iade edildiği, Dokuz Eylül Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Arkeoloji Bölümü Öğretim Üyesi Arkeolog... tarafından düzenlenen 21.11.2008 tarihli raporda; altı adet bronz sikkenin Roma Dönemi İmparatorluk sikkeleri, sekiz adet bronz sikkenin Bizans sikkeleri, birisi gümüş kaplama diğeri bronz olmak üzere iki adet sikkenin Ortaçağ İslami sikkeleri olduğu, toplam on altı adet sikkenin 2863 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi gereken müzelik kültür varlıkları olduğu, müzede korunmalarının gerektiği ve tamamının orijinal eser olduğu tespitlerine yer verildiği, anlaşılmaktadır. Tanık A., eşinin söz konusu sikkeleri 50 yıl kadar önce amatör olarak aldığını, daha sonra bu koleksiyona devam etmediğini ve sikkelerin uzun zamandır evinde durduğunu, yaşlandığı için kendi ziynetlerini çocuklarına dağıttığını, olay tarihinden önce de İstanbul’da yaşayan kızı S. ziyarete geldiğinde, kıymetini ve ne olduğunu bilmediği söz konusu sikkeleri ona verdiğini, bunların tarihi bir dokusu olduğunu bilmediğini, söz konusu eserlerin bir torba içerisinde durduğunu belirtmiş, Sanık S.; heykeltıraş olduğunu, 11.02.2008 günü ikamet ettiği İstanbul’dan açılacak bir sergi için uçakla İzmir’e geldiğini, İzmir’de ikamet eden annesinin evine gittiğini, 2004 yılında vefat eden babasının 1965 yılına kadar koleksiyon için biriktirdiği madeni paralar evde atıl durumda bulunduğu için annesinin bu paraların kendisinde kalmasını istediğini, babasından bir hatıra kalması için bu madeni paraları aldığını, babasının bu paraları çok eskiden beri bir heves ve koleksiyon olarak biriktirdiğini, 1965 yılında bu hobisine son verdiğini, 14.02.2008 günü İstanbul’a dönmek için tekrar Adnan Menderes Havalimanına geldiğinde, terminale girişte yapılan kontrolde bilgisayar çantasının içerisinde bu paraların tespit edildiğini, bu paraları herhangi bir çıkar amaçlı almadığını, suç kastının bulunmadığını savunmuştur. ...Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde; Heykeltıraş olan sanığın, uçakla İzmir’den İstanbul’a gitmek için geldiği Adnan Menderes Havalimanında bilgisayar çantasının x-ray cihazından geçirildiği sırada metal yoğunluğun fark edilmesi üzerine, bilgisayar çantası içerisinde değişik ebat, figür, renk ve desenlerde toplam 118 adet sikkenin ele geçirildiği, bu sikkelerden 102 adetinin yurt içinde alımı satımının serbest, yurt dışına çıkarılmasının yasak olduğu, 16 adetinin ise 2863 sayılı Kanun kapsamında korunması gerekli taşınır kültür varlığı olduğu anlaşılan somut olayda; suça konu sikkelerin sayısı, nitelikleri, ele geçiriliş biçimi, sanığın branşı ve eğitim durumu gözetildiğinde, sanığın bu eserlerin 2863 sayılı Kanun kapsamında korunması gerekli taşınır kültür varlığı olduğunu bildiğinin kabulü gerekmektedir. Bu itibarla; yerel mahkeme direnme hükmünün, 2863 sayılı Kanuna aykırı şekilde korunması gerekli taşınır kültür varlıklarını bulundurma suçunu işlediği sabit olan

Genel Kurulun, gerek çoğunluk kararına iştirak eden üyeleri, gerekse

sanığın mahkûmiyeti yerine suç kastının bulunmadığı gerekçesiyle beraatine karar verilmesi isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmelidir...”. Çoğunluk görüşüne katılmayan Genel Kurul Üyeleri ise şu gerekçelerle karara muhalif kalmışlardır: “...Sanık Arkeolog değil heykeltıraştır, sabıkasızdır. Yani daha önce benzer bir suçtan yargılanmamıştır. Suç eşyasını, satıcılardan, antikacılarından almış değildir. Daha küçük bir kız çocuğu iken, bu sikkeleri babasının topladığını bilmektedir. Yaşlanan annesi, babasının hatırası olarak, bunları kızına vermiştir. Şayet diğer çocuklarına verse idi, şimdi onlar sanık olacaktı. Sanığın kasten hareket etmiş sayılabilmesi için tipe uygun hareketi önceden düşünüp öngörmüş, zihninde canlandırmış olması gerekir. Şayet sanık annesinin verdiği sikkelerin suç konusu olduğunu bilseydi, İstanbul’a uçakla değil, otobüsle giderdi. Nitekim toplam 118 adet sikke den 102 tanesinin yurt içinde serbestçe alım ve satımının yapılabildiği anlaşılmakla, soruşturma aşamasında sanığa iade edilmiştir. Ancak geriye kalan 16 adedinin tasnif ve tescile tabi olduğunu, uzman olmayan, üçüncü şahıslardan almamış, baba hatırası olarak annesinin vermesi ile almış olan sanığın suç kastından söz edilemez...”. **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, 31.03.2015 tarih ve 2013/12-770 Esas, 2015/84Karar sayılı kararı, *UYAP Karar Bilgi Bankası*. *Sanığın yabancı uyruklu bir şahıs olduğu benzer bir olayda 12. Ceza Dairesinin çoğunluk kararına iştirak eden üyeleri meseleyi yine kast bağlamında ele almışlar ancak muhalif kalan üyeleri ise isabetli bir şekilde haksızlık yanılıgısı bağlamında bir değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmişlerdir*: “Ukrayna uyruklu olan sanığa ait valizin, Adnan Menderes Hava Limanı dış hatlar terminali giden yolcu bölümünde x-ray cihazı ile kontrolü sırasında yoğun metal görüntü alınması üzerine yapılan aramada iki adet metal paranın ele geçirildiği, İzmir Müze Müdürlüğü’nden alınan 30/03/2011 tarihli raporda, delikli olan, hicri 1223 tarihli bir adet gümüş sikkenin 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu kapsamına girdiği, bakır olan hicri 1277 tarihli diğer sikkenin ilgili kanun kapsamında olmadığını tespit edildiği, sanığın savunmasında, 28/03/2011 tarihinde Alsancak’ta gezdiği sırada antika eşyalar satan bir mağazadan dava konusu sikkeleri 35 avro karşılığında satın aldığını, eski metal para koleksiyonu yaptığını, gittiği yerlerde eski para bulursa satın aldığını beyan etmesi karşısında; sanığın 2863 sayılı Kanun kapsamındaki kültür varlıklarını yurtdışına çıkarmaya teşebbüs ettiği, bu itibarla sanığın mahkûmiyetine karar verilmesi yerine, ‘sanığın Türkiye’deki ayrıntılı mevzuatı açıkça bilmediği, atılı suçu işleme kastının bulunmadığı’ şeklindeki, dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçe ve hatalı değerlendirme ile beraat kararı verilmesi; ayrıca dava konusu eserler üzerinde üniversitelerin arkeoloji ve sanat tarihi kürsülerine mensup öğretim üyelerinden oluşan tarafsız bilirkişi kuruluna inceleme yaptırılarak, mevcut durumları itibariyle bilim, kültür, din veya güzel sanatlarla ilgileri, 2863 sayılı Kanun kapsamında korunması gerekli taşınır kültür varlıkları olup olmadıkları, tasnif ve tescile tabi olup olmadıkları, bildirim zorunluluğu olan eserlerden olup olmadıklarının tespit edilmesi ve sonucuna göre, sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken, dosyanın tarafı konumundaki İzmir Müze Müdürlüğü görevlilerinin düzenlemiş oldukları raporun hükme esas alınması, Kanuna aykırı olup, ...beraate ilişkin hükmün isteme aykırı olarak bozulmasına...”. Çoğunluk görüşüne katılmayan üyeler ise şu gerekçelerle karara muhalif kalmışlardır: “Muhalefet gerekçelerimizi şu başlıklar altında toplayabiliriz. 1-Sanık Ukrayna uyruklu olup havaalanından çıkış yaparken üzerinde iki adet sikke ile yakalanmıştır. Müze müdürlüğü görevlilerinden oluşan 3 kişilik bilirkişi heyeti sanıkta yakalanan sikkelerden hicri 1223 tarihli gümüş olanın 2863 sayılı Kanun kapsamında, bakır olan 1227 tarihli olanın ise adı geçen kanun kapsamına girmediğini belirtmişlerdir. Mahkemenin ve dairesinin kabulü bu sikkelerin antika eşya satılan yerlerden alındığıdır. Kanun kapsamında suç olduğu kabul edilen sikkelerin değerinin 35 Avro olduğu belirtilmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 223. maddesinin 4. fıkrası ‘İşlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı’ nedeniyle faile ceza

muhallif kalan üyeleri, meseleyi haksızlık hatası bağlamında ele almak yerine suçun manevi unsuru bağlamında sanığın kastının bulunup bulunmadığı üzerinde bir değerlendirme yoluna gitmiştir. İlgili mevzuata bakıldığında, söz konusu sikkelerin 2863 sayılı Kanunun 23. maddesi uyarınca korunması gerekli kültür varlığı ve bu nedenle, devlet malı niteliğinde olan bu varlıkların devlet elinde ve müzelerde bulundurulması, korunması ve değerlendirilmesi gerekmektedir (m. 5/1, 24/1). Bu varlıkları elinde bulunduran kimselerin en geç üç gün içinde ilgili makamlara bildirimde bulunma yükümlülüğü bulunmaktadır (m. 4/1). Bu yükümlülüğe mazeretsiz olarak uyulmaması suç olarak düzenlenmiştir (m. 67/1). Bununla birlikte bu varlıkların bulundurulması da bizzatıhi suç olarak düzenlenmiştir (m. 70). Her iki suç bakımından da söz konusu varlıkların korunması gereken kültür varlığı olduğunun fail tarafından bilinmesi zorunludur. Sanığın olaydaki konumuna bakıldığında, söz konusu sikkelerin, eğitimi ve sosyal konumu dikkate alındığında, tarihi değeri matuf olduğunu bilmekte ve kendisine babasından yadigar kaldığı için bunları hatıra olarak saklamak niyetiyle yanında bulundurduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte sanık sikkelerin hangi kategorideki kültür varlığı niteliğinde olduğunu

verilmesine yer olmadığına karar verileceğini öngörmektedir. Dolayısıyla mahalli mahkemenin beraat hükmü CMK'nın bu hükmü nazara alınarak dairemizce düzeltilerek onanması gerekirdi. Keşke mahalli mahkeme uluslararası istinabeye başvurmada bu hükümden hareketle davayı sonuçlandırsaydı. 2- Sanık Ukrayna uyruklu olup bir havayolu şirketinde makine mühendisi olarak çalışmaktadır. Sanık savunmasında adı geçen sikkeleri hediye eşya satan bir yerden satın aldığını, koleksiyon yaptığını, açıkta satılan eski paraların satın alınmasının yasak olduğunu bilmediğini savunmuştur. Sanığın eylemi 2863 sayılı Kanunda suç olarak düzenlenmiştir. Sanık işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düştüğünden TCK'nın 30/4. maddesindeki hata halinden yararlanması gerekir. Sanığın işlediği suç nedeniyle eylemi TCK'nın 4. maddesi kapsamında da değerlendirilemez. Çünkü madde de 'Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz' deniyor. 2863 sayılı Kanun bir ceza kanunu değildir. Türk hukuk sisteminde ceza kanunu olarak adlandırılacak üç kanun vardır. Bunlar: 1-Türk Ceza Kanunu, 2-Terörle Mücadele Kanunu, 3-Askeri Ceza Kanunu. Dolayısıyla bunların dışındaki özel kanunlardaki suç oluşturan fiiller için bilmemek mazeret olarak kabul edilebilir. İşte bu özel kanunlardaki suçlarla ilgili hükümleri bilmemek TCK'nın 30/4. maddesinin uygulanmasını gerektirebilir. Yani işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlandırılır, cezalandırılmaz... Tüm açıkladığımız bu nedenlerden dolayı, 2863 sayılı Kanun'un 23. maddesine göre 1839 yılından sonraki tarihli sikkelerin yurt içinde alınıp satılmasının serbest olduğu da nazara alınarak hicri 1223 tarihli (Miladi 1809) sikkenin satın alınıp yurt dışına çıkarılmasının suç olduğunu bilmeyen yabancı uyruklu sanığın haksızlık yanlıgısı içinde olduğu, bu hatasının esaslı olup eyleminden dolayı cezalandırılmayacağı, CMK 223/4. maddesi gereğince işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı ve büyük masraflar yapılarak uluslar arası istinabe ile savunması alınan sanığın bu karar sonrası bozmaya karşı diyeceklerinin sorulması ve sonrasında infaz edilebilecek bir karar verilmesinin mümkün olmayacağı olduğu da nazara alınarak mahalli mahkeme hükmünün onanması gerektiğini düşündüğümüzden sayın çoğunluğun bozma yönündeki görüşüne katılmıyoruz.” **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, 14.11.2014 tarih ve 2013/27589 Esas, 2014/22906 Karar sayılı kararı, *UYAP Karar Bilgi Bankası*.

bilmediği için, bildirim yükümlülüğü olduğunun ve bulundurmasının hukuka aykırı olduğunun bilincinde olmaması nedeniyle için haksızlık bilincine sahip değildir⁹¹. Zira sanık, bu bilinçle hareket etse idi en az iki kez x-ray cihazından geçeceğini ve detaylı bir kontrole tabi tutulacağını bildiği havaalanına gitmezdi. Bu nedenle sanığın haksızlık hatasına düştüğü kabul edilmeli, bununla birlikte bu hatanın kaçınılabılır olup olmadığı ayrıca ele alınmalıdır.⁹² Kaçınılabilirlik bakımından, şayet sanığın heykeltıraş olması nedeniyle, icra ettiği meslek ve sanat itibarıyla tarihi eserler ve bu hususla ilgili mevzuat hakkında bilgi sahibi bir kişi olduğu⁹³ kabulü ile hareket edildiği takdirde hatanın kaçınılmaz olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır. Oysa somut olayda sanık güzel sanatlar alanında eğitim almış, heykeltıraş olarak meslek ve sanatını icra eden bir kimsedir. Her ne kadar heykeltıraşlık ve arkeoloji birbirine yakın alanlar gibi görünse de, sanığın söz konusu sikkelerin genel olarak kültür varlığı olmanın ötesinde korunması gerekli bir kültür varlığı olduğunu bilmesini beklemek mümkün görünmemektedir. Bu nedenle, sanığın hatasının kaçınılmaz bir haksızlık hatası olarak kabul edilmesi gerektiğini *düşünmekteyiz*.

6. Diğer Bazı Suç Tipleri Bakımından

Resmî belgede sahtecilik suçuyla ilgili olarak 11. Ceza Dairesinin 2013 tarihli bir kararına konu olayda, özetle; sanık tarafından mağdurun bilgisi ve rızası dâhilinde, mağdurun adını yazıp imzalamak suretiyle kambyo senedi düzenlemiş, yapılan yargılama sonucunda ilk derece mahkemesi resmî belgede sahtecilik suçundan mahkûmiyet kararı vermiştir. Temyiz üzerine Dairece yapılan inceleme sonunda, sanığın suça konu senedi verilen rıza doğrultusunda düzenlenmesi şeklinde oluşan eylemde suçun manevi unsuru itibarıyla oluşmadığı belirtilerek bozma kararı verilmiştir.⁹⁴

⁹¹ “İşte bu bilgisizlik, kişinin söz konusu ihmali davranışının bir haksızlık teşkil ettiği hususundaki hatayı ifade etmektedir.” **Özgenç**, s. 449.

⁹² **Göktürk**, s. 116-118.

⁹³ **Özgenç**, s. 449.

⁹⁴ “Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 30.03.1992 gün ve 80-98 sayılı ve 19.04.2005 gün ve 221-38 sayılı kararlarında ayrıntılı biçimde açıklandığı üzere belgede sahtecilik suçlarında mağdurun rızası hukuka uygunluk nedeni sayılmaz ise de failde belgede sahtekârlıkta bulunmak kastına etki yapabileceği, somut olayda sanığın, bonoda keşideci olarak gözüken M.ne, onun adına teminat amaçlı senet düzenleyeceğini söylediğini ve M.nin de ne yaparsan yap demesi üzerine M. yerine imza atarak senedi düzenlediğini savunması, M.nin bu savunmayı doğrular şekilde sanığın kendisinden senet istediğini ancak kendisinin kabul etmemesi üzerine sanığın senin adına senet düzenleyip veririm borcu da kendim öderim demesi üzerine ne yaparsan yap dediğini, daha sonra sanığın kendisine senedi düzenleyerek verdiğini söylediğini ancak kendisinin bir şey yapmadığını beyan etmesi karşısında, sanığın suça konu senedi verilen rıza doğrultusunda düzenlenmesi şeklinde oluşan eylemde suçun manevi unsuru itibarıyla oluşmadığı ve beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi...”. **Yargıtay 11. Ceza Dairesi**, 01.11.2013 tarih ve 2012/27872 Esas, 2013/15817 Karar sayılı kararı, *Uyap Karar Bilgi Bankası*.

Kararda Daire, meseleyi haksızlık hatası bağlamında ele almak yerine aynen 765 sayılı Kanun dönemindeki gibi, suçun manevi unsuru bağlamında sanığın kastının bulunup bulunmadığı üzerinde bir değerlendirme yapmak suretiyle çözümlene yoluna gitmiştir. Somut olayda, adına senet düzenlenen mağdurun rızası sahtecilik suçu bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemez. Zira fail, senet üzerindeki isim ve imzanın kendisine ait olmadığını, dolayısıyla fiilin gerçeğe uygun olmadığını bilmekte olduğundan sahtecilik suçu bakımından kasten hareket etmektedir. Bununla birlikte fail, mağdurun rızasına istinaden onun adına senet düzenlediği için fiilin hukuka aykırı olduğunun farkında olmadığından haksızlık bilincine sahip bulunmamaktadır. Bu nedenle failin, hukuk düzenince tanınmayan bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı konusunda kaçınılmaz bir hataya (dolaylı haksızlık hatası) düştüğü kabul edilmeli⁹⁵ ve beraat kararı değil ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir.

Kaçakçılık suçuyla ilgili olarak 14. Ceza Dairesinin 2019 tarihli bir kararına konu olayda, özetle; seyyar tezgâh üzerinde kaçak sigara satışı yaparken yakalanan Türk vatandaşı sanık hakkında ilk derece mahkemesince yapılan yargılama sonucunda; sanığın *duruşmadaki tutum ve davranışları ve kendini ifade tarzı dikkate alındığında işlediği eylemin suç olduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düştüğü* belirtilerek ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. Karar, katılanın temyizi üzerine Dairenin gündemine gelmiştir. Daire, konunun ayrıntılı olarak tartışılmadığı kararında TCK'nın 30/4. maddesi hükmünün somut olayda uygulama yeri bulunmadığı gerekçesiyle bozma yönünde karar vermiştir.⁹⁶

Dairenin kararı, anlatılan şekliyle gerçekleşen bir olayda haksızlık hatasının uygulanma imkânının genel olarak bulunmadığı yönünde bir gerekçe ile oluşturulduğu için *kanaatimizce* isabetli görünmemektedir. Zira fail, eğitim durumu ve içinde bulunduğu sosyo-ekonomik koşullar nedeniyle kaçak sigara

⁹⁵ Göktürk, s. 127-128.

⁹⁶ "...Sanığın olay tutanağına göre seyyar tezgah üzerinde kaçak sigara satışı yaparken yakalandığı ve aşamalarındaki savunmalarında suçu ikrar ettiği cihetle, kaçakçılık suçu sübuta erdiğinden sanığın 5607 sayılı Kanunun 3/18. maddesi uyarınca mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken, denetime imkan verecek şekilde açıklanmadan 'duruşmadaki tutum ve davranışları ve kendini ifade tarzı dikkate alındığında işlediği eylemin suç olduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düştüğü' gerekçesi ile somut olayda uygulama yeri bulunmayan TCK. nun 30/4. maddesi ve CMK. nun 223/3-d maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi...". Dosyayla ilgili olarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen 2015/121922 nolu tebliğnamede ise şu ifadeler kullanılmıştır: "...Sanığın duruşmadaki tutum ve davranışları ve kendini ifade tarzı dikkate alındığında işlediği eylemin suç olduğu hususunda kaçılmaz bir hataya düştüğü anlaşılmakla sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 30/4 ve CMK'nın 223/3-d maddeleri gereğince ceza verilmesine yer olmadığına karar verilirken bunların neler olduğu denetime imkân verecek şekilde açıklanmadan yazılı şekilde hüküm tesisi...". **Yargıtay 7. Ceza Dairesi**, 17.04.2018 tarih ve 2017/10193 Esas, 2008/4111 Karar sayılı kararı, *UYAP Karar Bilgi Bankası*.

satma fiilinin hukuka aykırı olduğunun farkında olmayabilir, dolayısıyla haksızlık bilincine sahip olmayabilir. Bu nedenle, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının tebliğnamesinde de belirtildiği üzere, sanığın içinde bulunduğu durum hakkında daha fazla araştırma yapılması ve elde edilen bilgiler doğrultusunda, sanığın duruşmadaki davranışları da gözlemlenerek kaçınılabılır bir hataya düşüp düşmediğinin tartışılmasından sonra hüküm kurulmasının daha isabetli olabileceğini düşünmekteyiz.

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçuyla ilgili olarak 12. Ceza Dairesinin 2014 tarihli bir kararında şu ifadeler kullanılmıştır: “...Bu açıklamalar ışığında incelenen dosya kapsamına ve aksi kanıtlanamayan savunmaya göre; resmi nikâhlı eşi katılan A.nın sadakatinden kuşkulanan sanık B.nin, katılanla aralarında henüz boşanma davası açılmadığı dönemde, daha önceden bildiği katılana ait elektronik posta adresinin ve bu adresle bağlantılı Facebook hesabının internet şifrelerini kullanmak suretiyle bilişim sistemindeki katılana özel kısımlara girdiği ve katılanın C. isimli bir bayana gönderdiği elektronik iletileri ele geçirdikten sonra, eşi tarafından aldatıldığının eşinin yakınları tarafından öğrenilmesini sağlamak amacıyla, katılanla C. isimli bayan arasındaki haberleşme içeriklerini, katılanla fiilen ayrı oldukları 07.01.2010 tarihinde, katılanın amcasının kızı olan D. isimli kişinin elektronik posta adresine gönderdiği ve 13.01.2010 tarihinde katılanın, 08.03.2010 tarihinde sanığın birbirleri aleyhine boşanma davası açtığı olayda, Katılanın, sanığa yönelik olarak, 15.11.2009 tarihinde, hakaret ve kasten yaralama, 04.01.2010 tarihinde, hakaret, tehdit ve kasten yaralama suçlarını işlediği iddiasıyla hakkında kamu davaları açıldığı ve sanığın da katılan aleyhine 06.01.2010 tarihinde nafaka davası açtığı nazara alındığında, taraflar arasında uzun süredir devam eden geçimsizlik olup, katılanın, amcasına, herhangi bir bayanla gayrimeşru bir ilişkisinin bulunmadığını beyan ettiğini öğrenen sanığın, katılanın kendisini zan altında bırakan sözlerinin doğru olmadığını, aile içi geçimsizliğin kaynağının, katılanın olumsuz tutum ve davranışları olduğunu ispatlama amacını taşıyan eyleminde, hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle hareket ettiği kabul edilemeyeceğinden, Yapılan yargılama sonunda, sanığa yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olduğu gerekçeleri gösterilerek mahkemece kabul ve takdir kılınmış olduğundan, katılan vekilinin sübuta ilişkin yerinde görülmeyen diğer temyiz itirazlarının reddine ve (beraat kararının) sanığın, ‘CMK’nın 223/2-a maddesi gereğince’ şeklinde düzeltilerek onanmasına...”.⁹⁷

Somut olayda sanık, eşi ile aralarındaki geçimsizliğin kaynağının kendisi olmadığını ispatlamak amacıyla, daha önceden bildiği şifreleri kullanmak

⁹⁷ **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, 02.06.2014 tarih ve 2013/21755 Esas, 2014/13367 Karar sayılı kararı, *Uyap Karar Bilgi Bankası*.

suretiyle eşine ilişkin haberleşmenin gizliliğini ihlal etmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla suçun maddi ve manevi unsurları bakımından gerçekleşmiş olduğunu söylemek gerekmektedir. Ancak sanık, haklılığını ispatlamak amacıyla gerçekleştirdiği fiilin meşru kabul edileceği düşüncesiyle, bir başka deyişle haksızlık bilinci olmaksızın hareket etmiştir. Bu nedenle sanığın, fiilini ispat hakkının kullanılması bağlamında (TCK m. 26) gerçekleştirdiğinin kabulü ile bir hukuka uygunluk nedeninin varlığında hata şeklinde somutlaşan *dolaylı haksızlık hatasına* düştüğünü söylemek mümkün görünmektedir.⁹⁸ Zira hukuka uygunluk nedeninin varlığında hataya düşülerek gerçekleştirilen bu fiiliyle failin haksızlık teşkil eden bir fiili icra ettiği bilincine sahip olmadığı ve bu halde gerçekleştirilen fiil bakımından kaçınılmaz bir hataya düştüğü anlaşılmaktadır. Bu nedenle, sanık hakkında haksızlık hatası nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken; kararda, sanığın fiilin suç olarak tanımlanmış bir fiil olmadığından bahisle beraat şeklinde hüküm kurulması isabetli görünmemektedir.

Öte yandan kararın sonuç bölümü kendi içinde çelişkilidir. Zira aynı cümlede önce haksızlık bilincinin olmadığı ifade edilmiş ve fakat sonra böyle bir fiilin kanunlarda suç olarak tanımlanmadığı değerlendirilmesinde bulunmuştur.

SONUÇ

5237 sayılı Türk Ceza Kanununa hâkim olan kusur teorisi uyarınca suçun yapısal unsurlarından bağımsız olarak bir değerlendirmeye tabi tutulan kusurluluk kapsamında ele alınan haksızlık hatası, klasik ceza hukuku doktrininin terk edildiğinin önemli bir göstergesi olarak kabul edilmektedir.

Haksızlık hatası TCK'nın 30. maddesi kapsamında hata hükümleri bağlamında düzenlenmiştir. Düzenlemeyle, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişinin kusurlu addedilemeyeceği dolayısıyla kınanamayacağı, cezalandırılmayacağı öngörülmüştür. Bu düzenleme karşısında, kanunun bağlayıcılığı başlıklı TCK'nın 4. maddesindeki ceza kanunlarını bilmemenin mazeret sayılamayacağı hükmünün bir anlamı ve esasen geçerliliği kalmamıştır.

Unsur (tipiklik) hatası ve haksızlık hatası arasında çok temel bazı farklar bulunmaktadır. Unsur hatası, kastı kaldıran bir hata formu iken; haksızlık hatası ise kusurluluğu etkileyen bir hata formudur. Unsur hatasında haksızlık hatasından farklı olarak kaçınılabilirlikle ilgili bir değerlendirme yapılmaz. Unsur hatasının tespiti halinde beraat kararı verilmesi gerekirken, haksızlık hatasının tespiti halinde ise ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir.

Haksızlık hatasının söz konusu olabilmesi kişinin bu hataya düşmesinin kaçınılabilir olmadığı tespit edilmelidir. Bu hususun tespiti, her olayın somut

⁹⁸ Söz konusu olayla ilgili aynı yöndeki görüş için bkz: **Koca/Üzülmez**, s. 370.

şartları, failin kişisel özellikleri ve içinde bulunduğu koşullar dikkate alınarak yapılmalıdır. Bu tespit sonucunda hatanın kaçınılmaz olduğunun anlaşılması halinde ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir. Hatanın kaçınılabılır olduğunun anlaşılması halinde ise halen bir hata hali söz konusu olması ve failin kusur yoğunluğunun azalmış olması nedeniyle, bu durum yaptırımın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde dikkate alınmalıdır.

Somut bir olayda haksızlık hatasının sağlıklı bir şekilde tespitinin yapılabilmesi için öncelikle fiilin, faile isnat olunan suç tipine ilişkin olarak kanunda öngörülen maddi ve manevi unsurları ihtiva edip etmediği tespit edilmeli, akabinde bu fiilinden ötürü failin kusurlu olup olmadığı araştırılmalıdır. Failin, haksızlık bilinciyle hareket etmediği ya da başka bir deyişle işlediği fiilin hukuk düzenince tasvip edilmediği ve bir haksızlık ifade ettiği hususunda yanıldığının tespiti halinde haksızlık hatası gündeme gelecektir. Bu aşamada, haksızlık hatasının failin kusurluluğunu ortadan kaldırabilmesi için *kaçınılabılır* olup olmadığı araştırılacak, hatanın kaçınılmaz bir hata olduğu anlaşıldığı takdirde fail kusurlu addedilemeyecek, dolayısıyla kınanamayacak, cezalandırılmayacaktır. Hatanın kaçınılabılır olduğunun anlaşılması halinde ise failin kusurluluğu bir derecelendirilmeye tabi tutularak, yaptırımın belirlenmesinde dikkate alınacaktır.

765 sayılı TCK dönemindeki Yargıtay uygulaması, o dönemde doktrine büyük ölçüde hâkim olan kast teorisinin etkisiyle, meseleni suçun manevi unsuru bağlamında tartışılması şeklinde gelişmiştir. 5237 sayılı TCK döneminde ise doktrine ve kanuna hâkim olan kusur teorisine rağmen Yargıtay uygulaması henüz yeterince vuzuha kavuşmamış görünmemektedir. Bu belirsizlik gerek daireler arasında, gerekse dairelerin farklı kararları ve ceza genel kurulunun farklı kararları arasındaki çelişkilerden de gözlemlenmektedir. İncelemeye tabi tuttuğumuz kararlarda da görüleceği üzere Yargıtay, haksızlık hatasının söz konusu olabileceği hallerde, meseleyi halen kast teorisinin etkisiyle suçun manevi unsuru bağlamında değerlendirme yapmak suretiyle çözüme ulaşmak eğilimindedir.

KAYNAKLAR

- **Akbulut, Berrin**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- **Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- **Apaydın, Cengiz**, “Ceza Hukukunda Hukuki Hata”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 12, S. 133, Eylül 2017, s. 34-47.
- **Baba, Yasemin**, *Haksızlık İçeriğindeki Azlığın Cezalandırma Üzerindeki Etkisi*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2017.

- **Brody, David C./Acker, James R./Logan, A. Wayne**, *Criminal Law*, Jones&Bartlett Publishers, Sudbury 2001.
- **Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut Yenerer, Özlem**, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Bası, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 2020.
- **Çetin, Sefa**, Haksızlık Hatasının Suç Genel Teorisindeki Yeri ve İçeriği, *Suç ve Ceza, Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 2018, S. 3, s. 17-41.
- **Değirmenci, Olgun**, “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 110, Y. 2014, s. 129-188.
- **Demirbaş, Timur**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- **Demirel, Hakkı**, “Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 3-4, Y. 1955, s. 94-110.
- **Dülger, Murat Volkan**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 1. Baskı, Hukuk Akademisi, İstanbul 2021.
- **Dülger, Murat Volkan/Özkan, Onur/Bakdur, Merve**, “Ceza Hukukunda Hata ve Hataya Bağlanan Sonuçlar”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 12, S. 45 (Ocak 2021), s. 227-263.
- **Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir**, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Beta Basım Yayın Dağıtım, C. I, 14. Baskı, İstanbul 1997.
- **Erbaş, Rahime**, “Haksızlık Hatasının Kaçınılabilir Olduğunu Gösteren Ölçütlerin Kanunda Öngörülmesi: Avusturya Ceza Kanunu Örneği”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 14, S. 40, Ağustos 2019, s. 379-401.
- **Erman, Ragıp Barış**, *Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2006.
- **Erman, Sahir**, “Ceza Kanununda Hukukî Bilmeme ve Yanılma”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XII, S. 2-3, Y. 1946, s. 511-516. “Erman (S)”
- **Fletcher, George P.**, *The Grammar of Criminal Law, American, Comparative and International, Vol I: Foundations*, Oxford University Press, New York 2007.
- **Göktürk, Neslihan**, *Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- **Gündüz, Nurcan**, “Türk Ceza Hukukunda Hukuki Hata”, *Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan*, C. I, Ankara 2015, s. 489-543.
- **Güngör, Devrim**, “Kural Üzerinde Hata”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 68, Y. 2007, s. 135-160.
- **Güngör, Devrim**, *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata*, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.
- **Hafizoğulları, Zeki**, “Hukukî Bilmeme ve Açık Ceza Normları”, *Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı 1925-1975 I*, Ankara 1977, s. 193-211.

- **Hafızoğulları, Zeki/Özen, Muharrem**, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 2. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 2010.
- **Hakeri, Hakan**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 23. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- **Heinrich, Bernd**, *Ceza Hukuku Genel Kısım, C. II*, Adalet Yayınevi, Ankara 2015,
- **Husak, Douglas/Von Hirsch Andrew**, “Culpability and Mistake of Law”, içinde: Stephen Shute/John Gardner/Jeremy Horder (Editörler), *Action and Value in Criminal Law*, Clarendon Press, Oxford 1993, s. 155-174.
- **Karakurt, Ahu**, “Türk Ceza Kanunu’nda Hata”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 4, S. 10, Ağustos 2009, s. 109-155.
- **Koca, Mahmut**, “Türk Ceza Hukukunda Hata”, içinde: *3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi*, İstanbul Kültür Üniversitesi, Ankara 2009, s. 63-90.
- **Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- **Mahmutoglu, Fatih Selami/Ünver, Yener**, “Kanunu Bilmemek Mazeret Sayılmaz Kuralı Üzerine”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 72, S. 4-5-6, Y. 1998, s. 371-395.
- **Meraklı, Serkan**, *Ceza Hukukunda Kusur*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- **Meran, Necati**, “TCK’da Yasak Hatası”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Y. 4, S. 32, Nisan 2009, s. 65-72.
- **Ozansü, Mehmet Cemil**, “Yeni Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Hata Kavramı”, içinde: *Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 385-402.
- **Önder, Ayhan**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. II-III, İstanbul, Beta Basım Yayın Dağıtım, 1992.
- **Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- **Özek, Çetin**, “Ceza Normunun Varlığında Hata”, *Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan*, C. III, İstanbul 2003, s. 817-830.
- **Özen, Mustafa**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- **Özen, Mustafa**, “Ceza Hukukunda Bilmemek ve Hata”, *Uğur Alacakaptan’a Armağan*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s. 590 vd.
- **Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan**, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- **Roxin, Claus**, “Yasağa İlişkin Yanılma”, (Tercüme: Osman İsfen), içinde: *Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 277-296.

- **Soyaslan, Doğan**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- **Soyer Güleç, Sesim**, Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı (m. 30/4)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.10, S. 1, Y. 2008, s. 59-91.
- **Sözüer, Adem**, “Hukukî Hata”, *Yargıtay Dergisi*, C. 21, S. 4, Ekim 1995, s. 466-490.
- **Şenol, Cem**, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Suçun Maddi ve Nitelikli Unsurlarında Hata (TCK m. 30/1, 2)”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 13, S. 38, Aralık 2018, s. 117-145.
- **Töngür, Ali Rıza/Çetintürk, Ekrem**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- **Toroslu, Nevzat**, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara 2005.
- *Türk Hukuk Lügati*, Türk Hukuk Derneği Yayını, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1991.
- **Ünver, Yener**, Yeni Türk Ceza Kanununda Kusurluluk, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 1, S. 1, Ekim 2006, s. 37-73.
- **Van Verseveld, Annemieke**, *Mistake of Law: Excusing Perpetrators of International Crimes*, Doktora Tezi, University of Amsterdam, Amsterdam 2011.
- **Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa**, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt I, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- **Yenisey, Feridun/Plageman, Gottfried**, *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)*, Beta Basım Yayın Dağıtım, Ankara 2015.
- **Yerdelen, Erdal**, “Ceza Hukukunda Yorum Hatası (Der Subsumtionsirrtum)”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 9, S. 25, Ağustos 2014, s. 69-101.
- *5377 Sayılı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı*, TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 3, https://www.tbmm.gov.tr/Develop/Owa/Kanun_Ss_Durumu?Kanun_No=5377, Erişim Tarihi: 01.01.2021.
- *Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)*, TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm>, Erişim Tarihi: 01.01.2021.
- *Uluslararası Ceza Divanı Roma Statüsü*, https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/mevzuat_CDRS.htm, Erişim Tarihi: 01.01.2021. Roma Statüsünün İngilizce Orijinal Metni için bkz: Rome Statute of the International Criminal Court, <https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf>, Erişim Tarihi: 01.01.2021.
- <https://sozluk.gov.tr>, Erişim Tarihi: 01.01.2021.
- UYAP Karar Bilgi Bankası (Çevrimiçi).

REKABET HUKUKUNDA MUAFİYET

Exemption in Competition Law

Serkan TURGUT *

Geliş Tarihi: 23.8.2020

Kabul Tarihi: 24.02.2021

ÖZET

Rekabet hukuku, teşebbüslerin mal ve hizmet piyasalarında birbirleriyle yarış hâlinde oldukları, sürekli gelişim, dönüşüm ve etkileşime sahne olan doğal rekabet ortamını korumayı amaçlamaktadır. Bunun için rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamalar yasaklanmaktadır. Ancak bazen rekabeti sınırlandırıcı olan işlemler, aynı zamanda malların üretim veya dağıtım ile hizmetlerin sunulmasında iyileşmeler sağlayabilmekte, ekonomik veya teknik gelişmenin önünü açabilmektedir. İşte böyle durumlarda bu işlemler otomatik olarak yasaklanmamakta, bunlardan tüketicinin yarar sağlayıp sağlamadığına bakılmaktadır. Tüketicilerin de yararına olduğu anlaşılanlar, ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabeti ortadan kaldırmadığının ve rekabeti zorunlu olduğu kadar veya daha az sınırladığının tespit edilmesi hâlinde yasaklayıcı rekabet kanunu düzenlemelerinden muaf tutulmaktadır. Bireysel muafiyetin verilmesi belirli şartların ve/veya yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabileceği gibi, muafiyet belirli bir süre için de verilebilmektedir. Grup muafiyetinde ise, tebliğler ile belirlenmiş şartları haiz, belirli konulardaki anlaşmaların tamamı yönünden bir bütün olarak kendiliğinden muafiyetten yararlanma söz konusu olmaktadır. Makalede Rekabet Kurulu kararları ışığında muafiyet kurumu irdelenmekte, tartışmalı hususlara açıklık getirilmeye çalışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: rekabet hukuku, muafiyet, bireysel muafiyet, grup muafiyeti, menfi tespit.

ABSTRACT

Competition law aims to preserve the natural competitive environment in which undertakings compete with each other in the goods and services markets and witness continuous development, transformation and interaction. Therefore, agreements, decisions and practices that prevent, distort or restrict competition are prohibited. However, transactions that sometimes limit competition can also provide improvements in the production or distribution of goods and the provision of services, and can pave the way for economic or technical development. In such cases, these transactions are not automatically prohibited, it is checked whether the consumer benefits from them. Those that are understood to be beneficial to the consumers are exempted from prohibitive competition law regulations if it is determined that they do not eliminate competition in a significant part of the relevant market and limit competition to the extent or less necessary. The granting of an individual exemption can be linked to the fulfillment of certain conditions and / or obligations, as well as an exemption for a certain period of time. In the block exemption, it is possible to benefit from the automatic exemption as a whole in terms of all agreements on certain subjects, which meet the conditions specified in the communiqués. The article examines the exemption concept in the light of the Competition Board decisions and tries to clarify the controversial issues.

Keywords: competition law, exemption, individual exemption, block exemption, negative clearance.

* Danıştay Onüçüncü Dairesi Tetkik Hâkimi; e-posta: serkanturgut@gmail.com; ORCID: 0000-0002-1323-6691.

GİRİŞ

Ortaklık olsun veya olmasın, ekonomik faaliyetler bu amaca özgülenmiş işletmeler (teşebbüsler) vasıtasıyla yürütülür. Belirli bir mal veya hizmet piyasasında, üretimden tüketime kadar olan aşamalarda (katmanlarda) farklı pazarlar oluşur. Aynı pazarda iki veya daha fazla teşebbüsün kâr elde etmek amacıyla faaliyet göstermesi ile “rekabet” (competition) meydana gelir.

Bu yarış ürünlerin yeni teknolojiler ve buluşlar yoluyla geliştirilmesine, ölçek ekonomisi etkisiyle üretimin artırılmasına ve fiyatların düşürülmesine, sonuç olarak verimliliğin artmasına vesile olacaktır. Bu durum da son tahlilde tüketiciye fayda olarak yansımaktadır¹. Bununla birlikte rekabet hukuku; salt mal ve hizmet piyasalarındaki doğal ve bozulmamış rekabet ortamını, teşebbüslerin birbirleriyle yarış hâlinde oldukları ve sürekli gelişim, dönüşüm ve etkileşime sahne olan düzeni, dolayısıyla bundan kaynaklanan kamu yararını korumayı amaçlamaktadır.

Rekabeti kısıtlayan teşebbüsler arası uygulamalar kural olarak yasaktır. Ancak kimi zaman, bu uygulamaların sağladığı veya sağlayacağı faydalar nedeniyle rekabet hukuku yasaklarından bağışık (muaf) tutulması daha ekonomik bir tercih olmaktadır. Bu durum rekabet hukukunda muafiyet müessesesini ortaya çıkarmıştır. Çalışmanın amacı da bu kurumun temel hatlarıyla ele alınmasıdır.

Çalışmada öncelikle rekabet hukuku ve muafiyet hakkında kavramsal altyapı oluşturulacak, rekabeti bozucu etkisi nedeniyle yasaklanan faaliyetlerden bahsedilecek, daha sonra bu uygulamaların yasaklamadan muaf olmasının şartları ve muafiyet türleri açıklanacak olup, son bölümde Rekabet Kurulu’nun muafiyet başvurularını inceleme şekli ve muafiyetin sonuçları ele alınacaktır.

I. REKABET HUKUKU VE MUAFİYET HAKKINDA GENEL BİLGİ

Rekabet hukukuna ilişkin olarak ilk düzenleme Amerika Birleşik Devletleri’nde 1894 tarihinde Sherman Kanunu ile yapılmış, daha sonra çıkarılan bir takım kanunlar ile bu alandaki düzenlemeler geliştirilmiştir². Daha sonra Avrupa Birliği’nin kurucu anlaşması olan 1957 tarihli Roma Antlaşması’nda, birlik dahilinde serbest rekabet ortamının korunmasının hedeflendiği ifade edilerek ilk rekabet hukuku kuralları vazedilmiş olup, devam eden süreçte AB Konseyi tarafından çıkarılan tüzükler ile yeni düzenlemeler yapılmıştır³.

¹ Gürpınar, Rekabet Hukukunun Ekonomik Analizi, s.16-17.

² Ayrıntılı bilgi için bkz. **Uran**, ABD Rekabet Hukuku, s.1-6.

³ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Cengiz**, ‘Rekabet Politikası’ Faslı, s.36-39; **Özgöker**, AB Rekabet Hukuku, s.11-13.

Rekabetin korunmasına ilişkin olarak Türk hukukundaki ilk düzenleme, AB ile imzalanan 1963 tarihli Ankara Anlaşmasının getirdiği yükümlülüklerle bağlı olarak, 1982 Anayasası'nın 167. maddesinde yer almıştır⁴. 1970'li yıllarda başlayan rekabet kanunu tasarısı çalışmaları sonuca ulaşmamıştır. Avrupa Birliği üyelik müzakereleri ve Gümrük Birliği sürecinin etkisiyle rekabetin kanunla korunması süreci hızlanmıştır. Sonuç olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (Kanun) 13 Aralık 1994'te yürürlüğe girmiştir⁵.

Kanun'un uygulanmasını gözetlemekle görevli bağımsız bir kurum olan Rekabet Kurumu, mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünün ve gelişmesinin temini için Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte kurulmuştur. Kurumun karar organı olan Rekabet Kurulu 1997 yılında göreve başlamıştır.

Bu bölümde, çalışmanın esas konusu olan rekabete aykırı bazı uygulamalara Rekabet Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca muafiyet tanınmasının ve bu konuda yapılan atıfların daha iyi anlaşılabilmesi için temel kavramlar açıklanacak, yasaklanan faaliyetlerden bahsedilecek ve muafiyet kurumunun esasları ele alınacaktır.

A. TEMEL KAVRAMLAR

1. Rekabet

Lûgattaki anlamıyla rekabet; “gözleme, gözetleme, rakip olma hâli, birbirini çekememe, kıskanma, benzeriyle yarışa çıkma” tanımlarına karşılık gelmektedir⁶. Arapça kökenli kelime, Türk Dil Kurumu sözlüğüne göre; “Aynı amacı güden kimseler arasındaki çekişme, yarışma, yarış” şeklinde tanımlanmaktadır⁷.

İngilizce “competition” kelimesinin karşılığı ve iktisadî teknik bir terim olarak rekabet; “Herhangi bir etkinlik alanında ayrı ayrı kişi ya da gruplar arasında sürdürülen üstün olma mücadelesi” olarak tanımlanmaktadır⁸. Görüldüğü üzere, terim anlamına bakıldığında, kavram belirli bir alanda farklı sükeler arasındaki üstünlük mücadelesini ifade etmektedir.

⁴ “Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fîli veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.” (Anayasa m.167/1).

⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Cengiz, ‘Rekabet Politikası’ Faslı, s.87-108; Günay, Rekabet Hukuku Dersleri, s.34-35.

⁶ Devellioğlu, Osmanlıca - Türkçe Ansiklopedik Lûgat, s.1030.

⁷ Güncel Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, <https://sozluk.gov.tr/>, (E.T.: 01/05/2020).

⁸ “Contest between two rivals. The effort of two or more parties, acting independently, to secure the business of a third party by the offer of the most favorable terms; also the relations between different buyers or different sellers which result from this effort.” Black, Henry Campbell, Black’s Law Dictionary, s.284.

⁹ İktisat Terimleri Sözlüğü, Türk Dil Kurumu, <https://sozluk.gov.tr/>, (E.T.: 01/05/2020).

Rekabet hukuku bakımından rekabet, Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde; "*Mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış*" olarak tanımlanmıştır. Buna göre rekabet, belirli bir mal veya hizmet piyasasında kâr elde etme amacı güden teşebbüslerin, olağan ekonomik koşullar dışında başkaca etkenlerden bağımsız olarak ve özgür kararlar vererek yürüttüğü yarış ifade etmektedir¹⁰.

2. Teşebbüs (İşletme)

Rekabet adı verilen ekonomik yarışın oyuncuları olarak teşebbüsler, bir mal veya hizmeti kimi zaman üreten, kimi zaman dağıtan, kimi zaman pazarlayandır. Teşebbüs kavramı hem iktisat alanında hem de hukuk alanında bilimsel bir terim olarak kullanılmaktadır. Sürekli bir ticari bir faaliyette bulunan ve özgür iradesiyle karar alabilen her türlü gerçek ve tüzel kişiler bu kapsamdadır¹¹.

Ticari hayat içerisinde, şahıslar bireysel olarak müteşebbis olabileceği gibi, ortaklık kurmak yoluyla başka bir kişiliğe bürünerek de faaliyetlerini gerçekleştirebilmektedirler. Ticaret hukukunda "ticari işletme" denildiğinde, gelir elde etmek amacına matuf faaliyetlerin sürekli ve bağımsız olarak yürütüldüğü işletmeler anlaşılmaktadır (TTK m.11). Bunların ticari işletme olabilmesi için aynı zamanda esnaf faaliyetlerini aşan ölçüde faaliyetlere girişmesi gerekmektedir.

Rekabet hukukunda kullanılan teşebbüs kavramı, ticaret hukukundaki¹² üçüncü şahısların korunması amacıyla dış görünüme büyük önem verilen işletme kavramından daha geniş bir manayı ihtiva etmektedir. Rekabet Kanunu'nda teşebbüs; "*Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler*" olarak tanımlanmaktadır.

Görüldüğü üzere, Kanun tanım yaparken ekonominin temel kavramlarını kullanmıştır. Esasen burada "teşebbüs" terimi fonksiyonel anlamda kullanılmıştır. Önemli olan belirli bir piyasada ekonomik ve ticari bir faaliyette bulunmak, bu faaliyetini yerine getirirken bağımsız hareket edebilme yeteneğine sahip olmak ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil etmektir¹³.

3. Piyasa (İlgili Pazar)

Genel olarak piyasa, belirli mal veya hizmetlerin el değiştirmesi amacıyla alıcı ve satıcıların bir araya geldiği, alıcılar tarafından talep edilen mal ve hizmetler karşılığında bedel ödenen, alınan bedel karşılığında ürünlerin tesliminin gerçekleştiği yerdir¹⁴.

¹⁰ Aslan, Rekabet Hukuku, s.17.

¹¹ Dernekler (Ör. Spor kulüpleri) gibi ideal bir amaç için kurulan oluşumlardan bu şartları haiz olanlar dahi bu kapsamdadır. Bkz. Güven, Rekabet Hukuku, s.84-86; AB uygulamaları yönünden bkz. Güzel, Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri, s.9-20.

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Ertan (Ülgen/Helvaci/Kaya), Ticari İşletme Hukuku, s.154 vd.

¹³ Ocak, Rekabet Hukukunda Teşebbüsler, s.18; Ateş, Rekabet Hukukuna Giriş, s.227.

¹⁴ Kortunay, Pazarlamada Rekabet, s.38.

“Piyasa” iktisadî bir terimdir. OECD tarafından yayınlanan lûgatta piyasa; *“Alıcı ve satıcıların belirli mal ve hizmetlerin değişimi için ticarî işlem yaptıkları ve söz konusu mal ve hizmet fiyatlarının dengelenmeye çalışıldığı yer”* olarak tanımlanmıştır¹⁵. Burada belirli bir mekândan çok, belirli mal ve hizmetlerin değişimi için ticarî işlem yapılan yerin kastedildiği görülmektedir.

Bununla birlikte, rekabet hukuku açısından “ilgili piyasa” veya “ilgili pazar” terimleri önemlidir. Zira rekabet otoriteleri, bir uygulama nedeniyle rekabetin ihlâl edilip edilmediği incelemesini, belirlediği rekabet ortamı (ilgili pazar) üzerine inşa etmektedirler. Nitekim çalışmamızın temelini oluşturan Rekabet Kanunu’nun 4. maddesinde, “belirli bir mal veya hizmet piyasası”ndaki rekabetin engellenmesi, bozulması ve kısıtlanması sonucunu doğuran işlem ve eylemler yasaklanmaktadır. Hemen her maddesinde belirli bir piyasaya atıf yapılmakla birlikte, Kanun’da bu terim tanımlanmamıştır.

Rekabet Kurulu tarafından, “piyasa” kelimesi yerine tercih edilen eş anlamlı “pazar” kavramıyla ilgili olarak, 1997 yılından başlamak üzere çeşitli tebliğ ve kılavuzlarda açıklamalara yer verilmiştir¹⁶. Ancak daha sonra, kararlarında yaptığı pazar analizinde izlediği yöntem ile kriterleri açıklamak ve teşebbüsler nezdinde oluşabilecek belirsizlikleri azaltmak için “İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz” yayımlanmıştır¹⁷.

Komisyon tarafından yayınlanan “Topluluk Rekabet Hukuku Amaçları Bağlamında İlgili Piyasanın Tanımı Hakkında Duyuru”¹⁸dan esinlenilerek hazırlandığı anlaşılan kılavuzda pazar kavramı, “ilgili ürün pazarı” ve “ilgili coğrafi pazar” olmak üzere ikiye ayrılarak tanımlanmıştır. İlgili ürün pazarı; ekonomik faaliyetin konusunu oluşturan tüketici bakımından fiyatları, kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından birbiri yerine ikâme edilebilir ürünlerden (mal veya hizmetlerden) oluşan pazardır. İlgili coğrafi pazar ise; teşebbüslerin mal ve hizmetlerin arz veya talebi konusunda faaliyet icra ettiği, rekabet koşulları yönünden yeterli derecede homojen yeri ifade etmektedir.

B. REKABETİ SINIRLAYICI FAALİYETLER

Kanun’un 4. maddesinde, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını

¹⁵ OECD, Glossary of Industrial Organisation, Economics and Competition Law, Art. 123 (Market), s.54. <https://www.oecd.org/competition/abuse/2376087.pdf>, (E.T.: 01/05/2020).

¹⁶ Ör. 1997/1 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ, Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararlarının İsteğe Bağlı Bildirimine İlişkin Kılavuz, 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğ.

¹⁷ RKK: T:10/01/2008, S:08-04/56-M.

¹⁸ Commission Notice on the Definition of Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law, European Commission, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:31997Y1209\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:31997Y1209(01)), (E.T.: 01/05/2020).

taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin hukuka aykırı olduğu ve yasak olduğu belirtilmiştir.

Rekabetin sınırlandırılmasında sıklıkla karşılaşılan teşebbüsler arası uygulamalara; mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile alım/satım şartlarının tespit edilmesi, pazar paylaşımı, arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi, rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması, bir mal veya hizmet ile birlikte diğerlerinin satın alınmasının zorunlu kılınması veya teşhir şartı getirilmesi örnek verilebilir.

1. Teşebbüsler Arası Anlaşmalar

Teşebbüslerin aralarında yapacakları anlaşmalar yoluyla belirli bir piyasadaki rekabeti sınırlamaları mümkündür. Kanun'daki ifadeye göre, anlaşmanın yasaklanabilmesi için amacının ya da doğurduğu etkinin rekabeti sınırlayıcı olması gerekmekte ve yeterli olmaktadır.

Rekabet hukuku bakımından “anlaşma”yı, borçlar hukukundaki geçerli bir sözleşme ile karıştırmamak gerekir. Rekabet hukukunda anlaşma, tarafların kendilerini anlaşmayla bağlı kabul etmelerinin yeterli olduğu, genellikle gizli yapılan (hatta bazen zımni olarak gerçekleşen) rekabeti sınırlayıcı etki doğuran her türlü uyuşma anlamında kullanılmaktadır. Yazılı veya sözlü olmasının bir önemi bulunmamaktadır¹⁹.

2. Teşebbüslerin Uyumlu Eylemleri

Belirli bir anlaşma veya karar iradesinden bağımsız olarak uyumlu eylemlerde bulunan teşebbüsler (gizli karteller) tarafından, aralarında bir anlaşmanın varlığının kanıtlanamadığı veya anlaşma bulunmamakla birlikte doğrudan veya dolaylı bir şekilde teşebbüslerin kendi bağımsız eylemleri yerine geçen işbirliği davranışları bu niteliktedir²⁰.

Bu “danışıklı” eylemler, rekabetçi piyasada görülemeyecek şekilde açıkça ticari aksiyonlarda gözlemlenebilmektedir. Her ne kadar anlaşma düzeyinde bir mutabakat olmasa da, teşebbüsler arasında bir “uyum”un ortaya çıkmasını sağlayan dolaylı bir ilişkinin varlığı yeterli kabul edilir²¹.

3. Teşebbüs Birliği²² Kararları

Aynı sektörde faaliyet gösteren teşebbüsler, kamu otoritesine ve ilişkili oldukları sektör temsilcilerine karşı daha güçlü hâle gelmek, ortak menfaatlerini

¹⁹ Aksoy, Rekabete Aykırılığın Özel Hukuk Sonuçları, s.22; Güven, Rekabet Hukuku, s.125.

²⁰ Cengiz, Uyumlu Eylem, s.15-17.

²¹ Arı, Danışıklılık Kavramı, s.60.

²² Kanun'da teşebbüs birliği; “Teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikler” olarak tanımlanmıştır (m.3).

korumak ve geliştirmek, sektöru regüle etmek ve etik dışı davranışların önüne geçmek amacıyla birlikler oluşturmaktadırlar.

Bunların alacağı kararların, kimi zaman teşebbüslerin kendi aralarında yaptığı yatay anlaşmalardan daha fazla rekabetin sınırlandırılmasına yol açması mümkündür. Teşebbüs birlikleri, üyeleri arasındaki rekabeti önlemek veya üyelerinin menfaatlerini artırmak için rekabeti ihlâl edici kararlar alabilmektedirler²³.

C. MUAFİYET KAVRAMI, şARTLARI VE “MENFİ TESPİT”

1. Muafiyetin Ortaya Çıkışı ve Anlamı

Teşebbüsler arası bazı uygulamalar rekabeti sınırlayıcı olmakla birlikte, aynı zamanda ürün veya tüketiciler bakımından faydalı yönleri de bulunabilmektedir. İşte belirli şartların sağlanması hâlinde, teşebbüsler arası rekabeti sınırlayıcı birtakım uygulamaların rekabet hukuku yasakları ve yaptırımları kapsamı dışına çıkarılması gerektiği kabul görmüştür. Muafiyet, olumlu yönleri dolayısıyla rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların yasaklanmamasının daha ekonomik ve yararlı olması hâlinde tanınır²⁴.

Rekabet hukukunda muafiyet kurumuna ABD müktesebatında yer verilmemiştir. Her ne kadar ayrı bir muafiyet sistemi bulunmasa da, yargı içtihatlarıyla “rule of reason” analizi ortaya çıkmıştır. “Rule of reason” analizi ile rekabetçi ve rekabeti kısıtlayıcı etkiler ortaya konmakta, bunlar dengelenmek suretiyle net rekabetçi etkinin varlığı araştırılmaktadır. Analiz yapılırken önce anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı mevcut ve olası etkileri ile rekabetçi etkileri netleştirilmekte, rekabeti daha az kısıtlayıcı bir alternatif olup olmadığı sorgulanmaktadır²⁵. Bu analizin “olumlu ve olumsuz etkilerin dengelenmesi” aşamasında anlaşmanın etkileri değerlendirilmekte, bu aşamada gerçekleşen veya gerçekleşebilecek etkinliklerden tüketicilerin yararlanması, Sherman Kanunu bağlamında ihlâl değerlendirmesinde dikkate alınmaktadır²⁶. Ayrıca düzenlenen sektörlere ilişkin metinlerde bir bütün olarak rekabet hukukundan muaf alanlar oluşturulduğu görölmektedir. Örneğin, tarım kooperatiflerine, gazetecilik, bankacılık ve taşımacılık gibi sektörlere dair mevzuatta bu yönde düzenlemeler bulunmaktadır²⁷.

Muafiyet kurumu esasen mehz AB düzenlemelerinde karşımıza çıkmaktadır. 1 Mayıs 1999 tarihinde yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması ile

²³ **Güven**, Rekabet Hukuku, s.139.

²⁴ **Whish/Bailey**, Competition Law, s.159.

²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz.**Ata**, Rule of Reason Işığında Muafiyet, s.16-22; **Uran**, ABD Rekabet Hukuku, s.38-42.

²⁶ Bkz.**Topalömer**, Tüketici Politikası ve Rekabet Politikası, s.14.

²⁷ Bkz.**Sarıççek**, Düzenlenen Davranış Doktrini, s.24-26.

değişik Roma Antlaşması'nın 81. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, rekabeti sınırlayıcı eylemlerin getireceği yararın rekabeti bozucu özelliklerinin üzerinde olması hâlinde piyasa koşulları ya da kamu yararı gereği yasaklama kuralının uygulanmayacağı belirtilmiştir. 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması ile bu antlaşmanın adı Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma (ABİHA) olarak değiştirilmiş olup, ilgili düzenlemeler 101. maddenin üçüncü fıkrasına taşınmakla birlikte muhafaza edilmiştir. Yine Komisyon tarafından birçok anlaşma türüne blok (grup olarak) muafiyet tanınmıştır²⁸.

Kanun'un 5. maddesinde, belirli şartların varlığı hâlinde teşebbüsler arası uygulamaların 4. maddenin uygulanmasından muaf olduğu kurala bağlanmıştır. Rekabet Kanunu'nun muafiyet rejimi teşebbüsler arası anlaşma, uyuşma ve teşebbüs birliği kararlarına muafiyet getirmektedir. Hakim durumun kötüye kullanılması ya da rekabeti sınırlayıcı nitelikte birleşme ve devralmalara ilişkin herhangi bir muafiyet bulunmamaktadır²⁹. Bununla birlikte, hakim durumun kötüye kullanılmasında AB yargı ve Komisyon içtihatları ile geliştirilen haklı gerekçe ilkesi ve etkinlik savunmaları muafiyet ile bağdaştırılmaya çalışılmaktadır. Etkinlik, kaynakların uzun dönemde yaygınlaşması ile maliyetleri düşüren, kaliteyi artıran ve piyasada yeniliklerin gerçekleşebilmesinin sağlanması olarak tanımlanabilir. Kurul tarafından hakim durumdaki teşebbüslerin davranışlarının etkinlik doğurabileceği kabul edilmekle birlikte, ihlâl oluşturabilecek bir uygulamanın yasaklanmadığı bir kararı bulunmamaktadır³⁰.

2. Muafiyet Şartlarına Genel Bakış

Kanun'un 5. maddesine göre, teşebbüsler arası rekabeti sınırlayıcı uygulamalar ancak aşağıdaki şartların bir arada bulunması hâlinde 4. maddede yer alan yasaklama hükmünden muafır:

- Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması.
- Tüketicinin bundan yarar sağlaması.
- İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması.
- Rekabetin yukarıdaki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlandırılması³¹.

²⁸ **Karakılıç**, Bağlama Uygulamaları, s.269-271; Avrupa Birliği'nin kurucu antlaşmalarının güncel Türkçe çevirileri için bkz. <https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>, (E.T.: 16/12/2020).

²⁹ **Esen**, Piyasaların Rekabetçi İşlevi, s.83; **Topçuoğlu**, Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları, s.264; Ancak bu husus hakim durumdaki teşebbüsün taraf olduğu rekabeti sınırlayıcı uygulamalara muafiyet tanınmayacağı anlamına gelmemektedir. Bkz. **Topçuoğlu**, Karar İncelemesi, s.496.

³⁰ **Tokgöz**, Münhasır Dikey Anlaşmalar, s.36-37.

³¹ ABİHA m.101/3 uyarınca bu şartlar; malların üretimi veya dağıtımının iyileştirilmesine veya teknik ya da ekonomik gelişmenin artırılmasına katkıda bulunma, tüketicilerin ortaya

Söz konusu düzenlemeyle ilgili vurgulanması gereken, rekabeti sınırlayıcı uygulamaların yasaktan muaf tutulabilmesinin ancak tüm bu şartların bir arada bulunması ile mümkün olduğudur³². Dolayısıyla yukarıdaki şartlardan birinin bile bulunmadığını tespit etmek, anlaşmanın yasaklamadan muaf olmaması için yeterlidir. Bu nedenle Rekabet Kurulu, hangi şartların sağlanmadığını tespit ederek, yalnızca buna ilişkin değerlendirme ile sonuca varmaktadır³³.

Örneğin Kurul, Roche Müstahzarları Sanayi A.Ş.’nin ithalatını yaptığı ürünlerin ihaleler dışında kalan kanala (serbest eczaneler ve özel hastanelere) dağıtımında Satış Sözleşmesi çerçevesinde sınırlı sayıda ecza deposu ile çalışılması uygulamasına ilişkin başvuruda, çalışılması planlanan ecza deposu sayısının 5-10 aralığıyla sınırlı tutulması nedeniyle ilgili pazarın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkacağı sonucuna vardığından uygulamaya muafiyet tanınamayacağına karar vermiştir³⁴. Değerlendirme yalnızca uygulamanın pazar üzerindeki etkileri (üçüncü şart) bağlamında yapılmıştır.

Her türlü rekabeti kısıtlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve karar muafiyetten yararlanabilir. Bir an için nitelikleri gereği uyumlu eylemlere muafiyet tanınmasının mümkün olmadığı düşünülebilir ise de, oligopol piyasalardaki koşullar nedeniyle teşebbüslerin paralel davranmak zorunda kaldığı durumlarda, aktarılan şartların gerçekleştiği ortaya konulursa teşebbüsler arası uyumlu eylemler de muafiyet hükmünden yararlanabilirler. Bu durumda şikayet olunan veya re’sen tespit edilen danişıklı eylemler 4. maddede yer alan yasak kapsamından çıkmış/çıkarılmış olurlar³⁵.

3. İlişkili Kurum Olarak “Menfi Tespit”

Rekabet hukukuna özgü bir kurum olarak muafiyetin, rekabeti sınırlayıcı uygulamaların çeşitli sebeplerle Rekabet Kanunu yasaklarından bağışık tutulmasına ilişkin olduğu ifade edilmişti. Menfi tespit ise, teşebbüsler tarafından belirli bir işlem (anlaşma, karar, birleşme veya devralma) gerçekleştirilmeden önce, Rekabet Kurulu’ndan bu uygulamanın rekabet hukukuna aykırı olmadığına dair tespit yaptırma yöntemidir. Yani burada rekabetin sınırlandırılması söz konusu değildir³⁶.

çıkan faydadan adil bir pay alması, ilgili teşebbüslere, bu amaçlara ulaşmak bakımından zaruri olmayan kısıtlamalar getirilmemesi ve bu teşebbüslere, söz konusu malların önemli bir bölümü için rekabeti ortadan kaldırma imkânı vermemek olarak belirlenmiştir.

³² Henüz uygulamaya konulmamış anlaşmaların piyasaya etkisi olamaz. Dolayısıyla anlaşmanın potansiyel ve olası etkilerinin tespiti gerekmektedir. Aynı yönde bkz. **Karakurt**, Muafiyet Rejimi, s.211.

³³ Aksi yönde tespit için bkz. **Arı**, Muafiyet Kararlarının Analizi, s.104 dipnot 11.

³⁴ RKK: T:12/12/2019, S:19-44/732-312.

³⁵ **Topçuoğlu**, Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları, s.246; **Whish/Bailey**, Competition Law, s.161-162; Öyle ki ABAD yeri geldiğinde rakipler arasındaki fiyat tespiti uygulamalarını da muafiyet kapsamında değerlendirebilmektedir. Bkz. **Ezrachi**, EU Competition Law, s.128.

³⁶ **Bolatoğlu**, Yargısal Denetim, s.28-29.

Teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin başvurusu üzerine, mevcut bilgiler çerçevesinde bir uygulamanın Kanun’a aykırı olmadığını gösteren bir menfi tespit belgesi verilebilir, aksi hâlde menfi tespit talebi reddedilir. Örneğin, cep telefonu operatörleri arasında akdedilen “Mobil Ön Ödemeli Aboneliklerde Yıllık Telsiz Kullanma Ücretinin Tahsilatına İlişkin Protokol”e ilişkin başvuruda Kurul, mezkur protokolde tarafların ticari kararlarını özgürce almalarını engelleyebilecek herhangi bir hüküm bulunmadığı (m.4), tüm operatörleri kapsayıcı olduğundan hâkim durumun kötüye kullanılmasının söz konusu olmadığı (m.6), ayrıca protokolde herhangi bir birleşme devralma işlemi düzenlenmediğinden (m.7) menfi tespit belgesi verilmesine karar vermiştir³⁷. Kurul’un daha sonra bu görüşünden dönmesi mümkündür. Bu durumda belge verildikten geri almaya kadar geçen süre için yaptırım uygulanmaz.

II. MUAFİYET TÜRLERİ VE ESASLARI

Belirli bir işlem için yapılan değerlendirme sonucu tanınan muafiyet “bireysel” olarak nitelenirken, bazı konulardaki anlaşmaların blok olarak muaf tutulmasında “grup” muafiyeti karşımıza çıkmaktadır. Bu bölümde, muafiyet türleri belirlenerek, bireysel muafiyet başlığı altında rekabeti sınırlayıcı işlemlere muafiyet verilmesinde aranılan temel şartlar açıklanacak, grup muafiyetinin bireysel muafiyetten farkları ile grup muafiyeti tebliğleri ele alınacaktır.

A. BİREYSEL MUAFİYET

Esasen grup muafiyeti tebliğleri olmasaydı ortaya çıkmayacak bir kavram olarak “bireysel” muafiyet, rekabeti sınırlayıcı ve yasaklanması gereken bir uygulamanın, belirli şartları sağlaması hâlinde Rekabet Kanunu yaptırımlarından muaf tutulmasını ifade etmektedir.

1. Şartları

a. Faydalılık

Kanun’un 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre, bir uygulamanın muafiyet kapsamına girebilmesinin ilk şartı faydalı etkilerinin bulunmasıdır. Bu etkiler malların üretim veya dağıtımında ve hizmetlerin sunulmasında ortaya çıkabilir. Anlaşma nedeniyle ortaya çıkacak faydanın kapsamına tarafların özel menfaatleri girmemekte, muafiyet tanınması için objektif olarak ülke ekonomisi ve sektörel verimlilik gibi alanlarda sağlanan gelişme ve iyileşmeler dikkate alınmaktadır³⁸.

³⁷ RKK: T:26/12/2019, S:19-46/782-339.

³⁸ Whish/Bailey, Competition Law, s.163; Jones/Sufrin, EU Competition Law, s.253.

Bu bağlamda olumlu etkiler, yeni gelişmeler ve iyileşmeler (inovasyon) sağlanması yoluyla gerçekleşebilir. Bir uygulama, rekabeti sınırlayıcı olmakla birlikte, şayet ekonomik veya teknik gelişme sağlanması sonucunu doğuruyorsa muafiyetin ilk şartının gerçekleştiği kabul edilebilir. Kurul kararlarında bu şartın sağlanması bakımından; ölçek ekonomilerine ulaşılması, maliyetlerin düşürülmesi, kalitenin artırılması, arz sürekliliğinin sağlanması, ürün çeşitliliğinin artırılması ve pazara girişin kolaylaştırılması gibi ekonomik yararlar kabul görmektedir³⁹. Örneğin, sigorta sektöründe bu faydalara; istatistiki bilgi toplanması, yeni veya gelişmemiş pazarların geliştirilmesi, işletme giderlerinin azaltılması ve primlerin düşürülmesi, hasarların önlenmesi ve risklerin azaltılması, poliş şartlarının geliştirilmesi örnek verilmektedir⁴⁰.

İfade edilen olumlu sonuçların gerçekleşip gerçekleşmediğinin değerlendirilmesi ise bütünüyle Rekabet Kurulu'nun takdirine bırakılmıştır. Kurul, bu değerlendirmeyi yaparken ilgili ürün pazarındaki ve ilgili coğrafi pazardaki veriler ile anlaşmaya taraf teşebbüslere ilişkin verileri dikkate alacaktır. Sonuç itibarıyla burada Kurul'a geniş bir takdir yetkisi verildiği görülmektedir. Bu nedenle benzer durumlarda yorum farkı nedeniyle aksi yönde kararlar alınabilmektedir⁴¹.

Bununla birlikte şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti için, öncelikle gerçekleştirilen uygulama ile sağlanan faydanın, uygulamanın rekabeti sınırlayıcı etkisinden daha büyük olması beklenir. Kurul, üç özel banka arasında, sahip oldukları ATM'lerin müşterilerinin ortak kullanımına açılmasına yönelik olarak imzalanan "ATM Paylaşım Platformu Protokolü"ne ilişkin başvuruda, başvuruya konu "Ortak ATM" uygulamasının, bankaların ATM ağı kurmalarına yönelik yatırımlarını etkileyebileceğinden rekabeti sınırlayıcı olduğu, ancak bankalarca sunulan ATM hizmetlerindeki etkinliği arttıracığı, dolayısıyla muafiyet koşullarından ilkinin karşılandığı sonucuna varmıştır⁴².

b. Tüketicinin Yararına Olması

Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine göre, bir uygulamanın muafiyet kapsamına girebilmesinin ikinci şartı, tüketicinin birinci şartın meydana gelmesinden yarar (fayda) sağlamasıdır. Bu faydanın sağlanıp sağlanmadığı belirlenirken, ilgili pazarlarda bulunan tüm tüketicilere olan olumlu etkisi dikkate alınmalı, belirli bir kategoride tekil olarak sağlanan fayda dikkate alınmamalıdır. Ayrıca iki grup tüketicinin etkilendiği durumlarda,

³⁹ **Arı**, Muafiyet Kararlarının Analizi, s.107-108; ABAD çıtayı daha öteye taşıyarak istihdamın artırılmasını bile anlaşmanın anti-rekabetçi etkilerine karşılık dengeleyici bir unsur olarak görmüştür. Bkz.**Ezrachi**, EU Competition Law, s.122; **Jones/Sufrin**, EU Competition Law, s.256.

⁴⁰ **Elçin Cengiz**, Sigortacılık Sektöründe Rekabet Hukuku, s.22-23.

⁴¹ **Aslan**, Rekabet Hukuku, s.445; **Arı**, Muafiyet Kararlarının Analizi, s.153.

⁴² RKK: T:13/02/2020, S:20-10/108-64.

her bir grubun sağlanan faydadan belirli bir pay alması, belirli bir pazardaki olumsuz etkilerin aynı pazardaki olumlu etkiler ile dengelenmesi gerekir⁴³.

Rekabet hukukundaki “tüketici” kavramı, tüketici hukukundaki “tüketici” kavramından daha geniş kapsamlıdır. Burada yalnızca nihai tüketiciler değil, ürünleri girdi olarak kullanan tüm gerçek ve tüzel kişiler (Üreticiler, toptancılar, perakendeciler vs.) kastedilmektedir⁴⁴. Dolayısıyla bu şartın gerçekleşmesi bakımından, ekonomik zincirin birbirini takip eden halkalarında yer alan teşebbüsler arası ilişkiler ön plana çıkmaktadır. Bununla birlikte bir ürünün ticaretini yapmak amacıyla al-sat yapan kişiler rekabet hukuku anlamında tüketici olarak kabul görmezler⁴⁵.

Burada ekonomik ve teknik alandaki gelişmelerin, üretim ve dağıtımda ortaya çıkan yeniliklerin muafiyetten faydalanabilmesi için, aynı zamanda tüketiciye doğrudan veya dolaylı olumlu yansımaları olması gerekmektedir. Tüketici tarafındaki olumlu gelişmeler düşünüldüğünde, ilk olarak fiyatların düşmesi, ürün kalitesinin, çeşitliliğinin ve hizmet kalitesinin artması akla gelmektedir⁴⁶. Kurul, anlaşmanın tüketicilere sağlayacağı yararlar ile vereceği zararları karşılaştırarak, yararı ağır basan anlaşmaları muafiyet kapsamına alacaktır.

Kurul, İstanbul Havalimanı’nın akaryakıt faaliyetlerinden sorumlu şirketi ile Türk Hava Yolları A.O. arasında imzalanan çerçeve yakıt tedarik sözleşmesine ilişkin başvuruda, sözleşme ile elde edilecek maliyet tasarrufunun THY maliyetlerinde yaratacağı düşüş eşliğinde bilet fiyatlarına yansımalarının tüketiciler bakımından sağlanması öngörülen öncelikli fayda olduğu kanaatine varmıştır⁴⁷. Tüketici gözüyle bakıldığında yalnızca fiyat ve kalite değil, aynı zamanda ürünlere erişilebilirliğin ve ürün çeşitliliğinin artması veya satın alma sonrası hizmetlerdeki gelişmeler de yarar sağlandığı anlamına gelebilir. Bu noktada yine Kurul’un geniş bir değerlendirme sahası olduğu görülmektedir⁴⁸.

⁴³ **Whish/Bailey**, Competition Law, s.172; Uygulama nedeniyle daha yüksek bedeller ödemek durumunda kalan tüketicilerin uygulamadan kaynaklanan faydalara erişemediği durumlarda şartın sağlanmadığını kabul etmek gerekir. Bkz. **Jones/Sufrin**, EU Competition Law, s.260.

⁴⁴ **Topalömer**, Tüketici Politikası ve Rekabet Politikası, s.8; **Arı**, Muafiyet Kararlarının Analizi, s.118; **Whish/Bailey**, Competition Law, s.172; **Jones/Sufrin**, EU Competition Law, s.259.

⁴⁵ **Topçuoğlu**, Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları, s.254.

⁴⁶ Diğer örnekler için bkz. **Arı**, Muafiyet Kararlarının Analizi, s.125.

⁴⁷ RKK: T:26/12/2019, S:19-46/786-343.

⁴⁸ İstanbul Havalimanı kararında Kurul, Kapasite sıkıntılarının aşılması ve yeni slot imkânları ile beraber hem THY’nin mevcut pazarlarda sunduğu ürün ve uçuş imkânlarının derinleşeceği, hem de THY’nin yeni pazarlara girme imkânının artacağı ve bu sayede 2020 yılında özellikle Japonya, Çin ve Amerika gibi önemli ticaret merkezlerine yapılacak olan uçuşlarda yeni hatların devreye gireceğinin öngörüldüğü, bu doğrultuda tüketiciye daha fazla noktaya direkt uçuş imkânı sağlanacak olmasını da bu şart kapsamında değerlendirmiştir.

c. Pazarın Önemli Kısımında Rekabetin Sınırlanmaması

Yukarıda ifade edilen iki şartın gerçekleşmesinin yanında, ayrıca ilgili ürün pazarı ve ilgili coğrafi pazarda büyük oranda rekabetin ortadan kalkmaması gerekmektedir (m.5/1-c). Yani ilgili piyasanın büyük bir kısmında rekabeti sona erdiren uygulamaların muafiyetten yararlanması mümkün değildir. Bu değerlendirme için öncelikle anlaşma sonucunda rekabetin hangi ölçüde sınırlanacağını belirlemek gerekir. Anlaşma öncesinde rekabet ortamı zaten zayıf ise anlaşma nedeniyle daha da zayıflayacağı için şartın sağlanamayacağı kabul edilebilir. Rekabetin halihazır durumu tespit edilirken yalnızca pazar paylarına bakılamaz, pazardaki durumun kapsamlı analizi gerekir⁴⁹.

Burada amaç, başvuru konusu işlemin icrasından sonra da ilgili pazarda rekabetin sürekliliğinin sağlanmasıdır. Bu bakımdan, anlaşma öncesi ve sonrası ilgili pazardaki rekabetin hangi ölçüde değişiklik göstereceği ve pazara etkileri değerlendirilmektedir. Uygulama sonucunda, rekabetin temel özellikleri olan fiyat rekabeti, inovasyon ve yeni ürünler ve teknolojik gelişmelerin ortadan kalkmaması gerekir⁵⁰. Kurul genel olarak, tarafların pazar payına bakarak, hâkim durumun olmadığı, yoğunlaşma oranının düşük olduğu ve pazara giriş engelleri olmadığı durumlarda ilgili ürün pazarında rekabetin ortadan kalkmadığını kabul etmektedir⁵¹.

Kurul, Türkiye Liman İşletmecileri Derneği tarafından, liman işletmeciliği sektöründe faaliyet gösteren teşebbüslerin gönüllü katılımı ile belirli periyotlarla limanlarda elleçlenen yüklerin belirlenmiş yük gruplarına göre elleçleme⁵² adetleri ile limanların gemi kabul ve personel sayılarının teşebbüs bazında derlenip kamuya açık olarak paylaşılmasına ilişkin alınan yönetim kurulu kararına ilişkin başvuruda, bildirim konu paylaşımın, birtakım riskler taşımakla birlikte, pazarın yapısının ve paylaşılan verinin niteliğinin antirekabetçi riskleri azalttığı gerekçesiyle, ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabeti ortadan kaldıracak düzeyde olmadığı sonucuna varmıştır⁵³.

Şartın sağlanması bakımından en önemli göstergeler pazarın yapısı ve pazarda yer alan diğer teşebbüslerin rekabet imkânlarının seviyesi olacaktır. Komisyon, oligopolistik pazarlarda muafiyetin süresinin sınırlandırılması ve sürenin sona ermesinden sonra da taraflar arasında rekabetin devamını aramaktadır. Analizlerde özellikle tarafların pazar payları ve pazardaki

⁴⁹ Whish/Bailey, Competition Law, s.174; Jones/Sufrin, EU Competition Law, s.263.

⁵⁰ Aslan, Rekabet Hukuku, s.453-454.

⁵¹ Arı, Muafiyet Kararlarının Analizi, s.128.

⁵² “Gümrük gözetimi altındaki eşyanın asli niteliklerini değiştirmeden istiflenmesi, yerinin değiştirilmesi, büyük kaplardan küçük kaplara aktarılması, kapların yenilenmesi veya tamiri, havalandırılması, kalburlanması, karıştırılması.”, Bkz.İktisat Terimleri Sözlüğü, Türk Dil Kurumu, <https://sozluk.gov.tr/>, (E.T.: 24/06/2020).

⁵³ RKK: T:14/11/2019, S:19-40/655-280.

potansiyel arz koşulları ile alıcıların pazarlık güçleri dikkate alınmaktadır⁵⁴. Komisyon UEFA Şampiyonlar Ligi maçlarının blok satışına ilişkin kararında, maçların yayın haklarının satışının UEFA tarafından yapılmasının kulüplerin rekabetini kısıtlayıp kısıtlamadığı, ekonomik gelişmesini engelleyip engellemediği tartışılmıştır. Sonuç itibarıyla, şeklen rekabetin kısıtlandığı görülse de, pazarın durumu, iki tarafın da fikri hakka sahip olması, kulüplerin hasılatları adil bir pay alıyor olmaları nedeniyle muafiyet tanınmıştır. Burada, UEFA'nın futbol turnuvalarının ticari hakları pazarında %20 paya sahip olduğu, Şampiyonlar Ligi'nin pazardaki ağırlığı tam olarak tespit edilemese de, yayın hakları satışının farklı tercih paketleri şeklinde iki farklı kaynağa yapıldığı, dolayısıyla rekabetin ortadan kalkmadığı sonucuna varılmıştır⁵⁵.

ç. Zorunluluk

İlk iki şartta belirtilen sonuçların gerçekleşmesi için rekabetin sınırlandırılması gerekli olmakla birlikte, rekabetin bu amaçların elde edilmesi için zorunlu olduğu kadar sınırlandırılması gerekmektedir (m.5/1-c). Başvuru konusu uygulamanın ortaya çıkaracağı olumlu etkilerin elde edilmesi için rekabetin sınırlandırılması zorunlu değilse veya uygulama bu faydaların elde edilmesi için gerekli değilse muafiyet tanınması mümkün değildir⁵⁶.

Bu şart ile esasen muafiyette rekabetin sınırlandırılması için bir üst sınır belirlenmiştir. Bu sınır, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararının ortaya çıkaracağı olumlu sonuçlara ulaşılması için gerektiği kadar bir rekabet sınırlamasını ifade etmektedir. Anlaşma ile bazı yan sınırlamalar da getirilebilir. Bunların da muafiyet kapsamında olduğu kabul edilir. Bunun için yan sınırlamaların zorunlu, objektif ve makul olması gerekir⁵⁷. Kurul tarafından ölçülülük veya denge ilkesi olarak ifade edilen şart bakımından, anlaşmanın niteliği ve amacı ile aynı sonuca ulaşmak için daha rekabetçi çözümler olup olmadığının araştırılması yerinde olur⁵⁸.

Örneğin, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu uyarınca ortaklaşa teklifte bulunmak için kurulan iş ortaklıkları ve konsorsiyumlar bakımından tarafların, teklifleri sayesinde kamu alımını gerçekleştiren idareye, bu şart bakımından rekabetin daha az kısıtlanmasının mümkün olmadığı; takviye personel ve ekipman sağlanması yoluyla kamu alım ihalesine tarafların bireysel olarak teklif vermesinin mümkün olmadığı veya ihale kapsamında rekabet hukuku bağlamında rakip olarak kabul edilemeyecek bir teşebbüs ile ortaklaşa teklifte bulunulamayacağı gibi yollarla ortaya konulabilir⁵⁹.

⁵⁴ **Kayar**, Ortak Girişimlerin Yatay İşbirliği Anlaşmaları, s.42.

⁵⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özgöker**, AB Rekabet Hukuku, s.180-194.

⁵⁶ **Whish/Bailey**, Competition Law, s.171; **Jones/Sufrin**, EU Competition Law, s.261.

⁵⁷ **Güven**, Rekabet Hukuku, s.229.

⁵⁸ Komisyon tarafından da orantılılık ilkesi bağlamında ele alınmaktadır. Bkz. **Jones/Sufrin**, EU Competition Law, s.261.

⁵⁹ **Yaldızlı**, Kamu İhale Hukukunda İş Ortaklıkları ve Konsorsiyumlar, s.52.

Zorunluluk sınırının aşılip aşılmadığı noktasındaki değerlendirmeyi Kurul yapacaktır. Uygulama ile rekabetin gereğinden fazla sınırlanmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Çoğu zaman bu tespit kıyasa dayalı değerlendirmelere ve alternatif varsayımlarına dayanabilecektir.

Cep telefonu operatörleri kararında Kurul, tarafların birbirlerinin abonelerine kampanyalar uygulayabileceği, birbirlerinden abone elde etmek için aktif/pasif her türlü pazarlama faaliyetinde bulunabilecekleri ve başvuru konusu Sözleşme'nin hiçbir maddesinin bu maddeye aykırı olacak şekilde yorumlanamayacağı düzenlendiğinden, taraflar arasındaki sözleşmenin amacını aşmadığı ve taraflar arasında rekabete aykırı işbirliği veya pazar paylaşma niyetini taşımadığını değerlendirilmiştir⁶⁰.

Son olarak belirtmek gerekir ki, amacı doğrudan rekabeti sınırlamak olan anlaşmalar muafiyet ile koruma kapsamına alınmamıştır. Yalnızca beklenen faydaları sağlamaları için kaçınılmaz nitelikte sınırlamalar taşıyan anlaşmalar muafiyetten yararlanır. Tek amacı rekabeti kısıtlamak olan anlaşmalar, belirtilen faydaları ortaya çıkarabilecek bile olsa muafiyet hükümlerinden yararlanamaz⁶¹.

2. Bildirim

Başlangıçta rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların muafiyetten yararlanabilmesi için Rekabet Kurulu'na bildirim şartı aranmaktaydı⁶². Ancak 5388 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun⁶³'un 2. maddesiyle anlaşmalarda bildirim şartı yürürlükten kaldırılmıştır. Artık muafiyet şartlarının sağlanıp sağlanmadığını taraf teşebbüsler kendileri değerlendirebilmektedir.

Mevcut hâliyle teşebbüsler ve teşebbüs birlikleri, muafiyet için bildirimde bulunarak talep etmemiş bile olsa, şartlar mevcutsa muafiyetten yararlanır. Esasen bu değişiklik, muafiyet şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirmesinin uygulamayı gerçekleştiren rekabet süjelerine bırakılmasını amaçlamaktadır. Değişikliğin somut sonuçları ise, bildirimde bulunmama nedeniyle idari para cezası verilmesi uygulamasının son bulması ve Rekabet Kurulu'nun iş yükünün azalmasıdır⁶⁴.

⁶⁰ RKK: T:26/12/2019, S:19-46/782-339.

⁶¹ **Topcuoğlu**, Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları, s.257-258; **Jones/Sufrin**, EU Competition Law, s.205.

⁶² Mülga fıkra; “4 üncü madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar yapıldıkları tarihten itibaren bir ay içinde Kurula bildirilir. Bildirilmemiş anlaşmalara muafiyet hükümleri uygulanmaz. Zamanında yapılmamış bildirimlere muafiyet verilmesi hâlinde muafiyet, bildirim tarihinden itibaren geçerlidir.” kuralını içermekteydi.

⁶³ RG: T:13/07/2005, S:25874.

⁶⁴ **Bolatoğlu**, Yargısal Denetim, s.20.

Her ne kadar bildirim zorunlu olmaktan çıkarılmış ise de, teşebbüsler ve teşebbüs birlikleri tarafından, gerçekleştirilecek uygulamalarla ilgili rekabet hukuku bağlamındaki tereddütleri ortadan kaldırmak ve hukuki belirlilik sağlamak amacıyla ihtiyari olarak bildirimde bulunulması mümkündür. Nitekim 2005 yılında bildirim zorunluluğunun kaldırılması sonrası çok sayıda teşebbüs, yapacakları yatırımları ve anlaşmaları hukuki güvence altına almak amacıyla muafiyet bildirimlerini sürdürmüştür. İzleyen süreçte Kurul bu konuda yeknesaklık çalışmaları yapmış, nihayet “Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararlarının İsteğe Bağlı Bildirimine İlişkin Kılavuz” ile ekinde “Menfi Tespit/Muafiyet Bildirim Formu”nu yayınlamıştır⁶⁵.

Son olarak, 7246 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁶⁶’un 1. maddesiyle Kanun’un 5. maddesi yeniden ele alınmış, birinci fıkrada değişikliğe gidilerek, şartları sağlayan anlaşmaların yasaklama hükümlerinin uygulanmasından kendiliğinden muaf olduğu açıkça belirtilmiş olup, devamında yeni bir fıkra eklenmiştir. Burada, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin, anlaşma ve kararlarının muafiyet şartlarını taşıdığı Kurul tarafından tespit edilmesi amacıyla Kuruma başvuruda bulunulabileceği kuralı getirilmiştir. Gerekçede, maddede yapılan değişikliğin madde lafzındaki hukuki belirliliği artırmayı ve “kendi kendine değerlendirme” yönteminin netleştirilmesini amaçladığı ifade edilmiştir. Bu değişiklik sonrası bildirimlerde azalma olup olmayacağını önümüzdeki süreçte göreceğiz.

3. Süresi, Başlangıcı ve Yenilenmesi

Kanun’un ilk hâlinde, bildirimle de bağlantılı olarak muafiyet kararlarının en çok beş yıl için verilebileceği, sürenin sonunda şartların devam ettiği tespit edilirse başvuru üzerine kararın yenilenebileceği kuralı yer almaktaydı⁶⁷. Ancak 5388 sayılı Kanun’un 1. maddesiyle muafiyet kararları için süre sınırı düzenlemesi değişikliğe uğramıştır.

Artık muafiyet kararları için beş yıllık azami sınır bulunmamaktadır. Değiştirilmiş hâliyle Kanun’un 5. maddesinin ikinci fıkrasında, muafiyetin belirli bir süre için verilebileceği kurala bağlanmıştır. Değişikliğin lafzından, muafiyet kararlarının süresiz verilmesinin kural olduğu, ancak Kurul tarafından muafiyetin geçerliliğinin belirli bir süre ile sınırlandırılacağı anlaşılmaktadır.

⁶⁵ RKK: T:07/02/2006, S:06-09/123-M.

⁶⁶ RG: T:24/06/2020, S:31165.

⁶⁷ Kanun’un 5. maddesinin ikinci fıkrası; “Muafiyet kararları en çok beş yıl için verilir. Muafiyetin verilmesi belirli şartların ve/veya belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabilir. Kurulca verilen muafiyet süresi sona erdiğinde muafiyet şartları hâlen devam ediyorsa ilgili tarafların başvurusu üzerine muafiyet kararı yenilenebilir.” şeklindeydi.

Muafiyete ilişkin diğer düzenlemelerde olduğu gibi, burada da Rekabet Kurulu'na geniş bir takdir yetkisi verildiği görülmektedir. Şayet muafiyet kararı süre ile sınırlandırılacaksa, uygulamanın ilişkili olduğu piyasa, taraf teşebbüslerin ve ekonominin içinde bulunduğu koşullar dikkate alınacaktır⁶⁸. Belirli bir süre tayin edilen muafiyet kararlarında, karara ilişkin Kurul tarafından belirlenen sürenin sona ermesiyle birlikte muafiyet de sona erer ve yeniden yasaklama ile idari para cezası yaptırımları gündeme gelir. Şartları devam eden muafiyet kararları için sürenin yenilenmesi veya uzatılması mümkündür. Bu durumda tarafların başvurusu üzerine Kurul tarafından muafiyet kararı yenilenebilir⁶⁹.

Muafiyet kararının geçerliliğinin başlangıcı için, anlaşmanın ya da uyumlu eylemin yapıldığı veya teşebbüs birliği kararının alındığı tarih esas alınmıştır. Bununla birlikte geciktirici koşula bağlanan muafiyet kararları, koşulun gerçekleşmesinden itibaren geçerli olacaktır⁷⁰. Duruma göre bu koşul, inceleme konusu anlaşma maddelerinden birinde yapılması gereken bir değişiklik olabileceği gibi, anlaşmanın süresinde yapılması gereken bir azaltma da olabilmektedir.

4. Şart ve/veya Yükümlülüğe Bağlılık

Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrasına göre, muafiyetin verilmesi belirli şartların ve/veya belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabilir. Kanun koyucu şart ile yükümlülük olarak iki ayrı kavram kullanmış ise de, bu kavramlar arasındaki fark açıklanmamıştır. Bu hususu açıklığa kavuşturmak için sözlük anlamları ile Kurul'un uygulamalarına bakmak gerekir.

Kelime anlamıyla şart, "*olması başka durumların gerçekleşmesini gerektiren şey, koşul*" olarak tanımlanmaktadır⁷¹. Özel hukukta (özellikle borçlar hukukunda) şart kavramı iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bir hukuki işlemin (ör. sözleşmelerin) meydana gelmesi veya hukuki sonuç doğurması için getirilenlere "erteleyici şart", sona ermesi için getirilenlere ise "bozucu şart" denilir⁷².

Ancak muafiyet kararları Rekabet Kurulu tarafından alınmakta olup, bu kararlar birer idari işlem niteliğindedir. Nitelikleri gereği bu kararların geçerliliğinin şarta bağlandığını kabul etmek mümkün değildir⁷³. Ancak

⁶⁸ Arı, Muafiyet Kararlarının Analizi, s.151; Aslan, Rekabet Hukuku, s.458.

⁶⁹ Güven, Rekabet Hukuku, s.230; Güner, Rekabet Hukukunda Yasak İlkesinden Muafiyet, s.164.

⁷⁰ Aksoy, Rekabete Aykırılığın Özel Hukuk Sonuçları, s.31.

⁷¹ Güncel Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, <https://sozluk.gov.tr/>, (E.T.: 01/05/2020)

⁷² Aksoy/Bolatoğlu/Yavuz, Muafiyet Kararının Şarta Bağlanması, s.5.

⁷³ Sayhan, Rekabeti Kısıtlayan İşbirliği Uygulamalarının Yasak Kapsamının Dışında Bırakılması, s.593.

hukuki sonuç doğurması için şart ve yükümlülük getirilmesi mümkündür. Bu noktada ise getirilen şartın yerine getirilip getirilmediğinin denetlenmesi sorun oluşturmaktadır.

Öğretide, idari işlem niteliğindeki Kurul kararlarının erteleyici şarta bağlı olarak verilemeyeceği, ancak taraflardan belirli şartların yerine getirilmesi istenildikten sonra ve ancak bu şartlar oluştuktan sonra muafiyet kararı verilebileceği dile getirilmektedir. Aynı şekilde muafiyet kararlarının bozucu şarta bağlanmasının da mümkün olmadığı, bununla birlikte yerine getirilmeyen şartlar nedeniyle muafiyet kararının başka bir kararla geri alınması gerektiği belirtilmektedir. Örneğin, Kurul muafiyet kararında taraf teşebbüslerden belirli periyotlarda bazı bilgilerin iletilmesini istemiş olmasına rağmen, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda muafiyet kararının kendiliğinden sona ermeyeceğini, gerekli görülürse geri alma müessesesinin işletilebileceğini ifade etmek gerekir⁷⁴.

Şart bir hukukî işlemin sonuç doğurmasına veya sonuçlarının ortadan kalkmasına etki eden unsurlardır. Rekabet Kurulu kararlarının hemen hepsinde şart kavramı, sözleşmelerdeki bazı hükümlerin değiştirilmesi ve belirlenen süre içerisinde bu değişikliklerin yapıldığının belgelendirilmesi şeklinde yorumlanmakta ve kullanılmaktadır⁷⁵.

Yükümlülük ise, “*yapılması zorunlu olan iş veya bir işi yapma zorunluluğu, yükümlülük, yüküm, mükellefiyet, mecburluk, mecburiyet*” olarak tanımlanmaktadır⁷⁶. Burada işlemin sonuç doğurmasına doğrudan etki etmeyen, yerine getirilmemesi durumunda işlemin ortadan kaldırılmasına ve/veya idari para cezası yaptırımına neden olan unsurlardan bahsedilmektedir. Bu nedenle yükümlülükler, şartlardan farklı olarak, verilen muafiyet kararından bağımsız değerlendirilmeye müsaittir⁷⁷.

Kurul genellikle muafiyet koşullarının sağlanmasına engel olan, yeniden satış fiyatının tespiti ve pazar paylaşımı niteliğindeki hükümlerin anlaşmadan çıkarılması veya değiştirilmesi yönünde yükümlülükler getirmektedir. Ayrıca grup muafiyeti tebliğlerindeki koşulları, bireysel muafiyet verilebilmesi için şart olarak ileri sürebilmektedir. Kimi durumlarda ise anlaşmadan etkilenebilecek başka pazarlardaki olası etkilerin önüne geçilmek amacıyla şartlar getirilmektedir⁷⁸. Türkiye Liman İşletmecileri Derneği kararında, limanlarda elleçlenen yüklerin belirlenmiş yük gruplarına ve ihracat-ithalat-

⁷⁴ **Topçuoğlu**, Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları, s.261-262; **Güner**, Rekabet Hukukunda Yasak İlkesinden Muafiyet, s.165; **Aslan**, Rekabet Hukuku, s.461-462; Aksi görüş için bkz. **Aksoy**, Rekabete Aykırılığın Özel Hukuk Sonuçları, s.31.

⁷⁵ **Arı**, Muafiyet Kararlarının Analizi, s.144; **Güven**, Rekabet Hukuku, s.229-230.

⁷⁶ Güncel Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, <https://sozluk.gov.tr/>, (E.T.: 01/05/2020)

⁷⁷ **Aksoy/Bolatoğlu/Yavuz**, Muafiyet Kararının Şarta Bağlanması, s.10 ve 14.

⁷⁸ **Arı**, Muafiyet Kararlarının Analizi, s.145.

kabotaj-transit gibi bazı genel nitelikteki alt kırımlara göre adetleri verisinin paylaşımına, geciktirme süresinin iki ay olarak düzenlenmesi şartıyla muafiyet tanınmasına karar vermiştir⁷⁹.

5. Geri Alınması

Kanun'un 13. maddesi muafiyet ve menfi tespit kararlarının geri alınmasına hasredilmiştir. Burada muafiyet kararlarının geri alınmasını gerektiren hâller, geri alma kararının geçerliliği ve muafiyet kararının alınmamış sayılması düzenlenmiştir. Rekabet Kurulu muafiyet kararını geri almak yerine yeni bazı koşullar belirleyerek muafiyetin devamına da karar verebilir.

Maddenin birinci fıkrasının (a) bendine göre, öncelikle kararın alınmasına esas teşkil eden herhangi bir olayda değişiklik olması hâlinde muafiyet kararı geri alındığında, geri alma kararı değişikliğin meydana geldiği tarihten itibaren geçerli olacaktır⁸⁰. Bu durumda muafiyetin verildiği tarih ile bu tarih arasındaki muafiyet kapsamındaki uygulamaların rekabet hukukuna aykırılığı ileri sürülemeyecektir.

Fıkranın (b) bendi, muafiyet kararına bağlanan şartların veya yükümlülüklerin yerine getirilmemesine ilişkindir. Kurul tarafından belirlenmiş olan koşulların yerine getirilmediğinin tespit edilmesi üzerine, muafiyet kararı verildiği tarihten itibaren geri alınmış olmaktadır. Dolayısıyla bu süreçte gerçekleştirilen iş ve işlemler için rekabet hukuku bağlamında yaptırım uygulanabilir.

Fıkranın (c) bendinde ise, muafiyet kararının söz konusu anlaşma hakkında yanlış veya eksik bilgiye dayanarak verilmiş olması durumunda, bunun tespit edilmesi hâlinde geri alma kararının muafiyet kararının verildiği tarihten itibaren geçerli olacağı düzenlenmiştir. Ancak maddenin üçüncü fıkrası ile, söz konusu anlaşma hakkında yanlış veya eksik bilginin ilgili teşebbüsün hilesi veya kastı ile gerçekleşmesi hâlinde muafiyet kararının hiç alınmamış olacağı kurala bağlanmıştır. Bu durumda muafiyet kararının “yokluk” ile malûl olacağı ileri sürülmektedir⁸¹. Esasen diğer hâller bakımından da sonuç itibarıyla muafiyet kararı hiç verilmemiş olmaktadır. Bu nedenle her ihtimalde tarafları yaptırıma tabi tutmak ve idari para cezası ile cezalandırmak mümkündür⁸².

B. GRUP MUAFİYETİ

1. Ortaya Çıkışı

Rekabet hukukunda muafiyet müessesesi esasen bireysel uygulamalar üzerine inşa edilmiştir. Zira her bir ticari anlaşma veya karar, konusuna ve

⁷⁹ RKK: T:14/11/2019, S:19-40/655-280.

⁸⁰ Aksoy, Rekabete Aykırılığın Özel Hukuk Sonuçları, s.31.

⁸¹ Bolatoğlu, Yargısal Denetim, s.23.

⁸² Topçuoğlu, Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları, s.263; Aslan, Rekabet Hukuku, s.468.

tarafına göre rekabeti farklı bir şekilde etkileyecektir. Ancak ekonomik ilişkiler ve özellikle belirli sektörler o kadar hızlı büyümektedir ki, tüm bunların rekabet hukukuna uygun olup olmadığının veya muafiyetten yararlanabilmek için belirlenen şartlara sahip olup olmadığının teker teker ele alınması zorlaşmaktadır.

Dolayısıyla hem rekabet otoritelerinin iş yükünü azaltarak etkin çalışmalarını kolaylaştırmak, hem de teşebbüsler nezdinde rekabet hukuku bağlamındaki hassasiyetin gözetilmesinin sağlanması için belirli türdeki anlaşmalar için ve bazı sektörlerde özgü muafiyet kuralları getirilmiştir. Ayrıca bu kurallar teşebbüslere de belirli ölçüde bir hukuki güvenlik ve belirlilik sağlamaktadır⁸³.

Rekabet Kurulu'nun çıkardığı tebliğler, 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı doğrultusunda ve Avrupa Birliği uygulamaları dikkate alınarak çıkartılmıştır. Esasen grup muafiyeti bağlamında da, Komisyon tarafından çıkarılan tüzükler takip edilerek, bunlara uygun düzenleme ve değişikliklerin yapıldığını belirtmek gerekir⁸⁴.

Grup muafiyeti tebliğleri sayesinde, pek çok teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının, bu uygulamalara taraf olanlar tarafından Rekabet Kanunu ve Rekabet Kurulu tebliğleri bağlamında muaf olup olmadığı değerlendirilmesinin yapılarak, herhangi bir idari prosedür başlatılması gerekmeksizin uygulamaya geçirilmesine imkân sağlanmaktadır⁸⁵.

2. Şartları ve Hukuki Niteliği

Kanun'un 5. maddesinin son fıkrasında; *"Kurul, birinci fıkrafta gösterilen şartların gerçekleşmesi hâlinde, belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler çıkarabilir."* kuralına yer verilmiştir.

Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, esasen tüm grup muafiyeti tebliğlerinin kendi içerisinde belirlenen özel şartlar dışında, bireysel muafiyet için aranan ve yukarıda açıklanan dört şartın bir arada bulunması gerekmektedir. Bunlarla birlikte, grup muafiyeti tebliğlerinde ilgili ticari uygulamalar için belirlenmiş özel şartlar yer almaktadır⁸⁶.

Grup muafiyeti tebliğleri ile hangi şartlara sahip anlaşmalara Kanun'un 4. maddesi ile getirilen yasaklama yaptırımının uygulanmayacağı belirlenmektedir. Dolayısıyla bu tebliğler tersten düzenleme yaparak, Kanun'un hangi şartlarla uygulanacağını değil, belirli şartlara sahip olan uygulamaların yasaklanmayacağını ilan etmektedir. Bu nedenle idare hukuku anlamında bildiğimiz "tebliğ"lerden farklıdır. Zira normalde ikincil mevzuat olan tebliğler,

⁸³ Karakılıç, Bağlama Uygulamaları, s.271; Jones/Sufrin, EU Competition Law, s.266.

⁸⁴ Koç, Seçici Dağıtım Anlaşmaları, s.64-66; Güven, Rekabet Hukuku, s.236.

⁸⁵ Whish/Bailey, Competition Law, s.178.

⁸⁶ Jones/Sufrin, EU Competition Law, s.263.

normlar hiyerarşisinde daha üstte olan düzenlemelerin (yönetmelik, kanun vs.) nasıl uygulanacağını gösteren düzenlemelerdir⁸⁷.

Grup muafiyeti tebliğleri gözetilerek yapılan anlaşmaların Kurul’a bildirilmesine gerek olmayıp, bu anlaşmalar, herhangi bir idari prosedür ve inceleme olmaksızın, kendiliğinden 5. maddeye göre rekabet hukuku yaptırımlarından muaf kabul edilmektedir. Bununla birlikte uygulamada teşebbüsler hukukî güvenlik ve belirlilik sağlamak amacıyla Kurul’a bildirimde bulunmaktadır⁸⁸.

Grup olarak muafiyet genellikle dikey anlaşmalara ve ticari olmaktan çok teknik veya bilimsel nitelikteki birtakım anlaşmalara verilmektedir. Ancak yatay anlaşmalara dair bir grup muafiyeti tebliği yoktur. Zira yatay anlaşmalar (rakip teşebbüsler⁸⁹ arası anlaşmalar) rekabet hukukunda “per se”⁹⁰ hukuka aykırı kabul edilmekte ve yasaklanmaktadır. Dolayısıyla yatay anlaşmalar öncelikle 4. maddeye aykırı olup olmadığı yönünden incelenir, aykırı bulunması hâlinde bu anlaşmaların 5. maddeye göre bireysel muafiyetten yararlanıp yararlanamayacağı tespit edilir.

3. Dikey Anlaşmalar Tebliği

a. Kavram ve Kapsam

Rekabet Kurumu tarafından, 2002/2 sayılı “Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği” 14/07/2002 tarih ve 24815 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir⁹¹. Tebliğin 10. maddesi uyarınca, bu Tebliğin yürürlüğe girmesi ile birlikte 1997/3 sayılı Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, 1997/4 sayılı Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği ve 1998/7 sayılı Franchise

⁸⁷ Aslan, Rekabet Hukuku, s.471.

⁸⁸ Örneğin, IVECO markalı ticari araçlara ilişkin olarak yürütülen satış sonrası hizmetlerde uygulanmakta olan niteliksel seçici dağıtım sistemine son verilerek, niceliksel dağıtım sistemine geçilmesine ilişkin “Yedek Parça Satış ve Yetkili Servis Sözleşmesi”ne ilişkin başvuruda, yetkili servisin IVECO’yu piyasanın durumu, faaliyetleri ve kendi bünyesi dışındaki rakip firmaların genel faaliyetleri ile ilgili düzenli olarak bilgilendirmekle yükümlülüğünün sözleşmeden çıkarılması koşuluyla 2017/3 sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği’nin kapsamında grup muafiyetinden yararlandığına karar verilmiştir. Bkz.RKK: T:27/02/2020, S:20-12/143-79.

⁸⁹ Tebliğde rakip teşebbüsler; “*Aynı ürün pazarında faaliyette bulunan veya bulunma potansiyeline sahip sağlayıcılar*” olarak tanımlanmışlardır.

⁹⁰ “Per se” yaklaşımı, hemen hemen tüm durumlarda açıkça rekabet karşıtı etkileri olan ve yasal olmadıklarını göstermek için ayrıntılı bir çalışmaya gerek duyulmayan davranışları hukuka aykırı sayma amacıyla ABD yargısı kararlarıyla ortaya çıkmıştır. Bkz.Rekabet Kurumu, Rekabet Terimleri Sözlüğü s.124.

⁹¹ Bu tebliğ, Komisyon tarafından çıkarılan 2790/1999 sayılı Tüzük örnek alınarak hazırlanmış, 2003/3 ve 2007/2 sayılı tebliğler ile değişikliğe uğramıştır. Bkz.Güven, Rekabet Hukuku, s.236.

Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği yürürlükten kaldırılmış, dağıtım anlaşmaları muafiyet koşulları tek çatı altında toplanmıştır⁹².

Dikey anlaşmalar, üretimden tüketime kadar olan ekonomik sürecin farklı katmanlarında faaliyet gösteren teşebbüsler arasında yapılan alım, satım ve yeniden satım anlaşmalarıdır. Dikey anlaşmalar ile fırsatçılığın önüne geçmek, dağıtım anlaşmasını ticari olarak tercih edilebilir hâle getirmek amacıyla taraflara çeşitli yükümlülükler ve kısıtlamalar getirilmektedir. Bunlar niteliğine ve etkilerine göre değerlendirilmektedir. Dikey anlaşmalar nitelikleri gereği rekabeti kısıtlamakla birlikte önemli etkinlikler de oluşturabilmektedir. Rekabetin kısıtlanması yeniden satış fiyatının tespiti, münhasırlık koşulu ve sadakat indirimleri gibi çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir⁹³.

Dağıtım anlaşmaları ise, bir ürün veya hizmetin üretim aşamasından, nihai kullanıcıya varıncaya kadar olan aşamaları birleştiren, dağıtım sürecinin çerçevesini çizen ve ekonomik zincirinin halkalarını birleştiren anlaşmalardır. Bunlar tedarik zincirinin farklı seviyelerindeki teşebbüsler arasında akdedildiği için dikey anlaşmalardandır. Ancak dikey anlaşmalar, bu anlaşmaların yanında satın alma anlaşmalarını da kapsayan daha geniş bir çerçeveyi ifade eder⁹⁴.

Yeni Tebliğ, yürürlükten kaldırdığı tebliğlere nazaran daha geniş kapsamlıdır. Örneğin, üretim alanı kullanımına ilişkin anlaşmalar dağıtım anlaşması sayılmazken, ekonomik düzenin farklı seviyelerindeki teşebbüsler arasında yapıldığında dikey anlaşma sayılmaktadır. Dikey işbirliği taraflarından birinin aynı zamanda diğer taraf ile aynı seviyede rakip olması mümkün olup, bu husus üretici veya dağıtıcı seviyesinde birbirlerine rakip olma şeklinde ortaya çıkabilir⁹⁵.

Bununla birlikte, rakip teşebbüsler arasında yapılan dikey anlaşmalar, ancak sağlayıcının⁹⁶ anlaşma konusu malların hem üreticisi hem de dağıtıcısı olduğu, alıcının⁹⁷ ise bu mallarla rekabet eden malların üreticisi değil dağıtıcısı olduğu durumlarda grup muafiyetinden yararlanır (m.2/5).

Ayrıca fikri hakların kullanımı veya devrine ilişkin kurallar içeren dikey anlaşmalar, ancak söz konusu fikri hakların, anlaşmanın asli konusunu oluşturan mal veya hizmetlerin kullanımı veya satışı ile doğrudan ilgili olması ve bu

⁹² **Karakurt**, Muafiyet Rejimi, s.210; Bunlardan ayrıksı olarak, 1998/3 sayılı Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği ise 2005/4 sayılı Tebliğ ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁹³ **Ezrachi**, EU Competition Law, s.137; **Tokgöz**, Münhasır Dikey Anlaşmalar, s.3-4.

⁹⁴ **Koç**, Seçici Dağıtım Anlaşmaları, s.3.

⁹⁵ **Akkan**, Bilgi Değişimi, s.120.

⁹⁶ Tebliğde “sağlayıcı”; “*anlaşmaya taraf olan ve anlaşma konusu mal veya hizmetleri alıcıya satan teşebbüs*” olarak tanımlanmıştır.

⁹⁷ Tebliğde “alıcı”; “*bir teşebbüs hesabına mal veya hizmetleri satan teşebbüsler de dahil olmak üzere, anlaşmaya taraf olan ve sağlayıcıdan mal veya hizmetleri satın alan teşebbüs*” şeklinde tanımlanmıştır.

fikri hakların devri veya kullanımının anlaşmanın esas amacını oluşturmaması kaydıyla grup muafiyetinden yararlanır (m.2/4). Dolayısıyla, anlaşmanın esas amacı fikri hakların devri ve kullanımı ise grup muafiyetinden yararlanılması söz konusu olmayacaktır.

Dikey anlaşma tebliğleri, yalnızca yeniden satış amaçlı anlaşmaları değil, hammadde temin anlaşmaları da dahil olmak üzere bütün satış sözleşmelerini kapsamakta, hatta yarı mamul malların birleştirilmesi amacıyla satın alınmasına dair sözleşmeler hakkında kurallar içermektedir⁹⁸. Bununla birlikte, Tebliğ ile sağlanan grup muafiyetinden, tebliğ kapsamına giren teşebbüsler arası uyumlu eylemler de faydalanacaktır.

b. Pazar Payı Sınırı

Tebliğin ilk halinde, dikey anlaşmalar bakımından herhangi bir pazar payı eşiği belirlenmemiştir. Beş yıl süren bu dönemde, ilgili ürün pazarında ve coğrafi pazarda pazar payının çok yüksek olduğu teşebbüslerin yapacağı dikey anlaşmalar rekabeti sınırlandırmakla birlikte grup muafiyetinden yararlanabilirdi. Bu durum, küçük piyasalarda marka içi rekabetin yeterli seviyede olmaması nedeniyle markalar arası rekabeti de olumsuz etkilemekteydi⁹⁹.

01/07/2007 tarihinde yürürlüğe giren 2007/2 sayılı Tebliğ ile 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde değişiklik yapılarak, dikey anlaşmalara muafiyet tanınmasıyla ilgili olarak, tebliğ ile birtakım pazar payı oranları belirlenmiş ve bu oranların üzerinde pazar payına sahip teşebbüsler arasındaki anlaşmaların tebliğden yararlanma imkânı ortadan kaldırılmıştır. AB rekabet hukuku düzenlemeleri örnek alınarak yapılan değişiklik ile, tebliğ ile sağlanan muafiyetin, sağlayıcının dikey anlaşma konusu mal veya hizmetleri sağladığı ilgili pazardaki pazar payının %40'ı aşmaması durumunda uygulanacağı kurala bağlanmıştır. Burada satıcı teşebbüs ile ilgili bir azami pazar payı belirlenmiştir¹⁰⁰. Nitekim ABD uygulamasında da %40'ın üzerindeki piyasa kapama oranları makul olmayan bir sınırlama olarak görülmektedir¹⁰¹.

Tek alıcıya sağlama yükümlülüğü içeren dikey anlaşmalarda muafiyet, alıcının dikey anlaşma konusu malları ve hizmetleri aldığı ilgili pazardaki payının %40'ı aşmaması koşuluyla uygulanır (m.2/3). Bu düzenlemeyle, tek elden satın alma anlaşmalarında, alıcı teşebbüsün pazar payının ilgili piyasada rekabetin kabul edilebilir düzeyin ötesinde sınırlanması ihtimalinin önüne geçilmek istenmiştir.

⁹⁸ **Koç**, Seçici Dağıtım Anlaşmaları, s.3; **Aslan**, Rekabet Hukuku, s.473.

⁹⁹ **Aslan**, Rekabet Hukuku, s.484; Markalar arası rekabetin güçlü olduğu durumlarda marka içi rekabetin sınırlanmasının çok önemli olmayacağı görüşü için bkz.**Koç**, Seçici Dağıtım Anlaşmaları, s. 8.

¹⁰⁰ AB'de bu oran %30 olarak belirlenmiştir. Bkz.**Karakılıç**, Bağlama Uygulamaları, s.270.

¹⁰¹ **Karakurt**, Piyasa Kapama Etkisi, s.65.

Pazar payı, anlaşma konusu mal veya hizmetlerle birlikte alıcı tarafından ürünün nitelikleri, fiyatları ve kullanım amaçları bakımından ikâme edilebilir veya değiştirilebilir olarak kabul edilen ve yine sağlayıcı tarafından satılan diğer mal veya hizmetlerin pazar satış değerleri esas alınarak hesaplanır (m.6/A). Hesaplama bir önceki yılın verileri kullanılır. Böylece pazar payının belirlenmesinde, sözleşme konusu mal veya hizmet yerine geçebilen ve sağlayıcı tarafından satılan diğer mal veya hizmetler de hesaba dahil edilerek daha gerçekçi bir sonuca varılması amaçlanmıştır.

Kurul, Türk Hava Yolları A.O. ile QNB Finansbank A.Ş. arasında imzalanan “THY Frequent Flyer Programı Miles&Smiles Kredi Kartı İşbirliği Sözleşmesi”ne ilişkin başvuruda, THY’nin “sık uçan yolcu programı mil alım/satım pazarı”ndaki pazar payının %40’ın üzerinde olması nedeniyle, sözleşmenin anılan Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlanamayacağı sonucuna varmıştır¹⁰².

c. Yasaklanan Sınırlamalar

Tebliğin “Anlaşmaları Grup Muafiyeti Kapsamı Dışına Çıkaran Sınırlamalar” başlıklı 4. maddesinde, bazı sınırlamaları içeren dikey anlaşmaların grup muafiyetinden yararlanamayacağı kurala bağlanmıştır. Bu sınırlamalardan birinin bile anlaşmada yer alması, anlaşmanın grup muafiyeti kapsamı dışına çıkmasına neden olmakta, bu nedenle bunlar “kara liste” olarak isimlendirilmektedir¹⁰³.

Öncelikle, alıcının kendi satış fiyatını belirleme serbestisinin engellenmesi hâlinde grup muafiyetinden yararlanılamaz. Bununla birlikte, sağlayıcının azami satış fiyatını belirlemesi veya satış fiyatını tavsiye etmesi mümkündür. Ancak bu belirleme, taraflardan herhangi birinin baskısı veya teşvik etmesi sonucu sabit veya asgari satış fiyatına dönüşmemelidir (m.4/a). Rekabet hukukunda doğrudan veya dolaylı fiyat tespitinin kesin olarak yasaklandığına bir örnek de bu düzenlemede yer almaktadır. Rekabet Kurulu’nun yeniden satış fiyatının tespitinin değerlendirilmesinde yaklaşımı zaman içerisinde değişiklik göstermiş olup, bunları bazen açık bir sınırlama olarak görüp “per se” yasaklama yoluna gitmekte, bazen de piyasadaki etkilerini analiz ederek “rule of reason” ile sonuca varmaktadır¹⁰⁴. Nitekim ABAD da benzer bir yaklaşım göstermiş, yeniden satış fiyatının belirlenmesinin şartlar itibarıyla haklı görülebildiği durumlarda muafiyet kapsamında görmüştür¹⁰⁵.

¹⁰² RKK: T:20/02/2020, S:20-11/122-71. İstanbul Havalimanı kararında da, akaryakıt sağlayıcı şirketin havayolu şirketlerine yapılan satışları, THY’nin ise ilgili toplam pazardaki alımları eşğin üzerinde olduğundan grup muafiyeti kapsamında görülmemiştir. Bkz.RKK: T:26/12/2019, S:19-46/786-343.

¹⁰³ Jones/Sufrin, EU Competition Law, s.265; Güven, Rekabet Hukuku, s.238.

¹⁰⁴ Şahin, Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi, s.49.

¹⁰⁵ Case C-243/83, “SA Binon & Cie v SA Agence et messageries de la presse.”, Karar Tarihi:

Kurul, elektronik şirketleri tarafından alıcılarının yeniden satış fiyatını belirlemek suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlâl ettiği iddiası ile yapılan başvuruda, yapılan yerinde incelemelerde elde edilen belgelerden, bayilerin yeniden satış fiyatına müdahale edildiği, bu nedenle Tebliğ ile tanınan grup muafiyetinden yararlanılamayacağı sonucuna varmıştır¹⁰⁶.

İkinci olarak, alıcının sözleşme konusu mal veya hizmetleri satacağı bölge veya müşterilere ilişkin kısıtlamalar getirilmesi, yani pazar paylaşımı yapılması anlaşmayı muafiyet kapsamından çıkarır. Ancak şu hâller istisna tutulmuştur:

- Sağlayıcı tarafından kendisine veya bir alıcıya tahsis edilmiş münhasır bir bölgeye ya da münhasır müşteri grubuna yapılacak aktif satışların kısıtlanması.
- Toptancı seviyesinde faaliyet gösteren alıcının son kullanıcılara yönelik satışlarının kısıtlanması.
- Bir seçici dağıtım sistemi üyelerinin yetkili olmayan dağıtıcılara satış yapmalarının kısıtlanması.
- Birleştirilmek amacıyla tedarik edilen parçaların sözkonusu olması hâlinde, alıcının bunları üretici konumundaki sağlayıcının rakiplerine satmasının kısıtlanması (m.4/b).

Kurul, çimento şirketleri arasında akdedilen münhasır bölgesel bayilik sözleşmesine ilişkin başvuruda, sözleşmenin aktif satış ve rekabet yasağı içeren ancak pasif satış yasağı bulundurmeyen münhasır bir dağıtım anlaşması niteliğinde olduğu, bu nedenle sözleşmeye grup muafiyeti tanınmasına karar vermiştir¹⁰⁷.

Seçici dağıtım sisteminde¹⁰⁸, perakende seviyesinde faaliyet gösteren sistem üyelerinin son kullanıcılara yapacakları aktif veya pasif satışların kısıtlanması yasaklanmıştır. İstisnası, bir sistem üyesinin yetkili olmadığı yerde faaliyet göstermesinin yasaklanması hakkıdır. Bununla birlikte seçici dağıtım sisteminde, sistem üyelerinin kendi aralarındaki alım ve satımın engellenmesi de uygulamayı grup muafiyeti kapsamından çıkarır (m.4/c-d). Tebliğde yer almamakla birlikte, Tebliğin uygulanmasına ilişkin olarak çıkarılan Dikey

03/07/1985, <http://curia.europa.eu/>, E.T: 07/01/2021.

¹⁰⁶ RKK: T:23/06/2011, S:11-39/838-262.

¹⁰⁷ RKK: T:11/12/2014, S:14-50/881-401; Münhasır dağıtım anlaşmaları, bir sağlayıcının ürünlerini belirli bir bölgede yalnız bir tek alıcıya vermeyi kabul ettiği, karşılığında alıcının diğer münhasır satış alanlarına girmemeyi kabul ettiği anlaşmalardır. Bkz. **Ezrachi**, EU Competition Law, s.138;

¹⁰⁸ Seçilmiş yeniden satıcılardan oluşan bir dağıtım ağı kurmak amacıyla, alıcılara sistem dışında mal vermeme yükümlülüğünün getirildiği, çeşitli aşamalarındaki yeniden satıcılar ile sağlayıcı arasında düzenlenen anlaşmalardan oluşan sistemdir. Bu anlaşmaların rekabet üzerindeki muhtemel olumlu ve olumsuz etkileri hakkında bkz. **Koç**, Seçici Dağıtım Anlaşmaları, s.13-22; **Ezrachi**, EU Competition Law, s.138.

Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'un 24. paragrafında, internet kanalıyla yapılan satışların pasif satış yöntemi niteliği taşıdığı belirtilmekte, böylece yetkili dağıtıcıların internet üzerinden satış yapmasının yasaklanması da anlaşmayı grup muafiyeti kapsamı dışına çıkarmaktadır. İnternet satışlarına yönelik düzenlemenin yalnızca pasif satış yöntemi niteliği ile ilgili olması eleştirilmiş, üreticinin bedavacılık sorunu ve marka imajı konularına ilişkin endişelerine çözüm getirmediği ifade edilmiştir¹⁰⁹.

Düzenlemeye ilişkin bir kararında Kurul, elektronik şirketleri arasında imzalanan “yetkili satış ortağı anlaşması”na ilişkin başvuruda, bildirim konusu anlaşmada bir taraf hakkında yer alan, ilgili ürünlerin yetkilendirilmiş satıcılar dışında satış yapılmasını yasaklayan hüküm “başka rekabet sınırlamaları” kapsamında değerlendirilmiş ve anlaşmanın 1997/4 sayılı Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamına girmediği sonucuna varmıştır¹¹⁰.

Son olarak, parçaların birleştirilmesi ile oluşturulan malların söz konusu olması hâlinde, bu parçaları satan sağlayıcı ile birleştiren alıcı arasındaki anlaşmalarda, sağlayıcının bu parçaları son kullanıcılara veya malların bakımı ya da onarımıyla alıcı tarafından yetkilendirilmemiş tamircilere yedek parça olarak satmasının yasaklanması da muaf olma imkânını ortadan kaldırır (m.4/e). Bu düzenleme, özellikle bağımsız tamircilerin ekonomik hayatta devamlılığının sağlanması için hayati önemi haizdir¹¹¹. Burada alıcının diğer tamirciler üzerinde tahakküm kurmasının önüne geçilmek istenmiş olup, rakiplerin rekabet imkânlarının ellerinden alınması muafiyet kapsamında görülmemiştir.

Maddede sayılan yasaklı sınırlamalar, dikey anlaşma konularına bağlı olarak Kanun'un 4. maddesinde özellikle yasaklanan iş ve işlemlerin bir kısmını içermektedir. Özellikle belirtmek gerekir ki, bu sınırlamaların olduğu dikey anlaşmalar grup muafiyetinden kesin olarak yararlanamamaktadır. Meğer ki, anlaşmadan ilgili sınırlamalar çıkarılmış ve diğer tüm şartlar sağlanıyor olsun.

ç. Rekabet Etme Yasağı

Dikey anlaşmada yer almakla birlikte muafiyetten yararlanamayacak olan yükümlülükler Tebliğ'in 5. maddesinde ifadesini bulmuştur. Belirlenen yükümlülüklerin olduğu anlaşmalar bir bütün olarak muafiyet kapsamı dışına çıkarılmamaktadır. Yalnızca ilgili anlaşma kuralları grup muafiyeti kapsamında değerlendirilmeyecek olup, eğer bireysel muafiyet şartlarını sağlayabiliyorsa ancak bu bağlamda ele alınabilir.

¹⁰⁹ Yüksek, Seçici Dağıtım Sistemi, s.44-45.

¹¹⁰ RKK: T:30/01/2001, S:01-06/47-12.

¹¹¹ Aslan, Rekabet Hukuku, s.504.

Alıcıya getirilen belirsiz süreli veya süresi beş yılı aşan rekabet etmeme yükümlülüğü muafiyetten yararlanamaz. Ayrıca rekabet yasağı düzenlemesinin beş yıllık süreyi aşacak şekilde zımnen yenilenebileceğinin kararlaştırılması hâlinde, rekabet etmeme yükümlülüğü belirsiz süreli sayılır (m.5/a). Rekabet etmeme yükümlülüğü anlaşma konusu mal ve sağlanan avantajlara bağlı olarak ticari hayatta sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Grup muafiyetinden yararlanmak isteyen teşebbüslerin yaptıkları dikey anlaşmalarda rekabet etmeme yükümlülüğü için en fazla beş yıl süre belirlenmesi aranmış olup, böylece alıcı teşebbüsler teşvik edilerek rekabetin geliştirilmesi amaçlanmıştır. Bununla birlikte, alıcının anlaşmaya dayalı faaliyetlerini sürdürürken kullanacağı tesis sağlayıcınınsa veya sağlayıcının kullanım hakkının konusu ise, rekabet etmeme yükümlülüğü söz konusu tesisin alıcı tarafından kullanıldığı süreye bağlanabilir. Bu durumda, muafiyet tanınmasında sürenin belirlenmiş olmasının veya azami beş yıllık sürenin aranmayacağı anlaşılmaktadır.

Kurul, mülkiyeti şirkete ait olan taşınmaz üzerinde dağıtım şirketi ile imzalanacak Akaryakıt ve Otogaz Bayilik Sözleşmelerine ilişkin başvuruda, dikey anlaşmanın, taraflar arasında süregelen rekabet yasağına başlangıç teşkil eden ilk anlaşmanın (bayilik sözleşmesi) yapıldığı tarihten itibaren en fazla beş yıl süre ile grup muafiyetinden yararlanabileceğine karar vermiştir¹¹².

Anlaşmanın sona ermesinden sonraki döneme ilişkin olarak, alıcıya getirilen, mal ya da hizmet üretmesini, satın almasını, satmasını ya da yeniden satmasını yasaklayan doğrudan ya da dolaylı herhangi bir yükümlülük, dikey anlaşma grup muafiyetinden yararlınsa bile, muafiyetten yararlanamamaktadır (m.5/b). Burada anlaşma süresinin sona ermesinden sonra getirilecek kısıtlamaların önüne geçilmek istenmiştir. Dolayısıyla dikey anlaşma grup muafiyetinden yararlanabilir durumda olsa bile, getirilen yükümlülüğün Rekabet Kanunu kuralları uyarınca yasaklanması söz konusu olabilecektir. Ancak yasaklamanın, anlaşma konusu mal ya da hizmetlerle rekabet hâlindeki mal ve hizmetlere ilişkin olması, anlaşma süresince alıcının faaliyette bulunduğu tesis ya da arazi ile sınırlı olması ve sağlayıcı tarafından alıcıya devredilen know-how'ı korumak için zorunlu olması şartlarının bir arada bulunması hâlinde alıcıya anlaşma sona erdikten sonra bir yıla kadar rekabet etmeme yükümlülüğü getirilebilmektedir¹¹³.

Son olarak, dikey anlaşmalarda bulunan ve seçici dağıtım sistemi üyelerine getirilen, belirlenmiş rakip sağlayıcıların markalı ürünlerini satmama yükümlülüğü de grup muafiyeti kapsamı dışında kabul edilmektedir (m.5/c).

¹¹² RKK: T:06/02/2020, S:20-08/92-57.

¹¹³ Benzer bir düzenleme, TTK'nın acenteliğe ilişkin "Rekabet yasağı anlaşması" başlıklı 123. maddesinin birinci fıkrasında yer almaktadır. Burada anlaşma süresi acentelik ilişkisinin bitiminden itibaren en fazla iki yıl olarak belirlenmiştir.

Gerçekten buna muafiyet tanınması hâlinde, sağlayıcı tarafından belli başlı rakiplerinin rekabet etme imkânlarını kısıtlamasına göz yumulmuş olacaktır. Örneğin, X sağlayıcısı, Y sağlayıcısının ürünlerini satmamayı anlaşmanın bir şartı hâline getirmiş ise, bu şart grup muafiyetinden yararlanamayacağı gibi, yasaklanması da mümkündür. Böyle bir durumda ürünlerinin satılması yasaklanmış sağlayıcılar tarafından anlaşma Rekabet Kurumu'na şikayet edilebilir.

Grup muafiyeti kapsamı dışında kabul edilen bu yükümlülükler, dikey anlaşma konularına bağlı olarak, Kanun'un 4. maddesinde özellikle yasaklanan iş ve işlemlerin bir kısmını içermektedir. Bununla birlikte, rekabet etme yasağına ilişkin süreler sözleşmede açıkça belirtilmemişse, sözleşmenin süresi rekabet yasağının da süresi olarak kabul edilir.

Anlaşmaları grup muafiyeti kapsamından çıkaran sınırlamalar içeren dikey anlaşmalar ile muafiyetten yararlanamayan yükümlülükler için bireysel muafiyet gündeme gelebilir. Bu durumda AB uygulamasına nazaran esnek yaklaşarak, yapılacak analizlerde tarafların ve rakiplerin pazardaki konumu, ürünün niteliği, pazardaki giriş engelleri gibi etkenlerin dikkate alınması gerekmektedir¹¹⁴.

d. Geri Alınması

2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kurallarına göre muafiyet tanınmış bir uygulamanın, genel (bireysel) muafiyet koşullarıyla bağdaşmaz etkilere sahip olduğu tespit edilirse, Kurul tarafından Kanun'un 13. maddesi uyarınca muafiyet geri alınabilir.

Bu durumda Rekabet Kurulu, geri alma kararını vermeden önce sağlayıcının yazılı ve/veya sözlü görüşünü, tek alıcıya sağlama yükümlülüğü içeren anlaşmalarda ise alıcının yazılı ve/veya sözlü görüşünü ister. Rekabet Kurulu ayrıca anlaşmanın diğer taraflarının ve ilgili üçüncü kişilerin yazılı ve/veya sözlü görüşlerini de isteyebilir (m.6/1). Belirtilen düzenleme, grup muafiyetinin geri alınmasının dolaylı sonucu olarak belirli bir anlaşma veya uyumlu eylemin yasaklanmasının, ancak Kanun'un kurulun inceleme ve araştırmalarında usule ilişkin dördüncü kısmındaki düzenlemelere uygun bir sürecin işletilmesi hâlinde mümkün olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir¹¹⁵. Gerçekten mezkur kurala göre, Tebliğ ile kendiliğinden kazanılmış olan grup muafiyeti, Kurul'un vereceği nihai bir karar ile geri alınabilir. Bu durumda geri alma aynı zamanda inceleme konusu uygulamanın yasaklanması anlamına gelir. Ancak soruşturma süreci işletilmeden böyle bir yasaklama usule aykırı olacaktır.

¹¹⁴ Koç, Seçici Dağıtım Anlaşmaları, s.74;

¹¹⁵ Aslan, Rekabet Hukuku, s.523.

Benzer nitelikteki dikey sınırlamaların oluşturduğu paralel ağlar ilgili pazarın %50'sinden fazlasını kapsıyorsa, Kurul ayrıca çıkaracağı bir tebliğ ile belirli sınırlamaları içeren dikey anlaşmaları muafiyet kapsamı dışına çıkarabilir (m.6/2). Burada esasen tebliğ ile sağlanmış olan grup muafiyetinin yine bir başka tebliğ ile grup olarak muaf olmaktan çıkarılması söz konusudur. Dolayısıyla kendiliğinden elde edilen muafiyet, daha sonra yapılan başka bir düzenleyici işlem ile kendiliğinden ortadan kaldırılmaktadır. Bu durumun ortaya çıkarabileceği sakıncaların önüne geçmek için çıkarılacak tebliğlerin 6 ay geçmedikçe yürürlüğe girmeyeceği belirtilmiştir.

4. Diğer Grup Muafiyeti Tebliğleri¹¹⁶

a. Uzmanlaşma Anlaşmaları

Rekabet Kurumu tarafından, uzmanlaşma anlaşmalarının rekabeti sınırlamakla birlikte üretimde verimliliğe ve geliştirmeye sunduğu katkılar nedeniyle, 2013/3 sayılı “Uzmanlaşma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği” çıkarılarak bu anlaşmaların grup olarak muaf olması esasları belirlenmiştir¹¹⁷.

Birbirlerini tamamlayıcı nitelikte iktisadi faaliyetlerde bulunan teşebbüsler arasında yapılan, üretimde uzmanlaşmaya veya dağıtıma ilişkin olan ve tarafların toplam pazar payının ilgili pazarların herhangi birinde %25'i aşmadığı anlaşmalar grup olarak Kanun'un 4. maddesinde ifadesini bulan yasaklamadan muaftır. Muafiyetten yararlanacak olan anlaşmalar; tek taraflı uzmanlaşma anlaşmaları¹¹⁸, karşılıklı uzmanlaşma anlaşmaları ve ortak üretim anlaşmaları¹¹⁹ olarak sayılmıştır (m.5)¹²⁰.

¹¹⁶ Çalışmanın kapsamını fazla genişletmemek amacıyla diğer grup muafiyeti tebliğlerinin konuları hakkında kısa açıklamalar yapmakla yetinilecektir.

¹¹⁷ RG: T:26/07/2013 S:28719.

¹¹⁸ “Aynı ürün pazarında aktif olarak faaliyet gösteren taraflardan birinin, belirli ürünlerin üretimini tamamen veya kısmen durdurmayı ya da o ürünlerin üretimini yapmamayı ve bu ürünleri rakip bir teşebbüsten almayı kabul ettiği, aynı zamanda rakip teşebbüsün de o ürünleri üretmeyi veya arz etmeyi kabul ettiği” anlaşmalardır (m.5/1-a).

¹¹⁹ “Aynı ürün pazarında aktif olarak faaliyet gösteren ya da bir uzmanlaşma anlaşması vasıtasıyla bir ürün pazarına girmek isteyen iki ya da daha fazla tarafın belirli ürünleri ortaklaşa üretmeyi kabul ettiği” anlaşmalardır (m.5/1-c).

¹²⁰ KAMRUSEPA ve UP ile IBA arasında akdedilen dağıtım sözleşmesine ilişkin başvuruda Kurul, IBA'nın Fransa'da kurulu tesisinde ürünlerin üretimine devam edilecek olmakla birlikte, Türkiye'de ve Sözleşme'de sayılan ülkeler hariç olmak üzere yurtdışında KAMRUSEPA'nın ürünlerinin satış ve dağıtımının IBA tarafından yapılacağı ve Türkiye pazarı özelinde IBA'nın rakip ürünlerin satış ve dağıtımını yapmama, karşı taraftaki teşebbüslerin ise IBA'nın onayı olmaksızın bir üçüncü kişiyi ürünlerin satıcısı ve dağıtıcısı olarak atamayacağını taahhüdünde bulunduğu, bu hâliyle sözleşmenin tek taraflı uzmanlaşma anlaşması niteliğinde olduğu, tarafların pazar payları bakımından %25'lik eşğin altında olduğu belirtilerek grup muafiyetinden yararlandığı sonucuna varmıştır. RKK: T:01/06/2016, S:16-19/312-141.

Yatay işbirliği anlaşmaları kapsamındaki bu anlaşmalarda, ABD Yüksek Mahkemesi'nin 2006 yılında verdiği "Dagher" kararı ile, tarafların tek başlarına sağlayamayacakları etkinlikleri sağlamak amacıyla bir araya gelmeleri, kaynakların yeterli düzeyde entegre edilmesi, kâr ve risk paylaşımı ve ortak girişimin faaliyet alanı çerçevesinde, teşebbüslerle ortak girişimin tek teşebbüs olarak değerlendirilmesi gerektiği içtihadı geliştirilmiştir. Bununla birlikte fiyat tespiti, arz kısıtlaması, pazar veya müşteri paylaşımının bu anlaşmalarda yer alması rekabeti kısıtlama amacına işaret edebilir¹²¹.

b. Araştırma ve Geliştirme Anlaşmaları

Rekabet Kurumu tarafından, teknolojik ve bilimsel gelişmenin desteklenmesi amacıyla 2016/5 sayılı "Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği" çıkarılmıştır¹²².

Araştırma ve geliştirme (AR-GE¹²³) anlaşmaları; iki ya da daha fazla teşebbüsün, sözleşme konusu ürünlerin ya da teknolojilerin ortak veya bedelli¹²⁴ araştırma ve geliştirilmesi ile bu araştırma ve geliştirmenin sonuçlarından ortak faydalanılması, daha önce aynı taraflar arasında yapılmış bir anlaşma çerçevesinde elde edilen sonuçlardan ortak faydalanılması hakkındaki anlaşmalardır (m.4/1-ç). Bu anlaşmalar ile rakip teşebbüslerin birbirlerinin AR-GE çalışmalarını usulsüz olarak ele geçirme çabalarının önüne geçilmekte, teşebbüslerin ortak bir proje üzerinde çalışması sağlanarak hem üstlendikleri maliyeti hem de muhtemel riskleri bölüşmeleri sağlanmaktadır. Buna karşılık işbirliği içerisindeki teşebbüsler arası koordinasyonu artırma ve bunun dışında kalan teşebbüsler bakımından pazara giriş engelleri oluşturma gibi sakıncaları da bulunmaktadır¹²⁵.

Muafiyetten yararlanabilmek için anlaşma taraflarından tümünün ilgili pazardaki toplam pazar payının %40'ı aşmaması gerekmektedir. Bununla birlikte, ortak üretim, yeniden satış, fikri hakların devri gibi başkaca bir temel amacı bulunan ve ortak AR-GE'ye ilişkin yalnızca yan hükümler içeren anlaşmalar bu Tebliğ ile tanınan muafiyet kapsamı dışındadır (m.2/2).

¹²¹ Altun, Yatay İşbirliği Anlaşmaları, s.24-25 ve 32; Ezrachi, EU Competition Law, s.136.

¹²² RG: T:16/03/2016, S:29655.

¹²³ Tebliğe göre; "teknik bilgilerin elde edilmesine, ürün, teknoloji veya üretim süreçlerinin testlere tabi tutulmasına, teorik analizlerin ve gözlemlerin yapılmasına, deneysel üretimler de dahil olmak üzere deneylerin gerçekleştirilmesine, bu hususlar için gerekli tesislerin kurulmasına ve sonuçlarla ilgili fikri hakların elde edilmesine yönelik süreci" ifade etmektedir.

¹²⁴ Tebliğde "bedelli AR-GE"; "taraflardan birinin finanse eden taraf, diğerinin araştırma ve geliştirmeyi yürüten taraf olduğu ARGE" olarak tanımlanmıştır.

¹²⁵ Kayar, Ortak Girişimlerin Yatay İşbirliği Anlaşmaları, s.12-13; Jones/Sufrin, EU Competition Law, s.253.

c. Teknoloji Transferi Anlaşmaları

Rekabet Kurumu tarafından, 772/2004 sayılı Komisyon Tüzüğü örnek alınarak, belirli bir fikri mülkiyet hakkının veya iş deneyimi bilgisinin paylaşılmasıyla ilgili lisans verilmesi anlaşmaları hakkında 2008/2 sayılı “Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği” çıkarılmıştır¹²⁶.

Teknoloji transferi anlaşması, fikri mülkiyet haklarının ve know-how’ın tek tek veya karma hâlde lisansının verildiği anlaşmaları ifade eder. Bir lisans sözleşmesi niteliğinde olan bu anlaşmaların, lisans sözleşmelerine benzetilerek, fikri ürün ve tecrübeden kaynaklanan fiili tekel durumunun, belirli bir bedel karşılığında başkalarının yararlandırılması konusunda yapıldığı belirtilebilir. Patent, iş deneyimi bilgisi ve yazılım telifine ilişkin kullanım devri öngören anlaşmalar bu kapsamdadır¹²⁷. Aynı zamanda ürünlerin satışı ve alımına veya diğer fikri mülkiyet haklarının lisansının verilmesine veya devredilmesine ilişkin hükümler içermeleri hâlinde, bu tür hükümlerin esas amaç olmadığı anlaşmalar da bu kapsamdadır (m.4/1-a).

Kısaca lisans verenin, lisans alana lisansı verilen teknolojiyi anlaşma konusu ürünlerin üretimi için kullanma izni verdiği teknoloji transferi anlaşmalarında muafiyet, lisansı verilen teknoloji ile ilgili fikri mülkiyet haklarına tanınan korumanın geçerli olduğu müddetçe veya know-how’ın gizli kaldığı sürece devam edecektir. Etkilenen pazarda, rakip teşebbüslerin taraf olduğu anlaşmalarda %30, rakip olmayanlar arasındaki anlaşmalarda ise %40 pazar payı sınır olarak belirlenmiştir (m.5)¹²⁸.

ç. Otomotiv Sektörü Tebliği

Rekabet Kurumu tarafından, motorlu taşıt sektöründeki dikey anlaşmalara grup muafiyeti tanınması düzenlemelerinde yeniliğe gidilerek 2017/3 sayılı “Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği” yayınlanmıştır¹²⁹. 20. yüzyılın başından itibaren neredeyse sürekli büyüyen motorlu taşıtlar sektörü, motorlu taşıt dağıtımı, satış sonrası hizmetler ile yedek parça dağıtımı alanlarıyla rekabet hukukunun temel bir çalışma alanı olmuştur¹³⁰.

¹²⁶ RG: T:23/01/2008, S:26765.

¹²⁷ **Gözlükaya**, Teknoloji Transferi Sözleşmeleri, s.3-4; **Ezrachi**, EU Competition Law, s.140.

¹²⁸ Pınar Süt Mamulleri Sanayi A.Ş. ile Sodima SAS arasında akdedilen lisans sözleşmesine ilişkin başvuruda Kurul, sözleşmenin iki teşebbüs arasında yapıldığı ve telif hakkı ve know-how bilgisi Sodima’da bulunan ürünlerin üretiminin Pınar Süt tarafından gerçekleştirilmesinin öngörüldüğü, tarafların pazar payları bakımından belirlenen eşğin altında olduğu belirtilerek grup muafiyetinden yararlandığı sonucuna varmıştır. RKK: T:25/09/2008, S:08-56/891-352.

¹²⁹ RG: T:24/02/2017, S:29989. Bu tebliğ ile, 2005/4 sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği yürürlükten kaldırılmıştır.

¹³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Gazioğlu**, Motorlu Taşıtlar Sektörü, s.4-18.

Yeni motorlu taşıtların alımı, satımı veya yeniden satımı; motorlu taşıtların yedek parçalarının alımı, satımı veya yeniden satımı ve motorlu taşıtlara yönelik bakım ve onarım hizmetlerinin sağlanması konulu dikey anlaşmalar, dikey sınırlamalar içermeleri hâlinde, belirli koşullara uymak kaydıyla, Kanunun 4. maddesindeki yasaklamadan grup olarak muaf tutulur. Ancak motorlu taşıtlar sektöründe faaliyet gösteren rakip teşebbüsler arasında yapılan dikey anlaşmalar muafiyetten yararlanamaz. Bununla birlikte, karşılıklılık koşulu bulunmayan ve sağlayıcının anlaşma konusu mal veya hizmetlerin üreticisi ve dağıtıcısı olduğu, buna karşılık alıcının anlaşma konusu mal veya hizmetler ile rekabet eden mal veya hizmetlerin üreticisi olmayıp yalnızca dağıtıcısı olduğu anlaşmalar ise muafiyetten yararlanabilir (m.2).

Muafiyetten yararlanılabilmesi için, nicel seçici dağıtım¹³¹ ve münhasır dağıtım konu alan anlaşmalar bakımından taşıt sağlayıcısının veya yedek parça sağlayıcısının motorlu taşıt veya yedek parça sağladığı ilgili pazardaki pazar payının %30'u aşmaması, aynı şekilde bakım ve onarım hizmeti sağladığı ilgili pazardaki pazar payının %30'u aşmaması gerekmektedir. Tek alıcıya sağlama yükümlülüğü içeren dikey anlaşmalarda da alıcı bakımından aynı sınır belirlenmiştir. Nitel seçici dağıtım sistemi¹³² bakımından ise pazar payı eşiği bulunmamaktadır (m.5)¹³³. Bu noktada 2005 sayılı Tebliğ'e getirilen eleştirilerin dikkate alındığı, sektörel ihtiyaçlar dikkate alınarak niteliksel seçici dağıtım sisteminde eşik belirlenmediği ve pazar payı eşiklerinin sadeleştirildiği görülmektedir¹³⁴.

d. Sigorta Sektörü Tebliği

Rekabet Kurumu tarafından, sigorta sektörünün bazı zorunlulukları dikkate alınarak, sigorta türevlerinin çeşitlilik olarak artırılıp, fiyatların da makul seviyelerde tutulmasına imkân sağlamak amacıyla 2008/3 sayılı "Sigorta Sektörüne İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği" çıkarılmıştır¹³⁵. Gümrük Birliği Kararı ve Türk sigortacılık sektörünün ihtiyaçları doğrultusunda, AB'nin grup muafiyeti tüzüğünde yer alan temel ilkelerden ayrılmamak kaydıyla iç hukukta

¹³¹ Nicel dağıtım: "Sağlayıcının, dağıtıcılarını seçerken doğrudan veya dolaylı olarak dağıtıcıların sayılarını sınırlandıracak kriterler kullandığı seçici dağıtım sistemi" (m.4/1-h).

¹³² Nitel seçici dağıtım sistemi: "Sağlayıcının, dağıtıcılar için sadece nitel olan, anlaşma konusu mal veya hizmetlerin niteliğinin gerektirdiği, dağıtım sistemine katılmak için başvuran tüm aday teşebbüsler için aynı olacak şekilde belirlenen ve ortaya konan, ayrımcı bir biçimde uygulanmayan ve doğrudan ya da dolaylı olarak dağıtıcıların sayısını sınırlamayan kriterler kullandığı seçici dağıtım sistemi" (m.4/1-ı).

¹³³ Borusan Otomotiv Pazarlama ve Tic. A.Ş. ile Jaguar ve Land Rover markalı motorlu taşıtların yetkili servisleri arasında imzalanmak üzere hazırlanan niceliksel seçici dağıtım sistemi esaslarına dayalı yetkili servis sözleşmesine ilişkin başvuruda Kurul, sözleşmenin 4. madde kapsamında olmakla birlikte tebliğde aranılan şartları taşıdığını belirterek grup muafiyetinden yararlandığı sonucuna varmıştır. RKK: T:05/03/2020, S:20-13/167-86.

¹³⁴ Diğer öneriler için bkz. Sengören, Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar, s.80-84.

¹³⁵ RG: T:11/02/2008, S:26774.

düzenlemeler yapılması önerilmiş olup¹³⁶, mezkur Tebliğ bu sürecin ürünüdür.

Aşağıda belirtilen sigorta sektöründeki teşebbüsler arasındaki uygulamalar Tebliğ ile belirlenen şartları sağlaması koşuluyla grup muafiyetinden yararlanır:

- Sigorta sektöründeki teşebbüsler tarafından müştereken; belirli bir riskin geçmişte sigorta kapsamına alınmasının ortalama maliyetinin hesaplanması, sigorta işlemleri ile ilgili kapitalizasyon ve ölüm cetvelleri ile hastalık, kaza, sakatlık sıklıklarını gösteren tablolar hazırlanması, hesaplama sonuçlarının ve tabloların teşebbüslere dağıtılması.
- Belirli bir risk veya risk kategorisinde, teşebbüslerle bağlantılı olmayan koşulların, gelecekteki tazminat taleplerinin sıklığı ve ölçeği veya farklı tipteki yatırımların kârlılığı üzerindeki muhtemel etkilerinin müştereken araştırılması ve bu araştırma sonuçlarının dağıtılması ile belirli risk kategorilerine yönelik olarak, müşterek teminat sağlamak amacıyla koasürans ve koreasürans grupları kurulması ve işletilmesi işlemleri.
- Güvenlik cihazlarına ilişkin olarak sigorta sektöründeki teşebbüsler tarafından müştereken; teknik şartnameler ve uygulama kurallarının, cihazların ve cihazların montaj ve/veya bakımını yapan teşebbüslerin bu kurallara uygunluklarının değerlendirilmesi ve onaylanmasına ilişkin usullerin belirlenmesi, tanıtımı ve dağıtımı (m.2).

Sektöre ilişkin yegâne kararında Kurul, AB'nin sigortacılık sektöründeki belirli anlaşma, karar ve uyumlu eylem kategorilerine muafiyet tanınması hakkındaki 358/2003 sayılı Tüzüğüne ilişkin değerlendirme yaparak, inceleme konusu anlaşma ile belirlenen asgari oranların ticari primlere ilişkin olması, tarafların belirlenen oranlardan ayıramayacaklarına ilişkin taahhüt altına girmesi ve Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği (TSRSB) tarafından yayınlanan tarifelerin objektif verilere dayanmaması ve teamülen bağlayıcı nitelik kazanması nedenleriyle burada yer alan muafiyet koşullarını taşımadığı kanaatine varmıştır¹³⁷.

5. Grup Muafiyetinin Geri Alınması

Grup muafiyetinin, tebliğlerdeki şartların sağlanması hâlinde ilgili anlaşmalar bakımından otomatik olarak geçerli olacağını, yani anlaşmaların 4. maddedeki yasaktan muaf olacağını ifade etmiştik. Dolayısıyla, Rekabet Kurulu'nun düzenleyici işlemi niteliğinde olan tebliğler ile sağlanan muafiyette, çoğu zaman Kurul'un belirli bir anlaşmaya özgü spesifik iradesi söz konusu olmamaktadır.

¹³⁶ Elçin Cengiz, Sigortacılık Sektöründe Rekabet Hukuku, s.67.

¹³⁷ RKK: T:30/10/2003, S:03-70/844-366. Kararda, Türkiye'de faaliyet gösteren 11 sigorta şirketi ile Milli Reasürans T.A.Ş.'nin ticari ve sınai yangın sigortalarında reasüröre devredilecek poliçeler için asgari bir oran belirlemek üzere bir protokol imzalamaları ile TSRSB'nin bazı sigorta alanlarında fiyat tarifeleri yayınlaması ele alınmıştır.

Grup muafiyeti tebliğlerinde, muafiyetin geri alınması konusunda tebliğ kapsamındaki anlaşmaların özelliğine göre farklı düzenlemeler yer almakla birlikte, tebliğlerdeki ortak düzenlemeye göre, tebliğ ile muafiyet tanınmış bir anlaşmanın, genel muafiyet şartlarıyla bağdaşmaz etkilere sahip olduğunun tespit edilmesi hâlinde muafiyeti geri alınabilir¹³⁸. Geri alma konusunda nihai karar verilmeden önce tarafların yazılı ve/veya sözlü görüşlerinin alınması şart koşulmuştur.

Grup muafiyetinde muafiyet bir kararla verilmediğinden, bunun geri alınmasının da bireysel muafiyetten farklı olacağını belirtmek gerekir. Burada Kurul’ca ele alınan uygulamanın grup muafiyeti tebliği kapsamında olmadığına tespit edilmesi söz konusu olmaktadır¹³⁹.

Bununla birlikte, Rekabet Kurulu tarafından çıkarılan grup muafiyeti tebliğlerinin, yine Kurul tarafından bir bütün olarak yürürlükten kaldırılabileceği, dolayısıyla tebliğ nedeniyle muafiyetten yararlanan anlaşmaların muafiyetinin ileriye dönük olarak ortadan kalkacağını ifade etmek gerekir¹⁴⁰. Böyle bir durumda anlaşmaların bireysel muafiyetten yararlanıp yararlanmadığının tespiti gerekir.

6. “Hâkim Durum”¹⁴¹daki Teşebbüslerin Durumu

Tüm grup muafiyeti tebliğlerindeki ortak bir düzenleme olarak, belirli işlemlere grup olarak muafiyet tanınmış olmasının, Kanun’un 6. maddesine göre hâkim durumdaki teşebbüslerin belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu kötüye kullanması hâlinde, bu işlemlerin yasaklanmasına engel olmayacağı kurala bağlanmıştır.

Dolayısıyla, anlaşmaların Kanun’un 4. maddesindeki yasaklamalardan muaf tutulması, bunların aynı zamanda hâkim durumun kötüye kullanılmasının yasaklanması düzenlemesinden muaf olduğu anlamına gelmemektedir. Örneğin Kurul, 2004 yılında grup muafiyeti kapsamında olduğu değerlendirmesi yaptığı Mey İçki’nin nihai satış noktalarıyla yaptığı mal alım sözleşmeleri hakkında, rakı pazarında hakim durumda olduğu tespit edilen şirketin pazar payı itibarıyla grup muafiyeti kapsamında olmadığına, dolayısıyla muafiyet kararının geri alınmasına karar vermiştir¹⁴².

¹³⁸ Pazara girişi engelleme veya rakip teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırma etkisi olan anlaşmalar bakımından, diğer piyasa aktörlerinin korunması için grup muafiyetinin geri alınmasında potansiyel etki analizinin önemi büyüktür. Bkz. **Karakurt**, Muafiyet Rejimi, s.222-223.

¹³⁹ **Sayhan**, Rekabeti Kısıtlayan İşbirliği Uygulamalarının Yasak Kapsamının Dışında Bırakılması, s.609.

¹⁴⁰ **Aksoy**, Rekabete Aykırılığın Özel Hukuk Sonuçları, s.33; **Güven**, Rekabet Hukuku, s.251.

¹⁴¹ Kanun’da hâkim durum: “*Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü*” olarak tanımlanmıştır (m.3).

¹⁴² RKK: T:10/09/2007, S:07-70/863-326.

III. KURULUN YAKLAŞIMI VE MUAFİYETİN SONUÇLARI

Bu bölümde, muafiyet başvurularının nasıl yapılacağı ve başvurulara ilişkin olarak Kurul'un karar alma süreci açıklanacak olup, bir işlemin yasaklamadan muaf tutulmasının hukuki sonuçları ve dava yolları hakkında bilgi verilecektir.

A. MUAFİYET BAŞVURULARI VE DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Bildirim Formu

Belirli anlaşmaların muafiyetten yararlanabilmesi için Rekabet Kurulu'na yapılacak başvurularda kullanılmak üzere, Kurum tarafından “Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararlarının İsteğe Bağlı Bildirimine İlişkin Kılavuz” ve ekinde “Menfi Tespit/Muafiyet Bildirim Formu” yayımlanmıştır¹⁴³.

Teşebbüsler tarafından doldurulacak olan formda öncelikle başvurunun muafiyet bildirimi olduğu belirtilir. İsminden de anlaşılacağı üzere, form esasen hem menfi tespit belgesi başvurusu için, hem de muafiyet bildirimi için kullanılabilir. Teşebbüsler aynı başvuruda, başvuru konusu işleme menfi tespit belgesi verilmemesi durumunda muafiyet koşulları yönünden inceleme talep etmektedir.

Birinci bölümde, anlaşma taraflarının kimliğine ilişkin bilgiler yazılır. Başvuruda bulunan teşebbüs bilgileri, temsilci bilgisi, anlaşma, karar ya da uyumlu eyleme katılan teşebbüslerin bilgisi, yetkili bilgisi ve varsa şirketler grubu bilgisi yazılır.

İkinci bölümde, bildirim konu olan anlaşma, karar veya uyumlu eyleme ilişkin bilgiler verilir. Öncelikle bunların niteliği, kapsamı ve amaçları yazılır, daha sonra bu uygulamalara taraf olan teşebbüslerin ticari kararlarını özgürce almalarının önüne geçebilecek hüküm veya etkileri olup olmadığı belirtilir.

Üçüncü bölümde, bildirim konu uygulamanın etkili olduğu ilgili ürün pazarı/pazarlarına ve ilgili coğrafi pazar/pazarlara dair ayrıntılı açıklamalar yapılır. Belirtilen pazarlarda anlaşmaya taraf teşebbüslerin bağlı olduğu gruptakiler ve ilgili ürün pazarı ile bunun alt ve üst pazarlarında faaliyet gösteren teşebbüsler sıralanır.

Dördüncü bölümde, ilgili ürün pazarında bildirim konu anlaşma, karar veya uyumlu eylem taraf olanlar ile en büyük beş rakibin pazar paylarına ilişkin bilgiler verilir. Ayrıca tarafların ilgili tüm pazar/pazarlardaki en büyük beş müşterisi yazılır.

Beşinci bölümde, ilgili ürün pazarına ve ilgili coğrafi pazara girişi etkileyen faktörlerin neler olduğu, dolayısıyla hâlihazırda bu alanda iş yapmayan teşebbüslerin bu pazarlara girişte karşılaştığı engeller belirtilir. Son üç yılda bu pazarlara giriş yapan teşebbüsler varsa bunların bilgileri ve tahmini pazar payı oranları bu bölümde yer alır.

¹⁴³ RKK: T:07/02/2006, S:06-09/123-M.

Altıncı bölümde, muafiyet bildirimine konu olan anlaşma, karar veya uyumlu eylemin hangi nedenlerle muafiyet tanınması gerektiği ile diğer hususlar yazılır. Tüm bu bilgilere ek olarak, bildirim konu uygulamanın son hâlinin bir örneği ile tarafların son üç yıla ait mali bilgilerini tevsik edici belgeler forma eklenir.

2. İncelenme Usulü ve İncelemenin Süresi

a. Bildirimin İncelenmesi ve Kurul Kararlarının İçeriği

Rekabet Kurumu kendisine intikal eden muafiyet bildirimlerini, varsa eksikliklerini tamamlamak suretiyle, bünyesinde görevli bir raportöre havale eder. Raportör tarafından “Muafiyet/Menfi Tespit Raporu” hazırlanır ve görüşüyle beraber Rekabet Kurulu’nun dikkatine sunulur.

Genelde formlar ile bildirilen bilgiler incelemeye başlamak için yeterli olmakla birlikte, kimi zaman inceleme açısından gerekli görülmesi hâlinde formlarda yer almayan bilgi ve belgelerin, Kanun’un 14. ve 15. maddesi ile Kurul’a verilen yetkiler doğrultusunda, talep edilmesi de mümkün olup, teşebbüslerce verilen bilgilerin yanlış, yanıltıcı veya eksik olması hâlinde idari para cezası yaptırımının söz konusu olabileceğini belirtmek gerekir¹⁴⁴.

Kurul kararları öncelikle tarafların tespiti ile başlar. Bununla birlikte gerekirse ilgili kamu kurum veya kuruluşlarının (özellikle sektörel düzenleyici ve denetleyici kurumların) görüşüne başvurulur. Kanun’un 14. maddesi uyarınca Kurul tarafından istenilen bilgilerin hem kamu ve kuruluşları hem de teşebbüsler tarafından süresinde teslimi zorunludur. Daha sonra ilgili ürün pazarı ve ilgili coğrafi pazar belirlenir.

Değerlendirme bölümünün başında başvuruya konu olan anlaşma, karar veya uyumlu eyleme ilişkin açıklamalar yapılır ve hangi kapsamda değerlendirme yapılacağı belirtilir. Kanun’un 4. maddesi bakımından başvuruya konu uygulamanın rekabeti sınırlayıcı olup olmadığı değerlendirilir.

Rekabeti sınırlayıcı olduğu ve esasen yasaklanması gerektiği belirlenen uygulama önce grup muafiyeti tebliğleri bağlamında değerlendirilir. Bir grup muafiyeti tebliği kapsamında olduğu anlaşılan anlaşmalar için, tespit niteliğinde olmak üzere, anlaşmanın grup muafiyetinden yararlandığına karar verilir.

Herhangi bir grup muafiyeti tebliğ kapsamında olmadığı belirlenen anlaşma için bu sefer bireysel muafiyet değerlendirmesine başlanılır. Bildirim konusu işlemin Kanun’un 5. maddesinde belirtilen şartları haiz olup olmadığı, bildirim formundaki bilgiler de dikkate alınmak suretiyle her bir şart için ayrı başlıklar açılarak değerlendirilir.

¹⁴⁴ Coşgun, Rekabet Otoritelerinin Bilgi Edinme Yetkileri, s.69-70.

Sonuç olarak Kanun'un 5. maddesinde ifadesini bulan bütün şartları taşıdığı kanaatine varılan bildirim konusu anlaşma, karar veya uyumlu eylem için belirli bir süreyle veya süresiz olarak bireysel muafiyet tanınmasına karar verilir. Şartlardan birini bile sağlamayan bir işlemin ise muafiyetten yararlanması mümkün değildir. Bu durumda Kurul tarafından bildirim konusu sözleşme veya uygulamalara bireysel muafiyet tanınamayacağına karar verilir.

Herhangi bir grup muafiyeti tebliğ kapsamında olduğu kanaatine ulaşılan anlaşmalar için ise, bireysel muafiyet değerlendirmesi aşamasına geçilmeksizin, hangi tebliğ olduğu belirtilerek grup muafiyetinden yararlandığına karar verilir.

b. İnceleme Süresi

Teşebbüsler veya teşebbüs birlikleri tarafından yapılan muafiyet başvurularının hangi süre içerisinde sonuçlandırılacağına dair mevzuatta ve kılavuzda herhangi bir belirleme yapılmamıştır. Dolayısıyla başvuruların sırasıyla sonuçlandırılması beklenmektedir. Ayrıca bildirim konusu işlemin niteliği de başvuruyu karara bağlama süresini belirleyici bir unsur olabilir.

Bununla birlikte, uygulamada bazı başvurular çok kısa sürede sonuçlandırılmakta iken, bazı başvurular yıllarca karara bağlanmamaktadır. Başvuruların karara bağlanmaması ise rekabeti sınırlayıcı işlemin taraflarının işine gelmektedir, Zira Kurul tarafından belirlenebilecek değişiklikler, şart ve yükümlülükler gecikmekte, rekabeti sınırlayıcı mevcut anlaşma uzun süre devam etmektedir¹⁴⁵. Örneğin, 1998 yılında yapılan bir başvuru 2003 yılında karara bağlanmıştır¹⁴⁶. Kararda buna ilişkin bir açıklama yapılmamakla beraber, bir şikayet üzerine sürecin hızlandığı anlaşılmaktadır.

3. Muhataplara Seçenek Sunulması

Kimi zaman Kurul, teşebbüslerin muafiyet başvurularını belirli şartların sağlanması hâlinde grup muafiyeti kapsamına girebileceği, aksi hâlde ise başka birtakım değişiklikler ile bireysel muafiyet tanınmasının mümkün olduğu şeklinde karar verebilmektedir.

Örneğin, teşebbüsler arasında imzalanan “Bölge Geliştirme ve İşletme Sözleşmesi”ne ilişkin başvuruda, sözleşmedeki rekabet etmeme yükümlülüğü süresinin ve coğrafi kapsamının değiştirilmesi hâlinde dikey anlaşmalar grup muafiyetinden yararlanılabileceği ya da yalnızca rekabet etmeme yükümlülüğünün coğrafi kapsamının faaliyette bulunulan tesis ya da arazi ile sınırlandırılması durumunda anlaşmaya bireysel muafiyet verilmesine karar verilmiştir¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Aslan, Rekabet Hukuku, s.467.

¹⁴⁶ RKK: T:02/10/2003, S:03-64/770-356.

¹⁴⁷ RKK: T:15/04/2004, S:04-26/286-64.

4. Menfi Tespit ile Birlikte İstenmesi

Bildirim konusu işlemin rekabet hukukuna aykırı olmadığının tespit edilmesi muafiyet kararına nazaran başvuru sahiplerinin daha lehinedir. Zira muafiyette, başvuru konusunun rekabeti sınırlandırmakla birlikte belirli şartları taşıdığından yasaklamadan muaf olduğuna, bazen belirli bir süreyle, bazen de çeşitli koşullara bağlı olarak karar verilmektedir. Bu nedenle muafiyet başvuruları genellikle menfi tespit belgesi verilmesi talebi ile birlikte terditli olarak yapılmaktadır. Kurul'dan seçimlik talepte bulunularak, uygulamaya menfi tespit belgesi verilemeyecekse en azından muafiyet tanınması istenilebilmektedir¹⁴⁸.

Kurul, Enerji Ticareti Derneği bünyesinde ve tezgah-üstü piyasada faaliyet gösteren altı broker tarafından gerçekleştirilen işlemlere ilişkin belli verilerin konsolide edilerek yayımlanması uygulaması hakkındaki başvuruda, uygulamanın Kanun'un 4. maddesi kapsamında olması nedeniyle menfi tespit belgesi verilemeyeceğine, ancak 5. maddesinde belirtilen şartların tümünü sağlaması nedeniyle üç yıl süreyle bireysel muafiyet tanınmasına karar vermiştir¹⁴⁹.

B. MUAFİYETİN SONUÇLARI ve YARGI YOLU

1. Özel Hukuk Bakımından Sonuçları

a. Hukuki Niteliği

5388 sayılı Kanun ile Rekabet Kanunu'nda yapılan değişiklik ile bildirim yükümlülüğü kaldırılmıştır. Dolayısıyla bireysel muafiyette, değerlendirmeyi öncelikle teşebbüsler veya teşebbüs birlikleri yapmalıdır. Grup muafiyetinde ise, herhangi bir Kurul kararı veya taraf değerlendirmesi olmaksızın, tebliğlere uygun anlaşma, karar ve uyumlu eylemler yapıldıkları andan itibaren otomatik olarak muafiyetten yararlanmaktadır. Buna rağmen Kurum'a başvuru yapılması hâlinde, Kanun'un 5. maddesindeki (ve grup muafiyeti tebliğlerindeki) şartların sağlanıp sağlanmadığı değerlendirilir.

Muafiyet tanıma kararlarının, bildirim konusu işlemlerin tarafları bakımından en önemli sonucu hukuki belirlilik ve hukuki güvenlik sağlamasıdır. Muafiyet verilen bir anlaşmaya dayanarak gerçekleştirilen her türlü hukuki işlem geçerlidir, bunlardan dolayı idari para cezası uygulanamaz¹⁵⁰.

Ayrıca muafiyete konu anlaşma, karar veya uyumlu eylemin geçersizliği iddia edilemez. Bunlardan kaynaklanan zararların giderilmesi tazminat davası

¹⁴⁸ Topçuoğlu, Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları, s.265.

¹⁴⁹ RKK: T:26/12/2019, S:19-46/785-342.

¹⁵⁰ Aksoy, Rekabete Aykırılığın Özel Hukuk Sonuçları, s.29; Aslan, Rekabet Hukuku, s.659; Güner, Rekabet Hukukunda Yasak İlkesinden Muafiyet, s.162-163.

yoluyla talep edilemez, edilse bile, rekabeti sınırlayan işleme muafiyet tanınmış olması hukuka uygunluk sebebi olduğundan dava reddedilir¹⁵¹.

b. Adli Yargı Davalarına Etkisi

Kurul tarafından hakkında muafiyet kararı verilen işlemler, yapıldıkları andan itibaren geçerli kabul edilir. Bu nedenle, bu anlaşmalarla ilgili uyuşmazlıklar mahkemeler önüne geldiğinde, bunların rekabet hukukuna bir aykırılığı olmadığının kabulü gerekir. Kurul tarafından verilen karar dava açılmak suretiyle veya dava açılmadığından yargısal açıdan kesinleşebilir.

Kanun'un 4. maddesine aykırı olan rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar geçersizdir. Bununla birlikte Kurul, bireysel muafiyet tanımak yoluyla veya grup muafiyeti tebliğleri çıkarmak yoluyla bu anlaşmaları geçersizlik yaptırımından muaf tutabilir. Anlaşma hakkında böyle bir karar verilinceye veya yasaklama kararı verilinceye kadar, anlaşmaların "askıda geçersiz" olduğu kabul edilmektedir¹⁵².

Mahkeme önüne gelen anlaşmanın grup muafiyeti tebliğlerinden birinin kapsamında olduğu sonucuna varırsa, anlaşmayı geçerli kabul ederek dosyayı görmeye devam edecektir. Zira grup muafiyetinde Rekabet Kurulu tarafından ayrıca bir karar alınmasına gerek yoktur. Ancak grup muafiyeti tebliğleri kapsamında olmayan anlaşmalar hakkında bireysel muafiyet değerlendirmesini yalnızca Kurul yapabilir. Mahkemelerin bireysel muafiyet tanıma yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle böyle durumlarda bekletici mesele yapılarak, rekabeti sınırlayıcı olduğu anlaşılan anlaşma, karar veya uyumlu eylem ile ilgili olarak Rekabet Kurulu'nun muafiyet değerlendirmesi yapması talep edilir¹⁵³.

Rekabet Kanunu uygulanmaya başlandığından ve Rekabet Kurulu faaliyete geçtiğinden bu yana Yargıtay uygulaması, 4054 sayılı Kanun ile yetkili kılınmış olan Kurul tarafından alınacak kararın esas alınması gerektiği, rekabete aykırı olduğu iddia edilen uygulamaları saptamanın bu merci tarafından yapılacağı ve adli yargıda açılan işlemlerin geçersizliğine ilişkin davalar ile zarar gören üçüncü kişilerin tazminat davalarının buna uygun olarak karara bağlanması yönündedir. Dolayısıyla adli yargının, rekabete aykırı davranışın tespiti ve yorumlanmasında büyük oranda Kurul kararı ve bu karara karşı başvuru idari yargı yolunda verilen kararlara bağlı olduğu, çoğu zaman 6100 sayılı

¹⁵¹ **Güven**, Rekabet Hukuku, s.751-752; Bununla birlikte hakkın kötüye kullanılması yasağının bu hukuka uygunluk nedeni bakımından da sınır teşkil ettiği, hakkın kötüye kullanılması hâlinde tazminat sorumluluğunun ortaya çıkacağı ileri sürülmektedir. Bkz.**Sayhan**, Rekabeti Kısıtlayan İşbirliği Uygulamalarının Yasak Kapsamının Dışında Bırakılması, s.608.

¹⁵² **Aksoy**, Rekabete Aykırılığın Özel Hukuk Sonuçları, s.37-38; **Aslan**, Rekabet Hukuku, s.665-666; **Güven**, Rekabet Hukuku, s.719-720.

¹⁵³ **Aksoy**, Rekabete Aykırılığın Özel Hukuk Sonuçları, s.56-57; **Aslan**, Rekabet Hukuku, s.666.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 165. maddesinde düzenlenen “Bekletici Sorun” müessesesinin uygulandığı görülmektedir¹⁵⁴.

Her ne kadar mevcut sistemde gerek olmasa da, bir hukuki işleme muafiyet tanınması yönünde Rekabet Kurumu’na bir başvuru varsa, bu başvurunun Kurul tarafından karara bağlanmasına kadar ilgili işlemde zarar gördüğünü iddia eden üçüncü kişilerin tazminat taleplerinin sonuca bağlanması mümkün görünmemektedir. Aksi hâlde aynı konuda farklı kararlar çıkması söz konusu olabilir.

2. Kurul Kararlarına Karşı Açılacak Dava

a. Yargılama Mercii, Davacılar ve Kanun Yolları

Kanun’un 55. maddesi uyarınca, Rekabet Kurulu’nun önüne gelen muafiyet başvurusu hakkındaki kararı, muafiyet tanınması veya tanınmaması şeklinde olabilir. Her iki hâlde de, birel idari işlem niteliğindeki Kurul’un gerekçeli kararının tebliğinden itibaren 60 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemelerinde iptal davası açılabilir¹⁵⁵.

Muafiyet tanıma kararlarına karşı, muafiyet tanınan uygulamadan zarar gören veya göreceğini iddia eden menfaat sahibi gerçek ve tüzel kişiler (Ör. pazardaki teşebbüsler) dava açabilir. Muafiyet tanınamayacağına dair kararlara karşı ise başvuru konusu uygulamaya taraf teşebbüsler dava açabilecektir.

Kurul kararlarına karşı açılan her türlü dava öncelikli işlerden sayılır. Ayrıca dava açılması kararların uygulanmasını durdurmamaktadır. Ancak idare mahkemesince yürütmenin durdurulması kararı verilmesi mümkündür.

Mahkemelerce verilecek karara karşı 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 45. maddesi uyarınca öncelikle istinaf, burada verilecek karara karşı ise 46. madde uyarınca temyiz kanun yoluna başvurulması mümkündür.

b. Mahkemenin İptal Kararının Sonuçları

Rekabet Kurulu’nun bir anlaşmaya muafiyet tanınması yolundaki kararının, esas hakkında değerlendirme yapan idare mahkemesi tarafından iptal edilmesi hâlinde, muafiyet tanınması nedeniyle geçerli kabul edilen anlaşmalar başından itibaren geçersiz olacağından buna göre işlem tesis edilecektir. Bu durumda başvuru konusu işlemlerden zarar görenlerin Kanun’un 57. maddesi uyarınca

¹⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Başbuğ**, Rekabet İhtisas Mahkemeleri, s.42-47; **Topçuoğlu**, Karar İncelemesi, s.506; Yargıtay’ın ve adli yargının bu yaklaşımı öğretide eleştiriye neden olmuştur. Bkz. **İnan**, Adliye Mahkemelerinin Rolü, s.596 vd.

¹⁵⁵ Uyuşmazlıkların büyük oranda usul hükümleri yönünden ele alındığı görülmektedir. Bu durumun, hâkimlerin Kurum uzmanlarının sahip olduğu teknik bilgi ve yurtdışı eğitim inkânlarından yoksun olmasından kaynaklandığı, yargıda etkinliğin artırılması amacıyla rekabet hukuku ihtisas mahkemeleri kurularak, burada görev yapacak hâkimlerin de benzer olanaklardan yararlandırılmaları gerektiği belirtilmektedir. Bkz. **Başbuğ**, Rekabet İhtisas Mahkemeleri, s.36.

anlaşmanın taraflarına, genel tazminat şartları gerçekleşmiş olmak kaydıyla tazminat davası açması mümkündür¹⁵⁶.

Kurul'un bir anlaşmaya muafiyet tanınamayacağı yönündeki kararının, esas hakkında değerlendirme yapan mahkeme tarafından iptal edilmesi durumunda, olumsuz kararın konusu olan anlaşmanın esasen başından beri geçerli olduğu sonucuna varılır. Ancak bu durumda Kurul tarafından mahkeme kararı doğrultusunda muafiyet tanınması yolunda bir karar verilmesi gerekir, zira yargı kararı idari işlem yerine geçmez¹⁵⁷.

Kanun'un "Kurulun İnceleme ve Araştırmalarında Usul" başlıklı dördüncü kısmında belirlenen kurallar yönünden yapılan değerlendirme sonucu verilen iptal kararlarında, mahkemece tespit edilen usul eksiklikleri tamamlanarak başvuru hakkında yeniden bir karar verilir. Mahkemelerin bu kapsamdaki kararlarının başvuru konusu anlaşmanın sağlığı yönünden doğrudan bir sonucu olduğu söylenemez.

Her hâlde Kurul, 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesi uyarınca gecikmeksizin mahkeme kararı yönünde işlem tesis etmek zorundadır. Bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden itibaren 30 günü geçmeyeceği kurala bağlanmıştır.

SONUÇ

Rekabeti sınırladığı için yasaklanması gereken anlaşmalar, Kanun'un 5. maddesindeki şartları taşımaları hâlinde 4. madde hükümlerinin uygulamasından muaf olabilmektedir. Bu şartlar, malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması, tüketicinin bundan yarar sağlaması, ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması ve rekabetin zorunlu olandan fazla sınırlanmamasıdır.

Kanun'un ilk hâlinde 4. madde kapsamındaki tüm anlaşmaların zorunlu olarak Rekabet Kurulu'na bildirimini gerektmekteydi. Ancak 5388 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile bildirim ihtiyari hâle getirilmiş, 7246 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle bu durum netleştirilmiştir. Dolayısıyla muafiyet şartlarının sağlanıp sağlanmadığını öncelikle teşebbüsler veya teşebbüs birlikleri değerlendirecektir.

Uygulamada ise, anlaşma, karar ve uyumlu eylemlerin tarafları, ileride ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların önüne geçebilmek amacıyla ve hukuki güvenlik sağlayacağı düşüncesiyle Kuruma muafiyet başvurusunda bulunmaktadır. Kurul tarafından başvurular belirli bir sistematik içerisinde değerlendirilmekte ve sonuç olarak başvuru konusu işlemin grup muafiyetinden yararlandığına veya işleme bireysel muafiyet tanınmasına karar vermektedir.

¹⁵⁶ İnan, Adliye Mahkemelerinin Rolü, s.591.

¹⁵⁷ Bolatoğlu, Yargısal Denetim, s.74.

Hakkında muafiyet tanınması kararı verilen işlemler başından itibaren hukuka uygun ve geçerli kabul edilmektedir. Ancak muafiyet tanınamayacağı kanaatine varılan anlaşmalar bakımından verilen karar bir nevi yasaklama kararı anlamına gelmekte ve ilgili anlaşmanın geçersiz olduğu sonucuna varılmaktadır. Özellikle grup muafiyetinde, muafiyetin geri alınması ve yasaklama durumunda verilen kararların Kanun ile belirlenen usûle uyulmadan verilmesi sakıncası bulunmaktadır.

Kurul tarafından verilen kararlar adli yargı mercileri tarafından dikkate alınmak durumundadır. Zira aynı konuya ilişkin Kurul tarafından verilmiş ve belki de idarî yargılama sonucunda kesinleşmiş olan karar ile çelişen kararlar verilmesi yargıya olan güveni zedeleyecektir. Kurul kararları hakkında hukuka uygunluk denetimini Ankara İdare Mahkemelerinin yaptığını belirtmek gerekir. Mahkemece iptal kararı verilmesi hâlinde, Kurul tarafından derhal bu yönde yeni bir karar alınması gerekir. Davanın reddi hâlinde ise hukuki durumda değişiklik olmayacağı açıktır.

Sonuç olarak, rekabet hukukunda muafiyet konusu, hem muafiyetin hukuki niteliği, hem de muafiyet kararlarının hukuki sonuçları nedeniyle oldukça önemlidir. Anlaşmalar rekabeti sınırlayıcı olması hasebiyle otomatik olarak yasaklanmamakta, kimi zaman bunların sağladığı yararların rekabeti sınırlayıcı etkisinden çok daha büyük olabileceği anlaşılmaktadır. Böyle anlaşmalara muafiyet tanınması, hem yeni gelişme ve iyileşmelerin sağlanmasına vesile olmakta, hem de tüketicinin çeşitli açılardan yararına olabilmektedir.

KAYNAKÇA

- Akkan, Çiğdem. “Rekabet Hukukunda Rakipler Arası Bilgi Değişimi”. Yayımlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2019. (Bilgi Değişimi)
- Aksoy, M. Nazlı. “Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları”. Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2004. (Rekabete Aykırılığın Özel Hukuk Sonuçları)
- Aksoy, Nazlı, Hilmi Bolatoğlu ve Şahin Yavuz. “Rekabet Hukukunda Muafiyet ve Birleşme/Devralma Kararlarının Şarta Bağlanması”. Rekabet Dergisi, S. 25, 2006. (Muafiyet Kararının Şarta Bağlanması)
- Altun, Mücteba. “Yatay İşbirliği Anlaşmalarının 4. Madde Kapsamında Değerlendirilmesi”. Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2012. (Yatay İşbirliği Anlaşmaları)
- Arı, M. Haluk. “Rekabet Kurulu’nun Muafiyet Kararlarının Analizi”. Rekabet Hukuku İle İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu III, Ankara, 2012. (Muafiyet Kararlarının Analizi)

- Arı, Zekeriyya. “Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı ve Hukuki Sonuçları”. Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi, 2003. (Danışıklılık Kavramı)
- Aslan, İsmail Yılmaz. Rekabet Hukuku Dersleri. Bursa, 2014.
- Aslan, İsmail Yılmaz. Rekabet Hukuku (Teori ve Uygulama). Bursa, 2017. (Rekabet Hukuku)
- Ata, Çağlar Deniz. “Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalara Olumlu Yaklaşım: Rule of Reason Işığında Roma Antlaşması 81. Madde ve Muafiyet”. Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2009. (Rule of Reason Işığında Muafiyet)
- Ateş, Mustafa. Rekabet Hukukuna Giriş. Ankara, 2019.
- Black, Henry Campbell. Black’s Law Dictionary. 6. bs. Minnesota: West Publishing, 1990.
- Başbuğ, Mehmet Mete. “Rekabet Hukuku Yargılamalarına Yeni Bir Model: Rekabet İhtisas Mahkemeleri”. Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2015. (Rekabet İhtisas Mahkemeleri)
- Bolatoğlu, Hilmi. “Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi”. Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2004. (Yargısal Denetim)
- Coşgun, Hüseyin. “ABD, AB ve Türk Rekabet Otoritelerinin Bilgi Edinme Yetkileri ve Bilgi Kaynağı Olarak Fonksiyonları”. Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2009. (Rekabet Otoritelerinin Bilgi Edinme Yetkileri)
- Cengiz, Dilek. “Rekabet Politikası” Faslı Neden Müzakereye Açılmıyor? İstanbul, 2017. (‘Rekabet Politikası’ Faslı)
- Cengiz, Dilek. “Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları”. Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2005. (Uyumlu Eylem)
- Devellioğlu, Ferit. Osmanlıca - Türkçe Ansiklopedik Lûgat. 33. bs. Ankara: Aydın Kitabevi, 2017.
- Elçin Cengiz, Sezin. “Sigortacılık Sektöründe Rekabet Hukuku Uygulamaları – AB Düzenlemeleri ve Türkiye İçin Çıkarımlar”. Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2007. (Sigortacılık Sektöründe Rekabet Hukuku)
- Esen, Şaban. “Piyasaların Rekabetçi İşlevini Sürdürmesinde Rekabet Hukukunun Rolü: Piyasaya Giriş Engellerinin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Sakarya Üniversitesi, 2006. (Piyasaların Rekabetçi İşlevi)
- Ezrachi, Ariel. EU Competition Law. Oxford, 2014.

- Gazioğlu, Uygur. “Motorlu Taşıtlar Sektöründe Rekabet: Dağıtım ve AB Düzenlemeleri”. Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2005. (Motorlu Taşıtlar Sektörü)
- Gözlükaya, Fatma. “Teknoloji Transferi Sözleşmelerine İlişkin Rekabet Hukuku Uygulaması”. Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2007. (Teknoloji Transferi Sözleşmeleri)
- Günay, Cevdet İlhan. Rekabet Hukuku Dersleri. Ankara, 2014.
- Güner, Cemil. “Rekabet Hukukunda Yasak İlkesinden Muafiyet”. TBB Dergisi, S. 71, 2007.
- Gürpınar, Bünyamin. “Rekabet Hukukunun Ekonomik Analizi: ABD, AB ve Türkiye Uygulaması”. Yayımlanmamış Doktora Tezi, Dumlupınar Üniversitesi, 2005. (Rekabet Hukukunun Ekonomik Analizi)
- Güven, Pelin. Rekabet Hukuku. Ankara, 2008.
- Güzel, Oğuzkan. “Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri”. Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2003. (Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri)
- İnan, Nurkut. “Rekabet Hukuku Uygulamasında Adliye Mahkemelerinin Rolü”. Uluslararası Hukuk Kurultayı, Ankara, 2002. (Adliye Mahkemelerinin Rolü)
- Jones, Alison, Brenda Sufrin. EU Competition Law. Oxford, 2014.
- Karakılıç, Hasan. “Rekabet Hukukunda Bağlama Uygulamaları”. Yayımlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2012. (Bağlama Uygulamaları)
- Karakurt, Alper. “Rekabet Hukukunda Muafiyet Rejimi: Potansiyel Etki Analizinin, Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Sistematiğindeki Yeri”. TBB Dergisi, S. 63, 2006. (Muafiyet Rejimi)
- Karakurt, Alper. “Ekonomik ve Hukuki Açısından Piyasa Kapama Etkisi”. Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2005. (Piyasa Kapama Etkisi)
- Kayar, Mehmet Akif. “Rekabet Hukuku Uygulamalarında Yatay İşbirliği Anlaşmaları: Ortak Girişimler Açısından Bir Değerlendirme”. Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2003. (Ortak Girişimlerin Yatay İşbirliği Anlaşmaları)
- Koç, Ali Fuat. “AT Rekabet Hukukunda Seçici Dağıtım Anlaşmaları”. Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2005. (Seçici Dağıtım Anlaşmaları)
- Kortunay, Nevin. “Pazarlamada Uygulanan Rekabet Stratejilerinin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”. Yayımlanmamış Doktora Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi, 2013. (Pazarlamada Rekabet)

- Ocak, Nazmi. “Rekabet Hukukunda Teşebbüsler ve Teşebbüslerin Hakim Durumunun Tespiti”. Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, 2016. (Rekabet Hukukunda Teşebbüsler)
- Özgöker, Uğur. Avrupa Birliği Rekabet Hukuku ve Politikası. İstanbul, 2008. (AB Rekabet Hukuku)
- Rekabet Kurumu, Rekabet Terimleri Sözlüğü, Ankara, 2019.
- Sarıçiçek, Can. “Düzenlenen Davranış Doktrini Çerçevesinde Rekabet Hukuku Uygulamaları”. Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2012. (Düzenlenen Davranış Doktrini)
- Sayhan, İsmet. “Rekabeti Kısıtlayan İşbirliği Uygulamalarının Yasak Kapsamının Dışında Bırakılması”. Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: IX S.: 3–4, 2005.
- Şahin, Ahmet. “Rekabet Hukukunda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi: ABD, AB ve Türkiye Uygulamaları”. Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2020. (Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi)
- Şengören, Zeynep. “Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmaların Düzenlenmesinde Yeni Dönem: AB Uygulamaları Işığında Türkiye İçin Yol Haritası”. Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2012. (Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar)
- Tokgöz, Mehmet. “Münhasır Dikey Anlamaların 4054 Sayılı Kanun’un 4. ve/veya 6. Maddesi Kapsamında Değerlendirilmesi Sorunu”. Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2017. (Münhasır Dikey Anlaşmalar)
- Topalömer, Serap. “Tüketici Refahının Artırılmasında İki Farklı Araç: Tüketici Politikası ve Rekabet Politikası”. Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2015. (Tüketici Politikası ve Rekabet Politikası)
- Topçuoğlu, Metin. “Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları”. Doktora Tezi, Ankara, 2001. (Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları)
- Topçuoğlu, “Karar İncelemesi Muafiyet Sistemi ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Kurulu Kararlarının Zarar Görenlere Etkisi, Rekabet Kurulu’nun Yetkileri”. Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-VII, Kayseri, 2009. (Karar İncelemesi)
- Uran, Emrah. Amerika Birleşik Devletleri Rekabet Hukuku (Teori ve Uygulama). İstanbul, 2019. (ABD Rekabet Hukuku)
- Ülgen, Hüseyin, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya, N. Füsün Nomer Ertan. Ticari İşletme Hukuku. İstanbul, 2019.
- Whish, Richard, David Bailey. Competition Law. Oxford, 2015.

- Yıldızlı, Eren. “Kamu İhale Hukukunda Düzenlenen İş Ortaklıkları ve Konsorsiyumların Rekabet Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi”. Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2020. (Kamu İhale Hukukunda İş Ortaklıkları ve Konsorsiyumlar)
- Yüksek, Cemile. “Seçici Dağıtım Sisteminde İnternette Satış Sınırlamaları”. Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2017. (Seçici Dağıtım Sistemi)

Çevrimiçi Kaynaklar:

- <https://curia.europa.eu/>.
- <https://sozluk.gov.tr/>.
- <https://www.oecd.org/>.
- <https://eur-lex.europa.eu/>.
- <https://www.ab.gov.tr/>.
- <https://www.rekabet.gov.tr/>.

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ABİHA	: Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma
C.	: Cilt
E.T.	: Erişim Tarihi
Kanun	: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
Komisyon	: Avrupa Birliği Komisyonu
Kurul	: Rekabet Kurulu
m.	: Madde
N.	: Kenar numarası
OECD	: Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü
Ör.	: Örneğin
RG	: Resmi Gazete
RKK	: Rekabet Kurulu Kararı
s.	: Sayfa
S	: Sayı
T	: Tarih
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	: Ve devamı
vs.	: Ve sair

İŞYERİNDE ÖZEL AMAÇLA İNTERNET KULLANIMININ İŞ SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ

Affect of Personal Internet Use in Workplace to Labor Contract

Osman UYAROĞLU*

Geliş Tarihi: 23.8.2020

Kabul Tarihi: 24.02.2021

ÖZET

Giderek yaygınlaşan teknolojik aletlerin günlük hayatın bir uzantısı haline gelmesi, çalışma hayatını da etkilemektedir. Bu etkilerin olumlu yanları olduğu gibi olumsuz birtakım yönleri de bulunmaktadır. Bu olumsuz etkilerden birisi de işçilerin işyerinde özel amaçla internet kullanmasıdır. İşverenler açısından işçinin özel amaçla internet kullanımı genel olarak istenmeyen bir durumdur. İşverence işçiye bu konuda izin verilebileceği gibi sınırlama da getirilebilir. Sınırlamalar iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi, işyeri iç yönetmeliği, işveren talimatları ve işyeri uygulamalarıyla getirilebilir.

Özel amaçla internet kullanımının iş sözleşmesine çeşitli sonuçları doğmaktadır. Bu sonuçlar genel olarak; ücret kesme cezası, çeşitli disiplin cezaları, işçinin verilen zarardan sorumluluğunun doğması ve iş sözleşmesinin feshidir.

Çalışmamızda “internetin özel amaçla kullanımı” olgusu, konuya ilişkin kavramlar hakkında gerekli aydınlatmanın yapılması akabinde açıklanacaktır. Akabinde; işyerinde özel amaçla internet kullanımının serbestliğine ilişkin çeşitli olasılıklar değerlendirilecektir. Nihayet özel amaçla internet kullanımının iş ilişkisi bakımından muhtemel sonuçları incelenerek konunun aydınlatılması yoluna gidilecektir.

Anahtar Kelimeler: İşyerinde internet kullanımı, sanal kaytarma, iş dışı amaçlarla internet kullanımı, özel amaçla internet kullanımı.

ABSTRACT

The fact that the increasingly widespread technological tools become an extension of daily life also affects working life. These effects have positive sides as well as some negative sides. One of these negative effects is the private use of the internet by the workers in the workplace. Employees' private use of the internet is generally undesirable for employers. The employer may allow the employee or impose limitations on this issue. Limitations can be imposed through employment contract, collective bargaining agreement, workplace internal regulation, employer instructions and workplace practices.

Internet use for private purposes has various consequences for the employment contract. These results are generally; the penalty for deducting wages, various disciplinary penalties, the liability of the worker for the damage caused and the termination of the employment contract.

In this article, use of the internet for private purposes was explained after the necessary clarification on the contents of the concept. Subsequently; Various possibilities regarding the freedom of private use of the internet in the workplace will be discussed. Finally, the possible consequences of using the internet for private purposes in terms of business relations will be examined and the issue will be enlightened.

Keywords: Internet use at work, cyberloafing, internet usage for non-business purposes, internet use for private purposes.

* Serbest Avukat, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Yüksek Lisans Öğrencisi, e posta: av.osmanuyaroglu@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-3701-3441.

GİRİŞ

Çağın getirdiği teknolojik ve sosyal yeniliklerin ilk sıralarında, devasa bir bilgisayar ağı olan internet yer almaktadır. İnternetin kendisi, başlı başına bir yenilik olmasının yanı sıra üretkenliğe müsait olması, sanal teknolojilerin ve eşyaların internetinin geliştirilmesine hizmet etmesi yönüyle yenilikler doğurucu bir yapıya sahiptir. Gündelik hayatın birçok gereksiniminin kolay ve pratik olarak gerçekleşmesine hizmet etmesi sebebiyle, bireyler çeşitli sebeplerle internet ağına dâhil olmakta ve internet kullanımı giderek yaygınlaşmaktadır. Nitekim TÜİK verilerine göre Türkiye’de, 2018 yılında %72,9 oranında olan 16-74 yaş grubu hane halkı internet kullanımı, 2020 yılında %6,1 artarak %79,0 olmuştur¹.

İnternet, gündelik yaşantının birçok farklı alanında hayatın seyrine yön veren etkiler doğurmaktadır. İnternetin ortaya koymuş olduğu etkilerinin yansıdığı sahalardan birisi de şüphesiz ki çalışma hayatıdır. İşverenler işyerlerinde, çeşitli iş ve işlemlerin gerçekleşmesini temin etmek maksadıyla internet ağı kurmakta ve işçiler tarafından bu ağa dâhil olunmaktadır. 2020 yılı itibariyle ülkemizde on ve daha fazla çalışanı olan girişimlerin internete erişim oranı % 94,9 ; girişimlerin % 77,1’i internet sitesine veya mobil uygulamalara sahip durumda olup %11,6’sı ana işi bilişim teknolojileri olan ve bilişim sistemleri ve uygulamalarının kurulması, işletilmesi ve geliştirilmesi süreçlerinde görev alan bilişim uzmanı istihdam etmiştir².

İşverenlerin işin görülmesini temin etmek maksadıyla kurmuş olduğu ağlar, internetin sağladığı geniş yelpazedeki olanakların da sebebiyle işçilerin kötü niyetli kullanımına uğramakta ve özel amaçları için kullanıma maruz kalabilmektedir. İşçilerin işyerinde özel amaçları için internet kullanımlarının iş ilişkileri bakımından çeşitli etki ve sonuçları bulunmaktadır. Bu sonuçların en başında iş sözleşmesinin feshi gelmekle birlikte; iş sözleşmesinin kapsamı ve iş hukukunda feshin son çare olması ilkesinin de etkisiyle birlikte başkaca birtakım etkiler gündeme gelebilecektir.

I. İŞYERİNDE ÖZEL AMAÇLA İNTERNET KULLANIMI

A. Kavramlar

1. Bilgisayar

Bilgisayar kavramı ele alınacak olursa; bilgiyi depolayan ve işleyen, matematiksel veya mantıksal çok fazla miktardaki işlem kombinasyonlarını,

¹ Türkiye İstatistik Kurumu 27819 Sayılı 25.08.2020 tarihli haber bülteni, (Çevrimiçi): [https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Hanehalki-Bilisim-Teknolojileri-\(BT\)-Kullanim-Arastirmasi-2020-33679](https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Hanehalki-Bilisim-Teknolojileri-(BT)-Kullanim-Arastirmasi-2020-33679) , son erişim:26.12.2020

² (Çevrimiçi): <https://digitalage.com.tr/turkiyede-girisimlerin-yuzde-95i-internet-kullaniyor/>

hâlihazırda sistemsel kurgulanmış programlar doğrultusunda çözüme kavuşturan, adeta elektronik beyin olarak işlev gören araçların genel bir isimlendirme ile bilgisayar olduğu değerlendirilebilecektir³.

Bilgisayarın tarihçesi, Alman hukukçu Leibniz'in 1972 yılındaki ilk kez 4 işlem yapabilen hesap makinesi icadıyla başlamaktadır.⁴ 1920 yılında IBM'nin kuruluşu tamamlanarak 1930 yılından hesap makinelerinden daha iyi hesap yapmayı amaçlayan elektronik sayısal bilgisayarlar geliştirildi. 1950'li yıllarda programlama dilinde 2'li kod sistemine geçilerek hafızalama programları geliştirilmeye başlandı. 1970'li yıllarda ilk kişisel bilgisayarlar piyasaya sürülmeye başlandı. 1990'lara gelindiğinde ilk laptop (diz üstü) bilgisayarlar piyasa sunuldu. Ayrıca ilk akıllı telefon 1996 yılında IBM'nin ürettiği Simon Personal Communicator ile ortaya çıktı. 2001 yılına gelindiğinde Microsoft'un XP tablet adında tablet formundaki ilk bilgisayarı geliştirdi. Günümüzde akıllı saatler, internete bağlanan TV'ler, akıllı telefonlar, tabletler ve benzeri birçok nesnenin internet ağına dahil olmasıyla birlikte bilgisayar nitelemesi altında geniş bir ürün yelpazesi bulunmaktadır⁵.

2. İnternet

Bilgi gücü, günümüz dünyasında ve elbette gelecekte dünyada sürecektir. Yaşantıda kitleler yahut bireyler arası rekabette, yarışı önde sürdürmeyi belirleyen en önemli faktör olmuş ve olacaktır. Zira toplumlar ilkelikten medeniyete doğru ilerledikçe fiziksel gücün yerini bilginin verdiği güç doldurmaya başlamıştır. Dünya genelinde artan bu bilgi gereksiniminin sonunda insanlık internet kavramıyla tanışmıştır.

İnternet, bilgisayarları TCP/IP⁶ adlı protokol ile birbirine bağlanması sonucu ortaya çıkan ve herhangi bir sınırlaması yahut yöneticisi olmayan uluslararası bilgi iletişim ağıdır.⁷ Nitekim internet adreslerinin başında yer alan “www”

³ TDK (Çevrimiçi) Türkçe Sözlük, (Çevrimiçi): http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cdd74140e6187.92668263, Son Erişim: 16.05.2019, Oxford (Çevrimiçi) İngilizce Sözlük, ((Çevrimiçi)) : <https://en.oxforddictionaries.com/definition/computer> Son Erişim: 16.05.2019

⁴ Richard T.W. Arthur, Leibniz, Cambridge, Polity Press, 2014, (Çevrimiçi): https://books.google.com.tr/books?hl=tr&lr=&id=0qLHBAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT4&dq=leibniz+calculator&ots=EdQ_Qmh7rE&sig=_GfjDnltDJrr__7kV52FA9Vuf4&redir_esc=y#v=onepage&q=leibniz%20calculator%20machine&f=false Son Erişim: 16.05.2019

⁵ Aytekin İşman. “Bilgisayar ve Eğitim” , *Sakarya Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi*, Sayı 2, Ocak 2001, s.3-5

⁶ (Transmission Control Protocol/Internet Protocol) bilgisayarlar ile veri iletme/alma birimleri arasındaki etkinliği yürütülmesini sağlayarak bir yerden diğerine veri iletişimini olanaklı kılan pek çok veri iletişim protokolüne verilen genel addır.

⁷ TDK (Çevrimiçi) Türkçe Sözlük, (Çevrimiçi): http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&kelime=genel%20a%C4%9F&guid=TDK.GTS.5cdd440491f257.07388145 , Son Erişim: 16.05.2019

uzantısı “worldwide web” kelimesinin bir kısaltması olup dünya genelini kapsayan bir ağ bağlantısının adresine gidişte kullanılmaktadır.

İnternet, insanların her geçen gün artan “üretilen bilgiyi saklama, paylaşma ve ona kolayca ulaşma” ihtiyacını gidermek üzere ortaya çıkmıştır. İnternet, kendi içinde kat ettiği web 1.0’dan (monolog web), web 2.0’geçiş (interaktif web) aşamasıyla bilginin depolanmasını, bilgi paylaşımını, bilgiye ulaşım hızını artırmıştır. Nitekim günümüzde sıkça kullanılan e-mail, mesajlaşma, çeşitli telefon uygulamaları; web 2.0 teknolojisinin sonuçlarındandır. Bir sonraki aşama olan ve giderek belirginliğini daha da artıran web 3.0 (semantik web) teknolojisi ile birlikte yapay zeka da bu işlemlere dahil olmakta ve paylaşım yapılan bilginin şeklen değil içerik ve anlam olarak da denetlenmesi mümkün hale gelerek; en kısa zamanda en doğru ve ilgili bilgiye ulaşım sağlanmaktadır⁸.

Bilgiye ve bilişimsel teknolojiye olan ihtiyaç, bu alandaki ilk akla gelen kaynak olan internet kullanımının da artmasına kapı aralamıştır. Ocak 2019 itibarıyla dünya genelinde internet kullanıcı sayısı 4.38 milyar olup, dünya nüfusunun %56’sına tekabül etmektedir⁹.

3. İşyeri

İşyerinde özel amaçla internet kullanımının söz konusu olabilmesi için öncelikle fiilin gerçekleştiği mekânın işyeri olarak değerlendirilmesi ve bu anlamda işçinin işyeri sınırlarının tespit edilmesi gerekmektedir. Zira bazı hallerde asıl işyeri olmamasına rağmen işyerine dâhil olabilecek alanlardaki fiiller de işyerinde gerçekleştirilmiş olarak sonuç doğurabilecektir.

İşyeri kavramı İş Kanunu¹⁰ 2. maddesiyle; işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim olarak tanımlanmıştır. Bu tanımın kapsamına yine kanunda devam eden fıkrayla; işyerinde üretilen mal veya hizmet ile niteliksel bağı bulunan ve örgütlenen yerlerin ayrıca dinlenme, yemek, uyku, yıkanma, muayene, bakım beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi alanlar da dâhil edilmiştir. Madde metninde son olarak işyerinin eklenti ve araçlarla bir bütün olduğu hüküm altına alınmıştır¹¹.

İşyeri, asıl işyeri ile işyeri sayılan yerler olarak iki kısımdır. Asıl işyeri; işverenin asıl mal veya hizmet üretimini gerçekleştirdiği yerlerdir. İşyeri

⁸ (Çevrimiçi) <https://esmacalisir.com/2018/01/09/web-1-0-web-2-0-web-3-0-web-4-0-nedir-bu-web/> Son Erişim: 16.05.2019.

⁹ (Çevrimiçi): <https://wearesocial.com/uk/digital-2019> Son Erişim: 16.05.2019.

¹⁰ R.G., T.10.6.2003, S.25134

¹¹ Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, 31. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2018, s.58-59.

sayılan yerler; işin niteliği ve/veya yönetimi bakımından işyerine bağlı yerler, işin görülmesiyle dolaylı da olsa bağlantı içinde olan eklentiler, işin görülmesinde hizmet eden sabit veya hareketli canlı/cansız araçlardır.¹²

Konumuzla yakın ilişkisi bakımından uzaktan çalışmalarda, kişinin çalıştığı ev veya sair mekanların işyeri kapsamında dahil olup olmadığı üzerinde de ayrıca durulmalıdır. Uzaktan çalışma İş. K. m. 14/4'te; işçinin iş görme edimini evinde ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesine dayalı iş sözleşmesi olarak tanımlanmıştır. Evden çalışmanın, işyeri dışında gerçekleştirilmesi yönü, iş görmenin gerçekleşmesi için işverenin işçiye sağladığı bir kolaylıktır. Bu bakımdan evin, iş kazası anlamında bir işyeri olarak değerlendirilmemesi hakkaniyetin gereği ve işverenin özel hayat gizliği, konut dokunulmazlığı ilkeleri sonucu işçinin evinin denetleyememesinin bir sonucudur.¹³

Esas konumuzu teşkil eden işçinin özel amaçla internet kullanımı fiilinde; evin işyeri olup olmamasına yönelik kesin bir ayırımdan ziyade gerçekleştirilen fiilin ağırlığına göre bir saptama yerinde olacaktır. Zira uzaktan çalışmaya izin verilmesi; işveren bakımından örtülü olarak, kendisi için esas olanın belirlenen zaman dilimi içerisinde işin tamamlanmış olması olduğu ve işçinin bunu sağlaması halinde ona bir konfor alanının oluşmasına izin verildiği anlamına gelebilecektir. Bu durumda özel amaçla internet kullanımının iş sözleşmesine bir etkisinden de söz edilemeyecektir. Ancak özel amaçla internet kullanımı bu sınırı aşacak düzeyde; yani işlerin yürütümünü engelleyecek yahut işin görülmesinde beklenen özen ve hassasiyeti sekteye uğratacak düzeye ulaştığı takdirde bu kez; ev veya diğer mekânlar da tıpkı işyeri gibi değerlendirilecek ve işverenin işin görülmesi uğruna işçiye sağlamış olduğu konfor alanının suiistimalinden işçi lehine bir yoruma gidilemeyecektir.

4. İş Görme Amaçlı İnternet Kullanımı

İnternetin işyerinde kullanımının yaygınlaşması, çalışma hayatında teknolojinin giderek insan gücünün yerini almaya başlamasının ve buna paralel olarak bilişimsel teknolojilerin çalışma hayatında giderek daha fazla önem kazanmasının neticesidir. Nitekim işverenin işyeri ihtiyaçlarına yönelik olarak işin görülmesini temin etmek amacıyla, ayrıca iş bağlantıları sağlanmasına da

¹² Ercan Akyiğit, İş Hukuku, 11. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayınevi, 2016, s. 56-58; Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku, 24. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayınevi, 2019, s. 22-24,

¹³ Serdar Çoker, **Türk İş Hukuku Mevzuatında Uzaktan Çalışma** (Çevrimi): <https://www.mondaq.com/turkey/employee-benefits-compensation/923726/trk-304351-hukuku-mevzuat305nda-uzaktan-al305351ma#:~:text=Uzaktan%20%C3%87a1%C4%B1%C5%9Fma%2014.%20Maddenin%204,i%C5%9F%20ili%C5%9Fkisidir.%22%20%C5%9Eeklinde%20tan%C4%B1mlanm%C4%B1%C5-%209Ft%C4%B1r. Son Erişim:02.01.21>

hizmet etmek için işyerinde kurmuş olduğu internet ağı, rekabet edebilirliğin önemli bir gereğidir¹⁴. İşyerlerinde kullanılan bilgisayar, internet, e-mail, wi-fi , intranet gibi modern iletişim araç ve teknikleri; işin basit ve hızlı şekilde, işçilerle ve müşterilerle haberleşmede, karşılıklı gerekli belge-materyal değişiminde pratiklik kazandırmaktadır.

İşçinin internet kullanım amacının tespitinde esas alınması gereken husus, işçinin internet kullanımındaki niyetidir. İnternet kullanılmadan da görülebilecek bir iş için internet kullanımı yahut internetin daha az ilgili internet sayfasını kullanılması; internetin iş görme amaçlı kullanılmadığı anlamına gelmeyecektir. İşçinin internet ve bilgisayar iş görme edimini yerine getirmek niyetiyle ve bu kullanımın iş görme edimine yönelik muhtemel olumsuz etkilerini öngörmeksizin internet kullanımı; iş görme amaçlı internet kullanımı kapsamında değerlendirilebilecektir¹⁵.

Kimi özel durumlarda, işçi iş görmeden ziyade daha kişisel amaçlı internet kullanımında bulunabilmekte; ancak bu kullanım işten kaynaklı olarak ortaya çıkabilmektedir. İşçinin iş görmesi esnasında, iş görme saikiyle hareket ettiği ve fakat iradesinin aksi yönde dahi olsa internetin farklı sayfalarını ziyaret etmesi gibi durumlar özel amaçlı kullanım olarak değerlendirilemeyecektir.¹⁶ Bu bağlamda; işçinin, işyerinin yanan elektrik devresini tamir ettirmek için internette tesisatçı araştırması, fazla mesaiye kalacak olması durumunu eşine maille haber vermesi, müşterilerle ilişkilerini kuvvetli tutmak üzere maille günlük yazışmalar yapması, başka birimde çalışan bir işçinin karşılaştığı olumsuz bir durum üzerine, mobil telefonundan çevrimiçi mesajlaşma yoluyla meslektaş dayanışması çerçevesinde ileti göndermesi, işyerine kurulan yeni internet sistemi veya kullanılmaya başlanan yeni işyeri yazılımını öğrenmek maksatlı internette dolaşması, mesai saatleri içinde resmî dairedeki işlerini e-devlet üzerinden halletmesi, çocuğunun kazaya uğraması durumunda çevrimiçi telefon uygulamalarıyla telefonda görüntülü görüşme yapması gibi hallerin özel amaçlı kullanıma girmediği değerlendirilebilecektir. Sayılan örnekler, esasen başlı başına iş görme amaçlı kullanım olarak değerlendirilemeyecekken, anılan özel amaçların da işle ilgisi olması sebebiyle işten kaynaklı kullanıma girdiği ve böylece iş görme amaçlı kullanım altında yer alacağı değerlendirilmektedir¹⁷.

¹⁴ Zeki Okur “İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnternet’i Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişkinine Etkisi” **Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C:8, S:2, 2005, s.47 vd.

¹⁵ Okur , İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnternet’i Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişkinine Etkisi,s.50-51

¹⁶ Yusuf Yiğit, “İşyerinde İnternetin Özel Amaçlı Kullanımı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 18 ,Yıl 2010, S.2 ,s. 167-169.

¹⁷ Okur,”Yeni Teknoloji ve İş Hukuku”,Çimento İşveren,Yıl 2006,Mayıs,s.7.

5. Özel Amaçla İnternet Kullanımı

Özel amaçla internet kullanımı genel olarak; çalışma saatleri içinde şahsî amaçlar doğrultusunda internette gezinme suretiyle gerçekleştirilen, çalışma yerine keyfi tutumların sergilendiği iş görmeden uzak fiiller olarak tanımlanabilir. İnternetin özel amaçlı kullanımı kavramı, çeşitli kaynaklarda “*sanal kaytarma*”¹⁸, “*siber aylaklık*”¹⁹, “*iş dışı amaçlarla bilgisayar kullanımı*”²⁰ gibi terimlerle de ifade edilebilmektedir.

İşyerinde özel amaçla internet kullanımının işletme verimliliği üzerinde birtakım olumsuz sonuçları doğabilmektedir. Bu durumlara örnek olarak; güvenlik ihlalleri ve telif hakkı problemlerinin doğabilmesi, kaynakların israfı, üretkenlik kaybı, müşterilerde çeşitli sorunlar yaşanabilmesi, işletmenin yasal yükümlülüklerle karşı karşıya kalabilmesi halleri gösterilebilir²¹.

Özel amaçla internet kullanımı, mesai saatleri içinde masaüstü bilgisayar, laptop, tablet, akıllı telefon ve benzeri teknolojik araçlarla; masa başı bir işte çalışmasına yahut sürekli hareket halinde olmasına bakılmaksızın gerçekleştirilebilmektedir²².

Özel amaçla internet kullanımının farklı görünüşleri bulunmaktadır. Bu bağlamda; oyun oynama, sosyal medya araçları kullanma, mail alışverişinde bulunma, özel arkadaşlarıyla sohbet etme (chat),gazete, dergi v.b. haberleri okuyup yorum yapma, video izleme, çeşitli internet adreslerini ziyaret etme ve benzer amaçlar taşıyan fiiller özel amaçla internet kullanımı olarak değerlendirilebilmektedir²³.

Özel amaçla internet kullanımı iş hayatındaki etkileri bakımından iki ayrı grupta sınıflandırılabilir:

-“Önemli *tip sanal kaytarma*” (major)

- “Önemsiz *tip sanal kaytarma*” (minor)

İşçilerin gerçekleştirdiği özel amaçlı internet kullanımının, *genel davranış kurallarını aykırı ve işin yürütülüş ve işleyişine zarar verici, aksatıcı etkisinin*

¹⁸ Fatih Karcıoğlu/Ceyhun Serçemeli, “İşyerindeki Sanal Kaytarma Davranışları Hakkında Hukuki Bir Değerlendirme” ,**Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi**, Yıl: 6, Sayı: 86, Aralık 2018, s. 324

¹⁹ “Edip Özücü/Harun Yıldız,İşyerinde Kişisel İnternet ve Teknoloji Kullanımı: Sanal Kaytarma”,**Ege Akademik Bakış**,Yıl 2014, Cilt: 14, S. 1,s.100

²⁰ Fevzi Şahlanan, “İşyerinde İşverence Sağlanan Bilgisayarı İşle İlgisi Olmayacak Şekilde Kullanma - Haklı Fesih”, **Tekstil İşverenDergisi**, S.383,Yıl 2012, s. 3

²¹ Fatih Karcıoğlu/Ceyhun Serçemeli, **Sanal Kaytarma**, s. 326

²² Esra Çizmecı/Serkan Deniz, “Özel Sağlık Kuruluşlarında İş Dışı Amaçlarla İnternet Kullanımı” **Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi**, Yıl: 4, Sayı: 32, Kasım 2016, s. 213-224

²³ Mahmut Demir/Melek Tan,”İş görenlerin Demografik Özellikleri Ve Sanal Kaytarma Davranışı Arasındaki İlişki”,**Journal of TourismTheoryandResearch**,2018, s.40-56.

bulunduğu; yetişkin sitelerine erişim, online kumar oynama, yüksek boyutlu dosyalar indirme gibi faaliyetler önemli tip olarak nitelendirilecektir. Kişisel mail adresinden mail göndermek, gelen maili kontrol etmek, spor ve haber sitelerine girmek gibi daha tolere edilebilecek, kısa süreli, işin yürütülmesine olumsuz etkisinin görece daha az olduğu faaliyetler önemsiz tipe dâhil edilebilecektir²⁴.

II. ÖZEL AMAÇLA İNTERNET KULLANIMININ SINIRLARI

A. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu'nda²⁵ «İşçinin Borçları» başlığı altında yer alan m. 395'te işçiye yüklenilen işin bizzat görülmesi ve m. 396/1 ile işçinin yüklendiği işi yaparken özenli davranmasının ve işverenin hukuka uygun menfaatlerinin korumasının zorunlu olduğu esası getirilmiştir. TBK 396/2'de işverene ait makine, araç ve gereç, teknik sistem, tesis, taşıtları usulüne uygun ve özenli olarak ve özenli bir şekilde kullanma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu anlamda; işyerinde yer alan bilgisayarların, sağlanmış internet hizmetinin işçi tarafından özel amaçla kullanılmasının sözleşmede işçiye yüklenen işin görülmesi yükümlülüğüne aykırılık teşkil edeceği açıktır. Nitekim işçinin kendine ait telefonla, kendi mobil internetini kullanma suretiyle özel amaçlı internet kullanımları, anılan maddenin birinci fıkrasında işçiye yüklenen özenli iş görme borcuna da aykırı düşecektir. Dolayısıyla işçi, çalışma saatleri içerisinde iş görmekle yükümlü olduğundan; özel bir işiyle meşgul olamayacağı gibi söz konusu zaman diliminde özel amaçlı olarak interneti de kullanamayacaktır.

İşçinin işyerinde sunulan bilgisayar ve internet teknolojilerini mesleki amaçla kullanımı genel kuraldır. Bu anlamda işçi özel amaçla sunulan bu imkânları kullanma hakkına sahip olmadığı gibi işverenden de mesleki amaçlar gerektirmediği müddetçe bu imkânların sunulmasını talep etme hakkı bulunmamaktadır²⁶.

Yargıtay konuya ilişkin bir kararında, işverenin açıkça veya örtülü izni olmaksızın işyerinde internetin özel amaçlı olarak kullanımının “*kural olarak*” yasak olduğunu; bu yasağın ancak istisnai acil durumlarda ve işe ilişkin sebeplerden dolayı meşru bir şekilde delinebileceği esasını getirmiştir²⁷.

²⁴ Enver Özkalp/Ufuk Aydın/Seda Tekeli, “Sapkın Örgütsel Davranışlar ve Çalışma Yaşamında Yeni Bir Olgı: Sanal Kaytarma(Cyberloafing) Ve İş İlişkilerine Etkileri” **Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası S. Yıl**, s.24-25

²⁵ R.G., T.04.02.2011, S.27836

²⁶ Erdem Özdemir, “İnternet ve İş Sözleşmesi:Yeni Teknolojilerin İş İlişkisine Etkileri Üzerine”,**Sicil Dergisi**,Yıl 2008,S.10 ,s.18

²⁷ Yargıtay 9. HD , E. 2007/583 , K. 2008/5294 , T. 17.03.2008.

B. Özel Amaçla İnternet Kullanımına İzin Verilmesi

İşveren işyerinde özel amaçla internet kullanımını, yönetsel haklarının da neticesi olarak serbest bırakabilecektir. İşçinin üretken faaliyetlerde bulunmadığı zamanlarda, günlük sergilemeleri gereken işi tamamladıkları durumlarda, işçiye düşen iş yükünün aşırı oranda fazla olduğu işyerlerinde, diğer iş arkadaşlarını, müşterileri ve iş güvenliğini etkilemediği durumlarda ve işverence uygun görülen diğer durumlarda özel amaçla internet kullanımına müsaade edilmesi mümkündür. Sayılan hallerde, işyerinde özel amaçla internet kullanımının serbest bırakılması; işçinin yaratıcılığı ve bireysel performansını geliştirmesine, işe daha fazla odaklanarak dâhil olabilmesine de katkı sunacak ve işyeri verimliliğini artıracaktır²⁸. Şu halde iş sözleşmesini, işçiye iş gördürmek amacıyla akdeden işverenin; işçiye özel amaçla internet kullandırmasındaki gayenin işin görülmesine farklı yönlerden fayda sağlamak olduğu değerlendirilecektir. Bu durumda, işverenin vermiş olduğu iznin önemsiz tip sanal kaytarma grubuna giren özel amaçla internet kullanımı için geçerli olarak verildiği hususu rasyonel bir çıkarım olacaktır.

İşverenin işyerinde özel amaçla internet kullanımına izin vermesi açık veya örtülü bir şekilde olabilecektir. Eş deyişle işçinin özel amaçla internet kullanımı bakımından her koşulda açık bir izin verilmesi aranmayacak olup; örtülü olarak da izin verildiği durumlar söz konusu olabilecektir. Nitekim Yargıtay'ın bir kararında²⁹ işyerinde en az altı ay boyunca işveren tarafından özel amaçlı kullanımın fark edilmesine rağmen ses çıkarılmamış olması, örtülü izin olarak değerlendirileceği karara bağlanmıştır. Bir diğer kararında ise işverenin dinlenme odasında internet bağlantısı olan bilgisayarları işçilerin kullanımına tahsis etmesi de örtülü izin olarak görülmesi gerektiği görüşüne yer verilmiştir³⁰.

C. Özel Amaçla İnternet Kullanımının Sınırlanması

1. Genel Olarak

İşveren işyerinde çalışma şartlarını belirlerken yönetim hakkına dayanmaktadır. Yönetim hakkını elinde bulunduran işveren; işyerinde iş amaçlı tahsis edilen internet, bilgisayar, e-posta adresinin özel amaçla kullanımına izin vermeme yetkisine sahiptir. Esasında internet kullanımının bir insan hakkı olduğu tartışmasının yaşandığı günümüz dünyasında; işverenlerce işyerinde internet ve sosyal medya kullanımına ilişkin makul bir politika

²⁸ Lars Ivarsson, Patrik Larsson, "Personal Internet Usage at Work: A Source of Recovery", *Journal of Workplace Rights*, 2011/1, p.74-77

²⁹ Yargıtay 9. HD , E. 2007/583 , K. 2008/5294 , T. 17.03.2008.

³⁰ Yargıtay 9. HD , E. 2008/5836, K. 2009/29779, T. 03.11.2008..

geliştirilmesi ihtiyacı, bu yetkinin daha toleranslı bir tutumla kullanılmasını gerektirmektedir³¹.

İşverenin özel amaçlı kullanıma ilişkin getireceği yasaklama aksi belirtilmedikçe işyerinin tamamında geçen tüm zamanları kapsayacaktır. İşveren yönetim hakkının verdiği yetkiyle tasarrufta bulunurken özel amaçla kullanım yasağını daha dar da tutabilecektir. Yani işveren yasaklamayı; kullanımın belli zaman aralığında yapılmasının yasaklanması, belli kullanım şekillerinin yasaklanması, özel kullanım amaçlarında ayırım yaparak belli bir kısmının yasaklanması şeklinde yapabilme olanağını da elinde bulundurmaktadır.³² Esasında bu tür yasaklamada, yasaklanmayan alanlar için örtülü bir izin verildiği değerlendirilmektedir.

İşverenin özel amaçla internet kullanımını sınırlaması iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi, işyeri iç yönetmeliği, işyeri uygulamaları, işveren talimatları ile gereken şartların sağlanması yoluyla yapılabilmektedir. İş hayatı uygulamasında işverenlerin genellikle internet ve e-posta adresi kullanımı sınırlamasını konuya ilişkin çıkardığı iç yönetmelikler vasıtasıyla gerçekleştirmektedir.³³ İşverenin özel amaçla internet kullanımını kontrol etmesinde, izin verilen siteler kütüphanesi oluşturarak, geri kalan siteler bakımından genel bir kısıtlamaya gitmesi yolu da izlenebilecektir.³⁴

2. İş Sözleşmesi

İş sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen ve edimlerin birbirine karşılıklılık teşkil ettiği (sinallagmatik) sözleşmeler grubunda yer alır. Bireysel iş ilişkisinin temel dayanağını oluşturması itibarıyla, çalışma ilişkisinden doğan uyumsuzluklarda ele alınacak başlıca kaynak da iş sözleşmesi olacaktır. Taraflar kanunun emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla aralarındaki çalışma koşullarını kendilerini bağlayacak şekilde belirleme serbestisine sahiptir. İş Kanunu'nun 8. maddesinin 1. fıkrasına göre, iş sözleşmeleri; taraflardan birinin bağımlı olarak (işçi) diğer tarafın görülen işin karşılığı olarak ücret ödemekle yükümlü olduğu (işveren) akitler olarak tanımlanmıştır. İş sözleşmesi, işçi ile

³¹ Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, "Sosyal Medya Kullanımının İş Hukukundaki Etkileri", **PressAcademia Procedia**, Yıl 2018, S.7, s.375 (Çevrimiçi): <http://doi.org/10.17261/Pressacademia.2018.919>

³² Nağme N. Hozar, "Özel Amaçla İnternet ve E-Posta Kullanımının İş İlişkisine Etkisi", **Sicil Dergisi**, Yıl: 2007, S. 7, s.203

³³ Öktem Songu, Sezgi: "İşçilerin İşyerinde Özel Amaçlı İnternet ve E-Posta Kullanımına İşverenin Müdahalesi Üzerine Bir Değerlendirme," **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, Cilt I, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011, s.1068-1069

³⁴ Michael Hart, Ellen Temperton, "E-Mail And İnternet Use At Work", **Practical Law UK Practice Note Of Baker & McKenzie- London Office**, Year 2002. (Online) : [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/2-107-4386?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/2-107-4386?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1)

işveren arasında iş ilişkisi doğuran ve bu ilişkiyi düzenleyen, işçiye işverenin hizmetine girmeyi yükümlendiren, eşit iki tarafın iradelerinin birleştiği özel hukuk anlaşmasıdır. Şekil itibariyle iş sözleşmesi yazılı olarak yapılabileceği gibi sözlü olarak da yapılabilir³⁵.

Taraflar arasında yazılı iş sözleşmesi yapılarak işyerinde internetin özel amaçla kullanımına ilişkin sınırlayıcı düzenleme getirilebilir. Sözleşmenin yazılı yapılmadığı durumlarda İş K. m. 8/son hükmü uyarınca işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını içeren yazılı belge verme yükümlülüğü gereği verilecek evrakta internet kısıtlamalarına yer verilecektir³⁶. İşveren, işçinin işyerinde özel amaçla internet kullanımına ilişkin izin verme yahut yasaklama iradesini iş sözleşmesinde ortaya koyabilecektir.

3. Toplu İş Sözleşmesi

Toplu iş sözleşmesi işçi sendikası ile işveren sendikası yahut sendikaya üye olmayan işverenler arasında toplu düzeydeki iş ilişkilerini belirlemek üzere yapılan sözleşmedir. Toplu iş sözleşmeleri çok sayıda işçiye sözleşme hak ve yükümlülük bağlamında etkileyen iş sözleşmelerinde yer alan veya almayan genel nitelikte düzenlemeler içermektedir. İş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümleri bakımından toplu iş sözleşmesi hükümleri uygulama alanı bulacaktır.³⁷

Özel amaçlı internet kullanımına ilişkin düzenlemelere toplu iş sözleşmelerinde de yer verilebilir. İnterneti özel amaçla kullanıma ilişkin düzenlemelerin toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesinde ayrı ayrı bulunduğu durumlarda; 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu 36/1 maddesi uyarınca, iş sözleşmesindeki düzenleme toplu iş sözleşmesindeki hükme aykırılık teşkil ediyorsa, iş sözleşmesindeki hüküm değil, toplu iş sözleşmesindeki hükmün uygulanması gerekecektir. Ancak iş sözleşmesindeki yer alan hüküm işçinin lehine ise, o takdirde iş sözleşmesinde hükmünün uygulanması gerekir.³⁸

4. İşyeri İç Yönetmeliği

İşyeri iç yönetmeliği, işyerinde çalışmanın düzenlenmesine yönelik koşulları belirleyen, bütünsel bir biçimde işverence tek taraflı olarak önceden hazırlanmış ve işçiye işe girişte bildirilmiş metindir.³⁹ İş K. m. 22/1’de “iş

³⁵ Fahrettin Korkmaz/Nihat Seyhun Alp, **Bireysel İş Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayınevi, 2016, s.101; Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri,, s.81-82; Sümer, İş Hukuku, s.120-121.

³⁶ Yiğit, İşyerinde İnternetin Özel Amaçlı Kullanımı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi, s.173

³⁷ Ömer Ekmekçi, **Toplu İş Hukuku Dersleri**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s.169-171

³⁸ Yiğit, İşyerinde İnternetin Özel Amaçlı Kullanımı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi, s.173-174

³⁹ Emine Tuncay Senyen Kaplan, **Bireysel İş Hukuku**, 10. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi, 2019, s.

sözleşmesiyle veya *iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ...*” denilmek suretiyle iç yönetmeliklerin iş sözleşmesinin eki olduğu hususuna açıkça yer vermiştir. Bu itibarla madde devamında getirilen hüküm gereği, çalışma koşullarında getirilen esaslı değişiklikler işçi tarafından yazılı olarak altı iş günü içinde kabul edilmedikçe işçi tarafından bağlamayacaktır.⁴⁰ Buna paralel olarak TBK’nın genel hizmet sözleşmesi başlık bölümünde yer alan m. 399 düzenlemesiyle işverenin işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler getirebileceği esası getirilmiştir.⁴¹

Doktrinde işyeri iç yönetmeliklerinin yasal dayanakları arasına TBK m.20-25. maddeleri arasında düzenlenen genel işlem koşulları düzenlemesinin de dâhil edileceği hususuna dikkat çekilmiştir⁴². Gerçekten de, genel işlem şartlarının; bir sözleşme yapılırken düzenleyenin ileride fazla sayıda benzer sözleşmede kullanacağı maddeleri tek başına düzenlemesi unsurları, işyeri iç yönetmeliğinde bulunmaktadır.

Uygulamada, işverenler iş sözleşmesinin yapılması esnasında işçileri iç yönetmelikler hakkında bilgilendirmekte ve kabul ettiklerine ilişkin yazılı bir belge alınmaktadır. Nitekim bu yolun izlenmesi; işverenin internet kullanımına dair sınırlamaları veya müdahalesi hususunda işçinin rızasının alınmasını ve böylece bilgilendirilmesini sağlanmış olacaktır. İşçinin işe girdiği sırada işyerinde internet ve e-posta kullanımını kapsayan iç yönetmelikler yoksa ve fakat işveren daha sonra bu yönde bir düzenleme yapmak istiyorsa bu hususlar ancak işçinin kabulü ile bağlayıcılık kazanarak iş akdinin eki niteliğini alacaktır.⁴³

Konuya ilişkin Yargıtay’ın bir kararında⁴⁴ işe iade isteyen davacı banka çalışanı işe işçi iş saatlerinde işyeri bilgisayarında çeşitli zamanlarda oyun oynamış, internette alışveriş sitelerinde gezinmiştir. Davalı banka savunmasında bankanın oluşturduğu “Banka Etik Kuralları” başlıklı metinde yer alan; “doğruluk, dürüstlük güvenilirlik ve sosyal sorumluluk prensiplerine aykırı davranışlarda bulunmayacağı, bankaya ait varlıkları ve kaynakları verimsiz ve amaç dışı kullanmayacağı” kurallarına aykırı hareket nedeniyle sözleşmenin feshedildiği bildirilmiştir. Kararda bahsi geçen “Banka Etik Kuralları” iş sözleşmesinin eki sayılmış ve bunlara aykırılığın geçerli fesih sebebi teşkil

17; Çelik, İş Hukuku Dersleri, s. 117-118; Sarper Süzek, **İş Hukukunda İç Yönetmelikler**, AÜHFD, 1995, C. 44, S. 1-4, s. 183.

⁴⁰ Hamdi Mollamahmutoğlu, **İş Hukuku**, 3. Bası, Ankara, Beta, 2008, s.68

⁴¹ Sarper Süzek, **İş Hukuku**, 12. Basım, İstanbul, Beta, 2016, s.137

⁴² Ünal Narmanlıoğlu, **İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri**, Cilt 1, 5. Bası, İstanbul, Beta, 2014, s.36; Ertürk, Şükran; “Genel İş Koşulları Ve Genel İş Koşullarının Denetlenmesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 15, Sayı 0, Oca 2013, s.101.

⁴³ Sarper Süzek, “İş Hukukunda İç Yönetmelikler”, **AÜHFD**, Y. 1995, s.186 v.d.

⁴⁴ Yargıtay 9. HD, E. 2008/36305, K. 2009/12393, T. 04.05.2009.

edeceğinden bahisle davanın reddi kararı verilmiştir. Bu etik kurallar iş sözleşmesinin eki niteliğindedir. Anılan kararda yer banka etik kuralları işin ifası sırasında uyulması gereken kuralları belirleyen, işverence hazırlanmış, önceden işçilere tebliğ edilmiş ve belli bir işçiye yönelik olmaksızın genel olarak düzenlenmiş olması sebebiyle işyeri iç yönetmeliği niteliğindedir. Dolayısıyla bu kurallarla getirilen kısıtlamalar da iş sözleşmesiyle getirilmiş gibi hüküm doğurabilecektir, nitekim olayda işyeri iç yönetmeliğine aykırı davranışlar fesih sebebi olarak kabul görmüştür.⁴⁵

5. İşyeri Uygulamaları

Çalışma koşullarının şekillenmesindeki kaynaklardan bir diğeri işyeri uygulamalarıdır. İş kanunu m. 22 bağlamında, işyeri uygulamalarıyla oluşmuş çalışma koşulları bakımından doğacak değişikliklerin yazılı bildirimle yapılması zorunluluğu getirilmiştir. Bu yönüyle işyeri uygulaması adeta iş sözleşmesinin gizli hükümleri niteliğindedir. İşyeri uygulamasının çalışma koşulu haline gelmesinde; birtakım unsurların eklenmesi gerekmektedir. Gereken unsurlar sağlandığı takdirde, işverenin uygulamayı yaparken bunun bağlayıcı olmasını istemesi aranmaksızın, işyeri uygulamaları işveren için bağlayıcı sözleşme hükmü haline gelir.⁴⁶

İş sözleşmesine dönüşmüş bir işyeri uygulamasından bahsedilebilmesi için bu uygulamanın genel bir nitelik arz etmesi, eş deyişle bireysel olarak tek bir işçiye yönelik olmaması, tekrarlanması, edimin aynı koşullarda tekrarlanması ve fakat herhangi bir koşula bağlanmaması gerekmektedir⁴⁷. İşverence tek taraflı olarak başlatılan belirli günlerde ikramiye verilmesi, yakacak, giyecek lojman yardımı yapılması, çeşitli olanak ve kolaylıklar sağlanması gibi hususlar işyeri uygulamasına örnek olarak sayılabilecektir

İşverenin işyerinde internet kullanımı serbest bırakan yöndeki fiilleri işyeri uygulaması bağlamında çalışma koşulu haline gelebilecektir. Örneğin daha önceden işyeri otomasyonu haricinde hiçbir siteye erişimi mümkün olmayan işyeri bilgisayarlarının, erişim engelleyicilerinin işverence rica üzerine kaldırılıp bir daha getirilmemesi bu yönde bir fiil olarak değerlendirilebilecektir. İşçilere serbestçe başka internet sitelerine girebilmelerinin *sonradan ve bilerek* sağlanmış olması; işyerinde özel amaçla internet kullanımı serbestliğini çalışma koşulu haline gelmiş olacak ve işverence kendiliğinden değiştirilemeyecektir. Örnekte verilen durumun tam tersinin meydana gelmesi, yani işverence

⁴⁵ Gaye Burcu Yıldız, “İşçinin İş Saatleri İçinde Özel Amaçlı İnternet Kullanımının İş Sözleşmesinin Feshi Açısından Değerlendirilmesi”, Sicil, Yıl 2009, S.16, s.113-114

⁴⁶ Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat; İş Hukuku Dersleri, 30. Bası, Ankara, Beta Yayınevi, 2020, s.235.

⁴⁷ Korkmaz/Alp, *Bireysel İş Hukuku*, s. 48-49., Sarper Süzek, “İşyeri Uygulamaları”, *Kamu-İş İş Hukuku Ve İktisat Dergisi*, Yıl 1997 C.4 S.2, s. 151-154.

önceden **bilerek** serbest bırakılmış bireysel internet kullanımının; daha sonradan engellenmesi durumunda ise olumsuz işyeri uygulaması söz konusu olacaktır.

Verilen örneklerde taraflar arasındaki iş sözleşmesinin hâlihazırda sürüyor olması sebebiyle; işverenin izin vermiş olduğu özel amaçla internet kullanımının, işin görülmesine yönelik iradesinin sözleşmedeki baskın karakteri nedeniyle önemsiz tip sanal kaytarma olarak değerlendirilmesi gerekir.

Olumsuz işyeri uygulamasıyla işyerinde özel amaçla internet kullanımının yasaklanması bakımından Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun da iştirak ettiği görüşe⁴⁸ göre zımni kabul yeterli gelmemektedir. İlgili görüşün yer aldığı kararda işçinin görüşü alınmaksızın işverenin tek tarafı olarak ikramiyeye son vermesinin işyeri uygulamasıyla meydana gelebilmesinde zımni rızanın söz konusu olamayacağı, işçinin yazılı kabulünün aranması gerektiği, olumsuz işyeri uygulamasında rızanın yazılı olarak verilmesinin zorunlu olduğu kabul edilmiştir. Şu halde işçinin önemsiz tip sanal kaytarma grubuna giren özel amaçla internet kullanımında, önceden işyeri uygulamasıyla serbest bırakılmış özel amaçla internet kullanımının sonradan kaldırılabilmesi için; işçinin açık rızasının alınması gerekmektedir.

6. İşveren Talimatları

İşverenin talimatları, işverenin iş sözleşmesiyle kazanılan yönetsel olarak elinde bulundurduğu yetkilerin somut iş ilişkisine bir yansıması olarak ifade edilebilecektir. Dolayısıyla işverenin talimatları iş sözleşmesi temeline dayanmaktadır.⁴⁹ İşveren talimat verirken; kanun, iş sözleşmesi-toplu iş sözleşmesi ile sınırlı olarak yönetim hakkına sahiptir.⁵⁰ Zira yönetim hakkı iş koşullarını belirleyen unsurlar içinde son sıradadır. Bu bağlamda işveren talimatları; işin yürütülmesine, düzenine ve güvenliğine yönelik olarak işverenin iş sözleşmesinin getirdiği yönetim hakkına dayanarak verdiği ve işçinin de buna karşılık gelen sadakat borcuna bağlı olarak uymakla yükümlü olduğu yönetsel talimatlardır.⁵¹ İşverenin anılan kaynaklara aykırı olmamak kaydıyla vermiş olduğu talimatlar amaç yönünden işin yürütümüne ve işçinin işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlar; veriliş bakımından ise bireysel ve genel talimatlar olarak sınıflandırılabilir.⁵²

⁴⁸ Yargıtay HGK , E. 2012/-1166, K. 2013/279, T. 27.02.2013.

⁴⁹ Mollamahmutoğlu, **İş Hukuku**, s.73

⁵⁰ Ali Güzel /Deniz Ugan Çatalkaya , “İş Sözleşmesinin Uygulanmasında ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine” **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 20 , Sayı 1 , Oca 2014 , 65.

⁵¹ Senyen-Kaplan, **Bireysel İş Hukuku**, s. 19.

⁵² Savaş Taşkent, İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul, Met-er Matbaası,1981, s.155-157

D. Özel Amaçla İnternet Kullanımına Dair Düzenleme Bulunmaması

İşyerinde internetin iş saatleri içerisinde kişisel olarak kullanımının kısıtlanması yahut izin verilmesine yönelik olarak, yukarı sayılan iş sözleşmesini düzenleyen başlıkların hiçbirinde herhangi bir açıklık getirilmemiş olabilir. Bu durumlarda esas alınacak olan ölçüt, iş sözleşmesinin taraflara yüklediği yükümlülükler çerçevesinde şekillenmektedir. İş sözleşmesine göre işçi, işverene karşı iş görme ve bu işi gördüğü esnada özen göstermekle yükümlüdür. İşveren de buna karşılık olarak ücret ve diğer yan yükümlülüklerden sorumludur. İşçinin işyerinde özel amaçla bilgisayar kullanması öncelikle iş görme olarak değerlendirilemeyeceğinden bu durumun işçinin yükümlüklerinin bir ihlali olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yargıtay; işyerinde internet kullanımına dair bir sınırlama getirilmeyen uyuşmazlıkta işçinin gerçekleştirdiği özel amaçlı internet kullanımı fiilini sadakat borcuna aykırı değerlendirmiştir⁵³. Buna göre; iş için verilen telefon ve tahsis edilen internet hattının kullanılmasında önceden bir sınırlama öngörülmemesinin, işçinin iş amaçlı verilmiş olan telefon ve internet hattının kullanılmasında ki özen ve sadakat yükümlülüğünü ortadan kaldırdığı; işçinin bu imkânları iş amaçlı olarak kullanması asıl olduğu; iş amacının dışında kullanılması hoşgörü sınırlarını aştığı takdirde ve bu durumun süreklilik göstermesi halinde fesih için geçerli ve icabında haklı sebep oluşturabileceği kabul edilmiştir.

Yargıtay'ın bir başka kararında⁵⁴ işyerinde örtülü veya iş sözleşmesi ile açıkça internetin özel olarak kullanabileceğine dair izin yoksa işçi işyerinde özel amaçlı olarak internet kullanamayacağı esası getirilmiştir. Anılan kararda özel amaçla internet kullanımına ilişkin olarak bir düzenleme getirilip getirilmesinin, işçinin bu yasağı ihlali halindeki sonuçlarına yönelik olarak farklı sonuçları bulunduğu öngörülmüştür. Karara göre; işverenin açıkça yasaklamasına rağmen interneti özel amaçlı kullanmasında veya işçinin pornografik resimleri videoları işletmenin veri taşıyıcısına indirmesi ve yüklemesi hallerinde önceden ihtarla gerek olmaksızın iş sözleşmesi feshedilebileceği ifade edilmiştir. Buradan çıkarılan husus, önceden bir yasaklama bulunan hallerde gerçekleşen özel amaçla internet kullanımının ciddi bir ihlal olarak değerlendirilmesi gerektiğidir. Öyle ki; bu hallerde işveren doğrudan haklı fesih gerçekleştirebilecektir. Diğer taraftan belirleme olmasına bakılmaksızın özel amaçla internet kullanımının müstahcen siteye erişim gibi önemli tip sanal kaytarma grubuna girmesi halinde de ihtarsız fesih imkânı doğacağı esası getirilmiştir. Bu iki halin dışında bırakılan üçüncü bir hal ise

⁵³ Yargıtay 22. HD., E. 2011/6479 K. 2012/11727 T. 29.5.2012

⁵⁴ Yargıtay 9. HD. , E. 2007/27583 K. 2008/5294 T. 17.3.2008.

önemsiz tip sanal kaytarmanın, herhangi bir açık yasaklama bulunmadan gerçekleştiği haldir. Karardan çıkarılan sonuca göre bu halde öncelikle ihtarda bulunulmasının esas olduğu yorumu yapılabilecektir.

Yukarıdaki Yargıtay içtihatları doğrultusunda; özel amaçla internet kullanımının açıkça yasak olmadığı hallerde dahi işçi tarafından ihlal edilmemesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. Bu ihlalin, İş K. 25/II f bendinde yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç teşkil etmesi haline bağlanan sonuç, iş sözleşmesinin işveren tarafça haklı sebeple feshedilebilmesi imkânıdır. Özel amaçla internet kullanımı, işçinin iş görme yükümlülüğünün ihlalidir. Şu halde; İş K. 25/II, h ve ı bentleri doğrultusunda, yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi, işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması hallerinde de işverenin haklı fesih imkanı doğacaktır.

III. ÖZEL AMAÇLA İNTERNET KULLANIMININ İŞ SÖZLEŞMESİ ÜZERİNDEKİ MUHTEMEL SONUÇLARI

A. Genel Olarak

İşyerlerinde internetin iş saatleri içerisinde kişisel olarak kullanımının kısıtlanması yahut tamamen yasaklanması hususu işverenin inisiyatifinde olan bir durumdur. İşyeri bilgisayarların özel amaçlı olarak kullanılmasına işverenin açık veya örtülü izni yoksa bu durum iş akdinin işveren tarafından haklı nedenle feshine neden olabilecektir. İşyerinde özel amaçla internet kullanımı faaliyetleri nedeniyle iş akdinin feshedilmesi mümkün olmakla birlikte; “feshin son çare olması ilkesi” gereğince, işverenlerin fesihten kaçınma olanağının bulunup bulunmadığı da önem arz etmektedir.

İşçinin işyerinde özel amaçla internet kullanımının; işçinin ücretinde kesintiye gidilmesi, diğer çeşitli disiplin cezalarının uygulanması, verilen zarardan işçinin sorumlu olması veya durumun özelliğine ve gerekli şartların oluşmasına göre iş sözleşmesinin haklı ya da geçerli feshi imkânı doğurması gibi sonuçları bulunmaktadır. İş K. m. 25/II’nci fıkrasının h bendi, işçinin yapmakla görevli bulunduğu görevleri, kendisine *hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesini* haklı fesih nedeni olarak kabul etmektedir. Buna karşılık, İş Kanunu’nun gerekçesine göre, işçinin “*işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmesi*” geçerli fesih nedenidir. İşçinin görevini uyarıya rağmen hiç yerine getirmemesi durumunda işveren iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilecektir. İşçi, iş görme edimini

eksik, kötü, yetersiz bir biçimde yerine getirirse işveren süreli, geçerli fesih hakkını kullanabilecektir.⁵⁵

B. Ücret Kesme Cezası

Ücret kesme cezaları İş K. m. 38 ile düzenlenmiştir. Ücret kesme cezalarına ilişkin olarak kanun koyucu, cezanın verilmesine ilişkin diğer disiplin cezalarından ayrı olarak sınırlama getirmiştir. Bu bağlamda mezkûr maddede iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmesinde belirtilen sebeplerin dışında işçiye ücret kesme cezası verilemeyeceği esası getirilmiştir. Yani işveren, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesinde ücret kesme cezasına ilişkin düzenleme yer almadıkça; işyeri iç yönetmeliğiyle, talimatla yahut sair yollarla işçiye ücret kesme cezası veremeyecektir⁵⁶.

Ücret kesme cezası bir ayda iki gündelikten veya parça başına yahut yapılan iş miktarına göre verilen işlerde iki günlük kazançtan fazla olamayacaktır. Kesilen ücretler İş K. m. 38/3 doğrultusunda, işçilerin eğitimi ve sosyal hizmetleri için kullanılmak üzere Aile, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı hesabına yatırılacaktır.⁵⁷

İşçinin özel amaçla internet kullanımına ilişkin işverenin iş sözleşmesi yahut toplu iş sözleşmesi hükümleriyle ücret kesme cezası öngörülmesi durumunda kanunda belirtilen sınırlar dâhilinde ücret kesintisi yapılabilecektir. Nitekim yukarıda belirtildiği üzere iç yönetmelik, talimat, işyeri uygulaması gibi sair iş hukuku kaynaklarıyla özel amaçla internet kullanımına ücret kesme cezası öngörülmesine imkân tanınmamıştır. Ancak diğer disiplin cezaları bakımından böyle bir kısıtlama getirilmemiş olup aşağıda konuya ilişkin hususlara değinilecektir.

C. Diğer Disiplin Cezaları

İş hukuku işverene belli durumlarda disiplin cezası verme yönünde yetki tanımıştır. Disiplin cezalarına ilişkin olarak iş mevzuatında genel bir düzenleme olmamakla birlikte özel birtakım düzenlemelerle⁵⁸ disiplin cezası düzenlenmiştir. Kanunda düzenlenmeyen diğer disiplin cezaları bakımından iş hukuku genel ilkeleri çerçevesinde değerlendirme yapılacaktır. Bu bağlamda işçiye disiplin cezası verilebilmesi için ilk aranacak koşul bu konuda bir düzenlemenin yapılmış olmasıdır. Bunun yanı sıra, belirlenen disiplin cezalarının işçiyi bağlayabilmesi için disiplin cezasının işyeri iç yönetmeliği

⁵⁵ Yargıtay 9. HD , E. 2008/5836, K. 2009/29779, T. 03.11.2008.

⁵⁶ Narmanlıoğlu, **İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri**, s.316

⁵⁷ Süzek, **İş Hukuku**, s.434

⁵⁸ Bkz. "Ücret Kesme Cezası" başlıklı bölüm

kapsamına dâhil edilmiş yahut iş-toplu iş sözleşmesiyle getirilmiş ve işçiye bildirilmiş olması aranacaktır.⁵⁹ Getirilecek disiplin cezası bakımından işyeri düzenini sağlama amacının bulunması ve ceza verilebilmesi için işçinin kusuru bulunması gerekmektedir. Ayrıca uygulanacak disiplin cezası işçinin kusuru ile ölçülü olmalıdır. ⁶⁰ Örneğin işçinin özel yaşamına dair olarak öngörülebilecek bir disiplin cezası, her halükarda ölçüsüz olması sebebiyle verilemez. Nitekim 22. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu bir kararda bu hususa ilişkin prensipler de aşağıda yer verildiği gibi açıklanmıştır⁶¹:

“İşveren, iş sözleşmesine aykırı davranışta bulunan işçiye yaptığı eylemle orantılı bir yaptırım uygulamalıdır. *Yapılan eylemle orantılı olmayan ve ölçüsüz olarak nitelendirilebilecek bir yaptırım mazur görülemez...* Ölçülülük ilkesi uyarınca, uygulanacak önlem, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalı bir başka anlatımla tedbir uygun olmalı, *ulaşılmak istenen amaç açısından gerekli olmalı ve uygulanacak tedbirin sonucu olan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç, ölçüsüz bir oran içerisinde bulunmamalıdır.*”

İşçilerin işyerinde özel amaçla internet kullanımı durumuna karşı; işyeri iç yönetmeliği, iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yoluyla disiplin cezası öngörülmesi, anılan koşulların sağlanması halinde işveren bakımından mümkün olarak değerlendirilmektedir. Her ne kadar kanunda düzenlenmesi de işveren; uyarma, kınama, işin ve işyerinin değiştirilmesi, çalışma saatlerinin değiştirilmesi, geçici işten uzaklaştırma, rütbe indirimi, işten çıkarma v.b. yaptırımları disiplin cezası olarak öngörme ve işçinin özel amaçla internet kullanımı fiiliyle ölçülü olarak bu cezaları tatbik etme imkânına sahiptir.

D. İşçinin Verdiği Zarardan Sorumlu Olması

İşçinin zararlardan sorumluluğu bakımından; TBK m. 400 hükmüyle işçinin *kusuruyla* vermiş olduğu bütün zararlardan sorumlu tutulması esası getirilmiştir. İş görme borcuna aykırı davranışı sonucunda zararın doğmuş olması işverenin bu zarar karşılığında ayrıca tazminat talep etmesi açısından önem taşır⁶².

İşçinin iş görme yükümlülüğüne aykırı olarak özel amaçlı internet kullanımından doğan tüm zararlar, işveren tarafından işçiden istenebilecektir. Bu zararların kapsamına, işçinin özel amaçlı internet kullanımı sebebiyle, bilgisayara virüs bulaştırarak bilgisayarın arızalanması, sistemin hata vermesi,

⁵⁹ Korkmaz/Alp, **Bireysel İş Hukuku** s. 60.

⁶⁰ Sarper Süzek, “İş Hukukunda Disiplin Cezaları” ,Çalışma ve Toplum, 2011/1 ,Sayı 28,s. 10-12

⁶¹ 9. HD., E. 2017/12882 K. 2019/14618 T. 1.7.2019

⁶² Burcu Yıldız, “İşçinin İş Saatleri İçinde Özel Amaçlı İnternet Kullanımının İş Sözleşmesinin Feshi Açısından Değerlendirilmesi” ,**Sicil**,Yıl 2009,S.16,s.113-114.

çökmesi, sistemin yeniden kurulana kadar geçen zaman ve kaçırılan işler, internete bağlanma ücreti, yapılan indirmelerle internet kotasının doldurulması sonucu internet faturasına yansıyan ekstra maliyet, korsan yazılımların kullanılması yüklenmesi sonucu işverene yüklenen mali külfetler gibi zarar kalemleri girebilecektir. Tüm bu uğranılan zararlara ilişkin talebin dayanağı, haksız fiil olabileceği gibi, işçinin sözleşmeyi gereği gibi ifa etmemesinden dolayı sözleşmeye aykırılık da olabilecektir⁶³.

E. Özel Amaçlı İnternet Kullanımı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi

1. Geçerli Sebep Fesih

Sözleşmesel ilişkilerin dayanak noktası olan borçlar hukuku genel prensipleri çerçevesinde, sözleşmenin feshi için herhangi bir sebep aranmamaktadır. Ancak sebepsiz fesih yapabilme imkanı taraflardan birinin korunması gerektiren bir hukuki ilişki olan iş sözleşmesinde kanuni düzenlemelerle sınırlandırılmıştır⁶⁴. İş K. m. 18 ile birlikte otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin iş sözleşmesinin sonra erdirilmesi için geçerli sebep koşulu aranmıştır. Bu kapsamdaki işçiler iş güvencesi kapsamındaki işçi olarak nitelendirilmektedir. İş güvencesi kapsamında yer almayan işçiler bakımından herhangi geçerli neden koşulu olmamakla birlikte İş K. m. 17/6'da iş güvencesi kapsamında değerlendirilmeyen işçilerin iş sözleşmesinin feshinde işverenin fesih hakkını kötüye kullandığı durumlarda bildirim tazminatının üç katı miktarda tazminat ödeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bu bağlamda bu işçiler bakımından her ne kadar geçerli sebep koşulu aranmayacaksa da, işveren kötü niyetle iş sözleşmesini feshettiği takdirde tazminat yaptırımıyla karşı karşıya kalacaktır.

İş sözleşmesinin geçerli sebeple feshine gelindiğinde; özel amaçla internet kullanımının fesih sebebi olması noktasında değinilmesi gereken husus iş sözleşmesinde iş saatleri içerisinde internet kullanımını sınırlayan bir hükmün var olup olmadığıdır. Eğer işveren iş sözleşmesine internet ve sosyal ağların kullanımını kısıtlayan bir hüküm koymuş ise, bu hükmün işçi tarafından ihlali işveren için geçerli bir fesih hakkı oluşturabilecektir. Geçerli fesih hakkının kullanılmasında ilkin işçinin bu duruma ilişkin ihtar edilmesi; durumun yinelenmesi halinde ise işçinin savunması alındıktan (İş K., m.19) sonra, fesih sebebi açık ve kesin bir şekilde yazılı olarak bildirilerek iş ilişkisinin sona erdirilmesi söz konusu olabilmektedir⁶⁵. İhtar vermek geçerli sebeple fesihte

⁶³ Zeki Okur, **Yeni Teknoloji ve İş Hukuku**, s.16-17

⁶⁴ Gülsevil Alpagut, "İş Sözleşmesinin Feshedilmesinde Haklı-Geçerli Neden Ayırımı ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", **Sicil Dergisi**, Yıl 2006, S. 1, s. 71

⁶⁵ Enver Özkalp, Ufuk Aydın, Seda Tekeli, **Sanal Kaytarma**, s. 30

zorunlu olmamakla birlikte, feshin son çare olma ilkesi olması dolayısıyla ihtar çekildikten sonra yinelenen fiillerde geçerli fesih yoluna gidilmesi işveren bakımından daha hukuki emniyete sahip bir yöntem olacaktır.

İşverenin geçerli sebeple fesihte bulunabilmesinde, işçinin iş görme borcuna aykırı davranışı sonucunda zararın doğmuş olmasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır⁶⁶. Zira işçi, iş sözleşmesinde kendisine yüklenen edimler dikkate alındığında; iş güvenliğini tehlikeye düşürmemek, mal ve tesisata zarar vermemek için gereken özenle ve dikkatle çalışmak zorundadır. Aksi durumda işçinin borcunu gereği gibi ifa etmediği belirtilmektedir.

Geçerli feshe ilişkin sebepler, özel amaçla internet kullanımı bakımından; işçinin davranışından ve yetersizliğinden kaynaklı olarak gerçekleşebilecektir. İşçinin yetersizliği hususu, işyerinde özel amaçlı internet kullanımının serbest olduğu halde işçi özel amaçlı internet kullanımı sebebiyle ortalama benzer işçinin veriminden daha az verimle çalışması ve böylece iş akış ve ortamının olumsuz etkilenmesi halinde söz konusu olacaktır. İşçinin davranışından kaynaklanan geçerli sebepler ise işçinin internet kullanarak işverene zarar vermesi yahut zarar verme tehlikesi yaratması, iş arkadaşlarını psikolojik veya davranışsal olarak rahatsız etmesi, iş akışını ve ortamını olumsuz etkileyecek şekilde internet ve bilgisayar kullanması hallerinde ortaya çıkacaktır⁶⁷.

Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda iş amaçlı bilgisayarın mesai saatleri içerisinde internet alışverişi ve oyun sitelerine çok sayıda girilmesinin iş görme edimine aykırılık teşkil ettiğini ve bu sebeple işverenin iş sözleşmesini, geçerli sebep olan işçinin davranışlarından kaynaklanan sebeple feshedebileceği belirtilmiştir.⁶⁸ Ancak Yargıtay'ın bir başka kararında işverenin iş sözleşmesini feshedebilmesi için işyerinde bilgisayarın özel amaçla kullanımının yasaklanması ve yasağa aykırı kullanımlar sebebiyle savunma alınması gerektiği, geçerli feshin sebebinin işten ayrılış bildirgesiyle de tutarlı olması gerektiğine yer verilmiştir⁶⁹.

2. Haklı Sebeple Fesih

İşçinin işyerinde özel amaçla internet kullanımı davranışı, İş Kanunu 25/II'de düzenlenen işverenin haklı sebeple feshi türlerine girdiği hallerde, işverenin iş sözleşmesini haklı sebeple fesih imkanı doğacaktır. Haklı fesih imkanının kullanılmasına ilişkin olarak İş K. m. 26 uyarınca işveren, ahlak ve iyi niyete uymayan hale giren davranışı öğrenmesinden itibaren altı iş günü ve her halde

⁶⁶ Burcu Yıldız, "İşçinin İş Saatleri İçinde Özel Amaçlı İnternet Kullanımının İş Sözleşmesinin Feshi Açısından Değerlendirilmesi", *Sicil Dergisi*, Yıl 2009, S.16, s.113-114

⁶⁷ Hozar, Özel Amaçla İnternet ve E-Posta Kullanımının İş İlişkisine Etkisi, 204-205.

⁶⁸ Yargıtay 9. HD , E. 2008/36305, K. 2010/12393, T. 04.05.2009.

⁶⁹ Yargıtay 9. HD , E. 2015/4048, K. 2016/14121, T. 13.06.2016.

fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl içinde kullanabilecektir. Ancak işçinin olayda maddi çıkar sağlaması halinde bir yıllık süre uygulanmayacaktır.

Özel amaçla internet kullanımının haklı fesih sebebi teşkil edebileceği İş K. m 25'te sayılan haller şu şekildedir:

- İş K. 25/II/b İşçinin, işveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf etmesi veya davranışlarda bulunması yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması.
- İş K. 25/II/d İşçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması, işyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde almış olarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması
- İş K. 25/II/e İşçinin, işverenin güvenliğini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması.
- İş K. 25/II/f İşçinin, işyerinde, yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç işlemesi.
- İş K. 25/II/h İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi.
- İş K. 25/II/ı İşçinin kendi isteği veya savaşması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması.

Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararında⁷⁰, işçi internet vasıtasıyla yazışmış (sohbet ettiği), ve bu yazışmaların dökümleri sunularak iş sözleşmesi haklı nedenlerle fesih edilmiştir. Sunulan kayıtlar işyeri müdürünün ve davacı işçinin rızasıyla söz konusu bilgisayardan yedekleme yoluyla alınmış ve bu husus tutanakta teyit edilmiştir. Kararda, anılan mesaj içeriklerinin işveren ve diğer işçiler hakkında şeref ve haysiyet kırıcı, hakaret içeren ifadeler içermesi, işverence sağlanan güvenin kötüye kullanılması ve işlerin savaşılması nedeniyle İş K. 25/II/b bendi ve diğer bentler uyarınca iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinin yerinde olduğuna kanaat getirilmiştir.

Yargıtay'ın bir kararında işyerinde kullanıma tahsis edilen bilgisayarı kullanarak sosyal paylaşım sitesinde işyeri çalışanları hakkında sataşma niteliğinde yazışmalar yazan işçinin açtığı davada; işçinin taleplerinin reddine karar verilerek işveren tarafın davaya ilişkin iş sözleşmesinin haklı sebeple fesihte (İş K. 25/II/d) bulunulduğu iddiasının kabulüne karar verilmiştir⁷¹.

⁷⁰ Yargıtay 9. HD , E. 2009/41850, K. 2010/36828, T. 09.12.2010.

⁷¹ Yargıtay 9. HD , E. 2012/11150, K. 2014/28132, T. 25.09.2014.

İşçinin interneti kullanarak işverenin mesleki sırlarını yayması ve varsa internet şifresini üçüncü kişilerle paylaşması fiilleri haklı fesih sebebi olacaktır⁷². Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bir kararına⁷³ konu uyuşmazlıkta, işyeri bilgisayarında; çalışan tarafından şahsi mimari proje çizimi ve sohbet içerikli yazışmaları bulunmuş ayrıca; işveren aleyhine başkaca bir firma ile ilgili kayıtlar ortaya çıkmış ve çalışanın buna ilişkin bir açıklama getirememiştir. Anılan durum neticesinde işveren, 25/II. fıkra e bendinde yer alan güveninin sarsılması haklı nedeniyle iş sözleşmesini feshetmiştir. feshedilmesi söz konusu olmuştur. Yargıtay kararında bahsi geçen davranışlar; doğruluk ve bağlılığa aykırı davranışlar olarak nitelenmiştir.

İşyerinde internet kullanımının özel amaçla yapıldığı durumlarda, devletin ve ülkenin bölünmez bütünlüğünü zedeleyici ve anayasal düzene aykırı sitelere girilmesi ve bu sitelere bilgi yollanması haklı fesih sebebi teşkil edecektir⁷⁴. Yargıtay'ın bir kararında internet kullanımının açıkça yasaklanmasına rağmen yapılması durumunda ihtara gerek kalmadan feshedilebileceği hususu belirtilmiştir. Aynı karar metninde işçinin pornografik resim ve videoları işletmenin veri taşıyıcısına indirmesi halinde bu durumun bilgisayarda iz bırakacağını, uzman üçüncü kişilerce kolayca fark edilerek işverenin kamuoyundaki namının zarar göreceğinden bahisle bu durumun da bildirimsiz (haklı sebeple) feshe olanak tanıdığı hususu belirtilmiştir⁷⁵.

İş K. m. 25 II'nci fıkra h bendi kapsamında Yargıtay, işçinin görevini uyarıya rağmen hiç yerine getirmemesi durumunda işveren iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebileceğine karar vermiştir. Ancak işçinin iş görme edimini eksik, kötü, yetersiz bir biçimde yerine getirdiği durumların geçerli feshe sebep teşkil edeceğine karar vermiştir⁷⁶.

İşverenin İş K. m. 25/II/ı uyarınca iş sözleşmesini haklı sebeple fesihte bulunabilmesinde, işçinin iş görme borcuna aykırı davranışı sonucunda doğmuş olan zararın işçinin otuz günlük ücretini aşması aranacaktır⁷⁷. Bu bağlamda çalışanın şirket bilgisayarlarına virüs bulaştırarak sistemin çökmesine veya yavaşlamasına yol açması ve bunun neticesinde ortaya çıkacak zararın otuz günlük ücret tutarıyla ödeyemeyecek seviyede olması haklı fesih sebebi teşkil edecektir⁷⁸.

⁷² Hozar, Özel Amaçla İnternet ve E-Posta Kullanımının İş İlişkisine Etkisi,s. 204

⁷³ Yargıtay 9. HD , E. 2010/7298, K. 2012/15875, T. 07.05.2012.

⁷⁴ Hozar, Özel Amaçla İnternet ve E-Posta Kullanımının İş İlişkisine Etkisi,s. 204

⁷⁵ Yargıtay 9. HD , E. 2007/583 , K. 2008/5294 , T. 17.03.2008.

⁷⁶ Yargıtay 9. HD , E. 2008/5836, K. 2008/29779, T. 03.11.2008.

⁷⁷ Burcu Yıldız, “İşçinin İş Saatleri İçinde Özel Amaçlı İnternet Kullanımının İş Sözleşmesinin Feshi Açısından Değerlendirilmesi”,**Sicil**,Yıl 2009,S.16,s.113-114

⁷⁸ Hozar, Özel Amaçla İnternet ve E-Posta Kullanımının İş İlişkisine Etkisi,s. 204

Haklı sebeple gerçekleştirilen ve fakat haklı fesih yoğunluğuna ulaşmayıp da geçerli feshin usul şartlarını içeren fesihler bakımından Yargıtay uygulamasında Medeni Usul Hukuku anlamında tahvil işlemi uygulanarak feshin geçerli sebeple yapılan bir fesih olarak kabul edilmesi mümkün olabilmektedir⁷⁹.

SONUÇ

Özel amaçla internet kullanımı; işçinin interneti iş ilişkisinin tamamen dışındaki bir niyetle, işyerinde gerek işyeri bilgisayarı gerekse internet bağlantısı kurabilen diğer donanımsal teknik araçlarla internette gerçekleştirdiği bir fiil olmak suretiyle işçinin iş görme borcuna ve işin özenle yerine getirilmesi borcuna aykırılık teşkil etmektedir. Ancak kural olarak yasak olan bu fiilin işverenin yönetme hakkı çerçevesinde gerek açık gerekse örtülü bir şekilde izinle serbest bırakılması imkân dâhilindedir.

İşverenin işyerinde özel amaçla internet kullanımını yasaklayabilmesinde; iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi, talimatlar, işyeri uygulaması, işyeri iç yönetmeliği gibi çeşitli imkânlar vardır. Anılan bu imkânlar kullanılarak işyerinde özel amaçla internet kullanımının yasaklandığı durumlarda, yasağın ihlalinin birtakım sonuçları bulunmaktadır. İşyerinde özel amaçla internet kullanımının sonucuna ilişkin ilk öne çıkan kavram her ne kadar fesih gibi görünse de; işveren bakımından fesih dışında başkaca yaptırım olanakları da mevcuttur. Yasaklanmasına rağmen gerçekleştirilen özel kullanımlar karşısında; işveren, ilgili şartların doğmuş olması koşuluyla işçiye uyarma, kınama, çalışma ortamını değiştirme vb. türlerde disiplin cezası verebileceği gibi özel bir disiplin cezası olarak öngörülmüş olan ücret kesme cezası da verebilecektir. Ayrıca işverenin özel amaçlı internet kullanımından zarara uğraması halinde bu zararlarını yargısal yoldan tazmin ettirme hakkı da bulunmaktadır.

İşçinin işyerinde özel amaçla kullanımı durumunda; kullanımın niteliğine göre değişmekle birlikte, işverenin iş sözleşmesini feshetme imkânı bulunmaktadır. İş Kanunu bağlamından öngörülen iki fesih hali olan süreli fesih ve haklı fesih imkânları karşısında, hangi hükümlere göre iş sözleşmesinin feshedileceği hususu somut yaşam olayında işçinin gerçekleştirmiş olduğu ihlalin boyutuna, işverenin özel amaçla kullanımı yasaklamasında göstermiş olduğu açıklığına ve olayda vuku bulan diğer yaşamsal olgulara bakılarak belirlenecektir. Nitekim ihlalin boyutunun ileri boyutta olmadığı uyuşmazlıklar bakımından, *feshin son çare olması* ilkesi bağlamında işverenin gerekli uyarma adımlarını gerçekleştirerek iş sözleşmesini feshetmesi mümkün olacaktır.

⁷⁹ Gaye Burcu Yıldız, “İşçinin İş Saatleri İçinde Özel Amaçlı İnternet Kullanımının İş Sözleşmesinin Feshi Açısından Değerlendirilmesi”, **Sicil Dergisi**, S.16 s.110-119.

KAYNAKLAR

- Akyiğit, Ercan; İş Hukuku, 11. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayınevi, 2016, s. 56-58.
- Alpagut, Gülsevil; “İş Sözleşmesinin Feshedilmesinde Haklı-Geçerli Neden Ayırımı ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, Sicil Dergisi, Yıl 2006, S. 1.
- Arthur, Richard T.W.; Leibniz, Cambridge, Polity Press, 2014.
- Çelik, Nuri; İş Hukuku Dersleri, 31. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2018
- Çizmeçi, Esra/ Deniz Serkan, “Özel Sağlık Kuruluşlarında İş Dışı Amaçlarla İnternet Kullanımı” Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 32, Kasım 2016.
- Demir, Mahmut/Tan, Melek; “İş görenlerin Demografik Özellikleri Ve Sanal Kaytarma Davranışı Arasındaki İlişki”, Journal of Tourism Theory and Research, 2018.
- Ekmekçi, Ömer; Toplu İş Hukuku Dersleri, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Ertürk, Şükran; “Genel İş Koşulları Ve Genel İş Koşullarının Denetlenmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Sayı 0, Ocak 2013, 81 – 118.
- Gümrükçüoğlu, Yeliz Bozkurt; “Sosyal Medya Kullanımının İş Hukukundaki Etkileri”, PressAcademia Procedia, Yıl 2018, S.7.
- Güzel, Ali/Ugan Çatalkaya, Deniz; “İş Sözleşmesinin Uygulanmasında ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 20, Sayı 1, Oca 2014, 17 – 66.
- Hart, Michael, Temperton Ellen; “E-Mail And İnternet Use At Work”, Practical Law UK Practice Note Of Baker & McKenzie- London Office, Year 2002.
- Hozar, Nağme ; “Özel Amaçla İnternet ve E-Posta Kullanımının İş İlişkisine Etkisi”, Sicil Dergisi , Yıl: 2007, S. 7.
- Ivarsson Lars, Larsson Patrik; “Personal Internet Usage at Work: A Source of Recovery”, Journal of Workplace Rights, 2011/1.
- İşman Aytekin; “Bilgisayar ve Eğitim”, Sakarya Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi, Sayı 2, Ocak 2001.

- Karcıoğlu Fatih, Serçemeli Ceyhun; “İşyerindeki Sanal Kaytarma Davranışları Hakkında Hukuki Bir Değerlendirme”, Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi, Yıl: 6, Sayı: 86, Aralık 2018, s. 324.
- Korkmaz, Fahrettin/Alp Nihat Seyhun, Bireysel İş Hukuku,3. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayınevi, 2016.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi İş Hukuku, 3. Bası, Ankara, Beta, Yayınevi 2008
- Narmanlıoğlu, Ünal; İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri, Cilt 1, 5. Bası, İstanbul, Beta, 2014.
- Okur, Zeki; “İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnternet’i Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişkisine Etkisi” Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C:8, S:2, 2005.
- Okur, Zeki; “Yeni Teknoloji ve İş Hukuku”, Çimento İşveren,Yıl 2006, Mayıs
- Örucü Edip; Yıldız Harun, İşyerinde Kişisel İnternet ve Teknoloji Kullanımı: Sanal Kaytarma, Ege Akademik Bakış, Yıl 2014, Cilt: 14, S. 1.
- Özdemir, Erdem; ”İnternet ve İş Sözleşmesi:Yeni Teknolojilerin İş İlişkisine Etkileri Üzerine”, Sicil Dergisi, Yıl 2008, S.10
- Özkalp, Enver/Aydın Ufuk/Tekeli Seda; “Sapkın Örgütsel Davranışlarve Çalışma Yaşamında Yenibir Olgu: Sanal Kaytarma (Cyberloafing) Ve İş İlişkilerine Etkileri” Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası, S. 19, Yıl: 2017.
- Senyen-Kaplan, Emine Tuncay; Bireysel İş Hukuku, 10. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi, 2019.
- Sezgi, Öktem Songu; “İşçilerin İşyerinde Özel Amaçlı İnternet ve E-Posta Kullanımına İşverenin Müdahalesi Üzerine Bir Değerlendirme,” Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Cilt I, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011
- Sümer, Haluk Hadi; İş Hukuku, 24. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayınevi, 2019.
- Süzek, Sarper; İş Hukuku,12. Basım, İstanbul , Beta, 2016
- Süzek, Sarper; “İşyeri Uygulamaları”, Kamu-İş İş Hukuku Ve İktisat Dergisi, Yıl 1997 C.4 S.2
- Süzek, Sarper; “İş Hukukunda Disiplin Cezaları”, Çalışma ve Toplum, 2011/1, S. 28.
- Sarper Süzek, İş Hukukunda İç Yönetmelikler, AÜHFD, 1995, C. 44, S. 1-4, s. 183-192.

- Şahlanan, Fevzi; “İşyerinde İşverence Sağlanan Bilgisayarı İşle İlgisi Olmayacak Şekilde Kullanma - Haklı Fesih”, Tekstil İşveren Dergisi, S.383,Yıl 2012.
- Taşkent, Savaş; İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul, Meter Matbaası,1981
- Yıldız, Gaye Burcu; “İşçinin İş Saatleri İçinde Özel Amaçlı İnternet Kullanımının İş Sözleşmesinin Feshi Açısından Değerlendirilmesi” , Sicil Dergisi, Yıl 2009,S.16
- Yiğit, Yusuf; “İşyerinde İnternetin Özel Amaçlı Kullanımı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 18, Yıl 2010, S.2

Çevrimiçi Kaynaklar

- TDK (Çevrimiçi) Türkçe Sözlük
- Oxford (Çevrimiçi) İngilizce Sözlük
- (Çevrimiçi) <https://esmacalisir.com/2018/01/09/web-1-0-web-2-0-web-3-0-web-4-0-nedir-bu-web/> Son Erişim :16.05.2019
- <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>

İŞ SÖZLEŞMESİNE DİSİPLİN KURULU KARARI İLE SON VERİLMESİ

Termination of the Labour Contract by the Decision of the Board of Discipline

Dr. Öğr. Üyesi Baki Oğuz MÜLAYİM*

Geliş Tarihi: 20.10.2020

Kabul Tarihi: 24.02.2021

ÖZET

İşyerinde düzenli ve huzurlu bir çalışma ortamının olması için disiplinin sağlanması gerekir. Disiplin soruşturması, işyerinde disipline aykırı davranışların cezalandırılması amacını taşır. Disiplin sağlama amacını taşımayan durumlarda, işçiye ceza verilemez.

Mevzuatımızda 4857 sayılı İş Kanunu ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunundaki bazı düzenlemeler dışında, disiplin cezalarını genel anlamda düzenleyen ve bunların uygulanmasına yönelik usul ve esasları ortaya koyan yasal bir düzenleme bulunmadığından, mevzuatımızın genel hükümleri ile iş hukukunun genel ilkeleri, göz önünde bulundurulmalıdır. İşveren tarafından uygulanan cezalara karşı, işçi tarafından yargı yoluna başvurulabilir. Bu nedenle, konu hakkındaki yargı kararları da önemlidir.

Uygulamada, daha çok toplu iş sözleşmeleri ve işyeri iç yönetmelikleri ile disiplin cezaları düzenlenmektedir. İş sözleşmelerinde de bu kapsamda düzenlemeler yer alabilir. Bu düzenlemeler ile işçiler açısından kanundan daha hafif yaptırımlar öngörülmesi mümkündür.

Disiplin kurulu, yasa, toplu iş sözleşmesi ya da mevzuatta öngörülen cezaların uygulanmasında yetkili organ olarak kabul edilmektedir. Toplu iş sözleşmeleri ile iş sözleşmesinin feshinin sınırlandırılması veya işverenin yasadışı bazı haklarını kısıtlayıcı düzenlemelerin getirilmesi mümkündür.

ABSTRACT

In order to have a regular and peaceful working environment, discipline should be maintained in the workplace. The disciplinary investigation aims to apply the punishment of the behaviors that disrupt the discipline. In cases that do not aim to maintain discipline, the employee cannot be punished.

In our legislation, there is no legal regulation that regulates disciplinary sanctions and sets out the procedures and the principles for their implementation except for the Labour Law numbered 4857 and some regulations in the Turkish Code of Obligations numbered 6098, so the general provisions of our legislation and the general principles of labour law should be taken into consideration. It is also possible that the employee can also apply to judicial authorities against the sanctions imposed by the employer. Therefore, judicial decisions on this subject are also important.

In practice, regulations regarding disciplinary sanctions are being made by the collective agreements and workplace internal regulations mostly. Regulations within this scope can also be envisaged by labour contracts. With these regulations it is possible to prescribe lighter sanctions for the employees than the law.

Board of discipline is accepted as the competent body in the implementation of the sanctions stipulated in the law, collective agreement or other legislation. By the collective agreements, limiting the termination of the labour contracts and restricting some rights of the employer arising from the law is possible.

** Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, e posta: bakioguz.mulayim@gmail.com, ORCID: 0000-0002-5472-8414.

Uyarı, kınama, ücret kesintisi ve işten çıkarma cezası, yaygın olarak uygulanan cezalardır. İşin ve işyerinin değiştirilmesi, terfi ettirilmeme ve geçici işten uzaklaştırma gibi disiplin cezaları da uygulamada sık olmamakla birlikte öngörülen cezalar arasında yer almaktadır.

Disiplin soruşturması sonucunda işçi hakkında disiplin cezası uygulanması, işçi açısından olumsuz bir durumdur. İşten çıkarma cezası verilmesi durumunda işçinin, işini kaybetmesi de söz konusudur. Bu nedenle disiplin soruşturmasının usul ve esaslarının ortaya konulması önemlidir.

Anahtar Kelimeler: Disiplin, Disiplin Soruşturması, Disiplin Cezası, Disiplin Kurulu, İşten Çıkarma.

Warning, condemnation, wage cut and dismissal are common sanctions those are widely applied. Changing the job done by the employee or relocation in the workplaces, being not promoted and temporary removal from work, are also among the foreseen punishments, although they are not frequent in practice.

To apply disciplinary sanction as a result of disciplinary investigation is a negative situation for the employee. In case of dismissal, the employee also loses his job. For this reason, it is important to reveal the procedures and principles of the disciplinary investigation.

Key Words: Discipline, Disciplinary Investigation, Disciplinary Sanction, The Board of Discipline, Dismissal.

GİRİŞ

Mevzuatımızda, disiplin hukukuna yönelik genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak 4857 sayılı İş Kanunu¹ ile 6098 sayılı Borçlar Kanununda² bazı hükümlere verilmiştir. Disiplin cezalarının tabi olacağı esaslar, iş mevzuatında yer alan bazı kuralların yanı sıra iş hukukunun ilkeleri ile genel hükümler göz önünde tutularak belirlenecektir³.

Disiplin hukukuna yönelik genel bir düzenlemenin bulunmamasından doğan boşluk, uygulamada genelde toplu iş sözleşmeleri ile doldurulmaktadır. Disiplin cezalarının, iç yönetmeliklerde düzenlenmesi de uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir durumdur⁴. İş sözleşmeleri ile de disiplin cezaları düzenlenebilir. Ancak uygulamada, iş sözleşmeleri, iş ilişkisi konusunda fazla ayrıntı niteliğinde hükümler içermediğinden, disiplin cezalarının daha çok sözleşmenin içeriğine dâhil olduğu kabul edilen iç yönetmelikler ile düzenlendiği görülmektedir⁵.

Disiplin hukukunda yargı kararları, önemlidir. Zira genel bir düzenlemenin bulunmadığı disiplin hukukunda, yargı kararları ile birtakım ilke ve esasların ortaya çıktığı görülmektedir. Hukukumuzda toplu iş sözleşmelerine ve iç yönetmeliklere konulan hükümlerle sınırlı da olsa bir disiplin hukukunun oluştuğu söylenebilir⁶.

Bu çerçevede çalışmamızda öncelikle disiplin cezaları hakkında bilgi sunulmaktadır. Disiplin cezalarının verilmesinde genel ilkeler, ölçülülük, eşit işlem yapma, feshin son çare olması ve tek eylemin tek cezayı gerektirmesi başlıkları altında incelenmiştir. Disiplin soruşturmasının yapılmasına yönelik hususlar, bu kapsamda işçinin savunmasının alınması, tekerrür, delillerin değerlendirilmesi ve hak düşürücü süreler, ayrı ayrı açıklanmıştır. Son olarak çalışmamızda, disiplin kurulu başlığı altında genel açıklamaların yanı sıra disiplin kurulunun yetkisi, uygulamada sık yaşanan bir uyuşmazlık konusu olduğundan disiplin kurulu kararı olmaksızın yapılan fesihler ve disiplin kurulu kararlarına karşı yasal yollara başvurulmasına da yer verilmiştir.

I. DİSİPLİN HUKUKUNUN AMACI VE HUKUKİ DAYANAĞI

Disiplin hukukunun amacı, işyerinin düzen ve disiplinini sağlamaktır. Bu doğrultuda disiplin cezası, ancak işyerinin düzen ve disiplini amacı

¹ RG., 10.06.2003/25134.

² RG., 04.02.2011/27836.

³ SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2020, s.127; SÜZEK, Sarper, İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2011/1, s.9-18, s.10. Ayrıca konu hakkında bkz. ELBİR, Nazlı, Türk ve Fransız İş Hukuklarında Disiplin Cezaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.

⁴ ELBİR, s.10.

⁵ ELBİR, s.81.

⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.126; SÜZEK, Disiplin Cezaları, s.10.

doğrultusunda verilebilir⁷. Disiplin hukukunun amacı, disiplin cezalarının da sınırını belirlemektedir⁸. Ceza, kendi amacı ile sınırlıdır⁹. İşveren, sırf işçiyi cezalandırmak amacı ile hareket edemez. Zira disiplin cezalarının temel amacı, işyeri düzeni ve güvenliğine aykırı davranışları önlemek ve işçinin iş görme edimini gereği gibi yerine getirmesini sağlamaktır¹⁰.

Disiplin hukukunun amacı, işyeri huzuru ve disiplinin sağlanması olduğundan, bu kapsamda değerlendirilebilecek her türlü olay, işyerinde gerçekleşme bile disiplin kurulu tarafından disiplin soruşturmasına konu edilebilir¹¹. Hatta diğer işçilerin özel hayatlarına ilişkin sözler bile işyeri huzurunu bozmakta ise disiplin kurulu kararı ile iş sözleşmesinin feshine konu olabilir¹².

Ücret kesintisi ve işten çıkarma yaptırımlarında olduğu gibi diğer disiplin cezalarının da bir hukuki dayanağının bulunması gerektiği, Borçlar Kanununda belirtilmektedir¹³. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun “*V. Düzenlemelere ve talimata uyma borcu*” başlıklı 399 uncu maddesinde işverenin, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabileceği, işçilere özel talimatlar verebileceği, işçilerin, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorunda olduğu düzenlenmiştir. Bu kapsamda disiplin cezaları da öngörülebilir. Ancak işçinin hukuka aykırı talimatlara uyması gerekmediğinden, bu tür talimatlara uyulmadığından bahisle disiplin cezası verilemez. Bunun yanı sıra işverenin işyerinin düzenini sağlamak ve işçinin her türlü kişilik haklarını korumak için talimatlar vermesi de TBK.

⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s.128; SÜZEK, Disiplin Cezaları, s.10.

⁸ Disiplin yetkisinin ve disiplin cezasının hukuki niteliği konusunda bkz. BAŞBUĞ, Aydın, Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Ankara 1999, s.32 vd. Ayrıca DURSUN ATEŞ, Sevgi, İşverenin Yönetim Hakkı, Ankara 2019, s.153 vd.

⁹ SÜZEK, Disiplin Cezaları, s.11.

¹⁰ DURSUN ATEŞ, s.161.

¹¹ İşyerinde gerçekleşmeyen olaylarda da işyeri huzur ve disiplinin sağlanması için disiplin cezası uygulanabileceği, bu kapsamda bir işçinin, diğer bir işçinin eşine uygunsuz ve tehdit içerikli mesaj atmasının, iş sözleşmesinin feshi için yeterli olduğuna karar verilmiştir. Yargıtay 22. HD., 2016/24688 E., 2019/23017 K., 11.12.2019 T., <https://karararama.Yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi 15.03.2020.

¹² İşyerinde bir kadın işçi hakkında, diğer bir işçi ile dost hayatı yaşadığı hususunda çıkarılan bir dedikodu, İş Kanununun 25 inci maddesinin II nolu bendinin (d) alt bendi kapsamında sataşma olarak değerlendirilmiş ve işçinin iş sözleşmesinin feshi için yeterli bulunmuştur. Yargıtay 9. HD., 2017/12550 E., 2019/14617 K., 01.07.2019 T., <https://karararama.Yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi 15.03.2020.

¹³ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 399. maddesinde olan düzenleme, 818 sayılı Borçlar Kanununun 315. maddesinde “*Sınai veya ticari bir teşebbüste, iş sahibi tarafından mesai veya dahili intizam için muttarit bir kaide ittihaz edilmişse bunlar evvelce yazılmış ve işçiye bildirilmiş olmadıkça, işçiye bir borç tahmil etmez.*”, şeklinde düzenlenmekte idi. Konu hakkında bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.127; SÜZEK, Disiplin Cezaları, s.11.

417 nci maddesi kapsamında bir yükümlülük olarak değerlendirilmekte ve bu doğrultudaki talimatlara uymayan işçiye disiplin cezası verilmesi, işverenin takdirinde bulunmaktadır¹⁴. Disiplin yetkisini kullanan işverenin bu hakkı, yönetim hakkının bir sonucudur¹⁵.

Hâlihazırda mevzuatımızda, disiplin hukukuna yönelik genel bir düzenlemenin olmamasını, önemli bir eksiklik olarak değerlendirmekteyiz. Bu doğrultuda yargı kararları ile de ortaya konulan birtakım genel esasların yasal bir düzenlemeye kavuşturulması isabetli olacaktır¹⁶. Fransız hukukunda disiplin hukukuna yönelik genel esaslar yer almaktadır¹⁷. Ülkemizde de bu kapsamda bir düzenlemenin iş mevzuatımızda olması gerektiğini düşünmekteyiz. Ancak mevzuatımızda disiplin cezalarına ilişkin emredici veya düzenleyici bir hüküm bulunmaması, işçilere disiplin cezası verilmesine engel değildir. Zira bu hak, işverenin yönetim hakkından kaynaklanmaktadır¹⁸.

II. DİSİPLİN CEZALARI

A. Genel Olarak

Uygulamada disiplin cezaları, doğurduğu sonuçlar itibarı ile hafiften ağıra doğru, uyarma, kınama, ücret kesme cezası ve işten çıkarma olarak sayılabilir. İşten çıkarma, en ağır disiplin cezasıdır. Zira işten çıkarma cezasının verilmesi, işçinin iş sözleşmesinin sona ermesi sonucunu doğurur. Gerçekten de İş Kanununun 25 inci maddesinin II nolu bendinde düzenlenen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller nedeni ile işten çıkarma, en ağır ve nihai disiplin yaptırımıdır¹⁹. İşten çıkarma yaptırımı, hem hukuki bir yaptırım, hem de bir disiplin cezası olarak her iki yaptırım türünün özelliklerini taşır²⁰.

Uyarma ve bu cezadan daha ağır kabul edilen kınama cezası ile işçi, işyeri disiplinini ihlal eden davranışından dolayı davranışlarına dikkat etmeye davet edilir²¹. Ancak uyarmada işçinin işyeri düzeni ile ilgili hal ve hareketlerinde dikkat ve özene davet edilmesi, kınama cezasında ise işyeri düzeni ve işçinin görev ve yükümlülüklerinin ihlali bakımından daha önemli kuralların yerine getirilmemesinin bir yaptırımıdır²². Bunun yanı sıra işin ve

¹⁴ **DURSUN ATEŞ**, s.159.

¹⁵ Yönetim hakkı konusunda bkz. **TAŞKENT**, Savaş, İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1981; **DURSUN ATEŞ**, Sevgi, İşverenin Yönetim Hakkı, Ankara 2019.

¹⁶ Bu doğrultuda doktrindeki görüşler için bkz. **DURSUN ATEŞ**, s.168.

¹⁷ **SÜZEK**, İş Hukuku, s.126; **SÜZEK**, Disiplin Cezaları, s.10.

¹⁸ **DURSUN ATEŞ**, s.167; **ELBİR**, s.10.

¹⁹ **BAŞBUĞ**, Disiplin Cezaları, s.166; **DURSUN ATEŞ**, s.161.

²⁰ **SÜZEK**, İş Hukuku, s.131.

²¹ **ELBİR**, s.27.

²² **BAŞBUĞ**, Disiplin Cezaları, s.147-148.

işyerinin değiştirilmesi, terfi ettirilmeme ve geçici işten uzaklaştırma gibi disiplin cezalarına da nadir olarak rastlanılmaktadır²³. Kanun dışı grev de devamsızlık nedeni ile değil, işyeri disiplininin ihlalinin bir yaptırımı olarak düzenlenmiştir²⁴.

4857 sayılı İş Kanunumuzun 38 inci maddesinde, ücret kesme cezası düzenlenmiştir²⁵. Buna göre işveren toplu iş sözleşmesi ya da iş sözleşmeleri dışında gösterilen nedenlerden dolayı ücret kesme cezası veremez. İşçi ücretlerinden ceza olarak yapılacak kesintilerin, işçiye sebepleriyle beraber derhal bildirilmesi gerekir. Bu bildirim, Kanunun 109 uncu maddesi gereğince işçiye yazılı olarak ve imza karşılığında yapılmalıdır. Ancak bu durum, geçerlilik koşulu olmayıp, ispat ile ilgilidir²⁶. İşçi ücretlerinden bu yolda yapılacak kesintiler, bir ayda iki gündelikten veya parça başına yahut yapılan iş miktarına göre verilen ücretlerde işçinin iki günlük kazancından fazla olamaz. Yasal sınırlamaları aşan düzenlemelerin yerine yasa hükümleri geçerli olur²⁷. Bu durumda işçi, yasal sınırın ötesinde yapılan kesintiye geri isteyebilir²⁸.

²³ SÜZEK, İş Hukuku, s.127; SÜZEK, Disiplin Cezaları, s.13. Nitekim Yargıtay, toplu iş sözleşmesi ile öngörülmesi durumunda, bu doğrultuda verilen üç aylık geçici görevden uzaklaştırma cezasını hukuka aykırı bulmamıştır. Yargıtay 9.HD., 2013/9384 E., 2015/5687 K., 11.02.2015 T., <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi 15.03.2020.

²⁴ BAŞBUĞ, Disiplin Cezaları, s.146. Gerçekten de 6356 sayılı Kanunun 70 inci maddesi “(1) Kanun dışı grev yapılması hâlinde işveren, grevin yapılması kararına katılan, grevin yapılmasını teşvik eden, greve katılan veya katılmaya ya da devama teşvik eden işçilerin iş sözleşmelerini haklı nedenle feshedebilir. (2) Kanun dışı bir grev yapılması hâlinde bu grev nedeniyle işverenin uğradığı zararlar, greve karar veren işçi kuruluğu veya kanun dışı grev herhangi bir işçi kuruluşunca kararlaştırılmaksızın yapılmışsa, bu greve katılan işçiler tarafından karşılanır. (3) Kanun dışı lokavt yapılması hâlinde işçilerin iş sözleşmelerini haklı nedenle feshedebilir. İşveren, bu işçilerin lokavt süresine ilişkin iş sözleşmesinden doğan bütün haklarını bir iş karşılığı olmaksızın ödemek ve uğradıkları zararları tazmin etmekle yükümlüdür.”, şeklindedir. Konuya ilişkin düzenleme öncesinde de 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununda bulunmakta idi.

²⁵ Avrupa Sosyal Şartının 4/I, 5 inci maddesinde ücretlerden ancak, ulusal yasalar veya yönetmeliklerle belirlenmiş ya da toplu sözleşmeler veya hakem kararıyla saptanmış koşullar ve ölçüler içinde kesinti yapılmasına izin verilmesi öngörülmektedir. Konu hakkında bkz. BAŞBUĞ, Disiplin Cezaları, s.148-156; BAŞBUĞ, Aydın, Ücret Kesim Cezası, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.22, 2011, s.200-207. Avrupa Sosyal Şartı için bkz. <https://rm.coe.int/168007cf93>, Erişim Tarihi 15.03.2020.

²⁶ BAŞBUĞ, Aydın, Toplu İş İlişkileri ve Hukuk, Ankara 2012, s.274.

²⁷ BAŞBUĞ, Disiplin Cezaları, s.152. “Ücret kesintisi miktarı için öngörülen bu üst sınır, 1475 sayılı eski İş Kanunu döneminde üç günlük ücret tutarı olarak belirlenmişti. İş Kanunu bu miktarı iki günlük ücret olarak sınırlamış olmasına rağmen bu miktar, Deniz İş Kanunu’nda halen üç günlük ücret miktarı olarak korunmaktadır (1475 sayılı eski İK. m. 32/II ve DİK. m. 38/II).”, konu hakkında bkz. BAŞBUĞ, Ücret s.203.

²⁸ Uygulamada bazı toplu iş sözleşmeleri ile yasal sınırları aşan ücret kesme cezalar uygulanmakta ve yasal sınırları aşan ceza, gelecek aylara aktarılmaktadır. Konu hakkında bkz. BAŞBUĞ, Disiplin Cezaları, s.152.

Kesinti yapılan paralar, işçilerin eğitimi ve sosyal hizmetleri için kullanılıp harcanmak üzere Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı hesabına, Bakanlıkça belirtilecek Türkiye’de kurulu bulunan ve mevduat kabul etme yetkisini haiz bankalardan birine, kesildiği tarihten itibaren bir ay içinde yatırılır. Her işveren, işyerinde bu paraların ayrı bir hesabını tutmaya mecburdur. Birikmiş bulunan ceza paralarının nerelere ve ne kadar verileceği, Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanının başkanlık edeceği ve işçi temsilcilerinin de katılacağı bir kurul tarafından karara bağlanır. Bu kurulun kimlerden teşekkül edeceği, nasıl ve hangi esaslara göre çalışacağı, “*İşçi Ücretlerinden Ceza Olarak Kesilen Paraları Kullanmaya Yetkili Kurulun Teşekkülü Ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik*”te düzenlenmiştir²⁹. Kanunun 102 nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi gereğince 38 inci maddeye aykırı olarak ücret kesme cezası veren veya yaptığı ücret kesintisinin sebebini ve hesabını bildirmeyen işverene, idari para cezası uygulanmaktadır. Düzenleme, mutlak emredici niteliktedir³⁰. Bu hüküm, mutlak emredici nitelikte olduğundan işverenin disiplin yetkisini sınırlamaktadır³¹.

Toplu iş sözleşmesi ya da işyeri iç yönetmeliği ile kanunda öngörülen cezalardan daha hafif cezalar öngörülebilir. Ancak 4857 sayılı Kanunun 18 inci maddesinde öngörülen geçerli neden, bu düzenlemeler ile ortadan kaldırılamaz³². Bu kapsamda iş güvencesi kapsamına giren işçiler hakkında 18 inci maddede yer alan geçerli fesih nedenlerini açıklayan, işçinin hangi davranışlarının geçerli fesih nedeni oluşturacağına, toplu iş sözleşmeleri ile açıklık getirilebilir³³.

²⁹ RG., 05.03.2004/25393.

³⁰ **BAŞBUĞ**, Disiplin Cezaları, s.152; **ÖZDEMİR**, Erdem, Disiplin Kurulu Kararı Olmadan İş Sözleşmesinin Feshi, Feshin Geçersizliği ve İşe İade Davası Hakkında Karar İncelemesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2009, Y.4, S.16, s.153-162, s.158.

³¹ **DURSUN ATEŞ**, s.160. “Özellikle “ücret kesme cezası” hakkındaki düzenlemelerde, 4857 sayılı Kanunun 38. maddesinden farklı ve işçinin aleyhine olacak şekilde kurallar getirilmesi sık rastlanılan bir durumdur. Bu gibi durumlarda toplu sözleşme hükmünün geçersiz sayılarak İş Kanunun 38. Maddesi uygulanmalı ve toplu sözleşme hükmüne göre verilen disiplin cezasına karşı yargı yoluna başvurulduğunda bu husus dikkate alınarak karar verilmelidir.”, **ELBİR**, s.72.

³² Bu doğrultuda bir kararda, işverene hakaret etmek fiilinin cezasının, toplu iş sözleşmesi ile yevmiye kesme olarak belirlenmesinin, 4857 sayılı Kanunun 18 inci maddesi ile öngörülen geçerli nedeni ortadan kaldırmayacağı belirtilmektedir. İşverene hakaret eden işçinin, iş sözleşmesinin, toplu iş sözleşmesi hükmüne rağmen geçerli nedenle feshedilebileceğine işaret edilmektedir. Yargıtay 22. HD., 2012/5814 E., 2012/18174 K., 13.09.2012 T. Yine bu doğrultuda bir başka kararda ise işçi tarafından sarf edilen sözlerin, haklı nedenle fesih için yeterli olmakla birlikte toplu iş sözleşmesi ile ilk ve ikinci eylemlerde yevmiye kesme cezası öngörülmesine rağmen bu davranışlar, işyerindeişin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyensözleşmeye aykırı davranışlar niteliğinde olduğundan, geçerli nedenle iş sözleşmesinin feshinin mümkün olduğu ifade edilmektedir. Yargıtay 22. HD., 2014/8528 E., 2014/8378 K., 16.04.2014 T., <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi 15.03.2020.

³³ **AKTAY**, A. Nizamettin/**ARICI**, Kadir/**SENYEN-KAPLAN**, Emine Tuncay, İş Hukuku,

Bunun yanı sıra iş güvencesi hükümlerinden yararlanmayan işçiler açısından, bu işçilerin iş sözleşmelerinin de İş Kanununun 18 inci maddesi kapsamında feshedilebilmesi kararlaştırılabilir³⁴.

Uygulamada işverenin haklı nedenle fesih hakkına yönelik düzenlemelere, iş sözleşmelerinde pek rastlanılmamaktadır. Bu tür düzenlemeler, daha çok toplu iş sözleşmelerinde görülmektedir³⁵. Yapılacak düzenlemeler ile işverenin fesih hakkının tümü ile ortadan kaldırılması mümkün değildir. Fesih hakkını tümü ile ortadan kaldırmamakla birlikte aşırı ölçüde zorlaştıran düzenlemeler de geçersizdir³⁶. Örneğin toplu iş sözleşmesi ile fesih kararının disiplin kurulu tarafından oybirliği ile alınması ya da bir eylemin, ancak altıncı kez gerçekleştirilmesi durumunda, haklı fesih yoluna gidilebileceğinin öngörülmesi de hukuka aykırı olacaktır. Yargıtay, bu kapsamdaki düzenlemelerin, işyerinde yönetim hakkının kullanılması ve işin düzenlenmesi noktasında olumsuzluklara yol açacağını belirtmektedir³⁷.

Disiplin cezası verilebilmesi, ilgili hükümlerin iş hukukundaki kaynaklar hiyerarşisine uygun bulunmasını da gerektirir. Zira kaynaklar hiyerarşisinde altta yer alan düzenleme ile üstteki düzenlemeye aykırı bir düzenleme getirilemez. Ancak alttaki kaynaklar ile işçi lehine daha hafif bir düzenleme getirilebilir³⁸.

İşveren tarafından uygulanacak disiplin cezaları, işçilerin ücretlerinde, işin niteliğinde, çalışma yer ve saatinde, bu kapsamda çalışma koşullarında değişikliğe yol açabilir. Bu durumda, İş Kanununun 22 nci maddesi hükmü değerlendirilmelidir. Ziramaddenin birinci fıkrasında işverenin, 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 yapabileceği, bu şekilde uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişikliklerin işçiyi bağlamayacağı düzenlenmiştir. Disiplin cezalarına ilişkin özel bir yasal düzenleme bulunmaması karşısında, İş Kanununun 22 nci maddesinin bu durumda da uygulanması gerektiği ileri

Ankara 2013, s.225.

³⁴ **MOLLAMAHMUTOĞLU**, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2019, s.275.

³⁵ **ÇELİK**, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2019, s.630.

³⁶ **SÜZEK**, İş Hukuku, s.738.

³⁷ Yargıtay 9. HD., 2011/14895 E., 2013/18735 K., 18.06.2013 T., <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi 15.03.2020.

³⁸ **ELBİR**, s.81; **SÜZEK**, İş Hukuku, s.129; **SÜZEK**, Disiplin Cezaları, s.12-13; **DURSUN ATEŞ**, s.164.

sürülmektedir³⁹. Kanımızca da iş sözleşmesinde esaslı bir değişiklik oluşturan disiplin cezalarının, bu madde kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

B. Disiplin Cezalarının Verilmesinde Genel İlkeler

Disiplin cezalarının koşulları arasında “*bir disiplin suçu işlenmiş*” olmasının zorunlu bulunduğu ve bu suçun “*işçinin kusurlu bir davranışından*” meydana geleceği belirtilmiştir⁴⁰. Dolayısıyla disiplin cezasının uygulanmasının ön koşulu, cezayı gerektiren haklı bir nedenin varlığıdır⁴¹. İşçinin mesleki ya da fiziksel yetersizliği, disiplin suçu olarak kabul edilemez⁴².

1. Ölçülülük İlkesi

Disiplin cezalarının, ölçülü olması gerekmektedir⁴³. Gerçekten de özellikle işten çıkarma cezasının verildiği hallerde, bu duruma dikkat edilmesi gerekmektedir. İş Kanununun 25 inci maddesinin II nolu bendinin (d) alt bendinde işçinin işverene veya ailesine karşı şeref ve namusuna dokunacak sözler söylemesi veya davranışlarda bulunması ya da işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması veya işçinin işverene veya aile üyelerinden birine sataşması haklı fesih nedeni olarak sayılmıştır. Ancak hangi olayların, bu kapsamda değerlendirileceğine, disiplin kurulu karar vermektedir. Bu nedenle bazı durumlarda, eleştiri mahiyetindeki sözlerle ya da sataşma boyutuna ulaşmayan davranışlara işverenin katlanması gerektiği açıktır. Ağır eleştiri niteliğinde olan ifadeler, ifade özgürlüğü kapsamında, sataşma olarak değerlendirilemez⁴⁴.

2. Eşit İşlem Yapma İlkesi

Disiplin soruşturmalarında, disiplin kurulunun eşit işlem yapma borcu bulunmaktadır. Disiplin kurulu, bu ilke kapsamında disiplin soruşturmasına konu olaya birden fazla işçi karıştığında hepsine eşit işlem yapmakla yükümlüdür. Birden fazla işçinin kavgaya karıştığı bir olayda kavgayı

³⁹ DURSUN ATEŞ, s.163; ELBİR, s.41-42: Fransız hukukundaki konu hakkındaki tartışmalar için bkz. ELBİR, s.38-42.

⁴⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s.1268; ELBİR, s.89.

⁴¹ BAŞBUĞ, Toplu İş, s.266.

⁴² ELBİR, s.53; DURSUN ATEŞ, s.160.

⁴³ Ölçülülük ilkesi hakkında bkz. YILDIZ, Gaye Burcu, Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, Özel S., 2013, s.681-707.

⁴⁴ Bu doğrultuda “üretim müdürü dediğimiz kişi tam anlamıyla beceriksiz ve cehalet abidesidir. Sıralayacak olursak bunlar kim, neden ve neye göre seçtiğini merak etmekteyiz” ifadelerinde geçen bir kişinin “beceriksiz” ve “cehalet abidesi” olarak nitelendirilmesi, o kişinin bulunduğu görevi yürütebilecek beceriye, gerekli bilgi birikimi ve donanımına sahip olmadığı anlamına geldiği ifade edilmek sureti ile sataşma olarak nitelendirilmemiştir. Yargıtay 22. HD., 2019/7908 E., 2019/22799 K., 10.12.2019 T., <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi 15.03.2020.

başlatanın tespit edilememesi, bu duruma örnek olarak gösterilebilir⁴⁵. Ancak ilk haksız hareketin kimden geldiği tespit edilebiliyor ise bu durumda, işverenin eşit işlem yapma borcundan bahsedilemez. Disiplin kurulu, bu durumda farklı disiplin cezaları öngörebilir⁴⁶.

Disiplin soruşturmalarında, disiplin kurulu kararının değerlendirilmesinde, emsal olaylarda verilen cezalar da önem taşımaktadır. Bu hususun, yargı tarafından da değerlendirileceği dikkate alındığında, disiplin kurullarının istikrarlı şekilde karar vermeleri, benzer olaylarda aynı doğrultuda karar almaları önem taşımaktadır⁴⁷.

3. Feshin Son Çare Olması İlkesi

Disiplin kurulu kararı ile de olsa işçinin iş sözleşmesinin feshinde son çare ilkesi gözetilmelidir⁴⁸. Disiplin kurulunun bu ilkeyi gözetmeksizin vermiş olduğu kararlar, hukuka aykırı olacaktır. Bu doğrultuda disiplin dosyasında, fesihte son çare ilkesinin gözetildiğini ortaya koymak adına işçi hakkında, çalıştığı süre boyunca düzenlenmiş olan disipline yönelik tüm belgelerin olması isabetli olacaktır⁴⁹.

Başka bir disiplin cezası ile işyeri huzur ve disiplininin sağlanabilecek olması durumunda, iş sözleşmesinin feshedilmesi hukuka aykırı olacaktır.

⁴⁵ Yargıtay 22. HD., 2016/24275 E., 2019/21439 K., 25.11.2019 T., <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi 15.03.2020.

⁴⁶ İlk haksız hareketi gerçekleştiren işçi ile kavgaya karışan işçinin, her ikisinin de iş sözleşmelerinin feshedildiği bir olayda, işçilerin gerçekleşen olaydaki sorumlulukları aynı olmayacağından, eşit davranma borcu kapsamında, işverenin her iki işçinin iş sözleşmelerini feshetmesi, hukuka aykırı bulunmuştur. Yargıtay 9. HD., 2016/3025 E., 2019/12383 K., 28.05.2019 T., <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi 15.03.2020.

⁴⁷ İşçinin uzun süredir işyerinde çalışması ve kıdemi dikkate alındığında, çalıştığı işyerinin kapısını güvenlik görevlisi nezaretinde işyeri kapalı iken açtırmak sureti ile türün alması durumunda Yargıtay tarafından bu durum, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi için yeterli kabul edilmemiş, kararda benzer şekilde uygulamaların, öncesinde başka çalışanlar tarafından da yapıldığına işaret edilmiştir. Yargıtay 9. HD., 2019/ 3718 E., 2019/20976 K., 26.11.2019 T., <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi 15. 03.2020.

⁴⁸ İş Kanununun 18 inci maddesinde son çare ilkesi düzenlenmemekle birlikte gerekçesinde “*Bu uygulamaya giderken işverenden beklenen feshi son çare olarak bakmasıdır. Bu sebeple geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihden kaçınma olanağının olup olmadığının araştırılması gerekir.*”, şeklinde açıklamalar bulunmaktadır. Konu hakkında bkz. AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.192. Ayrıca TİSK, 4857 sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, İstanbul 2009, s.96, https://www.tisk.org.tr/tr/e-yayinlar/is_kanunu_yenilenmis_4_baski/pdf_is_kanunu_yenilenmis_4_baski.pdf, Erişim Tarihi 15.03.2020.

⁴⁹ Öncesinde 5 defa uyarılan ve 4 kez ihtar, 1 kez de yevmiye kesme cezası alan, işinde yeterli dikkat ve özeni göstermediğini ortaya işçinin tutulan tutanaklar ile kusurlu davranışı ortaya konulan işçinin, iş sözleşmesinin feshinin, fesihte son çare ilkesine aykırı düşmediğine karar verilmiştir. Yargıtay 9.HD., 2019/2240 E., 2019/16875 K., 26.09.2019 T., <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi 15.03.2020.

Bu durum, feshin son çare olması ilkesine de aykırılık teşkil edecektir. Ancak uygulamada görünürdeki sebebin arkasındaki gizlenen amaç, işverenin gerçek niyetini saklamaktadır. Bu kapsamda basit bir disiplin cezası ile işyerinde huzur ve disiplin sağlamak imkânına sahip olan işverenin, asıl amacı doğrultusunda, sendikalı işçilerin iş sözleşmesini feshetmesi, feshin son çare olması ilkesine aykırılık teşkil eder. İşveren tarafından fesih öncesinde gerekli önlemlerin alındığına yönelik yeterli bilgi ve belgelerin de uyumsuzluk durumunda ortaya konulması gerekmektedir⁵⁰. Zira iş güvencesi kapsamındaki iş ilişkilerinde feshi önleyebilecek daha hafif önlemlere başvurulması, ancak bu alternatif önlemlerin alınmasına rağmen iş ilişkisinin sürdürülmesi mümkün değil ise feshe son çare olarak başvurulabilir⁵¹. Fesih, başvurulacak en son yol olmalıdır⁵². İşverenden beklenen feshi, en son çare olarak görmesidir⁵³. İşverenin işletmesel bir kararla ulaşmak istediği hedefe, fesih dışında başka bir yolla ulaşması mümkün olduğunda, fesih için geçerli bir nedenin varlığından bahsedilemez⁵⁴. Feshin geçerliliğinden bahsedebilmek için feshin geçerliliğinin yanı sıra başka çare kalmadığı hususunun da işveren tarafından ispatı gerekmektedir⁵⁵.

4. Tek Eylemin Tek Cezayı Gerektirmesi

Disiplin cezası, işçinin disipline aykırı hareketinin karşılığıdır. Disipline aykırı hareketinin karşılığında işçiye disiplin cezası verilir. İşçinin disipline aykırı hareketine birden fazla ceza verilmesi ise hukuka aykırıdır. Tek eylem, tek cezayı gerektirir⁵⁶.

III. DİSİPLİN SORUŞTURMASI

A. Genel Olarak

Toplu iş sözleşmelerinde, genellikle disiplin cezalarının verilmesinde uygulanacak usule ilişkin kurallar öngörülmektedir⁵⁷. Bu düzenlemeler, toplu iş sözleşmelerinin yanı sıra işyeri iç yönetmelikleri ile de yapılabilir. Ancak ne şekilde yapılırsa yapılsın, disiplin cezalarının verilmesinde, bir soruşturma

⁵⁰ Yargıtay 9.HD., 2019/2841 E., 2019/20824 K., 25.11.2019 T., <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi 15.03.2020.

⁵¹ SÜZEK, s. Disiplin Cezaları,15; ELBİR, s.57; ERTÜRK, Şükran, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Pratik Çalışmaları, Ankara 2018, s.213.

⁵² KAR, Bektaş, İş Güvencesi ve Uygulaması, Ankara 2017, s.165.

⁵³ SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku, Ankara 2019, s.106.

⁵⁴ EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2019, s.213.

⁵⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.275.

⁵⁶ Yargıtay 22. HD., 2019/1248 E., 2019/7596 K., 04.04.2019 T., <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi 15. 03.2020.

⁵⁷ SÜZEK, s.13.

usulü belirlenmiş ise bu usule uyulması gerekmektedir. Soruşturma usulüne uyulmaması, verilen disiplin cezasını hukuka aykırı hale getirecektir⁵⁸.

Disiplin soruşturması devam ederken işçinin çalışması gerekmektedir. İşçinin çalışmaması kadar, işverenin işçiyi çalıştırmaması da hukuka aykırıdır⁵⁹. Ancak bazı işyerlerinde işçinin geçici olarak işten uzaklaştırılması söz konusu olmaktadır. Kesinleşmiş bir disiplin cezası olmaksızın süresiz görevden uzaklaştırılma ise hukuka aykırıdır⁶⁰.

Disiplin soruşturması devam ederken, soruşturma öncesinde mevcut olan bir nedenle işçinin iş sözleşmesinin feshi de mümkündür. Bu duruma örnek olarak iş arkadaşı ile kavga ettiği için soruşturulan banka çalışanının, zimmetine para geçirdiğinin sonradan anlaşılması durumunda, işçinin iş sözleşmesi, bu nedenle de feshedilebilir. Ancak bu durum, usule uygun bir disiplin soruşturmasının yapılmasına bağlıdır. Hak düşürücü sürelerin de geçmemiş olması gerekir.

B. İşçinin Savunmasının Alınması

Disiplin soruşturmasında savunma alınması, önemli bir zorunluluktur. 4857 sayılı İş Kanununun 19 uncu maddesi gereğince işveren, fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Hakkındaki iddialara karşı savunmasını alınmadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25 inci maddenin II nolu bendi kapsamında fesih hakkı saklıdır⁶¹.

Haklı nedenlerle fesih yapıldığı durumlarda, fesih sebebinin haklı olmayıp geçerli olduğu durumlarda da savunma alınmasının gerekmediği, yakın

⁵⁸ Disiplin Yönetmeliğinde öngörülen usule uyulmamasının, yapılan feshi haksız hale getirdiğine yönelik olarak, ilke olarak haklı fesih öncesinde savunma alma zorunluluğu bulunmayan işverenin, savunma almak suretiyle fesih yoluna başvurması halinde, bu usule uygun davranma zorunluluğu olduğuna, bu kapsamda savunma için verilen sürenin dolması beklenilmeksizin yapılan feshin hukuka aykırı olduğuna karar verilmiştir. Yargıtay 22. HD., 2016/20858 E., 2019/18604 K., 10.10.2019 T., <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi 15.03.2020.

⁵⁹ Hakkında disiplin soruşturması yapıldığı gerekçesi ile işe alınmayan ve kendisine çalışma imkânı tanınmadığı için iş sözleşmesini haklı nedenle fesheden işçinin, kıdem tazminatı talebi kabul edilmiştir. Yargıtay 22. HD., 2016/16588 E., 2019/14171 K., 26.06.2019 T., <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi 15.03.2020.

⁶⁰ Kesinleşmiş bir disiplin cezası olmamasına karşın süresi belirli olmayan şekilde işçinin görevden uzaklaştırılması, demokratik esaslara aykırı ve uygulanamaz nitelikte bulunmuştur. Yargıtay 22.HD., 2019/2375 E., 2019/7599 K., 04.04.2019 T., <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi 15.03.2020.

⁶¹ Ancak disiplin soruşturmasını gerektirecek bir şüphe durumunda öncelikle kınanan davranışta bulunan işçinin savunmasının alınması hususunda bkz. BAŞBUĞ, Disiplin Cezaları, s.200-201; ayrıca BAŞBUĞ, Toplu İş, s.267-268; SÜZEK, İş Hukuku, s.718-721.

tarihli bir Yargıtay kararında belirtilmektedir. Kararda ayrıca savunma alma yükümlülüğünün, iş sözleşmesinin feshinden önce bulunduğu, işçiye ihtar verilirken ise bu şekilde bir yükümlülüğün bulunmadığı ifade edilmektedir. Dolayısıyla, işçiye davranışı sebebiyle ihtar verilirken, savunmasının alınmaması ihtarını geçersiz kılmaz. Ayrıca fesihten önce savunma vermeye davet edildiğinde davet yazısında işçinin disipline aykırı davranışı, açık ve kesin bir şekilde belirtilmeli, makul bir süre önceden belirtilen yer, gün ve saatte hazır bulunması, bulunmadığı takdirde yazılı bir savunma verebileceğinin; bildirilen yerde belirtilen gün ve saatte hazır bulunmadığı ve de buna rağmen yazılı bir savunma vermediği takdirde savunma vermekten vazgeçmiş sayılacağına da kendisine hatırlatılması gerekmektedir. Fesih bildirimisiyle birlikte veya fesihten sonra savunma istenmesinin yanı sıra ihbar önel süreleri içinde savunma alınması da feshin geçersiz olması sonucunu doğurur⁶².

C. Tekerrür

Toplu iş sözleşmeleri ile kararlaştırılan önemli bir husus, tekerrür halinde bir üst cezanın verilmesidir. Disiplin hukuku uygulamamızda, genellikle disiplin suçunun tekerrürü halinde kademeli olarak üst cezaların verilmesi yoluna gidilmektedir⁶³. Ancak bunun için tekerrüre esas, iki ayrı eylemin var olması gerekir. Bazı durumlarda çok kısa bir zaman aralığında gerçekleşen olaylar, aslında tek bir eylem olarak kabul edilebildiğinde iki ayrı disiplin cezası verilmesi, hatta ikincisinde bir üst cezanın verilmesi hukuka aykırı olacaktır⁶⁴. Bunun gibi işçiye işten çıkarma dışında bir ceza verildiğinde disipline konu yeni bir olay yaşanmadığında, aynı konu gerekçe gösterilmek sureti ile daha ağır bir ceza verilemez. Tekerrürün gerçekleşmesi, yeni bir disiplin suçunun varlığına bağlıdır. Uyuşmazlık durumunda, tekerrüre esas olayların, işveren tarafından ispatlanması gerekmektedir⁶⁵.

Ayrıca toplu iş sözleşmesinde tekerrüre esas bir düzenleme bulunduğunda, bu düzenleme gözetilmek sureti ile disiplin cezası tesis edilmelidir. Tekerrürün gerçekleşmiş sayılması için disiplin suçlarının işlenmesi gereken süre de toplu

⁶² Yargıtay 9. HD., 2017/24792 E., 2018/9808 K., 03.05.2018 T., <http://kazanci.com.tr/gunluk/9hd-2017-24792.htm>, E.T. 15.03.2020. Ayrıca bu doğrultuda YİBGK., 2017/9 E., 2018/10 K., 19.10.2018 T., karar için bkz. RG., 09.05.2019/30769.

⁶³ SÜZEK, Disiplin Cezaları, s.11.

⁶⁴ İşçi hakkında, aynı konuya ilişkin olarak yaklaşık yirmi dakika ara ile iki ayrı tutanak tutulması ve bu tutanaklara istinaden iki ayrı disiplin cezası verilmesi, uyuşmazlıkta aslında tek eylemin varlığı kabul edildiğinden hukuka aykırı bulunmuştur. Yargıtay 22. HD., 2017/39007 E., 2017/19354 K.26.09.2017 T., <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi 15.03.2020.

⁶⁵ Yargıtay 9. HD., 2014/23045 E., 2014/37131 K., 04.12.2014 T., <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi 15.03.2020.

iş sözleşmesi ile kararlaştırılabilir⁶⁶. Toplu iş sözleşmesinin, bu kapsamda disiplin cezalarını düzenleyen disiplin cezaları cetvelinin, disiplin dosyasında bulunması önemlidir. Aksi durumda ilgili belgeler, yargı organları tarafından talep edilmektedir⁶⁷. Bazı toplu iş sözleşmelerinde ise bir önceki toplu iş sözleşmesinin yürürlükte olduğu dönemde verilen disiplin cezalarının sicil dosyalarından çıkarılacağına ilişkin hükümlere de yer verilmektedir. Bu şekilde toplu iş sözleşmesi normuyla işverenin, önceki dönemde vermiş olduğu ihtarların, olumsuz varsayıma dayanak olması önlenmektedir⁶⁸.

D. Delillerin Değerlendirilmesi

Disiplin dosyasında tüm delillerin bulunması gerekmektedir. Delillerin yanı sıra disiplin cezasına temel teşkil eden disiplin yönetmeliği, iç yönetmelik gibi belgeler de disiplin dosyasında bulunmalıdır. Disiplin kurulu kararı ve bu karara esas teşkil eden belgelerin tümünün dosyada bulunması zorunludur⁶⁹. Zira disiplin kurulu kararına karşı yargı yoluna başvurulduğunda, bu karara esas tüm delillerinin toplanıp incelenmesi söz konusu olacaktır. Bu nedenle disiplin soruşturmasında, tarafların tüm delillerini sunmaları sağlanmalıdır. Disiplin cezasının haklılığını ortaya koyan deliller sunulmadığı takdirde, cezanın iptali söz konusu olacaktır⁷⁰.

Disiplin soruşturmasında konu hakkında açılmış olan bir ceza davası olduğunda, bu dosyanın da delil olarak disiplin soruşturmasında kullanılabileceği açıktır. Ancak bazı durumlarda ceza dosyası, disiplin soruşturmasını bağlamaz. Ceza dosyasında alınan beraat kararı, her zaman işçinin disiplin soruşturmasında aklanması anlamına gelmeyebilir. Nitekim işçinin davranışı, ceza kanunu açısından suç teşkil etmemekle birlikte doğruluk

⁶⁶ Toplu iş sözleşmesi ile tekerrürün, aynı fiilin, işçi tarafından bir önceki işleniş tarihinden itibaren bir yıl içinde tekrar işlenmesi olarak tanımlanması durumunda, bu hususa riayet edilmesi gereği belirtilmektedir. Yargıtay 22. HD., 2015/33318 E., 2018/14554 K., 07.06.2018 T., <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi 15.03.2020.

⁶⁷ Yargıtay 7. HD., 2014/14113 E., 2014/22947 K., 08.12.2014 T., <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi 15.03. 2020.

⁶⁸ **BİRBEN**, Erhan, İşverenin İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Etkisizleşmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, Özel S., 2013, s.451-480, s.468.

⁶⁹ İşyerinde uygulanmakta olan disiplin kurallarına ilişkin disiplin yönetmeliği, iç yönetmelik gibi tüm belgelerin, ayrıca hakkında alınan disiplin kurulu kararı ve disiplin işlemlerine esas belgelerin, dava dosyasında bulunması gerekmektedir. Aksi takdirde dosya ilgili mahkemeye gönderilmek sureti ile bu belgelerin tamamlanması yoluna gidilmektedir. Yargıtay 22. HD., 2016/ 17550 E., 2019/14800 K., 02.07.2019 T., <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi 15.03. 2020.

⁷⁰ İşyeri disiplin kurulu kararına esas alınan olayın, gerçek olup olmadığının araştırılması için tarafların tüm delillerinin toplanıp incelenmesi gerekmektedir. Yargıtay 9. HD., 1995/8687 E., 1995/26796 K., 19.09.1995 T., http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1990_1995.pdf, Erişim Tarihi 15.03.2020.

ve dürüstlüğü aykırı bir davranış olarak kabul edilebileceği hallerde, işçiye verilen disiplin cezası hukuka uygun olacaktır⁷¹.

Disiplin cezasının verilebilmesi için delillerin elde ediliş biçimi de önemlidir. Hukuka aykırı bir şekilde elde edilen deliller, ceza yargılamasında kullanılamamaktadır. Ancak disiplin hukukunda, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş olan delillerin kullanılıp kullanılmayacağı hususunda farklı görüşler ve farklı yargı kararları bulunmaktadır⁷². Delil elde edilmesinde hukuka aykırı yöntemlere başvurulmasını engellemek için Anayasa'nın 38. maddesinde kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların, delil olarak kabul edilemeyeceği düzenlenerek bu husus, açıkça Anayasal bir hüküm haline getirilmiştir⁷³. Madde düzenlenmesi, bu ilkenin sadece ceza hukukunda geçerli olduğuna yönelik bir sınırlama içermemektedir. Disiplin hukukunda hukuka aykırı elde edilmiş delillerin kullanılmaması, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır⁷⁴. Ancak memurların disiplin yargılaması ile ilgili aksi yönde kararlar da bulunmaktadır⁷⁵. Şahsi kanaatimiz, disiplin soruşturmalarında hukuka aykırı delillerin kullanılmaması doğrultusundadır. Zira sınırlı yetkiye sahip disiplin kurullarının aksi düşünülse bile bu delilleri, bir yargı organı gibi değerlendirebilmesi de beklenemez.

E. Hak Düşürücü Süreler

4857 sayılı İş Kanununun 26 ncı maddesinde, Kanunun 24 ve 25 inci maddelerinde gösterilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan sözleşmeyi fesih yetkisinin,

⁷¹ Yargıtay 9. HD., 9 2016/7543 E. , 2019/17793 K., 09.10.2019 T., <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi 15.03.2020.

⁷² Konu hakkındaki görüşler için bkz. **GÜNDÜZ**, Fatma Ebru, Hukuka Aykırı Elde Edilmiş Delillerin Disiplin Hukukunda Kullanılması, YBHD, S.2019/1, s.89-114.

⁷³ **GÜNDÜZ**, s.110.

⁷⁴ **GÜNDÜZ**, s.111.

⁷⁵ “Suç ve cezaya ilişkin ilkeler ile disiplin hukukuna ilişkin ilkeler arasında temelde farklılıklar bulunmaktadır. Kamu personeli hakkında herhangi bir soruşturma veya kovuşturma olmasa dahi disiplin soruşturması yapılabilmektedir. Kamu görevlisi hakkında yargılama yapıp beraat kararı verilse dahi bu durum, disiplin cezası verilmesine engel bir hal değildir.” AYİM 1.D., E: 2014/2, K: 2014/1151, T: 16.12.2014., Bu doğrultuda “Diğer bir yandan, hukuka aykırı yollardan elde edilmiş deliller, soruşturmaya konu fiilin işlendiğini tereddüde mahal bırakmayacak şekilde ortaya koyabilmektedir. Bu tür delilleri soruşturmanın dışında bırakarak hiç değerlendirmemek, adalet duygusu bakımından yıpratıcı neticeler doğurabilecektir. Bu nedenle, hak ve hürriyet bakımından gerekli değerlendirmenin yapılması veya en azından söz konusu bulgulara tek başına delil değeri tanınmadan, onu destekleyen ve üzerindeki şüpheyi bertaraf eden diğer bir takım delil unsurlarıyla soruşturmanın yürütülmesi daha yerinde olacaktır”, **FİŞ ÜSTÜN**, Gül, Disiplin Soruşturmalarında Hukuka Aykırı Deliller, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.24, S.1, Haziran 2018, s.17-35, s.33.

iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamayacağı düzenlenmiştir. Ayrıca maddede işçinin olayda maddi çıkar sağlaması halinde bir yıllık süre uygulanmayacağı öngörülmüştür⁷⁶. Bildirimsiz fesih hakkını kullanma süresi, feshe yetkili kişi veya organın fiili ve faili öğrenme tarihinden itibaren başlar. Süreklilik gösteren fiillerde, fiil devam ettiği sürece fesih nedeni yenileceği için fesih süreleri, en geç fiilin bittiği tarihten itibaren başlar⁷⁷. Olayı öğrenme günü sayılmaz, takip eden iş günleri sayılarak altıncı günün bitiminde haklı nedenle fesih yetkisisonaerer⁷⁸.

Disiplin kurulunun varlığı halinde altı iş günlük sürenin işlemeye başlaması, olayın feshe yetkili kişi ya da kurula intikaline bağlıdır. Disiplin kurulu tarafından olayın görüşülmesi, olay hakkında müfettiş soruşturması yapılması da süreyi başlatmaz. Ancak bu durumda, soruşturmaya ilişkin belgelerin de konunun yargıya taşınması durumunda sunulması gerekmektedir⁷⁹. Disiplin kurulu tarafından iş sözleşmesinin feshine karar verilmiş ise işverenin karar tarihinden itibaren altı iş günü içinde iş sözleşmesinin feshine karar vermesi gerekmektedir⁸⁰. Feshe yetkili makamın tespiti önemlidir⁸¹. Bir yıllık süre ise her durumda, olayın gerçekleştiği günden başlar. Bu sürelerin her biri, hak düşürücü niteliktedir. Sürelerden birinin geçmiş olması yeterlidir. Hâkim, bu süreleri resen dikkate alır⁸².

⁷⁶ Konu hakkında bkz. **TİRYAKİ**, Hamit, Derhal Fesih Hakkını Kullanma Süresi, Mali Çözüm Dergisi, S.98, 2010, s.249-256; **SÜZEK**, İş Hukuku, s.715-717.

⁷⁷ **SÜMER**, Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, Ankara 2019, s.283; **SÜZEK**, İş Hukuku, s.717.

⁷⁸ Yargıtay 22. HD., 2016/15158 E., 2019/13389K., 19.06.2019 T., <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi 15. 03.2020.

⁷⁹ Bu doğrultuda bir Yargıtay kararında 4857 İş Kanununun 26 ncı maddesinde, feshe neden olan olayın, diğer tarafça öğretilmesinden itibaren altı işgünü ve herhalde fiilin gerçekleştiği tarihten itibaren bir yıl olarak belirtildiği, müfettiş soruşturması yapılmasının, olayın disiplin kurulu tarafından görüşülmesinin, bu sürenin işlemesini başlatmayacağı, olayın feshe yetkili kişi ya da kurula intikal ettirildiği günün, altı iş günlük sürenin başlangıcını oluşturacağı ifade edilmektedir. Yargıtay 9. HD., 2016/1268 E., 2019/6998 K., 27.03.2019 T., <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi 15. 03.2020.

⁸⁰ **SÜMER**, s.283; **YİĞİT**, Yusuf, 4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamında İş Sözleşmesini Fesih Hakkını Kullanma Süresi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.27, S.3, 2019, s.749-784, s.770.

⁸¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından uyuşmazlık durumunda feshe yetkili makamın, kimya dakimlerolduğunun ortaya konulması ile feshe yetkili makam tarafından olayın öğrenildiği tarihin de belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir. YHGK, 2015/1046 E., 2017/535K., 22.03.2017 T., <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi 15.03.2020.

⁸² Yargıtay 22.HD., 2017/6098 E., 2017/8224K., 11.04.2017 T., <https://Karararama.Yargitay.Gov.Tr>, Erişim Tarihi 15.03. 2020. Ayrıca işverenin bu konudaki beyanı yeterli olup, işverenden başka bir delille bu durumun ispatı aranmaz. Aksi durumun ispatı, işçi tarafından

İş sözleşmesinin feshinde haklı nedenin bulunması durumunda, fesih hakkının Kanunun 26 ncı maddesindeki süreleri içerisinde kullanılması, geçerli nedenlerle yapılan fesihlerde aranılmaz. İşçinin haklı neden niteliğindeki davranışı, işyerinde olumsuzluklara yol açıyor ve makul sürede fesih hakkı kullanılıyor ise feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilir⁸³.

Bazı durumlarda fesih için başkaca tespitlerin yapılması gerekir. Bu durum, uzun bir zaman alabilir. Soruşturma süreci, hak düşürücü süreyi olumsuz etkilemez. Soruşturma sonucunda fiilin, failin veya fesih sebebinin öğrenilmesi gerçekleştiğinde, fesih için gerekli hak düşürücü süre de başlamış olacaktır⁸⁴. Örneğin İş Kanununun 25 inci maddesinin II nolu bendinin (1) alt bendinde işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması, işveren için bir haklı fesih nedeni olarak düzenlenmiştir. Bu durumda zararı tespiti, fesih hakkının kullanılması için önemlidir. Zararın gerçekleştiği tarihten itibaren bir yıllık süre başlarken, altı iş günlük süre ise zararın tespitinden itibaren başlar⁸⁵.

IV. DİSİPLİN KURULU

A. Genel Olarak

Disiplin kurulu, yasalarda, toplu iş sözleşmesinde ve mevzuatta öngörülen cezaların, işçiler hakkında uygulanmasında yetkili organ olarak kabul edilmektedir⁸⁶. Ancak disiplin kurulunun oluşturulmasına yönelik yasal bir zorunluluk bulunmamaktadır. İşçiye disiplin cezasını, disiplin kurulunun yanı sıra işveren de verebilir⁸⁷. Disiplin kurulları, genellikle işveren ve işçi

yapılmalıdır. Konu hakkında bkz. BAŞBUĞ, Toplu İş, s.274.

⁸³ SÜMER, Uygulama, s.282. Yargıtay, altı iş günlük ve bir yıllık hak düşürücü sürelerin, işçi açısından 24 üncü maddenin II nolu bendi, işveren açısından ise 25 inci maddenin II nolu bendinde belirtilen sebeplere dayanan fesihler yönünden arandığını, geçerli nedene dayanan fesih durumlarında, 26ncı maddede öngörülen hak düşürücü sürelerin işlemediğine karar vermiştir. Bu kararda, geçerli nedene dayanılarak yapılan fesihlerde, belirtilen hak düşürücü sürelerin yerine “makul süre” içinde sözleşmenin feshedilebileceği kabul edilmektedir. Yargıtay 7.HD., 2015/574 E., 2016/2778K. 11.02.2016 T., <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi 15.03.2020.

⁸⁴ SÜZEK, İş Hukuku, s.716; YİĞİT, s.770.

⁸⁵ Bu duruma gerekçe olarak kararda bazı durumlarda, zarar miktarının belirlenmesinin uzun bir süre alabileceği ve fesih hakkının kullanılması bakımından zarar miktarının belirlenmesi ve işçinin ücreti ile kıyaslanması zorunluluğunun varlığına işaret edilmektedir. Yargıtay 7. HD., 2016/2977 E., 2016/3343K., 16.02.2016 T., <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi 15.03.2020.

⁸⁶ BAŞBUĞ, Aydın/YÜCEL BODUR, İş Hukuku, İstanbul 2018, s.220.

⁸⁷ DURSUN ATEŞ, s.165.

sendikası tarafından belirlenen eşit sayıda üyeden oluşur. Uygulamada, kurula başkanlık yapacak kişi, işveren tarafından belirlenmekte, kurul çoğunluk ile toplanmakta ve karar almaktadır. Nadiren dönüşümlü başkanlık sistemi de uygulanmaktadır⁸⁸. Çoğunluğun sağlanamaması durumunda, genelde ikinci bir toplantı tarihi kararlaştırılmakta ve bu toplantıda çoğunluk yerine mevcut üyelerle karar alınmaktadır⁸⁹.

Kurulun oybirliği ile karar almasının öngörülmesi, hukuka aykırıdır⁹⁰. Bu durum, fesih hakkının ortadan kaldırılması olarak değerlendirilmektedir. Disiplin kurulunun oybirliği ile karar almasını öngören hükmün, dürüstlük kuralı ile de bağdaşmadığı ifade edilmektedir⁹¹. Bu doğrultuda verilen disiplin cezaları, Yargıtay tarafından bozulmaktadır⁹². Oyların eşit olması halinde genelde başkanın oyu, iki oy sayılmakta ve bu doğrultuda karar alındığı kabul edilmektedir. Disiplin kurulları, işçilerin yönetime katılması hususunda ve disiplin hukukunun uygulanmasında varlığı ile öne çıkmaktadır⁹³. Türk hukuku, toplu iş sözleşmeleri ile yönetime katılmayı kabul etmiş, ancak batı ülkelerinde görülen modern anlamdaki yönetime katılma söz konusu olmamıştır. Bu nedenle disiplin cezaları konusunda katılım, toplu iş sözleşmeleri yolu ile olmuştur. Pozitif hukukumuzda bulunmayan disiplin kurulları, uygulamada toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde gelişmiştir⁹⁴.

B. Disiplin Kurulunun Yetkisi

Disiplin Kurulu, işyerinde çalışan işçiler hakkında karar verir. Ancak işyerinde toplu iş sözleşmesi ile kurulan bir disiplin kurulu bulunması durumunda, bu kurul, yalnızca sendika üyesi işçiler hakkında mı, yoksa sendikaya üye olsun ya da olmasın tüm işçiler hakkında mı karar verecektir? 6356 sayılı Kanunun 25 inci maddesinin II nolu bendi gereğince işveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz⁹⁵. Ücret, ikramiye, prim

⁸⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s.129.

⁸⁹ BAŞBUĞ/YÜCEL BODUR, s.220.

⁹⁰ BAŞBUĞ/YÜCEL BODUR, s.221.

⁹¹ ÖZDEMİR, s.156.

⁹² Yargıtay 9. HD., 2011/14895 E., 2013/18735 K., 18.06.2013 T., <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgi/Bankasi/IstemciWeb/>, Erişim Tarihi 30.04.2020. Aynı doğrultuda Yargıtay 9. HD., 1994/19247 E., 1995/13581 K., 20.02.1995 T., http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1990_1995.pdf, Erişim Tarihi 15.03.2020. Ayrıca karar için bkz. dipnot 243, BAŞBUĞ/YÜCEL BODUR, s.220.

⁹³ DURSUN ATEŞ, s.165.

⁹⁴ BAŞBUĞ, Toplu İş, s.274-275.

⁹⁵ 6356 sayılı Kanunun 25 inci maddesinin II nolu bendinde maddesinde yer alan düzenleme, 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenmiş idi.

ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır. Bu doğrultuda işveren yönetim hakkının kullanılması, işçinin mesleki ilerlemesi, para dışındaki sosyal yardımlar, çalışma süreleri, iş sözleşmesinin feshi ve disiplin hükümlerinin uygulanması gibi konularda işyerinde çalışan işçiler arasında toplu iş sözleşmesi ile eşitlik ilkesine aykırı bir ayırım ve işlem yapamaz⁹⁶.

Bazı durumlarda bazı cezaların verilmesinde yasal bir engel olup olmaması da önemlidir. Örneğin “İşyeri sendika temsilciliğinin güvencesi” başlıklı 6356 sayılı Kanunun 24 üncü maddesinin 4 nolu bendinde yazılı rızası olmadıkça işverenin, işyeri sendika temsilcisinin işyerini değiştiremeyeceği veya işinde esaslı tarzda değişiklik yapamayacağı, aksi hâlde değişikliğin geçersiz sayılacağı düzenlenmiştir. Bu nedenle disiplin cezası olarak işyeri sendika temsilcisinin görev yerinin değiştirilmesi söz konusu olamaz⁹⁷.

Disiplin Kurulunun ceza verebilmesi için yetkili olması da gerekmektedir. 6356 sayılı Kanunun 36 ncı maddesinin 2 nolu bendinde sona eren toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesine ilişkin hükümlerinin, yenisi yürürlüğe girinceye kadar iş sözleşmesi hükmü olarak devam edeceği düzenlenmiştir. Sona eren toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri, yeni bir toplu iş sözleşmesi yapıncaya kadar yürürlükte kalır. Bu anlamda disiplin cezalarını düzenleyen toplu iş sözleşmesi hükümlerinin hukuki niteliğinin ortaya konulması önemlidir. Disiplin cezaları, doğrudan doğruya ve zorlayıcı etkiye sahip olup normatif nitelikteki hükümlerdir⁹⁸. İş sözleşmesinin disiplin kurulu kararı olmaksızın feshedilemeyeceğine ilişkin düzenlemeler de toplu iş sözleşmesinin normatif bölümünde yer alır⁹⁹. Ancak Yargıtay sona eren toplu iş sözleşmesinde, iş sözleşmelerinin feshi için disiplin kurulu kararını arayan toplu iş sözleşmesi hükümlerinin, toplu iş sözleşmesinin süresi sona erdiğinde, sendikanın yetkili olmaması durumunda geçerliliğini kaybedeceğini kabul etmektedir¹⁰⁰.

⁹⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.129; SÜZEK, Disiplin Cezaları, s.13; BAŞBUĞ, Toplu İş, s.275; TAŞKENT, s.83-84.

⁹⁷ İşçinin, bu hükümden yararlanması için disiplin cezasına konu eylem tarihinde işyeri sendika temsilcisi olması da gerekmez. İşçi, işyeri sendika temsilcisi olarak görev yapmaya başladığı andan itibaren, Sendikalar Kanununun 24 üncü maddesinin 4 nolu bendinde öngörülen düzenleme kapsamında ancak işçinin rızası ile işyeri değişikliği yapılabileceğinden, işçi hakkında, disiplinin cezası olarak çalıştığı işyerinin değiştirilmesi cezası uygulanması, 6356 sayılı Kanun kapsamında mümkün olmadığından geçersiz bulunmuştur. Yargıtay 22. HD., 2019/1248 E. , 2019/7596 K., 04.04.2019 T., <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi 15.03.2020.

⁹⁸ ELBİR, s.71.

⁹⁹ ŞAKAR, Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, İstanbul 2016, s.390-391.

¹⁰⁰ Yargıtay 9. HD., 25.4.1996 T., 1995/ 36056 E., 1996/9566 K., karar için bkz. DOĞAN, Sevil, Toplu İş Sözleşmesinin Ard Etkisi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, Özel S., 2013, s.781-812, s.793. Ayrıca konu hakkında bkz. KESER, Hakan,

C. Disiplin Kurulu Kararı Olmaksızın Yapılan Fesihler

Bazı toplu iş sözleşmelerinde iş sözleşmelerinin sona erdirilmesi yetkisi, işyerlerindeki disiplin kurullarına bırakılmaktadır. Bu husus, çeşitli tartışmalara yol açmıştır¹⁰¹. Toplu iş sözleşmeleri veya iş sözleşmeleri ile iş sözleşmesini sona erdirmeye özgürlüğüne bazı sınırlamalar getirilebilir¹⁰². Bu kapsamda işverenin fesih hakkının, disiplin kurulu kararı aranılması sureti ile sınırlandırılması mümkündür. Ancak işverene tanınmış olan fesih hakkının bütünü ile ortadan kaldırılması mümkün değildir¹⁰³. İşverenin bildirimsiz fesih hakkını kullanması, toplu iş sözleşmesi ile disiplin kurulu kararının bulunmasına tabi tutulabilir. Bu durumda yapılan fesih, haklı nedenle olsa bile geçersiz kabul edilir¹⁰⁴.

İşverenin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkının, disiplin kuruluna başvurma zorunluluğu ile sınırlandırılması hukuka uygun olup, 4857 sayılı İş Kanununun iş güvencesine ilişkin düzenlemelerinin varlığı, bu nitelikte hükümlerin kararlaştırılmasına engel olarak görülmemektedir. Bu durumda işverenin anılan sınırlamaya uymamasının feshi haksız hale getireceği, buna karşılık feshin haksız olarak nitelendirilmesinin aynı zamanda feshin geçersizliğini de getirip getirmeyeceği, yine böyle bir durumda feshin geçersizliğinin sözleşme taraflarınca öngörülmesinin mümkün olup olmadığının tartışılması gerektiği ifade edilmektedir¹⁰⁵.

1475 sayılı İş Kanunu döneminde, 1994 yılında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu¹⁰⁶, disiplin kurulu kararlarının yargı denetimine tabi bulunmasının, işverenin toplu iş sözleşmesinin açık hükmünü göz ardı etmesini haklı kılmayacağını açıklamış ve disiplin kuruluna başvurulmamış olmasının feshi haksız kılacağı sonucuna ulaşmıştır¹⁰⁷. Yargıtay tarafından 1994 yılında verilmiş

Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Art Etkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2007, s.106-123, s.118.

¹⁰¹ AKTAY, Ahmet Nizamettin, Toplu İş Hukuku, Ankara 2019, s.145.

¹⁰² SÜMER, İş Hukuku, s.60.

¹⁰³ TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2018, s.347. Konu hakkında doktrindeki görüşler için bkz. ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2019, s.629-630. Bu durumun, işveren tarafından işyerinde yönetim hakkının kullanılması ve işin düzenlenmesi noktasında olumsuzluklara yol açacağı belirtilmektedir. Yargıtay 9. HD., 2011/14895 E., 2013/18735 K., 18.06.2013 T., <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi 15.03.2020.

¹⁰⁴ AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.225; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.347.

¹⁰⁵ ÖZDEMİR, s.158.

¹⁰⁶ YHGK, 01.06.1994 tarihli 1994/9-71 E. ve 1994/381 K., <http://www.hukukturk.com/Sonuc.aspx?q=sebepsiz+fesih&KararTuru=1471&Merici=4056>, Erişim tarihi 15.03.2020.

¹⁰⁷ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.630; TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2018, s.347; ÖZDEMİR, Erdem, Disiplin Kurulu Kararı Olmadan İş Sözleşmesinin Feshi, Feshin Geçersizliği ve İşe İade Davası Hakkında Karar İncelemesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2009, s.153-162, s.156.

olan karar, iş güvencesi kapsamı dışında olan işçiler açısından geçerliliğini korumaktadır. Ancak iş güvencesi kapsamında olan işçiler açısından geçerli fesih nedenlerinin araştırılmasına karar verilmesi eleştirilmektedir¹⁰⁸.

Toplu iş sözleşmeleri ya da işyeri iç yönetmelikleri ile belirlenmiş olan disiplin kurulu usulüne uygun olarak toplanmadan ya da hiç toplanmadan işçinin işten çıkarılması durumunda, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi yakın tarihli bir kararında, bu durumun tek başına iş sözleşmesinin feshini haksız hale getirmeyeceğini, uyuşmazlığın mahkemeye taşınması durumunda geçerli feshin koşullarının ayrıca araştırılması gerektiğine karar vermektedir¹⁰⁹. Bunun yanı sıra disiplin kurulu kararının sonradan alınması durumunda da tek başına disiplin kurulu kararının bulunmamasının feshi geçersiz hale getirmeyeceği, öncesinde geçerli bir nedenin bulunup bulunmadığının mahkeme tarafından araştırılması gerektiğine hükmedilmiştir¹¹⁰. Ancak disiplin kuruluna ilişkin hükümlerin, özellikle işçinin davranışlarına ilişkin geçerli feshi bakımından da öngörülmesinin mümkün sayılması gerektiği, işverenin disiplin kuruluna ilişkin düzenlemeyi ihlalinin hukuki sonuçlarının da açıkça düzenlenebileceği, böyle bir durumda, feshin haksızlığının yanında, geçersizliğinin de kararlaştırılabileceğinin kabul edilmesi gerektiği de ileri sürülmektedir¹¹¹.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ise fesih için disiplin kurulu kararı aranılmasına rağmen disiplin kurulu kararı olmaksızın işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesinde disiplin soruşturması ya da disiplin kurulu kararı olmamasının feshin haklı nedenle yapıldığının ileri sürülmesine engel olacağını, ancak bu durumda feshin geçerli nedenle yapılmış kabul edilebileceğine, yakın tarihli bir kararı ile hükmetmiştir¹¹².

¹⁰⁸ AKTAY, s.144. Konu hakkında bkz. ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.632-633.

¹⁰⁹ Feshin, disiplin kurulu kararı öngörülmesine rağmen, disiplin kurulu kararı olmaksızın fesih hakkının kullanılması durumunda, feshin haksız olacağı, ancak bu durumun geçerli feshi ortadan kaldırmayacağı, işçinin davranışının, işyerinde olumsuzluklara yol açması ve işveren açısından iş ilişkisinin önemli ölçüde devam ettirilmesinin beklemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmektedir. Yargıtay 9. HD., 2019/3888 E., 2019/12197 K., 27.05.2019 T., <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi 15.03.2020.

¹¹⁰ Disiplin kurulu kararının sonradan ikmal edildiği, bir olayda işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiği savunulmuş, ancak feshin öncesinde disiplin kurulu kararının olmadığı bu olayda, geçerli feshi bertaraf etmeyeceği doğrultusunda işçinin işe iade talebinin reddine karar verilmiştir. Yargıtay 9.HD.,2018/4340 E., 2018/23633 K., 19.12.2018 T., <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi 15.03.2020.

¹¹¹ ÖZDEMİR, s.159.

¹¹² Yargıtay 22.HD., 2016/17721 E., 2019/16867 K., 19.09.2019, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi 15.03. 2020. Ayrıca bu doğrultuda bir başka kararda, gerek toplu iş sözleşmeleri, gerekse iç yönetmeliklerde, işverenin fesih hakkını disiplin kurulu kararına istinaden kullanabileceğinin düzenlenebileceği, kararlaştırılan usule uyulmaksızın yapılan feshin, haksız hale geleceği, iş güvencesi kapsamındaki işçiler yönünden feshin geçerli

Öğretide bir görüşe göre disiplin kurulu kararı alınmadan fesih hakkının kullanılması, fesih için haklı veya geçerli bir neden bulunsa bile, salt toplu iş sözleşmesi hükmüne aykırılık nedeniyle yapılan feshin, haksız veya geçersiz sayılmasını gerektirir. Zira bu durumda, işverenin disiplin cezası verme ve fesih nedenlerini takdir yetkisi, disiplin kuruluna bırakılmış olup, aksinin kabulü, toplu iş sözleşmesi hükmüne herhangi bir hukuki sonuç bağlanmaması sonucunu doğuracağından toplu iş sözleşmesi özerkliğine aykırıdır¹¹³. Kanaatimizce de toplu iş sözleşmesi, işyeri iç yönetmeliği ya da başkaca bir düzenleme ile iş sözleşmesinin feshinin disiplin kurulu tarafından yapılmasının öngörülmesi durumunda, disiplin kurulu tarafından fesih yapılmamasının, tek başına yapılan feshi, haksız ve geçersiz fesih haline getirdiği düşüncesindeyiz. Bu durumda feshin geçersiz olmayacağı, feshin geçerli nedenle yapıp yapılmadığının mahkeme tarafından araştırılması gerektiği doğrultusundaki yargı kararlarına katılmamaktayız.

İşverenin süreli fesih hakkını, tamamen ortadan kaldıracak toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi hükümleri, geçersiz olmakla beraber, sınırlandıran sözleşme hükümleri hukuken geçerlidir. Zira İş Kanununun 17 nci maddesi mutlak emredici nitelik taşımadığından, işçi yararına değiştirilebilir. İşverenin süreli fesih hakkının, disiplin kurulu kararına göre kullanılması öngörülmek sureti ile sınırlandırılması mümkündür¹¹⁴.

D. Disiplin Kurulu Kararlarına Karşı Yasal Yollara Başvurulması

İş sözleşmesi disiplin kurulu kararı ile feshedilen işçi, disiplin kurulu kararının yerindeliliğinin denetimi için yargı yoluna başvurabilir¹¹⁵. Disiplin kurulu kararlarının iptali için dava açılması mümkündür. Disiplin cezaları, yargı denetimine tabidir. Bu durum, kişinin yargı organı önünde anayasal hak arama özgürlüğünü düzenleyen Anayasamızın 36. maddesinin doğal bir sonucudur¹¹⁶. Bu kapsamda işçi, yalnızca işten çıkarma değil, tüm disiplin cezalarının iptali için dava açabilir. Ancak bazı durumlarda verilen kararın etkisi, sınırlı olacaktır. Örneğin işten çıkarma cezasının iptali amacı ile açılan

sebebe dayanıp dayanmadığının araştırılması gerektiği belirtilmektedir. Yargıtay 22. HD., 2017/3497 E., 2017/14058 K., 13.06.2017 T., Yargıtay Kararları – Çalışma ve Toplum, 2018/1, s.447-451.

¹¹³ SÜZEK, İş Hukuku, s.737; SÜZEK, Disiplin Cezaları, s.16.

¹¹⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.275. Ancak aksi yönde, bildirim süresine ait ücretin peşin olarak ödenmesi ya da bildirim süresi verilmek suretiyle işveren tarafından yapılacak fesihlerin, disiplin kurulundan geçirilmesine yönelik düzenlemelerin, işverenin fesih hakkının tümü ile kaldırılmasını öngören toplu iş sözleşmeleri gibi geçersiz olduğu da ileri sürülmektedir. Konu hakkında bkz. AKYİĞİT, Ercan, İş Hukuku, İstanbul 2018, s.655.

¹¹⁵ SÜMER, Uygulama, s.284.

¹¹⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.130; SÜZEK, Disiplin Cezaları, s.14.

bir davada işçi, iş güvencesi kapsamında değilse, mahkemenin vermiş olacağı iptal kararı, yalnızca feshin haksızlığı sonucunu doğuracaktır. Bu durumda işten çıkarma cezasının iptali, işçinin işe geri dönmesini sağlamaz¹¹⁷. Hâkim olayı içerik yönünden inceleyebileceği gibi uygulanan sözleşme hükmünün hukuka uygunluğunu da denetleyebilir¹¹⁸.

Disiplin cezasının iptali için işçi tarafından açılacak davada, 7036 sayılı Kanunun¹¹⁹ 5 inci maddesi gereğince iş mahkemeleri görevlidir. Aynı bir iş mahkemesinin olmadığı yerlerde ise bu dava, iş davalarına bakmakla görevli asliye hukuk mahkemesinde görülür. Yetkili mahkeme ise Kanunun 6 ncı maddesinde belirtilen mahkemelerdir. Buna göre yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi ile işin veya işlemin yapıldığı yer mahkemesidir. Madde hükmüne aykırı yetki sözleşmeleri, maddenin beş nolu bendi gereğince geçersizdir. Bu nedenle, davalı tarafça ileri sürülmesi bile yetkisizlik hâkim tarafından da resen dikkate alınır. Hâkim, davanın her aşamasında yetki itirazını dikkate alabileceği gibi re'sen de yetkisizlik kararı verebilir¹²⁰.

Disiplin kurulu soruşturma raporu ile fesih yazısının da aynı kapsamda olması gerekmektedir. İş sözleşmesinin feshine esas olan disiplin kurulu kararlarında yer almayan hususların sonrasında fesih yazısında yer alması hukuken geçerli değildir. Zira fesih nedeni değiştirilemez¹²¹.

Mevzuatımızda iş sözleşmesinin feshi dışında açık bir düzenleme olmadığı için disiplin cezasının iptali ve işverenin bu doğrultuda bir işlem yapılmasına yönelik bir karar verilemez. Mahkemenin yapması gereken, işlemin hatalı olduğunun tespitine yönelik bir karar vermektir. Disiplin cezasının hukuka ya da sözleşmeye aykırı olduğunun tespiti ile yetinilmelidir. İşverenin yönetim hakkına müdahale anlamına gelebilecek şekilde disiplin cezasının iptali yönünde hüküm kurulamaz¹²². Zira aksi durum, işverenin yönetim hak ve yetkisi, kısıtlanması veya ortadan kaldırılması anlamına gelir¹²³.

¹¹⁷ Kararın verildiği tarih itibarı ile iş güvencesine ilişkin yasal bir düzenleme mevzuatımızda bulunmamakta idi. Bu nedenle karar, iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler açısından emsal teşkil edebilir. YHGK, 1992/9-730 E., 1993/64 K., 17.02.1993 T., http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1990_1995.pdf, Erişim Tarihi 15.03.2020.

¹¹⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s.131; BAŞBUĞ, Toplu İş, s.280.

¹¹⁹ RG., 25.10.2017/30221.

¹²⁰ Yargıtay 22.HD., 2016/22407 E., 2019/10450 K., 13.05.2019 T., http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1990_1995.pdf, Erişim Tarihi 15.03.2020.

¹²¹ Yargıtay 9. HD., 2017/10303 E., 2019/9708 K., 25.04.2019 T., <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi 15.03.2020.

¹²² SÜZEK, İş Hukuku, s.130; SÜZEK, Disiplin Cezaları, s.12; DURSUN ATEŞ, s.167.

¹²³ Mahkeme tarafından disiplin cezası olarak verilen yazılı ihtar cezasının iptaline yönelik olarak verilen kararda, hukukumuzda açık bir düzenleme bulunmadığı için, iş mahkemesi tarafından işverenin verdiği disiplin cezasının iptali ve işvereni bir işlem yapmaya zorlayıcı

Ücret kesintisinin disiplin cezası olarak verilmediği, başka nedenlerle örneğin işçinin izinsiz ve mazeretsiz işyerini terki gibi nedenlerden dolayı yapılması durumunda da disiplin kuruluna gidilmeden kesilen ücretlerin iadesi talebinin reddi gerekmektedir. Zira bu durumda yapılan kesintinin nedeni, disiplin cezası olmayıp, işçinin devamsızlığıdır¹²⁴.

SONUÇ

Mevzuatımızda, 4857 sayılı İş Kanunu ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunundaki bazı düzenlemeler dışında disiplin hukukunu genel anlamda düzenleyen, usul ve esaslarını ortaya koyan yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumu, mevzuatımız açısından önemli bir eksiklik olarak değerlendirmekteyiz. Disiplin hukukunu genel anlamda düzenleyen, usul ve esaslarını ortaya koyan birtakım genel esasların, yasal bir düzenlemeye kavuşturulması isabetli olacaktır. Ancak disiplin hukukuna yönelik genel düzenlemelerin olmaması, işçilere disiplin cezası verilmesine engel teşkil etmez. Bu hak, işverenin yönetim hakkından kaynaklanır.

Disiplin cezaları, işyerinde disiplin sağlama amacına yönelik olup, bu amaç dışında disiplin cezası verilemez. Disipline aykırı kapsamda değerlendirilebilecek her türlü olay, işyerinde gerçekleşmese bile disiplin kurulu tarafından disiplin soruşturmasına konu edilebilir. İşçinin mesleki ya da fiziksel yetersizliği ise disiplin suçu olarak kabul edilemez.

Disiplin hukukunda yargı kararları önemlidir. Yargı kararları ile disiplin hukukuna yönelik birtakım genel ilkeler konulmuştur. Bu ilkeler, eşitlik, ölçülülük, tek eylemin tek cezayı gerektirmesi ile feshin son çare olması olarak sayılabilir.

Disiplin hukukuna yönelik düzenlemeler; iş sözleşmeleri, işyeri iç yönetmelikleri ya da toplu iş sözleşmeleri ile öngörülebilir. Ancak uygulamada iş sözleşmelerinden daha çok toplu iş sözleşmesi ya da işyeri iç yönetmelikleri ile disiplin cezaları öngörülmektedir. Bu düzenlemeler ile kanunda öngörülen cezalardan daha hafif cezalar getirilebilir.

Disiplin hukukuna yönelik düzenlemeler ile 4857 sayılı Kanunun 18 inci maddesinde öngörülen geçerli nedenler sınırlandırılabilir, ancak bunların ortadan kaldırılması mümkün değildir. İş güvencesi kapsamında olmayan

nitelikte karar verilmesinin mümkün olmadığı, mahkeme tarafından işlemin hatalı olduğunun belirtilmesi ile yetinilmesi, işverenin yönetim hak ve yetkisinin kısıtlanması veya ortadan kaldırılması anlamına gelecek şekilde hüküm kurulmaması gerektiği gerekçesi ile yerel mahkeme kararı bozulmuştur. Yargıtay 9.HD., 2010/33308 E., 2010/36162 K., 06.12.2010 T., <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi 15.03.2020.

¹²⁴ Yargıtay 9. HD., 1993/14776 E., 1994/3260 K., 07.03.1994 T., https://www.hukuki.net/ictihat/Yargitay_9_Hukuk_Dairesi_1993-14776.php, Erişim tarihi 15.03.2020.

işçilerin de bu kapsama alınması söz konusu olabilir. Aynı şekilde haklı nedenle fesih hakkının ortadan kaldırılması mümkün olmamasına karşın, bu hakkın sınırlandırılması ise mümkündür. Haklı nedenle fesih hakkının kullanımını aşırı ölçüde zorlaştıran düzenlemeler de geçersizdir. Uygulamada süreli fesih hakkının da disiplin kurulundan geçirilmesi öngörülmektedir. Süreli fesih hakkının ortadan kaldırılması mümkün olmayıp, sınırlandırılması ise mümkündür.

Toplu iş sözleşmeleri ya da işyeri iç yönetmelikleri ile iş sözleşmesini fesih hakkının disiplin kurullarına bırakılmasına sıklıkla rastlanılmaktadır. Disiplin kurulu kararı olmaksızın yapılan fesihlerin haksız olduğu gibi geçersiz olduğunu da düşünmekteyiz. Bu durumda mahkeme tarafından somut olayda geçerli fesih nedenlerinin bulunup bulunmadığının araştırılması doğrultusundaki aksi yöndeki yargı kararlarına katılmamaktayız. Zira aksi durum, işçilerin yönetime katılması ilkesi kapsamında disiplin kurulunun varlığının etkisizleşmesi sonucuna yol açtığı gibi toplu iş sözleşmesi ile disiplin kurulunun varlığının öngörülmesi durumunda toplu iş sözleşmesi özerkliğine de aykırıdır.

Disiplin kurulu kararlarına karşı yargı yoluna başvurulabilir. Ancak iş sözleşmesinin feshi dışında açık bir düzenleme olmadığı için disiplin cezasının iptali ve işverenin bu doğrultuda bir işlem yapılmasına yönelik bir karar verilemez. Ancak işçi, iş güvencesi kapsamında değilse, mahkemenin vermiş olacağı iptal kararı, yalnızca feshin haksızlığı sonucunu doğuracaktır. İşçi tarafından yargı yoluna başvurulduğunda, hâkim olayı içerik yönünden inceleyebileceği gibi uygulanan sözleşme hükmünün hukuka uygunluğunu da denetler.

Disiplin dosyası, uyuşmazlık yargıya taşındığında önem arz etmektedir. Bu nedenle disiplin dosyasında disiplin ceza cetveli de dâhil olmak üzere disiplin süreçlerine yönelik tüm bilgi ve belgelerin bulunması gerekmektedir. Tekerrür olması durumunda tekerrüre esas belgelerin de disiplin dosyasında bulunması gerekir. İşyerindeki emsal olaylarda verilen kararlar da disiplin hukukunda önemlidir.

Disiplin hukukunda hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş olan delillerin kullanılıp kullanılamayacağı hususunda farklı görüşler bulunmaktadır. Disiplin hukukunda, yalnızca hukuka uygun delillerin değerlendirilebileceği kanaatindeyiz. Hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş deliller, hiçbir şekilde dikkate alınmamalıdır. Bu durumu, Anayasanın 38. maddesinde kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların, delil olarak kabul edilemeyeceği şeklindeki düzenlemenin bir gereği olarak görmekteyiz. Aynı zamanda hukuk devleti ilkesi de bu durumu gerektirmektedir. Yargı organı niteliğinde olmayan sınırlı bir yetkiye sahip disiplin kurulunun bu kapsamda bir değerlendirme yapması da beklenemez.

KAYNAKÇA

- **AKTAY**, A. Nizamettin/**ARICI**, Kadir/**SENYEN-KAPLAN**, Emine Tuncay, İş Hukuku, Ankara 2013.
- **AKTAY**, A. Nizamettin, Toplu İş Hukuku, Ankara 2019.
- **AKYİĞİT**, Ercan, İş Hukuku, İstanbul 2018.
- **BAŞBUĞ**, Aydın, Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Ankara 1999. (Disiplin Cezaları)
- **BAŞBUĞ**, Aydın, Ücret Kesim Cezası, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.22, 2011, s.200-207. (Ücret)
- **BAŞBUĞ**, Aydın, Toplu İş İlişkileri ve Hukuk, Ankara 2012, s.274. (Toplu İş)
- **BAŞBUĞ**, Aydın/**YÜCEL BODUR**, Mehtap, İş Hukuku, İstanbul 2018.
- **BİRBEN**, Erhan, İşverenin İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Etkisizleşmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, Özel S., 2013, s.451-480.
- **ÇELİK**, Nuri/**CANIKLIOĞLU**, Nurşen/**CANBOLAT**, Talat, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2019.
- **DOĞAN**, Sevil, Toplu İş Sözleşmesinin Ard Etkisi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, Özel S., 2013, s.781-812.
- **DURSUN ATEŞ**, Sevgi, İşverenin Yönetim Hakkı, Ankara 2019.
- **ELBİR**, Nazlı, Türk ve Fransız İş Hukuklarında Disiplin Cezaları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.
- **ERTÜRK**, Şükran, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Pratik Çalışmaları, Ankara 2018.
- **EYRENCİ**, Öner/**TAŞKENT**, Savaş/**ULUCAN**, Devrim, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2019.
- **FİŞ ÜSTÜN**, Gül, Disiplin Soruşturmalarında Hukuka Aykırı Deliller, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.24, S.1, Haziran 2018, s.17-35.
- **GÜNDÜZ**, Fatma Ebru, Hukuka Aykırı Elde Edilmiş Delillerin Disiplin Hukukunda Kullanılması, YBHD, S.2019/1, s.89-114.
- **KAR**, Bektaş, İş Güvencesi ve Uygulaması, Ankara 2017.
- **KESER**, Hakan, Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Art Etkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2007, s.106-123.

- **MOLLAMAHMUTOĞLU**, Hamdi/**ASTARLI**, Muhittin/**BAYSAL**, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2019.
- **ÖZDEMİR**, Erdem, Disiplin Kurulu Kararı Olmadan İş Sözleşmesinin Feshi, Feshin Geçersizliği ve İşe İade Davası Hakkında Karar İncelemesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2009, Y.4, S.16, s.153-162.
- **SÜMER**, Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, Ankara 2019. (Uygulama)
- **SÜMER**, Haluk Hadi, İş Hukuku, Ankara 2019, s.106. (İş Hukuku)
- **SÜZEK**, Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2020. (İş Hukuku)
- **SÜZEK**, Sarper, İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2011/1, s.9-18. (Disiplin Cezaları)
- **ŞAKAR**, Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, İstanbul 2016.
- **TAŞKENT**, Savaş, İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1981.
- **TİRYAKİ**, Hamit, Derhal Fesih Hakkını Kullanma Süresi, Mali Çözüm Dergisi, S.98, 2010, s.249-256.
- **TİSK**, 4857 sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, İstanbul 2009.
- **TUNÇOMAĞ**, Kenan/**CENTEL**, Tankut, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2018.
- **YILDIZ**, Gaye Burcu, Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, Özel S., 2013, s.681-707.
- **YİĞİT**, Yusuf, 4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamında İş Sözleşmesini Fesih Hakkını Kullanma Süresi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.27, S.3, 2019, s.749-784.

BANKACILIK UYGULAMASINDA TEMERRÜT (GECİKME) FAİZ ORANLARININ SINIRLANDIRILMASINA İLİŞKİN HUKUKİ GÖRÜŞ VE DEĞERLENDİRMELER

Legal Assessments on the Limitation of Default Interest Rates in Banking Practice

Dr. Öğr. Üyesi Erkan EREN*

Geliş Tarihi: 12.11.2020

Kabul Tarihi: 24.02.2021

ÖZET

Ticari hayatın gerekleri nedeniyle ticari işlere uygulanacak hükümler kimi zaman adi işlere uygulanacak hükümlerden farklılık arz eder. Bu farklılığın söz konusu olduğu hallerden birisi de ticari işlere uygulanacak faiz hükümlerine ilişkindir.

Mevzuatımızda ticari işlerde faiz oranlarının belirlenmesine ilişkin olarak herhangi bir sınırlama bulunmaması nedeniyle, özellikle temerrüt faiz oranlarının oldukça yüksek belirlenmiş olduğu durumlarla karşılaşılabilmektedir. Bankacılık mevzuatında faiz oranlarını belirleme yetkisi Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nın 2020/3 sayılı Tebliği ile bankalara bırakılmış olduğundan uygulamada çok yüksek oranlarda faiz oranları ile karşılaşılabilmekte ve bu nedenle borçlarını ödeyemeyen tacir ve işletmelerin iflas etmesi ile dahi karşı karşıya kalılabilmektedir.

Uygulamada da özellikle genel kredi sözleşmelerinde temerrüt faiz oranlarını belirleme yetkisinin tek yanı sıra bankalara bırakan hükümlere sıklıkla yer verildiği görülmektedir. Bankaların bu oranları sözleşme imza tarihinde belirlemek yerine bazen ilgili kısımları boş bıraktıkları, daha çok ise bahse konu oranları belirsiz bir faiz oranına endekslemek suretiyle hüküm altına aldıkları görülmektedir. Ancak bu yöndeki hükümlerin geçerliliği hukuken tartışılmalı olup tek taraflı yükümlülük tesis etme yetkisinin sadece kamu gücünü haiz idareye (devlet) ait olması gerçekliği karşısında, kredi kullanacak olan kişilerle eşit pozisyonadaki ve özel hukuk

ABSTRACT

Due to the specific requirements of commercial life, the provisions applied to commercial affairs differ from those applied to ordinary businesses. One of the most important differences is the provisions of interest applied to commercial affairs.

Due to the fact that there is no restriction in Turkish legislation regarding the determination of interest rates in commercial affairs, some specific situations with quite high default interest rates may be encountered. Since the authority to determine the interest rates in the banking legislation is left to the banks with the Communiqué No. 2020/3 of the Central Bank of the Republic of Turkey, pretty high interest rates can be encountered in practice and therefore the bankruptcy of merchants and businesses that cannot pay their debts.

In practice, it is observed that general loan agreements often include provisions that unilaterally leave the authority to determine default interest rates to banks, as well. It is also observed that banks sometimes leave the relevant parts blank instead of determining a definite default interest rate on the date of contract signature, and more often, they put provisions indexing the said rates to an uncertain interest rate. The written authority to determine unilateral interest rates in general bank contracts can cause serious legal and economic problems because banks are in equal positions with those who will use loans and banks have private law legal personality. However, the authority to establish an unilateral

* Mersin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı, e-posta: erenerkan@gmail.com, ORCID: 0000-0001-8931-3553.

tüzel kişiliğini haiz olan bankaların kredi sözleşmelerine yazmış oldukları tek taraflı faiz belirleme yetkileri ciddi hukuksal ve ekonomik sorunlara yol açabilmektedir.

Bu çalışmada, konuya ilişkin mevzuat hükümlerine yer verilerek, ticari işlerde temerrüt faiz oranının sınırlandırılması konusunda doktrin ve yargı kararları incelenmekte ve bankaların ticari işlerde faiz oranını belirleme serbestisinin yasal sınırları hakkında görüş ve değerlendirmelerde bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Ticari iş, faiz, genel kredi sözleşmesi, temerrüt faizinin sınırlandırılması, oran serbestisi.

liability belongs merely to the administration (state) which has the public power. That is one of the most important issues that cause legal disputes on the validity of those sort of provisions.

In this study, we tried to examine doctrinal and judicial decisions related to the restrictions of the default interest rates in commercial affairs by reference to the provisions of relevant legislation related to the subject in question and some legal assessments are made on the legal limits of the banks' freedom to determine the interest rates in commercial affairs have been made.

Key words: Commercial affair, interest, general loan contract, limitation of default interest, freedom of interest rates.

GİRİŞ

Bir işin ticari iş olarak nitelendirilmesi o işe uygulanacak hükümler bakımından önem arz eder. Zira bir hukukî uyumsuzluğun çözümünde ticari hükümlerin mi, yoksa genel hükümlerin mi uygulanacağı, uyumsuzluk konusu işlem veya fiilin ticari iş¹ olup olmamasına göre belirlenmektedir². Ticari işlere uygulanacak hükümler, ticari hayatın gerekleri göz önüne alınarak adi işlere uygulanacak hükümlerden farklı esaslara tabi kılınmıştır³. Bu farklılığın söz konusu olduğu hallerden birisi de uygulanacak faiz oranları konusudur.

Faiz, konusu para olan borçlarda alacaklıya, parasından mahrum kaldığı süre için sağlanan medeni (hukuki) semeredir⁴. Para borcunun söz konusu olduğu her halde borçlunun faiz ödemesi gerekmez. Ancak taraflar arasındaki sözleşmede faiz ödeneceği kararlaştırılabileceği gibi bir kanun hükmü ile de borçlu faiz ödemekle yükümlü kılınabilir⁵. Faiz alacağı asıl alacağa bağlı fer'i nitelikte bir hak olduğundan bu alacağın doğması ve geçerliliği asıl alacağın varlığına bağlıdır⁶.

Ticari hayatın olağan akışı içerisinde neredeyse tüm işletmeler faaliyetlerini sürdürebilmek amacıyla bankalardan genel kredi sözleşmesi imzalamak

¹ Bu konu çalışmamızın sınırlarını aşmakla birlikte kısaca belirtmek gerekir ki, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu sistematigi uyarınca ticari işlerin iki grup altında sınıflandırıldığı görülmektedir. Bunlardan birincisi, Türk Ticaret Kanunu m. 3'te düzenlenen ve kanunun uygulama alanını belirlemeye yönelik ticari işlerdir. İkincisi ise, Türk Ticaret Kanunu m. 19 uyarınca tacir olmanın hükümleri olarak ortaya çıkan ticari iş karinesidir. Bahse konu hükümler incelendiğinde ise, bir işin ticari olup olmadığının belirlenmesinde, üç temel kriterin belirleyici olduğu görülmektedir. Bunlar, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen işler, ticari işletmeyi ilgilendiren işler ve tacirin borçlarıdır.

² GÖKTÜRK, Kürşat, "Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, S. 2, Ankara 2015, s. 42.

³ ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2011, s. 63; AYHAN, Rıza/ÖZDAMAR, Mehmet/ÇAĞLAR, Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku Genel Esasları, Ankara 2013, s. 62.

⁴ BOZER, Ali, "Ticari İşlere İlişkin Faiz Hükümlerine Toplu Bakış", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 2, S. 3, Ankara 1964, s. 362; POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2012, s. 81; REİSOĞLU, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2013, s. 312; OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.-1, İstanbul 2014, s. 312. Yargıtay Hukuk Kurulu'nun 15.05.2015 tarih, 2013/6-2249 E., 2015/1362 K. sayılı kararında da faiz, "... Faiz; para alacağının medeni semeresidir. Başka bir ifade ile faiz, ödünç akdi veya başka bir hukuki muamele yahut fiil neticesinde başka bir kimseden alacaklı duruma geçen kimsenin para alacağının karşılığı ve bir nevi ücret ve kirası ..." şeklinde tanımlanmıştır.

⁵ ORTAÇ, Nurdan Orbay, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz", Ankara Barosu Dergisi, Ankara 2014/2, s. 122.

⁶ KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 600; ARSLAN, Kaya, "Adi ve Ticari İşlerde Faiz", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LIV, İstanbul 1994, s. 347; BOZER, s. 362.

suretiyle kredi kullanmaktadırlar⁷. Genel kredi sözleşmesi, birden çok (nakdi-gayri nakdi) kredi tipini kapsayacak, birden çok kredi sözleşmesi için bir çerçeve sözleşme niteliği taşıyacak şekilde ve belirsiz bir süre için yapılmaktadır. Belirsiz süreli niteliği nedeniyle, verilmesi muhtemel krediler için belirli bir faiz oranını içermemesi de esasen doğaldır. Ancak bankalar bahse konu sözleşmelere dercettikleri “*tek taraflı temerrüt faiz oranını belirleme*” yetkilerine dayanarak, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda yer alan ticari işlerde faiz oranlarının serbestçe belirlenebileceği kuralının da verdiği yetki ile 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun’da (3095 sayılı Kanun) yer alan hükümlerdeki faiz oranı hesaplama ölçütlerinden tamamen bağımsız bir şekilde genel-geçer kurallar ve/veya faiz hesaplama ölçütleri uygulamaktadır. Bu durum ise kredi borçlularının temerrüde düşmeleri halinde durumlarının daha da ağırlaşmasına neden olabilmektedir.

Bankaların temerrüt faiz oranlarını tek taraflı belirleme yetkisine gerekçe olarak gösterilen ve yargı kararlarında da karşımıza çıkan en ciddi gerekçenin “Sözleşme yapma özgürlüğü” ilkesi olduğu görülmektedir. Bu anlamda bankalar, kimseyi zorlamadıklarını ve kredi kullanmak isteyenlerle sözleşme yapma özgürlüğü çerçevesinde genel kredi sözleşmeleri imzaladıklarını ve bu sözleşmelerin de hukuka uygun olduğunu ifade etmektedirler.

Buna karşın uygulamada bütün bankalar aynı veya benzer uygulamayı yaptıkları için kredi kullanmak isteyenlerin bankalara tek taraflı faiz belirlemeye ilişkin yetki veren hükümleri değiştirme imkânından mahrum bulundukları da bilinen bir gerçekliktir. Bu nedenle, bankalardan kredi çekmek isteyenler ya bankaya tek yanlı olarak faiz artırma yetkisi vererek sözleşmeye imza atarak kredi kullanacaklar ya da kredi kullanmayacaklardır. Hâlbuki bankalar genel kredi sözleşmelerinde temerrüt faiz oranlarını örneğin, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından uygulanan avans faiz oranına ya da sözleşmenin (akdi) faiz oranına belirli bir puan eklenerek belirleyeceğini düzenleyen hükümlere yer verseler, hem hukuki tartışmalar sona erecek hem de temerrüde düşen kredi borçlularının ekonomik olarak toparlanmalarına belki de imkân sağlamış olacaktırlar.

⁷ Bankaların tüm ihtiyaçlarına cevap veren ve bankalar tarafından sunulan tüm hizmetleri kapsayan tek tip sözleşme oluşturma çabası sonucunda genel kredi sözleşmeleri ortaya çıkmıştır. Bir sözleşme yapılırken düzenleyen tarafın, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri genel işlem koşulları olarak adlandırılmaktadır. Genel kredi sözleşmelerinde yer alan hükümlerin de genel işlem koşulu kavramı kapsamında denetime tabi olması gerekmektedir. Bu anlamda, tip sözleşme niteliğindeki tüm sözleşmelerin (bu arada banka genel kredi sözleşmelerinin) sebep olduğu adaletsizlikleri önlemek adına Kanun Koyucu tarafından mevzuatımızda genel işlem koşulu kavramına detaylı yer verilerek, sözleşmenin diğer tarafına koruma sağlanması amaçlanmıştır.

Bu kapsamda aşağıda, faiz oranlarının belirlenmesine ilişkin bankacılık sektörü uygulamasındaki özel hükümlere ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan genel hükümlere yer verildikten sonra konuya ilişkin tespit ve hukuki değerlendirmelerimize yer verilmektedir.

I. İLGİLİ MEVZUAT HÜKÜMLERİ

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 144. maddesi, *“Merkez Bankası, bankaların ödünç para verme işlemleri ve mevduat kabulünde uygulanacak azamî faiz oranlarını, katılma hesaplarında kâr ve zarara katılma oranlarını, özel cari hesaplar dâhil her türlü işlemlerinden elde edecekleri ücret, masraf, komisyon ve diğer menfaatlerin nitelikleri ile azamî miktar ya da oranlarını tespit etmeye, bunları kısmen veya tamamen serbest bırakmaya yetkilidir.”* hükmünü; 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Kanun'un (5464 sayılı Kanun) 26. maddesinin üçüncü fıkrası ise, *“Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, azami akdi ve gecikme faiz oranlarını tespit ve ilan etmeye yetkilidir.”* hükmünü haizdir.

Bu kapsamda Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, 10 Şubat 2020 tarihli ve 31035 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 2020/3 sayılı Mevduat ve Kredi Faiz Oranları ve Katılma Hesapları Kâr ve Zarara Katılma Oranları Hakkında Tebliğ ile bankalara, Merkez Bankası kaynaklı reeskont ve avans kredileri dışındaki kredilere uygulanacak faiz oranlarını serbestçe belirleme yetkisi (madde 4/1) verilmiş; bununla birlikte, kredili mevduat hesaplarında uygulanacak azami akdi ve gecikme faiz oranlarının, Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu uyarınca Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından belirlenen azami oranları geçemeyeceği (madde 4/2) hükme bağlanmıştır. 5464 sayılı Kanunun 26/3 maddesine dayanılarak çıkarılan ve 31 Ekim 2020 tarihli ve 31290 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 2020/16 sayılı Kredi Kartı İşlemlerinde Uygulanacak Azami Faiz Oranları Hakkında Tebliğ ile de kredi kartı işlemlerinde uygulanacak azami akdi ve gecikme (temerrüt) faiz oranlarının belirlenmesine ilişkin usul ve esaslar Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından belirlenmiş bulunmaktadır⁸. Buna göre, Türk lirası cinsinden kredi kartı işlemlerinde uygulanacak *aylık azami akdi faiz oranı*,

⁸ Esasında 5464 sayılı Kanunun 26/3. maddesinin, 20.2.2020 tarihli ve 7222 sayılı Kanun (m. 20) ile değişiklik yapılmadan önceki hali, *“Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, azami akdi ve gecikme faiz oranlarını tespit etmeye yetkilidir ve belirlediği bu oranları 3 ayda bir açıklar.”* şeklinde idi. Bu nedenle Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası her üç ayda bir oranları ilgili Tebliğ’inde güncellemekte idi. İşte 5464 sayılı Kanunun üçüncü fıkrasında yapılan bu değişiklik ile Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası’nın, azami akdi ve gecikme faiz oranlarını tespit ve ilan etmeye yetkili olduğu hükmüne yer verilmiş ve Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası de bu yetkisine dayanarak 31.10.2020 tarihli Resmi Gazete’te yayımlanan 2016/16 sayılı Tebliği ile bahse konu faiz oranlarını net ve öngörülebilir bir şekilde düzenlemiş bulunmaktadır.

10/2/2020 tarihli ve 31035 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Bankalarca Ticari Müşterilerden Alınabilecek Ücretlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ (Sayı: 2020/4) ile belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde hesaplanarak ilan edilen *aylık referans orana 55 baz puan eklenerek belirleneceği* (madde 4/1); Türk lirası cinsinden kredi kartı işlemlerinde uygulanacak aylık azami gecikme faiz oranı, Türk lirası cinsinden kredi kartı işlemlerinde uygulanacak *aylık azami akdi faiz oranına 30 baz puan eklenerek belirleneceği* (madde 5/1) düzenlemesine yer verilmiştir. Böylelikle bankalar artık Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından çıkarılan mezkur (2020/16) Tebliğ ile belirlenen baz puanları eklemek suretiyle henüz kredi kartı kart hamillerine teslim edilirken (sözleşme imzalanırken) tüm faiz oranlarını öngörülebilir bir şekilde belirlemekle yükümlü kılınmışlardır. Ancak, kredi işlemleri için benzer bir düzenleme bulunmadığından bankalar halen reeskont ve avans kredileri dışındaki kredilere uygulanacak faiz oranlarını serbestçe belirlemektedirler.

Diğer taraftan Türk Borçlar Kanunu’nun 88. maddesi,

“Faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir.

Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamaz.”

hükümünü içermekte olup, temerrüt faizine ilişkin 120. maddesinde ise;

“Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir.

Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz. Akdi faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa ve yıllık akdi faiz oranı da birinci fıkrada belirtilen faiz oranından fazla ise temerrüt faizi oranı hakkında akdi faiz oranı geçerli olur.”

düzenlemesine yer verilmiştir.

Buna göre Türk Borçlar Kanunu 88 ve 120. madde uyarınca adi iş niteliğindeki bir sözleşmede taraflar gerek akdi, gerekse temerrüt faizinin sözleşme ile belirlenmesi bakımından bir sınırlamaya tabi tutulmaktadır.

Bununla birlikte, Türk Ticaret Kanunu’nun 8. maddesi, *“Ticari işlerde faiz oranı serbestçe belirlenir.”* hükmünü, 9. maddesi ise *“Ticari işlerde; kanuni, anapara ile temerrüt faizi hakkında, ilgili mevzuat hükümleri uygulanır.”* hükmünü haiz olup, ticari işlerde faiz oranları serbestçe belirlenmektedir.

II. KONUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Tespitler:

Her ne kadar, ülkemizde ticari işlerde temerrüt faiz oranlarının fahiş olması nedeniyle ekonomik faaliyetlerine son veren borçluların sayısına ilişkin net bir veri veya istatistik bulunmasa da, ülkemizde bu durumun ciddi bir sorun teşkil ettiği ve bu sebeple işletmelerin faaliyetlerini sonlandırdığı bilinen bir gerçekliktir. Faize sınır getirilmesi konusunda diğer ülke uygulamalarına ilişkin net bir sonuca ulaşılammamakla birlikte, genel olarak ticari işlerde faiz oranının serbestçe belirlendiği, diğer bir deyişle herhangi bir sınırlama yoluna gidilmediği görülmektedir. Bununla birlikte, uluslararası uygulamalarda sadece tüketici kredileri ile mikrofinansman işlemlerinde faize ilişkin bir sınırlama yapıldığı görülmekte ancak, bu işlemlerdeki faiz oranı sınırlamasının da bir takım sorunlara yol açtığı ifade edilmektedir. Şöyle ki, faiz geliri azalan bankaların, yeni kredi açma konusunda isteksiz davranmaları, yeni kredi açarken temkinli hareket ederek kredi talep edenlerde sıkı şartlar aramaları mikrofinansman işlemlerine ve tüketici kredilerine olan talebin azalmasına neden olmuştur. Dahası, bankalardan kredi almakta zorlanan kişilerin yasadışı yollardan kredi arayışına girdiği tespit edilmiştir⁹. Ticari krediler bakımından faiz sınırlamasına gidilmesi durumunda da benzer sonuçların gündeme gelmesi ihtimali bir hayli yüksektir.

Genel olarak yukarıda yer verilen tespitlerden sonra, ülkemiz açısından konunun hukuki açıdan incelenmesinde yarar bulunmaktadır. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, Türk Ticaret Kanunu'nda ticari işlerde akdi yahut temerrüt faizi oranının tespiti hususunda herhangi bir sınırlama bulunmadığından, uygulamada taraflar bu oranları serbestçe belirleyebilmekte olup, iş hayatının olağan akışında kredi ihtiyacı içerisinde bulunan bir müşterinin herhangi bir bankayla sözleşme imzalarken bankanın temerrüt faizine ilişkin teklifini kabul etmek durumunda kalması kuvvetle muhtemeldir. Bunun başlıca nedeni müşterinin kredinin tutarına, para birimine, vadesine, akdi faiz oranına ve verilecek teminatlara odaklanması ancak temerrüt halini öngörmediğinden bu halde uygulanacak faiz oranına önem vermemesinin yanında müşterinin henüz kredi görüşmeleri devam ederken temerrüt faiz oranında pazarlık yapması da bankalar açısından garip ve şüpheli olarak algılanabilir niteliktedir. Başka bir ifade ile temerrüt faizi konusu, rahatlıkla müzakere edilmeye elverişli bir konu değildir. Bu durum sonucunda örneğin; ödeme gücü düşmüş olan müşteri görece düşük olan akdi faiz işletilen

⁹ http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/credit/irr_report_en.pdf
(ET: 25.09.2020);
http://www.math.utah.edu/~zobitz/pdf_files/Fall04_teaching/interest_rate.pdf
(ET: 20.10.2020)

kredisine ilişkin ödemelerini gününde gerçekleştirememişken borcuna kat be kat fazla faiz işletilmeye başlanması durumuyla karşı karşıya kalmakta, yüksek oranlı temerrüt faizlerinin de etkisiyle borçlunun genel tabirle “batması” ve faaliyetlerine son vermesi durumuyla sıklıkla karşılaşılabilir.

Bir tacirin basiretli hareket etmesi¹⁰, ödeme güçlüğüne düşmemeyi başarması ve temerrüt faiz oranının yüksek belirlendiği sözleşmeyi imzalamaması gerektiği dolayısıyla, basiretli hareket etmeyen tacirin yüksek temerrüt faizi de dâhil basiretsizliğinin tüm sonuçlarına katlanması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak, ekonominin küreselleşmesinin de katkısıyla öngörülmesi mümkün olmayan gelişmelerin sıklıkla yaşandığı koşullar altında basiretli tacirlerin dahi ödeme güçlüğüne düşmesi mümkün olup, bir şirketin faaliyetlerine son vermek durumunda kalması sadece şirket ortaklarının sorunu değildir. Şirketin faaliyetlerine son vermesinin çalışanlarının işlerini kaybetmesi, müşterilerinin parasını ödedikleri mal veya hizmetleri alamamaları, tedarikçilerinin tahsilât aksamalarıyla nakit akışının bozulması ve devletin vergi kaybına uğraması gibi başka ekonomik sonuçları da olmaktadır. Son tahlilde bir firmanın faaliyetlerine son vermek zorunda kalması ekonomik ve sosyal sonuçları nedeniyle devlet tarafından da arzu edilmeyecek bir durumdur.

B. Hukuki Sorun ve Değerlendirmeler

1. Genel Olarak:

Türk Borçlar Kanunu’nun faiz oranlarına ilişkin getirdiği sınırlamalar (Türk Borçlar Kanunu m. 88 ve 120) ile Türk Ticaret Kanunu m. 8/1’de kabul edilen faiz oranı belirleme serbestisinin çeliştiği görülmektedir. Bu çelişki sırasında ortaya çıkan sorun, Türk Borçlar Kanunu’nda öngörülen sınırlamaların Türk Ticaret Kanunu m. 8/1’in açık hükmüne rağmen ticari işlere de sirayet edip etmeyeceğidir. Başka bir ifadeyle, Türk Borçlar Kanunu’nun hükmüne rağmen ticari işlerde ticari faiz oranı serbestçe belirlenip belirlenemeyeceği tartışmalıdır. Bu sorunu karmaşılaştıran bir diğer kanuni hüküm Türk Ticaret Kanunu m. 9’dur. Bahse konu maddeye göre, kanuni faiz, anapara faizi ve temerrüt faizi hakkında ilgili mevzuat hükümleri uygulanacaktır. Türk Borçlar Kanunu hükümleri de mevzuat hükümleri kapsamında olduğundan, ticari faize de faiz oranı sınırlandırılmasına ilişkin Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanmasının gerektiği ileri sürülebilir. Ancak Türk Ticaret Kanunu’nun 9. maddesinde yer alan düzenleme ile faiz oranlarına ilişkin 3095 sayılı Kanun’a

¹⁰ Türk Ticaret Kanunu m. 18/2 uyarınca, her tacirin ticaretine ait faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekmektedir. Basiretli iş adamı gibi davranma yükümü aslında objektif bir özen ölçüsü getirmekte ve tacirin ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde, kendi yetenek ve imkânlarına göre ondan beklenebilecek özeni değil, aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermesinin gerekli olduğunu vurgulamaktadır.

atıf yapıldığı kabul edilmelidir. Zira Türk Ticaret Kanunu’nun 9. maddesinin gerekçesinde de; *“Kanunda veya sözleşmede belirtilmediği durumlarda uygulanacak faiz ve temerrüt faiz oranlarını gösteren 3095 sayılı Kanun ve benzeri kanunlar sık değiştirilmektedir. Türk Ticaret Kanunu söz konusu kanunlara ad ve sayı anarak gönderme yaparsa, değişiklikler dolayısıyla bu gönderme, anlam ifade etmez duruma gelebilir”* ifadesine yer verilmek suretiyle bu hükümde atıf yapılan *“ilgili mevzuat”* ile hâlihazırda yürürlükteki özel kanun niteliği taşıyan 3095 sayılı Kanun’un kastedildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla Türk Ticaret Kanunu’nun 9. maddesinin gerekçesi nazara alındığında, anılan hükümde yer alan *“ilgili mevzuat”* ifadesinin genel kanun niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu’nu da kapsadığı neticesine varılamayacağını kanaatindeyiz. Buna göre ticari nitelikte bir işte taraflarca % 30 oranında anapara faizi, % 60 oranında da temerrüt faizi uygulanacağı kararlaştırılmışsa, kararlaştırılan bu oranlar hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın uygulanacaktır. Taraflarca herhangi bir kararlaştırma yapılmadığı hâllerde ise, Türk Ticaret Kanunu m. 9 göndermesi sebebiyle 3095 sayılı Kanun hükümlerine göre belirleme yapılacaktır¹¹. Bahse konu hukuki sorun esasında Türk Borçlar Kanunu düzenlemelerinde kişi bakımından uygulama konusunda herhangi bir ifadenin bulunmamasından kaynaklanmaktadır ve doktrinde tartışmalıdır¹². Doktrindeki bir kısım yazarlara göre Türk Borçlar Kanunu’nun faize ilişkin öngördüğü sınırlamalar (Türk Borçlar Kanunu m. 88/2; 120/2) ticari işlerde de uygulanacak emredici nitelikte düzenlemelerdir¹³. Aydoğdu da, Türk Borçlar

¹¹ 3095 sayılı Kanun’un 2 nci maddesinde temerrüt faizi düzenlenmiştir. Mezkûr madde uyarınca bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlu, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça, geçmiş günler için temerrüt faizi ödemeye mecburdur. Temerrüt faizine ilişkin oranın ise, aynı Kanunun 1. maddesinde düzenlenen kanuni faiz oranına göre belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu’na göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödemenin yıllık % 12 oranı üzerinden yapılacağı ve bu oranı Bakanlar Kurulunun aylık olarak belirlemeye, yüzde onuna kadar indirmeye veya bir katına kadar artırmaya yetkili olduğu düzenlenmiş olup, bu oranın 19/12/2005 tarihli ve 2005/9831 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 01/01/2006 tarihinden geçerli olmak üzere yıllık % 12’den % 9’a indirilmesi kararlaştırılmış olup, bugün için de aynı oran geçerlidir. Bununla beraber ticari işlerde temerrüt halinde ise faiz oranının belirlenmesi için farklı bir yola başvurulmuş olup, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası’nın önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, 3095 sayılı Kanunun 1. maddesine göre belirlenen temerrüt faizi oranından fazla ise, arada sözleşme olmasa bile temerrüt faizinin bu oran üzerinden istenebileceği, söz konusu avans faiz oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı ise yılın ikinci yarısında bu oranın geçerli olacağı düzenlenmiştir. Ancak, tabii olarak bankacılık sektöründe gerek akdi gerekse temerrüt faiz oranı *sözleşme ile belirlenmekte olup*, 3095 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanma alanı bulamamaktadır.

¹² OĞUZMAN/ ÖZ, s. 523.

¹³ ÖZ, Turgut, “Borçlar Kanunu Tasarısı Paneli”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 4, Ağustos

Kanunu’nda kişiler arasında hiçbir ayırım bulunmadığını, bu nedenle faizin sınırlandırılmasına ilişkin hükümlerin sadece tacir olmayanları değil, tacir olanları da korumaya yönelik olduğunu; zira faizin sınırlandırılması gerekliliği fikrini doğuran aşırı faiz uygulamalarının tacirleri de zor durumda bıraktığını, dolayısıyla Türk Borçlar Kanunu’nda öngörülen faiz sınırlamalarının tacirlere de uygulanması gerektiğini ifade etmektedir¹⁴.

Doktrinde genel kabul gören diğer görüşe¹⁵ göre ise, ilgili Türk Ticaret Kanunu hükümleri, Türk Borçlar Kanunu hükümleri ile aynı anda yürürlüğe giren özel hüküm niteliğindedir¹⁶, dolayısıyla Türk Ticaret Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu hükümleri arasındaki çelişkide tacirler açısından Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanır. Bu bağlamda, ticari işlerdeki faiz oranı Türk Ticaret Kanunu m. 8/1 uyarınca serbestçe belirlenir. Bu görüşe göre, Türk Ticaret Kanunu m. 9 hükmünde atıf yapılan faize ilişkin mevzuat, ancak faizin işleme şartlarına, hesaplanmasına, fer’iliğine ve faiz oranlarına dair düzenlemelerdir; bu atfın faiz oranlarının sınırlandırılmasına ilişkin hükümlere yönelik olduğu söylenemez. Aksi takdirde bu yorum, Türk Ticaret Kanunu m. 8/1 ile çelişir. Kaldı ki, yukarıda da bahsedildiği üzere Türk Ticaret Kanunu’nun 9. maddesinin gerekçesi dikkate alındığında bu hükümde atıf yapılan “*ilgili mevzuat*” ile kastedilenin 3095 sayılı Kanun olduğu anlaşılmaktadır. Özetle genel kabul gören bu görüşe göre, Türk Borçlar Kanunu m. 88 ve m. 120’de belirtilen sınırlandırmalar adı işler bakımından emredici olmasına rağmen, ticari işlerde faiz oranı Türk Ticaret Kanunu m. 8 uyarınca serbestçe belirlenebilmektedir.

Bu bağlamda, özellikle ekonomik kriz dönemlerinde, tacirler aşırı faiz yükü altında olumsuz sonuçlarla karşı karşıya kalmışlardır. Ancak, özel kanun niteliğindeki Türk Ticaret Kanunu’nda faiz oranının sınırlandırılmaması, aksine açıkça serbest bırakılması, Türk Borçlar Kanunu’nda öngörülen sınırlamaların ticari işlere uygulanmasına engel olarak değerlendirilmektedir. Aksi takdirde Türk Ticaret Kanunu m. 8/1 hükmünün nasıl anlaşılması gerekeceği sorunu ortaya çıkar. Faiz sınırlamalarının ticari işlere de uygulanacağı, Türk Ticaret Kanunu m. 8/1’de öngörülen serbestinin ise sadece

2005, s. 74. Yargıtay 13. Dairesi’nin 22.11.2012 tarihli, E: 2012/17865 ve K: 2012/26319 sayılı kararında da Türk Borçlar Kanunu’nun faize ilişkin sınırlayıcı hükümlerinin ticari işler bakımından da emredici nitelikte olduğu ifade edilmektedir.

¹⁴ AYDOĞDU, Murat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Faiz ile İlgili Düzenlemeler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 12 (1), 2010, s. 95-96.

¹⁵ KILIÇOĞLU, s. 609; REİSOĞLU, s. 315; POROY/YASAMAN, s. 96; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 74; ORTAÇ, s. 126; YAĞCI, Kürşat, Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK. m. 88 ve TBK m. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (Türk Ticaret Kanunu m. 8 ve Türk Ticaret Kanunu m. 9) Bakımından Uygulanabilirliği, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 432.

¹⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s. 317; YAĞCI, s. 432.

sınırlar arasında kullanılabileceği düşünülebilirse de bu görüşü gerek kanunun gerekçesi, gerekse de kanunun yapılış süreci desteklememektedir. Öte yandan, Kanun Koyucunun ticari işlerde faizi sınırlamak gibi bir düşüncesi olsaydı, bu düşüncenin Türk Ticaret Kanunu'nda özellikle düzenlenmesi veya Türk Ticaret Kanunu m. 8/1'in kanunda yer almaması gerekirdi. Bu durumda, doktrinde de ağırlıklı görüş olarak savunulduğu gibi, ticari işlerde faiz oranının serbestçe belirlenmesi mümkündür.

Esasında Yargıtay 12 ve 19. Dairesi vermiş olduğu birçok kararda¹⁷, Türk Borçlar Kanunu'nda faiz oranına ilişkin öngörülen sınırlamaların ticari işler bakımından geçerli olmadığına hükmetmiş bulunmaktadır. Bu noktada kısaca Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 18.09.2013 tarihli ve E: 2013/10777; K: 2013/14096 sayılı kararına değinmekle yetiniyoruz: “... *davacı banka ile imzalanan Genel Kredi Sözleşmesi bankacılık işi olup TTK'nın 4. maddesi gereği ticari iş niteliğindedir. Aynı Yasa'nın 8. maddesine göre; ticari işlerde temerrüt faiz oranı serbestçe belirlenecektir. Bu durumdaki TBK.'ndaki 88. ve 120. maddelerindeki hükümlerinin ticari işler bakımından uygulanabilirliği bulunmamaktadır.*”

Bununla birlikte bankaların ticari işlerde faiz oranını belirleme serbestisi, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralı, tacirin zor durumda kalması hali veya cezai şarta özgü indirilme şartlarının varlığı halinde sınırlandırılması mümkün bulunmakta olup, aşağıda bu durumlara kısaca değinilmektedir:

Cezai şart, tarafların sözleşmeye dâhil ettikleri ve sözleşmede kararlaştırılan hükümlere uygun ifanın sağlanması için alacaklının kullanabileceği bir baskı aracıdır. Borçlar hukukunun genel hükümlerine göre borçlunun edimini yerine getirmemesi halinde alacaklının aynen ifa ve tazminat talep hakkı olsa da, alacaklı öncelikle uğramış olduğu zararı ve miktarını ispat etmekle yükümlü olacaktır. Sözleşmede düzenlenecek cezai şart alacaklıya böyle bir yükümlülük yüklemekten doğrudan kararlaştırılan miktarı talep etme hakkı vermektedir. Zira cezai şart, sözleşmesel borçların ifa edilmemesi halinde önceden kararlaştırılmış kesin miktarlı bir tazminat olarak alacaklıya bir talep hakkı vermektedir. Sözleşmeden doğan asıl borcun yanında kararlaştırılacak bu cezai şart bir fer'i borç niteliği taşımaktadır.

Taraflar sözleşmenin içeriğini ve cezai şartın miktarını belirlemede kural olarak serbest olmakla birlikte, bu serbestiye bazı sınırlamalar getirilmiştir.

¹⁷ Yargıtay 3. HD., E. 2019/3652, K. 2019/10314, T. 19.12.2019; Yargıtay 3. HD., E. 2019/3674, K. 2019/7113, T. 25.9.2019; Yargıtay 19. HD., E. 2014/7312, K. 2014/10600, T. 5.6.2014; Yargıtay 19. HD., E. 2014/11372, K. 2014/13738, T. 18.9.2014; Yargıtay 19. HD., E. 2014/8565, K. 2014/10978, T. 12.6.2014; Yargıtay 19. HD., E. 2014/8565, K. 2014/10978, T. 12.6.2014; Yargıtay 19. HD., E. 2014/7350, K. 2014/10605, T. 5.6.2014; Yargıtay 12. HD., E. 2014/23693 K. 2015/1515 T. 22.1.2015.

Türk Borçlar Kanunu m. 26'da sözleşmenin içeriğinin kanunun gösterdiği sınırlar içinde serbestçe belirlenebileceği ifade edilirken; anılan Kanunun 27. maddesinde bu serbestinin sınırları çizilmiş ve bu sınırların aşılması halinde uygulanacak yaptırım kesin hükümsüzlük olarak belirlenmiştir. Buna göre, Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Bununla birlikte anılan maddenin ikinci fıkrası uyarınca sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilememekte ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olacağı hükmle bağlanmıştır.

Bu bağlamda, sözleşmenin ahlaka aykırılığına yol açan nedenlerden biri de, tacirin ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede sınırlandırılmış olmasıdır. Burada hâkim sözleşmenin ahlaka aykırı olup olmadığını, edimin kapsamına, süresine ve/veya içeriğine göre belirleyecektir. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi E: 2006/10269, K: 2007/3205 sayılı kararında “...TTK'nın 24. maddesinde *“Tacir sıfatına haiz borçlu, Borçlar Kanunu'nun 104. maddesinin 2. fıkrası ile 161. maddesinin 3. fıkrasında ve 409. maddesinde yazılı hallerde, fahiş olduğu iddiasıyla bir ücret veya cezanın indirilmesini mahkemeden isteyemez” hükmü vardır. Ne var ki, borçlu tacir olsa bile cezai şart iktisaden mahvına mucip olacak derecede ağır ve yüksek ise adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptal edilmesi gerekir. (YHGK 20.03.1974 gün 1053/222 sayılı kararı). ...Somut olayda davalı sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın ekonomik yıkımına sebep olacağını ileri sürdüğünden mahkemece bu yönler üzerinde durulup irdelenmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.”* diyerek, borçlu tacir bile olsa kararlaştırılan cezai şartın sözleşmenin ahlaka aykırılığına neden olabilecek kadar yüksek olması halinde cezai şart miktarının tamamen veya kısmen iptal edileceğine karar vermiştir.

Her ne kadar temerrüt faizi ile cezai şart farklı hukuki müesseseler olsa da, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin E:2002/14711, K: 2003/1355 sayılı kararında temerrüt faizinin cezai şart niteliğinde olduğu ifade ederek;

“... Özellikle somut olayda uyumsuzluk konusu cezai şart bir yerde temerrüt faizine ilişkindir. Tarafların sözleşme ile, yasal düzenlemelerin üzerinde temerrüt faiz oranı belirlemelerinde ise bir sakınca yoktur. Yeter ki, bu düzenleme BK. 'nın 19 ve 20 maddelerinde belirtilen sınırlamalar içinde kalmasına özen gösterilmiş olsun, bir başka anlatım ile taraflar makul seviyelerde olmak kaydıyla, yasal düzenlemelerle açıklanan oranların üzerinde temerrüt faizi kararlaştırılabilirler. Bu aynı zamanda sözleşme serbestisinin de bir gereğidir. Davalı taraf daha sözleşme kurulurken günlük %10 gibi bir cezai şart niteliğinde temerrüt faizini kabul etmiş ise artık, kendisinden yasa gereği istenebilecek oranın üzerinde temerrüt faizi ödemeyi kabul etmiş sayılmalıdır. Sonuç itibariyle, tarafların bu yönde birleşen ortak iradelerine bir anlam ve

değer verilmelidir. Böyle bir sözleşme hükmünü tamamen yok saymak mümkün değildir.

O halde mahkemece tarafların iktisadi durumu, özel olarak borçlunun ödeme kabiliyeti ile beraber borcunu yerine getirmemiş olması dolayısıyla sağladığı yarar, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırılığı ölçü olarak alınmak suretiyle, hüküm altına alınacak temerrüt faizi niteliğindeki cezai şartın hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun tespit edilmesi gerekirken, bu yönde hiçbir inceleme ve irdelene yapmadan yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır. ...” şeklinde hüküm tesis etmiştir.

Öte yandan Yargıtay’ın aşırı faizleri gabin, ahlaka aykırılık, kişilik haklarına aykırılık, Türk Medeni Kanunu’nun 2. maddesi anlamında objektif iyi niyet kurallarına aykırılık gerekçeleri ile sınırlandırdığı görülmektedir. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 21.09.2005 tarih ve E:2005/11-459, K: 2005/480 sayılı kararında “*Hal böyle olunca, mahkemece yapılması gereken iş; davalı/karşı davacı bankanın Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’na devredilmiş olduğu gözden kaçırılmayarak, eldeki davaya konu faiz alacağının ilişkin bulunduğu dönem itibarıyla Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’na devredilen bankalar dışındaki diğer bankaların ve aracı kurumların uyguladıkları repo, ters repo, O/N (OverNight) faiz oranlarının ve aynı dönemdeki İstanbul Menkul Kıymetler Borsası verilerinin araştırılıp saptanması; bu şekilde, davacının mevduat hesabına uygulanmış olan faiz oranlarının aşırı olup olmadığının, eş söyleyişle edimler arasında açık bir dengesizlik bulunup bulunmadığının belirlenmesi; böyle bir dengesizliğin varlığı saptandığı takdirde, bunun, davalı bankanın o dönemde içerisinde bulunduğu koşullar itibarıyla müzayaka halinden kaynaklanmış olup olmadığının değerlendirilmesi için, bankanın kayıtları üzerinde, bir ekonomist, bir bankacı ve Borçlar Hukuku alanında uzman üniversite öğretim üyelerinden oluşturulacak yeni bir bilirkişi kuruluna inceleme yaptırılarak denetime elverişli, dayanakları gösterilmiş rapor alınması, bütün bu incelemelerin ortaya koyacağı sonuca göre, olayda gabinin objektif ve sübjektif unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin veya uygulanan faiz oranlarının ahlaka aykırılık oluşturacak derecede fahiş olup olmadığının veyahut da olayda davacının sözleşme çerçevesinde faiz istemesinin Medeni Kanun’un 2. maddesi anlamında objektif iyi niyet kuralına aykırılık teşkil edip etmediğinin belirlenmesi ve ortaya çıkacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesidir. Yerel mahkemece eksik incelemeye ve yetersiz bilirkişi raporuna dayalı önceki kararda direnilmesi usule ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.”*

Ancak, önemle belirtmek gerekir ki, söz konusu sınırlama genel anlamda bir sınırlama olmayıp, her somut olay bazında ayrı ayrı değerlendirilmelidir¹⁸. Bu noktada ayrıca, dürüstlük kuralının hayatın her alanında olduğu gibi, bankacılık

¹⁸ AYDOĞDU, s. 122.

uygulamasında da özenle uyulması gereken çok önemli bir kural olduğunu vurgulamakta yarar bulunmaktadır. Hâkim her somut olayda takdir yetkisini kullanırken, Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde ifadesini bulan dürüstlük kuralını dikkate almalıdır. Hemen önemle vurgulamak gerekir ki hâkimin her somut olayda dürüstlük genel kuralının uygulanıp uygulanamayacağı konusunda takdir hakkını kullanırken dürüstlük kuralının, hakları sınırlandırıcı ve yararları denkleştirici işlevini de dikkate alması gerekmektedir.

2. Banka Genel Kredi Sözleşmelerinde Yer Alan ve Tek Taraflı Olarak Bankalara Bırakılan Temerrüt Faiz Oranını Belirleme Yetkisinin Geçerliliğine İlişkin Olarak

Uygulamada bankalar faiz oranlarını, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nın 2020/3 sayılı Tebliğ'i ile kendilerine bırakılmış olan akdi ve temerrüt faiz oranlarını belirleme yetkisine dayanarak serbestçe belirlemektedirler. Esasında bankaların faiz oranlarını belirlemeleri konusunda hukuki anlamda bir tartışma veya uyuşmazlık bulunmamaktadır. Sorun daha çok bankaların genel kredi sözleşmelerinde özellikle kredi borçlusunun temerrüdü durumunda ödenecek olan temerrüt faiz oranlarının belirsiz bir faiz oranına endekslenmesi nedeniyle, başka bir ifadeyle bahse konu serbestinin sınırının tespiti noktasında ortaya çıkmaktadır¹⁹. Doktrinde Kuntalp, bankacılık faaliyetlerinin gereği olarak bankaların genel bir piyasa riski altında olduklarını, kısa vadeli borçların ödeneceği sırada faiz oranlarının yükselmesi ve verilen kredideki faiz oranının buna oranla düşük kalması halinde, faiz oranı riski gerçekleşeceğini ve bu durumda bankanın başvurabileceği bir kişi de olmayacağından, zararın banka üzerinde kalacağını ifade etmektedir²⁰. Kayar da, bankaların faiz karşılığı

¹⁹ Bahse konu hususa ilişkin bir bankanın genel kredi sözleşmesinde yer alan, “.. *Kredi Alan, işbu Sözleşme ve diğer Finansman Belgelerinden doğan borçları gününde ödemediği takdirde, temerrüdün doğduğu tarihten bunları Bankaya ödeyeceği tarihe kadar geçecek günler için yetkili mercilerce veya Banka tarafından ödünç para verme mevzuatına göre tespit edilmiş en yüksek kredi faiz oranına veya ileride artırıldığı takdirde artmış en yüksek kredi faiz oranına, bu oranın %50'sinin ilavesi suretiyle bulunacak oran üzerinden temerrüt faizi ve onun gider vergisini ödemeyi kabul ve taahhüt eder.*” hükmü örnek olarak gösterilebilir. Hatta bazı sözleşmelerde daha da ileri gidilerek, tek taraflı faiz artırımını yanında, ihbarla temerrüt oluşturulmaksızın temerrüt faizi uygulanmasına olanak sağlayan hükümlere dahi yer verildiği görülmektedir. Örneğin bir sözleşmede; “.. *müşteri ve kefil/kefillerin temerrüde düşmesi halinde, alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren ödünç para verme mevzuatına göre tespit edilmiş en yüksek kredi faiz oranına veya ileride artırıldığı takdirde artmış en yüksek kredi faiz oranı üzerinden temerrüt faizi ödemeyi kabul ve taahhüt ederler.*” hükmü ile muaccel alacağın borçlusu ve kefillerini temerrüt oluşumuna kadar temerrüt faizi ödemekle yükümlü kılarken, kendisini, temerrüt oluşturacak ihtarda bulunup bulunmama konusunda serbest bırakan bir düzenleme yaptığı gözlenmektedir. Bu nitelikteki sözleşme hükümlerinin objektif iyi niyet (dürüstlük) kuralı ile örtüşmediği açıktır.

²⁰ KUNTALP, Erden, “Bankalar ve Genel İşlem Koşulları”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2011, s. 100.

kullandırmış oldukları kredi ile kâr etme amacını güttükleri dolayısıyla kredinin verildiği tarihteki faiz oranının korunmasının bankanın verdiği parayı daha düşük bir değerle geri alması sonucunu doğurabileceğinden bankaların tek taraflı olarak faiz oranlarını belirleyebilmesi gerektiğini ifade etmektedir²¹.

Öte yandan, bankaların temerrüt faizini tek taraflı belirlemesine dayanak olarak gösterilen en ciddi hukuki gerekçe “sözleşme özgürlüğü” ilkesidir. Sözleşme özgürlüğünün²², kişinin dilediği kişi ile dilediği sözleşmeyi yapma (dolayısıyla istemediği sözleşmeyi yapmama ya da ortadan kaldırma) serbestisi ve tarafların düzenleme serbestisi unsurlarını içinde taşıdığı, tartışmanın odağındaki unsurun ise sözleşme içeriğinin belirlenmesi özgürlüğü olduğunu doktrinde haklı olarak belirtilmektedir²³. Türk Borçlar Kanunu’nun “Sözleşme Özgürlüğü” başlığını taşıyan 26. maddesi, “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*” hükmünü haizdir. Dolayısıyla tarafların irade serbestisinin de bu hüküm temelinde yorumlanması gerekmektedir. Sözleşmenin, herhangi bir hâkimiyet unsuru olmayan bir alanda eşit bireyler arasındaki ilişkileri düzenleyebilmesi aynı zamanda sözleşmenin sıhhatinin taraflarca serbest irade ile kurulmasına bağlıdır²⁴. Dolayısıyla temerrüt faizinin taraflarca değil, taraflardan biri tarafından belirlenmesine yönelik sözleşme hükümlerinin, Türk Borçlar Kanunu m. 26 ile uyumsuz olduğu ileri sürülmektedir²⁵.

Ayrıca, ekonomik açıdan güçlü olan tarafın (banka) krediye ihtiyaç duyan müşterisini sözleşmeyi ya mevcut haliyle imzalamak ya da hiç imzalamamak seçenekleri arasında bırakması halinde müşterinin irade özerkliğinden bahsedilemeyeceği²⁶ gibi müşterinin temerrüt faizi oranının belirlenmesini kredi veren bankaya bırakan bir sözleşmeyi serbest iradesi ile imzalamış saymak da mümkün değildir²⁷. Hatta, uygulamada kredi borçlusunun temerrüdü halinde uygulanacak temerrüt faiz oranının belirlenmesi bir yana bu oranın belirsiz bir orana endekslenmek suretiyle belirsiz bırakıldığı görülmektedir. Esasında acil paraya ihtiyacı olduğu için kredi çeken kredi borçlusunun özgür iradesi ile bu durumu kabul ettiğini ileri sürmek hayatın olağan akışına da pek de uygun değildir. Dolayısıyla, genel kredi sözleşmelerinde yer alan bu yöndeki düzenlemeler kredi borçlusu açısından temerrüt faizini serbestçe belirleme

²¹ KAYAR, İsmail, “Kredi Sözleşmelerinde Bankaya Tek Yanlı Faiz Artırma Yetkisi Veren Hükümlerin Geçerliliği ve Uygulanması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. I, S. 2, Ankara 1997, s. 90.

²² OĞUZMAN/ÖZ, s. 23; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2015, s. 17.

²³ BAHÇECİ, Barış, “Ticari Kredilerde Temerrüt Faizi Oranının Sözleşme Eliyle Bankaların İnisiyatifine Bırakılması Sorunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 128, 2017, s. 318.

²⁴ EREN, s. 16.

²⁵ BAHÇECİ, s. 319.

²⁶ SEROZAN, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007, s. 198.

²⁷ BAHÇECİ, s. 319.

olarak değil, sadece bahse konu belirleme yetkisini doğrudan bankaya bırakma anlamını taşıyor ki işte bu durumun sözleşme özgürlüğü olarak değerlendirilmesi doktrin ve uygulamada hukuki tartışmalara yol açmaktadır.

Yargıtay kararları incelendiğinde, genel olarak bir bankanın tek taraflı faiz artırımı hakkını düzenleyen sözleşmelerin tarafların serbest iradeleri ile oluşturulduğu, hatta temerrüt faizi oranının belirlenmesini doğrudan bankaların inisiyatifine bırakan düzenlemelerin de hem sözleşme özgürlüğü hem de sözleşme ile bağlılık ilkeleri gereğince hukuka uygun bulunduğu, bu nedenlerle verilecek kararlarda tamamen sözleşme hükümlerinin esas alınmasının gerekli olduğuna dair bir içtihat olduğu görülmektedir. Başka bir anlatımla, genel kredi sözleşmelerinde yer verilen hükümlerin, tarafların serbest iradeleri ile oluşturulmuş olması ve belirlenen oranların da kredi borçlularının ekonomik özgürlüğünü kısıtlamaması nedeni ile bu nitelikteki hükümlerin kamu düzenine ve ahlaka aykırı batıl bir hüküm niteliğinde olmadıkları yönünde kararlar tesis edilmektedir²⁸.

Ancak doktrinde, bankanın tek taraflı olarak temerrüt faizini belirliyor olmasının, kredi borçlusunun sözleşme içeriğinin belirlenmesindeki rolünün kâğıt üzerinde kaldığını gösterdiği ifade edilmektedir²⁹. Gerçekten de bankanın tek yanlı faiz artırımı halinde kredi borçlusunun bu durumu kabul etmekten başka bir seçeneği bulunmamaktadır. Zira, uygulamada hiçbir banka tek başına faizleri arttırmamakta aksine ekonomik konjonktüre göre tüm bankalar birlikte hareket etmek suretiyle faizleri artırdığından, kredi borçluları bakımından başka bir bankadan kredi çekip mevcut borcun kapatılması fiilen imkânsız hale gelmektedir.

Öte yandan Türk Borçlar Kanunu’nun 21. maddesi, “*Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.*” hükmünü içermekte olup, Türk Borçlar Kanunu’nun 23. maddesinde; genel işlem koşulları arasında yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi halinde düzenleyenin aleyhine, karşı tarafın lehine yorumlanacağı, Türk Borçlar Kanunu’nun 24. maddesinde de düzenleyene, karşı taraf aleyhine, genel işlem koşullarını içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme, ya da yeni düzenleme yetkisi veren kayıtların yazılmamış sayılacağı hükümlerine yer verilmiştir.

²⁸ Bu yönde kararlar için bkz. Yargıtay 19 HD., E 99/7929, K. 2000/2904, T 17.04.2000; Yargıtay 19.HD., E. 2000/883, K. 2000/2791, T13.04.2000; Yargıtay 11. HD., E. 2004/9609, K. 2005/6308, T. 16.6.2005; Yargıtay 19. HD E. 2008/7309 K. 2009/3258 T. 16.4.2009; Yargıtay 19. HD., E. 2005/4143, K. 2005/12975, T. 23.12.2005.

²⁹ BAHÇECİ, s. 321.

Kanun koyucu yukarda işaret olunan düzenlemelerle, sözleşmelerde borç üstlenen (kredi kullanan) kişileri güçlü bir yasal güvenceye kavuşturmayı amaçladığı görülmektedir. İmzalayan kişinin yaşı ve eğitim düzeyi de gözetilerek, sözleşme içeriğinin, özellikle muacceliyet, temerrüt, faiz ve parasal yükümlülüklerle ilgili hükümlerin “dürüstlük kuralı” (TMK m. 2) dikkate alınmak suretiyle, hiçbir yanlış anlamaya meydan vermeyecek açıklıkta düzenlenmesi gerekmekte aksi halde Türk Borçlar Kanunu’nun 25. maddesinde düzenlenen “*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.*” hükmü doğrultusunda bahse konu kayıtların geçersiz olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Her ne kadar Yargıtay kararları aksi yönde olsa da, kanaatimizce bankaların genel kredi sözleşmelerine koymuş oldukları tek taraflı temerrüt faiz oranını belirleme yetkilerinin uygulamada kötüye kullanıldığı ve ciddi derecede olumsuz sonuçlara sebebiyet verdiği görülmektedir. Oysaki sözleşmenin taraflarından birinin hukuki veya fiili tekel durumunda bulunması halinde, güçlü ve üstün durumunu kullanarak edimler arasında büyük oransızlığa sebep olmasının Türk Borçlar Kanunu’nun 28. maddesinde düzenlenen “Aşırı yararlanma” (eski adıyla gabin) dışında bir olgu sayılarak ahlaka aykırı olarak nitelendirilmesi gerektiği doktrinde ifade edilmektedir³⁰. Bu açıdan bakıldığında bankaların zaman zaman kredi müşterileri karşısında fiili üstünlüklerini kullandıkları ve kredi müşterileri aleyhine ağır bir edim dengesizliği yarattıkları görülmektedir. Bu bağlamda biz de, sektörel bir uygulama olarak ticari kredilerde uygulanacak temerrüt faiz oranlarını belirleme yetkisinin bankaların inisiyatifine bırakılmasının “Ahlaka aykırılık” nedeniyle Türk Borçlar Kanunu’nun 27. maddesi hükmü karşısında kesin hükümsüzlük yaptırımına ile karşı karşıya kalmasına neden olabileceği görüşündeyiz. Öğretide Akyol, genel kredi sözleşmelerinde temerrüt faizini belli bir oran eklenerek belirlenmesi uygulamasını kişiliğin korunmasına ilişkin Türk Medeni Kanunu m. 23 kapsamında sözleşmenin güçlü tarafının bu egemenliğini karşı tarafa dayatması ve zayıf tarafın kişiliğini, ekonomik varlığını ve toplumdaki şerefini ve özgürlüğünü zedelediğini belirtmektedir³¹.

Diğer yandan, çalışmamıza konu uyumsuzluklara ilişkin bazı Yargıtay kararları incelendiğinde genel kredi sözleşmelerinde bankalara tanınan tek taraflı faiz artırma yetkisinin hukuka aykırı olmadığı bununla beraber, bahse konu faiz artırımının Türk Medeni Kanunu m. 2’de belirlenen çerçevede dürüstlük kuralına uygun bir şekilde kullanılması gerektiğine dikkat çekildiği görülmektedir. Dürüstlük kuralına uygun hareket edilip edilmediğinin tespitinin

³⁰ EREN, s. 326.

³¹ AKYOL, Şener, “Banka Sözleşmeleri”, Ord. Prof. Kemalettin Birsell’e Armağan, İstanbul 2001, s. 114.

de bilirkişi incelemesi ile değerlendirilmesi gerektiği, yapılan yargılama sonucunda mahkemelerin temerrüt faiz oranını tek taraflı olarak artıran banka ile aynı sektörde faaliyet gösteren diğer bankaların faiz oranlarını tespit etmesi gerektiği ve karşılaştırma yaparak artırılan faiz oranının dürüstlük kurallarına uygun olup olmadığının denetlenmesi gerektiği ifade edilmektedir³².

Bu noktada önemle vurgulamak isteriz ki, banka genel kredi sözleşmelerinde kararlaştırılan akdi faiz oranının fahiş olup olmadığı hukuken tartışılabilir ve yargılama sonucunda yapılan değerlendirmeler kapsamında o oranın fahiş olup olmadığı konusunda objektif bir sonuca ulaşılabilir. Ancak bahse konu durumda ortada her halükarda yüksek de olsa, kredi borçlusu tarafından (kredi sözleşmesi imzalanması anında) bilinen bir oran vardır. Kredi borçlusunun ne olduğunu ve/veya ne olacağını bilmediği ve bu konudaki kararı tamamen kredi alacaklısına (bankaya) bıraktığı temerrüt faiz oranına ilişkin bir sözleşme hükmü bu nedenle fahiş bir oran içeren bir sözleşme hükmünden farklıdır. Bu durum (bilinmezlik) kredi borçlusu açısından öngörülemeyecek bir borç ortaya çıkarmakta, kredi borçlusunun ekonomik özgürlüğünü tamamen ortadan kaldırmakta, kişilik haklarına aykırı olmanın yanı sıra kamu düzenine aykırılık açısından da ayrı bir değerlendirmeyi gerektirmektedir.

Bu anlamda, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nın 01.11.2020 tarihinde yürürlüğe giren 2020/16 sayılı Tebliğinin genel kredi sözleşmelerinde uygulanacak temerrüt faiz oranlarının belirlenebilir veya öngörülebiliir olması anlamında oldukça önemli ve emsal teşkil edebilecek nitelikte bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz. Nasıl ki anılan Tebliğ ile (madde 5/1) bundan sonra, Türk lirası cinsinden kredi kartı işlemlerinde uygulanacak aylık azami gecikme (temerrüt) faiz oranı, Türk lirası cinsinden kredi kartı işlemlerinde uygulanacak aylık azami akdi faiz oranına 30 baz puan eklenerek hesap edilecekse, banka genel kredi sözleşmelerinde de en azından buna benzer önceden öngörülebiliir veya hesap edilebiliir hükümlere yer verilmesi gerektiğine ilişkin Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından bir düzenleme yapılmasının uygun olabileceği düşünülmektedir.

Ayrıca, kanaatimizce bankaların sözleşme ile elde ettikleri tek taraflı faiz belirleme hakkının Türk hukuk sisteminde özel hukuk kişilerine tanınan statüyle bağdaşmamaktadır. Zira Türk hukukunda kamu hukuku/özel hukuk ayrımı esas alınmakta, bu ayrımın temelinde de özel hukuk işlemlerinin karşılıklı rıza ile, kamu hukuku işlemlerinin ise kanunların verdiği yetkiye dayanarak tek yanlı olarak yapılabilmesi yatmaktadır. Bu anlamda bankaların tamamen kendi takdirlerinde olacak şekilde temerrüt faiz oranını kendilerinin belirleyeceğine yönelik tek taraflı düzenlemelerin Türk hukuk sistematığına uygunluğu da tartışmaya açıktır.

³² Yargıtay 11. HD., E. 2002/10867, K. 2003/3372, T. 7.4.2003.

SONUÇ

Türk Ticaret Kanunu'nda ticari işlerde faiz oranının serbestçe belirlenebileceği ilkesi kabul edilmekle beraber anılan Kanunun 9. maddesinde yer alan “*Ticari işlerde; kanuni, anapara ile temerrüt faizi hakkında ilgili mevzuat hükümleri uygulanır.*” hükmü nedeniyle Türk Borçlar Kanunu'nun da ilgili mevzuat kapsamında bulunması gerekçe gösterilerek Türk Borçlar Kanunu'da yer alan (m. 88 ve m. 120) faize ilişkin üst sınırlamaların ticari işlerde de uygulanıp uygulanmayacağı hususu doktrinde görüş ayrılığına sebep olmuştur. Doktrinde genel kabul edilen görüş ve yerleşik Yargıtay içtihatları Türk Borçlar Kanunu'nun 88 ve 120. maddelerindeki hükümlerin ticari işler bakımından uygulanabilirliğinin bulunmadığı, bu anlamda ticari işlerde faiz oranlarının serbestçe belirlenebileceği şeklindedir. Bu çerçevede, Türk Ticaret Kanunu'nda ticari işlerde temerrüt faizi oranının tespiti hususunda herhangi bir sınırlama bulunmadığından taraflar bu oranları serbestçe belirleyebilmektedir.

Öte yandan, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 144 ve 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Kanun'un 26. maddeleri uyarınca Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, 2020/3 sayılı “Mevduat ve Kredi Faiz Oranları ve Katılma Hesapları Kâr ve Zarara Katılma Oranları Hakkında Tebliğ” ile (m. 4) bankalara, Merkez Bankası kaynaklı reeskont ve avans kredileri dışındaki kredilere uygulanacak faiz oranları serbestçe belirleme yetkisi verilmiş bulunmaktadır. Bankalar da bahse konu yetkiye dayanarak ticari işlerde uygulanacak faiz oranlarını serbestçe belirlemektedirler. Ancak Yargıtay kararları incelendiğinde, bankaların ticari işlerde faiz oranını belirleme serbestisinin, Türk Medeni Kanunu m. 2'de düzenlenen dürüst davranma kuralı çerçevesinde edimler arası aşırı dengesizlik durumu, kişilik haklarına aykırılık hali, tacirinin müzayaka (zorda kalma) halinde bulunması ve ahlaka aykırılık durumu söz konusu olduğunda (tabii ki bu durumların ispatı halinde), mahkeme kararı ile sınırlandırılabilceği anlaşılmaktadır.

Yargıtay içtihatları bu yönde olmakla beraber doktrinde, bankaların genel kredi sözleşmeleri eliyle temerrüt faizini tek taraflı belirleme hakkına sahip olmalarının Türk Borçlar Kanunu m. 27 hükmüne aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmektedir. Esasında burada tartışılması gereken esas konu; kredi borçlusunun temerrüdü halinde uygulanacak faiz oranını tek taraflı belirleme yetkisinin bankalara bırakılmasından ziyade, genel kredi sözleşmesi imzalanması tarihinde kredi borçlusunun ne olduğunu ve/veya ne olacağını bilmediği ve bu konudaki kararı tamamen bankaya bıraktığına ilişkin sözleşme hükümleridir. Zira bu durum, faiz oranının belli olmaması başka bir deyişle belirlenebilir olmaması kredi borçlusu açısından öngörülemeyecek bir borç ortaya çıkarmakta, kredi borçlusunun ekonomik özgürlüğünü tamamen ortadan kaldırmakta, kişilik haklarına aykırı olmanın yanı sıra sözleşme özgürlüğü ilkesi ve kamu düzenine aykırılık açısından da ayrı bir değerlendirme yapmayı gerektirmektedir.

Bu konudaki hukuki tartışmaların ötesinde en basit anlatımla, bankaların genel kredi sözleşmeleri eliyle kamu gücü ayrıcalığına sahip kılınan devletin dâhi sahip olmadığı bir hakka sahip olmasının kamu düzenine aykırılık oluşturduğunu düşünülmektedir. Kaldı ki, bu tip sözleşme hükümleri aynı zamanda genel işlem koşulu niteliğinde olduklarından, Türk Borçlar Kanunu m. 25 gereği tabi tutulmaları gereken içerik denetimi sonucunda temerrüt faizinin belirlenmesi hakkının tek taraflı olarak alacaklı bankaya bırakılması, hak ve yükümlülük dağılımının dürüstlük kuralına uygun bir biçimde yapılmadığını da göstermektedir. Bu durumda sorunun çözümünde ister Türk Borçlar Kanunu m. 27 ister Türk Borçlar Kanunu m. 25 uygulansın, varılması gereken sonuç her iki maddede de öngörüldüğü üzere temerrüt faizi oranını münhasıran bankanın inisiyatifine bırakan genel kredi sözleşme hükümlerinin kesin hükümsüz olduklarıdır.

Ülkemizde banka kredi ilişkilerinin giderek artan yoğunluğu ve önemi, akit sonrası dönemde banka alacaklarının varlık yönetim şirketlerine temlik (satılması) uygulamasının da yaygınlaşmış olması dikkate alındığında; akdolanacak kredi sözleşmelerinin olabildiğince sade, açık ve net hükümler içermesi gerektiği düşünülmektedir. Akdin kurulması sırasında gerekli açıklama ve uyarıların yapılması, özellikle faiz oranının ve sözleşmede bankaya tek taraflı faiz artırım yetkisi verilmişse bu olasılığın, muacceliyet ve temerrüt oluşumu, komisyon vb. tüm ek kalemlerin varlığının da açıkça belirtilmesi, akdi ilişkinin dürüst, sağlıklı ve ihtilafsız bir zemine oturmasını sağlayacak ve böylelikle yargıya intikal edecek anlaşmazlıklar azalacak ve adli mercilerin iş yükü de azalabilecektir. Bu sonuca ulaşılabilmesi için ise bankaların genel işlem koşulu niteliğindeki matbu olarak hazırlanan genel kredi sözleşmelerini yeni baştan kaleme alarak sadeleştirmelerinin ve kredi borçlularının temerrüdü durumunda uygulanacak temerrüt faiz oranlarını fahiş olmayacak ancak öngörülebilir bir şekilde kaleme almalarının uygun olacağı değerlendirilmektedir.

Bu bağlamda, kredi kartı işlemlerine uygulanacak akdi ve temerrüt faiz oranlarının 01.11.2020 tarihine yürürlüğe giren Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nın 2020/16 sayılı Tebliği ile henüz kart hamilleri ile sözleşme imzalanırken belirlenebilir/öngörülebilir bir şekilde düzenlenmiş olması oldukça önemli bir gelişme olup, kanaatimizce bahse konu Tebliğ emsal alınabilecek bir düzenlemedir. Özellikle kredi borçlularının temerrüdü durumunda karşılaşılan fahiş temerrüt faiz oranlarının tüm aktörler bakımından (kredi borçlusu, kredi alacaklısı, üçüncü kişiler ve devlet dâhil) olumsuz etkilerini hafifletecek nitelikte benzer bir düzenlemenin yapılması bu çalışmada yer verilen her türlü hukuki tartışmaya son verecektir. Özetle, her ne kadar Türk Ticaret Kanunu uyarınca ticari işlerde faiz oranları taraflarca serbestçe belirlenir kuralı gerek doktrin gerekse Yargıtay içtihatları ile yerleşmiş ve

kabul edilmekte ise de, faiz oranlarını belirleme konusunda kanunen yetkili olan Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından ekonomik kamu düzeninin sağlanabilmesi amacıyla temerrüt faiz oranlarının örneğin Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından uygulanan avans faiz oranına ya da akdi faiz oranına belirli bir puan eklenerek belirlenmesini zorunlu kılan bir düzenlemenin yapılmasının uygun olacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- **AKYOL**, Şener: “Banka Sözleşmeleri”, Ord. Prof. Kemalettin Birsal’e Armağan, İstanbul 2001.
- **ARKAN**, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2011.
- **ARSLAN**, Kaya: “Adi ve Ticari İşlerde Faiz”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LIV, İstanbul 1994, s. 347-366.
- **AYDOĞDU**, Murat: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Faiz ile İlgili Düzenlemeler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12 (1), İzmir 2010, s. 85-136.
- **AYHAN**, Rıza/**ÖZDAMAR**, Mehmet/**ÇAĞLAR**, Hayrettin: Ticari İşletme Hukuku Genel Esasları, Ankara 2013.
- **BAHÇECİ**, Barış: “Ticari Kredilerde Temerrüt Faizi Oranının Sözleşme Eliyle Bankaların İnişiyatiline Bırakılması Sorunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 128, Ankara 2017, s. 307-348.
- **BOZER**, Ali: “Ticari İşlere İlişkin Faiz Hükümlerine Toplu Bakış”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 2, S. 3, Ankara 1964, s. 362-370.
- **EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2015.
- **GÖKTÜRK**, Kürşat: “Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, S. 2, Ankara 2015, s.3-44.
- **KAYAR**, İsmail: “Kredi Sözleşmelerinde Bankaya Tek Yanlı Faiz Artırma Yetkisi Veren Hükümlerin Geçerliliği ve Uygulanması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. I, S.2, 1997, s. 82- 93.
- **KILIÇOĞLU**, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.
- **KUNTALP**, Erden: “Bankalar ve Genel İşlem Koşulları”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2011.
- **OĞUZMAN**, Kemal/**ÖZ**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.-1, İstanbul 2014.
- **ORTAÇ**, Nurdan Orbay: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz”, Ankara Barosu Dergisi, Ankara 2014/2, s.117-134.

- **ÖZ**, Turgut: “Borçlar Kanunu Tasarısı Paneli”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 4, Ağustos 2005, s. 74-84.
- **POROY**, Reha/**YASAMAN**, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2012.
- **REİSOĞLU**, Safa: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2013.
- **SEROZAN**, Rona: Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007.
- **YAĞCI**, Kürşat: “Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TÜRK BORÇLAR KANUNU. m. 88 ve TÜRK BORÇLAR KANUNU m. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TÜRK TİCARET KANUNU m. 8 ve TÜRK TİCARET KANUNU m. 9) Bakımından Uygulanabilirliği”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 421-438.

İNTERNET KAYNAKLARI

- http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/credit/irr_report_en.pdf
- http://www.math.utah.edu/~zobitz/pdf_files/Fall04_teaching/interest_rate.pdf

FİKRİ HAK KAVRAMI ve ESER SAHİBİNİN MANEVİ HAKLARININ GENEL ANLAMDA KİŞİLİK HAKKIYLA İLİŞKİSİ

The Concept of Intellectual Rights and the Relationship between Moral Rights of the Author of the Work and the Personal Right in a General Sense

Dr. iur. Cannur ERCAN, LL.M (Saarland)*

Geliş Tarihi: 13.12.2020

Kabul Tarihi: 24.02.2021

ÖZET

Yaratıcı fikrin ürünü olan eserler, alenileşmeleriyle birlikte şüphesiz ki toplumun düşünsel ve duygusal dünyasının gelişmesine katkı sağlayan en temel manevi zenginliklerdir. Bu zenginliğin kaynağı olan eser sahiplerinin eserle olan ilişkilerinin hukukten korunması meselesi ise her zaman güncelliğini korumaktadır.

Eser meydana getirme fiiliyle, onu meydana getirene eseri üzerinde kanun gereği (*ipso iure*) fikri hak üst başlığında ele alınabilecek bazı haklar tanınır. Günümüzde fikri hak, özünde mali ve manevi haklar olmak üzere birbirinden farklı özelliklere sahip, hak sahibine bambaşka yetkiler sunan çifte karakterli bir hak olarak açıklanmaktadır. Fakat bu aşamaya gelinmesi oldukça uzun bir zaman almıştır. Tarihsel süreç içerisinde niteliğinin açıklanmasına ilişkin çeşitli teoriler ortaya atılmış; fikri hak, kimi zaman mülkiyet, kimi zaman kişilik hakkı ile açıklanmaya çalışılmıştır. Fikri hakkın niteliğini açıklayan görüşlerin her biri, onun belirli yönlerine vurgu yapması açısından önemlidir. Çalışmada öncelikle fikri hak kavramı ele alınarak bu hakkın temel özelliklerine değinilecektir. Sonrasında fikri hakkı açıklayan teorilerin her biri olumlu ve olumsuz yönleriyle ele alınacaktır.

ABSTRACT

The Concept of Intellectual Rights and the Relationship between Moral Rights of the Originator of the Work and the Personal Right in a General Sense

As a product of creative ideas, works are undoubtedly the most fundamental intangible riches that contribute to the development of the intellectual and emotional world of society. The issue of legal protection of the relationship between the work and the author (or originator) of the work, which is the source of this wealth, continues to be relevant.

Upon the act of creating a work, certain rights are granted to the creator of the work under the main heading of *ipso iure* copyright. Today, copyright is explained as a double-character right, mainly financial and incorporeal rights, which have different characteristics, providing completely different warrants to the right holder. However, it took a long time to get to this point. In the historical process, various theories have been put forward regarding the explanation of its nature, and copyright has sometimes been explained by either property rights or personal rights. Each of the views that explain the nature of the copyright is of importance in terms of emphasizing its specific aspects.

* Dr. Öğr. Üyesi, Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, e-posta:cannurcatakli@sdu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-1870-0510.

Ayrıca genel anlamda kişilik hakkı ve eser sahibinin manevi haklarının ilişkisi, fikri hakkın tarihsel gelişim sürecinde niteliğini açıklamak için ortaya atılan teorilerden, kişilik hakkı teorisi ile (*Urheberpersönlichkeitstheorie*) de ilişkilendirilerek açıklanacaktır. Söz konusu hakların içerikleri çalışmada da ortaya konacağı üzere birbirinden oldukça farklıdır. Fakat bazı durumlarda her iki hak kategorisini düzenleyen hükümlere birden başvurulabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Çalışmamızda bu bilgiler ışığında, doktrinde eser sahipliğinden doğan manevi hakların, genel anlamda kişilik hakkının özel bir görünümü veya türü mü, yoksa bambaşka bir hak kategorisi mi olduğuna dair görüş ayrılıklarına farklı bir perspektiften bakılması amaçlanmaktadır.

Anahtar kelimeler: Fikri hak kavramı, fikri hakkın niteliği, manevi haklar, kişilik hakkı

The study explains firstly the concept of copyright and the fundamental characteristics of this right. After that, each of the theories explaining the copyright is addressed in respective positive and negative aspects. In addition, the relationship between the moral rights of the author of the work and the personal rights in a general sense will be explained by associating it with the theory of personal rights (*Urheberpersönlichkeitstheorie*), from the theories proposed to explain the nature of the copyright in the process of its historical development. As revealed in the study, the contents of these rights are quite different from each other. However, it should be noted that the provisions governing both categories of rights can be applied at once in some cases. In light of this information, the present study aims to look at differences of opinion from a different perspective regarding whether moral rights arising from the authorship of works are a specific manifestation or type of the personal rights in a general sense, or a completely different category of rights in the doctrine.

Keywords: Legal Concept of Copyright, Legal Nature of Copyright, Moral Rights of the Author, Personal Right

GİRİŞ

Fikri çabaları neticesinde ortaya koydukları nitelikli ürünleri toplumla paylaşmaya teşvik edilmeleri açısından, eser sahiplerinin hukuken korunması kaçınılmazdır. Aksi durum, meydana getirilen eserlerin mahrem alanda kalmasına; dahası hiç meydana getirilmemesine yol açabilecektir. Yasal korumayla eser sahipleri, hem eserlerinin tahriplere, rızaları olmaksızın değiştirilmelerine ve onu meydana getirenin adıyla anılmaksızın kullanılmalarının önüne geçme konusundaki manevi menfaatleri; hem eserlerini alenileştirerek, kamuya arz ederek bazı mali menfaatleri elde edebilecek bir hukuki statüye kavuşmuş olurlar. Eser sahibine manevi ve mali yönleriyle birtakım yetkiler sunan bu hak, fikri hakkı, bir başka deyişle telif hakkını ifade etmektedir. Günümüzdeki anlamıyla eser sahiplerine fikri hak üst başlığında mali ve manevi yönleriyle bazı yetkilerin tanınması, oldukça uzun bir zaman almıştır. Bu süreçte fikri hak bazen mülkiyet hakkıyla bazen kişilik hakkıyla ilişkilendirilerek açıklanmaya çalışılmıştır. Fikri hak kavramı açıklandıktan sonra çalışmamız açısından önem taşıyan, eserin, onu meydana getirenin karakteriyle, dünyaya bakışıyla sıkı ilişkisi dolayısıyla eser sahibinin kişiliğiyle olan bağının hukuken ortaya konmasıdır. Bu amaç doğrultusunda fikri hak üst başlığında yer alan eser sahibinin manevi haklarının; genel anlamda kişilik hakkıyla olan ilişkisi açıklığa kavuşturulmalıdır.

I. FİKRİ HAK KAVRAMI VE HAKKIN KONUSU

Nitelikli fikri çaba sonucu meydana getirilen ve yasada belirtilen unsurları taşıyan ürünler, “*eser*” adı altında özel bir hukuki korumadan yararlanırlar. Eseri meydana getiren kişi de maddi fiil niteliğindeki eser meydana getirme ile “*eser sahibi*” sıfatını haiz olur ve kanun gereği (*ipso iure*) eseri üzerinde yasada düzenlenen belirli hakları kazanır (FSEK m. 1/B, a).¹ Hukukumuzda eser adı altında korunacak fikir ürününün taşıması gereken nitelikler ile eser sahipliğine bağlanan hukuki sonuçlar, Fikir ve Sanat Eserleri Kanun’unda belirtilerek

¹ Maddi fiilde irade beyanı aranmaksızın, insan davranışına hukuki sonuç bağlanır. Eser meydana getirmek de bir maddi fiil niteliği taşıdığından burada irade unsuru rol oynamaz. Bir başka deyişle kişinin akli melekelerinin sağlıklı olmaması eser sahipliğine tesir etmez. Öte yandan her ne kadar Kanun’da eser sahipliği statüsünün kazanım şekline ilişkin açık bir düzenleme bulunmasa da doktrinde bunun aslen kazanım türü olduğu yönünde fikir birliği mevcuttur (Nuşin Ayiter, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri (2. Baskı, S yayınları 1982) 90; Şafak Erel, Türk Fikir ve Sanat Hukuku (3. Baskı, Yetkin Yayınları 2009) 87; Mustafa Ateş, Fikri Hukukta Eser Sahipliği (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2012) 65, 68 vd.; Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku (5. Baskı, Vedat Kitapçılık 2012) § 12, Nr. 13 vd.; Duygun Yarsuvat, Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları (1. Baskı, Güryay Matbaacılık 1984) 78. Maddi fiiller hakkında bkz. Mustafa Dural/Suat Sarı, Türk Özel Hukuku Cilt I – Temel Kavramlar ve Medeni Hukukun Başlangıç Hükümleri (13. Baskı, Filiz Kitabevi 2018) Nr. 1092 – 1093.

korunmaktadır (FSEK m. 1/B, a; m. 13/I).² Kanun'da fikri hak tanımına yer verilmemekle birlikte eser sahibinin hakları, üçüncü bölümde “Fikri Haklar” başlığı altında düzenlenmiştir. FSEK m. 13 ve devamındaki hükümlerde geçen “*eser sahibinin hakları*” ifadesinden de fikri hak anlaşılmalıdır.³ Bu haklar, sunduğu yetkilerin özelliğine göre manevi (FSEK m. 14 – 19) ve mali yönleriyle (FSEK m. 20 – 25) kategorize edilerek aşağıda da ele alınacağı üzere iki farklı grupta değerlendirilmektedir.

Doktrinde fikri hakkın, tarihsel gelişim sürecinin etkisiyle “gayri maddi mal (*geistiges Eigentum*)” kavramıyla açıklandığına rastlanmaktadır.⁴ Eser sahibinin manevi haklarını vurgulamaktan tamamen uzak olmakla birlikte “gayri maddi mal” nitelendirmesi eserin, üzerinde cisimlendiği maddeden bağımsız bir varlığı ve ekonomik değeri bulunduğunu, bu yönüyle tıpkı maddi mallar gibi ticarete konu edilmeye, devredilebilmeye elverişliliğini ifade etmesi açısından önemlidir.⁵ Gayri maddi mallar olarak ifade edilen fikir ürünleri üzerinde, maddi mallarda olduğu gibi sahibine bazı hak ve yetkiler tanınmıştır. Ancak içerikleri ve var oluş sebebiyle bu haklar, maddi mallar üzerindeki haklardan oldukça farklıdır.

Geniş anlamıyla “*gayri maddi mallar hukuku*”, hem ilim ve edebiyat eserleri, güzel sanat eserleri, musiki ve sinema eserleri gibi fikir ve sanat

² Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Kanun numarası: 5846, Kabul Tarihi: 5.12.1951, RG 13.12.1951/7981. Bir fikri ürünün Kanun kapsamında korunabilmesi için hem fikir hem sanat eseri niteliği taşımasına gerek yoktur. Nitelikli bir ürün, sadece fikri nitelik taşıyabileceği gibi sadece sanatsal nitelik de taşıyabilir. Hukuki korumanın kapsamı “*fikir ve sanat eserleri*” olarak belirlendiğinde, sadece fikir ürünleri ile sadece sanat ürünleri koruma kapsamı dışında kalır. Doğru ifade “*Fikir veya Sanat Eserleri Kanunu*” olmalıdır. Kanun adının haklı eleştirisi için bkz. Tekinalp, § 10, Nr. 3.

³ Bkz. Ayiter, s. 5. Doktrinde fikri hak kavramı yerine telif hakkı kavramı da kullanılmaktadır. Telif hakkı-fikri hak ayrımı ve günümüzde telif hakkı kavramının, daha geniş anlam içerdiği ifade edilen fikri hak kavramını karşıladığı görüşü için bkz. Emre Gökyayla, Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi (2. Baskı, Yetkin Yayınları 2001) 23. Karşı görüş için bkz. Ernst E. Hirsch, Hukuki Bakımdan Fikri Say İkinci Cilt (1. Baskı, İktisadi Yürüyüş Matbaası ve Neşriyat Yurdu 1943) 116-117.

FSEK m. 13 uyarınca “*Fikir ve sanat eserleri üzerinde sahiplerinin mali ve manevi menfaatleri bu kanun dairesinde himaye görülür. Eser sahibine tanınan hak ve salahiyetler eserin bütününe ve parçalarına şamildir (m. 13/I, II).*”

⁴ Gayri maddi mallar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Ateş, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması (1. Baskı, Seçkin Yayınları 2003) 100; Ayiter, s. 3 vd; Erel, Türk s. 25, 26; Fırat Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Turhan Kitabevi (1. Baskı, Turhan Kitabevi 2008) 7; Doruk Utku, Sınai Hakların Rehni (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2009) 66 vd.

⁵ Erel, s. 26. “*Gayri maddi (madde dışındaki, maddeden bağımsız) mallar*” ifadesi, maddi mallarla olan bu benzerliği vurgulamak amacıyla kullanılmaktadır.

eserlerini; hem sınai hakları kapsar.⁶ İhtiralar, sınai fikir ürünleridir⁷. Bunlar, marka, patent, faydalı modeller ve tasarımlar gibi diğer tüm fikri ve sınai ürünler üzerindeki hakları ifade eder.⁸ Fikri ve sınai hakların ortak noktası, her ikisinin de yaratıcı fikrin ürünü olmaları ve hak sahibine hakkın ileri sürülebileceği çevre açısından mutlak yetkiler tanımlarındır.⁹ İki hak türü arasındaki farklara gelince: En temel fark, ihtira hukukunda tescil sistemi bulunması karşısında, fikir veya sanat eserlerinde tescile gerek bulunmamasıdır.¹⁰ İkinci fark, manevi hakların patent, faydalı model ve tasarımlarda kısmen bulunması; esasen fikir veya sanat eserlerine özgü olmasıdır. Markada ise manevi haklar hiç yoktur. Son olarak fikri hukuk alanında, bazı kamu menfaatleri ve toplumsal düşüncelerle eser sahibinin hakları sınırlandırılrsa da (FSEK m. 46, 47), patent haklarından farklı olarak el koyma ve zorunlu lisans gibi toplum yararı gerekçesiyle öngörülen zorlayıcı kurumlar bulunmamaktadır.¹¹

İnceleme konumuz itibarıyla “fikri hak” kavramı dar anlamıyla, fikir veya sanat eserleri üzerindeki hakları anlatmada kullanılacaktır.¹² Fikri Hukuk alanına ilk adım, eser meydana getirme fiili ile atılır ve ancak eser niteliği taşıyan yaratıcı fikir ürünleri yasal korumadan yararlanabilir. Bir fikir ürününün eser niteliği taşıyarak FSEK’teki korumadan yararlanabilmesi için esasa ve şekle ilişkin iki şartın varlığı aranmaktadır. Söz konusu iki şart, Kanunun 1/B maddesinin “eser” kavramını tanımlayan a bendinde ifade edilmektedir. Hüküm uyarınca “*Eser, sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat,*

⁶ “*Gayri maddi mallar hukuku*” kavramında geniş anlam bilgisi için bkz. Ayiter, s. 3; Tekinalp, § 1, Nr. 12; Yarsuvat, s. 4 vd.

⁷ Ayiter, s. 3; Erel, s. 27; Tekinalp, § 1, Nr. 38 vd.

⁸ Ayiter s. 5; Ateş, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 93.

⁹ Doktrinde bu ayrımın, hakların farklı nitelikte olmalarından değil tarihsel gelişim sürecinde ayrı kanunlarda düzenlenmelerinden doğan bir şekil farkı olduğu belirtilmektedir. (Bkz. Halil Arslanlı, Fikri Hukuk Dersleri II (Sulhi Garan Matbaası 1954) 1.

¹⁰ Bkz. Ateş, Fikri Hukukta Eser Sahipliği, s. 61. FSEK m. 13/III’te sinema ve müzik eserlerinin tespit edildiği yapımlarının kayıt ve tescilini yaptırmalarına ilişkin düzenleme Fikri Hukuk alanında tescile gerek bulunmamasına istisna oluşturmaz. Buradaki tescil, hakkın kazanılmasında kurucu nitelik taşımaz; ancak hakkın “ihlal edilmemesi, hak sahiplerinin belirlenmesinde ispat kolaylığı sağlanması ve mali haklara ilişkin yararlanma yetkilerinin takip edilmesi” amacını taşır (FSEK m. 13/III, ilk tümce).

¹¹ İki hak grubunun farkları konusunda bilgi için bkz. Tekinalp, § 1, Nr. 21vd.; § 1, Nr. 38 vd. Öte yandan doktrinde fikri hukukta FSEK m. 9/II ve m. 11/ II hükümlerinde zorunlu lisansın düzenlendiği ileri sürülmektedir (Erel, s. 308. Ayrıca bkz. Arslanlı, s. 152; Ayiter, s. 179). Belirtilmelidir ki her iki hükümde sadece lisans veren tarafında birlikte olan kimseler bakımından bir zorunluluk bulunmakta; lisans alacak kişi, kanundan doğan bir yetkiyle lisans vereni sözleşme yapmaya zorlayamamaktadır. Görüş için bkz. Şirin Aydınçık, Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri (1. Baskı, Arıkan Yayınları 2006) dn. 311.

¹² Dar anlamda fikri hak kavramı için bkz. Ateş, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 93; Erel, s. 27.

musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini” ifade eder (FSEK m. 1/B, a). Böylece esasa ilişkin şart eserin, sahibinin hususiyetini taşımasıdır.¹³ Burada yaratıcılığın kaynağı, eserin, onu meydana getirenin karakterinden taşıdığı izlerdir. Fikrin süzgecinden geçirilerek sahibinin özelliğini taşıması sebebiyle eser, kendisini meydana getiren kişi ve fikir kavramı üzerine düşünmeyi gerektirir. Fikir sahibi olabilecek tek varlık şüphesiz ki gerçek kişi, insandır.¹⁴ Bu nedenle bir ürünün, fikir ürünü olarak nitelendirilmesi şüphesiz yalnızca insan zekâsının, fikri emeğin ürünü olmasını gerekli kılmaktadır.¹⁵ Bu sebeple alelade çekilmiş fotoğraf bir güzel sanat eseri veya herhangi bir mektup, rastgele yazılmış dizeler ilim-edebiyat eseri niteliği taşımaz. Ayrıca eserin bilineni tekrarlamaması, yeni bir bakış açısı getirmesi aranmaktadır. Buradan kasıt ele alınan konunun tamamen yeni olması değil, ele alınış biçiminin, eseri meydana getirenden izler taşıyacak şekilde bir farklılık taşımasıdır. Belirleyici olan, “*az çok bağımsız bir fikri emeğin*” bulunmasıdır.¹⁶ İkinci şart, fikri ürünün Kanun’da sayılan türlerden birine dâhil olmasıdır. Kanun’da dört ana eser kategorisi belirlenerek, eser kategorileri sınırlandırılmıştır. Bunlar sırasıyla ilim ve edebiyat eserleri (FSEK m. 2), musiki eserleri (FSEK m. 3), güzel sanat eserleri (FSEK m. 4), sinema eserleridir (FSEK m. 5). Bu kategorilerden herhangi birine dâhil olmayan bir fikri ürün, Kanun’daki düzenleme gereği, eser niteliği taşımayacaktır.¹⁷ Söz konusu eser kategorileri sınırlı sayı (*numerus clausus*) olmakla beraber her bir kategori içinde yer alan eser türleri örneklendirici sayımdır. Bu nedenle ilgili

¹³ Hususiyet kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erel, s. 52 vd.; Tekinalp, § 10, Nr. 6 vd.

¹⁴ Kanun koyucunun 3.3.2004 tarih ve 5101 sayılı kanunla FSEK m. 1/B’de yer alan “eser sahibi” tanımındaki “gerçek kişi” ifadesini çıkarması isabetli değildir. Diğer taraftan bu ifadenin çıkarılması olması da gerçek kişi dışındaki varlıkların eser sahibi sayılmaları sonucunu doğurmaz, Ateş, Fikri Hukukta Eser Sahipliği, s. 33. Bu bağlamda, dalgalar tarafından aşındırılmış kayanın şekli, ağaçkakanın kaktığı ağaç, bilgisayarın yaptığı tercüme ne kadar özgün olursa olsun, fikri ürün sayılmaz. Fikri ürün (eser), ancak insanın fikri çaba neticesinde ortaya çıkardığı değerleri ifade eder, Tekinalp, § 10, Nr. 22. Örnekle, düşünce ürünü yazı, resim, oyma ve kabartmalar ve benzerleri şüphesiz, fikir ürünlerindendir.

¹⁵ Bilim ve teknolojideki güncel gelişmelerin fikri hukuka bir yansıması olarak yapay zekâ ile meydana getirilen ürünlerin, eser niteliği taşıyıp taşımadığı ve daha da ötesinde bu tür ürünlerin meydana getirilmesi amacıyla girilen faaliyetlerin fikri hak ihlaline yol açıp açmayacağı meseleleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Cannur Ercan, Kavram Olarak Yapay Zekâ ve Yapay Zekâ ile Meydana Getirilen Ürünlerde Hak Sahipliği –Dijital Alanda Telif Hakları Sempozyumu Tebliğ Kitabı (1. Baskı, İletişim Stratejileri Ajansı 2020) 103 vd. Bahsi geçen meseleler, çalışmada ayrıca Adam Basanta’nın geliştirdiği *Art Factory* (Sanat Fabrikası); ING’nin, ölümünden 347 yıl sonra Hollandalı barok ressam Rembrandt’a yeni bir tablo yaptırmayı (!) hedeflediği projesi *The Next Rembrandt* ve yapay zekâ ile meydana getirilerek açık arttırmaya sunulan 2018 yılında ABD’de 432.000 Amerikan dolarından alıcı bulan *Portrait of Edmond de Belamy* (Edmond de Belamy’nin Portresi) örnekleri üzerinden ele alınmıştır, bkz. Ercan, s. 104 vd.

¹⁶ Arslanlı, s. 6-7. Ayrıca bkz. Tekinalp, § 10, Nr. 6.

¹⁷ Eleştiri için bkz. Erel, s. 55–56.

kategorinin belirleyici özelliklerini taşıyan yeni bir eser türünün Kanun'da belirtilen kategorilerden birine dahil edilmesine bir engel yoktur.¹⁸

İhtira haklarından farklı olarak eserden iktisaden yararlanabilmek, bir başka deyişle eserin kamuya sunularak ekonomik fayda sağlamaya elverişli durumda olması aranmamaktadır.¹⁹ Nitekim her eser mutlaka iktisadi bir çıkar elde etme amacı ile yazılmaz. Burada hukuk, sadece eser yaratma maddi fiiline “eser” niteliği sonucunu bağlar ve kamuya duyurulmasa dahi meydana getirenin, eser üzerindeki menfaatleri korunur (FSEK m. 20/I). Eser sahibinin manevi haklarından eseri kamuya sunma hakkı, eserin yayımlanma zamanı ve tarzı hakkında münhasıran sahibinin yetkili olmasının yanı sıra eserin alenileşip alenileşmemesine ilişkin karar yetkisinin de ona ait olmasını ifade eder.²⁰ Sahibinin, eserini kamuya sunmama yönünde vereceği karar, fikir ürününün “eser” niteliğine tesir etmez.

Bu başlık altında son olarak fikri hakkın konusunun, doktrinde “eser” olarak ifade edildiğine değinmek gerekir.²¹ Eser, fikri hukukun merkezindedir, olmazsa olmazdır; ancak sorulması gereken önemli bir soru, fikri hukukun koruma konusunun (*Schutzgegenstand*) ne olduğudur. Bir başka ifadeyle Fikir ve Sanat Eserleri Kanun’unda korunan doğrudan eserin kendisi midir? FSEK m. 13/I’de kanunkoyucu “*Fikir ve sanat eserleri üzerinde sahiplerinin mali ve manevi menfaatleri bu kanun dairesinde himaye görür*” düzenlemesini getirmekle esasen bu soruya olumsuz cevap vermektedir. Öyleyse belirtilmelidir ki hukuken korunan ne eser sahibinin şahsı ne eserin kendisidir. Hukuken korunan, eser sahibinin eseri ile arasında “*hukuken tanınan ve tarif edilen ilişkileri*”²², daha kapsamlı ifadesiyle fikri hak sahibinin eser ile arasındaki hukuki bağıdır.²³ Eser sahibinin şahsı, kişiliği koruyan genel hükümlerce; eseriyle kurulmuş bulunan manevi bağı ve eseri üzerindeki mali hakları ise FSEK’te düzenlenen hükümlerce korunmaktadır. Eserin kendisi de sahibinin hakları dolayısıyla korunmaktadır.²⁴ Örnekle eser sahibinin,

¹⁸ Arslanlı, s. 11–12; Ayiter, s. 45; Erel, s. 55.

¹⁹ Arslanlı, s. 4.

²⁰ Manevi haklar için bkz. aşağıda IV, 2 altındaki açıklamalar.

²¹ İfade için bkz. Erel, s. 26 – 27; ayrıca s. 51 vd. Ayrıca bkz. Ateş, Fikri Hukukta Eser Sahipliği, s. 50. “...Bu hakların konusunu oluşturan fikir ve sanat eserlerinin...” Ayrıca bkz. Tekinalp, § 1, Nr. 26.

²² Bkz. Ateş, Fikri Hukukta Eser Sahipliği, s. 35. Yazar, söz konusu ifadeleri fikri hakkı tanımlarken kullanmaktadır.

²³ Bu durum Alman Fikri Haklar Kanun § 11/I’de daha açık ifade edilmektedir. İlgili düzenleme uyarınca “*Telif Hukuku, eser sahibinin eseriyle manevi ve kişisel ilişkisini ve eserini kullanımını korur (Das Urheberrecht schützt den Urheber in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk und in der Nutzung des Werkes)*”, § 11/I UrhG. Ayrıca bkz. Haimo Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht (8. Baskı, Mohr Siebeck 2017) § 11, Nr. 339.

²⁴ Eser sahibinin mali hakları ölümünden sonra 70 yıl; manevi hakları ile FSEK m. 19’dan

eserinin başkalarınca tahrip edilmemesi yönündeki manevi menfaati FSEK m. 16 uyarınca korunur.²⁵ Eser sahibinin hukuken korunan bu haklı menfaati dolayısıyla eser, olası saldırı ve tahriplere karşı korunur (FSEK m. 66, 67/IV, Nr. 1, 2). Ancak esere ilişkin söz konusu yasal koruma, belirli sürelerle sınırlandırılmıştır. Bu süre, mali haklarda eserin aleniyetinden itibaren eser sahibinin yaşamı boyunca ve ölümünden itibaren 70 yıldır (FSEK m. 27/I).²⁶ Manevi haklarda ise eser sahibinin ölümünden sonra hakları kullanma yetkisinin kimlere intikal edeceği FSEK m. 19/I hükmünde sınırlayıcı şekilde sayılmıştır. FSEK m. 19/II uyarınca bu kişiler, eser sahibine 14, 15, 16. maddelerin üçüncü fıkralarında tanınan hakları onun ölümünden itibaren 70 yıl süre boyunca kendi namlarına kullanabileceklerdir. Bu süre zarfında FSEK m. 19/I'de sayılan hakkı kullanabilecek son kişinin ölümüyle manevi hakkın kullanımı 70 yıllık süre dolmadan da sona erebilir²⁷; meğerki Kültür ve Turizm Bakanlığı FSEK m. 19/I ve II'de sayılan hakları bir süre kısıtlamasına tabi olmadan kullanabiliyor olsun (FSEK m. 19/V).²⁸ Bahsi geçen sürelerin dolmasıyla hukuki koruma sona erer, eser kamunun yararlanmasına açık haline gelir.²⁹ Öyleyse korumanın konusu bizatihi eserin kendisi değildir. Hukuken korunan, eser sahibinin manevi ve mali yönleri bulunan, belirli bir eseriyle arasındaki hukuki bağıdır.³⁰

II. FİKRİ HAKKIN ÖZELLİKLERİ

Öncelikle belirtmek gerekir ki kanunkoyucu, eser meydana getirme fiiline sonuç bağladığından fikri haklar, belirli bir esere ilişkin kurulumlardır.³¹ Bir başka

yapılabilecek çıkarımla manevi hakları kullanmaya yetkili hayatta kalan son kişinin ölümüne kadardır. Eser sahibinin ölümünden sonra bu kimselerin eserle olan hukuki bağı belirlenen sürelerle korunur. Sonrasında kamunun yararlanmasına açık hale gelen eserler bakımından manevi hakları kullanma yetkisi Kültür ve Turizm Bakanlığına tanınmıştır (FSEK m. 19/V). Bu durum, Fikri Hukukun koruma konusunun, hak sahiplerinin eserle olan *hukuki bağı* olduğu çıkarımıyla ters düşmez.

²⁵ Eser sahibinin eseri değiştirme, işleme, bozma, hatta ortadan kaldırma, yok etme hakkı her zaman mevcuttur, Ateş, Fikri Hukukta Eser Sahipliği, s. 37.

²⁶ Mali koruma süreleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erel, s. 110 vd.; Tekinalp, § 14, Nr. 119 vd. Manevi haklar hakkında ayrıca bkz. Erel, s. 113 vd.; Tekinalp, § 14, Nr. 57.

²⁷ Erel, s. 113.

²⁸ Bkz. Erel, s. 115, s. 288.

²⁹ Erel, s. 110.

³⁰ Eser sahibinin yanı sıra eserin varlığı dolayısıyla bazı haklara sahip olan bağlantılı hak sahipleri de burada akla gelebilir. Bağlantılı hak sahipleri açısından da korunan, yine mevcut bir eser dolayısıyla gerçekleştirdikleri bazı faaliyetlerdir.

³¹ Bir ürünün eser niteliği taşıyabilmesi için aranan, esasa ve şekle ilişkin şartlar burada ayrıca anımsanmalıdır.

Bir sonraki aşamada bilgisayar programı olmaya elverişli hazırlık tasarımları hakkında bkz. FSEK m. 2, Nr. 1. Henüz tasarım aşamasında korunan eser türleri hakkında ayrıca bkz. FSEK m. 2, Nr. 3.

ifadeyle birden fazla eseri bulunan kişinin, her bir eseri dolayısıyla birbirinden bağımsız eser sahipliği ve her bir eser üzerinde yine birbirinden bağımsız fikri hakları mevcuttur. Öte yandan bu haklar, hak sahibine mutlak nitelikte bazı yetkiler sunarlar. Bu sayededir ki eser sahibi, eserinden bizzat yararlanabileceği gibi üçüncü kişilere de eseri üzerinde kullanım hakkı tanıyabilir; dahası bu haklarını üçüncü kişilere devretmek (FSEK m. 48–50) veya mali haklarından vazgeçmek suretiyle tasarrufta bulunabilir (FSEK m. 60/1).

Temel kavramlar açısından en genel ifadesiyle bir hakkın mutlak olması anlamını, kullanılması için kimseye ihtiyaç duyulmaması, herkesin ihlaline açık olması ve ihlali durumunda herkese karşı ileri sürülebilmesinde bulur.³² Fikri hakkın mutlak olması da hakkın kullanılıp kullanılmaması noktasında son sözün eser sahibine (ölümünden sonrası için *-post mortem auctoris-* Kanunda sayılan hak sahiplerine – FSEK m. 19) ait olduğu; eser üzerindeki hakların herkes tarafından ihlal edilebileceği, ihlali durumunda ise ihlal eden herkese karşı ileri sürülebileceği anlamı taşımaktadır. Bu yönüyle eser sahibinin hakkı, mülkiyet hakkına benzetilebilir.³³ Ancak Fikri Hukuk alanında “mutlak hak” nitelemesinin içeriği, anlamı farklıdır. Eşya Hukukunda malikin, ihlali durumunda herkese karşı ileri sürebileceği mutlak hakları eşyanın doğası gereği, kullanma (*usus*), semerelerinden yararlanma (*fructus*) ve tasarruf etme (*abusus*) yetkileridir (MK m. 683). Oysa Fikri Hukuk alanında eser, eşyadan bağımsız ve soyut bir değerdir.³⁴ Eser meydana getirme fiili ile hak sahibine, eşya üzerinde tanınacak haklardan bambaşka hak ve yetkiler tanınır. Şöyle ki: Kanun’da eser sahibinin hakları mali ve manevi haklar ayrımıyla iki grupta düzenlenmiştir. Eseri kamuya sunma, eser sahibi olarak tanınmayı isteme, eserde değişiklik yapılmasını men etme ve başkasının zilyetliğinde bulunan eserin aslına ulaşmak eser sahibinin manevi haklarını (FSEK m. 14 vd.); işleme, çoğaltma, yayma, temsil ve işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı gibi ekonomik çıkar sağlamaya yönelik haklar da mali haklarını (FSEK m. 20 vd.) ifade eder. Bu yönüyle eser sahibine tanınan hak, mülkiyet hakkından daha kapsamlı olup birbirinden kesin çizgilerle ayrılması güç, biri malvarlığı diğeri şahısvarlığına ait değerler içeren “*çifte karaktere sahip*³⁵” bir bütünlük arz eder.³⁶

Haklar, çeşitli kriterler doğrultusunda sınıflandırılmaktadır. Fikri hakkın taşıdığı çifte karakter de bu kriterlerden biri olan, hakkın para ile ölçülebilen

³² Mutlak haklar hakkında bkz. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, Medeni Hukuk – Temel Kavramlar (24. Baskı, Vedat Kitapçılık 2018) Nr. 543.

³³ Eser sahipliğinin, zilyetlik ve mülkiyet hakkı ile benzerlik ve farklılıkları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ateş, Fikri Hukukta Eser Sahipliği, s. 124 vd.

³⁴ Schack, § 2, Nr. 34.

³⁵ Ateş, Fikri Hukukta Eser Sahipliği, s. 127; Tekinalp, § 1, Nr. 23.

³⁶ Fikri hakkın, eşyanın hukukundan ayrılan yönleri hakkında ayrıca bkz. başlık III altındaki açıklamalar.

değeri bulunup bulunmaması bakımından, bir başka ifadeyle hakkın konusu bakımından yapılan ayırımla daha iyi açıklanabilecektir. Buna göre para ile ifade edilebilen haklar malvarlığı hakları, diğerleri şahısvarlığı hakları adını alırlar.³⁷ Fikri hakların, bu tasnife göre hem şahısvarlığı hem malvarlığına ait yönleri bulunmaktadır. Şöyle ki: Eser sahibinin fikri hakları, manevi yönleriyle kişiliğinin bir uzantısı iken, mali yönleriyle de malvarlığının aktifinde yer alarak tasarruf işlemlerine konu edilmeye elverişlidirler.³⁸ Eser sahibinin manevi hakları “*kişiliğine bağlı*”³⁹ haklardan olması sebebiyle devredilmeye veya miras yoluyla intikal etmeye elverişli değilken⁴⁰; mali hakları devredilebilir veya hakkın özü eser sahibinde kalacak şekilde basit veya tam lisans tanınabilir (FSEK m. 48, m. 56).

Fikri hakkın taşıdığı bir başka özellik, soyut değerler üzerinde kurulabilmesidir.⁴¹ Bir başka deyişle fikri ürün, zihinsel çaba sonucunda meydana getirildiğinden mülkiyet hakkına konu eşyadan farklı olarak üzerinde vücuda büründüğü maddeden (kitap, cd vb. gibi) bağımsız, maddi mallardan ayrı bir hukuki varlığa sahiptir.⁴² Ancak üzerinde şekillendiği madde aracılığıyla dış dünyada başkalarınca algılanabilir ve bu nedenle fikri ürün, içeriğini aktarmaya elverişli bir cisim üzerinde⁴³ şekillendiğinde maddi varlığını kazanır ve ancak bu andan itibaren “eser” olarak nitelendirilebilir.⁴⁴ Öncesinde, eserin sadece

³⁷ Aytekin Ataay, Medeni Hukukun Genel Teorisi, Temel Bilgiler Genel Kavramlar (Fakülteler Matbaası, 1971) 324 vd.; Dural/Sarı, Nr. 1005 vd.; M. Oğuzman/Barlas, Nr. 473 vd.

³⁸ Dural/Sarı, Nr. 970 vd.; Oğuzman/Barlas, Nr. 533 vd.

³⁹ İfade için bkz. Ateş, Fikri Hukukta Eser Sahipliği, s. 52.

⁴⁰ Eser sahibinin manevi hakları, mirasçılara intikal etmez. FSEK m. 19’da belirtilen kişiler sadece belirli bir süre ile manevi hakları kullanma yetkisini kazanırlar (Bkz. Ateş, Fikri Hukukta Eser Sahipliği, s. 52). Zira hükümde ifade edilen “eşi ile çocukları... ana-babası, kardeşleri”nin yetkileri, mirasçılık sıfatlarından bağımsızdır.

⁴¹ Tekinalp, § 1, Nr. 11.

⁴² Ateş, Fikri Hukukta Eser Sahipliği, s. 60–61; Erel, s. 25-26. Söz konusu durum, eser sahibi açısından Kanun’un “*Mülkiyetin İntikali*” başlıklı 57. maddesinin 1. fıkrasında açıkça ifade edilmiştir. Aynen aktarımla “*Asıl ve çoğaltılmış nüshalar üzerindeki mülkiyet hakkının devri, aksi kararlaştırılmış olmadıkça fikri hakların devrini ihtiva etmez*” (FSEK m. 57/I).

⁴³ Cismin, eserin içeriğini aktarmaya elverişli olmasından kasıt, örnekle ilim ve edebiyat eserlerinden şiirin kâğıda, duvara yazılması, bir tahta parçası üzerine kazınması suretiyle veya bir musiki eserinin kaset veya cd gibi araçlara ses kaydı yapılması suretiyle tekrar dinlenilmesine veya notalarının yer aldığı kitaptan bakılarak tekrar çalınabilmesine olanak sunan bir eşyada vücuda kavuşmasıdır. Ayrıca belirtilmelidir ki eser nitelendirmesine kavuşabilmek için fikir ürününde, her zaman ve her durumda “şekillenme” kati surette aranmaz. Bu açıdan, “*eserin şekli yapıya kavuşmuş sayılabilmesi için mutlaka fiziken tespit edilebilmesi gerekli değildir. Bu sebeple henüz yazıya dökülmemiş bir nutuk veya müzikal motifin geliştirme çalışmaları da eser olarak korunur*”. Önemli olan, “*bu halleriyle bile... gerekli ferdileşmenin mevcut*” olmasıdır. (Bkz. Öztan, s. 90 – 91, dn. 31, 32 ve 37’de belirtilen eserler).

⁴⁴ Fikri ürünün özellikleri hakkında bkz. Tekinalp, § 1, Nr. 11 vd.

meydana getirenin zihninde yer aldığı aşamada, hukuken korunmaya değer bir mevcudiyet yoktur. Her ne kadar cisim üzerinde şekillenme, “eser” adı altında yasal korumadan yararlanabilmek için zorunlu olsa da “eser” olarak korunan, onun üzerinde vücut bulduğu eşya değil, taşıdığı manevi değerdir. Nitekim fikir ürünleri, manevi dünyaya hitap eden ve ancak bu şekilde kavranabilen değerlerdir. Cismani varlık tekrarlanabilmede, fikri ürünün başkalarının kişisel kullanımına sunulmasında, kısaca fikri ürünün varlığını sürdürebilmesinde sadece bir araçtır. Eserin, cisim üzerinde maddi varlık kazanması “soyut” olma niteliğini ortadan kaldırmaz. Ayrıca bu durum onu üzerinde şekillendiği cismin kendisi haline de getirmez. Örneklendirirsek, elbette ki *Sheakspeare*’in *Hamlet*’i eser olarak, basılı olduğu kâğıt sayfalarından bağımsız soyut bir varlığı haizdir. Bu nedenle Hamlet, sadece tek ve belirlenmiş bir kitaptan ibaret değildir.

Fikri haklar son olarak, sahibine mutlak nitelikte hak ve yetkiler sunsa da her mutlak hak gibi içeriği açısından bazı sınırlandırmalara tabiidir.⁴⁵ Dahası söz konusu sınırlandırmalar Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku alanında biraz fazladır. Sınırlamaların fazla olmasının nedeni, hakkın niteliği ve sosyal yönünün ağır basmasıdır.⁴⁶ Toplum ekonomik, sosyal, siyasal, kültürel gelişimini özellikle bilim, sanat, edebiyat alanlarında sahip olduğu değerlere borçludur. Bu değerlerin korunabilmesi için eser sahibinin hakları ile toplumun eserden yararlanması arasında denge kurulmalıdır. Eser sahibinin saldırılara karşı korunması, mali ve manevi hakları üzerindeki mutlak hâkimiyeti ile sağlanmaktadır. Toplumun eserden faydalanması ise eser sahibinin hakkına belli kısıtlamalar getirilmesini gerekli kılmaktadır. Böylece bir yandan eserinden faydalanılırken olası saldırılara karşı eser sahibi korunmakta, diğer yandan toplumun eserden faydalanması olanaklı hale gelmektedir.

Eser sahibinin haklarının tabi olduğu sınırlandırmalar kamu düzeni düşüncesi (FSEK m. 30/2), genel menfaat düşüncesi (FSEK m. 31, 32/III, 33, 34/I, III, 35, 37), özel menfaat düşüncesi (FSEK m. 38/I, III, IV) ve nitelikten doğan sınırlamalar (FSEK m. 40) şeklinde ifade edilmektedir. Ayrıca engellilerin yaşamını kolaylaştırmak amacıyla da sınırlama getirilmiştir (ek 11. madde).⁴⁷ Hakkın sınırlandırılması, ancak Kanun’da belirtilen hallerde ve kapsamda gerçekleştirilebileceğinden Kanun’da belirtilen hal ve kapsamı aşan durumlar, hak ihlali niteliği taşıyacaktır.

⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Erel, s. 238 vd; Tekinalp, § 14, Nr. 127 vd. Mülkiyet hakkında dar anlamda özel hukuk kısıtlamalarına ilişkin bkz. MK m. 731 vd.

⁴⁶ Ateş, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 103.

⁴⁷ Eser sahibinin haklarının sınırlandırılması, çalışmamızın kapsamı dışında kaldığından, ayrıntılı bilgi için bkz. Ayiter, s. 148 vd; Tekinalp, § 14, Nr. 127 vd.; Yarsuvat, s. 152 vd.

III. FİKRİ HAKKI NİTELENDİREN TEORİLER

Pozitif hukukta fikri hakkın mali ve manevi yönleri olmak üzere çifte karakter taşıyan bir bütünü ifade ettiğine yukarıda değinmiştik. Mali yönü, eserden iktisaden faydalanmayı, ekonomik çıkarlar elde edilmesini ifade ederken; manevi hakların fonksiyonu bambaşkadır. Tabii hukuk yaklaşımıyla eser ve eser sahibi arasındaki manevi ilişki, bir yönüyle ebeveynlerin çocukları ile arasındaki ilişkiye benzetilmektedir.⁴⁸ Buna göre tıpkı doğum anında çocukla anne-babası⁴⁹ arasında vazgeçilemez, devredilemez, mutlak nitelikte bir ilişki kurulması gibi eser de manevi dünyasından doğduğu sahibine vazgeçilemeyen, (bütünüyle) devredilemeyen, mutlak nitelikteki bağlarla bağlıdır. Eser üzerindeki manevi haklar, sahibinin kişiliğiyle olan bağını korumaya yöneliktir ve bu açıdan genel hükümlerde düzenlenen kişilik haklarıyla karıştırılabilmeye elverişli bazı benzerlikler taşımaktadır. Tıpkı mali hakların, kural olarak eşya üzerinde kurulabilen mülkiyet hakkıyla taşıdığı bazı benzerlikler nedeniyle karıştırılmaya elverişli olması gibi. Bir bütün ifade eden; fakat içerisinde çifte karakter barındıran eser sahibinin eseri üzerindeki haklarının, kişilik ve mülkiyet haklarıyla olan yakınlığı, fikri hakların niteliğinin açıklanmaya çalışıldığı tarihsel gelişim sürecinde de ortaya atılan görüşlerle kendini göstermektedir. Fikri hakkın genel anlamda kişilik hakkıyla yakın ilişkisine değinmeden önce onu açıklayan teorilere değinmek, konuya daha kapsamlı bir bakış açısı sunabilecektir.

Fikri haklara ilişkin ilk tartışmaların zemini, bilindiği üzere esasen eseri meydana getiren cephesinden değil meydana getirilmiş eserlerden ekonomik çıkar sağlayan ve buna yaptığı finansal yatırımın yasalarla korunması amaçlanan matbaacılar cephesinden, onları koruma yaklaşımıyla atılmıştır. Kısaca hatırlanacak olursa 1440 yılında *Johannes Gutenberg*'in hareketli harfler ile ilk matbaayı icat etmesi, edebi eserlerin seri üretimini ve özellikle el afişleri ile kitle iletişimini hızlandırarak devrim niteliğinde bir etki yaratmıştır. Böylece fikri hakka ilişkin ilk tartışmaların da zeminini hazırlamıştır. Matbaanın icadından henüz 40 yıl sonrasında piyasada basılı eserlerin sayısı, el yazması çoğaltılan eserleri oldukça etkilemiştir. Kitap basma teknikleri, gelir getirisi nedeniyle hukuken önem kazanmış; fikri haklara ilişkin ilk imtiyaz, 14. yüzyıldan beri bilinen patent hakkının öncesinde telif alanında 1469 yılında Venedik tarafından, kitap basma sanatını Venedik'e taşıyan *Johann von Speyer*'e tanınmıştır. Söz konusu imtiyaz, beş yıl süre ile sınırlanmış ticari tekel hakkını ifade etmekteydi. Görüldüğü üzere belirli bir basılı eserde tanınan imtiyaz hakkı, eser sahibini değil; yayımcıyı korumaya

⁴⁸ Schack, § 3, Nr. 43; karşı. § 3, Nr. 112.

⁴⁹ Burada baba ile kurulan soybağı açısından çocuğun evlilik birliği içerisinde dünyaya geldiğini ve koca ile çocuk arasındaki hukuki bağın karine gereği doğum anında derhal kurulduğunu varsayalım.

yönelik düşünülmüştür. Eseri yayımlayanın yanı sıra yazarına da imtiyaz tanınması 1486 yılına rastlar. Yine Venedik'te, Venedik'i anlatan eseri için tarihçi *Marcus Antonius Sabellicus*'a tanınmıştır. Tanınan ayrıcalığın amacı, bir yönüyle eserin, belirli bir süre ile yeniden basımının yasaklanması; diğer yönüyle ise yazarına telif ücreti ödenmesinin kolaylaştırılmasıdır. Söz konusu imtiyaz her ne kadar bugünkü anlamıyla eser sahibinin mali haklarına kıyasen oldukça dar kapsamlı kalsa da bu hakların temelini oluşturması bakımından önemlidir. Yine Venedik'te 7.2.1544 tarihli düzenleme ile eserin, yaratıcısının yazılı onayı olmaksızın yayımlanamayacağı belirtilmiştir.⁵⁰

Yayımcının elde ettiği ayrıcalıkla eserin basımı üzerinden elde ettiği kazancın, yazara ödenen telif ücretinden epey fazla olması, zaman içinde tepkilere neden olarak, bir eserin sahibinin ancak onu fikri emeğiyle meydana getiren olabileceği düşüncesinin gelişmesini sağlamış; ancak söz konusu sahipliğin niteliği “mülkiyet” hakkına benzetilerek adeta yeni bir mülkiyet türü gibi görülen “fikri mülkiyet (*geistiges Eigentum*)” adıyla nitelendirilmiştir. Teoriye göre eser sahibinin, eseri üzerinde maddi mallar üzerindeki mülkiyet hakkına benzer bir sübjektif hakkı vardır. Böylece fikri ürün, maddi varlığı olan eşya ile kıyaslanarak açıklanmış; fikri hak, mülkiyet hakkının bir türü gibi görülmüştür.⁵¹ *Johann Stephan Pütter* mülkiyeti, bir işin/çalışmanın üzerinde şekillendiği cisim ile ilişkilendirerek açıklayan İngiliz filozof *John Locke*'a istinaden, “fikri mülkiyet” kavramını tabii hukuk anlayışı ile şöyle açıklamaktadır: “Eser; hiç şüphesiz ki marifeti ve çalışkanlığına varlığını borçlu olduğu, kendisini meydana getiren kişinin, gerçek bir malvarlığı” değeridir.⁵² Buna göre eserin cismani varlığı üzerinde eser sahibinin, onu meydana getirmesinin doğal sonucu olarak devredilemeyen tabii bir mülkiyet hakkı; yayımcının ise sadece aynı hak benzeri bir kullanım hakkı bulunmaktadır. *Pütter*'in yaklaşımından farklı olarak aşağıda da değineceğimiz üzere *Immanuel Kant* ve *Johann Gottlieb Fichte*, eserin bir cisimde şekle bürünen varlığı ile fikri boyuttaki varlığını; bir kitabın fiziksel varlığı üzerindeki mülkiyet hakkını, o kitapta şekle bürünen düşünsel üründen açıkça ayırarak ifade etmişlerdir.⁵³ Öte yandan tabii hukuk yaklaşımıyla gerekçelendirilen

⁵⁰ Ancak yazarların bir başka korkusu, eserlerinin değiştirilerek/tahrip edilerek yayımlanmasıdır. Önlem olarak matbaacılar, eserin basımında sadece yetkili kişinin elinde bulundurabileceği bir damga kullanılması yöntemini geliştirmişlerdir. Bilgiler hakkında detaylı bilgi için bkz. Schack, § 6, Nr. 105 vd.

⁵¹ Christian Grün, *Die zeitliche Schranke des Urheberrechts* (1. Baskı, Verlag Stämpfli 1979) 61.

⁵² Pütter, *Der Büchernachdruck nach ächten Grundsätzen des Rechts geprüft*, Göttingen 1981 (1774 tıpkı bası) [Schack, §6, Nr. 112, dn. 26'dan naklen].

⁵³ Kant, *Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks* (1793) = UFITA 106 (1987) 137 – 144; Fichte, *Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks* (1793) = UFITA 106 (1987) 155 – 172 [Schack, § 6, Nr. 112, dn. 26, 27'den naklen].

fikri mülkiyet teorisi, sonrasında her ne kadar haklı ve ciddi eleştirilere maruz kalsa da günümüz anlamında fikri hakların temelini oluşturması ve eser yaratma fiilinin tabii sonucu olarak eser ve sahibi arasındaki göz ardı edilemez ve koparılamaz bağa vurgu yapması nedeniyle önemlidir.⁵⁴ Fikri mülkiyet teorisine yöneltilen en önemli eleştiri, teorinin savunucuları tarafından, soyut nitelikteki fikri ürün ile ürünün üzerinde şekillendiği cismi birbirinden ayırma gereği duyulmaması ve cismin hukuku olan eşya hukukunu, fikri ürünün de hukuku saymalarıdır.⁵⁵ Hal böyle iken eser sahibinin manevi hakları da göz ardı edilmektedir. Fikri mülkiyet kavramına özel bir anlam verilmeksizin, onun eşya hukukundaki *mülkiyet* olarak görülmesi, teorinin en çok eleştiri alan yönüdür.⁵⁶ Gerçi eser sahibinin mali haklarının bazı yönleriyle mülkiyet hakkına benzediği şüphesizdir. Örnekle, eser sahibinin mali hakları da tıpkı mülkiyet hakkı gibi miras hükümleri uyarınca intikal eder (MK m. 599/II; FSEK m. 63/I). Her iki hak da ileri sürülebileceği çevre açısından mutlak niteliktedir. Ancak mali hakların mülkiyet hakkından ayrılan yönleri de göz ardı edilemez. Mülkiyet hakkının korunması belirli bir süreye tabi değilken fikri hakkın hukuki korumadan yararlanabilmesi sınırlı bir süre içindir (FSEK m. 27). Her iki hak arasında hakkın kazanılması bakımından da farklılıklar bulunmaktadır. Mülkiyet hakkı taşınırlarda zilyetliğin nakli, taşınmazlarda ise tapuya tescille kazanılırken; fikri haklar, eser meydana getirmeyle *ipso iure* (kanun gereği, kendiliğinden) kazanılır (FSEK m. 8/I).⁵⁷ Hakkın kazanılması için eser meydana getirme, gerekli ve yeterlidir.⁵⁸ Bir başka farklılık eserin, mülkiyet hakkına konu olamamasından kaynaklanan, hakkın sahibine ilişkin nitelendirme farkıdır. Buna göre eserin “*maliki*” olmaz, “*sahibi*” olur. Mülkiyet hakkının konusu, fikri haktan farklı olarak eserin kendisi değil, basılı nüshalarıdır. Bir başka açıdan ifade edilecek olursa; eserin üzerinde şekillendiği cismi (kitap, cd, tablo vs.) satın alan şahıs cismin maliki olmakla beraber eseri bozma, değiştirme gibi eser sahibine özgü haklara sahip değildir.⁵⁹ Dahası eserin üzerinde cisimlendiği eşyanın maliki değişebilir. Esere maddi varlık kazandıran eşya, eser sahibinden başka kişilerin malvarlığında yer alabilir. Ancak eserin sahibi her zaman onu meydana getirendir (FSEK m. 8/I).⁶⁰ Emredici hüküm gereği bu değişmez. Dolayısıyla eser sahibi ile malikin hakları birbirinden farklılaşmakta, hatta bazen birbiriyle çelişmektedir.⁶¹ Hakların farklı içerikleri ve nitelikleri, ayrı

⁵⁴ Schack, § 6, Nr. 113.

⁵⁵ Tekinalp, § 8, Nr. 2.

⁵⁶ Tekinalp, § 8, Nr. 2.

⁵⁷ Tekinalp, § 12, Nr. 13. Mülkiyet hakkının kazanılması ile eser sahipliğinin kazanılması arasındaki farklara ilişkin detaylı bilgi için bkz. Ateş, Fikri Hukukta Eser Sahipliği, s. 127 – 128.

⁵⁸ Erel, s. 30-31.

⁵⁹ Tekinalp, § 14, Nr. 39, 40.

⁶⁰ Alman Hukuku için aynı yönde bkz. § 7 UrhG.

⁶¹ Nitekim eser sahibinin haklarından eserin aslına ulaşma hakkı (FSEK m. 17) malik /zilyet ile

kanunlarda düzenlenmiş olmalarından da anlaşılmaktadır. Zira ilgili kanunlar farklı çıkarları korumak üzere kaleme alınmışlardır. Eser **üzerindeki haklar** Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu hükümlerince korunur. Hakları ve menfaatleri bulunduğu alana özgüdür. Malikin hakkı ise Medeni Kanun'un Eşya Hukuku hükümlerince tanınır ve korunur. Ancak malik, FSEK m. 17/II, 2'de de belirtildiği üzere, eser sahibinin haklarına uygun davranmakla yükümlüdür. Sözgelimi, eserin şekil veya içeriğinde değişiklik yapamaz (FSEK m. 16); eseri bozamaz ve yok edemez (FSEK m. 17/II, 2); onu, eser sahibini yermek amacıyla kullanamaz (FSEK m. 14/III).

Fikri Hukuk alanında Eşya Hukuku'ndan farklılaşan bir diğer husus, eser sahipliği sıfatının veya sonrasında eser sahibinden mali hak kazanılmasında, zilyetliğin nakli (MK m. 763/I) veya tescile (MK m. 705/I) ihtiyaç duyulmamasıdır.⁶² Eser sahibinin mali hakları, konusu bakımından da mülkiyet hakkından ayrılır. Fikri hakkın konusu gayri maddi olmasına rağmen mülkiyete konu hakkın konusu maddidir. Belirtilen nedenlerle fikri hukukun, eşyanın hukukundan ibaret görülmesi isabetli değildir. Nitekim teknik anlamda mülkiyet ile fikri hak arasındaki söz konusu farklar nedeniyle teori ciddi eleştirilere maruz kalmıştır. Günümüzde, fikri mülkiyet teorisi her ne kadar içerik bakımından etkisini yitirmişse de hukukumuzda ve uluslararası hukukta teorisinin izlerini görmek mümkündür.⁶³

eser sahibinin farklı kişiler olması halinde belli durumlarda eser sahibi ile mali hak sahibinin veya zilyedin çıkar çatışmalarını önlemek amacıyla getirilmiş bir düzenlemedir. Ayrıca bkz. aşağıda başlık IV, Nr. 2 altındaki açıklamalar.

⁶² Ateş, Fikri Hukukta Eser Sahipliği, s. 61; s. 65 vd. Ayrıca bkz. FSEK m. 57/I.

⁶³ Hukukumuzda kullanılan *fikri ve sınai mülkiyet* kavramı, İngilizce'de *intellectual property*, Fransızca'da *propriété intellectuelle* olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle Anglo-Amerikan ülkelerinde tercih edilen bu nitelendirme, fikri hukuk alanında resmî belgelerle de kabul görmeye başlamıştır. (Ateş, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 94, dn. 5). Uluslararası nitelikli sözleşmeler alanında da geniş anlamıyla fikri hukuku ifade amacıyla *intellectual property* ifadesinin kullanıldığı dikkat çekmektedir. (Ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp, § 1 Nr. 1). AB Temel Haklar Bildirgesi'nde de "fikri mülkiyetin" korunduğu, açıkça kaleme alınmıştır. [Bkz. Charta der Grundrechte der Europäischen Union (2000/C 364/01), Art. 17/II: "*Geistiges Eigentum wird geschützt*", text_de.pdf (europa.eu)]. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin E. 2004/81, K. 2008/48, T. 31.1.2008 tarihli kararında da fikri mülkiyet teorisinin izleri görülmektedir. Kararda "*Mülkiyet hakkının konusunu maddi ve gayri maddi mallar oluşturmaktadır. Taşınır ve taşınmaz mallar, maddi mallar kapsamında iken, fikri ve sınai mülkiyet hakları gayri maddi mallar kapsamında yer almaktadır*" demek suretiyle inceleme konumuz açısından fikri haklar, bir başka deyişle telif hakları, mülkiyet hakkının konusu olarak ele alınmaktadır (<http://www.kazanci.com.tr/>). Oysa eser sahibinin mali hakları, ekonomik değer taşıyan ve bu sebeple "mali yönleriyle fikri haklar" nitelendirmesiyle malvarlığı teorik soyutlamasının aktifinde yer alan hak kategorilerinden biridir. Burada ayrıca alacak hakları, aynı haklar ve maddi değeri olan yenilik doğuran haklar yer alırlar (Dural/Sarı, Nr. 1007). Mülkiyet hakkı da aynı haklardan olup, hak sahibine eşya üzerinde en geniş yetkileri sunar (MK m. 683; aynı haklar için bkz. Dural/Sarı, Nr. 937 vd.). Öyleyse mali yönleriyle fikri hakların mülkiyet hakkı ile ilişkisi, her ikisinin de malvarlığı teorik soyutlamasının aktifinde yer alan

Fikri mülkiyet teorisinin, fikri hakkı mülkiyet hakkıyla ilişkilendirerek açıklamasının eksikliği karşısında Alman Hukuku'nda kişisel haklar teorisi (*Theorie vom Persönlichkeitsrecht*) ortaya atılmıştır. Burada, fikri mülkiyet teorisinin aksine eser sahibinin, eseriyle olan manevi bağı ön plandadır. Teorinin savunucuları, görüşlerini *Immanuel Kant*'a dayandırarak açıklamaktadırlar. Teoriye göre fikri hakkın hukuken korunması, sahibi ile arasındaki sıkı ilişki nedeniyle kişiliğe yönelik menfaatlerin korunması gerekliliğinin bir sonucudur.⁶⁴ Mali haklar ikinci derece önem taşır. Hatta bu haklar, aslında manevi hakları korumak amacıyla getirilmiştir. Gerekçe olarak, mali haklara ilişkin korumanın yasal süre ile sınırlandırılmış olması karşısında eserin, manevi yönüyle yaratıcısına aidiyetinin mirasçılarının da ölümü sonrasında dahi topluma ve insanlığa mal olarak korunması gösterilmektedir.⁶⁵

Kişisel haklar teorisi, fikri hakların gelişmesine önemli katkılar sağlayarak eser sahibinin manevi haklarının pozitif hukukta ve yargı içtihatlarında benimsenerek korunmasına zemin hazırlamıştır.⁶⁶ Örnekle, uluslararası hukuk alanında Bern Anlaşması'nın 1948 tarihli mükerrer 6. maddesinde eser sahibinin manevi haklarının "*kendisinin ölümünden sonra, hiç değilse mali hakların ortadan kalmasına kadar*" devam edeceği düzenlenmiştir. Ancak teori, fikri hakkı eksik değerlendirilmesi nedeniyle eleştirilmektedir. Her ne kadar eser, yaratıcısının şahsından ciddi ölçüde izler taşısa da sahibinin, çalışmanın devamında detaylı olarak ele alınacağı üzere, eseri üzerindeki (manevi) hakları, kişilik haklarından oldukça farklıdır. Eser alenileşmekle, kamuya arz edilmekle sahibinin özel alanından çıkar ve yaratıcısının kişiliğinden ayrı bir varlığı olur.⁶⁷ Ayrıca fikri hakkın mali yönleri de mevcuttur. Bu nedenle eser üzerindeki hakları, sahibinin kişilik hakkı (*Urheberpersönlichkeitsrecht*) ile açıklamak, hem fikri hakkın manevi yönünün eksik anlaşılmasına hem mali yönünün göz ardı edilmesine yol açmaktadır. Kişisel haklar teorisi, olumlu yönleri olmakla birlikte birçok açıdan eleştirilmiştir. Eleştiriler, fikri hakkın kişilik hakkından farklı olduğu ve bu hakkın esasen, alenileşerek kendisini

hak kategorilerinden olmasından öte bir anlam taşımamaktadır. Biri, diğerini kapsamaz. Bir başka deyişle mali yönleriyle fikri haklar, malvarlığı teorik soyutlamasının aktifinde yer alan başlı başına bir hak kategorisidir ve mülkiyet hakkının konusunu oluşturmaz. Kanaatimizce mali yönleriyle fikri hakların, "fikri mülkiyet" teorisinin yol açtığı yanılsamayla mülkiyet hakkının konusu olarak ele alınması, bahsettiğimiz şekilde bir kavram karmaşasına neden olacağından isabetli değildir. Ayrıca bkz. Tekinalp, Nr. 12: "*Fikri ürün, ... Türk Hukukunda müşterek hukuka uygun olarak sadece maddi şeyler "eşya" olabildiklerinden "eşya" değildir. Bu sebeple, soyut fikri ürün mülkiyetin... konusu olamaz... Fikri ürün "eşya" olmadığı halde "fikri mülkiyet" teriminde, "mülkiyet" sözcüğünün kullanılmasının sebebi fikri ürün üzerindeki mutlak hakkın özel inhisari niteliğini belirtmektir.*"

⁶⁴ Ayiter, s. 34; Grün, s. 70 vd.

⁶⁵ Ayiter, 34 – 35; Erel, s. 32.

⁶⁶ Ayiter, s. 35; Erel, s. 32.

⁶⁷ Grün, s. 73.

meydana getirenin şahsından bağımsızlaşan eserden, iktisadi yarar elde etmeyi sağlamaya yönelik olduğu noktasında toplanmaktadır.⁶⁸ Mali haklar, başkalarına devredilebilir ve miras yoluyla intikal edebilir. Bu haklar hukuki işlemle ekonomik bir değere dönüştürülebileceğinden, ileri sürülenin aksine ikinci derece önem taşımamaktadır.⁶⁹ Oysa teorinin kabulü halinde kişilik, ölümle sona erdiğinden eser üzerindeki hakların da ölümle sona ermesi ve başkalarının kullanılamaması gerekir.⁷⁰

Eserin, yaratıcısına sağladığı hakların kişisel hak – mülkiyet hakkı ayrımlarıyla birbirinden bağımsız ele alınması, bu hakların hukuki niteliklerinin açıklanmasında oldukça yetersizdir. Bu yetersizlik, fikri hakkın birbirinden farklı yetkiler sunan *sui generis* bir tek hak olduğu iddialarının ortaya atılmasını sağlamıştır. Nitekim günümüzde gerek doktrinde gerek farklı ülkelerin kanunlarında fikri hakların birbirinden farklı yetkiler sunan “bir tek hak” olduğu görüşü hakimdir.⁷¹ *Sui generis* hak teorisi, fikri hakkın birbirinden farklı olan mali hak-manevi hak cephelerinin bağlılık derecesine göre kendi içerisinde “*düalist*” ve “*monist*” teorilere ayrılmaktadır.⁷²

“*Monist teori*” deki tek cephelilik, fikri hakkı sadece malvarlığına ait bir mülkiyet hakkı veya kişilik hakkı olarak değerlendirmez. Söz konusu “tek”lik, iki cephenin bir arada bulunmasını anlatır.⁷³ Monist teori uyarınca fikri hak, malvarlığı ve şahıs varlığına ilişkin öğelerden oluşan ve birbirinden ayrılması mümkün olmayan *sui generis* ve mutlak bir haktır. Monist sistemi benimseyen kanunlarda fikri hak, manevi ve mali yönleri bulunmakla birlikte, birbirlerinden ayrılmaları mümkün olmayan tek bir hak olarak kabul edilmektedir. Teoriye göre eser ve eser sahibi arasında, hakların başkasına devrine olanak vermeyecek kadar sıkı bağ bulunmaktadır.⁷⁴ Monist teorinin en olumlu yanı, telif hakkını bir bütün halinde tek elde toplamasında görülmektedir. Buna göre eserden ekonomik yarar elde edilmesi, mali hak sahibinin izin verdiği bir şeyi manevi hak sahibinin yasaklaması ihtimali ile riske atılmamaktadır.⁷⁵ Eser sahibinin, eseri üzerindeki mali ve manevi haklarını birbirinden ayırarak değerlendiren düalist teorinin sakıncası ise tam da bu noktada görülmektedir: **Düalist teori** uyarınca fikri hakkın, maddi ve manevi iki ayrı unsuru vardır. Bunlar birbirinden ayrılarak değerlendirilebileceğinden maddi unsurlar (mali haklar) monist teorinin aksine

⁶⁸ Erel, s. 33.

⁶⁹ Ayiter, s. 35; Erel, s. 32-33.

⁷⁰ Ayiter, s. 114; Erel, s. 12. Kişiliğin başlangıcı ve sona ermesi hakkında genel bilgiler için ayrıca bkz. M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku – Gerçek ve Tüzel Kişiler (18. Baskı, Filiz Kitabevi 2019) 7 vd.

⁷¹ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hirsch, Fikri Say, s. 117.

⁷² Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Aydıncık, s. 18 vd.

⁷³ Tekinalp, § 8, Nr. 10. Yazar, genel ayırmadan farklı olarak teoriyi, “*Birlik (Bütünlük) Teorisi*” adı altında değerlendirmektedir.

⁷⁴ Grün, s. 80; Schack, § 11, Nr. 343; Tekinalp, § 8, Nr. 10.

⁷⁵ Schack, s. Nr. 344.

başkasına devredilebilir.⁷⁶ Teorinin etkisiyle şekillenen kanunlar da eser sahibinin hakkının kısımlara bölünerek devredilebileceğini düzenlemektedirler.

Fikri hakkı açıklayan teorilerden bir diğeri eser sahipliği teorisi (Werkherrschaft). Teoriye göre fikri hak, eser ile onu meydana getiren arasındaki *objektif hukuki durum*dur.⁷⁷ “Eser sahipliği” nitelendirmesi, malvarlığı ve şahısvarlığına ait çeşitli hak ve yetkiler içeren söz konusu objektif hukuki durumu anlatmakla birlikte, tek tek hakların toplamını değil; tek bir hakkı ifade etmektedir.⁷⁸ Fikir ve Sanat Eserleri Kanun’umuzda hâkim teorinin, eser sahipliği teorisi (Werkherrschaft) olduğu kabul edilmektedir. Ancak doktrinde Kanun’umuzun, Alman Hukuku’nda hâkim monist teori etkisinde şekillendiğini; eser sahipliği teorisinin esasen monist görüşü yansıttığını ileri süren görüşler de bulunmaktadır.⁷⁹ Eser sahipliği teorisinin monist görüşe yakınlaşan noktası, fikri hakkın hukuki niteliğini, aslen başkalarına devredilemeyen ve miras yoluyla intikal etmeyen tek bir kaynağa, “*eser sahipliği*”ne dayandırmasıdır.⁸⁰ Nitekim monist teorinin hâkim olduğu Alman Hukuku’nda mali ve manevi haklar bir bütündür ve devredilemezler; ancak mali haklar üzerinde kullanım hakkı (ruhsat) tanınabilir (§ 31/I UrhG). Miras hukuku hükümleri saklıdır (§§ 28/I, 29/I UrhG). Öte yandan Kanun’umuzun monist teoriden farklılaşan noktalarının bulunduğu açıktır. Manevi-mali haklar ayırımına gidilerek FSEK m. 48 vd. hükümlerde mali hakların devredilebileceğine ilişkin düzenlemeler, düalist teoriye yaklaşmaktadır.⁸¹ Hukukumuzda düalist teorinin izleri kısaca açıklanacak olursa: Mali ve manevi haklar ayırımı her ne kadar yapay bir ayırım olsa ve her ikisi bir bütün olarak tek bir hakkı (telif hakkını) ifade etse de söz konusu haklar devredilebilirlikleri bakımından birbirinden ayrılırlar.⁸² Manevi hakların devri mümkün değilken, para ile ölçülebilen değer taşıyan ve malvarlığının aktifinde yer alan mali haklar devredilebilir veya devredilmeksizin bunlar üzerinde kullanım hakkı (ruhsat) tanınabilir. Bu, hakların bölünebilirlik özelliği ile açıklanmaktadır.⁸³ Bölünebilirlik, eser üzerindeki hakların ayrı ayrı değerlendirilebilmesine imkân sunmaktadır. Bölünebilirlik özelliği hem mali hakların manevi haklardan hem mali hakların diğer mali haklardan ayrılmasında; hatta bir mali hakkın içerisindeki yetkilerin birbirinden ayrılmasında karşımıza çıkmaktadır. Bu özellik, eser sahibine mali

⁷⁶ Ateş, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 110.

⁷⁷ Hirsch, Fikri Say, s. 116.

⁷⁸ Eser sahipliği teorisi hakkında bkz. Hirsch, Fikri Say, s. 116 vd.

⁷⁹ Doktrinde Hirsch’in eser sahipliği teorisinin, monist görüşü yansıttığını belirten görüşler için bkz. Ayiter, s. 37; Arslanlı, s. 79.

⁸⁰ Bkz. Aydınçık, s. 22.

⁸¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aydınçık, s. 20 vd.

⁸² Mali-manevi hak ayırımının suni olduğu ve her ikisinin birlikte telif hakkını ifade ettiği yönünde bkz. Erel, s. 135.

⁸³ Bkz. Ateş, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 104.

haklarını tasarrufa konu ederken, hakları birbirinden ayırarak farklı kişilere devretme veya bir kısmını kendinde tutarak diğer mali haklarını devretme imkânı sunar.⁸⁴ Söz konusu nedenlerle hukukumuzda her iki teorinin de izlerini görmek mümkündür.⁸⁵

Diğer bütün teoriler gibi eser sahipliği teorisi de eleştirilerden uzak kalamamıştır. Görüş uyarınca fikri hak, eser sahipliği teorisi ile açıklanarak, objektif hukuki durumdan kaynaklanan yetkiler, şeklinde ifade edildiği için eleştirilmektedir. Eleştiriler haklı olarak, eser sahipliği teorisinde “*objektif hukuki durum*” nitelendirmesiyle aslında “*fikri hakkın*” ifade edildiği noktasında toplanmaktadır.⁸⁶ Fikri hakkı, “*objektif hukuki durum*” adı altında değerlendirmenin pratik bir yararı bulunmamaktadır.⁸⁷ Bu eleştiriye rağmen doktrinde teorinin, FSEK’in hazırlanmasında önemli emeği geçen Ernst Hirsch tarafından ortaya atılması nedeniyle, fikri hakkı en iyi açıklayan teori olarak savunulduğuna rastlanmaktadır.⁸⁸

IV. ESER SAHİBİNİN MANEVİ HAKLARININ VE GENEL ANLAMDA KİŞİLİK HAKKIYLA İLİŞKİSİ

1. Genel Olarak

Pozitif hukuk uyarınca eser sahibinin, sadece ve sadece eseri meydana getiren olması ilkesi gereği (FSEK m. 8/I) ancak gerçek kişi hak süjesi olabilecektir. Eserin, yaratıcısının adeta manevî çocuğu (*geistes Kind*)⁸⁹ olması dolayısıyla eser sahibine manevî haklar tanınarak bunlar yasal koruma altına alınmıştır.⁹⁰ Nitekim kendisini meydana getirenin hususiyet taşıyan subjektif tespitlerini içermesi yönüyle değerli olan eser, bazen *eser sahibine rağmen* koruma gerektirir. Manevî hakların (ve bir bütün olarak eser sahipliğinin)

⁸⁴ Bölünebilirlik özelliğiyle mali haklar, -tek tek belirtilmek şartıyla- bir bütün olarak veya ayrı ayrı tasarrufa konu edilebilmektedirler (FSEK m. 52). Örnekle, eser sahibi bütün mali haklarını veya mali haklarından sadece çoğaltma hakkını A'ya devrederek diğer mali haklarını kendinde tutabilir. Çoğaltma hakkını A'ya, yayma hakkını B'ye devredebilir. Hatta çoğaltma hakkının içeriğindeki yetkileri bölerek, afişe basarak çoğaltma hakkını A'ya, cd ile çoğaltma hakkını B'ye devredebilmektedir.

⁸⁵ Monist-düalist teori ayrımının uygulamada farklılığa yol açmadığı ileri sürülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ayiter, s. 198.

⁸⁶ Erel, s. 34.

⁸⁷ A. Troller, Immaterialgüterrecht, cilt 1, 1959, s. 92, not 79 (Erel, s. 34, dn. 22'den naklen).

⁸⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ayiter, s. 37; Erel, s. 34 – 35. Ayrıca bkz. Aydıncık, s. 20.

⁸⁹ Schack, § 3, Nr. 43.

⁹⁰ Doktrinde eserin, eser sahibiyle olan söz konusu manevî bağına dikkat çekmek amacıyla “... *eser sahipliğine bağlanmış bulunan manevî menfaat ve yetkilerin... eserin sahibinin kişiliğinin bir parçası*” (Ateş, Fikri Hukukta Eser Sahipliği, s. 75) olduğuna yönelik ifadeler, eser sahibinin manevî hakları ile genel anlamda kişilik hakkı kavramları arasındaki ayrımı bulanıklaştırmaktadır. Öte yandan yazar, her iki hak kategorisindeki farkları da ortaya koymaktadır (Bkz. Ateş, Fikri Hukukta Eser Sahipliği, s. 117 vd.).

devredilememesi ve bu haklardan vazgeçilememesi eser üzerindeki hakların, yaratıcısına rağmen korunduğunu gösteren emredici yasal düzenlemelerdir. Böylece eser üzerinde tasarruf edilebilen bütün haklar devredilmiş olsa dahi eser ile yaratıcısı arasındaki manevi bağ varlığını sürdürmektedir. Bu yönüyle yaratıcısının eseriyle olan bağı, kişinin çocuğuyla olan ve vazgeçilemeyen, devredilemeyen soybağı ilişkisine benzetilebilir.

Eser sahibinin manevi hakları para ile ölçülemez, devredilemez, vazgeçilemez ve ihlali durumunda herkese karşı ileri sürülebilen mutlak nitelikteki haklar olmaları ve yeri geldiğinde *hak sahibine rağmen* emredici hükümlerle korunmaları nedeniyle genel anlamda kişilik hakkıyla birbirlerine benzeyen ve bu sebeple karıştırılmaya oldukça elverişli bir yapıya sahiptirler. Söz konusu iki hak türü arasındaki yakın ilişkinin kaynağı, eser üzerindeki manevi hakların tıpkı genel anlamda kişilik hakkıyla birlikte gerçek kişi olan hak süjesinin hukuken korunan özel alanını, manevi değerlerini oluşturmalarıdır. Nitekim eser sahibinin manevi hakları tıpkı kişilik hakkı gibi hakların para ile ölçülebilen değeri bulunup bulunmamasına göre yapılacak tasnifte, mali haklardan ayrılarak para ile ölçülebilen değeri bulunmayan haklar arasında yer alırlar. Ortak özellikleri bulunmakla beraber her iki hak türüyle korunan manevi değerler, aşağıda da ele alınacağı üzere birbirinden oldukça farklıdır.

Kişilik hakkı ile eser sahibinin manevi hakları arasındaki en temel farklara değinilecek olursa: Kişilik hakkı-manevi haklar yakın ilişkisine rağmen hiçbir zaman biri diğerine eşit olmaz; biri diğerini kapsamaz.⁹¹ Bu sebeple aşağıda da ele alınacağı üzere aynı hukuki meselede her iki hak kategorisinin hükümleri uygulama alanı bulsa da bunlar birbirini ikame etmez, birbiriyle yarışır. Böylece her iki hak kategorisinden ayrı ayrı doğan taleplerin her biri aynı anda ileri sürülebilir. Öte yandan her iki hak kategorisinin hukuki sahada varlık kazanması dahi birbirinden farklıdır. Örnekle, kişilik hakkına sahip olmak için tam ve sağ doğmak yeterlidir.⁹² Tam ve sağ doğmak, kişiliğin başlangıcı dolayısıyla hukuken süje olabilmenin koşulunu ifade eder (MK m. 8; MK m. 28). Oysa eser sahipliği sıfatını kazanmak ve eser üzerindeki mali ve manevi haklara sahip olabilmek için maddi fiil niteliğindeki eser yaratma eylemi gerekli ve yeterlidir.⁹³

Bir diğer önemli ayırım, hakların varlık süresiyle ilgilidir. Kişilik hakkı, ölümle mutlak şekilde son bulur.⁹⁴ Buna karşın varlığını ve ulaşılabilirliğini eser sahibinin ölümünden sonra da sürdüren eser, istifadeye olduğu kadar

⁹¹ Ateş, Fikri Hukukta Eser Sahipliği, s. 117 vd.; Erel, s. 136. Ayrıca bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu 18.02.1981 tarih, 1/2 sayılı kararı (<http://www.kazanci.com.tr/>).

⁹² Kişiliğin başlangıcı ile tam ve sağ doğmanın içeriğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 7, Nr. 16 vd.

⁹³ Tekinalp, § 12, Nr. 1.

⁹⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 17 – 18, Nr. 47.

saldırılarına da açık olmaya devam eder. Tam da bu nedenle, kişilik hakkının aksine manevi haklarda yasal koruma devam eder (FSEK m. 19, 27). Böylece kişilik haklarından farklı olarak eser sahibinin manevi hakları, onun ölümünden sonra da belirli bir süre daha korunur.

Genel anlamda kişilik hakları (*allgemeine Persönlichkeitsrechte*) ile eser sahibinin manevi hakları (*Urheberpersönlichkeitsrechte*) ayrımı ve hak ihlali durumunda uygulanacak hükümlerin doğru belirlenebilmesi için aşağıda hakların içerikleri ve koruma konuları ayrı ayrı ele alınacak; sonrasında ortak başlık altında son değerlendirmeler yapılacaktır.

2. Eser Sahibinin Manevi Hakları

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda eser sahibinin hakları manevi ve mali haklar şeklinde kategorize edilerek düzenlenmektedir. Ancak doktrinde haklı olarak bu ayrımın, fikri hakkın niteliği ile bağdaşmayacağı ve yapay bir ayrım olduğu kabul görmektedir.⁹⁵ Bu bağlamda örneğin eser, yazarın adı belirtilmeksizin umuma arz edildiğinde eser sahibinin sadece söz konusu manevi hakkı değil, aynı zamanda maddi menfaatleri de zarar görür; eserinin uyandıracığı ilginin ardından alabileceği yeni tekliflerden yoksun kalabilir.⁹⁶ Eserin umuma arz şekli ve zamanını belirlemek, eser sahibinin manevi haklarından olsa da umuma arzın şekli ve zamanı eserden sağlanacak gelire önemli ölçüde tesir edebilir.⁹⁷ Aynı şekilde mali hakları devralanın eseri kamuya sunma yetkisini de haiz olması, bu hakkını eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek şekilde kullanmasına katlanmayı gerektirmez (FSEK m. 14/III). Birbirleriyle sıkı şekilde etkileşim halinde bulunan her iki kategoriye oluşturan hakların en temel ortak noktaları, münhasıran eser sahibine ait olmaları; ihlal durumunda herkese karşı ileri sürülebilmeleridir.

Mali ve manevi haklar arasında inkâr edilemez bir bağ olmakla beraber tasarrufa konu edilebilmeleri bakımından birbirlerinden tamamen ayrılırlar. Para ile ölçülebilen değer taşıyan mali haklar, hak tasnifinde manevi hakların aksine eser sahibinin malvarlığının aktifinde yer alarak üzerinde tasarruf edilmeye elverişlidirler.⁹⁸ İki hak kategorisi arasındaki sıkı bağlantıya değindikten sonra inceleme konumuz bakımından aşağıda manevi haklar sırasıyla ele alınarak, genel anlamda kişilik haklarıyla karşılaştırmaya yarar sağlayacak derinlikte incelenecektir.

Eser sahibinin manevi hakları Fikir ve Sanat Eserleri Kanun'unun üçüncü bölümünde "Manevi Haklar" üst başlığıyla düzenlenmektedir. Yasa uyarınca

⁹⁵ Erel, s. 135; Arslanlı, s. 78; Ayiter, s. 112 – 113.

⁹⁶ Hirsch, Fikri Say, s. 117, Nr. 291 b.; Sami Karahan/Cahit Suluk/Tahir Saraç/Temel Nal, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları (3. Baskı, Seçkin Yayınları 2011), s. 81.

⁹⁷ Ayiter, s. 113.

⁹⁸ Oğuzman/Barlas, s. 157, Nr. 538.

manevi haklar yukarıda da ismen değinildiği üzere eserin umuma arzı (kamuya sunulması), eserde adın belirtilmesi, eserde değişiklik yapılmasını men etme ve eser sahibinin malın malik ve zilyetlerine karşı olan eserin aslına erişim hakları olmak üzere dört kategoriden oluşmaktadır (FSEK m. 14 – 19).⁹⁹

Eserin umuma arzı, kendisini meydana getirenin özel alanından çıkarak içeriğinin ismen ve sayıca belirlenebilmesi olanağı bulunmayan kişilerin bilgisine sunulması anlamı taşır. Bu hak, eser kamuya sunulmadan önce onun içeriğine ilişkin bilgi verme de dahil olmak üzere eserin, kendisini meydana getirenin şahsi çevresi dışındaki kişilerin bilgisine sunulup sunulmamasına, sunulma zamanı ve yöntemine karar vererek kendi şahsi çevresi dışındaki kimselerin eserin içeriği hakkında bilgi sahibi olabilmesi hususunda nihai karar yetkisinin eser sahibine ait olduğunu ifade eder. Eser, sahibinin rızası ile (FSEK m. 7/I) umuma arz edilmekle “alenileşir” ve bu andan itibaren kişiliği koruyan genel hükümlerce değil FSEK hükümlerince korunur.¹⁰⁰

Eserin umuma arzı, bir anda gerçekleşen, bir defalık hukuki fiildir.¹⁰¹ Bir defa gerçekleştikten sonra geri alınamaz.¹⁰² Eser sahibinin haklarının aynı eserinin sonraki yayınlarında korunması, ancak mali hakları kapsamında söz konusudur. Bu sebeple Kanun’daki “umuma arz” ifadesinden “umuma ilk arzın” anlaşılması gerektiği savunulmaktadır.¹⁰³

Eserin umuma arzı hakkını tamamlayan bir diğer manevi hak, eserde, onu meydana getirenin adının belirtilmesidir (FSEK m. 15). Bu hak eser sahibini, eseri üzerinde adını belirtip belirtmemekte münhasıran karar sahibi kılmanın yanı sıra gerçek adı yerine müstear ad kullanabilmesine de imkân sunmaktadır. Ayrıca hüküm, eserden yapılan alıntılarda da eseri meydana getirene atfedilerek adının belirtilmesi zorunluluğunu düzenleyen FSEK m. 35, 36 hükümlerine de dayanak teşkil eder.¹⁰⁴ Aksi yöndeki davranışlar, intihal yaptırımına tabidir (FSEK m. 67/III).

Eserinde değişiklik yapılmasını men etme hakkı da eser sahibinin hukuken korunan manevi menfaatlerindendir (FSEK m. 16). Bu hak eser sahibine

⁹⁹ Hakların bu şekilde sınırlayıcı olarak sayılması, içerik ve kapsamlarının detaylı düzenlenmesini ve hak ihlallerinin tespitini kolaylaştırır da teknik gelişmeler neticesinde doğabilecek yeni yararlanma türleri nedeniyle gerçekleştirilecek olası ihlallere karşı eseri açık hale getirmektedir. Öztan, s. 285 – 286.

¹⁰⁰ Eserin “alenileşmesi” ile “yayımlı” kavramları arasındaki farklılıklar hakkında bkz. Mustafa Ateş, “Fikir ve Sanat Eserlerinin Kamuya Sunulması: Alenileşmemiş ve Yayımlanmamış Eserler Fikri Hukuka Göre Korunamaz mı?”, (2006) C. XXIII (3) Batider 227, s. 227 vd.

¹⁰¹ Ernst E. Hirsch, Fikri ve Sınai Haklar (1. Baskı, Ankara Ar Basımevi 1948), s. 187, Nr. 200; Schack § 12 Nr. 366.

¹⁰² Schack § 12 Nr. 366; Tekinalp, § 14, Nr. 10b.

¹⁰³ Öztan, s. 295. Nitekim Alman Hukuku’nda da yasal düzenlemesi “umuma arz hakkı (Veröffentlichungsrecht, § 12 UrhG)” olan bu hak, doktrinde umuma “ilk arz hakkı (das Erstveröffentlichungsrecht)” olarak ifade edilmektedir [Manfred Rehbinder, Urheberrecht (15. Baskı, Verlag C. H. Beck 2008) § 29, nr. 395 vd].

¹⁰⁴ Öztan, s. 306.

adının eserden silinmesi, kısaltılması, eserinin tahrip edilmesi, eser adının veya içeriğinin değiştirilmesi ya da başka herhangi bir davranışla eserin zarar görmesine yol açabilecek davranışları münhasıran men etme yetkisi sunar. Eser sahibi zorunlu değişiklikler (FSEK m. 16/II) gerekmediği müddetçe işleme hakkı veya diğer mali haklarla eserden yararlanma hakkı tanıdığı kişileri de eserinde değişiklik yapmaktan men edebilir.

Manevi hakların sonuncusu, Kanun'un 17. maddesinde "Eser Sahibinin Zilyet ve Malike Karşı Hakları" başlığıyla düzenlenen haktır. Bu hak, esasen eser sahibinin "eserine ulaşım hakkı" olarak anlaşılmalıdır.¹⁰⁵ Söz konusu düzenlemeyle eserin üzerinde şekle büründüğü, bir başka ifadeyle cismani varlık kazandığı maddi malın zilyetliğinin veya mülkiyetinin eser sahibine ait olmadığı durumlarda karşılaşılabilecek olası çıkar çatışmalarının önüne geçilmek istenmiştir.¹⁰⁶ Eserini dilediği hukuki işleme konu etmekte serbest olan eser sahibi, örnekle, güzel sanat eseri niteliğindeki tablo veya heykelini bir başkasına satmış veya bir sergide sergilenmesi için kiralamış olabilir. Böyle durumlarda eşyanın tabiatı gereği üzerinde şekle büründüğü cisimden ayrılması olası bulunmayan eserde, yaratıcısının eser sahipliğinden doğan hakları da şüphesiz devam eder ve halihazır malik veya zilyedin, eser sahibinin haklarına riayet etmesi gerekir. Söz konusu hak kapsamında eser sahibi, eserden faydalanmayı talep edebileceği gibi eserin bütünlüğünün korunması yetkisini de haizdir (FSEK m. 17/II, 2). Böylece eser üzerinde mülkiyet hakkı bulunan malikin, mülkiyet hakkının sunduğu eşya üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilme yetkisi (MK m. 683/I), tahrip etme veya yok etme şeklindeki içeriği yönüyle sınırlandırılmaktadır. Aksinin kabulü, eserin mülkiyetinin devriyle birlikte yaratıcısının fikri haklarının sona erdiği anlamı taşıyacağından, mümkün değildir.¹⁰⁷

3. Genel Anlamda Kişilik Hakkı ve Kişiliği Koruyan Hükümler

Genel anlamda kişilik hakkı¹⁰⁸ kavramı (*allgemeine Persönlichkeitsrecht*), kişiliğe bağlı değerlerin tümü üzerindeki hakkı ifade etmek üzere

¹⁰⁵ Öztan, s. 333. Söz konusu manevi hak, Alman Hukuku'nda esere erişim hakkı (*Zugang zu Werkstücken*) adı altında § 25 UrhG'de düzenlenmiştir. Ayrıca bkz. Schack § 12, Nr. 405 vd.

¹⁰⁶ Bu madde kapsamında malik veya zilyetten yararlanma talep edilebilecek eser türleri hükmün ilk fıkrasında düzenlenmektedir (FSEK m. 17/I). Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Erel, s. 154.

¹⁰⁷ Arslanlı, s. 87; Erel, s. 156, İlhan Öztrak, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar (1. Baskı, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları 1971) 59.

¹⁰⁸ Doktrinde bazı yazarlara göre bütün olarak bir tek kişilik hakkının varlığından bahsedilebileceği; bazı yazarlara göre ise birden fazla kişilik hakkı bulunduğu görüşleri ileri sürülmektedir. 4721 sayılı Medeni Kanun'un 24. maddesindeki "kişilik hakkı" ifadesiyle, bu tartışma son bulmuştur. Farklı kişilik değerlerinden oluşan, bir tek kişilik hakkı söz konusudur. Görüşler ve ayrıntılı bilgi için bkz. Serap Helvacı, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (1. Baskı, Beta Yayınları 2001) 42 vd. Ayrıca bkz. Gökhan Antalya, Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması (1. Baskı, Legal Yayıncılık 2016) 50 ve dn. 225, 226.

kullanılmaktadır.¹⁰⁹ Bunlar, genel bir ifadeyle insan olmaya ayrılmaz bir şekilde bağlı kılınan haklar şeklinde ifade edilirler.¹¹⁰ Böylece başta yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü hakları olmak üzere kişinin kendi karakteristik özelliklerini belirleyen ismi, resmi, sesi, fiziksel özellikleri, sırları, özel yaşamı, faaliyetlerini ve yaşam biçimini belirleme özgürlüğü, haysiyet ve onuru, meslek onuru ve saygınlığı onun kişilik hakkını oluşturan değerlerdir.¹¹¹ Kişinin fiziksel ve manevi varlığını geliştirme özgürlüğü de kişilik hakkını oluşturan değerler arasındadır (Anayasa m. 17/I). Bir başka açıdan ele alınacak olursa kişilik hakkı, her bir bireyi kendisi yapan; kişinin fiziksel varlığının yanı sıra kişiliğini, zihinsel ve manevi dünyasını oluşturan ve para ile ölçülmeye elverişli bulunmayan değerler bütünü şeklinde tanımlanabilecektir.¹¹² Kişilik hakkı, Anayasa'nın temel hak ve özgürlükleri ele alan 12. maddesi ile “temel haklar ve ödevler” başlıklı ikinci kısmında¹¹³ kişilerin ve devletin müdahalesine karşı da korunmaktadır. Özel hukuk açısından kişilik hakkını düzenleyen genel hükümler Medeni Kanun'un 23 ve 24. maddelerinde yer almaktadır.¹¹⁴ Aşağıda ele alınacağı üzere Borçlar Kanun'unda da kişiliği koruyan düzenlemeler bulunmaktadır.

Medeni Kanun'un 23. maddesinde kimsenin kısmen de olsa hak ve fiil ehliyetlerinden vazgeçemeyeceği (MK m. 23/I); özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği ya da onları hukuka ya da ahlaka aykırı sınırlayamayacağı düzenlenmektedir (MK m. 23/II). Hükmün son fıkrası ise yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik madde alınmasına ilişkin düzenleme getirmektedir (MK m. 25/III). İlk iki fıkra ile korunan değerler ve hak ihlali durumunda uygulanacak yaptırım her ne kadar benzer gözükse de doktrinde her ikisi amaç ve işlev bakımından birbirinden ayrı tutulmaktadır.¹¹⁵ Buna göre ilk paragrafın kapsamına, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların hukuki işlem ile ihlali girer. Vücut bütünlüğü ihlali anlamı taşıyan sözleşmeler veya asla taşınmaz edinilmeyeceği

¹⁰⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 197. Helvacı, s. 41. Yazar, kişilik hakkını “kişiliği oluşturan değerlerin tümü üzerindeki hak” olarak ifade etmektedir.

¹¹⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 196.

¹¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 174 vd.

¹¹² Kişilik hakkının, para ile ölçülemeyen değerler içermesine ilişkin dikkat çekilmesi gereken bir husus; her ne kadar kişilik hakkının ihlali halinde manevi tazminata hükmedilebileceği düşünülebilse de manevi tazminat olarak takdir edilen değer asla ihlal edilen manevi hakkın parasal karşılığını ifade etmez. Bkz. Antalya, s. 24.

¹¹³ Anayasa'nın bu kısmında kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı (m. 17), zorla çalıştırma yasağı (m. 18), kişi hürriyeti ve güvenliği (m. 19), özel hayatın gizliliği (m. 20), konut dokunulmazlığı (m. 21), haberleşme hürriyeti (m. 22), yerleşme ve seyahat hürriyeti (m. 23), din ve vicdan hürriyeti (m. 24), düşünce ve kanaat hürriyeti (m. 25) gibi temel haklar yer almaktadır.

¹¹⁴ Kişilik hakkı kapsamında korunan başlıca değerler için bkz. Helvacı, s. 50 vd.

¹¹⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 210. Aksi görüş için bkz. Rona Serozan, Medeni Hukuk Genel Bölüm – Kişiler Hukuku (6. Baskı, Vedat Kitapçılık 2015) ikinci başlık, § 3, N. 6a.

veya evlenilmeyeceği yönündeki taahhütler bu kapsamda değerlendirilir.¹¹⁶ Kişisel özgürlüklere ilişkin kısıtlamaların hukuka aykırılığı ise ikinci fıkra hükmünce belirlenebilecektir. Bu bağlamda kişisel özgürlüğe yönelik her kısıtlama değil, hukuka ve ahlaka aykırı kısıtlamalar kişilik hakkı ihlali anlamı taşıyacaktır. Örnekle kişinin bir yerde çalışması, mesai saatleri içinde özgürlüğün kısıtlanması sonucunu hukuka uygun olarak doğurabilecekken; yapılan iş sözleşmesiyle asla binadan çıkılmayacağı veya görülecek işin niteliğinden tamamen uzak bir şekilde işverenin kişisel işlerinin de yapılması kararlaştırılırsa bu yöndeki bir anlaşma, kişilik hakkı ihlaline yol açacaktır.¹¹⁷ Her iki fıkraya aykırılığın yaptırımı kesin hükümsüzlüktür (BK m. 27/I). Kişiliği koruyan bir diğer genel hüküm MK m. 24'tür. Hüküm ile kişilik hakkı, üçüncü kişilerin tecavüzlerine karşı korunmaktadır. İlgili yasal düzenleme uyarınca "*Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir (MK m. 24/I)*". "*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*" (MK m. 24/II).

Kişilik hakkını oluşturan unsurlar zamanın ihtiyaçlarına göre değişiklik gösterebileceği gibi bu unsurları sınırlayıcı şekilde (*numerus clausus*) saymak da mümkün değildir.¹¹⁸ Bu nedenle ilgili hükümlerde kişiliği meydana getiren değerler sayılmayarak, kişilik hakkının tanımı da verilmemiştir. Kişilik hakkını oluşturan değerlerin neler olduğuna dair hüküm içi boşluk bulunduğundan bu boşluk, hâkim tarafından doktrin ve yargı kararlarına başvurularak doldurulacaktır (MK m. 1/III).¹¹⁹ Yasal bir tanım yapılmamış olmakla beraber yukarıda kişilik hakkı tanımlanırken değinilen unsurlar doktrinde kategorize edilerek değerlendirilen en önemli münferit kişilik hakları olarak karşımıza çıkmaktadır.¹²⁰

Kişiliği oluşturan söz konusu münferit değerler göz önünde alındığında bunların bir kısmının kişilikle çok yakın; diğer bir kısmının ise kişiliğe yansıyan dolaylı bir bağının olduğu görülür.¹²¹ Doğrudan kişiliğe ilişkin olup vücut ve kişi sağlığının yanı sıra kişinin onuru ve manevi değerleri, sosyal yaşamdaki itibarı ile fiziksel ve ruhsal gelişim özgürlüğünü koruyan hukuki değerler, kişiliğin oluşması ve korunması ile ayrılmaz bir bütünlük ifade etmektedir. Diğer grup haklar ise yine kişilikle yakinen ilişkili olmakla beraber, cd, fotoğraf, resim gibi materyaller üzerine yansıyan, kişiliğe ait değerleri içerir. Bunlar arasında

¹¹⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 212.

¹¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 213 vd.

¹¹⁸ Helvacı, s. 76.

¹¹⁹ Ayrıca bkz. Antalya, s. 51.

¹²⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 174, nr. 577.

¹²¹ Bkz. Rehbindir, § 28, Nr. 392.

kişinin ses veya video kaydı, fotoğrafı, heykeli, portresi, mektupları vb. gibi fiziksel görünümü veya manevi dünyasının yansıdığı materyalleri saymak mümkündür. Kişinin bunlar üzerindeki hakları da tıpkı yaşam hakkı, sırları, vücut bütünlüğü gibi doğrudan kişiliğine ait olan hakları gibi kişiliği koruyan hükümlerce korunur.¹²²

Kişiliği oluşturan unsurların herhangi birine hukuka aykırı bir fiille¹²³ müdahale edilirse kişilik hakkı ihlal edilen, MK m. 25’de düzenlenen davalar ile hakkın korunmasını sağlayabilir. İlgili düzenleme uyarınca saldırının henüz başlamamış veya başlaması kuvvetle muhtemel olması, devam ediyor veya tamamlanmış olmasına göre farklı taleplerde bulunulabilecektir (MK m. 25/I). Buna göre ilk durumda saldırı tehlikesinin önlenmesi davası açılabilirken; ikinci durumda saldırıya son verilmesi, üçüncü durumda ise devam eden bir saldırı bulunmamakla beraber saldırının etkileri devam ediyorsa hukuka aykırılığın tespiti davası açılması mümkündür. Yargılama sırasında hukuka aykırılığın tespiti halinde hâkim, talep üzerine ayrıca düzeltme, kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanmasına hükmedebilecektir (MK m. 25/II). Bu davalar, kişilik hakkını ihlal edenin kusuru bulunmaması halinde de açılabilir. Hükümde ayrıca maddi ve manevi tazminat davalarının saklı olduğu belirtilmiştir (MK m. 25/III).

Maddi veya manevi tazminat taleplerinin karşılanabilmesi, yukarıdaki davalardan farklı olarak failin kusurlu olmasına bağlıdır. Meğerki kusursuz sorumluluk hallerinden biri söz konusu olsun (BK m. 65 vd.). Tazminat taleplerine yönelik özel düzenlemelerin (MK m. 26/II, m. 120, m. 158, 174; BK m. 53, 54, 56 gibi) bulunmadığı hallerde haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen genel hükümler uygulanır (BK m. 49 vd.). Maddi ve manevi tazminat davalarının koşullarına gelince: Kısaca değinilecek olursa maddi tazminat davasından istenen sonucun elde edilebilmesi için hukuka aykırı fiilin yanı sıra maddi zarar ve fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağı¹²⁴; son olarak da failin kusuru veya kusursuz sorumluluk hallerinden birinin varlığı gereklidir. Birden fazla failin bulunduğu durumlarda BK m. 61 uyarınca müteselsil sorumlulukları gündeme gelecektir. Saldırıya son verilmesi ve saldırının tespiti davalarından farklı olarak henüz zarar doğmadığından, saldırının önlenmesi davası ile birlikte maddi tazminat davası açılması mümkün değildir.

¹²² Ayrıca bkz. aşağıda başlık IV, Nr. 5 altındaki açıklamalar.

¹²³ MK m. 24 ve BK m. 49 hükümlerinde hukuka aykırılık unsuru açıkça düzenlenmektedir. MK m. 24/I’e göre: “*Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.*” Aynı şekilde BK m. 49/I uyarınca “... *hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren... sorumludur.*”

¹²⁴ Uygun illiyet bağı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. M. Kemal Oğuzman/ M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, Cilt 2 (13. Baskı, Vedat Kitapçılık 2017) Nr. 138 vd.; Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, Obligationenrecht I (Art. 1 – 529 OR) (6. Baskı, 2015 Helbing Lichtenhahn Verlag) Art. 41, Nr. 14 vd.

Kişiliği oluşturan değerlere hukuka aykırı saldırının neden olduğu “acı, elem ve ıstırapı” gidermeye yönelik talepleri içeren manevi tazminat davasından arzu edilen sonuca ulaşılabilmesi için ise burada da hukuka aykırı fiilin yanı sıra manevi zararın varlığı ve bu zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağının bulunması aranmaktadır.¹²⁵ Söz konusu hukuka aykırı fiil, hayat tecrübelerine ve hayatın olağan akışına göre manevi zararı meydana getirmeye elverişli bulunduğu müddetçe manevi zararın varlığı hususunda hakimde bir kanaat uyandırırsa BK m. 58 uyarınca manevi tazminata hükmedilebilecektir.¹²⁶ Bu koşulların yanı sıra failin kusuru veya kusursuz sorumluluk hallerinden birinin varlığının ispatı gerekmektedir. Manevi tazminat davasında aranan koşullar mevcut ise hâkim ayrıca BK m. 58 uyarınca kınama kararı vererek bu kararın yayımlanmasına da hükmedebilir. Son olarak kişilik hakkının ihlaline yol açan fiil, faile kazanç sağlamışsa mağdur açısından bir zarar mevcut olmadığından maddi tazminat davası değil vekaletsiz iş görme hükümlerince elde edilen kazanç talep edilebilecektir (MK m. 25/III, BK m. 530).

4. Genel Anlamda Kişilik Hakkı ile Eser sahibinin Manevi Haklarının İlişkisini Açıklayan Görüşler

Eser sahibinin eseriyle arasındaki hukuki ilişkinin niteliği açıklanmaya çalışılırken bunların kişilik hakkıyla ilişkilendirilmesi, henüz fikri hakkın niteliğinin ilk tartışılmaya başlandığı zamanlardan beri dile getirilen bir konu olmuştur. Burada kavramsal açıdan fikri hakkı eser sahibinin kişilik hakkı olarak değerlendiren görüşü ilk ortaya atanın, çoğunlukla Kant olarak kabul edildiğine yukarıda değinmiştik. Eserin basılı olduğu nüshalar (dolayısıyla onun vasıtasıyla sağlanacak ekonomik kazançlar) bir kenara bırakılırsa *salt onun içerisinde ifade edilen düşünceler bakımından* fikri hakkı kişilik hakkıyla ilişkilendirilen yaklaşıma makul bakılabilecek olsa da bu yaklaşımın, fikri hakkın niteliğini açıklamakta yetersiz kaldığına şüphe yoktur.¹²⁷ Bu görüşün oluşmasında her şeyden önce Otto von Gierke’nin, eserin, onu meydana getirenin kişilik alanına (*Persönlichkeitsphäre*) dahil olduğu görüşü etkili olmuştur. Buna göre fikri hukuk, öncelikli olarak eser sahibinin manevi menfaatlerini korumaktadır.¹²⁸

¹²⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 268 vd. Manevi zararın belirlenmesi ve manevi tazminatın hesaplanmasına ilişkin yöntemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Antalya, s. 85 vd.

¹²⁶ BK m. 58 ve m. 56 hükümleri, BK m. 49 vd. hükümlerine göre özel düzenlemeler olmakla beraber BK m. 58 hükmü de BK m. 56 hükmüne göre genel bir düzenleme içermektedir. Şöyle ki BK. m. 58 hükmü ile genel olarak kişilik hakkı ihlalinde manevi tazminat düzenlemektedir. Buna karşın BK m. 56’da kişilik hakkı değerlerinden olan yaşam ve beden dokunulmazlığı kaleme alınmıştır. Antalya, s. 51.

¹²⁷ Bkz. Jacob, Ausschließlichkeitsrechte an Immateriellen Gütern – Eine kantische Rechtfertigung des Urheberrechts (1. Baskı, Mohr Siebeck 2010), s. 129.

¹²⁸ Bkz. yukarıda başlık III altındaki açıklamalar.

Ne var ki fikri hak/telif hakkı bir bütün olarak düşünüldüğünde fikir ürünlerinin, neden eser sahibinin kişilik alanına dahil edildiğinin gerekçelendirilmeye muhtaç olduğu açıktır. Nitekim doktrinde de haklı olarak, dış dünyada kendi türüne özgü içeriği ortaya koymaya elverişli bir materyal üzerinde şekillenmiş ve maddi bir varlığının bulunduğu ve böylece yaratıcı kişilikten (*Schöpferpersönlichkeit*) ayrıldığı göz ardı edilemeyecek olan eserin, neden hala sahibinin kişilik alanına dahil edileceği sorusunun, cevaplanması güç olduğuna dikkat çekilmektedir.¹²⁹ Öte yandan eser üzerinde sahibine münhasır yetkiler tanınmasına ihtiyaç duyulması da eserin, kişiliğin dışında, ondan bağımsız bir varlığı bulunduğuna işaret etmektedir.¹³⁰ Bahsi geçen nedenlerle kişisel haklar teorisi, *bir bütün olarak* (mali ve manevi yönleriyle) fikri hakkın niteliğini açıklamakta yetersiz kalsa da *manevi* yönleriyle bu hakkın, eser sahibinin genel anlamda kişilik hakkıyla ilişkisi tartışmalı olup çalışmamızın devamında buna ilişkin görüşlere değinilecektir.

Konuyla ilgili savunulan görüşlerden ilki uyarınca eser sahibinin haklarından bazıları kaynağını şüphesiz kişilik hakkında bulur. Buna göre pozitif hukukta kişilik hakkının çeşitli görünüşleri vardır. Burada genel kişilik hakkı ve özel kişilik hakkı ayrımları karşımıza çıkmaktadır. Ağırlıklı olarak Alman Hukuku'nda savunulan görüş uyarınca nasıl ki kişinin ismi, resmi, konuşması gibi kişiliğin özünden ayrılarak dış dünyaya yansıyan görünüşleri özel kişilik hakları adı altında korunuyorsa eser sahipliğinden doğan manevi hakları da onun kişiliğinin bir parçası, özel bir görünümüdür.¹³¹ Görüş uyarınca eser sahibinin manevi haklarını düzenleyen hükümler, özel hüküm niteliği taşıdığından kişilik hakkını koruyan hükümlere göre öncelikli olarak uygulama alanı bulur; bu da manevi hakların genel anlamda kişilik hakkının özel bir türü/görünümü olduğunun bir göstergesidir.¹³²

Kişilik hakkında hukuken korunan değer, bir eserin vücuda getirilmesiyle fiziksel olarak kişilikten ayrılmasına ilişkin fiili durumun dogmatik karşılığı Rehbinden'in haklı nitelendirmesiyle, kişilik hakkının hukuken korunan üç ayrı değer kategorisine ayrılarak incelenmesi sonucunu doğurmaktadır. Buna göre ilk kategorideki haklar ile doğrudan insanın şahsiyetine dayanan; fiziksel açıdan insan bedeninin ve sağlığının korunması, manevi açıdan insan onurunun ve sosyal saygınlığının korunması, bunların yanı sıra fiziksel ve manevi gelişim

¹²⁹ Jacob, s. 129; Rehbinden, § 28 Nr. 392.

¹³⁰ Jakob, s. 129.

¹³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Peter Lutz, Grundriss des Urheberrechts (3. Baskı, C. F. Müller 2018) Nr. 205. Ayrıca Alman mahkeme içtihatlarında eser sahibinin manevi haklarının, kesin bir ifadeyle kişilik hakkının bir kısmı ve özel bir görünümü olarak kategorize edildiği görülmektedir. Örnekler için bkz. BGH, GRUR 1971, 525-526; BGHZ 13, 334, 339 (Bilgi için bkz. Schack, § 3, Nr. 46, dn. 11). Türk Hukuku'nda karş. Arslanlı, s. 79 – 80.

¹³² Bilgi için bkz. Lutz, Nr. 205.

özgürlüğünün korunması amaçlanmaktadır. İkinci kategorideki haklar, kişilik dışındaki değerlerin korunmasına ilişkindir.¹³³ Bunların, kişilik ile ilişkisi, ilk kategorideki hakların aksine doğrudan değil; fakat kişiliğe yansıyan yönüyle dolaylıdır. Bu kapsamda korunan haklar kişinin fotoğrafları, mektupları, video veya ses kayıtları gibi adeta materyalleşmiş kişiliğidir (*materialisierte Persönlichkeit*). Son hak kategorisi ise yaratıcı kişiliğin fikri faaliyetinin ürünü olarak yine dolaylı şekilde kişilikle bağlantısı bulunan haklardır. Bunlar, inceleme konumuz bakımından telif haklarıdır.¹³⁴ Bu hakların kişilikle bağlantısını Schack “*Telif Hukuku, yaratıcı ruhların hukukudur. Fikir ürünleri, yaratıcısının kişiliğinin bağımsızlaşmış yansımalarıdır*” sözleriyle ifade etmektedir.¹³⁵ Söz konusu görüş uyarınca eser sahibinin manevi haklarını kişilik hakları ile bağlantılandırarak onun özel bir türü olarak açıklamaya çalışmak, her iki hak kategorisine benzer özellikler atfetmek ne gerekli ne de yerinde bir yaklaşım olur.¹³⁶ Bu nedenle eser sahibinin manevi haklarının, genel anlamda kişilik haklarının bir kısmı veya özel bir türü olduğu görüşünde isabet bulunmamaktadır.¹³⁷

Eser sahibinin somut bir eseri ile arasındaki kişisel bağı ifade eden manevi hakları, kanaatimizce de onun kişilik hakkı ile ilişkilendirilerek, bu hakların bir türü veya özel bir görünümü şeklinde kategorize edilmemelidir. Böyle bir yaklaşım her şeyden önce yukarıda da ortaya koymaya çalıştığımız eser sahipliğinden doğan manevi haklar ve genel anlamda kişilik hakkı ayrımının karıştırılmasına neden olabilecektir. Öte yandan bir sonraki başlık altında ele alacağımız üzere eser sahibinin hem kişilik hakkını hem manevi hakkını ihlal eden bir davranış dolayısıyla her iki hak türünü koruyan hükümlere birlikte başvurulabilecektir. Değineceğimiz üzere burada hakların yarışması (telahuku) söz konusudur. Hakların yarışması durumunda bir özel-genel ilişkisinden değil; her iki hak kategorisini düzenleyen ilgili hükümlerin yan yana olduğundan bahsedilir.¹³⁸ Manevi hakların, kişilik hakkının özel bir görünümü

¹³³ Rehbinden, § 28 Nr. 392.

¹³⁴ Söz konusu ayırım hakkında bkz. Rehbinden, § 28 Nr. 392.

¹³⁵ “*Das Urheberrecht ist das Recht des schöpferischen Geistes. Geisteswerke sind verselbständigte Ausstrahlungen der Persönlichkeit ihres Schöpfers.*” Schack, § 1, nr. 7. “*Yaratıcı Ruhların Hukuku (Das Recht des schöpferischen Geistes)*” Heinrich Hubmann’ın 1954 yılında yayınlanan bir yazısının başlığıdır (Bkz. Schack, § 1, nr. 7, dn. 9).

¹³⁶ Bkz. Rehbinden, § 28 Nr. 392.

¹³⁷ Rehbinden § 28 Nr. 392. Farklı bir yaklaşımla fakat aynı yönde Schack, § 3, Nr. 46. Ayrıca bkz. Erel, s. 136; Öztan, s. 539.

¹³⁸ Bkz. Schack, § 3, Nr. 46 “*...stehen beide... gleichrangig nebeneinander*”. Ayrıca bkz. Yargıtay IBK, E. 1958/15, K. 1958/6, T. 4.6.1958: “*... Bir hadisede kanunun iki hükmünün dahi tatbiki mümkün bulunan hallere hukuk dilinde hakların telahuku denilmektedir. Böyle bir halin kabulü için tatbiki mümkün görünen hükümlerden birisinin diğerine göre hususi hüküm mahiyetinde bulunmaması şarttır. Çünkü umumi hükümle hususi hüküm karşılaştığı zaman, hadiseye ancak hususi hükmün tatbik olunabilmesi, hukukun umumi*

veya bir türü olarak sınıflandırılmayacağı kanaatimizce bu bilgidende açıkça anlaşılmaktadır. Şöyle ki: Manevi haklar, kişilik hakkının özel bir görünümü veya türü şeklinde sınıflandırılabilir olsaydı “özel hüküm genel hükmü bertaraf eder (*lex specialis derogat legi generali*)” ilkesi uyarınca manevi hak ihlali olarak nitelendirilebilecek bir durumun varlığı halinde FSEK’teki özel düzenleme dolayısıyla her durumda sadece oradaki ilgili hükümlere başvurulması gerekirdi. Meseleyi bir başka açıdan örneklendirerek ele alacak olursak; eser niteliği taşıyan bir “hatıralarım” kitabının, eser sahibinin arzusu hilafına ve onurunu, haysiyetini küçümser bir üslupla kamuya arz edilmesi halinde burada iki tane emredici hükme, iki farklı norma, iki ayrı fiille aykırı bir davranış söz konusu olur. Tam da bu sebeptendir ki söz konusu örnekte eser sahibinin ilgili Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu hükümleri ile manevi haklarını koruyan ilgili FSEK hükümleri yarışır; söz konusu ihlal nedeniyle her ikisine birden başvurulabilir. Fakat eser sahibinin manevi hakları, kişilik hakkının özel bir türü veya özel bir görünümü olarak kabul edilseydi burada düzenlenen normun, emredici şekilde “*kişilik hakkına ilişkin (şu...) değerleri ihlal etme!*” görünümünde ortaya çıkan genel nitelikli kanunun özel bir düzenlemesi olarak “*bunun bir görünümü olan (şu...) manevi hakkı da ihlal etme!*” şekilde anlaşılabilecek bir özel düzenleme olması gerekirdi. Yine böyle bir durumun varlığı halinde kişilik hakkının özel bir görünümü olan manevi hak ihlali nedeniyle sadece bir tek tazminata hükmedilmesi gerekirdi. Bir başka deyişle özel nitelikli düzenleme nedeniyle, bir davranışla tek bir emredici hüküm ihlal edilmiş olacağından; ayrıca genel nitelikli hükme başvurulmasının önü kapanmış olurdu. Ancak ve sadece özel bir düzenleme bulunmayan hallerde kişiliği koruyan genel nitelikli hükümlere başvurulabilirdi.¹³⁹

Son olarak belirtmek gerekir ki yukarıda da içerikleri açıklandığı üzere söz konusu iki hak kategorisi sahibine bambaşka yetkiler sunan hakları korumaya yöneliktir. Öyle ki biri, kişi olma dolayısıyla (MK m. 28) herkesi ilgilendiren kişiliği korumaya yönelik emredici ve genel nitelikli hükümlerle korunurken; diğer hak kategorisi özel bir kanun niteliğindeki FSEK hükümleri uyarınca eser sahibi olarak nitelendirilen kişilerin eserleri ile kişisel bağını yine emredici hükümlerle korumaya yöneliktir.¹⁴⁰ Her iki hak kategorisine ilişkin yukarıda da açıkladığımız gerekçelerle kanaatimizce eser sahibinin manevi hakları, genel anlamda kişilik hakkı ile ilişkilendirilerek onun bir parçası veya özel bir görünümü olarak kabul edilmemelidir. Yine de belirtmek gerekir

kaidelerindendir...” [Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, Esas: 1958/15, Karar: 1958/6 - THS Şerhi İçtihadı (serh 15400) (turkhukuksitesi.com), son erişim: 1.12.2020].

¹³⁹ Her iki hak kategorisini düzenleyen hükümlerin uygulama alanı ve bunların birbiriyle ilişkisine bir sonraki başlık altında daha ayrıntılı değineceğiz.

¹⁴⁰ Her iki hak kategorisinin doğumu ve sona ermesine ilişkin farklılıklar hakkında bkz. Ateş, s. 117.

ki eserin, onu meydana getirenin kişiliğinden, ruhundan süzülerek vücut bulan nitelikli bir ürün olması nedeniyle kişilik hakkına olan yakınlığı göz ardı edilemeyecek derecededir. Öyle ki Alman Hukuku'nda eser sahibinin manevi haklarını ifade etmek için kullanılan, “eser sahibinin kişilik hakları (*Urheberpersönlichkeitsrechte*)” kavramı (§§ 12 – 14 UrhG), bu yakın bağın izlerini yansıtmaları bakımından dikkate değerdir.

5. Eser Sahipliğinden Doğan Manevi Haklar ile Genel Anlamda Kişilik Hakkını Koruyan Hükümlerin Uygulama Alanları

Eser sahibinin genel anlamda kişilik hakkı ile eser sahipliğinden doğan manevi haklarının uygulama alanı zaman zaman birbiriyle kesişmekte; zaman zaman birbirinden tamamen farklılaşmaktadır. Eser niteliği taşıyan ve yazarının özel hayatına dair önemli detaylar içeren bir günlüğün, habersiz, hatta izinsiz yayınlanması örneğinde her iki hak türünü koruyan hükümlerin uygulama alanının kesiştiğini¹⁴¹; kişinin özel hayatından bir kareyi yansıtan herhangi bir fotoğrafın ya da eser niteliği taşımayan bir mektubun yine izinsiz bir şekilde paparazzi gündemine düşmesi halinde ise tamamen farklılaştığını görürüz. Bu nedenle kişiliğin ihlali niteliği taşıyan her davranış, eser sahibinin manevi haklarını da ihlal niteliği taşımayacaktır.¹⁴² Eser sahibinin mahrem alanında

¹⁴¹ “Mahkemece bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonunda söz konusu 1900 adet CD nüshalarının davacının rızası dışında kamuya sunulması sebebiyle 5846 sayılı FSEK’in 14. Maddesi kapsamında umuma arz yetkisi ihlal edildiğinden 5846 sayılı Kanun’un 70/I maddesi, TBK’nın 58. maddesi uyarınca 1900 adet CD nüshalarının değişik tarihlerde davacının rızası dışında kamuya sunulması karşısında ... manevi tazminatın ... davalı taraftan tahsili ile davacıya verilmesine, ... telif tazminatı olarak ... verilmesine karar verilmiştir.” [YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ E. 2016/3586 K. 2017/5736 T. 25.10.2017 (kazanci.com)]. Ayrıca bkz. Ateş, s. 123 – 124.

¹⁴² Bu konuda Yargıtay’ın önemli bir İçtihadı Birleştirme Kararı bulunmaktadır: “Görülüyor ki, 5846 sayılı Yasa düzenlediği hukuksal ilişkiler ve haklar açısından kurallar koymuş ve bunu yaparken eser sahibinin bizâtihi kişilik hakları açısından sahip bulunduğu yetkiler konusunda, bir düzenleme getirmemiştir. Başka bir anlatımla eser sahibinin eseri üzerindeki manevi haklarının ihlali halinde istenebilecek manevi tazminata ilişkin düzenlemeler Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda yer alırken şahsi menfaatlerin ihlali halinde istenebilecek manevi tazminat Borçlar Kanunu’nun 49. maddesine bırakılmıştır. Genel olarak şahsi menfaatlerin ihlali edilip edilmediği kişilik hukukuna ait hükümlere göre tayin olunacak bir konudur. Kişilik hakları başta Anayasa olmak üzere yasaların teminatı altındadır. Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun kapsamına giren faaliyetlerde bulunduğu sırada ve bu arada yasaya uygun veya aykırı olarak bir eserden diğerine iktibas yapılmasında da kişilerin ayrı teminattan yararlanacakları ve Borçlar Kanunu’nun 49. maddesindeki koşullar varsa manevi tazminat isteyebilecekleri tartışmasız benimsenmesi gerekli temel bir prensiptir. Bu kabul biçimi kişilik haklarının toplumda korunması zorunluluğuna ilişkin genel esasın Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun düzenlediği alanda da egemen kılınması gerektiği yolundaki düşünceye uygun düşüyor gibi, yasa koyucunun Fikir ve Sanat Eserleri Kanununu hazırlarken esinlendiği ve yukarıda hazırlık çalışmaları dolayısıyla kısaca değinilen temel prensiplere de uygun düşer.” [E. 1980/1, K. 1981/2, T. 18.2.1981, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı (kararara.com)]. Ayrıca bkz. Yargıtay HGK, E. 2002/11-283, K. 2002/340, T. 1.5.2002 (kazanci.com.tr). Kararda eser sahibinin manevi haklarının ihlal edilmesinin yanı sıra eserin icrası ve

kalan ve henüz alenileşmemiş¹⁴³ eserlerin ise FSEK hükümlerince mi kişiliği koruyan hükümlerce mi korunması gerektiği hususunda doktrinde görüş farklılıklarına rastlanmaktadır.¹⁴⁴ Kanaatimizce eser meydana getiren, *ipso iure* eser sahipliği sıfatını kazandığından; bu kimsenin henüz alenileşmemiş bir eserini sadece kişiliği koruyan hükümlerce korumaya çalışmak, FSEK'in uygulama alanına eser meydana getirmenin yanı sıra bir de alenileşmesi şartını eklemek anlamı taşımaktadır.¹⁴⁵

Kişiliği koruyan hükümlerle eser sahibinin manevi haklarını koruyan hükümlerin uygulama alanlarının kesiştiği durumlarda dikkat edilmesi gereken husus, uygulanacak hükümlerin ikamesinin değil, yarışmasının söz konusu olduğudur.¹⁴⁶ Bunun anlamı, bazı durumlarda kişiliği koruyan hükümlerle eser sahibinin manevi haklarını koruyan hükümlerin birlikte uygulanabileceğidir. Bu nedenle bir eser sahibinin eseri, örnekle bir ressamın tablosu hem onun arzusu hilafına hem karakterini küçümser şekilde umuma arz edilirse (FSEK m. 14; m. 66–70) kişiliği koruyan genel hükümlere de dayanarak ihlal nedeniyle doğan zararın her iki kanun uyarınca ayrı ayrı tazmini talep edebilecektir. Yalnız MK m. 25/III uyarınca maddi manevi tazminat istemleri ile BK m. 49 uyarınca ileri sürülebilecek taleplerde, eser sahibinin manevi hakkını ihlal eden kimsenin ayrıca kusurunun bulunması gereği de gözden kaçırılmamalıdır.

başka yolla yayınlanmasının, eser sahibinin kişilik haklarını da ihlal etmiş olabileceği ifade edilmektedir. Yargıtay'ın aynı yönde bir başka kararı “*davalının ayrıca ‘...’ isimli eserde editör incelemesinin yapılmadığı ve eserin tümü ile yazım yanlışları ve anlatım bozuklukları olduğu, bu durumun eserin okunmasını zorlaştırdığı ve zaman zaman anlaşılmasını imkansız hale getirdiği, bu sebeple davacının bu kitaptan kaynaklanan kişilik hakkı olan edebi itibarının zedelendiği, BK kapsamında manevi tazminata hak kazandığı, ancak davaya konu kitaplar açısından FSEK kapsamında davacıya ait manevi hakların ihlal edilmediği*” şeklindedir. Bkz. Yargıtay 11. HD, 2016/4392, K. 2017/6601, T. 27.11.2017 (kazanci.com.tr).

¹⁴³ Eserin alenileşmesi ve umuma arz kavramları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Öztan, s. 210 vd. Bir eser, hak sahibinin rızası dışında umuma arz edilmiş olsa dahi alenileşmiş sayılması için hak sahibinin rızası gereklidir (FSEK m. 7/1).

¹⁴⁴ Erel ve Arslanlı, henüz alenileşmemiş eserin, kişilik hakkını koruyan hükümlerce korunabileceğini savunmaktadır. Yargıtay da bu görüşü dile getirmektedir. İlgili karar uyarınca “*...manevi haklar eser ile sahibi arasındaki bağ dolayısıyla, eser sahibinin kişiliğine bağlı olarak oluşan ve herkese karşı ileri sürülebilen mutlak ve inhisari yetkililerdir. Kişilik haklarından farkı, fikri hukuk alanında eser sahibinin manevi hakkının doğumu için, alenileşmiş bir eserin varlığı gereklidir... Henüz kamuya sunulmamış eser bir sırdır ve bu aşamada da sahibinin hakkı mutlak olup, istisnai haller dışında, MK'nın 24. ve BK'nın 49. maddesi hükümleri ile korunur*”. [Bkz. Yarg. HGK, E. 2018/998, K. 2019/373, T. 28.3.2019 (kazanci.com.tr)]. Öte yandan Ayiter'e göre alenileşmemiş eser üzerindeki hak, kişilik hakkı değil; eser sahipliğinden doğan haktır. Fakat eser sahibi onu açıklamaya ilişkin manevi yetkisini henüz kullanmamış; kendi gizlilik çevresinden çıkarmamıştır (Görüşler için bkz. Arslanlı, s. 43; Ayiter, s. 107, Erel, s. 103). Ateş de Ayiter'le benzer bir yaklaşımı savunmaktadır [Bkz. Ateş, BATİDER (227 – 253), s. 245 vd.].

¹⁴⁵ Benzer yönde daha ayrıntılı bilgi için bkz. Ateş, BATİDER (227 – 253), s. 245.

¹⁴⁶ Aynı yönde bkz. Ateş, s. 121 ve dn. 229, YHGK, 2.4.2003, E. 2003/4-260, K. 2003/271.

Genel anlamda kişilik, özel hukuk bakımından yukarıda da bahsettiğimiz üzere Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu’nun ilgili hükümlerince korunurken Fikir ve Sanat Eserleri Kanun’umuzda da genel anlamda kişiliği koruyan hükümlere rastlanmaktadır (FSEK m. 85, 86). FSEK m. 86/ilk tümce uyarınca *“Eser mahiyetinde olmasa bile, mektup, hatıra ve buna benzeryazılı yazanların ve bunlar ölmüş ise 19 uncu maddenin birinci fıkrasında yazılı kimselerin muvafakati olmadan yayınlanamaz.”* Aynı şekilde kişinin portre veya resmi, FSEK anlamında eser niteliği taşımasa dahi FSEK m. 86/I hükmü uyarınca korunmaktadır. İlgili düzenleme uyarınca *“Eser mahiyetinde olmasalar bile, resim ve portreler tasvir edilenin, tasvir edilen ölmüşse 19 uncu maddenin birinci fıkrasında sayılanların muvafakati olmadan tasvir edilenin ölümünden 10 yıl geçmedikçe, teşhir veya diğer suretlerle umuma arz edilemez.”* Söz konusu hükümlerin FSEK’te yer alması, bunların niteliğini değiştirmemekte; eser ile onu meydana getiren kişi arasındaki hukuki ilişkiyi korumaya yönelik düzenlemeler içeren özel nitelikli hüküm haline getirmemektedir.¹⁴⁷

Son olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile kişiliği koruyan genel hükümlerin uygulama alanlarının her zaman kesişmediği açıktır. Eser niteliği taşımayan, fakat kişinin özel alanına dahil olan günlüğü veya mektupları sadece genel anlamda kişiliği koruyan hükümlerle korunabilecektir. Öte yandan sadece FSEK’teki manevi haklara ilişkin bir ihlal söz konusuysa (örn. eserde sahibinin adı belirtilemez veya değişiklik yapılırsa) kişiliği koruyan genel hükümlere değil sadece ilgili FSEK hükümlerine (örneğin FSEK m. 15, 16; m. 70) başvurulabilecektir. Son olarak kanunlar ihtilafı hükümlerince Fikri Hukuka ilişkin yasal korumadan yararlanamayan kişiler için genel anlamda kişiliği koruyan hükümlerin tamamlayıcı fonksiyonuna değinmek gerekir. Örnekle, Amerikan yapımı bir filmde iç hukukumuzun aksine eser sahibi olarak yönetmen (FSEK m. 8/III) değil de film yapımcısı kabul ediliyorsa bu kişi iç hukukumuzda eser sahibi olarak FSEK korumasından yararlanamayacak; fakat şüphesiz ihlal durumunda kişiliği koruyan hükümlere başvurabilecektir.¹⁴⁸

SONUÇ

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.1’de düzenlenen nitelikteki fikri ürünleri meydana getirme fiiliyle onu meydana getiren kimse “eser sahibi”; meydana getirilen ürün ise “eser” niteliğini kazanmaktadır (FSEK m. 1/B, a). Hukuken eser meydana getirme fiiline bağlanan en önemli sonuç, eser üzerinde onu meydana getirene bazı haklar tanınmasıdır. Bunlar fikri hak, bir başka deyişle telif hakkı kavramı üst başlığında ele alınabilecek manevi ve mali yönleri bulunan bazı haklardır. Manevi yönleriyle fikri hak; eseri kamuya sunma, eser

¹⁴⁷ Bkz. 4. HD, 8.7.2003, E. 2003/6919, K. 2003/9040. Ayrıca bkz. Ateş, s. 119 ve dn. 225.

¹⁴⁸ Bu konuda Alman Hukuku’ndaki düzenleme de iç hukukumuzla uyumludur. Örnek hakkında bkz. Schack, § 3, Nr. 47.

sahibinin adının belirtilmesi, eserde değişiklik yapılmasını men etme ve eser sahibinin zilyet ve malike karşı haklarını ifade etmektedir. Mali yönleriyle ise işleme, çoğaltma, yayma ve umuma iletim hakları olarak karşımıza çıkmaktadır. Eser sahibinin mali hakları malvarlığının aktifinde yer alırken; manevi hakları, hakkın konusu bakımından yapılacak ayırmada para ile ölçülebilen bir değer ifade etmeyen haklar olarak şahısvarlığı hakları kategorisinde yer alırlar. Eserin, onu meydana getirenin manevi dünyası ile sıkı ilişkisi, adeta manevi çocuğu oluşu, gerek fikri hakkın niteliğini tarihsel süreçte açıklamaya çalışan görüşlerde gerek günümüzde eser sahibinin manevi haklarını açıklarken, bazı yönlerden benzerliği nedeniyle, genel anlamda kişilik hakkıyla karıştırılmaya elverişli hale getirmektedir. Fakat çalışmada ortaya koyduğumuz üzere genel anlamda kişilik hakkı ile eser sahibinin manevi hakları arasında bazı benzerliklerin yanı sıra pek çok farklılık mevcuttur. Öyle ki manevi haklar, genel anlamda kişilik hakkının bir türü olarak da sınıflandırılmayacaktır. Bir başka deyişle eser sahibinin manevi hakları, onun kişilik hakkı çatısı altında yer almaz. Her iki hak türünün de ihlali halinde aynı zamanda hem kişiliği koruyan hükümlere hem ilgili manevi hakkı koruyan hükümlere başvurulabilmesi de bu görüşü destekler niteliktedir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Aytekin Ataay, Medeni Hukukun Genel Teorisi, Temel Bilgiler Genel Kavramlar (Fakülteler Matbaası, 1971).
- Cannur Ercan, Kavram Olarak Yapay Zekâ ve Yapay Zekâ ile Meydana Getirilen Ürünlerde Hak Sahipliği – Dijital Alanda Telif Hakları Sempozyumu Tebliğ Kitabı (1. Baskı, İletişim Stratejileri Ajansı 2020), s. 103 – 116.
- Christian Grün, Die zeitliche Schranke des Urheberrechts (1. Baskı, Verlag Stämpfli 1979).
- Doruk Utku, Sinaî Hakların Rehni (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2009).
- Duygun Yarsuvat, Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları (1. Baskı, Güryay Matbaacılık 1984).
- Emre Gökyayla, Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi (2. Baskı, Yetkin Yayınları 2001).
- Ernst E. Hirsch, Fikri ve Sinaî Haklar (1. Baskı, Ankara Ar Basımevi 1948).
- Ernst E. Hirsch, Hukuki Bakımdan Fikri Say İkinci Cilt (1. Baskı, İktisadi Yürüyüş Matbaası ve Neşriyat Yurdu 1943).
- Fırat Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Turhan Kitabevi (1. Baskı, Turhan Kitabevi 2008).

- Gökhan Antalya, Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması (1. Baskı, Legal Yayıncılık 2016).
- Haimo Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht (8. Baskı, Mohr Siebeck 2017).
- Halil Arslanlı, Fikri Hukuk Dersleri II (Sulhi Garan Matbaası 1954).
- Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, Obligationenrecht I (Art. 1 – 529 OR) (6. Baskı, 2015 Helbing Lichtenhahn Verlag).
- İlhan Öztrak, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar (1. Baskı, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları 1971).
- Jan Jacob, Ausschließlichkeitsrechte an Immateriellen Gütern – Eine kantische Rechtfertigung des Urheberrechts (1. Baskı, Mohr Siebeck 2010).
- Manfred Rehbinder, Urheberrecht (15. Baskı, Verlag C. H. Beck 2008).
- M. Kemal Oğuzman/ M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, Cilt 2 (13. Baskı, Vedat Kitapçılık 2017).
- M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, Medeni Hukuk – Temel Kavramlar (24. Baskı, Vedat Kitapçılık 2018).
- M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku – Gerçek ve Tüzel Kişiler (18. Baskı, Filiz Kitabevi 2019).
- Mustafa Ateş, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması (1. Baskı, Seçkin Yayınları 2003).
- Mustafa Ateş, Fikri Hukukta Eser Sahipliği (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2012).
- Mustafa Ateş, “Fikir ve Sanat Eserlerinin Kamuya Sunulması: Alenileşmemiş ve Yayımlanmamış Eserler Fikri Hukuka Göre Korunamaz mı?”, (2006) C. XXIII (3) Batider 227 vd.
- Mustafa Dural/Suat Sarı, Türk Özel Hukuku Cilt I – Temel Kavramlar ve Medeni Hukukun Başlangıç Hükümleri (13. Baskı, Filiz Kitabevi 2018).
- Nuşin Ayiter, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri (2. Baskı, S yayınları 1982).
- Peter Lutz, Grundriss des Urheberrechts (3. Baskı, C. F. Müller 2018).
- Rona Serozan, Medeni Hukuk Genel Bölüm – Kişiler Hukuku (6. Baskı, Vedat Kitapçılık 2015).
- Sami Karahan/Cahit Suluk/Tahir Saraç/Temel Nal, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları (3. Baskı, Seçkin Yayınları 2011).

- Serap Helvacı, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (1. Baskı, Beta Yayınları 2001).
- Şafak Erel, Türk Fikir ve Sanat Hukuku (3. Baskı, Yetkin Yayınları 2009).
- Şirin Aydınçık, Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri (1. Baskı, Arıkan Yayınları 2006).
- Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku (5. Baskı, Vedat Kitapçılık 2012).

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA TEKNİK ARAÇLARLA İZLEME

Surveillance with Technical Means in Criminal Procedure Law

Dr. Öğr. Üyesi Faruk Y. TURINAY *

Geliş Tarihi: 13.12.2020

Kabul Tarihi: 24.02.2021

ÖZET

Teknik araçlarla izleme, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen koruma tedbirlerinden biridir. Kanun'un 140. maddesine göre belirli suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebepleri bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi hâlinde, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri teknik araçlarla izlenebilmekte, ses veya görüntü kaydı alınabilmektedir. Teknik araçlarla izlemenin koruma tedbiri olma özelliğinin yanı sıra delil elde etme yöntemi olma özelliği de bulunmaktadır. Bu çalışmada sırasıyla teknik araçlarla izlemenin kavramsal ve tarihsel gelişimi, hukuki niteliği ve yapısı, genel hatlarıyla önleme amaçlı teknik araçlarla izleme, tedbirin işlevi ve amacı, sınırlandırdığı temel hak ve özgürlük, uygulanma biçimi, tedbirin uygulanabileceği ceza muhakemesi evresi, gerekli suç şüphesi düzeyi ve mevcut delillere ilişkin koşul, başka surette delil elde edilememesi koşulu, uygulandığı kişi, uygulama alanı, suç bakımından uygulama kapsamı, yetkili merci, tedbirin süresi, tedbir kararının içeriği ve uygulanması, tedbirin sona ermesi, tedbirle elde edilen verilerin değerlendirilmesi, kanun yolu ve tazminata ilişkin sorunlar ele alınmaktadır.

Anahtar kelimeler: teknik araçlarla izleme, koruma tedbirleri, delil elde etme yöntemleri, özel hayatın gizliliği, kamuya açık yer.

ABSTRACT

Surveillance with technical means is one of the measures of protection regulated by Turkish Criminal Procedure Code No. 5271. According to the article 140 of the Code, if there are strong indications of suspicion based upon concrete evidences that certain crimes have been committed, and if there is no other available means of obtaining evidence, the activities of the suspect or the accused, conducted in fields open to the public and his working places, may be subject to surveillance by technical means, including voice and image recording. Surveillance with technical means is not only a measure of protection, but also a method for obtaining evidence. In this study, surveillance with technical means' conceptual and historical development, its legal characteristic and formation, preventive surveillance with technical means, its function and purpose, restricted fundamental rights and freedoms by the measure, its implementing method, within the phases of the criminal procedure that the measure can be applied, its conditions on the level of suspicion of having committed a crime and the evidences obtained, the condition that "no other available means of obtaining evidence", its implementation scope by field and person, its scope by types of crimes, the competent authorities, the duration, the content of the decision on applying the measure, its performing and expiration, evaluating of evidences obtained by the measure, the legal remedy and the problem of compensation related to the measure are respectively examined.

Keywords: surveillance with technical means, measures of protection of evidence, means of obtaining evidence, right to respect for private and family life, field open to the public

* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, e-posta:faruk.turinay@kocaeli.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-2427-2062.

GİRİŞ

Teknik araçlarla izleme, ceza muhakemesinde ihtiyaç duyulan delillerin toplanabilmesi amacıyla başvurulmuş istisnai nitelikte bir koruma tedbidir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 140. maddesinde düzenlenen tedbire istisnai niteliğini veren birkaç özelliğinden bahsetmek mümkündür. Bunlardan ilki bu tedbirin her suç bakımından uygulanamaması, ikincisi ise her yerde uygulanamamasıdır. Tedbire karakteristik özelliğini veren bir başka yönü de teknik araçlarla izlemenin bireyin özel hayatının gizliliğini diğer tedbirlerden çok daha ileri seviyede kısıtlamasıdır. Yine bu bakımdan, bir dördüncü özellik olarak, tedbirle elde edilen delillerin değerlendirilmesiyle ilgili düzenlemenin belirsiz bir anlama sahip olmasından bahsedilebilir.

Teknik araçlarla izlemenin sözü edilen özellikleri, aynı zamanda tedbire ilişkin tartışmalı ya da üzerinde daha çok durulması gereken konuları oluşturmaktadır. Teknik araçlarla izleme, gerçekten sadece halihazırdaki düzenlemelerde öngörülen suçlarla sınırlı olarak mı uygulanmalıdır? Suçla ceza hukuku yoluyla mücadelede tedbirin uygulama alanının genişletilmesine duyulan bir ihtiyaç var mıdır; eğer varsa bu sınırın tümüyle ortadan kaldırılması mı, yoksa bazı suçlar ilave edilerek kapsamın genişletilmesi mi daha isabetli olacaktır? Öte yandan teknik araçlarla izlemenin, mevcut durumda olduğu gibi, gerçekten “her yerde” uygulanmaması isabetli midir? Ayrıca CMK m. 140 bağlamında “konut”, “işyeri”, “kamuya açık yer” ne anlama gelir? Tedbirin özel hayatın gizliliğini ileri düzeyde kısıtlaması, bu kavramların tanımının nasıl yapılması gerektiği meselesini etkiler mi? Diğer taraftan, teknik araçlarla izleme yoluyla elde edilen deliller nasıl değerlendirilmelidir? Bu tedbir marifetiyle, tesadüfen elde edilen delillerin akıbeti ne olacaktır? Nihayet, genel olarak teknik araçlarla izlemeye ilişkin mevzuatta hangi eksiklik ya da sorunların varlığından bahsedilebilir?

Bu çalışmada, teknik araçlarla izlemenin kavramsal-tarihsel gelişimi ve hukuki niteliğinden hukuka aykırı uygulama nedeniyle tazminat sorununa kadar esaslı özellikleri ele alınmış, tartışmalı yönleri üzerinde durulmuş ve sonuç kısmında bazı önerilerde bulunulmuştur.

I. GENEL ÖZELLİKLER

A. Kavram ve Tarihsel Gelişim

Teknik araçlarla izleme, şüpheli ya da sanığın yalnızken veya başkalarıyla beraber icra ettiği, ses, gürültü, davranış ya da sohbet olarak dış dünyaya yansıyan faaliyetlerin teknolojik imkanlarla takip edilmesi veya ses ya da görüntü kaydı yapılmasını ifade eder¹. Uygulanma yeri, kapalı bir mekân veya

¹ Nur Centel-Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2019, s. 503; Yener Ünver-Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. Baskı, Ankara:

bir alan olabilir². Bu tedbir, belli bir yerdeki “iletişim”in tespiti veya kayıt altına alınması için de uygulanabilir; ancak telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesinden farklı olarak uzaktan olmayan, doğrudan, yüz yüze iletişimi, konuşmaları da konu alır³.

Teknik araçlarla izlemenin ancak teknolojik araçlarla, fiziki bir ortamı merkez alan bir yöntemle uygulanabilmesinin ve iletişim dışı faaliyetleri de konu almasının ayırt edici olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Örneğin iki kişinin telefon görüşmesi, hatta girilmek suretiyle dinleniyorsa telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesinden; fakat fiziki olarak telefon ahizesine bir aygıt yerleştirilmesi suretiyle dinleniyorsa teknik araçlarla izlemeden bahsedilebilecektir⁴. Diğer taraftan fiziki bir ortamın takibinde teknolojik araçlar kullanılmıyorsa, örneğin kolluğun bizzat, çıplak gözle takibine başvurulmuşsa teknik araçlarla izlemeden söz edilemez⁵.

“Teknik araçlarla izleme” terimi Türk hukukuna 2005 yılında yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’yla girmiş olsa da “gizli izleme”, ilk defa 1999’da kabul edilen Mülga 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu’yla⁶ düzenlenmiştir⁷. 4422 sayılı Kanun’un kabulünden önce, kolluğun, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu’nun Ek 7. maddesine istinaden görüntülü ve sesli takip yaptığı bilinmektedir⁸. Ancak söz konusu düzenlemenin spesifik ve adli nitelikte değil, oldukça genel ve idari nitelikte, istihbari bir tedbire ilişkin olmasından dolayı; bu şekilde elde edilen delillerin o dönem yürürlükte olan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun m. 254/2 hükmü uyarınca hukuka aykırı delil sayılması gerektiği belirtilmekteydi⁹. Kanımızca adli ve idari tedbir arasında ayırım açık olduğu için bu durum izahtan varestedir.

Adalet Yayınları, 2020, s. 474; Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 16. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2019, s. 473.

² Ünver-Hakeri, s. 474.

³ Osman Yaşar, Yeni İhtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, II. Cilt, 8. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2018, s. 1439.

⁴ Murat Önok, “Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, İletişim Özgürlüğüne Müdahale, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2011, s. 54.

⁵ Ünver-Hakeri, s. 473; Bahri Öztürk-Behiye Eker Kazancı-Sesim Soyer Güleç, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2019, s. 327.

⁶ Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu, Kanun numarası: 4422, Kabul tarihi: 30.07.1999, Resmi Gazete, Tarih: 01.08.1999, Sayı: 23773. Bu Kanun, 23 Mart 2005 tarihli ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un m. 18/1-d hükmü uyarınca yürürlükten kaldırılmıştır.

⁷ Öztürk-Eker Kazancı-Soyer Güleç, s. 325-326.

⁸ Ahmet Emrah Akyazan, “Teknik Araçlarla İzleme (CMK m. 140)”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 6, 2007, s. 84.

⁹ Akyazan, s. 84.

4422 sayılı Kanun'un tasarısının genel gerekçesinden anlaşıldığı kadarıyla, gizli izlemenin de aralarında olduğu yeni delil temini yöntemlerine ilişkin düzenlemelerde büyük ölçüde Alman mevzuatı esas alınmıştır¹⁰. 4422 sayılı Kanun'un "gizli izleme" başlığını taşıyan 3. maddesine göre "Bu Kanunda öngörülen suçları işlediklerinden kuşku duyulanların mesken, ikametgâh, işyeri veya kamuya açık yerlerdeki her türlü faaliyetleri, teknik araçlarla gizli olarak gözetlenebilir, izlenebilir, ses ve görüntü kaydına alınabilir"di. Ancak "teknik izleme"nin suç bakımından uygulama alanı çıkar amaçlı suç örgütlenmesi (m. 1/1-5), bu örgütün propagandasını yapma (m. 1/son), belirli kişilerin kimlik, görev ve özel hayatına ilişkin bilgilerini açıklama (m. 7/son) ve gizliliğin ihlali (m. 10) suçlarıyla sınırlıydı. Dikkat çekici bir başka husus, teknik izlemenin mesken ve ikametgahta da uygulanmasının mümkün olmasıydı. Buna karşılık 5271 sayılı Kanun'da "teknik araçlarla izleme" tedbirinin suç tipi bakımından uygulama alanı çok daha geniş olduğu gibi, aşağıda belirtileceği üzere, konutta uygulanması mümkün değildir. Bu açıdan, tedbire ilişkin 5271 sayılı Kanun'daki düzenlemenin 4422 sayılı Kanun'daki düzenlemeye kıyasla olumlu yönlerinin olduğu¹¹ söylenebilir.

5271 sayılı Kanun'un kanunlaşma sürecine bakıldığında teknik araçlarla izleme tedbirinin kanun tasarısında yer almadığı, 140. maddenin tasarıda farklı bir konuyu (yakalama ve gözaltı yönetmeliği) düzenlemesinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır¹². Tasarının Adalet Komisyonu'nda görüşülme evresinde, bu maddenin içeriği mevcut 99. maddeye nakledilmiş¹³; hükümetin teklifiyle tasarıya bu evrede eklenen yeni 140. maddede teknik araçlarla izleme tedbiri başlangıçta konutta uygulanabilecek şekilde yerini almışsa da konutta uygulanmaya izin veren hüküm yine hükümetin önergesiyle metinden çıkarılmış¹⁴; böylece düzenleme büyük ölçüde şekillenmiştir.

5271 sayılı Kanun'a eklenen 140/A maddesiyle¹⁵, teknik araçlarla izlemenin de dahil olduğu bazı koruma tedbirlerinin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların yönetmelikle düzenlenmesi öngörülmüştür.

¹⁰ Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Tasarısı ve İçişleri ve Adalet Komisyonları Raporları (1/487), Dönem : 21 Yasama Yılı : 1, 07.07.1999, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss87m.htm>, erişim tarihi: 08.12.2020.

¹¹ Zeynep Öncü, "Teknik Araçlarla İzleme Koruma Tedbiri", Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 144, 2014, s. 144.

¹² Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı, 07.03.2003, 1/535, s. 55, <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0535.pdf>, erişim tarihi: 20.11.2020.

¹³ Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu, Esas No: 1/535, 1/292, Karar No: 65, 1.12.2004, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss698m.htm>, erişim tarihi: 20.11.2020.

¹⁴ Yavuz Erdoğan, "Teknik Araçlarla İzleme (CMK Madde 140)", Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 80, 2009, s. 2389.

¹⁵ 20 Kasım 2017 tarihli ve 696 sayılı KHK'nın 95. maddesiyle CMK'ya eklenen hüküm, 1 Şubat 2018 tarihli ve 7079 sayılı Kanun'un 90. maddesiyle aynen kabul edilmiştir.

B. Hukuki Nitelik ve Yapısı

Teknik araçlarla izleme, kanaatimizce, hukuki mahiyeti açısından “özel”¹⁶, karma nitelikli, “çifte özellik”li¹⁷ bir tedbirdir¹⁸. Kanaatimizce, tedbirin özel nitelikte olmasının başlıca sebepleri, sadece belli suçlarda ve yalnızca belli yerlerde uygulanabilmesi, temel hak ve hürriyetleri ileri düzeyde sınırlandırması ve teknolojik altyapı gerektirmesidir. Öte yandan, karma nitelikli olması açısından, bu tedbirin yasadaki düzenleme yeri ve temel hak ve hürriyeti sınırlama özelliği dikkate alındığında koruma tedbiri özelliği; işlevine bakıldığında ise delil sağlama aracı olma özelliği ön plana çıkmaktadır.

Bununla beraber teknik araçlarla izlemenin sadece bir delil araştırma aracı olduğu yönünde görüşler vardır¹⁹.

Bu tedbirin “delil elde etme aracı” özelliğiyle ilgili bir hususun altını çizmek gerekmektedir: Teknik araçlarla izleme tedbiri “ikincil”²⁰ ve *tamamlayıcı nitelikte* bir delil elde etme aracıdır. Zira bu tedbire başvurulması için öncelikle halihazırda mevcut somut delil gerekmektedir (CMK m. 140/1). Demek ki daha önceden ve başka yollardan elde edilmiş somut delil yoksa, bu tedbire başvurulamaz. Dolayısıyla, teknik araçlarla izleme, ilk kez delil elde etmek için değil; ancak mevcut somut delillerin yanı sıra “ilave delil elde etmek için” kullanılabilecek bir araçtır.

Teknik araçlarla izleme, aynı zamanda modern, ismine de yansıdığı üzere teknik, bilimsel altyapıya dayalı bir tedbirdir. Bu bağlamda, insanın doğuştan sahip olduğu görme ve işitme yeteneğinin ötesine geçebilmesi için gereken teknik altyapı, bu tedbirin “teknik araçlarla” gerçekleştirilmesini ifade eder²¹.

Tedbire konu edilecek yerde mikrofona işlevi gören bir aygıt kullanmak suretiyle ya da başka bir yöntemle dinleme ve/veya kayıt yapılmasını ifade eden “ortam dinlemesi”, teknik araçlarla izleme tedbiriyle birlikte anılır²².

¹⁶ Centel-Zafer, s. 504.

¹⁷ Mustafa Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 5. Baskı, Ankara: Adalet Yayınları, 2020, s. 430. Özen’in teknik araçlarla izleme konusunu “koruma tedbirleri” başlığı altında değil de “delile ulaşma yolları (delil elde etme yöntemleri)” başlığı altında ele alması dikkat çekicidir.

¹⁸ Tedbir hakkında bkz: Ümit Kocasakal-Vesile Sonay Evik-Pınar Memiş Kartal-Eylem Aksoy Retornaz, “Teknik Araçlarla İzleme”, Ed. Adem Sözüer, 11. Ceza Hukuku Günleri, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019, ss. 427-436; Erdal Yerdelen “Überwachung mit technischen Mitteln im türkischen Strafverfahrensrecht”, (Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Teknik Araçlarla İzleme), Ed. Yener Ünver, Strafrecht und Moderne Technologien (Ceza Hukuku ve Modern Teknolojiler), Ankara: Seçkin Yayınları, 2018, ss. 135-148.

¹⁹ Bkz: Centel-Zafer, s. 504.

²⁰ Cumhur Şahin-Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, 11. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2020, s. 398; Özen, s. 587.

²¹ Öztürk-Eker Kazancı-Soyer Güleç, s. 327.

²² Centel-Zafer, s. 503.

Ancak teknik araçlar, bilindiği üzere, bilimsel-teknolojik ilerlemeler sonucunda, optik/görsel ve akustik/sese dayalı biçimlerde, mesafe, hız, fiziki boyut, tür gibi çeşitli açılardan giderek gelişmektedir²³. Örneğin teknik takipte drone kullanılması, yeni bir yöntem olup eşyasına ya da aracına GPS aygıtı konularak bir şahsın takip edilmesi de teknik araçlarla izleme bakımından değerlendirilebilir²⁴. Bu sebeple söz konusu koruma tedbirinde hangi teknik araçların kullanılabileceğinin kanunda düzenlenmemesi bir eksiklik olmak şöyle dursun, bir gerekliliktir²⁵. Dolayısıyla, yasal düzenlemelere uygun olarak, şüpheli ya da sanık hakkında, teknolojik imkanlarla, fiziki bir ortama yönelik olarak ve iletişim dışı faaliyetleri de kapsayacak şekilde uygulandığı süreç, kullanılan aracın türü, diğer özellikleri veya teknolojik gelişmişlik düzeyi, teknik araçlarla izleme tedbirinin hukuki niteliğini değiştirmeyecektir.

Tedbirin adı her ne kadar “izleme” terimine yer verse de elde edilen verilerin “kayıt” altına alınması da tedbirin doğal bir parçasıdır. Belli bir ortamdaki sesin ya da görüntünün kaydedilmesi işlemi söz konusu ortamdaki bir kayıt aygıtıyla yapılabileceği gibi teknolojinin sağladığı imkanlarla izleme ya da dinlemenin yapıldığı ortamdan aktarılmak suretiyle farklı, uzak bir yerde de yapılabilecektir²⁶. Hatta teknik takip altına alınan ortamda bir kayıt aygıtı ya da veriyi ileten bir aygıt olmaksızın, verilerin ortamdaki bir yüzeyde yarattığı etki kullanılarak dahi teknik araçlarla izleme yapılması mümkündür²⁷.

Teknik araçlarla izlemenin bir başka özelliği de koruma tedbiri olarak doğrudan bir araç olma özelliği göstermesidir. Örneğin, arama tedbiri elkoymaya yönelik veya mobil telefonun yerinin tespiti yakalamaya yönelik, dolaylı, ikinci dereceden birer araç ve koruma tedbiri iken; teknik araçlarla izleme başka bir koruma tedbirinin aracı değil, delil temin etmenin doğrudan bir aracıdır.

Teknik araçlarla izleme tedbirinin delil temini ve muhafazasına yönelik olması itibarıyla hukuki mahiyeti açısından arama ve elkoymaya benzediği söylenebilir. Nitekim bu tedbirin “elkoyma” ana başlığı altında alt bir başlık olarak ele alındığına rastlanmaktadır²⁸. Ancak genel elkoymadan farklı olarak teknik

²³ Öztürk-Eker Kazancı-Soyer Güleç, s. 327; Şahin-Göktürk, s. 397-398.

²⁴ Ünver-Hakeri, s. 474. GPS aygıtı kullanılmasının “sinyal bilgisi”ne benzemesi itibarıyla hangi tedbir türüne dahil olduğu tartışmalı olsa da uygulamada CMK m. 140 kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Ünver-Hakeri, s. 474. Kanaatimize göre CMK m. 135 anlamında “sinyal bilgileri”nin değerlendirilmesi şüpheli ya da sanığın iletişim aygıtı bakımındandır. GPS ise CMK m. 135 bağlamında iletişim aygıtı değil, CMK m. 140 anlamında bir teknik araçtır.

²⁵ Şahin-Göktürk, s. 397; Veli Özer Özbek-Koray Doğan-Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2020, s. 446.

²⁶ Şahin-Göktürk, s. 397-398.

²⁷ Şahin-Göktürk, s. 398.

²⁸ Yurtcan, s. 471 vd. Bu eserde teknik araçlarla izleme (ss. 471-474), şirket yönetimi için

araçlarla izlemede deyim yerindeyse “aranan” ve “elkoyulan” şey halihazırda mevcut değil, ancak tedbir kararı verildikten sonra oluşacak, dolayısıyla önce meydana gelip ondan sonra “aranacak” ve “elkoyulacak” bir veridir.

Diğer taraftan bu tedbirin iletişimin denetlenmesiyle çok daha benzer mahiyette olduğu ileri sürülebilir²⁹. Gerçekten, teknik araçlarla izleme tedbiri, iletişimin denetlenmesine, arama ve elkoymaya benzerliği açısından delil temini amacı itibarıyla yakın bir yapıda olduğu gibi aynı zamanda teknoloji kullanımını gerektirmesi açısından da benzemektedir. Fakat iletişimin denetlenmesinde kişilerin kendi konuşmalarının üçüncü bir kişi tarafından dinlenme ihtimalini öngörebileceği, oysa teknik araçlarla izlemede kişinin böyle bir öngöründe bulunmasının çok zor olduğu³⁰ dikkate alınır, teknik araçlarla izlemenin iletişimin denetlenmesine kıyasla çok daha ağır bir tedbir olduğunu kabul etmek gerekir.

Teknik araçlarla izleme, teknolojik bir altyapıyı gerektirdiği gibi tedbiri fiilen uygulayacak kolluk görevlilerinin etkinliğini de gerektirmektedir. Bu etkinlik, pek çok kişinin eşgüdümlü biçimde görev paylaşımı yapmasıyla gerçekleştirilebilecektir³¹. Yer, zaman, takibin uygulanacağı kişi, amaca elverişli teknik araç ya da araçlar gibi unsurların uygun biçimde değerlendirilmesi, tedbirin doğasından kaynaklanmaktadır.

C. Önleme Amaçlı Teknik Araçlarla İzleme

1. Kavram

Önleme amaçlı teknik araçlarla izleme, kişilerin genel güvenlik ve ilgili kanunlarda belirtilen diğer genel amaçlara yönelik olarak teknolojik imkanlarla takip edilmesini ifade eden, koruma tedbiri niteliği taşımayan, istihbari³², idari bir tedbirdir. Suç işlendikten sonra uygulanan adli nitelikli teknik araçlarla izleme tedbirinin aksine, suçun işlenmesinden önce uygulanan önleme amaçlı teknik takip Ceza Muhakemesi Kanunu’na değil, kolluğun yetkilerini düzenleyen mevzuata göre yürütülür³³. Fakat önleme amaçlı teknik izlemenin koruma tedbiri ya da adli nitelik taşımaması, bu tedbir türünün hukuki açıdan güvencesiz olduğu anlamına gelmez. Bu yüzden, önleme amaçlı teknik takip, temel hak ve hürriyetleri sınırlandıran her tedbir gibi, başta yasayla düzenlenme şartı olmak üzere Anayasa’nın 13. maddesindeki hukuki rejime tabidir.

kayım tayini ve gizli soruşturmacı görevlendirilmesine benzer şekilde elkoyma (ss. 423-474) başlığı altında incelenmektedir.

²⁹ Ünver-Hakeri, s. 473.

³⁰ Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 444-445.

³¹ Veli Özer Özbek, Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı), Ankara: Seçkin Yayınları, 2005, s. 629.

³² Ünver-Hakeri, s. 476.

³³ Özen, s. 579.

2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu’nun ek 7. maddesinin altıncı fıkrası, münhasıran önleyici-istihbari mahiyetteki teknik takip açısından öncelikle değinilmesi gereken yasa hükmüdür³⁴. Söz konusu maddeye 3 Temmuz 2005 tarihli ve 5397 sayılı Kanun’la eklenen altıncı fıkraya göre istihbarat faaliyetleri kapsamında belirli suçların işlenmesinin “önlenmesi” için hâkim kararına istinaden teknik amaçlı izleme uygulanabilecektir³⁵. Maddenin sonraki fıkrası uyarınca bu yöntemle elde edilen kayıtların maddenin ilk fıkrasında yer verilen “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayiş sağlamak” amaçları dışında kullanılması mümkün değildir. Benzer nitelikte bir başka düzenleme, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu’nun ek 5. maddesinde de yer almaktadır³⁶. Bu bakımdan dikkat çekici bir nokta, söz konusu tedbire ilişkin olarak 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu’nda bir düzenleme bulunmamasıdır³⁷. O halde, yürürlükte olan mevzuata göre Milli İstihbarat Teşkilatı’nın önleyici mahiyette teknik araçlarla izleme yetkisinin varlığından bahsedilemez³⁸. Münhasıran istihbari özellikteki önleme amaçlı teknik izlemenin, istihbaratla ilgili en merkezi kuruluş olan Milli İstihbarat Teşkilatı’nın teşkilat kanununda yer almaması bir hukuk devleti için büyük bir eksiklik sayılmalıdır. Özellikle Anayasa’nın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin, kanunla düzenlenme koşuluna da yer veren 13. maddesi karşısında, önleme amaçlı teknik izlemenin Milli İstihbarat Teşkilatı’nın yetkilerini düzenleyen Kanun’da açıkça düzenlenmesi mutlak bir zorunluluktur.

Önleme amaçlı teknik takibin koşulları adli nitelikli teknik araçlarla izlemeden farklıdır. Ancak bu durum son derece tabii olup bütünüyle idari bir tedbir olan önleme amaçlı teknik takipte, adli nitelikli teknik araçlarla izlemenin, örneğin kuvvetli delil gibi koşullarının aranması beklenemez³⁹. Zaten idari teknik takipte, “delil”i olabilecek, işlenmiş, soruşturulan ya da kovuşturulan, belirli bir suç değil; tam tersine, henüz işlenmemiş ve gelecekte işlenmesinin “önlenmesi” hâlâ mümkün olan veya amaçlanan, birtakım belirsiz suçlar söz konusudur. Bununla beraber kanunda belirtilen suçların hazırlık hareketleri evresinde ya da “suçlar işlendiği sürece” önleme amaçlı bu tedbirin

³⁴ Feridun Yenisey, *Kolluk Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2015, s. 362.

³⁵ Böylece Türk hukukunda ilk defa önleme amaçlı teknik takip kanuni dayanağa kavuşmuştur. Ünver-Hakeri, s. 476.

³⁶ Öztürk-Eker Kazancı-Soyer Güleç, s. 328-329.

³⁷ s. 329.

³⁸ Ersan Şen, *Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir*, 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2011, s. 80.

³⁹ Ünver-Hakeri, s. 476.

uygulanabileceği belirtilmektedir⁴⁰. Yine de belli bir kişinin halihazırda işlemiş olduğu birtakım suçlar olsa bile önleme amaçlı teknik takip, bu suçlarla ilgili delil toplamaya değil; gelecekte işlenmesi mümkün olan diğer suçların “önlenmesi”ne yönelik olarak uygulanabilecektir. Dolayısıyla amaç unsuru, teorik açıdan, iki tedbiri ayırtıran en iyi kıstas olarak görülebilir.

2. Elde Edilen Veriler

Önleme amacıyla teknik araçlarla izleme ile elde edilen verilerin adli nitelik taşımadığı, dolayısıyla hukuki dayanağını 5271 sayılı Kanun’da değil, bu konuyu düzenleyen özel mevzuatta bulması gerektiği açıktır.

Mobil Elektronik Sistem Entegrasyonu (MOBESE), üçüncü kişilerce ya da kamu makamlarınca kullanılan güvenlik kameraları ve görüntülü önleyici takip sistemlerinin yasal statüsü, üzerinde durulmaya değerdir⁴¹. Türk hukukunda konuyla ilgili herhangi bir düzenleme bulunmaması ciddi bir eksikliktir. Özellikle Mobese sisteminin hukuki statüsünün ve koşullarının kanunla düzenlenmesinin, bu sistem kullanılarak elde edilen verilerin delil olarak kullanılabilmesi açısından gerekli olduğu belirtilmektedir⁴².

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında kamusal alanda yapılan görüntülü takibin genellikle, Anglo-sakson sistemine bağlı ülkelerde kanunla düzenlenmediği, buna karşılık Kıta Avrupası sistemine bağlı ülkelerde kanunla düzenlendiği söylenebilir⁴³. Türk kanun koyucusu, Kıta Avrupası hukuk sistemini benimsediğine göre Türkiye’de bu konudaki yasal düzenleme eksikliği bulunması, sadece hukuk devleti ilkesinin ya da Anayasa’nın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması için kanunla düzenlenme koşulunu öngören 13. maddesinin bir gereği olarak değil, aynı zamanda benimsenen hukuk sisteminin de bir gereği olarak görülebilir.

D. İşlev ve Amaç

Koruma tedbirlerinin işlevine ilişkin koruyucu/önleyici ayrımı⁴⁴ çerçevesinde teknik araçlarla izleme tedbirinin koruyucu, muhafaza edici işleve sahip bir koruma tedbiri olduğu söylenebilir. Çünkü teknik araçlarla izleme, ceza muhakemesi sürecinde hükmün yerine getirilmesi değil, hükmün verilebilmesi işlevi gören bir tedbirdir.

⁴⁰ Centel-Zafer, s. 510.

⁴¹ Şahin-Göktürk, s. 398.

⁴² Şahin-Göktürk, s. 398.

⁴³ Buket Abanoz, Kamusal Alanda Kameralı Gözetlemenin Suçun Önlenmesindeki Etkisi ve Elde Edilen Delillerin Hukuka Uygunluğu Sorunu, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2018, s. 126-134.

⁴⁴ Öztekin Tosun, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri: Cilt I Genel Kısım, 4. Baskı, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984, s. 828.

Teknik araçlarla izleme tedbirinin amacı, bir suç soruşturmasıyla ilgili olarak delil ya da emare temin edilmesi⁴⁵ ve bu suretle işlenen suçun ve failinin kim olduğunun aydınlatılmasıdır⁴⁶. Bu tedbire başvurulmak suretiyle elde edilen delillerle işlenen suç ve faili tespit edilecek, böylece fail hakkında hüküm verilebilecektir. Tedbirin amacının delil elde etmek olduğu, dolaylı biçimde yasa hükmünden de anlaşılmaktadır: CMK m. 140/1’de yer alan “başka suretle delil elde edilememesi”, tedbir için aranan bir koşuldur. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, bu tedbire “adli” niteliğini veren en önemli özellik, ceza muhakemesi hukuku bağlamında delil elde amacıdır. Bu amaç dışında herhangi bir amaçla yapılan teknik araçla takip işlemi “koruma tedbiri” olarak nitelendirilemez.

E. Sınırlandırdığı Hak ve Özgürlük

Teknik araçlarla izleme tedbiriyle sınırlandırılan hak ve özgürlük, Anayasa’nın 20. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğidir⁴⁷. Gerçekten, hakkında teknik araçlarla izleme tedbiri uygulanan kişinin özel hayatı belli ölçüde gizli olmaktan çıkmakta, soruşturma ve kovuşturma mercilerince bilinir hale gelmektedir. Anayasa ve AİHS’nin ilgili hükümleri çerçevesinde, demokratik bir toplum için gerekli sayılabilecek şekilde, özel sınırlandırma sebeplerinden millî güvenlik, kamu düzeni ve güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gerekçesiyle, kanunla öngörülecek biçimde ve ancak usulüne uygun olarak verilen hâkim kararıyla özel hayatın gizliliğine dokunulabilir (AY m. 20/2, AİHS m. 8/2)⁴⁸. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin de teknik takibi AİHS 8. madde bağlamında değerlendirerek bu tedbirin uygulanabilmesi için erişilebilir ve öngörülebilir, net, anlaşılır, keyfi muameleyi önleyici, usuli açıdan güvenceli bir yasal düzenlemenin varlığını gerekli saydığı⁴⁹; bu tedbirin bir düzenlemeye dayanması koşulunun sağlanmamış olmasını, doğrudan güvence eksikliği olarak değerlendirerek hukuka aykırı bulduğu⁵⁰ görülmektedir.

⁴⁵ Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 446; Özen, s. 579.

⁴⁶ Doğan Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2018, s. 295.

⁴⁷ Centel-Zafer, s. 504; Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 445; Ünver-Hakeri, s. 473. Konut dokunulmazlığı da bazı durumlarda bu tedbirle sınırlandırılan temel hak ve özgürlük olarak değerlendirilebilir. Adem Kartal, “Teknik Araçlarla İzleme ve Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 98, Ekim 2014, s. 17.

⁴⁸ Centel-Zafer, s. 504.

⁴⁹ Malone v. Birleşik Krallık, Klass ve diğerleri v. Almanya, Weber ve Saravia v. Almanya, Amann v. İsviçre Kararları, Yaşar, s. 1437.

⁵⁰ P.G. ve J.H. v. İngiltere Kararı, 44787/98, 25.09.2001, Ünver-Hakeri, s. 473.

Özel hayatın gizliliği hak ve özgürlüğüne yönelik sınırlama, sınırsız değildir. Teknik araçlarla izleme tedbirine başvurularak kişinin özel hayatının gizliliği tümüyle ihlal edilemez. 5271 sayılı Kanun’a göre bu kapsamda, diğer koşulların yanı sıra, şüpheli ya da sanığın ancak “kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri” izlenebilir (CMK m. 140/1). Teknik araçlarla izlemenin kişinin konutunda uygulanması ise hiçbir şekilde mümkün değildir (CMK m. 140/5). Görüldüğü üzere, 4422 sayılı Kanun’daki teknik izlemenin aksine, 5271 sayılı Kanun’da düzenlenen teknik araçlarla izleme tedbiriyle kişinin “her türlü faaliyeti” değil, belli yerlerdeki faaliyetleri takip edilebilmektedir⁵¹. Bu tedbirin söz konusu sınırlayıcı kurallara aykırı şekilde uygulanması halinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 134. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun oluşması mümkündür⁵². Hatta, tedbirin yaygın uygulanma şekli dikkate alındığında, teknik araçlarla izlemenin CMK m. 140’a aykırı şekilde uygulanmasında özel hayatın gizliliği, “görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilirse” suçun nitelikli halinin oluştuğu söylenebilecek, verilecek ceza bir kat artırılabilir (TCK m. 134/1, ikinci cümle). Diğer taraftan, tedbirin kanuna uygun olarak uygulanması, söz konusu suç bakımından “kanunun hükmü” çerçevesinde bir hukuka uygunluk halidir⁵³.

F. Uygulanma Biçimi

Teknik araçlarla izleme, gizli koruma tedbirlerindendir⁵⁴. Fakat bu tedbirin gizliliği, kanundan değil, tedbirin mahiyetinden kaynaklanmaktadır⁵⁵. Tedbirin gizliliği ile kovuşturma evresinde uygulanabilir olması çelişki arz etmektedir⁵⁶.

Mülga 4422 sayılı Kanun’un aksine 5271 sayılı Kanun’da tedbirin gizliliğine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır⁵⁷. Oysa Mülga 4422 sayılı Kanun’un söz konusu tedbiri düzenleyen 3. maddesinin başlığında dahi “gizli izleme” ibaresi yer almaktaydı. Ayrıca madde içeriğinde de takibin “gizli

⁵¹ Özen, s. 578.

⁵² Centel-Zafer, s. 504.

⁵³ Güçlü Akyürek, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2014, s. 267.

⁵⁴ Öztürk-Eker Kazancı-Soyer Güleç, s. 328; Bahri Öztürk-Durmuş Tezcan-Mustafa Ruhan Erdem-Özge Sırma Gezer-Yasemin F. Saygılar Kırt-Esra Alan Akcan-Özdem Özaydın-Efser Erden Tütüncü-Derya Altınok Villemin-Mehmet Can Tok, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ed. Bahri Öztürk, 14. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2020, s. 581; Şahin-Göktürk, s. 397; Centel-Zafer, s. 504; Feridun Yenisey-Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2020, s. 487; Ahmet Gökçen-Murat Balcı-M. Emin Alşahin-Kerim Çakır, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara: Adalet Yayınları, 2018, s. 514.

⁵⁵ Oysa iletişimin denetlenmesine ilişkin hükümde öngörülen karar ve işlemlerin gizli tutulacağı açıkça düzenlenmiştir (CMK m. 135/7).

⁵⁶ Centel-Zafer, s. 504.

⁵⁷ Öztürk-Eker Kazancı-Soyer Güleç, s. 328.

olarak” icra edileceği belirtilmekteydi⁵⁸. Halihazırda yürürlükte olmayan⁵⁹, Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’in 15. maddesinin dördüncü fıkrasında gizliliğin sağlanması amacıyla izlenecek usul ayrıntılı biçimde düzenlenmekte; beşinci fıkrasında da teknik araçlarla izleme tedbirine ilişkin prosedürdeki işlemlerin gizli yürütüleceğine ilişkin düzenleme yer almaktadır⁶⁰.

Teknik araçlarla izlemenin genellikle gizli soruşturmacı aracılığıyla kullanılabileceği⁶¹ belirtilse de bu iki tedbir mutlaka birlikte uygulanmak durumunda değildir. Bir başka deyişle, gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin karar alınmış olması, kendiliğinden teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulmasına imkan sağlamaz. Nitekim Yargıtay’a göre teknik araçlarla izlemenin gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiriyle birlikte uygulanması zorunlu olmayıp söz konusu iki tedbir birlikte uygulandığında ise teknik araçlarla izlemeye başvurulması için bu tedbire ilişkin “ayrıca bir karar” alınması gerekir⁶². Yargıtayın istikrar arz eden kararlarında, gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin kararın, tek başına, teknik araçlarla izleme tedbirinin uygulanmasına hukuki dayanak oluşturmayacağı belirtilmektedir⁶³.

⁵⁸ Öztürk-Eker Kazancı-Soyer Güleç, s. 328.

⁵⁹ Söz konusu yönetmelik, Adalet Bakanlığı’nın düzenleme yetkisinin bulunmadığı gerekçesiyle yetki unsuru yönünden hukuka aykırı bulunarak Danıştay 10. Dairesi’nin 9 Mart 2017 tarihli ve E. 2012/1001, K. 2017/1361 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, <https://www.sinerjias.com.tr>, erişim tarihi: 9.12.2020.

⁶⁰ Öztürk-Eker Kazancı-Soyer Güleç, s. 328.

⁶¹ Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s. 515. Yargıtay kararlarına bakıldığında, özellikle uyuşturucu suçlarında bu iki tedbirin birlikte uygulanmakta olduğu görülmektedir. Örneğin, Yargıtay 10. Ceza Dairesi, E. 2018/5056, K. 2019/1235, 26.02.2019, Hukuktürk Veri Tabanı, www.hukukturk.com, erişim tarihi: 27.01.2021.

⁶² Yargıtay 10. Ceza Dairesi, E. 2020/6502, K. 2020/3467; “Olayımızda sanıkların 5271 sayılı CMK’nun 140. maddesindeki düzenlemeye göre teknik araçlarla izlenmelerine ilişkin bir karar bulunmamaktadır. Alınan Gizli Soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin karara dayanılarak Teknik Araçlarla izleme yapılamaz. Buna rağmen teknik araçlarla izleme yapılmış, görüntü ve ses kayıtları yapılmıştır. Mahkemece 1.-9. olayların sübutu tamamen teknik izlemeye dayandırılmıştır. CMK’nun 217. maddesine göre; Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir. Hukuka uygun olmayan teknik izlemelerle sübuta gidilmesi mümkün değildir. ... Sanıklar hakkında Teknik araçlarla izleme kararı alınmadığı için görüntü ve ses kayıtları hukuka aykırı delildir.”, Yargıtay 10. Ceza Dairesi, (Karşı Oy ve Değişik Gerekçe), E. 2012/17806, K. 2013/1225, 11.02.2013, Hukuktürk Veri Tabanı, www.hukukturk.com, erişim tarihi: 27.01.2021.

⁶³ “Olayımızda sanıkların 5271 Sayılı CMK’nın 140. maddesindeki düzenlemeye göre teknik araçlarla izlenmelerine dair bir karar bulunmamaktadır. CMK’nın 139. maddesine göre alınan Gizli Soruşturmacı görevlendirilmesine dair karara dayanılarak ve CMK’nın 140. maddesine göre ayrıca bir karar alınmadan Teknik Araçlarla izleme yapılamaz. Buna rağmen teknik araçlarla izleme, görüntü ve ses kayıtları yapılmıştır. Mahkemece olayların

Tedbirlerin birlikte uygulanma meselesi bakımından, teknik araçlarla izlemenin, özel hayat kapsamındaki yerlerde uygulanmasının mutlaka gizli soruşturmacı aracılığıyla ve yasal güvencelerin varlığı halinde mümkün olduğu belirtilmektedir⁶⁴.

Öte yandan, teknik araçlarla izlemenin usulüne uygun alınmış bir karara dayanması gerektiği hukuken açık olmakla birlikte, uygulamada, böyle bir karar olmasa da fiilen tedbire başvurulduğuna rastlanmaktadır⁶⁵.

Yargıtay kararlarının tedbirin nasıl yapıldığına dair içeriği dikkate alınırsa, uygulamada ortam dinlemesinin teknik araçlarla izlemenin önemli bir icra şekli olduğu söylenebilir⁶⁶. Bunun dışında ilgili kişinin kamuya açık yerlerdeki faaliyetlerinin takibinin de tedbirin bir başka uygulanma yöntemi olduğu ileri sürülebilecektir⁶⁷.

Kullanılan teknolojik araç açısından bakıldığında, teknik araçlarla izlemenin hem açık hem de kapalı alanlarda, fark edilemeyecek kadar küçük mikrofonlarla dinleme ve kaydetme suretiyle yapılmasının mümkün olduğu görülmektedir⁶⁸.

sübutu gizli soruşturmacının faaliyetleri ile teknik izlemeye dayandırılmıştır. CMK'nın 217. maddesine göre; Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir. Hukuka uygun olmayan teknik izlemelerle elde edilen delillere dayanılarak sübuta gidilmesi mümkün değildir." Yargıtay 20. Ceza Dairesi, E. 2015/15770, K. 2016/121, 14.01.2016, Hukuktürk Veri Tabanı, www.hukukturk.com, erişim tarihi: 27.01.2021. Ayrıca, Yargıtay 20. Ceza Dairesi, E. 2015/15357, K. 2016/1455, 14.03.2016; Yargıtay 20. Ceza Dairesi, E. 2016/140, K. 2016/2733, 04.05.2016; Yargıtay 20. Ceza Dairesi, E. 2015/15972, K. 2016/1364, 08.03.2016; Yargıtay 20. Ceza Dairesi, E. 2015/13889, K. 2015/4086, 15.10.2015; Yargıtay 20. Ceza Dairesi, E. 2015/312, K. 2015/2691, 29.06.2015, Yargıtay 20. Ceza Dairesi, E. 2015/13889, K. 2015/4086, 15.10.2015; Yargıtay 20. Ceza Dairesi, E. 2015/15895, K. 2016/1979, 11.04.2016, Hukuktürk Veri Tabanı, www.hukukturk.com, erişim tarihi: 27.01.2021; Yargıtay 20. Ceza Dairesi, E. 2015/14831, K. 2016/793, 16.02.2016, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, www.legalbank.net, erişim tarihi: 27.01.2021.

⁶⁴ Ünver-Hakeri, s. 473.

⁶⁵ Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2015/8055, K. 2016/343, 18.01.2016, Hukuktürk Veri Tabanı, www.hukukturk.com, erişim tarihi: 27.01.2021; "Sanıklar hakkında, CMK'nın 140. maddesine göre usulüne uygun şekilde alınmış teknik araçlarla izleme kararı bulunmadığından, yapılan ses ve görüntü kayıtları hukuka aykırı elde edilmiş delil niteliğinde olmasına rağmen", Yargıtay 20. Ceza Dairesi, E. 2015/8822, K. 2017/7023, 14.12.2017, Kararara İçtihat Arama Motoru, www.kararara.com, erişim tarihi: 27.01.2021.

⁶⁶ Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2015/8055, K. 2016/343, 18.01.2016; Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2019/3808, K. 2019/6913, 14.11.2019; Hukuktürk Veri Tabanı, www.hukukturk.com, erişim tarihi: 27.01.2021; Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2020/2420, K. 2020/3111, 19.06.2020; Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E. 2014/3992, K. 2014/8684, 09.04.2014, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, www.legalbank.net, erişim tarihi: 27.01.2021.

⁶⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2016/805, K. 2019/480, 18.06.2019, Hukuktürk Veri Tabanı, www.hukukturk.com, erişim tarihi: 27.01.2021.

⁶⁸ Veli Özer Özbek, "Teknik Araçlarla İzleme ve Gizli Soruşturmacı Tedbirleri", Juan Carlos Da Silva-Albrecht Stange-Veli Özer Özbek, Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin

Kapalı alanlarda, bu türden bir mikrofona dahi ihtiyaç duyulmaksızın, sadece ses dalgalarının cam yüzeylerde yarattığı etkinin kullanılmasıyla da bir ortamın dinlenmesi olanaklıdır⁶⁹. “Böcek” olarak ifade edilen dinleme cihazları dışında, cep telefonlarına ve mikrofonlu bilgisayarlara, dinleme imkanı sağlayan, aygıt kapalıyken dahi veri aktaran programlar yükleme; “vakumlama” olarak ifade edilen, dinlenmesi hedeflenen noktaya çevrilen, ortamdaki sesleri çanak biçimindeki aygıtta toplayarak kaydetme de bu kapsamda değerlendirilebilir⁷⁰. Ayrıca, “casus kulaklık” veya ortamdaki eşyalara yerleştirilen nanoteknolojik aygıtlar kullanma; uzak mesafeden dinleme imkanı veren, belli bir yüzeye yansıyan titreşimleri aktaran lazer tabancası ve bunu sese çeviren aygıtın kullanıldığı “lazer dinleme yöntemi”, teknik araçlarla izlemenin olası uygulanma biçimlerine örnek teşkil etmektedir⁷¹.

Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi’nin bir raporunda yer alan teknik araçlarla izlemeyle ilişkilendirilebilecek teknik takip yöntemlerine bakıldığında, sesli, görsel, konumsal ve enformatik takip olmak üzere dörtlü bir sınıflandırma yapıldığı görülmektedir⁷². Buna göre, sesli takip olarak gizli cihazla ya da böcekle ortam dinleme (“room bugging”); görsel takip olarak gizli video takip aygıtları, araç içi video sistemleri, kişinin üzerine yerleştirilen video aygıtları, termal görüntüleme veya ileriye dönük kızılötesi sistemler (“FLIR/forward looking infrared”) ile kapalı devre televizyon sistemleri (“CCTV/closed-circuit television”); konumsal takip olarak Küresel Konumlama Sistemi (“GPS”), cep telefonu, radyo frekansı ile tanımlama (“RFID/radio-frequency identification”); enformatik takip olarak ise bilgisayar ya da internet kullanımında casus yazılım veya çerez kullanımı ile klavye dinleme/yakalama sisteminin uygulanabilirliğinden bahsetmek mümkündür⁷³.

Ancak teknolojinin gelişmesi bağlamında, çeşitli ülkelerin mevzuatının sürekli olarak güncellendiği, ama aynı zamanda etkili bir adli işbirliğinin sağlanması amacıyla yasal hükümlerin kesin ve açık olduğu kadar diğer

Geliştirilmesi Avrupa Birliği - Avrupa Konseyi Ortak Projesi Teknik Araçlarla İzleme ve Gizli Soruşturmacı Tedbirleri, <https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/552/dosya/8-teknik-araclarla-izleme-ve-gizli-sorusturmaci-tedbirleri-egitim-modulu25-08-20204-37-pm.pdf>, s. 119, erişim tarihi: 27.01.2021.

⁶⁹ Özбек, “Teknik Araçlarla İzleme ve Gizli Soruşturmacı Tedbirleri”, s. 119.

⁷⁰ TMMOB Elektrik Mühendisleri Odası, İletişim Özgürlüğüne Müdahale Raporu, Elektronik Gözaltı Dünyası, Elektrik Mühendisleri Odası Yayını, 2009, s. 24, https://www.emo.org.tr/ekler/3a7e12d707596c8_ek.pdf, erişim tarihi: 27.01.2021.

⁷¹ TMMOB Elektrik Mühendisleri Odası, İletişim Özgürlüğüne Müdahale Raporu, Elektronik Gözaltı Dünyası, s. 24-25.

⁷² United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), Current Practices in Electronic Surveillance in the Investigation of Serious and Organized Crime, New York: United Nations Publication, 2009, s. 2, https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Law-Enforcement/Electronic_surveillance.pdf, erişim tarihi: 28.01.2021.

⁷³ UNODC, s. 2.

düzenlemelerle uyumlu hale getirildiği de gözlemlenmektedir⁷⁴. Kanaatimizce, teknik takip araçlarının çeşitliliği ve adli işbirliği ihtiyacı karşısında, kanun koyucunun teknik yöntem ve araçları daha genel, uygulama yetkisi ve suç açısından kapsamını ise daha ayrıntılı düzenlemesi isabetli olacaktır. Örneğin, Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin “önemli suç” kıstası olarak kabul ettiği, ulusal hukuk açısından dört yıl ya da daha fazla hapis cezasını gerektiren suç kıstası, teknik takibin kapsamı bakımından dikkate alınabilecektir⁷⁵.

Teknolojinin sağladığı imkanlar çerçevesinde, görüntülerin kayda alınmasının yalnızca yetkili merciler tarafından değil, bireyler tarafından da gerçekleştirildiği görülmektedir. Bu kayıtların anayasal haklar açısından ağır bir ihlal oluşturması halinde delil olarak kullanılamayacağı⁷⁶, ancak görüntüyü kayda alan kişiye karşı işlenen bir suçun kanıtlanması maksadıyla savunma hakkına istinaden delil olarak kullanılmasının mümkün olduğu belirtilmektedir⁷⁷. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre de hukuka aykırı delil yasağının, esasen, kamu gücünü sınırlandırma işlevine yönelik olduğunun kabul edilmesi, bireylerin yaptığı kayıtlar bakımından ise daha esnek uygulanması uygun olacaktır⁷⁸.

II. TEDBİRİN UYGULANABİLECEĞİ CEZA MUHAKEMESİ EVRESİ

Teknik araçlarla izleme tedbirinin, ceza muhakemesinin hem soruşturma evresinde, hem de kovuşturma evresinde uygulanabileceği kabul edilmektedir⁷⁹.

Teknik araçlarla izleme tedbirinin hangi evrede uygulanacağına ilişkin 5271 sayılı Kanun'da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda CMK m. 140'ta bir hüküm olmadığı gibi koruma tedbirlerinin tümüne ilişkin genel bir hüküm de yoktur. Ancak CMK m. 140'taki hükümler incelendiğinde bu tedbire kural olarak “hâkim” ve gecikmede sakınca olan hallerde “Cumhuriyet savcısı” tarafından karar verilmesinin öngörülmesi (CMK m. 140/2, birinci cümle), ilk bakışta, kanun koyucunun bu tedbiri soruşturma evresinde uygulanacak bir tedbir olarak tasarladığı şeklinde yorumlanabilir. Gerçekten, söz konusu 140. maddede “mahkeme”den hiçbir yerde söz edilmemektedir. Tedbirin amacının

⁷⁴ Andrei Bacauanu, “Technical Surveillance in the European Union Judicial System. Aspects of Comparative Law”, *Acta Universitatis Danubius: Administratio*, Vol 10, no. 1, 2018, s. 71.

⁷⁵ Bacauanu, s. 71.

⁷⁶ Anayasa Mahkemesi, E. 1999/2, K. 2001/2, 22.06.2001, Yenisey-Nuhoğlu, s. 492.

⁷⁷ Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 2007/11957, K. 2009/21077, 22.12.2009, Yenisey-Nuhoğlu, s. 492.

⁷⁸ Yenisey-Nuhoğlu, s. 493.

⁷⁹ Özbeke-Doğan-Bacaksız, s. 451; Özen, s. 583; Centel-Zafer, s. 504; Ünver-Hakeri, s. 474.

delil elde etmek olması ve delil toplama işinin prensip olarak soruşturma evresini yürüten Cumhuriyet savcısına ait bir yetki olması (CMK m. 160/2) da bu kanaati desteklemektedir. Fakat Kanun'un 140. maddesinde tedbirin uygulanacağı kişi olarak şüphelinin yanı sıra “sanık” da gösterilmektedir. Sanık, kovuşturma evresinde “suç şüphesi altında bulunan kişi”dir (CMK m. 2/1-b). Bu durumda, teknik araçlarla izleme tedbirinin sadece soruşturma evresinde değil, kovuşturma evresinde de uygulanabileceğini söylemek mümkünse de delil toplama süreci olması nedeniyle bu tedbirin daha ziyade soruşturma evresinde kullanılacağı söylenebilir⁸⁰.

III. SUÇ ŞÜPHESİ DÜZEYİ VE MEVCUT DELİLLERE İLİŞKİN KOŞUL

5271 sayılı Kanun’a göre teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulabilmesi için somut delillere dayanan⁸¹ kuvvetli suç şüphesi sebeplerinin varlığı gerekir (CMK m. 140/1). Bu tedbir için ağır bir şüphe düzeyinin şart koşulması, hükümde yer verilen, önemli ve ağır olarak nitelenebilecek suçlar için bile bu tedbirin uygulanmasını, olması gerektiği gibi, daha zor hale getirmektedir⁸². Soruşturmanın başlaması için gereken basit şüphe ya da iddianame hazırlanması için gereken yeterli şüphe bu tedbirin uygulanabilmesi için yeterli değildir. Ayrıca kuvvetli suç şüphesi sebeplerinin kendinden menkul olması düşünülemez; bunların halihazırda mevcut somut delillerden kaynaklanması gerekir. Dolayısıyla bir suçla ilgili başka yollarla elde edilmiş hiçbir somut delil yoksa, teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulması mümkün değildir.

Halihazırda somut delillerin mevcut olması koşulu ve teknik araçlarla izlemenin bir delil elde etme aracı olduğu birlikte dikkate alınırsa, bu tedbire başvurma sürecinde ilginç bir durumun söz konusu olduğunu belirtmek gerekir: Bu durumda somut deliller vardır, ancak yetersizdir. Eğer deliller somut olduğu halde yetersiz olmasa, teknik araçlarla izleme tedbirine başvurmaya gerek kalmazdı. Demek ki, teknik araçlarla izleme için *yetersiz miktarda somut delilin* varlığı olmazsa olmaz bir koşuldur.

Buradan hareketle, teknik araçlarla izlemenin asli, birincil, öncelikle başvurulabilen bir delil elde etme aracı değil; aksine tamamlayıcı nitelikte bir delil elde etme aracı olduğu belirginlik kazanmaktadır. Diğer bir deyişle, soruşturma makamı, öncelikle başka koruma tedbirleriyle ya da başka yollarla

⁸⁰ Özen, s. 583.

⁸¹ Düzenlemenin ilk halinde sadece “kuvvetli şüphe sebepleri”nin varlığı aranırken 21 Şubat 2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanun’un 14. maddesiyle “somut delillere dayanan” ibaresi ilave edilmiş, tedbirin şartları ağırlaştırılmıştır. Somut delillere dayanmayan kuvvetli şüphe olamayacağından bahisle bu değişiklik “malumun ilamı” olarak değerlendirilmektedir. Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 449.

⁸² Şahin-Göktürk, s. 398.

somut delil elde edecek; ancak ondan sonra ve daha fazla delil temin edebilmek için bu araca başvuru edilebilir.

Tedbir için gerekli olan somut delillere dayalı kuvvetli şüphe sebepleri tüm suçlara ilişkin değil, hükümde açıkça belirtildiği üzere, ancak CMK m. 140'ta belirtilen suçlara ilişkin olabilir⁸³. Dolayısıyla tedbir için geçerli olan şüphe düzeyi şartı ile suç bakımından kapsamına yönelik şart birbiriyle doğrudan bağlantılıdır. Örneğin somut delillere dayalı kuvvetli suç şüphesi kasten yaralama suçuna yönelikse ilgili şüpheli ya da sanık hakkında teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulamaz.

IV. BAŞKA SURETTE DELİL ELDE EDİLEMEMESİ KOŞULU

A. Son Çare Olarak Teknik Araçlarla İzleme

Kanun koyucu, teknik araçlarla izleme tedbiri için “başka suretle delil elde edilememesi” koşuluna yer vermektedir (CMK m. 140/1). Bu bağlamda başka suretle delil elde edilememesi koşulunu yalnızca teknik araçlarla izleme yoluyla delil sağlanabileceğine ilişkin kuvvetli ihtimal olarak tanımlamak mümkündür⁸⁴. Bu koşul, teknik araçlarla izlemeyi “ikincil nitelikte” bir delil elde etme aracı haline getirmektedir⁸⁵.

Geleneksel koruma tedbirleri yerine bu tür bir tedbire başvurulmasının ağır koşullara bağlanması isabetlidir⁸⁶. Teknik araçlarla izlemenin koruma tedbirleri arasında bir temel hak ve hürriyeti en ağır biçimde sınırlandıran tedbirler arasında yer aldığı, özel hayata ciddi bir müdahale teşkil ettiği dikkate alınır, “ultima ratio” mahiyetinde olan böyle bir koşula yer verilmesinin isabetli olduğu söylenebilir.

Başka surette delil elde edilememesini, başka surette “yeni” delil elde edilememesi olarak algılamak gerekir; çünkü eğer mevcut bir somut delil yoksa, bu tedbire zaten başvurulamamaktadır. Diğer taraftan, “başka surette” tabirinden, bu koşulun aranmadığı⁸⁷ arama, elkoyma gibi geleneksel, genel⁸⁸ koruma tedbirlerinin kast edildiği söylenebilecektir. Yine de kuvvetli şüphe için somut “delil”lerin varlığı ve başka şekilde “delil” elde edilememesi koşullarının kümülatif olarak aranmasının belli ölçüde çelişkili olduğu söylenebilir⁸⁹.

⁸³ Şahin-Göktürk, s. 398.

⁸⁴ Yaşar, s. 1439.

⁸⁵ Özen, s. 583; Şahin-Göktürk, s. 398; Özbek-Doğan-Bacaksız, 449.

⁸⁶ Ünver-Hakeri, s. 473.

⁸⁷ Başka surette delil elde edilememesi koşulu teknik araçlarla izleme tedbirine özgü değildir; 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) için de bu koşul aranmaktadır.

⁸⁸ Özen, s. 587.

⁸⁹ Özen, s. 583.

Başka surette delil elde edilememesi şartı, her hal ve şartta öncelikle diğer tedbirlere ve ancak onlara başvurulduktan sonra teknik araçlarla izleme yoluna gidilmesini gerektirmez⁹⁰. Öncelikle diğer tedbirlere başvurulduğunda delil elde etme imkanı tümüyle ortadan kalkabileceği gibi (tedbirin geçerli olduğu suçlarda kuvvetle muhtemel olarak) mevcut tek delil temini yolu teknik araçlarla izleme de olabilir⁹¹. O yüzden bir suç soruşturmasında doğrudan teknik araçlarla izlemeye başvurulması başlı başına kanuna aykırı sayılamaz.

B. Gizli Tedbirler Arasında Öncelik Sorunu

Dikkat çekici bir nokta, bu koşulun sadece teknik araçlarla izleme için değil, aynı zamanda iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması (CMK m. 135), gizli soruşturmacı görevlendirilmesi (CMK m. 139) gizli tedbirleri için de geçerli olması ve bunlar arasında öncelik-sonralık ilişkisinin nasıl kurulacağı sorunudur⁹². Bir görüşe göre, söz konusu edilen aynı koşul öngörülen gizli tedbirlerin birbirine önceliği yoktur⁹³. Bir başka görüşe göre, söz konusu üç gizli tedbir arasında öncelik-sonralık ilişkisi kurmak mümkün olmasa da sürekli takibi gerektiren, işyeri gibi kapalı yerlere birden fazla defa gizli biçimde girilmesi suretiyle birden fazla temel hak ve hürriyeti kısıtlayan teknik araçlarla izlemenin, iletişimin denetlenmesine kıyasla daha ağır bir tedbir olduğu; gizli soruşturmacı görevlendirilmesinin ise büyük ölçüde birlikte uygulandığı teknik araçlarla izlemeden daha ağır bir tedbir olduğu söylenebilir⁹⁴. Yargıtay da sözü edilen diğer iki tedbirden önce iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması gerektiği, ancak bundan sonuç alınamadığı takdirde teknik araçlarla izleme tedbirine ve son olarak, bir suç örgütünün varlığı koşulunun sağlanması halinde gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine başvurulması gerektiği kanaatinde⁹⁵.

⁹⁰ Şahin-Göktürk, s. 399.

⁹¹ Şahin-Göktürk, s. 399.

⁹² Şahin-Göktürk, s. 399.

⁹³ Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 449-450.

⁹⁴ Şahin-Göktürk, s. 399-400.

⁹⁵ Yenisey-Nuhoglu, s. 487; “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda düzenlenen özel koruma tedbirlerinden iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması başlıklı 135. maddenin 1. fıkrasında “... başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması...” ibaresinin gizli soruşturmacı görevlendirmesine ilişkin 139. ve teknik araçlarla izlemeye ait 140. maddelerde bulunmaması ve anılan maddelerde “başka suretle delil elde edilememesi halinde”ki düzenlemeler ile soruşturma ve kovuşturma evreleri ve kapsadıkları suçlar yönünden aralarında öncelik-sonralık ilişkisi olduğu, bu bağlamda öncelikle 135. maddenin diğer iki koruma tedbirine nazaran öncelik aldığı, sonuç alınamaması halinde 140. Ve ancak örgütün mevcudiyeti halinde ise 139. Maddeye başvurulabileceği gözetildiğinde, her üç koruma tedbirine aynı anda ve birlikte karar verilemeyeceği gözetildiğinde”, Yargıtay 18. Ceza Dairesi, E. 2015/29744, K.2015/4468, 09.07.2015, HukukTürk Veri Tabanı, www.hukukturk.com, erişim tarihi: 27.01.2021.

Kanaatimizce delil elde etme imkânını ortadan kaldırmayacak ise, tedbirlerin yapısına bakılarak, temel hak ve hürriyetleri daha az sınırlandıran tedbirden daha çok sınırlandıran tedbire doğru⁹⁶ ya da hak ve hürriyetlerin kendi iç hiyerarşileri varsa buna uygun bir sıra izlenmelidir. Tedbirlerin yapısı incelendiğinde, iletişimin denetlenmesinde gizli soruşturmacı görevlendirilmesinin aksine şüpheli ya da sanığa fiziki olarak yaklaşma olmadığı gibi “görsel nitelikli” hiçbir bir tespit ya da kayıt da olmadığı, ayrıca kişilerin kendi konuşmalarının üçüncü bir kişi tarafından dinlenme ihtimalini öngörebileceği⁹⁷ açıktır. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesinde öncelikle teknolojiye değil insan becerisine dayalı, şüpheli ya da sanıklara fiziki olarak yaklaşılmasının ve kamu görevlisinin kimliğini gizlemesinin ön planda olduğu görülmektedir. Buna karşılık teknik araçlarla izlemede hem görsel, hem işitsel, hem de fiziki imkanların ötesine geçecek mahiyette teknolojik araçların kullanıldığı; üstelik kişinin özel alanındaiken iletişimin denetlenmesindeki durumun aksine kendi faaliyetlerinin üçüncü bir kişi tarafından dinlenip izlenme ihtimalini öngörmesinin çok zor olduğu⁹⁸; gizli soruşturmacının dahi ulaşamama ihtimali olan verilere ulaşılmasının mümkün olduğu görülmektedir. Bu durumda mümkünse öncelikle iletişimin denetlenmesine başvurulmalı, ardından gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve son olarak teknik araçlarla izleme yoluna gidilmelidir. Ancak gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirlerinin birlikte uygulanmasına karar verildiğinde, zaten bu iki tedbir arasında çözülmesi gereken bir öncelik sorunu yok demektir.

Kuşkusuz öncelik gözetme koşulu, gerektiğinde söz konusu tedbirlerin üçünün birden dahi uygulanmasına engel sayılamaz⁹⁹. Yargıtay bu konuda aksi görüşte olup¹⁰⁰ aralarında öncelik sıralaması olan iletişimin denetlenmesi, teknik araçlarla izleme ve gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirlerine “aynı anda ve birlikte karar verilemeyeceği” kanaatindedir¹⁰¹. Yüksek Mahkeme’nin bu görüşüne katılmamız mümkün değildir. 5271 sayılı Kanun’un yetkili mercilere tanıdığı söz konusu yetkilerle ilgili olarak bu tedbirlerin eş zamanlı surette uygulanmasını engelleyen hiçbir yasal kısıtlama yoktur.

V. UYGULANDIĞI KİŞİ

5271 sayılı Kanun’da teknik araçlarla izleme tedbirinin uygulanacağı kişiler oldukça kısıtlı biçimde belirlenmiştir: şüpheli veya sanık (CMK m. 140/1).

⁹⁶ Cankat Taşkın, “İletişimin Denetlenmesi ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirinin AİHM İçtihatları Işığında İncelenmesi”, Bursa Barosu Dergisi, Cilt: 32, Sayı: 84, Eylül 2008, s. 34. Ayrıca Bkz: Şahin-Göktürk, s. 399.

⁹⁷ Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 444.

⁹⁸ Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 445.

⁹⁹ Şahin-Göktürk, s. 399; Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 450.

¹⁰⁰ Yenisey-Nuhoğlu, s. 487.

¹⁰¹ Yargıtay 18. Ceza Dairesi, E. 2015/29744, K.2015/4468, 09.07.2015, Hukuktürk Veri Tabanı, www.hukukturk.com, erişim tarihi: 27.01.2021.

Örneğin arama ve elkoyma tedbirleri ilgili üçüncü kişilere ya da zorla getirme ve disiplin hapsi tanığa uygulanabilirken; teknik araçlarla izlemenin üçüncü kişilere ya da tanıklara uygulanması olanaksızdır. Ayrıca, şüpheli ya da sanıkla ilgili delil elde etmek amacıyla da olsa tedbirin mağdur hakkında uygulanması, örneğin mağdurun üzerine mikrofon ya da kamera yerleştirilmesi hukuka aykırı olacaktır¹⁰². Yine de tedbirin yapısı gereği kaçınılmaz olarak, şüpheli ya da sanık ile herhangi bir sebeple ilişki kuran diğer kişilerin dolaylı biçimde de olsa teknik izlemeye maruz kalmaması imkânsızdır¹⁰³.

Öte yandan, bu tedbirin uygulanması sırasında tedbirin uygulandığı şüpheli ya da sanığın diğer kişilerle konuşması ya da onlarla birlikte yaptıkları faaliyetler de izlenebilir; ancak bu suretle diğer kişilerle ilgili olarak elde edilebilecek deliller “teknik araçlarla izleme sonucu elde edilen delil” değil, “tesadüfen elde edilen delil” kategorisinde yer alır. Dolayısıyla hukuki rejimi de farklıdır. O yüzden, tedbire maruz kalan şüpheli ya da sanığın ilişki kurduğu diğer kişiler, hiçbir şekilde teknik araçlarla izlemenin uygulandığı kişi olarak değerlendirilemeyecektir.

Tedbirin uygulandığı yerde şüpheli ya da sanığın bulunmadığı süre boyunca izlemeye ara verilmesi isabetli olacaktır¹⁰⁴. Çünkü bu yerde şüpheli ya da sanığın bulunmadığı zamanlarda başka kişilerin bulunması mümkün olup şüpheli veya sanık olmayan bu kişilerin özel hayatının gizliliğinin tedbirin amacına aykırı biçimde ihlal edilmemesi gerekir¹⁰⁵.

CMK m. 140’ta, m. 135/3’te olduğu gibi kişi bakımından uygulamayı dolaylı denetim açısından da sınırlandıran bir hüküm yoktur. Bu yüzden tedbirin uygulandığı yerde bulunan kişiler arasında şüpheli ya da sanığın tanıklıktan çekinebilecek düzeyde yakınlığı olan kişilerin bulunmasının mümkün olduğu ileri sürülebilir¹⁰⁶. Ancak ceza muhakemesi hukukunda kıyas yapılabileceğine göre, CMK m. 135/3’ün kıyasen m. 140’ta düzenlenen tedbire tatbik edilmesi, böylece tedbirin uygulandığı yerde şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerin bulunması halinde teknik araçlarla izlemenin uygulanmaması daha isabetli olacaktır.

VI. UYGULAMA ALANI

A. Genel Olarak

Teknik araçlarla izleme tedbiri, CMK m. 140/1 uyarınca, yalnızca “şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri”ni konu alır¹⁰⁷.

¹⁰² Özen, s. 584.

¹⁰³ Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 451.

¹⁰⁴ Centel-Zafer, s. 504.

¹⁰⁵ Bkz: Centel-Zafer, s. 504.

¹⁰⁶ Ünver-Hakeri, s. 479.

¹⁰⁷ Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 447; Yenisey-Nuhoğlu, s. 489; Centel-Zafer, s. 506-507; Şahin-

Yalnızca söz konusu hükmün varlığı dahi bu tedbirin konutta uygulanmasına engel teşkil edecekken, kanun koyucu, CMK m. 140/5'te tedbirin konutta uygulanamayacağını açıkça düzenleme ihtiyacı hissetmiştir. Oysa 4422 sayılı Kanun'da çıkar amaçlı suç örgütleriyle ilgili suçlar bakımından teknik izleme tedbirinin konutta uygulanması açıkça düzenlenmişti¹⁰⁸. Konutta bu tedbirin uygulanması özel hayatının gizliliğini ciddi düzeyde ihlal edebilecek potansiyelde olup Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin belirttiği, tedbir faaliyeti ile özel yaşam arasında bir oranın bulunması¹⁰⁹ kıstasının sağlanması mümkün görünmemektedir. Diğer yandan, konutta teknik araçlarla izleme tedbiri uygulanamazken iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabilmesi, teknik araçlarla izlemede sadece sesin değil, görüntünün de alınmasının mümkün olmasıyla ilişkilendirilebilecektir¹¹⁰.

CMK m. 140'ta tedbirin konutta uygulanamayacağı açık olmasına karşılık, “kamuya açık yer”, “konut” ve “işyeri” kavramlarının tanımı için aynı şeyi söylemek mümkün değildir.

B. Kamuya Açık Yer ya da Konut Olmayan Yer

1. Kavram

“Kamuya açık yer” kavramı, kural olarak, konut niteliği taşıyan mekanlar dışında kalan, aleni olan, insanların serbest bir şekilde girip çıkabildiği her yeri ifade etmek için kullanılmaktadır¹¹¹. Toplu ulaşım vasıtalarının ya da otogar, terminal, tapınak gibi yerlerin kamuya açık yer olduğu aşikardır¹¹². Bir kimsenin içinde yaşadığı konut ise, kamuya açık olmayan, herkesin serbestçe girip çıkamadığı bir yeri ifade eder¹¹³. Dolayısıyla “kamuya açık yer” kavramının tanımı mefhumu muhalefet yöntemiyle konutun zıddı olarak belirlemektedir. Bu durumda “kamuya açık yer”in ne olduğunu belirlemek için konutun ne olduğunu ortaya koymak gerekir.

Göktürk, s. 402; Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma Gezer-Saygılar Kırıt-Alan Akcan-Özaydın-Erden Tütüncü-Altınok Villemin-Tok, s. 581; Özen, s. 579; Ünver-Hakeri, s. 475.

¹⁰⁸ Centel-Zafer, s. 507, 366 numaralı dipnot; Öztürk-Eker Kazancı-Soyer Güleç, s. 330. Bu durum eleştiriye konu olmuştur. Centel-Zafer, s. 507, 366 numaralı dipnot. Öte yandan konutta teknik izlemenin ancak anayasa değişikliğiyle mümkün olabileceği konusunda olumlu ve olumsuz görüşler belirtilmiştir. Öztürk-Eker Kazancı-Soyer Güleç, s. 330, 437 numaralı dipnot.

¹⁰⁹ Öztürk-Eker Kazancı-Soyer Güleç, s. 330, 438 numaralı dipnot.

¹¹⁰ Şahin-Göktürk, s. 402.

¹¹¹ Yurtcan, s. 473; Yenisey-Nuhoglu, s. 489; Öztürk-Eker Kazancı-Soyer Güleç, s. 330; Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma Gezer-Saygılar Kırıt-Alan Akcan-Özaydın-Erden Tütüncü-Altınok Villemin-Tok, s. 581; Özen, s. 580.

¹¹² Mehmet Tamöz-Hüseyin Kocabey, Türk Hukukunda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan Önleme ve Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi Teknik Araçlarla İzleme, Ankara: Yaklaşım Yayınları, 2009, s. 168.

¹¹³ Yurtcan, s. 473.

Konut, Türk Dil Kurumu Sözlüğü'ne göre “insanların içinde yaşadıkları ev, apartman vb. yer, mesken, ikametgâh” anlamına gelir¹¹⁴. Ancak konut ile ikametgâhın hukuken farklı anlamlara geldiği açık olduğuna göre konut ikametgâha indirgenemeyecektir¹¹⁵. Fakat ikametgâhı her halde konut saymak isabetli olacaktır¹¹⁶. Sözlüğün tanımından yola çıkılarak söylenebilecek şey, konut için asıl ayırt edici olanın yapısı, türü ya da nasıl adlandırıldığı değil; insanın içinde yaşadığı bir yer olmasıdır. Nitekim konutun (“ev”in) “barınma yeri” olarak tarif edildiği de görülmektedir¹¹⁷. Bu çıkarım ışığında teknik araçlarla izleme bağlamında “kamuya açık yer”in *insanın içinde yaşamadığı, barınmadığı her yer* olarak tanımlanması yanlış olmayacaktır. Dolayısıyla bir insan eğer çalıştığı işyerinde ya da herhangi bir yerde, bir barakada, çadırda, hatta karavanda¹¹⁸ yaşıyorsa, orası söz konusu tedbir bağlamında “kamuya açık olmayan yer” ve “konut” sayılmalıdır. Bu sebeple teknik araçlarla izlemenin şüpheli ya da sanığın barındığı, yaşadığı hiçbir yerde uygulanması mümkün olmamalıdır.

Yargıtay'ın teknik araçlarla izleme bağlamında konut kavramını geniş yorumladığı söylenebilir. Yüksek Mahkeme'ye göre, “CMK'nun 140. maddesinin birinci ve beşinci fıkraları birlikte değerlendirildiğinde, ... *konut veya konut niteliğinde kabul edilen yerlerdeki faaliyetleri için teknik araçlarla izleme koruma tedbirine müracaat edilmesi mümkün değildir*”¹¹⁹.

CMK m. 140/5'te öngörülen tedbirin konutta uygulanması yasağı, konut dokunulmazlığı temel hakkının bu hakla çatışan maddi gerçeğe erişme amacına tercih edilecek kadar önemsendiği şeklinde yorumlanabilir¹²⁰. Bu bağlamda, konutun CMK m. 140 bağlamındaki anlamını belirlemek hususunda, yine konut dokunulmazlığını koruyan TCK m. 116'da düzenlenen konut dokunulmazlığını ihlal suçu bağlamındaki tespitlerden faydalanılırsa¹²¹ da benzer bir sonuca ulaşmak olasıdır. Konut, “kişinin fiilen içinde oturduğu” ve bu niyetle içinde yaşadığı, özel yaşamını sürdürdüğü, sürekli veya geçici yer olarak; tren kompartımanından otel odasına, yurttan kalan bir öğrencinin

¹¹⁴ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, erişim tarihi: 30.11.2020.

¹¹⁵ Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 447; Özen, s. 580.

¹¹⁶ Yasin Sezer-Ali İhsan İpek-Engin Parlak, Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı, Teknik Araçlarla İzleme, Ankara: Seçkin Yayınları, 2012, s. 258.

¹¹⁷ Yurtcan, s. 473.

¹¹⁸ Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 447.

¹¹⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2012/1283, K. 2014/430, 21.10.2014, Kararara İçtihat Arama Motoru, www.kararara.com, erişim tarihi: 27.01.2021.

¹²⁰ Yurtcan, s. 474. Cezai adaletin işlevi açısından bakıldığında, çatışan amaç ya da yararların tespiti ve bunların hangi norm tarafından düzenlendiği başlı başına ölçülülük prensibi bakımından da önem arz eder. Mustafa Ruhan Erdem, Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Ankara: Seçkin Yayınları, 2001, s. 219.

¹²¹ Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 447.

odasından bir konteynere kadar pek çok şekle bürünebilir¹²². Bu noktada altı çizilmesi gereken husus, içinde yaşama niyeti olduğu ve fiilen yaşandığı süreçte geçici ya da hareket edebilen bir yerin de konut olarak görülmesi gerekliliğidir.

Konut kişinin özel hayat alanı kapsamında yer alır¹²³. Zaten konutta teknik araçlarla izlemenin yasaklanması, bu tedbirin görüntü alınmasını da kapsamı dolayısıyla, özel hayatın gizliliği prensibinden kaynaklanır¹²⁴. Konutun anlamının belirlenmesinde, özellikle CMK m. 140/5'teki hüküm dikkate alınarak “özel hayat” kıstası esas alınır, kamuya açık alanın herkese açık alan anlamına gelmediği, okuldaki sınıf gibi yerlerde teknik araçlarla izleme yapılabileceğini söylemek mümkündür¹²⁵.

CMK m. 140'a uygun olarak alınan karara dayandığı süreçte, ulaşım vasıtalarında teknik araçla izleme tedbiri uygulanabilir¹²⁶. Otomobil, konut işleviyle kullanılmadığı süreçte, teknik araçlarla izlemenin konusu olabilir¹²⁷. Ancak kanaatimizce hareket edebilen tüm vasıtalar için her zaman aynı durum geçerli değildir. Örneğin karavanda yaşayan bir kişi için söz konusu tedbir konut olarak sayılabilecek bu yerde uygulamak isabetli olmayacaktır.

Oteller ile ilgili olarak yer bakımından bir ayırım yapmakta fayda vardır¹²⁸. Otelin şüpheliye ya da sanığa özgülenen odası “konut” statüsünde; ancak lobi, lokanta, spor salonu gibi alanları “kamuya açık yer” statüsünde değerlendirilmelidir¹²⁹.

Bir yerin konut olma niteliği tespit edildikten sonra, izlemenin nasıl gerçekleştirildiği hususu, tedbirin uygulanıp uygulanmaması açısından önem taşımaz. Teknolojik imkanlarla konutun içerisinin dışarıdan izlenmesi ile önceden yerleştirilen teknik araç marifetiyle konutun içeriden izlenmesi arasında bu açıdan fark yoktur¹³⁰.

Öte yandan, teknik araçlarla izlemenin konutta uygulanma yasağından dolayı suçların işyeri ya da kamuya açık yerlerden çok konutta işlenmeye başladığı yönünde bir gelişme olduğundan söz edilmektedir¹³¹. Ancak, bu durumda kıyas yoluna başvurularak, temel hak ve hürriyetlere ağır bir müdahale

¹²² Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 447.

¹²³ Yurtcan, s. 473.

¹²⁴ Şahin-Göktürk, s. 402.

¹²⁵ Özen, s. 580.

¹²⁶ Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 448.

¹²⁷ Öztürk-Eker Kazancı-Soyer Güleç, s. 330; Özen, s. 580; Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma Gezer-Saygılar Kırıt-Alan Akcan-Özaydın-Erden Tütüncü-Altınok Villemin-Tok, s. 581.

¹²⁸ Yurtcan, s. 473.

¹²⁹ Yurtcan, s. 473.

¹³⁰ Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma Gezer-Saygılar Kırıt-Alan Akcan-Özaydın-Erden Tütüncü-Altınok Villemin-Tok, s. 581; Özen, s. 580; Öztürk-Eker Kazancı-Soyer Güleç, s. 330.

¹³¹ Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 447.

oluşturan teknik araçlarla izleme koruma tedbirinin istisnaen de olsa konutta uygulanması, ceza muhakemesi hukukunun kısıtlayıcı kurallarda kıyas yasağı karşısında kabul görmemelidir¹³².

2. Eleştiri ve Değerlendirme

CMK m. 140 uyarınca teknik araçlarla izlemenin uygulama alanının, iletişimin denetlenmesi tedbirinin aksine, kamuya açık yerler ve işyeri ile sınırlandırılıp konutun dışarıda bırakılması bazı yazarlarca eleştirilmektedir¹³³. Buna göre, düzenlemenin söz konusu şekilde olması, şüpheli ya da sanığın, evinde ya da konut olarak kullandığı çiftliğinde uyuşturucu imal ve ticaretiyle, kara para aklamayla, çocuk pornografisiyle veya suç işlemek amacıyla örgütsel faaliyetlerle iştigal etmesi muhtemel olduğundan; özellikle de yasal boşluklardan yararlanma özelliğine sahip örgütlü suçlulukla mücadelede zaafiye yol açacak nitelikte olduğundan; hiç olmazsa bazı suçlar bakımından konutta teknik araçlarla izleme mümkün olmalıdır¹³⁴. Bu noktada konutta teknik izlemenin yasaklanması için özel hayatın gizliliği yeterli bir gerekçe teşkil etmez; çünkü özel hayatın gizliliği başka koruma tedbirleriyle de ihlal edilmektedir¹³⁵.

Bu eleştirilerde belli ölçüde haklılık payı vardır. Gerçekten, başta örgütlenme suçları ve mafya ya da terör örgütü faaliyeti kapsamında işlenen suçlar olmak üzere bazı suçlar ancak profesyonel faillerce işlenebilmektedir. Bu faillerin teknik araçlarla izlemede konutun müstesna tutulması bilgisine sahip olması, bu bilgiye dayanarak suç faaliyetlerini konutta yürütmeleri çok da ihtimal dışı sayılamaz. Öte yandan, teknik araçlarla izleme, diğer tedbirlerle, örneğin arama tedbiriyle kıyaslandığında; teknik araçlarla izlemenin özel hayatın gizliliğini çok daha fazla kısıtladığı bir vakıadır. Hatta bu tedbirin telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine kıyasla da özel hayatın gizliliğini daha ağır düzeyde ihlal ettiği söylenebilir. Bu açıdan, kural olarak, teknik araçlarla izlemenin şartlarının farklı olması doğaldır. Sözü edilen suçlara ilişkin hallerde arama tedbiri yoluyla da delil elde edilebileceğinden, teknik araçlarla izlemenin konutta uygulanabilir hale getirilmesine gerek olmadığı savunulabilmektedir. Kaldı ki teknik araçlarla izleme tedbirinin konutta uygulanması, başta cinsel yaşam olmak üzere hayatın kesinlikle müdahale edilemez gizli alanına müdahale şeklinde ağır ve telafi edilemez bir sonuç yaratacaktır. Neticede, teknik araçlarla izlemenin konutta icra edilebilir hale getirilmesi, tedbirin hukuka aykırı şekilde kötüye kullanımına yol açabilir.

¹³² Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 447-448.

¹³³ Ünver-Hakeri, s. 475.

¹³⁴ Ünver-Hakeri, s. 475.

¹³⁵ Ünver-Hakeri, s. 475.

C. İşyeri

İşyerinin hukuki kapsamını belirlemek, “kamuya açık yer”e kıyasla daha güç görünmektedir¹³⁶. İşyerinin sözlük anlamı “bir görevin yapıldığı” ya da “işçinin iş sözleşmesine göre çalıştığı yer”dir¹³⁷. Ancak bu iki alternatif tanımdan “bir görevin yapıldığı yer” tanımı, CMK m. 140 bağlamında işyeri için daha uygun görünmektedir; zira teknik araçlarla izlemenin uygulama alanı sınırlanırken, asıl mesele işçinin iş sözleşmesi bakımından statüsü değildir. Sadece işçinin değil, işverenin ya da kendi işini yapan bir kişinin çalıştığı yer de teknik araçlarla izleme açısından işyeri sayılmalıdır.

İşyerinin İş Kanunu’ndaki tanımına başvurulursa, “işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim” anlamı ortaya çıkmaktadır; ancak bu tanım da CMK m. 140 bakımından yetersiz ve elverişsizdir¹³⁸. İşyeri, esas itibarıyla “iş görülen” her yerdir¹³⁹. Sadece fabrikalar değil, atölye ya da ofis gibi yerler, işverenin olmadığı, kişinin tek başına çalıştığı yerler de işyeri statüsündedir¹⁴⁰.

İşyeri kavramı, “kamuya açık alan” kavramıyla da bağlantılıdır. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, Yargıtay’ın “kamuya açık alan” konusundaki yaklaşımı, kavramın kapsamını genişletici mahiyette olup bir kararında gümrük biriminde çalışan görevlilerin “peronlardaki faaliyetinin ‘işyerinde’ sayılamayacağı, özel hayat beklentisi bulunamayacağı” belirtilmektedir¹⁴¹.

İzin ile girilebilen/izne tabi olmaksızın girilebilen işyeri ayrımı çerçevesinde, izin ile girilebilen işyerlerinin konut ya da kamuya açık alan niteliklerinin ikisini de taşımadığı, bu yüzden tedbirin uygulanması bakımından statüsünün tartışmalı olduğu düşünülmektedir¹⁴².

Konut dokunulmazlığını ihlal suçuna ilişkin Türk Ceza Kanunu’ndaki düzenleme, işyerinin mahiyeti bakımından dikkate alınabilir. Suçu düzenleyen hükmün işyerine ilişkin kısmının koruma alanı, büro ya da muayenehane gibi girilmesi açık bir rızayı gerektiren işyerleriyle sınırlıdır¹⁴³. Bu suçu düzenleyen ve “açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutad” olmayan işyerini suç kapsamına dahil eden TCK m. 116’nın (2. fıkra) aksine, işyeri açısından CMK m. 140’ta izinle girilebilme kriterine göre ayırım yapılmaması eleştiriyeye açıktır¹⁴⁴. TCK m. 116 ile özel hayatın gizliliğinin korunduğu kabulüne

¹³⁶ Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 447.

¹³⁷ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, erişim tarihi: 01.12.2020.

¹³⁸ Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 447.

¹³⁹ Yurtcan, s. 473.

¹⁴⁰ Yurtcan, s. 473.

¹⁴¹ Yenisey-Nuhoğlu, s. 489.

¹⁴² Özen, s. 580.

¹⁴³ Centel-Zafer, s. 503.

¹⁴⁴ Özen, s. 580.

dayanarak yapılacak CMK m. 140/5'in amaçsal yorumu göz ardı edilirse; mevcut düzenlemenin lafzından, ancak izinle girilebilen işyerlerinin dahi tedbire konu olabileceği sonucunu çıkarmak mümkündür¹⁴⁵. Fakat girilmesi açık bir rızayı gerektiren işyerlerinde CMK m. 140'ın uygulanamayacağı, böyle bir uygulamanın TCK m. 116/2 uyarınca hukuka uygunluk sebebi değil, suç teşkil edeceği ve bu yolla temin edilen delillerin hukuka aykırı delil olmasına yol açacağı da söylenebilir¹⁴⁶.

CMK m. 140'ta yer alan “işyeri” teriminin ancak açık bir rızayla girilmesi mümkün olan işyerlerini kapsayıp kapsamadığı sorunun çözümünde öncelikle *olması gereken* hukuk ile *olan* hukuk arasında ayırım yapmak gerekir. Kanaatimizce ancak açık bir rızayla girilmesi mümkün olan işyerleri, mahiyet olarak konuta daha yakın bir nitelikte olup herkesin girip çıkabileceği işyerlerine kıyasla özel hayatın gizliliğinin daha çok korunması gereken bir alandır. Bu yüzden CMK m. 140'ta işyerleri arasında açıkça ayırım yapılması ve teknik araçlarla izlemenin ancak açık bir rızayla girilebilen işyerlerinin tedbir kapsamı dışında *olması gerekirdi*. Fakat yürürlükteki, *olan* hukuka göre sorunun çözümünde hukuk kurallarının yorum ilkelerine başvurmak isabetli olacaktır. “*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*” (“Kanunun ayırım yapmadığı yerde, bizim de ayırım yapmamamız gerekir”) ilkesi uyarınca kanunun genel mahiyette bir terim kullandığı durumlarda bu terimi genel anlamıyla kabul etmek, kanunda özel olarak belirtilmeyen bir ayrımı esas almamak gerekmektedir¹⁴⁷. Bu ilke ışığında söz konusu sorun incelendiğinde, CMK m. 140'ta “işyeri” teriminin genel anlamıyla kullanıldığı, kanun koyucunun ancak açık bir rızayla girilebilecek/herkesin girip çıkabileceği şeklinde işyeri türleri arasında ayırım yapmadığı görülmektedir. Bu nedenle yürürlükteki, *olan* hukuk çerçevesinde, “işyeri” statüsünde ve işlevinde olan her yer kural olarak teknik araçlarla izleme tedbirinin konusu olabilir. Diğer taraftan, yukarıda da belirttiğimiz gibi, kanun koyucunun CMK m. 140'ta değişiklik yaparak tedbirin uygulama alanı olarak “işyeri” terimini daraltması, ayırım yapması ve “açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutlak olan” olarak nitelemesi gerekir.

Hızlı modernleşme, kentleşme, küreselleşme ve ağ toplumu haline gelme süreciyle, kişinin içinde yaşadığı yerin işyeri olarak kullanılması giderek yaygınlaşmaktadır. Bu durumda, CMK m. 140 bağlamında, *home-office* yöntemiyle çalışılan yerin statüsü konut mu, yoksa işyeri mi olacaktır? Bir görüşe göre bu sorunun cevabı açıktır: konutun aynı zamanda işyeri olarak kullanımı yasal ise, ilgili yerin yatak odası, banyo gibi konut işlevi gören

¹⁴⁵ Özen, s. 580-581.

¹⁴⁶ Centel-Zafer, s. 503.

¹⁴⁷ Kemal Gözler, “Yorum İlkeleri”, Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Ankara: Kamu Hukukçuları Platformu-Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2013, s. 57.

kısımları hariç, “konut-işyeri”nde tedbir uygulanabilir¹⁴⁸. Bir diğer görüşe göre, işyerinin belli bir kısmının ister belli saatler arasında, isterse tümüyle konut olarak kullanılması halinde işyerinin söz konusu kısmında, teknik araçlarla izleme tedbiri uygulanamaz¹⁴⁹. Eğer soruşturma sürecinde konutun “işyeri” statüsü taşıdığı şüpheliyse, alternatif delil temin etme yöntemleri varken geniş yoruma başvurularak teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulması, ceza muhakemesinde kısıtlayıcı kurallar bakımından kıyas yasağına ve insan onurunun dokunulmazlığı prensibine aykırılık oluşturur¹⁵⁰. Amaçsal yorumu esas alan bir başka görüşe göre, *home-office* yöntemiyle çalışılan yerin statüsü, CMK m. 140’ta öngörülmeyp; ilgili yer, işyeri olarak kullanılsa bile aynı zamanda konut olarak kullanıldığı için hükmün son fıkrasındaki kısıtlama kapsamındadır¹⁵¹. Bu sebeple teknik araçlarla izlemenin, hem konut hem işyeri olarak kullanılan yerde uygulanması hukuka aykırı sayılmalıdır¹⁵². Kanaatimizce, konut *işlevi* olan her yer, ilaveten başka işlevlere sahip olsa da “konut” sayılması gerektiğinden, mevcut düzenleme dikkate alınırca, CMK m. 140/5 kapsamında olup teknik araçlarla izlemenin konusu olamaz. Eğer konut işleviyle kullanılan yer, CMK m. 140/5 bağlamında “konut” sayılmazsa, söz konusu hükümdeki istisnanın anlamı ve işlevi kalmaz. Yetki (teknik araçlarla izleme tedbirinin kapsamı) dar, özgürlük (özel hayatın gizliliği) geniş yorumlanmalıdır¹⁵³. Bu önermeye istisnaların dar yorumlanacağı¹⁵⁴ savıyla karşı çıkılamaz; çünkü burada konut terimi (istisna) geniş yorumlanmamakta, sadece işlev olarak standart anlamı (içinde yaşanan yer) korunmaktadır.

D. Müdafinin Bürosu, Konutu ve Yerleşim Yeri

İletişimin denetlenmesi tedbirinde, şüpheli veya sanığa izafe edilen suç nedeniyle müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında bu tedbirin uygulanması mümkün değildir (CMK m. 136). Buna karşılık, teknik araçlarla izleme tedbiriyle ilgili olarak müdafiyeye özgü böyle bir düzenleme bulunmamaktadır¹⁵⁵. Fakat 136. maddenin kıyas yoluyla uygulanarak, avukatın müdafiliğini üstlendiği şüpheli ya da sanığın soruşturulması ve kovuşturulmasına ilişkin kamuya açık yerlerdeki faaliyetlerinin ve işyerinin teknik araçlarla izleme tedbirine konu edilememesi gerekir¹⁵⁶.

¹⁴⁸ Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 448.

¹⁴⁹ Centel-Zafer, s. 504.

¹⁵⁰ Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 448.

¹⁵¹ Ünver-Hakeri, s. 476; Yaşar, s. 1439.

¹⁵² Ünver-Hakeri, s. 476.

¹⁵³ Söz konusu prensip için bkz: Gözler, s. 79 vd.

¹⁵⁴ Bkz: Gözler, s. 59 vd.

¹⁵⁵ Öztürk-Eker Kazancı-Soyer Güleç, s. 330; Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 447.

¹⁵⁶ Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 447; Öztürk-Eker Kazancı-Soyer Güleç, s. 330.

VII. SUÇ BAKIMINDAN UYGULAMA KAPSAMI

Teknik araçlarla izleme tedbirini, yakalama, adli kontrol ya da arama gibi koruma tedbirlerinin aksine, her suçla ilgili olarak uygulanamaz.

Tedbirin suç bakımından uygulama kapsamı, büyük ölçüde 5271 sayılı Kanun'un 140. maddesinde sayma yöntemiyle belirtilmiştir. Bu suçlar, 5237 sayılı Kanun'da düzenlenen göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (m. 79, 80), organ veya doku ticareti (m. 91), kasten öldürme (m. 81, 82, 83), nitelikli hırsızlık (m. 142) ve yağma (m. 148, 149), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (m. 188), parada sahtecilik (m. 197), suç işlemek amacıyla silahlı örgüt kurma (m. 220/3), fuhuş (m. 227), ihaleye fesat karıştırma (m. 235), tefecilik (m. 241), rüşvet (m. 252), suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (m. 282), devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak (m. 302), Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (m. 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316), Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (m. 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337); Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'da tanımlanan silah kaçakçılığı (m. 12) suçları; Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar ve Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 68. ve 74. maddelerinde tanımlanan suçlardan ibarettir.

Teknik araçlarla izleme tedbirinin uygulanabileceği suçların hem suçun önemi ve cezasının ağırlığı, hem de suçun yapısının söz konusu tedbirle delil elde etmeye elverişli olması kıstaslarıyla belirlendiği söylenebilir.

Belirtmek gerekir ki, teknik araçlarla izleme tedbirinin uygulanabileceği suçlar CMK m. 140'ta sayılanlardan ibaret değildir¹⁵⁷. Çeşitli kanunların öngördüğü hükümler ile başka bazı suçlarda da bu tedbir uygulanabilir hale getirilmiştir. Bu suçlar arasında öncelikle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 228. maddesinde düzenlenen kumar oynanması için yer ve imkan sağlama suçunun bazı nitelikli hallerinin (üçüncü fıkradaki, suçun bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesi ile dördüncü fıkradaki, suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hallerinin) yer aldığını belirtmekte fayda vardır (7258 sayılı Kanun, m. 5/6¹⁵⁸). Suç ve ceza içeren özel bir kanunla esasen Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen bir suçun teknik araçlarla izleme tedbirinin suç bakımından uygulama kapsamına dahil edilmesi dikkate şayandır¹⁵⁹.

Ayrıca terörizmin finansmanı (6415 sayılı Kanun, m. 4/7¹⁶⁰), esrar elde

¹⁵⁷ Centel-Zafer, s. 506, 365 numaralı dipnot; Şahin-Göktürk, s. 400.

¹⁵⁸ 7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un ilgili hükmüne 15 Ağustos 2017 tarihli ve 694 sayılı KHK'nın 23. maddesi ve bu hükmün aynen kabulünü öngören 1 Şubat 2018 tarihli ve 7078 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle söz konusu altıncı fıkra eklenmiştir.

¹⁵⁹ Şahin-Göktürk, s. 401, 550 numaralı dipnot.

¹⁶⁰ 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun'un ilgili hükmüne

etmek amacıyla kenevir ekmek (2313 sayılı Kanun, m. 23/6¹⁶¹) ve spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli ve müşterek bahis veya şans oyunlarını oynatmak ya da oynanmasına yer veya imkân sağlamak, yurt dışında oynatılan spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarının internet yoluyla ve sair suretle erişim sağlayarak Türkiye'den oynanmasına imkân sağlamak, spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunları ile bağlantılı olarak para nakline aracılık etmek, kişileri reklam vermek ve sair surette spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarını oynamaya teşvik etmek (7258 sayılı Kanun, m. 5/6¹⁶²) suçlarıyla ilgili olarak da teknik araçlarla izleme koruma tedbirine başvurulması mümkündür.

Tedbirin uygulandığı suçların bireysel olarak ya da örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesinin tedbirin uygulanabilirliği açısından önemi yoktur; her iki durumda da tedbire konu olabilir¹⁶³.

Doktrinde istisnai olarak katalog suç sisteminin tamamen devre dışı bırakılması yönünde görüşler vardır¹⁶⁴. Tedbirin uygulama alanını aşırı genişletebileceği için bu görüşe katılmamız mümkün değildir.

Teknik araçlarla izlemenin suç bakımından uygulama kapsamının yetersiz olduğu, örnek olarak müstehcenlik suçundaki çocuk pornografisine yönelik fiillerin bu kapsama dahil edilmesi gerektiği yönünde görüşlere de rastlanmaktadır¹⁶⁵. Gerçekten, teknolojinin sağladığı imkânların suç işleme biçimlerini çeşitlendirdiği dikkate alınırsa, bu görüşlerde haklılık olduğunu söylemek lazımdır. Kanaatimizce, kamu düzenini silahlı olmamakla birlikte tehdit altına alan, özellikle ekonomik ya da mafya tipi suç örgütlerinin varlığı gözetilirse sadece silahlı değil, diğer suç işlemek amacıyla örgütlenme fiilleri ya da kamu idaresinin güvenilirliğini ciddi düzeyde sarsan icbar suretiyle irtikap suçu gibi önemli suçlar da bu kapsama dahil edilmelidir.

14 Nisan 2016 tarihli ve 6704 sayılı Kanun'un 29. maddesiyle söz konusu yedinci fıkra eklenmiştir.

¹⁶¹ 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun'un ilgili hükmüne 15 Ağustos 2017 tarihli ve 694 sayılı KHK'nın 10. maddesi ve bu hükmün aynen kabulünü öngören 1 Şubat 2018 tarihli ve 7078 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle söz konusu altıncı fıkra eklenmiştir.

¹⁶² 7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un ilgili hükmüne 15 Ağustos 2017 tarihli ve 694 sayılı KHK'nın 23. maddesi ve bu hükmün aynen kabulünü öngören 1 Şubat 2018 tarihli ve 7078 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle söz konusu altıncı fıkra eklenmiştir.

¹⁶³ Özen, s. 581.

¹⁶⁴ Süheyl Donay, Ceza Yargılama Hukuku, 2. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2012, s. 177.

¹⁶⁵ Ünver-Hakeri, s. 474.

VIII. YETKİLİ MERCİ

Soruşturma evresinde teknik araçlarla izleme tedbiri kararını verme konusunda¹⁶⁶ asli yetki hâkime ait olmakla birlikte gecikmede sakınca olan hâllerde Cumhuriyet savcısı da bu hususta yetkilidir¹⁶⁷. Ancak, tedbire Cumhuriyet savcısının karar verdiği hallerde bu kararın yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulması gerekir. Bu durumda, hâkim kararını en geç yirmi dört saat içinde vermezse veya hâkim Cumhuriyet savcısının tedbir kararını uygun bulmazsa teknik araçla izlemeyle elde edilen kayıtlar derhâl imha edilmelidir (CMK m. 140/2). Dolayısıyla, teknik araçlarla izlemede Cumhuriyet savcısının asli ve süresiz sonuç yaratabilecek bir yetkisinin varlığından söz etmek mümkün değildir.

Soruşturma evresinde tedbir için talepte bulunulması gerekecek midir? Bu konuda açık hüküm yoktur. Ancak Cumhuriyet savcısının sulh ceza hâkiminden tedbir talebinde bulunması usulünün geçerli olacağını kabul etmek gerekir¹⁶⁸. Fakat talep gibi önemli bir usuli işlemin yasayla açıkça düzenlenmemesi eleştiriye açıktır¹⁶⁹.

Teknik araçlarla izleme tedbirine kovuşturma evresinde de başvurulabileceği ileri sürülmektedir¹⁷⁰. Fakat CMK m. 140'ta yetkili merci olarak "hâkim"den söz edilmekte, "mahkeme"den söz edilmemektedir. Kanun koyucu, örneğin gözlem altına alma tedbirinde (CMK m. 74/1) ve tutuklamada (CMK m. 101/1), yetkinin soruşturma evresinde sulh ceza hâkimine, kovuşturma evresinde ise mahkemeye ait olduğunu açıkça düzenlemiştir. Bu durumda, kovuşturma sürecinde teknik araçlarla izleme tedbirinin uygulanması gerekirse, CMK m. 140'ın lafzına bağlı kalınarak "hâkim" kararına mı, yoksa yargılamayı yapan mahkemenin kararına mı ihtiyaç bulunmaktadır? Lafzi yorum "hâkim"i, gai yorum ve kovuşturmada re'sen delil temini prensibi "mahkeme"yi işaret etmektedir¹⁷¹. Ancak bu hususta, yetkili mercinin mahkeme olduğu belirtilmektedir¹⁷². CMK m. 140'ta her ne kadar "mahkeme"nin yetkisinden

¹⁶⁶ Centel-Zafer, s. 507.

¹⁶⁷ Yakın sayılabilecek geçmişte, 21 Şubat 2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanun'la (m. 14) CMK m. 140 değiştirilmiş, bu tedbire ağır ceza mahkemesi tarafından oy birliğiyle karar verilmesi hükmüne bağlanmıştı. Ancak 24 Kasım 2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanun'la (m. 28) bu değişiklik geri alınmış, mevcut duruma dönmüştür. Kuşkusuz, iki düzenleme arasındaki dönemde, ağır ceza mahkemesinin suç işlediği sabit olan biri için mahkumiyet kararını oyçokluğuyla alabilmesi, ancak suç işlediği sabit olmayan biri için uygulanacak, geçici bir tedbir hakkında ise oybirliğiyle karar vermesinin gerekmesi eleştiriye açıktı. Centel-Zafer, s. 507, 370 numaralı dipnot.

¹⁶⁸ Özen, s. 584; Yenisey-Nuhoglu, s. 488.

¹⁶⁹ Yenisey-Nuhoglu, s. 488.

¹⁷⁰ Ünver-Hakeri, s. 474.

¹⁷¹ Özen, s. 583.

¹⁷² Şahin-Göktürk, s. 402; Özen, s. 583.

söz edilmese de kovuşturma evresinde ceza muhakemesi sürecine egemen olan merci mahkeme olduğuna göre, yetkinin bu merciye ait olduğu iddia edilebilir. Bu doğrultuda mahkemenin, gerek Cumhuriyet savcısının talebi üzerine gerekse re'sen tedbir kararı alabileceği düşünülmektedir¹⁷³.

Ancak, CMK m. 140'ta yetkili merciin sınırlayıcı biçimde “hâkim” olarak belirtildiği, kanun koyucunun sınırlayıcı olarak düzenleme yaptığı hallerde kıyas yapılamayacağı göz önüne alınırsa, teknik araçlarla izlemeye kovuşturma evresinde başvurulamayacağını kabul etmek, hükümde “sanık”tan söz edilmesinin ise maddi hata olabileceğini dikkate almak daha tutarlı olacaktır. Konuya ilişkin iptal edilen Yönetmelik'in 15. maddesinde yalnızca “soruşturma”dan söz edilmesi, ayrıca tedbirin amacı ve işlevi de bu savı desteklemektedir.

IX. SÜRE

Teknik araçlarla izleme kanun koyucunun açık bir düzenlemeyle uygulanma süresini sınırlandırdığı tedbirlerdendir. Tedbirin uygulanma süresi kural olarak üç hafta olup bu sürenin gerekli görülürse bir hafta daha uzatılabilmesi mümkündür. Bir suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından ise, hâkim söz konusu süreler ek olarak her defasında bir haftadan fazla olmamak ve toplam dört haftayı geçmemek üzere uzatılmasına karar verebilir (CMK m. 140/3). Kuşkusuz söz konusu uzatmanın gerekçesi bakımından, iştirak halleri ile suç örgütü faaliyeti arasındaki ayrımı vurgulamak yararlı olacaktır¹⁷⁴. Bu şartlar çerçevesinde tedbirin ek süreler dahil en fazla sekiz hafta uygulanabileceği anlaşılmaktadır¹⁷⁵. Fakat 15 Ağustos 2017 tarihli ve 694 sayılı KHK'nın 143. maddesi ile düzenlenip 1 Şubat 2018 tarihli ve 7078 sayılı Kanun'un 138. maddesiyle aynen kabul edilerek eklenen cümleye göre ise bu tedbirin gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiriyle birlikte uygulanması halinde CMK m. 140/3'te yer alan süreler bir kat artırılarak uygulanacaktır (CMK m. 140/3, son cümle). Söz konusu yeni düzenlemenin iki tedbirin eş zamanlı olarak uygulanması durumunda mevcut yasal sürenin yetersiz kalabileceği düşüncesiyle kabul edildiği söylenebilir¹⁷⁶. Sonuçta, bir suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak bu tedbirin gizli soruşturmacı görevlendirilmesiyle birlikte uygulanma hali de dikkate alınırsa, teknik araçlarla izleme tedbirinin her halükarda en fazla on altı hafta uygulanabileceğini söylemek mümkündür¹⁷⁷.

¹⁷³ Özen, s. 584.

¹⁷⁴ Ünver-Hakeri, s. 479.

¹⁷⁵ Özbek-Doğan, Bacaksız, s. 452.

¹⁷⁶ Yurtcan, s. 474.

¹⁷⁷ Özen, s. 585.

Tedbir kararının uygulanma süresi ne zamandan itibaren işlemeye başlayacaktır? Bu konuda karar tarihi ile uygulanma tarihinden hangisinin esas alınacağı hakkında Kanun'da hüküm yoktur¹⁷⁸. Uygulanma tarihinin esas alınması, özel hayatın gizliliğinin ihlal edilme sürecini daha belirsiz hale getirecek, bu anlamda hukuki güvenlik açısından riske yol açabilecektir. O yüzden tedbirin uygulanacağı süre, karar tarihinden itibaren işlemelidir¹⁷⁹.

X. TEDBİR KARARININ İÇERİĞİ VE UYGULANMASI

Tedbir kararının içeriğinde hangi hususların bulunması gerektiğine dair yasal düzenleme yoktur. Ancak, CMK m. 135/4 kıyasen uygulanarak, yüklenen suçun türünün, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliğinin, kullanılacak teknik aracın türünün, tedbirin kapsamı ve süresinin; tedbirin koşulları dikkate alınırsa da yüklenen suçun tedbir kapsamındaki suçlara dahil olduğuna ilişkin yasal dayanağın, başka surette delil edilemediğine ilişkin olguların ve kuvvetli şüpheye yol açan somut delillerin belirtilmesi gerektiği söylenebilir¹⁸⁰. Süre uzatımı kararında da tedbir şartlarının varlığını sürdürdüğüne ilişkin bilgilerin yanı sıra uzatmanın gerekçeleri belirtilmelidir¹⁸¹.

Tedbir kararı, Cumhuriyet savcısı tarafından adli kolluk aracılığıyla uygulanır¹⁸². Ayrıca görevlendirilmiş bir gizli soruşturmacı, tedbirin uygulanmasını sağlayabileceği gibi¹⁸³; adli kolluk, kararda öngörülen teknik araçlar vasıtasıyla kararın gereğini yerine getirebilir.

XI. TEDBİRİN SONA ERMESİ

Tedbirin hangi şartlarda sona ereceğine ilişkin doğrudan bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Tedbir süresinin dolması ya da koşullarından herhangi birinin ortadan kalkması durumunda tedbirin uygulanmasına son verilmelidir¹⁸⁴. Sürenin dolması ya da koşullardan birinin ortadan kalkmasına rağmen tedbirin sürdürülmesi sonucu elde edilen deliller hukuka aykırı sayılmalıdır.

¹⁷⁸ Centel-Zafer, s. 508.

¹⁷⁹ Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma Gezer-Saygılar Kırıt-Alan Akcan-Özaydın-Erden Tütüncü-Altınok Villemin-Tok, s. 582; Şüpheli ya da sanık lehine bir tutum da bu tercihin gerekçesi olarak gösterilebilir. Centel-Zafer, s. 508.

¹⁸⁰ Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma Gezer-Saygılar Kırıt-Alan Akcan-Özaydın-Erden Tütüncü-Altınok Villemin-Tok, s. 582; Yenisey-Nuhoğlu, s. 488.

¹⁸¹ Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma Gezer-Saygılar Kırıt-Alan Akcan-Özaydın-Erden Tütüncü-Altınok Villemin-Tok, s. 582.

¹⁸² Yenisey-Nuhoğlu, s. 490.

¹⁸³ Yenisey-Nuhoğlu, s. 490.

¹⁸⁴ Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma Gezer-Saygılar Kırıt-Alan Akcan-Özaydın-Erden Tütüncü-Altınok Villemin-Tok, s. 583.

XII. ELDE EDİLEN VERİLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

“Belirti delili” statüsünde olan, tedbir sayesinde elde edilen ve suçun gerçekleştiğini ortaya koyan verilerin, keşif işlemine konu edilmesi, duruşmada doğrudan dinlenmesi ya da seyredilmesi mümkün olduğu gibi metne dökülüp tutanak halinde okunması da mümkündür¹⁸⁵. Kayıtların çözülmesinde anlaşılmayan konuşmalar için dudak okuma uzmanından ya da davranışların anlamını belirlemek için psikolog gibi uzmanlardan yardım alınabilir; ancak bu durumda delilin değerlendirilebilmesi amacıyla bilirkişi incelemesine başvurmak lüzumu doğar¹⁸⁶. Bununla beraber, delillerin doğrudanlığı ilkesi, konuşma dışındaki etkinlik verilerinin bizzat mahkeme tarafından izlenmesini gerektirmektedir¹⁸⁷. Kanaatimizce, sadece diğer veriler değil, konuşmalar da -anlaşılmaz olmadığı sürece- doğrudan mahkeme tarafından dinlenip izlenmelidir.

CMK’nın ifade alma usulüne ilişkin hükümleri çerçevesinde, suç sona ermiş ve şüpheli ya da sanık fiziksel takip sürecinde suçunu kabul etmişse, bu kabulün sorgu ile çeliştiği durumlarda duruşmada ikrar mahiyetindeki tutanağın okunmaması gerekir¹⁸⁸.

Hukuka aykırı olarak elde edilen deliller bakımından hukuk bir bütündür. Tedbirin uygulanması hukuka aykırıysa, bu yolla elde edilen delillerin, sadece ceza muhakemesi hukukunda değil; uygulamanın aksine, medeni usul hukuku, idari yargılama hukuku ve disiplin hukuku alanlarında da kullanılması hukuka aykırıdır¹⁸⁹. Ayrıca teknik araçlarla kayıt altına alınan sesin hukuka uygun elde edilmiş olsa dahi teşhis amacıyla kullanılması da hukuka uygun sayılamaz¹⁹⁰.

Teknik araçlarla izleme tedbirini uygulayan görevlilerin tanık olarak dinlenmesinin büyük ölçüde gerekli olduğu söylenebilir¹⁹¹.

Teknik araçlarla izleme yoluyla elde edilen deliller, sadece Kanun’un ilgili kısmında sayılan suçların soruşturulması ve kovuşturulmasında

¹⁸⁵ Centel-Zafer, s. 505; “Dosyada mevcut CD çözüm tutanaklarının içeriğine göre ... tespit edilen sanığın eyleminin...” Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 8652/3617, 01.05.2007, Centel-Zafer, s. 505, 358 numaralı dipnot.

¹⁸⁶ Centel-Zafer, s. 505.

¹⁸⁷ Centel-Zafer, s. 505.

¹⁸⁸ Centel-Zafer, s. 505.

¹⁸⁹ Ünver-Hakeri, s. 480-481. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun (22.01.2008, 8.MD-101/3), Yargıtay 5. Ceza Dairesi’nin (16.04.2006, 6/5), Danıştay 12. Dairesi’nin (22.01.2001, 3517/130; 27.11.2007, 3065/9534; 04.07.2008, 1444/4333) kararları bu açıdan eleştiriye açıktır. Ünver-Hakeri, s. 481, 344 ve 345 numaralı dipnotlar.

¹⁹⁰ Centel-Zafer, s. 505.

¹⁹¹ Centel-Zafer, s. 505.

kullanılabilecektir (CMK m. 140/4). Tedbirle elde edilen deliller, kovuşturulan suçla alakası olmayan bir içeriğe sahip olabileceği¹⁹² gibi kovuşturma evresinde bunların kullanılması gerekli de bulunmayabilir. Bu durumda söz konusu delillerin Cumhuriyet savcısının nezaretinde bir an önce yok edilmesi gerekir (CMK m. 140/4). Gizli mahiyetteki bu tedbirle elde edilecek verilerin büyük ölçüde “kişisel veri” statüsünde olması¹⁹³, söz konusu hükümlerin gereğinin özenle yerine getirilmesini daha hassas bir uygulama sorunu haline getirmektedir. Ayrıca, delillerin her ne kadar “derhâl” yok edileceği belirtilse de bu konuda yasal düzenlemeyle, örneğin CMK m. 137/3’teki on günlük süre gibi belli bir süre öngörülmesi¹⁹⁴, delillere ne zaman gerekli olmadığının açıklığa kavuşturulması¹⁹⁵, delillerin yok edilmesi ve tedbirin uygulanmış olduğu konusunda tedbire maruz kalan kişinin bilgilendirilmesinin düzenlenmesi¹⁹⁶ isabetli olacaktır. Öte yandan, söz konusu delillerin ceza muhakemesi sürecinde gereksizliği sadece kovuşturma evresinde değil, soruşturma evresinde de anlaşılabilecek olup bu durumun tespitinde kovuşturmaya yer olmadığı kararının esas alınması gerekir¹⁹⁷.

B. Tesadüfen Elde Edilen Deliller

Arama, elkoyma ve iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin aksine (CMK m. 138), teknik araçlarla izleme tedbirinin uygulanması esnasında, kapsamında tedbire başvurulmuş soruşturma veya kovuşturmayla ilgisiz olmakla birlikte başka bir suçun işlendiği şüphesinin oluşmasına yol açacak mahiyette, tesadüfen ele geçirilen delillerin hukuki akıbetine ilişkin bir yasa hükmü yoktur. Bu konuda, halen yürürlükte olmayan, teknik araçlarla izlemenin de dahil olduğu bazı koruma tedbirlerine ilişkin uygulama yönetmeliğinin 22. maddesinde, tedbirin uygulanabileceği suçlara ilişkin delil elde edilmesi durumunda; bu delilin korunarak durumun Cumhuriyet başsavcılığına derhâl bildirileceği düzenlenmekteydi¹⁹⁸.

Yargıtay’a göre bu konuda esas alınması gereken ayırım, hakkında tesadüfi delil bulunan suçun katalogda yer alıp almaması olup; Kanun’da tesadüfen elde edilen delillere ilişkin 138. maddenin koruma tedbirlerine ayrılan kısmın beşinci bölümünde, teknik araçlarla izlemenin ise altıncı bölümünde

¹⁹² Şahin-Göktürk, s. 402.

¹⁹³ Centel-Zafer, s. 508.

¹⁹⁴ Özen, s. 586.

¹⁹⁵ Ünver-Hakeri, s. 479.

¹⁹⁶ Özen, s. 586.

¹⁹⁷ Centel-Zafer, s. 508.

¹⁹⁸ Bkz: Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/02/20070214-11.htm>, erişim tarihi: 04.12.2020.

düzenlendiği de gözetilirse; katalog dışında bir suça ilişkin tesadüfi delilin CMK m. 140/4 uyarınca yargılamada kullanılması ve 138. maddenin m. 140'taki tedbir için uygulanması mümkün değildir¹⁹⁹.

Anayasa'nın 13. maddesi ve AİHS'nin 8. maddesi dikkate alınırca, bir temel hak ve hürriyeti sınırlama sonucunu yaratacak olan tesadüfen

¹⁹⁹ Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 10080/91, 10.01.2018, Yaşar, s. 1448-1449; “CMK’nın 140. maddesi gereğince, alınan teknik araçlarla izleme kararı sonucunda elde edilen delillerin yalnızca bu maddede sayılan katalog suçlar kapsamında yer alan suç bakımından delil olarak kullanılabileceği, katalog suçlar dışında kalan bir suç bakımından ise elde edilen delillerin yargılamada kullanılmasının, maddenin 4. fıkrasının açık hükmü karşısında olanaklı olmadığı, Buna karşılık; CMK’nın 138. maddesi, Ceza Muhakemesi Kanununun Birinci Kitap Dördüncü Kısım Koruma Tedbirleri Beşinci Bölüm Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi başlığı altında, aynı Kanun’un 140. maddesi ise Kanunun Birinci Kitap Dördüncü Kısım Koruma Tedbirleri Altıncı Bölüm Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme başlığı altında düzenlendiğinden, “Tesadüfen elde edilen deliller” başlıklı CMK’nın 138. maddesi, “teknik araçlarla izleme”yi kapsamadığı gibi Kanunda teknik araçlarla izlemeye dair olarak 138. maddedeki düzenlemeye benzer bir hükme yer verilmediğinden, teknik araçlarla izleme sırasında tesadüfen elde edilen delillerin soruşturma veya kovuşturma sırasında CMK’nın 217. maddesi kapsamında delil olarak kullanılmasının olanaklı olmadığı”, Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2014/10080, K. 2018/91, Hukuktürk Veri Tabanı, www.hukukturk.com, erişim tarihi: 27.01.2021; “Aksine görüş ve uygulamalar olmakla birlikte öğretilen genel kabul gördüğü üzere; CMK’nın tesadüfen elde edilen deliller başlıklı 138. maddesinin CMK’nın 140. maddesinde düzenlenen teknik araçlarla izleme tedbirini kapsamına almadığı ve dolayısıyla bu tedbir bakımından uygulanamayacağı, burada kıyasa da imkan bulunmadığı, zira kıyas yapılabilmesi için öncelikle yasada bilinçsizce bırakılan bir boşluğun varlığını kabulü gerektiği, yasa koyucunun iletişim denetlenmesi ve arama ve elkoyma tedbirleri için düzenleme yapıp, teknik araçlarla izleme tedbiri için düzenleme yapmayı unuttuğunu söylemenin yerinde ve doğru bir yorum tarzı olmayacağı, Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’in Danıştay 10. Dairesinin 24/12/2014 gün 2013/3791 esas ve 2014/8138 karar sayılı kararı ile iptal edilen teknik araçlarla izleme sırasında tesadüfen elde edilen deliller başlıklı 22. maddesinde yer alan “Teknik araçlarla izleme sırasında yapılmakta olan soruşturmaya ilgi olmayan ancak, 18 inci maddede belirtilen suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilmesi hâlinde; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet başsavcılığına derhâl bildirilir.” şeklindeki düzenleme uyarınca teknik araçlarla izleme tedbiri sırasında ortaya çıkan ve soruşturma ile ilgisi olmayan suça ilişkin delillerin kullanılabileceği ileri sürülebilir ise de; anılan yönetmeliğin tedbirin uygulanabileceği suçlar başlıklı 18. maddesinde yer alan “Teknik araçlarla izleme tedbiri ancak Ceza Muhakemesi Kanununun 140 ncı maddesinin birinci fıkrasında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 220 nci maddesinin iki, yedi ve sekizinci fıkralarında yer alan suçların bir terör örgütünün faaliyeti kapsamında işlenmesi hâlinde bu suçlar için de teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulabilir.” şeklindeki düzenleme uyarınca teknik takip sırasında ortaya çıkan ve soruşturma ile ilgisi olmayan ve CMK m. 140'taki katalog suçlardan biri olan suç ile ilgili şüphe uyandıran bir delil elde edilmesi halinde bu delil muhafaza edilip Cumhuriyet savcısına derhal bildirilmesi gerektiği”, Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2016/4931, K. 2018/1364, 01.03.2018, Hukuktürk Veri Tabanı, www.hukukturk.com, erişim tarihi: 27.01.2021.

elde edilen delilin ceza muhakemesinde değerlendirilmesi ancak kanunla düzenlenebilir²⁰⁰. CMK m. 140/4 hükmünde geçen “yukarıda sayılan suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturma” tabiri ne anlama gelir? Lafzen bakılırsa, elde edilen delillerin ancak katalogta yer alan diğer bir suçta kullanılabileceği anlamı çıkarılsa da uygulamada CMK m. 138/2’nin kıyasen uygulanarak katalog dışındaki bir suçun “başlangıç soruşturmasında” kullanılabileceği anlamı esas alınmaktadır²⁰¹. Fakat ceza muhakemesi hukukunda kıyasın, istisnai hükümlere dayalı birer kurum ve temel hak ve hürriyeti kısıtlayan birer işlem olan koruma tedbirlerinde uygulanması, keyfilğe yol açabileceği için kabul edilemeyecektir²⁰². Ayrıca ceza muhakemesi hukukunda kıyasın ancak kanunda “bilinçsiz bir boşluk” olduğu takdirde yapılabileceği ve CMK m. 138’in üç ayrı tedbir için konuyu özellikle düzenlediği göz önünde bulundurulduğunda, teknik araçlarla izleme tedbiri için CMK m. 138’in, velev ki ikinci fıkrası bakımından, kıyasen uygulanabilmesi mümkün değildir²⁰³. Buna karşılık, Yargıtay’ın ceza muhakemesinde kıyas yasağının bulunmadığı gerekçesiyle, CMK m. 138’in kıyasen teknik araçlarla izleme tedbiri açısından uygulanabileceği yönünde kararları vardır²⁰⁴. Öte yandan, CMK m. 140/4’taki hüküm belirsiz ve geniş yorumlanmaya elverişlidir. Yeniden düzenlenmelidir.

Neticede, ortada ne açık bir yasa hükmü, ne de kıyasen uygulanması hukuka uygun olan bir yasa hükmü vardır. Yasa yoksa, temel hak ve hürriyetler kısıtlanamaz. Tesadüfen elde edilen delillerin durumu, doğrudan temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanmasıyla ilgilidir. Bu durumda, teknik araçlarla izleme tedbiri sırasında, ister bu tedbir kapsamındaki suçlara ilişkin, isterse diğer suçlara ilişkin tesadüfen elde edilen delillerin hiçbirisi muhafaza altına alınmaz

²⁰⁰ Centel-Zafer, s. 509.

²⁰¹ Özen, s. 585. Kuşkusuz suçun niteliği de muhakeme sürecinde değişebilir. Bu durumda suçun yeni niteliği katalog dışında kalıyorsa ilgili deliller kullanılamaz. Tedbir kapsamındaki bir suçun yasa değişikliğiyle kapsam dışına çıkarılması halinde de aynı durum geçerlidir. Özen, s. 585.

²⁰² Ünver-Hakeri, s. 479-480. Buna karşılık Özen, çifte özellikli tedbirin delil elde etme özelliği ağırlıkta olduğu için kıyas yapılabileceği görüşüne yer vermektedir. Özen, s. 582.

²⁰³ Centel-Zafer, s. 509; Yenisey-Nuhoğlu, s. 490; Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s. 517.

²⁰⁴ “Tesadüfen elde edilen delillerin düzenlendiği 5271 sayılı CMK’nın 138. maddesine göre ... Yürütülen bir soruşturma veya kovuşturma sırasında, soruşturma veya kovuşturma konusu suç dışında bir suçun işlendiğini gösteren deliller tesadüfen elde edilen delillerdir. CMK’da arama, el koyma ve iletişimin denetlenmesi koruma tedbirleri için düzenlenmiş olan bu tip deliller, diğer (örneğin, teknik takip, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi) koruma tedbirlerinin uygulanmasıyla da elde edilmiş olabilir. Böyle bir durumda Ceza Muhakemesi Hukukunda kıyas yasağı olmadığından, CMK’nın 138. maddesi hükmü kıyasen bu deliller hakkında da uygulanabilmektedir.” Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2016/2223, K. 2016/2948, 31.03.2016, Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2015/4672, K. 2016/2330, 21.04.2016, Hukuktürk Veri Tabanı, www.hukukturk.com, erişim tarihi: 27.01.2021. Ayrıca, Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2016/2524, K. 2017/5338, 08.05.2017, Hukuktürk Veri Tabanı, www.hukukturk.com, erişim tarihi: 27.01.2021.

ve soruşturma için kullanılamaz. CMK m. 140/4 uyarınca bu delillerin Cumhuriyet savcısının nezaretinde derhal yok edilmesi gerekmektedir.

XIII. KANUN YOLU

Teknik araçlarla izleme tedbirine ilişkin karar, esas itibarıyla bir hâkim kararıdır. Gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından verilebilse de verilen bu karar hâkim onayına tabidir. Bu durumda, CMK m. 267'deki genel hüküm uyarınca bir hâkim kararı olan teknik araçlarla izleme tedbiri kararına karşı itiraz kanun yoluna başvurulabilir²⁰⁵. Öte yandan belirtmek gerekir ki teknik araçlarla izleme tedbiri, yasada açıkça belirtilmese de mahiyeti itibarıyla gizli bir koruma tedbiridir. Bu tedbir gizli olarak uygulandığına göre şüpheli ya da sanığın bu tedbirin uygulanmasından haberdar olması mümkün olmayacağından bu tedbire karşı itiraz kanun yolunun fiilen kullanılabilmesi güçtür²⁰⁶.

Teknik araçlarla izlemeye kovuşturma evresinde başvurulması mahkeme kararıyla mümkündür. CMK m. 267'ye göre mahkeme kararlarına sadece kanunun gösterdiği hâllerde itiraz edilebilir. Bu hususta verilecek mahkeme kararına itiraz edilebileceğine dair bir yasa hükmü bulunmamaktadır²⁰⁷. Dolayısıyla, kovuşturma evresinde kural olarak teknik araçlarla izlemeye ilişkin mahkeme kararına itiraz yolu kapalıdır. Ancak tedbire re'sen karar verilmesi halinde itiraz edilebileceği belirtilmektedir²⁰⁸.

XIV. HUKUKA AYKIRI UYGULAMA NEDENİYLE TAZMİNAT

CMK m. 141 incelendiğinde, hukuka aykırı uygulama nedeniyle tazminat ödenmesinin öngörüldüğü koruma tedbirleri arasında teknik araçlarla izlemenin bulunmadığı görülmektedir. Bilhassa gizli biçimde uygulandığı için özel hayatın gizliliği hakkını oldukça ileri düzeyde kısıtlayan bu tedbirle ilgili düzenleme olmaması göz ardı edilemeyecek bir yasal eksiklik olup bu hususun düzenlenmesi gerekmektedir²⁰⁹.

Öte yandan, Yargıtay'ın, CMK m. 141'de açıkça yer verilmediği halde tazminata konu olabileceğine hükmettiği bazı koruma tedbirleri ve durumlar²¹⁰

²⁰⁵ Özen, s. 586.

²⁰⁶ Özen, s. 586.

²⁰⁷ CMK m. 140/1'in 6526 sayılı Kanun'la değiştirilen versiyonunda yetkili merci olarak tasarlanan ağır ceza mahkemesinin kararına itiraz edilebileceği düzenlenmişti. Özen, s. 586.

²⁰⁸ Özen, s. 586.

²⁰⁹ Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 455.

²¹⁰ "...iddianamede mağdur olarak gösterilen davacı hakkında tutulan fişleme kayıtlarının iddianamede aynen yer alması, ... CMK'nın 141/3. fıkrası uyarınca tazminatı gerektirmektedir.", Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E. 2015/13049, K. 2015/17584, 11.11.2015, Hukuktürk Veri Tabanı, www.hukukturk.com, erişim tarihi: 28.01.2021.

bulunmaktadır. Adli kontrol tedbirinin²¹¹ ve teknik araçlarla izleme, iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi gibi bazı tedbirlerin²¹², dolaylı olarak da olsa, tazminata konu edilebileceğine ilişkin bazı kararların varlığından bahsetmek mümkündür. Gerekçe olarak, Yargıtay'ın, örneğin, adli kontrol nedeniyle tazminat ödenebileceğine ilişkin bir kararında ölçülülük ilkesini düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesi ile CMK m. 141/3'ü dayanak olarak gösterdiği anlaşılmaktadır²¹³. Dolayısıyla, teknik araçlarla izlemenin CMK m. 141'de açıkça düzenlenmediği mevcut yasal durumda dahi, bu tedbirin hukuka aykırı olarak uygulanması halinde, özellikle CMK m. 141/3 hükmüne istinaden tazminat ödenmesi gerektiği söylenebilecektir.

²¹¹ "...tahliye olduktan sonra da haftada bir gün karakola başvurma ve yurtdışına çıkış yasağı şeklindeki adli kontrol uygulaması sürecinde davacının İngiltere'ye gidememesi dolayısıyla fiilen İngiltere'de bulunamaması nedeniyle davacının alamadığı maaş, kar payı ve benzeri gelir kaybı olup olmadığı ilgili kurumlar ile iş yerinden sorulup davacıya ait çalışma belgeleri, maaş bordroları ile geliri ve tutukluluk ve adli kontrol uygulaması süresine ilişkin olarak gelir kaybına dair tüm belgelerin temin edilip sonucuna göre ve gerektiğinde yeniden bilirkişi incelemesi de yaptırılarak davacının gelir kaybının tespit edilmesi gerektiği gözetilmeden, eksik araştırma ile yazılı şekilde karar verilmesi", Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E. 2016/12408, K. 2017/2139, 20.03.2017, Hukuktürk Veri Tabanı, www.hukukturk.com, erişim tarihi: 28.01.2021.

²¹² "Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141. maddesinin 1. fıkrasında; 1-Yakalama, 2-Tutuklama, 3-Arama, 4-El koyma, 5-Kanuni gözaltı süresi içinde hâkim önüne çıkarılmama, 6-Yakalama veya tutuklama işlemine karşı kanunda öngörülen başvuru imkanlarından yararlandırılmama, Halleri sınırlı olarak tazminatı gerektiren nedenler olarak kabul edilmiş iken, adli kontrol, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme gibi koruma tedbirlerinden doğabilecek zararlar tazminat ödenmesini gerektiren nedenler arasında öngörülmemiş, ancak; 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanunun 70. maddesiyle CMK'nın 141. maddesine eklenen 3. fıkra ile 1. fıkranın kapsamı genişletilerek yeni tazminat nedenleri kabul edilmiştir.", Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E. 2015/13049, K. 2015/17584, 11.11.2015, Hukuktürk Veri Tabanı, www.hukukturk.com, erişim tarihi: 28.01.2021.

²¹³ "adli kontrol, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme gibi koruma tedbirleri için tazminat ödenmesi kabul edilmemiştir. Bununla beraber, somut olayda hakkında 3 yıl 6 ay 18 gün süre ile uygulanan adli kontrol tedbirinden dolayı davacının (sanığın) maddi ve manevi olarak zarar gördüğü ve görmesi hayatın olağan akışına göre, tartışmasız ve aşıkardır. ... Bu kapsamda tazminat talebine konu edilen dava konusu somut olayda, davacı hakkında uygulanan adli kontrolün Anayasanın 13. maddesinde öngörülen temel hakların sınırlandırılmasında geçerli olan ölçülülük ilkesinin ihlal edildiği anlaşılmaktadır. ... Tüm açıklamalar ışığında somut olay incelendiğinde, davacı hakkında uygulanan adli kontrol tedbiri nedeniyle olduğu anlaşılan zararın CMK'nın 141/1. maddesi kapsamında açıkça lafzi olarak belirtilmediği, ancak 18.06.2014 tarih ve 6546 sayılı kanunun 70. maddesiyle CMK'nın 141. maddesine eklenen 3. fıkradaki "Birinci fıkra yazan hâller dışında, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri de dâhil olmak üzere hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle tazminat davaları ancak Devlet aleyhine açılabilir" şeklindeki düzenleme nazara alındığında", Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E. 2014/13444, K.2015/2705, 16.02.2015, Hukuktürk Veri Tabanı, www.hukukturk.com, erişim tarihi: 28.01.2021.

SONUÇ

Çalışmada yapılan açıklamalar çerçevesinde, tedbire ilişkin aşağıdaki önerilerin göz önünde bulundurulması yararlı olacaktır.

CMK m. 138’de ya da m. 140’ta ek fıkra ihdas etmek suretiyle teknik araçlarla izlemeye özgü tesadüfen elde edilen deliller konusunda açık yasal düzenleme yapılmalıdır.

CMK m. 140/1’de “işyeri” ibaresi, “açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutlak olan işyerleri” biçiminde değiştirilmelidir.

CMK m. 140/1’de sayılan suçlara, suç işlemek amacıyla örgütlenme suçunun (silahsız örgütleri de kapsayacak şekilde) tamamı, zimmet, icbar suretiyle irtikap, edimin ifasına fesat karıştırma, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunun nitelikli halleri ve çocuk pornografisi ile sınırlı olarak müstehcenlik gibi bazı suçların dahil edilmesi tartışılmalıdır. Tedbirin kapsamını genişletme yöntemi olarak, örneğin İtalyan Ceza Usul Kanunu’nun konuşmaların ve iletişimin denetlenmesi tedbirinin kapsamını düzenleyen 266. maddesinin ilk fıkrasının a bendinde ya da Fransız Ceza Usul Kanunu’nun aynı hususu düzenleyen 100. maddesinde olduğu gibi; üst sınırı en az beş yıl (İtalya) ya da üç yıl (Fransa) hapis cezası gibi belli bir miktar cezayı gerektiren kasten işlenen suçları kapsama dahil etmek gibi öngörülen ceza miktarına göre bir kıstas da belirlenebilir. Kanaatimizce böyle bir değişiklik yapılacak ise üst sınır esas alınmak kaydıyla ceza sınırı en az beş yıl olmalıdır.

CMK m. 140/4’te “yukarıda sayılan suçlar” ibaresi, “hakkında tedbir uygulanan suç” biçiminde değiştirilmelidir.

CMK m. 141’de gerekli düzenleme yapılarak teknik araçlarla izlemenin yasal koşullara aykırı uygulanması durumunda tazminat hakkı tanınmalıdır.

2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu’nda önleme amaçlı teknik araçlarla izlemeye ilişkin açık düzenleme yapılmalıdır.

KAYNAKÇA

- ABANOZ Buket, Kamusal Alanda Kameralı Gözetlemenin Suçun Önlenmesindeki Etkisi ve Elde Edilen Delillerin Hukuka Uygunluğu Sorunu, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2018.
- AKYAZAN Ahmet Emrah, “Teknik Araçlarla İzleme (CMK m. 140)”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 6, 2007, ss. 83-89.
- AKYÜREK Güçlü, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2014.
- BACAUANU Andrei, “Technical Surveillance in the European Union Judicial System. Aspects of Comparative Law”, Acta Universitatis

Danubius: Administratio, Vol 10, no. 1, 2018, ss. 70-84.

- CENTEL Nur-ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2019.
- TBMM Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı, 07.03.2003, 1/535, s. 55, <https://www.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0535.pdf>.
- TBMM Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Tasarısı ve İçişleri ve Adalet Komisyonları Raporları (1/487), Dönem : 21 Yasama Yılı : 1, 07.07.1999, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss87m.htm>.
- TMMOB Elektrik Mühendisleri Odası, İletişim Özgürlüğüne Müdahale Raporu, Elektronik Gözaltı Dünyası, Elektrik Mühendisleri Odası Yayını, 2009, https://www.emo.org.tr/ekler/3a7e12d707596c8_ek.pdf
- DONAY Süheyl, Ceza Yargılama Hukuku, 2. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2012.
- ERDEM Mustafa Ruhan, Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Ankara: Seçkin Yayınları, 2001.
- ERDOĞAN Yavuz, “Teknik Araçlarla İzleme (CMK Madde 140), Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 80, 2009, ss. 2387-2402.
- GÖKCEN Ahmet-BALCI Murat-ALŞAHİN M. Emin-ÇAKIR Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara: Adalet Yayınları, 2018.
- GÖZLER Kemal, “Yorum İlkeleri”, Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Ankara: Kamu Hukukçuları Platformu-Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2013, ss. 15-119.
- HUKUKTÜRK Veri Tabanı, www.hukukturk.com.
- KARARARA İctihat Arama Motoru, www.kararara.com.
- KARTAL Adem, “Teknik Araçlarla İzleme ve Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 98, Ekim 2014, ss. 14-24.
- LEGALBANK Elektronik Hukuk Bankası, www.legalbank.net.
- ÖNCÜ Zeynep, “Teknik Araçlarla İzleme Koruma Tedbiri”, Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 144, 2014, ss. 127-145.
- ÖNOK Murat, “Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, İletişim Özgürlüğüne Müdahale, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2011, ss. 49-87.
- ÖZBEK Veli Özer, Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İctihatlı), Ankara: Seçkin Yayınları, 2005.
- ÖZBEK Veli Özer-DOĞAN Koray-BACAKSIZ Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2020.

- ÖZBEK Veli Özer, “Teknik Araçlarla İzleme ve Gizli Soruşturmacı Tedbirleri”, Juan Carlos Da Silva-Albrecht Stange-Veli Özer Özbek, Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Avrupa Birliği - Avrupa Konseyi Ortak Projesi Teknik Araçlarla İzleme ve Gizli Soruşturmacı Tedbirleri, <https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/552/dosya/8-teknik-araclarla-izleme-ve-gizli-sorusturmaci-tedbirleri-egitim-modulu25-08-20204-37-pm.pdf>.
- ÖZEN Mustafa, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 5. Baskı, Ankara: Adalet Yayınları, 2020.
- ÖZTÜRK Bahri-EKER KAZANCI Behiye-SOYER GÜLEÇ Sesim, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.
- ÖZTÜRK Bahri-TEZCAN Durmuş-ERDEM Mustafa Ruhan-SIRMA GEZER Özge-SAYGILAR KIRIT Yasemin F.-ALAN AKCAN Esra-ÖZAYDIN Özdem-ERDEN TÜTÜNCÜ Efser-ALTINOK VILLEMIN Derya-TOK Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ed. Bahri Öztürk, 14. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2020.
- SEZER Yasin-İPEK Ali İhsan-PARLAK Engin, Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı, Teknik Araçlarla İzleme, Ankara: Seçkin Yayınları, 2012.
- SİNERJİ Mevzuat ve İctihat Programı, <https://www.sinerjias.com.tr>.
- SOYASLAN Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- ŞAHİN Cumhur-GÖKTÜRK Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, 11. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2020.
- ŞEN Ersan, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhabir, 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2011.
- TAMÖZ Mehmet-KOCABEY Hüseyin, Türk Hukukunda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan Önleme ve Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi Teknik Araçlarla İzleme, Ankara: Yaklaşım Yayınları, 2009.
- TAŞKIN Cankat, “İletişimin Denetlenmesi ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirinin AİHM İctihatları Işığında İncelenmesi”, Bursa Barosu Dergisi, Cilt: 32, Sayı: 84, Eylül 2008, ss. 33-49.
- TOSUN Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri: Cilt I Genel Kısım, 4. Baskı, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984.
- TDK Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>.

- TBMM Adalet Komisyonu, Esas No: 1/535, 1/292, Karar No: 65, 1.12.2004, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss698m.htm>.
- UNODC, United Nations Office on Drugs and Crime, Current Practices in Electronic Surveillance in the Investigation of Serious and Organized Crime, New York: United Nations Publication, 2009, s. 2, https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Law-Enforcement/Electronic_surveillance.pdf.
- ÜNVER Yener-HAKERİ Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. Baskı, Ankara: Adalet Yayınları, 2020.
- YAŞAR Osman, Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, II. Cilt, 8. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2018.
- YENİSEY Feridun, Kolluk Hukuku, 2. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2015.
- YENİSEY Feridun-NUHOĞLU Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2020.
- YURTCAN Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 16. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.

BM GÜVENLİK KONSEYİ REZOLÜSYONLARI NEDİR, NASIL OKUNUR?

What are the UN Security Council Resolutions, How to Read?

Dr. Öğr. Üyesi Sezai ÇAĞLAYAN *

Geliş Tarihi: 11.12.2020

Kabul Tarihi: 24.02.2021

ÖZET

Rezolüsyonlar BM Güvenlik Konseyi tarafından alınan resmi kararlardır. Bu kararlar Türkçe literatürde çoğunlukla “Konsey kararı” şeklinde telaffuz edilir. Rezolüsyon ifadesi sınırlı bir kullanım alanına sahip olmakla birlikte, Konseyin diğer resmi kararları ile karıştırılmaması adına bu kullanım yerindedir. Konseyin kuruluşundan bu yana çıkartılan rezolüsyonlar, belirli dönemlerde nicelik ve nitelik itibarıyla farklılık gösterebilirler. Buna karşın, her rezolüsyon için ortak olan bazı hususlar vardır. Rezolüsyonların hazırlık ve oylama evreleri, yapıları, hangi bölümlerden oluştukları ve kullanılan ifadeler ortak özellikler olarak sayılabilir. Uluslararası toplum için bağlayıcı sonuçlar doğurabilen rezolüsyonlara dair bu ortak özelliklerin bilinmesi, bunların doğru anlaşılıp yorumlanabilmesi için elzemdir. Bir rezolüsyonun nasıl hazırlanabileceği, kaç bölümden oluştuğu, kullanılan kelimeler ve kelime grupları, bu kelimeler üzerinden rezolüsyonun ne derece bağlayıcı olduğu ve dönemlere göre rezolüsyon çıkarma oranları Batı literatüründe üzerinde çokça durulan konulardır. Lakin Türkçe literatürdeki rezolüsyonlara dair çalışmaların büyük bir kısmı bu kararların bağlayıcılıkları üzerinedir. Rezolüsyonların anlaşılabilmesi amacıyla özgü çalışmalar bulunmamaktadır. Bu çalışma, rezolüsyonlara dair araştırma yapan kimselere yardımcı olmak maksadıyla, rezolüsyonların yukarıda geçen özellikleri üzerinden didaktik bir şekilde incelenmesini amaçlamaktadır.

Anahtar kelimeler: BM, BM Şartı, Güvenlik Konseyi, Güvenlik Konseyi kararları, Güvenlik Konseyi rezolüsyonları.

ABSTRACT

Resolutions are official decisions of the UN Security Council. These decisions are often called as “Council decision” in the Turkish literature. Although the concept of resolution has a limited area of use in Turkish literature, this use is preferred in order not to be confused with other official decisions of the Council. Resolutions adopted since the establishment of the Council may differ in quantity and quality in certain periods. However, there are some issues common to every resolution. The preparation and voting phases, structures, sections and the expressions used in them can be counted as common features. It is essential to know these common features of resolutions in order for understanding and interpreting them correctly. These issues accepted common to each resolution have been frequently studied in the Western literature. However, most researches in the Turkish literature are about the bindingness of the resolutions. There are no specific studies to understand resolutions in that way. This study aims to analyse the resolutions in a didactic way through the above mentioned features in order to help researchers in the field.

Keywords: UN, UN Charter, Security Council, Security Council decisions, Security Council resolutions

* Ondokuz Mayıs Üniversitesi A.F.B. Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ABD, e-posta:sezai.caglayan@omu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8101-4660.

GİRİŞ

Birleşmiş Milletler (BM) Güvenlik Konseyi kararları bağlayıcıdır! Bu ifade gerek literatürde gerekse başka mecralarda sıklıkla dile getirilmektedir. Peki hangi kararlar, hangi durumlarda bağlayıcıdır ve bağlayıcı oldukları nasıl anlaşılır? Bu sorulara verilecek cevaplar konuyu aydınlatmaya yardımcı olacaktır. Öncelikle bu konuda bilinmesi gereken ilk husus Konsey kararları denildiğinde hangi kararların kastedildiğidir. Konseyin resmi olarak aldığı kararlar “rezolüsyonlar” (*resolutions*) ve “başkanlık açıklamalarıdır” (*presidential statements*). Bu çalışmanın konusunu rezolüsyonlar oluşturmaktadır. Başkanlık açıklamaları, nicelik ve nitelik itibarıyla farklı bir çalışmanın konusu olabilecek mahiyettedir. O halde cevaplanması gereken diğer soru rezolüsyonların hangi durumlarda bağlayıcı olacaktır. Bu konuda söylenebilecek en net ve genel geçer cevap ise bağlayıcılığın duruma göre değişir olmasıdır. Lakin bu cevap da tatmin edicilikten uzaktır.

Rezolüsyonların anlaşılabilmesi için öncelikle bunların nasıl okunması gerektiği bilinmelidir. Rezolüsyonlar İngilizce dilinde yazılan Konsey kararlarıdır. Bu dildeki çalışmalara bakıldığında rezolüsyonlara dair çok detaylı araştırmaların olduğu görülebilmektedir. Rezolüsyon taslaklarının hazırlanması, taslakların Konsey gündemine gelişi ve oylaması, hangi bölümlerden oluştuğu, hangi kelime öbeklerinin kullanıldığı, hangi konuları kapsadığı ve dönemlere göre rezolüsyon sayı ve oranlarına dair çalışmalar bunlara örnek gösterilebilir. Türkçe yazında daha ziyade rezolüsyonların bağlayıcılıklarına dair araştırmalar bulunmaktadır. Rezolüsyonların anlaşılması adına Türkçe yazından elde edilebilecek bilgiler ise çok dağınık olarak farklı kaynaklarda yer almakta veya bazı bilgilere hiçbir şekilde ulaşılmamaktadır. Öz eleştiri yapmak gerekirse, konuya ilişkin araştırma yapan herkesin rezolüsyonlara dair her detayı bildiği kabul edilerek üst perdeden bir tartışma ortamı gerçekleştirilmektedir. Bu durum gerek akademi gerekse kitle iletişim mecraları için geçerlidir.

Bu çalışmanın amacı, Güvenlik Konseyi kararlarından biri olan ve Türkçe literatürde Konseyin yegâne kararı olarak algılanan rezolüsyonların neler olduklarının en temel düzeyde incelenmesidir. Didaktik bir üslup takip edilmek suretiyle hazırlanan bu çalışmada rezolüsyonların anlaşılması birincil hedeftir. Bu nedenle, çalışma içerisinde derin tartışmalara girmekten ziyade rezolüsyonların anlaşılması için çaba sarf edilecektir. Buna göre bu çalışmanın ilk bölümünde kısaca BM Güvenlik Konseyinin ne olduğuna değinilecektir. İkinci bölüm rezolüsyonlara ayrılacaktır. Bu bölüm altında sırasıyla, rezolüsyonların nasıl hazırlanıp yayımlandıklarına, kaç farklı bölümden oluştuklarına, kapsadıkları konulara ve son olarak bağlayıcılıklarının saptanması için kullanılan dile değinilecektir.

1. BM Güvenlik Konseyine Kısa Bir Bakış

BM Güvenlik Konseyi, 1945 tarihli BM Şartı ile kurulan BM'nin altı ana organından biridir. Konseyin temel misyonu uluslararası barış ve güvenliği sağlamaktır. Literatürde Konsey için BM'nin yürütme organı benzetmesi yapılmaktadır.¹ Lakin Konseyin yürütme fonksiyonundan sorumlu organ olduğuna dair BM Şartında açık bir hüküm bulunmamaktadır. Nitekim, BM devlet formunda bir yapı değildir. Dolayısıyla *sui generis* yapısı nedeniyle sadece yürütme benzeri faaliyetler icra etmemektedir. Konsey, uluslararası toplumu bağlayıcı kararlar da alabilmektedir. Bu açıdan düşünüldüğünde Konseyin yasama benzeri faaliyetler gerçekleştirdiği de açıktır. BM'nin diğer organları da oldukça önemli olmakla birlikte Konsey, uluslararası toplum tarafından en çok bilinen organdır. Özellikle yeni milenyum ile birlikte Konseyin uluslararası toplumu etkileyen hemen her konuda karar alması,² bu bilinirliğe katkı sağlamaktadır. Son çeyrekte, klasik çatışma durumları dışında salgın hastalıklar, çevre kirliliği ve insani yardımlar gibi konuların Konsey tarafından gündem maddesi haline getirilmesi durumu açıklar mahiyettedir.

Konseyin görev ve yetkilerinin belirlendiği hukuki dayanak BM Şartıdır. Bu noktada Şartın, Konsey ile ilgili maddeleri iki kısımda ele alınabilir. Birincisi, doğrudan Konseyin görev ve yetkileri ile ilgili olduğu bölüm ve maddeleridir. BM Şartı Bölüm V, VI, VII ve VIII hükümleri doğrudan Konseyin görev ve yetkileri ile ilgilidir. Bölüm V altında yer alan hükümler sırasıyla Konseyin bileşimini (madde 23),³ görev ve yetkilerini (madde 24-26), oylamasını (madde 27) ve usulünü (madde 28-32) konu edinir. Bölüm VI (madde 33-38), Konseyin uyuşmazlıkların barışçıl yöntemlerle çözümüne ilişkin misyonunu ifade eder. Şartın VII. Bölümü (madde 39-51), Konseyin “barışın tehdidi”, “barışın bozulması” ve “saldırı” durumlarında alabileceği önlemlere yer vermektedir. Bu bölüm altında bu üç durumdan birinin varlığı Konsey tarafından tespit edildiğinde (madde 39) Konsey, silahlı kuvvet kullanma içermeyen (madde 41) veya silahlı kuvvet kullanma içerebilen önlemlerin alınmasını kararlaştırabilir (madde 42). Bu bölümün en önemli maddeleri şüphesiz, kuvvet kullanma yetkisinin verildiği madde 42 ve meşru müdafaa hakkına yer veren madde 51'dir. Son olarak, BM Şartı Bölüm VIII (madde 52-54) Konseyin bölgesel örgütlerle yapabileceği işbirliklerine yer vermektedir. Konseyin faaliyetlerine

¹ Hasan Emir Aktaş, ‘Birleşmiş Milletler İçin Daha Demokratik, Adil ve Etkin Bir Yapı Önerisi’ (2016) 20(2) Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 767, 773-774; Şeyda Güdek Gölçek, ‘Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’nin Reform Sorunsalı’ (2019) 12(4) Ömer Halisdemir Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 466

² ‘Thematic and General Issues’ (Security Council Report, 2020) <<https://www.securitycouncilreport.org/thematic-general-issues>> erişim tarihi 28 Kasım 2020

³ Konsey, beşi daimi olmak üzere toplam 15 üyeden oluşmaktadır. ABD, Rusya, Birleşik Krallık, Fransa ve Çin Konsey’in daimi üyeleri iken, geçici üyeler ikişer yıllığına seçilmektedir.

dair uluslararası hukuk literatüründe var olan tartışmaların büyük bir kısmı Bölüm VII üzerinedir. Özellikle madde 39’da belirtilen durumların tespiti, madde 42’ye göre silahlı kuvvet kullanımı ve madde 51’de yer alan meşru müdafaa hakkının kullanımı en çok incelenen konulardır.

BM Şartının Güvenlik Konseyine dair ikinci kısım olarak nitelenebilecek hükümleri, Konseyin diğer organlarla ilişkilerini belirleyen maddelerdir. Buna göre Konsey, Genel Kurul, Genel Sekreterlik, Uluslararası Adalet Divanı (UAD), Ekonomik ve Sosyal Konsey (ECOSOC) ve Vesayet Konseyi ile ilgili bir takım görev ve sorumluluklara sahiptir.⁴ Buna göre Güvenlik Konseyi, BM’nin diğer ana organları ile tek taraflı veya karşılıklı görev ve sorumluluklara sahiptir. ECOSOC, Vesayet Konseyi ve Genel Sekreterlik Güvenlik Konseyi ile tek taraflı bir ilişkiye sahip iken, Genel Kurul ve UAD Güvenlik Konseyi ile karşılıklı bir takım görev ve sorumluluklara sahiptir.⁵

BM Şartının yanı sıra, Konsey için önemli diğer bir yasal doküman, usul kurallarının belirlendiği İçtüzüktür.⁶ BM Şartı madde 30’a dayanarak hazırlanan İçtüzük, süreç içerisinde 11 kez değiştirilmiş olup son olarak 1982’de güncel versiyonuna kavuşmuştur. Konsey başkanının seçimi, Konseyin periyodik toplantıları, diğer organlarla işbirlikleri ve buna benzer birçok usul konusu İçtüzük ile belirlenmektedir.

Güvenlik Konseyi, çoğunlukla çıkartmış olduğu rezolüsyonlarla adından söz ettirmektedir. Lakin Konsey tasarrufları rezolüsyonlardan müteşekkil değildir. Bunlara ilave olarak “başkanlık açıklamaları”, “başkanlık notu”, “basın açıklamaları” ve “mektuplar” Konsey tarafından çıkartılan dokümanlardır. Lakin sadece rezolüsyonlar ve başkanlık açıklamaları Konseyin resmi kararlarıdır.⁷ Konseyin resmi kararları olarak rezolüsyonlar ve başkanlık açıklamalarının karşılaştırılması literatürde önemli bir eksikliği tamamlayacaktır. Lakin hali hâzırda rezolüsyonların hazırlanış, içerik ve dillerine ilişkin Türkçe literatürde boşlukların bulunmasından dolayı bu çalışmada sadece rezolüsyonlara yer verilecek olup, başkanlık açıklamaları başka bir çalışmanın konusu yapılacaktır. Takip eden başlıklarda rezolüsyonlara dair detaylar yer almaktadır.

2. Güvenlik Konseyi Rezolüsyonları

Güvenlik Konseyi kararları denildiğinde kastedilen ve ilk akla gelen şüphesiz rezolüsyonlardır.⁸ Gerek literatürde gerekse kitle iletişim araçlarında

⁴ Security Council, *The UN Security Council Handbook: A User’s Guide to Practice and Procedure* (Security Council Report 2017) s. 2

⁵ Ibid

⁶ ‘Provisional Rules of Procedure of the Security Council’ (UNSC, 1982) <<https://www.un.org/securitycouncil/content/provisional-rules-procedure>> erişim tarihi 28 Kasım 2020

⁷ Handbook (n 4) 36

⁸ BM çatısı altında karar alma süreçlerinde rezolüsyonları kullanan tek organ Güvenlik Konseyi değildir. Genel Kurul ile ECOSOC da rezolüsyonlar çıkartabilmektedir. Bu üç

rezolüsyonlardan Konsey kararı şeklinde bahsedilmektedir. Konsey kararı ifadesinin iki tasarrufu da kapsamından dolayı, karışıklığı önleme adına, birincil Konsey kararlarını ifade etmek için rezolüsyon kavramı tercih edilmiştir. İngilizce’de *resolution* olan rezolüsyon kavramı ilk defa olarak bu çalışmada kullanılan bir kavram değildir. Gerekçesini açıklamamakla birlikte Arsava da konsey kararı ifadesi yerine rezolüsyon kavramını kullanmayı tercih etmiştir.⁹ Takip eden alt başlıklarda rezolüsyonlara dair mezkur hususlar ele alınacaktır.

a. Nasıl Hazırlanır ve Yayımlanırlar?

Rezolüsyonlar Güvenlik Konseyinin uygulamada en çok başvurduğu karar alma araçlarıdır.¹⁰ BM organı olarak Konseyin görüş veya iradelerinin resmi bir ifadesi olarak tanımlanan rezolüsyonlar, S/RES kısaltması ile Konsey web sitesinden yıllara göre sınıflandırılmış bir şekilde yayımlanmaktadır.¹¹ Belirli bir yıl içerisinde çıkartılan rezolüsyonlara ulaşılmaya çalışıldığında da benzer bir kronolojik sıralama ile rezolüsyonlar görüntülenmektedir. Her rezolüsyonun yanında ilgili rezolüsyonun “konu”suna dair açıklama yer almaktadır.¹² Rezolüsyon konuları belirli bir ülke ve bölgeye ilişkin olabileceği gibi barış gücü, uluslararası barış ve güvenliğin sürdürülmesi, salgın hastalıklar gibi tematik konularla da ilgili olabilmektedir. Konu açıklamalarında, “konu” (*matter*), “durum” (*situation*), “sorun” (*question*) ve “uymazlık” (*dispute*) ifadelerinden biri yer alabilmekle birlikte, Denk’in tespitine göre Konsey, 2014 yılından bu yana çıkarttığı rezolüsyonların konu açıklamalarında “durum” (*situation*) ifadesini kullanmaktadır.¹³

Rezolüsyonlar 1946 yılından bu yana Konsey tarafından yayımlanmakla birlikte 4 Aralık 2020 itibariyle en güncel örnek olan 2554 sayılı rezolüsyonun

organ tarafından alınan kararlar rezolüsyon olarak isimlendirilseler de hukuki nitelikleri farklılık arz etmektedir. Kavram kargaşası olmaması adına Genel Kurul tarafından çıkartılan rezolüsyonlar çalışma içinde karar olarak ifade edilecektir. Bkz. ‘General Assembly Resolutions’ (*UNGA*) <<https://www.un.org/en/sections/documents/general-assembly-resolutions/index.html>> erişim tarihi 1 Aralık 2020; ‘Resolutions’ (*ECOSOC*) <<https://www.un.org/ecosoc/en/documents/resolutions>> erişim tarihi 1 Aralık 2020.

⁹ Bkz. Ayşe Fusün Arsava, ‘BM Güvenlik Konseyi Rezolüsyonlarının Yorumu’ (2018) 136 TBB Dergisi 359

¹⁰ Justin S Gruenberg, ‘An Analysis of United Nations Security Council Resolutions: Are All Countries Treated Equally?’ (2019) 41(2) Case W. Res. J. Int’l L. 469, 481

¹¹ ‘Resolutions’ (*UNSC*) <<https://www.un.org/securitycouncil/content/resolutions-0>> erişim tarihi 30 Kasım 2020

¹² Bkz. ‘Resolutions adopted by the Security Council in 2020’ (*UNSC*) <<https://www.un.org/securitycouncil/content/resolutions-adopted-security-council-2020>> erişim tarihi 6 Aralık 2020

¹³ Erdem Denk, *Uluslararası Örgütler Hukuku: Birleşmiş Milletler Sistemi* (Siyasal Kitabevi 2015) 183

yayımlandığı görülmektedir.¹⁴ Rezolüsyonları niteleyen sayılar, ilgili rezolüsyonun Konsey tarihinde çıkartılan kaçınıcı rezolüsyon olduğunu ifade eder. Kaba bir hesaplama 74 yıllık süre zarfında Konsey'in yıllık ortalama 35 rezolüsyon çıkarttığı görülmektedir. Konseyin karar alma yetkisinin temel dayanağı olan BM Şartında rezolüsyonlara ilişkin bir ifade yer almamaktadır. Rezolüsyonların Konsey tarafından en çok kullanılan enstrüman olması, Konsey üyelerinin tercihlerinin bir sonucudur.¹⁵

Rezolüsyonların henüz Konseyde oylanmamış halleri taslak (*draft resolution*) olarak isimlendirilir. Taslakların hazırlanmalarına ilişkin benimsenmiş bir kural bulunmamaktadır. Konsey üye veya üyeleri belirli bir konuya ilişkin olarak hazırladıkları taslakları oylanmak üzere Konseye sunarlar. Rezolüsyon taslağını Konseye sunan üye veya üyeler ilgili rezolüsyon taslağının sponsoru (*sponsors*) olarak nitelendirilir. Taslak hazırlanmasına dair belirli bir kural olmadığı gibi uygulamanın zaman içerisinde değişebilmesi de söz konusudur.¹⁶ Önerilen taslaklar Konsey'de oylanarak rezolüsyon haline gelebilir veya kabul edilmeyerek herhangi bir nitelik kazanmaz.¹⁷

Rezolüsyon taslaklarının kabulü Konsey toplantısındaki oylamaya bağlıdır. BM Şartı madde 27/1'e göre her üye sadece bir oy hakkına sahiptir. Lakin oylamadaki temel belirleyici husus veto yetkisidir.¹⁸ BM Şartı madde 27/2'de, usule ilişkin (*procedural matters*) konularda toplamda dokuz olumlu oyun yeterli olduğu belirtilirken, aynı maddenin üçüncü fıkrasında usule ilişkin olmayan diğer tüm konularda –bundan sonra esasa ilişkin konular- (*all other matters*) rezolüsyon çıkartılabilmesi için daimi üyelere hiçbirinin olumsuz oy kullanmaması gerektiği ifade edilmektedir. Konseyin beş daimi üyesine

¹⁴ S/Res/2554 (2020)

¹⁵ Gruenberg (n 10) 481

¹⁶ Michael Wood, 'The Interpretation of Security Council Resolutions, Revisited' (2017) 20(1) Max Planck Yearbook of United Nations Law 1, 13

¹⁷ Son dönemde Konseye sunulan rezolüsyon önerileri arasında Covid-19 ile ilgili olanlar örnek olarak gösterilebilir. Konseyin daimi üyesi Fransa ile geçici üyesi Tunus tarafından Konseye sunulan taslağı, Dünya Sağlık Örgütünü (WHO) referans göstermesi gerekçesi ile ABD tarafından veto edilmiştir. Bkz. 'France, Tunisia Urge UN Security Council To Adopt Covid-19 Resolution' (*France24*, 6 Mayıs 2020) <<https://www.france24.com/en/20200506-france-tunisia-urge-un-security-council-to-adopt-covid-19-resolution>> erişim tarihi 25 Kasım 2020. Geçici üyeler olan Almanya ve Estonya tarafından önerilen taslak metin ise WHO'ya dair herhangi bir ifade içermemesinden dolayı kabul edilmiş olup 2532 sayılı rezolüsyon olarak yayımlanmıştır. 'Germany, Estonia Submit New Resolution For Global Ceasefire To UNSC' (*Europost*, 13 Mayıs 2020) <<https://europost.eu/en/a/view/germany-estonia-submit-new-resolution-for-global-ceasefire-to-uns-28834>> erişim tarihi 25 Kasım 2020; S/Res/2532 (2020)

¹⁸ Konsey üyelerinin sahip oldukları oy hakkı BM Şartı madde 27 ve İçtüzük madde 40'da düzenlenmiştir.

verilen bu yetki, Konseyin temel eleştiri noktasıdır.¹⁹ Bu konudaki eleştirilerin ortak paydası, egemen eşitliği ilkesi üzerine kurulan BM’nin, beş daimi üyeye ayrıcalıklı yetki vermek suretiyle bu ilkeye aykırı davranmasıdır. BM şartında yer alan bu eşitliksiz durumun değiştirilmesi, daimi üyelik kurumu ve bu kurumun yetkilerine dair değişiklik yapılması gerekliliği defaatle dile getirilmiştir. Bu hususta BM’nin reformuna ilişkin teklifler gelmiş olsa da şu ana kadar somut bir ilerleme kaydedilememiştir.²⁰

Konsey daimi üyelerinin sahip olduğu veto yetkisine dair iki durum mevcuttur. Birincisi ve uluslararası toplum tarafından en çok bilineni esasa ilişkin veto yetkisidir.²¹ Bu veto yetkisi, uygulamada Konseyin sıklıkla başvurduğu veto yetkisi olarak bilinir.²² Buna göre, Konsey gündemine gelen esasa ilişkin bir konuda beş daimi üyeden biri veto yetkisini kullanırsa Konseyden rezolüsyon çıkartılamaz. Bir taslağın rezolüsyon niteliği kazanabilmesi için daimi üyelerden herhangi birinin veto yetkisini kullanmaması ve toplamda dokuz olumlu oyun var olması gerekmektedir.²³ Basit bir söylemle, 14 üyenin olumlu oy kullandığı bir taslak metnin daimi üyelerden biri tarafından veto edilmesi halinde, söz konusu taslak rezolüsyon niteliği kazanamamaktadır.

Veto yetkisine dair ikinci durum, gündem maddesinin niteliğinin belirlenmesi noktasında söz konusu olabilmektedir. Konsey gündemine getirilen bir konunun usule mi yoksa esasa mı ilişkin olduğunun belirlenmesi noktasında daimi üyeler başka bir veto yetkisine sahiptir. Literatürde “ifte veto”²⁴ (*double veto*) olarak bilinen, lakin uluslararası hukuk literatürü dışında pek bilinmeyen bu veto yetkisi esasında diğer veto yetkisinden önce kullanılabilen bir yetkidir.²⁵ şöyle ki, Konsey gündemine getirilen bir konunun usule mi yoksa esasa mı ilişkin olduğu oylanır. şayet oylanana konu usule ilişkin bir konu olarak belirlenirse daimi üyelerin vetoları dikkate

¹⁹ Bkz. Giorgia Papalia, ‘A Critique of the Unqualified Veto Power’ (2017) 2 Perth ILJ 55

²⁰ Aderemi Opeyemi Ade-Ibijola, ‘The United Nations Security Council Reforms and The Permanent Five Challenge: A Historical Perspective’ (2015) 11 Journal of International Studies 131; Maseng Jonathan Oshupeng, ‘Integrating Africa and the Politics of Inclusion and Exclusion in the Process of UNSC Reform’ (2013) 4 Conflict Trends 19

²¹ Bkz. Thomas G Weiss, ‘The illusion of UN Security Council Reform’ (2003) 26(4) Washington Quarterly 147

²² ‘Veto List’ (*Dag Library*) <<https://research.un.org/en/docs/sc/quick>> erişim tarihi 1 Aralık 2020

²³ Gruenberg (n 10) 477; BM şartı madde 27/2 hükmüne göre “usule ilişkin konularda dokuz üyenin olumlu oyu” ifadesi kullanılırken, 27/3’te “diğer tüm konularda” daimi üyelerin hepsinin oyları dahil olmak üzere toplamda dokuz olumlu oyun varlığı aranmaktadır. Burada hangi konuların usule hangilerinin ise esasa ilişkin olduğuna yönelik açık bir hüküm mevcut değildir. Bkz. Denk (n 13) 180-181

²⁴ Denk (n 13) 181

²⁵ Bkz. Alan R Feldstein, ‘The Double Veto in the Security Council: A New Approach’ (1969) 18 Buff. L. Rev. 550

alınmaksızın toplamda dokuz olumlu oyun alınması yeterli olur. Diğer taraftan yukarıda bahsedildiği üzere, gündem konusu esasa ilişkin olursa, daimi üyelerden birinin veto yetkisini kullanmaması ve toplamda dokuz olumlu oyun alınması gerekmektedir. Buradan anlaşılacağı üzere, bir konunun esas veya usul konusu olduğunun tayini de yine daimi üyelerce yapılmaktadır. Konsey tarihine bakıldığında, 1946-1990 tarihleri arasında toplam 160 usul oylaması yapılmıştır. Soğuk Savaşın sona ermesinden bu yana usul oylamaları azalmıştır.²⁶ Bunun yerine, usul konularının belirlenmesi, gayri resmi istişarelerde elde edilen fikir birliğiyle sağlanmıştır.²⁷ Konsey gündeminin yoğunluğu ve yıllara göre çıkartılan rezolüsyon sayıları göz önünde bulundurulduğunda, gündem konusunun niteliğinin oylanmasının ciddi bir iş yükü ve zaman kaybına neden olabileceği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, üyelerin itirazları olmadığı sürece gündem konusunun belirlenmesine dair oylanmanın yapılmaması ve bunun gayri resmi istişarelerle belirlenmesi yerinde bir uygulamadır.

Lakin bu konuda diğer bir sorun alanı mevcuttur. Üyeler gündem konusunun niteliğini hangi parametreye göre belirlemektedir? Diğer bir söylemle, hangi konular usule hangi konular esasa ilişkindir? Konuyla ilgili olarak BM Şartı veya İçtüzük herhangi bir parametre belirlememiştir. Genel Kurulun 14 Nisan 1949 tarih ve 267(III) sayılı kararında, Güvenlik Konseyi gündemine gelen konuların niteliklerinin belirlenmesine dair bazı tavsiyelere yer verilmiştir.²⁸ “Güvenlik Konseyinde Oylama Sorunu” (*The Problem of Voting in Security Council*) başlığı ile yayımlanan Genel Kurul kararı, Konseyin daimi ve geçici üyelerine verilen tavsiyelerle başlamaktadır. Konseyin prestijini sarsacak mahiyette veto yetkisinin aşırı kullanımının tercih edilmemesi, oylama öncesi istişare halinde olunması ve ancak BM’nin bir bütün olarak çıkarlarının korunmasını gerektirecek hayati durumlarda vetonun kullanılması gerektiği Genel Kurul tavsiyelerini oluşturmaktadır.²⁹ Kararın Ek’inde ise Güvenlik Konseyinin usule ilişkin konularının neler olabileceği şu şekilde belirtilmiştir:³⁰ Bir devletin üyelik başvurusunun kabulüne ilişkin başvuru kararları; uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına dair herhangi bir sorunun Genel Kurula sunulması; BM Şartı tarafından Konseye tanınan yetkilere dair bir konuda Genel Kuruldan tavsiye istemi; Konseyin uluslararası barış ve güvenliğin sağlanmasına dair ilgilendiği veya ilgileneceği herhangi bir konuda, Genel Sekreterin, Genel Kurula veya BM üyelerine bildirimde bulunmasına izin verilmesi; Genel Kurulda özel bir oturumunun toplanması

²⁶ ‘Procedural Vote’ (*Security Council Report*) <<https://www.securitycouncilreport.org/un-security-council-working-methods/procedural-vote.php>> erişim tarihi 1 Aralık 2020

²⁷ Ibid

²⁸ A/Res/267(III) (1949)

²⁹ Ibid, para 1-3

³⁰ Ibid, annex

için Genel Sekretere talepte bulunulması; Konsey üye devlet temsilcilerinin kimlik bilgilerinin onayı; yıllık raporların Genel Kurula onaylatılması; özel raporların Genel Kurula sunumu ve onaylanması; Konseyin sürekli çalışmasını sağlayacak düzenlemeler; periyodik toplantıların düzenlenmesi; BM yerleşkesi dışında bir yerde Konsey toplantılarının yapılması; Konseyin görevlerini yerine getirmesi için gerekli gördüğü bağlı kuruluşların kurulması ve bunların işleyişi. Tavsiye kararından anlaşılacağı üzere, bu konuların dışında kalanlar esasa ilişkin konular olabilmektedir.

b. Şekil Özellikleri Nelerdir?

Rezolüsyonların belirli bir formülasyon ekseninde yazıldığı söylenebilir. Özellikle son 25 yıllık süre zarfındaki uygulamalar, rezolüsyonların yazımında şekil olarak daha açık bir yaklaşımın benimsendiğini göstermektedir. Bu tarz bir yaklaşım, rezolüsyonların okunmasını ve anlaşılmasını da kolaylaştırmaktadır. İngilizce literatürde rezolüsyonların hangi bölümlerden oluştuğuna ve nasıl okunması gerektiğine dair aydınlatıcı çalışmalar bulunmasına rağmen,³¹ bu konu Türkçe yazında dikkate alınmamış, hatta incelenmesi gereken bir araştırma alanı olarak dahi görülmemiştir. Her bilim dalında olduğu gibi uluslararası hukukun da kendine özgü bir dili mevcuttur. Özellikle uluslararası hukukun omurgası olarak nitelenebilen bir örgütün –BM- kritik öneme sahip bir organının –Güvenlik Konseyi-, bağlayıcı olabilen kararlarının –rezolüsyonların- doğru okunup anlaşılabilmesi için bu doğrultuda çalışmaların yapılması da gereklidir.

Rezolüsyonların bölümleri, niceliklerinden bağımsız olarak ortaktır. Mevcut örnekler incelendiğinde rezolüsyonların hacimlerinin farklı olduğu görülebilir. 1970 tarih ve 285 sayılı rezolüsyon örneğinde olduğu gibi bir rezolüsyon 14 kelimedenden oluşabildiği gibi,³² 2020 tarih ve 2552 sayılı güncel bir rezolüsyon ise 17 sayfadan oluşabilmektedir.³³ Lakin yukarıda da bahsedildiği üzere güncel örnekler dikkate alındığında rezolüsyonlar arası hacim ve şekil farkının eskiye oranla daha az olduğu söylenebilir. Niceliksel farklara rağmen rezolüsyonlar

³¹ Bkz. ‘Preambulatory and Operative Clauses’ (*Wisemee*) <<https://www.wisemee.com/preambulatory-and-operative-clauses/>> erişim tarihi 30 Kasım 2020; ‘Model United Nations’ (*UN*) <<https://www.un.org/en/model-united-nations/drafting-resolutions>> erişim tarihi 30 Kasım 2020; ‘Writing Resolutions’ (*Carthage College*) <<https://www.carthage.edu/model-united-nations/writing-resolutions/>> erişim tarihi 30 Kasım 2020; ‘Eip Explainer: How to Read UN Security Council Resolutions’ (*EIP*, 30 Ekim 2015) <<https://www.eip.org/eip-explainer-how-to-read-un-security-council-resolutions/>> erişim tarihi 30 Kasım 2020; KFC, ‘Model UN Made Easy: How to Write a Resolution’ (*Bestdelegate*, 26 Ekim 2011) <<https://bestdelegate.com/model-un-made-easy-how-to-write-a-resolution/>> erişim tarihi 30 Kasım 2020.

³² S/Res/285 (1970)

³³ S/Res/2552 (2020)

bir takım ortak özelliklere sahiptir. Bu konuda bilinmesi gereken ilk özellik, rezolüsyonların parçalara ayrılarak ifade edilmiş uzun tek bir cümleden ibaret olduğudur.³⁴ Başka bir söylemle, kaç sayfa veya kelimeden oluştuğuna bakılmaksızın, her rezolüsyon, öznesi Konsey olan tek bir cümledir.

Bir rezolüsyon üç bölümden oluşmaktadır. Birincisi, başlık (*title*) bölümüdür. Başlık bölümünde söz konusu rezolüsyonun tarihi, numarası, hangi toplantıda kabul edildiği gibi tanımlayıcı bilgiler yer almaktadır. Her rezolüsyon italik olarak yazılmış “Güvenlik Konseyi” (*The Security Council*) ifadesi ile başlar.³⁵ Bu ifadeden sonraki bölümlerde yer alan her satır, Güvenlik Konseyinin tasarruflarını dile getirecek şekilde hazırlanmaktadır. İkincisi, “önsöz” (*the preamble*) bölümüdür.³⁶ Bu bölümde BM organları tarafından ilgili soruna/konuya dair gerçekleştirilen geçmiş tarihli eylemler, bu organların geçmiş beyanları, konuyla ilgili genel bilgiler veya gerçekler ve konunun önemine değinilir.³⁷ Bu bölümde yer alan her paragraf italik yazılmış bir ifadeyle başlar ve paragraflar virgül ile sonlandırılır.³⁸

Üçüncüsü ve en önemlisi “operasyonel bölümdür” (*operative clauses*).³⁹ Bu bölümde, önsözde belirtilen sorun/konuya dair çözüm önerilerinin yer aldığı Konsey yaklaşımı yer almaktadır. Önsözden farklı olarak bu bölümde yer alan paragraflar sayısal olarak numaralandırılmış olup, her paragrafın ilk ifadesi italik olarak yazılır ve her paragraf noktalı virgül ile sonlandırılır.⁴⁰ Rezolüsyonlarla alınmak istenen kararlar operasyonel bölümde yer alır. Dolayısıyla ilgili rezolüsyonun bağlayıcı olup olmadığı bu bölüm incelenmek suretiyle anlaşılabilir. Bu bölüme ilişkin diğer önemli bir husus ise rezolüsyon paragrafı denildiğinde bu bölümün numaralandırılmış paragraflarının kastediliyor olmasıdır. Konsey ve BM’nin diğer organlarının kararlarında, mahkeme içtihatlarında veya akademik çalışmalarda bir Konsey rezolüsyonun belirli bir paragrafı referans gösterildiğinde, söz konusu paragrafın operasyonel bölüm altında yer alan paragraf olduğunun bilinmesi gerekir. Son olarak, her

³⁴ ‘Guide to Draft Resolutions Writing CILA 2018’ (*Global Muners*, Ağustos 2018) <https://www.globalmuners.org/wp-content/uploads/2018/07/24_Guide_to_Draft_Resolutions_writing_CILA_2018.pdf> erişim tarihi 25 Kasım 2020; ‘Guide to Resolution Writing’ (*EUROMUN*) <<https://www.epfl.ch/campus/associations/list/mun/wp-content/uploads/2020/10/ResolutionWriting-Guide.pdf>> erişim tarihi 25 Kasım 2020.

³⁵ Her rezolüsyonun kendine özgü bir numarası bulunur. Bu numara ve rezolüsyonun kabul tarihi kararın en başında yer alır.

³⁶ EUROMUN (n 34)

³⁷ Ibid

³⁸ Önsözde yer alan giriş niteliğindeki kavramların en sık kullanılanlarından bazıları şunlardır: Noting, stressing, expressing, recognizing, emphasizing, recalling, reaffirming.

³⁹ Ibid

⁴⁰ Ibid; Operasyonel bölümde yer alan giriş niteliğindeki kavramların en sık kullanılanlarından bazıları şunlardır: Call upon, underline, acknowledge, reaffirm, welcome, request, decide.

rezolüsyon için geçerli olmamakla birlikte bazı rezolüsyonların Ek'leri (*annex*) olabilmektedir. Bazı rezolüsyonlarda konuya dair kısa bir ek olmasına karşın,⁴¹ bazılarında çok uzun ve detaylı eklerin yer aldığı ve bu eklerin kendi içinde alt başlıklara ayrılabilirdikleri görülmektedir.⁴²

c. Hangi Konuları Kapsar?

Rezolüsyonların içeriği uluslararası toplumun gündemine göre değişebilmektedir. Bu nedenle ilk örneğinden bu yana tutarlı ve yeknesak bir uygulama benimsemekten uzaktır. Franck'in, BM Şartı için yapmış olduğu "yaşayan ağaç" (*living tree*) metaforizasyonu,⁴³ rezolüsyonların içeriklerinin neden sabit olmadıklarını da açıklar mahiyettedir. Belirli dönemlerde aynı konuların işlendiği görülse de Konsey gündemi uluslararası toplumun değişen koşullarına göre şekillenmektedir. Lakin rezolüsyonların içeriklerine dair bir sınıflandırma yapmak gerekirse, içeriklerin değişimine dair en uygun milat Soğuk Savaşın bitimi olabilir.

Bu milada göre rezolüsyonlar için belirlenecek ilk dönem Soğuk Savaş dönemidir. Bilindiği üzere BM Şartı İkinci Dünya Savaşının bir ürünüdür. Temel misyonu uluslararası barış ve güvenliği tesis etme olan BM ve onun özel yetkili organı olarak Güvenlik Konseyi, Soğuk Savaş sürecinde konvansiyonel güvenlik anlayışı ekseninde rezolüsyonlar çıkartmıştır. Çatışma çözümleri, müzakereler, saldırılara karşı çok uluslu askeri birliklerin hazırlanması ve çatışma durumlarının stabilize edilmesi adına barış gücü birlikleri oluşturulması, Konseyin bu dönemki rezolüsyonlarının temel ajanda maddeleri olmuştur.⁴⁴ Özellikle dönemin iki süper gücü arasındaki gerilimler, bu dönemdeki ajanda maddelerinin belirlenmesinin önemli nedenlerinden biridir. Örneğin, ABD ve Sovyetler Birliği arasında nükleer silahsızlanma ve diğer stratejik silahların sınırlandırılmasına dair tartışmalar önemli konu başlıklarını oluşturmuştur.⁴⁵

İkinci dönem ise Soğuk Savaş sonrası dönemi kapsamaktadır. Bu dönemde devletlerarası çatışmalar dışındaki durumlar da uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden faktörler olarak kabul edilmeye başlamıştır.⁴⁶ Öyle ki

⁴¹ Bkz. S/Res/1970 (2011)

⁴² Bkz. S/Res/2231 (2015)

⁴³ Thomas M Franck, *Recourse to Force: State Action against Threats and Armed Attacks*" (2nd Eds, Cambridge University Press 2004). Güvenlik Konseyinin, karar alma yetkisini BM Şartına dayandırdığı gerçeğinden hareket edildiğinde, Konsey kararları olarak rezolüsyonların da günün sorunlarına cevap verebilecek şekilde güncel konuları kapsamaması normaldir.

⁴⁴ Malik Qasim Mustafa, 'United Nations Security Council: Current Challenges and Implications' (2003) 23(3) Strategic Studies 125, 129

⁴⁵ Ibid 129

⁴⁶ David M Malone, 'Security Council in the Post-Cold War Era: A Study in the Creative Interpretation of the U.N. Charter' (2003) 35 NYU J Int'l L & Pol 487

bu durum, “barış” ve “güvenlik” kavramlarının ciddi bir şekilde değiştiğinin göstergesidir.⁴⁷ Nicelik olarak bakıldığında da bu dönemde rezolüsyonların sayısında ciddi bir artış olduğu görülmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere, Konsey, kuruluşundan bu yana yılda ortalama 35 rezolüsyon çıkartmaktadır. Soğuk Savaş sonrası dönemde çıkartılan rezolüsyonların çokluğu söz konusu ortalamanın yükselmesine katkı sağlamıştır. On yıllık sürelerle bakıldığında, 1940’larda 100’e yakın rezolüsyon çıkartmaya başlayan Konsey, takip eden 40 yıllık süre zarfında istikrarlı bir artış ile 1980 ile 1990 arasındaki on yılda 200’e yakın rezolüsyon çıkartmıştır.⁴⁸ Lakin Soğuk Savaş sonrası döneme bakıldığında sadece 1990’larda toplamda 600’ün üzerinde rezolüsyonun çıkartıldığına şahit olunmaktadır.⁴⁹ Rezolüsyonların ciddi bir artış gösterdiği bu dönemde, Konseyin çalışma kapasitesini artırmaya yönelik herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Bu artışın tek sebebi bu yeni dönemde Konsey gündemine yeni konuların eklenmesi olmuştur. Demokratik rejimlere karşı gerçekleştirilen darbeler,⁵⁰ insani yardımların engellenmesi,⁵¹ terörizm⁵² ve salgın hastalıklar⁵³ bu bağlamda yeni tehdit algıları olarak rezolüsyonlarda yerlerini almaya başlamıştır. Böylelikle, uluslararası barış ve güvenlik kapsamında yeni kıstaslar ortaya çıkmış, doğal olarak da Konseyin iş yükü artmıştır.

d. Bağlayıcı Mıdır, Nasıl Bir Dil Kullanılır?

Güvenlik Konseyi, BM çatısı altında bağlayıcı karar alma yetkisi olan tek organ olarak bilinmektedir. Lakin Konseyin aldığı her karar bağlayıcı değildir! BM Şartı Bölüm VII’ye dayanarak çıkartılan rezolüsyonlar bağlayıcı olabilir. Lakin bu bölüme dayanarak çıkartılan her rezolüsyonun bağlayıcı olduğu da söylenemez.⁵⁴ Bir rezolüsyonun bağlayıcı olabilmesi için yukarıda ifade edildiği üzere, madde 39 kapsamında “barışın tehdidi”, “barışın bozulması” veya “saldırı” durumlarından birinin tespiti gerekmektedir. Bu durumlardan birinin tespiti halinde Konsey tarafından çıkartılan rezolüsyonlar bağlayıcı nitelikte olabilmektedir. Bölüm VII’ye dayanarak çıkartılan rezolüsyonlar

⁴⁷ Ayrıntılı tartışma için bkz. Naim Demirel, *BM Güvenlik Konseyi ve Uluslararası Barışın Korunması* (2. Basım, Derin Yayınları 2015)

⁴⁸ Gruenberg (n 10) 492

⁴⁹ Ibid 492; Ayrıca Bkz. Michael C Wood, ‘Security Council Working Methods and Procedure: Recent Developments’ (1996) 45(1) *The International and Comparative Law Quarterly* 150, 151

⁵⁰ S/Res/841 (1993)

⁵¹ S/Res/794 (1992)

⁵² S/Res/1452 (2002); S/Res/1455 (2003); S/Res/1526 (2004); S/Res/1617 (2005)

⁵³ S/Res/1308 (2000); S/Res/1983 (2011); S/Res/2177 (2014); S/Res/2439 (2018); S/Res/2532 (2020)

⁵⁴ ‘Special Research Report’ (*Security Council Report*, 23 Haziran 2008) <<https://www.securitycouncilreport.org/research-reports/lookup-c-glkwlemtisg-b-4202671.php>> erişim tarihi 27 Kasım 2020

açık veya üstü kapalı bir şekilde ilgili bölüm veya bölüm altındaki madde/lerden bahsedebilir. Örneğin, 232 sayılı rezolüsyon, BM Şartının 39 ve 41 numaralı maddelerine açık bir şekilde atıf yapmaktadır.⁵⁵ Benzer şekilde, 1441 sayılı rezolüsyon Bölüm VII'ye,⁵⁶ 1737 sayılı rezolüsyon ise hem Bölüm VII'ye hem de madde 41'e açıkça atıf yapmaktadır.⁵⁷ Diğer taraftan, 1376 sayılı rezolüsyonda olduğu gibi, ilgili bölüm maddeleri açıkça referans gösterilmeksizin uluslararası barış ve güvenliğinin tehdit edildiğine dair durum tespiti de yapılabilmektedir.⁵⁸ BM kayıtlarına göre,⁵⁹ 2009 yılına kadar geçen sürede, açık bir şekilde madde 42'yi referans gösteren bir rezolüsyon mevcut olmadığı gibi, bu tarihten sonra çıkartılan rezolüsyonlar için de farklı bir durum söz konusu olmamıştır. Madde 42'ye dayanarak alınacak bağlayıcı kararlarda, bu madde işaret edilmek suretiyle bir uygulamanın geliştirildiği görülmektedir.

Konsey rezolüsyonlarının bağlayıcı olup olmadıklarının anlaşılması, buradaki ifadelerin iyi okunmasını gerekli kılmaktadır.⁶⁰ Diğer bir söylemle, rezolüsyonda kullanılan dil bağlayıcılık konusunda esas belirleyicidir. Bu gerçek, 1970 tarihinde UAD'ın, 276 sayılı Namibya'ya ilişkin Konsey rezolüsyonuna dair verdiği danışma görüşünde de teyit edilmiştir.⁶¹ Divan, bir rezolüsyonun bağlayıcı olup olmadığının, kullanılan dilin analiz edilmesi ile anlaşılabilirliğini belirtmektedir.⁶² Kullanılan dilin rezolüsyonların yorumunda önemli araçlar olduğu Divan tarafından doğrulansa da bu konu literatürde ihmal edilmiştir. Gruenberg'e göre 2009'a kadar geçen sürede rezolüsyonlarda kullanılan kavramların incelenmesine dair detaylı bir araştırma mevcut değildir.⁶³ 1988'de benzer bir çalışma yapılmışsa da bu çalışma Güvenlik Konseyi rezolüsyonları ile ilgili olmayıp, Genel Kurul kararları üzerine olduğundan dikkate alınmamaktadır.⁶⁴ Rezolüsyonlarda kullanılan kelimelerin incelenmesine dair literatürde önemli eksiklikler olduğu güncel tarihli çalışmalarda da dile getirilmiştir.⁶⁵

⁵⁵ S/Res/232 (1966)

⁵⁶ S/Res/1441 (2002)

⁵⁷ S/Res/1737 (2006)

⁵⁸ S/Res/1376 (2001)

⁵⁹ 'Repertory of Practice of United Nations Organs' (Codification Division Publications, 23 Ağustos 2016) < https://legal.un.org/repertory/art42/english/rep_supp10_vol3_art42.pdf > erişim tarihi 6 Aralık 2020

⁶⁰ Handbook (n 4) 13

⁶¹ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion*, 1971 I.C.J. 16 (June 21) para 113-114

⁶² Ibid para 114

⁶³ Gruenberg (n 10) 482

⁶⁴ Gruenberg (n 10) 482; Blaine Sloan, *United Nations General Assembly Resolutions in Our Changing World* (Brill Nijhoff 1991)

⁶⁵ Dan Joyner, 'Legal Bindingness of Security Council Resolutions Generally, and Resolution 2334 on the Israeli

Rezolüsyonlardaki ifadelerin kullanımına dair Konsey tarafından belirlenmiş bir sistem mevcut değildir. Rezolüsyonların önsöz ve operasyonel bölümlerinde aynı sözcüklerin kullanılabildiği bir önceki başlık altında görülmektedir. Buradan yapılacak çıkarımda, rezolüsyonlarda bölüme özgü ifade kullanılmadığı söylenebilir. Lakin bölüm fark etmeksizin rezolüsyonlarda kullanılan ifadelere dair yapılan genel değerlendirmelerde, bu ifadeler arasında Konsey tarafından belirlenmiş bir hiyerarşinin olmadığı da görülmektedir.⁶⁶ Gruenberg’in yaptığı sınıflandırmaya göre rezolüsyonlardaki ifadeler, “duygusal ifadeler” (*emotive words*), “açıklayıcı ifadeler” (*instructive words*) ve “niteleyiciler” (*modifiers*) şeklinde gruplara ayrılırlar.⁶⁷ Birinci grupta yer alan duygusal ifadeler, Konseyin gündem konusuna dair hislerini ifade etmek için kullanılır.⁶⁸ “endişe etmek” anlamına gelen “*concern*” ifadesi, Konsey’in kuruluşundan itibaren çıkartmış olduğu 1 794 adet kararda toplamda 2 793 kez kullanılmıştır.⁶⁹ İkinci grupta yer alan açıklayıcı ifadeler, Güvenlik Konseyinin rezolüsyonda belirtilen eyleme ne kadar aciliyet kattığını belirtir.⁷⁰ Örnek olarak verilen “rica eder” (*requested*) ifadesi ise ilgili kararlar içerisinde toplamda 2 793 kez kullanılmıştır.⁷¹ Son grupta yer alan niteleyiciler ise bir kelimenin anlamını güçlendirmek için kullanılan sıfatları kastetmektedir.⁷² “kınamak” anlamına gelen “*condemn*” ifadesinin yerine “şiddetle kınamak” anlamına gelen “*strongly condemn*” ifadesinin kullanılması buna örnek teşkil etmektedir.⁷³

Rezolüsyonlarda kullanılan ifadelerin sınıflandırmasına ilişkin yapılacak çalışmalar, rezolüsyonların yorumlanmasına önemli bir katkı sağlayacaktır. Lakin rezolüsyonlarda kullanılan ifadelerin hangi kategorilerde değerlendirilebileceğine ilişkin görüş birliğinin bulunmaması işleri zorlaştırmaktadır.⁷⁴ Rezolüsyon taslaklarının her defasında farklı devlet veya devletlerden gelmesi ve doğal olarak taslakların hazırlanması sürecindeki kişilerin de değişiklik göstermesi bu belirsizliği derinleştirmektedir.⁷⁵

Settlements in Particular’ (*EJIL:Talk!*, 9 Ocak 2017), < <https://www.ejiltalk.org/legal-bindingness-of-security-council-resolutions-generally-and-resolution-2334-on-the-israeli-settlements-in-particular/>> erişim tarihi 5 Aralık 2020

⁶⁶ Gruenberg (n 10) 490

⁶⁷ Gruenberg (n 10) 490. Bu çalışmada bahsi geçen ve yumuşaktan sertte doğru sıralanan duygusal ifadeler: Concerned, grieved, deplored, condemned, alarmed, shocked, indignant, censured; açıklayıcı ifadeler: Decide, call upon, recommend, request, urge, warn, demand; niteleyiciler: Deeply, gravely, solemnly, strongly, urgently, vigorously ve strongly şeklinde sıralanmıştır.

⁶⁸ Gruenberg (n 10) 482

⁶⁹ Ibid

⁷⁰ Ibid

⁷¹ Ibid

⁷² Ibid

⁷³ Ibid

⁷⁴ Joyner (n 65) 2

⁷⁵ Wood (n 49) 13

Rezolüsyonların hazırlanmasında belirli bir sistemin veya ifade gruplamalarının olmaması, ifadelerin bireysel olarak değerlendirilmesini gerektirmektedir. Bu noktada rezolüsyonların operasyonel bölümlerinde yer alan ifadeleri incelemek yerinde olacaktır. Netice itibarıyla bir rezolüsyon ile verilmek istenen mesajın en net olduğu kısımlar bu buralardır. “Karar verir” (*decide*), “rica eder” (*request*) ve “talep eder” (*demand*) ifadeleri rezolüsyonlarda bağlayıcılığı vurgulamak için kullanılan en net ifadelerdir.⁷⁶ Benzer şekilde, “çağrıda bulunmak” (*call upon*) ifadesi de rezolüsyonlarda sıklıkla kullanılan ve bağlayıcılığı üzerine konuşulan bir ifadedir.⁷⁷ 2249 sayılı kararda, bu ifadeyle başlayan cümlede taraflara “her türlü önlemin alınması” (*take all necessary measures*) yönünde çağrı yapılmaktadır. Lakin Wood’a göre, “*call upon*” ifadesi BM Şartı madde 42 altında kullanılan ifadelerden olmakla birlikte, doğrudan kuvvet kullanmayı yetkilendiren bir kavram olmadığından her zaman için bağlayıcı değildir.⁷⁸ Üslup birliğinin olmamasından dolayı, diğer ifadeler için de benzer bir yorum yapılabilir.

Konsey tarihinde kuvvet kullanma yetkilendirmesi verilen kararlarda, ifadelerin seçimine dair yeknesak bir uygulama mevcut değildir. 1950’de Kuzey Kore’nin Güney Kore’ye müdahalesi sonucu başlayan Kore Savaşı için alınan 82 sayılı rezolüsyonda barışın ihlalinin tespiti “kararlaştırmak” anlamına gelen “*determine*” ifadesi ile yapılırken, ateşkesin sağlanması çağrısı, “çağrıda bulunmak” anlamındaki “*call for*” ve “*call upon*” ifadeleri ile dile getirilmiştir.⁷⁹ 83 ve 84 sayılı rezolüsyonlarda ise “tavsiye etmek” anlamındaki “*recommend*” ifadesi kullanılmak suretiyle üye devletlerden Güney Kore’ye yardım etmeleri istenmiştir.⁸⁰ 1990 tarihinde Irak’ın Kuveyt’i işgali üzerine aynı gün alınan 660 sayılı rezolüsyonda açık bir şekilde BM Şartı madde 39 ve 40’a atıf yapılarak, uluslararası barış ve güvenliğin ihlalinin tespiti noktasında “*determine*” ifadesi kullanılırken, Irak’ın Kuveyt’ten çekilmesine dair çağrı “*demand*” ifadesiyle; taraflara yapılan müzakere çağrısı ise “*call upon*” ifadesi ile yapılmıştır.⁸¹ Bu konuya dair alınan başka bir karar olan 678 sayılı rezolüsyonda da, Bölüm VII’ye açık bir atıf söz konusudur.⁸² Irak’ın eski tarihli Konsey rezolüsyonuna uymasına dair çağrı “*demand*” ifadesi ile yapılırken, üye devletlerin Kuveyt ile işbirliği yapması noktasındaki çağrı ise “yetkilendirme” anlamına gelen

⁷⁶ EUROMUN (n 34). Bu ifadeler rezolüsyonların operasyonel bölümlerinin genellikle en son paragraflarında kullanılırlar.

⁷⁷ Bkz. S/Res/2249 (2015) para 5

⁷⁸ Michael Wood, ‘The Interpretation of Security Council Resolutions, Revisited’ (2017) 20(1) Max Planck Yearbook of United Nations Law Online 1, 18

⁷⁹ S/Res/82 (1950)

⁸⁰ S/Res/83 (1950); S/Res/84 (1950)

⁸¹ S/Res/660 (1990)

⁸² S/Res/678 (1990)

“authorize” ifadesiyle yapılmıştır.⁸³ Rezolüsyonun, “uygun bir şekilde desteklenmesi” (*provide appropriate support*) için tüm devletlere yapılan çağrıda ise “request” ifadesine yer verilmiştir.⁸⁴ Irak’a ilişkin alınan 687 ve 1441 sayılı rezolüsyonlarda da benzer ifadeler yer almakla birlikte, açık bir kuvvet kullanma yetkisinden bahsedilmeyen belirsiz bir dil bu rezolüsyonlarda da tercih edilmiştir.⁸⁵

Sonuç olarak, rezolüsyonlarda kullanılan dil ile bağlayıcılık arasında yadsınamaz bir ilişki mevcuttur. Lakin rezolüsyonlarda dilin kullanımına ilişkin bir belirsizliğin olduğu da sarihtir. Mellinkoff, bu tarz belirsizliklerin ortaya çıkmasına neden olan ifadeleri “çeldirici ifadeler” (*weasel words*) olarak tanımlamaktadır.⁸⁶ Konsey tasarrufu olarak rezolüsyonlarda hibrid bir dilin söz konusu olduğunu belirten Carlo ise bu durumun, diplomatik metinler için ortak bir özellik olduğunu ileri sürmektedir.⁸⁷ Rezolüsyonlara dair yaratılan bilinçli/bilinçsiz belirsizlik ilgili rezolüsyonun bağlayıcılığını da aynı oranda etkilemektedir. Hal böyle olunca, Konsey rezolüsyonlarının bağlayıcı veya bağlayıcı olmayan şekilde kat-i bir sınıflandırmaya tabi tutulması mümkün olmadığından, rezolüsyonlarda kullanılan dil ve ifadelerin iyi bir şekilde tahlil edilmesi gerekmektedir.

SONUÇ

Güvenlik Konseyi, BM ile kurulan modern uluslararası hukuk sisteminin en hayati organlarından biridir. Konsey tarafından alınan kararlar bağlayıcı nitelikleri gereği uluslararası toplumun tamamını etkileme kapasitesine sahiptir. Türkçe literatürde Konsey kararı denildiğinde rezolüsyonlar kastedilmekle birlikte, Konseyin aldığı kararlar rezolüsyonlardan ibaret değildir. Başkanlık açıklamaları da Konseyin resmi nitelikli kararlarından biridir. Bu çalışmanın kapsamı rezolüsyonlarla sınırlanmıştır. Türkçe literatürde Konsey kararlarını konu edinen çalışmalar genellikle rezolüsyonların bağlayıcılıklarına odaklanmaktadır. Lakin rezolüsyonların nasıl okunması gerektiğine dair çalışmalar mevcut değildir. Bu konuya en yakın çalışmalar ise rezolüsyonların bağlayıcılıklarına dair kullanılan dile ilişkin değerlendirmeler içermektedir. Bu sebeptir ki konuya dair araştırma yapma çabası içinde olan genç araştırmacıların rezolüsyonları anlaması için Türkçe literatürde yararlanabilecekleri bir kaynak bulunmamaktadır.

⁸³ Ibid para 1-2

⁸⁴ Ibid para 3

⁸⁵ S/Res/687 (1991); S/Res/1441 (2002). Bkz. The Legal Department of the Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation, ‘Current Developments’ (2003) 52(4) The International and Comparative Law Quarterly 1059, 1059

⁸⁶ David Mellinkoff, *The Language of the Law* (Resource Publications 2004) 21

⁸⁷ Giuseppina Scotto di Carlo, ‘The Language of the UN: Vagueness in Security Council Resolutions Relating to the Second Gulf War’ (2013) 26(3) Int J Semiot Law 693, 694

Bu alışma, rezolüsyonların ne olduklarını, neyi ihtiva ettiklerini, şekil olarak nasıl bir üsluba sahip olduklarını incelemek için kaleme alınmıştır. Çalışma, rezolüsyonların hazırlık aşamalarının, bağlayıcılıklarının veya bu bağlamda kullanılan dilin ayrıntılı olarak incelenmesine dair spesifik bir amaç taşımamaktadır. Birden fazla sayfadan oluşabilmesine rağmen, esasında tek bir cümleden ibaret olan ve belirli bir formülasyona dayalı olarak hazırlanan rezolüsyonların, hangi bölümlerden oluştuğunun ve özellikle bağlayıcılık noktasında hangi kısımların dikkate alınması gerektiğinin bilinmesi önemlidir. Rezolüsyonların doğru bir şekilde anlaşılması için hazırlanan bu çalışma, bundan sonraki akademik çalışmaların ve benzer tasarrufların yapılmasına katkı sağlayabilir. Örneğın, Batı’da yapıldığı gibi rezolüsyon hazırlanmasına dair pratik çalışmalarda faydalı olabilir. Dışışleri Bakanlığı nezdinde veya uluslararası bir mekanizma bünyesinde çalışacak müstakbel uluslararası hukukçuların ve uluslararası ilişkiler uzmanlarının rezolüsyon hazırlama yetilerinin geliştirilmesi noktasında da faydalı olabilir. Çalışma içerisinde referans gösterilen Model BM uygulamasında olduğu gibi, lisans ve lisansüstü düzeyde araştırmacılar, farazi duruşmalara benzer şekilde, farazi rezolüsyon hazırlama uygulamaları yaparken de bu çalışmadan istifade edebilirler. Diğerk taraftan bu çalışma, belirli tarih aralıklarında çıkartılan rezolüsyonlara dair nicel metodoloji kullanılarak yapılacak araştırmalar için de ilham verici olabilir. Son olarak bu çalışma, uluslararası toplumun ve özellikle de Türkiye’nin gündemini yakından ilgilendiren Konsey rezolüsyonlarının sınıflandırılması, benzer olay ve durumlara ilişkin rezolüsyonlarla karşılaştırılması adına yapılacak çalışmalar için kaynak mahiyetinde olabilir.

KAYNAKÇA

- ‘Eip Explainer: How to Read UN Security Council Resolutions’(EIP, 30 Ekim 2015) <<https://www.eip.org/eip-explainer-how-to-read-un-security-council-resolutions/>> erişim tarihi 30 Kasım 2020
- ‘France, Tunisia Urge UN Security Council To Adopt Covid-19 Resolution’ (France24, 6 Mayıs 2020) <<https://www.france24.com/en/20200506-france-tunisia-urge-un-security-council-to-adopt-covid-19-resolution>> erişim tarihi 25 Kasım2020
- ‘General Assembly Resolutions’ (UNGA) <<https://www.un.org/en/sections/documents/general-assembly-resolutions/index.html>> erişim tarihi 1 Aralık 2020
- ‘Germany, Estonia Submit New Resolution For Global Ceasefire To UNSC’ (Europost, 13 Mayıs 2020) <<https://europost.eu/en/a/view/germany-estonia-submit-new-resolution-for-global-ceasefire-to-unsc-28834>> erişim tarihi 25 Kasım 2020

- ‘Guide to Draft Resolutions Writing CILA 2018’ (*Global Muners*, Ağustos 2018) <https://www.globalmuners.org/wp-content/uploads/2018/07/24_Guide_to_Draft_Resolutions_writing_CILA_2018.pdf> erişim tarihi 25 Kasım 2020
- ‘Guide to Resolution Writing’ (*EUROMUN*) <<https://www.epfl.ch/campus/associations/list/mun/wp-content/uploads/2020/10/ResolutionWriting-Guide.pdf>> erişim tarihi 25 Kasım 2020
- ‘Model United Nations’ (*UN*) <<https://www.un.org/en/model-united-nations/drafting-resolutions>> erişim tarihi 30 Kasım 2020
- ‘Preambulatory and Operative Clauses’ (*Wisemee*) <<https://www.wisemee.com/preambulatory-and-operative-clauses/>> erişim tarihi 30 Kasım 2020
- ‘Procedural Vote’ (*Security Council Report*) <<https://www.securitycouncilreport.org/un-security-council-working-methods/procedural-vote.php>> erişim tarihi 1 Aralık 2020
- ‘Provisional Rules of Procedure of the Security Council’ (*UNSC*, 1982) <<https://www.un.org/securitycouncil/content/provisional-rules-procedure>> erişim tarihi 28 Kasım 2020
- ‘Repertory of Practice of United Nations Organs’ (*Codification Division Publications*, 23 Ağustos 2016) < https://legal.un.org/repertory/art42/english/rep_supp10_vol3_art42.pdf> erişim tarihi 6 Aralık 2020
- ‘Resolutions adopted by the Security Council in 2020’ (*UNSC*) <<https://www.un.org/securitycouncil/content/resolutions-adopted-security-council-2020>> erişim tarihi 6 Aralık 2020
- ‘Resolutions’ (*ECOSOC*) <<https://www.un.org/ecosoc/en/documents/resolutions>> erişim tarihi 1 Aralık 2020
- ‘Resolutions’ (*UNSC*) <<https://www.un.org/securitycouncil/content/resolutions-0>> erişim tarihi 30 Kasım 2020
- ‘Special Research Report’ (*Security Council Report*, 23 Haziran 2008) <<https://www.securitycouncilreport.org/research-reports/lookup-c-glkwlemtisg-b-4202671.php>> erişim tarihi 27 Kasım 2020
- ‘Thematic and General Issues’ (*Security Council Report*, 2020) <<https://www.securitycouncilreport.org/thematic-general-issues>> erişim tarihi 28 Kasım 2020
- ‘Veto List’ (*Dag Library*) <<https://research.un.org/en/docs/sc/quick>> erişim tarihi 1 Aralık 2020

- ‘Writing Resolutions’ (*Carthage College*) <<https://www.carthage.edu/model-united-nations/writing-resolutions/>> erişim tarihi 30 Kasım 2020
- A/Res/267(III) (1949)
- Ade-Ibijola AO, ‘The United Nations Security Council Reforms and The Permanent Five Challenge: A Historical Perspective’ (2015) 11 *Journal of International Studies* 131
- Aktaş HE, ‘Birleşmiş Milletler İçin Daha Demokratik, Adil ve Etkin Bir Yapı Önerisi’ (2016) 20 (2) *Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 767
- Arsava AF, ‘BM Güvenlik Konseyi Rezolüsyonlarının Yorumu’ (2018) 136 *TBB Dergisi* 359
- Carlo GSC, ‘The Language of the UN: Vagueness in Security Council Resolutions Relating to the Second Gulf War’ (2013) 26 (3) *Int J Semiot Law* 693
- Dan Joyner ‘Legal Bindingness of Security Council Resolutions Generally, and Resolution 2334 on the Israeli
- Demirel N, *BM Güvenlik Konseyi ve Uluslararası Barışın Korunması* (2. Basım, Derin Yayınları 2015)
- Denk E, *Uluslararası Örgütler Hukuku: Birleşmiş Milletler Sistemi* (Siyasal Kitabevi 2015)
- Feldstein AR, ‘The Double Veto in the Security Council: A New Approach’ (1969) 18 *Buff. L. Rev.* 550
- Franck TM, *Recourse to Force: State Action against Threats and Armed Attacks*” (2nd Eds, Cambridge University Press 2004)
- Gölçek ŞG, ‘Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’nin Reform Sorunsalı’ (2019) 12 (4) *Ömer Halisdemir Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 466
- Gruenberg JS, ‘An Analysis of United Nations Security Council Resolutions: Are All Countries Treated Equally?’ (2019) 41 (2) *Case W. Res. J. Int’l L.* 469
- KFC, ‘Model UN Made Easy: How to Write a Resolution’ (*Bestdelegate*, 26 Ekim 2011) <<https://bestdelegate.com/model-un-made-easy-how-to-write-a-resolution/>> erişim tarihi 30 Kasım 2020
- Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), *Advisory Opinion*, 1971 I.C.J. 16 (June 21)

- Malik Qasim Mustafa, 'United Nations Security Council: Current Challenges and Implications' (2003) 23 (3) Strategic Studies 125
- Malone DM, 'Security Council in the Post-Cold War Era: A Study in the Creative Interpretation of the U.N. Charter' (2003) 35 NYU J Int'l L & Pol 487
- Mellinkoff D, *The Language of the Law* (Resource Publications 2004)
- Oshupeng MJ, 'Integrating Africa and the Politics of Inclusion and Exclusion in the Process of UNSC Reform' (2013) 4 Conflict Trends 19
- Papalia G, 'A Critique of the Unqualified Veto Power' (2017) 2 Perth ILJ 55
- S/Res/1308 (2000)
- S/Res/1376 (2001)
- S/Res/1441 (2002)
- S/Res/1452 (2002)
- S/Res/1455 (2003)
- S/Res/1526 (2004)
- S/Res/1617 (2005)
- S/Res/1737 (2006)
- S/Res/1970 (2011)
- S/Res/1983 (2011)
- S/Res/2177 (2014)
- S/Res/2231 (2015)
- S/Res/2249 (2015)
- S/Res/232 (1966)
- S/Res/2439 (2018)
- S/Res/2532 (2020)
- S/Res/2552 (2020)
- S/Res/2554 (2020)
- S/Res/285 (1970)
- S/Res/660 (1990)
- S/Res/678 (1990)
- S/Res/687 (1991)

- S/Res/794 (1992)
- S/Res/82 (1950)
- S/Res/83 (1950)
- S/Res/84 (1950)
- S/Res/841 (1993)
- Security Council, *The UN Security Council Handbook: A User's Guide to Practice and Procedure* (Security Council Report 2017)
- Settlements in Particular' (*EJIL:Talk!*, 9 Ocak 2017) < <https://www.ejiltalk.org/legal-bindingness-of-security-council-resolutions-generally-and-resolution-2334-on-the-israeli-settlements-in-particular/>> erişim tarihi 5 Aralık 2020
- Sloan B, *United Nations General Assembly Resolutions in Our Changing World* (Brill Nijhoff 1991)
- The Legal Department of the Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation, 'Current Developments' (2003) 52 (4) *The International and Comparative Law Quarterly* 1059
- Weiss TG, 'The illusion of UN Security Council Reform' (2003) 26 (4) *Washington Quarterly* 147
- Wood M, 'Security Council Working Methods and Procedure: Recent Developments' (1996) 45 (1) *The International and Comparative Law Quarterly* 150
- Wood M, 'The Interpretation of Security Council Resolutions, Revisited' (2017) 20(1) *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online* 1

YATIRIMCI DEVLET UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM SİSTEMİ'NİN (ISDS) REFORMU BAKIMINDAN ÖNEMLİ BİR ADIM: TASLAK ETİK KURALLAR

An Important Step for Reform of ISDS System: Draft Ethical Rules

Açelya ŞAHİN, LL.M* Dr. Güray ÖZSU**

Geliş Tarihi: 14.12.2020

Kabul Tarihi: 24.02.2021

ÖZET

Günümüzde yatırımcı devlet uyuşmazlık çözüm sistemi bağlamında en çok tartışılan ve uygulamada sorunlara yol açan hususlardan birisi de etik meselesidir. Bazı tahkim kurumlarının usul kurallarında etiğe ilişkin birtakım düzenlemelere yer verilmişse de söz konusu düzenlemeler sorunları çözecek yeterlilikte görünmemektedir. Zira, bu düzenlemeler yatırımcı devlet uyuşmazlık çözüm sistemi bakımından yeknesak ve bağlayıcı nitelikli bir etik kurallar bütünü teşkil etmemektedir. Söz konusu eksikliğin giderilmesini teminen bazı uluslararası kuruluşlarca etik konusunda çalışmalar yürütülmektedir.

Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID) ve Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) Sekreteriyalarının ortak çalışması neticesinde hazırlanan etik kurallar taslağı, ilgili taraflarla 1 Mayıs 2020 tarihinde paylaşılmıştır. Taslak kurallar; tarafsızlık, bağımsızlık, tahkim sürecinin adil, etkin ve medeni bir şekilde yürütülmesini sağlayacak yükümlülükler dahil olmak üzere karar verici ve karar verici adayları bakımından birtakım standart ve düzenlemeler içermektedir. Söz konusu taslak, yatırımcı devlet uyuşmazlık çözüm sistemi yönünden önemli bir eksikliği gidermenin yanı sıra diğer etik kurallardan farklı olarak bağlayıcı olması ve taslakta belirlenen yükümlülüklerle aykırı hareket edilmesi halinde bir takım yaptırımların uygulanabilecek olması bakımından daha net bir yaklaşım sergilemektedir.

Anahtar Kelimeler: Etik, Karar Verici, Tarafsızlık, Bağımsızlık, Çifte Görevlendirme

ABSTRACT

Nowadays the issue of ethic is one of the subjects which are mostly discussed and causes problems in practice in the context of ISDS system. Even though there are certain arrangements with regard to ethic in procedural rules of some arbitration institutions, they are not sufficient to solve the problems. Because, these arrangements are not binding and uniform in terms of ISDS system. In order to fill the aforementioned deficiency, some international organisations are carrying out works.

Draft ethical rules were prepared as a result of the joint work of ICSID and UNCITRAL Secretariats and shared with the interested parties on 1 May 2020. It regulates a set of standards and provisions for adjudicators and candidates for adjudicator, including impartiality, independence and obligations to ensure that the arbitration process is conducted in a fair, effective and civilized manner. The draft fills an important deficiency with regard to ISDS system and also exhibits a clearer approach, unlike the other ethic rules, in terms of being binding and imposing sanctions in case of breach.

Keywords: Ethic, Adjudicators, Impartiality, Independence, Double Hatting

* Uzman, T.C. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, e-posta:acelyasahinoker@gmail.com, ORCID ID:0000-0003-4106-437X.

** Hâkim, e-posta:ozsuguray@gmail.com, ORCID ID:0000-0001-6842-6321.

GİRİŞ

Yatırımcı devlet uyuşmazlık çözüm sistemi bağlamında en çok tartışılan ve uygulamada sorunlara yol açan hususlardan birisi de etik meselesidir. Günümüzde, bazı tahkim kurumlarının usul kurallarında etiğe ilişkin birtakım düzenlemelere yer verilmişse de söz konusu düzenlemeler sorunları çözecek yeterlilikte görünmemektedir. Zira, bu düzenlemeler yatırımcı devlet uyuşmazlık çözüm sistemi bakımından yeknesak ve bağlayıcı nitelikli bir etik kurallar bütünü teşkil etmemektedir. Söz konusu eksikliğin giderilmesini teminen bazı uluslararası kuruluşlarca, aşağıda açıklanacağı üzere, etik konusunda çalışmalar yürütülmektedir.

UNCITRAL III numaralı Çalışma Grubu, reform çalışmaları kapsamında 1-5 Nisan 2019 tarihinde gerçekleştirilen 37. oturumunda, “yatırımcı devlet uyuşmazlık çözüm sistemi” içindeki karar vericilere yönelik davranış kuralları konusunda UNCITRAL ve ICSID Sekreteryaları tarafından ortak bir çalışma yapılmasına karar vermiştir.¹ 14-18 Ekim 2019 tarihleri arasında gerçekleştirilen 38. oturumda bir önceki oturum kapsamında verilen talimat çerçevesinde etik kurallara ilişkin bir çalışma dokümanı paylaşılmış², UNCITRAL ve ICSID sekreteryaları tarafından “karar vericiler” için geçerli olacak bir davranış kuralları taslağı hazırlanmasına karar verilmiştir. Söz konusu oturumun sonuç raporunda; yapılacak çalışma bağlamında hazırlanacak etik kuralların tüm yatırımcı devlet uyuşmazlık çözümlerine nasıl bağlayıcı bir şekilde uygulanabileceğinin değerlendirilmesi, karar vericilere ortak olarak uygulanabilecek hususların belirlenmesi, *ad hoc* tahkim heyeti üyeleri ile kurulması halinde daimi tahkim mahkemesi üyeleri için farklı seçenekler hazırlanması, istikrarlı bir şekilde uygulanabilecek ayrıntılı ve açık hükümlerin tespit edilmesi, kuralların hakem heyetleri tarafından istihdam edilen kişilere, özellikle müzakerelere katılan ve kararın hazırlanmasında yer alanlara bunun uygulanıp uygulanmayacağı, şayet uygulanması düşünülüyor ise bu kişiler bakımından taslağa, beyan yükümlülüğü ve belirlenen diğer yükümlülüklerle aykırı davranılması durumlarına ilişkin hükümlerin derç edilmesi, son olarak da bu kuralların vekillere ve tahkim kurumlarına uygulanıp uygulanamayacağı veya bunlar bakımından ayrı kuralların oluşturulmasına ihtiyaç bulunup bulunmadığının değerlendirilmesine ilişkin hususlar dile getirilmiştir.³ Bu

¹ UNCITRAL, A/CN.9/970: Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-seventh session [A/CN.9/970], par. 84, <https://undocs.org/en/A/CN.9/970>, Erişim Tarihi: 28.10.2020.

² UNCITRAL, A/CN.9/WG.III/WP.167: Background information on a code of conduct [A/CN.9/WG.III/WP.167], <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.167>, Erişim Tarihi: 28.10.2020.

³ UNCITRAL, A/CN.9/1004*: Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-eighth session [A/CN.9/1004*], par. 51-78, <https://undocs.org/en/A/CN.9/1004>, Erişim Tarihi: 28.10.2020.

çerçeve 1 Mayıs 2020 tarihinde ICSID ve UNCITRAL Sekreteryalari, yatırım tahkiminde görev alan karar vericiler bakımından taslak davranış kurallarını açıklamışlardır. Taslak hazırlanırken çeşitli yatırım anlaşmaları ve uluslararası mahkemelerin kurallarından faydalanılmıştır.⁴

Taslak olarak hazırlanan bu etik kurallar UNCITRAL III numaralı Çalışma Grubunda katılımcılarca da dile getirildiği üzere hakemler, Daimi Yatırım Mahkemesi hakimleri⁵ ve diğer karar vericiler⁶ için farklı şartlarda uygulanabilecek şekilde esnek ve bağlayıcı nitelikli somut hükümler ve standartlar içermektedir.⁷ Taslak Etik Kuralların kişi bakımından kapsamının geniş olması ve bu kişilerin tek bir ad altında taslakta ifade edilmek istenmesi sebebiyle terminolojik olarak taslağın bütününde “karar vericiler” kavramının tercih edildiği ifade edilmiştir. Bu kavram, sıfatı ne olursa olsun (hakem, iptal komitesi üyesi, temyiz mekanizması üyesi veya ikili veya çok taraflı daimi mekanizmada görev alan hakimler) yatırım tahkimi uyuşmazlıklarında karar verici görevini üstlenecek olan kişileri ifade etmekte olup, bu kavramın kapsamına aldığı kişiler bakımından Taslak Etik Kuralların uygulama alanı bulacağı belirtilmektedir.⁸

I. MEVCUT YATIRIMCI DEVLET UYUŞMAZLIK SİSTEMİNDE ETİK

Yatırımcı devlet uyuşmazlık çözüm sisteminde her uyuşmazlık için geçerli bağlayıcı, evrensel etik kurallar veya düzenlemeler bulunmamakla birlikte, ICSID ve diğer bazı tahkim kurallarında, hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlığına ilişkin kurallar ile heyet üyelerinin reddine ilişkin standartlar yer almaktadır. Örneğin; ICSID Tahkim Kurallarının heyetin oluşumuna ilişkin 6. maddesinde, tahkim sürecinde görev alacak hakemler bakımından bu kimselerin tarafsızlıklarına ve bağımsızlıklarına ilişkin bir takım beyan yükümlülüğü düzenlenmekle birlikte, madde incelendiğinde söz konusu bağımsızlık ve tarafsızlık yükümlülüğünün belirli kriterlere bağlanmadığı ve bir yaptırımın öngörülmediği görülmektedir. Uluslararası Barolar Birliği (IBA) Kılavuz İlkeleri gibi öncelikle ticari tahkimde görev alan hakemler için geliştirilen ve bağlayıcılığı olmayan etik kurallar da yatırımcı devlet uyuşmazlık çözümünde sıklıkla kullanılmaktadır.

⁴ A/CN.9/1004*, par. 68.

⁵ III Çalışma Grubu kapsamında Avrupa Birliği ve bazı delegasyonlar tarafından yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarına ilişkin olarak mevcut sisteme alternatif olarak bir Daimi Yatırım Mahkemesi kurulması önerisi gündeme getirilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. UNCITRAL, A/CN.9/WG.III/WP.185: Appellate and multilateral court mechanisms, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.185>, Erişim tarihi, 13.10.2020.

⁶ A/CN.9/1004*, par. 55 ve 68.

⁷ A/CN.9/1004*, par. 52, 56 ve 68.

⁸ A/CN.9/1004*, par. 55 ve 68.

Ayrıca, uluslararası çözüm mercilerinden olan Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), etik kurallara ilişkin özel düzenlemeler kabul etmişlerdir. DTÖ bakımından; panel üyelerini, temyiz mercii üyelerini, hakemleri, DTÖ Sekreteryası ve temyiz mercii sekreteryası çalışanlarını kapsayan DTÖ Etik Kuralları 1996 tarihinde kabul edilmiştir. AİHM bakımından ise karar vericiler için 2008 Yargı Etiği Kararında bir takım standartlar yer almaktadır.⁹

II. ISDS SİSTEMİ ETİK KURALLAR TASLAĞI

A. Genel Olarak

Bu çalışmanın konusunu oluşturan Taslak Etik Kurallar daha önce zikredildiği üzere ICSID ve UNCITRAL Sekreteriyalarının ortak çalışmasının bir ürünüdür. Söz konusu taslak, yatırımcı devlet uyuşmazlık çözüm sistemi yönünden önemli bir eksikliği gidermenin yanı sıra diğer etik kurallardan farklı olarak bağlayıcı olması ve taslakta belirlenen yükümlülüklerle aykırı hareket edilmesi halinde bir takım yaptırımların uygulanabilecek olması bakımından daha net bir yaklaşım sergilemektedir.

Söz konusu Taslak Etik Kuralların genel olarak yapısına bakıldığında; 1 ve 2. maddelerde kuralların uygulama kapsamına ve ilgili terimlere, 3. maddesinde karar vericilerin yükümlülüklerine ilişkin genel değerlendirmeye yer verilmesinin ardından 4 ila 9. maddeler arasında daha detaylı bir şekilde ilkelere yer verildiği görülmektedir. 10 ve 11. maddelerde ise, karar verici atamalarının taraflarca yapıldığı bir sistemde karar vericilerle taraflar arasında yapılacak ön görüşmelere ve ücretlere ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Son olarak, 12. maddede kuralların icrası düzenlemeye bağlanmıştır.

B. Taslağın Öngördüğü Etik Kurallar

1. Tanımlar

Taslağın 1. maddesinde, etik kurallara ilişkin düzenlemeler içeren benzer metinlerde de¹⁰ olduğu şekilde, Taslak boyunca kullanılan temel terimlerin tanımlarına yer verilmiştir. Bu kapsamda dikkat çeken bir husus,

⁹ Gaukrodger, David/Gordon, Kathryn, 2012, Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community, OECD Working Papers on International Investment 2012/03, OECD Publishing s.11, http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2012_3.pdf, Erişim Tarihi: 24.11.2020.

¹⁰ 21 Kasım 2019 tarihinde yürürlüğe giren AB-Singapur Serbest Ticaret Anlaşması'nın 7 numaralı Ekinin 1. maddesi ve 30 Aralık 2018 tarihinde yürürlüğe giren Trans-Pasifik Ortaklığına Kapsamlı ve Aşamalı Geçiş Anlaşmasının 28. Bölümü kapsamında devlet-devlet arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklara uygulanacak etik kurallara ilişkin 1 numaralı Ek'in 1. maddesi. Bkz. Annex B- Summary of Code of Conducts in Free Trade Agreements [Annex B], <https://uncitral.un.org/en/codeofconduct>, Erişim Tarihi: 24.11.2020.

ilgili kuralların uzmanlara, tanıklara, avukatlara, kurumsal tahkim hizmeti sunan kurumların üyelerine, sekreteryaya uygulanmaması¹¹, buna mukabil hakemleri, *ad hoc* komite üyelerini, iptal ve temyiz komite üyelerini ve daimi mahkeme hakimlerini¹² kapsamına alması ve bu kişileri “karar verici” adı altında toplayarak atıf yapmış olmasıdır. Kurallar bu kişilere atanma öncesindeki adaylık sürecinde de uygulanacaktır. Ayrıca, “karar verici” sıfatını haiz olmamakla birlikte bu kişilere yardım etmek üzere görevlendirilen yardımcılara da söz konusu kurallar uygulanacaktır. ISDS süreçlerindeki diğer kişi ve kişi gruplarına ilişkin olarak oluşturulması gerekli görülen etik kurallar ise ilgili diğer düzenlemelere bırakılmıştır.¹³ Taslak kuralların tanımlar maddesinden yola çıkarak bu kuralların; ilk derece, iptal ve olası temyiz mercileri dahil olmak üzere yargılamanın tüm aşamaları bakımından uygulanmasının tasarlandığı düşünülmektedir.¹⁴ Ayrıca belirtmek gerekir ki, Taslak Etik Kurallar *ad hoc* yargılamalara uygulanacağı gibi kurumsal tahkim süreçlerine de uygulanabilecektir.

Yukarıda da ifade edildiği gibi, Taslağın 1. maddesinin ikinci fıkrasına bakıldığında, “yardımcı” kavramının tanımına yer verildiği ve bu taslak kuralların yardımcı olarak tanımlanan kişilere de uygulanmasının hükme bağlandığı görülmektedir. Bir başka ifade ile hakemler tarafından kendilerine yardımcı olmak üzere atanan kişiler için de bu kurallar geçerli olacaktır. “Yardımcı” olarak nitelenen kişilere; hakemlere günlük görevlerinin bir parçası olarak idari veya lojistik yardım sağlayan tahkim kurumu üyeleri, tahkim davasını sicile kaydedenler, sekreteryaya hariç olmak üzere, maddenin açık lafzından bu kişilerin karar vericilerin yönetimi ve kontrolü altında çalışan, araştırma, belgelerin incelenmesi, taslak hazırlanması ve yargılamada kararlaştırılan diğer ilgili değerlendirmeler dahil olmak üzere davaya özgü görevlerde karar vericilere yardımcı olan kişiler anlamına geldiği anlaşılmaktadır.¹⁵ Bu kişilerin, bir sonraki madde de görüleceği üzere, taslak kurallara uymasını gözetme ve sağlama yükümlülüğü adlarına çalıştıkları karar vericilere aittir.

¹¹ 15 Ocak 2015 tarihi itibarıyla yürürlükte olan Avusturalya-Japonya Ekonomik Ortaklık Anlaşmasının kapsama ilişkin 1. maddesi uyarınca belirlenen etik kuralların kişi bakımından uygulama alanında tahkim sürecine dahil olmuş idari personel de bulunmaktadır. Bkz. Annex B.

¹² UNCITRAL III Çalışma Grubunun çalışmaları kapsamında ele alınan reform çalışmalarından birisi de daimi nitelikli birçok taraflı yatırım mahkemesi oluşturulmasıdır. Bu kapsamda ileride bu tür bir yapı oluşturulması halinde Taslağın tanımlara ilişkin maddesi esas alındığında bu yapı içerisinde görevli hakimler de etik kurallar kapsamına dahil olacaklardır.

¹³ Code of Conduct for Adjudicators in Investor-State Dispute Settlement (with annotations) [Annotations], par.14, <https://uncitral.un.org/en/codeofconduct>, Erişim Tarihi: 24.11.2020.

¹⁴ Annotations, par. 16.

¹⁵ Annotations, par. 17-18.

2. Kapsam

Taslak Etik Kuralların kişi bakımından uygulama alanını belirleyen hükme Taslağın 2. maddesinde yer verilmektedir. İlgili maddenin ilk fıkrasında söz konusu kuralların yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm sürecinde karar verici olarak görev alan herkese uygulanacağı açıklanmıştır. Ayrıca, ilgili hükmün ilk fıkrasında karar vericilere, ilk maddede tanımlanan “yardımcılar”ın bu kurallardan haberdar olmaları ve bu kurallara uymaları için gerekli adımları atmaları yönünde bir yükümlülük getirilmektedir. Adaylar bakımından ise, kendileri ile muhtemel bir atamaya ilişkin temasa geçilir geçilmez bu kuralların ilgili hükümlerine uymaları gerektiği hükme bağlanmıştır.

3. Görev ve Sorumluluklar

Taslak Etik Kuralların 3. maddesi karar vericilerin görev ve sorumluluklarını düzenlemektedir. Maddede düzenlenen temel prensipler yatırımcı devlet uyuşmazlık çözümüne ilişkin olarak reform çalışmalarını yürüten UNCITRAL III numaralı Çalışma Grubunda olası reform önerileri tartışılırken değerlendirilmiştir.

Bu bağlamda karar vericilerin görev ve sorumluluklarına ilişkin 3. maddede; Karar vericilerin her daim,

(a) Bağımsız ve tarafsız olması, doğrudan veya dolaylı çıkar çatışmalarından, karar vericilik pozisyonu ile bağdaşmayan uygunsuz durumlardan, tarafgırlıktan ve tarafgir görünmekten sakınması;

(b) En yüksek doğruluk, adalet ve yetkinlik standartlarını sergilemesi;

(c) Müsait olması, özenli, medeni ve verimli şekilde hareket etmesi;

(d) Gizlilik ve ifşa etmeme yükümlülüğüne uyması

gerektiği hükme bağlanmıştır.

Karar vericiler maddede düzenlenen bu görevler bakımından diğer karar vericilere, taraflara ve tahkim sürecine karşı sorumlu olacaklardır.¹⁶ 3. maddenin (a) bendinde belirtilen hususlar her adalet sistemi için geçerli temel görev ve sorumluluklar olup, 4. ve 5. maddede ayrıntılandırılmış ve ayrıca 6. maddede ele alınmıştır.¹⁷ Aynı şekilde, maddede düzenlenen diğer hususlar da taslağın ilgili maddelerinde ayrıca ele alınmıştır. Görev ve sorumluluklara ilişkin söz konusu kurallar, diğer uluslararası etik kurallar ve tahkim kuralları ile de uyumludur.¹⁸

Taslak Etik Kurallar, karar vericiler bakımından kapsamlı bir açıklama yükümlülüğü getirmektedir. Böylelikle, uyuşmazlık taraflarının, karar

¹⁶ Annotations, par. 25.

¹⁷ Annotations, par. 27-28.

¹⁸ Bkz. ICSID Tahkim Kuralları madde 6, UNCITRAL Tahkim Kuralları madde 11-13.

vericilerin bağımsızlık ve tarafsızlıklarına ilişkin verecekleri kararları bu hususta yeterince bilgilendirilmiş şekilde vermeleri istenmektedir.¹⁹

Taslağın 3. maddesinin (b) fıkrasına, karar vericilerin yetkin olması gerektiğini düzenleme altına almakta ve karar verici adaylarına yetkin olmadıkları alanlara ilişkin uyuşmazlıklarda atanma tekliflerini geri çevirme yükümlülüğü getirmektedir.²⁰

Taslağa göre karar vericiler görevlerini özenle, tam olarak ve mümkün olduğu kadar hızlı bir şekilde yerine getirmeli, görevlendirildikleri uyuşmazlıklar bakımından gerekli zamanı ve mesaiyi ayırmalı, duruşma ve müzakerelere katılım sağlamalıdır.²¹

4. Tarafsızlık ve Bağımsızlık

Karar vericilerin tarafsız ve bağımsız olmalarına ilişkin yükümlülüklerini düzenleyen Taslağın 4. maddesi, karar vericilerin tarafsız ve bağımsız addedilebilmeleri için örnekseyici mahiyette bir takım hususlara yer vermiştir. Bu bağlamda özellikle karar vericilerin;

- Kişisel çıkarlardan, dış baskılardan, politik değerlendirmelerden, kamuoyu baskısından, davaya taraf olanlara sadakatten veya eleştiri korkusundan etkilenmemeleri;
- Geçmişteki veya devam eden mali, ticari, profesyonel, ailevi veya sosyal ilişkilerinin hukuki sürecin yönetimini veya kararlarını etkilemesine izin vermemeleri;
- Başkalarının, hukuki sürece dair yönetimlerini veya yargılarını etkileyebileceğine ilişkin bir izlenim yaratan fiillerde bulunmamaları;
- Görevlerini kişisel veya özel herhangi bir çıkar için kullanmamaları veya
- Doğrudan veya dolaylı olarak, görevlerinin yerine getirilmesine müdahale edecek veya müdahale etmiş izlenimi uyandıracak bir yükümlülüğü üstlenmemeleri veya bir menfaati kabul etmemeleri gerektiği düzenlenmiştir.

Karar verici konumundaki kişilerin tarafsızlık ve bağımsızlıkları, diğer bir deyişle tarafsız ve bağımsız olma yükümlülükleri etik davranışın temel ögesini oluşturduğundan üzerinde en çok tartışılan hususlardan birisidir. Bu ilkeler, adil yargı(n)manın zorunlu bir şartı ve dolayısıyla her adalet sistemi için temel/kilit unsurlardır.²² Bu yükümlülükler yargısal veya yargı benzeri

¹⁹ Annotations, par. 27.

²⁰ Annotations, par. 30.

²¹ Annotations, par. 31.

²² UNCITRAL, A/CN.9/WG.III/WP.151: Possible reform of ISDS - Ensuring independence and impartiality on the part of arbitrators and decision makers in ISDS [A/CN.9/WG.III/WP.151], par. 9, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.151>, Erişim Tarihi: 24.11.2020; A/CN.9/WG.III/WP.167, par.15.

uyuşmazlık çözüm yöntemlerine uygulanmaktadır.²³ Konuya ilişkin olarak kabul edilmiş tavsiye niteliğinde birtakım ilkeler bulunmaktadır. Bunlardan en sık başvuru alanlarından birisi olan IBA'nın kabul ettiği Uluslararası Tahkimde Çıkar Çatışmaları Hakkında Kılavuz tarafsızlık ve bağımsızlığa ilişkin genel ilkeleri belirlemektedir. Yine son dönemlerde akdedilen Avrupa Birliği-Singapur Serbest Ticaret Anlaşması gibi bir takım anlaşmalarda da, yaptırıma bağlanmaksızın,²⁴ tahkim kurallarının tamamlayıcısı olacak şekilde bir takım etik kurallara yer verildiği görülmektedir.²⁵

UNCITRAL III numaralı Çalışma Grubunda bu kavramların ISDS bakımından vazgeçilmez olduğu vurgulanmıştır.²⁶ Ayrıca katılımcılarca, karar vericilerin tarafsız ve bağımsız olmalarının yanı sıra tarafsız ve bağımsız görünmelerinin sağlanmasının da gerektiği dile getirilmiştir.²⁷ Bu çalışmalar kapsamında ayrıca, karar vericilerin tarafsız ve bağımsız olmalarını sağlayacak garantilerin gerekliliğine de vurgu yapılmıştır.²⁸

Taslağa ilişkin hazırlanan açıklama notunda ve UNCITRAL III numaralı Çalışma Grubu çalışmaları kapsamında karar vericilerin bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanmasına ilişkin olarak hazırlanan dokümanda da belirtildiği üzere, “bağımsızlık” ve “tarafsızlık” kavramları her ne kadar iki ayrı kavram olsa da birbirleriyle yakından ilişkilidirler.²⁹

Taslağın ilgili hükmünün lafzına bakıldığında karar vericilerin uyuşmazlık çözüm sürecince tarafsız ve bağımsız olmaları gerektiği anlaşılmaktadır. Taslağı hazırlayanlarca, tarafsız ve bağımsız olma yükümlülüğü bağlamında, karar vericilere tarafsız ve bağımsız olmalarının yanında başkalarının nezdinde tarafsızlıkları ve bağımsızlıkları hakkında şüphe doğuracak fiillerde bulunmamaları bir zorunluluk olarak düzenlenmiştir. Söz konusu yükümlülüğe ilişkin olarak; “adaylar” ve “karar vericilerin” muhtemel çıkar çatışmalarından kaçınmaları gerektiği madde açıklamasında ifade edilmektedir.³⁰

²³ Bkz. 2002 yılında revize edilmiş Bangalore Yargı Etiği Kurallarının 1 ve 2 numaraları maddeleri; BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 10. maddesi; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesi vb.

²⁴ Yaptırım düzenlenmemiş bile olsa, tarafların ilgili usul kuralları çerçevesinde karar vericiyi reddetme hakları bulunmaktadır.

²⁵ Bkz. Annex B; A/CN.9/WG.III/WP.151; Avrupa Birliği-Singapur Serbest Ticaret Anlaşmasının 14. bölümünün altında yer alan 14-B numaralı Ek “Hakem ve Arabulucular için Etik Kurallar” [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22019A1114\(01\)&from=EN#page=1](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22019A1114(01)&from=EN#page=1), Erişim Tarihi: 24.11.2020.

²⁶ A/CN.9/WG.III/WP.151, par. 9.

²⁷ A/CN.9/WG.III/WP.151, par. 10.

²⁸ UNCITRAL, A/CN.9/935: Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-fifth session [A/CN.9/935], par. 48, <https://undocs.org/en/A/CN.9/935>, Erişim Tarihi: 24.11.2020.

²⁹ Annotations, par. 34; A/CN.9/WG.III/WP.151, par. 11.

³⁰ Annotations, par. 36.

Tarafsızlık ve bağımsızlığa ilişkin mevcut diğer düzenlemelere bakıldığında görülmektedir ki; her ne kadar bu yükümlülüklerle ilişkin hükümler farklı şekillerde kaleme alınmış olsa da hemen hemen hepsinde hakemlerin yargılama öncesinde ve sırasında açık çıkar çatışmalarından uzak olmaları ve atanmadan önce olası çatışmaları açıklamaları gerektiği hükme bağlanmıştır. Çoğu kural, ayrıca hakemin atanmasından sonra bir çatışma durumunun ortaya çıkması halinde de karar vericilere açıklama yapma yükümlülüğü getirmektedir.³¹

Nihayet, madde açıklamasında Taslağın 4. maddesinin adaylara da uygulanacağına ilişkin bir ifadeye yer verilmekle birlikte ilgili maddenin açık lafzında, 5. maddede olduğunun aksine, bu husus açıkça belirtilmemiştir. Maddenin içeriği ve düzenleme şekli göz önüne alındığında düzenlemenin esas olarak karar vericileri kapsamına aldığı görülmektedir.

5. Çıkar Çatışması: Beyan Yükümlülükleri

Çıkar çatışmaları ve bu bağlamda beyanda bulunma yükümlülüğü Taslak Etik Kuralların 5. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre; karar vericiler ve karar verici adayları doğrudan veya dolaylı çıkar çatışmalarından kaçınmak zorundadırlar. Bu kişiler, bağımsızlıklarını veya tarafsızlıklarını etkileyeceği makul olarak düşünülebilecek herhangi bir menfaat, ilişki veya meseleyi beyan edeceklerdir. Bu amaçla 5. maddenin ilk fıkrası uyarınca, adaylar ve karar vericiler, bu tür çıkar, ilişki ve meselenin farkında olmak için makul olan tüm çabayı göstermek zorundadırlar.

Anılan maddenin 2. fıkrasının;

(a) bendine göre; karar vericiler ve karar verici adaylarının (i) Taraflar (ve bağlı şirketler, hakim şirketler veya acenta); (ii) Tarafların avukatı; (iii) yargılama sürecindeki mevcut veya eski bir karar verici veya uzman; (iv) [dava neticesinden doğrudan veya dolaylı olarak finansal çıkarı olan herhangi bir üçüncü taraf] ile son beş yıl içerisinde³² var olan herhangi bir profesyonel, ticari veya diğer önemli ilişkisi maddenin ilk fıkrasına uygun şekilde beyan edilecektir.

(b) bendi ise, bir dava veya dava neticesine, ISDS davasında karar verilmesi ihtimal dahilinde olan konuları içeren bir idari sürece, yerel mahkemede görülmekte olan bir davaya veya başka bir panel veya komitede yürütülen davaya ilişkin doğrudan veya dolaylı finansal çıkarların beyan edilme zorunluluğuna yer vermektedir.

(c) bendinde karar verici veya adayın avukat, hakem, iptal kurulu üyesi, uzman, (uzlaştırıcı ve arabulucu) olarak görev yaptığı veya hali hazırda dahil

³¹ Bkz. ICSID Konvansiyonu 14(1). madde, UNCITRAL Tahkim Kuralları 11. madde, Uluslararası Tahkimde Çıkar Çatışmalarına İlişkin IBA Kılavuzu Genel Standartlar 1. madde.

³² Beş yıllık süre bir teklif niteliğinde olup paydaşların görüşlerine sunulmuştur.

olduğu tüm ISDS [ve diğer (uluslararası) tahkim] davalarını beyan edeceğini düzenlemektedir.

(d) bendi uyarınca karar verici veya adayın tüm yayınlarının listesi [ve ilgili konuşmaları] beyan edilecektir.

5. maddenin 3. fıkrası uyarınca, karar vericilerin bu maddede düzenlenen beyan yükümlülüğü sürekli ve derhal yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüktür.

Maddenin son fıkrasına göre ise, karar verici ve adayın bir hususta açıklama yapıp yapmama konusunda herhangi bir şüphesi olduğu takdirde tercihlerini beyanda bulunma yönünde kullanmaları gerekmektedir. Karar verici adayları veya karar vericilerin, yargılamadaki rolleri bakımından önem taşımayan çıkarları, ilişkileri veya konuları açıklamaları gerekmemektedir.

Yukarıda verilen taslak hüküm incelendiğinde görülmektedir ki; karar vericiler ve adayların tarafsızlıkları ve bağımsızlıklarını temin etmek maksadıyla oldukça detaylı ve kapsamlı bir beyanda bulunma yükümlülüğü düzenlenmiştir.³³ Bu yükümlülük dava boyunca devam eden bir yükümlülük olup, davanın başlangıcında bir sefere mahsus yerine getirilerek tamamlanan bir yükümlülük değildir.³⁴ Öte yandan, bağımsızlık ve tarafsızlığın fiilen sağlanması kadar bağımsız ve tarafsız bir görünümün de ISDS rejimi bakımından önemli olduğu ifade edilmektedir.³⁵

Taslakta düzenlenen beyan yükümlülüğü ile taraflara, karar vericiler ve adaylar hakkında tam bir bilgi alma, değerlendirme yapma ve gereken hallerde itiraz mekanizmasını işletebilme imkanı tanınması amaçlanmaktadır.

Taslak kapsamında karar vericiler veya adaylar bağımsızlığını veya tarafsızlığını etkilediği makul olarak düşünülebilecek tüm menfaatleri ve ilişkileri açıklamalıdır. Bu hüküm, ne tür çıkarların, ilişkilerin veya

³³ ICSID ve UNCITRAL tahkim kurallarında beyan yükümlülüğüne ilişkin hükümler bulunmaktadır. ICSID tahkim kurallarının 6. maddesine göre hakemler ilk oturumdan önce veya ilk oturumda muhtemel çıkar çatışmalarına ilişkin bir bağımsızlık deklarasyonu imzalamak zorundadır. Bu deklarasyonda hakemler, tarafsızlıklarının bir dava tarafınca sorgulanmasına yol açabilecek nitelikteki ticari, mesleki ve diğer türden ilişkilerini beyan etmek durumundadırlar. Bkz. A/CN.9/WG.III/WP.167, par.46. UNCITRAL Tahkim kurallarının 11. maddesine göre ise kendisine hakemlik teklifi getirilen kimse, kendisinin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili olarak haklı şüphe doğurabilecek hususları beyan etmek zorundadır. Görüldüğü üzere, gerek ICSID gerekse UNCITRAL tahkim kuralları beyan yükümlülüğü getirmekle birlikte söz konusu yükümlülüğü ayrıntılı olarak düzenleme altına almamıştır. Kanaatimizce, mevcut düzenleme ve uygulamada beyanı zorunlu görülen bağımsızlık ve tarafsızlığı ilişkin şüpheli durumların neler olduğunu belirleme hususundaki takdir hakemlere bırakılmıştır.

³⁴ Annotations, par. 63.

³⁵ A / CN.9 / 935, par. 53.

konuların ifşa edilmesi gerektiği hakkında “makul standart” prensibini kabul etmektedir.³⁶

Maddenin birinci fıkrasında karar vericilere ve adaylara proaktif olmaları gerektiği yönünde bir yükümlülük yüklenmektedir. Bu çerçevede bağımsızlıklarını ve tarafsızlıklarını etkilediği düşünülebilecek bir çatışma yaratabilecek çıkarların, ilişkilerin veya meselelerin farkında olmak için karar vericiler ve adayların makul bir çaba göstermeleri gerekmektedir.³⁷

İkinci fıkrada, karar vericiler ve adaylar bakımından gerekli olan açıklama türlerine yer verilmiştir. (a) bendi uyarınca belirlenen ve beyanı gereken ilişkiler bakımından “son beş yıl içerisinde” şeklinde getirilen sınırlamanın, beş yıldan uzun bir aralık tespit edilmesinin bir çıkar çatışması yaratma açısından oldukça uzak bir ihtimal olduğu düşüncesine dayanmaktadır.³⁸ Ancak unutulmamalıdır ki; beş yıldan uzun bir zaman önce var olan bir ilişkinin karar vericinin veya adayın tarafsızlığı ve bağımsızlığı bağlamında etki doğurabileceği değerlendiriliyorsa yine de maddenin birinci fıkrası uyarınca açıklama yükümlülüğü kapsamında olduğu değerlendirilecektir.³⁹ Zira maddenin son fıkrasının ilk cümlesine göre, karar verici veya karar verici adayının, bağımsızlık ve tarafsızlığını etkileyebilecek bir çıkar çatışmasının varlığı ve dolyısıyla bunun bildirilmesi konusunda tereddüdü bulunduğu takdirde, bu kişilerin, tercihlerini beyanda bulunma yönünde kullanmaları gerekmektedir.

Maddenin ikinci fıkrasında beyan yükümlülüğü bakımından ilişkili olunacak kişilerin kapsamı sadece taraflarla sınırlandırılmamış, söz konusu kişilerin kapsamı genişletilmiştir. Bu bağlamda “Taraf” kavramının bağlı şirketler, hakim şirketler ve acentayı da içerecek şekilde taslakta yer alması kararlaştırılmıştır. Öte yandan, taraf avukatları, yargılama sürecindeki mevcut veya eski bir karar verici veya uzman ve dava neticesinden doğrudan veya dolaylı olarak finansal çıkarı olan herhangi bir üçüncü tarafla⁴⁰ olan ilişkilerin de beyan edilmesi gerekmektedir.

³⁶ Annotations, par. 44.

³⁷ Annotations, par. 45.

³⁸ Annotations, par. 48.

³⁹ Annotations, par. 48.

⁴⁰ Üçüncü taraf fonlaması ISDS uygulamasında giderek yaygınlaşan bir uygulamadır. Bununla birlikte fonlayıcıların süreç üzerindeki etkilerinin etik sorunları da beraberinde getirebileceği ifade edilmektedir. Özellikle, fonlayıcı ile hakemler arasında bulunan ve diğer tarafta bilinmeyen çıkar çatışmasının, taraflarla hakemler arasındaki çıkar çatışması kadar önemli olduğu belirtilmektedir. Bkz. A/CN.9/935, par. 89-90. ICSID kuralları üzerindeki revizyon çalışmaları kapsamında 4. Çalışma Dökümanında yer alan ICSID Tahkim kurallarının 14. maddesinin 1. fıkrasına göre, 3. Taraf fonlayıcısının adı ve adresi beyan edilmek zorundadır. Aynı maddenin 5. fıkrası uyarınca Heyet, gerektiği takdirde fonlama anlaşması ve fonlayıcıya dair ek bilgi talep edebilir. UNCITRAL revizyon çalışmaları kapsamında da üçüncü taraf fonlamasının varlığının ve fonlayıcının kimliğinin sürecin başında beyan edilmesi gerektiği ve söz konusu yükümlülüğünün ihlalinin yaptırıma bağlanması gerekliliği değerlendirilmiştir. Bkz. A/CN.9/1004*, par. 89.

Maddenin ikinci fıkrası uyarınca beyan edilmesi gerekli olan ilişkinin taraflarından birisi de davanın tarafları olup, taraf kavramının kapsamına hakim ve bağlı şirketler ile acentaların da gireceği taslakta belirtilmiştir. Bununla birlikte, her ne kadar söz konusu hükümde düzenlenmemiş olsa da taraf kavramının içine, davanın tarafı olmasa bile davanın tarafı olan şirketin yönetiminde söz sahibi olan ve bu bağlamda karar vericilerin seçiminde belirleyici olabilen gerçek kişi niteliğindeki hakim ortakların da dahil edilmesi gerekmektedir. Öte yandan, taraf kavramının içine gerçek kişi hakim ortaklar dahil edilmese bile maddenin 4. fıkrasındaki şüpheli durumlar için getirilen düzenleme dolayısıyla şirketin gerçek kişi hakim ortakları ile ilişkiler beyan edilmelidir. Aynı şekilde, şirketin azınlık pay sahipleri ile olan ilişkiler de maddenin 4. fıkrası bağlamında şüpheyne mahal vermemek adına beyan edilebilecektir.

ISDS uygulamasında tartışılan ve eleştiri konusu olan tekrarlayan atamalar sebebiyle maddenin (c) bendinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, karar verici veya adayın avukat, hakem, iptal kurulu üyesi, uzman (uzlaştırıcı ve arabulucu) olarak görev yaptığı veya hali hazırda dahil olduğu tüm ISDS [ve diğer (uluslararası) tahkim] davaları beyan edilecektir. Bu hükümde beyan edilecek durumlar olarak karar vericiliğinin yanı sıra, avukat, arabulucu, uzlaştırıcı olarak görev yapılan durumlar da sayılmıştır. Söz konusu düzenleme çıkar çatışmalarının engellenmesine yöneliktir. Zira, ISDS sisteminde, aynı taraf veya aynı avukatlar tarafından tekraren atanan karar vericilerde, bilinçli bir şekilde olmasa dahi o taraflar lehine tarafgirlik/yakınlık oluşabileceği kaygısı taşındığı ifade edilmektedir.⁴¹ Bunun yanı sıra, karar vericilerde, sonraki atamaları garanti altına almak için belirli yönde davranma temayülünün de görülebileceği göz önünde bulundurulmaktadır.⁴²

Öte yandan, tekrarlayan atamaların tarafgirliğe sebep olduğu iddialarına karşılık olarak, söz konusu tekrarlayan atamaları engellenmenin tarafların tecrübe birikimini ve mesleki yeterliliği seçme özgürlüğünü engelleyebileceği de belirtilmektedir. Bu sebeple, söz konusu kaygılar arasındaki dengenin sağlanması amacıyla beyan yükümlülüğünün kapsamının geniş tutulduğu ve böylece taraflara, olası çıkar çatışmaları konusunda yeterince değerlendirme yapabilme imkanı getirildiği ifade edilmektedir.⁴³

⁴¹ Annotations, par. 53; A/CN.9/935, par. 54.

⁴² Annotations, par.53; A/CN.9/935, par. 56.

⁴³ Annotations, par. 57. Öte yandan, bu konu ile bağlantılı olarak karar vericilerin seçiminde cinsiyet ve bölgesel bazda bir çeşitlilik olmadığı ve bunun da bir sorun olarak ele alınması gerektiği UNCITRAL Revizyon çalışmalarında sık sık gündeme gelmiştir. Bkz. UNCITRAL, A/CN.9/964: Report of of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-sixth session, par.91 vd., <https://undocs.org/en/A/CN.9/964>, Erişim Tarihi: 24.11.2020; A/CN.9/935, par. 69 vd.

6. Birden çok görev sınırlaması (*Double Hatting*)

Taslağın, karar vericilerin birden fazla görev üstlenmesine ilişkin düzenlemeler içeren 6. maddesine göre; karar vericiler aynı tarafların, (aynı maddi vakıaların) (ve/veya) (aynı Anlaşmanın) dahil olduğu konularda (belirli bir süre içerisinde) uzman, hakim, tanık, temsilci olarak veya herhangi bir şekilde (aldıkları görevleri açıklarlar / görev üstlenmekten kaçınırlar) hükmüne yer verilmiştir.

Hükmün düzenlenme şeklinden de görüleceği üzere, taslakta henüz karar vericilerin, hükmünde yer alan konularda görev üstlenmiş olmaları halinde bunları açıklamakla mı yetinecekleri yoksa bu görevleri üstlenmekten kaçınmaları mı gerekeceği konusunda nihai bir görüş oluşmamıştır. Yine benzer şekilde karar vericilerin farklı görev üstlendikleri durumların hangi halleri kapsayacağı ve ne kadarlık bir süre ile sınırlı olduğu hususları da henüz netlike kazanmamıştır.

Uygulamada yaygın olarak “*double hatting*” şeklinde ifade edilen durum 6. madde çerçevesinde düzenlenmeye çalışılmıştır. Anılan düzenleme ile karar vericilerin birden fazla ISDS davasında farklı görevler almaları dolayısıyla bağımsızlık ve tarafsızlıklarının zedelenebileceğine ilişkin endişeler bertaraf edilmeye çalışılmıştır. Ancak hükmün kaleme alınışından da anlaşılacağı üzere bu konuda net ve kapsamlı bir tanım bulunmaması 6. maddenin sınırlarının çizilmesini zorlaştırmaktadır. Söz konusu yükümlülüğün kapsamını ve sınırlarını belirlemek güç olduğu gibi, karar veriler bakımından uyumsuzluk taraflarının değerlendirilmesine bırakılacak bir açıklama yükümlülüğü mü yoksa net bir sakınma/yasaklama yükümlülüğü mü söz konusu olacağı da açıklamaya muhtaçtır.

UNCITRAL III numaralı Çalışma Grubu çerçevesinde yapılan tartışmalarda konuya ilişkin farklı çekinceler dile getirildiği görülmektedir. Bu bağlamda, bir yandan, karar vericilere ilişkin olarak net bir yasaklama hükmü getirilecek olur ise, bu durumun, kuralın uygulanmasının denetlenmesinde kolaylık sağlayacağı ifade edilmekte, diğer yandan uluslararası tahkim sistemi içerisinde yetişmiş ve konusunda uzman kişilerin sayısı dikkate alındığında söz konusu hükmün sorgulanmaya muhtaç olduğu belirtilmektedir.⁴⁴

Konuya ilişkin uluslararası metinler incelendiğinde gerek ICSID gerek UNCITRAL Kurallarının bu tür görevlendirmeleri yasaklamadığı, IBA Kurallarında ise konuya ilişkin bir düzenlemenin yer almadığı görülecektir.⁴⁵ UNCITRAL III numaralı Çalışma Grubunun yayınladığı 151 numaralı dokümanda, 2017 tarihli bir çalışmaya atfen, Pluricourts ve ICSID veri

⁴⁴ Detaylı bilgi için bkz. A/CN.9/WG.III/WP.151, par. 26 vd.

⁴⁵ Ayrıca uluslararası mahkemeler bakımından detaylı bilgi için bkz. Bkz. A/CN.9/WG.III/WP.151, 31 vd.

tabanlarına kayıtlı 1,039 dava çerçevesinde 3,910 kişinin ilişkilerinin ele alındığı belirtilmekte ve çalışma kapsamında;çifte görevlendirmenin çok yaygın olmadığı, küçük ancak oldukça etkin bir grup içinde (en tepedeki 25 kişi) bu durumun yaygın olarak görüldüğü, bu etkin grup içerisinde çifte görevlendirmenin 2005 yılından bugüne kadar görece istikrarlı olsa da, diğerlerine oranla 2014 yılında ciddi şekilde artmış olduğu, sonrasında ise düşüş gösterdiği tespitlerine yer verildiği ifade edilmektedir. Söz konusu çalışmada 2014 yılından sonra görülen düşüşün sebebi, bu kişilerin emeklilik yaşına geldikçe birden çok görevlendirmeyi bırakmaları veya hakem olarak oldukça yoğun bir iş yüküne sahip olmaları nedeniyle diğer görevlendirmeleri kabul etmelerinin mümkün olmaması olarak ifade edilmiştir.⁴⁶

7. Dürüstlük, Adillik ve Yetkinlik

ISDS mekanizmalarında bulunması gerekli özelliklerden dürüstlük, adillik ve yetkinlik hususları Taslak Etik Kuralların 7. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan hükmün ilk fıkrası uyarınca, karar vericilerin en yüksek seviyede doğruluk ve dürüstlük standartlarına sahip olmaları gerekmektedir. Yine aynı fıkra da karar vericilerin, taraflara eşit muamele edilmesini ve davalarını sunmaları için bu kişilere makul fırsat verilmesini sağlamakla yükümlü oldukları düzenleme altına alınmıştır.⁴⁷

Hükmün 2. fıkrasında tek taraflı olarak görüşme yasağı düzenlenmiştir. Buna göre, karar vericiler, davaya taraflardan birisi ile davaya ilişkin olarak tek taraflı şekilde görüşemeyeceklerdir.

Hükmün 3. fıkrasına göre ise, karar vericiler yetkinlik çerçevesinde hareket etmeli, görevlerini yerine getirmek için gerekli bilgi, yetenek ve niteliklerini artırmak için gerekli makul adımları atmalılardır. Karar verici adayları bakımından yetkin olmadıkları teklifleri kabul etmemeleri hükmüne bağlanmıştır.⁴⁸

Nihayet, hükmün son fıkrasına göre, karar verme yetkisinin başka bir kimseye devri yasaklanmıştır. Karar verici olarak seçilen kişi söz konusu yetkisini bizzat kullanmak zorundadır. Bununla birlikte, denetime tabi olmak şartıyla karar verme sürecine yardımcı olacak bazı görevlerin (araştırma gibi) devri mümkün kılınmıştır.⁴⁹

⁴⁶ A/CN.9/WG.III/WP.151, par. 34.

⁴⁷ Benzer bir yükümlülük UNCITRAL Tahkim Kurallarının 17. maddesinin birinci fıkrasında da düzenlenmiştir.

⁴⁸ Annotations, par. 76. ICSID Sözleşmesinin 14. maddesinde hakem panelinde yer alacak kişilerin hukuk, ticaret, sanayi ve maliye konularında yetkili kabul edilen kişilerden olması gerektiği ve hakem panelinde yer alacak kişilerin hukuk alanındaki yeterliliğin özel önem taşıdığı hükmüne bağlanmıştır.

⁴⁹ Annotations, par. 78.

8. Müsaitlik, Özen, Nezaket ve Verimlilik

Taslağın 8. maddesi, karar vericilerin herhangi bir atamayı kabul etmeden önce davayı dinleyebilecek ve tüm kararları zamanında verebilecek olduklarından emin olmaları, atanmalarından sonra görevlerini yerine getirmek üzere müsait olmaları ve görevlerini yargılama süresince özenle ve süratle yerine getirmeleri gerektiğini hükme bağlanmıştır. Aynı zamanda karar vericilerin dava için gerekli zaman ve emeği harcamaları ve çatışan yükümlülükleri reddetmeleri gerektiği de bir yükümlülük olarak hüküm altına alınmıştır. İlgili maddenin ilk fıkrası karar vericilerin yargılamayı gereksiz şekilde uzatmaktan kaçınma yükümlülüklerini kaleme alarak sonlanmıştır.

Maddenin ikinci fıkrasında, karar vericilerin zamanında karar verebilmelerini sağlayabilmek için aynı anda baktıkları derdest dava sayısının sınırlandırılmasına yönelik bir hükme yer verilmiştir. Hükümde sayı netleştirilmemiş, çalışma grubunun değerlendirmelerine bırakılmıştır. Bu hükümle bir karar vericinin aynı anda bakabileceği davaların sayısı üzerinde mutlak bir sınırlama getirilmesi tasarlanırsa da, belirli bir dava sayısının hükme dahil edilmesi, hakemin özenle yönetebileceği dava sayısı, davanın karmaşıklığı, bireyin kapasitesi ve karar vericinin başkan olup olmamasına göre bir dizi faktöre bağlı olacağı için bu hususun tartışmaya açık olduğu ifade edilmektedir.⁵⁰ Yine, madde açıklamasında, ilgili davaların çeşitli sebeplerle çözülebileceği veya beklemeye alınabileceği hususu da göz önüne alındığında, bir sayı sınırının öngörülmesi konusuna temkinli yaklaşılması gerektiği ifade edilmiştir.⁵¹

Yine üçüncü fıkrada, ilk fıkradaki düzenlemelere uygun şekilde karar vericilerin görevlerini yerine getirirken sürelere riayet etmeleri gerektiği düzenlenmiştir.

Son olarak ise, karar vericilerin taraflara ve birbirlerine⁵² karşı nazik, saygılı ve mesleki dayanışma içinde hareket edecekleri, tarafların çıkarlarını en iyi şekilde dikkate alacakları hükme bağlanmıştır.

9. Gizlilik

Karar vericiler için genel kabul görmüş gizlilik kuralları 9. maddede düzenlenmiştir.⁵³ Bu bağlamda; ilk paragrafta karar vericilerin üstlendikleri görev dolayısıyla öğrendikleri/eriştikleri bilgi ve belgeleri ifşa edemeyecekleri

⁵⁰ Annotations, par. 80.

⁵¹ Annotations, par. 80.

⁵² Kanaatimizce hükümde kastedilen, aynı heyet içerisinde yer alan karar vericilerdir. Daha açık bir ifade ile karar vericilerin başka davalarda da birlikte görev alması halinde söz konusu yükümlülük o davalarda da ayrı olarak değerlendirilecektir.

⁵³ Gizlilik kuralları tahkim kurallarında da düzenlenmiş olup, genellikle hakemlerin kamuya açık olmayan bilgileri gizli tutmalarını öngörmektedir. Örneğin bkz. ICSID Tahkim Kuralları m. 6/2.

ve/veya kullanamayacaklarına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmektedir.⁵⁴
Anılan hükme göre karar vericiler;

(a) Davanın amacı hariç olmak üzere, o davadan elde edilen veya o dava ile ilgili olup kamuya açık olmayan herhangi bir bilgiyi kullanamayacak ve açıklamayacaktır.

(b) Bu bilgileri kendisi veya başkaları için avantaj elde etmek veya başkalarının çıkarlarını olumsuz yönde etkilemek için ifşa edemeyecek veya kullanamayacaktır.

(c) Bir ISDS heyetinin müzakerelerini veya müzakereler sırasında bir karar verici tarafından ifade edilen herhangi bir görüşü açıklayamayacaktır.

Maddenin 2. fıkrasındaki hükme göre ise karar vericiler, taraflara tebliğ etmedikleri herhangi bir kararı veya hükmü taraflara açıklayamayacaktır. Ayrıca, karar vericiler kamuya açık hale gelene kadar hiçbir kararı veya hükmü ifşa edemeyecekler [ve katıldıkları hiçbir karar veya hüküm hakkında yorum yapmayacaklardır]. İşbu maddede yer verilen hususun, karar vericilerce genellikle uygulanmakla birlikte şüpheye yer vermemek adına düzenlendiği madde açıklamasında belirtilmiştir.⁵⁵

10. Atama öncesi yapılacak görüşmeler

Atama öncesi karar verici adaylarıyla yapılacak görüşmeler Taslağın 10. maddesinde düzenlenmiştir. Madde açıklamasında söz konusu görüşmelerin bazı taraf vekilleri açısından çok önemli olduğu ve bu görüşmelerin doğru bir karar verici seçim sürecinin bir parçası olarak görüldüğü ifade edilmiştir.⁵⁶

Anılan maddenin 1. fıkrasına göre; karar verici adaylarıyla atama öncesi yapılacak söz konusu görüşmelerin kapsamı karar vericilerin müsaitlik durumu ve menfaat çatışması bulunup bulunmadığı hususlarıyla sınırlı olmak zorundadır. Karar verici adayı yetkiye, usule ve esasa ilişkin olup davada gündeme gelebilecek konuları söz konusu görüşmelerde tartışamayacaktır. Bu minvalde, karar verici adayının atanması halinde benimseyeceği görüş ve yaklaşımlar hakkında da taraflar görüşme yapamayacaktır.⁵⁷

Hükümün 2. fıkrasına göre ise, karar verici adaylarıyla bu tür bir ön görüşme gerçekleştirilmiş ise, bu görüşme adayın atanmasının ardından tüm taraflara beyan edilecektir. Söz konusu beyan yükümlülüğünün, atanma öncesi görüşmelerin olması gereken sınırlar içerisinde gerçekleşmesini ve tarafların

⁵⁴ Annotations, par.81.

⁵⁵ Annotations, par.82.

⁵⁶ Annotations, par.83.

⁵⁷ Annotations, par.83.

bu husustaki güvenlerinin pekiştirilmesini temine yönelik olduğu ifade edilmektedir.⁵⁸

11. Ücret ve Masraflar

Ücret ve masraflara ilişkin düzenlemeler içeren 11. maddenin birinci fıkrası uyarınca, ücretlere ilişkin her türlü uyuşmazlık bir karar verici organ tarafından, bu organın oluşturulmasını müteakip derhal sonuçlandırılacak ve davayı yürüten kuruluş aracılığıyla taraflara bildirilecektir.⁵⁹ Söz konusu düzenlemenin amacının; ücret miktarı konusunun mümkün olduğunca erken tartışılması ve gerektiğinde (ücret miktarı/oranı üzerinde anlaşılamadığı takdirde) tarafların hakemlerde değişiklik yapabilmesine imkan tanınması olduğu madde açıklamasında belirtilmiştir.⁶⁰ Öte yandan, madde açıklamasında; yazışmaların davayı yürüten kuruluş aracılığıyla yapılmasının, tarafların, hakemlerle tek taraflı olarak iletişim kurmasının önüne geçeceği ve dava taraflarının, davalarının esası hakkında karar verecek kişilerle ücret pazarlığı/ müzakeresi yapmak zorunda kalmalarını engelleyeceği ifade edilmiştir.⁶¹ Nihayet, söz konusu düzenlemenin diğer bir amacının ise, atamayı kabul eden karar vericinin heyetin oluşumundan sonra, öncekinden farklı bir ücret talep ederek tarafları zor duruma düşürmesinin ve böylece sürece zarar vermesinin önüne geçmek olduğu da madde açıklamasında yer almıştır.⁶²

Maddenin 2. fıkrasına göre ise, karar vericiler gerek kendilerinin gerek yardımcılarının harcadıkları zaman ve masraflara ilişkin detaylı kayıt tutmak zorundadırlar.

12. Etik Kuralların İcrası

Taslağın söz konusu etik kuralların icrasını düzenleyen 8. maddesinde ilk olarak her karar verici ve karar verici adayının söz konusu etik kurallara uyma yükümlülüğü olduğu hükme bağlanmıştır. Taslağı hazırlayanlarca bu kurallara uymanın karar verici ve karar verici adayları bakımından bir yükümlülük olarak tanımlanmış olması kuralların mahiyetini ihtiyari olmaktan çıkarmaktadır.

Taslağa ilişkin madde açıklamasında da ifade edildiği üzere, söz konusu etik kuralların uygulanmasına ilişkin yöntemler büyük ölçüde bu kuralların ne

⁵⁸ Annotations, par. 84.

⁵⁹ Çoğu halde karar vericilerin alacakları ücret önceden belirli olmakla birlikte, söz konusu ücretin takdire bağlı olduğu durumlar da söz konusu olabilmektedir. İşte söz konusu düzenleme bu gibi durumlarda ücretlere ilişkin uyuşmazlıkların bir karar verici organ tarafından çözümünü öngörmektedir. Bkz. Annotations, par. 85.

⁶⁰ Annotations, par. 85.

⁶¹ Annotations, par. 85.

⁶² Annotations, par. 86.

tür bir sistemde yer alacağıyla ilgilidir. Daha açık bir ifade ile son dönemlerde gündemde olan daimî bir yatırım tahkimi mahkemesinin oluşturulması söz konusu olursa kuralların uygulanmasına ilişkin yöntemler elbette ki farklılaşacaktır.⁶³ Ayrıca yine yatırım anlaşmalarında veya diğer araçlardaki etik kurallara ilişkin düzenlemelerin bir uyuşmazlıkta bu Taslak kurallarla eş anlı olarak uygulanabilmesi de değerlendirilmesi gereken bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶⁴

Taslak maddenin ikinci fıkrasında kuralların uygulama alanı bakımından açıklayıcı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, karar vericilerin, atanma için gerekli niteliklerini kaybetmeleri ve reddedilmelerine ilişkin olarak söz konusu uyuşmazlığa uygulanacak kurallarda yer alan hükümlerin uygulanmaya devam edeceği belirtilmiştir. Örneğin, uyuşmazlığa uygulanacak bir kurumsal tahkim merkezinin usul kurallarında yer alan hakemin reddi sebepleri etik kuralların yanında uygulanmaya devam olunacaktır.

Oluşturulacak etik kurallara ilişkin düzenlemenin icrasına ilişkin olarak, UNCITRAL III numaralı Çalışma Grubunun 38. oturumunda, katılımcılarca etik kurallara ilişkin oluşturulacak bir icra mekanizmasının karar vericilerin bu kurallara uymasını sağlamanın temel araçlarından biri olduğu dile getirilmiştir. Yine katılımcılarca genel olarak, kurallara uyma konusunun gönüllülük esasında şekillendirilmesinin çok etkin olmayacağı, kurallara uymamanın yaptırımının net bir şekilde ortaya konulması gerektiği belirtilmiş ve bu bağlamda ücretlerle ilişkili yaptırımlar, disiplin tedbirleri ve benzeri yaptırım türlerinden bahsedilmiştir.⁶⁵

Ayrıca, etik kurallara riayetin takip edilebilmesi için merkezi bir sistemin kurulması, aynı şekilde karar vericilere ilişkin itirazlara ve reddedilen karar vericilere ilişkin bir veritabanının oluşturulması da teklif edilmiştir. Bu uygulamaların şeffaflığı artıracığı ve bu şekilde etik kurallara etkin bir şekilde riayet edilmesine yardımcı olabileceği belirtilmiştir.⁶⁶

Nihayet, etik kurallarını ihlal ettiği tespit edilen karar verici veya adaylara ilişkin olarak kamuoyuna açık olacak şekilde bir listenin oluşturulması önerilmekle birlikte, bu listeye dahil edilecek bilgileri kimin toplayacağı, idare edeceği ve teyit edeceği hususları netleştirilmemiştir. Bu konuya ilişkin olarak oluşturulacak bir danışma merkezi eliyle bu görevlerin yerine getirilebileceği ya da daimi bir yatırım mahkemesi oluşturulması halinde etik kuralları uygulama

⁶³ Annotations, par.88.

⁶⁴ Annotations, par.96.

⁶⁵ A/CN.9/1004*, par. 62-64.

⁶⁶ A/CN.9/1004*, par. 64.

sorumluluğunun bu yapının sekreteryasına veya bir organına verilebileceği ifade edilmiştir.⁶⁷

SONUÇ

ICSID ve UNCITRAL Sekreteriyalarının ortak çalışması sonucu ortaya çıkan Taslak Etik Kurallar yatırımcı devlet uyuşmazlık çözüm sistemi yönünden bir eksikliği gidermeyi amaçlamaktadır. Söz konusu Kurallar diğer etik kurallardan farklı olarak bağlayıcılığı ve ihlal edilmeleri halinde bir takım yaptırımların uygulanabilecek olması bakımından net bir yaklaşım sergilemektedir.

Taslak Etik Kurallar karar vericiler kavramı altında ifade edilen hakemler, oluşturulması muhtemel Daimi Yatırım Mahkemesi hakimleri ve diğer karar vericiler hakkında uygulanabilecek bağlayıcı nitelikli somut hükümler ve standartlar içermektedir. Öte yandan, Taslağın 1. maddesinin ikinci fıkrasında, taslak kuralların yardımcı olarak tanımlanan kişilere de uygulanması hükmüne bağlanmıştır.

Taslak Etik Kurallar, karar vericiler bakımından kapsamlı bir açıklama yükümlülüğü getirmektedir. Bu suretle, uyuşmazlık tarafları, karar vericilerin bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin olarak daha sağlıklı bir şekilde değerlendirme yapabileceklerdir.

Karar vericilerin bağımsız ve tarafsız olmaları dava süresince devam eden bir yükümlülüktür. Öte yandan, bağımsızlık ve tarafsızlığın karar vericiler tarafından fiilen sağlanması kadar bağımsız ve tarafsız bir görünümün de yatırımcı devlet uyuşmazlık çözüm sistemi açısından önemli olduğu kabul edilmektedir.

ICSID ve UNCITRAL tahkim kuralları beyan yükümlülüğü getirmekle birlikte söz konusu yükümlülüğü ayrıntılı olarak düzenleme altına almamıştır. Mevcut düzenleme ve uygulamada beyanı zorunlu görülen bağımsızlık ve tarafsızlığa ilişkin şüpheli durumların neler olduğunu belirleme ve beyanda bulunma hususundaki takdir hakemlere bırakılmıştır. Taslak kurallarda ise bağımsızlık ve tarafsızlığı tehlikeye düşürebilecek ve bu sebeple beyanı gerekli hususlar objektif kurallara bağlanmıştır. Beyan yükümlülüğü bakımından ilişkili olunan kişilerin kapsamı sadece taraflarla sınırlandırılmamış, taraf avukatları, yargılama sürecindeki mevcut veya eski bir karar verici veya uzman ve dava neticesinden doğrudan veya dolaylı olarak finansal çıkarı olan herhangi bir üçüncü tarafla olan ilişkilerin de beyan edilmesi öngörülmüştür. Öte yandan; “Taraflar” kavramının da geniş yorumlanarak bağlı şirketler, hakim şirketler ve acentayı da içerecek şekilde taslakta yer alması kararlaştırılmıştır.

⁶⁷ Annotations, par. 94-95.

Yatırımcı devlet uyuşmazlık çözüm sisteminde tartışılan ve eleştiri konusu olan tekrarlayan atamalar sebebiyle taslakta bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenlenmeye göre, karar verici veya adayın avukat, hakem, iptal kurulu üyesi, uzman, (uzlaştırıcı ve arabulucu) olarak görev yaptığı veya hali hazırda dahil olduğu tüm yatırımcı devlet uyuşmazlık davaları [ve diğer (uluslararası) tahkim] davaları beyan edilecektir. Bu hükümde beyan edilecek durumlar olarak karar vericiliğin yanı sıra, avukat, arabulucu, uzlaştırıcı olarak görev yapılan durumlar da sayılmıştır. Söz konusu düzenleme çıkar çatışmalarının engellenmesine yöneliktir.

Taslağın, karar vericilerin birden fazla görev üstlenmesine (*double hatting*) ilişkin düzenlemesine göre; karar vericiler aynı tarafların, (aynı maddi vakıaların) (ve/veya) (aynı Anlaşmanın) dahil olduğu konularda (belirli bir süre içerisinde) uzman, hakim, tanık, temsilci olarak veya herhangi bir şekilde (aldıkları görevleri açıklarlar / görev üstlenmekten kaçınırlar) hükmüne yer verilmiştir. Taslakta henüz karar vericilerin, hükümde yer alan konularda görev üstlenmiş olmaları halinde bunları açıklamakla mı yetinecekleri yoksa bu görevleri üstlenmekten kaçınmalarının mı gerekli olacağı konusunda nihai bir görüş oluşmamıştır. Aynı şekilde karar vericilerin farklı görev üstlendikleri durumların hangi halleri kapsayacağı ve ne kadarlık bir süre ile sınırlı olduğu hususları da henüz kesinlik kazanmamıştır.

Bu Taslağın, etik kuralların icrasını düzenleyen 8. maddesinde ilk olarak her karar verici ve karar verici adayının bahsi geçen etik kurallara uyma yükümlülüğü olduğu hükme bağlanarak anılan kurallar ihtiyari olmaktan çıkarılmıştır. UNCITRAL III numaralı Çalışma Grubunun 38. oturumunda, etik kurallara ilişkin oluşturulacak bir icra mekanizmasının karar vericilerin bu kurallara uymasını sağlayabileceği dile getirilmiştir. Ayrıca, katılımcılarca, bu kurallara uyulmamasından doğacak yaptırımların net bir şekilde ortaya konulması gerektiği belirtilmiş ve bu bağlamda ücretlere ilişkin yaptırımlar, disiplin tedbirleri ve benzeri yaptırım türlerinden bahsedilmiştir.

Ayrıca, etik kurallara uyulup uyulmadığı hususunun takibi için merkezi bir sistemin kurulması, bir veritabanının oluşturulması teklif edilmiştir. Nihayet, etik kuralları ihlal ettiği tespit edilen karar verici veya adaylara ilişkin olarak kamuoyuna açık olacak şekilde bir listenin oluşturulması önerilmiştir. Bu konuya ilişkin olarak oluşturulacak bir danışma merkezi eliyle bu görevin yerine getirilebileceği ya da daimi bir yatırım mahkemesi oluşturulması halinde etik kuralları uygulama sorumluluğunun bu yapının sekreteryasına veya bir organına verilebileceği ifade edilmiştir.

KAYNAKÇA

- *Annex B- Summary of Code of Conducts in Free Trade Agreements* [Annex B], <https://uncitral.un.org/en/codeofconduct>, Erişim Tarihi: 24.11.2020.
- *Avrupa Birliği-Singapur Serbest Ticaret Anlaşması*, 14-Bnumaralı Ek “Hakem ve Arabulucular için Etik Kurallar” [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22019A1114\(01\)&from=EN#page=1](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22019A1114(01)&from=EN#page=1), Erişim Tarihi: 24.11.2020.
- Code of Conduct for Adjudicators in Investor-State Dispute Settlement (with annotations) [Annotations], <https://uncitral.un.org/en/codeofconduct>, Erişim Tarihi: 24.11.2020.
- Gaukrodger, David/Gordon, Kathryn, 2012, Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community, OECD Working Papers on International Investment, 2012/03, OECD Publishing, http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2012_3.pdf, Erişim Tarihi: 24.11.2020.
- UNCITRAL, A/CN.9/WG.III/WP.151, Possible reform of ISDS - Ensuring independence and impartiality on the part of arbitrators and decision makers in ISDS [A/CN.9/WG.III/WP.151], <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.151>, Erişim Tarihi: 24.11.2020.
- UNCITRAL, A/CN.9/WG.III/WP.167, Background information on a code of conduct [A/CN.9/WG.III/WP.167], <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.167>, Erişim Tarihi: 28.10.2020.
- UNCITRAL, A/CN.9/WG.III/WP.185, Appellate and multilateral court mechanisms [A/CN.9/WG.III/WP.185], <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.185>, Erişim tarihi, 13.10.2020.
- UNCITRAL, A/CN.9/935, Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-fifth session [A/CN.9/935], <https://undocs.org/en/A/CN.9/935>, Erişim Tarihi: 24.11.2020.
- UNCITRAL, A/CN.9/964, Report of of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-sixth session [A/CN.9/964], <https://undocs.org/en/A/CN.9/964>, Erişim Tarihi: 24.11.2020.
- UNCITRAL, A/CN.9/970, Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-seventh session [A/CN.9/970], <https://undocs.org/en/A/CN.9/970>, Erişim Tarihi: 28.10.2020.

- UNCITRAL, A/CN.9/1004*, Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-eighth session [A/CN.9/1004*], <https://undocs.org/en/A/CN.9/1004>, Erişim Tarihi: 28.10.2020.

TÜRK HUKUKUNDA KAMULAŞTIRILAN TAŞINMAZIN GERİ ALINMASINDA İDARENİN SORUMLULUĞUNUN ESKİ MALİKE YÜKLETİLMESİ SORUNU*

The Problem of Burden of Responsibility of Administrative to the Former Owner in the Expropriation of Immovable in Turkish Legal System

Dr. Öğr. Üyesi Murat Buğra TAHTALI**

Geliş Tarihi: 28.12.2020

Kabul Tarihi: 24.02.2021

ÖZET

Kamulaştırma, mülkiyet hakkına doğrudan müdahale eden bir idari işlem olup, kuralları ve sınırları 1982 Anayasasında belirlenmiştir. Belirlenen ilkeler çerçevesinde bu işlemin yapılma usulü ile ilgili detaylar, ayrıntılı olarak 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu kanun çerçevesinde taşınmaz hakkında kamulaştırma kararı verilen eski malike; idarenin, kanundan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde taşınmazı geri alma hakkı verilmiştir. Bu hakkın kullanılmasının şartları kanunda; özetle, kamulaştırma tarihinden itibaren 5 yıl geçmesi ve sürenin dolmasından itibaren bir yıl içinde eski malikin talepte bulunması olarak belirlenmiştir. Kanundan kaynaklanan bu yükümlülüklerini yerine getirmeyen idare tarafından, eski malike yüklenen bedel ödeme yükümlülüğü, idare hukukunun ilkeleri ve özelde de idarenin kusur sorumluluğu açısından değerlendirilmeye muhtaçtır.

Anahtar Kelimeler: İdare Hukuku, Kamulaştırma, Malikin Geri Alma Hakkı, Mülkiyet Hakkı, İdarenin Sorumluluğu.

ABSTRACT

Expropriation is an administrative action of the State that amounts to a direct intervention to the right to property, subject to rules and limitations set out in the Turkish Constitution of 1982. Under the constitutional provisions, the manner and procedure of executing real estate is specifically regulated in detail by Expropriation Law No.2942, according to which the original owner of expropriated real estate is granted with the right to reclaim revocation of expropriation should the State fail to fulfil its obligations arising from the law, to bring the whole process into successful conclusion within the prescribed timeframe.

The Law of Expropriation stipulates five years of limitation as extinctive prescription after which the original owner has one year to institute a claim as such.

The present study needs to be evaluated to re-examine, from the viewpoint of the principles of administrative law and in particular administrative liability for fault, the real estate owner's duty to pay reverse compensation for revoked expropriation, imposed by the public authority in violation of its duties arising from the law.

Keywords: administrative law, revoked expropriation, owner's right to reclaim expropriated property, freehold, administrative liability.

* Bu çalışma, 15-17 Mart 2019 tarihinde Malatya'da düzenlenen 2. Uluslararası Battalgazi Multidisipliner Çalışmalar Kongresi'nde yazarı tarafından sunulan "Kamulaştırılan Taşınmazın Geri Alınmasında Eski Malikin Bedel Ödeme Yükümlülüğünün İdare Hukuku Açısından Değerlendirilmesi" başlıklı bildirinin genişletilmiş ve makale haline getirilmiş halidir.

** İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: bugra.tahtali@inonu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-2459-9938.

GİRİŞ

Kamulaştırma, özel hukuk kişisine ait bir taşınmazın mülkiyetine, kamu yararı gerekçesiyle ve kural olarak gerçek değeri peşin olarak ödenmek suretiyle idare tarafından el konulması olarak tanımlanabilen bir idari işlemdir. Bu yönüyle mülkiyet hakkına doğrudan yapılan bir müdahale olmakla beraber, kamu yararı amacıyla yapılması nedeniyle Anayasa tarafından cevaz verilen bu işlemin bir sonucu olarak idare, kamulaştırılan taşınmazı en kısa zamanda kamu yararına tahsis ederek bir kamu hizmetini yerine getirme yükümlülüğü altına girmektedir.

Özel kişiye ait taşınmazın mülkiyeti kamulaştırma yoluyla idareye geçtikten sonra, idarenin kamu yararına yönelik herhangi bir işlem yapmaması ve bu durumun kamulaştırma işleminin kesinleşmesinden itibaren 5 yıl süreyle devam etmesi halinde; kanun, eski malike malın iadesini talep etme hakkı tanımaktadır. Ancak bunun için 5 yılın dolmasının ardından talebin 1 yıl içinde idareye iletilmesi ve eski malikin, kendisine ödenen kamulaştırma bedelini, yasal faiziyle beraber idareye ödemesi yükümlülüğü getirilmiştir. Kanunda getirilen bu düzenleme idare hukuku açısından incelenmeye muhtaçtır.

Çalışmada bu amaca yönelik olarak öncelikle kamulaştırmanın kavramsal temelleri ve anayasal çerçevesi incelenecek, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nda yer alan kamulaştırmanın temel ilkeleri ve aşamaları değerlendirilecek, sonrasında idarenin sorumluluğu ve kamulaştırma müessesesinin idarenin sorumluluğu içindeki yeri belirlenecektir. Nihayet çalışmanın sonunda, kamulaştırılan taşınmazını geri isteyen malikin, taşınmazı kamu yararı gerekçesiyle ve kamu yararına yönelik kullanma yükümlülüğünü üstlenerek mülkiyetine geçiren idare karşısındaki hakları, idarenin sorumluluğunun neler olduğu konusu çerçevesinde incelenecektir.

Mülkiyet hakkının özüne dokunan bu düzenlemenin idare hukuku bakımından incelendiği ve sorunun kaynağı ile çözümüne ilişkin kişisel değerlendirmelerin yapılacağı bu çalışmanın uygulamaya ışık tutması en büyük temennidir.

1. Kamulaştırma Kavramı, Anayasal Çerçevesi ve Temel İlkeleri

1.1. Genel Olarak Kamulaştırma Müessesesi

Kamulaştırma, idarenin mal edinme yöntemleri arasında sıklıkla başvurduğu müesseselerden biri olup, özel mülkiyet hakkına yapılan bir müdahaledir. Bu müdahalenin sınırlarının belli olması için çerçevesinin belirlenmesi son derece önemlidir. Bu önemi dolayısıyla kamulaştırma Anayasa'da düzenlenmekle beraber, burada çizilen genel çerçevenin ayrıntıları, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nda belirtilmiştir.

1.2. Kamulaştırmanın Tanımı

Kamulaştırma kavramı, mülkiyet hakkına yapılan hukuka uygun bir müdahale olduğundan, buna ilişkin yapılacak işlemlerde sınırın çizilmesi son derece önemlidir. Bu bakımdan öncelikle kamulaştırmanın tanımlanması gerekmektedir. Ancak gerek Anayasa’ımızda ve gerekse Kamulaştırma Kanunu’nda bu kavramın doğrudan bir tanımına yer verilmemiştir.

Bununla birlikte doktrinde ve bazı yargı kararlarında kamulaştırma birbirine yakın şekillerde tanımlanmıştır. Doktrindeki en geniş tanıma göre kamulaştırma, *“Devlet ve kamu tüzel kişilerinin kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıkları peşin olarak ödenmek kaydıyla özel mülkiyette bulunan taşınmazların tamamının veya bir kısmının mülkiyetini kanunla gösterilen esas ve usullere göre zorla devralması”* olarak belirtilmiştir.¹ Kamulaştırma terimi başka bir yazara göre, *“Mal sahibinin istekli olup olmadığına bakılmaksızın, özel mülkiyet içinde bulunan bir taşınmaz malın, kamu malları arasında yer almasını sağlayan bir yol”* olarak tanımlanmıştır.²

Kamulaştırma müessesesi, Anayasa’nın³ 46. maddesinde düzenlenmiş olup, bu maddede her ne kadar doğrudan bir tanım yapılmamış ise de bahsi geçen tanımların, bu maddede hüküm altına alınan ilkelerden yola çıkılarak yapıldığı ifade edilmiş olup⁴ kamulaştırma müessesesinin ana ilkelerinin somutlaştırılması açısından önem arz ettiği düşünülmektedir. Kamulaştırmayı en kısa ve en genel hatlarıyla ifade ettiği düşünülen tanıma göre ise kamulaştırma, *“Özel mülkün tazminat karşılığında kamu yararı ve sosyal yarar gerekçeleriyle meşru bir şekilde devralınması”*dır.⁵ Ancak bu tanımlarda kamulaştırmanın unsuru olarak kabul edilen “kamu yararı” kavramının da tam olarak ne anlam ifade ettiğini söylemek güçtür. Doktrinde bu belirsizliğin hem “kamu” hem de “yarar” kelimelerinin Türkçe’de statik bir anlamı olmamasından kaynaklandığı ifade edilmiş, kamu teriminin devlet, toplum ya da halkı ifade etmesi durumuna göre bu kavramın anlamının değişkenlik göstereceği vurgulanmıştır.⁶

1.3. Kamulaştırma Müessesesinin Anayasal Çerçevesi

Kamulaştırma her ne kadar Anayasa’nın 46. maddesinde doğrudan bu isimle düzenlenmiş olsa da bu maddenin dışında Anayasa’ımızda kendine yer bulan

¹ Kemal Gözler and Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri (Ekin Yayınevi 2014) 712.

² Turgut Tan, İdare Hukuku (Turhan Kitabevi 2014) 582-583.

³ Burada ifade edilen, halen yürürlükte bulunan 1982 Anayasası olup, metinde bundan sonra ifade edilecek Anayasa ve Anayasamız ifadelerinden 1982 Anayasası anlaşılmalıdır.

⁴ Gözler and Kaplan (n 2) 712.

⁵ C. Hoyos and J. P. Pinilla, ‘Kentsel Dönüşümde Arsa Yönetim Şekilleri Kamulaştırma İle Arsaların Yeniden Ayarlanması Arasında: İstanbul’a İlişkin Bazı Düşünceler: (Çev. İ. Pamuk)’ (2013) 8(Afet Yönetimi ve Kentsel Dönüşüm Özel Sayısı, 111-112) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 235, 236.

⁶ N. M Çakmak, İdare Hukukunda Kurumsal Olarak Kamu Yararı (Seçkin Yayıncılık 2013) 255.

kimi düzenlemeler dolaylı olarak kamulaştırma müessesesine etki etmektedir. Bu anayasal düzenlemeler, Anayasa'nın 2. maddesinde geçen Cumhuriyet'in temel niteliklerinden “Hukuk Devleti” ve “Sosyal Devlet” ilkeleri, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırını düzenleyen 13. maddesi ve mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesi olarak sıralanabilir. Konunun anayasal boyutlarının anlaşılması açısından bu maddelerdeki hükümlerin kamulaştırma müessesesiyle ilgisinin incelenmesi gerekmektedir.

Kamulaştırma ile bağlantılı ilk anayasal ilke olan “Hukuk Devleti İlkesi” incelendiğinde, bu ilke en kısa ve genel tanımıyla *“faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan ve vatandaşlarına hukuki güvenlik sağlayan devlet”* olarak ifade edilmektedir.⁷ Anayasa Mahkemesi'nin ve Danıştay'ın kararlarında hukuk devletine sıklıkla atıfta bulunmaktadır. Şöyle ki, Anayasa Mahkemesi kararlarında devletin tüm organlarının hukukla bağlı olması⁸ ve idarenin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine açık olmasının⁹ hukuk devletinin temel unsuru olduğu ifade edilmektedir. Yüksek Mahkeme, yakın zamanda bu unsurların hepsini birleştirerek “Hukuk Devleti İlkesi” ni *“eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlet”* olarak tanımlamıştır.¹⁰ Danıştay da kararlarında aynı hususa vurgu yapmıştır.¹¹

Doktrinde de bir hukuk sistemine hukuk devleti denebilmesi için anayasasında “Hukuk Devleti” ibaresinin yazmasının yeterli olmayacağı; temel hak ve özgürlüklerin anayasal güvence altında olması, kuvvetler ayrılığı ilkesinin benimsenmesi, demokratik yönetim ve kanuni idare ilkelerinin var olması, idarenin yargı denetimine tabi olması ve nihayet yargı yerlerinin bağımsız ve tarafsızlığının sağlanmasının hukuk devletinin olmazsa olmazları arasında yer aldığı ifade edilmektedir.¹² Bu tanımda hukuk devletinin bünyesinde barındırması gereken tüm unsurlarına yer verilmekle beraber,

⁷ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (Ekin Yayınevi 2000) 59.

⁸ Anayasa Mahkemesi, E. 1990 / 20, K. 1991 / 17, KT. 21.06.1991. Kararın tam metnine ulaşmak için bk. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/21361.pdf>, ET. 08.02.2021.

⁹ Anayasa Mahkemesi, 25.05.1976, E. 1976 / 1, K. 1976 / 28. Kararın tam metni için bkz. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/b230ab9d-6ace-43ee-b694-e139f3500987?excludeGerekce=False&words Only=False>, ET. 20.03.2019.

¹⁰ Anayasa Mahkemesi, 02.05.2018, E. 2017 / 169, K. 2018 / 42. Kararın tam metnine ulaşmak için bkz. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2018/42?EsasNo=2017%2F169&KararAramaRaporu=1&KararNo=2018%2F42>, ET. 08.02.2021.

¹¹ Danıştay 3. D, 22.11.1978, E. 1978 / 1158, K. 1978 / 1213; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 17.04.2008, E. 2005 / 270, K. 2008 / 1286.

¹² Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri* (Adalet Yayınevi 2018) 101.

başka bir tanımda ise hukuk devletin en önemli önceliğine odaklanılarak bu kavram, “*her şeyden önce, devletin işlemlerinin hukuk kurallarına bağlılığı ve bunun sağlanması için de yargı denetimine açık olması*” olarak açıklanmıştır.¹³ Yine doktrinde hukuk devleti, daha kapsayıcı bir ifadeyle;

insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her eylem ve işlemi hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa’nın bulunduğu bilincinde olan devlet

olarak tanımlanmaktadır.¹⁴

İdarenin tek taraflı irade beyanıyla hukuk âleminde sonuç doğurması, karşı tarafın iradesine bağlı olmaması ve işlemlerinin icrai nitelikte olması göz önünde bulundurulduğunda ‘idari işlem’ tanımına tam olarak uyan kamulaştırma işleminin yargı denetimine tabi olması ve gerek Anayasa’da gerekse ayrı bir kanunla genel ilkelerinin belirlenerek idarenin bu ilkeler çerçevesinde kendisini sınırlaması, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.¹⁵ Ancak bu ilke, salt yöneticilerin belirli davranış kalıplarını tanımlayan veya sınırlayan bir devlet anlayışının ötesinde; idarenin yargısal denetimi, temel hak ve hürriyetlerin güvencesinin sağlanması, yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatının uygulanması ve nihayet kanuni hâkim güvencesi gibi şekli gereklerle bazı evrensel ilkelerin varlığını zorunlu kılma işlevine de sahiptir.¹⁶ Zira hukuk devleti ilkesinin varlığından söz edilebilmesi için, yürürlükte olan hukukun, vatandaşları devlete karşı koruyacak ve hukuki güvenliği sağlayacak bir takım güvenceleri öngörüyor olması gerekir.¹⁷

Anayasa’nın 2. maddesinde geçen ve Cumhuriyet’in temel nitelikleri arasında sayılan Sosyal Devlet İlkesi de kamulaştırmanın anayasal çerçevesini oluşturan hükümler arasında yer almaktadır. Şöyle ki, Anayasa Mahkemesi, sosyal devleti;

kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, iktisadi ve mali tedbirler alarak çalışanları koruyan ve insanca yaşamalarını sağlayan, işsizliği

¹³ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (Yetkin Yayınevi 2008) 125.

¹⁴ Kahraman Berk, ‘Kamulaştırma Sürecinde Dava Açma Süresine Örnek Bir Olay’ (2006) 64(2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 25, 31.

¹⁵ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer and Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (Savaş Yayınevi 2018) 99.

¹⁶ Adnan Küçük, *Anayasa Hukuku* (Orion Yayınları 2013) 232.

¹⁷ Sami S Ural, *Hak ve Özgürlüklerin Korunması Bağlamında Bireysel Başvuru* (Seçkin Yayıncılık 2013) 54.

önleyen, milli gelirin adalete uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi kuran devlet

olarak tanımlamıştır.¹⁸ Bu bağlamda sosyal hukuk devletinin gerçekleştirilebilmesi için (zaman zaman) farklı ekonomik ve sosyal politikaların uygulanmasının gerekebileceği ve bu ekonomik ve sosyal politikaların uygulanabilmesi amacıyla mülkiyet hakkına sınırlamalar getirilmesinin mümkün olabileceği ifade edilmektedir.¹⁹

Öte yandan kamulaştırma işlemi, Anayasa’da temel haklar arasında sayılan mülkiyet hakkına doğrudan doğruya yapılan bir müdahale olup bu çerçevede Anayasa’nın 13. ve 35. maddelerinin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

Anayasa’mızın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin, Anayasa’nın ilgili maddesinde belirtilen özel sınırlama sebepleriyle bağlı kalarak, ölçülülük ilkesine aykırı olmamak kaydıyla ve ancak kanunla sınırlandırılabilmesi ifade edilmektedir.²⁰ Burada bahsedilen, maddenin değişikliğe uğramış son hali olup, değişiklikten önce ise özel sınırlama sebeplerinin yanında “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü”, “milli egemenlik”, “Cumhuriyet’in korunması”, “milli güvenlik”, “kamu düzeni”, “genel sağlık”, “genel ahlak” “genel asayiş” ve “kamu yararı” gibi genel ve muğlak gerekçelerle de sınırlandırılabilmekteydi. 13. maddenin 1982 Anayasası’ndaki bu ilk hali modern özgürlükçü hukuk sistemiyle çelişmekteydi. Zira hak ve özgürlüklerin sınırlanması konusunda yasama organına geniş yetkiler tanınması, özgürlükler açısından sakınca doğurmaktaydı.²¹ Bu değişiklik, yeni bir özgürlük sisteminin getirilmesi ve özgürlükleri sınırlandırıcı sistemden, özgürlükleri koruyucu sisteme geçilmesi olarak yorumlanmıştır.²² Dolayısıyla Anayasa’da yer alan bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılabilmesi için; o temel hak ve özgürlüğü düzenleyen ilgili maddede bir özel sınırlama sebebinin varlığı ve bu sınırlamanın kanunla yapılması şartlarının birlikte sağlanması gerekmektedir. Bunun yanında 13. maddenin ilk halinden farklı olarak ‘laik Cumhuriyetin

¹⁸ Suat Şimşek, ‘Kamulaştırmanın Anayasal İlkeleri ve Bu İlkelerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle Karşılaştırılması’ (2012) 44(1) Adalet Dergisi 143, 149.

¹⁹ ibid

²⁰ AY. m. 13: “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

²¹ Nihat Bulut, ‘4709 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişikliği Çerçevesinde Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması Rejiminin Birey-Devlet İlişkileri Bakımından Değerlendirilmesi’ (2001) 5(1-4) Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 37, 42.

²² Melda Köse Marduç, ‘Türk Anayasa Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması Rejimi ve 4709 Sayılı Kanunla Anayasada Yapılan Değişiklikler’ [2003] Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 85, 94.

gereklilikleri’ ve ‘ölçülülük ilkesi’ kavramlarına da yer verilmiştir. Dolayısıyla düzenlemeden sonra, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması, demokratik toplum düzenine aykırı olamamanın yanında laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine de aykırı olamaz.²³ Anayasa’nın mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesinin ikinci fıkrasında da bu hakkın ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabileceği ifade edilmekte, 3. fıkra da mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı vurgulanmaktadır.²⁴ Buradan da anlaşılabileceği üzere mülkiyet hakkı temel bir insan hakkıdır ve kamulaştırma da mülkiyet hakkına yapılan meşru bir müdahale olmalıdır. Müdahalenin meşruluğu Anayasada belirtilen ölçütlere göre yapılıp yapılmadığı hususu ile alakalıdır. Devlet (idare) bu hakkı korumakla mükelleftir. Zira hükümetler ve onların uygulamaları, insan haklarını korudukları ölçüde meşru görülmektedir.²⁵

Yine mülkiyet hakkı ile ilgili maddede geçen ‘ancak kamu yararı amacıyla’ kaydı, mülkiyet hakkının, değişiklikten önceki halde 13. maddede belirtilen genel sınırlama sebeplerine tabi olmadığını gösteren bir ifade olarak değerlendirilmiş ise de 13. maddeden genel sınırlama sebeplerinin çıkartılmasıyla birlikte artık bu tartışmanın da temelsiz kaldığı ifade edilmiştir.²⁶

Sosyal devletin gelişimi ile birlikte, mülkiyet hakkının tabi olduğu hukuki rejim, klasik liberal modele göre önemli değişime uğramış ve geline nokta da mülkiyet hakkı ‘mutlak’ niteliğini yitirmiştir.²⁷ 13. ve 35. maddelerin birlikte değerlendirilmesiyle, bir özel hukuk kişinin mülkiyetinde bulunan taşınmaz, kamu yararı gerekçesiyle ve karşılığı devlet (idare) tarafından peşin olarak verilmek suretiyle müdahalede bulunmasını ifade eden ve ilkeleri hem Anayasa’da hem de kanunda belirtilen kamulaştırmanın Anayasanın 13. ve 35. maddelerindeki ilkelere uygun olan meşru bir işlem olduğu ve kaynağını bu maddelerden aldığı sonucuna varılmaktadır. Anayasal ilkelere bu sınırlamanın altyapısında “*sosyal fonksiyon olarak mülkiyet anlayışı*”²⁸ şeklinde

²³ Yunus Heper, ‘Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 1982 Anayasası’nın 14. Maddesindeki Temel Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanılması Yasağı’ (2014) 5(18) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 235, 238.

²⁴ AY. m. 35:

(1) Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

(2) Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

(3) Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.

²⁵ Harun Tepe, ‘İnsan Hakları: Kavram, Kapsam ve Ölçüt’ in Selda Çağlar (ed), *Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları* (Beta Yayınevi 2010) 1.

²⁶ Bülent Tanör and Necmi Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Hukuku* (Beta Yayınevi 2013) 184.

²⁷ Yusuf Ş Hakyemez, *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı* (Yetkin Yayınevi 2009) 272.

²⁸ Bu ilke, esasen özel mülkiyeti kabul etmekle beraber, bu hakkın kullanılmasının kamu yararı ile sınırlandırılabilceğini ifade etmekte olup, bu ilkenin sosyal devlet anlayışına tekabül ettiği belirtilmektedir.

nitelendirilen ilkenin olduğu ifade edilmektedir.²⁹ 1961 Anayasası'ndan farklı olarak esasında 1982 Anayasası'nda mülkiyet hakkı klasik kişi hakları arasında yer almaktadır. Burada özellikle 1961 Anayasası'nda bu hakka 'sosyal haklar' kısmında yer verilmesinin sebebinin, Osmanlı Devleti'nden başlayarak o güne değin mülkiyet hakkının Batıdaki anlamından farklı olarak algılanması ve açık bir mülkiyet hakkının bulunmaması olduğu ifade edilmektedir.³⁰

Kamulaştırmanın anayasal çerçevesi incelenirken, konuyla dolaylı olarak bağlantılı olan bu maddelerin yanında, doğrudan kamulaştırmayı düzenleyen 46. maddeyi de incelemek gerekmektedir. 46. maddede, devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin kamu yararının gerektirdiği hallerde ve karşılığı peşin olarak ödemek koşuluyla özel mülkiyete konu bir taşınmazın tamamına ve bir kısmına el koyabileceği ifade edilerek genel çerçeve çizilmiş, sonrasında ise hangi hallerde ödemenin taksitli, hangi hallerde peşin yapılabileceği ve nihayet taksitlendirme olaksa bunun ne şekilde yapılacağı ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.³¹

1.4. Kamulaştırmanın Temel İlkeleri

Gerek kamulaştırmayı düzenleyen 46. madde başta olmak üzere Anayasa'nın belirtilen hükümleri, gerekse Kamulaştırma Kanunu'ndaki genel düzenlemeler dikkate alındığında kamulaştırmanın genel ilkeleri;

- Devlet veya kamu tüzel kişileri tarafından yapılma,
- Kamu yararı gerekçesiyle yapılma,
- Sadece özel mülkiyete konu taşınmazlar için yapılma,

²⁹ Nihat Bulut, 'Mülkiyet Konusundaki Temel Yaklaşımlar ve Türk Anayasasında Mülkiyet Hakkı' (2006) 10(3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Atatürk'ün 125 Doğum Yılına Armağan 15, 15.

³⁰ Mehmet Akad, 'Mülkiyet Hakkı Üzerine Bir Anayasa Mahkemesi Kararı' (2007) 1(Prof. Dr. Aydın AYBAY'a Armağan Özel Sayısı) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11, 19–20.

³¹ AY. m. 46:

(1) Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir.

(2) Kamulaştırma bedeli ile kesin hükme bağlanan artırım bedeli nakden ve peşin olarak ödenir. Ancak, tarım reformunun uygulanması, büyük enerji ve sulama projeleri ile iskân projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyuların korunması ve turizm amacıyla kamulaştırılan toprakların bedellerinin ödenme şekli kanunla gösterilir. Kanunun taksitle ödemeyi öngörebileceği bu hallerde, taksitlendirme süresi beş yılı aşamaz; bu takdirde taksitler eşit olarak ödenir.

(3) Kamulaştırılan topraktan, o toprağı doğrudan doğruya işleten küçük çiftçiye ait olanlarının bedeli, her halde peşin ödenir.

(4) İkinci fıkrada öngörülen taksitlendirmelerde ve herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz uygulanır.

- Malın gerçek karşılığının ödenmesi suretiyle ve kural olarak ‘peşin’ ödemeye yapılma

olarak özetlenebilir.³²

Temel ilkeler bu şekilde sıralanabilmekte ise de belirtilen ilk ilkeye bir parantez açmak gerekmektedir. Danıştay kamulaştırmanın, Devlet veya ilgili kamu tüzel kişinin sadece kendi görev alanıyla alakalı hususlarla sınırlı olarak yapılabileceğini belirtmiş; başka bir deyişle kamu tüzel kişileri ile merkezi yönetimi temsil eden bakanlıkların her konuda kamulaştırma yapamayacağına karar vermiştir.³³

2. Kamulaştırmanın Aşamaları

Kamulaştırma idari ve yargısal olmak üzere iki tür aşamadan oluşmaktadır. Kamulaştırma sürecinde ilk aşama idari aşamadır. İdari aşamada sırasıyla; kamulaştırma işlemi için yeterli ödeneğin temin edilmesi (KK. m. 3), kamu yararı kararının alınması (KK m.1), kamulaştırılacak taşınmazın belirlenmesi (KK. m. 7), kamulaştırma kararı alınması ve kararın tapuya bildirilerek şerh düşülmesinin talep edilmesi (KK. m. 7), kıymet takdir komisyonu ile pazarlık komisyonunun kurulması (KK. m. 8) ve nihayet satın alma usulünün denemesi (KK. m. 8) işlemlerinin yapılması gerekmektedir. Bu işlemlerden birinin eksik veya usulüne uygun olarak yapılmaması, kamulaştırma işlemini, unsurları bakımından hukuka aykırı hale getirecektir. Tüm bu işlemler sırasıyla yapıldığında ise idari aşama son bulacaktır.

Görüldüğü üzere kamulaştırma işlemlerine başlanabilmesi, ancak yapılacak kamulaştırma için ödenek ayrılması ile mümkün olabilmektedir.³⁴ Ancak satın alma usulü deneninceye kadarki süreçte, başka bir deyişle taşınmazı hakkında kamulaştırma kararı alındığı ilgili malike bildirilinceye kadar olan hazırlık sürecinde işlemler, tamamen idarenin bilgisi ve tasarrufu ile gerçekleşmekte ve bu aşamaya kadar malikin, taşınmazı hakkında böyle bir karar verildiği hususunda herhangi bir bilgisi bulunmamaktadır.

³² Belirtmek gerekir ki kamulaştırma konusundaki ana ilkeler, ilk olarak 1961 Anayasasında düzenlenmiş ve burada taşınmazın gerçek karşılığının peşin olarak ödeneceği belirtilmiş, ancak 1971 yılında yapılan değişiklik ile gerçek karşılık yerine malikin bildireceği vergi değerine göre ödeme yapılacağı hükmü getirilmiş, bunun yanında peşin ödeme yerine bazı mallar için taksitle ödeme seçeneği kanuna eklenmiştir. Başka bir deyişle, kamulaştırmanın esas temelleri 1961 Anayasası ile atılmakla beraber, 1982 Anayasasına temel teşkil eden hali ise 1971 değişikliğine dayanmaktadır. Bilgi için bkz. Ali Arcak, *Anayasa Değişikliği Karşısında Kamulaştırma*, (Halkevleri Kültür Vakfı Basımevi 1974) 4.

³³ Danıştay, önüne gelen bir davada; yer altı suyu çıkartma işinin Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü yetkisinde olduğunu, belediyenin görev alanına girmediğini ve dolayısıyla belediyenin bu amaçla kamulaştırma yapamayacağını belirterek, belediye tarafından yapılan kamulaştırma işleminin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar vermiştir. İlgili karar için bkz. Danıştay 3. D, E. 1977 / 237, K. 1977 / 523, Danıştay Dergisi, S. 28-29, s. 140.

³⁴ Turan Yıldırım and others, *İdare Hukuku* (On İki Levha Yayınları 2012) 803.

Kamu yararı için beklenen, ilk aşama olan idari aşamada Kamulaştırma Kanunu'nda belirtilen prosedürlerin idare tarafından eksiksiz olarak yerine getirilmesi ve bu kararı alan idare ile taşınmaz hakkında kamulaştırma kararı verilen özel hukuk kişinin kamulaştırma bedeli üstünde anlaşarak sürecin tamamlanmasıdır. Bu anlaşma ise taşınmaz malikinin, kendisine bu kararı bildiren davetiyede yazılan tarih ve saatte idarece belirlenmiş olan yerde olması ve yapılacak pazarlıklar sonucunda tarafların kamulaştırma bedeli konusunda mutabakata varması ile mümkün olacaktır.³⁵ Tarafların görüşme sonucunda kamulaştırma bedeli konusunda anlaşması halinde, kamulaştırma süreci idari aşamada son bulur ve yargısal aşamaya geçilmesine gerek kalmadan süreç tamamlanır.

Ancak her ne kadar idarenin tek taraflı kararıyla hüküm ve sonuç doğuran kamulaştırmaya kişinin rıza göstermemesi söz konusu değil ise de kamulaştırma bedeli hususunda tarafların bir şekilde anlaşamaması³⁶ durumunda, konu yargıya intikal ettirilerek yargı kararı ile kamulaştırma bedelinin tespit edilmesi ve sürecin bu şekilde tamamlanması da mümkündür. Yargısal aşama kural olarak adli yargıda ilerlemekte,³⁷ ancak şartların oluşması durumunda³⁸ idari yargıya da sığılabilmektedir.

³⁵ Böyle bir durumda idare, anlaşılan bedeli ödemek üzere taşınmaz malikiyle bir tarih belirlemekte ve belirtilen gün ve saatte tapu dairesinde buluşarak kamulaştırma bedelinin taşınmaz malikine ödenmesi ve bunun karşılığında taşınmaz malikinin, taşınmazın mülkiyetinin idareye geçmesi için ferağ vermesi (haklarından kamu yararı gerekçesiyle feragat etmesi) sonucunda süreç tamamlanmış olmaktadır. (KK. m. 8/6) Ancak taşınmaz bedeli üzerinde anlaşmaya varılması halinde, tarafların mutabık kaldığı bu bedelin, hiçbir şekilde idare tarafından belirlenen tahmini bedeli aşamayacağı belirtilmiştir. Bilgi için bkz. A. Ş. Gözübüyük, *Yönetim Hukuku* (Turhan Kitabevi 2009) 270.

³⁶ İlgili taşınmaz malikinin belirtilen tarih ve saatte görüşmeye gitmemesi veya gitse de yapılan pazarlıklar neticesinde tarafların kamulaştırma bedeli üzerinde anlaşmaya varamaması halinde, başkaca bir deyişle malikin tapu sicilinde taşınmazın devrine rıza göstermesi hali dışında bir sonuç çıkması durumunda, idarece veya taraflarca, durum tutanak altına alınarak, sürecin tamamlanması yargısal aşama sonucuna bırakılır. Bilgi için bkz. Gözler and Kaplan (n 2) 726.

³⁷ Yargısal sürecin ilk ve gerçekleşmesi kesin olan kısmı adli yargı boyutudur. Kamulaştırmayı yapan idare, taşınmaz malikine ödenecek kamulaştırma bedelinde anlaşmaya varılmaması üstüne taşınmazın bulunduğu yerdeki Asliye Hukuk Mahkemesi'ne başvurarak durumu bildirir ve kamulaştırma bedelinin tespiti ile ilgili tapu dairesine yazı yazılarak taşınmazın mülkiyetinin idare üstüne geçilmesini talep eder. Burada söz konusu uyuşmazlık kamulaştırmanın kendisine değil, kamulaştırılan taşınmazın sahibine ödenecek kamulaştırma bedeli ile alakalı olduğundan ve idare kamu gücünü kullanmayarak bedel konusunda yaşanan anlaşmazlığı çözmeye çalıştığından açılan bu dava idari yargının değil, adli yargının görev alanına girmektedir.

³⁸ Kamulaştırmanın adli aşamasında idari yargının devreye girme süreci şu hallerde söz konusu olacaktır: Yargısal sürecin adli yargı boyutunda Asliye Hukuk Mahkemesi, taşınmaz malikine meşruhatlı davetiye göndererek; maliki bulunduğu taşınmaz hakkında kamulaştırma işlemi tesis edilen davalı taraf, bu işleminin unsurlarında sakatlık iddiasında ise duruşma gününe kadar idari yargıda kamulaştırma işleminin iptali için dava açabileceğini bildirir. İşte taşınmaz malikinin de bu süreçte idari yargıda iptal davası açması ve açılan bu davada yürütmenin

Kamulaştırma işleminin adli aşamasında (idari yargı yoluna başvurulmamış ya da başvurulmuş olursa dahi idari yargı organınca yürütmenin durdurulması

durdurulması kararı olarak bunu duruşma tarihinde Asliye Hukuk Mahkemesi'ne ibraz etmesi halinde yargısal sürecin İdari Yargı boyutu da başlamış olacaktır. Bu durumda Asliye Hukuk Mahkemesi, idari yargıda görülen iptal davasını bekletici mesele yaparak, davanın sonuçlanmasına kadar kamulaştırma bedelinin tespiti ve mülkiyetin idareye geçirilmesine ilişkin kararın açıklanmasını geri bırakır. (KK. m.10/14) Asliye Hukuk Mahkemesi'nin bu kararının temel gerekçesi şudur: Kamulaştırma işleminin unsurlarından birinde veya birkaçında sakatlık olması halinde, bedel tespitine dayanak oluşturan kamulaştırma işleminin kendisinin iptal edilmesi durumu ile karşı karşıya kalınacaktır. Açılan bu davada yürütmenin durdurulması kararı alınması; işlemin dava sonucunda iptal edilme olasılığının daha kuvvetli olduğu gösterecektir. İşte idari işlemin (kamulaştırmanın) unsurlarının sakat olduğu iddiası varken ve dava sonucunda kamulaştırmanın iptal edilmesi olasılığı kuvvetli bir şekilde dururken kamulaştırma bedelinin tespitine ve mülkiyetin devrine karar verilmesi aceleci bir karar olacaktır. Dolayısıyla bu kararların Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından verilebilmesi için öncelikle kamulaştırma işleminin hukuka uygun olduğunun idari yargı organı tarafından tespit edilmesinin beklenmesi gerekmektedir. Ancak doktrinde, kamulaştırma işleminin, idari işlemin unsurları bakımından hukuka aykırı olduğu iddiası ile idari yargıda iptal davası açılması için adli aşamaya geçişin beklenmesinin zorunlu olmadığı, zira malikin kamulaştırma kararını satın alma usulünün kendisine bildirildiği tarihte öğrendiği ve kamulaştırmanın hukuka aykırı olduğuna kanaat getiren malikin idari aşamanın tamamlanmasını beklemek yerine doğrudan tebligattan itibaren 30 gün içinde idari yargıda kamulaştırma işleminin iptali davasını açabileceği savunulmuştur. Bu bilgi için bkz. Ramazan Çağlayan, 'Kamulaştırma İşleminin İptali ve Mülkiyetin Akıbeti' (2011) LXIX (1-2) (İl Han Özay'a Armağan Özel Sayısı) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 451, 458. Zira kamulaştırma kararının alınması ile beraber, eşyanın mülkiyetinin kazanıldığı tescilin bunun mülkiyetteki el değişikliği ile ilgisinin olmadığı savunulmaktadır. Bkz. Hasan Erman, *Eşya Hukuku Dersleri* (Der Yayınları 2013) 89. Dolayısıyla kamulaştırma kararının alınması ile birlikte idarenin tek taraflı irade açıklaması ortaya çıkacağından ve bu tek taraflı irade açıklamasıyla hukuk âleminde hüküm ve sonuç meydana geleceğinden, bu kararın kişiye tebliğinden itibaren 30 gün içinde idari yargıda iptal davası açılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Görüldüğü gibi, burada potansiyel mağdurluk durumu söz konusu olmayıp, zaten kamulaştırma kararı idari boyutta kesinleşmiş ve yürürlüğe girmiş, tüm bu süreçlerin ardından pazarlık için kişiye bildirimde bulunarak kişi (malik) durumdan haberdar edilmiştir. Potansiyel mağdur kavramı ise, daha çok Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, başvuru için iç hukuk yollarının gelecekte etkilenmeleri mutlak olan kişiler bakımından tüketilmiş sayılmasına ilişkin durumlar için kullanılan bir kavramdır. Bkz. Begüm Dilemre Öden, 'Potansiyel Mağdur ve İnsan Hakkı İhlali (AİHM ve AYM Uygulaması)' (2017) 2(2) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 99, 101. Yargısal aşamada adli yargı ile idari yargı arasındaki ilişki bakımından, son bir hususa daha değinmek gerekmektedir: Daha önce de belirtildiği üzere Asliye Hukuk Mahkemesi'nin iptal davasını göz önünde bulundurup bu davayı bekletici mesele yapabilmesi, idari yargıda açılan davada yürütmenin durdurulması kararı alınmasına bağlıdır. Ancak Asliye Hukuk Mahkemesi'ndeki bedel tespiti davası sürerken idari yargıda açılan davada yürütmenin durdurulması kararının bulunmaması halinde bekletici mesele yapılması zorunlu olmayıp Asliye Hukuk Mahkemesi'ndeki bedel tespit davasına devam edilecektir. Burada üstünde durulması gereken sorun, bedel tespit davasının sonuçlanması ve ilgili taşınmazın idare adına tescil edilmesi sonrasında idari yargıdaki kamulaştırmanın iptali davasının kabul edilmesi (kamulaştırma işleminin hukuka

kararı verilmemiş ise) Asliye Hukuk Mahkemesinde, önceden belirlenen tarihte duruşma gününde öncelikle taraflar uzlaşmaya davet edilir. Tarafların uzlaşması halinde hâkim kamulaştırma bedelini, uzlaşılan bu bedeli esas alarak tayin eder. (KK. m.10/5) Tarafların uzlaşmaya yanaşmaması veya uzlaşmanın mahkemede de sağlanamaması halinde bilirkişi tayin edilerek gelen rapor / raporlar doğrultusunda ve gerektiğinde keşif yapılarak kamulaştırma bedeli mahkeme tarafından tayin olunur. Bedel belirlendikten sonra mahkeme, idareye parayı taşınmaz malikinin hesabına yatırması için bir süre verir. Bu süre içinde mahkemece belirlenen kamulaştırma bedelinin taşınmaz malikinin hesabına yatırıldığını ispat eden banka dekontunun mahkemeye sunulması halinde Asliye Hukuk Mahkemesi, taşınmazın bulunduğu yerdeki tapu dairesine durumu bildirerek taşınmazın mülkiyetinin idareye geçirilmesini bildirir.

3. Kamulaştırma İşlemi Sonrasında İdarenin Yükümlülükleri ve Eski Malikin Taşınmazı Geri Alma Hakkı

3.1. Kamulaştırma Yapıldıktan Sonra İhtiyacın Kalmaması Nedeniyle Malikin Geri Alma Hakkı

Malikin geri alma hakkının doğduğu durumlardan ilki, idarenin kamulaştırma yapmasından sonraki süreçte ilgili taşınmazın kamulaştırma amacına veya kamu yararına yönelik herhangi bir ihtiyacın kalmaması halidir.³⁹ Bu husus KK. m. 22’de ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.⁴⁰ Maddenin başlığı “*Vazgeçme, iade ve devir*” olarak belirlenmiş olsa da idarenin tek taraflı bu (vazgeçme) işlemi sonucunda –dolaylı olarak- eski malikin, taşınmazının mülkiyetini geri alması söz konusu olacaktır.⁴¹

İdarenin, ilgili taşınmazın kamulaştırılmasını gerektiren nedenlerin veya

aykırılığının tespit edilerek iptal edilmesi) halinde nasıl bir hukuki sonuç doğacaktır. Bu durumda malikin ‘tapu tescil iptali davası’ açarak malı geri alması gerektiğini düşünmekteyiz. Başkaca bir uygulama, Anayasada yer alan hukuk devleti ilkesinin ve mülkiyet hakkının ihlali anlamına gelecektir. Doktrindeki; adli yargıdaki davanın, idari davadan önce sonuçlanması durumunda idari yargı organının davadan el çekmesi gerektiği yönündeki aksi görüş için bkz. Çağlayan, ‘Kamulaştırma İşleminin İptali ve Mülkiyetin Akıbeti’ (n 38) 462.

³⁹ Oğuz Sancakdar and others, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı* (Seçkin Yayıncılık 2018) 639.

⁴⁰ KK. m.22:

“Kamulaştırmanın kesinleşmesinden sonra taşınmaz malların kamulaştırma amacına veya kamu yararına yönelik herhangi bir ihtiyaca tahsisî lüzumu kalmaması halinde, keyfiyet idarece mal sahibi veya mirasçılara 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre duyurulur. Bu duyurma üzerine mal sahibi veya mirasçıları, kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte üç ay içinde ödeyerek taşınmaz malı geri alabilir. İade işleminin kamulaştırmanın ve bedelinin kesinleşmesinden sonra bir yıl içinde gerçekleşmesi hâlinde kamulaştırma bedelinin faizi alınmaz.”

⁴¹ Aynı yöndeki görüş ve ayrıntılı gerekçelendirme için bkz. Turan Yıldırım, ‘Kamulaştırmadan Vazgeçme’ [2013] *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi* 7, 9–10.

kamu yararı amacına yönelik durumların ortadan kalkması halinde, kamu yararı gerekçesiyle idarenin mülkiyetine bedeli karşılığında geçmiş olan taşınmazın eski malikine iadesi gündeme gelebilecektir. İşte bu durumda; kamulaştırma bedelinin yasal faizinin ödenmesinin, idarece eski malikten istenip istenmeyeceği konusunda kanun koyucu ikili bir ayrıma gitmiştir. Şöyle ki, idarenin eski malike malın geri alınması yönündeki teklifini içeren tebligatın (kamulaştırma bedelinin eski malike ödendiği başka bir ifadeyle kamulaştırmanın kesinleştiği tarihten itibaren) bir yıl içinde gönderilmesi halinde yasal faiz talep edilmeyecek, başka bir deyişle eski malik, bu halde, idarenin kendisine kamulaştırma tarihinde ödediği meblağı aynen ödeyerek taşınmazını geri alabilecektir. Ancak, bu tebligatın yapılması bir yıldan sonra söz konusu olursa, eski malik yönünden, taşınmaz malın geri alınabilmesi için, tebligatın yapıldığı tarihten itibaren 3 ay içinde, bedelin kendisine ödendiği günden tebligat gününe kadar geçen sürede işleyen yasal faizle birlikte kendisine ödenen kamulaştırma bedelini (anaparayı) ödeme zorunluluğu gündeme gelmektedir. Kanundaki bu ayırım, idarenin bu keyfiyeti eski malike tebliğ etmesinin, kamulaştırmanın kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde gerçekleşmesi hallerinde herhangi bir sorun teşkil etmemekte ve eski malik lehine bir durum ortaya çıkarmaktadır. Ancak bu ayırım aynı zamanda, keyfiyetin çok daha önce ortaya çıkmasına rağmen, idarenin sırf yasal faizi almak adına tebligatın süresini kamulaştırma tarihinin kesinleşmesinden bir yıl sonraya alması gibi hakkın kötüye kullanılmasının da önünü açacak niteliktedir.

Bu durumun KK. m.23'te öngörülen malikin geri alma hakkından farkı, burada idarenin esasen baştan beri ilgili taşınmazı kamu yararı amacına yönelik kullanmayı düşünmesi ancak sonradan değişen durumlar nedeniyle bu amacın gerçekleşmeyeceğinin idarece tespit edilmesi sonucunda 5 yıllık süreden önce bu durumun eski malike bildirilmesidir.

3.2. İdarenin Kamulaştırma Amacına Uygun Davranmaması Nedeniyle Malikin Geri Alma Hakkı

Kamulaştırma Kanunu'na göre, eski malikin kamulaştırılan taşınmazı geri alma hakkını elde ettiği bir diğer durum ise idarenin kamulaştırma amacına uygun davranmamasıdır.

Taşınmaz mülkiyeti kamulaştırma yoluyla el değiştirdikten sonra idare, kendi elinde bulunan taşınmazı kamu yararına uygun biçimde kullanma ve kamu hizmetine tahsis etme yükümlülüğü ile karşı karşıya gelmektedir.

Mülkiyet hakkı, özünde kötüye kullanma da dâhil, malike mülkiyetinde bulunan mal üzerinde başkalarının haklarına müdahale etmemek kaydıyla her türlü işlemi yapabilme hakkı vermektedir. Bir başka anlatımla mülkiyet hakkı; malike, eşya üzerinde hukuk düzeni ve üçüncü kişilerin haklarıyla

sınırlı olmak üzere en geniş yetkileri veren bir haktır.⁴² Bu husus, aynı zamanda ‘devlet’ denilen kavramın, toplum sözleşmesi ile oluşması ilkesinin açıklanmasının da en önemli unsurlarından olup siyasal iktidarın kaynağını mülkiyet sahipliğine dayandıran Locke’un mülkiyet hakkına tanıdığı yetkinin ne denli büyük olduğunun göstergesidir.⁴³ Gerçekten de devlet kavramının oluşumundan önceki dönemde toplu halde yaşayan kişilerin toplumsal yaşamda karışıklığa neden olan durumların başlıcaları arasında, kişilerin mülkiyet hakkına yapılan saldırıların bulunduğu bilinmektedir. Bu hak, sahiplerine; kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisini vermektedir (TMK. m. 683/1). Burada ‘tasarrufta bulunma’, sadece ‘tasarruf muamelesi yapma’ anlamında değil, aynı zamanda fiili tasarruf etme, tüketme, yok etme anlamında kullanılmaktadır.⁴⁴ Başka bir deyişle kural olarak mülkiyet, malike eşya üzerinde en geniş yetkiler sağlayan aynı bir haktır.⁴⁵ Aynı hakkın kişiye (malike), *bu eşyanın münhasıran kendi yetkisinde olduğu ve dilediği şekilde kullanabileceği, tasarruf edebileceği ve değerlenirebileceği güvencesini verdiği* ifade edilmiştir.⁴⁶ Hatta malikin eşya üstünde tahrip etme, tüketme ve mülkiyet hakkından feragat etme gibi yetkilerinin de olduğu ifade edilmektedir.⁴⁷ Bu durum sadece özel hukuk anlamındaki mülkiyet hakkı için geçerli olup, kamu hukukunda ise mülkiyet hakkını devralan idarenin taşınmaz malı, ona zarar vermeden ve kamu yararına uygun bir şekilde kullanma yükümlülüğü vardır.

Aksi bir yorum, zor kullanma yetkisini elinde bulunduran ve tek taraflı irade açıklamasıyla hukuk âleminde doğrudan etki yaratan idarenin, kamulaştırma yoluyla özel kişilere ait taşınmaz malları keyfi kullanabileceğini ifade eder ki bu da Anayasa ile koruma altına alınmış olan mülkiyet hakkına yapılan ve hakkın özüne dokunan bir müdahale olacaktır.

İdarenin, kamulaştırmadan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde belli bir süreç içinde ve belli şartların gerçekleşmesi halinde eski malikin kamulaştırılan taşınmazı geri alma hakkı vardır.

Bu husus, KK. m. 23’ te ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasına göre; kamulaştırma ve devir amacına uygun hiçbir işlem veya tesisat yapılmaması veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz malın olduğu gibi bırakılması ve nihayet bu durumun, mülkiyetin devrinden itibaren 5 yıl devam etmesi halinde eski malik; *kamulaştırma bedelini ve bu bedeli aldıkları günden itibaren işleyecek yasal faizi idareye ödemek*

⁴² Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku II (Mülkiyet)* (Mimoza Yayınevi 2012) 5.

⁴³ Mehmet A Ertü, *Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Mülkiyet Hakkına Bakışı* (On İki Levha Yayınları 2009) 77.

⁴⁴ Aydın Aybay and Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku* (Vedat Kitapçılık 2012) 122.

⁴⁵ Lale Sirmen, *Eşya Hukuku* (Yetkin Yayınevi 2015) 231.

⁴⁶ Rona Serozan, *Taşınır Eşya Hukuku* (Filiz Kitabevi 2007) 17.

⁴⁷ Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku* (Fakülteler Yayınevi 2011) 207.

kaydıyla kamulaştırılan taşınmazın mülkiyetini idareden geri isteyebilir. Kamulaştırılan malın geri alınması için 5 yıllık sürenin dolmasından itibaren 1 yıl içinde bu istemin idareye yöneltilmesi gerekmektedir. (KK. m.23/2)

23. maddedeki bu hükümler incelendiğinde, kamulaştırılan malın eski malikçe geri alınmasının şartları şöyle sıralanabilir:

- Kamulaştırma bedeli kesinleşmiş olmalıdır.
- Beş yıllık bekleme süresi dolmuş olmalıdır.
- Kamulaştırılan taşınmazla ilgili olarak, kamulaştırmanın kesinleşmesinden sonra idarece kamulaştırma amacına uygun hiçbir işlem veya tesisat yapılmamış olmalı veya taşınmaz olduğu gibi bırakılmalıdır.
- Geri alma talebi, eski malik veya mirasçıları tarafından, beş yıllık sürenin dolmasından itibaren bir yıl içinde yapılmış olmalıdır.
- Eski malike ödenen kamulaştırma bedeli, yasal faiziyle beraber idareye ödenmelidir.

Kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi iki halde söz konusu olmaktadır. Birinci hal, taraflarca anlaşma tutanağının imzalandığı, herhangi bir davaya gerek kalmaksızın tarafların bedel üzerinde anlaşmaya vardıkları tarihtir.⁴⁸ İkinci hal ise bedelde anlaşamadıkları durumda Asliye Hukuk Mahkemesi'nce bedelin tespitine ilişkin kararın kesinleştiği tarih olarak değerlendirilmektedir.⁴⁹ Aynı amaçla kamulaştırılan ve mülkiyeti idareye geçen taşınmazların birden fazla olması halinde Yargıtay, kamulaştırma bedelinin kesinleşme tarihinin, başka bir ifadeyle beş yıllık sürenin başlangıç tarihinin, kamulaştırma bedeli en son kesinleşen taşınmaza göre hesaplanacağına karar vermiştir⁵⁰

Her ne kadar kamulaştırılan malın eski malik tarafından geri alınması Anayasa'nın 35. veya 46. maddesinde geçmemiş olsa da mülkiyet hakkının temel mantığı ve Anayasa'nın özü itibarıyla bu hakkın korunduğu aşikârdır. Zira taşınmazın kamulaştırılması durumunda taşınmazla maliki arasındaki ilişki biçimsel yönden kesilse de öz yönünden kamulaştırmanın amacına uygun kullanıldığı süre boyunca geçici bir kesintiye uğramaktadır. Eğer kamulaştırma amacı olan kamu yararı sona ererse malikin, kamulaştırılan taşınmazıyla olan ilişkisi yeniden kurulmuş olur ki bu da kamulaştırmayı haklı gösteren nedenin ortadan kalkmış olduğu anlamına gelmektedir.⁵¹ Anayasa yalnız sözü ile değil, özü ile de birtakım kurallar koyduğundan ve yine Anayasa'nın koyduğu açık kuralların dayandığı hukuk ilkeleri, Anayasa kuralı gibi bağlayıcı

⁴⁸ Turan Çınar, *Kamulaştırma Davaları* (Adalet Yayınevi 2010) 743.

⁴⁹ ibid

⁵⁰ Yargıtay 18. HD., E. 2014 / 10789, K. 2015 / 487, KT. 15.01.2015.

⁵¹ Şimşek (n 18), 167.

olduğundan, bu hususun Anayasa’da yer almamış olması, kamulaştırma amacının gerçekleşmemesi halinde eski malikin geri alma hakkının anayasal bir zorunluluk olmadığı anlamına gelmemektedir.⁵²

Doktrinde 5 yıllık bekleme süresinin dolmasından önce idarenin, taşınmazı kamu yararına kullanma amacını ortadan kaldırması veya üçüncü bir kişiye satması halinde 5 yıllık sürenin beklenmesinin zorunlu olmadığı ifade edilmektedir.⁵³ Gerçekten burada yasanın lafzından hareket edilerek 5 yıllık sürenin dolmasını beklemek, ileride telafisi mümkün olmayan zararlara sebep olabilir.

Burada vurgulanması gereken husus, 5 yıllık sürenin tamamlanmasının ardından 1 yıl içinde eski malikin, kamulaştırılan malın kendisine iadesi (geri alınması) talebinde bulunmaması durumunda geri alma hakkının kullanılmasının artık mümkün olamayacağıdır. Ancak hak arama hürriyeti bağlamında düşünüldüğünde olağanüstü durumlarda kamulaştırılan malın amacına uygun olarak kullanılmadığının eski malik tarafından öğrenilmesinin ardından bu 1 yıllık sürenin başlayacağını kabul edilmesinin daha doğru olacağı düşünülmektedir. Daha açık bir anlatımla, eski malikin 5+1 yılda bu talepte bulunmamasını haklı gösterecek bir gerekçe sunması halinde bu durumun mahkeme tarafından değerlendirmeye alınması gerekmektedir.

Malikin geri alma hakkını düzenleyen Kamulaştırma Kanunu m. 23’te sayılan şartlarla ilgili olarak üstünde durulması gereken başka bir husus, hangi durumların idarenin kamulaştırma amacına uygun davranmadığı ve eski malike malı geri alma hakkını verdiği hususudur. Buna göre iade talep hakkının doğması için üç ayrı şart gösterilmiştir.

1. İşlem yapılmamış olması,
2. Tesisat yapılmamış olması,
3. Taşınmazın olduğu gibi bırakılması.

Bu şartların ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yargıtay’ın önüne gelen bir davaya konu olayda⁵⁴ Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından kamulaştırılan arsalar üzerinde kamulaştırma amacına uygun tesis yapımına başlanmasına rağmen heyelan nedeniyle bu çalışmalar durmuş ve beş yıllık sürenin sonuna kadar başkaca herhangi bir işlem yapılmayınca eski malikler tarafından kamulaştırılan taşınmazın iadesi talebiyle dava açılmıştır. Yargıtay bu kararda söz konusu taşınmazda, kamulaştırma amacına uygun tesislerin yapımına başlanmış olmasını ‘olduğu gibi bırakma’ kriterini sağlamaması olarak değerlendirmiş ve geri alma hakkının şartlarının

⁵² ibid 167–168.

⁵³ Hasan N Yaşar, İdare Hukuku (Der Yayınları 2016) 525.

⁵⁴ Yargıtay 5. HD. E. 2006 / 10494, K. 2007 / 1581, KT. 13.02.2007.

oluşmadığına karar vermiştir. Ancak bu karar, Kanun'daki üç durumun ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği ve bunlardan birinin sağlanmaması halinde eski malikin geri alma hakkının doğması gerektiği, gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁵⁵

Yargıtay kararlarında ve doktrinde ortaya çıkan ortak sonuç, kamulaştırılan taşınmazın iadesinin sağlanabilmesi için (diğer tüm şartların oluşması halinde) malikin, taşınmazın bulunduğu yer Asliye Hukuk Mahkemesi'nde 'geri alım davası' ile bunu talep edeceği ve malın geri alınması için şartların oluşup oluşmadığı noktasında kararın adli yargı organınca verileceğidir. Öte yandan KK. m. 24/2 hükmü ile kamulaştırılan taşınmazın geri alınması ile ilgili maddeye atıfta bulunularak; "... 23 üncü maddelerin uygulamasından doğacak anlaşmazlıklar adli yargıda çözümlenir." ifadesine yer verilmiş ise de hükmün lafzından da açıkça anlaşılacağı üzere dava yolunun zorunlu olabilmesi için ortada bir anlaşmazlık olması gerekmektedir. Dolayısıyla idareye başvuru sonucunda idarenin başvuruyu kabul etmesi durumunda davaya gerek kalmamaktadır.⁵⁶

Değinilmesi gereken önemli bir diğer husus ise geri alma hakkının kullanılması için eski malikin, idarece kendisine ödenen kamulaştırma bedelini yasal faiziyle beraber idareye ödeme yükümlülüğü ile karşı karşıya kalmasıdır. İdarenin yükümlülüklerini yerine getirmemesinin bir sonucu olarak ortaya çıkan bu haktan yararlanabilmek için eski malikten hem kamulaştırma bedelinin hem de geçen sürede işleyecek yasal faizin istenmesi, mülkiyet hakkının özüne dokunan bir düzenlemedir. Bu düzenlemenin haklılığını tartışabilmek için, öncelikle idarenin kamulaştırmadan doğan sorumluluklarını irdelemek gerekmektedir.

4. İdarenin Sorumluluğu ve Kamulaştırma İşleminin Sorumluluk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

4.1. İdarenin Sorumluluğu ve Sorumluluk Türleri

İdarenin sorumluluğu Anayasa'nın 125. maddesinin ilk ve son fıkralarından ve 129. maddenin 5. fıkrasından kaynaklanmaktadır. Şöyle ki 125. maddenin ilk fıkrasında "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." denildikten sonra aynı maddenin son fıkrasında "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür." ifadesine yer verilmiştir. Yine 129/5'te de "Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini

⁵⁵ Başak Türkgenç, 'Kamulaştırılan Taşınmazlar Üzerinde Gerçekleştirilen Faaliyetlerin Durdurulması Üzerine Malikin Geri Alma Talebine İlişkin Karar İncelemesi' (2016) 2(3) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 233, 238-239.

⁵⁶ İsmet Giritli, Pertev Bilgen and Tayfun Akgüner, İdare Hukuku (Der Yayınları 2008) 877 Geri alma hakkının kullanılması için dava açma zorunluluğunun olduğu yönündeki aksi görüş için bkz. Serdar Ceylan, 'Kamulaştırma İşleminin Doğan Adli Yargı Uyuşmazlıkları' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı 2007) 118.

kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.” hükmüne yer verilmiştir.

Anayasa ve kanunlarda yer almasa da Fransız Danıştay’ının etkisi ile ve özel hukuktaki sorumluluktan esinlenilerek Türk idari yargı sisteminde de kendine özgü kuralları olan ve Danıştay içtihatlarıyla oluşan kusur sorumluluğu (hizmet kusuru) ve kusursuz sorumluluk olmak üzere iki türlü sorumluluk belirlenmiştir.⁵⁷

Gerçekten de sorumluluk kavramı özel hukukta öteden beri kabul edilmiş olmakla beraber, idarenin, tutum ve davranışları nedeniyle sebep olduğu zararları tazmin yükümlülüğü daha sonraki süreçte içtihatlar yoluyla kabul edilmiştir.⁵⁸

Her iki sorumluluğun ortak özelliği tazminat hukukunun genel ilkelerini içermeleridir. Başka bir deyişle; sorumluluğu doğuran bir eylem veya işlemin varlığı, zarar ve zararlı eylem veya işlem arasında bir illiyet bağının bulunması her iki durumda da idarenin sorumluluğunun doğması açısından gerekli olan şartlardır.⁵⁹

Kusur sorumluluğu (hizmet kusuru) birincil nitelikteki bir sorumluluk türü olup, idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için öncelikle hizmet kusurunun var olup olmadığının incelenmesi, hizmet kusurunun olmaması halinde kusursuz sorumluluğun varlığının irdelenmesi gerekmektedir.⁶⁰ Kusursuz sorumluluktan farklı olarak, burada idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için idarenin yapmış olduğu eylem veya işlemde kusurlu davranarak, zarara sebebiyet verdiğinin, tazminat talebinde bulunan kişi tarafından ispat edilmesi gerekmektedir.⁶¹

Kusur sorumluluğu; “*hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde ya da işleyişindeki bir bozukluk, aksaklık veya eksiklik*” olarak tanımlanmıştır.⁶² İdarece bizzat yapılan veya onun gözetimi ve denetimi altında özel hukuk kişilerine yaptırılan bir kamu hizmetinin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi nedeniyle idarenin eylem veya işlemlerinde kusurlu sayılarak

⁵⁷ A. Ş Gözübüyük and Turgut Tan, İdare Hukuku Cilt 2 (İdari Yargılama Hukuku) (Turhan Kitabevi 2012) 663–664.

⁵⁸ Muhammed A Aydın, İdarenin Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluğu (Adalet Yayınevi 2016) 89.

⁵⁹ Sancakdar and others (n 39) 744–745 Kusursuz sorumluluğu gerektiren bazı hallerde illiyet bağının aranmayacağı hususundaki aksi görüş için bkz. Yıldızhan Yayla, İdare Hukuku (Beta Yayınevi 2009) 366.

⁶⁰ Sancakdar and others (n 39) 753.

⁶¹ ibid 744.

⁶² Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri (n 12) 610.

doğan zararlardan sorumlu tutulması olarak tanımlanabilir.⁶³

Hiç şüphesiz ki idare; deyim yerinde ise ete kemiğe bürünmüş bir görünümde olmayıp, idarenin kişilere verdiği zararlar, eşyanın tabiatı gereği esasen birer idare ajanı olan ve idare adına hareket eden kamu görevlilerinin eylem ve/veya işlemlerinden kaynaklanmaktadır. Ancak kamu görevlileri bu eylem ve/veya işlemleri idare adına ve onun kendilerine verdiği yetkileri kullanırken yerine getirdiği için bu kişilerin, hizmetin kötü/geç işlemesi veya hiç işlememesine neden olacak faaliyetlerinden de idarenin sorumlu olduğu Devlet Memurları Kanunu'nun (DMK.) 13. maddesinden, Anayasanın 40. ve nihayet 129/5. maddesi hükmünden anlaşılmaktadır. Danıştay da idarenin memurlarının 3. kişilere verdikleri zararlardan dolayı çoğunlukla idarenin hizmet kusuru olduğunu kabul etmiştir.⁶⁴ Hatta bu içtihadı bir adım ileriye götürerek, memurun şahsi kusurundan dolayı meydana gelen zararlarda dahi personelin seçimi ve eğitilmesindeki aksaklıklardan dolayı sorumluluğun idarede olduğuna dair karar verdiği de görülmektedir.⁶⁵ Dolayısıyla, kişisel kusuru nedeniyle veya idarenin yetkilerini kullanırken vermiş oldukları zararlar nedeniyle sorumluluk, hizmet kusuru şeklinde kural olarak idareye ait olmakla beraber, bu zararı tazmin eden idare, ödenen tazminat nedeniyle kamu kaynaklarında meydana gelen eksilmeyi, bu eksilmeye neden olan kamu görevlisine rücu edebilecektir.⁶⁶ İdarenin, kamu görevlilerinin verdiği zararlardan dolayı kusurlu sayılacağı ve tazminat talebinin muhatabının idare olacağı ilkesi tüm dünya genelinde kabul edilen bir kuraldır. Örneğin İsveç'te de durum benzer şekildedir.⁶⁷

Kusursuz sorumluluk ise idarenin; yapmış olduğu eylem ve işlemlerde kusuru olmasa bile meydana gelen zarardan sorumlu olacağı halleri ifade etmektedir. Doktrinde kusursuz sorumluluk; idarenin hayatın hemen her alanında faaliyet göstermesi nedeniyle idarenin, kusuru bulunmasa dahi bazı koşullarda sosyal devlet ve kamu külfetleri karşısında eşitlik gibi ilkelerin ihlal edilmesinden dolayı meydana gelen zararların idareye tahmil edilmesini ifade etmek için kullanılmıştır.⁶⁸ Başka bir ifadeyle kusursuz sorumlulukta; idarenin gerçekleştirdiği bir faaliyet sonucunda bir zarar meydana geldiğinde, ortada idareye veya ilgili kamu görevlisine hiçbir kusur atfedilmese de idarenin davranışı hukuka uygun olsa da idare, meydana gelen zararlardan

⁶³ Yayla (n 60) 362; Metin Günday, *İdare Hukuku* (İmaj Yayınları 2011) 370–372; Gözübüyük and Tan (n 58) 667.

⁶⁴ Erdoğan Bülbül, 'Sağlık Koruma Bantları ve Kamulaştırmaz El Atma' (2008) 7(2) *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 37, 41.

⁶⁵ DANIŞTAY 10. D, 01.06.1983, E. 1982 / 2539, K. 1983 / 1357.

⁶⁶ Akyılmaz, Sezginer and Kaya (n 15) 721.

⁶⁷ Müslüm Akıncı, *İsveç İdare Hukuku* (Yetkin Yayınevi 2010) 144–145.

⁶⁸ Hayrettin Kurt, 'İdari Eylemler Nedeniyle Üçüncü Kişilere Verilen Zararlardan İdarenin Sorumluluğu' (2015) 2(4) *Akademik Teklif Hukuk ve İdari Bilimler Dergisi* 96, 114.

sorumlu tutulmaktadır.⁶⁹ Yani kusursuz sorumluluk hallerinde, idarenin kusurlu olup olmadığına bakılmamakta,⁷⁰ kusur sorumluluğunda (hizmet kusurunda) olduğu gibi tazminat talep edene idarenin kusurunun bulunduğu iddiasını ispat etme gibi bir yükümlülük yüklenmemektedir. Bununla birlikte doktrinde; asli sorumluluğun kusur sorumluluk olduğu, kusur sorumluluğunun olmadığı hallerde kusursuz sorumluluğa gidilebileceği, bu nedenle bu sorumluluk türünün (kusursuz sorumluluk) gündeme gelebilmesi için idarenin kusursuzluğunun ispatı gerektiği yönünde görüş de bulunmaktadır.⁷¹ İdarenin faaliyetlerinden dolayı kusursuz da olsa sorumlu olacağı haller; ‘*risk ilkesi*’ ve ‘*kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi*’ (fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi) olmak üzere iki ilke temeline dayanmaktadır.

Risk ilkesi; idarenin herhangi bir kusuru olmasa da tehlike içeren bazı durumlarda riskin gerçekleşmesi sonucunda oluşan zararlar nedeniyle sorumlu olması gerektiği anlayışına dayanan bir ilkedir.⁷² Buna göre idare tehlikenin önlenmesi ve zararın oluşmaması için her türlü önlemi almış ve özeni göstermiş olsa da sorumluluktan kurtulamayacaktır.⁷³ Patlayıcı maddelerin depolanması sırasında patlaması nedeniyle ölenlerin yakınlarına veya yaralılarına tazminat ödenmesi, polisin suçluyu yakalamak isterken ateş ederek zarara neden olması risk ilkesinden doğan kusursuz sorumluluğa örnek olarak gösterilebilmektedir.⁷⁴

İdarenin kusuruz da olsa sorumlu olacağı halleri açıklayan bir diğer ilke olan ‘kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi’ idarenin kamu yararı ve düzeni düşüncesiyle yaptığı hizmetler nedeniyle idareye yüklenecek bir kusur olmadan kimilerinin özel bir zarara uğraması halinde, idarenin bu kişilerin uğradığı zararı tazmin etmesi gerekliliğine dayanmaktadır.⁷⁵

4.2. Kamulaştırma İşleminde Doğan İdari Sorumluluğun İdarenin Sorumluluk Türleri İçindeki Yeri

Yukarıda bahsedilen idari sorumluluk türleri arasında kamulaştırma; kural olarak kusursuz sorumluluğu açıklayan kamu külfetleri karşısında eşitlik (menfaatlerin denkleştirilmesi) içinde yer almaktadır. Gerçekten de idarenin, kamu yararı gerekçesiyle özel hukuk kişisine ait taşınmaza el koymasında kusuru söz konusu değildir. Nitekim bu işlem kamu yararının bir gerekliliğinin sonucunda yapılmaktadır. Ancak bu durum, kamulaştırmanın mülkiyet hakkına müdahale olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. İşte bu müdahale; “*toplumun*

⁶⁹ Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri (n 12) 626.

⁷⁰ Gözübüyük and Tan (n 58) 685.

⁷¹ Ahmet Yayla, İdarenin Kusursuz Sorumluluğu (On İki Levha Yayınları 2015) 13.

⁷² Sancakdar and others (n 39) 758.

⁷³ ibid 758–759.

⁷⁴ Günday (n 64) 379; Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri (n 12) 631.

⁷⁵ Gözübüyük and Tan (n 58) 688.

genel çıkarlarının gerekleri” ile “bireyin temel haklarının korunmasının gerekliliği” arasında adil bir denge oluşturmalıdır.⁷⁶ Kamulaştırma; tek taraflı irade açıklamasıyla hukuk âleminde sonuç meydana getiren bir işlem olmakla beraber, karşı taraf (taşınmaz maliki) kamu yararı gerekçesiyle bu hakkından vazgeçmekte ve bunun karşılığında da kamulaştırılan taşınmazın bedelini – anlaşma veya mahkeme kararı sonucunda tespit ile- ödeyerek kusursuz da olsa yapmış olduğu işleminden etkilenen kişinin mağduriyetini gidermektedir.

Ancak kamulaştırılan taşınmazın geri alınmasında idarenin sorumluluğu açısından farklı bir durum vardır. Şöyle ki eski malik açısından bu hakkın doğması için, idarenin taşınmazı kamulaştırdıktan sonra (kamulaştırmanın kesinleşmesinden ve kamulaştırma bedelinin eski malike ödenmesinden sonra) taahhüt ettiği kamu yararına yönelik kullanım açısından herhangi bir işlem yapmaması ve bu durumun 5 yıl süreyle devam etmesi gerekmektedir. Böyle bir durum, idarenin yükümlülüklerini yerine getirmemesi, taahhüt ettiği kamu hizmetini gerçekleştirmek için herhangi bir çaba sarf etmemesi ve böylece hizmetin hiç işlememesi gibi bir sonuç doğurmaktadır. Bu da idarenin kusur sorumluluğuna (hizmet kusuru) neden olmaktadır.

Kamulaştırılan Taşınmazın Geri Alınmasında Eski Malikin Bedel Ödeme Yükümlülüğünün Hukuka Aykırılığı Sorunu ve Çözüm Önerileri

Çalışmada daha önce de ifade edildiği gibi, kamulaştırılan bir malın eski malik tarafından geri istenmesi için kamulaştırmayı yapan idarenin kamulaştırmanın kesinleşmesi tarihinden itibaren 5 yıl boyunca, ilgili taşınmazın kamu yararına uygun olarak kamu hizmetine tahsisi için herhangi bir eylemde bulunmaması ve 5 yılın dolmasından sonra 1 yıl içinde bu talebin eski malik veya mirasçıları tarafından, kamulaştırmayı yapan idareye yöneltilmesi gerekmektedir.

İşte daha önce de belirtildiği üzere idarenin bu taahhütlerini yerine getirmemesi hizmet kusurunu oluşturmaktadır. Hal böyle iken; idarenin hem taahhütlerini yerine getirmeyip hem de malın eski malike iadesi için kendisine ödenen kamulaştırma bedelinin tamamının yanında geçen süre içindeki yasal faizi istemesi hem hakkaniyetle hem idare hukukunun Anayasa ile çerçevesi çizilmiş genel ilkeleriyle hem de mülkiyet hakkıyla ve nihayet kamulaştırmanın temel mantığıyla bağdaşamamaktadır.

Sorunun çözümü için izlenmesi gereken kısa vadeli en uygun yöntem; KK. m. 23'te bir değişikliğe gidilerek veya 1. fıkradaki hükme bir cümle eklenerek, idarenin taahhütlerini yerine getirmeyerek kamulaştırılan malın geri alma hakkına sebebiyet veren faaliyetlerinin (eylemsizliğinin) taşınmazın eski maliki bakımından neden olduğu zararların, eski malikin taşınmazın geri alınması için ödemesi gereken bedelden mahsup edilerek ortaya çıkan rakamın ödenmesine yönelik bir düzenlemeye gidilmesidir.

⁷⁶ Güney Dinç, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları* (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2007) 76.

Yine aynı amaçla KK. m. 24'e bir ekleme yapılması da söz konusu hukuka aykırılığın ortadan kaldırılması için düşünülen en kısa vadeli çözüm önerilerinin bir diğeridir. Şöyle ki maddede “...geri alınan taşınmaz mal üzerindeki bina, sabit tesisler ve ekili dikili şeyler yıkılmış, sökülmiş veya harap olmuş ise, taşınmaz malın geri alınmasında mal sahibinin veya mirasçısının, kamulaştırma tarihindeki değerine göre farkının, ödeyeceği kamulaştırma bedelinden düşülmesini isteyebileceği” hükmü yer almaktadır.

⁷⁷ Bu madde kapsamında her ne kadar geri alma hakkının kullanılmasında mahsup seçeneği öngörülmüş ise de buna bazı şartlar getirilmiş ve yalnızca taşınmaz üzerine bina, tesis veya ekili – dikili şeyler varsa mahsup durumunun var olabileceği ifade edilmiştir. Ancak ilgili taşınmaz üzerinde herhangi bir ekili – dikili alan, tesis veya bina olmasa da (taşınmaz boş olsa da) idarenin hem taşınmazı kamulaştırıp hem de kamulaştırılan taşınmazın en kısa sürede kamu yararına tahsis edilerek bir kamu hizmeti haline getirilmesine ilişkin bir işlem yapmaması karşısında 5 yıl boyunca eski malikin taşınmazla ilgili tasarruf hakkını kısıtladığı ve zarara neden olduğu açıktır. İşte kanundaki bu sınırlamaların kaldırılması ve cümledeki ilgili kısmın “kamulaştırma amacına uygun hareket edilmemesi nedeniyle herhangi bir zarar meydana gelmiş ise” şeklinde değiştirilmesi soruna çözüm getirebilecek ikinci yöntemdir.

Yine malikin geri alma hakkını kullanırken ödemesi gereken bedelin ilgili zararlardan mahsup edilmesinin ileri sürüleceği yargı kolunun Adli Yargı olarak düzenlenmesinin, başlı başına idare hukukunun mantığı ile ters düştüğü düşünülmektedir. Zira burada mahsup yoluna başvurulmasının temel gerekçesi idarenin yükümlülüklerini yerine getirmeyerek hizmet kusuru nedeniyle eski malikte neden olduğu zararın belirlenerek geri alma için ödenmesi gereken miktardan bu zararın düşülmesidir. Bu hesaplamanın yapılması için idarenin hizmet kusurunun tespit edilmesi gerekmektedir. Adli yargı organları, hizmet kusurunun varlığının tespiti ve neden olduğu zararın hesaplanması konusunda, bu konuda uzmanlaşmış idari yargı organları gibi bir değerlendirme olanağına sahip olmadığından, KK. m.24/2 hükmünde değişikliğe gidilerek; mahsup talebinin idari yargıda açılacak tam yargı davası içinde değerlendirilmesinin sağlanması, idarenin hizmet kusurunun tespit edilmesi halinde geri alma hakkını kullanmak için malikin ödemesi gereken miktarın mahkeme kararıyla belirlenmesi adil yargılanma hakkı ve hak arama hürriyeti açısından daha mantıklı bir yol olacaktır.

⁷⁷ **KK. m.24:**

(1) 21, 22 ve 23'üncü maddeler uyarınca kamulaştırılmasından vazgeçilen veya geri alınan taşınmaz mal üzerindeki bina, sabit tesisler ve ekili dikili şeyler yıkılmış, sökülmiş veya harap olmuş ise, taşınmaz malın geri alınmasında mal sahibi veya mirasçısı, kamulaştırma tarihindeki değerine göre farkının, ödeyeceği kamulaştırma bedelinden düşülmesini isteyebilir.

(2) Bu madde ile 21, 22 ve 23'üncü maddelerin uygulamasından doğacak anlaşmazlıklar adli yargıda çözümlenir.

Kamulaştırılan malın geri alınmasında; idarenin, yükümlülüklerini yerine getirmemekle beraber bir de malın iadesi için eski malike bu denli ağır bir şart koşması mülkiyet hakkının özüne dokunan ve AY. m.13'teki sınırlama sebeplerinde çizilen çerçevenin dışına çıkan bir uygulamadır.

Anayasaya aykırı olan bu uygulamanın Anayasa yargısı bakımından iki sonucu vardır:

Bunlardan ilki, kamulaştırılan taşınmazını geri isteyen malikin, bu konuda bir anlaşmazlığa düştüğünde kanun gereği çözüm için başvuracağı adli yargı organı önünde bu hususu dile getirip somut norm denetimi yoluyla ilgili düzenlemeyi Anayasa Mahkemesi önüne taşımaktır. Mahkemenin Anayasaya aykırılık iddiasını ciddiye alması ve Anayasa Mahkemesi'nde konunun Genel Kurul'da incelenmesi halinde belirtilen gerekçelerle düzenlemenin iptal edilmesi muhtemeldir.

Yine mülkiyet hakkı, Anayasa ile beraber Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) tarafından da korunan temel hak ve hürriyetler arasında yer almaktadır. Bu hak her ne kadar ana metinde değil de ek protokolle tanınmış olsa dahi, ek protokoller de sözleşmenin yıllara göre ihtiyaçları karşılama amacıyla genişletilmesinden ibaret olduğu için ana sözleşmeye taraf olan ülke doğrudan ek sözleşmelerde korunan hakları da güvence altına almalı ve bu konuda devletlere yüklenen yükümlülükler yerine getirilmelidir. Hatta doktrinde bu konuda yarın AİHS'e taraf olmaktan vazgeçilse dahi ek protokollerde alınan haklar bakımından Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun konusuz kalamayacağı, bu durumun başvuruyu etkilemeyeceği savunulmaktadır.⁷⁸ 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanunun 45. maddesinde her iki metinde ortak olarak koruma altına alınmış haklarla ilgili iç hukuk yolları tükenen kişilerin Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunması yolu getirilmiştir.⁷⁹ Bu temel hak ve özgürlüğün her iki metinde de güvence altına alınmış olması bireysel başvuru için yeterlidir. Bireysel başvuru açısından, "Anayasa'da düzenlenmek" yeterli olup, başvuru için bu hak ve özgürlüğün temel hak ve özgürlükler kısmında bulunması gibi bir zorunluluk

⁷⁸ Tolga Şirin, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı* (On İki Levha Yayınları 2015) 62.

⁷⁹ 6216 Sayılı Kanun - m.45/1:

(1) Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.

(2) İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmuş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir.

(3) Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz.

söz konusu değildir.”⁸⁰ İşte sahip olduğu taşınmaz hakkında kamulaştırma işlemi uygulanan, kanundaki şartları sağladıktan sonra taşınmazı geri alma hakkını kullanmak isteyen; ancak istenen bedeli ödeyememesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini düşünen ve iç hukuk yollarını tüketen eski malik, durumu bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne götürerek uğradığı zararın tazminini sağlayabileceği gibi, konuyla ilgili emsal bir karar verilmesinin de önünü açabilecektir.

Nihayet Anayasa Mahkemesi’ne yapılan bireysel başvurunun usul veya esastan reddedilmesi, başka bir deyişle başvuru koşullarının oluşmadığı veya ihlal olmadığı yönünde bir karar verilmesi halinde tüm iç hukuk yolları tükenmiş olacağından son çare olarak mülkiyet hakkının ihlal edildiğinden bahisle AİHM.’ye bireysel başvuru yapılabilecektir. Zira her ne kadar Anayasanın 90/5 hükmüne 2004 yılında getirilen düzenleme öncesinde uluslararası sözleşmelerin iç hukuktaki yeri doktrinde tartışmalara neden olmuş ise de⁸¹ sözleşmede kararların mahiyetiyle ilgili hükümler dikkate alındığında kararın bağlayıcı olduğu kabul edilmiştir.⁸² Ancak bu değişiklikle beraber belirsizlik durumu ortadan kalmış AİHS. de dahil Türkiye’nin taraf olduğu kişi hak ve özgürlüklerine ilişkin hükümler içeren tüm uluslararası sözleşmeler iç hukukta doğrudan uygulanabilir hale gelmiştir. Başka bir ifadeyle Anayasa değişikliği ile öncelik / sonralık tartışmaları son bulmuş ve bu sözleşmelerin kanunlardan daha üstün olduğu Anayasal güvenceye alınmıştır.⁸³ AİHM.’nin içtihatlarıyla ortaya koyduğu ilkeler de iç hukuktaki normların yorumlanmasında kaynak görevi görmesi bakımından önem taşımaktadır.⁸⁴ Ayrıca sözleşmenin 46. maddesinde açıkça belirtildiği gibi, sözleşen devletler, taraf oldukları mahkeme kararlarına uymakla yükümlü olup, maddenin ikinci fıkrası Bakanlar Komitesi’ne mahkeme kararlarının uygulanmasını denetleme yetkisi vermiştir.⁸⁵

⁸⁰ Bülent Altınsoy, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda İdari Davalara Bakan Yöntüyle Kabul Edilebilirlik Kriterleri* (Orion Yayınları 2015) 109–110.

⁸¹ Sibel İnceoğlu, ‘Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi’ in Sibel İnceoğlu (ed), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* (Beta Yayınevi 2013) 7.

⁸² Kadir Yıldırım, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Divan Kararlarının Hukuksal Niteliği ve Taraf Devletlerde Uygulanması* (Kazancı Yayınları 1997) 11.

⁸³ Özcan Özbey, *İnsan Hakları Evrensel İlkelerinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Uygulanması* (Adalet Yayınevi 2004) 152.

⁸⁴ Hamide Zafer, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukukumuzdaki Yeri (Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme)’ (2013) 8(2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof Dr Doğan Soyaslan Armağanı 121, 144.

⁸⁵ A. Ş Gözübüyük and Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması* (Turhan Kitabevi 2002) 123.

SONUÇ

Kamulaştırılan taşınmazın geri alınması, çalışmada ayrıntılı olarak incelendiği üzere; kamulaştırmayı yapan idarenin, kamulaştırma işleminin kesinleşmesinden itibaren 5 yıl süreyle vadettiği kamu yararına yönelik herhangi bir faaliyette bulunmaması sonucunda eski malike tanınan bir haktır.

Eski malikin geri alma hakkını kullanılabilmesi için malikin kendisine ödenen kamulaştırma bedelinin yanında, en az beş yıl süreyle işleyen yasal faizi ödeme yükümlülüğü ile karşı karşıya bırakılması, kendi yükümlülüklerini yerine getirmeyen idarenin bu durumu göz ardı edip, kamulaştırma yoluyla bir kez mülkiyet hakkına müdahale ettiği eski malike ek bir külfet yüklemesi anlamına geldiğinden hakkaniyete, Anayasa'nın mülkiyet hakkı başta olmak üzere tanıdığı genel ilkelere ve kaynağını Anayasa'dan alan idare hukukunun genel ilkelerine aykırılık oluşturmaktadır.

Her ne kadar KK. m.24'te geri alma hakkını kullanan malikin bu yükünü azaltan ve istenen bedelden mahsup etmeyi gerektiren birtakım haklar öngörülmüş ise de bu haklar sınırlı sayıda (numerus clausus) verilmiştir. Buna göre, mahsup hakkının kullanılması için; öncesinde hakkında kamulaştırma kararı verilen taşınmazda bina, tesis veya ekili – dikili alan bulunması ve bunların zarar görmesi zorunluluğu getirilmiştir. Ancak hakkında kamulaştırma kararı verilen taşınmaz boş dahi olsa, 5 yıl gibi uzun bir süre bu taşınmazın kullanılamaması tek başına zararın oluşması için yeterli olup, mahsup edilme için gerekli şartların oluştuğu düşünülmektedir.

İdarenin, kamulaştırılan taşınmazı amacına uygun kullanmamak suretiyle neden olduğu zarar hizmet kusurundan kaynaklı olduğundan, hem hizmet kusurunun tespiti hem de bu kusur nedeniyle eski malikin uğradığı zararın tespiti idari yargının görev alanına girmesi gereken bir husus iken bu konuda zararın tespit edilerek geri alma hakkını kullanmak için ödenmesi gerekirken bedelden mahsup edilecek bedelin belirlenmesinin adli yargıya bırakılması idare hukukunun ve onun yargısal denetimini yapmakla yükümlü olan idari yargının varlık felsefesine aykırıdır. Dolayısıyla bu konuda yasal değişikliklerin yapılarak bu konudaki görevli yargı kolunun idari yargı kolu haline getirilmesi, atılacak en mantıklı önemli adımlardan olacaktır.

Yine idarenin, kamulaştırmanın kesinleşmesinden sonraki bir tarihte (5 yıllık süre ile bağlı kalmaksızın) kamulaştırmanın amacının veya kamu yararının ortadan kalktığı gerekçesiyle eski malike, taşınmazı geri alabileceğine ilişkin tebligat göndermesinde de tebligatın bir yıldan sonra gönderilmesi halinde geçen süre içindeki yasal faizin anaparaya (kamulaştırma bedeline) ek olarak istenmesi durumunda da hem mülkiyet hakkına aykırı bir durum hem de hizmet kusuru söz konusu olabileceği ihtimal dâhilindedir. Şöyle ki burada her ne kadar ilk bakışta idarenin keyfi bir hareketsizliği söz konusu olmayıp

dış faktörler nedeniyle kamulaştırmanın nihai amacına ulaşamayacağını sonradan anlaşılması ve idarenin bu hususu eski malike bildirerek taşınmazı geri alabileceğini bildirmesi durumu var ise de idarenin sırf yasal faiz talep etmek için; kamulaştırmanın kesinleşmesi (kamulaştırma bedelinin eski malike ödenmesi ve ilgili taşınmazın tapuda idare adına tescili) tarihinden itibaren bir yıl dolmadan çok önce ilgili taşınmazın kamulaştırma amacına uygun kullanılamayacağını anlaşılmasına rağmen tebligatı bekletmesi halinde, idarenin kasıtlı ve kötü niyetli olarak tebligatı geciktirmesi, kamu hizmetinin gereği gibi işlememesi anlamına gelecektir ki burada da hizmet kusurundan söz edilebilir.

Doktrinde ve mahkeme kararlarında; idarenin, kamulaştırma işlemini gerçekleştirdikten sonra, başlangıçta yaptığı kamu yararına uygun olarak kullanma taahhüdüne aykırı davranarak hizmet kusuru işlediği, buna rağmen kanun koyucunun, mülkiyet hakkı bu şekilde ihlal edilen eski malike kamulaştırma bedeli yanında bir de en az 5 yıllık bir süre için işleyen faizi ödeme yükümlülüğü yüklemesinin hakkaniyete aykırı olduğundan, idarenin hizmet kusuru nedeniyle yol açtığı zararın, eski malike yüklenen bedelden mahsup edilmesi gerektiği bu güne kadar dile getirilmemiştir.

Konuya bu çerçevede yeni bir perspektifle yaklaşan bu çalışmanın uygulamaya ışık tutması ümit edilmektedir.

KAYNAKÇA

- Akad M, ‘Mülkiyet Hakkı Üzerine Bir Anayasa Mahkemesi Kararı’ (2007) 1(Prof. Dr. Aydın AYBAY’a Armağan Özel Sayısı) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11.
- Akıncı M, *İsveç İdare Hukuku* (Yetkin Yayınevi 2010).
- Akyılmaz B, Sezginer M and Kaya C, *Türk İdare Hukuku* (Savaş Yayınevi 2018).
- Altınsoy B, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda İdari Davalara Bakan Yönüyle Kabul Edilebilirlik Kriterleri* (Orion Yayınları 2015).
- Arcak A, *Anayasa Değişikliği Karşısında Kamulaştırma* (Halkevleri Kültür Vakfı Basımevi 1974)
- Ayan M, *Eşya Hukuku II (Mülkiyet)* (Mimoza Yayınevi 2012).
- Aybay A and Hatemi H, *Eşya Hukuku* (Vedat Kitapçılık 2012).
- Aydın MA, *İdarenin Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluğu* (Adalet Yayınevi 2016).

- Berk K, ‘Kamulaştırma Sürecinde Dava Açma Süresine Örnek Bir Olay’ (2006) 64(2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 25.
- Bulut N, ‘4709 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişikliği Çerçevesinde Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması Rejiminin Birey-Devlet İlişkileri Bakımından Değerlendirilmesi’ (2001) 5(1-4) Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 37.
- — ‘Mülkiyet Konusundaki Temel Yaklaşımlar ve Türk Anayasasında Mülkiyet Hakkı’ (2006) 10(3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Atatürk’ün 125 Doğum Yılına Armağan 15.
- Bülbül E, ‘Sağlık Koruma Bantları ve Kamulaştırmasız El Atma’ (2008) 7(2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 37.
- Ceylan S, ‘Kamulaştırma İşleminde Doğan Adli Yargı Uyuşmazlıkları’ (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı 2007).
- Çağlayan R, ‘Kamulaştırma İşleminin İptali ve Mülkiyetin Akıbeti’ (2011) LXIX (1-2)(İl Han Özay’a Armağan Özel Sayısı) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 451.
- — İdare Hukuku Dersleri (Adalet Yayınevi 2018).
- Çakmak NM, İdare Hukukunda Kurumsal Olarak Kamu Yararı (Seçkin Yayıncılık 2013).
- Çınar T, *Kamulaştırma Davaları* (Adalet Yayınevi 2010).
- Dilemre Öden B, ‘Potansiyel Mağdur ve İnsan Hakkı İhlali (AİHM ve AYM Uygulaması)’ (2017) 2(2) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 99.
- Dinç G, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları* (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2007).
- Erman H, *Eşya Hukuku Dersleri* (Der Yayınları 2013).
- Ertaş Ş, *Eşya Hukuku* (Fakülteler Yayınevi 2011).
- Etgü MA, *Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Mülkiyet Hakkına Bakışı* (On İki Levha Yayınları 2009).
- Giritli İ, Bilgen P and Akgüner T, İdare Hukuku (Der Yayınları 2008).
- Gözler K, *Türk Anayasa Hukuku* (Ekin Yayınevi 2000).
- Gözler K and Kaplan G, İdare Hukuku Dersleri (Ekin Yayınevi 2014).
- Gözübüyük AŞ, *Yönetim Hukuku* (Turhan Kitabevi 2009).

- Gözübüyük AŞ and Gölcüklü F, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması* (Turhan Kitabevi 2002).
- Gözübüyük AŞ and Tan T, *İdare Hukuku Cilt 2 (İdari Yargılama Hukuku)* (Turhan Kitabevi 2012).
- Günday M, *İdare Hukuku* (İmaj Yayınları 2011).
- Hakyemez YŞ, *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivitizmi ve İnsan Hakları Anlayışı* (Yetkin Yayınevi 2009).
- Heper Y, ‘Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 1982 Anayasası’nın 14. Maddesindeki Temel Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanılması Yasası’ (2014) 5(18) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 235.
- Hoyos C and Pinilla JP, ‘Kentsel Dönüşümde Arsa Yönetim Şekilleri Kamulaştırma İle Arsaların Yeniden Ayarlanması Arasında: İstanbul’a İlişkin Bazı Düşünceler: (Çev. İ. Pamuk)’ (2013) 8(Afet Yönetimi ve Kentsel Dönüşüm Özel Sayısı, 111-112) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 235.
- İncoğlu S, ‘Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi’ in Sibel İncoğlu (ed), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* (Beta Yayınevi 2013).
- Köse Marduç M, ‘Türk Anayasa Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması Rejimi ve 4709 Sayılı Kanunla Anayasada Yapılan Değişiklikler’ [2003] Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 85.
- Kurt H, ‘İdari Eylemler Nedeniyle Üçüncü Kişilere Verilen Zararlardan İdarenin Sorumluluğu’ (2015) 2(4) Akademik Teklif Hukuk ve İdari Bilimler Dergisi 96.
- Küçük A, *Anayasa Hukuku* (Orion Yayınları 2013).
- Özbey Ö, *İnsan Hakları Evrensel İlkelerinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Uygulanması* (Adalet Yayınevi 2004).
- Özbudun E, *Türk Anayasa Hukuku* (Yetkin Yayınevi 2008).
- Sancakdar O and others, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı* (Seçkin Yayıncılık 2018).
- Serozan R, *Taşınır Eşya Hukuku* (Filiz Kitabevi 2007).
- Sirmen L, *Eşya Hukuku* (Yetkin Yayınevi 2015).

- Şimşek S, 'Kamulaştırmanın Anayasal İlkeleri ve Bu İlkelerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle Karşılaştırılması' (2012) 44(1) Adalet Dergisi 143.
- Şirin T, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı* (On İki Levha Yayınları 2015).
- Tan T, *İdare Hukuku* (Turhan Kitabevi 2014).
- Tanör B and Yüzbaşıoğlu N, *Türk Anayasa Hukuku* (Beta Yayınevi 2013).
- Tepe H, 'İnsan Hakları: Kavram, Kapsam ve Ölçüt' in Selda Çağlar (ed), *Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları* (Beta Yayınevi 2010).
- Türkgenç B, 'Kamulaştırılan Taşınmazlar Üzerinde Gerçekleştirilen Faaliyetlerin Durdurulması Üzerine Malikin Geri Alma Talebine İlişkin Karar İncelemesi' (2016) 2(3) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 233.
- Ural SS, *Hak ve Özgürlüklerin Korunması Bağlamında Bireysel Başvuru* (Seçkin Yayıncılık 2013).
- Yaşar HN, *İdare Hukuku* (Der Yayınları 2016).
- Yayla A, *İdarenin Kusursuz Sorumluluğu* (On İki Levha Yayınları 2015).
- Yayla Y, *İdare Hukuku* (Beta Yayınevi 2009).
- Yıldırım K, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Divan Kararlarının Hukuksal Niteliği ve Taraf Devletlerde Uygulanması* (Kazancı Yayınları 1997).
- Yıldırım T and others, *İdare Hukuku* (On İki Levha Yayınları 2012).
- Yıldırım T, 'Kamulaştırmadan Vazgeçme' [2013] Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi 7.
- Zafer H, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukukumuzdaki Yeri (Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme)' (2013) 8(2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof Dr Doğan Soyaslan Armağanı 121.

1982 ANAYASAL DÜZENİNDE ÖĞRETİM ELEMANLARININ KÜRSÜ HÜRRİYETİ*

*Freedom of the Rostrum of the Academic Personnel in 1982 Constitutional
Order*

Dr. Öğr. Üyesi Ümit GÜVEYİ**

Geliş Tarihi: 10.01.2021

Kabul Tarihi: 24.02.2021

ÖZET

Liberal düşünce, hürriyetlerin devletten önce de var olduğunu kabul eder. Aynı bakış açısıyla ele alındığında, insan devleti kurduğuna göre, bir hürriyetin varlığı için söz konusu hürriyetin devlet tarafından kabul edilmesi gerekmez. Hürriyet, insan eylemlerini konu edinir ve süjesine (öznesine) belirli bir yönde davranma ya da davranmama imkânı sunar. Bu bakımdan, insan eylemlerinin sayısı kadar çok sayıda hürriyetin mevcut bulunduğu söylenebilir. Varlığı için herhangi bir pozitif hukuk düzenlemesine de ihtiyaç duymayan hürriyet, pozitif hukukta yer bulduğunda ise hürriyetin süjesine daha güçlü bir hukukî koruma sunması mümkün hale gelir. Bu durum, çalışmada “kürsü hürriyeti” olarak adlandırılan hürriyet için de geçerlilik arz eder. Kürsü hürriyeti, üniversitelerde görevli öğretim elemanlarının ders anlatımları esnasında sahip oldukları ifade hürriyeti olarak tanımlanabilir. Üniversite eğitiminin, kültürel gelişim ve toplumsal ilerleme bağlamında üstlendiği misyonun önemi aşikârdır. Kürsü hürriyetinin değeri de yine bu misyondan ileri gelmektedir. Çalışmada “kürsü hürriyeti” ifadesiyle öğretilere yeni bir terminoloji önerisi sunulmaktadır. Yeni bir hürriyet üretme çabasından ari olan bu teşebbüs, hâlihazırda var olan bir hürriyet alanının anayasal düzen bakımından taşıdığı değere ilişkin bir vurgu amacına yönelmektedir.

ABSTRACT

Liberal thought accepts that freedoms existed before the state. With the same standpoint, since the human being has established the state, a freedom does not need to be accepted by the state for exist. Freedom mentions human actions and allows its subject to behave or not to behave in a particular way. In this respect it can be said that there are many freedoms as much as the number of human actions. Freedom which does not need any positive law regulation for its existence provides stronger legal protection to its subject by finding place in positive law. This situation is also valid for the freedom which is called “freedom of the rostrum” in the paper. The freedom of the rostrum can be defined as the freedom of expression of the academic staff working at the universities during lecture. In the context of cultural development and social progress the importance of the mission undertaken by the university education is obvious. The value of the freedom of the rostrum also arises from this mission. In the paper by the expression of “freedom of the rostrum” a new terminology proposal is submitted to the doctrine. This attempt free from the effort to create a new freedom has the aim of an emphasis on the constitutional value of an already existing area of freedom.

* Bu çalışma; aynı başlıkla, 22 Kasım 2020 tarihinde, The 3rd International Congress on Critical Debates in Social Sciences-ICCDSS adlı Sempozyum’da sözlü olarak sunulan ve Sempozyum Kitabı’nda özeti yayınlanan bildirinin genişletilmiş, geliştirilmiş ve makale formuna dönüştürülmüş halidir.

** İzmir Demokrasi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: umit.guveyi@idu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-8365-2471.

Kürsü hürriyeti, 1982 Anayasası m. 27 kapsamında “öğretme hakkı” olarak somutlaşmaktadır. Kürsü hürriyetinin 13’üncü madde kapsamında kanun ile sınırlanabilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, kürsü hürriyetinin muhtelif anayasal sınırlara sahip olması da söz konusudur.

Anahtar Kelimeler: Kürsü hürriyeti, öğretim elemanları, bilim ve sanat hürriyeti, ifade hürriyeti, öğretme hakkı, 1982 Anayasası, anayasal sınırlar.

Freedom of the rostrum is concreted by 1982 Constitution Article 27 as “right to teach”. The freedom of the rostrum cannot be restricted by law within the scope of Article 13. However the freedom of the rostrum has various constitutional limits.

Keywords: Freedom of the rostrum, academic staff, freedom of science and art, freedom of expression, right to teach, 1982 Constitution, constitutional bounds.

GİRİŞ

Üniversiteler üstlendikleri eğitim ve öğretim faaliyeti kapsamında, toplumu oluşturan bireylerin nitelik bakımından gelişmeleri amacına hizmet ederler. Diğer taraftan bu amaç, üniversitelerin devletler bakımından kritik bir değere sahip olmaları anlamına da gelir. Öyle ki bir devlette üniversite eğitimi ne ölçüde gelişirse toplumu oluşturan bireyler ya da diğer bir ifadeyle devletin insan unsuru da o ölçüde gelişecek ve güçlenecektir. Günümüz dünya düzenine bakıldığında, gelişmiş devlet ile gelişmekte olan devlet ayrımında belirleyici temel faktörün ekonomik güç olduğunu söylemek mümkündür. Ekonomik güç; katma değeri yüksek, nitelikli üretimi işaret etmektedir. Bu ise devletlerin kendi alanında uzmanlaşmış, nitelikli kişilerden oluşan bir insan unsuruna sahip olmalarını gerekli kılmaktadır. Söz konusu gereklilikler silsilesi, mesleki uzmanlık kazandırmaya yönelik eğitim ve öğretim faaliyetini yüklenmiş olan üniversitelerin önemini gösteren ekonomik bir argümandır. Diğer taraftan üniversitelerce yürütülen eğitim ve öğretim faaliyetinin, devletin insan unsurunun birlik ve bütünlüğünü pekiştirici, bunun da ötesinde devletin anayasal düzeninin sürdürülebilirliğine yönelik destekleyici bir niteliğinin bulunması da bütün devletler açısından haklı bir beklenti olarak karşılanmalıdır. Tüm bu nedenlerle üniversitelerin, bütün devletler gibi Türkiye Cumhuriyeti Devleti açısından da kritik bir öneme sahip olduğu ortadadır. Bu durum, 1982 Anayasası m. 130 ve devamındaki maddelerin varlığı ile pozitif hukuk düzenine de yansımaktadır.

Anayasa düzeyinde ortaya konan söz konusu değer, üniversitelerin eğitim ve öğretim faaliyetini ifa eden gerçek kişilere ya da diğer bir ifadeyle öğretim elemanlarına da atfedilmektedir. Bu nedenle öğretim elemanları tarafından ifa edilen eğitim ve öğretim faaliyetinin gereği gibi verimli olarak gerçekleştirilebilmesi anayasa koyucunun açık bir gayesi olarak anlaşılmalıdır. Üniversitelerdeki eğitim ve öğretim faaliyetinin çağdaş bilimsel değerlere uygun ve etkin bir biçimde yerine getirilebilmesi kürsüde ders veren öğretim elemanlarına tanınan bilimsel özgürlük alanı ile yakın bir ilişki içindedir. Bu özgürlük alanının önemli bir kısmı ise ifade hürriyetinden oluşmaktadır.

Çalışma konusu en öz ifadeyle üniversitelerde görev yapan öğretim elemanlarının ders anlatımları esnasında sahip oldukları ifade hürriyetinin irdelenmesinden ibarettir. Bilindiği üzere, ifade hürriyeti kapsam itibarıyla son derece geniş bir alana sahiptir. Çalışmada bu geniş alan, süje ve konu bakımından sınırlanmak suretiyle incelenmektedir. Çalışmada başlıca üç temel soruya yanıt aranmaktadır: 1) Kürsü hürriyeti olarak adlandırılan spesifik hukuki korumanın anlamı ve önemi nedir? 2) 1982 Anayasası kapsamında kürsü hürriyeti hangi pozitif temele dayanmaktadır? 3) Bu hürriyet alanının anayasal sınırları nelerdir? Bu amaç ışığında; öncelikle kürsü hürriyetinin anlamı üzerinde durulmaktadır. Ardından, bu hürriyetin önemine

değinilmektedir. Sonrasında ise kürsü hürriyetinin hukuki niteliği ve kapsamı somutlaştırılmaktadır. Son başlık altında ise kürsü hürriyeti olarak ifade edilen hürriyet alanının sınırları irdelenmek suretiyle çalışma sonlandırılmaktadır.

I. KÜRSÜ HÜRRİYETİNİN ANLAMI

Çalışmada tercih edilen “kürsü hürriyeti” ifadesi; üniversitelerde, öğretim elemanlarının ders anlatımları esnasında sahip oldukları düşüncüyü açıklama ve yayma (ifade) hürriyeti alanını¹ işaret etmektedir. Düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyeti, kişinin düşüncesini dışa vurması yanında, kendi düşüncelerini başkalarına benimsetebilmek maksadıyla üçüncü kişileri etkileme hakkını da içerir². Düşüncenin dışavurumu, söz, yazı ya da öğretim yoluyla gerçekleştirilebilmektedir. Dışavurum konusunda izlenen yol farklılaşabilse de temel gaye, düşünce ve kanaatlerin iletişimi amacı olacak şekilde müşterektir. Bu durum düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin birden fazla hürriyet ile sıkı bir ilişki içinde bulunmasına ve hatta iç içe geçmesine neden olmaktadır³. Söz konusu iç içe geçmişlik durumu, “öğretme” faaliyeti bakımından da geçerlilik arz etmektedir. Bu bakımdan çalışma kapsamında “kürsü hürriyeti” ifadesi, düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin hususi bir türü şeklinde anlaşılmalıdır. Bahsi geçen hususi nitelik, düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin konu ve süje boyutlarında sınırlandırılması olarak da okunabilir.

Bilindiği üzere, “hürriyet” konusunda farklı tanımların ortaya atılabilmesi mümkündür. *Lincoln*’un “*dünya hiçbir zaman hürriyet kelimesinin iyi bir tarifine kavuşamamıştır*” sözü bu kelimenin tanımındaki güçlüğü ortaya koymaktadır. Hürriyet kelimesinin çok yönlü yapısı onun çok çeşitli tanımlamalara tabi tutulmasına yol açmıştır⁴. Bununla birlikte hürriyetçi yaklaşım açısından, hukuken yasaklanmamış olan her türlü insan davranışının bir hürriyet olarak kabul edilmesi söz konusudur⁵. Dolayısıyla bu bakış açısıyla hukuk düzeninde yasaklanmamış olması kaydıyla pozitif bir hukuk normuna konu edilmemiş olsa dahi bir hürriyetin kendiliğinden var olabilmesi mümkündür. Öyleyse

¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarında, bilim ve sanat hürriyetini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 10 kapsamında düşüncüyü açıklama hürriyetinin bir uzantısı olarak ele almaktadır. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancakdar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu* (Seçkin Yayıncılık 2002) 326. AİHM’nin bu yöndeki değerlendirmeleri için bkz. *Müller ve diğerleri/İsviçre* (1988) No 10737/84, para. 27; *Otto-Preminger Institut/Avusturya* (1994) No 13470/87, para. 49.

² Zafer Gören, ‘Düşüncüyü Açıklama Özgürlüğü’ (2013) 24 İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 31, 33.

³ İbrahim Özden Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)* (15. Baskı, Legal Yayıncılık 2020) 277-278.

⁴ Münici Kapani, *Kamu Hürriyetleri* (7. Baskı, Yetkin Yayınları 1993) 3-6.

⁵ 1789 Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi’nde kabul edilen formüle göre “*başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilmek*” hürriyettir. ibid 5; Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku* (Ekin Yayınevi 2017) 66, 145-150.

bir hürriyetin anayasal haklar arasında yer alması anlamsız bir çaba olarak mı görülmelidir?

Kural olarak anayasa koyucunun abesle iştiğal etmediği⁶ kabul edildiğine göre, bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekir. Bir hürriyetin anayasa koyucu tarafından anayasal bir hak olarak düzenlenmesi iki farklı amaca hizmet edebilir. İlk olarak, anayasada yer bulan hürriyet, anayasal bir hak olarak daha güçlü bir hukuki koruma elde edebilir. İkinci olasılık ise hürriyetin hukuki sınırlarının daraltılmasıdır ki bu durum ilk olasılığın aksine menfi bir durumdur. İki amaçtan hangisinin benimsendiği meselesi ise anayasanın ve özelinde ilgili anayasa normunun içeriğine göre netlik kazanmaktadır. Bir örnek üzerinden konuyu somutlaştırmak gerekirse, bir anayasa temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması rejimi olarak genel sınırlama rejimini benimsemiş ise hürriyetin anayasal bir hak olarak düzenlenmesi özgürlük alanının daraltılmasına yol açabilecektir. Diğer taraftan özel sınırlama rejiminin benimsendiği bir hukuk düzeninde ise bir hürriyetin anayasal bir hak olarak düzenlenmek suretiyle özgürlük alanını genişletebilmesi ihtimal dâhilindedir⁷. Bu meyanda şunu önemle hatırlatmak gerekir ki *bir anayasal devlet*⁸ düzeninde, anayasal hakların hürriyetleri zayıflatma değil güçlendirme amacına hizmet etmesi beklenir. Dolayısıyla anayasal bir düzende olması gereken, hürriyetin hak olarak tanınması suretiyle daha güvenceli ve güçlü bir hukuki koruma elde etmesidir⁹.

Konuya dönecek olursak, buraya kadar yapılan açıklamalara göre, Anayasa’da düzenlenmemiş olsaydı dahi kürsü hürriyetini bir “isimsiz

⁶ Anayasa koyucunun ya da yasa koyucunun abesle iştiğal etmeyeceği kuralı Latince “*argumentum ad absurdum*” şeklinde ifade edilir. Bertil Emrah Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri* (Beta Yayıncılık 2010) 18-19. Ayrıca yorum konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ibid; Mehmet Tevfik Gülsoy, *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu* (Yetkin Yayınları 2003) 199-239; Kemal Gözler, ‘Yorum İlkeleri’ in Ozan Ergül (haz) *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması* (TBB Yayınları, 2013) 15-119; Bertil Emrah Oder, ‘Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları-2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler-’ in Ozan Ergül (haz) *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması* (TBB Yayınları, 2013) 121-213.

⁷ Örnek olarak 1982 Anayasası m. 28/1 hükmü gösterilebilir. Bu hüküm, basın hürriyetine ilişkin sansür yasağı öngörmekte, böylece basın hürriyetinin özgürlük alanını genişletmektedir.

⁸ Bir anayasa sahip olan her devlet anayasalı bir devlettir. Ancak her anayasalı devlet anayasal bir devlet değildir. Anayasal devlet niteliyesi anayasanın etkinliğine ve varlık amacına vurguda bulundur. Anayasal devlet tanımını 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi m. 16 ışığında, insan haklarının sağlandığı ve kuvvetler ayrılığı ilkesinin benimsendiği bir anayasal düzen şeklinde yapabilmek mümkündür. Bkz.; Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku* (22. Baskı, Beta Yayıncılık 2018) 4; Mehmet Turhan, *Anayasal Devlet* (Gündoğan Yayınları, 1997) 7, 76; Mustafa Erdoğan, *Anayasa Hukuku* (6. Baskı, Orion Kitabevi 2011) 35; Hasan Tunç, *Anayasa Hukuku Genel Esaslar* (Gazi Kitabevi 2018) 3; Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019) 47.

⁹ Gözler (n 5) 166.

hürriyet”¹⁰ olarak kabul etmek gerekecekti. Ne var ki 1982 Anayasası düzeninde kürsü hürriyeti kendi haline bırakılmamış, anayasa seviyesinde hukuki koruma altına alınmış durumdadır. Kürsü hürriyetinin 1982 Anayasası kapsamında iki hukuk normuna dayandırılabilmesi mümkündür. Bunlar, ifade hürriyeti ya da Anayasa’daki ifadesiyle düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (m. 26) ile bilim ve sanat hürriyetidir (m. 27).

Düşünce hürriyeti, kişilerin belirli bir konu hakkında özgün bir bakış açısı geliştirebilmesine hizmet eder. Bu anlamıyla kültürün oluşumu için asli bir unsur olarak kabul edilen düşünce hürriyeti, tüm hakların anası olarak nitelendirilmektedir. Düşünce hürriyeti, kişinin bilgiye erişebilmesi, kendi düşüncelerine uygun faaliyetlerde bulunabilmesi ve son aşamada düşüncelerini başkalarıyla paylaşabilmesi olmak üzere üç aşamayı kapsamaktadır¹¹. Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin, aynı zamanda başkalarının öğrenme ve bilgilenme özgürlüklerinin kaynağı olduğu kabul edilmektedir¹². Düşünceyi açıklama hürriyeti; doğal, kişiye bağlı, vazgeçilmez ve devredilmez nitelikleri haiz bir hürriyet biçiminde, sosyolojik bir olgu olarak ortaya çıkmıştır. Bu nitelikleriyle düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin, herhangi bir düzenlemeye muhtaç olmaksızın, kendiliğinden, pratik etkinlik sahibi olduğu kabul edilmektedir¹³. Dolayısıyla düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti geniş kapsamı ile kürsü hürriyetini de içeren bir hürriyet alanı çizmektedir. Öyle ki bu hürriyet, kişilerin düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim gibi herhangi bir yolla¹⁴ dışa vurmalarına imkân sunmaktadır. Bu durumda üniversite kürsüsünde ders anlatan bir öğretim elemanının eğitim ve öğretim faaliyeti çerçevesinde dışa vurduğu, öğrenciler ile paylaştığı düşünce ve kanaatlerinin düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü kapsamında yer alması söz konusudur. Diğer taraftan her hürriyet gibi düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin de

¹⁰ “İsimsiz hürriyetler”, bir hukuk düzeninde pozitif hukuk kuralları kapsamında yer almayan hürriyetleri nitelemektedir. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (3. Baskı, Ekin Yayınevi 2019) 285-286.

¹¹ Anıl Çeçen, *İnsan Hakları* (2. Baskı, Gündoğan Yayınları 1995) 204.

¹² Tezcan, Erdem ve Sancakdar (n 1) 308. *Mill’in* de insanlık için taşıdığı değere binaen düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetine ayrıca önem atfettiği kabul edilmektedir. Turhan (n 8) 71-72.

¹³ Osman Can, ‘Anayasa Değişiklikleri ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü’ (2002) 19 Anayasa Yargısı 503, 514-515. Düzenlemeye muhtaç olan hak ve hürriyetlere örnek olarak şunlar gösterilebilmektedir: basın hürriyeti (m.28), düzeltme ve cevap hakkı (m.32), dernek kurma hürriyeti (m.33), toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı (m.34), grev hakkı (m. 54). ibid, s. 515, dn. 24.

¹⁴ “...Örnekleme gerekirse, sadece kitap, makale...yazmak yayınlamak değil;...belli bir kıyafeti giymek, bir gösteri yürüyüşüne veya bir toplantıya katılmak, bir dernek veya topluluk kurmak da kişisel veya toplu ifade biçimidir.” Bkz. Mustafa Erdoğan, ‘Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif’ (2001) *Liberal Düşünce* 8, 8.

sınırsız bir özgürlük alanı çizmediği kabul edilmektedir¹⁵. 1982 Anayasası m. 26/2, düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetine ilişkin söz konusu sınırlama sebeplerini şu şekilde ortaya koymaktadır:

“Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.”.

Kürsü hürriyetini düzenleyen diğer anayasal hüküm olan bilim ve sanat hürriyeti ise 1982 Anayasası m. 27 kapsamında yer almaktadır.

“Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir.

Yayma hakkı, 1’inci, 2’nci ve 3’üncü maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamaz.

Bu madde hükmü yabancı yayınların ülkeye girmesi ve dağıtımının kanunla düzenlenmesine engel değildir.”

27’nci madde 26’ncı maddeye kıyasla daha özel bir nitelik taşımaktadır. Bu özel niteliği iki farklı hukuk normu arasındaki kesişimin çözülmesi bakımından değer taşımaktadır. Diğer bir ifade ile kürsü hürriyeti denildiğinde hangi pozitif hukuk normunun anlaşılması gerektiği sorusu, hukuki yorumu gerekli kılmaktadır. Özel hüküm genel hüküm çatışmasında bilindiği üzere özel hüküm esas alınmaktadır. Bu yorum kuralı Latince “*lex specialis derogat*

¹⁵ Örneğin Amerika’da ifade özgürlüğünün sınırı konusunda geliştirilen “açık ve mevcut tehlike prensibi” iletilmektedir. Buna göre bir ifadenin sınırlanabilmesi için söz konusu ifadenin topluma yakın bir zamanda zarar vereceğini ispat yükü savcılığa yüklenmiştir. Bununla birlikte, ifade hürriyetinin geniş hukuki koruma alanını betimlemek üzere *Mill* tarafından verilen şu örnek dikkat çekicidir: “*Bir kişinin mısırın fiyatını sözle protesto etmesi kabul edilebilir; ancak protestocunun bir kalabalığı mısır tüccarlarının mülkünü yakıp yıkmaya teşvik etmesi suçtur.*”. Bkz. Norman P. Barry, ‘Hukuki Açıdan Siyasî Açıdan İfade Hürriyeti’, Özlem Yılmaz (çev.) (2002) *Liberal Düşünce* 5, 5-8. Bununla birlikte şunu önemle belirtmek gerekir ki ABD’de benimsenen söz konusu prensip düşüncenin değil suçun önlenmesi amacına yönelmektedir. Bkz. Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı* (7. Baskı, Gerçek Yayınevi 1987) 218-219. AİHM içtihatlarına bakıldığında, ifade hürriyeti kapsamında yer alan bilgi verme eyleminde “masumiyet karinesi”ne saygılı olunması gerektiği vurgulanmaktadır. Böylece masumiyet karinesinin ifade hürriyetine dair bir sınır teşkil etmesi söz konusudur. Bkz. Sibel İncoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 4* (Avrupa Konseyi 2018) 297.

legi generalı” şeklinde ifade edilmektedir¹⁶. Bu kural ışığında, kürsü hürriyeti konusunda 1982 Anayasası’nın 27’nci maddesinin ilk fıkrasını esas almak gerekmektedir. Bir başka anlatımla, 1982 Anayasası bakımından kürsü hürriyeti, bilim ve sanat hürriyetinin hususi bir görünümü (türü)¹⁷ olarak ayrıca düzenlenmiştir.

Bu hususta şunu da bir parantez açarak belirtmek gerekir ki bilim ve sanat hürriyetinin kültürel niteliğinden dolayı ikinci kuşak haklar olan ekonomik, sosyal ve kültürel haklar arasında ele alınması gerektiğine yönelik düşüncelere de rastlamak mümkündür¹⁸. Ancak 1982 Anayasası söz konusu hürriyeti kişisel haklar arasında ele almıştır¹⁹. Bu durum ise Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile düzenlenememesi bakımından bahse konu hürriyeti daha korunaklı bir konuma taşımaktadır. Bu yönüyle anayasa koyucu tarafından ortaya konan tercihin olumlu karşılanması gerekir²⁰.

Diğer taraftan kürsü hürriyetinin, “bilim hürriyeti” kapsamında yer alan bir hürriyet alanı teşkil ettiğini de belirtmek gerekir. 1982 Anayasası m. 27 kapsamında bilim hürriyeti, sanat hürriyeti ile aynı maddede düzenlenmiştir. Ancak bilim ve sanatın farklı yaşama alanlarını ya da farklı özgürlük alanlarını konu edinmesi söz konusudur²¹. Bilim hürriyeti, üniversitelere mahsus bir koruma alanı çizmez. Aksine bilim hürriyeti, üniversitelerin dışında olsa dahi bilimsel faaliyette bulunan herkesi koruma alanına almaktadır²². Bu bağlamda bilim hürriyetinin, bilimsel etkinlikte bulunmak isteyen ya da bulunan herkesin kişiliğine sıkı sıkıya bağlanmış olduğu kabul edilmektedir²³.

Bilim hürriyeti düşünce hürriyeti ile sıkı bir ilişki içinde bulunur²⁴. Fakat hukuki rejimler bakımından iki hürriyet arasında bir dizi farklılığın var olduğu da bilinmektedir. Bilim hürriyetinin, serbestçe “öğrenme”, “araştırma”, “yayma”

¹⁶ Bkz. Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (9. Baskı, Ekin Yayınevi 2017) 99.

¹⁷ Anayasa Mahkemesi bilim ve sanat hürriyetini, ifade hürriyetinin özel bir türü olarak kabul etmektedir. AYM, *İrfan Sancı*, B. No: 2014/20168, 26/10/2017, § 49.

¹⁸ İbrahim Özden Kaboğlu, ‘Bilim ve Sanat Özgürlüğü’, in Korkut Tankuter (ed.) *İnsan Hakları* (YKY Yayınları 2000) 121.

¹⁹ Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku* (13. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019) 134.

²⁰ Nihat Bulut, ‘Bilim Özgürlüğü: İçeriği ve Sınırlanma Sorunu’ (2005) 9 AÜEHFD 23, 28. Bu meyanda bilim ve sanat hürriyetinin, nitelik itibarıyla ya da *Eroğul*’un ifadesiyle “*varlık koşulu olarak*” sınırsız olması gerektiği yönündeki beklentiyi de hatırlatmak gerekir. Cem Eroğul, *Anatüze Giriş* (12. Baskı, İmaj Yayınevi 2012) s. 315.

²¹ Esra Atalay, ‘Bilim Özgürlüğü’ (2010) 68 İÜHFM 3, 6.

²² Zafer Gören, *Anayasa Hukuku* (Yetkin Yayınları 2011) 499.

²³ Bulut (n 20) 23-39

²⁴ Bilim hürriyeti düşünce hürriyetinin bir uzantısı olarak kabul edilmektedir. Fevzi Demir, *Anayasa Hukuku* (10. Baskı, Birleşik Matbaa 2017) 433-434.

ve “öğretme”²⁵ olmak üzere başlıca dört boyutunun bulunduğu söylenebilir²⁶. Üniversite öğretimi, araştırma ve bilim hürriyeti kapsamında ele alınmaktadır²⁷. Bu sebeple niteliği itibarıyla çalışma konusu olan kürsü hürriyetinin, 1982 Anayasası m. 27/1 kapsamında, bilim hürriyetinin “öğretme” boyutu olarak anlaşılması gerekir. Diğer bir ifadeyle 1982 Anayasası’nda kürsü hürriyeti, 27’nci madde kapsamında “öğretme hakkı” olarak somutlaşmaktadır.

Anayasa koyucu tarafından “anayasal bir hak” olarak ele alınan kürsü hürriyetinin bu durumu, söz konusu hak konusuna anayasal düzen bakımından büyük bir önem atfedildiğini de göstermektedir. Anayasa koyucunun bahse konu tercihinin dayanak oluşturan saikin tespiti için kürsü hürriyetinin önemini ortaya koymak gerekir. Hürriyetin önemi aynı zamanda onun varlık sebebini de teşkil etmektedir. Bu nedenlerle kürsü hürriyetinin doğru yorumlanması bakımından, bilhassa teleolojik (amaçsal) yorum açısından kürsü hürriyetinin önemine çalışma sınırları elverdiği ölçüde değinmek faydalı olacaktır.

II. KÜRSÜ HÜRRİYETİNİN ÖNEMİ

Kürsü hürriyetinin; 1982 Anayasası m. 27/1’de, bilim hürriyeti kapsamında, “öğretme hakkı” olarak somutlaşmış olması, hukuki korumanın pekiştirilmesi anlamında olumlu bir durumdur. Bununla birlikte, diğer hukuk kuralları gibi anayasal bir hak olarak kürsü hürriyetinin de etkin²⁸ bir biçimde uygulamaya sirayet etmesi, varlık amacını karşılayabilmesi beklenir. Bu hususta yorum ya da anlamlandırma önem kazanmaktadır. Bir bakıma hukuk kurallarının anlamlandırılması eylemi olan yorum, belirli durumlarda ortaya çıkan bir ihtiyaç değil, tüm hukuk kurallarının muhtaç olduğu bir ihtiyaçtır. Zira bir hukuk kuralının anlamının ortaya konması (yorumlanması) geçmişteki bir karardan kaynaklanmaktadır. Oysa bir somut olayın kendine has şartlarına göre yapılan bu anlamlandırmanın, bir başka somut olay için doğru bir anlamlandırma olmaması da olasılık dâhilindedir²⁹. İşte bu nedenle pozitif bir hukuk kuralında somutlaşan kürsü hürriyetinin de doğru anlamlandırma

²⁵ “Yayma” ve “öğretme” boyutları aynı zamanda düşünce hürriyetinin üçüncü aşaması dâhilinde yer almaktadır. Bkz. Çeçen (n 11) 204.

²⁶ Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (17. Baskı, Beta Yayıncılık 2018) 187-188.

²⁷ Kaboğlu (n 3) 271.

²⁸ Hukukun ya da hukuk kurallarının etkinliği, hukukun yöneldiği meşru amaca uygun olarak pratik yarar sağlaması ile ilgilidir. Bir hukuk kuralının geçerli olarak varlık kazanması söz konusu kuralın toplum nezdinde zorunlu olarak uygulanabileceği anlamına gelmez. Diğer taraftan etkinlik meselesi hukukun düzen fonksiyonundan ziyade sosyolojik ve tarihsel perspektiften ele alınmasını gerektirmektedir. Bununla birlikte hukukun ve hukuk kuralının, etkinlik unsuru yanında, geçerlilik ve adalete uygunluk gibi iki önemli unsuru da karşılaması beklenir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yasemin Işıkaç ve Sevtap Metin, *Hukuk Metodolojisi* (2. Baskı, Filiz Kitabevi 2010) 51-54.

²⁹ Ertuğrul Uzun, *Hukuk Metodolojisinin Sorunları* (Nora Kitap 2016) 24-25.

ihtiyacı içinde bulunduğu aşikârdır. Doğru anlamlandırma ise öncelikle ilgili hukuk kuralının öneminin ortaya konulup bu önemin idrak edilmesine bağlı bulunmaktadır. Dolayısıyla kürsü hürriyetinin varlık amacına hizmet edebilmesi için ilkin bu hürriyetin (anayasal hakkın) öneminin ne olduğu, niçin anayasal düzeyde hukuk koruması altına alındığını ortaya koymak gerekir.

Eğitim ve öğretim, devletin insan unsurunu teşkil eden bireylerin entelektüel niteliğini güçlendirmek suretiyle devletin gelişiminin ve kalkınmasının anahtarı olarak görülmektedir. Bu nedenle sosyal ve ekonomik sorunların tartışılmasında nihai çözümün eğitim (ve öğretim) konusuna dayandırılması alışıl gelmiş bir durumdur³⁰. İlk bakışta klişe gibi görünse dahi toplumsal sorunların birçoğunun temelinde eğitim ve öğretim meselesine rastlamak mümkündür. Çünkü toplum insanlardan oluşur. Toplumsal sorunlar da bu nedenle insan kaynaklı, beşerî problemlerdir. Dolayısıyla toplumsal sorunların kökten çözümü için evvela toplumu oluşturan insan unsurunun sorun yaratıcı niteliğinin ıslahı gerekir³¹.

Meseleyi bir başka açıdan ortaya koymak gerekirse toplumsal düzenin tesisi ve muhafazası amacına hizmet eden kurallar (toplumsal düzen kuralları)³², sihirli birer değnek olarak görülmemelidir. Toplumsal düzen kuralları içeriğinde yer alan hukuk kuralları, toplumsal sorunların çözümünde ancak bir ölçüde etkili olabilmektedir ki bu etkinliğin derecesi, toplumlar (devlet uygulamaları) arasında farklılaşabilmektedir. Örnekleme gerekirse aynı hukuk kurallarının toplumlar arasında farklı etkinlik seviyelerine sahip olabilmesi söz konusudur. Bu farklılaşmada asıl belirleyici faktör ise toplumu oluşturan bireylerin ve bir bütün olarak ele alındığında toplumun ya da devletin insan unsurunun niteliğidir³³. Eğitim ve öğretimin niteliğiyle doğru orantılı olarak bireylerin ve

³⁰ G. E. Hurd ve T. J. Johnson, ‘Education and Development’ (1967) 15 The Sociological Review 59. Fazilah Idris, Zaharah Hassan, Azizah Ya’acob, Saran Kaur Gil ve Noor Aziah Mohd Awal, ‘The Role of Education in Shaping Youth’s National Identity’ (2012) 59 Procedia - Social and Behavioral Sciences 443.

³¹ Bu durumun çarpıcı bir ifadesi Finlandiya’nın aydınlanma hareketinin öncülerinden biri olan *Snelman*’ın *Petrov* tarafından aktarılan şu ifadeleri ile ortaya konmaktadır: “*En büyük ilkellik- ülkede yaşayan her bir insanın sahip olduğu fiziksel, manevi ve zihinsel yeteneklerden faydalanamamak, bunu istememek ve bu konuda başarısız olmaktır... Ülkede yaşayan sağlıklı, yetişkin her birey birer emekçi ve büyük bir değerdir... Bu insanları canlı, yapıcı ve iyiliksever bir güç olarak yetiştirdiğiniz takdirde halk için ne kadar faydalı olacaklarını anlamaya çalışın!*”. Bkz. Grigoriy Petrov, *Beyaz Zambaklar Ülkesinde* (Elnur Osmanov çev, Koridor Yayıncılık 2018) 171-172.

³² Toplumsal düzen kuralları ya da diğer bir ifade ile sosyal düzen kuralları, din kuralları, ahlak kuralları, görgü (muâşeret kuralları) ve hukuk kurallarının toplamından oluşmaktadır. Bkz. Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı* (26. Baskı, Turhan Kitabevi 2009) 6-17; Kemal Gözler, *Hukuka Giriş* (15. Baskı, Ekin Yayınevi 2018) 21-52.

³³ *Savigny* bu durumu yaklaşık olarak çeyrek asır önce vurgulamıştır. *Savigny*’e göre her zaman ve her toplum için uygun ya da etkin ideal bir hukuk tasavvuru mümkün değildir. Çünkü her

dolayısıyla toplumun niteliğinin seyri de belirlenmektedir³⁴. Bilimsel birikimler, sanatsal birikimlerle birlikte toplumsal gelişimin sürdürülebilirliğini sağlar³⁵. Bu nedenle ancak doğru eğitim ve öğretim ile her devletin arzu ettiği yüksek nitelikli topluma ulaşabilmesi mümkündür.

Eğitim ve öğretimin nitelikli olması konusu, tek başına çok sayıda akademik çalışmaya konu edilebilecek ölçüde derin ve büyük oranda hukuk dışı bir meseledir. Hukuki bakış açısıyla yaklaşıldığında ise nitelikli eğitim ve öğretimin, toplumun geleceğini belirleyecek olan *bireyleri koşullandırma amacından ari, nesnel, eleştirel ve çoğulcu* olması beklenir³⁶. Bu niteliklerin sağlanması hususunda ilk olarak, anayasa başta olmak üzere, hukuk sistemindeki pozitif düzenlemelerin ihtiyaç duyulan hukuki zemini oluşturmaları gerekmektedir. Bir diğer ifadeyle ulaşılmak istenen nitelikli eğitim ve öğretim hedefi, her şeyden önce anayasa koyucunun iradesine bağlı bulunmaktadır. Normlar hiyerarşisinde (temel normdan sonra) en üstte yer aldığı kabul edilen anayasanın çizeceği hukuki koruma alanı, kendisinin altında sıralanan mevzuata temel oluşturacağı gibi bu mevzuatın sınırlarını da belirlemektedir³⁷. Bu nedenle nitelikli eğitim ve öğretimin ihtiyaç duyduğu hukuki zeminin oluşturulması, en başta doğru anayasal düzenlemelerin varlığına bağlı bulunmaktadır.

Çok kısaca değinilen tüm bu nedenlerle kürsü hürriyetinin önemi elverdiği ölçüde betimlenmeye çalışılmıştır. Ancak bu başlık altında, pozitif hukuk kuralını ortaya koyan iradenin, anayasa koyucunun, kürsü hürriyetine yüklediği anlam ve önemin de kısaca irdelenmesi faydalı olacaktır. Anayasa koyucunun anayasa yapımı sürecinde ne gibi bir saik ile hareket ettiğini anlayabilmek içinse öncelikle ilgili anayasa kuralının gerekçesine bakmak gerekir.

1982 Anayasası m. 27'nin gerekçesine bakıldığında, Danışma Meclisinin kabul ettiği madde metni ve gerekçesi ile Millî Güvenlik Konseyi (MGK) Anayasa Komisyonunun kabul ettiği madde metninin ve gerekçesinin farklılık

toplumun tarihsel faktörlerle şekillenen özgün bir yapısı mevcuttur. Bu nedenle her toplum kendi dinamikleri çerçevesinde ortaya çıkan ihtiyaçlarına uygun özgün bir hukuk düzeni oluşturmalıdır. Bkz. Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi* (11. Baskı, Siyasal Kitabevi 2015) 210-214.

³⁴ Bekir Berat Özipek, 'Akademik Özgürlüğün Anlamı ve Gerekliliği' (2001) *Liberal Düşünce* 185.
³⁵ Çeçen (n 11) 212.

³⁶ Kaboğlu (n 18) 121-134. Özgür düşüncelerin çarpışması, yeni müşterek düşüncelerle toplumsal gelişmeyi sağlar. Bkz. Zekai Şen, 'Üniversiteler, Bilimsel Gelişme ve İnsan Hakları Etkileşimi' in Oya Çitçi (haz) *Türkiye'de İnsan Hakları* (TODAİE Yayınları 2000) 446.

³⁷ *Kelsen* hukuk sisteminin hiyerarşik yapısını ortaya koyarken, temel normu önvarsayılmış olarak kabul eder ve anayasayı pozitif hukukun en üst düzeyine yerleştirir. *Kelsen*'e göre anayasanın asli işlevi yasama faaliyetini düzenlemektir. Bunun yanında anayasa, müstakbel hukuk kurallarının içeriğini de dâhil etmek ya da dışarıda bırakmak şeklinde belirlemektedir. Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş* (Ertuğrul Uzun çev, Nora Kitap 2016) 78-80.

arz ettiği göze çarpmaktadır. Söz konusu farklılığı aşağıda Tablo 1 üzerinden daha rahat bir şekilde karşılaştırabilmek mümkündür.

Tablo 1: 1982 Anayasası m. 27'nin Danışma Meclisi ve Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu Tarafından Kabul Edilen Metinler Arasındaki Farklılaşmayı Gösterir Tablo³⁸

Kabul Eden	Danışma Meclisi	Millî Güvenlik Konseyi (MGK) Anayasa Komisyonu
Madde Metni	MADDE 27. — Herkes bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir. Bu fıkra hükmü yabancı yayınların ülkeye girmesi ve dağıtımının kanunla ayrıca düzenlenmesine engel değildir.	MADDE 27. — Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir. Yayma hakkı, 1 inci, 2 nci ve 3 üncü maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamaz. Bu madde hükmü yabancı yayınların ülkeye girmesi ve dağıtımının kanunla düzenlenmesine engel değildir.
Maddenin Gerekçesi	MADDE – 27 Bilim ve sanat hürriyeti Bilim ve sanat hürriyetini güvence altına alan bu madde uyarınca herkes bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma yapmak hakkına sahiptir. Bu hükmün gereği olarak, bilim ve sanat hürriyetini kullanan kişinin, bilim ve sanatın öz niteliği olan objektifliğe riayeti şarttır. Bilindiği gibi yabancı kaynaklı yayınlar, bütün ülkeler mevzuatında, denetim altında tutulmakta; diğer bir deyimle yabancı kaynaklı yayınların çeşitli mülahazalarla ülkeye girmesi yasaklanabilmektedir. Maddenin son cümlesi, bu tür bir denetim tedbirinin bilim ve sanat hürriyetini ihlal sayılamayacağını ifade etmektedir.	MADDE - 27 Maddeye yeniden eklenen bir fıkra ile yayma hakkının Anayasanın değiştirilmesi mümkün olmayan 1 inci, 2 nci ve 3 üncü maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamayacağı belirtilmiş ve madde redaksiyona tabi tutularak üç fıkra halinde düzenlenmiştir.

Tablo 1'de görüldüğü üzere Danışma Meclisi ile MGK Anayasa

³⁸ Tablonun oluşturulmasında esas alınan kaynak için bkz. T.C. Anayasa Mahkemesi, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)* (Yunus Emre Yılmazoğlu ve İsmail Emrah Perdecioğlu haz, 2. Baskı, Anayasa Mahkemesi Yayınları 2019) 157.

Komisyonunun kabul ettiği 27’nci madde metni arasında tek bir cümle farklılığı bulunmaktadır. Söz konusu farklılık, MGK Anayasa Komisyonu tarafından eklenen ikinci fıkra hükmü olan, “*Yayma hakkı, 1 inci, 2 nci ve 3 üncü maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamaz.*” şeklindeki anayasal sınırdan³⁹ ibarettir. Bizim için önem arz eden gerekçelere bakıldığında ise özet olarak: Danışma Meclisi’nin, bilim ve sanatın öz niteliği olarak kabul ettiği “objektifliği” hak süjesi bakımından anayasal bir sınır olarak kabul ettiği ve yabancı yayınlara ilişkin düzenlemenin meşruluğuna dair kısa bir savunma sunduğu; MGK Anayasa Komisyonunun ise “*redakte etmek*” suretiyle eklediği ikinci fıkra sınırını, gerekçelendirmeksizin bildirdiği anlaşılmaktadır. Bir diğer anlatımla 27’nci maddeye dair gerekçelerde, bilim ve sanat hürriyetinin ve dolayısıyla da kürsü hürriyetinin değerini ve önemini ortaya koyacak biçimde herhangi bir ifadeye rastlanmamaktadır. Dolayısıyla yorum⁴⁰ konusunda rehberlik etmesi beklenen gerekçenin bu amacına hizmet ettiğini söyleyebilmek mümkün değildir. Bu nedenle madde gerekçelerinde bulamadığımız bilim ve sanat hürriyetinin ve dolayısıyla da kürsü hürriyetinin önemi ve değerine ilişkin AYM görüşlerine göz atmak gerekir.

Öncelikle bir kez daha hatırlatmak gerekir ki AYM, bilim ve sanat hürriyetini, düşünceyi açıklama ve yayma (ifade) hürriyetinin hususi bir türü olarak kabul etmektedir⁴¹. Mahkemeye göre, bilim ve sanat hürriyeti (m. 27) herkesi kapsayan geniş bir hak süjesi alanı çizmiş olsa dahi, bu hürriyetin işlev ve görevleri dikkate alındığında, öğretim elemanları ile daha yakın ilişki içinde bulunduğunu kabul etmek gerekir⁴². Kürsü hürriyeti bilim ve sanat hürriyeti kapsamında yer alan hususi bir hürriyet olduğuna göre, kürsü hürriyetinin aynı zamanda düşünceyi açıklama ve yayma (ifade) hürriyetinin hususi bir türü olarak kabul edilmesi ve Mahkemenin ifade hürriyetinin önem ve değerine dair değerlendirmelerinin aynı zamanda kürsü hürriyetine atfedilebilmesi söz konusudur. Bu bağlamda AYM’nin ifade hürriyetine, demokrasinin işleyişi bakımından yaşamsal bir değer biçtiğini de belirtmek gerekir⁴³.

³⁹ Anayasal haklara ilişkin doğrudan anayasa koyucu tarafından konulan sınırlara anayasal sınırlar denir. 1982 Anayasası m. 27/2 niteliği itibarıyla anayasal bir sınırdır. Atar (n 19) 135-136.

⁴⁰ Gerekçe, yorum yöntemlerinden tarihsel yorum (özellikle de genetik yorum) ile teleolojik yorum (özellikle özel teleolojik yorum) bakımından dayanak oluşturmaktadır. Şüphesiz yorum konusunda gerekçe dışındaki argümanlara da ihtiyaç duyulmaktadır. Ancak bu durum gerekçenin işlevini ve önemini ortadan kaldırmaz. Sonuç olarak yorum konusunda başvurulabilecek olan argümanların çokluğu yapılacak yorumun doğruluğunu pekiştirecektir. Oder (n 6) 80, 81, 85, 102, 103, vd; Gözler (n 6) 30-32.

⁴¹ AYM, İrfan Sancı, B. No: 2014/20168, 26/10/2017, § 49.

⁴² AYM, E. 2017/33, K. 2019/20, 10/04/2019, § 30.

⁴³ AYM’ye göre; “*İfade özgürlüğü kişinin haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine serbestçe ulaşabilmesi, düşünce ve kanaatlerinden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi,*

AYM'nin kürsü hürriyetinin önemine dair demokrasi merkezli vurgusu yanı sıra, 1961 Anayasası dönemindeki kararlarda yüksek öğretimde hürriyet alanının önemini kabul ettiği de görülmektedir. Mahkemeye göre,

*“...Anayasanın 1971 değişikliği ile üniversitenin Devlet gözetim ve denetimi altına konulması, özerk birer kuruluş olan üniversitelerin, **yalnızca bilimsel gereklere göre ve özgürlük ortamında öğretim** ve araştırma yapmak olan amaçlarından sapmaları önleyerek bu ereklere varılmasını sağlamak düşüncesine dayanmaktadır; üniversite dışındaki bir yerin yönetime katılması ise, belli bir ölçüde herhangi bir siyasal gücün üniversite yönetimi üzerinde etkili olması sonucunu doğurup üniversitenin yalnızca **bilimin nesnel gereklerine göre ve özgürlük içinde** çalışmasını kısıtlar.”⁴⁴*

*“...Devletin gözetimi ve denetimi, üniversitenin yönetim ve bilim özerkliğini, öğretim üyelerinin serbestçe araştırma ve yayında bulunma haklarını, düşünce, bilim ve sanat özgürlüklerini, **öğretim** ve öğrenimin **özgürlük ve güvence içinde** yürütülmesi gereğini zedeleyici bir görünüm almamalıdır. Özellikle bu konularda üniversite tüzel kişiliğinin haiz olduğu Anayasal haklara siyasal iktidarı ortak yapıcı biçimde yetkilerle donatma olanağı düşünülemez. Tersine Devlet gözetim ve denetimi; **belirtilen hak ve özgürlükleri öğrenim ihtiyacında bulunan bütün yurttaşlara ve öğretim kurumlarına yeterince sağlamak ve üniversitelerin Anayasanın 120. maddesinde öngörülen kurallara uygun biçimde çalışmalarına yardımcı olmak, bu çalışmaların tam bir verimlilik içinde sürdürülmesini desteklemekle amacına ulaşmış olur...**”⁴⁵*

Yukarıdaki kararlarda AYM'nin üniversite öğretimine ilişkin olarak iki temel unsuru gözettiği söylenebilir: Bunlardan ilki üniversite öğretiminde bilimselliğin (bilimin nesnel gereklerinin) esas alınması, ikincisi ise üniversite öğretiminin özgürlük ve güvence altında sürdürülmesidir. Yine kararlardan AYM'nin; 71 Değişikliği kapsamında getirilen Devletin gözetim ve denetim

başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir. Çoğunluğa muhalif olanlar da dâhil olmak üzere düşüncelerin her türlü araçla açıklanması, açıklanan düşünceye paydaş sağlanması, düşüncüyü gerçekleştirme ve gerçekleştirme konusunda başkalarını ikna etme çabaları ve bu çabaların hoşgörüyle karşılanması çoğulcu demokratik düzenin gereklerindendir. Dolayısıyla toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Bu itibarla düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğü demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir”. Bkz. AYM, Bekir Coşkun, B. No: 2014/12151, 4/6/2015, §§ 33-35; AYM, Mehmet Ali Aydın, B. No: 2013/9343, 4/6/2015, §§ 42, 43; AYM, Tansel Çölaşan, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, §§ 35-38.

⁴⁴ AYM, E. 1969/52, K. 1972/21, 04/09/1972. Kalın vurgu tarafımızca yapılmıştır.

⁴⁵ AYM, E. 1973/37, K. 1975/22, 25/02/1975. Kalın vurgu tarafımızca yapılmıştır.

yükümlülüğünü, üniversitelerin özgürlük alanlarını genişletici yönde “pozitif yükümlülük” olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bahse konu kararlarında AYM’nin; yüksek öğretime, üniversitelere ve öğretim elemanlarına işlevsel bir değer yüklediği, bu alanlarda hürriyetçi bir tavır takındığı aşikârdır.

Kürsü hürriyetinin önemi hususunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarına da kısaca bakmak gerekirse; spesifik olarak Türkiye’deki kürsü hürriyetine dair verilmiş olan *Cox/Türkiye* kararı göze çarpmaktadır⁴⁶. Bu kararda; Türkiye’de öğretim görevlisi olarak görev yaptığı 80’li yıllarda öğrencileri ve meslektaşlarıyla yaptığı konuşmalarda başvuru Türk vatandaşı olmayan (yabancı) Cox, Türklere yönelik soykırım suçlamalarında bulunmuştur. Bunun üzerine Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından başvuru şahıs aleyhine, 5683 Sayılı Kanun m. 19 kapsamında sınır dışı edilme kararı verilmiş ve 5682 Sayılı Kanun m. 8 kapsamında şahsın Türkiye’ye girişi yasaklanmıştır. Kararda, Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin söz konusu sınır dışı edilme kararı ile giriş yasağını, başvuruçunun ulusal güvenliği tehdit eden ayrımcı hareketlerine dayandırdığı ifade edilmektedir. Sonuç olarak AİHM, sınır dışı etme kararı ile giriş yasağı nedeniyle başvuruçunun ifade hürriyetinin (AİHS m. 10) ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkemenin söz konusu kararında, başvuru hakkında ulusal güvenliği tehdit niteliğinde görülen eylemlerden ötürü herhangi bir soruşturmanın başlatılmaması olması etkili olmuştur⁴⁷.

Cox Kararı kapsamında, AİHM’nin doğrudan kürsü hürriyetinin önemine yer vermesi söz konusu olmasa da Mahkemenin, düşüncüyü açıklama ve yayma (ifade) hürriyeti (AİHS m. 10) kapsamında ele aldığı kürsü hürriyetini olabildiğince geniş tuttuğu anlaşılmaktadır. Diğer taraftan bahse konu kararın içerik olarak ne derece doğru bir karar olduğu tartışmaya açıktır. Şöyle ki Mahkeme, kürsü hürriyetini genel olarak ifade hürriyeti olarak görmekte yetinmiştir. Oysa yukarıda kısaca değinildiği üzere, kürsü hürriyeti her ne kadar ifade hürriyeti kapsamında yer alsın da nitelik itibarıyla ayrı, hususi bir hürriyettir. İfade hürriyeti hak süjesine ya da ifadeye konu kişiye göre farklı norm alanlarıyla karşımıza çıkabilen bir yapıya sahip olduğuna göre⁴⁸, bunun özel bir görünümü olan kürsü hürriyetinin de AİHM tarafından ayrıca, bağımsız olarak irdelenmesi gerekirdi. Oysa *Cox Kararı*nda, AİHM’nin bu yönde bir ayırım izlemediği ortadadır⁴⁹.

⁴⁶ AİHM, *Cox/Türkiye Kararı*, B. No: 2933/03, 20/5/2010.

⁴⁷ *Cox/Türkiye Kararı* hakkında ayrıca bkz. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar ve Rifat Murat Önok, *İnsan Hakları El Kitabı* (8. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019) 521-523; Ulaş Karan, *İfade Özgürlüğü Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 2* (Avrupa Konseyi 2018) 19.

⁴⁸ ibid 8; Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok (n. 47) 499-500.

⁴⁹ Bu meseleye IV numaralı başlık altında, kürsü hürriyetinin sınırları konusunda tekrardan dönülecektir.

Diğer taraftan AİHM'nin ifade hürriyetinin önemine dair değerlendirmelerinin aynı zamanda kürsü hürriyetini de işaret ettiğini söylemek mümkündür. Zira yukarıda değinildiği üzere, Mahkemenin içtihatlarında “akademik ifadeler” bağlamında, kürsü hürriyetinin ifade hürriyeti dâhilinde ele alınması söz konusudur. Bu bağlamda AİHM'nin yerleşik içtihatlarına göre ifade hürriyetinin, bireylerin gelişiminin sağlanması ve toplumun ilerlemesi bakımından demokratik toplumun temel unsurlarından biri olarak kabul edildiğini de hatırlatmak gerekir⁵⁰.

Peki bireyler, toplumlar, devletler ve demokrasi bakımından bu denli önem yüklenen kürsü hürriyetinin hukuki nitelmesi nasıl somutlaşmaktadır? İşte bu sorunun cevabı kürsü hürriyetinin kategori, süje (özne), konu ve muhatap boyutlarında irdelenmesini gerektirmektedir. Devam eden başlık altında, kürsü hürriyetinin dört boyutta nitelendirilmesi ve böylece hukuken somutlaştırılarak daha anlaşılır kılınması amaçlanmaktadır.

III. KÜRSÜ HÜRRİYETİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE KAPSAMI

A. Kürsü Hürriyetinin Kategorik Niteliği

Bilindiği üzere, insan hakları ile temel hak ve hürriyetler belirli kategorilere (sınıflara) ayrılmıştır. Hakların sınıflandırılması konusunda çok sayıda görüş mevcuttur. Ancak herhangi bir sınıflandırma üzerinde herkesin ya da çoğunluğun uzlaşısı sağlayabilmesi de mümkün olamamıştır⁵¹. Kategorik olarak irdelediğimizde kürsü hürriyetinin; nitelik itibarıyla kültürel haklar⁵², konu itibarıyla düşünce hürriyetleri⁵³, kullanımına göre bireysel hürriyetler⁵⁴, *Jellinek*'in sınıflandırmasına göre ise negatif statü hakları⁵⁵ arasında yer aldığı,

⁵⁰ AİHM, *Handyside/Birleşik Krallık Kararı*, B. No: 5493/72 07/12/1976, § 49.

⁵¹ Ömer Anayurt, ‘Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınıflandırmaların Değerlendirilmesi’ in Oya Çitçi (haz) *Türkiye’de İnsan Hakları* (TODAİE Yayınları 2000) 47, 51.

⁵² Pulat Tacar, ‘Kültürel Haklar’ in Oya Çitçi (haz) *Türkiye’de İnsan Hakları* (TODAİE Yayınları 2000) 403, 415. Kültürel hakların, “toplumdaki insan potansiyelinin geliştirilmesi” amacına hizmet ettiği kabul edilmektedir. Bkz. Halil Kalabalık, *İnsan Hakları Hukuku* (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2013) 68. Bu kabul, kürsü hürriyetinin konusu olan öğretmek fiilini de işaret etmektedir. Yukarıda değinildiği üzere öğretim, toplumsal gelişim ile sıkı bir bağlantı içindedir.

⁵³ Konularına göre ayırmda; fizik hürriyetleri, düşünce hürriyetleri ve kolektif hürriyetler ayrımı yapılmaktadır. Gözler (n 5) 154-155. Bu gruba dördüncü ayırım olarak sosyal ve ekonomik hürriyetler de dahil edilebilmektedir. Bkz. Anayurt (n 51) 55.

⁵⁴ Zira kullanımı için birden fazla kişiye ihtiyaç duymaz. Bkz. ibid, ss. 52-53; Gözler (n 5) 155-156.

⁵⁵ *Jellinek*'in üçlü ayırımına göre negatif statü hakları, pozitif statü hakları ve aktif statü hakları ayrımı yapılır Bkz. Anayurt (n51) 51-52; Fatih Karaosmanoğlu, *İnsan Hakları* (Seçkin Yayıncılık 2011) 86-87; Gözler (n 5) 152-154.

ortaya çıkış bakımından ikinci kuşak haklardan olduğu⁵⁶, 1982 Anayasası kapsamında ise kişinin hakları ve ödevleri kapsamında düzenlenmesi nedeniyle kişisel bir temel hak olduğu⁵⁷, hem negatif statü hem de pozitif statü hakkı olduğu⁵⁸ anlaşılmaktadır. Kürsü hürriyetinin, niteliği itibarıyla bir kültürel hak olmasına rağmen, 1982 Anayasası'nda sosyal ve ekonomik haklar arasında değil de temel haklar arasında düzenlenmiş olması ise anayasal korumanın pekiştirilmesi nedeniyle olumlu olarak kabul edilmektedir⁵⁹.

B. Kürsü Hürriyetinin Süjesi (Öznesi)

1982 Anayasası m. 27/1 kapsamında somutlaşan kürsü hürriyetinin hak süjesi, lafzi bir okuma ile “herkes” olarak anlaşılabilir. Zira bahse konu hüküm “Herkes...” ifadesiyle başlamaktadır. Ancak çalışma konusu olan kürsü hürriyeti, çalışmanın başlığından da anlaşıldığı üzere, üniversitelerde görev yapan öğretim elemanlarını işaret etmektedir. Dolayısıyla Anayasa m. 27/1 kapsamında herkese tanınan “öğretme” hürriyeti kürsü hürriyetinden daha geniş bir süje alanını haizdir. Bu nedenle çalışmada irdelenen kürsü hürriyetinin hak süjesi “herkes” değil, “öğretim elemanları” olarak anlaşılmalıdır.

Hak süjesi olan “öğretim elemanları” ifadesinin kapsamını ortaya koymak adına söz konusu ifadenin anlamına da kısaca değinmek gerekir. 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu m. 3/1 hükmüne bakıldığında, “öğretim elemanları” “Yükseköğretim kurumlarında görevli öğretim üyeleri, öğretim görevlileri ve araştırma görevlileridir.” şeklinde bir tanım karşımıza çıkmaktadır. Tanımdan anlaşıldığı üzere “öğretim elemanları” statüsü, “öğretim üyeleri”, “öğretim görevlileri” ve “araştırma görevlileri” olmak üzere üç farklı statüde yer alan kişilerin toplamından müteşekkildir. 2547 sayılı Kanun m. 3/m “öğretim üyeleri” kapsamını şu şekilde ortaya koymaktadır: “Yükseköğretim kurumlarında görevli profesör, doçent ve doktor öğretim üyeleridir.”. Aynı maddenin takip eden n bendinde “öğretim görevlileri”, “Yükseköğretim kurumlarında okutulan dersleri vermek, uygulama yapmak veya yaptırmakla yükümlü olan öğretim

⁵⁶ Kaboğlu (n 18) 121. Kültürel hakların 20'nci yüzyılda ortaya çıktığı kabul edilmektedir. Çeçen (n 11) 213.

⁵⁷ Bu yönüyle kürsü hürriyeti bilim hürriyeti gibi, devletin müdahale etmemesi gereken, insanın bireysel gelişimine hizmet eden bir özgürlük alanı tesis etmektedir. Atalay (n 21) 12-13. Kaldı ki ifade hürriyetinin özel bir türü olması nedeniyle, ifade hürriyeti için kabul edilen, pratikte etkinlik kazanabilmesi için düzenlemeye ihtiyaç duymama niteliğini kürsü hürriyetine de atfetmek kanımızca hatalı olmayacaktır. İfade hürriyetinin düzenlemeye dahi ihtiyaç duymaması yönündeki tespit için bkz. Can (n 13) 514-515.

⁵⁸ Kürsü hürriyeti süjesine devletin müdahale etmemesi yönünde bir koruma sağlar. Bu yönüyle negatif statü hakkı olan kürsü hürriyetinin aynı zamanda süjesine, hürriyet alanını oluşturma, koruma ve geliştirme gibi pozitif edimlerin devletten talep etme yetkisi verdiği de kabul edilmektedir. Bu nedenle kürsü hürriyetinin hem negatif hem de pozitif statü hakkı olarak nitelendirilebilmesi mümkündür. ibid 12-13.

⁵⁹ Bulut (n 20) 27-28.

elemanı...” olarak tanımlanmaktadır. “Araştırma görevlileri” ise 2547 sayılı Kanun m. 33/a kapsamında “...yükseköğretim kurumlarında yapılan araştırma, inceleme ve deneylerde yardımcı olan ve yetkili organlarca verilen ilgili diğer görevleri yapan öğretim elemanı...” şeklinde tanımlanmaktadır. Dolayısıyla kürsü hürriyetinin hak süjesi olarak kabul edilen “öğretim elemanları”; yükseköğretim kurumlarında görevli profesör, doçent ve doktor öğretim üyeleri (öğretim üyeleri), öğretim görevlileri ve araştırma görevlilerinin (asistanların) tamamını kapsamında barındırmaktadır.

Ortaya konulan bahse konu hak süjesi kapsamı ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken iki önemli husus bulunmaktadır. Bunlardan ilki, vakıf üniversitelerindeki öğretim elemanlarının durumu diğeri ise yabancı öğretim elemanlarının durumudur. İlk meseleyle başlamak gerekirse vakıf üniversitelerinde görevli öğretim elemanlarının kürsü hürriyetinin koruma alanında yer alıp almadığının belirlenmesi gerekir. Vakıf üniversiteleri anayasal dayanağını 1982 Anayasası m. 130/2 hükmünden almaktadırlar. Anayasa’nın bahsi geçen 130’uncu maddesinin son fıkrası uyarınca vakıf üniversiteleri, “...malî ve idarî konuları dışındaki akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden, Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasada belirtilen hükümlere tâbidir.”. Ders anlatma (öğretme) faaliyeti “akademik çalışma” kapsamında yer aldığına göre, anayasa koyucunun kürsü hürriyeti bakımından vakıf üniversiteleri ile devlet üniversiteleri arasında herhangi bir ayrıma gitmediğini söylemek mümkündür. Kaldı ki 130’uncu maddenin son fıkra hükmü hiç olmasaydı bile, kürsü hürriyetini bulduğumuz pozitif anayasal düzenleme olan 27’nci madde açısından vakıf üniversitelerinde görevli öğretim elemanlarının hürriyet alanından dışlanmaları doğru olmazdı. Zira 1982 Anayasası, vakıf üniversitelerinin Devletin gözetim ve denetimine tâbi olduğunu açıkça vurgulamakta, “yükseköğretim faaliyetine attettiği önem konusunda” üniversiteler arasında “Devlet ile vakıf” şeklinde bir ayrıma gitmemektedir (1982 Anayasası m. 130). Diğer taraftan, Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği m. 23/2 hükmüne göre “*Vakıf yükseköğretim kurumlarında görev alacak olan akademik ve idari personelin çalışma esasları 2547 sayılı Kanunda devlet üniversiteleri için öngörülen hükümlere tabidir. Bu personelin aylık ve diğer özlük hakları bakımından ise 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanır.*”. Anılan Yönetmelik hükmü de “çalışma esasları” bakımından kürsü hürriyeti konusunda, öğretim üyeleri arasında “Devlet ile vakıf” şeklinde bir ayrıma gidilmesine engel teşkil etmektedir⁶⁰. Dolayısıyla vakıf üniversitelerinde

⁶⁰ Yargıtay Genel Kurulu bu hususta görüşünü şu şekilde ortaya koymaktadır: “...Değinilen Yönetmeliğin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde, vakıf yükseköğretim kurumlarında görev alan akademik ve idari personelin çalışma esaslarının, 2547 Sayılı Kanun’da Devlet üniversiteleri için öngörülen hükümlere tabi olduğu belirtilerek Anayasa’nın 130.

görevli öğretim elemanlarının da kürsü hürriyetinin koruma alanı dâhilinde yer aldıklarını ve kürsü hürriyetinin hak süjesi olduklarını kabul etmek gerekir.

Bu konuda değinilmesi gereken ikinci önemli husus ise yabancı öğretim elemanlarının durumudur. Bilindiği üzere, hak ve hürriyetlerin bir kısmı yalnızca vatandaşlara tanınmaktadır. Ancak söz konusu süje sınırlaması ekseri, “siyasi haklar” ya da “vatandaş hakları” olarak nitelendirilen seçme, seçilme ve siyasi parti kurma hürriyeti gibi hak ve hürriyetler bakımından uygulanmaktadır⁶¹. Dolayısıyla “herkes” ya da “hiç kimse” olarak ifade edilen hak ve hürriyetlerden yabancıların da faydalanabileceği kabul edilmektedir. Buna ek olarak yalnızca vatandaşlara tanınmış olan hak ve hürriyetlerden yabancıların yararlanabilmeleri mümkün değildir. Diğer taraftan yabancı ile vatandaş arasındaki farklılık hak ve hürriyetleri sınırlama rejimi bakımından⁶² da söz konusudur (1982 Anayasası m. 16)⁶³. 2547 Sayılı Kanun m. 34 yabancı uyruklu öğretim elemanı istihdamını mümkün kılmaktadır. Dolayısıyla yabancı uyruklu da olsa bu kişiler 2547 Sayılı Kanun m. 3/1 uyarınca öğretim elemanı statüsüne sahiptirler. Onlar da Türk vatandaşı olanlarla aynı görevi ifa ederler. Kürsü hürriyeti özeline dönmek gerekirse, 1982 Anayasası m. 27/1 kapsamında geçen “herkes” ifadesi nedeniyle bahse konu yabancı uyruklu öğretim elemanlarının da kürsü hürriyetinin süjeleri olarak kabul edilmeleri gerekir.

Buraya kadar değinilen hususlar çerçevesinde kürsü hürriyetinin hak süjesi somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Kürsü hürriyetinin hak süjesi, vakıf üniversitelerinde ve Devlet üniversitelerinde görevli, yabancılar da dâhil olmak üzere tüm öğretim elemanlarıdır. Diğer bir anlatımla vakıf-Devlet, yabancı-vatandaş ayrımı yapılmaksızın, üniversitelerde görevli tüm profesörler, doçentler, doktor öğretim üyeleri, araştırma görevlileri (asistanlar) ve öğretim görevlileri kürsü hürriyetinin koruma alanı içinde yer almaktadırlar.

C. Kürsü Hürriyetinin Konusu

Lincoln’un dediği gibi “Dünya hiçbir zaman hürriyet kelimesinin iyi bir tarifine kavuşamamıştır”. Bununla birlikte, 1789 İnsan ve Vatandaş

maddesine ve 2547 Sayılı Kanun’un ilgili hükümlerine uygun bir düzenleme yapılmıştır. Diğer bir ifadeyle, vakıf yükseköğretim kurumlarında görev alan akademik personelin mesleki güvenceleri ile Devlet yükseköğretim kurumlarında görev alan akademik personelin mesleki güvenceleri arasında ayırım yapılmamış, bu yönden bilimsel özerklik ilkesine uygun bir düzenleme öngörülmüştür...”. YHGK, 22.03.2017, E.2015/7-1738, K.2017/523, <http://www.kazanci.com.tr/gunluk/hgk-2015-7-1738.htm>erişim 15 Aralık 2020.

⁶¹ Tanör ve Yüzbaşıoğlu (n 26) 170-172; Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt II* (Ekin Yayınevi 2011) 527-528.

⁶² Sınırlama rejimi bakımından yabancıların ayrık durumu konusuna takip eden başlık altında değinilecektir.

⁶³ Tanör ve Yüzbaşıoğlu (n 26) 172-173.

Hakları Bildirisi kapsamında “*Hürriyet, başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilmektedir*” şeklinde son derece geniş bir tanım karşımıza çıkar. Montesquieu ise hürriyeti “*kanunların müsaade ettiği her şeyi yapabilmek hakkı*” olarak tanımlar⁶⁴. Bir diğer tanıma göre hürriyet, kısaca “*serbest hareket etme gücü*” olarak tanımlanabilmektedir⁶⁵. Bir başka dikkat çekici tanıma göre ise hürriyet, “*her türlü dış etkiden bağımsız olarak insanın kendi istencine, kendi düşüncesine dayanarak karar vermesi durumu*” olarak, sınırlanması mümkün olan ve fakat yok edilmesi mümkün olmayan bir hak şeklinde tarif edilir⁶⁶. Ancak söz konusu yok edilmezlik niteliği, hürriyetin sınırsız olduğu yönünde anlaşılmamalıdır. Hürriyet sınırlıdır. Nitekim bir tanıma göre hürriyet “*bireylerin sınırları belli edilmiş bir alan dahilinde kendi tercih ettikleri gibi karar verebilme ve eylemde bulunabilmelerini ifade eder*”⁶⁷. Farklı vurgularla yapılan söz konusu tanımların birleştiği ortak nokta ise hürriyetin insan davranışlarını (fiillerini) konu edindiği hususudur. Kürsü hürriyetinin konusu, hukuken koruma altına almış olduğu insan davranışlarıdır. Daha önce belirtildiği üzere çalışmada, “kürsü hürriyeti” ifadesi ile üniversitede görevli öğretim elemanlarının ders anlatımları esnasındaki ifade özgürlüğü işaret edilmektedir. Dolayısıyla kürsü hürriyeti, “üniversitede görevli öğretim elemanlarının ders anlatımları esnasındaki ifadelerini” konu edinmektedir.

Kürsü hürriyeti, 1982 Anayasası m. 27’de bilim ve sanat hürriyeti kapsamında pozitif hukuk temelini haiz spesifik bir hukuki koruma alanı oluşturmaları nedeniyle, süje gibi konu itibarıyla de sınırlı bir niteliğe sahiptir. Bir başka anlatımla kürsü hürriyeti, öğretim elemanlarının herhangi bir yerdeki herhangi bir ifadesini değil, üniversitelerdeki ders anlatımları kapsamındaki ifadelerini konu edinmektedir. Konu unsurunu biraz daha açmak gerekirse üniversite kürsüsü vurgusundan yola çıkarak adlandırmaya çalıştığımız kürsü hürriyeti, “üniversitelerdeki ders anlatımı ya da öğretme eylemi”ne ilişkin bir hukuki koruma tesis etmektedir. Bu nedenle öğretim elemanlarının üniversitelerdeki ders anlatımı dışında gerçekleştirecekleri (sosyal yaşamlarındaki ya da bilimsel eserlerindeki) ifadeler kürsü hürriyeti kapsamında değerlendirilmemelidir.

Diğer taraftan “üniversite kürsüsü” ifadesinin anlamının ortaya konulması da hürriyetin konusu bakımından önem arz etmektedir. “Öğretme” ya da “ders anlatımı” her zaman üniversitedeki derslikte (kürsüde) yapılmamaktadır. Kürsü hürriyeti, yalnızca gerçek bir kürsüye sahip olan bir ortamla sınırlı bir hürriyet alanı olarak anlaşılmamalıdır. Aksi halde kürsüden yoksun bir

⁶⁴ Kapani (n 4) 4-5.

⁶⁵ Gözler (n 61) 475.

⁶⁶ Ahmet Mumcu ve Elif Küzeci, *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri* (7. Baskı, Turhan Kitabevi 2015) 11-18.

⁶⁷ Mustafa Erdoğan, *Özgürlük Perspektifinden Hukuk ve Demokrasi* (Kesit Yayınları 2013) 17.

derslikte, söz gelimi öğretim elemanının odasında yapılan bir derste kürsü hürriyetinden söz etmek mümkün olmayacaktır ki bunun hürriyetin doğası ve varlık amacı ile bağdaşmayacağı aşikârdır. Yine benzer durum, içinde bulunduğumuz salgın nedeniyle sürdürülmekte olan uzaktan eğitim açısından da geçerlilik arz etmektedir. Uzaktan eğitimde kürsülerin ya da dersliklerin yerini online platformlar almıştır. Kürsü hürriyeti, öğretim elemanlarının ifa ettikleri öğretim eyleminin olması gerektiği şekilde gerçekleştirilebilmesi amacına hizmet etmektedir. Hürriyetin gözettiği menfaat, öğretim elemanının ifade hürriyeti olarak görünse de hürriyetin önemi ve anlamı nedeniyle esasen toplumsal menfaat de korunmaktadır. O halde “üniversite kürsüsü” denildiğinde, üniversite bünyesinde verilmekte olan bir dersin varlığı yeterli olacaktır. Bu bakımdan “üniversite kürsüsü” somut, fiziksel bir unsur ya da şart olarak değil, “öğretme” fiilini spesifik hale getiren bir niteleme olarak anlam kazanmaktadır. Bu bakımdan uzaktan eğitimde internet üzerinden verilen dersler ya da öğretim elemanının derslik dışında verdiği dersler bakımından da kürsü hürriyetinin mevcudiyeti söz konusudur.

Kürsü hürriyetinin konusu olan “öğretme” fiiline de kısaca değinmek hürriyet alanının ortaya konması bakımından önem arz etmektedir. “Öğretme”, “*Bir kimseye bir konuda bilgi ve beceri kazandırmak*” şeklinde tanımlanmaktadır⁶⁸. Kürsü hürriyeti açısından “öğretme” fiilinin konusunu, ilgili ders belirlemektedir. Örneğin; Anayasa Hukuku Dersi kapsamında, öğretim elemanı tarafından öğrencilere, Anayasa Hukuku konuları hakkında bilgi verilmesi beklenir. Öğretim elemanı Anayasa Hukuku Dersi hakkında öğretimde bulunmak yerine, ders saatinde fıkralar anlatıyorsa ya da dersle ilgili görülemeyecek şekilde subjektif siyasi ya da ideolojik propaganda⁶⁹ yapıyorsa kendisinin kürsü hürriyetinin hukuki korumasından faydalanabilmesi söz konusu olmayacaktır. Zira verilen örnekte, fiziksel olarak kürsüde gerçekleştirilmiş olsa dahi ders ile ilgisi bulunmayan ifadelerin kürsü hürriyetinin konusu olan “öğretme” fiilini karşılamayacağı ortadadır. Benzer durum öğretim elemanının kürsüde (ya da ders anlatımı esnasında) öğrencilere ya da sair üçüncü kişilere hakaret etmesi halinde de geçerlilik arz edecektir. Bu bakımdan hürriyetin konusu olan “öğretme” eyleminin karşılanıp karşılanmadığı hususunun her bir somut olay için ayrıca değerlendirilmesi⁷⁰, kürsü hürriyetinin sağlıklı bir

⁶⁸ TDK, ‘Öğretme’, *Güncel Türkçe Sözlük* <<https://sozluk.gov.tr/>> erişim 17 Aralık 2020.

⁶⁹ Bu hususta bilimsel faaliyet ile siyasi faaliyet ayrımı yapılmaktadır. Öğrencileri belirli bir ideoloji doğrultusunda eğitmek bilim hürriyeti korumasından yararlanamayacaktır. Atalay (n 21) 24. Ayrıca aynı görüşün farklı bir açıklaması için bkz. Şen (n 36) 445.

⁷⁰ Bu hususta asıl görev AYM’ye düşmektedir. Zira anayasa normlarının yorumlanması anayasal devlet düzeninde en az anayasa metni kadar önem arz eder. Kapanı (n 4) 137. Yorum konusunda anayasa mahkemelerinden beklenen tutum ise hak eksenli, hürriyetçi bir yaklaşım izlemeleridir. Zühtü Arslan, ‘Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması:

şekilde varlık amacına hizmet edebilmesi bakımından son derece önemli ve gereklidir.

D. Kürsü Hürriyetinin Muhatabı

Kürsü hürriyetinin hukuki niteliği konusunda değinilmesi gereken bir diğer husus ise hürriyetin muhatabı meselesidir. Diğer bir ifade ile kürsü hürriyeti kime karşı ileri sürülebilecektir? Hak ve hürriyetlerin asli yükümlüsünün devlet olarak kabul edilmesi anayasacılık düşüncesinin tabii bir neticesidir⁷¹. Bununla birlikte 1982 Anayasası m. 11 gereğince, Anayasa kurallarının dolayısıyla da temel hak ve hürriyetlerin devlet gibi, özel kişileri de “bağladığı” ortadadır. Alman doktrininde temel hakların özel hukuk kurallarını doğrudan ya da dolaylı olarak etkilediği kabul edilmektedir. Benzer şekilde İsviçre doktrininde dolaylı etkinin kabulü söz konusudur⁷². Bu noktada ise temel hak ve hürriyetlerin özel kişileri bağlayan oluşunun, bu hak ve hürriyetlerin süje tarafından diğer özel kişilere karşı ileri sürülebilmelerini mümkün kılıp kılmadığı sorusu karşımıza çıkmaktadır. *Gözler*’e göre, bireysel hak ve hürriyetlerin özel kişilere karşı ileri sürülebilmesi mümkünken, siyasi hak ve hürriyetler ile sosyal hakların yalnızca devlete karşı ileri sürülebilmesi mümkündür. Bununla birlikte *Gözler*, muhatabın belirlenmesi hususunda, her hak ve hürriyetin ayrıca tartışılması gerektiğini öne sürmektedir⁷³.

Kanaatimizce bir hak ve hürriyetin muhatabı ile o hak ve hürriyetin ileri sürülebilmesi, özel hukuk ilişkilerine etkide bulunması ya da ilgiliyi bağlaması ayrı şeylerdir. Evet, bireysel hak ve hürriyetler 1982 Anayasası m. 11 kapsamında devlet yanında özel kişileri de bağlamaktadır. Diğer bir ifadeyle özel kişilerin de hak ve hürriyetlere saygı göstermesi gerekir. Ancak bir hak ve hürriyetin sağladığı hukuki koruma alanı konusunda muhatap devletten başkası değildir. Bir hak ve hürriyetin özel kişi tarafından ihlal edilmesi halinde, bu hak ve hürriyetin yegâne muhatabı olan devlet hak ihlalini sona erdirmekle yükümlüdür. Nitekim bir temel hak ve hürriyetin ihlal edilmesi halinde başvuru (AYM’ye ya da AİHM’ye bireysel başvuru yolu gibi) hukuki çareler⁷⁴ de yine devleti muhatap almaktadır⁷⁵.

Konuya açıklık getirmek adına *Kelsen*’in görüşlerine bakmak faydalı olacaktır. *Kelsen*, hukukun etkililiğini güç unsuruna bağlamaktadır. Hukuk,

Anayasanın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler’, (2002) 27 *Liberal Düşünce* 19, 30.

⁷¹ Gözler (n 61) 532.

⁷² Konuya dair ayrıntılı bilgi için bkz. Zafer Gören, *Temel Hak Genel Teorisi* (4. Baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi Rektörlük Matbaası 2000) 27, 72-83.

⁷³ Gözler (n 61) 534-538.

⁷⁴ AYM’ye ya da AİHM’ye bireysel başvuru yolu gibi. AYM’ye bireysel başvurunun hukuki niteliği hakkında bilgi için bkz. Nazmiye Güveyi, *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Aşamaları* (On İki Levha Yayıncılık 2015) 30-33.

⁷⁵ Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı, *İnsan Hakları* (Matus Basımevi 2006) 47.

güç ile özdeş olmasa bile, belli bir güç sistemi ya da organizasyonu olarak kabul edilmektedir. Bir hukuk kişisi olan devlet, hukuk sisteminin etkililiği hususunda kendisini göstermektedir⁷⁶. Bu bakış açısıyla yaklaşıldığında, bir temel hak ve hürriyetin özel bir kişi tarafından ihlali halinde (ki bu aynı zamanda hukuk normunun ihlalidir), yargı fonksiyonu ya da daha geniş ifadeyle cebri eylemler vasıtasıyla söz konusu ihlalin hukuki gereği devlet tarafından yerine getirilebilecektir⁷⁷.

Benzer durum birer gerçek kişi olan kamu görevlilerinin işlem ve eylemleri bakımından devletin muhataplığını ve hatta sorumluluğunu daha da belirginleştirir. *Kelsen*, bu durumu, “isnat sorunu” olarak irdelemektedir. Yazara göre, hukuk normu sebebiyle insan eylemlerinin devlete isnat edilebilmeleri söz konusudur⁷⁸. 1982 Anayasası m. 129/5 hükmü bu duruma somut bir örnek teşkil etmektedir. Anılan hükme göre, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlara dayalı tazminat davalarının ilgili özel kişiye değil idareye karşı açılacağı öngörülmektedir. Bu düzenlemede devletin muhataplığı (ve sorumluluğu) daha da açık bir şekilde somutlaşır. Yine aynı düzenlemede devlet hem sorumlu idare hem de yargılama fonksiyonu bakımından (cebri güç olarak) iki boyutlu bir muhataplıkla karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla *Çeçen* tarafından da ifade edildiği üzere, kültürel gelişime karşı ve dolayısıyla da bilimsel faaliyetlere ve kültür ve sanat insanlarına karşı yönelen tehditlerin devlet tarafından önlenmesi beklenir⁷⁹.

Kısaca değinilmeye çalışılan tüm bu nedenlerle ve anayasacılık düşüncesinin temel gayesi çerçevesinde kanaatimizce, temel hak ve hürriyetlerin muhatabının özel kişiler değil, devlet olarak kabul edilmesi gerekir. Bu nedenle kürsü hürriyetinin muhatabının da devlet olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür. Diğer hak ve hürriyetlerde olduğu gibi kürsü hürriyetiyle ilgili olarak da devletin, onu “tanıma”, “dokunmama”, “koruma”, “temin/tedarik” ödevleri⁸⁰ bulunmaktadır.

Buraya kadar yapılan açıklamalar ışığında kürsü hürriyetinin niteliği itibarıyla ne denli önem arz ettiği izah edilmeye çalışılmıştır. Bu meyanda şunu da belirtmek gerekir ki 1982 Anayasası kapsamında yer alan kürsü hürriyetinin yukarıda betimlenmeye çalışılan varlık amacına hizmet edebilmesi, monist bir yaklaşımla, her bir anayasal hakkın bir bütünün ayrılmaz birer parçası olarak

⁷⁶ Kelsen (n 37) 74, 75, 131.

⁷⁷ Devlete atfedilen bu fonksiyonlar, devletin varlık sebeplerinden “şahsi faaliyet ve ilişkileri düzenleme fonksiyonu” olarak ifade edilmektedir. A. Selçuk Özçelik, *Esas Teşkilât Hukuku Dersleri Birinci Cilt Umumi Esaslar* (Fakülteler Matbaası 1982) 148-149.

⁷⁸ Kelsen (n 37) 126-127.

⁷⁹ Çeçen (n 11) 212.

⁸⁰ Söz konusu dört ödev insan haklarına karşı devletin ödevleri olarak kabul edilmektedir. Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı (n 75) 22-24.

varlık gösterebilmelerine bağlı bulunmaktadır. Dolayısıyla kürsü hürriyetine atfedilen değer ve önem ancak diğer anayasal haklara da aynı oranda önem yüklenmesi kaydı ile anlam kazanabilecektir. Anayasal haklar konusundaki monist yaklaşım ise hak ve hürriyetlerin sınırları meselesini karşımıza çıkarır. Diğer tüm hak ve hürriyetler gibi, 1982 Anayasal düzeninde bir anayasal hak olarak tanınan kürsü hürriyetinin de en başta kendi varlığı için diğer anayasal hakların koruma alanıyla ahenk içinde bulunması gerekir ki bu aynı zamanda kürsü hürriyetinin de diğer anayasal haklar gibi bir dizi sınırları olduğu anlamına gelir. Devam eden başlığın amacı, söz konusu sınırları belirginleştirme çabasından ibarettir.

IV. KÜRSÜ HÜRRİYETİNİN SINIRLARI

Toplum hayatının sürdürülebilmesi adına hak ve hürriyetlerin sınırlanması bir zorunluluk olarak kabul edilmektedir⁸¹. Bu kabul, “ötekine saygı”, “farklı hürriyetler arasındaki kesişim” ve en başta da “insan aklı” düzleminde temellendirilebilmektedir⁸². Bir hak ve hürriyetin sınırlanması halinde, ilgili hak ve hürriyetin süjesine sağladığı imkânların kanun ile daraltılması söz konusudur⁸³. Öğretide “norm alanının daraltılması” olarak da ifade edilen sınırlama ile çizilen sınırların, anayasada ya da uluslararası insan hakları belgesinde yer bulan kısmı “açık sınırlar” olarak adlandırılır⁸⁴. Açık sınırların, hak ve hürriyetin doğasından kaynaklanan “içkin” ya da “temel hak içeriksel” sınırların ifadesi olarak anayasada yer alması halinde ise artık bir “sınırlama”dan ziyade ilgili hak ve hürriyetin “sınırlılığı” söz konusudur. Zira “sınırlılık” hali ilgili hak ve hürriyetin kendisinde mevcuttur⁸⁵. Bu nedenle kürsü hürriyetinin sınırları, sınırlama ve sınırlılığın birleşimi olarak anlaşılmalıdır.

⁸¹ Kapani (n 4) 223. *Teziç*’e göre, düşünce hürriyeti ile bilim ve sanat hürriyeti içerik itibariyle “sınırlanması” mümkün olmayan bir niteliği haizdir. Bu nedenle söz konusu hak ve hürriyetler olsa olsa yararlanma amacına hizmet edebilecek şekilde “düzenlemeye” tabi tutulabilirler. *Teziç* (n 8) 236.

⁸² Hasan Tahsin Fendoğlu, ‘2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (AY. Md.13)’ (2002) 19 Anayasa Yargısı 111, 120-121; Meltem Dikmen Caniklioğlu, *Anayasal Devlette Meşruiyet* (Yetkin Yayınları 2010) 155.

⁸³ Atar (n 19) 137.

⁸⁴ Abdurrahman Eren, *Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekliliği* (Beta Yayıncılık 2004) 16-17.

⁸⁵ Bu bakımdan örneğin 1982 Anayasası m. 34 kapsamında “silahsız ve saldırısız” nitelemesi, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının içeriksel (içkin) bir sınırı, doğasından kaynaklanan bir “sınırlılığı”dır. Kanun koyucu tarafından söz konusu sınırların düzenlenmesi teknik anlamda sınırlama değil, norm alanını daraltmayacak yalnızca açıklayıcı (déclaratif) olacaktır. Bkz. Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü* (AÜSBF Basın ve Yayın Yüksekokulu Basımevi 1982) 32-34; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (18. Baskı, Yetkin Yayınları 2018) 119-121; Gören (n 22) 392-393; Gözler (n 10) 297; Erdoğan (n 8) 204.

Gören'e göre; hak ve hürriyetlerin, süje tarafından denetimsiz ya da aşırı kullanılması ihtimaline karşı, diğer kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin korunması maksadıyla, kamu yararıyla temel hak ve hürriyetlere devlet tarafından "müdahale" edilebilmektedir. Söz konusu müdahale, ilgili hak ve hürriyetin sınırlanması ve kayıtlanması anlamına gelmektedir. Müdahale, geniş bir kapsama sahiptir. Zira devlet tarafından söz konusu müdahalenin; yasa, tüzük ve yönetmelik gibi düzenlemelerle yapılabileceği gibi idari işlem ya da mahkeme kararı ile de gerçekleştirilebileceği de kabul edilmektedir⁸⁶. Böylece Gören'in "düzenleme"yi, müdahalede (sınırlamada) başvurulabilecek bir yöntem olarak nitelendirdiği anlaşılmaktadır.

Sınırlama ve düzenleme arasındaki ilişkiyi derin bir şekilde irdelediği eserinde *Sağlam*, öğretilerdeki farklı görüşlere değindikten sonra, her sınırlamanın bir düzenleme olduğu ve fakat her düzenlemenin bir sınırlama olmadığı yönündeki görüşünü ortaya koyar. *Sağlam*'a göre düzenleme yoluyla her zaman norm alanı daraltılmaz. Kimi düzenlemeler ilgili hak ve hürriyetin kullanımını kolaylaştıran, koruma alanını güçlendiren ve etkinliğini pekiştiren bir niteliği haizdirler⁸⁷. Bu nedenlerle düzenleme ile sınırlamanın (müdahalenin) özdeş olmadığını kabul etmek mümkündür.

2001 Anayasa Değişikliği sonrasında, 1982 Anayasası'nın 13'üncü maddesi kapsamında, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasında uyulmasında gereken cari şartlar şu şekilde ifade edilmektedir:

"Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir.

Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz.

*Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir."*⁸⁸.

⁸⁶ Gören (n 72) 87-88.

⁸⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Sağlam* (n 85) 17-22.

⁸⁸ 1982 Anayasası'nın sınırlama rejimi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Atar (n 19) 136-142; Demir (n 24) 416-420; Eren (n 84) 61-173; Erdoğan (n 8) 204-211; Özbudun (n 85) 109-119; Eroğul (n 20) 311-312; Gören (n 22) 397-406; Gözler (n 10) 303-368; Soysal (n 15) 196-200; Tanör ve Yüzbaşıoğlu (n 26) 155-165; Kemal Gözler, '3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği' (2002) 19 Anayasa Yargısı 326, 326-354.

13'üncü maddede belirtilmiş olan şartlar, olağan dönem için geçerlilik arz etmektedir. Olağanüstü hallerde (savaş, seferberlik ve olağanüstü hallerde) ise Anayasa'nın 15'inci maddesi uygulanmalıdır⁸⁹. Bahse konu 15'inci madde hükmüne göre:

“Savaş, seferberlik (...) veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler (...) dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz..”⁹⁰.

Öyleyse kürsü hürriyetinin “sınırlanması” konusunu 13'üncü ve 15'inci maddeler çerçevesinde, iki farklı açıdan irdelemek mümkündür. Akabinde sınır meselesini “sınırlılık” penceresinden de ele almak gerekir.

A. Olağan Dönemde Sınırlama

2001 değişikliği ile birlikte 1982 Anayasası m. 13 kapsamında, bir hak ve/veya özgürlüğün sınırlanabilmesi için o hak ve/veya özgürlüğün düzenlendiği (ilgili) madde kapsamında mevcut bir (özel) sınırlama sebebine dayanma zorunluluğu getirilmiştir. Dolayısıyla yasa koyucu tarafından kanun ile çizilmek istenen her bir sınırın, ilgili hak ve/veya özgürlüğün düzenlendiği maddede yer alan özel bir sınırlama sebebine muhtaç olması söz konusudur. Diğer bir ifadeyle 13'üncü maddeye göre, bir hak ve/veya hürriyetin düzenlendiği ilgili Anayasa maddesinde (özel) bir sınırlama sebebi mevcut değilse o hak ve/veya hürriyetin kanun ile sınırlanabilmesi mümkün değildir⁹¹. Ancak bu durum, hakkında herhangi bir sınırlama sebebi bulunmayan hak ve hürriyetlerin tümünden sınırsız olduğu anlamına gelmez. Zira anayasal sınırlar ya da objektif sınırlar, sınırlama sebeplerinden bağımsız olarak hak ve hürriyetlere ilişkin sınır oluşturabilmektedirler⁹².

⁸⁹ Gözler (n 10) 381.

⁹⁰ Olağanüstü hallerde uygulanması gereken sınırlama şartları konusunda bkz. Atar (n 19) 152-153; Demir (n 24) 421-423; Erdoğan (n 8) 214-216; Özbudun (n 85) 121-124; Eroğul (n 20) 312-313; Gözler (n 10) 368-388; Gören (n 22) 410; Mehmet Turhan, *Siyaset ve Anayasa* (Gündoğan Yayınları 1995) 169-175; Soysal (n 15) 200-203; Tanör ve Yüzbaşıoğlu (n 26) 165-169.

⁹¹ Gözler (n 10) 314-320.

⁹² Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020) 554-560.

1982 Anayasası dâhilinde kürsü hürriyeti, Anayasa'nın 26'ncı maddesinde değil, 27'nci maddesinde düzenlenmektedir. Bu durum özellikle 27'nci maddede yer alan sınırlama sebeplerinin kürsü hürriyetine uygulanamayacağına dair bir çıkarsamayı gerektirmesi nedeniyle önem arz etmektedir. Öyle ki yukarıda değinildiği üzere, 26'ncı maddede ifade hürriyetine çizilen sınırlama sebepleri alan olarak son derece geniştir. Oysa 27'nci maddenin 2'nci fıkrası kapsamında, yalnızca *yayma hakkına* ilişkin bir anayasal sınır çekilmektedir⁹³. Bu noktada yayma hakkı ile kürsü hürriyetinin ilişkisini çözümlemek gerekir. Zira Anayasa'nın 27'nci maddesinin 2'nci fıkrasında sayılan sınırlama sebeplerinin kürsü hürriyetini işaret edip etmediği ancak bu yolla çözüme kavuşturulabilecektir.

“Yayma(k)” kelimesi Sözlük'te “*Birçok kimseye duyurmak*” anlamına gelmektedir⁹⁴. Sözlük tanımından yola çıkıldığında, kürsü hürriyeti kapsamında öğretim elemanlarının ders anlatım eylemlerini bir nevi yayma eylemi olarak nitelendirebilmek mümkündür. Şöyle ki kürsü hürriyetinde öğretim elemanı tarafından dışa vurulan ifadelerin “birçok kimseye duyurulması” söz konusudur. Ancak hukukta yayma hakkını bu denli geniş kapsamlı olarak ele almak mümkün değildir. Bu görüşün iki farklı gerekçe ile desteklenebilmesi mümkündür:

İlk olarak anayasa koyucunun lafzına bakmak gerekir. 27'nci maddenin ilk fıkrasında, anayasa koyucu “öğretme” ile “yayma” kelimesini iki farklı anlama sahip olan iki ayrı eylemi işaret etmek amacıyla kullanmaktadır. Sırf bu sebeple yayma hakkına ilişkin anayasal sınırın bilim ve sanat hürriyetinin öğretim hakkına ya da diğer bir ifadeyle kürsü hürriyetine atfedebilmek mümkün değildir.

Diğer taraftan ikinci olarak, Türk mevzuatına bakmak gerekir. Bu bağlamda ise yayma hakkı, fikir ve sanat eserleri hukuku terminolojisinde yer alan bir terim olarak karşımıza çıkmaktadır. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında “yayma hakkı”, eser sahibine tanınmış olan haklardan biridir. Aynı Kanun kapsamında yayma hakkı genel olarak, “*Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak*” konusunda münhasıran eser sahibinin yetkili olduğunu ortaya koymaktadır. Dolayısıyla yayma hakkının, mevzuattaki anlamına göre, “eser yoluyla yapılan bir ifade açıklaması olarak” anlamlandırılması ve kürsü hürriyetinden ayrı tutulması gerekir.

⁹³ Söz konusu sınıra, 27'nci maddenin son fıkrası ile birlikte bilim ve sanat hürriyetine yönelik keyfi müdahaleye açık kapı bırakması ve AİHM'nin tanımladığı demokratik toplum ile uyumsuz bulunması nedenleriyle eleştiriler yöneltilmektedir. Bkz. Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı (n. 75) 68-69.

⁹⁴ TDK, ‘Yaymak’, *Güncel Türkçe Sözlük*, <<https://sozluk.gov.tr/>>erişim 15 Kasım 2020.

Kısaca izah edilen iki gerekçe nedeniyle kürsü hürriyetinin 1982 Anayasası m. 27 kapsamında, herhangi bir özel sınırlama sebebine tabi tutulmadığını, bu nedenle yasama erkince kanun ile sınırlanamayacağını söylemek hatalı olmayacaktır. Ancak bu durum yalnızca vatandaşlar bakımından geçerlilik arz etmektedir. Zira yabancılar bakımından kürsü hürriyetinin, Anayasa m. 16 uyarınca milletlerarası hukuka uygun olarak, kanunla sınırlanabilmesi mümkündür.

B. Olağanüstü Hâllerde Sınırlama (Kullanılmasının Durdurulması)

Olağanüstü hâllerde, tüm hak ve hürriyetler gibi kürsü hürriyetinin sınırlanabilmesi için de 13'üncü maddede belirtilen şartların varlığı aranmaz. Çünkü 13'üncü madde ile 15'inci madde arasında "dérogation" (derogasyon) ilişkisi mevcuttur. Derogasyon, tanımlanmış bir durumun ortaya çıkması nedeniyle normalde uygulanması gereken kuralın uygulanmaması anlamına gelmektedir⁹⁵. Bu nedenle şayet olağanüstü hâl ilan edilmiş ise artık 15'inci madde uygulanır. Dolayısıyla olağanüstü hâllerde kürsü hürriyetinin sınırlanabilmesi için bir kanuna ihtiyaç duyulmaz ya da Anayasa'nın 27'nci maddesinde özel bir sınırlama sebebinin varlığı aranmaz. Olağanüstü hâllerde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması, ölçülülük ilkesine uygun olma⁹⁶, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlâl etmeme⁹⁷ ve sert çekirdekli haklara⁹⁸ dokunmama olmak üzere üç temel hukuki güvence dâhilinde mümkündür⁹⁹. Dolayısıyla olağan dönemde yasama erkince sınırlanması mümkün olmayan kürsü hürriyetinin, olağanüstü hâl döneminde sınırlanabilmesi mümkündür. Zira kürsü hürriyeti sert çekirdekli

⁹⁵ Gözler (n 10) 383.

⁹⁶ Ölçülülük ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yüksel Metin, 'Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?' (2017) 7/1 SDÜHFD 1, 1-74.

⁹⁷ Bu yükümlülüklerden; taraf olunan antlaşmalar ve sözleşmeler yanında uluslararası hukukun genel ilkelerinin de anlaşılması gerektiği öğretide savunulmaktadır. Gözler (n 10) 370-371; Tanör ve Yüzbaşıoğlu (n 26) 168.

⁹⁸ Sert çekirdekli haklar (AY. m. 15/2): savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelene ölümler dışında yaşama hakkı, maddi ve manevi varlığının bütünlüğü, dini, vicdani inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamama ve suçlanamama, suç ve cezaların geçmişe yürümezliği ve masumiyet karinesinden müteşekkildir. Konuya dair bilgi için bkz. Atar (n 19) 152-153; Erdoğan (n 8) 214-216; Gören (n 22) 359-360; Gözler (n 10) 374-375; Soysal (n 15) 201-203; Tanör ve Yüzbaşıoğlu (n 26) 164-165.

⁹⁹ Söz konusu hukuki güvencelerin etkinliği ise kanun hükmünde olan olağanüstü hâl cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargı denetimi dışında bırakılması hasebiyle etkisiz olmakla eleştirilmektedir. Özbudun (n 85) 123-124. Bununla birlikte Resmî Gazete'de yayımlandıkları gün Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) onayı sunulmaları gereken bahse konu kanun hükmünde kararnamelerin, TBMM tarafından kanun ile onaylandıktan sonra AYM tarafından denetlenmelerinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Gözler (n 10) 963-964.

haklar arasında yer almamaktadır. Diğer taraftan söz konusu sınırlama, kanun ile yapılabileceği gibi, olağanüstü hâl cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile de yapılabilir.

Bununla birlikte olağanüstü hâl döneminde çıkarılan cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin niteliği gereği, “yer”, “zaman” ve “sebe” bakımından sınırlarının bulunduğu göz ardı edilmemelidir. Olağanüstü hâl ülkenin tamamında değil de yalnızca bir bölümünde ilan edilmiş ise temel hak ve hürriyetlere ilişkin sınırlamalar yalnızca ilgili bölgede geçerlilik arz edecektir. Bu yer bakımından sınırdır. Zaman bakımından ise olağanüstü hâl cumhurbaşkanlığı kararnameleri “geçici”¹⁰⁰ bir dönem için çıkarılmalıdır. Bu nedenle sınırlı bir süre için ilan edilen olağanüstü hâl sona erdiğinde, temel hak ve hürriyetlere dair sınırlamaların da sona ermesi söz konusudur. Sebe bakımından ise olağanüstü hâl cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, olağanüstü hâl ilanına neden olan sebebe bağlı, ilgisiz olmayan sınırlamalar getirmesi, amacına hizmet etmesi beklenir¹⁰¹. Dolayısıyla olağanüstü hâl dönemindeki sınırlama yetkisini, varlık amacından saptırmamak adına, 15’inci maddede yer alan şartlar (sınırlar) ile olağanüstü hâl döneminin niteliğinden kaynaklanan sınırlar çerçevesinde, kayıtlı bir şekilde kabul etmek gerekir. Kanaatimizce, “hürriyet karinesi” (“presumption of liberty” ya da “in favorem libertatis”)¹⁰² olarak anılan yorum ilkesi ya da benzer amaca hizmet eden “mümkün olan en fazla etki ilkesi”¹⁰³ bu görüşü haklı kılma konusunda kâfidir.

Öyle ise 1982 Anayasal düzeninde kürsü hürriyeti, olağanüstü hâl dönemi hariç olmak üzere sınırsız bir hürriyet alanı olarak mı kabul edilmektedir? Oysa yukarıda hürriyetin sınırlarının, “sınırlama” ile “sınırlılık” birleşiminden müteşekkil olduğu ifade edilmişti. Dolayısıyla bu soruya sağlıklı cevap verebilmek için külli (tümel) yorumda¹⁰⁴ bulunmak ve kürsü hürriyetinin sınırlılığını irdelemek gerekir. Külli yorum ise bizi öncelikle Anayasa m. 14, sonrasında ise Anayasa m. 129 ve m. 130’a yönlendirmektedir.

¹⁰⁰ *Kapani*, olağanüstü hâl dönemlerinin “geçici” niteliğinin son derece önemli olduğuna, bunalım dönemlerinin antidemokratik yönetimlerin ortaya çıkışında köprü olarak, kötüye kullanılabileceğine dikkat çekmektedir. Bu nedenle tehlike dönemi geçer geçmez, en kısa sürede olağan hukuk düzenine dönüşmesi gerekir. Bkz. *Kapani* (n 4) 243.

¹⁰¹ *ibid* 377-378.

¹⁰² Bu ilke aynı zamanda yetkilerin dar, hürriyetlerin ise geniş olarak yorumlanması şeklinde özetlenebilmektedir. Konuya dair bilgi için bkz. *Gözler* (n 32) 347-348.

¹⁰³ Bu ilkeye göre, anayasa hükümlerinin yorumlanmasında temel hak ve hürriyetlerin etkinliğini kuvvetlendirecek olan yorum tercih edilmelidir. Bkz. *Gören* (n 22) 31.

¹⁰⁴ Külli yorum anayasa hukuku öğretisinde “Anayasanın bir bütün olarak yorumlanması ilkesi ya da anayasanın bütünlüğü ilkesi” olarak ifade edilmektedir. Bu ilkeye göre, yoruma konu anayasanın bir bütün olarak göz önünde tutulması ve anayasanın sahip olduğu “değer yargıları ile temel ilkeleri” dikkate alınmak suretiyle anlamlandırmanın yapılması gerekmektedir. *ibid* 30-31.

C. Kürsü Hürriyetinin Sınırlılığı

2001 değişikliği sonrasında Anayasa m. 14'e göre:

“Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.

Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.”.

Bu haliyle 14'üncü madde, diğer hak ve hürriyetler gibi kürsü hürriyeti için de anayasa koyucu tarafından belirlenmiş bir “anayasal sınır” ve “hürriyetin sınırlılığına dair bir unsur” olarak düşünülebilir. Söz konusu düzenlemenin varlığının pratikte anlamsız olduğu, objektif sınırlar nedeniyle hiçbir hak ve hürriyetin kötüye kullanılmasının düşünülemeyeceği de öğretide savunulmaktadır¹⁰⁵. Ancak geçmişte, bilim ve sanat hürriyeti bakımından da geçerli olacak biçimde, 14'üncü maddenin “genel bir sınırlama kuralı” olarak kullanılabileceği AYM kararıyla tecrübe edilmiştir¹⁰⁶. Bu nedenle gerekli ya da gereksiz olduğu yönündeki tartışma bir yana konulmalı ve 14'üncü maddenin, “anayasa yargısı bakımından etkin bir vasıta” olarak kabul edilmesi gerekir.

2001 değişikliği sonrasında 14'üncü maddenin cari şekli ile sınırlayıcı niteliğinin azaltıldığı, “düşünceyi” değil “eylemi” sınırlandırma amacına yöneltildiği kabul edilmektedir¹⁰⁷. Bununla birlikte mevcut durumda söz konusu değişikliğin AYM tarafından bu şekilde, hürriyet lehine ele alınıp alınmayacağını içtihatların netleştireceği düşünülmektedir¹⁰⁸. Kürsü hürriyeti özelinde ise 14'üncü maddede geçen “faaliyetler” kapsamına, “öğretme” faaliyetinin dâhil edilmesinin önünde hukuki bir engel bulunmadığını belirtmek gerekir. Diğer taraftan, bizim de görüşüne katıldığımız *Özbudun*'a

¹⁰⁵ Özbudun (n 85) 121; Gözler (n 10) 296.

¹⁰⁶ Tanör ve Yüzbaşıoğlu (n 26) 153. AYM'ye göre; “13, 14. ve 15. maddelerde ise özgürlüklere ya da bunların kullanılmasına ilişkin genel sınırlamalar kurala bağlanmaktadır. Bu kuralların incelenmesi, herkes için özgürlüğün asıl olduğunu bunların sınırlandırılmasının ise gerçekleşmesi güç koşullara bağlandığını açıkça ortaya koymaktadır.” Bkz. AYM, E.1985/8, K.1986/27, 26/11/1986.

¹⁰⁷ Atar (n 19) 151-152; Özbudun (n 85) 121; Yusuf Şevki Hakyemez, ‘Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları’ (2002) 57-2 AUSBFD 17, 37.

¹⁰⁸ Tanör ve Yüzbaşıoğlu (n 26) 154.

göre, temel hak ve hürriyetler ancak 14'üncü maddede geçen eylemlerle “açık ve yakın bir nedensellik ilişkisi” içinde bulunmaları halinde kötüye kullanılmış sayılmalıdır¹⁰⁹. Bu sebeple kanaatimizce olması gereken, AYM tarafından hürriyetçi bir tutum takınılması ve kürsü hürriyetinin (öğretme eyleminin) düşünce (ifade) hürriyeti kapsamında değerlendirilmesidir. Bu yaklaşım 2001 değişikliğini anlamlı kılacak bir yaklaşım olması yanında¹¹⁰, *Atar*'ın vurguladığı gibi eylem olmaksızın kötüye kullanımın olup olmadığının belirlenemeyeceği gerçeği¹¹¹ ile de örtüşmektedir. Tüm bunlara rağmen sonuç olarak, 14'üncü maddenin cari şekli ile kürsü hürriyeti bakımından “potansiyel bir sınırlılık unsuru” olarak varlığını sürdürdüğünü söylemek yanlış olmayacaktır.

Kürsü hürriyetinin sınırlılığına dair bir diğer hüküm ise Anayasa m. 129 kapsamında yer almaktadır. Kürsü hürriyetinin hak süjesi olan öğretim elemanları “kamu görevlisi” olarak kabul edilmektedir (2547 s. Kanun m. 53/b)¹¹². Anayasa'nın 129'uncu maddesine göre, “*Memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler.*”. 129'uncu madde bu ifadeyle kürsü hürriyeti açısından bir diğer (potansiyel) sınırlılık olarak, “anayasaya sadakat yükümlülüğü”nü ortaya koymaktadır. Anayasaya sadakat yükümlülüğü bakımından da 14'üncü madde için önerilen “açık ve yakın bir nedensellik ilişkisi” ölçütünün kabulü aynı gerekçelerle yerinde olacaktır. Diğer taraftan son derece geniş kapsamlı bir niteliği haiz “faaliyette bulunmak” ifadesi, 129'uncu maddenin de kürsü hürriyeti için “potansiyel bir sınırlılık unsuru” olarak kabul edilmesini gerektirmektedir.

1982 Anayasası m. 130/4 ise ilk bakışta kürsü hürriyeti ile ilişkili görülmesi muhtemel bir diğer anayasal sınır çizmektedir. Bu hükme göre, “*Üniversiteler ile öğretim üyeleri ve yardımcıları serbestçe her türlü bilimsel araştırma ve yayında bulunabilirler. Ancak, bu yetki, Devletin varlığı ve bağımsızlığı ve milletin ve ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği aleyhinde faaliyette bulunma serbestliği vermez.*”. Sınırlama dar yorumlanır kuralı gereği, bahse konu anayasal sınırın bilim hürriyetinin “öğretme” faaliyeti olan kürsü hürriyetini değil, yalnızca bilim hürriyetinin “araştırma ve yayın” faaliyetlerini kapsadığını söylemek mümkündür. Dolayısıyla 130'uncu madde kürsü hürriyetine ilişkin herhangi bir sınır çizmemektedir.

¹⁰⁹ Özbudun (n 85) 121

¹¹⁰ Eski 13'üncü madde kapsamında yer alan genel sınırlama sebeplerinin terk edilmesi, anayasa koyucunun bu yönde, hürriyetçi bir irade ortaya koyduğu anlamını taşımaktadır.

¹¹¹ *Atar* (n 19) 151-152.

¹¹² Konuya dair bilgi için bkz. Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri* (21. Baskı, Ekin Yayınevi 2019) 560-561.

SONUÇ

Çalışmada “öğretim elemanlarının kürsü hürriyeti” olarak isimlendirilen hürriyet alanı esasen; düşünce hürriyeti (ifade hürriyeti) ve bilim (ve sanat) hürriyeti kapsamında yer alan spesifik bir hukuki koruma alanından ibarettir. Bu hürriyet alanı, 1982 Anayasası’nda, 27’nci maddede, bilim ve sanat hürriyetinin “öğretme” eylemi kapsamında pozitif olarak tanınmış ve güvence altına alınmıştır. Diğer taraftan 27’nci madde; öğretme hürriyetinin süjesini “herkes” olarak kabul etmiş, öğretim elemanlarına mahsus bir düzenlemenin ötesinde, daha geniş bir koruma alanı tesis etmiştir. Ancak çalışmada bu hürriyet alanı, öğretim elemanları ya da üniversite perspektifinden ele alınmıştır. Bunun sebebi, üniversite aşamasında verilen öğretimin toplumlar ve devletler bakımından taşıdığı önem ve değere dayanmaktadır. Anayasa koyucunun da aynı önemi kabul ettiği, 1982 Anayasası’nın muhtelif hükümlerinden anlaşılabilmektedir.

Taşıdığı öneme binaen kürsü hürriyetinin etkinliğinin geniş bir ifade hürriyeti alanına bağlı bulunduğu açıktır. Ancak bu durum kürsü hürriyetinin sınırsızlığı olarak anlaşılmamalıdır. Yukarıda ifade edildiği üzere, kürsü hürriyetinin Anayasa’nın 13’üncü maddesi kapsamında (olağan dönemde) kanun ile sınırlanabilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte olağanüstü hâllerde, cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile sınırlanabilmesi mümkündür. Yine Anayasa’nın 14’üncü ve 129’uncu maddelerinin kürsü hürriyeti açısından “potansiyel birer sınırlılık unsuru” olarak kabul edilmeleri gerekir. Dolayısıyla 1982 Anayasal düzeninde kürsü hürriyeti sınırlı bir hürriyet olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer taraftan, hürriyetin etkinliğinin sağlanabilmesi ya da bir diğer ifadeyle varlık amacına hizmet edebilmesi için sınırların tespiti ve somut olarak uygulama aşamasında hürriyet lehine tavır takınılması gerekir. Şüphesiz bu hususta asıl görev yargı erkine¹¹³ düşmektedir.

Diğer taraftan, halen içinde bulunulan pandemi sürecinde derslik kürsüsünün yerini alan dijital ortamlarda, kürsü hürriyetinin daha da önem kazandığını hatırlatmak gerekir. Zira derslerin dijital ortamlarda kaydediliyor oluşu, kürsü hürriyetinin koruma alanında yer alan ifadelerin daha ayrıntılı sorgulanabilmesini ve daha fazla kişiye iletilebilmesini mümkün kılmaktadır. Bu sebeple özellikle de pandemi sürecinde (dijital kürsüde) kürsü hürriyetinin daha etkin bir biçimde gözetilmesi haklı bir beklenti olarak görülmelidir. Ancak bu noktada diğer hak ve hürriyetler gibi kürsü hürriyetinin etkinliğinin de ancak, hakların monizmi ilkesi gereğince, diğer hak ve hürriyetlerin etkinliğine bağlı olarak sağlanabileceği unutulmamalıdır.

¹¹³ Yorum konusunda iki belirleyici etkenin varlığı kabul edilmektedir. Bunlardan ilki yorum yöntemi, ikincisi ise yargıcın tutumudur. Yargıç ya aktif bir tavır takınır ya da kendisini sınırlar. Bkz. Gülsoy (n 6) 239-243.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

- Anayurt Ö, Anayasa Hukuku Genel Kısım (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019).
- --, 'Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınıflandırmaların Değerlendirilmesi' in Oya Çitçi (haz) Türkiye'de İnsan Hakları (TODAİE Yayınları 2000) 47.
- Arslan Z, 'Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasanın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler', (2002) 27 Liberal Düşünce 19.
- Atalay E, 'Bilim Özgürlüğü' (2010) 68 İÜHFM 3.
- Atar Y, Türk Anayasa Hukuku (13. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019).
- Barry N P, 'Hukukî Açidan Siyasî Açidan İfade Hürriyeti', Özlem Yılmaz (çev.) (2002) Liberal Düşünce 5.
- Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı, İnsan Hakları (Matus Basımevi 2006).
- Bilge N, Hukuk Başlangıcı (26. Baskı, Turhan Kitabevi 2009).
- Bulut N, 'Bilim Özgürlüğü: İçeriği ve Sınırlanma Sorunu' (2005) 9 AÜEHFD 23.
- Can O, 'Anayasa Değişiklikleri ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü' (2002) 19 Anayasa Yargısı 503.
- Çeçen A, İnsan Hakları (2. Baskı, Gündoğan Yayınları 1995).
- Demir F, Anayasa Hukuku (10. Baskı, Birleşik Matbaa 2017).
- Erdoğan M, Anayasa Hukuku (6. Baskı, Orion Kitabevi 2011).
- --, 'Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif' (2001) Liberal Düşünce 8.
- --, Özgürlük Perspektifinden Hukuk ve Demokrasi (Kesit Yayınları 2013).
- Eren A, Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri (Beta Yayıncılık 2004).
- --, Anayasa Hukuku Dersleri (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020).
- Eroğul C, Anattüzeye Giriş (12. Baskı, İmaj Yayınevi 2012).
- Fendoğlu H T, '2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (AY. Md.13)' (2002) 19 Anayasa Yargısı 111.
- Gören Z, Anayasa Hukuku (Yetkin Yayınları 2011).
- --, 'Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü' (2013) 24 İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 31.
- --, Temel Hak Genel Teorisi (4. Baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi Rektörlük Matbaası 2000).

- Gözler K, Anayasa Hukukunun Genel Esasları (9. Baskı, Ekin Yayınevi 2017).
- --, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt II (Ekin Yayınevi 2011).
- --, Hukuka Giriş (15. Baskı, Ekin Yayınevi 2018).
- --, İnsan Hakları Hukuku (Ekin Yayınevi 2017).
- --, Türk Anayasa Hukuku (3. Baskı, Ekin Yayınevi 2019).
- --, ‘Yorum İlkeleri’ in Ozan Ergül (haz) Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması (TBB Yayınları, 2013).
- --, ‘3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği’ (2002) 19 Anayasa Yargısı 326.
- Gözler K ve Kaplan G, İdare Hukuku Dersleri (21. Baskı, Ekin Yayınevi 2019).
- Gülsoy M T, Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu (Yetkin Yayınları 2003).
- Güriz A, Hukuk Felsefesi (11. Baskı, Siyasal Kitabevi 2015).
- Güveyi N, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Aşaması (On İki Levha Yayıncılık 2015).
- Hakyemez Y Ş, ‘Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları’ (2002) 57-2 AÜSBFD 17.
- Hurd G E ve Johnson T J, ‘Education and Development’ (1967) 15 The Sociological Review 59.
- Idris F, Hassan Z, Ya’acub A, Gil S K ve Awal N A M, ‘The Role of Education in Shaping Youth’s National Identity’ (2012) 59 Procedia - Social and Behavioral Sciences 443.
- Işıkaç Y ve Metin S, Hukuk Metodolojisi (2. Baskı, Filiz Kitabevi 2010).
- İnceoğlu S, Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 4 (Avrupa Konseyi 2018).
- Kaboğlu İ Ö, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar) (15. Baskı, Legal Yayıncılık 2020).
- --, ‘Bilim ve Sanat Özgürlüğü’, in Korkut Tankuter (ed.) İnsan Hakları (YKY Yayınları 2000).
- Kalabalık H, İnsan Hakları Hukuku (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2013).
- Kapani M, Kamu Hürriyetleri (7. Baskı, Yetkin Yayınları 1993).
- Karan U, İfade Özgürlüğü Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 2 (Avrupa Konseyi 2018).
- Karaosmanoğlu F, İnsan Hakları (Seçkin Yayıncılık 2011).
- Kelsen H, Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş (Ertuğrul Uzun çev, Nora Kitap 2016).

- Metin Y, ‘Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?’ (2017) 7/1 SDÜHFD 1.
- Mumcu A ve Küzeci E, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri (7. Baskı, Turhan Kitabevi 2015).
- Oder B E, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri (Beta Yayıncılık 2010).
- --, ‘Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları-2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler-’ in Ozan Ergül (haz) Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması (TBB Yayınları, 2013).
- Özbudun E, Türk Anayasa Hukuku (18. Baskı, Yetkin Yayınları 2018).
- Özçelik A S, Esas Teşkilât Hukuku Dersleri Birinci Cilt Umumi Esaslar (Fakülteler Matbaası 1982).
- Özipek B B, ‘Akademik Özgürlüğün Anlamı ve Gerekliliği’ (2001) Liberal Düşünce 185.
- Petrov G, Beyaz Zambaklar Ülkesinde (Elnur Osmanov çev, Koridor Yayıncılık 2018).
- Sağlam F, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü (AÜSBF Basın ve Yayın Yüksekokulu Basımevi 1982).
- Soysal M, 100 Soruda Anayasanın Anlamı (7. Baskı, Gerçek Yayınevi 1987).
- Şen Z, ‘Üniversiteler, Bilimsel Gelişme ve İnsan Hakları Etkileşimi’ in Oya Çitçi (haz) Türkiye’de İnsan Hakları (TODAİE Yayınları 2000).
- Tacar P, ‘Kültürel Haklar’ in Oya Çitçi (haz) Türkiye’de İnsan Hakları (TODAİE Yayınları 2000) 403.
- Tanör B ve Yüzbaşıoğlu N, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku (17. Baskı, Beta Yayıncılık 2018).
- T.C. Anayasa Mahkemesi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli) (Yunus Emre Yılmazoğlu ve İsmail Emrah Perdecioğlu haz, 2. Baskı, Anayasa Mahkemesi Yayınları 2019).
- Tezcan D, Erdem M R ve Sancakdar O, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu (Seçkin Yayıncılık 2002).
- Tezcan D, Erdem M R, Sancakdar O ve Önok R M, İnsan Hakları El Kitabı (8. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019).
- Teziç E, Anayasa Hukuku (22. Baskı, Beta Yayıncılık 2018).
- Tunç H, Anayasa Hukuku Genel Esaslar (Gazi Kitabevi 2018).
- Turhan M, Anayasal Devlet (Gündoğan Yayınları, 1997).
- --, Siyaset ve Anayasa (Gündoğan Yayınları 1995).
- Uzun E, Hukuk Metodolojisinin Sorunları (Nora Kitap 2016).

İçtihatlar

- AİHM, Cox/Türkiye Kararı, B. No: 2933/03, 20/5/2010.
- --, Handyside/Birleşik Krallık Kararı, B. No: 5493/72 07/12/1976.
- --, Müller ve diğerleri/İsviçre (1988) No 10737/84.
- --, Otto-Preminger Institut/Avusturya (1994) No 13470/87.
- AYM, Bekir Coşkun, B. No: 2014/12151, 4/6/2015.
- --, İrfan Sancı, B. No: 2014/20168, 26/10/2017.
- --, Mehmet Ali Aydın, B. No: 2013/9343, 4/6/2015.
- --, Tansel Çölaşan, B. No: 2014/6128, 7/7/2015.
- --, E. 1969/52, K. 1972/21, 04/09/1972.
- --, E. 1973/37, K. 1975/22, 25/02/1975.
- --, E.1985/8, K.1986/27, 26/11/1986.
- --, E. 2017/33, K. 2019/20, 10/04/2019.
- YHGK, 22.03.2017, E.2015/7-1738, K.2017/523, <<http://www.kazanci.com.tr/gunluk/hgk-2015-7-1738.htm>>erişim 15 Aralık 2020.

Diğer Kaynaklar

- TDK, ‘Öğretme’, Güncel Türkçe Sözlük <<https://sozluk.gov.tr/>> erişim 17 Aralık 2020.
- TDK, ‘Yaymak’, Güncel Türkçe Sözlük, <<https://sozluk.gov.tr/>>erişim 15 Kasım 2020.

1. **Prof. Dr. Ömer Adil ATASOY**
Eda KURT
BİR KARŞILIKLI SİGORTA KOLU OLARAK
TÜRKİYE'DE KATILIM SİGORTACILIĞI VE
ÇEK BEDELİNİN KATILIM SİGORTASI İLE
GÜVENCEYE ALINMASI
*With Assurance Insurance Contributions Received a
Mutual Insurance Arm as in Turkey and the Czech
Cost of Insurance Contributions*
2. **Prof. Zekeriya KURŞAT**
Dr. Öğr. Üyesi Evren KOÇ
SÖZLEŞMELERDE YER ALAN TEBLİGATA
İLİŞKİN HÜKÜMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ
*Examining the Provisions Regarding Notification
Process in Contracts*
3. **Dr. Ayşegül SAYAN KARAHAN**
Prof. Dr. İbrahim YILDIRIM
AİLE MAHKEMELERİNDE BOŞANAN
BİREYLERİN BOŞANMA SONRASI YAŞAMA
UYUMLARINA İLİŞKİN BİR İNCELEME
*A Review on Post Divorce Adjustment of Divorcing
Individuals at Family Courts*
4. **Yusuf COŞKUN**
Dr. Öğr. Üyesi Cemal YORGANCIOĞLU
WESTMINSTER MODELİNE VE
CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET
SİSTEMİNE DAYALI BAKAN YARDIMCILIK
İÇİN KARŞILAŞTIRMALI ANALİZ
*Comparative Analysis for Deputy Minister Based
on the Westminster Model and the Presidential
Government System*
5. **Erdiç AVŞAR**
CUMHURİYET SAVCISININ DELİL
DEĞERLENDİRMESİ
Evidence Assessment by the Public Prosecutor
6. **Dr. Didem BAŞAR**
ÇEVREYİ KİRLETENİN SORUMLULUĞUNUN
HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÇEVRE SORUMLULUK
HUKUKUNDA SORUMLULUK SEBEPLERİNİN
YARIŞMASI
*Legal Quality of the Environmental Pollution
and Competition of Responsibility Reasons in
Environmental Liability Law*
7. **Doç. Dr. Uğur ERSOY**
Dr. Merve ALTINBAŞ
İSLAM, OSMANLI VE CUMHURİYET SONRASI
TÜRK HUKUKUNDA SARHOŞLUK SUÇU
*Drunkness Crime in Islamic, Ottoman and post-
Republican Turkish Legal Systems*
8. **Dr. Hakan A. YAVUZ**
TÜRK CEZA HUKUKUNDA HAKSIZLIK
HATASI (TCK m. 30/4) (TEORİDE VE GÜNCEL
YARGITAY UYGULAMASINDA)
*Mistake of Unjustness in Turkish Criminal Law
(Turkish Criminal Code Art. 30/4) (In the Light of
Theory and Current Decisions of the Turkish Court
of Cassation)*
9. **Serkan TURGUT**
REKABET HUKUKUNDA MUAFİYET
Exemption in Competition Law
10. **Osman UYAROĞLU**
İŞYERİNDE ÖZEL AMAÇLA İNTERNET
KULLANIMININ İŞ SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ
*Affect of Personal Internet Use in Workplace to
Labor Contract*
11. **Dr. Öğr. Üyesi Baki Oğuz MÜLAYİM**
İŞ SÖZLEŞMESİNE DİSİPLİN KURULU
KARARI İLE SON VERİLMESİ
*Termination of the Labour Contract by the Decision
of the Board of Discipline*
12. **Dr. Öğr. Üyesi Erkan EREN**
BANKACILIK UYGULAMASINDA TEMER-
RÜT (GEÇİKMİŞ) FAİZ ORANLARININ SINIR-
LANDIRILMASINA İLİŞKİN HUKUKİ GÖRÜŞ
VE DEĞERLENDİRMELER
*Legal Assessments on the Limitation of Default
Interest Rates in Banking Practice*
13. **Dr. iur. Cannur ERCAN, LL.M (Saarland)**
FİKRİ HAK KAVRAMI VE FİSR SAHİBİNİN
MANEVİ HAKLARININ GENEL ANLAMDA
KİŞİLİK HAKKIYLA İLİŞKİSİ
*The Concept of Intellectual Rights and the
Relationship between Moral Rights of the Author of
the Work and the Personal Right in a General Sense*
14. **Dr. Öğr. Üyesi Faruk Y. TURINAY**
CEZA MUHAHEMESİ HUKUKUNDA TEKNİK
ARAÇLARLA İZLEME
*Surveillance with Technical Means in Criminal
Procedure Law*
15. **Dr. Öğr. Üyesi Sezai ÇAĞLAYAN**
BM GÜVENLİK KONSEYİ REZOLÜSYONLARI
NEDİR, NASIL OKUNUR?
*What are the UN Security Council Resolutions, how
to Read?*
16. **Açelya ŞAHİN, LL.M**
Dr. Güray ÖZSU
YATIRIMCI DEVLET UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM
SİSTEMİNİN (ISDS) REFORMU BAKIMINDAN
ÖNEMLİ BİR ADIM: TASLAK ETİK KURALLAR
*An Important Step for Reform of ISDS System:
Draft Ethical Rules*
17. **Dr. Öğr. Üyesi Murat Buğra TAHTALI**
TÜRK HUKUKUNDA KAMULAŞTIRILAN
TAŞINMAZIN GERİ ALINMASINDA
İDARENİN SORUMLULUĞUNUN ESKİ
MALİKE YÜKLETİLMESİ SORUNU
*The Problem of Burden of Responsibility of
Administrative to the Former Owner in the
Expropriation of Immovable in Turkish Legal System*
18. **Dr. Öğr. Üyesi Ümit GÜVEYİ**
1982 ANAYASAL DÜZENİNDE ÖĞRETİM
ELEMANLARININ KÜRSÜ HÜRRİYETİ
*Freedom of the Rostrum of the Academic Personnel
in 1982 Constitutional Order*

Ahlatlıbel Mahallesi
İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı
06095 Çankaya / ANKARA - TÜRKİYE

T. +90 (312) 489 81 80 • F. +90 (312) 489 81 01
yayin.taa.gov.tr

ISSN:1309-6826

