

ISSN:1309-6826

TAAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

Temmuz 2023 • Sayı 55 • Yıl:14



yayin.taa.gov.tr

55



TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

"Güven Veren Adalet İçin Etkin Eğitim"

55

YIL: 14 - SAYI: 55 - TEMMUZ 2023

www.taad.taa.gov.tr

ISSN: 1309-6826

SAHİBİ / OWNER
Muhittin ÖZDEMİR

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

EDİTÖR / EDITOR
Oğuz Gökhan YILMAZ / Hâkim

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ / EDITOR IN CHIEF
Saniye Gizem OKUTAN / Adalet Uzmanı

YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD
Muhittin ÖZDEMİR
Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

Oğuz Gökhan YILMAZ
Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Editörü

Süleyman KAYNAR
Law and Justice Review Dergisi Editörü

Adnan DÖNDERALP
Akademi Kürsü Dergisi Editörü

Saniye Gizem OKUTAN
Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

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

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

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

Doç. Dr. Yasin SÖYLER
Ankara Sosyal Bilimler 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.taad.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 yayım 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 yayım 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 atf 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 BAŐBUĐ

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 ŞENOCAK

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 AVCI

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 OĞURLU

İstanbul Ticaret Üniversitesi

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

KAMU HUKUKU

İMAR HUKUKU YÖNÜNDEN SERALI ŞEHİRLEŞME

Greenhouse Urbanization By Zoning Law

Yunus ERASLAN s. 1-22

CEZAYA DEĞER HAKSIZLIĞIN FORMEL TESPİTİNDE PARÇA

HAREKET TEORİSİ (TEIL-/ZWISCHENAKTSTHEORIE)

VE HUKUKUMUZ BAKIMINDAN UYGULANABİLİRLİĞİ

Fragmentary or Intermediate Movement Theory (Teil-/Zwischenaktstheorie)

in the Determination of the Concept of “Directly Commencement of

Execution” and Its Applicability in Terms of Turkish Criminal Law

Hasan ÇATAKLI s. 23-72

TÜRK HUKUKUNDA REFAKATSİZ ÇOCUKLARIN

HUKUKİ DURUMU

The Legal Situation of Unaccompanied Minors in Turkish Law

İlyas ARSLAN s. 73-110

SUÇA SÜRÜKLENEN ÇOCUĞUN CEZA VE GÜVENLİK TEDBİRİ

SORUMLULUĞU

Responsibility of Crime and Security Measure of the Juvenile Offender

Süleyman ÖZAR s. 111-134

İNGİLTERE, ABD, ALMANYA VE FRANSA'DA VERGİ SUÇLARI VE

YARGILAMA SÜRECİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Evaluation of Tax Crimes and Jurisdiction in England, USA, Germany and

France

Ersan ÖZ; Cansu SEVİNÇ CEYHAN s. 135-172

TEHDİT VE ŞARTLI TEHDİT KAVRAMLARI BAĞLAMINDA TEHDİT

SUÇUNUN BİR ŞARTA BAĞLI OLARAK İŞLENMESİ

Committing of the Offense of Threat with a Condition in the Context of the

Concepts of Threat and Conditional Threat

Faruk Y. TURİNAY s. 173-210



FRANSIZ VE TÜRK İDARE HUKUKUNDA KİŞİSEL KUSUR
KAVRAMI

The Concept of Personal Fault in Turkish and French Administrative Law

Seyithan KAYA s. 211-256

KANUN-CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ İKİLEMİNDE
İDARİ İŞLEMLERİN YARGISAL DENETİMİ

*Judicial Review of Administrative Acts in the Law-Presidential Decree
Dichotomy*

Müzeyyen EROĞLU DURKAL s. 257-284

USULSÜZ HALKA ARZ SUÇUNDA SATIŞ KAVRAMININ HUKUKİ
NİTELİĞİ VE KAPSAMI

*The Legal Nature and Scope of the Concept of Sale in the Offence of
Irregular Public Offering*

Neslihan GÖKTÜRK s. 285-314

AVRUPA PARLAMENTOSU SEÇİMLERİNDE REFORM İHTİYACI
The Need to Modernize European Parliament Elections

A. Aslı BİLGİN s. 315-336

ADALET YÖNETİMİNDE ETKİNLİK ARAYIŞLARI:
ROBOTİK BÜROKRASİ VE YAPAY ZEKÂ YÖNETİŞİMİ

*The Search for Efficiency in the Administration of Justice: Robotic
Bureaucracy and Artificial Intelligence Governance*

Mehmet Akif ÖZER s. 337-374

ÖZEL HUKUK

EŞYA TAŞIMA HUKUKUNDA HASAR, ZIYA VE GECİKMEDEN
DOĞAN BİLDİRİM SÜRELERİ

*Notification Period Caused by Damage, Loss and Delay According to the
Law of Transportation*

Merve UYAROĞLU s. 377-394

EN ÇOK KAYRILAN MÜŞTERİ ŞARTLARININ REKABETE
ETKİLERİ -Dar EKM Şartlarına Özel Bakış-

*Effects of Most Favoured Nation Clauses on Competition
-A Closer Look at Narrow Most Favoured Nation Clauses-*

Necla SÜMER ÖZDEMİR s. 395-434

KADASTRO KANUNU'NUN TAKSİM VE KISMİ İKTİSAP
BAŞLIKLILIK 15. MADDESİNİN BELİRLİLİK İLKESİ ÇERÇEVESİNDE
DEĞERLENDİRİLMESİ

*Evaluation of Provisions of Article 15 of the Cadastre Law Titled Partition
and Partial Auction within the Framework of the Principle*

Hayriye ŞEN DOĞRAMACI s. 435-462

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA ECZANELERDE KİMLİK
TESPİT YÜKÜMLÜLÜĞÜ ve SÜRECİN TBK m.23 ÇERÇEVESİNDE
DEĞERLENDİRİLMESİ

*Obligation of Authentication in Pharmacies in the Light of Court of Appeals
Decisions and Evaluation of the Process within the Framework of Article 23
of Turkish Code of Obligations*

İbrahim ANKARA; Şebnem AKİPEK ÖCAL s. 463-498

ICSID TAHKİMİNDE HAKEM HEYETLERİNİN TÜRKİYE'DE
YÜRÜTÜLEN CEZA YARGILAMALARINI DURDURMA YETKİSİ

*The Authority of ICSID Tribunals for Suspension of Turkish Criminal
Proceedings*

Ahmet Sefa DİNLEYİCİ s. 499-522

ANAYASA MAHKEMESİNİN TMK m. 187'NİN İPTALİNE İLİŞKİN
KARARININ ANALİZİ VE DÜZENLEME ÖNERİSİ

*Analysis of the Constitutional Court's Annulment Decision Regarding Art.
187 of the Turkish Civil Code and Regulation Proposal*

Zeynep GÜLER ÖZER s. 523-552

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;

TRDİZİN



 **Jurix**

Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

KAMU HUKUKU

İMAR HUKUKU YÖNÜNDEN SERALI ŞEHİRLEŞME

Greenhouse Urbanization By Zoning Law

Yunus ERASLAN*

ÖZET

Dünyada gıdaya olan ihtiyacın artması, seralı tarım üretiminin de artmasına neden olmuştur. Seralar, tarımsal amaçlı yapılardır. Bu yapılar, taşınır mal niteliğinde basit nitelikli olabileceği gibi imar mevzuatı kapsamında yapı niteliğinde de olabilmektedir. İmar hukukunda bir saha her ölçekteki plan esaslarına, bulunduğu bölgenin şartlarına uygun olarak kullanılır. İskân dışı alanlarda, köy yerleşik alanlarında, mezralarda veya civarında seralar yapılmaktadır. Bu yapılar bulunduğu bölgenin şartlarına uygun yapılardır. Bu bölgelerde seralar, belirli şartlarda yapı ruhsatı aranmadan yapılabilmektedir. 11/03/2020 tarih ve 31065 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği’nde yapılan değişiklik ile, uygulama imar planı sınırı içindeki herhangi bir yapılaşmanın bulunmadığı imar adalarında yer alan parsellerde, muvakkat yapı izni verilerek suretiyle tarımsal amaçlı sera yapılmasına olanak sağlanmıştır. Çalışmamızda Yönetmelikte yapılan bu değişikliğinin imar hukukuna, şehircilik ilkelerine, planlama esaslarına etkisi açıklanmıştır. Ayrıca, konuyla ilgili idari yargı kararlarına yer verilerek çözüm önerileri de getirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: İmar, sera, seralı şehirleşme, planlı alan.

ABSTRACT

The increased need for food in the world has also resulted in increased greenhouse agricultural production. Greenhouses are structures for agriculture. These structures may be of simple nature as transporting goods, but they may also be of structure within the framework of the zoning framework. In zoning law, a site is used according to plan guidelines on all scales, the conditions of its location. Greenhouses are built in or around rural areas, tombs, or villages. These structures are consistent with the conditions of the area where it resides. In these areas, greenhouses can be made without building permits under certain conditions. An amendment to the Planned Areas Zoning Regulation of Date 11/03/2020 and Official Gazette 31065 allowed agricultural greenhouse construction to be built on parcels located on zoning islands where no

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 03.08.2022*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 13.06.2023*

* Doç. Dr., Adana Bölge İdare Mahkemesi, ab97707@adalet.gov.tr, <https://orcid.org/0000-0002-9660-5519>.

construction within the implementation planning limit was found. This change in our work explains the impact on zoning law, civic principles, planning guidelines. Additionally, proposed solutions have been made, with administrative court decisions on the issue attached.

Key Words: Architecture, greenhouse, greenhouse urbanization, planned space.

GİRİŞ

Seralar, tarımsal amaçlı yapılardır. Bu yapılar, taşınır mal niteliğinde basit nitelikli olabileceği gibi imar mevzuatı kapsamında yapı niteliğinde de olabilmektedir. Basit örtü mahiyetindeki hafif yapı olan seralar, imar hukuku ve mülkiyet hukuku anlamında bir yapı olarak kabul edilmez ve menkul mal hükümlerine tabi olur. Beton temel ve çelik çatılı vb. seralar ise İmar Kanunu kapsamında yapı niteliği haizdir. Bu nitelikteki tarımsal amaçlı seraların yapı olması nedeniyle, bu yapılar hakkında yıkım ve para cezası işlemleri tesis edilmesi söz konusu olabilecektir.

İskan dışı alanlarda, köy ve mezraların yerleşik alanları ve civarı ile kırsal yerleşik alanlar ve civarında yapılacak tarımsal amaçlı yapı olan seralar, entegre tesis niteliğinde olmamak koşuluyla yapı ruhsatı aranmadan yapılabilir. Plansız alanlarda yapılan tarımsal amaçlı seralar, bulunduğu bölgenin şartlarına ve fonksiyonuna uygun yapılar olarak karşımıza çıkmaktadır. Seralar, köy ve mezraların yerleşik alanlarında veya kırsal yerleşik alanlarda yapılırsa dahi, bulunduğu bölgenin şartlarına ve fonksiyonuna aykırı olmayacaktır.

Planlı alanlarda ise durum farklıdır. İmar Kanununun 3. maddesine göre, herhangi bir alanın her ölçekteki plan esaslarına, bulunduğu bölgenin şartlarına ve yönetmelik hükümlerine aykırı maksatlar için kullanılamayacaktır. İmar planında tarımsal alanda kalan bölgede sera yapılması bölgenin şartlarına ve fonksiyonuna uygundur. Ancak planda konut, ticari alan vb. yerlerde, bölgenin şartlarına uygun olmayan tarımsal amaçlı sera yapılması halinde durum farklıdır. Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nde değişiklik yapılmış ve herhangi bir yapılaşmanın bulunmadığı imar adalarında yer alan parsellerde, muvakkat yapı izni alınmak suretiyle tarımsal amaçlı sera yapılmasına olanak sağlanmıştır (m. 19). Yönetmelikte yapılan bu değişiklik sonrası, imar adalarında yer alan parsellerde sera yapılmasının imar hukukuna, şehircilik ilkelerine, planlama esaslarına etkisi yargı kararları ışığında açıklanmaya çalışılacaktır.

I. HUKUK SİSTEMİNDE SERALARIN TANIMI VE HUKUKİ DURUMU

A. Seraların Tanımı

Günümüzde gıdaya olan ihtiyacın artması, seralı tarım üretiminin de artmasına neden olmuştur. Seralar, taşınır mal niteliğinde basit nitelikli olabileceği gibi imar mevzuatı kapsamında yapı niteliğinde de olabilmektedir. Huku-

kunuzda seranın tanımı özel olarak Yönetmelik düzeyindeki bir düzenleyici işlemde yapılmıştır. Tarım Arazilerinin Korunması, Kullanılması ve Planlanmasına Dair Yönetmeliğin¹ 3. maddesinde sera; “iklim ve diğer dış etkilerin olumsuzluklarının kaldırılması veya azaltılması için cam, naylon veya benzeri malzeme kullanılarak oluşturulan örtüler altında, ilgili idarece ruhsatlandırılan ve ileri tarım teknikleri kullanılarak üretim yapılan tarım arazisi” olarak tanımlanmıştır. 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’nun tanımlar başlıklı 3. maddesinde ise seralar, tarımsal amaçlı yapılar kapsamında değerlendirilmektedir.² Tarımsal amaçlı seralar, birim alandan daha fazla ürün almak ve yetiştirilen ürünü dış etkilerden korumak amacıyla yapılan yapılardır.

B. Seraların Hukuki Durumu

Tarımsal amaçlı seralar, tarımsal alanlarda yapılabildiği gibi imar planında konutta kalan alanlarda da yapılabilmesi mümkündür. Tarımsal amaçlı seralar, büyüklük ve yapılaş biçimine göre, medeni hukuk ve imar hukuk yönünden farklı hukuki rejimlere tabi olması mümkündür. Bu nedenle seraların hukuki durumunu, medeni hukuk ve imar hukuku yönünden ayrı ayrı ele alıp incelenmesi gerekir.

1. Medeni Hukuk Yönünden Seraların Hukuki Durumu

Türk Medeni Kanunu’nun 728. maddesinde; “Başkasının arazisi üzerinde kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılan kulübe, büfe, çardak, baraka ve benzeri hafif yapılar, bunların malikine aittir. Bu tür yapılar, taşınır mal hükümlerine tabi olur ve tapu kütüğünde gösterilmez.” kuralına yer verilmiştir.

Bir taşınmaz üzerinde, çadır şeklinde veya demir iskelet olmadan doğrudan ürünün üstünü tünel şeklinde kapatarak yapılan seralar hafif tip yapılardır. Bu tür hafif yapılar, imar hukuku ve mülkiyet hukuku anlamında bir yapı olarak kabul edilmediğinden menkul mal hükümlerine tabi olmaktadır. Bu tür yapılar, gayrimenkul mülkiyetine bağlı ayni hak veya sınırlı ayni hak olarak tapu kütüğüne tescil edilmezler.³

¹ RGT. 09.12.2017, RGS. 30265.

² “Tarımsal amaçlı yapılar: Toprak koruma ve sulamaya yönelik altyapı tesisleri, entegre nitelikte olmayan hayvancılık ve su ürünleri üretim ve muhafaza tesisleri ile zorunlu olarak tesis edilmesi gerekli olan müştemilatı, mandıra, üreticinin bitkisel üretime bağlı olarak elde ettiği ürünü için ihtiyaç duyacağı yeterli boyut ve hacimde depolar, un değirmeni, tarım alet ve makinelerinin muhafazasında kullanılan sundurma ve çiftlik atölyeleri, seralar, tarımsal işletmede üretilen ürünün özelliği itibarıyla hasattan sonra iki saat içinde işlenmediği takdirde ürünün kalite ve besin değeri kaybolması söz konusu ise bu ürünlerin işlenmesi için kurulan tesisler ile Bakanlık tarafından tarımsal amaçlı olduğu kabul edilen entegre nitelikte olmayan diğer tesisleri” ifade eder (5403 SK 3/k).

³ Medeni Kanun kapsamındaki hafif yapılar ve bunların mülkiyet konusu hakkında geniş bilgi için bkz. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi and Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* (Filiz 2009);



Yargıtay 1. Hukuk Dairesi konuya ilişkin bir kararında, “yıkımı istenilen sera bölümünün anılan yasada tanımı yapılan yapı niteliğinde bulunmadığı açıktır. Seralar yasa hükmü karşısında yapı sayılmayıp sabit olmayan ve sökülüp götürülebilen Türk Medeni Kanunu’nun 728. maddesi kapsamındaki muhtesattandır.”⁴ şeklindeki açıklama ile bu tür basit seralar MK.m.728 kapsamında değerlendirilmektedir.

Planlı Alanlar İmar Yönetmeliğine⁵ göre, beton temel ve çelik çatı dışındaki basit örtü mahiyetindeki seraların, Yönetmelikte belirtilen hem inşaat alanı katsayısına hem de çekme mesafelerine tabi olmadığı belirtilmiştir (m. 63). Bu düzenleme ile basit nitelikteki seraların, farklı bir hukuki niteliğinin olduğunun kabul gördüğü söylenebilir.⁶

Türk Medeni Kanunu kapsamındaki basit nitelikli seralar ile İmar Kanunu kapsamında yapı niteliğini haiz olan ve basit nitelikli olmayan seralar, birbirinden farklı hukuki rejimlere tabi olmaktadır. Örneğin Medeni Kanun anlamında basit ve hafif nitelikli seralar, taşınır mal hükümlerine tabi olur ve tapu kütüğünde gösterilmez (MK m. 728). Basit nitelikli olmayan ve İmar Kanunu kapsamında yapı niteliğini haiz olan seralar ise, ilgili idarece ulusal adres bilgi sistemine ve kadastro paftasına işlenir. İmar Kanunu kapsamında olmayan, yapı niteliği taşımayan basit ve hafif nitelikli seralar hakkında yıkım ve para cezası işlemi tesis edilmesi hukuken olanaklı değildir. Beton temel ve çelik çatılı seralar gibi, İmar Kanunu kapsamında yapı niteliği haiz olan ve basit olmayan nitelikteki yapılar hakkında yıkım ve para cezası işlemleri tesis edilmesi söz konusu olabilecektir.

2. İmar Hukuku Yönünden Seraların Hukuki Durumu

Seraların ruhsat gerektirmeden yapılıp yapılmayacağı ve imar mevzuatına uygunluğu yönünden, imar planı bulunan alanlar ile imar planı bulunmayan alanların ayrı ayrı değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

a. Plansız Yerlerde ve İskân Dışı Alanlarda Yapılacak Seraların Hukuki Durumu

İmar mevzuatında seralar hakkında özel düzenlemelere yer verilmiştir. İmar Kanunu 27/1 maddesine göre, *belediye ve mücavir alanlar dışında köylerin köy yerleşik alanlarında, civarında ve mezralarda ... entegre tesis niteliğinde olmayan ve imar planı gerektirmeyen tarım ve hayvancılık amaçlı yapılar ...*

Jale G. Akipek and Turgut Akıntürk, *Eşya Hukuku* (Beta 2009); Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku* (Seçkin 2006).

⁴ Yargıtay 1 HD, E. 11087 K. 12104, 23.11.2010.

⁵ RGT. 03.07.2017, RGS. 30113.

⁶ Umut Gezgin, ‘Mevzuatımızda Seraların Hukuki Niteliği’ < MEVZUATIMIZDA-SERALARIN-HUKUKİ-NİTELİĞİ.pdf (tarimhukuku.org)> accessed 24.04.2022.

için yapı ruhsatı aranmaz. Seralar tarımsal amaçlı yapılar kapsamında olduğundan, bu alanlarda yapılan seraların bu madde kapsamında değerlendirileceği açıktır.

İmar Kanunu'nun 27. maddesine 2019 yılında eklenen 2. fıkrasında, “Belediye ve mücavir alanlar içinde veya dışındaki iskan dışı alanlarda yapılacak tarımsal amaçlı seralar, entegre tesis niteliğinde olmamak ve ilgili il tarım ve orman müdürlüğünden uygun görüş alınmak koşuluyla yapı ruhsatı aranmadan yapılabilir. Ancak etüt ve projelerinin ruhsat vermeye yetkili idarece incelenmesi, fen, sanat ve sağlık kurallarına uygun olması zorunludur.” kuralına yer verilmiştir. Kanununun 27. maddesine bu fıkranın eklenmesinin iki sebebi vardır. Birincisi, Kanununun 27/1. fıkrasının, belediye ve mücavir alanı içindeki iskân dışı alanlar ile belediye ve mücavir alan dışındaki iskân dışı alanlara yönelik bir hüküm getirmiyor olmasıdır. İkincisi ise, büyükşehir belediyelerinde il sınırlarının belediye sınırı olarak öngörülmesinden sonra, Kanununun 27/1. fıkrasının ihtiyacı karşılamıyor olmasından kaynaklanmaktadır.

Plansız alanlarda yapılacak seralarla ilgili diğer bir düzenleme de Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği'dir.⁷ Plansız Alanlar İmar Yönetmeliğinin 57. maddesinde, “Köy ve mezarların yerleşik alanları ve civarı ile kırsal yerleşik alanlar ve civarında⁸ yapılacak konut, tarımsal ve hayvancılık amaçlı yapılar ile müstemilat binaları yapı ruhsatı ve yapı kullanma iznine tabi değildir. Ancak, yapı projelerinin fen ve sağlık kurallarına uygun olduğuna dair ilgili idare onayı alınmasından sonra, muhtarlığa bildirimde bulunulmak suretiyle yapılması şarttır” kuralına yer verilmiştir. Bu madde hükmüne göre, İmar Kanunu'nda açıkça öngörülmeyen, “mezarların civarı ile kırsal yerleşik alanlar ve civarında” yapılacak tarımsal amaçlı yapı niteliğindeki seralar ile müstemilat binalarının yapı ruhsatı ve yapı kullanma iznine tabi olmadığı düzenlemesine yer verilmiştir.⁹

⁷ RGT. 02.11.1985, RGS. 18916 Mükerrer.

⁸ Kırsal yerleşik alan ve civarı: Büyükşehirlerde, İmar Kanununun 8 inci maddesinin birinci fıkrasının (ğ) bendi kapsamında kırsal özelliğinin devam ettiği ilçe belediye meclisinin teklifi üzerine büyükşehir belediye meclisince kararlaştırılan yerlerde cami, köy konağı gibi köy ortak yapıları ile yapımı tarihinde yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine uygun olarak inşa edilmiş yapıların toplu olarak bulunduğu yerlerde mevcut binaların en dışta olanlarının dış kenarlarından geçirilen çizginin içinde kalan alan kırsal yerleşik alanı; bu çizgi ile en fazla 300 metre dışından geçirilecek olan ve ilçe belediye meclisinin teklifi üzerine büyükşehir belediye meclisince karara bağlanan sınırın içinde kalan alan kırsal yerleşik alan civarını tanımlar. (Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği m. 4/34).

⁹ Yapı ruhsatı hakkında geniş bilgi için bkz. Bülent Kent, ‘İmar Planlarının Değiştirilmesi, Plan Yapı ve Ruhsatlarının İptali ve Geri Alınmasının Kazanılmış Haklar Üzerindeki Etkileri’ (2015) 3(1) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11, 37; Hüseyin Bilgin and Yasin Sezer, *Açıklamalı - İhtihatlı İmar Kanunu Uygulama Rehberi* (6th edn, Adalet 2020).



Yukarıda yer verilen düzenlemelere göre, iskân dışı alanlar ile iskân içinde dahi olsa, köy ve mezraların yerleşik alanları ve civarı ile kırsal yerleşik alanlar ve civarında yapılacak tarımsal amaçlı yapı niteliğindeki seraların, yapı ruhsatına tabi olmadığını söylemek mümkündür.

Seralar tarımsal amaçlı yapılardır. Plansız alanlarda yapılan seralar, bulunduğu bölgenin şartlarına ve fonksiyonuna uygun yapılar olarak karşımıza çıkmaktadır. Seralar, köy ve mezraların yerleşik alanlarında veya kırsal yerleşik alanlarda yapılsa dahi, bulunduğu bölgenin şartlarına ve fonksiyonuna aykırı olmayacaktır. Çünkü bu bölgeler genel itibarıyla, tarımsal uygulama yapılan bölgelerdir.

b. Planlı Yerlerde Yapılacak Seraların Hukuki Durumu

3194 sayılı İmar Kanunu'nun planların hazırlanması ve yürürlüğe konulması" başlıklı 8. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin ilk iki cümlesinde, "*İmar Planları; Nazım İmar Planı ve Uygulama İmar Planından meydana gelir. Mevcut ise bölge planı ve çevre düzeni plan kararlarına uygunluğu sağlanarak, belediye sınırları içinde kalan yerlerin nazım ve uygulama imar planları ilgili belediyelerce yapılır veya yaptırılır*" düzenlemesine yer verilmiştir.¹⁰

Planlı alanlarda yapılacak serayla ilgili bir düzenleme mevzuatta yer almamakta idi. Ancak, Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nde değişiklik yapılmış ve herhangi bir yapılaşmanın bulunmadığı imar adalarında yer alan parsellerde, muvakkat yapı izni verilmek suretiyle tarımsal amaçlı sera yapılmasına olanak sağlanmıştır (m. 19/1-2).¹¹

Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği, uygulama imar planı bulunan alanları kapsamaktadır (m. 1). Planlı alanlarda seraların ruhsat gerektirmeden yapıp yapılmayacağı ve imar mevzuatına uygunluğu konusunda, uygulama imar planı bulunan alanlar ile uygulama imar planı bulunmayan planlı alanların ayrı ayrı değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

aa. Uygulama İmar Planı Bulunan Alanlarda Yapılacak Seraların Hukuki Durumu

Uygulama İmar Planıyla, nazım imar planı esaslarına göre bölgelerin yapı adaları, bunların yoğunluk ve düzeni, yolları gösterilmiş olmaktadır (3194 SK m. 5). Herhangi bir saha, her ölçekteki plan esaslarına, bulunduğu bölgenin şartlarına ve yönetmelik hükümlerine aykırı maksatlar için kullanılamaz (3194 SK m. 3).

¹⁰ İmar planları hakkında geniş bilgi için bkz. Halil Kalabalık, İmar Hukuku Dersleri (11th edn, Seçkin 2021); Oğuz Sancakdar, *Belediyenin İmar Planını Yapması-Değiştirmesi ve İptal Davası* (Yetkin 1996); Nusret İlker Çolak and Gürsel Öngören, İmar Planları, İmar Uygulamaları ve İptal Davaları (Öngören Hukuk 2014); Bilgin and Yasin (n 9) 246.

¹¹ Bu değişiklik 11.3.2020 tarih ve 31065 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

03.07.2017 tarih ve 30113 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği’nin 5. maddesinin 12. fıkrasında, “*Bir parselin bulunduğu imar adasına ait parselasyon planı yapıp belediye encümenince kabul edilip tapuya tescil edilmeden o adadaki herhangi bir parsel için ruhsat verilemez*” düzenlemesine yer verilmiştir.

11/03/2020 tarih ve 31065 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Planlı Alanlar İmar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 2. maddesi ile esas Yönetmeliğin “Parsel kullanım fonksiyonlarına göre yapılaşma koşulları” başlıklı 19. maddesine, “*Herhangi bir yapılaşmanın bulunmadığı imar adalarında yer alan parsellerde, kullanım fonksiyonuna uygun bir yapı ruhsatı müracaatı aşamasında yıkılarak tasfiye edilmek ve İl Tarım ve Orman Müdürlüğü’nün uygun görüşü alınmak kaydı ile entegre tesis niteliğinde olmayan tarımsal amaçlı seralara, 61 inci madde uyarınca muvakkat yapı izni verilebilir. Bu yapılarda, 61 inci maddenin on altıncı fıkrasında belirtilen 250 m²’den fazla olmama koşulu aranmaz.*” hükmünü içeren ikinci fıkra eklenmiştir.

Uygulama imar planı bulunan alanlarda, muvakkat yapı izni alınarak tarımsal amaçlı sera yapılmasına olanak tanımının iki önemli sonucu ortaya çıkmıştır. Birincisi, uygulama imar planı alanında kalan ve dolayısıyla iskân içinde bulunan bir alanda, tarımsal faaliyet yapılmasına imkân tanınmıştır. Örneğin uygulama imar planı ile konut alanı, ticaret alanı veya sanayi alanı gibi bir ada içinde yer alan bir bölgede, tarımsal amaçlı yapı olan sera yapılabilecektir. İkincisi ise bu düzenlemeyle yapı niteliğinde olan ve yapı ruhsatı gerektiren seraların, muvakkat yapı izni alınarak yapılması sağlanmıştır. Bu kapsamda yapılan yapılar için yapı ruhsatı zorunluluğu kaldırılmıştır. Bu düzenlemeyle uygulama imar planındaki konut ve ticaret öngörülü imar adalarında, konut nitelikli yapı veya ticaret nitelikli yapıyla sera nitelikli tarımsal amaçlı yapının bir arada bulunmasına olanak tanıyan hukuki zemin oluşturulmuştur. Bu durum ise, seralı şehirleşmeye sebebiyet verebilecektir.

İmar planı bulunmakla birlikte henüz imar uygulaması olmayan bir arazide, fiilen tarım faaliyeti yapılabilmesinde hukuken bir engel yoktur. İmar uygulaması bulunan imar parsellerinde, yapı yapılmaksızın tarım faaliyetinde bulunulması da mümkündür. Uygulama imar planı bulunan imar parsellerinde, geçici (muvakkat) yapı ruhsatıyla tarımsal amaçlı yapı olan seralara izin veren düzenleme ile, imar planında öngörülen fonksiyona aykırı yapılaşmaya olanak tanınmaktadır. Oysaki İmar Kanununun 3. maddesine göre, herhangi bir alanın her ölçekteki plan esaslarına, bulunduğu bölgenin şartlarına ve yönetmelik hükümlerine aykırı maksatlar için kullanılmayacaktır. Uygulama imar planı bulunan bir bölgede, imar parselinin planındaki fonksiyonu dışında yapılaşabilmesi için muvakkat yapı ruhsatı düzenlenmesine olanak tanıyan yönetmelik hükmü, İmar Kanununun 3. maddesine açık olarak aykırıdır. Nitekim Danıştay 6. İdari Dava Dairesi de bu görüştedir ve bu düzenlemenin yürütmesinin



durdurulmasına karar vermiştir.¹² Danıştay İdari Dava Dairesi ise aynı görüşte değildir. Danıştay İdari Dava Dairesinin görüşü, “*Planlı Alanlar İmar Yönetmeliğinin 19. maddesine eklenen 2. fıkrası, 3194 sayılı Kanun’un 3. maddesiyle, herhangi bir sahanın, her ölçekteki plan esaslarına, bulunduğu bölgenin şartlarına ve yönetmelik hükümlerine aykırı maksatlar için kullanılamayacağı hüküm altına alınmak suretiyle de; planlı bir alanda, imar planlarının hayata geçirilmesini (gerçekleştirilmesini) engelleyecek ya da imkânsız kılacak uygulamalar yapılması yasaklanmıştır. İmar planı kapsamındaki umumi hizmet alanları haricindeki imar parsellerinde (yani imar planında konut alanı, ticaret alanı gibi yapılaşmayı mümkün kılan kullanımlara ayrılan parsellerde) muvakkat yapı izni ile tarımsal amaçlı sera yapımına müsaade edilebilmesi; ancak geçici izin verilen bu seraların, imar planındaki kullanım fonksiyonuna uygun bir yapı ruhsatı müracaatı aşamasında yıkılarak tasfiye edilmesi kaydıyla mümkün kılınmıştır. Getirilen bu şartın, imar planı kapsamında olmasına rağmen tarımsal amaçlı sera olarak kullanılmasına geçici olarak müsaade edilen bir imar parselinin, ilanihaye imar planındaki amacı dışında kullanılmasını engelleyici nitelikte olduğu açıktır. Dolayısıyla, imar planlarında kurgulanan yerleşim ve yapılaşma öngörüsünün gerçekleştirilmesine mani olacak nitelik taşımadığı, planın tatbikini sağlamaya yönelik hükümler içerdiği anlaşılan ve tarımsal amaçlı seralara muvakkat yapı izni verilmesini sıkı şartlara bağlayan düzenlemenin, 3194 sayılı Kanun’un 3. maddesinde hükme bağlanan genel esasa aykırı olmadığı*” yönündedir.¹³ Danıştay İdari Dava Dairesi bu kararı ile, Planlı Alanlar İmar Yönetmeliğinin 19. maddesine eklenen 2. fıkrasının iptali istemiyle açılan davada Danıştay Altıncı Dairesince verilen yürütmenin durdurulmasına ilişkin 01/02/2021 tarih ve E:2020/4899 sayılı kararın kaldırılmasına, 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 27. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen şartların birlikte gerçekleşmediği anlaşıldığından yürütmenin durdurulması isteminin reddine karar vermiştir. İmar parsellerinde

¹² Danıştay 6 D, E. 2020/4899, 01.02.2021 tarih ve sayılı yürütmenin durdurulması hakkında karar.

¹³ Danıştay İDD, E. 2021/655, 03.11.2021 tarih ve sayılı yürütmenin durdurulması hakkında kararı. Aynı kararda; İmar planlarının onayından itibaren 3 aylık süre içerisinde beş yıllık imar programını hazırlamakla ve imar planını tatbik etmekle yükümlü olan idarelerin, bu yükümlülüklerini anılan süre içerisinde yerine getirdikleri kabul edilse dahi, mevzuatta öngörülen beş yıllık süre, tarımsal niteliği bulunan ve bu amaçla kullanılması mümkün taşınmazlardan uzun bir süre faydalanılamaması sonucunu doğurmaktadır ki pratikte hukuki ve/veya fiili sebeplerden ötürü beş yıllık sürenin çoğu zaman aşıldığı da bilinen bir vakıadır. Bu çerçevede, uygulama imar planının onaylanması ile başlayan ve parsellasyon işleminin yapılarak taşınmazın yapılaşabilir hale gelmesine kadar olan süreçte, taşınmaz sahibince talep edilmesi halinde, parselin atıl durumda kalması yerine, geçici süreli de olsa ekonomiye kazandırılması ve kamunun ihtiyaç duyacağı tarım ürünlerinin yetiştirilmesine imkân tanınması amacıyla getirildiği anlaşılan dava konusu düzenlemenin, bu haliyle kamu yararına olduğu görüşlerine de yer verilmiştir.

yapılacak seralar için düzenlenen muvakkat izin belgesinin, geçici olup olmadığının ayrı bir başlık altında irdelenmesi yerinde olacaktır.

bb. İmar Parsellerinde Seralar İçin Düzenlenecek Muvakkat İzin Belgesinin Geçiciliği Sorunu

aaa. Genel Olarak

Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 19. maddesine eklenen 2. fıkrasına göre, herhangi bir yapılaşmanın bulunmadığı imar adalarında yer alan parsellerde, kullanım fonksiyonuna uygun bir yapı ruhsatı müracaatı aşamasında yıkılarak tasfiye edilmek kaydı ile entegre tesis niteliğinde olmayan tarımsal amaçlı seralara, 61. madde uyarınca muvakkat yapı izni verilebilir.¹⁴

¹⁴ Planlı Alanlar İmar Yönetmeliğinin "Muvakkat Yapı" başlıklı 61. maddesine göre, " (1) Uygulama imar planlarına göre tamamı veya bir kısmı umumi hizmetlere rastlayan yerler ile Kanununun 18 inci madde hükümleri tatbik olunmadan normal şartlarla yapı izni verilmeyen umumi hizmetlere ayrılan ve müracaat gününde 5 yıllık imar programına dâhil olmayan taşınmazlara, taşınmazın kamu eline geçişi sağlanıncaya kadar muvakkat yapı izni verilebilir.

(2) İmar planlarında bulunup da, plana göre kapanması gereken yol ve çıkmaz sokak üzerinde bulunan gayrimenkullere, müracaat gününde 5 yıllık imar programına dâhil olmayan yerlerde muvakkat yapı izni verilebilir.

(3) İmar yoluna mahreci bulunmayan ve komşu parsellerin yapılaşmış olması nedeniyle tevhit imkânı kalmayan parsellerde irtifakla imar yoluna geçiş hakkı bulunması şartıyla; muvakkat yapı yapılabilir. Ancak, bitişğinde bu parselle tevhibi mümkün olan yapılaşmamış parseller bulunuyor ise bu parsel diğer parsellerden herhangi biri ile tevhit edilerek yola cephe kazandırılmadıkça diğer parsellere de izin verilmez.

(4) Muvakkat yapı izni, ilgili idare encümeni kararıyla verilir.

(5) Yapı tamamlandığında geçici yapı kullanma izin belgesi alınarak kullanılır.

(6) Muvakkat yapı izinleri en fazla 10 yıllık süre için verilir. Uygulama imar planının tatbik olunmaması durumunda bu süre, plan tatbik oluncaya kadar kendiliğinden uzar.

(7) Muvakkat yapıların, imar planına ve bulunduğu bölgenin özelliklerine göre hangi maksatla kullanılabilceği ilgili idare encümenince tayin ve tespit olunur.

(8) Yapı izni verilmeden önce; ilgili idare encümeni kararının tarih ve sayısı, muvakkatlık süresi, kullanım amacı ve gerekli yapılaşma bilgileri ile birlikte, tapu kaydına şerh edilmesi gereklidir. Muvakkatlık süresi, tapu kaydına şerh verildiği günden itibaren başlar.

(9) Yapı sahibince, muvakkat yapıyı, süresi sonunda veya imar planı tatbik olunduğunda ilgili idaresince tebliğ edildiği tarihten bir ay içerisinde yıkacağı ve maksadının dışında kullanmayacağı, hiçbir hak talebinde bulunmayacağı hususlarını içeren noter onaylı taahhütnamenin ilgili idaresine verilmeden muvakkat yapı izni düzenlenmez.

(10) Yasal süresi içinde yapı sahibince yıkılıp kaldırılmayan muvakkat yapılar ilgili idaresince yıkılarak kaldırılır. Yıkım masrafı % 20 fazlasıyla yapı sahibinden tahsil edilir.

(11) İmar planı ile kapanan yollarda, Kanunun ilgili hükümleri uygulanmadığı ve yapı yapılmasına müsait bir durum elde edilemediği takdirde, kamulaştırılıncaya kadar sahiplerince olduğu gibi kullanılmaya devam olunur.

(12) Muvakkat yapıların mümkün mertebe sökülebilir malzemenin ve buna uygun bir sistemle inşa edilmesi esastır.

(13) Muvakkat yapılar tabii zeminden kotlandırılır.

bbb. Seralar İçin Düzenlenen Muvakkat İzin Belgesinin Geçiciliği

İmar adalarında yer alan parsellerde, kullanım fonksiyonuna uygun bir yapı ruhsatı müracaatı aşamasında, yıkılarak tasfiye edilmek kaydı ile seralara verilen muvakkat yapı izninin ne kadar geçici olduğunun açıklığa kavuşturulması gerekir. Danıştay İdari Dava Dairesine göre, *muvakkat izin belgesinin yapı ruhsatı müracaatı aşamasında seranın yıkılarak tasfiye edilmek kaydıyla verilmesi, ilanihaye imar planındaki amacı dışında kullanılmasını engelleyici niteliktedir. Getirilen bu şart, imar planı kapsamında olmasına rağmen imar parseline, tarımsal amaçlı sera olarak kullanılmasına geçici olarak müsaade edilmektedir.*¹⁵

Seralara verilen muvakkat yapı izninin geçiciliği hususundaki Danıştay İdari Dava Dairesi'nin bu yaklaşımına katılmak mümkün değildir. Muvakkat izin belgesinin, yapı ruhsatı müracaatı aşamasında seranın yıkılarak tasfiye edilmek kaydıyla verilmesi, bu belgeye tam anlamıyla geçicilik niteliği kazandırmayacaktır. Çünkü muvakkat izin belgesi, kullanım fonksiyonuna uygun bir yapı ruhsatı müracaatı aşamasına kadar geçerlidir. Parselin kullanım fonksiyonuna uygun bir yapı ruhsatı müracaat zamanı ise, muvakkat izin belgesi sahibinin takdirine bağlı bir durumdur. Sera için alınan muvakkat izin belgesinin sahibi, istediği zaman serasını yıkarak, parselin kullanım fonksiyonuna uygun bir yapı ruhsatı müracaatında bulunacaktır. Tarımsal amaçlı seranın yapıldığı bölgedeki imar adası, imar planına uygun olarak tamamen yapılaşmış olsa dahi, muvakkat izin belge sahibi serasını kullanmak istediği takdirde, muvakkat izin belgesi geçerliliğini koruyacaktır. Tarımsal amaçlı yapılan sera, imar parseli ve muvakkat izin belgesi sahibinin yıkılmasını istemediği sürece, adanın kullanım fonksiyonuna göre konut, ticaret alanı veya sanayi alanı gibi yapılarla birlikte belirsiz süreli olarak varlığını koruyacaktır. İmar adalarının plana uygun olarak tamamen yapılaşması durumunda dahi, imar parseli ve mu-

(14) Muvakkat yapılarda bodrum kat düzenlenemez.

(15) İmar planlarıyla veya afet nedeniyle yapı yapılması yasaklanan alanlarda muvakkat yapı yapılmasına izin verilmez.

(16) Muvakkat yapıların toplam yapı inşaat alanı 250 m²'den, kat adedi 2'den ve bina yüksekliği 7.50 metreden fazla olamaz.

(17) Kamulaştırılması gerektiği halde kamulaştırma kararı alınmayan, uygulama imar planına göre üzerinde yapı yapılması mümkün olan taşınmazlarda, malikinin talebi üzerine ilgili yatırımcı kamu kuruluşunun izni ve projeler hakkında uygunluk görüşü alınarak özel tesis olarak işletilmek üzere yürürlükteki imar planının yapılaşma ve kullanım kararlarına uygun yapı inşa edilebilir. Planda idari tesis alanı, resmi kurum, resmi bina veya tesisler alanı olarak belirlenen alanlarda, büro ve hizmet binası yapılabilir. Bu durumda bu maddedeki azami ölçülere uyulma zorunluluğu aranmaz. Ancak, bu yapılarda kat irtifakı ve kat mülkiyeti tesis edilemez. Bu alanlar kamulaştırılırken üzerindeki yapılarla birlikte kamulaştırılarak hizmetin kesintisiz sürdürülmesi sağlanır”.

¹⁵ Danıştay İDD, E. 2021/655, 03.11.2021 tarih ve sayılı yürütmenin durdurulması hakkında kararı.

vakkat izin belge sahibine tarımsal amaçlı yapılan serayı süresiz olarak kullanma takdir yetkisi vermek, sera için verilen muvakkat izin belgesinin geçici olma unsurunu önemli ölçüde etkileyen ve sınırlayan bir durumdur. İmar adası tamamen yapılaşsa dahi, parsel sahibinin belirsiz süre ve hatta takdire bağlı olarak süresiz olarak serayı kullanma hak ve yetkisinin bulunması, muvakkat izin belgesinin geçici olmadığını açık olarak göstermektedir. Bu durum ayrıca, imar planlarında kurgulanan yerleşim ve yapılaşma öngörüsünün gerçekleştirilmesine mani olacak nitelik taşır. Uygulama imar planı yapılan bir parselde, tarımsal amaçlı yapılan sera için alınan muvakkat izin belgesinin geçici olmadığını kabulü ise, buna cevaz veren Yönetmelik düzenlemesinin, herhangi bir alanın her ölçekteki plan esaslarına, bulunduğu bölgenin şartlarına ve yönetmelik hükümlerine aykırı maksatlar için kullanılmayacağına dair İmar Kanunu'nun 3. madde hükmüne de aykırı olduğunun göstergesidir.

İmar adaları plana uygun olarak tamamen yapılaşması durumunda dahi, tarımsal amaçlı yapılan serayı parsel sahibinin kullanmaya devam etmesi “*seralı şehirleşme*” durumuna yol açacaktır. Bu durum ise imar hukukuna, planlama esaslarına, şehircilik ilkelerine aykırıdır.

Herhangi bir yapılaşmanın bulunmadığı imar adalarında yer alan parsellerde, tarımsal amaçlı seralar için verilen muvakkat yapı izin belgesinin geçici olmadığını diğer bir göstergesi de, seranın yıkılmasının sadece parselin yapılaşması şartına bağlanmasıdır.

Seraya muvakkat yapı izni verilmesi için, imar adasında herhangi bir yapılaşma bulunmaması şartı aranmakta iken, seranın kaldırılması veya yıkılması için imar adasında yapılaşmaya başlanılmış olması yeterli görülmemiştir. Seranın kaldırılması için imar adası yerine imar parselinin yapılaşmasının aranması, düzenlemeyi getiren kurum iradesinin muvakkat izin belgesini geçici olarak verilmediği yönünde olduğunu göstermektedir. Yukarıda değinildiği üzere, parselin yapılaşması parsel sahibinin isteğine bağlıdır. Düzenlemenin mevcut haliyle sera ve izin belgesi sahibi, serasını belirsiz süreyle veya süresiz olarak kullanma hak ve yetkisine sahiptir. Bu durum ise, imar planının fiilen değişikliğe uğramasına sebebiyet verecek niteliktedir.¹⁶ Örneğin uygulama imar planında konut veya ticaret alanında kalan bir adadaki parsele yapılan seranın süresiz veya belirsiz süreyle kullanılmasına hukuken olanak tanımak, bu alanın niteliğinin tarımsal alana dönüşmesine sebebiyet verir. Bu durum ise fiili bir plan değişikliği hükmündedir.

¹⁶ İmar planı değişikliği hakkında geniş bilgi için Seyfettin Kara, *Danıştay Kararları Işığında İmar Planı Değişikliği* (Yetkin 2016); Melih Ersoy, ‘İmar Planı Değişiklikleri ve Yargı Denetimi’ (1997) (17:1-2) ODTÜ Mimarlık Fakültesi Dergisi, 53, 73; Kadir Çiçek, ‘İmar Plan Değişikliklerinin Usul ve Esasları’, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2016; Mustafa Genç, İmar Hukuku (Seçkin 2015).



Planlı Alanlar İmar Yönetmeliğinin 19. maddesine eklenen 2. fıkrası ile getirilen düzenlemede, muvakkat izin belgesinin geçici olduğu amaçlansa idi, seranın kaldırılması veya yıkılması için de imar adasında yapılaşmaya başlanılmış olma sebebi yeterli görülürdü. Bu nedenle Yönetmeliğin 19. maddesine eklenen 2. fıkrası kapsamında seralar için alınan muvakkat izin belgesinin geçici nitelikte olmadığı, imar planlarında kurgulanan yerleşim ve yapılaşma öngörüsünün gerçekleştirilmesine mani olacak nitelik ve potansiyel taşıdığı açıktır.

ccc. Planlı Alanlar İmar Yönetmeliğinin 61. Maddesine Yapılan Atfın Geçiciliğe Etkisi

Seralara verilen muvakkat yapı izninin Planlı Alanlar İmar Yönetmeliğinin 61. maddesi uyarınca verilmesinin, bu belgenin geçiciliğini hangi düzeyde etkilediğinin de açıklığa kavuşturulması gerekir. Planlı Alanlar İmar Yönetmeliğini 61 inci maddesine göre, “uygulama imar planlarına göre tamamı veya bir kısmı umumi hizmetlere rastlayan yerler ile Kanununun 18 inci madde hükümleri tatbik olunmadan normal şartlarla yapı izni verilmeyen umumi hizmetlere ayrılan ve müraaat gününde 5 yıllık imar programına dâhil olmayan taşınmazlara, taşınmazın kamu eline geçişi sağlanıncaya kadar muvakkat yapı izni verilebilir. Yapı tamamlandığında geçici yapı kullanma izin belgesi alınarak kullanılır. Muvakkat yapı izinleri en fazla 10 yıllık süre için verilir. Uygulama imar planının tatbik olunmaması durumunda bu süre, plan tatbik oluncaya kadar kendiliğinden uzar”. Bu madde hükmüne göre muvakkat yapı izinleri, taşınmazın kamu eline geçişi sağlanıncaya kadar verilebilir. Azami süre ise 10 yıldır. Uygulama imar planının tatbik olunmaması durumunda bu süre, plan tatbik oluncaya kadar kendiliğinden uzamaktadır. Azami süre 10 yıl olarak belirlenmiş ise de, plan tatbik oluncaya kadar 10 yıllık süre kendiliğinden uzayacağından, 10 yıllık sürenin mutlak anlamda üst süre sınırı olmadığı görülmektedir. Ancak bu madde hükmündeki en önemli husus, muvakkat yapı izin belgesinin geçerlilik süresinin, izin belgesi sahibinin takdirine bırakılmamış olmasıdır. Muvakkat izin belgesi, taşınmazın kamu eline geçişi sağlanıncaya kadar, 10 yıl veya uygulama imar planı tatbik oluncaya kadar geçerlidir. Muvakkat izin belgesi geçerlilik sürenin bitimi bizzat yönetmelikte gösterilmiştir. Bu madde hükmünde, muvakkat yapı izninin geçiciliğinin ön plana çıkarıldığı aşikârdır. Taşınmaz kamu eline geçince veya uygulama imar planı tatbik olunca, muvakkat izne konu yapı yıkılacaktır. Böylece alanın her ölçekteki plan esaslarına, bulunduğu bölgenin şartlarına aykırı maksatlar için sürekli olarak kullanılması engellenmiş olacaktır.

Planlı Alanlar İmar Yönetmeliğinin 19. maddesine eklenen 2. fıkrası ile getirilen düzenlemede ise, seralar için düzenlenecek muvakkat yapı izinlerinin hem Yönetmeliğin 61. maddesi uyarınca verileceği belirtilmiş, hem de kullanım fonksiyonuna uygun bir yapı ruhsatı müraعاتı aşamasında yıkılarak tasfiye edilmek kaydıyla verileceği belirtilmiştir. Yönetmelik hükmünde

geçen, “kullanım fonksiyonuna uygun bir yapı ruhsatı müracaatı aşamasında yıkılarak tasfiye edilmek kaydına yer verilmesi” ifadesi, muvakkat yapı izin belgesinin geçerlilik süresine ilişkin özel bir düzenleme niteliği taşımaktadır. Yönetmeliğin 61. maddesinde azami süre 10 yıl olarak belirlenmiş ise de, plan tatbik oluncaya kadar 10 yıllık süre kendiliğinden uzayacağından, 10 yıllık süre mutlak anlamda üst süre sınırı değildir. Kaldı ki sera için muvakkat izin belgesi alınan imar parselinde uygulama imar planının tatbiki, bu parselde plan hükümlerine uygun bir yapı ruhsatı alınması ve yapı yapılmasıyla gerçekleşecektir. Muvakkat izin belgesi ve imar parseli sahibinin 10 yıl içinde plana uygun bir yapı ruhsatı almaması durumunda, sera yapılmış parsel yönünden uygulama imar planının tatbik olunduğunu söylemek hukuken olanaklı değildir. Diğer bir anlatımla, muvakkat izin belgesi ile üzerine sera yapılmış parsel yönünden uygulama imar planının tatbiki, izin belgesi veya parsel sahibinin takdirine bırakılmış görülmektedir. Bu açıklamalar ışığında, imar adalarındaki parsellere sera için muvakkat yapı izninin 61. madde uyarınca verilmesi de, muvakkat yapı izninin geçici olmadığı, belirsiz süreli ve süresiz olduğu yönündeki gerçeği değiştirmemektedir.

ddd. Çözüm Önerisi

Planlı Alanlar İmar Yönetmeliğinin 19. maddesine eklenen 2. fıkrası ile getirilen düzenlemenin iptali istemiyle açılan dava Danıştay’da görülmeye devam etmektedir. İmar adalarındaki parsellerde yapılan seralar için alınan muvakkat izin belgesinin geçici nitelikte olmaması ve Yönetmeliğin 19. maddesine eklenen 2. fıkrasıyla getirilen düzenlemenin imar hukukuna, planlama esaslarına, şehircilik ilkelerine açık aykırı olması nedeniyle bu düzenlemenin idari yargı tarafından iptal edilmesi hukuka uygun olacaktır.

Diğer bir alternatif ise, Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği’nin 19. maddesine eklenen 2. fıkrasında değişiklik yapılarak, herhangi bir yapılaşmanın bulunmadığı imar adalarında yer alan parsellerde, tarımsal amaçlı seralara verilen muvakkat yapı izin belgesinin, geçici nitelikte olması sağlanmalıdır. Yapılacak değişiklikle mutlaka, muvakkat izin belgesinin geçici olduğu hususu ön plana çıkarılmalıdır. Bunun için öncelikle, yönetmelik hükmünde öngörülen seranın yıkılması veya kaldırılması hususundaki takdir yetkisi, parsel veya muvakkat izin belgesi sahibinden alınmalıdır. İmar adasının belli bir oranda veya tamamen yapılaşması halinde, muvakkat izin belge sahibinin aksi yöndeki iradesine rağmen, seranın yıkılması veya kaldırılmasını sağlayacak düzenleme yapılmalıdır. Ya da, sera için düzenlenen muvakkat izin belgesi için azami 20-30 yıllık bir süre öngörülebilir. Bu süre içinde imar adasında yapılaşma bulunmadığı takdirde, imar adasındaki yapılaşma tarihine kadar süre uzatılabilir. Bu şekilde uygulama imar planı bulunan bir alanda şehircilik ilkelerine, planlama esaslarına ve imar hukukuna aykırı oluşacak “seralı şehirleşme” önlenabilir.



cc. Uygulama İmar Planı Bulunmayan Planlı Alanlarda Yapılacak Seraların Hukuki Durumu

İmar Kanunu'nun 8/1-b madde hükmünde, "İmar Planları; Nazım İmar Planı ve Uygulama İmar Planından meydana gelir. Mevcut ise bölge planı ve çevre düzeni plan kararlarına uygunluğu sağlanarak, belediye sınırları içinde kalan yerlerin nazım ve uygulama imar planları ilgili belediyelerce yapılır veya yaptırılır" düzenlemesine yer verilmiştir.

Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 19. maddesine eklenen 2. fıkrası, uygulama imar planı bulunan alanlarda uygulanır. Planlı Alanlar İmar Yönetmeliğinin 2. maddesine göre, bu yönetmelik uygulama imar planı bulunan alanları kapsamaktadır. Bu nedenle, uygulama imar planı bulunmayan planlı alanlarda bu Yönetmelik hükmü uygulanmayacaktır. Uygulama imar planı bulunmayan planlı alanlar, nazım imar planı dâhilinde olup da uygulama imar planı dışındaki alanlar olarak tarif edebiliriz. Sera yapımı bakımından bu alanlar, imar ruhsatı gerektiren alanlardandır. Bu özelliğiyle bu alanlar ayırıcı bir özelliğe sahiptir. Çünkü bu alan dışındaki bütün alanlarda yapı niteliğindeki seralar, kalıcı yapı ruhsatı alınmadan (geçici izin belgesi dâhil) yapılabilir.

İskân dışı alanlarda¹⁷ tarımsal amaçlı seralar, yapı ruhsatı alınmadan yapılabilir (İmar Kanunu m. 27). Belediye ve mücavir alanlar dışında köylerin köy yerleşik alanlarında, civarında ve mezralarda yapılacak konut, entegre tesis niteliğinde olmayan ve imar planı gerektirmeyen tarım ve hayvancılık amaçlı yapılar için yapı ruhsatı aranmaz (İmar Kanunu m. 27). Plansız Alanlar İmar Yönetmeliğinin 57. maddesine göre de, belediye mücavir alan sınırları dışında planı bulunmayan köy ve mezraların yerleşik alanlarında ve kırsal yerleşik alanlarda tarımsal ve hayvancılık amaçlı yapılar ile müştemilat binaları yapı ruhsatı ve yapı kullanma iznine tabi değildir. Bu açıklamalar ışığında, uygulama imar planı bulunmayan planlı alanlardaki tarımsal amaçlı olan seralar, yapı ruhsatı alınmadan yapılacak yapılardan değildir. Uygulama imar planı sınırlarındaki alanlarda, belli şartlarda muvakkat yapı izni alınarak tarımsal amaçlı sera yapılması olanağı mevcutken, uygulama imar planı sınırı dışında olup da nazım plan sınırları içinde bulunan alanlarda yapılan seralar için yapı ruhsatı alınması gerekmektedir.

İmar Kanunu'nda nazım imar planı dışındaki tarımsal ve özellikle sera tipi yapıların, yapı ruhsatı alınmadan yapılabilmesine olanak veren düzenlemeler yapılmıştır. Ancak Kanunda nazım imar planı sınırları içindeki tarımsal yapıların, istisnai durumlar (muvakkat izin) dışında yapı ruhsatı alınmadan yapı-

¹⁷ Plansız Alanlar İmar Yönetmeliğinin Tanımlar Başlıklı 4. Maddesine göre "Yerleşme alanı dışı (iskân dışı) alan": Her ölçekteki imar planı sınırı, yerleşik alan sınırı, belediye ve mücavir alan sınırları dışında kalan köy ve mezraların yerleşik alanı ve civarı ile kırsal yerleşik alan ve civarlarının dışında kalan alanlardır.

lacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kanun koyucu bu durumu bilerek ve isteyerek tercih etmiştir. Çünkü imar planı yapılan yerlerdeki yapılar, planlama esaslarına ve bölgenin şartlarına uygun olarak yapılacaktır. Kanun koyucu tarımsal amaçlı yapılar için yapı ruhsatı gerekip gerekmediği yönünden, uygulama imar planı yapılmayan planlı yerlerde dahi esnek davranmamıştır. Bu alanlarda yapı ruhsatı olmadan tarımsal amaçlı yapı yapılmasına olanak tanımamıştır. Uygulama imar planı, nazım imar planından sonra yapılan imar planıdır. Uygulama imar planı yapılmayan planlı yerlerde, tarımsal amaçlı yapılar için yapı ruhsatı öngören kanun koyucunun, uygulama imar planı olan yerlerde, tarımsal amaçlı yapılar için yapı ruhsatını evleviyetle aranmasını amaçladığını söyleyebiliriz. Kanun koyucunun iradesi bu yönde olmasına karşın, Yönetmelik hükmü ile uygulama imar planı yapılan alanlarda muvakkat izinle de olsa, planda öngörülen bölgenin şartlarına aykırı olarak tarımsal amaçlı sera yapılmasına cevaz vermenin kanun koyucunun amacına ve iradesine aykırı olduğunu söylemek mümkündür. Kaldı ki, yukarıda açıklandığı üzere normal yapılar için 61. madde kapsamında verilecek muvakkat izin şartları ile seralar için 19. madde kapsamında verilecek muvakkat izin şartları ve sonuçları birbiriyle örtüşmemektedir.

II. SERALI ŞEHİRLEŞME KONUSUNA İDARİ YARGI YERLERİNİN YAKLAŞIMI

A. Genel Olarak

Uygulama imar planı bulunan alanlarda yapılan tarımsal amaçlı seralar hakkında tesis edilen yıkım ve para cezası işlemleri, idari yargıda davaya konu olabilmektedir. Bu tür davalarda idari yargı mercileri, basit örtü niteliğinde olmayan seraların imar hukuku anlamında bir yapı olduğu ve ruhsat gerektirdiği yönünde kararlar verilmektedir.¹⁸

11/03/2020 tarih ve 31065 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği değişikliği ile Yönetmeliğe eklenen 19. maddesi 2. fıkrası sonrası ise, bu tür yapılar muvakkat yapı izni ile yapılabilecektir. Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği hükümlerine uyulmadan ve muvakkat yapı izni alınmadan sera yapılması halinde ise, bu yapılara yapı ruhsatı alınması gerekmekte ve yapı ruhsatı alınmadan yapılan seranın ruhsatsız yapı olması niteliği nedeniyle yıkım ve imar para cezası işlemine konu olabilecektir. Bu yönde bölge idare

¹⁸ Mersin ili, Anamur ilçesi, Mahallesi, ... sayılı parselde bulunan taşınmaz üzerinde ruhsatsız sera yapıldığından bahisle ... imar para cezası verilmesine ilişkin 02/12/2014 günlü, 264 sayılı ve aynı Kanununun 32. maddesi uyarınca söz konusu yapının yıkımına ilişkin ... Belediye Encümeni kararlarının iptali istemiyle açılan davada, para cezası ile yıkım işlemi yönünden ise davanın reddine dair kararın onanmasına dair; Danıştay 6 D, E. 2019/5632 K. 2020/4234, 15.05.2020.

mahkemesi kararı da bulunmaktadır¹⁹. Uygulama imar planı bulunan alanlarda muvakkat yapı izni alınmadan yapılan tarımsal amaçlı seraların, ruhsatsız yapı hükmünde olduğu, ruhsatsız yapılar hakkında müeyyidelere tabi olması gerektiği yönündeki idari yargı yaklaşımı, seralı şehirleşmenin önlenmesi açısından kayda değerdir.

B. Yönetmelik Değişikliği Öncesi Yapılan Tarımsal Amaçlı Seralar Yönünden

11/03/2020 tarihli Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği değişikliği öncesinde, uygulama imar planı bulunan alanlarda yapılan tarımsal amaçlı seralar hakkında tesis edilen yıkım işlemlerinin, 11/03/2020 tarihli değişiklikten sonra hukuki akıbetlerinin açıklığa kavuşturulması yerinde olacaktır. 11/03/2020 tarihinden önce yıkım işlemi tesis edilmiş ve uygulanmış ise, hukuken yapılacak bir şey yoktur. Sadece, yıkım işlemine açılan davada iptal yönünde bir karar verilmesi halinde, zararın tazmini söz konusu olabilecektir. Sera hakkında tesis edilen yıkım işlemi uygulanmamış ise durum farklıdır. Yıkım işlemi kesinleşmiş olsa dahi (davanın reddi suretiyle de olsa), sera sahibi muvakkat yapı izni alarak yapısını imar mevzuatına aykırı yapı olmaktan çıkarabilir. Muvakkat yapı izni alınan sera hakkında, daha önce tesis edilen yıkım işleminin hukuken geçerliliğini yitirdiğini söyleyebiliriz. Böyle bir durumda yıkım işlemi uygulanamaz. Uygulanması halinde, idarenin zararın tazmin sorumluluğu doğar. 11/03/2020 tarihli Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği değişikliği öncesi dönemde tesis edilen yıkım işlemi dava konusu edilse dahi, dava aşamasında muvakkat yapı izni alınan sera, imar mevzuatına uygun yapı statüsüne girer. Dava aşamasında muvakkat yapı izni alınan sera hakkındaki yıkım işleminin mahkemece iptali hukuka uygun olacaktır.²⁰ Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta, *Planlı Alanlar Yönetmeliğinin uygulandığı alanda yapılan ruhsatsız sera için tesis edilen yıkım ve para cezası işleminin iptali istemiyle açılan davanın reddine dair kararda, yapılan ara kararları ile davacıdan ve davalı idareden dava konusu sera inşaatına bu hükümler kapsamında muvakkat yapı izni verilip verilmediğinin araştırıldığı, dava konusu sera inşaatı için sonradan yürürlüğe giren*

¹⁹ Konya BİM 2 İDD, E. 2021/656 K. 2021/2053, 14.10.2021. Bu karara göre, Uygulama İmar Planı bölgesinde Planlı Alanlar İmar Yönetmeliğine göre muvakkat yapı izni verilerek sera yapılması durumu, tarımsal amaçlı sera yapımını kolaylaştırmak için getirilmiş olan şartlar olup, ilgilinin kolay olan yolu tercih ederek gerekli şartları sağlayıp ruhsat almadan sera inşa edebileceği; yahut da daha fazla malî masraf ve prosedür içeren yolu tercih ederek yapı ruhsatı almak suretiyle sera inşa edebileceği; dolayısıyla ilk yolun tercih edilmesi durumunda yapı ruhsatı alınmadan yapının yapılabileceği; ancak ilk yol tercih edilmezse sera inşa edebilmek için mutlak surette yapı ruhsatı alınması gerektiği, alınmaması halinde ise yıkım ve para cezasına konu edileceği yönündedir.

²⁰ Ancak işlemin tesis edildiği tarih itibarıyla seranın izin belgesi olmadığından, yargılama giderinin davalı idare üzerinde bırakılmaması hukuka ve hakkaniyete uygun olacaktır.

*mevzuat hükümleri kapsamında muvakkat yapı izni alınarak seranın ruhsatlı hale gelmediği*²¹, açıklamasına yer verilmiştir. Kararda yer verilen bu gerekçe ile, hakkında yıkım işlemi tesis edilen seraya sonradan alınan muvakkat yapı izninin, yapıyı imar mevzuatına uygun hale getirdiğinin mahkemece de kabul edildiği söylenebilir.

C. Yönetmelik Değişikliği Sonrası Muvakkat Yapı İzni Alınmadan Yapılan Tarımsal Amaçlı Seralar Yönünden

11/03/2020 tarihli Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği değişikliği sonrasında, seralar hakkında tesis edilen yıkım işlemleri için de aynı durum geçerlidir. Uygulama imar planı bulunan alanlarda muvakkat yapı izni alınmadan yapılan tarımsal amaçlı seralar, ruhsatsız yapıdır. Bu şekilde yapılan serayla ilgili tesis edilen yıkım işlemi uygulanmadığı sürece, sera sahibi muvakkat yapı izni alarak, yapısını imar mevzuatına aykırı yapı olmaktan çıkarabilir. Böyle bir durumda muvakkat yapı izni alınan sera hakkında, daha önce tesis edilen yıkım işlemi hukuken geçerliliğini yitirir. Dava açılmış ise, yıkım işleminin mahkemece iptali gerekir.²² Ancak burada temel şart, ister dava açılmış olsun ister olmasın muvakkat yapı izni alınarak yapının imar mevzuatına uygun hale getirilmiş olması gerektiğidir. Muvakkat yapı izni alınmadığı sürece, sera hakkındaki yıkım işlemi hukuka uygunluğunu koruyacaktır. Uygulama imar planı bulunan alanda izinsiz olarak yapılan tarımsal amaçlı sera, muvakkat yapı izni alınması için gerekli şartlara haiz olsa dahi durum değişmeyecektir. Ancak, 11/03/2020 tarihli Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği değişikliği sonrasında, uygulama imar planı bulunan alanlarda izin alınmadan yapılan tarımsal amaçlı seralar hakkında tesis edilen yıkım veya mühürleme işlemlerinin, muvakkat yapı izni alınmamış olsa bile, “*seranın muvakkat yapı izni alma şartları mevcut olduğu*” gerekçesiyle iptali yönünde idari yargıda kararlar verildiği görülmektedir.²³ Bu karara katılmak hukuken olanaklı değildir. Çünkü, Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği’nin 19. maddesi hükümlerine göre sera inşaatları, ilgili İl Tarım Orman Müdürlüğünün uygunluk görüşü yanında ilgili belediyeden muvakkat yapı izni alınarak yapılması gereken yapılardır. Hatta muvakkat yapı iznine tabi yapı tamamlandığında, geçici yapı kullanma izin belgesi alınarak kullanılır (Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği m. 61). Muvakkat yapı izni alabilme koşullarının var olması, muvakkat yapı izni alınmış gibi işlem tesisi ve hukuki yorum yapılmasını gerektirmez. Muvakkat yapı izni alınması gerekirken

²¹ Adana BİM 2 İDD, E. 2020/1484 K. 2021/985, 08.06.2021.

²² Ancak işlemin tesis edildiği ve davanın açıldığı tarih itibarıyla seranın izin belgesi yok ise, yargılama giderinin davalı idare üzerinde bırakılmaması hukuka ve hakkaniyete uygun olacaktır.

²³ Adana BİM 2 İDD, E. 2020/1484 K. 2021/985, 08.06.2021; Adana BİM 2 İDD, E. 2021/1269 K. 2022/506, 10.03.2022; Adana BİM 2 İDD, E. 2020/1535 K. 2022/487, 17.03.2022.



bu izin alınmadan yapılan yapılara yaptırımsal işlem tesisini önlemek, planlı alanlarda “seralı şehirleşme” oluşumuna sebebiyet verir ve hızlandırır. Bu durum ise imar hukukuna açık aykırılık oluşturur.

Yukarıda değinildiği üzere Konya Bölge İdare Mahkemesi, uygulama imar planı bulunan alanlarda muvakkat yapı izni alınmadan yapılan seraların ruhsatsız yapı olması nedeniyle yıkım ve para cezası işlemi tesisinin hukuka uygun olduğu yönünde karar vermekte iken,²⁴ Adana Bölge İdare Mahkemesi muvakkat yapı izni alınmayan seranın, muvakkat yapı izni alma şartları mevcut ise, yıkım ve para cezası işlemine konu edilmesinin hukuka aykırı olduğu yönünde kararlar vermektedir. Buna göre, muvakkat yapı izni alınmadan yapılan seralara ilişkin tesis edilen müeyyidelerle ilgili benzer olaylarda, farklı bölge idare mahkemeleri dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında aykırılık bulunduğunu söylemek mümkündür.²⁵ Bu konuda aykırılığın giderilmesine ilişkin olarak Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca verilmiş bir karar da yoktur.²⁶ Bu konudaki aykırılığın giderilmesi amacıyla ilgili bölge idare mahkemesi başkanlar kurulunca, Danıştay’dan karar verilmesini istenilmesi yerinde olacaktır.

SONUÇ

Seralar, tarımsal amaçlı yapılandıdır. Basit örtü mahiyetindeki hafif yapı olan seralar, imar hukuku ve mülkiyet hukuku anlamında bir yapı olarak kabul edilmez ve menkul mal hükümlerine tabi olur. Basit örtü mahiyetinde olmayan, beton temel ve çelik çatılı vb. seralar ise İmar Kanunu kapsamında yapı niteliği haizdir. Bu nitelikteki tarımsal amaçlı seraların yapı olması nedeniyle, bu yapılar hakkında yıkım ve para cezası işlemleri tesis edilmesi söz konusu olabilecektir.

İskan dışı alanlarda, köy ve mezraların yerleşik alanları ve civarı ile kırsal yerleşik alanlar ve civarında yapılacak tarımsal amaçlı yapı olan seralar, en-

²⁴ Konya BİM 2 İDD, E. 2021/656 K. 2021/2053, 14.10.2021.

²⁵ Farklı bölge idare mahkemeleri arasındaki aykırılığın giderilmesi hakkında geniş bilgi için bkz. Hüseyin Bilgin, ‘Bölge İdare Mahkemesi Kararları Arasındaki Aykırılık ve Uyuşmazlığın Giderilmesi Sorunu’ (2021) 15(3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 637, 645; Turan Yıldırım, ‘İdari Yargıda İçtihat Farklılıkları Sorunu ve Çözüm Önerileri’ (2017) (93) Danıştay ve İdari Yargı Günleri 149. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları 135, 143; Oğuz Sancakdar, ‘İdari Yargı İstinaf Sistemindeki Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri’ (2016) (91) Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları 29,113; Murat Sezginer, ‘İdari Yargıda İstinaf İncelemesinin Esasları ile İstinaf Uygulamasında İçtihat Ayrılıkları Sorunu ve Çözüm Yolları’ (2018) (99) Danıştay ve İdari Yargı Günü 150. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları, 111, 135.

²⁶ Hüseyin Bilgin, *Bölge İdare Mahkemelerinin Kesin Kararları Arasındaki İçtihat Farklılığının Giderilmesine Yönelik Danıştay Kararları* (Seçkin 2021); Zeki Uysal, *İdari Yargıda İçtihat Aykırılığının Önlenmesi ve Giderilmesi Usulü* (Seçkin 2021).

tegre tesis niteliğinde olmamak koşuluyla yapı ruhsatı aranmadan yapılabilir. Plansız alanlarda yapılan tarımsal amaçlı seralar, bulunduğu bölgenin şartlarına ve fonksiyonuna uygun yapılar olarak karşımıza çıkmaktadır. Seralar, köy ve mezraların yerleşik alanlarında veya kırsal yerleşik alanlarda yapılsa dahi, bulunduğu bölgenin şartlarına ve fonksiyonuna aykırı olmayacaktır.

Planlı alanlarda ise durum farklıdır. İmar Kanununun 3. maddesine göre, herhangi bir alanın her ölçekteki plan esaslarına, bulunduğu bölgenin şartlarına ve yönetmelik hükümlerine aykırı maksatlar için kullanılamayacaktır. İmar planında tarımsal alanda kalan bölgede sera yapılması bölgenin şartlarına ve fonksiyonuna uygundur. Ancak planda konut, ticari alan vb. yerlerde, bölgenin şartlarına uygun olmayan tarımsal amaçlı sera yapılması halinde durum farklıdır. Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nde değişiklik yapılmış ve herhangi bir yapılaşmanın bulunmadığı imar adalarında yer alan parsellerde, muvakkat yapı izni alınmak suretiyle tarımsal amaçlı sera yapılmasına olanak sağlanmıştır (m. 19).

Uygulama imar planı bulunan bir bölgede, imar parselinin planındaki fonksiyonu dışında yapılaşabilmesi için muvakkat yapı ruhsatı düzenlenmesine olanak tanıyan yönetmelik hükmü, İmar Kanununun 3. maddesine açık olarak aykırıdır. Danıştay İdari Dava Dairesinin 03.11.2021 tarih ve E. 2021/655 sayılı kararı, “muvakkat izin belgesinin yapı ruhsatı müracaatı aşamasında seranın yıkılarak tasfiye edilmek kaydıyla verilmesi, ilanihaye imar planındaki amacı dışında kullanılmasını engelleyici niteliktedir. Getirilen bu şart, imar planı kapsamında olmasına rağmen imar parseline, tarımsal amaçlı sera olarak kullanılmasına geçici olarak müsaade edildiği” yönünde ise de, bu karara katılmak hukuken olanaklı değildir.

Muvakkat izin belgesinin yapı ruhsatı müracaatı aşamasında seranın yıkılarak tasfiye edilmek kaydıyla verilmesi, bu belgeye tam anlamıyla geçicilik niteliği kazandırmayacaktır. Çünkü muvakkat izin belgesi, kullanım fonksiyonuna uygun bir yapı ruhsatı müracaatı aşamasına kadar geçerlidir. Parselin kullanım fonksiyonuna uygun bir yapı ruhsatı müracaat zamanı ise, muvakkat izin belgesi sahibinin takdirine bağlı bir durumdur. Tarımsal amaçlı seranın yapıldığı bölgedeki imar adası tamamen yapılaşmış olsa dahi, imar parseli ve muvakkat izin belge sahibi, serasını kullanmak istediği takdirde muvakkat izin belgesi geçerliliğini koruyacaktır.

İmar adası tamamen yapılaşsa dahi, parsel sahibinin belirsiz süre ve hatta takdire bağlı olarak süresiz olarak serayı kullanma hak ve yetkisinin bulunması, muvakkat izin belgesinin geçici olmadığını açık olarak göstermektedir. Bu durum ayrıca, imar planlarında kurgulanan yerleşim ve yapılaşma öngörüsünün gerçekleştirilmesine mani olacak nitelik taşır. İmar adalarındaki parsellere sera için muvakkat yapı izninin Yönetmeliğin 61. madde uyarınca verilmesi de, muvakkat yapı izninin geçici olmadığı, belirsiz süreli ve süresiz olduğu



yönündeki gerçeği değiştirmemektedir. Uygulama imar planı yapılan bir parselde, tarımsal amaçlı yapılan sera için alınan muvakkat izin belgesinin geçici olmadığı kabulü ise, buna cevaz veren yönetmelik düzenlemesinin herhangi bir alanın her ölçekteki plan esaslarına, bulunduğu bölgenin şartlarına ve yönetmelik hükümlerine aykırı maksatlar için kullanılamayacağına dair kanun hükmüne de aykırı olduğunun göstergesidir.

Plana uygun olarak imar adalarının tamamen yapılaşması durumunda, muvakkat izin belge sahibinin tarımsal amaçlı yapılan serayı kullanmaya devam etmesi “seralı şehirleşme” durumuna yol açacaktır. Bu durum ise imar hukukuna, planlama esaslarına ve şehircilik ilkelerine aykırıdır.

İmar adalarındaki parsellerde yapılan seralar için alınan muvakkat izin belgesinin geçici nitelikte olmaması ve Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği’nin 19. maddesine eklenen 2. fıkrasıyla getirilen düzenlemenin imar hukukuna, planlama esaslarına, şehircilik ilkelerine açık aykırı olması nedeniyle, bu düzenlemenin Danıştay tarafından iptal edilmesi imar hukukuna uygun olacaktır.

Diğer bir alternatif ise, Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği’nin 19. maddesine eklenen 2. fıkrasında değişiklik yapılarak, herhangi bir yapılaşmanın bulunmadığı imar adalarında yer alan parsellerde tarımsal amaçlı seralara verilen muvakkat yapı izin belgesinin, geçici nitelikte olması sağlanmalıdır. Yapılacak değişiklikle, mutlaka muvakkat izin belgesinin geçici olduğu hususu ön plana çıkarılmalıdır. Bunun için öncelikle, yönetmelik hükmünde öngörülen seranın yıkılması veya kaldırılması hususundaki takdir yetkisi, parsel veya muvakkat izin belgesi sahibinden alınmalıdır. İmar adasının belli bir oranda veya tamamen yapılaşması halinde, muvakkat izin belge sahibinin aksi yöndeki iradesine rağmen seranın yıkılması veya kaldırılmasını sağlayacak düzenleme yapılmalıdır. Bu şekilde, uygulama imar planı bulunan bir alanda şehircilik ilkelerine, planlama esaslarına ve imar hukukuna aykırı oluşacak “seralı şehirleşme” önlenabilir.

KAYNAKÇA

Akipek JG and Akıntürk T, *Eşya Hukuku* (Beta 2009).

Bilgin H and Sezer Y, *Açıklamalı - İçtihatlı İmar Kanunu Uygulama Rehberi* (6th edn, Adalet 2020).

Bilgin H, ‘Bölge İdare Mahkemesi Kararları Arasındaki Aykırılık ve Uyuşmazlığın Giderilmesi Sorunu’ (2021) 15(3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 637-686.

Bilgin H, *Bölge İdare Mahkemelerinin Kesin Kararları Arasındaki İçtihat Farklılığının Giderilmesine Yönelik Danıştay Kararları* (Seçkin 2021).

Çiçek K, 'İmar Plan Değişikliklerinin Usul ve Esasları', Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2016.

Çolak Nİ and Öngören G, İmar Planları, İmar Uygulamaları ve İptal Davaları (Öngören Hukuk 2014).

Ersoy M, 'İmar Planı Değişiklikleri ve Yargı Denetimi' (1997) (17:1-2) ODTÜ Mimarlık Fakültesi Dergisi 53-73.

Ertaş Ş, *Eşya Hukuku* (Seçkin 2006).

Genç M, İmar Hukuku (Seçkin 2015).

Kalabalık H, İmar Hukuku Dersleri (11th edn, Seçkin 2021).

Kara S, *Danıştay Kararları Işığında İmar Planı Değişikliği* (Yetkin 2016).

Kent B, 'İmar Planlarının Değiştirilmesi, Plan Yapı ve Ruhsatlarının İptali ve Geri Alınmasının Kazanılmış Haklar Üzerindeki Etkileri' (2015) 3(1) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11-37.

Oğuzman K, Seliçi Ö and Özdemir SO, *Eşya Hukuku* (Filiz 2009).

Sancakdar O, *Belediyenin İmar Planını Yapması-Değiştirmesi ve İptal Davası* (Yetkin 1996).

Sancakdar O, 'İdari Yargı İstinaf Sistemindeki Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri' (2016) (91) Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları 29-113.

Sezginer M, 'İdari Yargıda İstinaf İncelemesinin Esasları ile İstinaf Uygulamasında İçtihat Ayrılıkları Sorunu ve Çözüm Yolları' (2018) (99) Danıştay ve İdari Yargı Günü 150. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları 111-135.

Yıldırım T, 'İdari Yargıda İçtihat Farklılıkları Sorunu ve Çözüm Önerileri' (2017) (93) Danıştay ve İdari Yargı Günleri 149. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları 135-153.

Uysal Z, İdari Yargıda İçtihat Aykırılığının Önlenmesi ve Giderilmesi Usulü (Seçkin 2021).



CEZAYA DEĞER HAKSIZLIĞIN FORMEL TESPİTİNDE PARÇA HAREKET TEORİSİ (TEIL-/ZWISCHENAKTSTHEORIE) VE HUKUKUMUZ BAKIMINDAN UYGULANABİLİRLİĞİ

Fragmentary or Intermediate Movement Theory (Teil-/Zwischenaktstheorie) in the Determination of the Concept of “Directly Commencement of Execution” and Its Applicability in Terms of Turkish Criminal Law

Hasan ÇATAKLI*

ÖZET

Ceza hukukunun suça yönelmiş bir insan davranışını hangi andan itibaren cezaya değer bir haksızlık olarak kategorize edebileceği sorusu, suça teşebbüste icra başlangıcının tespiti ile doğrudan doğruya bir ilişki içerisindedir. Bu bakımdan icra başlangıcının tespitine yönelmiş teorilerin cezaya değer haksızlığın yapısı ve norm teorisi bakımından da ele alınması gerekliliği söz konusudur. Çalışma icra başlangıcı kavramının öncelikli olarak cezaya değer haksızlığın yapısı bakımından oturduğu düzlemi formel ve maddi açıdan ele almakta ve hareketin haksızlığında bulunması gereken objektif unsuru tanımlamaktadır. Söz konusu değerlendirmeler bağlamında Alman Ceza Hukuku literatüründe icra başlangıcı bakımından hâkim görüş olan Parça/Ara Hareket Teorisini cezaya değer haksızlığın formel tespitinde değerlendirmekte ve teorinin uygulanışını çalışmanın boyutlarının elverdiği ölçüde, Türk Ceza Hukuku açısından teorinin uygulanabilirliğini de sorgulayarak, ayrıntılı olarak incelemektedir.

Anahtar Kelimeler: Suça teşebbüs, doğrudan doğruya icra başlangıcı, formel anlamda cezaya değer haksızlık, hareketin objektif haksızlığı, parça/ara hareket teorisi, somutlaştırılmış ara hareket teorisi.

ABSTRACT

The question of from what moment criminal law can categorize a criminal human behavior as an injustice worthy of punishment is directly related to the determination of the commencement of execution in the attempted crime. In this respect, the theories aimed at determining the beginning of the execution should also be considered in terms of the structure of the injustice worth the punishment and the norm theory. The study considers the formal and material aspects of the plane on which the concept of the commencement of execution is based, primarily in terms of the structure of the injustice worth the punishment, and defines the objective element that must be present

➤ Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 22.10.2022

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 13.06.2023

* Dr. Öğr. Üyesi, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi, hasancatakli@sdu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-5631-3343>.

in the injustice of the act. In the context of these evaluations, it evaluates the Part/Intermediate Movement Theory, which is the dominant view in terms of the beginning of execution in the German Criminal Law literature, in the formal determination of injustice worth punishment and examines the application of the theory in detail by questioning the applicability of the theory from the point of view of Turkish Criminal Law as far as the scope of the study allows.

Key Words: Attempted crime, directly commencing the execution of the crime, formal punishable injustice, objective injustice of action, fragment/movement theory, embodied intermediate movement theory.

GİRİŞ

Halihazırda suç öğretisinin en tartışmalı konularından biri olan suça teşebbüs kurumu içerisinde gündeme gelen en önemli sorulardan biri, hazırlık hareketleri ve icra hareketlerinin nasıl ayırt edileceğidir. Söz konusu soru aynı zamanda ceza hukuku bakımından suç tipini gerçekleştirmeye yönelik hareketin hangi aşamadan itibaren cezaya değer bir haksızlık teşkil edeceğinin tespiti anlamını da taşımaktadır. Dolayısıyla icra başlangıcının tespitinin hem haksızlık teorisine hem de norm teorisine ilişkin boyutu bir kenara bırakılamayacaktır.

İcra başlangıcına ilişkin ACK § 22’de yer alan “doğrudan doğruya icraya başlama” ölçütünün somut olaya uygulanmasında Alman Ceza Hukukunda ağırlıklı olarak kabul edilen ve mahkeme kararlarında da uygulanan görüş; kişisel, formel ve maddi (individuell-formel und objektive) bir yaklaşıma sahip Parça/Ara Hareket teorisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Parça/Ara hareket teorisi, TCK m. 35’in madde metninde yer alan “doğrudan doğruya icra” başlangıcı kavramının açıklanması için gerekçede kullanılan “suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketler” ifadesinde doğrudan atıf yapılan Frank formülünün geliştirilmesi ve farklı olaylara ilişkin istikrarlı bir uygulamayı mümkün kılacak şekilde somutlaştırılması için geliştirilmiş normatif ölçütleri ihtiva etmektedir. Bu sebeple teorinin ele alınması Türk Ceza Hukuku bakımından önem arz etmektedir.

Bu bağlamda çalışmada öncelikli olarak icra başlangıcının tespitinin cezaya değer haksızlık kavramı bakımından ne anlama geldiği, ceza normunun yapısı ile ilişkisini ve konunun cezaya değer haksızlığın yapısı içerisinde neye tekabül ettiği hususlarına odaklanılmıştır. Bu doğrultuda cezaya değer bir haksızlığın varlığı için gerekli asgari maddi içerik olarak kabul ettiğimiz hareketin haksızlığının objektif unsuru kendi görüşümüz çerçevesinde kısaca ele alınmıştır. Daha sonrasında formel açıdan cezaya değer haksızlığın tespiti olarak ifade edilen suç tipinin icrasına doğrudan doğruya başlama kavramının tespitinde Parça/Ara hareket Teorisinin ortaya çıkışı, mahkeme kararlarında nasıl ele alındığı ve daha da somut hale getirilmesinde literatürde ortaya atılan görüşler incelenmiştir. Çalışmanın devamında Parça Hareket Teorisinin kullanıldığı ölçütlerin suçun öznesini de dikkate alan (subjektif) bir içeriğe sahip olması sebebi ile objektif bir teşebbüs düzenlemesine sahip Türk Ceza Hukuku

bakımından uygulanabilirliği sorusu cevaplanmaya çalışılmış ve teorinin kriterleri Yargıtayın kararına konu olmuş bazı olaylara, literatürdeki farklı görüşler de ele alınarak, uygulanmıştır.

I. “DOĞRUDAN DOĞRUYA İCRAYA BAŞLAMA” KRİTERİNİN TEŞEBBÜSTE CEZAYA DEĞER BİR HAKSIZLIĞIN FORMEL VARLIĞI AÇISINDAN DOĞMATİK VE NORMATİF GEREKLİLİĞİ

Türk Ceza Kanunu m. 35 f. 1’de tanımlanan suça teşebbüs kavramında açık bir şekilde teşebbüsün varlığı için failin işlemeyi kastettiği suçu “doğrudan doğruya icraya” başlamasının gerekli olduğu belirtilmiştir. Fakat doğrudan doğruya icraya başlama kavramının gerekliliği sadece teşebbüs kavramının yasal tanımında bulunmasından kaynaklı sistematik bir yorum sonucunda ulaşılan bir gereklilik değildir. Suça teşebbüste failin belirli bir suç tipine yönelik olarak doğrudan doğruya icra hareketlerine başlaması hem aranan kastın varlığına hükmedilebilmesi hem de cezaya değer bir haksızlığın varlığı için asgari bir şart olan davranışın haksızlığının gerçekleştiğinin kabulü için gerekli görünmektedir.

A. Kastın varlığına hükmedilebilmesi bakımından

Teşebbüsün haksızlık yapısında neticenin haksızlığının yokluğunda hareketin subjektif haksızlığı olan kast ön plana çıkmaktadır. Ceza hukuku bakımından önem arz eden kast ise herhangi bir kast değildir. Bilakis kanunda tanımlanması ile birlikte kanun koyucu tarafından cezaya değer haksızlık olarak kabul edilen belirli bir suç tipini gerçekleştirmeye yönelmiş bir kastın varlığı önemlidir. Gerek TCK m. 21 f. 1’de yer alan ve kastı tanımlayan ifadenin gerekse TCK m. 30 f. 1’de yer alan “kanuni tanımdaki maddi unsurları bilmeyen kimse, kasten hareket etmiş olmaz” ifadesinin mantıki yorumu da bizi bu kabule götürür. Suç tipine dayalı ceza hukukunda belirli temel kavramların normatif ve yasa sistematigi içerisinde tanımlanması bir gerekliliktir. Yasal düzenleme suça teşebbüste kastın varlığını gerekli kılmıştır. Yasal düzenlemelerin yorumlanması sonucu ulaşılan kast tanımı, suç tipinde yer alan maddi unsurların bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesi olarak failin fiili ile bağıntılıdır. Diğer bir ifade ile aranan kast, fiil kastıdır (Tatvorsatz).¹ İster yasanın sistematigi isterse kastın varlığına hükmedecek olan kişinin olayı dışarıdan değerlendiren üçüncü bir kişi olması dikkate alınarak yapılacak doğru bir akıl yürütme ile diyebiliriz ki failin kastının varlığı ve hangi suça yöneldiğinin dolaysız bir şekilde bilenebilmesi mümkün değildir.² Kastın varlığına ve hangi suça yönelik

¹ Joachim Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode (De Gruyter, 2. Baskı, Berlin 1988) 5

² “Der Vorsatz muss über İndizen erschlossen werden, weil er unmittelbarer Beobachtung nicht zugänglich ist”, Claus Roxin, Strafrecht AT, Cild I (C.H.Beck, 4. Baskı, München 2006) § 12 Kn. 32.



olduğuna ilişkin bir hükme varılabilmesi buna delalet eden emare ve delillerin bulunmasına bağlıdır. Kastın varlığına dayanak oluşturacak zeminin aradığımız kastın niteliğine uygun olması gerekir. Aradığımız kast suç tipinin maddi unsurları ile örtüşen ve ona karşılık gelen bir bilme ve isteme olduğuna göre bu kastın varlığına hükmedebilmemizi mümkün kılacak zemini bize sağlayacak olan fiili delilin de buna denk olması gerekir. Bu takdirde kastın tespitini mümkün kılacak fiili delilin ancak failin suçun maddi unsurlarını bilerek ve isteyerek gerçekleştirmeye yöneldiğini ortaya koyan hareketler ya da bir diğer ifade ile failin suç tipini gerçekleştirmeye doğrudan doğruya başladığını gösteren hareketler olarak kabul edilmesi gerekir. Bu bağlamda doğrudan doğruya icra başlangıcı sadece yasal tanımın bir gereği olarak değil, aynı zamanda suça teşebbüsün varlığı için gerekli olan kastın olayda varlığına hükmedilebilmesi için dış dünyada gerçekleşmesi fiili delilin gereğidir.³

B. Cezaya değer bir haksızlığın bulunması bakımından

Doğrudan doğruya icraya başlama kriteri aynı zamanda formel maddi haksızlık anlayışının bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Ceza Hukuku cezaya değer haksızlıkları tipikleştirerek cezalandırılabilirliğin sınırlarını belirlemektedir. Dolayısıyla cezaya değer hareket ve haksızlığın sınırlarını normatif olarak belirlemektedir. Cezaya değer bir haksızlıktan bahsedilebilmesi için suç tiplerinin altında yatan, kaçınma veya yapma yükümlülüğü getiren normatif emrin muhatabının emrin içeriğine aykırı bir davranışının gerçekleşmiş olması gerekir.

Ceza normunun davranış ve yaptırım normu olmak üzere iki basamaklı bir yapıya sahip olduğu noktasında *Binding*'in görüşlerine dayanan ve yaygın olarak kabul edilen düalistik norm konsepti dikkate alındığında, teşebbüste failin en azından, toplumsal davranış biçimlerini düzenleyici bir etkiye sahip olan davranış normunu ihlali etmiş olması gerekir. Söz konusu davranış normunun ihlali ceza normunun değerlendirici fonksiyonunu (*Bewertungsnormen*) devreye sokacak ve failin davranışını değersiz (*Unwert*) ya da bir değer barındırmayan, diğer bir diğer ifade ile hukuki değerlere saygı göstermeyen davranış olarak değerlendirecektir. Davranış normları (*Verhaltensnorm*), mantıksal açıdan zorunlu bir çıkarım olarak, tipikliğin ön alanında tesirini gösterir. Ceza normunun amacı toplumsal yaşamın bir arada huzur ve refah içinde devamı için zorunlu olan hukuki değerleri korumaktır. Bu koruma sadece “başkasını öldürme” veya “başkasını yaralama” emrinde olduğu gibi suç tipinde yer alan neticeyi gerçekleştirmeyi yasaklayarak en uygun olarak sağlanmaz. *Renzikowski*'nin bu bağlamda isabetli bir şekilde doğrudan *Binding*'in cümlelerine yaptığı atıfla vurguladığı gibi “*Failin hareketi üzerinde verilen hukuka*

³ Hasan Çatakli, *Der Versuch im deutschen und türkischen Strafrecht* (Dr. Kovac, Hamburg 2020) 280; Krş. Oltmanns, *Ingmar Vorbehalt und Bedingung beim Versuch* (Dr. Kovac, Hamburg 2018) 168.

aykırılık hükmü mantıksal açıdan zorunlu olarak ceza kanununun öncesinde gelen ve onu hazırlayan (mümkün kılan) ve de yapısal olarak ondan farklılaşan hukuk kurallarının varlığını şart koşar."⁴ Ceza normunun koruma amacına en uygun biçimde hizmet edebilmesi için, özellikle neticeli suçlarda, tipik neticeyi gerçekleştirmeye yönelmiş davranışların da yasaklanması gerekir.⁵ Bu da özellikle doğrudan doğruya icra başlangıcı kavramını içeren teşebbüs düzenlemesi ile birlikte öldürmeyi yasaklayan davranış normunun algoritmasını "öldürmemelisin" ve "başka birisinin ölümü ile sonuçlanacak fiillerin icrasına başlamamalısın" şeklinde formüle edilmesini anlamlı kılacaktır. Bu bağlamda teşebbüs hükmü ile kasten öldürme suçunu düzenleyen hüküm birlikte yorumlandığında ortaya çıkan davranış normunun formel anlamda ihlal edildiğinin kabulü için, failin ölüm neticesine götüreceği fiillerin bizatihi kendisinin icrasına başlamasının gerekli olmadığını gösterir. Fail mağdurun ölümü ile sonuçlanacak davranışlara doğrudan doğruya yönelmişse bir diğer ifade ile failin suç yolunda gelmiş olduğu aşama dikkate alındığında artık bir sonraki hareketinin mağdurun ölümüne yol açacak davranışın bizatihi kendisinin icrası olduğunu söyleyebiliyorsak fail söz konusu davranış normunu ihlal etmiş olur. Böylelikle fail teşebbüs normu kapsamında cezaya değer haksızlığı biçimsel açıdan (formelle Unrechtsbegründung) gerçekleştirmiş olur.

Diğer yandan ceza hukukunun devreye girmesi için neticenin gerçekleşmesini veya tipik hareketin bizatihi icrasını zorunlu kılmak, ceza hukukunu birçok olayda hukuki değerlerin ancak somut olarak zarar görmesinden sonra devreye giren bir enstrüman haline getirmek anlamına gelecektir. Bu durum bazı olaylarda tipik hareketin icrası beklenmesinin ceza normunun meşruiyet zemini olan hukuki değerlerin korunması bakımından oldukça geç bir safhaya tekabül etmesinden kaynaklanmaktadır. Bizatihi tipik hareketin icrasının zorunlu olarak beklenmesi aynı zamanda iki basamaklı bir yapıda olduğu kabul edilen ceza normunun toplumdaki bireylerin davranışlarını yönlendirici etkisi kabul edilen belirleyici norm (**Bestimmungsnorm**) içeriğini görmezden gelmek anlamına gelir. Oysaki modern ceza hukukunda ağırlıklı olarak kabul edilen teleolojik suç öğretisi ceza hukuku bakımından yapılacak değerlendirmenin bağlantı noktası olarak, failin korunan hukuki değerlere saygı göstermediğini ortaya koyan hareketi kabul etmektedir. Teşebbüs düzenlemeleri ile tipikliğin henüz gerçekleşmediği safhada tipiklikle dar bir ilişki içerisinde tipikliğin bizatihi icrasına yönelmiş hareketler cezalandırılmaktadır. Bu nitelikteki kasıtlı bir hareket (hareketin haksızlığının sübjektif yönü) formel anlamda davranış normunu ihlal eder (doğrudan doğrualık talebi).

⁴ Joachim, Renzikowski, Normentheorie als Brücke zwischen Strafrechtsdogmatik und Allgemeiner Rechtslehre in v. Alexy (eds.) (2001) 87 (1) Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 110, 111.

⁵ Anne Schneider, Die Verhaltensnormen im Internationalen Strafrecht (Duncker & Humblot Berlin 2011) 32.



Davranış normları bireylere somut davranış yükümlülükleri yüklemektedir. Bireyin suç tipleri ile somutlaştırılmış davranış yükümlülüğüne aykırı bir davranış ortaya koyması yaptırım normunun devreye girmesinin şartını oluşturur. Diğer bir ifade ile yaptırım normları kendilerini somut davranış yükümlülüğüne aykırı davranışların hukuki sonucu olarak ortaya koyarlar.⁶

Davranış normunun ihlalinin cezaya değer bir haksızlık düzeyinde kabul edilebilmesi için norm ihlalinin fail ve failin ceza normu ile kurduğu zihinsel ilişkinin dışında da bir anlam taşıması, daha doğrusu günlük toplumsal anlam şablonlarında algılanabilir olması gereklidir. Her ne kadar davranış normları soyut bir yapıya sahip olsalar da davranış yükümlülüğü ihlalinin cezalandırmanın konusu teşkil edebilmesi için somut ve maddi bir içeriğe sahip olması gerekir. Bu da suça teşebbüste de somut, gerçek ve algılanabilir bir norm ihlalinin varlığını zorunlu kılar.

Ceza Hukuku bakımından ehemmiyet arz eden bir algıdan bahsedebilmemiz norm ihlalinin toplumsal düzlemde algılanabilir olmasını gerektirir. Algılanabilirlik noktasında belirleyici ölçüt, ceza hukukunda hareketin anlamının “*karar veren toplumun normatif konsensüsüne göre*”⁷ dikkate alındığında, “*hüküm veren toplumun fiktif temsilcisi*”⁸ olarak izan ve vicdan sahibi ortalama bir gözlemcinin *ex ante* bakış açısından yapılacak değerlendirme olacaktır.⁹

Çalışmanın konusunu teşkil eden ceza hukukunda hazırlık ve icra hareketlerinin birbirinden nasıl ayrılacağı sorusuna cevap arayan ara hareket teorisi; cezaya değer ve cezalandırılabilir bir hareketin suç yolunda hangi aşamadan itibaren söz konusu olabileceğinin formel olarak tespitine yönelmiştir. Suça teşebbüste cezaya değer bir haksızlığın varlığının gerekli olduğunu yukarıda belirtmiş ve bu anlamda bir haksızlığın varlığı için failin anlam dünyası dışında reel ve algılanabilir bir şekilde davranış normunun ihlalinin zorunlu olduğunu ifade etmiştik. Suça teşebbüste bu bağlamda belirtilmesi gereken, genel hükümler kısmında düzenlenen teşebbüs normlarının tek başlarına kendilerine ait bir haksızlık tipine sahip olmadıkları, haksızlık içeriğinin ancak somut olayda söz konusu olan suç tipi dikkate alınarak yapılacak yorumla somutlaştırılacağıdır. Diğer bir ifade ile teşebbüsün haksızlığı tespiti için ihlal edilmiş olması gereken davranış normu ancak failin işlemeye yöneldiği tipikleştirilmiş haksızlıktan, diğer bir ifade ile suç tipinden yola çıkılarak belirlenebilecektir.¹⁰ Bu sebeple failin hareketinin en azından formel açıdan hareketin haksızlığını

⁶ Schneider (n 5) 37.

⁷ Matthias Wachter, *Das Unrecht der versuchten Tat* (Mohr Siebeck, Tübingen 2015) 171.

⁸ Stephan Ast, *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik* (Duncker & Humblot, Berlin 2012) 15.

⁹ Ayrıca bkz. Bugünkü dogmatikte “Hareketin toplumsal anlamının tespitinde kurallar”, Günther Jakobs, *System der strafrechtlichen Zurechnung* (Klostermann, Frankfurt am Main 2012) 17.

¹⁰ Georg Freund/Frauke Rotalski, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Springer, Berlin 2019) § 8 Kn. 30.

(Handlungsunrecht) ortaya çıkardığı, ceza normunu ihlal ettiği ve bu bağlamda failin korunan hukuki değeri tanımadığını (Handlungsunwert) gösterdiği değerlendirmelerinde bulunulabilmesi için failin suç tipinin doğrudan doğruya icrasına başlamış olması, bir gereklilik olarak karşımıza çıkar.¹¹ Bu açıklamalar ışığında “doğrudan doğruya icraya başlama” kriteri aynı zamanda cezaya değer bir haksızlığın suça teşebbüste en azından formel açıdan söz konusu olabilmesi için de bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır.¹² Çalışmanın konusu teşkil eden ara hareket teorisi de zaten söz konusu bu kriteri hayat olaylarına istikrarlı bir şekilde uygulanabilmesi için somutlaştırmayı hedeflemektedir.

Elverişli hareket kavramı her ne kadar literatürde yerleşik olarak müstakil bir başlık altında hareketlerin elverişliliği bağlamında tartışılıyorsa da mahkeme kararlarında¹³ hareketlerin elverişliliğinin icra başlangıcının tespiti bakımından dikkate alındığı görülmektedir. Hareketlerin elverişliliği kavramını suça teşebbüs bağlamında cezaya değer haksızlığın maddi boyutu olarak değerlendirilmelidir. Bu bakımından teşebbüs hareketlerinin elverişliliği kavramının cezaya değer haksızlığın kuruluşundaki rolüne ele alınan konuya ilişkin olarak kısaca değinilmesinde fayda görmekteyiz.

Suç tiplerinin altında yatan davranış normlarının ihlali olarak tanımlanan cezaya değer haksızlık salt formel olarak tanımlanamaz. Aynı zamanda cezaya değer bir haksızlıktan söz edilebilmesi için norm ihlalinin maddi bir içeriğe sahip olması gereklidir. Aksi takdirde norm ihlali ve buna bağlı olarak cezaya değer haksızlığın ortaya çıkışı sadece failin tasavvur dünyasında norm ile kurduğu zihinsel ilişkiye indirgenecektir. Oysaki ceza normunun ihlalden ve buna bağlı olarak ortaya çıkacak cezaya değer haksızlıktan bahsedebilmek için failin fiili ile korunan hukuki değere saygı göstermediğini sosyal bakımdan algılanabilir ve anlaşılabilir biçimde ortaya koyması gereklidir. Bu elzem bir husus olarak, ceza hukukunun ve cezaya değer haksızlığın asla göz ardı edilemeyecek olan sosyal boyutunun ortaya koyduğu bir gerekliliktir. Bu maddi ilişki olmaksızın haksızlığın ortaya çıkışı ve davranış normunun ihlali ile ceza normlarının meşruiyetini sağlayan hukuki değer korunması amacı (**Rechtsgutschutz**) arasındaki bağıntı tam olarak ortaya konulamayacaktır. Davranış normu ihlalinin maddi içeriği hareketin haksızlığının objektif unsuruna karşılık gelecektir.¹⁴ Hareketin haksızlığının objektif unsurunu tanımlamak gerekir.

¹¹ Kişisel haksızlık öğretisi bağlamında ifade edilen görüşlerin hareketin haksızlığının formel olarak suç tipinde tanımlanan hareketin özelliklerine indirdiği görüşü için, Wolfgang Röttger, Unrechtsbegründung und Unrechtsausschuss (Duncker&Humblot, Berlin 1993) 240, 241.

¹² Çatakli (n 3) 407, 408; Freund/Rotalski (n 10) § 8 Kn. 47 v.d.

¹³ Yarg. 14 CD. 05.02.2014, 2012/2733, 2014/1160; Benzer bir şekilde bkz. Yarg. 14. CD. 24.03. 2016, 2016/236; 2016/2925.

¹⁴ Çatakli (n 3) 168 v.d.



Bu tanımlamada ceza hukukunun pozitivist felsefenin dilini bir kenara bırakıp kendine has bir normatif dili benimsemeye başlamasının en önemli göstergesi olan objektif isnadiyet teorisi ile birlikte ceza hukuku terminolojisine yerleşen risk kavramının merkeze alınması gerektiğini düşünmekteyiz. Söz konusu risk kavramı tabii ki ceza hukuku bakımından ehemmiyet arz eden, ceza hukukunun gerekleri doğrultusunda şekillendirilen bir kavram olacaktır. Bu bağlamda failin davranışı ile belirli bir suç tipi arasında normatif ve iletişimsel bir ilişkinin varlığını, failin zihin dünyası dışında sosyal olarak algılanabilir bir biçimde, ortaya koyan bir risk söz konusu olmalıdır. Meselenin hem maddi hem de formel boyutunu ihtiva eden diğer bir ifadeyle: Hareketin haksızlığının objektif unsurunun oluşması için, failin doğrudan doğruya suç tipinin icrasını teşkil eden davranışları ile bir suç tipinin gerçekleştirilebileceğine ilişkin normatif olarak algılanabilir, ceza hukuku bakımından ciddiye alınması gereken bir riski ortaya koymuş olması gerekir.¹⁵ Bu gereklilik cezaya değer haksızlığın sadece failin norm ile kurduğu anlam ilişkisine indirgenmesinin önüne geçerken, aynı zamanda norm ihlalinin sadece formel olarak anlaşılmasının önüne geçmiş olacaktır.

Açıklamaya çalıştığımız yaklaşımı bir başka açıdan kısaca özetlemek gerekirse doğrudan doğruya icra başlangıcı ile ortaya çıkan formel anlamdaki bu norm ihlali aynı zamanda yeterli maddi içeriğe sahipse (hareketin haksızlığın objektif yönü) teşebbüste cezaya değer haksızlık (*Strafwürdigkeit*) kurulmuş olur.¹⁶ Cezaya değer haksızlık kavramı suç dogmatikğine ilişkin bir kavramdır. Söz konusu fiilin cezaya değer haksızlık teşkil etmesi, öncelikli olarak hukuki değerlerin korunmasını kendisine amaç edinen ceza hukukunun artık kategorik olarak hareketleri ilgi alanı dışında değerlendiremeyeceği anlamına gelmektedir. Bu noktadan itibaren eylem ancak kriminal politik bakımından

¹⁵ Bu kavramla kişisel haksızlık teorisi ve objektif isnadiyet teorisinin uzlaştırıldığı bir düşünsel zemin bulduğumuzu düşünmekteyiz. Kavramın temellendirilmesi ve söz konusu uzlaşma zemininin açıklaması için bkz. Çatakli (n 3) s. 167, 173-178. Ayrıca bu yaklaşım bağlamında kurgulanan bir teşebbüs kavramı önerisi ve uygulanmasına ilişkin örnekler için, Çatakli (n 3) 411- 418. Tehlike kavramı zarar potansiyeli olan bir olguyu tanımlamak için kullanılan statik bir anlam taşır. Risk kavramı ise zarar potansiyeli sebebi ile tehlike olarak kabul edilen olgu ile fiili olarak temasa geçilmesi ile ortaya çıkan dinamik ilişkiyi tanımlamak için kullanılmaktadır. Fiili esas alan ceza hukuku bakımından risk kavramı daha yerinde gözükmemektedir, Çatakli (n 3) 171, 411 v.d.; ayrıca bkz. Hans Joachim Hirsch, Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht(in: Bern, Schünemann v.d., Festschrift für Claus Roxin, De Gruyter, Berlin/Newyork 2001) 718. Ceza normunun yapısına ilişkin olarak aynı noktadan yola çıkarak Freund/Rotalski teşebbüsün davranış normunun özel bir ihlali olarak, hususi bir davranış haksızlığı ihtiva ettiğini kabul ederek teşebbüsü “*her bir suçta, ilgili suç tipine ilişkin olarak gündeme gelen davranış normunun ihlali*” olarak tanımlamaktadır. Freund/Rotalski (n 10) § 8 Kn. 30, 31.

¹⁶ Kavramın ayrıntılı açıklaması için bkz. Wolfgang Frisch, Strafwürdigkeit, Strabadürftigkeit und Straftatsystem(GA 2017) 364, 370.

cezayı elzem kılma (*Strafbedürftigkeit*) noktasında yetersiz değerlendirilirse cezalandırılabilir alanın dışına çıkarılmalıdır. Cezayı elzem kılma kavramının kriminal politik boyutu ancak ex post biçimde değerlendirilebilecek neticenin haksızlığını dikkate alarak bir değerlendirme yapılmasını mümkün kılacaktır. Cezayı elzem kılma noktasında failin fiili ile ihlal ettiği ceza normunun toplumdaki geçerliliği sorgulatacak düzeyde bir etki ortaya koyup koymadığı sorusu dikkate alınacaktır. Eğer failin fiili ihlal ettiği normun toplumdaki geçerliliği sarsacak, toplumda yaşayan bireylerin ilgili normun geçerli olmadığını düşündürecek bir etkiye sahip ise failin fiilinin aynı zamanda cezayı elzem kılan bir hareket olduğuna karar verilir.¹⁷ Bu durumda fiil hem cezaya değer hem de cezayı elzem kılan bir hüviyete sahipse artık fiilin ceza yaptırımına tabi tutulması gerekecektir.

Meseleye ilişkin bir örnek vermek gerekirse failin, kalbine ateş etmeden 10 saniye önce kalp krizi geçirmesi sebebiyle zaten ölmüş olan kişiye karşı gerçekleştirilen fiille, failin fiili ex ante (failin fiilini icra ettiği sırada) bakış açısıyla değerlendirildiğinde söz konusu ceset çürüme, koku vb. emareler göstermiyorsa dışarıdan bakan üçüncü objektif kişinin bunu bilmesine imkân yoktur. Bu sebeple fail, fiili ile kasten öldürme suç tipini gerçekleştireceği yönünde ceza hukuku bakımından algılanabilir, anlaşılabilir ciddiye alınması gereken bir risk ortaya koymuştur. Böylelikle kasten öldürme suçunu düzenleyen birincil norm ile ikincil norm olan teşebbüs normu birlikte değerlendirildiğinde normun içeriği “başka bir insanın ölümü ile sonuçlanacak davranışların doğrudan doğruya icrasına başlama” şeklinde ifade edilebilecek ve fail davranışıyla normu ihlal etmiş olacaktır. Gerçekleştirdiği fiil ex ante olarak kasten öldürme suçunun tipikliğini gerçekleştirme noktasında ceza hukuku bakımından algılanabilir, anlaşılabilir ciddi alınması gereken bir risk ortaya koymuş olur. Dolayısıyla söz konusu risk ex ante perspektiften soyut değil, algılanabilir ve anlaşılabilir somut bir risktir.¹⁸ Korunan hukuki değerler bireylerin kendilerini

¹⁷ Frisch, (n 16) 374.

¹⁸ Literatürde ex ante bir perspektiften failin fiili gerçekleştirdiği anda ortalama zekaya sahip üçüncü kişi gözlemcinin perspektifinde belirlenen tehlike kavramının soyut olduğu ve sadece düşük bir ihtimal ihtiva ettiği ifade edilmektedir. Aslında ironi yapmak maksadıyla tırnak içine alarak kullandığımız soyut ifadesinin yanlış anlaşılmaya sebebiyet verdiğini görmekteyiz. Bu kullanım öncesinde idrak edilebilir, algılanabilir anlamına gelen “wahrnehmbar” ifadesini de kullanarak bu ironiyi vurgulamak arzu edilmişti. “Wahrnehmbar” kavramı somut beş duyuyla algılanabilir, idrak edilebilir anlamını taşımaktadır. Soyut kavramı ise varlığı duyularla algılanamayan anlamına gelir. Çalışmamızda ele aldığımız olaylarda açık bir şekilde somut bir tehlikenin var olduğunu buna soyut denmesinin nasıl mümkün olacağı bakımından kritik etmek amacı ile tırnak içinde kullanarak ironi yapmış bulunmaktayız. Çalışmada belirttiğimiz gibi biz ex ante perspektiften failin fiili ile suç tipini gerçekleştireceği yönünde failin tasavvur dünyası dışında sosyal olarak günlük anlam şablonlarında anlaşılabilir, algılanabilir ve bu sebeple ceza hukuku bakımından ciddiye alınması gerekli bir risk ortaya koymuş olmasını



gerçekleştirebilmeleri, temel hak ve hürriyetlerini yaşamaları için gerekli barış ve huzura dayalı toplumsal düzeninin devamını sağlayan asgari müşterekler olarak tanımlanabilir. Değerlendirmeye konu olayda hayat hakkı, korunan hukuki değer olarak gündeme gelmektedir. İnsan hayatının kutsallığı, dokunulmazlığı fikri bir olgu olarak toplumda yaşayan bireylerin zihninde geçerli olur¹⁹ ve birey yaşadığı toplumda hayat hakkının korunduğu inancı ve güveni ile hareket eder. Korunan hukuki değerler, suçun konusu gibi somut değil, fikri soyut bir içeriğe sahiptirler. Bu bağlamda bahse konu örnekte olduğu gibi ex ante somut risk failin doğrudan doğruya icra başlangıcı teşkil eden davranışlarıyla ortaya çıktığında, suçun konusu zarar görmese dahi, failin fiili korunan hukuki değeri zedelemiş ve ihlal etmiş olacaktır.²⁰ Meseleye ilişkin güncel tar-

aramaktayız. Bu yaklaşımımızın soyut, duyularla algılanamayan bir tehlike kavramı ile bağdaştırılmasının mümkün olmadığını düşünmekteyiz, Çatakli (n 3) 414-418. Çalışmamız da ironiyi ifade için her seferinde soyut (abstrakt) ifadesini tırnak içinde algılanabilir ifadesi ile birlikte zikretmiş bulunmaktayız. Yine diğer yandan yazar belirttiğimiz olaylarda ex ante perspektiften korunan hukuki değer bakımından somut tehlikenin varlığını kabul eden yazarların azınlıkta olduğunu ifade etmiştir, Nurullah Kantarcı, İşlenemez Suç(2022 Antalya Yayınlanmamış Doktora Tezi) 210 bkz. dpnt. 1207; Yazarın kast ettiği Alman Ceza Hukuku Literatürü ise bunun doğru olmadığını üzülererek belirtmek zorundayız. Yazarın eserinde tehlike kavramı bakımından güncel Ceza Hukuku Doktrinini yeterince ele almadığı, bu iddiasına dayanarak gösterdiği Peter Albrecht'e ait Der Untaugliche Versuch adlı eserini 1973 (dpnt. 1207) ve diğeri Ha, Tae-Hoon, Die strafliche Behandlung des untauglichen Versuchs, Baden-Baden 1991 tarihli olmasında kendisini göstermektedir. Tehlike kavramına güncel doktrinde yüklenen anlamının tespiti için eserimizin bilhassa doğrudan bu konuya değindiğimiz 169. ile 184. sayfalarını ve burada kullanılan eserleri irdelenmesini arzu ederdik. Bahse konu eserler incelendiğinde azınlık görüş iddiasının doğru olmadığını kolayca anlaşılacaktır. Az önce kalp krizinden ölmüş, kanaması, yara beresi, yüz renginde solma ve herhangi bir çürüme emaresi göstermeyen kişiye ateş eden failin fiili ex ante olarak üçüncü objektif kişinin perspektifinden değerlendirildiğinde ortada hayat hakkına yönelmiş kasten öldürme suçunun gerçekleşeceğine ilişkin algılanabilir ve somut bir risk bulunmaktadır. Bu olayda kişinin öldüğü ancak pozitif bilimlerin kullanıldığı, fiil tamamlanıp sona erdikten sonra ex post bir bakış açısıyla kendisine kurşun sıkılan kişiye otopsi yapılması ile tespit edilebilecektir. Bu durumun ortalama üçün kişi tarafından fiilin gerçekleştiği sırada bilinmesi imkân dâhilinde gözükmemektedir. Konun uzmanı dahi ancak otopsi sonucunda durumu anlayabilir. Fakat yukarıda da değindiğimiz gibi cezayı elzem kılma (*Strafbedürftigkeit*) bakımından kriminal politik olarak bu olayda failin cezalandırılmaması mümkündür, bkz. Çatakli (n 3) 394,415, 416,419- 422.

¹⁹ Ceza hukukunun görevlerinden biri aynı zamanda hukuki değerlerin toplumda yaşayan bireylerin zihinlerinde yerleşik hale gelmesini, bir diğer ifade ile stabilizasyonunu sağlamak olarak kabul edilir. Bu bağlamda ceza hukuku bireyleri bir tehlike potansiyeli olarak kategorize edip baskılayıcı bir role soyunmamalıdır, failin fiilinin korunan hukuki değeri tehlike altına sokması ceza hukukunun devreye girmesi için gereklidir, bkz. Walter Grop, Strafrecht Allgemeiner Teil (Springer, 4. Baskı, Berlin Heidelberg 2015) § 1 Kn. 143-147.

²⁰ Çatakli (n 3) 176, 177; benzer şekilde bkz. Kirsten Malitz, Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt (Duncker&Humblot Berlin 1998) 185, 187; Wachter (n 7) 47,48, 207; Çatakli (n 3) 176, 177; Luiz C. Rey-Sanfız, Begriffsbestimmung des Versuches

tışma bakımından önem arz eden nokta soyut ya da somut kavramları değil, bilakis korunan hukuki değer bakımından tehlike/risk var mı yok mu sorusuna ex ante mi yoksa ex post mu cevap verileceği noktasından değerlendirilmekte, ex ante bir yaklaşım ağırlıklı görüşü teşkil etmektedir.²¹ Yatmakta olan kişinin ölü olduğu ancak ex post olarak olay olup bittikten sonra, atılan kurşun ölü bedenle buluştuktan sonra bakış açısından bilinebilir. Ex post bakımdan bütün teşebbüsler elverişsizdir. Ex post bakış açısı incelediği olaylar bakımından aksiyolojik değerlendirme yapmayan, sadece nedenini ve nasilini anlamaya çalışan pozitif bilimlerin bakış açısıdır. Pozitif bilimler bakımından incelenen olgu dış dünyada beklenen değişikliği vermiyorsa her halükârda elverişsizdir. Çünkü pozitif bilimlere göre gerekli şartlar bir araya geldiğinde netice deterministik bir zorunluluk olarak meydana gelecektir. Oysaki suça teşebbüs söz konusu olduğunda fiil ve konu gibi suçun unsurlarının birinde daima bir eksiklik, yetersizlik söz konusudur. Suçun unsurlarından biri suçun konsundaki eksikliğin suçun bir diğer bir unsuru olan fiil eksiklikten farklı değerlendirilmesini gerekli kılacak bir sebep olmadığını düşünüyoruz.²² Ex post değerlendirme yapılırsa bütün teşebbüslerin, fiil veya suçun konusuna ilişkin eksikler sebebi ile suç tipinin gerçekleşmesi en başından mümkün olmadığı için elverişsiz olarak değerlendirilmesi gerekecek ve genel hükümlerde yer alan bir teşebbüs düzenlemesine gerek kalmayacaktır. Teşebbüs cezalandırılmasının istendiği her suç tipine ilişkin özel bir teşebbüs düzenlemesi gerekliliği ortaya çıkacaktır. Fakat fiil hakkında korunan hukuki değer bakımından aksiyolojik bir değerlendirme yapan ceza hukuku aynı andalık prensibi gereği (Koinzedenzsprinzip)²³ zorunlu olarak fiilin yapıldığı anda fiil hakkında bir değerlendirmede bulunmaktadır. Bu bakımdan ex ante bakış açısı ceza hukukunda yapılacak değerlendirme

und ihre Auswirkungen auf dem Versuchsbeginn(Duncker&Humblot Berlin 2006)110; Özgenç aynı bakış açısıyla hukuki değer ihlalini ifade etmekte, bunun gerçekleşmesi için suçun konusu bakımından tehlike doğurması gerektiğini belirtmektedir, İzzet Özgenç, Ceza Genel Hükümler(Seçkin, 18. Baskı, Ankara 2022) 572, 573; Bu açıdan da bakıldığında suçun konusu teşkil eden yatakta yatan kişinin hayatta olmadığının anlaşılması ex ante olarak mümkün değildir. Bu durumun ancak ex post bilinmesi mümkündür.

²¹ Söz konusu yaklaşımlar korunan hukuki değer ve bu değer in ex ante bakımından tehlike altında bulunmasını teşebbüs haksızlığı bakımından gerekli gören görüşlerdir, Wolfgang Röttger, Unrechtsbegründung und Unrechtsausschuss (Duncker&Humblot Berlin 1993) 39-42; Malitz (n 20) 190, 198,199; Claus Roxin, Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individuelle Freiheit, ZStW 116 (2004), 929, 932, 941; Rey-Sanfız (n 20) 238, 239; Wachter (n 7) 51; SK- Christan Jäger (in : Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch Jürgen Wolter (Edt.)), Cilt 1 (§§ 1- 37)(Carl Heymanns, 9. Auflage, Köln 2017) Vor § 22 Kn. 17.

²² Buna karşın suçun konusundaki eksiklik farklı olarak kategorize edilip, elverişsiz suç olarak değerlendirilmektedir, Özgenç (n 20) 573, 574; Mahmut Koca /İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Seçkin, 14. Bası, Ankara 2021) 431.

²³ Hruschka (n 1) 5; Oltmanns (n 3)156.



bakımından zorunlu gözükmektedir. Ceza hukuku hüküm veren, fiil hakkında hukuki değerleri baz alarak aksiyolojik bir değerlendirme ile yükümlü, bir dile sahip olmalıdır. Pozitif bilimlerin tasvir eden, aksiyolojik bir değerlendirme yapmayan dili, ceza hukuku için uygun değildir.²⁴ Bu sebeple özellikle objektif isnadiyet teorisinin yaygın kabulünden sonra “*hukukçu ex ante, fiilin gerçekleştiği andaki şartları dikkate alarak (Standpunkt der Handlung) karar verir; doğa bilimci (natüralist) ex post, etkinin ortaya çıktığı andaki şartları dikkate alarak, (Standpunkt der Wirkung) karar verir*” anlayışı yerleşik hale gelmiştir.²⁵ Teşebbüste failin eyleminin cezaya değer bir haksızlık olarak değerlendirilmesi, bütün tamamlanmış suçlar bakımından da gerçekleşmesi gerekli olan, hareketin haksızlığının kurulması ile ortaya çıkmaktadır. Hareketin haksızlığın tespitinin yukarıda belirttiğimiz bağlamda *ex ante* bakış açısı dikkate alınarak yapılması gerektiği ifade edilmelidir.

Elbette ki bu durum fiil yapıldıktan sonra veya fiilin yapıldığı anda ortaya çıkan neticenin cezaya değer haksızlığın boyutu ve cezayı elzem kılması bakımından teşkil ettiği önemi azaltmayacaktır. Yukarıdaki örnekte failin fiili ile hem subjektif hem de objektif bakımdan hareketin haksızlığı ortaya çıkmıştır ve cezaya değer bir haksızlığın varlığı söz konusudur. Fail sosyal bakımdan kendi tasavvur dünyası dışında da anlaşılabilir biçimde normu ihlal etmiştir. Hareketin haksızlığı hem subjektif hem de objektif olarak gerçekleşmiştir. Ortada cezaya değer bir haksızlık bulunmaktadır. Söz konusu durum failin idraksizliği ve izansızlığı sebebi ile norm ihlalin sadece kendi zihin dünyasında bir anlam taşıdığı bir elverişsizlik hali değildir (*aus grobem Unverstand*). Fail zihniyet olarak rasyonel gerçekliği terk etmemiştir. Somut olayın şartları dikkate alındığında ancak *ex post* olarak bilinebilecek olan öldürülmeye çalışılan kişinin zaten ölü olduğu gerçeği, *ex ante* olarak tespiti yapılan suça teşebbüse ilişkin ceza normunun ihlal edildiğinin ve hareketin haksızlığının subjektif ve objektif unsurlarının gerçekleştiğinin kabulüne engel olmayacaktır. Diğer yandan gerçekleşen haksızlığın boyutunun hayatta olan bir insanın öldürülmeye çalışılmasına kıyasla, neticenin haksızlığını gerçekleştirmeye daha uzak olması sebebiyle, maddi içerik olarak daha az olduğunun kabulü gerekir. Söz konusu

²⁴ Bu bakımdan birbirinden farklı düşünsel temellere dayanan ve farklı amaçlara sahip bu iki farklı perspektifin somut olayın özelliklerine göre bazen *ex ante* bazen de *ex post* bir perspektiften hüküm verilebileceğinin savunulması kendi içerisinde ciddi bir çelişki teşkil ettiğini düşünmekteyiz bkz. Gözde Kazaker, Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs (Adalet, Ankara 2019) 301 v.d.

²⁵ Wachter (n 7) 47,48; “*betimleyen dille hüküm veren dil birbirinden ayırt edilmelidir*” Carl-Friedrich Stuckenberg Vorsatz, Unrechtsbewusstsein, Irrtumslehre (in: Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre, Hans Welzels Wolfgang, Frisch/Jakobs, Günther/Kubiciel, Michael/Pawlik, Michael/Stuckenberg, Carl-Friedrich (Edt.))(Mohr Siebeck Tübingen 2015)87, 108; Hasan Çatakli, Kişisel Haksızlık Öğretisini İkna Edici Kılan Suç Dogmatığı ve Norm Teorisine İlişkin Argümanlar, EBYÜHFD, C. XXIII, 3–4 (2019), 279, 294; Çatakli (n 3) 143, 150.

durum cezaya değer haksızlığın ortaya çıkmasına engel teşkil edip somut olayı kategorik olarak ceza hukukunun değerlendirme sahasının dışına çıkaramayacak ise de gerçekleşen haksızlığın boyutunun tespitinde zorunlu olarak dikkate alınır. Söz konusu ex post ölçütler gerçekleşen cezaya değer haksızlığın boyutuna etki eden ve doğrudan cezanın belirlenmesini ilgilendiren bir mesele olarak değerlendirilmelidir. Yine “zaten ölmüş birinin öldürülmeye çalışılması ile kasten öldürme normunun toplumsal geçerliliği ne ölçüde sarsılmış olur” sorusu, failin fiilinin cezayı elzem kılması (*Strafbedürftigkeit*) bakımından tartışılabilir. Cezayı elzem kılma kavramının kriminal politik boyutu ancak ex post bakış açısından bilinebilecek hususların dikkate alınarak bütün bir değerlendirme yapılmasını mümkün kılacaktır. Bu bakımdan ex post parametreler özellikle teşebbüste cezanın belirlenmesinde yapılacak derecelendirmede dikkate alınmaktadır. Biz bu noktada yapılacak bir teşebbüs düzenlemesi ile teşebbüsün cezalandırılması bakımından cezaya değer haksızlığın boyutunun, hareketin değersizliğinin ve harekete bağlı olarak ortaya çıkan etkinin içeriğinin (toplumda yaşayan bireylerin zihninde normun geçerliliğine ilişkin inancın sorgulanması bakımından) maddi açıdan bu derece az bir niteliğe sahip olduğu durumlarda cezayı elzem kılan bir hareket bulunmadığı gerekçesi ile cezasız bırakılmasını sağlayacak bir düzenleme ile çözülebileceğini düşünmekteyiz.²⁶

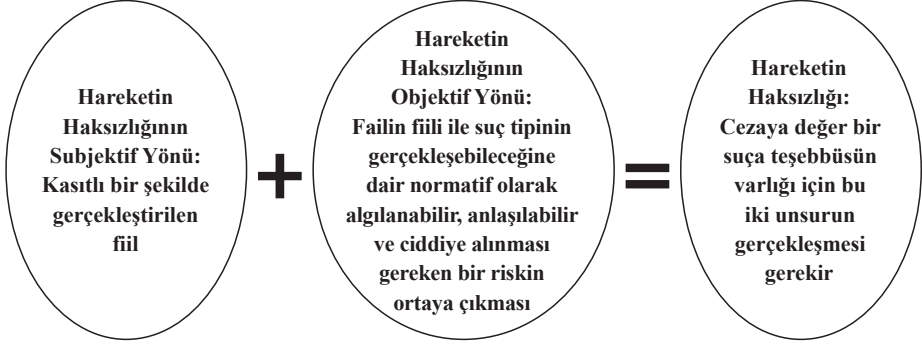
Ceza normlarının varlığını meşru kılan sebep toplum düzeni huzur ve barış içerisinde devamı için gerekli asgari müşterekleri teşkil eden hukuki değerlerin korunmasıdır. Ex post perspektiften suçun konusu için somut tehlike, cezaya değer haksızlığın varlığı ve de ceza normunun ihlali için gerekli kabul edilirse, ceza normları hukuki değerlerin korunması bakımından ancak zarar görmesinden sonra devreye giren dolaylı bir rol üstlenebilecek ve bu durumda failin hareketi haksızlık olarak değerlendirilemeyeceği için en başından itibaren ceza hukukunun değerlendirme alanı dışında kalacaktır. Bu da ceza normunu sadece değerlendirici fonksiyonuna indirgemek, toplumda yaşayan bireylerin davranışlarını düzenleyerek (*Bestimmungsnormen*) hukuki değerler zarar görmeden hukuki değerlerin geçerliliğini sağlayan fonksiyonunu bir kenara atmak anlamına gelir. Bu durumda ceza normlarının yegâne meşruiyet (*Legimitationsgrund*) sebebi olan hukuki değerlerin korunmasına ne ölçüde hizmet edebileceği tartışmalı hale gelecektir.²⁷

²⁶ Alman Federal Mahkemesinin kararlarında teşebbüste cezanın belirlenmesinde “*neticenin gerçekleşmesine yakınlık, teşebbüsün tehlikeliliği ve sarf edilen kriminal enerji*” ölçütleri gerçekleşen suçta teşebbüs eyleminin ortaya koyduğu hareketin ve neticenin değersizliğinin derecelendirilmesinde kullanılmaktadır, BGHSt BGHSt 36, 1, 18; 35, 355; Düzenleme önerisi, önerinin dogmatik ve normatif gerekçeleri için bkz. Çatakli, (n 3) 394, 396, 406-422; Failin hukuki değerleri tanımadığını ortaya koyan davranışının varlığını kabul etmekle birlikte güvenlik tedbiri uygulanması gerekliliği savunulmaktadır, Özgenç (n 20) 574.

²⁷ bkz. Çatakli, (n 3) 211; Yener Ünver, Korunan Hukuksal Değer (Seçkin, Ankara 2003) 451; Buna karşın söz konusu meselede sadece genel kamu düzenini koruma perspektifinden değerlendirme yapan görüş için, bkz. Kantarcı (n 18) 211.



Görüşümüzün daha iyi anlaşılması için suça teşebbüs bakımından ortaya çıkması gerekli cezaya değer haksızlığı tablo olarak ifade etmekte gerekirse:



II. CEZAYA DEĞER HAKSIZLIĞIN FORMEL TESPİTİNDE PARÇA HAREKET TEORİSİ

A. Ortaya Çıkışı

Hazırlık ve icra hareketlerinin ayırt edilmesi bakımından tarihi dogmatik gelişimin başlangıç noktasını formel- objektif teori teşkil etmektedir.²⁸ Fakat bu teori suça yönelmiş failin iradesini sosyal olarak algılanabilir bir biçimde ceza normunu ihlal eden ve bu sebeple cezaya değer olan hareketlerle ortaya koyduğu hallerde dahi, suç tipinde tanımlanan davranışların suç tipini kısmen (*Teilverwirklichung des Tatbestandes*) gerçekleştirmediği gerekçesiyle, cezasız kalmasına yol açmaktadır.²⁹ Bu bağlamda formel objektif teori cezaya değer olan teşebbüs hareketlerini hazırlık hareketi olarak kabul edilmesine yol açmakta ve cezalandırılabilir alanın dışına çıkarmakta ve kriminal politik ihtiyaçları karşılamak bakımından yetersiz görünmektedir.³⁰ Formel objektif yaklaşım özellikle tipik hareketin tanımlanarak somutlaştırılmadığı suç tiplerinde icra başlangıcının tespitinde belirsizliğe yol açmaktadır.³¹ Ayrıca kanunda teşebbüs hükmünde teşebbüs ile icra hareketlerinin ayrımı için belirtilen “bir suç tipinin icrasına doğrudan doğruya başlamak” kriterinin netice de dâhil olmak üzere bütün olarak suç tipinde tanımlanan hareketin icrasına yönelmeyi gerekli kılmaktadır. Sadece suç tipinde yer alan unsurlardan birinin gerçekleşmesini şart koşmaz.

²⁸ LK-Hillenkamp, (in: Leipziger Kommentar, Heinrich Wilhelm Laufhütte, Ruth Rissing-van Saan, Klaus Tiedemann (Edt.), Cilt I (§§ 1- 31), 12. Baskı, De Gruyter Berlin 2007) § 22 Kn. 55.

²⁹ Roxin, Claus, Strafrecht AT (C.H.Beck, Cilt II, München 2003) § 29 Kn. 120; Johannes Wessels/ Werner Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil (C.F.Müller, 43. Baskı, Hemsbach 2012)§ 14 Kn. 599.

³⁰ Sözüer, Adem, Suça Teşebbüs (Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1994), 195; LK-Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 56; Koca /Üzülmez (n 22) 422.

³¹ Akbulut, Berrin, Ceza Genel Hükümler(Adalet, 6. Bası, Ankara 2019) 625.

Formel- objektif teorinin icra başlangıcı bakımından teşebbüs normunun anlamını ceza kanununun özel hükümler kısmında yer alan normların tipikliğine indirgeyen daraltıcı çıkarımı, teşebbüs normunun kendisinin de müstakil olarak soyut ve genel bir tanıma sahip olduğu gerçeğini görmezden gelmektedir.³² Teşebbüs normu, özel hükümlerde düzenlenen somut bir içeriğe sahip normlarla birlikte değerlendirildiğinde cezalandırılabilir bir hareketin somut unsurlarını ortaya koymuş olmaktadır. Diğer bir ifade ile suça teşebbüs bağlamında ihlal edilen davranış normu ancak ilgili suç tipi dikkate alınarak yapılacak yorum yoluyla türetilir ve suç konusu davranış normuna aykırılık bu şekilde tespit edilebilir.³³ Fakat bu durum yasa koyucunun teşebbüs normu ile içerik olarak sadece doğrudan doğruya suç tipinde yer alan haksızlığın tanımını ile birebir örtüşen hareketleri cezalandırmak istediğini zorunlu bir çıkarım olarak ortaya koymaz. Bilakis teşebbüs öğretisi tipikliğin ön alanında cezaya değer ve cezayı elzem kılan hareketleri konu edinmektedir.³⁴ Kanun koyucu bu bakımdan teşebbüs düzenlemesinde cezalandırılabilir bir hareketin varlığı için hareketlerin suç tipi ile doğrudan doğruya, somut ve dar bir yakın ilişkide olmasını yeterli kabul edebilir.³⁵

Yukarıda değinilen sorunlar neticesinde, geçerli olan bu katı formel/biçimsel objektif tutum yerine hazırlık hareketleri ile icra hareketlerini ayırmada materyal objektif bir metod benimseyen yaklaşımlar yaygınlık kazandı. Söz

³² Çataklı (n 3) 410; LK- Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 56.

³³ Freund/Rotalski (n 10) § 8 Kn. 30.

³⁴ Wachter, Das Unrecht der versuchten Tat, 127; "Teşebbüs suç tipiyle ve onun muhtemel anlamıyla sınırlanamaz, bilakis cezalandırılabilirlik suç tipinin sınırlarının ötesine geçer; bu yüzden sadece suç tipinin yorumu bu bakımdan bu noktadaki soruların cevabı için çok dar bir kapsam sunar... Genel hükümlerde yer alan teşebbüs düzenlemesi özel hükümlerde yer alan suç tipleri ile tamamlayıcı bir ilişki içerisinde bulunmaktadır. Fakat bu ilişki yorum yoluyla tespit edilen zorunlu bir mantıksal çıkarım olarak içerik ilişkisi değildir." Roxin (n 28) § 29 Kn. 108; Katı formel yaklaşımın takibi çoğunlukla suçun doğrudan doğruya icrası teşkil eden bu sebeple cezaya değer olan hareketleri cezalandırılabilir hareketin kapsamı dışında bırakmakla sonuçlanmaktadır. Bazı durumlarda ise suç tipinin kısmen gerçekleşmesini icra başlangıcı olarak kabul etmesi henüz hazırlık hareketi teşkil eden bazı hareketlerin icra başlangıcı olarak kabul edilmesini de sonuç verebilmektedir. Örneğin failin muhatabını bir akrabası olduğu şeklinde kandırarak güvenini kazanıp, ileriki aşamada geri ödemeyeceği bir borç para almayı hedeflediği bir olayda, fail muhatabını akrabası olduğuna inandırdığı anda onun iradesini hileli davranışla yanıltmış olacaktır. Fakat suç tipini kısmen gerçekleştiren bu davranışı dolandırıcılık suçunun doğrudan doğruya icrası olarak nitelendirmek mümkün değildir. Davranış henüz mağduru malvarlığında zarara yol açacak harekete çok uzaktır. Bir hileli davranışın icra başlangıcı teşkil etmesi için, mağduru malvarlığı bakımından zarara sokacak olan tasarrufunun doğrudan doğruya hazırlayıcısı olacak davranış olması gerekir (bkz. OLG Karlsruhe NJW 1982, 59); MüKoStGB- Hoffman-Holland, (in: Münchener Kommentar zum StGB, Wolfgang Joecks, Klaus Miebach (edt.), Cilt I §§ 1- 37, C.H.Beck 4. Bası, München 2020) § 22, Kn. 107.

³⁵ Çataklı (n 3) 411.



konusu yaklaşımlar içerisinde en yaygın olarak kabul edilen Frank'ın Formülü (**Frankschen Formel**) “suç tipinde yer alan hareketle zorunlu bir aidiyet ilişkisi içerisinde bulunması sebebi ile doğal bir bakış açısından tipik hareketin ayrılmaz parçası olarak gözükür”³⁶ bütün hareketleri icra başlangıcı olarak kabul edilebilir olarak değerlendirdi.³⁷ Söz konusu formülasyon suç tipinde tanımlanan hareketle tabi bağlantı ilişkisine dayanmaktadır. Böylece icra başlangıcının tespiti yapılacak maddi değerlendirmelerle suç tipinde tanımlanan hareketin şekli tasvirinin sınırlarının dışında da mümkün olacaktır.³⁸ Fakat tipikliğin ön alanındaki hareketlerin cezalandırabilir kılınması, formülde yer alan icra başlangıcı teşkil edecek hareketlerin “suç tipi ile zorunlu bir aidiyet ilişkisi içerisinde bulunması” unsuru ile objektif olarak dar belirlenen sınırlar içine çekilmiştir.

Materyal objektif teori teşebbüste icra başlangıcının suç tipikliğini gerçekleştirecek hareketlere yakın bir yerde olması gereğini sürecin sonraki gelişimine yön verecek şekilde dile getirmiştir. Fakat icra başlangıcı teşkil eden hareketleri tespit etmek bakımından ortaya koyduğu ölçüt yeterince somut değildir. Bilakis “suç tipinde yer alan hareketlerle zorunlu bir aidiyet ilişkisi içerisinde” olma şeklinde ifade edilen formül hangi hareketler icra başlangıcı teşkil eder sorusuna ancak hissi ya da sezgisel bir şekilde verilebilecek bir cevabı mümkün kılmaktadır. Formül söz konusu hareketlerin sıkı bir şekilde tipikliğin sınırında bulunması gereğini vurgulamaz. Bu da Alman Mahkeme kararlarında görüldüğü gibi,³⁹ formülün tamamen failin perspektifinden yorumlanarak icra başlangıcının tespitinde objektif sınırlardan vazgeçilebilmesini mümkün kılmaktadır.⁴⁰

Materyal objektif yaklaşımın temelinde cezalandırılabilir teşebbüsün başlangıcının tespitinin, özellikle şüpheli durumlarda, sadece materyal bir bakış açısıyla tespit edilebileceği kabulü yatar. Bu bağlamda Frank'ın formülü doğrudan doğruya tehlike kriterini somutlaştırmak için kullanılır ve korunan hukuki değeri (**geschütztes Rechtsgut**)⁴¹ / suç tipinin koruma konusunu (**Schutzobjekt**)⁴² doğrudan doğruya tehlike altına sokan davranışlar icra başlangıcı olarak kabul edilir. Tehlike kavramı elverişli teşebbüsün cezalandırma nedeni-

³⁶ SK/Rudolphi (Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Hans-Joachim Rudolphi, Eckhard Horn, Hans-Ludwig Günther, Andreas Hoyer, Gereon Wolters (Edt.), Cilt I, Allgemeiner Teil (§§ 1- 79b) (Carl Heymanns, 6. Baskı, Köln 1992) § 22 Kn. 13.

³⁷ LK-Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 57; Roxin (n 28) § 29 Kn. 122.

³⁸ LK- Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 57.

³⁹ “suç tipinde yer alan hareketle zorunlu bir aidiyet ilişkisi içerisinde bulunması sebebi ile failin planına göre tipik hareketin ayrılmaz parçası olarak gözükür” BGH NJW 1980, 1759 v.d.; bkz. Roxin (n 28) § 29 Kn. 122.

⁴⁰ Roxin (n 28) § 29 Kn. 135.

⁴¹ Roxin (n 28) § 29 Kn. 124.

⁴² LK-Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 61.

ni açıklamak bakımından her ne kadar uyumlu bir içeriğe sahip gözükse de icra başlangıcının tespiti bakımından uygun bir anlam muhtevasına sahip değildir. Öncelikli olarak failin doğrudan doğruya icraya başladığını ortaya koymayan hazırlık hareketi teşkil eden eylemlerde korunan hukuki değer ve suç tipinin koruma konusu bakımından tehlike barındırır. Diğer yandan tehlike kriterinin soyut ve somut tehlike suçları bakımından, söz konusu suç tiplerinin bazılarında tanımlanan tehlikenin ortaya çıkışı suçun tamamlanması anlamına geldiği için, icra başlangıcının tespitinde kullanılması güçtür.⁴³

Alman Ceza Kanununun 22. paragrafında yer alan teşebbüs tanımı her ne kadar failin sübjektif bakış açısı ile ilişkili olarak “failin suça ilişkin tasavvuruna göre” ibaresini içeriyorsa da yine teşebbüsün tanımında yer alan “doğrudan doğruya” icra ifadesi kanundaki teşebbüs kavramının salt sübjektif bir yaklaşımla açıklanmayacağını ortaya koymaktadır. Alman kanun koyucunun bu kararı teşebbüsün başlangıcına ilişkin görüşlerin kişisel-objektif bir anlam zemininde somutlaştırılması sonucunu verdi.⁴⁴

Bu doğrultuda bugünkü Alman Ceza Hukuku Literatüründeki mevcut yaklaşımlar ağırlıklı olarak icra başlangıcının tespitinde kişisel formel anlayışa dayanan teorileri (*individuell-formelle Theorien*) benimserler. Yukarıda problemlili yanlarına değindiğimiz tehlike gibi bir materyal kavramı esas ölçüt olarak kullanmazlar.⁴⁵ Bu yaklaşımlar formel objektif teoriden farklı olarak icra başlangıcı kriterini hareketin doğrudan doğruyalığı (*Handlungsunmittelbarkeit*)⁴⁶ zemininde tanımlarlar.⁴⁷ Söz konusu teşebbüsün tanımlandığı ACK paragraf 22 doğrudan doğruyalık ölçütünü icra hareketinin bir unsuru olarak görmektedir, fakat suçun tipikliğine ait unsurlardan birinin gerçekleşmiş olması ile bir tutmamıştır. *Vogler*'in ifadesi ile doğrudan doğruya suç tipini gerçekleştirmeye yönelmiş hareketler “*her bir suç tipine izin verilen sınırlar içerisinde yorum yoluyla anlamsal ve nesnel olarak eklemenebilen*” hareketlerdir. Dolayısıyla suç tipine ait bir unsurun gerçekleşmesi gerekli değildir. Bilakis tipikliğin ön alanında (*Vorfeld des Tatbestandes*) suç tipinin gerçekleştirilmesi ile yakın zamansal ve mekânsal ilişki içerisindeki davranışlar yeter-

⁴³ Roxin (n 28) § 29 Kn. 129.

⁴⁴ LK-Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 62.

⁴⁵ LK- Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 64; Suç tipinin gerçekleştirilmesi için doğrudan doğruya icra suç tipinin unsurlarından birinin gerçekleştirilmesi anlamına gelmez. Bundan ziyade bir bütün olarak suç tipini gerçekleştirmeye yönelmiş bir davranış olarak anlaşılmalıdır, Roxin (n 28) § 29 Kn. 120; Schönke/Schröder-Eser/Bosch, (C.H.Beck, in: SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, München 2019)§22 Kn. 37.

⁴⁶ Kühl, Kristian, Strafrecht AT (Vahlen, 8. Baskı, Sinzheim 2017) § 15 Kn. 55.

⁴⁷ Formel ara hareket teorisi olarak da tanımlanan bu yaklaşım ilk olarak *Maurach* tarafından ortaya konulmuştur, Strafrecht Allgemeiner Teil (C.F. Müller, 4. Baskı, Karlsruhe 1971) 499.



lidir. Doğrudan doğruya bir suçun icrasına yönelme “*failin planına göre suçun unsurlarını gerçekleştireceğini doğrudan doğruya ibraz eden (Vorlagern)*”⁴⁸ hareketlerde mevcuttur. Yasada belirtilen doğrudan doğruya icraya başlama kriteri (*Unmittelbarkeitsefordernis*) bakımından bir suç tipinde yer alan bir unsurun gerçekleştirilmesi gerekli değildir. Doğrudan doğruya icra başlangıcı kriteri bakımından, doğrudan doğruya failin araya başka bir fasıla girmeksizin bizatihi suç tipinin kendisinin icrasına başlamak üzere olduğu bir aşamada olması da yeterlidir.⁴⁹

B. Parça/Ara Hareket Teorisi

Kişisel formel teoriler içerisinde, doğrudan doğruya icra başlangıcı teşkil eden hareketlerin diğer hareketlerden ayırımına ilişkin olarak, ileri sürülen formüller içerisinde, ACK § 22’ de yer alan doğrudan doğruya icraya başlama kriterinin somutlaştırılması bakımından literatürde en etkili öneri, *Maurach* tarafından kurulan⁵⁰, Frank’ın formülünün değiştirilmesi suretiyle türetilen parça ya da ara hareket teorisi⁵¹ oldu. *Maurach*’a göre failin hareketlerinin icra başlangıcı olarak kabul edilmesi için önemli olan failin gerçekleştirmiş olduğu hareketler ile suç tipinin gerçekleşmesi arasında hala yapılması gereken önemli başkaca ara hareketler bulunup bulunmadığıydı. Bu bakımdan “*fail tarafından yapılan hareketleri suç tipinin bir unsurunun gerçekleşmesi bakımından daha başkaca hareketlerin takip etmesi gerekli ise*” henüz teşebbüs aşamasına ulaşmadığını kabul etmektedir. Buna karşın “*fail tarafından icra edilmiş hareketler, başkaca bir hareket yapılmaksızın suç tipinin bir unsurunun gerçekleşmesi ile sonuçlanıyorsa*” teşebbüsün varlığını kabul eder⁵².

Bu teşebbüsü suç tipinin kendisinin bizatihi icrasından önceki son aşamaya sınırlayan yaklaşım şekli benimsendi ve *Parça veya Ara hareket teorisi* olarak adlandırıldı. Bu son aşamasının tespiti bakımından geçerli perspektif ya da

⁴⁸ Failin suç tipini gerçekleştireceğini, gerçekleştirmek istediği suç tipi ile dar zamansal ve mekânsal bir ilişki içinde ibraz eden hareketler. Vorlagern ve onun isim haline karşılık gelen Vorlage kelimeleri fiili hazırlamak anlamına geldiği gibi aynı zamanda ibraz eden, tasvir eden, ortaya koyan veya temel özelliklerini gösteren bir ön aşama anlamına da gelmektedir; bkz. <https://www.dwds.de/wb/vorlagern>, <https://www.dwds.de/wb/Vorlage>, son erişim: 26.03.2021. Bu bakımdan bizatihi suç tipinin unsurları ile öyle yakın bağlantı içerisinde olan hareketler gerekir ki bu hareketler failin suç tipini doğrudan doğruya gerçekleştirmeye yöneldiğini ortaya koymalı ve failin gerçekleştirmek istediği suç tipinin tanımıda yer alan hareketlerin bir önceki aşamasını teşkil etmelidir.; Kühl (n 40) § 15, Kn. 57; Çatakli (n 3) 285, 286.

⁴⁹ Kühl (n 45) § 15 Kn. 57, 58.

⁵⁰ LK- Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 66.

⁵¹ Reinhardt Maurach/Karl Heinz Gössel/Heinz Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil Cilt II(C.F.Müller,8. Baskı, Heidelberg 2014) § 40 Kn. 48.

⁵² (n 41) 499; bkz. LK-Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 66, dipnot 134.

diğer bir ifade ile hüküm zemini (Beurteilungsgrundlage) literatürde, özellikle ACK § 22'de yer alan teşebbüsün tanımındaki "failin fiiline ilişkin tasavvuruna göre"⁵³ ifadesinin tesiri ile failin kişisel planı olarak belirlenmiştir. Bu doğrultuda teşebbüsün tespitinde hazırlık ve icra hareketlerinin birbirinden ayrılmasını sağlayacak normatif ölçüt "*failin kişisel planına göre kendisi ile suç tipinde belirtilen hareketlerle arasında başkaca önemli hareketler bulunmayan, doğal bir kavrayışla bakıldığında suç tipinin ayrılmaz bir parçası olarak gözüken hareketler*"⁵⁴ şeklinde ifade edilmiştir.

Bilhassa Alman Ceza Kanunu'nun 22. paragrafının yeniden ele alan kanun değişikliğinden sonra Alman Mahkeme kararlarında teşebbüsün başlangıcının tespiti bakımından geliştirilen ölçütlerin Parça veya Ara Hareket Öğretisi olarak adlandırılan bu yaklaşımda dayanak bulduğu aşikârdır.⁵⁵ Alman Mahkeme kararlarında bu doğrultuda failin, "eylemi başka bir ara hareket olmaksızın suç tipinin gerçekleştirilmesi ile sonuçlanmakta ise objektif bir şekilde tipe uygun saldırı hareketine başlamış"⁵⁶ olduğunu kabul etmektedir. Bu doğrultuda teşebbüs varlığına hükmetmek bakımından hazırlık ve icra hareketlerinin ayırımında sıkça kullanılan benzer kıstaslar dikkate alındığında⁵⁷ "*herhangi bir müdahale olmaksızın gerçekleşecek olay akışında doğrudan doğruya suç tipinin gerçekleşmesini sağlayacak*"⁵⁸, "*doğrudan doğruya tipik hareketin kendisiyle sonuçlanacak*"⁵⁹ veya "*suç tipindeki hareketle dar bir zamansal ve mekânsal ilişki içerisinde bulunan*"⁶⁰ hareketlerin teşebbüs olarak değerlendirildiği görülmektedir.

Frank'ın maddi objektif teorisi ve onu üzerinden geliştirilmiş önceki formlerle kıyaslandığında, Parça Hareket Teorisi aynı düşünce üzerinden ilerleyerek geliştirilen bir kıstas ortaya koymaktadır. Fakat teori formel anlamda icra hareketlerinin tespiti bakımından daha berrak ve bu sebeple daha fazla hukuki güvenlik ifade eden bir bakış açısı sunmaktadır. Bu da kendisini, teşebbüste gerekli olan hareketlerin doğrudan doğruyalığını tipik hareketin kendisiyle sıkı bir bağlantı bulunan hareketlerde aramasında göstermektedir. Söz konusu teorinin kabulünün bir diğer önemli sonucu olarak değinilmesi gereken bir noktadan daha bahsedebiliriz. Bu da icra hareketlerinin hazırlık hareketlerinden ayırımında, korunan hukuki değer in doğrudan doğruya tehlikeye düşme-

⁵³ Nach der Vorstellung von der Tat

⁵⁴ SK- Rudolph (n 30) § 22 Kn. 13; LK- Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 65; Roxin (n 28) § 29 Kn. 137.

⁵⁵ MüKoStGB-Hoffman- Holland (n 33) § 22 Kn. 109.

⁵⁶ BGHSt 26, 201, 203 v.d.; BGHSt 48, 34, 34 v.d.

⁵⁷ Roxin (n 28) § 29 Kn. 126

⁵⁸ BGHSt 26, 203; 31, 78.

⁵⁹ BGHSt 2, 380.

⁶⁰ BGH NSTZ 1989, 473; BGH NJW 1980, 1760.

sini kıstas alan materyal yaklaşımın artık söz konusu ayrımı formel/biçimsel bir şekilde belirlenmiş kıstaslara bıraktığıdır.⁶¹ Tehlike kavramı daha çok elverişsiz teşebbüs başlığı altında yapılan tartışmaların konusunu teşkil etmektedir.

Ceza hukukunun en tartışmalı konularından biri olan icra başlangıcının tespitinde parça/ara hareket teorisi suçun gerçekleştirilmesi sürecinde tipik hareketle sıkı bir bağlantı içerisinde tipikliğin ön aşamasında odaklanması oldukça önemli bir gelişmedir.⁶² Buna karşın elbette ki Ara/parça hareket teorisine karşı da her ne kadar literatürde baskın olarak kabul edilen görüş olmasına rağmen, eleştiriler yöneltilmiştir. Fakat bu eleştiriler teorinin temel düşünsel yaklaşımı içerisinde daha somut ölçütler ortaya koyan farklı yorumlarının ortaya konulmasını mümkün kılmıştır.

Eleştirilerden ilki failin hareketi ile suç tipinde tanımlanan hareketin bizzatihi kendisinin icrası arasında yer alan doğal anlamdaki her bir bedensel hareketin (silahı çekmek, kaldırmak, nişan almak ve tetiğe basmak gibi) teşebbüsün kabul edilmesini engelleyici bir etkiye sahip olacağı düşüncesine dayanmaktadır. Söz konusu durumun barındırdığı tehlike hareketin doğrudan doğruya-lığını “ağır çekim ceza hukuku (*Zeitluppenstrafrecht*)” yaklaşımı olarak adlandırılacak şekilde “atomise” (en küçük parçalarına ayırıştırarak) etmesi olarak dile getirilmiştir.⁶³

Bu eleştirilere karşılık olarak teorinin parça veya ara hareket⁶⁴ kavramı doğal bir kavrayış içerisinde nitelendirmediği ve böyle bir bağlamda bir suç tipinin gerçekleştirilmesi bakımından bütünlük arz eden failin hareketini suni olarak parçalayan bir anlayışın söz konusu olmadığı belirtilmiştir. Teori bilakis hareketin olayın gerçekleşiş biçimi içerisinde ihtiva ettiği sosyal anlamını dikkate alarak bir ayırmada bulunmaya çalışmaktadır. Olayın gerçekleşme biçimi dikkate alındığında bu bütünlük içerisinde failin hareketinin taşıdığı anlam dikkate alınarak suç tipinin gerçekleştirilmesi ile failin hareketi arasında başkaca önemli bir hareket yoksa icranın başlamış olduğu kabul edilmelidir. Eğer fail “*ekilmiş bir silahla öldürme kastı ile mağdurun üzerine gitmekteyse, ölümcül atışı yapmadan önce, silahı kaldırması, doğrultması veya parmaklarının tetiğe basması gibi ara hareketlerin varlığında dolaylı hala teşebbüs aşamasında olduğu*”⁶⁵ söylenemeyecektir. Silahı kaldırmak, nişan almak veya parmağın tetiğe gitmesi failin bir insanı öldürme kastı ile gerçekleştirdiği hareketi bir bütün olarak değerlendirildiğinde Ara Hareket Teorisine göre önemsiz

⁶¹ Roxin (n 28) § 29 Kn. 125; LK- Hillenkamp, § 22 Kn. 66.

⁶² Nedeni için yukarı bkz. s. 3

⁶³ LK- Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 65.

⁶⁴ Çalışmanın bu kısmından itibaren teoriyi ifade etmek için Parça Hareket Teorisi kavramı kullanılacaktır.

⁶⁵ Kühl (n 40) §16 Kn. 60.

hareketlerdir, müstakil olarak ara hareket kabul edilmezler.⁶⁶ Failin o zamana kadar gerçekleştirdiği hareketler Ara Hareket Teorisinin formülüne göre sosyal bakımından bir suç tipinin doğrudan doğruya icrası anlamına gelmekteyse, suç tipinin icrası failin gerçekleştirmiş olduğu hareket arasında kalan bu nitelikteki hareketler teşebbüs olarak değerlendirilmesine engel teşkil etmezler.

Böylece doğal hareket anlayışı içerisinde her bir vücut hareketini dikkate alan anlayış Parça Hareket teorisinde dışlanmıştır. Böylelikle Parça Hareket Teorisi önemlilik kriteri ile tamamlanmıştır. Sadece failin hareketi ile tipik hareket arasında bulunan önemli hareketlerin, failin hareketinin icra başlangıcı nitelendirilmesini engelleyici bir etkiye sahip olabileceği kabul edilmiştir. Frank'ın formülünün yeniden terkibi ile ulaşılan parça hareket teorisinin teşebbüsün başlangıcı için tipik hareketin gerçekleşmesinin hemen öncesini belirlemesi cezaya değer hareketin ilk ne zaman ortaya çıktığının tespitinde biçimsel bakımından isabetli gözükmektedir. Yine parça hareket teorisi somut veya soyut tehlike suçları bakımında da teşebbüsün tespitinde sorun yaşamamaktadır. Buna karşın teoriye eklenen önemli hareketlerin ancak teşebbüs varlığını engelleyici bir mahiyette olduğunun kabulü yaklaşımının önemli hareket kavramının somutlaştırılmaya ihtiyacı olduğu açıktır.⁶⁷ Bu bağlamda teoriyi farklı kriterlerle somutlaştırmaya çalışan farklı yaklaşımlar söz konusu olmuştur. Çalışmanın başında değindiğimiz gibi; doğrudan doğruya icra başlangıcı kriterinin teşebbüste cezaya değer haksızlığın ortaya çıkışı bakımından sadece biçimsel bakımdan bir tespittir. Cezaya değer bir hareketin varlığının kabulü için bunun maddi bir içeriğe sahip olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle teşebbüs bakımından cezaya değer bir hareketin hareketin varlığının kabulü için sadece biçimsel bakımdan norm ihlalinin bulunması yeterli olmamalıdır, bu norm ihlalinin aynı zamanda maddi bir içeriğe sahip olması gerekmektedir. Parça Hareket Teorisini somutlaştırmaya çalışan yaklaşımları teşebbüsün haksızlığının sahip olması gereken maddi içeriği ortaya koyarak teorinin kriterini farklı olaylar bakımından istikrarlı biçimde uygulanabilmesini hedefleyen yaklaşımlar olarak değerlendirmek hatalı olmayacaktır.

1. Parça Hareket Teorisi ile Tehlike Kavramını Bağdaştıran Yaklaşım ve Alman Yargı Kararlarındaki Uygulaması

Parça hareket teorisini ve tehlike ölçütünü bağdaştırmayı hedefleyen yaklaşımlar tehlike kavramını Parça Hareket Teorisinin önemlilik kriterini somutlaştırmak için kullanmazlar. Diğer bir ifadeyle bu yaklaşım içerisinde tehlike kavramı Parça Hareket Teorisinin formel ölçütünü ikame eden bir mahiyet arz etmez. Bilakis failin hareketlerinin doğrudan doğruya icra başlangıcı olarak kabul edilebilmesi bakımından öncelikli olarak Parça Hareket Teorisinin öl-

⁶⁶ Kühl (n 40) §16 Kn. 60.

⁶⁷ Roxin (n 28) § 29 Kn. 138.



çütü ile teşebbüsün varlığının belirlenmesi gereklidir. Diğer bir ifade ile failin hareketlerinin, hazırlık hareketlerinin alanından çıkıp teşebbüs sahasının içerisinde değerlendirilebilmesi için, öncelikli olarak “failin planına göre suç tipin unsurlarının gerçekleşmesini hazırlayan ve doğrudan tipik harekete götüren”⁶⁸ mahiyette olması gerekir. Fakat bu yeterli olmaz. Bununla birlikte failin gerçekleştirdiği hareketlerin artık bir sonraki adımda “failin bakış açısından korunan hukuki değeri somut bir tehlike altına”⁶⁹ sokacak olması aramaktadır. Somut tehlike kavramını failin bakış açısı bakımından yorumlaması elbette ki Alman Ceza Kanunu 22. paragrafta yer alan “nach der Vorstellung von der Tat” ifadesinin bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır.⁷⁰

Söz konusu yaklaşım Alman Federal Mahkemesi’nin daha sonraki kararlarında kısmen terk edilmiş ve tehlike perspektifi yerine Parça Hareket Teorisinin “suç tipinin gerçekleştirilmesi ile doğrudan doğruya mekânsal ve zamansal bir ilişki/bağlantı” kriteri tercih edilmeye başlanmıştır.⁷¹ Buna karşın tehlike perspektifinin dolaylı failin söz konusu olduğu durumlarda hazırlık ve icra hareketlerinin ayırımında “doğrudan doğruya zamansal ve mekânsal ilişki” kriteri ile birlikte uygulandığı kararlar söz konusu olmaktadır. Bu bağlamda dolaylı failliğin söz konusu olduğu durumda Alman Federal Yüksek Mahkemesinin Ceza Kurulu failin suç tipinin gerçekleşmesi için kendisi tarafından yapılması gereken davranışları gerçekleştirmesini yeterli bulmamış, aynı zamanda failin gerçekleştirdiği davranışların “failin planına göre ortaya koyduğu davranışların bütünüünün korunan hukuki değere bir saldırı ihtiva etmesini” aramıştır. Saldırının varlığı mahkemeye göre korunan hukuki değer “hali hazırda bir tehlike altına sokulmuşsa ve doğrudan doğruya zararın ortaya çıkması ile sonuçlanacaksa” kabul edilir.⁷²

Suç tipi ile korunan hukuki değer tehlike altına sokulması kriteri icra başlangıcının tespitinde gündeme gelen somutlaştırma ihtiyacını gidermek bakımından parça hareket teorisinin çözümüne dâhil edilmiştir. Federal Mahkemenin, ilgili kararları ayrı ayrı incelendiğinde, kriterleri birbiri ardına sıralayarak kümülatif bir şekilde kullandığı görülmektedir. Mahkemeye göre “fail kendi planına göre suç tipinin unsurlarının gerçekleşmesini mümkün kılacak ve doğrudan doğruya tipik hareketin kendisi ile sonuçlanacak, bununla birlikte failin bakış açısından korunan hukuki değeri somut bir tehlike altına sokacak davranışlar gerçekleştirirse hazırlık hareketleri safhasının ötesine geçmiş ve

⁶⁸ BGH NSTZ 1987, 20.

⁶⁹ BGH NSTZ 1987, 20.

⁷⁰ LK-Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 70.

⁷¹ BGHSt 35, 6, 8 v.d.; BGH NSTZ 1989, 473, bkz. LK- Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 71, dñn. 149.

⁷² BGHSt 43, 180 v.d.

*teşebbüs sahasına girmiştir. Buna mukabil olarak teşebbüsün sahası mani olunmadığı takdirde doğrudan doğruya suç tipinin tamamlanmasına netice verecek veya onunla doğrudan doğruya zamansal ve mekânsal ilişki içerisinde bulunan davranışları kapsamaktadır.*⁷³ Mahkemenin kararları incelendiğinde hangi ölçütün icra başlangıcı ve hazırlık hareketlerinin ayrımı bakımından belirleyici kriter olacağı sorusunun cevabının açık ve anlaşılır olarak vurgulanmadığı görülmektedir. Mahkeme, Parça Hareket Teorisinin kişisel formel sınırlama ölçütünü materyal kişisel bir yaklaşım olarak tanımlanabilecek “hukuki değer failin bakış açısından doğrudan doğruya tehlike altına sokan davranışlar” ölçütü ile değiştirmektedir. Söz konusu ölçüt, teşebbüs kavramının düzenlendiği ACK paragraf 22’nin lafzi yorumu ile çeliştiği gerekçesiyle literatürde eleştirilmiştir. ACK paragraf 22’de Alman kanun koyucu teşebbüsün başlangıcını “doğrudan doğruya suç tipinin icrasına başlamak” ifadesi ile şekli olarak kanunda belirtilen suç tipi ile ilişkilendirmiştir. Yasal düzenlemede teşebbüsün başlangıcının suç tipinde korunan hukuki değer doğrudan doğruya tehlike altına girdiği bir zaman dilimi ile ilişkilendirildiğine ilişkin bir dayanak yoktur. Diğer taraftan korunan hukuki değer bakımından tehlike hazırlık hareketleri aşamasında da söz konusu olabilirken, fail hareketleri ile suçun tamamlanması yaklaştıkça tehlike nicelik olarak kademeli olarak artan bir mahiyet arz eder. Teşebbüsün başlangıcının maddi bir içerikle korunan hukuki değer tehlike altına girmesine bağlı olarak tanımlanması doğrudan doğruya icra başlangıcı teşkil etmeyen bazı davranışların teşebbüs sahası içerisinde değerlendirilebilmesine imkân verecektir.⁷⁴ Tehlike kavramına yöneltilen itirazlardan bir tanesi de kavramın özellikle tehlike suçlarında işlevini yitirdiği noktasındadır. Korunan hukuki değer tehlike altına sokulması soyut tehlike suçları bakımından gerekli değilken somut tehlike suçlarında ise suçun tamamlanması anlamına gelebilecektir.⁷⁵

2. Tehlike Kavramının İcra Başlangıcının Tespiti Bakımından Değerlendirilmesi

Tehlike kavramının failin hareketlerinin teşebbüsün alanına girdiğini tespit etmek bakımından, formel bir ölçütü tamamlayıcı bir mahiyette kullanılma-

⁷³ BGH NSTZ 1987, 20, 2013, 156, 157; BGHSt 30, 363, 364.

⁷⁴ Kühl (n 40) § 15 Kn. 82, 83; Maurach/Gössel/Zipf (n 45) § 40 Kn. 66; LK-Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 82.

⁷⁵ LK- Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 82; Alman Federal Mahkemesinin bazı kararlarında kullandığı ölçüt Alman Hukukunda doğrudan doğruya icra başlangıcının tespiti bakımından esas önemli ölçüt olarak kabul edildiğini göstermek bakımından yeterli olmadığını düşünmekteyiz. Mahkemenin değindiğimiz kararlarında da görüldüğü gibi birçok farklı ölçütü kümülatif olarak dile getirmektedir. Öğretide durum ise çalışmanın devamında ortaya konulduğu gibi tehlike ölçütünün yardımcı ve tamamlayıcı bir mahiyette kullanılması yönündedir. Buna krş. Bkz. Sercan Tokdemir, Ceza Hukukunda Akim Kalmış Azmettirme (Seçkin Ankara 2022) 84.



ypı, doğrudan ölçüt olarak kullanılması bazı problemleri beraberinde getirmektedir. Öncelikli olarak şekli açıdan norm ihlali teşkil etmeyen suç tipinin gerçekleştirilmesine hazırlık teşkil eden hareketler fail tarafından icra edildiği aşamada tehlikeli olarak değerlendirilmesi mümkündür. Bu tehlike icra aşamasına yaklaştıkça artarak devam eder. Diğer yandan icra başlangıcının tespiti konusunu tipikliğin ön alanında tipikliğin gerçekleştirilmesi ile sıkı bir bağlantı içerisindeki hareketler, davranış normunun niteliğinin ve ceza normunun amacı olan hukuki değerlerin korunmasının bir gereği olarak, oluşturur.⁷⁶ Bu şekli ölçütün gerçekleşmesi ile kasıtlı hareket eden fail hareketleri haksızlığın sübjektif kısmını oluşturur.

Fakat norm ihlali sadece fail ile norm arasında failin norm ile kurduğu ilişkiye indirgenemez ve bu bağlamda yalnızca failin tasavvur dünyasında gerçekleşen bir olgu olarak anlaşılabilir. Bu sebeple ACK § 22’de yer alan failin fiiline ilişkin tasavvuru (nach der Vorstellung von der Tat) kavramı cezaya değer hareketin ortaya çıkışında norm ihlali kavramını sadece failin tasavvuruna indirgenecek şekilde anlaşılmalıdır. Bununla birlikte ACK § 23/2’de yer alan failin bariz izansızlığından kaynaklı ex ante bir perspektiften açık olarak suç tipini gerçekleştirilmeyeceği belli olan davranışların cezalandırılabilir olarak değerlendirilmesi son derece sorunlu gözükmektedir.

Norm ihlalinin varlığı için normun ihlal edilmesinin sosyal bakımdan anlaşılabilir ve algılanabilir biçimde ortaya çıkması gerekir. Alman Ceza Hukuku öğretisinde gün geçtikçe hâkim konuma gelen teleolojik hareket öğretisinde hareket bir anlam taşıyıcısı olarak kabul edilmektedir. Failin hareketi hukuken korunan değerlere saygı göstermediğini sosyal bakımdan anlaşılabilir ve algılanabilir biçimde ortaya koyan hareket olmalıdır. Ceza hukuku failin fiili sebebiyle fail hakkında bir hükümde bulunur. Bu sebeple ceza hukukunun perspektifi kaçınılmaz olarak ex ante perspektiftir. Objektif isnadiyet teorisi ile failin sorumluluğunun belirlenmesinde pozitif bilimsel ex post perspektif terk edilmiştir. “*Hukukçu ex ante değerlendirir, pozitif bilimler ile ilgilenen bilim adamı ex post değerlendirir*”. Ceza hukukunun dili pozitif bilimlerin dilinde oluğu gibi betimleyici bir dil değildir. Pozitif bilimler dış dünyadaki olayların nasıl gerçekleştiğini anlamaya çalışır ve bunu tasviri olarak ortaya koyar. Ceza hukuku bu perspektifi dikkate alır, fakat ceza hukukunun amacı sadece neyin nasıl olduğunu anlamak değildir. Ceza hukuku neyin nasıl olduğunu anlayarak fail hakkında fiili sebebi ile hüküm vermek zorundadır. Ceza hukuku bu sebepten kendi normatif ölçütlerine göre hüküm tesis eder. Bu noktada bu çıkarım çok yerindedir: “*Hukukun dili tasviri dil değildir, hukuk hüküm veren bir dile sahiptir.*”⁷⁷

⁷⁶ Bkz. yukarıda, S. 2 ve 3.

⁷⁷ Stuckenberg (n 24) 108.

Ceza hukuku kaçınılmaz biçimde hükmün sosyal bakımdan günlük anlam şablonları içerisinde taşıdığı anlamı dikkate almak zorundadır. Bu gereklilik birçok meselenin çözümünde kullanılan sağlıklı bir zihne sahip failin sosyal çevresine ait ortalama izan ve vicdan sahibi 3. kişi kriterinde kendini ortaya koyar. Söz konusu 3. kişi toplumun varsayımsal temsilcisidir. Aynı zamanda toplum adına karar veren ve ancak failin hareketlerinin dış dünyada ortaya koyduğu büyük resmi dikkate alarak, suçun manevi unsurlarına ilişkin tespitler dâhil olmak üzere, olayı değerlendirme imkânına sahip hâkimin konumu da olaya 3. bir kişinin perspektifi ile paralellik arz eder. Teşebbüs bakımından da norm ihlali bu sebeple sosyal düzlemde anlaşılabilir ve algılanabilir bir şekilde ortaya çıkmalıdır. Failin sosyal bakımdan bir suç tipini gerçekleştirmeye yöneldiği anlamını taşımayan hareketleri ceza hukuku bakımında cezaya değer olarak nitelendirilemez. Tehlike kavramı işte tam bu noktada devreye girmelidir ve ex ante olarak tespit edilip teşebbüste cezaya değer bir hareketin varlığı bakımından norm ihlalinin sosyal bakımdan algılanabilir biçimde ortaya çıkması gerekliliğinin bir cevabı olarak değerlendirilmelidir. Biz burada tehlike yerine risk kavramını tercih etmekteyiz.⁷⁸ Cezaya değer bir teşebbüsün varlığı için failin hareketleri ile sosyal bakımdan anlaşılabilir bir şekilde suç tipini gerçekleştirmeye yöneldiğini ortaya koyması gerekir. Diğer bir ifade ile fail hareketleri ile suç tipini gerçekleştireceğine ilişkin sosyal bakımdan algılanabilir ve anlaşılabilir bir risk ortaya koyması gerekir. Ceza hukuku bakımından failin normu ihlale yöneldiğini böyle bir riskin varlığı ile tespit edilmişse fail hareketlerinin cezaya değer olduğu noktada hüküm verilebilir. Tehlike kavramı böylece gerekli bir maddi ölçüt olarak hareketin objektif haksızlığının tespitinde işlev görmesi gerekmektedir. Bu bakımından Türk Ceza Hukuku'ndaki alışıla gelmiş tasnif bakımından ifade edersek, tehlike kavramının teşebbüste hareketlerin elverişliliği başlığında inceleme yapılırken hareketlerin elverişli olup olmadığına hüküm vermede esas belirleyici bir ölçüt olarak kullanılması uygun gözükmemektedir.

Buna karşın Yargıtay'ın elverişlilik kavramının adeta hazırlık ve icra hareketlerinin ayrımında ölçüt olarak kullanıldığı kararları mevcuttur. Yargıtay fail tarafından gerçekleştirilmek istenen tipik netice bakımından fail hareketleri elverişsizse, teşebbüs hükümlerine başvurulamayacağı gerekçesi ile failin hareketleri hazırlık hareketi olarak kabul etmiştir.⁷⁹ Oysa ki failin iradesinin hangi suç tipinin icrasına yöneldiğinin tespitini mümkün kılan icra hareketleri belirlendikten sonra gerçekleştirilmesine yönelinen suç tipi bakımından hareketlerin elverişli olup olmadığı sorusuna cevap bulanabilecektir. Ceza hukukunda aynı andalık prensibi (*Koinzidenzprinzip*) gereği failin fiili kastı, diğer

⁷⁸ Gerekçesi için bkz. Çatakli (n 3) 171, 172.

⁷⁹ Yarg. 14 CD. 05.02.2014, 2012/2733, 2014/1160; Benzer bir şekilde bkz. Yarg. 14. CD. 24.03. 2016, 2016/236; 2016/2925.

bir ifade ile fiili icra ettiği anda mevcut bulunan kastı, tipiklik bakımından bulunması gerekli subjektif unsura tekabül eder. Keza ceza hukukunda ancak failin fiilli ile ortaya koyduğu kastı failin cezai sorumluluğu bakımından önem arz eder. Teşebbüste fiil, suç tipinin doğrudan doğruya icrasına yönelik failin hareketleridir. Bunlar tespit edilmeden failin kastının neye yöneldiğinin tespiti mümkün değildir. Failin kastının yöneldiği suç tipi tespit edilmeden ise failin hareketlerinin elverişli olup olmadığının değerlendirilmesi mümkün değildir.⁸⁰

3. Modifiye Edilmiş Ara/Parça Hareket Teorisi (Hillenkamp)

Literatürde tehlike kavramının icra başlangıcının tespitinde kullanılmasına ilişkin çekincelere karşılık olarak *Hillenkamp* tarafından yeniden terkip edilmiş bir Parça Hareket Teorisi ileri sürülmüştür. Özellikle yakın tarihli mahkeme kararları incelendiğinde icra başlangıcının tespitine ilişkin ortaya konulan yaklaşımın Hillenkamp'ın bu modifiye edilmiş Parça Hareket Teorisi ile uyuştuğunu söylemek mümkündür.⁸¹ Tehlike kavramı bu yaklaşım içerisinde icra başlangıcının tespitinde esas belirleyici ölçüt değildir. Tehlike kavramı, Parça Hareket Teorisinin biçimsel kişisel ölçütü içerisinde bazı olaylara ilişkin olarak tipik hareketin icrasına uzak olan bazı hareketlerin icra başlangıcı olarak kabul edilmesini engelleyici (*Korrektiv*) mahiyette, yardımcı bir kıstas işlevi görmektedir.

Öncelikli olarak Hillenkamp parça hareket teorisinin kişisel formel (biçimsel) formülünü suç tipinin gerçekleştirilmesi ile zamansal ve mekânsal bakımından dar ve sıkı bağlantılı olan tipikliğin ön alanındaki hareketlerin cezalandırılmasını mümkün kılan yaklaşımı sebebi ile hukuki güvenlik bakımından bir kazanım olarak değerlendirmektedir. Tehlike kavramının eklenmesi ile ortaya çıkan materyal formel yaklaşıma yönelmiş yukarıda değinilen itirazlara katılmaktadır.⁸² Öncelikli olarak tehlike kavramını hukuki değerini somut olarak tehlikeye sokulması ölçütünün Parça Hareket Teorisinin altında yatan formel anlayışla bağdaşmadığı haklı olarak belirtilmektedir. Bunun yerine tehlike kavramını suç tipinin gerçekleştirilmesi ile bağdaştıran bir yaklaşımın Parça Hareket Teorisinin dayandığı düşünsel zemin bakımından daha isabetli olduğunu vurgular. Tehlike kavramının somut suç tipi ile ilişkilendiren “Suç tipinin gerçekleştirilmesi tehlikesi” (Gefahr der Tatbestandsverwirklichung) ölçütü tehlike kavramının Ara Hareket Teorisi uyumu bakımından çok daha isabetli bir ölçüt olarak gözükmektedir. Böylelikle sırf hareket suçları ve tehlike suçları bakımından yöneltilecek itirazların dayanak noktası zayıflatılmış olmaktadır.⁸³

⁸⁰ Çatakli (n 3) 298; Krş. SK-Jäger (Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Jürgen Wolter (Edt.), Band 1 (§§ 1- 37), 9. Baskı, Carl Heymanns, Köln 2017) § 22 Kn. 12.

⁸¹ MK-Hoffman-Holland (n 33) § 22 Kn. 119.

⁸² LK-Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 82.

⁸³ LK-Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 83, 84.

İcra başlangıcı Parça Hareket Teorisini içerisinde mekânsal ve zamansal açıdan suç tipinin gerçekleştirilmesine sıkı bir şekilde bağlanmıştır. Tehlike düşüncesine icra başlangıcının tespitinde bu söz konusu yaklaşıma karşı öncelik tanınmamalıdır. Tehlike düşüncesi özellikle önemsiz ara hareketlere teşebbüsün varlığını engelleyici bir anlam verilmesinin önüne geçmede yardım sunabilecektir. Bu bağlamda failin hareketi ile suç tipinin bizatihi icrasını teşkil edecek hareketler arasında "kalan hareket kısımları hali hazırda mevcut bulunan suç tipinin gerçekleştirilmesi tehlikesini kayda değer biçimde artırmıyorsa, fail tarafından yapılan hareketler doğrudan doğruya suç tipinin gerçekleştirilmesi ile sonuçlanacak hareketlerdir."⁸⁴ Tehlike kavramının Parça Hareket Teorisinin formülüne bu şekilde eklenmesi aynı zamanda failin tasavvuruna göre failin gerçekleştirdiği hareketlerle suç tipinin bizatihi kendisinin gerçekleştirilmesi için başkaca önemli bir ara hareketin kalmadığını düşündüğü bazı olaylarda icra başlangıcının kabulüne engel olarak uygulanan ölçütü daha da somutlaştırmaktadır. Bu mahiyetteki hareketler açısından "tipikliğin gerçekleştirilmesi ile sonuçlanacak bir teşebbüsün kabulüne uygun bir tehlikeden bahsetmenin söz konusu olmaması sebebi ile suç tipinin bizatihi gerçekleşmesinin henüz uzak ve kesin olmadığı" bir aşamada icra başlangıcı olarak kabul edilmeyeceklerdir. *Hillenkamp* böylelikle sadece suç tipinin gerçekleştirilmesi ile sıkı bir bağlantı içerisinde bulunan hareketleri teşebbüsün alanına dâhil etmek istemektedir.⁸⁵ Çünkü teşebbüs diğer suç tiplerinden ayrılan müstakil bir tipikliğe sahip değildir. Teşebbüste cezaya değer hareket belirli bir suç tipinin gerçekleştirilmesine teşebbüs edilmesidir. Bu bakımdan hırsızlık suçu bakımından kiler penceresinin açılması için zorlanması ile doğrudan doğruya icra başladığı kabul edilirken, aynı eylem cinsel saldırı suç bakımından potansiyel mağdur evde bulunsa dahi henüz icra başlangıcı olarak değerlendirilemeyecektir. Bunun sebebi cinsel saldırı suçunun tipikliği bakımından bir sonraki hareketin bizatihi suç tipinin icrası anlamına gelmesi için failin mağdurun bulunduğu yere yaklaşması gereğinde ortaya çıkar.⁸⁶ Diğer bir ifade ile mağdur alanı hırsızlık suçuna göre daha dar yorumlanarak mağdurun vücudu kabul edilir ve failin en azından mağdurun bulunduğu odanın kapısını zorlamasını gerekli kılar. Nihayetinde *Hillenkamp* kendi yaklaşımını kişisel objektif bir hüküm verme metodu (*individuell-objektive Beurteilungswiese*) olarak tanımlar. Buna göre teşebbüsün kabulü için ilk olarak failin tasavvuruna göre gerçekleştirmiş olduğu hareketlerle tipik hareketin kendisi arasında başkaca önemli hareket bulunmaması gerekir. İkincil olarak ise bu hareketlerle ortaya çıkan durum doğrudan doğruya suç tipinin gerçekleştirilmesi tehlikesi olarak tanımlanabilmelidir.⁸⁷

⁸⁴ LK- Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 85.

⁸⁵ LK- Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 85.

⁸⁶ LK- Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 86; ayrıca bkz. Roxin (n 28) §29 Kn. 141.

⁸⁷ LK- Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 85.



Söz konusu yaklaşımın daha iyi anlaşılması için örneklendirmek gerekirse; failin arabayı çalmak amacı ile anahtarı kopyalaması ve aracın bulunduğu yeri sahibinden öğrenmesi, araç yakın bir yerde bulunsada henüz doğrudan doğruya icra başlangıcı teşkil etmez. İcra başlangıcı, failin çalınması planlanan aracın bulunduğu yere doğru yönelmediği müddetçe söz konusu olamayacaktır. Aracın yerinin öğrenilmesi ile bizatihi suçun konusu üzerinde tehlike yaratacak hırsızlık suç tipinin bizatihi kendisinin icrası arasında failin aracı çalma amacıyla araca yönelmesi hareketi bulunmaktadır. Fail aracın bulunduğu yere çalma amacı ile yöneldiğinde suç tipinin gerçekleşmesi tehlikesi önemli ölçüde artmış olacaktır ve bu sebeple aracın yerinin öğrenilmesi suç tipini gerçekleştirilmesi bakımından icra başlangıcı olarak kabul edilemeyecek uzak hareket olarak değerlendirilmelidir. Buna karşın bir benzin istasyonunu soymak amacıyla failin maskesini takarak ve elinde silahla, kapının açılmasından sonra benzin istasyonu işletmecisini silahla tehdit ederek gerçekleştireceği hırsızlığa karşı koymamasını sağlamak amacıyla, istasyon kapısının ziline bastığı olayda, yağma suçu bakımından doğrudan doğruya icra başlangıcı söz konusu olacaktır.⁸⁸

4. Somutlaştırılmış Parça Hareket Teorisi (Roxin)

Roxin teşebbüsün cezalandırılması için nedenini açıklarken öncelikli olarak, failin eylemi teşebbüs aşamasında kalmış olsa bile “toplumda yaşayan insanlar üzerinde hukuku sarsıcı etkisini” dikkate almaktadır. Hazırlık hareketleri kural olarak hukuki güvenlik duygusunu ya da diğer bir deyişle hukuk normlarının geçerli olduğuna ilişkin inançtan kaynaklı bireylerdeki huzuru sarsıcı bir etkiye sahip değildir. İcra başlangıcı olarak kabul edilebilecek hareketlerin hukuku sarsıcı bu etkiye sahip olması gerekmektedir. Bu bağlamda failin hareketlerinin “hukuku sarsıcı bir etkiye neden olduğunun” kabulü için *Roxin* parça hareket teorisinin icra başlangıcı olarak kabul ettiği tipikliğinin bizatihi icrasından önceki son parça hareket faslını iki yardımcı kavramla belirlenmesi gerektiğini savunur. Bu kavramları “*failin hareketi ile neticenin beklenen neticenin ortaya çıkışı arasında dar bir zamansal ilişki*” ve “*failin hareketleri ile birlikte mağdurun veya bazı suç tiplerinde tipikliğinin alanına temas, etki veya tesirinin*”⁸⁹ söz konusu olması olarak ifade etmektedir.⁹⁰

Bu söz konusu iki kıstas failin hareketlerinin icra başlangıcı olarak kabul edilebilmesi için birlikte bulunmalıdır. Kıstaslardan sadece birinin varlığı yeterli değildir. Örneğin fail planladığı yağma suçunu işlemek amacı ile mağdu-

⁸⁸ LK- Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 103.

⁸⁹ Roxin (n 27) §29 Kn. 139.

⁹⁰ Buna karşın Roxin’in teorisini korunan hukuki değeri “doğrudan” veya “somut” tehlikeye sokma kıstası bağlamında değerlendiren görüş için, Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler (Seçkin, 16. Baskı, Ankara 2021) 501.

run kapısına gitmiştir. Fail planına göre evin içerisine girmek için mağdurun homoseksüel eğilimini kullanıp önce yatağa gidecek, daha sonrasında ise fırsatını bulduğunda yağma eylemini gerçekleştirecektir. Fakat olayda mağdur kapıyı açmamıştır.

Roxin'e göre son parça hareketin tespiti için kullanılması gerekli ölçütlerden mağdurun alanına tesir kriteri gerçekleşmiştir. Fakat failin planına göre yağma eylemi daha sonra gerçekleşeceği düşünülen bir fırsatta gerçekleştirilecektir. Bu sebeple dar zamansal ilişki ölçütü gerçekleşmediği için eylemin henüz yağma suçu bakımından hazırlık hareketi olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.⁹¹

Alman Federal Mahkemesinin kararına⁹² konu olmuş bir olayda fail bir kadını cinsel ilişkiye zorlamak ve kendi kullanımı için parasını almak amacıyla evin kiler penceresinden girmeye çalışmıştır. Fakat kiler penceresinde demir parmaklık vardır ve fail demir parmaklıkları kesmeye çalışmış fakat başaramamıştır. *Roxin* kendi kriterlerini bu olaya uygularken hırsızlık suçu bakımından failin hareketlerinin icra başlangıcını teşkil ettiği kabul etmektedir. Fail mağdurun alanına etki etmiştir ve parmaklıkları kesmeye başardığı takdirde hırsızlık suçunun icrasına başlayacağı için dar zamansal ilişki kıstası gerçekleşmiştir. Olayda gündeme gelen diğer bir suç tipi cinsel saldırı suçu bakımından ise mağdurun alanını cinsel saldırı suç tipini dikkate alarak dar yorumlamaktadır. Cinsel saldırı suçu bakımından mağdurun alanı vücududur ve fail güvenlik önlemlerinden kaynaklı olarak bu alana yaklaşması dahi söz konusu olmadığı için etkisi söz konusu değildir. Cinsel saldırı suçu bakımından failin hareketleri icra başlangıcı olarak değerlendirilmemektedir. Federal Mahkeme ayrıntılı bir gerekçelendirme yapmaksızın aynı sonuca ulaşmıştır.⁹³

Roxin'in ifade ettiği kıstaslar parça hareket teorisini somutlaştırmak bakımından faydalı gözükmemektedir. Fakat mağdur alanına etki kıstası ancak kişisel hukuki değerler bakımından uygulanabilecek bir mahiyete sahiptir. Bu bakımından korunan hukuki değer kamuya ait olduğu suçlar bakımından bu kıstas nasıl uygulanacağı sorusu gündeme gelmektedir. Hususi olarak saldırılan kişinin bir alanının olmadığı bu suçlarda bu görevi, tipikliğin alanı (*Tatbestandsphäre*) kavramının yerine getireceğini belirtir. Paranın saflığını bozma veya sahte para düzenleme suçunun düzenlendiği ACK § 146 bakımından bu kriter uygulandığında sahte para üretmeyi mümkün kılacak eyleme failin yaklaşması ile teşebbüs sahasına girilmiş olacaktır. Örneğin sahte para basılmasını mümkün kılacak bilgisayar programı, negatifler ve baskı patı gibi malzemeler ancak zamansal bakımdan bir erteleme olmaksızın sahte para basılması amacıyla ha-

⁹¹ Roxin (n 27) §29 Kn. 140.

⁹² BGH NStZ 2000, 418.

⁹³ Roxin (n 27) §29 Kn. 141.

zır hale getirildiklerinde söz konusu suç tipi bakımından icra başlangıcı olarak kabul edilecektir.⁹⁴

Roxin'in somutlaştırma biçimini anlamak bakımından failin olay yerine yaklaştığı mahkeme kararlarına konu olmuş bir olay üzerinde durmak faydalı olacaktır. Alman Federal Mahkemesine konu olmuş bir olayda⁹⁵ “fail bir postane şubesini soymak istemektedir. Fail kaçışını garanti altına almak amacıyla arabasının motorunu çalışır vaziyette bırakmış ve birçok müşterinin de bulunduğu turnike kısmında beklemek istemiştir. Bu arada soygunda kullanacağı üzerinde “direnmeyin, aksi takdirde ateş ederim” yazılı kartı hazırlamıştır. Ama sürekli yeni gelen müşteriler sebebi ile bankolar bir türlü boşalmadığı için soygunu başarılı bir şekilde yapamayacağına inanmış ve postane şubesini terk etmiştir.

Alman Federal Mahkemesi söz konusu olayda teşebbüsün varlığını dolayısıyla failin hareketlerinin icra başlangıcı teşkil ettiğini kabul etmiştir. Fakat failin fiillerinde ortaya koyduğu suça ilişkin düşüncesi dikkate alındığında suçun doğrudan doğruya icrası anlamına gelecek hareketlere başlamadan önce bankolara girmek için turnikelerin bulunduğu yerde başkaca müşteri olmaması gerekmektedir. Bu da suç tipinin icrasına başlamadan önce “müşterilerce fark edilmeksizin turnikelere girişin mümkün olması” gerekmektedir. Failin turnikelerin olduğu yerde beklemesi ile doğrudan doğruya suç tipinin icrası arasında yer alan bu ara hareketin planın başarıya ulaşması bakımından kilit bir aşama teşkil etmesi sebebi ile önemsiz olarak nitelendirilmesi mümkün gözükmemektedir. Ayrıca failin bulunduğu safhanın hala turnikelerin bulunduğu yerde bekleyen fazlaca başka müşteri olması sebebi ile başkaca bir müdahale olmaksızın suç tipinin gerçekleştirilmesi ile sonlanacak bir merhale olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Ayrıca failin beklediği yer herkesçe girilmesi mümkün turnike salonudur ve bankodaki görevliye hazırladığı notu göstermek amacı ile turnikelere henüz yönelmemiştir.⁹⁶ Bu sebeple tipikliğin ön alanında ceza normunun algılanabilir ve anlaşılabilir şekilde ihlali anlamına gelen bir hareket olarak değerlendirilemez. Bu bağlamda cezaya değer bir haksızlık varlığına hükmetmek bu hareketler temelinde mümkün gözükmemektedir.

5. Parça Hareket Teorisinin Müşterek Faillikte Uygulanması

Alman Ceza Hukuku'nda baskın görüş müşterek faillikte icra başlangıcının nasıl tespit edileceği sorusunu, failerin hareketlerini müşterek faillikteki iş bölümüne dayalı ortak fiili hâkimiyeti dikkate alarak, bütüncül bir bakış açısıyla cevaplamaktadır. Müşterek faillerden birisinin suçun nasıl gerçekleştiri-

⁹⁴ Roxin (n 28) §29 Kn. 142.

⁹⁵ BGH GA 1980, 24.

⁹⁶ Roxin bu sebeple mağdur alanına etki ölçütünün de gerçekleşemediğini söylemektedir (n 28) §29 Kn. 146, 147.

leceğine ilişkin ortak plana göre yaptığı katkı gerçekleştirilmesine yönelik suç tipi bakımından doğrudan doğruya icra başlangıcı teşkil ediyorsa, diğer bütün failler bakımından da teşebbüs safhasına geçildiği kabul edilecektir. Bu durum henüz suçun gerçekleştirilmesine ilişkin plan bakımından gerekli katkısını sunmuş veya katkısını henüz sunmamış diğer failler için de geçerli olacaktır.⁹⁷ Müşterek faillerin her biri ortak suç planına ilişkin katkılarını sunarken hem kendi adlarına hem de diğer faillerin adına hareket etmekte bu da iş bölümüne dayalı olarak gerçekleştirilen bütün bir suçun icrasının her birine isnadiyetini mümkün kılmaktadır. Bu bağlamda bütüncül yaklaşım müşterek failliğin kurulmasının altında yatan iş bölümüne dayalı ortak fiili hâkimiyet düşüncesi ile olan uyumu sebebiyle tercihe şayan gözükmektedir. Aynı zamanda söz konusu çözüm Parça Hareket Teorisinin müşterek faillik bakımından tutarlı bir şekilde uygulanmasını da mümkün kılmaktadır. Müşterek faillikte her bir fail suçun gerçekleştirilmesine ilişkin ortak bir suç işleme iradesi ve planla hareket etmektedir. Ortak plana göre faillerden birinin ortaya koymuş olduğu katkı bir sonraki adımda bizatihi olarak gerçekleştirilmesine iradi olarak yönelinen suçun tipikliğinin gerçekleştirilmesi ile sonuçlanacaktır. Diğer bir ifade ile araya başkaca önemli bir hareket girmeksizin bir sonraki adım suç tipinde yer alan hareketlerinin kendisinin gerçekleştirilmesi olacaktır. Bütün failler ortak suç planı kapsamında hareket ettiği için faillerin herhangi birisinin sunmuş olduğu katkı ile belirtilen safhaya girilmiş olduğu durumda, her bir failin bakış açısı dikkate alındığında da artık icra başlangıcı söz konusu olmuş olacaktır. Müşterek failliğin esasları ortak suç planı kapsamında tipik fiili iş bölümüne dayalı olarak birlikte gerçekleştiren faillerin her birisinin katkısının diğer bütün müşterek faillere isnat edilebilmesine dayanmaktadır. Bu bağlamda gündeme gelen "birlikte kararlaştırılmış hareketlerin bağlayıcı ilişkisi" sebebi ile faillerden birinin ortak suç planına göre gerekli aşama gelmediği için katkısını sunmamış olması diğer failler tarafından ortaya konan ve suç tipinin doğrudan doğruya icrasını teşkil eden hareketlerin kendisine isnat edilebilmesine bir engel teşkil etmez. Aksi bir kabul müşterek faillik bakımından gündeme gelen cezai sorumluluğun esasını teşkil eden "ortak suç işleme planına ve iş bölümüne dayalı birlikte gerçekleştirme" düşüncesinden önemli bir sapma anlamına gelecektir. Ayrıca henüz katkısını sunmamış müşterek failin beklenen muhtemel katkısı, o zamana kadar katkılarını ortaya koyan veya kendi katkılarını doğrudan doğruya icrasına başlayan diğer müşterek faillerin suç işleme kararı almalarında

⁹⁷ BGHSt 11, 271 v.d.; 39, 236, 237; Hans Heinrich Jescheck/ Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil (Duncker&Humblot, 5. Baskı, Berlin 1996) 681; Maurach/ Gössel/Zipf (n 45) § 29 Kn. 99, 100; LK- Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 171; Roxin (n 28) § 29 Kn. 295; Schöncke /Schöreder-Eser/Bosch (n 39) § 22 Kn. 55; BeckOK StGB-Cornelius (in: Strafgesetzbuch Kommentar, Bernd von Heintschel-Heinegg, 3. Baskı, C.H.Beck Nördlingen 2018) § 22 Kn. 59; Çataklı (n 3) 291.

cesaretlendirmiş veya suç teşkil eden fiilin gerçekleştirilmesine ilişkin katkılarını sunarken güven duygusu içerisinde hareket etmelerini sağlamış olabilir. Bu bakımdan sırf suçun teşebbüs aşamasında kalması sebebi ile cezalandırmamak, suça ilişkin katkısının icrasına henüz başlamamış faillerin o zamana kadar gerçekleştirilen fiillere etkisini yok saymak anlamına gelecektir. Ayrıca henüz sadece suç tipinin gerçekleştirilmesine ilişkin katkısı, hareketin teşebbüs aşamasında kalması sebebi ile zamanı gelmediği için gerçekleştirilmemiş failin cezasız kalmış olacaktır. Buna karşın kendi katkılarını zamanı geldiği için icra eden ya da icrasına başlayan failler cezalandırılacaktır. Sonuç olarak zamanı gelmediği için katkısını icra etmemiş faile adeta ayrıcalık tanınmış olacaktır. Bu durumun kabulü de zor gözükmektedir.⁹⁸

6. Parça Hareket Teorisinin Dolaylı Faillikte Uygulanması

Parça hareket teorisinin dolaylı faillikte ne şekilde uygulanabileceğine ilişkin farklı yaklaşımlar söz konusudur. Alman Mahkeme kararlarında ve Alman Ceza Hukuku Literatüründe baskın görüş failin süreci hakimiyet alanından çıkarmasını dikkate alan Hakimiyetten Çıkarma Teorisi (*Entlassungstheorie*) olarak gözükmektedir. Söz konusu görüşe göre fail olayın akışı üzerindeki kontrolünü, kendi fiile ilişkin tasavvuruna göre araya başkaca önemli bir ara hareket ve uzun bir ara süreç olmaksızın bir sonraki adımda doğrudan doğruya suç tipinin gerçekleşmesi ile sonuçlanacak şekilde elinden bırakmışsa doğrudan doğruya icranın başladığı kabul edilecektir. Alman Federal Mahkemesi'nin kararlarında icra başlangıcının varlığına bu formülün olaya uygulanması suretiyle hükmedilmektedir. Alman Federal Mahkemesi'nin kararına konu olan bir olayda fail kendi tasavvuruna göre esas suç tipini gerçekleştirmek için araç olarak kullandığı kişiye içinde aslında ölümcül bir zehir bulunan şişeyi, sadece uyuşturucu bir içeriğe sahip bir sıvı olduğunu söyleyerek vermiş ve bu kişiyi şişeyi mağdura götürmesi için ikna etmiştir. Mahkeme "*failin kullanıldığı aracı kişinin iradesini manipüle ederek fiili işleyemeye ikna ettikten ve sonra kendi hakimiyet alanından çıkmasına müsaade ettiğinde, fiili işlemek için kullandığı kişinin sürecin devamında suç tipinin doğrudan doğruya icrasına başlayacağı için korunan hukuki değeri bu anda tehlike altına soktuğu tasavvuru*"⁹⁹ ile hareket ettiğini kabul ederek teşebbüsün varlığını kabul etmiştir.

Söz konusu yaklaşım dikkate alındığında Alman Federal Mahkemesi'nin Parça Hareket Teorisinin somutlaştırılması bakımından suç tipinin gerçekleşmesi tehlikesini dikkate aldığını görmekteyiz.¹⁰⁰ Fakat Parça Hareket Teorisi'nin

⁹⁸ Krş. NK-Zaczyk (in: Nomos Kommentar, Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ullrich Paeffgen (edt.), Cilt 1 (§§1- 79b), Nomos, 5. Baskı, Baden- Baden 2017) § 22 Rn. 67; Türk Hukuku'nda karşıt görüş için bkz. Zafer İçer, Suça Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ve İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması (On İki Levha 2021 İstanbul) 206.

⁹⁹ BGHSt 30, 366.

¹⁰⁰ MK-Hoffmann-Holland (n 33) § 22 Kn. 125.

dolaylı faillik kurumu bakımından benimsediği yorumun yerinde olmadığını, teşebbüsün sahasını olması gerekenden fazla genişlettiğini düşünmekteyiz. Failin fiili hakkında ceza hukuku bakımından verdiğimiz hüküm zorunlu olarak aynı zamanda failin fiilini norm ihlalinin varlığı, suç tipinin gerçekleşmesi ile sonuçlanacak algılanabilir ve anlaşılabilir bir riskin oluşması ve suç dogmatikliği bakımından kabul edilen benzeri normatif ölçütler bakımından yorumlama (anlamlandırma) faaliyeti içermektedir. Failin fiilin ceza hukuku bakımından ne anlama geldiğini yorumlarken salt failin fiiline yüklediği anlam dikkate alındığı takdirde cezai sorumluluk bakımından hükme varılırken karar verici bir parametre olan ceza normunun ihlalinin sadece fail ile norm arasındaki ilişkiye indirgemiş oluruz. Failin kendi zihin dünyasındaki tasavvuruna tam anlamı ile vakıf olmak ise hâkimin bir insan olması hasebi ile mümkün gözükmemektedir. Bu yorumlama faaliyeti zorunlu olarak failin hareketinin sosyal bakımdan, bir diğer ifade ile toplumun fiktif temsilcisi olan üçüncü sağlıklı bir zihin yapısına sahip kişinin perspektifinden günlük anlam şablonları dikkate alınarak yapılmalıdır. Bu açıdan Parça Hareket Teorisinin icra başlangıcının tespitinde kullandığı normatif ölçütte yer alan “failin fiile ilişkin tasavvuruna göre” kavramının yanlış yorumladığını düşünmekteyiz. Failin fiile ilişkin tasavvuru, yukarıda değinilen ceza hukuku bakımından zorunlu gözükenden perspektiften yorumlandığında ancak failin fiillerinde somutlaştığı ölçüde dikkate alınabilecektir. Failin fiile ilişkin tasavvuru dikkate alınarak bir sonraki safhanın bizatihi suç tipinin kendisinin icrasını teşkil edip etmediğinin yine olağan hayat akışı dikkate alınarak sağlıklı bir zihne sahip üçüncü kişinin perspektifinden tespit edilmesi gereklidir. Bu bakımdan failin öyle olmamasına rağmen gerçekleştirdiği hareketlerden sonra gerçekleştirmek istediği suç tipi bakımından “bu iş bitti” veya “artık tamamdır” gibi düşünmesi icra başlangıcının kabulü bakımından yeterli kabul edilmemelidir.

Yukarıda verilen örnek olayda failin iradesini manipüle ederek içinde sadece uyuşturucu etkiye sahip bir sıvı olduğuna ikna ettiği kişinin failin hâkimiyet alanından ayrılması ile icra başlangıcının kabulü mümkün değildir. İkna edilen kişinin suç tipinin bizatihi icrasına başlayabilmesi için en azından mağdurun bulunduğu veya olağan hayat akışına göre bulunmasının kuvvetle muhtemel olduğu yere gitmesi zorunludur. Bu safha failin araç olarak kullandığı kişinin ikna edilmesi ve iradesi manipüle edilen bu kişinin failin etki sahasının dışına çıkması ile failin gerçekleştirmeyi amaçladığı suç tipinin bizatihi icrası arasında yer alan önemli bir ara hareketi oluşturmaktadır. Toplumun varsayımsal temsilcisi olan sağlıklı bir zihne sahip üçüncü kişi araç olarak kullanılan şahsın ikna edilip mağdurun bulunduğu yere yola çıkması ile bu işin bitmediğini, dikkate alınması gereken doğru akıl yürütmenin bir gereği olarak (mantık kuralları) suç tipinin bizatihi kendisinin icrasına başlanabilmesi için aracı kişinin mağdurun bulunduğu yere içinde öldürücü bir sıvı bulunan şişe ile ulaşmasının zorunlu olduğunu bilecektir. Böylece Parça Hareket Teorisinin icra başlangıcı-



nın tespiti bakımından benimsediği kişisel objektif ölçütün suçun öznesi odaklı olan (subjektif) kısmı da zahiri¹⁰¹ bir bakış açısından yorumlanacaktır. Fail, zihin dünyasında bu safhayı önemsememiş olması ve bu sebepten “işin bittiğini düşünmesi” ceza hukuku bakımından yapılacak normatif ölçütün olaya ilişkin yorumunu değiştirmeyecektir. Failin araç olarak kullandığı kişiyi mağdura göndermesi ile mağdur bakımından bir tehlikeye sebep olduğunu düşünebilir. Fakat bu tehlike, teşebbüsün varlığı bakımından aranan failin fiili ile suç tipinin bizatihi icrası arasındaki gerekli hareketin doğrudan doğruyalığı (*Handlungsunmittelbarkeit*) ilişkisinin gerçekleştiğinin kabulü için yeterli olmaz. Doğrudan doğruyalık ilişkisinin varlığının kabul edilebilmesi ancak suç tipinin gerçekleşmesi riskinin (*Gefahr/ Risiko der Tatbestandsverwirklichung*) ortaya çıkmış olması ile mümkün olabilecektir. Aksi takdirde failin hatalı, mantığa aykırı tasavvurları teşebbüsün varlığı için zorunlu objektif unsur “suç tipinin gerçekleştirilmesine doğrudan doğruya yönelme” üzerinde karar verici olacak, adeta onun yerine ikame edilecektir.¹⁰²

Ayrıca Mahkeme icra başlangıcının tespitine ilişkin failin planına göre suç tipinin gerçekleşmesi için mağdurun katkısının zorunlu olduğu olaylarda benimsemiş olduğu görüşle de çelişmektedir. Failin evine sürekli giren hırsızdan kurtulmak amacıyla evde bıraktığı değerli eşyaya hırsızın temas etmesi ile birlikte etkili olacak ölümcül bir zehir sürmüş ve evinden ayrılmıştır. Mahkeme söz konusu olayda failin planına göre korunan hukuki değer tehlikeye sokulmuş olması için öncelikle mağdurun eve girmesi ve kendisinin zarar görmesi ile sonuçlanacak hareketlerin icrasına başlaması gerektiğini kabul etmiştir.¹⁰³ Failin olayın akışını elinden bırakırken mağdurun muhakkak geleceğini düşünmesi ve bu yüzden mağdurun artık tehlike altında olduğunu düşünmesi icra başlangıcının tespiti bakımından belirleyici değildir.¹⁰⁴ Hala failin hareketleri ile suç tipinin bizatihi icrası arasında önemli başkaca hareketler vardır. Karara konu olay bakımından Mahkeme icra başlangıcı olarak failin suç tipinin

¹⁰¹ Türk hukukunda suçun öznesi odaklı normatif ölçütlere karşı, niyet veya irade ceza hukuku ile ilişkili görülmesi sebebi ile kategorik bir karşı çıkış gözlemlenmektedir. Oysa ki fiilin öznesi dikkate alınmadan değerlendirmeye konu fiilin hakkında hükme varmak mümkün gözükmemektedir. Bu noktada kanaatimizce niyet ceza hukuku tehlikesi bakımından yapılacak haklı itirazlara, ceza hukuku bakımından yapılacak değerlendirmede kullanılan ölçütlerin, ölçütler dışsal (zahiri) bir perspektiften ve ceza hukukunun sosyal boyutu dikkate alınarak yorumlandığı müddetçe, özne odaklı muhtevası (subjektif) bulunması tek başına dayanak teşkil etmeyecektir. Söz konusu ölçütlerin yorumlanmasında failin iç dünyasında fiiline ne anlam yüklediği (batını) dikkate alınarak yapılacak bir yorumlama faaliyeti ki ancak niyet okuma olarak adlandırılması mümkündür, söz konusu itirazlar bakımından haklı bir dayanak oluşturabilecektir.

¹⁰² Çatakli (n 3) 293, 294; Krş. LK- Hillenkamp (n 27) § 22 Kn.163.

¹⁰³ BGHSt 43, 77.

¹⁰⁴ Roxin, Strafrecht (n 28) § 29 Kn. 219; Gropp (n 19) § 9 Kn, 73.

gerçekleşeceği düşüncesi ile olayın kontrolünü elinden çıkarmasını değil, makul bir yorumla, mağdurun kendisine kurulan tuzağın bulunduğu yere gelerek kendisinin zarar görmesi ile sonuçlanacak hareketlerin icrasına başlamasını aramıştır. Söz konusu olayın düşünsel döngüsü dolaylı faillığe ilişkin yukarıda ele aldığımız olaya son derece benzemektedir. Dolaylı faillığe ilişkin ele alınan karara konu olayda da icra başlangıcının varlığı bakımından araç olarak kullanılan kişinin elinde zehir bulunan şişe ile mağdurun bulunduğu yere varması ve mağdurun zarar görmesi ile sonuçlanacak hareketlerin icrasına başlaması, Parça Hareket Teorisinin formülü ile ifade edersek bir sonraki adımın bizatihi suç tipinin icrası olacağı bir aşamaya gelmiş olması gereklidir. Bu bakımdan dolaylı faillik bakımından icra başlangıcının aracı kişinin doğrudan doğruya suç tipinin icrasını teşkil eden hareketlerinin dikkate alınarak (bütüncül yaklaşım) tespiti yerinde gözükmemektedir.¹⁰⁵

7. Parça Hareket Teorisinin İhmali Suçlarda Uygulanması

Alman Federal Mahkemesi'nin kararlarında ihmali suçlarda icra başlangıcının tespiti bakımından istikrar kazanmış bir yaklaşımından söz etmek mümkün gözükmemektedir. Mahkemenin kararına konu olmuş gerçek olmayan ihmali suça (*unechtes Unterlassungsdelikt*) ilişkin bir olayda fail tramvay raylarına düşmesine kendisinin sebep olduğu mağduru bilinci kapalı ve yaralı bir şekilde rayların üzerinde ölmesi amacıyla bırakmıştır. Daha sonrasında gelen tramvayı kullanan vatman raylarda yatan mağduru fark etmiş ve doğru zamanda yavaşlaması ile mağdur ezilmekten kurtulmuştur. Mahkeme failin mağduru "*son kurtarma şansını es geçip kullanmayarak objektif bir şekilde mağdur bakımından ölüm tehlikesini son derece*"¹⁰⁶ artırmış olması sebebi ile bu andan itibaren icra başlangıcını kabul etmiştir. Mağdurun yeterli beslenmesinin ancak midesine takılan bir sonda ile yapılan suni beslenme yoluyla mümkün olduğu başka bir olayda mağdurun tedavisinde sorumlu doktor bu özel beslenmeyi sona erdirmişdir. Suni beslenmenin sona erdirildiği andan itibaren fail kararı ile mağdura sadece çay verilmiştir. Failin görüşüne göre bu şekilde hasta 2-3 hafta içinde ızdırap çekmeden yaşamını yitirecektir. Mahkeme söz konusu olayda failin yükümlülüğüne aykırı davranışının başlangıcını teşkil eden suni beslenmenin ilk sona erdirildiği anı icra başlangıcı olarak kabul etmiştir. Mahkemeye göre her ne kadar "*mağdurun ölümünün 2- 3 hafta arası bir süreçte gerçekleşmesi beklenmesi sebebi ile fail uzun süreli bir şekilde aktif davranış yükümlülüğüne uygun hareketin uzun bir süre ihmali ile mağdurun ölümünün gerçekleşmesini irade etmiş olsa da, yükümlülüğün ihlali anlamına gelen suni beslenmenin sona erdirildiği ilk anda mağdurun yaşamı bakımından fai-*

¹⁰⁵ Kühl (n 45) § 15 Kn. 85d; LK-Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 164; MK-Hoffman- Holland (n 33) § 22 Kn 129; BeckOK StGB-Cornelius (n 91) § 22 Kn. 69.

¹⁰⁶ BGHSt 38, 356,360.

lin kendi tasavvuruna göre somut bir tehlike oluştuğunu” ifade ederek kararını gerekçelendirmiştir.¹⁰⁷

Parça Hareket Teorisi'nin gerçek olmayan ihmali suçlarda uygulanması bakımından icrai suçlara ilişkin uygulamasında geçerli olan kaidelerden sapılmasına gerek olmadığı düşüncesi Alman Ceza Hukuk Literatüründe hâkim görüş olarak gözükmektedir.¹⁰⁸ Bu bakımdan ihmali suçlar bakımından icra başlangıcının varlığı için Parça Hareket Teorisine göre hareketin doğrudan doğrualığının gerekliliği söz konusudur. Bu bakımdan ihmali suçlarda icra başlangıcı, spesifik olarak neticeyi engelleme yükümlülüğü altında olan garantörün hareketsiz kalmaya devam etmesi korunan “hukuki değeri somut bir tehlike altına sokuyor “veya “tehlikeyi önemli ölçüde artırıyor” söz konusu olacaktır.¹⁰⁹ *Kühl*'ün veciz bir ifadesi ile: “*Ne zaman durum korunan hukuki değer bakımından garantör konumdaki kişinin yükümlülüğünü edimsel (fiili, aktüel) hale getirecek ölçüde tehdit edici olmaya başlamışsa*”.¹¹⁰ Failin gerçekleştirmiş olduğu fiille suç tipinin bizatihi kendisinin icrası arasında başkaca önemli hareket kalmaması ve failin gerçekleştirdiği hareketlerin sonrasında müdahale edilmediği takdirde sürecin suç tipinin kendisinin gerçekleşmesi ile sonuçlanacak olması kriterlerinin ihmali suçlarda doğru yorumlanması bu sonucu vermektedir. Mahkemenin kararlarında benimsemiş olduğu, failin hukukun kendisine yöneltmiş olduğu yükümlülüğe aykırı hareketi gerçekleştiği anda ya da son kurtarma imkânını kullanmaması kriterleri birçok olayda icra başlangıcının tespiti bakımından doğru anı tespit bakımından elverişli olmayabilecektir.¹¹¹ Örneğin tramvay rayları üzerinde bilinçsiz ve yaralı bırakılan mağdurun söz konusu olduğu olayda icra başlangıcını failin mağduru son kurtarma şansını da kullanmadığı ana endekslemek Parça Hareket Teorisi bakımından isabetli bir yaklaşım değildir. Failin mağduru terk ettiği istasyon sık aralıklarla tramvayın geldiği bir istasyonsa, diğer bir ifade ile mağdurun raylar üzerinde kaderine terk edildiği anda 5 veya 10 dakika gibi kısa süreler içerisinde tramvayın geleceği biliniyorsa “son kurtarma şansı kullanılmadığı” öl-

¹⁰⁷ BGHSt 40, 257; ayrıca bkz: <https://www.hrr-straftrecht.de/hrr/1/94/1-357-94.php#:~:text=-BGHSt%2040%2C%20257%3B%20zul%3%A4ssige%20Sterbehilfe%20vor%20Einsetzen%20des,unmittelbares%20Ansetzen%20zum%20Versuch%20bei%20der%20mittelbaren%20T%C3%A4terschaft,> son erişim: 25.08.2022

¹⁰⁸ Jescheck/Weigend (n 91) 638; Malitz (n 20) 218, 200; SK- Jäger (n 79) § 22 Kn. 43; BeckOK StGB-Cornelius (n 91) § 22 Kn. 55; Çatakli (n 3) 295.

¹⁰⁹ Schönke/Schöreder-Eser/Bosch (n 44) Kn. 50, 51; LK-Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 142; SK-Jäger (n 79) § 22 Kn. 43; Gropp (n 19) § 9 Kn, 77.

¹¹⁰ Kühl (n 45) § 18 Kn. 145.

¹¹¹ SK-Jäger (n 79) § 22 Kn. 143; BeckOK StGB-Cornelius (n 91) § 22Kn. 56; Hakan Hakeri, İhmal Kavramı ve İhmal Suçların Çeşitleri (Seçkin Ankara 2003) 268 vd.; Önder Tozman, İhmal Suçlarında Teşebbüs, TBB 84 (2009), 168 vd.

çütü dikkate alınarak icra başlangıcının varlığına hükmedilmemelidir. Bilakis kısa süre içerisinde tramvay geleceği için söz konusu koşullar altında failin yükümlülüğüne aykırı davranıp olay yerini terk etmesi, olayın akışında arada başkaca önemli bir aşama bulunmadan bir sonraki safhanın bizatihi mağdurun ölümü ile sonuçlanacak tramvayın mağdurun üzerinde yattığı rayların üzerine gelecek olması sebebiyle icra başlangıcı olarak kabul edilmelidir. Mağdurun raylar üzerinde terk edildiği istasyon kullanılmayan veya çok uzun aralıklarla nadiren tramvayın geçtiği bir istasyon olsaydı failin son kurtarma şansını kullanmayıp istasyonu terk etmesinin failin hareketi ile suç tipinin bizatihi icrası arasında gerçekleşmesi gereken, tramvayın gelmesi gibi, başkaca önemli hareketler olması sebebi ile Parça Hareket teorisi bakımından icra başlangıcı olarak kabulünün mümkün olamayacağını düşünmekteyiz. Bu bakımından Türk Ceza Hukuku Literatüründe de *Hakeri*¹¹² ve *Tozman*¹¹³ tarafından da benimsenen failin olay yerini terk ettiği durumlarda “failin hukuki değerini zarar görmesi amacı ile olayın akışının üzerindeki kontrolünü bırakarak olay yerinden uzaklaşması” anının her durumda icra başlangıcının tespiti bakımından tek başına doğru sonuca götürmediğini düşünmekteyiz. Söz konusu kriterin somut olay bakımından başkaca normatif kriterlerle tamamlanmasının daha uygun olduğunu düşünüyoruz. Yeni doğan bir bebeği ebeveynleri ormanda ölmesi için tek başına bırakıp uzaklaşmaya başladıkları anda ihmal suretiyle kasten öldürme suçu bakımından icra başlangıcı olarak nitelenmemelidir. Ebeveynler bebeten, ormandaki vahşi hayvanların bebeğe saldırması durumunda onu kurtarmalarının mümkün olmayacağı bir ölçüde uzaklaştıklarında icranın başladığını kabul etmek uygun olacaktır. İcra başlangıcı bakımından failin hareketin sosyal anlamının somut olayın özelliklerine uygun bir şekilde değerlendirilmesi gereklidir. *Jakobs* bu hususu “*Neticenin Önlenmesinin sosyal alışılmış bir yolla gerçekleşmesi mümkün olduğu müddetçe*” şeklinde ifade etmektedir.¹¹⁴ Yine ebeveynlerin hayati tehlike anlamına gelen semptomlar gösteren bebeğin ölmesi için yalnız bıraktıklarında değil, bebeğe olan uzaklıkları “özenli bir ebeveyn için alışılmış ölçüyü”¹¹⁵ aşmış olması icra başlangıcının varlığı için aranmalıdır.

Yukarıda değindiğimiz Mahkeme’nin kararına konu olmuş diğer olayda olduğu gibi failin yükümlülüğüne aykırılık teşkil eden davranışının uzun bir süre devam etmesinin gerekli olduğu bir durum söz konusudur. Olayda failin yükümlülüğüne aykırı hareketin başlangıcı olan suni beslenmeyi kestiği anda,

¹¹² Ceza Hukuku Genel Hükümler(Adalet Yayınevi 19. Bası Ankara 2016) 498.

¹¹³ Tozman (n 110) TBB 84 (2009) 175.

¹¹⁴ Günther Jakobs Strafrecht Allgemeiner Teil (De Gruyter, 2. Baskı, Berlin 1991) § 29 Kn. 118.

¹¹⁵ SK-Jäger (n 79) § 22 Kn. 43.

mağdurun 2 veya 3 hafta gibi yaşamını devam ettirmesinin mümkün olduğu düşünüldüğünde, araya başkaca önemli bir hareket girmeksizin sürecin mağdurun ölümü ile sonuçlanacak safha olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır. Garantör konumdaki kişinin, mağdurun ölümüyle sonuçlanacak safhanın başlangıcı için en az 2 hafta daha mağduru suni olarak beslenmesini sağlamış olması gerekir. Söz konusu 2 haftalık süre failin hareketi ile suç tipinin bizihi kendisinin gerçekleşmesi arasında bulunan önemli bir safhadır. Parça Hareket Teorisi içerisinde ana normatif ölçüte yardımcı olarak somut tehlike kriterinin kullanıldığını belirtmiştik. Tehlike kriteri ile ifade etmek gerekirse mağdurun suni olarak beslenmesinin kesildiği anda mağdurun hayat hakkı bakımından ölüm riskinin hemen ortaya çıkmadığı ve yükümlülüğe aykırılık teşkil eden bu ilk davranışın ölüm riskini önemli ölçüde artırmadığı¹¹⁶ bu sebeple de failin hareketi ile suç tipinin icrası arasında hala önemli başkaca hareketler bulunduğunu söylemek gereklidir.

Parça Hareket Teorisinin ihmali suçlarda uygulanış biçimini daha somutlaştırmak amacıyla bir örnek daha vermek gerekirse; anne çocuğunu öldürmek amacıyla onu beslemeyi ilk bırakmış olduğu anda ihmal suretiyle kasten öldürme suçunun doğrudan doğruya icrasına başlamış olmaz. İcra başlangıcının söz konusu olacağı zaman dilimi ancak çocuğun beslenememeye devam etmesinin susuzluğa bağlı dehidratasyon veya yetersiz besin alımından kaynaklı olarak somut ölüm riski ortaya çıkması ile neticelenecek bir aşama olabilecektir.¹¹⁷

C. Parça Hareket Teorisinin Türk Ceza Hukuku'nda Uygulanabilirliği

TCK'da suça teşebbüsün varlığı için 35. madde de “suçu ... doğrudan doğruya icraya başlayıp” ifadesi ile failin suçun icrasına doğrudan doğruya başlaması gereğini vurgulamıştır. Böylece doğrudan doğruyalığın gerekliliğini (*Unmittelbarkeitserfordernis*) kanun koyucu Türk Ceza Hukuku bakımından da kabul etmiştir. Maddenin gerekçesine bakıldığında doğrudan doğruya icra başlangıcı kavramı “işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması” ile ilişkilendirilmiştir. Söz konusu ifade çalışmanın başlarında değindiğimiz ve “suç tipi ile zorunlu bir aidiyet ilişkisi içerisinde bulunan” hareketleri icra hareketi olarak tanımlayan materyal objektif bir yaklaşıma sahip Frank formülüne doğrudan bir atıf içermektedir.

Frank formülü her ne kadar teşebbüs kavramını tipikliğin ön alanında fakat tipik hareketle sıkı bir ilişki içerisinde dogmatik ve kriminal politik açıdan isa-

¹¹⁶ “Korunan hakkın durumunu henüz olduğundan daha fazla kötüleştirmedeği müddetçe teşebbüs başlamamıştır”, MK-Hofmann-Holland, § 22 Kn. 115; bkz. benzer şekilde NK-Zaczyk (n 97) § 22 Kn. 60.

¹¹⁷ Bkz. Schönke/Schöreder-Eser/Bosch (n 44) § 22 Kn. 51.

betli bir yaklaşımla tanımlasa da ortaya koyduğu normatif ölçütler farklı hayat olayları bakımından istikrarlı bir şekilde uygulanabilmesini sağlayacak somutlukta değillerdir. Bu sebeple Frank formülü kişisel objektif bir yaklaşım olan Parça Hareket Teorisi ile somutlaştırılmıştır. Bu bakımından Frank Formülü ile aynı düşünsel zeminde ve onun somutlaştırılması için geliştirilen Parça Hareket Teorisinin Türk Ceza Hukuku bakımından da uygulanması açısından bir engel olmadığı düşünülebilecektir. Nitekim Literatürde *Sözüer* Parça Hareket Teorisinin suç tipi ile yakın zamansal ve mekânsal ilişki ölçütünü "yardımcı nispi bir ölçüt" olarak tanımlamıştır.¹¹⁸ *Hakeri* yasal teşebbüs tanımındaki doğrudan doğruya icra başlangıcı kavramını Parça Hareket Teorisinin formülü ile somutlaştırmaktadır.¹¹⁹ Yine *İçer* TCK m. 35'te suça teşebbüsün varlığı bakımından aranan doğrudan doğruya icraya başlama kriterini "suç tipinin gerçekleştirilmesi ile doğrudan doğruya zamansal ve mekânsal ilişki" içerisinde yer alan hareketlerle ilişkili olarak açıklamakta¹²⁰ ve yasada yer alan suç tipi ile doğrudan doğruya ilişki içerisinde bulunma gerekliliğini Parça Hareket Teorisinin somutlaştırılması için geliştirilmiş kriterlerle yapmaktadır.¹²¹

Kanaatimizce Alman Ceza Hukukunda, ACK § 22'de tanımlan teşebbüs kavramı bakımından icra başlangıcına ilişkin hükmün kurulacağı zemin (*Beurteilungsgrundlage*) failin planı olarak kabul edilmiştir. Bu bakımdan Parça Hareket Teorisi kanundaki düzenlemeyi esas alarak kişisel- formel bir düşünce zemininde geliştirilmiştir. Bu da ortaya koyduğu normatif ölçütlerin suçun öznesini de (subjektif) dikkate alan bir yapıya sahip olmasına sebep olmuştur. Buna karşın TCK m. 35'te tanımlanan teşebbüs kavramı, madde- nin gerekçesi de dikkate alındığında, objektif bir anlayışla tanımlanmış ve suç teşkil eden fiilin öznesi de dikkate alan subjektif-objektif karma bir yaklaşımı benimsememiştir.¹²² Yasa koyucu teşebbüsün varlığı için elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icra başlangıcını aramış, TCK m. 35/2'de teşebbüsün cezalandırılmasında tehlike düşüncesini önclemiştir. Söz konusu bu yaklaşımdan hareketle icra başlangıcının tespitinde objektif 3. kişinin perspektifinin dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir.¹²³ Söz konusu bu farklılık suçun öznesinin planını icra başlangıcının tespitinde dikkate alan Parça Hareket Teorisinin kriterlerinin kullanılmasının Türk Ceza Hukuku açısından mümkün olup olmadığının değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır.

¹¹⁸ Roxin (n 28) 213.

¹¹⁹ (n 106) 494.

¹²⁰ İçer (n 92) 158.

¹²¹ İçer (n 92) 154- 169 v.d.

¹²² Koca/Üzülmez (n 22) 424 v.d.; İçer (n 92) 117 v.d.; Fatih Birtek, İcra Hareketlerinin Başlaması (CHD S: 21 Nisan 2013) 69,95; Tokdemir (n 74) 84.

¹²³ Koca/Üzülmez (n 22) 424; Sözüer (n 30) 218; İçer (92) 157.



Değerlendirilmesi gerekli soru Alman Ceza Hukuku'nda icra başlangıcı bakımından verilen karar dikkate alındığında, failin fiile ilişkin tasavvuru ve bu bağlamda failin suça ilişkin planı bakımından ortaya koyduğu hareketlerin ne anlama geldiğinin dikkate alınmasının “doğrudan doğruya icra başlangıcı” kriterini subjektif olarak izafileştirip izafileştirmedir. Bu açıdan öncelikli olarak belirtilmelidir ki ACK paragraf 35”te yer alan failin fiile ilişkin tasavvuru (*nach der Vorstellung von der Tat*) icra başlangıcının tespitinde değerlendirme ölçütü olarak kullanılmamaktadır. Failin suça ilişkin planı (*Nach dem Tatplan des Täters*) icra başlangıcının tespitinde ölçüt olarak dikkate alınmaktadır. Böylelikle failin gerçekleştirdiği hareketleri kendi tasavvur dünyasında doğrudan doğruya fail tarafından gerçekleştirilmesine iradi olarak yönelinen suç tipinin icrası olarak düşünmesi yeterli değildir.¹²⁴ Failin filline ilişkin planı çerçevesinde hareketlerinin icra başlangıcı teşkil edip etmediği araştırılmaktadır. Olaya ilişkin hükmü verecek hâkim failin tasavvur dünyasına (batına) girme imkânı bulunmayan, bu sebeple de failin planın ne olduğunu bilme imkânı ancak olayın dışı yansıyan zahiri sürecini değerlendirmek suretiyle mümkün olan bir kişidir. Bu olgunun zorunlu mantıki sonucu olarak failin fiile ilişkin planın ne olduğu, olayın zahir gerçekleşmesi biçimi (*im Ablauf des äußeren Geschehens*) dikkate alınarak tespit edilmektedir. Failin hareketini kendi tasavvur dünyasında nasıl değerlendirdiği dikkate alınmadan, sağlıklı bir zihne sahip ortalama üçüncü bir kişinin perspektifinden olayın dışı yansıyan süreci dikkate alınarak değerlendirme yapılmaktadır. Bu bağlamda failin hareketlerinin gerçekleştirilmek istenen suç tipi bakımından doğrudan doğruya icra başlangıcı teşkil edip etmediği, 3. objektif kişinin bakış açısından failin fiillerinde somutlaşan suça ilişkin planı dikkate alınarak belirlenir. Özellikle yukarıda ifade ettiğimiz Parça Hareket Teorisinin dolaylı faillikte uygulanmasına ilişkin örneklerde ifade edilen ölçütler dikkate alındığında bu yaklaşım belirgin bir biçimde ortaya çıkmaktadır.¹²⁵

Parça Hareket Teorisi bakımından icra başlangıcının tespitine ilişkin ölçütler de var olan söz konusu subjektif karar zemini fail tarafından gerçekleştirilen hareketlerin gerçek anlamının ancak “fail tarafından planlanan olayın akış süreci” dikkate alınarak tespit edilebileceği gerekçesi ile kabul edildiği belirtilmektedir.¹²⁶ Bu bağlamda Türk Ceza Hukuku Literatürün ’de de ancak failin

¹²⁴ Ralf Krack, *Der Versuchsbeginn bei Mittäterschaft und mittelbarer Täterschaft*, ZStW 110 (1998) 611, 638; Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (Giesecking, 12. Baskı, Bielefeld 2016) § 22 Kn. 57; MK-Hoffmann-Holland (n 33) § 22 Kn, 105; Kühl (n 40) § 15 Kn, 77; Sözüer (n 30) 207, 208; 207 208; Birtok (n 121) 94.

¹²⁵ Bkz. BGHSt 43 117, 181; LK- Hillenkamp (n 27) Kn. 140 v.d.; MK-Hoffmann-Holland (n 33) § 22 Kn. 129; Çataklı (n 3)311, 312.

¹²⁶ Thomas Hillenkamp, *Zur „Vorstellung von der Tat“ im Tatbestand des Versuchs(in)*: Bernd Schünemann u.a. (Edt.) *Festschrift für Claus Roxin*, Berlin 2001) 689, 704; Çataklı (n 3) 313.

hangi suç tipini ne şekilde gerçekleştirmek istediği belirlendikten sonra hareketlerinin gerçekten icra başlangıcı tespit edip etmediğinin değerlendirilmesi mümkün olmayacağı, aksi takdirde hareketlerin anlamı yoruma açık olacağı ifade edilmektedir.¹²⁷ Öncelikli olarak failin planının, hangi suç tipini nasıl gerçekleştirmek istediği dışı yansıyan hareketlerinde ortaya çıkması gereklidir. Ancak bundan sonra 3. objektif gözlemcinin bakış açısından icra başlangıcına ilişkin değerlendirmenin mümkün olacağı elverişli bir karar zemininden bahsedilebilecektir.

Sonuç olarak Alman Ceza Hukuku’ndaki söz konusu “subjektif” karar zeminin “dorudan doğruya icra başlangıcı” kavramını izafi hale getirmemektedir. Bu bakımdan icra başlangıcının tespitinde kişisel-formel bir yaklaşıma sahip Parça Hareket Teorisi bağlamında geliştirilen kriterlerin Türk Ceza Hukuku’nda kullanılması bakımından bir sakınca olmadığını ve TCK m. 35’te yer alan “doğrudan doğruya icra başlangıcı” ifadesinin söz konusu teorinin normatif ölçütleri ile somutlaştırılabileceğini düşünmekteyiz.¹²⁸

D. Yargıtay Kararları Bağlamında Parça Hareket Teorisine İlişkin Değerlendirmeler

Türk Ceza Hukuku Literatürü’nde Yargıtayın icra başlangıcına ilişkin kararlarının Parça Hareket Teorisi kapsamında geliştirilmiş kriterlerle açıklanabileceği ifade edilmektedir. Fakat Yargıtay kararlarında icra başlangıcının tespitine ilişkin kullandığı argümanlar dikkate alındığında özellikle cinsel saldırı¹²⁹ ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma¹³⁰ gibi suçlar bakımından formel objektif teorinin uygulandığı görülmektedir. Bu bakımdan Yargıtay, sanıkların müştekinin bahçesine girip kapısının önüne geldiklerinde müştekinin ihbarı üzerine yakalanmış oldukları olayda hırsızlık suçuna teşebbüsü kabul etmemiştir. Literatürde söz konusu karar “mağdurun korunan alanına müdahale” kriteri kapsamında değerlendirilmektedir. Fakat söz konusu karar *Roxin* tarafından parça hareket teorisinin somutlaştırılması için geliştirilen mağdurun veya ti-

¹²⁷ Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Seçkin, 12. Baskı, Ankara 2021) 460; Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler (Beta İstanbul 2016) 498; Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler (Yetkin, Ankara 2016) 270; Koca/Üzülmez (n 22) 418; Sözüer (n 30) 158; Suç teşebbüste subjektif unsurun varlığının sistematik bakımdan önce değerlendirilmesinin sebebi olarak, Akbulut (n 30) 562.

¹²⁸ Krş. Akbulut (n 30) 570; İçer iki farklı hukuk sistemindeki perspektif farklılığını dile getirmektedir. Fakat eserinde bu farklı perspektiflerin nasıl uzlaştırılacağına ilişkin bir açıklama yapılmadan, Parça Hareket Teorisi içerisinde geliştirilen kriterle TCK m. 35’te yer alan doğrudan doğruya icra başlangıcı kavramı somutlaştırılmaktadır, İçer (n 92) 163 v.d.

¹²⁹ 14 C.D., 05.02.2014, 2012/2733, 2014/1160; Kararı maddi-objektif teori bağlamında değerlendiren görüş için bkz. İçer, 121 v.d., Dipnot 306.

¹³⁰ 5 CD.,1982/380-659, bkz. Tozman, Teşebbüs, 143.



pikliğın alanına etki (*Einwirkung auf die Opfer- bzw. Tatbestandssphäre*)¹³¹ kriterinin bir uygulaması olarak değerlendirilemez. Bu kriter gere göre hırsızlık suçı bakımından fail evin kapısının önüne geldiğinde bir sonraki hareketi kapıyı açıp hırsızlık yapmaktır. Parça hareket teorisi bakımından henüz kapıyı zorlamaya başlamamış olması sebebi ile failin hareketleri ile tipik hareketin icrası arasında önemli başkaca hareketin varlığı olduğunu söylemek teorinin temel söylemlerinden biri olan hareketi *atomise* etmeden bir bütün olarak düşünüp icra başlangıcını tespit etme yaklaşımına ters düşmektedir. Sanıklar kapıya geldiklerinde bir sonraki adımda kapıyı açıp içeri girip bizatihi hırsızlık suçunu işleyeceklerdir. *Roxin*'in ortaya koyduğu mağdurun alanına etki kriteri bu olayda gerçekleşmiştir. Yağma suçı bakımından verilen Yargıtay kararına çok benzer bir olayda *Roxin*'in kendisi de failin kapının önüne gelmiş olmasını mağdur alanına etki için yeterli bulmuştur. İcra başlangıcı kabul etmemesinin sebebi failin planı bakımından yağma suçunun icrasına başlaması için öncelikle gerçekleşmesi gereken mağdurun homoseksüel eğiliminden yararlandıktan sonraki bir aşamada uygun bir zaman diliminin beklenecek olmasıdır. Bu sebeple failin hareketleri ile işlemek istediği suç tipininin bizatihi icrası arasında, “mağdurun homoseksüel eğilimini kullanarak ikna edilmesi ve cinsel ilişkinin sonrasında” faili bizatihi suç tipini icrasını planlaması sebebi ile, henüz daha önemli hareketler bulunmaktadır. Fakat Yargıtay kararına konu olayda sanıklar hırsızlık amacı ile kapının önüne gelmişlerdir ve kapının önüne gelmeleri ile kapıyı açacak olmalarını bir bütün olarak değerlendirmek gerekir ve bir sonraki adım kapının açılıp hırsızlık suç tipinin bizatihi kendisinin icrasıdır. Bu açıdan bu kararı mağdurun alanına etki prensibi içerisinde değerlendiren görüşe katılmıyoruz.¹³²

Yazarın değerlendirmeleri ile *Roxin*'in geliştirdiği kriterin arasında temel yaklaşım farkı söz konusu olduğunu düşünmekteyiz. *Roxin*, kriteri açıklarken mağdurun alanına etki (*Einwirkung*) ifadesini kullanmakta müdahale ve el atma anlamına gelen bir ifade (*Eingriff*) kullanmamaktadır. Buna karşın yazar kişinin hukuk tarafından korunan alanına müdahale kavramını kullanmaktadır.¹³³ *Roxin* hırsızlık suçı bakımından mağdurun veya tipikliğin alanına etkiyi yeterli bulmakta ve failin hırsızlık amacı ile çalmak istediği eşyaların bulunduğu binaya girip içeriye girmek amacıyla kapıya yönelmesini yeterli bulmaktadır. Yazar ise korunan hukuki değere yönelen tipik anlamda bir müdahale aramakta ve bu sebeple formel objektif teori anlamında tipik hareketi ihtiva eden bir hukuki değer ihlali şeklinde müdahaleyi gerekli görmektedir. Bu yaklaşım özellikle Yargıtayın tamamen formel bir objektif yaklaşımla icra başlangıcının

¹³¹ Roxin (n 28) § 29 Kn. 139.

¹³² İçer (n 92) 155, 156 v.d.

¹³³ İçer (n 92) 159, 160.

varlığını kabul etmediği olayların “mağdurun alanına müdahale” kriteri kapsamında değerlendirilmesinde kendini göstermektedir.

Buna karşın Yargıtay sanıkların “gelerek mağdurenin evinin önünde beklemeye başladıkları, hakkında beraat kararı verilen sanık ...’den, mağdurenin evde olduğunu öğrenmeleri üzerine ..., ... ile ...’in mağdurenin evine gittikleri, sanık ...’in ise araçta beklediği, kapıyı mağdurenin annesi ...’nin açtığı, sanıkların ...’ye mağdureyle görüşmek istediklerini söyledikleri, ...’nin buna izin vermemesi üzerine eve girmeye çalıştıkları, mağdurenin ve annesi ...’nin bağırdığını duyan ve o sırada evde bulunan mağdurenin amcası ... ile babası ...’nin kapıya geldikleri, sanıkları apartmandan dışarıya çıkardıkları, bakımdan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma amacı ile konuta girmeye çalışmasını icra başlangıcı teşkil etmeyeceğini”¹³⁴ ifade etmiştir. Yargıtayın söz konusu olayda sanıkların bizatihi hürriyeti yoksun kullanma suçunun tipik hareketlerinin icrasına başlamasını aramıştır. Parça Hareket Teorisi bakımından kara konu olay değerlendirildiğinde, mağdurun bulunduğu evin kapısına gelen sanıkların içeriye girmeye çalıştıkları belirtilmiştir. Faillerin gerçekleştirdiği hareketler bir sonraki aşamada tipikliğin bizatihi icrası anlamına gelen mağdurun hürriyetinden yoksun kılınması ile sonuçlanacaktır. Bu noktada müdahale yapılması sebebi ile başkaca önemli bir hareket bulunduğu kabul etmek teorinin kategorik olarak karşı çıktığı hareketlerin *atomise* edilmesi anlamına gelecekti.¹³⁵ Faillerin eylemlerinin karşı mukavemet görmesi sebebi ile başarıya ulaşmamış olması icra başlangıcının varlığına engel teşkil etmez, ancak hareketlerin suç tipini gerçekleştirmek bakımından elverişliliği hususunun konusu teşkil eder. İcra başlangıcının varlığının kabulü için faillerin konutun içerisine girip mağdurun bulunduğu yere varmalarını beklemek “mağdurun alanına etki” kriteri ile açıklanması mümkün gözükmemektedir.¹³⁶ Kriteri geliştiren *Roxin* hürriyeti tahtid suçu bakımından failin zili çalarak konuta girmeye çalışmasını mağdur alanına etki ve failin hareketi ile suç tipinin bizatihi kendisinin icrası ile dar zamansal ilişki kriterleri bakımından icra başlangıcı teşkil ettiğinin kabul etmektedir.¹³⁷ Bu bağlamda yine korunan hukuki değerini kişi özgürlüğü olması sebebi ile, bizatihi özgürlüğün tahdidi anlamına gelecek fiziksel temas içeren hareketlere yönelmesini beklemek, Parça Hareket Teorisinin perspektifinden değil ancak tipikliğin bizatihi icrasına başlangıcı arayan formel-objektif teorinin bakış açısından anlaşılabilir olacaktır. Parça Hareket Teorisi, çalışmada daha önce de belirtildiği gibi bizatihi suç tipinde yer alan fiillerin icrasını teşebbüs bakımından zorunlu kabul etmez. Teori tipikliğin ön

¹³⁴ Yarg. 14 CD., 29,03,2016,2014/3374, 2016/3057.

¹³⁵ Kühl (n 40) § 15 Kn. 60 v.d.; LK-Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 65 vd.

¹³⁶ İçer (n 92) 163.

¹³⁷ Roxin, Strafrecht (n 28) § 29 Kn. 154



alanında bizatihi tipikliğin gerçekleşmesi ile sonuçlanacak, tipiklik ile sıkı ve zorunlu bir bağlantı içerisinde bulunan hareketleri teşebbüsün varlığı için yeterli kabul eder. Bu bakımdan hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından icra başlangıcının varlığı için mağdurun bizatihi özgürlüğünü kısıtlayan bir eylemin icrası zorunlu değildir. Failin gerçekleştirdiği hareketlerin bir sonraki aşamasının mağdurun hürriyetinden yoksun kılınması anlamına gelecek hareketler olması yeterlidir. Bu bakımdan failin mağdurun içerisinde bulunduğu evin kapısına gelip kapıyı zorla açmaya çalışması, eve zorla girmeye çalışması, evin içerisine girmesi bir sonraki adımın mağdurun bulunduğu odaya gidilip hürriyetin yoksun kılınacak olması sebebi ile icra başlangıcı teşkil eder.

Yargıtayın kararına konu olan bir olayda fail mağdura karşı cinsel saldırı suçunu işlemek amacı ile mağdurun bulunduğu eve balkondan girmiş, mağdurun bulunduğu odanın kapısına gelmiş ve mağdura “Kapıyı aç, yoksa öldürürüm. Elimde bıçak var. Kendim de açabilirim” diye seslenmiştir. Olayın devamında fail elindeki bıçakla kapıya zarar vermiştir. Mağdur kocasını aramış ve ardından bağırmağa başlamıştır. Bunun üzerine fail olay yerini terk etmiştir. Yargıtay “TCK m. 102/1’ de düzenlenen cinsel saldırı suçunun unsurları gerçekleşmediği” gerekçesi ile cinsel saldırı suçuna teşebbüsü kabul etmemiştir.¹³⁸ Yargıtayın tutumu kararın gerekçesinden de açık şekilde anlaşıldığı üzere icra başlangıcı için en azından suç tipinde yer alan tipik fiilin unsurlarından birinin veya birkaçının gerçekleşmesini arayan formel-objektif teoriye dayanmaktadır. Parça Hareket Teorisi bakımından olayın değerlendirilmesi gerekirse fail cinsel saldırı suçunu işlemek amacıyla mağdurun evine gelmiş ve mağdurun bulunduğu odanın kapısına kadar ilerlemiştir. Failin dışı yansıyan hareketlerinde ortaya çıkan planı, zorla veya mağdurun tehdit edilmesi yoluyla mağdurun bulunduğu odanın kapısının açılmasını sağlayıp cinsel saldırı suçunda tanımlanan fiilin bizatihi kendisinin icrasına başlamaktır. Bu bakımdan failin kapıyı zorlaması fiili ile gerçekleştirmek istediği suç tipinin bizatihi kendisinin icrası arasında başkaca önemli bir hareket kalmamıştır. Fail mağdurun bulunduğu odanın kapsını zorlayarak ve mağduru kapıyı açması için ölümle tehdit ederek mağdurun alanına etki etmiştir. Bu noktada Cinsel saldırı suçunun konusu mağdurun cinsel dokunulmazlığı olması gerekçesi ile mağdurun bizatihi vücuduna yönelmiş bir hareketin icrasına başlanmasının beklenmesi yine Parça Hareket Teorisinden ziyade Formel-Objektif Teorinin bakış açısıyla açıklanabileceğini düşünmekteyiz.¹³⁹

Yine Yargıtayın icra başlangıcının varlığı için açıkça “TCK m. 109/2. Maddesinde sayılan “fiili işlemek için veya işlediği sırda cebir, tehdit veya hile kullanımı” kapsamına girmediği” ifadesiyle açıkça şekli objektif teorinin ölçütle-

¹³⁸ 14 CD., 11.06.2015, 2013/6933, 2015/7145.

¹³⁹ Akbult mağdurun alanı ihlal edilmediği gerekçesiyle icra başlangıcını kabul etmemektedir (n 30) 570.

ri kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından icra başlangıcını kabul etmediği olayda fail mağdureyi kaçırmak için mağdurenin evinin önüne gelip seslenmiş, balkona çıkan mağdureye kendisini götürmeye geldiğini söylemiş ve mağdurenin olumsuz cevap vermesi üzerine kapıyı zorlamaya başlamıştır. Bu sırada gürültüye gelen kişilerin araya girmesi üzerine fail, silahla araya girenleri tehdit etmiş ve kaçmak zorunda kalmıştır.¹⁴⁰ Literatürde Yargıtayın söz konusu olaya ilişkin kararı “suçun konusu ile yakın bağlantı” ve “suçun konusu bakımından tehlikeye sebep verme” kriterleri bağlamında maddi-objektif teori içerisinde değerlendirilmektedir.¹⁴¹ Maddi objektif teori kanaatimizce, yukarıda da değindiğimiz gibi tipikliğin ön alanında suç tipi ile doğal ve zorunlu ilişki içerisinde bulunan hareketleri icra başlangıcı olarak kabul etmektedir. Söz konusu olayda fail mağduru kaçırmak amacı ile kapıyı zorlamaya başlamıştır. Kapıyı açılması failin mağduru kaçırabilmesi için gerçekleşmesi gereken, bizatihi mağdurun hürriyetinden yoksun bırakılması anlamına gelecek mağdura karşı gerçekleşecek fiziki müdahalenin zorunlu bir aşamasıdır. Mağdurun hali hazırda bulunduğu evin kapısı zorlanmaktadır ve bu sebeple maddi objektif teorinin somutlaştırılması amacı ile geliştirilen Parça Hareket Teorisi içerisinde savunulan “mağdur veya tipikliğin alana etki” kriteri de gerçekleşmiştir. Yine Parça Hareket Teorisi içerisinde tipikliğin bizatihi icrasına çok uzak hareketlerin icra başlangıcı dışına çıkarılması için kullanılan tehlike kriteri failin gerçekleştirdiği hareketlerin araya başkaca önemli bir hareket girmeksizin bir sonraki adımda korunan hukuki değeri tehlikeye sokacak olması aranmaktadır. Bu bakımdan olayda fail kapıyı cebinde silahla zorlamaya başlamıştır. Failin fiilinde aşikâr olan planına göre kapı açıldıktan sonra fail zaten evde olduğunu bildiği mağdureyi kaçıracaktır. Dolayısıyla bir sonraki adımda mağdurenin özgürlüğü tehlike altına sokulmuş olacaktır. Esasen mağdurenin kaçırılması maksadıyla fail tarafından kapı zorlanmaya başladığında mağdurenin hürriyeti bakımından varlığı duyularla algılanabilen, müşahhas hasılı somut bir tehlikenin varlığından bahsetmek mümkündür. Mağdurenin bulunduğu odaya gitmesi için merdivene çıkması ve mağdurenin bulunduğu yeri tespit etmesi gibi hareketleri önemli hareket kabul eder ve icra başlangıcının varlığını bu sebeple reddedersek, yine teorinin hareketin “zaman merceği” (Zeitlupe) altında atomlarına ayırmadan anlamını bir bütün olarak değerlendirmesi düşüncesinden saparak teorinin kendisi ile çelişeceğimizi düşünmekteyiz.

Yine YCGK kararına konu olmuş bir olayda gece saat 5.30 civarında fail bir gıda deposunun 6 kilidinden 2 tanesini elindeki boru anahtarı ile kırmıştır. Fail diğer kilitleri açmak için uğraşırken işyeri sahibi ve kardeşinin depoya gelmesi üzerine kaçmaya başlamıştır. Olayın devamında fail dükkân sahibi ve

¹⁴⁰ Yarg. 14. CD, 05.02.2014,2012-2733/2014-1160 karar için bkz. Koca/Üzülmez (n 22) 425 dpn.1351.

¹⁴¹ Koca/Üzülmez (n 22) 425.



kardeşi tarafından yakalanıp polise teslim edilir. YCGK failin “işyeri binasına hırsızlık amacıyla girmek için kepenk kilitlerini kırmak suretiyle suçun yasal tanımından, unsur ve nitelikli hal olarak belirtilmiş davranışları gerçekleştirerek elverişli hareketlerle” hırsızlık suçu bakımından doğrudan doğruya icraya başladığına hükmetmiştir.¹⁴² Olay Parça Hareket Teorisi bakımından değerlendirildiğinde CGK’nın ulaştığı sonuç doğru olsa da kararda yer alan gerekçelendirilmeye bakıldığında CGK’nın formel objektif teorinin ölçütünü kullanarak bu sonuca ulaştığı anlaşılmaktadır. Olayı Parça Hareket Teorisi kapsamında kullanılan ölçütler bakımından değerlendirdiğimizde failin gerçekleştirdiği dışa yansıyan hareketlerinde ortaya çıkan ve anlaşılır hale gelen planının kilitleri kırdıktan sonra depodan hırsızlık yapmak olduğu ortadadır. Söz konusu planı dikkate aldığımızda fail asma kilitlerin tamamını açtıktan sonra suç tipinin tanımında yer alan başkasına ait taşınır malı zilyedinin rızası olmadan bulunduğu yerden alma eyleminin bizatihi kendisini icra edilmesi olduğu anlaşılmaktadır. Hırsızlık suçu bakımından taşınır malın bulunduğu ve koruma altında olduğu yer olan depoya etki eden (mağdur ya da tipikliğinin alanına etki) davranışlar gerçekleştirmiştir. Yine Parça Hareket Teorisinin somutlaştırılması için kullanılan tehlike kriteri bakımından olayı değerlendirdiğimizde fail malvarlığı değerlerinin koruma altında olduğu depoya gelmiş ve çalmak amacıyla güvenlik önlemi olarak takılmış asma kilitleri kırmaya başlamıştır. Failin hareketlerinde ortaya çıkan planına göre bir sonraki adım malvarlığı değerleri tehlike altına sokacak buldukları yerden alınması eylemi oluşturacaktır. Dolayısıyla failin eylemi ile suçun konusunu doğrudan doğruya tehlikeye sokacak davranış arasında başkaca önemli bir hareket yoktur. Somut olayda henüz kırılması gereken dört asma kilidin varlığı sebebi ile failin hareketlerini tipik harekete uzak davranışlar olarak tanımlamanın ve suçun konusu bakımından tehlikenin uzak olduğunu söylemenin mümkün olmadığını düşünmekteyiz.¹⁴³ Aksi takdirde yukarıda belirttiğimiz literatürde ciddi anlamda eleştirilen ve de Parça Hareket Teorisi kapsamında reddedilen hareketi atomise etme veya ağır çekim ceza hukuku yaklaşımını benimsemiş olacağımız kanaatindeyiz. Bütün kilitlerin kırılması failin planı çerçevesinde bir safhayı teşkil etmekte, bir sonraki safha ise taşınır eşyanın bulunduğu yerden alınmasıdır. Ayrıca tehlike kavramı cinsel suçlar gibi belli suç tiplerinde dar yorumlanmakta ve mağdur alanına etki veya tehlike kriterinin gerçekleştiğinin kabulü için en azından failin mağdurun bizatihi bulunduğu yere (mağdurun bulunduğu odaya) gelmiş olması aranmaktadır. Buna karşın malvarlığına yönelik suçlarda malın bulunduğu yere girmek amacı ile çalışmalarına başlanmış olması icra başlangıcının kabulü için yeterli kabul edilmektedir.¹⁴⁴

¹⁴² Yarg. CGK., 22.05.2012, 2011-6-340/2012-209 karar için ayrıca bkz. Koca/Üzülmez (n22) 425 dpn. 1351.

¹⁴³ Aksi görüş için bkz. Koca/Üzülmez (n22) 425 dpn. 1351; Özgenç (n20) 562, dpn. 949.

¹⁴⁴ Bkz. yukarıda s. 22 Modifiye Edilmiş Ara/Parça Hareket Teorisi.

SONUÇ

Teşebbüste icra başlangıcı cezaya değer haksızlığın formel anlamda tespiti anlamına gelmektedir. Buna karşın ebette ki cezaya değer haksızlığın varlığından bahsedebilmek için haksızlığın maddi bir içeriğe sahip olması gerekir. Bu da hareketin objektif haksızlığıdır. Çalışmanın konusunu teşkil eden parça hareket teorisi bu bağlamda kişisel ve formel bir içeriğe sahip olarak doğrudan doğruya icra başlangıcını tespit etmektedir. İcra başlangıcının tespitinde tehlike kavramını esas ölçüt almak, Türk Ceza Hukuku Literatüründe hareketlerin elverişliliği olarak ifade edilen teşebbüsün maddi unsurunun, cezaya değer haksızlığın maddi içeriğinin, formel bir hüviyeti olan icra başlangıcı kavramı ile karşılaşması sonucunu doğurur. Bu durumda icra başlangıcı için tespit edilmesi gereken suç tipi ile sıkı bağlantı gerekliliği bazı durumlarda atlanarak bir değerlendirme yapılmasına yol açacaktır. Çalışmanın konusu olan Parça Hareket Teorisinin daha da somut hale getirilmesi için savunulan görüşler, esas ölçüt olarak tehlike kriterini esas almazlar. Maddi bir içeriğe sahip tehlike kavramına bu görüşler içerisinde, çalışmada da görüldüğü gibi tamamlayıcı olarak bazı olaylarda suç tipinin bizatihi kendisinin icrasına uzak hareketleri icra başlangıcı kavramının dışında tutmak amacı ile başvurulmaktadır.

Parça Hareket Teorisi Alman Ceza Hukuku Literatüründe kabul edilen şekli ile failin planını icra başlangıcının tespiti bakımından verilecek hükümdede esas olsa da söz konusu karar zemininin yorumu bir gereklilik olarak toplumun fiktif temsilcisi ortalama zekaya sahip, vicdan ve izan sahibi üçüncü kişinin perspektifinden yapılacağı için ölçüt zorunlu olarak failin fiillerinde aşikâr olan planı haline gelecektir. Bu durumda failin fiilleri ile dışa yansıyan tabloda (zahiri) ortaya çıkan planı esas alınacak ve failin hareketlerine ne anlam yüklediği değil üçüncü kişinin failin fiillerinde aşikâr olan planına göre hareketlerin kullanılan normatif ölçüt dikkate alındığında hazırlık hareketi mi yoksa icra başlangıcı olarak mı değerlendirilebileceği belirleyici olacaktır. Bu bakımından Parça Hareket Teorisi kapsamında geliştirilen ölçütlerin objektif olarak şekillendirilmiş bir teşebbüs kavramı ihtiva eden TCK m. 35’te yer alan “doğrudan doğruya icra başlangıcı” ölçütünün yorumlanmasında dikkate alınmasına bir engel olmadığını düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

Akbulut, Berrin, Ceza Genel Hükümler(Adalet, 6. Bası, Ankara 2019).

Ast S, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik, Berlin 2012.

Baumann J/Weber U/ Mitsch W/Eisele J, Strafrecht Allgemeiner Teil, (Giese-king, 12. Baskı, Bielefeld 2016).

Birtek F, İcra Hareketlerinin Başlaması (CHD S: 21 Nisan 2013) 69 v.d.

Çatakli H, Der Versuch im deutschen und türkischen Strafrecht, Hamburg 2020.

- _____, Kişisel Haksızlık Öğretisini İkna Edici Kılan Suç Dogmatığı ve Norm Teorisine İlişkin Argümanlar, EBYÜHFD, C. XXIII, S. 3-4 (2019), 279.
- Frisch W, Strafwürdigkeit, Strabadürftigkeit und Straftatsytem(GA 2017) 364.
- Freund G/ Rotalski F, Strafrecht Allgemeiner Teil (Springer Berlin 2019)
- Kazaker G, Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs(Adalet, Ankara 2019).
- Grop W, Strafrecht Allgemeiner Teil (Springer, 4. Baskı, Berlin Heidelberg 2015).
- Jescheck H H/Weigend T, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil(Dunc-ker&Humboldt, 5. Baskı, Berlin 1996)
- Hakeri H, Ceza Hukuku Genel Hükümler(Adalet Yayınevi 19. Bası Ankara 2016).
- _____, İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri (Seçkin Ankara 2003).
- Hillenkamp T, Zur „Vorstellung von der Tat“ im Tatbestand des Versuchs(in: Bernd Schönemann u.a. (Edt.) Festschrift für Claus Roxin, Berlin 2001) 689.
- Hirsch H J, Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht(in: Bern, Schönemann v.d., Festschrift für Claus Roxin, Berlin/Newyork 2001) 711
- Hruschka J, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, Berlin 1988.
- İçel K, Ceza Hukuku Genel Hükümler (Beta İstanbul 2016).
- İçer Z, Suça Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ve İcra Hareketlerinin Birbirin-den Ayrılması (On İki Levha 2021 İstanbul).
- Jakobs G, Strafrecht Allgemeiner Teil (De Gruyter, 2. Baskı, Berlin 1991).
- _____, System der strafrechtlichen Zurechnung,(Klostermann Frankfurt am Main 2012).
- Kantarıcı N, İşlenemez Suç(2022 Antalya Yayınlanmamış Doktora Tezi).
- Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Seçkin, 14. Bası, Ankara 2021).
- Kühl K, Strafrecht AT (Vahlen, 8. Baskı, Sinzheim 2017).
- Krack R, Der Versuchsbeginn bei Mittäterschaft und mittelbarer Täterschaft, ZStW 110 (1998) 611 v.d.
- Leipziger Kommentar, Heinrich Wilhelm Laufhütte, Ruth Rissing-van Saan, Klaus Tiedemann (Edt.), Cilt I (§§ 1- 31)(De Gruyter, 12. Baskı, Berlin 2007) (LK- Madde Yazarı)
- Malitz K, Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt (Dunc-ker&Humboldt Berlin 1998).

Maurach R, Strafrecht Allgemeiner Teil (C.F. Müller, 4. Baskı, Karlsruhe 1971).

Maurach R/Gössel K H/Zipf H, Strafrecht Allgemeiner Teil, Cilt II(C.F.Müller,8. Baskı, Heidelberg 2014).

Münchener Kommentar zum StGB, Wolfgang Joecks, Klaus Miebach (edt.), Cilt I §§ 1- 37, (C.H.Beck 4. Bası, München 2020) (MK- Madde Yazarı)

Nomos Kommentar, (Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ullrich Paeffgen (edt.), Cilt 1 (§§1- 79b), Nomos, 5. Baskı, Baden- Baden 2017).

Oltmanns I, Vorbehalt und Bedingung beim Versuch (Dr. Kovac Hamburg 2018).

Özbek V Ö/Doğan K/Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Seçkin, 12. Baskı, Ankara 2021).

Özgenç İ, Ceza Genel Hükümler(Seçkin, 18. Baskı, Ankara 2022).

Renzikowski J, Normentheorie als Brücke zwischen Strafrechtsdogmatik und Allgemeiner Rechtslehre in: v. Alexy (eds.) (2001) 87 (1) Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie.

Rey-Sanfız L, Begriffsbestimmung des Versuches und ihre Auswirkungen auf de Versuchsbeginn(Duncker&Humblot Berlin 2006).

Roxin C, Strafrecht AT, Cit II (4. Baskı, C.H. Beck München 2003).

_____, Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individuelle Freiheit, ZStW 116 (2004), 929.

Röttger W, Unrechtsbegründung und Unrechtsausschuss, Berlin 1993.

Schönke A/Schöreder H, Strafgesetzbuch Kommentar(C.H. Beck, 30. Baskı, München 2019) (Scönke/Schröder- Madde Yazarı).

Schneider A, Die Verhaltensnormen im Internationalen Strafrecht, Berlin 2011.

Tokdemir S, Ceza Hukukunda Akim Kalmış Azmettirme (Seçkin Ankara 2022).

Soyaslan D, Ceza Hukuku Genel Hükümler(Yetkin, 7. Bası, Ankara 2016)

Sözür A, Suça Teşebbüs (Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1994).

Stuckenber C-F, (in: Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre, Hans Welzels Wolfgang, Frisch/Jakobs, Günther/Kubiciel, Michael/Pawlik, Michael/Stuckenber, Carl-Friedrich (Edt.))(Mohr Siebeck Tübingen 2015) 87

Strafgesetzbuch Kommentar (Bernd von Heintschel-Heinegg (Edt.) (C.H. Beck, 3. Baskı, Nördlingen 2018)(BeckOK StGB-Madde Yazarı).



Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Hans-Joachim Rudolphi, Eckhard Horn, Hans-Ludwig Günther, Andreas Hoyer, Gereon Wolters (Edt.),- Cilt I, Allgemeiner Teil (§§ 1- 79b) (Carl Heymanns, 6. Baskı, Köln 1992) (SK/Madde Yazarı)

Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch Jürgen Wolter (Edt.), Cilt 1, §§ 1- 37(Carl Heymanns, 9. Auflage, Köln 2017) (SK- Madde Yazarı).

Demirbaş T, Ceza Hukuku Genel Hükümler (Seçkin, 16. Baskı, Ankara 2021).

Tozman Ö, İhmal Suçlarında Teşebbüs, TBB 84 (2009) 160 v.d.

Ünver Y, Korunan Hukuksal Değer(Seçkin, Ankara 2003).

Wachter M, Das Unrecht der versuchten Tat (Mohr Siebeck Tübingen 2015).

Wessels J/Beulke W, Strafrecht Allgemeiner Teil (C.F.Müller, 43. Baskı, Hemsbach 2012).

TÜRK HUKUKUNDA REFAKATSİZ ÇOCUKLARIN HUKUKİ DURUMU

The Legal Situation of Unaccompanied Minors in Turkish Law

İlyas ARSLAN*

ÖZET

Türkiye, coğrafi konumu nedeniyle tarih boyunca göç hareketlerine ev sahipliği yapmıştır ve hâlen de yapmaktadır. Bu göç hareketlerinin sonucunda Türkiye sınırları civarında veya dahilinde bulunan yabancıların arasında “refakatsiz çocuk” olarak nitelendirilen çocuklar da bulunmaktadır. Bu çalışmada bu çocukların Türk yabancılar hukukundaki durumları ele alınmıştır. Bu kapsamda, refakatsiz çocuk kavramıyla bu çocukların korunmasına ilişkin uluslararası alanda benimsenen prensiplerle bunların Türk mevzuatına nasıl yansıdığı incelenmiştir. Refakatsiz çocukların, esasen uluslararası korumadan yararlanacağı öngörüldüğünden, bu çocukların statü belirleme sürecinde yapılacak işlemlerle alınması gereken tedbirler analiz edilmiştir. Buldukları andan itibaren koruma altına alınmaları, bakım, barınma, eğitim gibi kendilerine sağlanacak hizmetlerle uluslararası koruma başvuru veya statüsü sahibi olarak haklarla yükümlülükleri ayrıntılı olarak incelenmiştir. Geçici korunan refakatsiz çocuklar, uluslararası korumadan yararlanamayacaklarından, bunlara sağlanacak hizmetlerin neler olduğu, hakları ve yükümlülükleri de ayrıca ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Refakatsiz çocuklar, refakatsiz çocukların hukuki durumu, uluslararası koruma, geçici koruma, refakatsiz çocukların hakları ve yükümlülükleri.

ABSTRACT

Turkey has been and is still being home to migration movements throughout history due to its geographical location. As a result of these migration movements, there are also children who are described as “unaccompanied minors” among foreigners located around or within the borders of Turkey. In this study, the legal status of unaccompanied minors in Turkish foreigners law is discussed. In this context, the concept of unaccompanied minors and internationally adopted principles regarding the protection of these children and how these principles are reflected in Turkish legislation are examined. Since it’s foreseen that unaccompanied minors will benefit from international protection, the actions and the measures to be taken during the status determination process are analyzed. The services to be provided to them such as being taken under protection, accommodation, education from the moment they are found by the authorities, and their rights and obligations as international protection applicant

➤ Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 09.01.2023

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 13.06.2023

* Dr. Öğr. Üyesi, Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ilyas.arslan243@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-1567-2630>.

or status holder are examined in detail. As unaccompanied minors under temporary protection cannot benefit from international protection, the services to be provided to them and their rights and obligations are also discussed.

Key Words: Unaccompanied minors, legal status of unaccompanied minors, international protection, temporary protection, rights and obligations of unaccompanied minors.

GİRİŞ

Türkiye, coğrafi konumu nedeniyle tarih boyunca göç hareketlerine ev sahipliği yapmış ve halen yapmakta olan bir devlettir. Genellikle düzensiz göç şeklinde cereyan eden bu göç hareketleri sonucunda ülkemizin sınırları civarında veya dahilinde pek çok yabancı bulduğu bir gerçektir. Bu kişiler arasında “refakatsiz çocuk” olarak nitelendirilen bireyler de bulunmaktadır. Ülkemizde geçici koruma kapsamında 3,5 milyondan fazla Suriyelinin¹, bunun yanı sıra pek çok yabancı devlet vatandaşının düzensiz göçmen olarak² bulunduğu göz önüne alındığında, ebeveynleriyle veya yakın akrabalarıyla gerek bireysel olarak gerekse kitlesel olarak pek çok çocuğun Türkiye’ye göç ettiği de bir gerçektir.

Bu çocukların Türkiye sınırlarına gelmeden önce veya geldikten sonra ailesinden ayrı düşmüş olmaları ve refakatsiz kalmaları muhtemeldir. Yine, pek çok çocuğun bu konuma düştüğü insan hakları ve mülteci haklarına ilişkin çalışmalar olan sivil toplum örgütlerinin raporlarından veya başka çalışmalardan anlaşılmaktadır³. Ülkemizde refakatsiz çocukların sayısına ilişkin günümüz

¹ Göç İdaresi Başkanlığınca yayımlanan Ocak 2022 tarihli istatistik için bkz.: <https://www.goc.gov.tr/gecici-koruma5638>, 17.1.2022.

² 2022 Şubat itibarıyla ülkemizdeki düzensiz göçmenlerin yıllara ve aylara göre sayısı hakkında bkz.: <https://www.goc.gov.tr/duzensiz-goc-istatistikler>, 18.2.2022.

³ Örneğin bkz: Mülteci Hakları Merkezi, Kendi Sözleriyle Türkiye’deki Refakatsiz Sığınmacı Çocuklar, Haziran 2018, s. 6 vd. Başka bir dernek tarafından hazırlanan bir raporda koruyucu aile yanına yerleştirilen veya devlet tarafından koruma altına alınan refakatsiz çocuk sayısı bunlara sunulan hizmetler hakkında bkz.: Koruyucu Aile Evlat Edinme Derneği, Refakatsiz Sığınmacı Çocuklar Çalıştayı Sonuç Raporu (Ankara 2017), s.7 vd (<https://www.korev.org.tr/files/document/refakatsiz-siginmaci-calistayi.pdf>, 18.1.2022). Bu konuda hazırlanan başka bir rapor için bkz.: Ayşe Beyazova, Yetişkinliğe Geçiş Dönemindeki Refakatsiz Mülteci Çocukları Desteklemek: Türkiye Örneği, Sosyolji ve Eğitim Çalışmaları Merkezi, 2019 (<https://secbir.org/wp-content/uploads/2020/03/Yetiskinlige-Gecis-Doneminde-Refakatsiz-Multecileri-Desteklemek-Turkiye-Deneyimi-Rapor.pdf>, 18.1.2022). 2018 tarihli Göç ve Uyum Raporu’na göre Ağrı, Konya, Yozgat, Gaziantep, Bilecik, Erzincan, İstanbul ve Van illerindeki Çocuk Destek Merkezlerinde 288 çocuğun kaldığı, koruyucu aile yanında 8 çocuğun bakımının sağlandığı belirtilmektedir. Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Mülteci Hakları Alt Komisyonu, Göç ve Uyum Raporu, Mart 2018, s.81 (https://asylumineurope.org/wp-content/uploads/2018/04/resources_goc_ve_uyum_raporu.pdf, 18.12.2022). Başka bir çalışmada, Türkiye’de 2005-2012 yılları arasında sığınma talebinde bulunan refakatsiz çocukların sayısı, çoğu Afganistan, Somali ve İran’dan gelen, 342’si erkek olmak üzere 352 olduğu, 2007-2011 yılları arasında ise 24569 kaçak

itibariyle net bir rakama ulaşmak yaptığımız tüm araştırmalara rağmen maalesef mümkün olmamıştır⁴. Diğer yandan, Türkiye’de geçici koruma kapsamında bulunan Suriyelilerin yaş ve cinsiyete bağlı dağılımını gösteren bir tabloda⁵ bunların yarısının 18 yaşın altında olduğu göz önüne alındığında, bunların bir kısmının ülkeye girişte veya girdikten sonra refakatsiz çocuk durumuna düştüklerini tahmin etmek zor değildir. Sadece Avrupa ülkelerine 2020 yılında iltica başvurusunda bulunan refakatsiz çocuk sayısı 13.600 olup bu sayı iltica başvurusunda bulunan çocukların %9.6’sını⁶, 2010-2020 arasında iltica talebinde bulunan on sekiz yaşından küçük çocukların %15.4’ünü⁷ ise refakatsiz çocuklar oluşturmaktadır. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) tarafından hazırlanan bir raporda dünyada kayıtlı mülteci nüfusunun 26 milyon olup, bunun neredeyse yarısını çocukların oluşturduğu, 150 binden fazla çocuğun refakatsiz ve ailesinden ayrı düşmüş çocuklar olduğu belirtilmektedir⁸. Bu konudaki verilerin belirsizliği ve yetersizliği karşısında⁹ ülkemizde kayıt dışı olarak bulunan refakatsiz çocuk sayısının, kayıtlı refakatsiz çocuklara nazaran daha fazla olduğu söylenebilir. Zira bu çalışmada kullandığımız veriler kolluk güçlerince tespit edilmiş, kayıt altına alınmış ve statüleriyle ilgili yasal sürecin başlatıldığı çocuklara ilişkindir. Bu itibarla, sadece bu sayılar bile düzensiz göç sürecinde Avrupa’da ve Türkiye’deki refakatsiz çocuk sayısının göz ardı edilemeyecek düzeyde olduğunu ortaya koymaktadır¹⁰.

göçmen çocuğun yakalandığı, bu sayıya Suriyeli göçmen çocuklar dâhil edilmediği belirtilmektedir. Bkz.: Başak Düzel ve Sıla Alış, “Düzensiz Göçle Gelen Suriyeli Mülteci Çocuklar Bağlamında Türkiye’de Refakatsiz Göçmen Çocukların Durumu ve Başlıca Risklerin Değerlendirilmesi”, *Asia Minor Studies – International Journal of Social Sciences*, (2018) 6 (Ekim) 258, 261.

⁴ Başka çalışmalarda da Türkiye’deki refakatsiz çocukların toplam veya yaklaşık sayısı hakkında net bir bilgiye ulaşılamadığı, Türkiye’de koruma altındaki refakatsiz küçüklerin sayısının İl Göç İdaresi Müdürlüklerinde mevcut olduğu ancak istatistiklere doğrudan erişimin mümkün olmadığı belirtilmektedir. Bkz. Beyazova (n 3) 2; Düzel ve Alış, (n 3) 261.

⁵ 2022 Ocak itibariyle 0-4 yaş arasında 480 bin, 5-9 yaş arasında 576 bin, 10-14 yaş arasında 445 bin ve 15-18 yaş arasında 262 bin Suriyeli çocuk bulunmaktadır. Tablo için bkz.: <https://www.goc.gov.tr/gecici-koruma5638>, 18.1.2022.

⁶ Bkz. https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Asylum_statistics&oldid=539013#Applications_by_unaccompanied_minors, 31.1.2022.

⁷ Bkz. https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Children_in_migration_-_asylum_applicants#Development_over_between_2010_and_2020, 31.1.2022.

⁸ UNCHR, *Global Trends: Forced Displacements in 2019, 2020*, s.2, 19, 46 (<https://www.unhcr.org/5ee200e37.pdf>, 2.2.2022).

⁹ Beyazova, 2.

¹⁰ Bkz. Sevcan Güleç Solak ve Hatice Kübra Kurt, “Kentin Öksüzleri: Refakatsiz Göçmen Çocuklara Yönelik Faaliyetler Konya Örneği”, *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*, (2019)6(3), 630, 633.



Günümüz itibariyle sığınmacı sayısının oldukça fazla ve farklı devlet menseli olduğu ülkemizde, kolluk kuvvetlerince refakatsiz olduğu tespit edilen pek çok çocuğun ülkemizin çeşitli şehirlerindeki Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı (ASHB, Bakanlık) bünyesindeki kuruluşlarda (çocuk destek merkezi veya koruyucu aile yanında) yaşadığı veya –yaşça büyük olanların- kabul ve barınma merkezlerinde barındığı görülmektedir¹¹. Özellikle kendisinden sorumlu bir yetişkinin refakatinde olmayan bu çocuklar, yaşı ne olursa olsun, göç hareketliliğinde, yerleşme ve uyum sürecinde diğer çocuklara ve yetişkinlere oranla daha çok zarar görmekte-dirler. Bir yetişkinin bakımından, gözetiminden ve yardımından mahrum kalan, bu süre zarfında gerek psikolojik gerekse fiziksel pek çok tehlikeyle karşı karşıya kalma riski altındaki bu çocuklar, sadece toplumsal olarak değil, hukuken de buldukları ülkenin yabancı-cısı konumundadır. Tek başına bu realitenin varlığı dahi, diğer göçmen çocuklar içinde daha hassas olarak ele alınması gereken refakatsiz çocuklara yönelik yürütülen faaliyetlerin psikolojik, sosyolojik ve kültürel boyutlarıyla ayrıca ve başlı başına alınması gereken bir konudur. Biz bu çalışmada, sadece meselenin hukuki boyutunu ele alacak, Türkiye’ye refakatsiz olarak giriş yapan veya giriş yaptıktan sonra refakatsiz kalan bu çocukların Türk hukuku bakımından tabi olduğu hukuki durumu inceleyeceğiz.

Türk hukukunda refakatsiz çocukların hukuki durumuna ilişkin yasal düzenleme, 2013 tarihli ve 6548 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun (YUKK)¹² 66. maddesidir. Bu maddede Türkiye’deki refakatsiz çocuklar hakkında aynı zamanda 2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK)¹³ hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür. Bu çocuklara sağlanacak korumayla sunulacak hizmetler, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikle (UY)¹⁴ Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından 2015 tarihinde hazırlanan refakatsiz çocuklara sunulacak hizmetlere ilişkin esas ve usullere dair Refakatsiz Çocuklar Yönergesiyle (RÇY)¹⁵ ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Ancak, yukarıda zikretmiş olduğumuz normatif düzenlemelerin henüz ayrıntılı olarak ele alınmadığı da görülmektedir. Türk hukukunda refakatsiz çocuklar, günümüze kadar genellikle ya yabancılar hukuku kitaplarında¹⁶ ya da çocukların korunmasını konu eden uluslararası göç

¹¹ Bkz.: KOREV Raporu, 7; TBMM Göç ve Uyum Raporu, 83.

¹² RG: 11.4.2013-28615.

¹³ RG: 15.7.2005-25876.

¹⁴ RG: 17.3.2016-29656.

¹⁵ ASHB tarafından düzenlenen 20.10.2015 tarihli Yönerge metni için bkz.: <https://www.aile.gov.tr/uploads/chgm/uploads/pages/yonergeler/refakatsiz-cocuklar-yonergesi.pdf>

¹⁶ Bkz. Aysel Çelikel ve Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku*, (25.Bası, Beta 2020), 158-159; Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, (5.Bası, Beta, 2018), 176; Vahit Doğan, *Türk Yabancılar Hukuku*, (5.Baskı, Savaş, 2020), 153-154; Aydoğan

hukukuna ilişkin çalışmalarda¹⁷ genel ve sınırlı olarak incelenmiş, detaylı bir çalışmanın konusu olmamıştır. Biz ise, yukarıdaki düzenlemeler ışığında bu çocukların Türk yabancılar hukuku bakımından hukuki durumunu ele alacağız. Bu kapsamda öncelikle refakatsiz çocuk kavramı ile başta çocuğun yüksek yararı ilkesi olmak üzere bu çocukların korunması konusunda benimsenen temel ilkelere değineceğiz. Ardından, Türk hukukunda kabul edilen uluslararası koruma ve geçici korumaya ilişkin düzenlemeler ışığında refakatsiz çocuklara sağlanacak korumadan bahsedeceğiz. Bu kapsamda, özellikle UY ve RÇY hükümleri ışığında refakatsiz çocukların sahip olacağı haklarla yükümlülüklerine yönelik ciddi hukuki sonuçları olan, çocuğun refakatsiz olup olmadığının ve yaşının tespiti, çocuğa verilecek koruma statüsü gibi hususlar üzerinde duracağız. Böylece, refakatsiz olduğu tespit edilen bir çocuğun, Türkiye’de bulunan diğer çocuklardan hukuken ne farkının olduğunu tespit etmeye çalışacağız. Böyle bir tespit, aynı zamanda çalışmamızın son kısmında inceleyeceğimiz üzere, bu çocukların bir yabancı olarak hangi haklardan yararlanabileceği konusunda belirleyici olacaktır.

I. REFAKATSİZ ÇOCUK KAVRAMI

A. Tanımı ve Temel Unsurları

Refakatsiz çocukların Türk hukukunda sahip olacağı statünün belirlenebilmesi, öncelikle refakatsiz çocuğun kim olduğunun tespitine bağlıdır. Bunun için de refakatsiz çocuk kavramına yönelik yapılan tanımlamalara bakmak gerekecektir. Bu amaçla, çocuk haklarına ve mülteci çocukların korunmasına ilişkin hükümler ihtiva eden uluslararası sözleşmelere bakıldığında refakatsiz çocuk kavramının özel olarak tanımlanmadığı görülmektedir. Ancak, bunlardan 1989 tarihli Çocuk Haklarına Dair Sözleşmede (ÇHS)¹⁸ herhangi bir tanıma yer verilmemiş olmakla birlikte mülteci çocuklarla ilgili özel hüküm olan m.22’de “refakatsiz (unaccompanied)” ifadesiyle refakatsiz çocuklara dolaylı olarak değinilmiştir. Bu maddeyle taraf devletlere, refakatsiz olsun veya olmasın, mülteci statüsü kazanmaya çalışan ya da uluslararası veya iç hukuk kural

Asar, *Yabancılar Hukuku*, (7.Bası, Seçkin, 2021), 251.

¹⁷ Örneğin bkz. Nuray Ekşi, ‘Mevzuat ve Antlaşmalar Kapsamında Çocukların Uluslararası Korunması’, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (2016)7, 559, 559-574; Feyza Başar, ‘Avrupa Birliği Hukuku ve Uluslararası Hukukta Çocukların Göç ve İlticaya İlişkin Hakları’, *THİEK Akademik Dergisi*, (2019)2, 7, 31-33; Merve Sizer, *Yabancıların Ülkeden Uzaklaştırılmasına İlişkin Kararlarda Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesinin Rolü*, (Yayımlanmamış YL Tezi), Ankara 2020, 11ff; M. Selman Öktem, *Uluslararası Göç Hukukunda Çocuklar ve Hukuki Statüleri*, (On İki Levha 2018), s.1ff.

¹⁸ RG: 11.12.1994/22138.



ve usulleri uyarınca mülteci sayılan bir çocuğun, bu Sözleşmede ve insan haklarına ilişkin diğer uluslararası sözleşmelerde tanınan hakları kullanması amacıyla koruma ve insani yardımdan yararlanması için gerekli bütün önlemleri alma yükümlülüğü getirilmiştir. Görüldüğü üzere, bu madde hem refakatsiz çocukları hem ana babası veya başka birinin himayesindeki çocukları kapsamaktadır¹⁹.

Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair 1951 Cenevre Sözleşmesi²⁰ ile 1967 New York Protokolünde²¹ de refakatsiz çocuklara ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir²². Ancak, Sözleşme yaş sınırlaması olmaksızın mülteci tanımına giren bütün yabancılara uygulanmakta olduğundan refakatsiz çocuklar da Sözleşmenin kapsamına girmektedir²³. Avrupa Birliği hukukunda, 2011/95/EU Sayılı Yönerge (Vasıf Yönergesi)²⁴ m.2/1'de refakatsiz çocuk şu şekilde tanımlanmıştır: “Bir üye devletin ülkesine kanun gereği veya ilgili üye devletin uygulamaları gereği kendisinden sorumlu bir yetişkinin refakati olmaksızın ve böyle bir kişinin etkin bir şekilde bakımı altında olmaksızın gelen küçük”. Bu tanımın kapsamına üye devletin ülkesine giriş yaptıktan sonra refakatsiz kalan çocuklar da girmektedir.

Uluslararası örgütler tarafından hazırlanan kimi metinlerde de refakatsiz çocuk tanımına yer verilmiştir. Bunlardan BMMYK tarafından yayınlanan refakatsiz çocukların sığınma taleplerine ilişkin ilkeler ve usullere ilişkin 1997 tarihli kılavuzda²⁵ refakatsiz çocuk, *onsekiz yaş altında, daha önceden her iki ebeveyninden ayrı düşmüş ve ayrıca yasal veyahut geleneksel olarak kendilerine bakma sorumluluğu olan bir yetişkin desteğinden yoksun kişiler* şeklinde tanımlanmıştır. Benzer bir tanıma ÇHS'yle getirilen yükümlülüklerin taraf devletlerce yerine getirilip getirilmediği konusundaki gelişmeleri incelemek üzere kurulan Çocuk Hakları Komitesi tarafından hazırlanan 2005 tarihli 6 No'lu Genel Yorumda rastlamak mümkündür. Buna göre “refakatsiz çocuklar (ayrıca “refakatsiz küçükler” de denmektedir) Sözleşme'nin 1.maddesinde de

¹⁹ Ekşi, Çocuklar, 564; Michelle Foster, *International Refugee Law and Socio-Economic Rights*, (Cambridge University Press, 2007), 206.

²⁰ RG: 05.10.1961/10898.

²¹ RG: 05.08.1968/12968

²² Guy S. Goodwin-Gill ve Jane McAdam, *The Refugee in International Law*, (4th Ed. 2021), 526; M. Tevfik Odman, Çocuk Hakları Bağlamında Çocuk Mülteciler, (2008) 59; Öktem, (n 17) 141; Bülent Çiçekli, Yabancılar ve Mülteciler Hukuku, (Seçkin, 2014), 332.

²³ Ekşi, Çocuklar, 567.

²⁴ Yönerge metni için bkz.: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32011L0095&from=EN>, 19.1.2022.

²⁵ Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, ‘Guidelines on Policies and Procedures in dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum’, February 1997, 5 (<https://www.unhcr.org/3d4f91cf4.pdf>, 22.12.2022.

belirtildiği gibi, her iki ebeveyninden ve diğer akrabalarından ayrılmış, yasalar veya geleneksel olarak onlara bakmakla yükümlü bir büyükten de yoksun çocuklardır.”²⁶. Uluslararası Göç Örgütü (IOM) tarafından hazırlanan Göç Terimleri Sözlüğünde ise refakatsiz çocuklar (unaccompanied minors), “*reşit olmayan ve tabiiyetine sahip oldukları ülke dışında olup, anne ve/veya babaları, vasi olarak kanunen ya da geleneklere göre onlardan sorumlu başka bir yetişkinin refakat etmediği çocuklar*” olarak tanımlanmaktadır²⁷.

Kavrama ilişkin tanımların bir benzerine Türk hukukunda yasal olarak ilk kez YUKK'ta yer verilmiştir. Buna göre, “*refakatsiz çocuk: Sorumlu bir kişinin etkin bakımına alınmadığı sürece, kanunen ya da örf ve adet gereği kendisinden sorumlu bir yetişkinin refakati bulunmaksızın Türkiye'ye gelen veya Türkiye'ye giriş yaptıktan sonra refakatsiz kalan çocuk*”tur (YUKK m.3/m)²⁸. YUKK öncesi dönemde mültecilerin genel statüleriyle ilgili Cenevre Sözleşmesinin sahadaki pratik uygulamalarının belirlendiği 1994 tarihli Yönetmelikte²⁹ refakatsiz çocuklara dair herhangi bir tanıma yer verilmemiştir³⁰. Bu dönemde sadece Emniyet Genel Müdürlüğü'nün 2006 tarihli ve 57 Sayılı Uygulama Talimatı Genelgesinde³¹ refakatsiz çocuğun tanımı yapılmış, refakatsiz mülteci çocukların kayıt, yaş tespiti, barınma prosedürleri düzenlenmiştir. Genelgede refakatsiz küçük, “*Türkiye topraklarına hukuken ya da teamülen kendisinden sorumlu bir yetişkinin refakati bulunmaksızın gelen ve bu tür bir kişinin bakımına etkin olarak alınmadığı sürece refakatsiz küçük olarak adlandırılan 18 (on sekiz) yaşın altındaki iltica/sığınma başvurusunda bulunan yabancı uyruklu bir kişi ya da belli bir uyruğu olmayan vatansız bir kişi*” olarak tarif edilmiştir. Türkiye topraklarına giriş yaptıktan sonra refakatsiz kalan iltica/sığınma başvuru sahiplerinin de bu kapsama girdiği belirtilmiştir.

Bu tanımlar, bir çocuğun refakatsiz çocuk olup olmadığının tespit edilerek YUKK kapsamında kendisine bir koruma sağlanabilmesi için gereken kriterle-

²⁶ Çocuk Hakları Komitesi, Genel Yorum (N.6)-Menşe Ülkeleri Dışındaki Refakatsiz ve Ailelerinden Ayrılmış Çocuklara Gösterilecek Muameleler, para.7 (<https://www.refworld.org/docid/42dd174b4.html>, 18.1.2022).

²⁷ Uluslararası Göç Örgütü, Uluslararası Göç Terimleri Sözlüğü, (2.Baskı 2013 No.31), 70. Sözlüğün Türkçe metni için bkz. <https://publications.iom.int>, 18.1.2022.

²⁸ Aynı tanıma UY m.3/y ve RÇY m.4/p'de de yer verilmiştir.

²⁹ “Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliği, RG: 30.11.1994-22127.

³⁰ Sinan Yolalan, ‘Refakatsiz Mülteci Çocuklara Yönelik Koruma Uygulamalarının Ulusal ve Uluslararası Hukukta İncelenmesi’, Ankara Barosu Çocuk Hakları Gündemi, (Ankara 2021), 46, 51.

³¹ Genelge metni için bkz.: <https://multecihaklari.org/?p=11>, 19.1.2022.



ri de ortaya koymaktadır. Buna göre ilk olarak, kanunen ya da ülkesinin örf ve adetleri çerçevesinde kendisine bakmakla yükümlü sayılabilecek bir yetişkinin nezareti, koruması ve sorumluluğu altında olmaksızın, ülkeye giriş yapan veya ülke sınırları içerisindeyken de bundan yoksun kalan çocuklar, refakatsiz olarak nitelendirilebilir. Bu tür çocukların kanun veya örf adet gereği kendisinden sorumlu olabilecek aile bireylerinin var olup olmadığının belirlenmesi, çocuğun kimliğinin ve yaşının tespitiyle buna bağlı olarak verilecek uluslararası koruma statüsünün tespiti bakımından önem arz etmektedir. İkincisi ve daha önemlisi, bir çocuğun refakatsiz olarak nitelendirilebilmesi için on sekiz yaşından küçük olması gerekir. Gerek ÇHS m.1’de gerekse YUKK m.3/e ile diğer mevzuatımızda³² on sekiz yaşından küçükler çocuk olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, Türk hukukunda on sekiz yaşından küçükler çocuk olarak kabul edildiğinden, bir çocuğun refakatsiz çocuk olarak kabul edilebilmesi için on sekiz yaşını tamamlamamış olması gerekir.

B. Ailesinden Ayrı Düşmüş Çocuklar ile Farkı

Refakatsiz çocuklar, her iki ebeveyninin veya kanun ya da örf adet gereği kendisinden sorumlu bir yetişkinin refakatinden yoksun olmaları itibarıyla, ailesinden ayrı düşmüş çocuklardan (seperated children) ayrılmaktadır. Ailesinden ayrı düşmüş çocuklar, yasal veya geleneksel olarak kendilerinden sorumlu yetişkinlerden ayrı düşmüş, ancak diğer akrabalarından ayrılmamış olabilecek çocuklardır³³. Başka bir tanıma göreyse, ebeveynlerinden veya önceki yasal veya geleneksel vasisinden (diğer akrabalarından olması şartı aranmaksızın) ayrılmış kişilerdir. Dolayısıyla, bu kişiler arasında diğer yetişkin aile üyeleri tarafından refakat edilen çocuklar da olabilir³⁴. Örneğin, yetişkin bir kuzeniyle birlikte sınırlarımıza gelen ve kanunen veya örf adet gereği kendisinden sorumlu bir akrabası olmayan on üç yaşındaki bir çocuk ailesinden ayrı düşmüş bir çocuktur.

Refakatsiz çocuklardan farklı olarak, ne YUKK’ta ne UY’de ve RÇY’de ailesinden ayrı düşmüş çocuklara ilişkin bir tanıma yer verilmiştir. Buna mukabil RÇY hükümleri incelendiğinde, RÇY’nin Türkiye’de yakınları veya akrabaları olan çocukları da kapsadığı görülmektedir. Mesela, RÇY m.6/1/g uyarınca “*refakatsiz çocuğun görüşü dikkate alınarak...yetişkin akrabalarının yanına yerleştirileceği*” öngörülmüştür. RÇY m.6/1/g bir taraftan refakatsiz çocuktan söz ederken, diğer taraftan çocuğun Türkiye’de yanına yerleştiri-

³² Bkz. TCK m.6/1/b; ÇKK m.3/1.

³³ Genel Yorum para.8.

³⁴ Inter-Agency Guiding Principles on Unaccompanied and Separated Children, January 2004, 13 (<https://www.refworld.org/docid/4113abc14.html>, 24.1.2022); Türkiye Barolar Birliği, Çocukların Adalet Erişim Hakkı Çerçevesinde Hukuki Yardım Hizmetlerine Dönük İhtiyaç Analizi, (haz. Neva Öztürk, Gökçen Taner, Ersoy Kontacı) 2019, 107.

lebilecek bir yetişkinin varlığından hareket etmektedir. RÇY m.6/1/l’de ise, “uluslararası koruma başvuru sahibi olan ve/veya mülteci veya şartlı mülteci olan ebeveyni veya yakınları yanında olan çocukların” yapılan değerlendirme sonucunda korunma ihtiyacı bulunması halinde çocuk destek merkezi ve benzeri kuruluşa kabul edileceği öngörülmüştür. Bu hükümler ışığında RÇY’nin kimi hükümleri, her ne kadar doğrudan refakatsiz çocuklara ilişkin olsa da Türkiye’de ebeveyni veya akrabaları bulunan, daha doğrusu yakınlarının yanında bulunan çocuklara da uygulanacaktır. Ailesinden ayrı düşmüş çocuklar, kendisinden sorumlu bir yetişkinden ayrı düşmekle birlikte halen akrabalarından ayrılmamış olabileceğinden, RÇY’ye göre yakınlarının yanında bulunan çocukları ailesinden ayrı düşmüş çocuk olarak nitelendirmek mümkündür³⁵. Bu bakımdan, yukarıdaki örnekteki on üç yaşındaki çocuk, ailesinden ayrı düşmüş çocuk olarak kabul edilecek, RÇY kapsamına girmeleri halinde ilgili hizmetlerden yararlanabilecektir.

Diğer yandan, refakatsiz olmadığı ancak ailesinden ayrı düşmüş olduğunun tespiti halinde bu tür çocukların YUKK ve UY hükümlerine göre uluslararası veya geçici koruma statüsünden yararlanıp yararlanamayacağı konusunda bir açıklık yoktur. YUKK m.66/1 uyarınca başvuru sahibinin aile üyesi olan (ergin olmayan) çocukları adına; RÇY m.6/1/a’ya göre de sadece refakatsiz çocukların uluslararası koruma başvurusunda bulunabilecekleri öngörülmüş, ailesinden ayrı düşmüş çocukların başvurusunun kim tarafından ve nasıl yapılacağı belirtilmemiştir. Bununla birlikte, uluslararası koruma başvurusunda bulunan/mülteci/şartlı mülteci olan yakınlarının yanında bulunan bu çocukların, RÇY uyarınca korunma ihtiyacı içinde olmaları halinde ilgili kuruluşa kabul edileceği öngörülmüştür. Ebeveynleri hariç, diğer yakınlarına istinaden uluslararası koruma veril(e)meyecek bu çocukların uluslararası korumaya başvur(a)mamalarını gerektirecek herhangi bir sebep bulunmamakta, sadece yasal bir boşluk bulunmaktadır. Bu sebeple, bu çocuklara da uluslararası koruma başvurusunda bulunma imkânının sağlanması gerektiği söylenebilir.

II. TÜRK HUKUKUNDA REFAKATSİZ ÇOCUKLARIN KORUNMASINA İLİŞKİN TEMEL İLKELER

A. Genel Olarak

Refakatsiz çocuklar, düzensiz göç hareketleri sonucunda veya sonradan ailesinden veya kendisinin bakımını üstlenen yetişkin(ler)den ayrı düşmüş olması itibarıyla, ülkemizde bulunan diğer çocuklardan ayrılmaktadır. Bununla birlikte, isminden de anlaşılacağı üzere, bu çocuklar yine de çocuktur. Dolayı-

³⁵ Yukarıdaki hükümler karşısında yetişkin akrabalarının veya yakınlarının Türkiye’de bulunması durumunda çocuğun “refakatsiz” sayılıp sayılmadığı hususunun muğlak kaldığı yönünde bkz. Sizer, 143.



ıyla, çocuğun üstün menfaati, ayrımcılık yasağı gibi çocukların korunmasına ilişkin uluslararası alanda benimsenen ilkeler, bu çocuklar bakımından da geçerlidir. Hatta bu konudaki kimi hak ve ilkeler, çocuğun refakatsiz olup olmadığının tespitiyle buna bağlı olarak yapacakları işlemler bakımından çocuğun konumu nedeniyle özel bir önem arz etmektedir. Zira çocukların korunmasına ilişkin temel düzenleme niteliğinde olan³⁶ ÇHS hükümlerinden kaynağını alan pek çok hak, refakatsiz çocuklar bakımından da uygulama alanı bulacaktır³⁷. Bu bakımdan, refakatsiz çocukların ÇHS’de yer alan bu haklarına riayet edilmemesi, devletlerin ÇHS m.22’de öngörülen yükümlülüğe aykırı davranmalarını anlamına gelecektir. Keza, bu aykırılık, aynı zamanda doğrudan refakatsiz çocuklara ilişkin hükümler ihtiva etmese de bu tür çocukların kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS)³⁸ kapsamındaki haklarının ihlaline yol açabilir. Zira devletlerin ülkelerinde bulunan ve yaşı gereği savunmasız durumdaki bu çocuklara bakmakla ve bu tür çocuklara onlara uygun yerlerde barındırma ve yardım sağlama sağlamakla yükümlü olduklarını ortaya koyan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatları bulunmaktadır³⁹.

Bu açıklamalar bizi, Türk makamlarının refakatsiz çocukların korunmasına ilişkin kaynağını uluslararası sözleşmelerden alan aşağıdaki hak ve ilkelerin refakatsiz çocuklara ilişkin işlemlerde göz önünde bulundurması gerektiği sonucuna ulaştırmaktadır. Dolayısıyla, aşağıda bu çocukların korunmasına yönelik temel ilkelerin Türk hukukunda nasıl ele alındığını inceleyeceğiz.

B. Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi

ÇHS ile benimsenen temel ilkelerden biri olan çocuğun yüksek yararı, çocuklarla ilgili alınacak her türlü karar ve işlemlerde gözetilmesi gereken bir ilke olarak, refakatsiz çocuklar bakımından da uygulama alanı bulmaktadır⁴⁰. ÇHS m.3’te, kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren

³⁶ Ekşi, Çocuklar, 563; Feriha Bilge Tanrıbilir, Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları, (Yetkin 2011), 70-71.

³⁷ Genel Yorum, para.12ff.

³⁸ RG: 19.3.1954-8662.

³⁹ Örneğin bkz.: Rahimi v. Yunanistan, no.8687/08, 5.4.2011; Abdullahi Elmi ve Aweys Abubakar v. Malta, nos. 25794/13 ve 28151/13, 22.11.2016; Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga v. Belçika no.13178/03, 12.10.2006; Khan v. Fransa, no.12267/16, 28.2.2019; SH.D. ve Diğerleri v. Yunanistan ve Diğerleri, no.14165/16, 13.6.2019; Moustahi v. Fransa no.9347/14, 25.6.2020 (<https://hudoc.echr.coe.int>, 22.1.2022).

⁴⁰ Genel Yorum, para.19; Inter-Agency, 17; Eda Yakmaz, ‘Statü Belirleme Sürecinde Türkiye’de Bulunan Refakatsiz Sığınmacı Çocukların Durumu’, IMPR Humanitarian (2014)1(Şubat), 1, 9.

bütün faaliyetlerde, çocuğun yüksek yararının temel düşünce olması gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla, taraf devletler göç ve ilticaya ilişkin işlemlerde çocuğun yüksek yararını göz önünde bulundurmamak durumundadır⁴¹. Bu sebeple, bir çocuğun gerçekten refakatsiz olup olmadığından yaşının tespitine, statü belirleme işlemlerinden hakkında koruyucu ve destekleyici tedbirlerin alınmasına kadar pek çok husus hakkında karar verilirken bu ilkenin yetkili makamlarca dikkate alınması gerekmektedir⁴².

AB hukukunda da benimsenen⁴³ bu ilke YUKK'un çeşitli hükümlerinde de yer almaktadır. İlk olarak YUKK'un insani ikamet iznini düzenleyen 46. maddesinde "çocuğun yüksek yararı söz konusu olduğunda" insani ikamet izni verilebileceği öngörülmüştür (YUKK m.46/1/a). Söz konusu ilkeye, YUKK m.66/1/a c.1'de refakatsiz çocuklarla ilgili işlemlerde uyulması gereken temel bir ilke olarak açıkça düzenlenmiştir: "*Refakatsiz çocuklarla ilgili tüm işlemlerde çocuğun yüksek yararının gözetilmesi esastır.*". UY m.123/2'de de refakatsiz olduğu tespit edilen çocuk hakkında yapılacak işlemler yapılırken çocuğun yüksek yararının göz önünde bulundurulacağı belirtilmiştir. Çocuğun refakatsiz olup olmadığının tespiti, kabul ve barınma merkezlerinde sevklerle buradaki hizmetlere dair işlemlerde de onun yüksek yararının gözetileceği RÇY m.6'da açıkça ifade edilmiştir. Bu itibarla, refakatsiz olarak Türkiye'ye gelen veya Türkiye'de bulunan bir çocuğun statüsünün belirlenmesi sürecinde ve sonrasında yapılacak her işlemde onların üstün ve öncelikli yararları dikkate alınarak hareket edilecektir.

Son olarak, bu ilke çocuğun geri gönderilmeme, aile birleşimi, özel hayatın ve kişisel verilerinin korunması, kişisel görüşlerini özgürce ifade edebilme gibi haklarını kullanabilmesiyle de yakından ilişkilidir. Refakatsiz çocuğun bu haklardan yararlanmasının onun menfaatine olup olmadığının tespitinde çocuğun yüksek yararı ilkesi esas alınarak karar verilecektir/verilmelidir.

C. Çocuğun Ayrımcılıktan Korunması

Çocuk hakları ve çocukların korunması konusunda uluslararası alanda kabul edilen bir diğer ilke ayrımcılık yasağıdır. ÇHS m.2'de taraf devletler,

⁴¹ Goodwin-Gill/McAdam, 527; Ekşi, Çocuklar, 564; Odman, 70; Yakmaz, 9; Işıl Özkan, *Göç, İltica ve Sığınma Hukuku*, (3.Bası, Seçkin, 2018), 326; Thoko Kaime, 'The Normative Framework for Children's Rights in Refugee Situations', *An Introduction to International Refugee Law*, (Eds.) Rafiqul Islam/Jahid Hossain Bhuiyan, (Martinuss Nijhoff, 2013), 411-412.

⁴² Genel Yorum para.19-22; Odman, 60; Meltem İneli Ciğer ve Mehmet Ali Küçükçavuş, 'Uluslararası Hukuk, Avrupa Birliği Hukuku ve Türk Hukukunda İltica Taleplerinin Kayıt Altına Alınması' TAAD (2022)13(49), 349, 357; *Handbook on European law Relating to Asylum, Borders and Immigration*, European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, 2020, 283-284.

⁴³ Handbook, 284.



Sözleşmede yer alan kendi yetki alanlarında bulunan her çocuğa kendilerinin, ana-babalarının veya yasal vasilerinin sahip oldukları, ırk, renk, cinsiyet, dil, siyasal ya da başka düşünceler, ulusal, etnik ve sosyal köken, mülkiyet, sakatlık, doğuş ve diğer statüleri nedeniyle hiçbir ayırım gözetmeksizin tanıyacaklarını taahhüt etmiştir. Bu hükmün amacı, çocuğu keyfi uygulamalara karşı korumaktır⁴⁴. YUKK'ta ve diğer mevzuatta ayrımcılık yasağına ilişkin açık bir hüküm olmadığı gibi refakatsiz çocuklara özgü bir hüküm de bulunmamaktadır⁴⁵. Ancak, ÇHS'ne taraf bir devlet olarak, Türkiye'de bulunan refakatsiz çocuklar hakkında yapılacak her türlü işlem ve alınacak kararda bu ilkeye riayet edilmesi gerektiği şüphesizdir.

Bu ilke, öncelikle çocuğun refakatsiz ve ailesinden ayrılmış, mülteci, sığınmacı veya göçmen konumu nedeniyle yapılabilecek ayrımcılığı özellikle yasaklamaktadır. Bu ilke uyarınca bir çocuğun yetkili makamlarca refakatsiz veya ailesinden ayrı düşmüş olup olmadığının tespitinde kendisinin veya ailesinin etnik, dini, sosyal, ekonomik veya başka bir statü nedeniyle ayrımcı bir muameleye tabi tutulmaması gerekir. Bu kapsamda uluslararası koruma sürecinde çocuğun salt bu konumda olması, vatandaşlığı veya göçle ilgili başka bir özel durumunun olması nedeniyle diğer bireylere nazaran kendisine farklı bir muamelede bulunulmamalıdır⁴⁶. Bunun yanı sıra, refakatsiz veya ailelerinden ayrılmış çocuklarla ilgili toplum içindeki olası negatif yaklaşımları ve damgalamaları önleyecek tedbirlerin alınması da gerekmektedir⁴⁷.

Refakatsiz çocukların statü belirleme sürecinde sahip oldukları haklarla kendilerine sunulacak imkânlar bakımından da ayrımcılık yasağına uyulmalıdır. Bir çocuğun refakatsiz olup olmadığının tespitinden çocuğun kabul ve barınma merkezlerine kabulüyle burada alacakları hizmetlere kadar pek çok konu YUKK m.88-89 ile RÇY'de ayrıntılı olarak düzenlenmiş, böylece benzer konumdaki Türk vatandaşı çocuklara sunulan imkânlar aynen bu çocuklara da tanınmıştır. Bu yönüyle, Türk mevzuatının ayrımcılık yasağıyla uyumlu olduğu söylenebilecektir.

D. Kişisel Görüşlerini Özgürce İfade Edebilme Hakkı

Refakatsiz çocuk kategorisine sadece bebeklik çağındaki değil, ergenlik dönemine kadar pek çok yaş grubundaki çocuk girdiğinden, bu çocuklar hakkındaki her türlü işlem yaşı ve olgunluk düzeyi dikkate alınmak suretiyle yürütülmelidir.

⁴⁴ Tanrıbilir, 71-72; Başar, 13.

⁴⁵ Esasen ayrımcılık yasağı ilkesine bir madde olarak YUKK tasarısında yer verilmesi gerektiği Türkiye Büyük Millet Meclisi çeşitli komisyonlarca belirtilmiş, ancak yasalaşma sürecinde böyle bir hükme yer verilmemiştir. Bkz.: Çevrimiçi, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss310.pdf>, 20.3.2023.

⁴⁶ Kaime, 408-409.

⁴⁷ Genel Yorum, para.18.

Bu husus, aynı zamanda çocuğun yüksek yararıyla yakından ilgilidir. Zira bir çocuk hakkında alınacak tedbire karar verilirken onun için neyin en iyi olduğunun tespit edilebilmesi için görüşlerine başvurulması, aynı zamanda çocuğun yüksek yararının gözetilmesinin bir gereği ve sonucudur⁴⁸. Bu amaçla ÇHS m.12’de görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkına sahip olduğu öngörülmüştür.

Çocuğun görüşüne, onun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak özen göstermesi gereken devlet kurumları, konu refakatsiz çocuklar olduğunda da aynı özeni fazlasıyla göstermelidir. Zira bu çocuklar, bir boşanma davasında velayeti tartışma konusu olan bir Türk vatandaşı çocuktan farklı olarak, buldukları ülkenin tamamen yabancı olmak bir yana, kimsesiz ve savunmasız durumdadır. Bu bağlamda, refakatsiz çocukların bulunmasında ilgili kuruluşa yerleştirilinceye uluslararası korumadan yararlandırılmasından aile birleşiminin sağlanmasına kadar her konuda, yaşı ve olgunluk seviyelerine bağlı olarak görüşlerine başvurulmalıdır⁴⁹. Bu çocukların fikirlerini en etkin şekilde iletebilmeleri için onlara sağlıklı ve doğru bilgilendirme yapılmalı, bu bilgilendirmeler çocuk psikolojisi konusunda yetkin uzmanlar tarafından yaş ve cinsiyet duyarlı bir biçimde yapılmalıdır.

Çocuğun bu konular hakkında görüşünün alınabilmesi, öncelikle onun bilgilendirilmesini gerektirmektedir. Dolayısıyla, çocuk hakkında bilgi edinilmesi gereken hallerde çocuğun olgunluk düzeyi ve hukuki anlayış seviyesine uygun olarak bilgilendirilmelidir⁵⁰. Buna ilaveten, kendilerine yasal temsilci (vasi) atanması, barınması veya yetişkin akrabalarının yanına ya da koruyucu ailenin yanına yerleştirilmesi (UY m.123/2/a), uluslararası koruma başvurusu süreci, yaş tespitiyle ilgili işlemlerle bunların amacı, kendisine ilgili kuruluşlarda sunulacak hizmetler, uygun sayılan kişilerle (örneğin menşe veya hedef ülkedeki akrabaları ile) veya BMMYK gibi kuruluşlarla iletişim kurması, ülkede bulunan diğer kardeşleriyle görüşme, aile birleşimi veya iltica talebi varsa yapmış olduğu bu talepleri hakkında periyodik olarak bilgilendirilmesi ve benzeri birçok konuda (RÇY m.10) çocuğun diğer bireylerin veya kamu makamlarının etkisi olmaksızın bilgilendirilmesi ve görüşleri doğrultusunda hareket edilmesi gerekmektedir.

Çocuğun fikirlerinin alınabilmesi, aynı zamanda bu çocuklara etkili bir iletişim vasıtasının sağlanmasıyla mümkün olacaktır. Bu itibarla, çocuklarla yapılacak mülakatların çocukların fiziksel, psikolojik, duygusal durumları konusunda yeterli bilgiye sahip nitelikli personel refakatinde yapılmalıdır⁵¹.

⁴⁸ Öktem, 141-142; Tanrıbilir, 73; İneli Ciğer ve Küçükçavuş, 357; Başar, 13; Kaime, 416-419.

⁴⁹ Genel Yorum, para.25; Odman, 71.

⁵⁰ Genel Yorum, para.25.

⁵¹ Genel Yorum, para.25; Çiçekli, 332.



UY m.123'te de çocukların mülakatlarının onlara en uygun ortamda yapılacağı, bu mülakatlarda çocuk gelişimci, sosyal çalışmacı, psikolog gibi uzman kişilerin veya ebeveyninin ya da yasal temsilcisinin yanında bulunabileceği öngörülmüştür. Çocukla ilgili alınan kararlarda ilgili uzmanın görüşüne de yer verilmesi gerektiği ile çocuğun bütün taleplerini açık bir biçimde ifade edememiş olabileceğinin karar aşamasında dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir (UY m.123/2/f-h). Bu bağlamda, bu çocuklar yabancı olduklarından büyük ihtimalle tercümana ihtiyaç duyulacaktır. Uluslararası koruma başvurularında yapılacak mülakatlarda tercüman yardımının alınabileceği YUKK m.70/2'de belirtildiği gibi, RÇY'de bu çocuklarla ilgili işlemlerde ihtiyaç duyulması halinde tercüman yardımının sağlanabileceği (RÇY m.10/u) öngörülmüştür. Hatta refakatsiz çocukların özellikle ilk tespit edildikleri zaman zarfında çoğunluğunun Türkçe bilmeyebilecek olması ihtimali karşısında tercüman yardımı bir zaruret olarak ortaya çıkacaktır⁵².

E. Özel Hayatlarının ve Kişisel Verilerinin Korunması

ÇHS m.16 uyarınca bir çocuğun özel yaşantısına, aile, konut ve iletişimine keyfi ya da haksız bir biçimde müdahale yapılamayacağı, onur ve itibarına saldırılamayacağı gibi, çocuk bu saldırılara karşı korunma hakkına sahiptir. Buna göre devletler, refakatsiz veya ailelerinden ayrılmış bir çocuğa ilişkin olarak edinilen bilgilerin gizliliğini sağlamakla yükümlü kılınmıştır⁵³. Bu yükümlülük, YUKK m.94 ve sair mevzuatta da kabul edilmiştir. Uluslararası korumaya ilişkin hükümler arasında yer alan YUKK m.94 ile UY m.116'da uluslararası koruma başvuru sahibinin ve statü sahibinin tüm bilgi ve belgelerinde gizliliğin, çocuklarla ilgili bilgi paylaşımında çocukların yüksek yararının esas olduğu ifade edilmiştir⁵⁴. Bu bağlamda, refakatsiz ve uluslararası koruma süreci başlatılan çocuklarla ilgili toplanan veya bu çocuklardan edinilen tüm bilgilerin güvenliğinin sağlanması gerekmektedir⁵⁵. Bu bilgilerin üçüncü kişilerle paylaşılması, bazı özel hallerde bu çocukların psikolojik, toplumsal ve bedensel olarak daha fazla zarar görmesine yol açabilecektir. Bu sebeple, ancak YUKK m.94/2'de ve UY m.116'da öngörülen hallerde bu bilgi ve belgelerin üçüncü kişilerle paylaşılabilmesine izin verilmiştir⁵⁶. Kimi hallerde çocuk hakkındaki bilgilerin ilgili kurum veya uluslararası kuruluşlarla paylaşılması çocuğun menfaatlerinin bir gereği olarak ortaya çıkabilir.

⁵² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Neva Övünç Öztürk, Mültecinin Hukukî Statüsünün Belirlenmesi, (Seçkin, 2015), 457.

⁵³ Genel Yorum para.29.

⁵⁴ Bu konuda bkz. Öztürk, 452.

⁵⁵ Genel Yorum para.30; İneli Çiğner ve Küçükçavuş, 363.

⁵⁶ Bu konuda bkz. İneli Çiğner ve Küçükçavuş, 362-363.

F. Geri Gönderilme Yasası

Geri göndermeme ilkesi, uluslararası insan hakları ve mülteci hukukunda genel kabul gören bir ilke olarak, ülkemize gelerek sığınma talep eden refakatsiz çocuklar bakımından da uygulama alanı bulacaktır⁵⁷. Cenevre Sözleşmesi m.33'te yer alan geri göndermeme ilkesi, Türk hukukunda YUKK m.4'te geri gönderme yasağı adıyla düzenlenmiştir⁵⁸. Bu hükme göre, “*bu Kanun kapsamındaki hiç kimse, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı veya ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağı bir yere gönderilemez*”. Türk yabancılar hukukunda benimsenen bu ilke/yasak uyarınca, ülkemize gelen/ülkemizde bulunan refakatsiz çocuğun, geri gönderilmesi halinde söz konusu maddede belirtilen sebeplerle hayatı veya hürriyeti tehdit altına girecekse, menşe ülkesine iade edilmesi mümkün değildir⁵⁹.

Şüphesiz ki, refakatsiz çocuklar menşe ülkelerine gönüllü geri dönüş talebinde bulunabilir. Bu talepler, çocuğun görüşünün dikkate alınabileceği yaş ve olgunlukta olması halinde ve uzmanların görüşleri doğrultusunda dikkate alınır ve kendisine gönüllü geri dönüş desteği sağlanabilir. Ancak, gönüllü geri dönüşü izin verilmesinin sınırını geri gönderme yasağının çizdiğini belirtmeliyiz. Zira ülkemize yasal olmayan bir şekilde giriş yapan veya ikamet eden yetişkin yabancıardan farklı olarak, menşe ülkesine geri gönderilmesi söz konusu olan kişinin refakatsiz bir çocuk olduğundan, bu yasağının uygulanmasında onların bu durumları özel olarak dikkate alınmalıdır. Çocuğun menşe ülkeye, hatta üçüncü bir ülkeye gönderilmesi halinde kendisine yönelik telafisi mümkün olmayan zararların meydana gelebileceği konusunda sağlam temellere dayanan şüphelerin varlığı halinde gönüllü geri dönüşü veya üçüncü bir ülkeye gönderilmesine karar verilmemelidir ki bu zaten çocuğun yüksek yararının bir gereğidir.

G. Aile Birliği İlkesi ve Aile Birleşimi Hakkı

Refakatsiz çocuklar, kendi aile ortamlarından geçici veya sürekli biçimde yoksun kalmış çocuklardır⁶⁰. Bu bakımdan ister sığınılan ülkede ister menşe ülkede veya ister üçüncü bir ülkede olsun, ailenin (bireylerinin) yeniden birleş-

⁵⁷ Genel Yorum, para.26.

⁵⁸ Ekşi, Yabancılar, 63.

⁵⁹ Geri gönderme yasağı hakkında bkz.: Aslı Bayata Canyaş, ‘Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamındaki Geri Gönderme Yasağının Uygulanma Koşullarının AİHM Kararları Çerçevesinde İrdelenmesi’, Hacettepe HFD, (2015)5(1), 73, 73ff; Gökhan Taneri, *Uluslararası Hukukta Mülteci ve Sığınmacıların Geri Gönderilmemesi (Non-Refoulement) İlkesi*, (Bilge 2012), 45ff; Bülent Çiçekli, *Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar*, (Seçkin, 2009) 79ff.

⁶⁰ Genel Yorum, para.39.



mi, tüm çocuklar için olduğu gibi bu çocuklar bakımından da bir önceliktir⁶¹. Zira çocukların tanıdıkları ve güvendikleri insanlarca bakılmaları halinde psikolojik ve sosyal olarak iyileşmelerinin sağlanması olasılığı daha fazla olduğundan, aile birleşimi çocuklar bakımından hayati önem taşımaktadır⁶². Diğer yandan, bir çocuğun ülkede bulunan diğer aile bireyleriyle bir araya gelmelerinin sağlanması veya aile birleşimine yönelik olarak refakatsiz çocukların menşe ülkeye veya üçüncü bir ülkeye geri dönüş kararının verilmesi, çocuğun yüksek yararı ilkesine uygun olmalıdır⁶³. Bu itibarla, ÇHS m.9/1'in taraf devletlere ülkelerinde bulunan refakatsiz çocukların aileleriyle kavuşturulması konusunda gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü getirdiğini söyleyebiliriz.

Türk hukukunda ise, refakatsiz çocukların aile birleşiminin sağlanmasına yönelik özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Diğer yandan, RÇY'nin çeşitli hükümlerinden uluslararası koruma başvurusunda bulunan veya korumadan yararlanan refakatsiz çocukların aile birleşim taleplerinde bulunmasının mümkün olduğu anlaşılmaktadır. RÇY m.10/n'de çocuğun menşe ülke veya hedef (üçüncü) ülkede aile birleşimi talebi varsa ailenin izinin sürülmesi için çocuğun talebinin İl Göç İdaresi Müdürlüğüne (İGİM, Müdürlük) bildirileceği belirtilmiştir. Bunun yanı sıra, 2014 Geçici Koruma Yönetmeliği (GKY)⁶⁴ kapsamına giren refakatsiz çocukların aile birleşim talepleri beklenmeksizin aile birleşimine ilişkin işlemlere başlanacağı öngörülmüştür (GKY m.49/2). Böylece, çocuğun menşe veya üçüncü bir ülkede aile bireyleriyle bir araya gelmesi konusunda gerekli işlemlerin ve sürecin yürütüleceği öngörülmüş, ancak bu hükümlerde aile birleşiminden yararlanmak isteyen çocuğun söz konusu talebinin hangi şartlar altında reddedileceğine değinilmemiştir. Dolayısıyla, uluslararası veya geçici korumadan yararlınsın veya yararlanmasın, bir refakatsiz çocuğun menşe veya üçüncü bir ülkedeki aile bireyleriyle aile birleşiminin sağlanmasına ilişkin karar alınırken, başta çocuğun yüksek yararı olmak üzere, ÇHS m.9'daki kriterlerden hareket edilmesi gerektiğini söyleyebiliriz.

III. TÜRK HUKUKUNDA REFAKATSİZ ÇOCUKLARA SAĞLANACAK KORUMA

A. Genel Olarak

Refakatsiz çocuk, buraya kadar verilen tanım ve açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, kendisinden sorumlu bir yetişkinin refakati bulunmaksızın Tür-

⁶¹ Kaime, 421; Inter Agency, 63.

⁶² Jason Pobjoy, 'Chapter 41: Refugee Children', *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, (Eds). Cathryn Costello/Michelle Foster/Jane McAdam, (OUP 2021), 745, 759; Inter Agency, 50.

⁶³ Kaime, 422; Genel Yorum, para.82; Odman, 84; Inter Agency, 63.

⁶⁴ RG: 22.10.2014-29153.

kiye'ye gelen veya Türkiye'ye giriş yaptıktan sonra refakatsiz kalan çocuktur. Bu tanımdan yola çıkılırsa, bir çocuğun refakatsiz çocuk olarak nitelendirilmesi bakımından, onun gelmiş olduğu devletin yanı sıra Türk vatandaşlığına sahip olup olmadığına herhangi bir öneminin olmadığı düşünülebilir. Ancak bu kavramla kastedilen, herhangi bir yetişkinin sorumluluğu altında olmayan ve Türk vatandaşlığına da sahip olmayan çocuktur. Zaten refakatsiz çocuklara ilişkin m.66 hükmü YUKK'un Uluslararası Koruma başlığı altında yer almaktadır ve özel ihtiyaç sahipleri arasında gösterilen (YUKK m.3/1) bu çocuklara uluslararası koruma başvurularında onlara öncelik tanınacaktır (YUKK m.67). Türk hukukunda uluslararası korumadan sadece yabancılar yararlanabileceğinden, bu çocukların da yabancı olduğu varsayılmıştır. Hatta RÇY m.8'de açıkça "*ülkemiz sınırlarında bulunan yabancı uyruklu çocukların refakatsiz olup olmadığı*" ifadesine yer verilmesi de bu hususu ortaya koymaktadır. Bu bakımdan, uluslararası koruma (veya geçici koruma) sadece Türk hukukuna göre refakatsiz olduğu tespit edilen yabancı çocuklara tanınacaktır.

Refakatsiz çocukların uluslararası korumadan yararlanabilmesi, doğal olarak onların gerçekten refakatsiz olup olmadığına ve on sekiz yaşından küçük olup olmadığına tespitine bağlıdır. Yetkili makamlarca YUKK ve sair mevzuata istinaden yapılacak araştırma ve tespit sürecinde çocuğun yabancı olup olmadığına tespiti anlamına da gelecektir. Zira ülkemiz sınırlarına gelen veya ülkemizde bulunan bir çocuğun refakatsiz olup olmadığı tespit edilirken, yapılacak araştırma ve mülakat neticesinde Türk vatandaşı olduğu da tespit edilebilir. Örneğin, konuşmasından veya yaşadığı şehre/köye veya ailesine ilişkin verdiği bilgilerden, üzerinde bulunan belgelerden ya da sınır kapısına beraber geldiği ya da civarında bulunan kişilerin beyanlarından çocuğun yabancı/Türk vatandaşı olduğu anlaşılabilir. Başka bir ihtimal olarak, Türk vatandaşı anne veya babasının var olabileceğine dair kuvvetli ihtimallerin olması halinde artık bu çocuk YUKK kapsamında refakatsiz çocuk olarak nitelendirilmeyebilecektir. Dolayısıyla, bir çocuğun refakatsiz olup olmadığına tespiti bu yönüyle de önem arz etmektedir.

B. Uluslararası Koruma

1. Genel Olarak

Refakatsiz çocuklar, YUKK m.65-90 arasında düzenlenen uluslararası korumadan yararlanabilecek kişiler arasında kabul edilmiştir. Uluslararası koruma talebinde bulunan yabancılara sağlanacak korumanın kapsamı, türleri ve bu konuda izlenecek usule ilişkin kurallar, prensip olarak refakatsiz çocuklar bakımından da uygulanacaktır⁶⁵. Buna ilaveten, Kanunda bu çocuklar bakımından özel düzenlemelere yer verilmesi halinde bu düzenlemeler uygulanacaktır.

⁶⁵ İneli Ciğer ve Küçükçavuş, 362.



Bu çocukların uluslararası koruma sürecinin başlaması, yürütülmesi ile yetkili makamların nasıl hareket etmesi gerektiğine dair kuralların çoğu UY ve RÇY'de yer almaktadır. Uluslararası korumadan yararlanacak olanın bir çocuk olması nedeniyle getirilen bu kurallar, aslında yukarıda değindiğimiz çocukların korunmasına ilişkin temel ilkelerin bir iç hukuka yansımaları niteliğindedir. Bu amaçla, aşağıda bu çocukların uluslararası koruma sürecinin başlaması, yürütülmesi ve sonuçlanmasını, ardından özel bir önem arz ettiğinden refakatsiz çocuk olup olmadığının tespiti konusunu, ardından kendilerine verilecek uluslararası koruma statüsünü inceleyeceğiz.

2. Refakatsiz Çocuklar İçin Uluslararası Koruma Sürecinin Başlaması ve Yürütülmesi

Uluslararası koruma, valiliklere veya sınır kapılarında kolluk birimlerine yapılacak başvuru üzerine sağlanacaktır. Bunun için ülkeye yasa dışı yollarla giriş yapılmış olması veya yasa dışı olarak ikamet ediliyor olması tek başına başvurunun yapılmasına veya dikkate alınmasına engel olmamaktadır, ancak başvurunun makul süre zarfında yapılması gerekmektedir (YUKK m.65/4). Herhangi bir ebeveyninin refakatindeki çocuklar adına ebeveynleri başvuruda bulunabilecektir (YUKK m.65/3). Refakatsiz çocukların, YUKK m.66/1'de tek başlarına başvuru yapabilecekleri öngörülmüştür⁶⁶.

Görüldüğü üzere, uluslararası koruma için “ilgili yabancının talepte bulunması” prensibinden hareket edilmiştir. Ancak, on sekiz yaşından küçük bu çocuklar arasında yaş ve olgunluğu nedeniyle bu yönde talebini ve iradesini ortaya koyamayacak durumda olanlar da bulunabilir. Belirli bir yaş ve olgunluktaki çocuklar ise, arkadaş veya çevrelerinden ya da ilgili kuruluşlardan öğrenmedikçe, uluslararası korumanın ne anlama geldiği konusunda bir bilgi veya bilince sahip olmayabilir. Bu bakımdan, bu çocukların, uluslararası korumadan yararlanabilmek için mutlaka başvuruda bulunmalarını beklemenin yerinde olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Bu belirsizliğin RÇY hükümleriyle ortadan kaldırıldığı da anlaşılmaktadır. RÇY m.6/1'de refakatsiz çocuğun uluslararası koruma başvurusunun İGİM’ce yapılacağı öngörülmüştür. Böylece, çocuk adına uluslararası koruma ve sair işlemleri yürütmek bakımından Müdürlüklere resen harekete geçme yetkisi verilmiştir. Şüphesiz çocuğun menfaatinin gözetilmesi bakımından yerinde olmakla birlikte, çocuk Türk hukukundaki statüsünü ilgilendiren böyle bir konu hakkında yaşı ve olgunluğu dikkate alınarak bilgilendirilmeli ve görüşü alınmalıdır.

Refakatsiz çocukların uluslararası koruma başvurusu, kayıt altına alınması, yabancı kimlik numarası verilmesi ve kayıt belgesi verilmesine ilişkin iş ve işlemler İGİM’ce yapılacaktır⁶⁷ (RÇY m.6/1/a). Başvuruyla ilgili işlemler

⁶⁶ Bkz. Asar, 252-254; İneli Ciğer ve Küçükçavuş, 363ff.

⁶⁷ Bu yönüyle İGİM’in bir nevi bu çocukların nüfus işlemlerini de gerçekleştirdiği yönünde

valiliklerce yürütülecek, başvuru sahibine uluslararası koruma başvuru sahibi kimlik belgesi verilecektir. Başvurunun, kayıt tarihinden itibaren en geç altı ay içinde Göç İdaresi Başkanlığı tarafından sonuçlandırılacağı, kararın bu süre içinde verilememesi halinde başvuru sahibinin bilgilendirileceği öngörülmüştür. Başkanlık başvuru hakkında nihai kararı verme yetkisini valiliklere devredebilecektir (YUKK m.78).

Çocuk, kaydı alındıktan sonra ASHB'nın ilgili il müdürlüğüne yönlendirilecektir (RÇY m.6/1/d). Bu noktada, çocuk hakkında ÇKK hükümleri uyarınca acil koruyucu ve destekleyici tedbirlerin alınması söz konusu olabilir. Bunun dışında, UY m.123/2'de çocuğun, yüksek yararı da gözetilerek derhal ASHB tarafından koruma altına alınacağı, ASHB tarafından uygun barınma ve kabul merkezlerine veya yetişkin akrabalarının veya koruyucu aile yanına yerleştirileceği öngörülmüştür. On altı yaşını doldurduğu tespit edilen çocukların, düzensiz göçmen⁶⁸ olduklarının tespiti ve özel şartların da sağlanması kaydıyla, geri gönderme merkezlerinde; uluslararası koruma başvurusu veya statüsü sahiplerinin ise kabul ve barınma merkezlerinde barındırılabilmesi öngörülmüştür.

Kayıt altına alınan refakatsiz çocuklara ilişkin yapılacak değerlendirmelerde diğer başvurulara nazaran uyulması gereken farklı kurallar bulunmaktadır. İlk olarak, bu tür çocuklar, YUKK m.3/1/1'de özel ihtiyaç sahibi tanımına istinaden, özel ihtiyaç sahipleri arasında gösterilmiştir. YUKK m.67/1'de Kanunun Uluslararası Koruma başlıklı üçüncü kısmında yazılı hak ve işlemlerde özel ihtiyaç sahiplerine öncelik tanınacağı öngörüldüğünden, bu tür çocukların refakatsiz olduğunun kolluk kuvvetlerince (ilk araştırma sonucunda) tespitinden sonra kayıt altına alınma, statü belirleme ve mülakat işlemlerinde kendilerine öncelik tanınacaktır (YUKK m.67/1). İkinci olarak, YUKK m.79'da öngörülen hızlandırılmış değerlendirmenin refakatsiz çocuklar bakımından uygulanması yasaklanmıştır (YUKK m.79/4).

Refakatsiz çocukların başvuruları, kendileriyle yapılacak mülakat(lar) neticesinde sonuçlandırılacaktır. Başvuruların değerlendirilmesi amacıyla yapılacak mülakatlara ilişkin genel kurallar YUKK m.75'te, mülakatların yürütülmesine ilişkin diğer hususlar UY m.81-89'de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Refakatsiz çocuklar bakımından da geçerli olan bu hükümlerle beraber, UY'de ve RÇY'de özellikle mülakatlara ilişkin özel hükümler de uygulanacaktır. Özel ihtiyaç sahipleri kategorisinde olduğundan, çocukların bu durumları mülakatlarda göz önünde bulundurulacaktır (UY m.85/3). Esasen, refakatsiz çocukların mülakatına yönelik ayrıntılı hükümlere yer verilmesinin diğer bir

bkz. Yolalan, 55.

⁶⁸ Düzensiz göçmen kavramına YUKK m.3/1/1'da "Göç" tanımı altında yer verildiği görülmektedir. Buna göre, düzensiz göç "yabancıların yasa dışı yollarla Türkiye'ye girişini, Türkiye'de kalışını, Türkiye'den çıkışını ve Türkiye'de izinsiz çalışmasını" ifade etmektedir.



sebebi de kendilerine uluslararası koruma statüsü verilmesini sağlayacak refakatsizlik olgusunun gerçekten var olup olmadığının tespiti. Dolayısıyla bu çocuklarla yapılacak mülakatlarda dikkat edilmesi gereken hususların neler olduğunu aşağıda ele alacağız.

3. Çocuğun Refakatsiz Olup Olmadığının ve Yaşının Tespiti

Bir çocuğa refakatsiz çocuk olması nedeniyle uluslararası koruma statüsü verilebilmesi, yapılacak araştırma neticesinde gerçekten refakatsiz ve on sekiz yaşından küçük olup olmadığının tespitine bağlıdır. Bu tespit yapılmadan bir çocuğa refakatsiz çocuk olduğu gerekçesiyle uluslararası koruma statüsü verilmesi mümkün değildir. Özellikle uluslararası koruma statüsünün bu şekilde daha kolay elde edilebilir olması nedeniyle, aslında refakatsiz çocuk olmamasına rağmen bu nitelikte olduğunu beyan eden kişilere rastlanmaktadır⁶⁹. Bu sebeple, uluslararası koruma statüsünün verilmesiyle çocuk hakkında uygulanacak tedbirlerin belirlenmesi bakımından çocuğun refakatsiz ve on sekiz yaşından küçük olduğunun tespiti kritik öneme sahiptir⁷⁰.

Çocuğun refakatsiz olup olmadığının araştırılması ve tespiti, kolluk makamlarınca yönlendirildiği İGİM’ce yürütülecektir (RÇY m.6/1/1). Bu kapsamda, ilk olarak çocuğun kimliği, hangi devlet vatandaşlığına sahip olduğu, yaşadığı şehir, ebeveynlerinin veya akrabalarının adlarıyla iletişim bilgileri gibi çocukla ilgili her türlü bilgiyi temin etmek suretiyle gerçekten refakatsiz olup olmadığı tespit edilmeye çalışılacaktır. Ayrıca, çocuk hakkında elde edilecek bu bilgiler, çocuğun kardeşleri veya akrabalarıyla bir araya gelmesi veya üçüncü bir ülkedeki ebeveynleriyle aile birleşiminin sağlanması, kendisinin hangi kuruluşta barındırılacağıyla çocuğa verilecek hizmetlerin tespiti gibi konularda da yol gösterici olacaktır⁷¹.

Bu amaçla, yetkililerin nasıl hareket etmesi, özellikle çocuklarla yapılacak mülakatlarda hangi hususların gözetilmesi gerektiği UY m.123/f-h ve RÇY hükümleriyle belirlenmiştir⁷². Buna göre, çocuğun mülakatı, onlara en uygun ortamda yapılacak, mülakatta idare tarafından belirlenen psikolog, çocuk gelişimci, sosyal çalışmacı, ebeveyni veya yasal temsilcisi hazır bulundurulabilecektir. Bu çocuklar, herhangi bir yetişkinin korumasından yoksun olmaları nedeniyle bu süreçte psikolojik ve/veya fiziki olarak ciddi tehlikelere maruz kalmış olma, ülkenin yabancı olması, dil problemi ve entegrasyon sorunları gibi ciddi handikaplara sahiptir. Bu sebeple, yapılacak bütün görüşmeler, çocukların psikolojik, duygusal ve fiziksel gelişimleri konusunda yeterli bilgiye

⁶⁹ Benzer yönde bkz. Handbook, 288.

⁷⁰ Handbook, 288.

⁷¹ Handbook, 288.

⁷² Başvuru sahibinin kendini ifade etme ve idarenin gerçeği bulma faaliyeti olarak nitelendirilen mülakatın yapılışı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Asar, 268-271.

sahip nitelikli personel tarafından yapılacaktır. Bu amaçla, karar aşamasında, çocuğun bütün taleplerini açıkça ifade edememiş olabileceğinin dikkate alınacağı, mülakat görevlisinin mülakat raporunu hazırlarken mülakata katılan uzmanın görüşlerinden de faydalanılabileceği belirtilmiştir.

Uluslararası koruma başvurusunun akıbetiyle kendisine sağlanacak koruyucu ve destekleyici tedbirlerin devamı bakımından asıl önem arz eden husus, çocuğun on sekiz yaşından küçük olduğunun tespitidir. Fiziki görünüşü itibarıyla bir çocuğun on sekiz yaşından küçük olduğunun objektif olarak anlaşılması hali dışında, belirli bir yaş ve olgunluğa sahip bireylerin on sekiz yaşından küçük olup olmadığı kolaylıkla tespit edilemeyebilir. Özellikle on sekiz yaşından küçük olduğunu iddia eden bir bireyin yanında yaşını gösterir herhangi bir belgenin bulunmadığı hallerde yaş tespitine ihtiyaç duyulmaktadır⁷³. Zira bu tür çocuklar bakımından beyan edilen yaşla fiziksel görünümü arasında tutarsızlıklar olabileceğinden bunların beyan ettiği yaşa istinaden hareket etmek sağlıklı olmayacaktır. Bu itibarla, çocuğun yaşının tespitinde nasıl hareket edilmesi gerektiği konusu özel olarak düzenlenmiştir⁷⁴.

YUKK m.66/1/b ve UY m.123/2/b’de yaşı bir belgeyle kanıtlanamayan ve on sekiz yaşından büyük olabileceği şüphesi bulunan kişilerin fiziksel ve psikolojik değerlendirme içeren kapsamlı yaş tespitinin valiliklerce yaptırılacağı öngörülmüştür. RÇY’de ise yaş tespitine ilişkin raporun İGİM’ce alınacağı belirtilmiştir⁷⁵. Bu amaçla, gerekli raporun alınması konusunda İGİM, tam teşekküllü bir devlet hastanesine veya Adli Tıp Kurumu’na başvuracak, bu kurumlarca verilen rapor doğrultusunda hakkında hareket edecektir. Yalnız her çocuk için değil, sadece beyan ettiği yaşla fiziki durumu arasında tutarsızlık bulunan, bu sebeple on sekiz yaşından büyük olduğu şüphesi altındaki çocuklara bu işlem uygulanacaktır⁷⁶. Belirtmek gerekir ki, yaşı konusunda şüphe duyulan bu kişi, yaş tespiti hakkında kesin sonuç alınıncaya kadar çocuk muamelesi görecektir⁷⁷; yaş tespiti işlemi sonucunda yaşıyla ilgili tereddüt giderilemediği takdirde çocuk olarak kabul edilecektir (UY m.123/2/c)⁷⁸.

Yaş tespiti sonucunda yaşı konusunda bir şüphe/belirsizlik ortaya çıktığında, şüpheden çocuğun yararlandırılması ve on sekiz yaşının altında olduğunu iddia eden çocuğun beyanının esas alınması, esasen çocuğun üstün yararının

⁷³ Handbook, 287-288. Yakmaz, 12; Sizer, 143.

⁷⁴ YUKK öncesi dönemde de benzer bir uygulamanın yürütüldüğü hakkında bkz. Yakmaz, 12.

⁷⁵ Yolalan, 55.

⁷⁶ Benzer yönde bkz. Pobjoy, 748-749.

⁷⁷ Pobjoy, 748-749; Yakmaz, 12; Sizer, 44.

⁷⁸ YUKK öncesi dönemde de genel kabul gören yaklaşımın bu yönde olduğu hakkında bkz. Yakmaz, 12.



gözetilmesi ilkesinin bir yansımasıdır⁷⁹. Bunun yanı sıra tabii tutuldukları işlem nedeniyle onların kişiliğini ve onurlarını zedeleyici maruz kalmamaları gerektiğini de belirtmeliyiz. Bu bakımdan, yaş tespitine yönelik testlerin, tecrübeli ve bağımsız uzmanlar tarafından toplumsal cinsiyet ve kültürel farklılıklar gözetilerek yapılması, kullanılacak teknolojik yöntemlerin teste tabii tutulan çocuk için güvenli olması ve insan onuruna aykırı bir uygulama niteliğinde olmaması gerekmektedir⁸⁰. Bu sebeple, fiziksel ve psikolojik etkilerinin yanı sıra ciddi hukuki sonuçlar doğurabilecek böyle bir süreçte on sekiz yaşından küçük olup olmadığı henüz belli olmayan bir çocuğa yasal temsilcinin atanması da gereklidir⁸¹. Böylece yasal temsilci, hem yaş tespiti sırasında çocuğa eşlik edebilecek hem de yaş tespitine yönelik olarak verilen karara karşı yargı organları önünde itiraz etme hakkını kullanabilecektir⁸². AB göç hukukunda, refakatsiz çocuğa iltica başvurusu yapar yapmaz bir yasal temsilci atanacağı öngörülmüştür⁸³. Ancak, Türk hukukunda çocuğun kolluk birimlerince bulunmasından hakkında yaş tespiti işlemine karar verilmesi anına kadar kendisine bir yasal temsilcinin atanmasına yönelik bir uygulamanın olmadığı gibi⁸⁴, bu konuda doğrudan bir düzenleme bulunmayışı önemli bir eksiklikler⁸⁵. Zira çocuğun statü belirleme işlemlerine karşı hukuki yollara başvurabilmesi, vekâlet sözleşmesine istinaden bir avukat marifetiyle temsili mümkün olmadığından, ancak onun yüksek yararını gözetmeyi kendine görev edinmiş bir yasal temsilcinin/vasinin varlığı halinde mümkün olabilecektir⁸⁶.

Çocuğun refakatsiz ve on sekiz yaşından küçük olduğunun tespiti halinde, Göç İdaresi Başkanlığı veya yetki verilmesi halinde ilgili valilik, kayıt ve mülakat aşamalarında sunulan bilgi ve belgeler ışığında, çocuğun uluslararası korumadan yararlanma kriterlerini taşıyıp taşımadığına dair ayrıntılı bir inceleme yapacaktır. Çocukla yapılacak mülakat ve görüşmelerle İGİM tarafından yapılan araştırma sonucunda refakatsiz olduğunun tespiti halinde kendisine uluslararası koruma statüsü verilecektir. Çocuğun refakatsiz olmadığı, yani Türkiye’de kendisinden sorumlu bir yetişkinin olduğunun veya yaş tespiti so-

⁷⁹ Sizer, 144.; Yakmaz, 11.

⁸⁰ Pobjoy, 748; Handbook, 288; Yakmaz, 12.

⁸¹ Pobjoy, 748; Odman, s.70; Handbook,284; Yakmaz, 11.

⁸² Sizer, 145.

⁸³ Bkz. Handbook, 285.

⁸⁴ Yakmaz, s.11.

⁸⁵ Sizer, 145; TBB, s.137. Bu bakımdan, söz konusu eksikliğin giderilmesi amacıyla çocuğun yabancı olması sebebiyle, kendisine vasi tayin edilmesi konusunda MÖHUK m.10 hükmünün uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Bu hüküm uyarınca refakatsiz çocukların zorunlu olarak Türkiye’de bulunması nedeniyle vasi tayini konusunda Türk hukuku uyarınca çocuk hakkında vasi tayinine karar verilmesi gerekecektir. Bkz.: TBB, 142.

⁸⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Yakmaz, 11-12.

nucunda on sekiz yaşından büyük olduğunun tespiti halindeyse, ilgili yabancı hakkında yetişkin düzensiz göçmenlerin veya başvuru sahiplerinin tabi olduğu usule göre hareket edilecektir (UY m.123/2/i). Bu durumda, haliyle bu kişiye ait uluslararası koruma başvurusu reddedilmiş olacaktır. Diğer yandan, bu kişinin uluslararası korumadan yararlanmayı gerektirecek başka bir durumu olabilir ve bu durumda ikinci kez yapmış olduğu başvuru kayıt ve mülakat aşamasında sunulan bilgi ve belgeler ışığında olumlu olarak değerlendirilerek kendisine uluslararası koruma statüsü verilebilir (YUKK m.78/1) veya başvurusu reddedilebilir ya da kabul edilemez başvuru olarak nitelendirilebilir. Başvurunun reddedilmesi veya kabul edilemez olarak kabul edilmesi halinde, sınır dışı edilmemesini haklı kılacak bir neden olmadıkça, hakkında sınır dışı etme kararı verilebilir ve/veya uygulanabilir (YUKK m.51/i, 60).

Son olarak, uluslararası koruma başvurularının en geç altı ay içinde sonuçlandırılacağı öngörülmüş olsa da yaş tespitinin ne kadar süre içerisinde tamamlanacağı konusunda açık bir düzenlemenin olmadığını belirtmek gerekir. Bu sebeple, yaş tespiti yapıp sonuçlanıncaya kadarki zaman zarfında çocuğun tam olarak nerede ve ne kadar süre barındırılacağı, bu çocukların Türkiye'deki akrabalarının ya da yakınlarının yanında ikamet etmelerinin mümkün olup olmadığı soruları akla gelmektedir. Bu çocukların, haklarında kesin rapor verilmeye kadar fiziksel gelişimine uygun olarak yetkili kamu kuruluşunca ya da bu kuruluşça uygun görülecek başka bir yerde barındırılacağı öngörülmüştür. Buna göre, bu çocuklar ya Göç İdaresi Başkanlığınca belirlenen kabul ve barınma merkezlerinde ya da ASHB bünyesindeki çocuk destek merkezi ve benzeri kuruluşlarda barındırılacaktır (UY m.123/2/ç; RÇY m.6/1/ç). Bununla birlikte henüz yaş tespiti sonuçlanmadığından halen çocuk muamelesi göreceğinden, bu konuda çocuğun menfaati ve görüşü dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır. Bu bakımdan, ne kadar süreceği belirsiz olan bu süre zarfında esasen yetişkinler için öngörülmüş kabul ve barınma merkezlerinde barınmak yerine ülkedeki diğer akrabalarının/yakınlarının yanında kalabilmelerine imkân tanınmalı, mümkün olduğunca kardeşleriyle bir arada bulundurulmalıdır.

4. Refakatsiz Çocuğa Verilecek Uluslararası Koruma Statüsü

Uluslararası koruma başvurusu yapan bir yabancıya, statü belirleme süreci sonucunda uluslararası koruma statüsü verilecektir. YUKK m.3/r'de uluslararası koruma, mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü olmak üzere üç türe ayrılmıştır. Dolayısıyla, Türk hukuku uyarınca uluslararası korumadan yararlanacağı kabul edilenler, bu üç statüden birinin kapsamına girecektir. Refakatsiz çocuklara yönelik olarak, söz konusu statülerden hangisinin kendilerine tanınacağı konusunda özel bir düzenlemeye gidilmemiştir. Ancak, uluslararası korumadan yararlanacak bir refakatsiz çocuğa hangi statünün verileceği, onun sahip olacağı haklarla yükümlülüklerinin neler olduğunun tespiti bakımından önem arz etmektedir.



Statü belirleme işlemleri sonucunda çocuğa mülteci, şartlı mülteci veya ikincil koruma statüsünden hangisinin verileceği belirlenirken, YUKK m.61-63'teki tanımlardan hareket edilecektir. YUKK m.61'de mülteci statüsü “Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında verilen statü” olarak kabul edilmiştir. YUKK m.62'de tanımlanan şartlı mülteci statüsü⁸⁷ için mültecilik statüsüyle aynı koşullar aranmaktadır, ancak bu statü sadece Avrupa dışındaki ülkelerden ülkemize iltica eden yabancılara tanınmaktadır. Bu bakımdan, her iki statü arasındaki tek fark, mülteci statüsü tanınmasına neden olan olayların Avrupa ülkelerinde meydana gelmesi iken şartlı mülteci statüsü tanınmasına neden olan olayların Avrupa ülkeleri dışında meydana gelmesidir⁸⁸. Yine, YUKK m.62'de şartlı mültecilere, mültecilerden farklı olarak, ‘üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar, Türkiye’de kalmasına izin verileceğinin” öngörülmüş olması nedeniyle şartlı mülteci statüsünün mülteci statüsüyle karşılaştırıldığında ‘geçici’ olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Aşağıda inceleyeceğimiz üzere, bu statünün geçici nitelikte olması nedeniyle bu statüdeki yabancıların bazı hakları kullanması sınırlandırılmıştır⁸⁹. Literatürde “tamamlayıcı koruma (complementary protection)” olarak ifade edilen⁹⁰ ikincil koruma ise, bir diğer uluslararası koruma statüsü olarak YUKK m.63'te düzenlenmiş olup, mülteci veya şartlı mülteci statüsü verilemeyen yabancılara veya vatansızlara verilecektir.

Görüldüğü üzere, bu üç statüden birinin yabancıya, konumuz itibariyle bir refakatsiz çocuğa verilmesi büyük ölçüde çocuğun menşe ülkesine bağlıdır. Örneğin, İran'dan ülkemize gelen bir refakatsiz çocuk, şartlı mültecilik statüsü

⁸⁷ Türkiye'nin Cenevre Sözleşmesi m.42'ye koymuş olduğu Sözleşmenin sadece Avrupa ülkelerinden iltica eden kişilere mülteci statüsünün verileceğine dair çekince YUKK'ta da muhafaza edilmiştir. Bu sebeple Sözleşmeye dayanan 1994 tarihli İltica Yönetmeliğinde sığınmacı ifadesi yerine YUKK'ta şartlı mülteci statüsüne yer verildiğini söyleyebiliriz. Bkz.: Çelikel ve Öztekin Gelgel, 23; Ekşi, Yabancılar, 48; Çiçekli, 251; Asar, 251; Neşe Baran Çelikel, ‘Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak ve Yükümlülükleri’, İnÜHFD (2015)6(3) 76-77.

⁸⁸ Baran Çelikel, 77; Özkan, 446.

⁸⁹ Baran Çelikel, 77-78.

⁹⁰ Ekşi, Çocuklar, 561; Taneri, 141-142; Nuray Ekşi, ‘Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Korumanın Şartları, Geçici Koruma Usulü, Sağlanan Haklar ve Geçici Korumanın Sona Ermesi’, İBD (2014)88(6), 65, 66-67. Jane McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law*, (Oxford 2007), 1-3.

kazanabilecekken, Avrupa ülkelerinden gelen bu tür çocuklara mülteci statüsü verilebilecektir. Ancak, bu statülerin verilebilmesi için diğer bir temel kriter olan, kişinin menşe/ikamet ülkesinde meydana gelen olayların varlığına ve sonuçlarına da bakmak gerekecektir. Belirli bir yaş veya olgunluğa sahip çocuklar bakımından menşe ülkesinde meydana gelen olaylar nedeniyle ırkı, dini veya cinsiyeti nedeniyle zulme uğramış olmaları veya uğrayacağına dair haklı sebeplerle korkmaları nedeniyle ülkemize iltica başvurusunda bulunmaları mümkün olabilir. Bu sebeple, menşe ülkesinin tespitine bağlı olarak bu çocuklara mülteci veya şartlı mülteci statüsü verilecektir. Bunun dışında mülteci veya şartlı mülteci statüsü verilmesini mümkün kılan herhangi bir olay olmamakla birlikte, ikincil korumadan yararlanmasını gerektiren bir sebep olabilir. Buna örnek olarak, geri gönderilirse işkence, insanlık dışı, hay-siyet ve onur kırıcı bir muamele teşkil eden kadın sünnetine maruz kalacak olan Somali vatandaşı bir kıza Türkiye’de ikincil koruma statüsü verilebilir⁹¹.

Bunun dışında kalan hallerde, yani menşe ülkesi tespit edilemeyen ya da kendisine ikincil koruma statüsü verilmesinin gerekip gerekmediği anlaşıl-mayan refakatsiz çocuklara mülteci statüsünün verilmesinin, sağlanacak ko-ruma ile bu kapsamda sahip olacakları haklar göz önüne alındığında, çocuk lehine yorum ilkesinin bir gereği olarak daha uygun olacağını söyleyebiliriz. Şüphesiz, çocuğun üstün yararının bir gereği olan çocuk lehine böyle bir yorum, büyük ölçüde ülkemiz sınırlarına refakatsiz olarak geldiği veya ülkemiz-de refakatsiz kaldığı tespit edilen ve kendini ifade edebilme yeteneğine ve ol-gunluğuna sahip olmayan küçük çocuklar için geçerli olacaktır.

C. Geçici Koruma Kapsamına Giren Refakatsiz Çocukların Durumu

Türk hukukunda uluslararası korumadan farklı olarak, ülke sınırlarına yapı-lan kitlesel sığınma durumunda uluslararası koruma ihtiyacını sağlamak üzere geçici koruma kurumu kabul edilmiştir. Buna göre, YUKK m.91/1 uyarınca “Ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve ge-çici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırları-mızı geçen yabancılara” geçici koruma sağlanabileceği öngörülmüştür. Geçici korumanın usul ve esasları ile geçici korumadan yararlanacakların hak ve yükümlülüklerini düzenlemek üzere YUKK m.91 vd. hükümlerine istinaden yürürlüğe konan GKY’de ise, bu tanıma ilaveten “uluslararası koruma talebi bireysel olarak değerlendirmeye alınmama” kriterine de yer verilmiştir (GKY m.3/1/f). GKY uyarınca, geçici koruma kapsamına alınanlar YUKK’ta kabul edilen uluslararası koruma statülerinden herhangi birini doğrudan elde etmiş sayılmayacağı gibi geçici korumanın uygulandığı süre içinde bu yabancıların bireysel uluslararası koruma başvurularının da işleme konulmayacağı öngörülmüştür. (GKY m.7/3 ve m.16).

⁹¹ Örnek için bkz. Ekşi, Çocuklar, 562.



GKY’de geçici koruma altına alınanları ifade etmek üzere, “geçici korunanlar” kavramı kullanılmıştır (GKY m.3/1/g). Geçici korunanların tipik örneğini ülkemizde bulunan Suriyeliler teşkil etmektedir. Başka bir ifadeyle, Türkiye’deki Suriyelilere sağlanan uluslararası koruma türü, geçici korumadır⁹². Dolayısıyla, Türkiye’de bulunan Suriyeli çocuklar da “geçici korunan çocuklar”ın tipik örneğini teşkil etmektedirler⁹³. Bunların yaklaşık üçte birinin on sekiz yaşının altındaki çocuklardan oluştuğu istatistiklerden⁹⁴ anlaşılmaktadır. Geçici korunanlar olarak nitelendirilen bu yabancılar arasında bebeklik veya ergenlik çağında refakatsiz kalmış veya kalma ihtimalleri bulunan çocuklar da bulunmaktadır. Geçici koruma, ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak veya bu kitlesel akın döneminde bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen ve uluslararası koruma talebi bireysel olarak değerlendirilmeye alınamayan yabancılar sağlanmaktadır⁹⁵. Bu sebeple, geçici koruma kapsamındaki refakatsiz çocuklara, uluslararası koruma statülerinden birinin verilmesi mümkün değildir⁹⁶.

GKY’de geçici korunan refakatsiz çocuk hakkında sadece barınması ve aile birleşimine ilişkin hususlar özel olarak düzenlenmiş, bunların esasen ASHB koordinesinde barındırılacağı öngörülmüştür⁹⁷. Bu bakımdan, bu çocukların Bakanlık bünyesinde barınmasıyla yapılacak işlemler hakkında da RÇY hükümlerinden hareket edilecektir. Bu kapsamda, geçici koruma statüsündeki refakatsiz çocuğun kayıt altına alınması ve geçici koruma kimlik belgesi verilmesine yönelik iş ve işlemler İGİM’ce yürütülecektir (RÇY m.6/1/b). Bu çocukların Bakanlık bünyesindeki kuruluşlara kabulüyle hizmet sunumuna ilişkin hususlar RÇY m.8’de ayrıntılı olarak düzenlenmiş olup, bunlardan sadece 0-12 yaş aralığında veya belirli hastalığı/engeli veya özel durumu olanlar Bakanlık bünyesindeki merkezlerde barındırılacaktır. Bu itibarla, bu çocuklar, ülkemize ister gelmeden önce isterse geldikten sonra refakatsiz kalmış olsunar, bu durumlarının tespit edildiği andan itibaren uluslararası koruma başvuru veya statü sahibi çocuklar gibi Bakanlığın koruması altında ve sorumluluğunda olacaktır. Bu yönüyle, söz konusu çocukların, uluslararası koruma başvuru veya statü sahibi çocuklarla benzer muameleye tabi tutulacağını söyleyebiliriz.

⁹² Ekşi, Yabancılar, 151.

⁹³ Ekşi, Çocuklar, 562.

⁹⁴ Bkz Yukarda dn.1.

⁹⁵ Ekşi, Yabancılar, 151; Ekşi, Geçici Koruma, 67. Geçici koruma hakkında ayrıca bkz.: Jean-François Durieux, ‘Chapter 37: Temporary Protection and Temporary Refugee’, *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, (Eds). Cathryn Costello/Michelle Foster/Jane McAdam, (OUP 2021), 679, 679-681.

⁹⁶ Bkz. YUKK m.7/3; m.16.

⁹⁷ Bkz. GKY m.30/3; m.49/2.

IV. TÜRK HUKUKUNDA REFAKATSİZ ÇOCUKLARIN HAKLARI VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Genel Olarak

Türk hukukunda refakatsiz çocuklara uluslararası korumanın sağlanacağı öngörüldüğünden, uluslararası koruma başvuru veya statüsü sahibi yabancılara YUKK m.88-90 arasında tanınan haklarla getirilen yükümlülüklerin bu çocuklar için de geçerli olduğunu söyleyebiliriz. YUKK hükümleri uyarınca başvuru veya statü sahibi yabancılarla geçici korunan yabancılardan hak ve yükümlülüklerinin neler olduğu literatürde ayrıntılı olarak ele alınmıştır⁹⁸. Çalışmamız esasen Türkiye'deki refakatsiz çocuklarla sınırlıdır. Bu sebeplerle, burada YUKK'ta yer alan söz konusu hak ve yükümlülükleri, sadece refakatsiz çocuklar özelinde ve genel hatlarıyla ele alacağız. Uluslararası koruma/statü belirleme süreci başlatılan bu çocukların, esasen uluslararası koruma başvuru veya statüsü sahibi olabileceklerinden öncelikle bu kategorideki çocuklara, ardından geçici korunan çocuklara tanınan haklara ve getirilen yükümlülüklerle değineceğiz.

B. Uluslararası Koruma Başvuru veya Statü Sahibi Refakatsiz Çocuklar Bakımından

Uluslararası koruma başvuru veya statü sahibi yabancılardan YUKK'ta sayılan haklardan yararlanması konusunda YUKK m.88'de temeli Cenevre Sözleşmesi hükümlerine dayanan ilkelere yer verilmiştir⁹⁹. Buna göre, bu yabancılardan Kanunda sayılan haklardan yararlanmak bakımından karşılıklılık şartından muaf tutulmuş olup, bu muafiyet sadece statü verilenlere tanınmıştır. İkincisi, başvuru sahibine, başvurusu reddedilenlere veya statü sahiplerine sağlanan hak ve imkânlar, Türk vatandaşlarına sağlananlardan fazla olacak şekilde yorumlanamayacaktır. Bu ilkeler çerçevesinde başvuru veya statü sahibi refakatsiz çocuklara tanınan hakları şu şekilde özetleyebiliriz¹⁰⁰:

İlk olarak, refakatsiz çocuklar ülkeye giriş ve menşe ülkeye geri gönderilme hakkına sahiptir. YUKK'ta yabancılardan Türkiye'ye girişi için aranan şartlar, bu çocukların ülkeye girişinde aranmayacaktır. Ülkemiz sınırlarına ge-

⁹⁸ Bkz. Baran Çelik, 81-138; Çelikel ve Öztekin Gelgel, 164-166; Ekşi, Yabancılar, 188-194; Doğan, 159-161.

⁹⁹ Bkz.: Baran Çelik, 83-84.

¹⁰⁰ Bu noktada YUKK'ta başvuru veya statü sahibi yabancılardan, Kanunda sayılan haklar dışındaki haklardan yararlanıp yararlanmayacağı sorusu akla gelebilir. Bu noktada, bu yabancılardan bakımından öncelikle kendi statülerine ait düzenlemeler uygulanacak, bunun dışında kalan hallerde yabancılara ilişkin genel düzenlemeler uygulama alanı bulacaktır. Bu sebeple, başvuru ve statü sahibi yabancılardan, söz konusu özel durumları nedeniyle tanınan haklar dışındaki diğer haklara sahip olup olmadıkları, YUKK veya diğer kanunlarda yer alan usul ve esaslara göre belirlenecektir. Bkz. Baran Çelik, 81-82.



len ve uluslararası koruma süreci başlatılan bu çocukların Türkiye'ye kabulü bakımından geri göndermeme ilkesi dikkate alınacak ve çocuğun ülkeye yasal olmayan yollarla girmiş olması, söz konusu ilkenin sağladığı güvenceyi ortadan kaldırmayacaktır.

İkamet ve seyahat hakkı bakımından başvuru ve statü sahibi yabancılar arasında bir ayrıma gidilmiştir. Buna göre, statü sahiplerine verilen “uluslararası koruma statüsü kimlik belgesi” ile başvuru sahiplerine verilen “uluslararası koruma başvuru sahibi kimlik belgesi” ikamet izni yerine geçecektir (YUKK m.76/4, 83/2). Prensipten, bu hususlar refakatsiz çocuklar bakımından da geçerlidir. Diğer yandan refakatsiz çocukların ikamet, Kanun ve sair mevzuatta özel olarak düzenlenmiştir¹⁰¹. Zira bu çocuklar, buldukları andan itibaren Bakanlık koruması altında olup il müdürlüklerinin çocukların yaşı, cinsiyeti ve olgunluğuna bağlı olarak belirleyeceği birimlerde barındırılacak, buna bağlı yakın akrabalarının, koruyucu ailenin yanına veya kabul ve barınma merkezlerine yerleştirilebilecektir. RÇY m.10/u'dan da bu çocukların söz konusu birimlerde barınmasının/ikametinin esas olduğu anlaşılmaktadır. Bu açıklamalar ışığında, bu çocukların yasal ikamet iznine sahip olduklarını söyleyebiliriz.

Refakatsiz çocukların seyahatleri hakkında mevzuatta özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu konuda mülteci statüsündekiler için Cenevre Sözleşmesinde belirtilen seyahat belgesinin düzenleneceği; şartlı mülteciyle ikincil koruma statüsündekiler için Pasaport Kanunu (PK)¹⁰² m.18'e istinaden seyahat belgesi düzenleneceğini öngören YUKK m.84'ün, refakatsiz çocuklar için de uygulanabilir olduğunu söyleyebiliriz. Burada bu tür çocuklar için nasıl ve neden bu tür belgelerin düzenleneceği sorusu akla gelebilirse de onların Türkiye'den başka bir ülkeye seyahati için bu belgelere ihtiyaç duyulabilir. Örneğin, aile birleşimi taleplerinin veya menşe ülkeye gönüllü geri dönüş talebinin uygun görülmesi halinde, çocuğun üçüncü bir ülkeye veya menşe ülkeye seyahat edebilmesi için bu belgelerin düzenlenmesi gerekebilir.

Refakatsiz çocukların sahip olduğu diğer bir temel hak olan eğitim ve öğrenim görme hakkının kullanımının yabancılar bakımından AY m.16'ya ve özel kanunlara istinaden bazı sınırlamalara tabi tutulduğu görülmektedir¹⁰³. YUKK m.89/1'de de başvuru ve statü sahiplerinin, ilköğretim ve orta öğretim hizmetlerinden faydalanacağı, bunun için statülerini gösteren belgeyi ilgili eğitim kurumuna ibraz etmelerinin yeterli olacağı öngörülmüştür¹⁰⁴. Refakat-

¹⁰¹ Baran Çelik, 99.

¹⁰² RG: 24.7.1950-7564.

¹⁰³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Çelikel/Öztekin Gelgel, s.292ff; Rona Aybay, Yabancılar Hukuku, (3.Baskı 2010), 201ff.; Nimet Özbek, Türkiye'deki Yabancıların Öğrenim ve Öğretim Özgürlüğü, (Ankara 2000), 24ff.

¹⁰⁴ Bu konuda bkz: Ekşi, Yabancılar, 188; Baran Çelik, 111-112.

siz çocuklar için de geçerli olan bu hükümler uyarınca onların eğitim hakkından nasıl yararlanacağı esasen RÇY m.10/1'da detaylandırılmıştır: “Zorunlu örgün eğitim çağında olanların okullara kayıtlarının yapılarak devamları sağlanır,..” Hükmün lafzından da anlaşılacağı üzere, bu çocukların ilköğretime kayıt olmaları ve eğitime devamları zorunludur. Kaldı ki ÇHS'ne taraf bir devlet olarak Türkiye'nin ülkesindeki refakatsiz çocuklar da dahil tüm çocuklara zorunlu ilköğretim ve temel eğitim almalarını sağlama yükümlülüğü de bulunmaktadır. Burada akla, bu çocukların zorunlu eğitim görmek istememeleri halinde nasıl hareket edileceği meselesi gelmektedir? ÇHS'nin zorunlu ilköğretimi çocuklar için hak ve zorunlu olarak hükme bağlayan ve bu konuda devletlere yükümlülük getiren m.28 hükmü karşısında bir refakatsiz çocuğun zorunlu temel eğitimi almamak yönündeki istek ve iradesine yaşı gereği itibar edilmemelidir. Ancak refakatsiz çocukların mevcut durumları da göz önünde bulundurularak söz konusu temel eğitimi alması konusunda gerekli tedbirler alınmalıdır. Örneğin, refakatsiz çocuğun yaşı ve psikolojik durumu, menşesi ülkesi ve geldiği kültür, aynı etnik ve kültürel köklere sahip kişilerle aynı eğitim kurumunda eğitim görmesinin mümkün olup olmadığı gibi hususlar göz önünde bulundurularak çocuğun eğitimi planlanabilmelidir.

Refakatsiz çocuklardan zorunlu eğitim çağında olmayanlar, yani diğer yaş grubundakiler, mesleki eğitim olanaklarından; okul öncesi eğitim çağındakiler ise okul öncesi eğitim olanaklarından il milli eğitim müdürlüğüyle koordineli bir şekilde yararlanacaktır. Başvuru veya statü sahiplerinin lise ya da yükseköğrenim haklarını kısıtlayan bir düzenleme olmadığından¹⁰⁵, prensip olarak ilk ve orta öğretimi tamamlayan bir refakatsiz çocuğun Türkiye'de lise veya yükseköğretim kurumlarında eğitim ve öğretim imkânlarından yararlanabileceğini söyleyebiliriz¹⁰⁶. Bu noktada, Bakanlık bünyesindeki kuruluşlara yerleştirilen bu çocuklara kuruluşlarda hafta içi ve hafta sonları yapılacak okul, kurs, etüt ve sosyal, kültürel, sanatsal ve sportif aktivitelere katılabilecekleri öngörüldüğünden, söz konusu faaliyetleri eğitim ve öğrenim hakkı kapsamında mütalaa edebiliriz.

Başvuru ve statü sahiplerinin sosyal yardım ve hizmetlere erişimiyle sağlık hakkını düzenleyen YUKK m.89/2-3 ile bu haklardan yararlanma şartlarını düzenleyen UY m.106-107 hükümleri refakatsiz çocuklar bakımından da uygulama alanı bulacaktır¹⁰⁷. Bu kapsamda, başvuru ve statü sahiplerinden herhangi bir sağlık güvencesi olmayan ve ödeme gücü bulunmayanların 5510 sayılı Kanun¹⁰⁸ kapsamında genel sigortalı sayılanlar gibi sağlık hizmetlerinden

¹⁰⁵ Baran Çelik, 112.

¹⁰⁶ Baran Çelik, 112.

¹⁰⁷ Bkz. Ekşi, Yabancılar, 189-190; Baran Çelik, 112ff.

¹⁰⁸ RG: 16.06.2006 /26200.



yararlanacağı öngörüldüğünden, refakatsiz çocukların da bu hakka sahip olduğunu söyleyebiliriz¹⁰⁹. Bunun yanı sıra, başvuru ve statü sahiplerinden ihtiyaç sahibi olanların sosyal yardım ve hizmetlere erişimi için karşılımları gereken UY m.106/1'deki kriterler, refakatsiz çocuklar bakımından aranmayacaktır. Zira RÇY hükümlerinden anlaşıldığı üzere, bu çocuklara gerekli yardımla harçlık zaten barınmakta olduğu kuruluş bünyesinde sağlanacaktır¹¹⁰.

YUKK m.89/1'de başvuru ve statü sahibinin çalışma hakkı düzenlenmiş olup, bu kapsama giren refakatsiz çocukların çalışma hakkına ilişkin özel bir hükme yer verilmemiştir. Kanunda başvuru sahibiyle şartı mültecilerin Türkiye'de bağımlı veya bağımsız çalışabilmeleri için çalışma izni almaları zorunlu tutulmuşken, mültecilere veya ikincil koruma statüsü sahiplerine verilen kimlik belgesi çalışma izni yerine de geçtiğinden bunların ayrıca çalışma izni almaları gerekmemektedir¹¹¹. Bu bakımdan, mülteci veya şartlı mülteci statüsündeki çocuklara verilen kimlik belgesinin çalışma izni yerine geçeceği söylenebilir. Ancak Kanunda kimlik belgesinin çalışma izni yerine de geçtiğinin belgenin üzerine yazılacağına öngörülmesi karşısında, özellikle Bakanlık koruması altındaki bu çocukların çalışmalarının mümkün olup olmadığı sorusu akla gelecektir. RÇY m.10/1 uyarınca bu çocukların il milli eğitim müdürlüğü koordinasyonunda mesleki eğitim olanaklarından yararlanabileceği öngörülmüş olmakla birlikte bununla belirli bir yaş ve olgunluğa sahip çocukların, örneğin 15 yaş ve üzeri çocukların çirak veya stajyer olarak çalışmalarının mümkün olup olmadığı anlaşılammaktadır. Diğer yandan, bu çocukların, mesleki eğitim merkezlerinde veya lise veya yükseköğrenim kurumlarında eğitim almaları ve bu eğitimleri kapsamında staj yapmaları veya çalışmaları da mümkündür. Bu sebeple, Uluslararası İşgücü Kanunu (UİK)¹¹² kapsamına giren¹¹³ bu çocukların aranan şartları karşılamak kaydıyla çalışabilecekleri söylenebilir. Şüphesiz, bu noktada söz konusu çocukların Türkiye'de çalışabilmeleri için asgari çalışma yaşına ilişkin Türk iş hukuku mevzuatı ile asgari çalışma yaşına dair 138 No'lu ILO Sözleşmesi¹¹⁴ hükümleri göz önünde bulundurulmalıdır.

¹⁰⁹ Bkz. RÇY m.10/ç.

¹¹⁰ Bu bakımdan, muhtaç olduğu tespit edilen ihtiyaç sahibine, harçlık verilebileceğini öngören YUKK m.89/5 hükmünün refakatsiz çocuklar bakımından uygulanmayacağını söyleyebiliriz.

¹¹¹ Şüphesiz, bu yabancıların Türkiye'de çalışabilmeleri, söz konusu izin veya belgenin kendilerine verilmesiyle mümkün olduğu gibi, aynı zamanda YUKK m.89/4 ve Uluslararası İşgücü Kanununda yer alan sınırlamalarla genel olarak veya özel kanun hükümleriyle belirli alanlarda çalışmaları sınırlandırılabilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Çelikel ve Öztekin Gelgel, 198ff.

¹¹² RG: 13.8.2016-28000.

¹¹³ Bkz. UİK m.2

¹¹⁴ RG: 21.6.1998-23379.

Türk hukukunda başvuru ve statü sahiplerine, statü belirleme sürecinde bilgilendirilme, tercüman ve avukatlık (adli yardım) hizmetinden yararlanma hakları tanınmıştır¹¹⁵. Başvuru veya statü sahibi olması itibarıyla refakatsiz çocuklar da bu haklardan yararlanacaktır. Hatta statü belirleme sürecinde kendileri hakkında alınacak kararlarla yapılacak işlemler bakımından bilgilendirilmelerinin ve görüşlerinin alınmasının çocuğun menfaatinin gözetilmesinin bir gereği olduğunu belirtmiştik. Zaten bu sebeple ve çocuğun durumundan ötürü, bu çocuklarla mülakatlarının alanında uzman nitelikli personel tarafından ve psikolog, çocuk gelişimci gibi bir uzmanın katılımıyla yapılması, bu süreçte çocuğun sağlıklı bir şekilde bilgilendirilmesi ve görüşlerini ifade edebilmesi için tercüman yardımından yararlanacağı öngörülmüştür. Bu itibarla, bu tür çocukların bilgilendirilme ve tercümanlık hizmetlerinden yararlanma hakkının özel bir öneminin olduğunu söyleyebiliriz¹¹⁶.

İnsan hakları hukukuna yönelik sonuçları olan¹¹⁷ aile birleşimi hakkı YUKK'ta düzenlenmemiş, doğal olarak başvuru veya statü sahiplerine de tanınmamıştır¹¹⁸. YUKK'ta sadece aile ikamet izni talep edebilecek yabancılar arasında mülteci ve ikincil koruma statüsü sahipleri sayılmıştır (YUKK m.34). Bu itibarla, bu kişilerin aile ikamet izni vasıtasıyla aile birleşimi hakkından yararlanmasının mümkün kılındığı söylenebilir¹¹⁹. Ancak bu yolla Türkiye'deki refakatsiz çocukla yabancı ülkedeki bir aile bireyinin (örneğin annesinin) aile ikamet iznine istinaden bir araya gelmesinin mümkün olduğunu söyleyemeyiz. Zira destekleyici konumundaki (mülteci veya ikincil koruma statüsü sahibi) refakatsiz çocuğun destekleyicide aranan YUKK m.35'teki şartları karşılama mümkün değildir. Diğer yandan, refakatsiz çocukların başka ülkede bulunan aile bireyleriyle aile birleşiminin sağlanması için gerekli işlemlerin yapılma-

¹¹⁵ Bkz. YUKK m.70; m.81. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Baran Çelik, 124-125.

¹¹⁶ Benzer yönde bkz. İneli Ciğer ve Küçükçavuş, 363.

¹¹⁷ AİHM, çeşitli kararlarında ülkesinde yasal ikamet iznine istinaden bulunan ebeveynlerle ülke dışında bulunan çocuklarının bir araya gelmesine izin vermeyen, bu konuda gerekli tedbirleri almayan devletlerin, belirli şartların varlığı halinde, AİHS m.8'de yer alan aile hayatına saygı hakkının ihlal ettiğine hükmetmektedir. Bu itibarla, aile birleşimi hakkının AİHS m.8 kapsamında mütalaa edilmesi gereken bir hak olduğunu söylemek mümkündür. AİHM'nin bu konuya ilişkin verdiği kararlarla kararların eleştirisinin yapıldığı bir çalışma için bkz. Doğa Elçin, 'Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda Aile İkamet İzni: Aile Hayatı Hakkı mı? Aile Birleşimi Hakkı mı?', TAAD, (2017)7(30), 117, 129-135. Ayrıca bkz. Frances Nicholson, 'Chapter 55: The Right to Family Reunification', *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, (Eds). Cathryn Costello/Michelle Foster/Jane McAdam, (Oxford 2021), 988, 988ff.

¹¹⁸ Baran Çelik, 106; Zeynep Özgenç, 'Sığınmacıların Aile Birleşimi Hakkı' B.U.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi (2018)37(2), 297, 311.

¹¹⁹ Baran Çelik, 106.



sını talep etme hakkı bulunduğunu, Türk makamlarının bu konudaki düzenlemelere istinaden nasıl hareket etmeleri gerektiğini yukarıda izah etmiştik¹²⁰.

Başvuru veya statü sahiplerine, durumları nedeniyle tanınan bu hakların yanı sıra, kendilerine gerek statü belirleme süreci tamamlanıncaya kadar gerekse statü sahibi olduktan sonra uymaları gereken genel olarak ikamete¹²¹ ve kendisiyle ilgili kimi bilgileri bildirmeye¹²² ve haksız olarak yararlandıkları sosyal yardımları geri ödemeye¹²³ ilişkin yükümlülükler getirilmiştir. Bu yükümlülüklere uymayanların veya başvurusu veya statüsüyle ilgili olumsuz karar verilenlerin, eğitim ve sağlık hakları hariç, diğer haklardan yararlanmalarına sınırlama getirilebilecektir (YUKK m.90/2)¹²⁴. Bu yükümlülüklerin esasen başvuru veya statü sahibi yetişkinler için yetkili makamın takdirine bağlı olarak getirilebilecek nitelikte olduğunu belirtmek gerekir. Zira belirli bir yaş ve olgunluğa sahip olan, örneğin kabul ve barınma merkezlerinde barındırılacak 16 yaş ve üzeri çocuklar hariç tutulursa, refakatsiz çocukların nerede barınacakları/ikamet edecekleri, zaten Bakanlık bünyesinde belirlenmekte ve burada ikametleri sağlanmakta olduğundan, ikamet yükümlülüğünden söz edilemeyecektir. Keza, bildirim yükümlülüğü kapsamındaki bilgiler bir refakatsiz çocuğun bildirmesinin beklenemeyeceği nitelikte olduğundan, kendilerinin böyle bir yükümlülük altında olduğu kolaylıkla söylenemez.

C. Geçici Korunan Refakatsiz Çocuklar Bakımından

Başvuru veya statü sahibi yabancıların hakları konusunda Kanunda benimsenen ilkelerin geçici korunanlar bakımından geçerli olup olmadığı konusunda GKY'de açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte, GKY'de geçici koruma kapsamına alınanların YUKK'ta kabul edilen uluslararası koruma statülerinden herhangi birini doğrudan elde etmiş sayılmayacağı açıkça öngörülmüştür. Bu itibarla, nasıl ki uluslararası korumayla geçici koruma birbirinden farklı kurumlar ise, doğal olarak uluslararası koruma statüsü sahipleriyle geçici korunanlara tanınan haklar ve getirilen yükümlülükler de birbirinden farklılık arz edecektir¹²⁵.

Bu kapsamda ülkeye giriş ve menşe ülkeye geri gönderilmeme hakkının geçici korunan refakatsiz çocuklar için de geçerli olduğunu söyleyebiliriz. Bu bakımdan, tıpkı geçici korunan diğer yabancılar gibi, GKY kapsamında olup

¹²⁰ Bkz. Yukarıda II, G.

¹²¹ Bkz. YUKK m.71; 82.

¹²² YUKK m.90

¹²³ YUKK m.90/ç.

¹²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Baran Çelik, 134.

¹²⁵ Bu konuda bkz. Baran Çelik, 84. Geçici korunan yabancılara sağlanacak hizmetlerle yükümlülükleri hakkında bkz. Doğan, 167-170; Ekşi, Yabancılar, 157-159.

refakatsiz olduğu tespit edilen çocukların ülkeye girişlerinin yasal yollarla olması gerekmeyecek ve geri göndermeme yasağı bu çocuklar için de geçerli olacaktır. Bu itibarla, başvuru veya statü sahibi çocuklar için değindiğimiz hususlar, esasen GKY kapsamına giren refakatsiz çocuklar için de geçerlidir. Geçici korunanlara verilen ve RÇY m.6/d uyarınca bu kapsamdaki refakatsiz çocuklara da verilen geçici koruma kimlik belgesi, sadece ülkede yasal kalış hakkı sağlamakta, ikamet izni yerine geçmemektedir. Geçerli seyahat belgesi olmayan veya temin edemeyen geçici korunanların bu konudaki taleplerinin GKY m.42 uyarınca Göç İdaresi Başkanlığı tarafından değerlendirileceği öngörüldüğünden, bu kişilere PK uyarınca yabancılar mahsus damgalı pasaport verilebilir. Dolayısıyla, geçici korunan refakatsiz çocukların da başvuru veya statü sahibi refakatsiz çocuklar gibi üçüncü bir ülkeye seyahat edebilmesi için gerekli olan bu belge düzenlenebilir.

Geçici korunan çocukların eğitim ve öğrenim hakkından ne çerçevede yararlanacağı GKY m.26-28'de düzenlenmiş olmakla birlikte¹²⁶, refakatsiz çocuklara yönelik özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu sebeple, geçici korunan refakatsiz çocukların eğitim ve öğretim hizmetlerinden nasıl yararlanacağı konusunda da RÇY hükümleri esas alınacaktır. RÇY hükümleri incelendiğinde, eğitim hizmetinin sağlanması konusunda kuruluşlarda bulunan refakatsiz çocukların uluslararası veya geçici koruma kapsamında olup olmalarına göre bir ayrıma yapılmadığı anlaşılmaktadır. Bu sebeple, bu konuda bir önceki başlıktaki ilgili kısma atıf yapmakla yetineceğiz.

Geçici korunanların sağlık hizmetlerinden yararlanma hakları GKY m.27'de; ihtiyaç sahibi olanların sosyal hizmetler ve yardımlardan yararlanma koşulları GKY m.30'da düzenlenmiştir¹²⁷. Bu hizmetlerden geçici korunan refakatsiz çocukların da yararlanabileceği şüphesiz olmakla birlikte, bu çocuklara gerekli sağlık hizmetiyle verilecek harçlığın zaten barınmakta olduğu ilgili kuruluşça sağlanacağı RÇY m.10'da öngörülmüştür.

Geçici korunanların çalışma ve iş piyasasına erişim hakkını düzenleyen GKY m.29 uyarınca geçici koruma kimlik belgesi olan yabancılar, yabancıların çalışmayacağı, yani Türk vatandaşlarına hasredilen iş ve meslekler dışındaki herhangi bir işte çalışmak üzere çalışma izni alabilecektir¹²⁸. Geçici korunan refakatsiz çocukların çalışma hakkına ilişkin özel bir hüküm yer almamakla birlikte, esasen Bakanlık koruması altında uluslararası koruma başvuru veya statüsü sahibi çocuklar için bahsettiğimiz hususlar bu çocuklar için de geçerlidir diyebiliriz¹²⁹.

¹²⁶ Bkz. Baran Çelik, 112-113.

¹²⁷ Bu konuda bkz. Baran Çelik, 117-118.

¹²⁸ Baran Çelik, 123-124.

¹²⁹ Bkz. Yukarıda IV, B.



Türk hukukunda GKY uyarınca geçici korunan yabancıların, geçici korumayla ilgili süreç, hak ve yükümlülükleriyle diğer hususlarda bilgilendirilme (GKY m.19), bu kapsamda tercümanlık hizmetinden (GKY m.31) ve adli yardımdan yararlanma (GKY m.53) hakları tanınmıştır. Bu haklardan, geçici korunan refakatsiz çocuklar da yararlanma hakkına sahiptir. Bu itibarla, özellikle refakatsiz olup olmadıkları, yaş tespiti gibi işlemler hakkında bilgilendirilme, bu amaçla tercüman yardımı gibi hususlarla bunların arz ettiği önem, tıpkı uluslararası koruma başvuru veya statü sahibi çocuklar gibi, geçici korunan bu çocuklar için de aynen geçerlidir.

Geçici korunanların aile birleşimi hakkı, GKY m.49'da açıkça düzenlenmiş olup, bu konuda refakatsiz çocuklar için özel bir hükme yer verilmiştir. Buna göre, refakatsiz olduğu tespit edilen çocuklarla ilgili olarak çocukların talebi beklenmeksizin aile birleşimine ilişkin işlemlerin derhal başlatılacağı öngörülmüştür. Bu noktada, refakatsiz çocukların başka ülkede bulunan aile bireyleri varsa, bunlarla aile birleşiminin sağlanması için gerekli işlemlerin yapılmasını talep etme hakkının bulunduğu, bu konudaki düzenlemelerle Türk makamlarının nasıl hareket etmeleri gerektiğini yukarıda izah etmiştik¹³⁰.

Geçici korunanlar için GKY'de öngörülen yükümlülükler, uluslararası koruma başvuru veya statü sahibi yabancılar için öngörülen yükümlülüklerle benzerlik arz etmektedir¹³¹. Sadece geçici korunanların sahip olduğu statü itibariyle söz konusu yükümlülükler içerik olarak farklılık arz edebilmektedir. Bununla birlikte, uluslararası koruma başvuru veya statü sahipleri için olduğu gibi, bu yükümlülüklerin daha çok yetişkinlere yönelik olduğunu söyleyebiliriz. Bu itibarla, başvuru veya statü sahibi çocuklara yönelik bahsetmiş olduğumuz hususların, esasen geçici korunan refakatsiz çocuklar için de aynen geçerli olduğunu¹³² söylemek yanlış olmayacaktır.

SONUÇ

Türk hukukunda refakatsiz çocukların uluslararası korumadan yararlanacakları öngörülmüştür. Dolayısıyla, Türk hukukunda uluslararası koruma statüsü sahiplerinin tabi olduğu rejime bu çocuklar da tabidir. Geçici koruma kapsamında olduğu yapılan araştırma sonucu tespit edilen refakatsiz çocuklara ise, uluslararası koruma statülerinden birinin verilmesi mümkün değildir.

Refakatsiz çocukların buldukları andan uluslararası koruma statüsü verilmeye, hatta on sekiz yaşını tamamlayıncaya kadarki süreçte çocukların korunması konusunda benimsenen temel ilkelere uygun hareket edilmesi gerekmektedir. Bu çocuklar hakkında yürütülecek tüm işlemlerle haklarında alı-

¹³⁰ Bkz. Yukarıda II, G.

¹³¹ Bu yükümlülükler için bkz. Baran Çelik, 137-138.

¹³² Bkz. Yukarıda IV, B.

nacak kararlarda çocuğun üstün yararı ilkesi, ayrımcılık yasağı, görüşlerini ifade etme, özel hayatının korunması, geri gönderilmeme gibi hakları göz önünde bulundurulmalıdır. Türk mevzuatında uluslararası koruma süreciyle bu süreçte çocuğun barınması ve eğitimi gibi hizmetlerin sunumu konusunda oldukça ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiş olması, aslında söz konusu hak ve ilkelere riayet edilmesini sağlama amacının bir tezahürü niteliğindedir.

Refakatsiz çocukların, uluslararası korumadan yararlanabilmesi için en önemli ve temel kriter, bu çocukların gerçekten refakatsiz ve on sekiz yaşından küçük olup olmadıklarının tespitidir. Refakatsiz çocukların statü belirleme süreci, bu kapsamda kayıt altına alınmaları, uluslararası koruma başvurusunun yapılması, mülakat ve diğer işlemlerin yapılması, İGİM tarafından yürütülecektir. Bu süreçte çocuğa Türkiye’de refakat edebilecek bir yetişkinin var olup olmadığıyla yaş tespiti işlemleri de İGİM tarafından yürütülecektir. Özellikle çocuğa fiziksel ve psikolojik etkileri olabilecek yaş tespiti işleminin amacı ve süreci hakkında çocuğun bilgilendirilmesi ve görüşünün alınması gerekmektedir. Aynı zamanda haklarında yapılan işlemlerle alınan tedbirlerin hukuki statüsünü etkileyebilecek ciddi sonuçları olacağından, bu çocukların üstün yararlarının gereği olarak buldukları andan itibaren bir yasal temsilci/vasi atanması bir gerekliliktir ve bunun Türk hukukunda düzenlenmemiş olması bir eksikliklerdir.

Yapılan mülakat ve araştırmalar sonucunda refakatsiz ve on sekiz yaşından küçük olduğu tespit edilen çocuklara YUKK’ta öngörülen üç statüden hangisinin verileceği belirsizdir. Bu itibarla, çocuğun menşe/ikamet ülkesinin tespitine bağlı olarak mülteci veya şartlı mülteci statüsü verilebileceği gibi, çocuğun bu iki statünün kapsamına girmemesi halinde ikincil koruma statüsü verilecektir. Bunun dışında kalan hallerde, yani menşe ülkesi tespit edilemeyen ya da ikincil koruma statüsü verilmesinin gerekip gerekmediği anlaşılamayan çocuklara çocuk lehine yorum gereği mülteci statüsü verilmelidir.

Refakatsiz çocukların, kayıt altına alınmalarından statü belirleme işlemleri tamamlanıncaya, hatta on sekiz yaşına kadarki süreçte ASHB’nin koruması altında olacaktır. Zira refakatsiz çocukların statü belirleme işlemleri İGİM, bu süreçte ve uluslararası koruma statüsü verildikten sonra çocukların barınması, eğitimi ve korunmasına yönelik işlemler ASHB il müdürlüklerince yürütülecektir. RÇY’de refakatsiz çocuğun bulunmasından itibaren başlayarak, gerek tespit ve sevk işlemleri sürecinde gerekse statü verilmesinden sonraki aşamaya kadarki süreçte bu tür çocuklara ilişkin işlemler ve hizmetler ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Bu çocuklara sunulan hizmetlerle tedbirlerin en azından mevzuat olarak uluslararası standartlara uygun, Türk vatandaşı olan korunmaya muhtaç (kimsesiz) çocuklara sunulanlarla benzer olduğunu söyleyebiliriz. Geçici korunan refakatsiz çocuklar da haklarında alınacak tedbirlerle sunulacak hizmetler bakımından başvuru veya statü sahibi refakatsiz çocuklarla benzer muameleyle tabi tutulacaktır.



YUKK'ta başvuru veya statü sahiplerine tanınan haklarla bunların yükümlülükleri, esasen refakatsiz çocuklar için de geçerlidir. Bununla beraber, özel durumları nedeniyle, refakatsiz çocukların YUKK'ta tanınan kimi haklardan yararlanmaları farklılık arz edebilmektedir. Mesela, başvuru ve statü sahibi refakatsiz çocuklar yasal ikamet iznine sahip olmakla birlikte, mevzuat gereği bunların Bakanlık bünyesinde belirlenen birimlerde veya yakın akrabalarının veya koruyucu ailenin yanına ya da kabul ve barınma merkezlerinde ikametinin esas olduğu anlaşılmaktadır. Bu çocukların eğitim ve öğrenim, sağlık ve sosyal hizmetlere erişim hakları kapsamında söz konusu hizmetlerden nasıl yararlanacakları özel olarak düzenlenmiştir. Bu çocuklar bakımından ayrı bir önem arz ettiğinden, bilgilendirilme ve tercüman hizmetinden yararlanma hakkıyla aile birleşimi hakkının kullanımı konusunda gerekli özenin gösterilmesi gerekmektedir. Refakatsiz çocukların statü sahibi olmakla otomatikman çalışma izni/hakkı kazanıp kazanmadığı belirsiz olmakla birlikte, mesleki eğitim merkezlerinde veya lise veya yükseköğrenim kurumlarında eğitim almaları ve bu eğitimleri kapsamında staj yapmaları veya çalışmalarını da mümkündür. Refakatsiz çocukların ikamet edecekleri yerin zaten Bakanlıkça belirlenmesiyle bildirim yükümlülüğünün kapsamına giren bilgileri bildirmeleri bu çocuklardan beklenemeyecek olması nedeniyle bu çocukların ikamet ve bildirim yükümlülüğü altında olmadığını söyleyebiliriz.

KAYNAKÇA

Asar A, *Yabancılar Hukuku*, (7.Bası, Seçkin, 2021).

Aybay R, *Yabancılar Hukuku*, (3.Baskı 2010).

Baran Çelik N, 'Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak ve Yükümlülükleri', İnüHFD, (2015)(3)1, 67-148.

Başar F, 'Avrupa Birliği Hukuku ve Uluslararası Hukukta Çocukların Göç ve İlticaya İlişkin Hakları', THİEK Akademik Dergisi, (2019), 7-38.

Bayata Canyaş A, 'Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamındaki Geri Gönderme Yasağının Uygulanma Koşullarının AİHM Kararları Çerçevesinde İrdelenmesi', Hacettepe HFD, (2015)5(1), 73-90.

Çelikel A ve Öztekin Gelgel G, *Yabancılar Hukuku*, (25.Bası, Beta, 2020).

Çiçekli B, *Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar*, (Seçkin, 2009).

Çiçekli B, *Yabancılar ve Mülteciler Hukuku*, (Seçkin 2014).

Çocuk Hakları Komitesi, Genel Yorum (N.6) - Menşe Ülkeleri Dışındaki Refakatsiz ve Ailelerinden Ayrılmış Çocuklara Gösterilecek Muameleler, 2005.

Doğan V, *Türk Yabancılar Hukuku*, (5.Baskı, Savaş 2020).

Durieux JF, ‘Chapter 37: Temporary Protection and Temporary Refugee’, *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, (Eds.) Cathryn Costello/Michelle Foster/Jane McAdam, Oxford 2021, 678-694.

Düzel B ve Alış S, “Düzensiz Göçle Gelen Suriyeli Mülteci Çocuklar Bağlamında Türkiye’de Refakatsiz Göçmen Çocukların Durumu ve Başlıca Risklerin Değerlendirilmesi”, *Asia Minor Studies-International Journal of Social Sciences*, (2018)6, 258-274.

Ekşi N, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, (5.Bası, Beta, 2018).

Ekşi N, ‘Mevzuat ve Antlaşmalar Kapsamında Çocukların Uluslararası Korunması’, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (2016)7, 559-574.

Ekşi N, “Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Korumanın Şartları, Geçici Koruma Usulü, Sağlanan Haklar ve Geçici Korumanın Sona Ermesi, *İBD* (2014)88(6), 65-88.

Foster M, *International Refugee Law and Socio-Economic Rights*, (Cambridge University Press, 2007).

Elçin D, ‘Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nda Aile İkamet İzni: Aile Hayatı Hakkı mı? Aile Birleşimi Hakkı mı?’ *TAAD*, (2017)7(30), 117-198.

Goodwin-Gill GS and McAdam J, *The Refugee in International Law*, (4th Ed, 2021).

Güleç Solak S ve Kurt HK, ‘Kentin Öksüzleri: Refakatsiz Göçmen Çocuklara Yönelik Faaliyetler Konya Örneği’, *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*, (2019)6(3), 630-654.

Handbook on European law Relating to Asylum, Borders and Immigration, European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, 2020.

Inter-Agency Guiding Principles on Unaccompanied and Separated Children, January 2004.

İneli Ciğer M ve Küçükçavuş MA, ‘Uluslararası Hukuk, Avrupa Birliği Hukuku ve Türk Hukukunda İltica Taleplerinin Kayıt Altına Alınması’ *TAAD* (2022)13(49), 349-370.

Kaime Thoko, ‘The Normative Framework for Children’s Rights in Refugee Situations’, *An Introduction to International Refugee Law*, (Eds.) Rafiqul Islam/Jahid Hossain Bhuiyan, (Martinuss Nijhoff, 2013), 401-426.

McAdam J, *Complementary Protection in International Refugee Law*, (OUP 2007).



Nicholson F, 'Chapter 55: The Right to Family Reunification', *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, (Eds). Cathryn Costello/Michelle Foster/Jane McAdam, (Oxford 2021), 988-1006.

Pobjoy J, 'Chapter 41: Refugee Children', *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, (Eds). Cathryn Costello/Michelle Foster/Jane McAdam, (Oxford 2021), 745-760.

Odman MT, *Çocuk Hakları Bağlamında Çocuk Mülteciler*, (2008).

Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, 'Guidelines on Policies and Procedures in dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum', February 1997.

Öktem MS, *Uluslararası Göç Hukukunda Çocuklar ve Hukuki Statüleri*, (On İki Levha 2018).

Övünç Öztürk N, *Mültecinin Hukukî Statüsünün Belirlenmesi*, (Seçkin, 2015).

Özbek N, *Türkiye'deki Yabancıların Öğrenim ve Öğretim Özgürlüğü*, (Ankara 2000).

Özgenç Z, 'Sığınmacıların Aile Birleşimi Hakkı' BUÜ İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, (2018)37(2), 297-342.

Sizer M, *Yabancıların Ülkeden Uzaklaştırılmasına İlişkin Kararlarda Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesinin Rolü*, (Yayımlanmamış YL Tezi) Ankara 2020.

Taneri G, *Uluslararası Hukukta Mülteci ve Sığınmacıların Geri Gönderilmesi (Non-Refoulement) İlkesi*, (Bilge, 2012).

Tanrıbilir FB, *Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları*, (Yetkin, 2011).

Türkiye Barolar Birliği, *Çocukların Adalete Erişim Hakkı Çerçevesinde Hukuki Yardım Hizmetlerine Dönük İhtiyaç Analizi*, (Haz. Neva Öztürk, Gökçen Taner, Ersoy Kontacı) Ankara 2019.

Uluslararası Göç Örgütü, *Uluslararası Göç Terimleri Sözlüğü*, 2.Baskı No.31 2013.

Yakmaz E, 'Statü Belirleme Sürecinde Türkiye'de Bulunan Refakatsiz Sığınmacı Çocukların Durumu', IMPR Humanitarian (2014)1(Şubat), 1-20.

Yolalan S "Refakatsiz Mülteci Çocuklara Yönelik Koruma Uygulamalarının Ulusal ve Uluslararası Hukukta İncelenmesi", Ankara Barosu Çocuk Hakları Gündemi, (Ankara 2021), 46-57.

SUÇA SÜRÜKLENEN ÇOCUĞUN CEZA VE GÜVENLİK TEDBİRİ SORUMLULUĞU

Responsibility of Crime and Security Measure of the Juvenile Offender

Süleyman ÖZAR*

ÖZET

Çocukların ceza sorumluluğunun tespiti, çocuk adalet sisteminin temel konularından biridir. Yaş küçüklüğü, kusur yeteneğine ve dolayısıyla ceza sorumluluğuna etki eder. Bunun için tıbbi ve psiko-sosyal veriler ışığında kusur yeteneğinin tespiti, sürecin kilit noktasını oluşturmaktadır. Bu kapsamda, adli tıp ve sosyal inceleme raporlarının değerlendirilmesine ilişkin usullerin çocuk hukukuna hâkim olan ilkeler temelinde daha sade, hızlı ve kolaylaştırıcı olması gerekir. Çünkü ceza sorumluluğu bulunsa da bulunmasa da çocuğun mümkün oldukça ceza adalet sisteminin dışında tutulması, sistemin içinde kalan çocuklar için de kovuşturma ve cezalandırma seçeneklerinin son çare olması esastır. Ne var ki mevzuatımızın çelişkisiz ve ödünsüz biçimde bu anlayışı yansıttığını söyleyebilmek güçtür. Çalışmamızda mevzuat ve uygulamada aksayan noktalar ve bunlara ilişkin çözüm önerileri ortaya konulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Çocuk adaleti, suça sürüklenen çocuk, ceza sorumluluğu, kusur yeteneği, güvenlik tedbiri.

ABSTRACT

Determining the criminal responsibility of children is one of the main issues of the juvenile justice system. Minority affects the capacity of being culpable, and therefore the criminal responsibility. Hence, the identification of the culpability in the light of medical and psycho-social data constitutes the key point of the process. Within this scope, the procedures for the evaluation of forensic medicine and social examination reports should be understandable, fast and easy on the basis of the principles prevailing in juvenile law. No matter if they have criminal responsibility, it is essential that the child is kept out of the criminal justice system as much as possible, and that prosecution and punishment options are the last remedy for children who still remain in the system. However, it is difficult to say that Turkish legislation reflects this understanding without contradiction and compromise. In our study, we will discuss the issues that fail in legislation and practice, and we will present solutions for them.

Key Words: Juvenile justice, juvenile offender, criminal responsibility, capacity of being culpable, security measure.

➤ Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 19.01.2023

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 13.06.2023

* Dr., Ankara Batı Adliyesi Cumhuriyet başsavcısı vekili, suleyman.ozar@adalet.gov.tr, <https://orcid.org/0000-0003-0934-9594>.

GİRİŞ

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun (ÇKK) 3. maddesine göre “çocuk”, daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişiyi ifade eder. Aynı maddede suçta sürüklenen çocuk (SSÇ) ise suç teşkil eden bir fiili işlediği iddiasıyla hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı güvenlik tedbiri uygulanan çocuktur.

ÇKK'da temel ilkeleri düzenleyen m. 4/1-b gereğince SSÇ'nin muhakeme sürecinde “yarar ve esenliğinin gözetilmesi” esastır. İç hukukumuzda 4 Mayıs 1995'ten itibaren yürürlükte olan 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme hükümlerine göre de çocuğun üstün yararı için mümkün mertebe kovuşturma dışı çözümler bulunmalı, kovuşturmaya dâhil edilenler için de ceza son çare olmalıdır. Dolayısıyla SSÇ'nin ceza sorumluluğunun tespitine dair usul ve esaslar, bu zemin üzerinde ilerlemelidir.

SSÇ'nin fiili işlediği sırada algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yokluğu veya azlığı, karşımıza kusur yeteneği, eş deyişle isnat kabiliyeti kavramını çıkarır. İlk bölümde bu kavramı anlamaya ve yaş küçüklüğü yönünden hukuk sistemimizdeki yansımalarını ortaya koymaya çalışacağız.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK), yaş küçüklüğünün ceza sorumluluğu üzerindeki etkisini 18 yaşına kadar kabul etmiştir. Kanun, 18 yaşın doldurulmasına kadar ceza sorumluluğu bakımından üç farklı evre öngörmektedir. Mutlak sorumsuzluk, 12 yaşını dolduruncaya kadardır. 12-15 yaş grubu çocukların ceza sorumluluğu ise bir dizi bilirkişi raporu doğrultusunda hâkimin vereceği kararla belirlenir. Çalışmamızda bu grup çocuklar hakkında alınacak hekim raporu ve sosyal inceleme raporu üzerinde daha ayrıntılı durmayı planlıyoruz. Yine bu bölümde savcının kovuşturmaya yer olmadığı kararı (KYOK) ile soruşturmayı sonlandırmasının mümkün olup olmadığını tartışacağız.

Son bölümde ise çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin mevzuat ve uygulamasına ilişkin temel sorunlar üzerine değerlendirmelerde bulunacağız.

Suçta sürüklenen çocukları önce “çocuk”, sonra “suçta sürüklenen” olarak görmek gerekir. Onları yeniden kazanmak, tekrar suç işlemelerinin önünü almak ve mümkün mertebe örselenmeden, damgalanmadan ceza adalet süreçlerini tamamlamalarını sağlamak, temel amaç olmalıdır. Bu bağlamda, ceza sorumluluğunun tespiti ve buna bağlanan sonuçlar açısından hukuk düzenimizin çocuk odaklı yaklaşıma ne ölçüde sahip olduğu sorusu, çalışmamızın merkezinde yer almaktadır.

I. KUSUR YETENEĞİ

Öğretide isnat edilebilirlik, isnat kabiliyeti gibi isimlerle de ifade edilen kusur yeteneği, çocukların ceza sorumluluğunu incelerken öncelikle ele

alınması gereken kavramlardan biridir. Bu kavramın TCK'da doğrudan doğruya bir tanımı bulunmamakta ise de kusur yeteneğini kaldıran veya azaltan halleri öngören maddelerden (TCK m. 31-34) bir tanım çıkarmak mümkündür. Buna göre kusur yeteneği, fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilmek ve davranışlarını yönlendirebilmektir. Fail, hareketinin bir haksızlık oluşturduğunu bilmeli (algılama yeteneği) ve aynı zamanda iradesine uygun olarak hareket edebilmelidir (isteme yeteneği).¹ Şu halde, ceza hukukuna göre failin sorumluluğu ancak kişisel bir anlama, anlamlandırma, kavrama ve olgunluk seviyesinin varlığı halinde tartışılabilir. Dolayısıyla kasıtlı veya taksirli bir suçun cezalandırılabilmesi için o davranışın fail tarafından gerçekleştirilmiş olması yeterli değildir. Bunun yanında fiili gerçekleştiren kişinin kusur yeteneğinin bulunması, yani fiilin faile isnat edilebilir olması gerekmektedir.

Bir eylemin kişiye yüklenebilmesi için eylem anında o kişinin sahip olması gereken kişisel nitelikler bütünü, suçla değil suçluyla ilgili bir durumdur.² Bununla birlikte, yaş sınırının ne olacağı gibi ölçütler toplum şartlarına göre değişir. Bu konu zaman ve toplum karşısında doğası gereği görecelidir ve belirli bir toplumun belirli bir dönemini göz önünde tutar.³ Aynı sebeple fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını bilmek, o fiilin suç olduğunu bilmek anlamına gelmez.⁴ Kişinin, işlediği fiilin suç olduğunu bilse de bilmese de içinde yaşadığı toplumda bu fiilin ne anlama geldiğinin bilincinde olması, algılama yeteneğinin varlığı için yeterlidir.⁵

Kusur yeteneğinin suçun işlendiği sırada bulunması gerekir.⁶ Ceza Kanunumuz bu durumu "*fiili işlediği sırada*" ibaresiyle teyit etmektedir. SSÇ'lerin ceza sorumluluğu bakımından bu kuralın üç sonucu vardır. Birincisi, fiili işledikten sonra yaş küçüklüğü ortadan kalkmış olsa bile suç anındaki kusur yeteneğine göre ceza sorumluluğu belirlenir. İkincisi, her suç için ayrı ayrı hekim

¹ Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 20. Bs., Seçkin Y., Ankara 2020, s. 313.

² İçel, s. 418; Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 25. Bs., Savaş Yayınevi, Ankara 2019, s. 206; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Bs., Seçkin Y., Ankara 2020, s. 351; Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. Bs., Beta Yayınevi, İstanbul 2018, s. 417.

³ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. II, 14. Bs., Der Y., İstanbul 2019, 1837 no.lu dipnot, s. 394.

⁴ Dönmezer ve Erman, s. 391.

⁵ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bs., Seçkin Y., Ankara 2021, s. 310.

⁶ Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Bs., Beta Yayınları, İstanbul 2020, s. 403.



raporu alınmalıdır.⁷ Üçüncü olarak da kusur yeteneği neticenin değil, hareketin gerçekleştiği anda aranmalıdır.⁸

Kusur yeteneği ile ilgili çalışmalarda fikir ayrılığına yol açan temel soru şudur: “Algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneği olmayan biri kusurlu fiil işleyebilir mi?” Bu soruya verilecek cevap, kusurluluğun suç teorisindeki yerine ilişkin iki temel yaklaşıma göre değişir. Bu yaklaşımlardan biri kusurluluğu suçun unsuru olarak görürken, diğeri kusurluluğun suçun oluşması için değil; failin gerçekleştirdiği tipik ve hukuka aykırı fiil sebebiyle ceza alması için gerekli olduğunu ileri sürer.⁹

Türk Ceza Kanunu’nun benimsediği yaklaşıma yönelik öğretilerde farklı yorumlar bulunmaktadır. Hâkim görüş, kusur yeteneği olmayan kişinin kusurlu da olamayacağı yönündedir.¹⁰ Bu düşüncenin temelinde anlama ve isteme yeteneği bulunmayan kişinin kınanamayacağı fikri bulunmaktadır. Buna göre kusur, kasıtlı veya taksirli fiili değil, haksızlık teşkil eden fiili nedeniyle fail hakkındaki değer yargısını ifade etmektedir.¹¹

Azınlıkta olan görüşe göre ise kişinin kusurlu olmasının anlamı, suç olarak tanımlanan eylemin kasıtlı veya taksirli işlenmiş olmasından ibaret olduğu içindir ki kusur yeteneği failin cezalandırılabilirliği ile ilgili kişisel bir yeterlilik meselesidir.¹² Dolayısıyla, algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneği, kusurluluğun bir unsuru veya ön şartı değildir. Bizim de katıldığımız bu görüş,

⁷ “Suç tarihinde 12-15 yaş grubunda bulunan çocuk hakkında alınan psikiyatri uzmanı raporunun cinsel istismar suçuna ilişkin olduğu, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçundan ayrıca Adli Tıp Uzmanı psikiyatrist ya da zorunluluk bulunması halinde uzman hekimden görüş alınıp, sonra her iki suç yönünden alınacak sosyal inceleme raporuyla birlikte yapılacak değerlendirme neticesinde cezai sorumluluğun tespiti gerekmektedir.” Yargıtay 14. CD., 2018/5060 E., 2018/7671 K., 20.12.2018 (Çalışmamızda yer alan Yargıtay kararları UYAP çevrim içi vasıtasıyla temin edilmiştir.)

⁸ Öztürk ve Erdem, s. 313.

⁹ Kusurluluğun psikolojik anlayışı ile normatif anlayışı arasındaki farktan kaynaklanan bu iki görüşün temellerine ve hukuk ekollerine ilişkin değerlendirmeler için bkz. Hale Akdağ Yüksel, TCK’da Düzenlenen Kusurluluğu Kaldıran ve Azaltan Nedenler, *Doktora Tezi*, Ankara 2018, s. 9-38.

¹⁰ Demirbaş, s. 351; Öztürk ve Erdem, s. 309; Dönmezer ve Erman, s. 383; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, s. 312; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Bs., Seçkin Y. Ankara 2014, s. 364.; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bs., Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 595.

¹¹ Koca ve Üzülmüş, s. 310.

¹² Toroslu, s. 201; Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bs., US-A Yayıncılık, Ankara 2012, s. 270; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 413; Türkan Yalçın ve Timuçin Köprülü, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları*, 5. Bs. Savaş Y., Ankara 2018, s. 274 vd.

12 yaşını doldurmamış bir çocuğun da bilerek ve isteyerek arkadaşını yaralayabileceği, akıl hastası bir kimsenin de trafiğe çıkıp dikkatsizlik ve tedbirsizlikle başka birinin ölümüne yol açabileceği gibi örnekleri öne sürmektedir.¹³ Hâkimin, güvenlik tedbirine hükmetmeden önce çocuğun ya da akıl hastasının kasıtlı mı yoksa taksirli mi davrandığını tespit etmesi de bu düşünceyi desteklemektedir.¹⁴

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) da bir yandan 223/3. maddesinde yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması durumunda “*kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.*” şeklinde bir hükümlerle kusur yeteneğini kusurluluğun içinde mütalaa eden yaklaşımı sergilemektedir.¹⁵ Ama öbür yandan aynı maddenin altıncı fıkrasında ise güvenlik tedbirine hükmedilebilmesi için sanığın kendisine yüklenen suçu işlediğinin sabit olmasını şart koşarak kusur yeteneğini olmayanların da suç işleyebileceklerini, bunun ceza ehliyeti ile ilgili olduğunu düşündürmektedir.¹⁶

II. KUSUR YETENEĞİNİN ARAŞTIRILMASI VE CEZA SORUMLULUĞU

A. GENEL OLARAK

TCK’da ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan nedenler iki çeşittir. Kusur yeteneğine etkileri bakımından ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler; yaş küçüklüğü (m. 31), akıl hastalığı (m. 32), sağır ve dilsizlik (m. 33) ile geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisi (m. 34) olarak düzenlenmiştir. Haksız tahrik (m. 29), korkutma (m. 28), sınırın aşılması (m. 27) gibi haller ise kusurluluğa etkileri bakımından ceza sorumluluğunu kaldırır veya azaltır. Bu hallerde failin kusur yeteneği tamdır, kusuru ise yoktur veya azalmıştır.

Kusur yeteneği ile ceza sorumluluğu arasında bir neden-sonuç ilişkisi bulunmaktadır.¹⁷ Kusur yeteneği olmayanın, ceza sorumluluğu yoktur; kusur yeteneği azalmış olanın ceza sorumluluğu da kısmidir.

Türk Ceza Hukukunda, *henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi*, çocuk olarak kabul edilmektedir (TCK m. 6/1-b). “Suça sürüklenen çocuk” ise suç işlediği iddiası ile *hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği*

¹³ Hafızoğulları ve Özen, s. 270.

¹⁴ Toroslu, s. 206.

¹⁵ Ali Rıza Töngür ve Ekrem Çetintürk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Y., Ankara 2020, s. 215.

¹⁶ Toroslu, s. 206.

¹⁷ Dönmezer ve Erman, s. 386.



fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuğu ifade etmektedir (ÇKK m. 3/1-a). Suçta sürüklenen çocuğun ceza sorumluluğunun tespiti ve sonuçları bakımından TCK'nın 31. maddesinde 0-12 yaş, 12-15 yaş ve 15-18 yaş arası çocuklar olmak üzere üç evre öngörülmüştür. Bu evrelere göre değişen ceza sorumluluğunu incelemeye geçmeden önce, söz konusu hükümlerin Alman hukukunda olduğu gibi çocuklara özgü kanunda düzenlenmesi gerektiği yönündeki eleştirileri¹⁸ son derece yerinde bulduğumuzu belirtmeliyiz.

B. 0-12 YAŞ GRUBU SUÇTA SÜRÜKLENEN ÇOCUKLAR

TCK bu yaş grubu çocuklarda başkaca bir araştırma ve incelemeye gerek olmaksızın kusur yeteneğinin bulunmadığını kabul etmektedir. Aksi ispat edilemeyen bu karine sebebiyle¹⁹ on iki yaşını doldurmamış çocuk ceza sorumluluğuna sahip değildir, kovuşturma yapılmaz, sadece güvenlik tedbiri uygulanabilir (TCK m. 31/1). Kovuşturma yapılmaksızın güvenlik tedbiri uygulanabilmesi, masumiyet karinesine aykırı görülebilir ise de burada çocuğun üstün yararı ilkesi ile bir denge gözetilmektedir.²⁰

Aslında bu yaş grubunda bulunan bir çocukta da algılama ve davranışlarını yönlendirme, yani anlama ve irade etme yeteneği gelişmiş olabilir. Ancak kanun koyucu izlediği ceza siyasetinin bir sonucu olarak bunun araştırılmasını istememiş, ceza sorumluluğunun bulunmadığını kesin olarak kabul etmiştir.²¹

Bu gruptaki çocuklar hakkında kovuşturma yasağı var ise de olayı soruşturmanın önünde bir engel yoktur. Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usûl Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in (Yönetmelik) 5/10. maddesi bu düşüncüyü doğrulamakta, işlendiği iddia olunan suçlara dair delillerin toplanması veya başka fail ya da failerin bulunup bulunmadığının belirlenmesi için soruşturma yapılabileceğini ifade etmektedir. Bu soruşturma maddi gerçeğin araştırılması açısından olağan bir soruşturmaya göre daha kısıtlı bir nitelik arz edecektir. CMK ve ÇKK'daki çocuklara özgü muhakeme kuralları yanında, bu yaş grubunun mutlak olarak ceza sorumluluğunun bulunmayışından kaynaklanan ilave özellikleri göz önünde bulundurulmalıdır. En başta suçta sürüklenen çocuğun kimlik tespitini yapmakla yetinilmesi gerekmektedir. 12 yaşını doldurmamış çocuk, ne bir ceza ilişkisinin ne de usuli bir işlemin tarafı

¹⁸ Özlem Özyaydın, "Türk - Alman Ceza Hukuk Sisteminde Kusur Yeteneğini Etkileyen Hal Olarak Yaş Küçüklüğü", *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 5, Nisan 2010, Sayfa: 47-52, s. 52.

¹⁹ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 606; Bahri Öztürk, "Türkiye'de Çocuk Güvenlik Tedbirleri (Ceza) Hukukunun Temel Sorunları", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 16, Sayı: 2, Temmuz 2017, 201-222, s. 202.

²⁰ Dönmezer ve Erman, s. 405.

²¹ Özgenç, s. 378.

olabilecektir.²² Dolayısıyla ifade, sorgu, gözaltı ve tutuklama gibi muhakeme işlemlerinin uygulanması mümkün değildir. Suç nedeni ile yakalama tedbirinin uygulanabilmesi ve suç tespitinde kullanılmaları da yasaktır (Yakalama, Gözaltına Alma Ve İfade Alma Yönetmeliği m. 19/1/a-1).

Gerektiğinde güvenlik tedbirini isabetle uygulayabilmek için 0-12 yaş grubu çocukların üzerinde ve eşyalarında arama yapılabileceği düşüncesindeyiz.²³ Bu arama işleminin çocuğu örselemeden ve ona şüpheli gibi davranmadan yapılması gerekir. Ayrıca, varsa suç ortaklarının muhakemesinde bu çocukların tanık olarak dinlenebilmesi de mümkündür.²⁴

Soruşturmayı sonlandıran karar sadece KYOK olacaktır. Savcı, suçun niteliği, meydana gelen zarar ve suçu çocuğun işlediğine dair yeterli delil durumunda güvenlik tedbiri talep edebilir. Talep üzerine hâkim kovuşturma başlatmaksızın evrak üzerinden karar verir.

12 yaşını doldurmamış bir çocuk hakkında bir şekilde dava açılmışsa mahkemenin kararı ne olmalıdır? Böyle bir durumda bir görüş kovuşturmada bu husus tespit edilir edilmez düşme kararı verilmesi gerektiğini savunurken,²⁵ diğer bir görüş bu durumda kovuşturmanın ceza verilmesine yer olmadığı kararıyla sonlandırılarak güvenlik tedbiri muhakemesinin yürütülmesi gerektiğini ifade etmektedir.²⁶ Bu düşüncelerden ilkinde katılıyoruz. Zira m. TCK 31/1, on iki yaşın doldurulmasını bir kovuşturma şartı olarak ortaya koymaktadır, kurucu şartı oluşmamış bir davanın akıbeti düşmedir.²⁷ Aslında UYAP, 12 yaşını

²² “Kamu davasının açılmasının zorunluluğu ilkesinin istisnalardan birisini oluşturan ve TCK’nın 31/1. maddesinde 12 yaşını doldurmayan çocuklarla ilgili düzenlenen hükümde “ceza sorumluluklarının olmadığını ve ceza kovuşturması yapılamayacağını” ancak, “çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin” uygulanabileceğinin belirtildiği anlaşılmaktadır. Bu düzenlemenin niteliği dikkate alındığında açıkça 12 yaşından küçük çocukların suç kovuşturmasının dışında tutulduğu anlaşılmaktadır. Suç tarihinde 12 yaşından küçük çocuk bir ceza ilişkisinin tarafı olmayacağı gibi usuli ilişkinin tarafı da olamayacaktır. Yani yanlışlıkla kamu davası açılmış bile olsa ceza davasına bakılamayacaktır.” (Yargıtay 9. CD., 2011/8130 E., 2011/30619 K., 22.12.2011)

²³ 12 yaşını doldurmamış çocuğun CMK m. 116 kapsamında şüpheli sıfatıyla aranmayacağı ama m. 117 bağlamında “diğer kişi” olarak aranabileceği yönünde görüş için; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Bs., Seçkin Yayınları, Ankara 2021, s. 294.

²⁴ Berrin Akbulut, “Ceza Mevzuatında Çocuk ve Çocukların Yakalanması, Gözaltına Alınması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19/2, Nur Centel’e Armağan (2013) 541-586, s. 561.

²⁵ Akbulut, s. 551.

²⁶ Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Bs., Beta Yayınları, İstanbul 2008, s. 668; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bs. Seçkin Y., Ankara 2007, s. 172.

²⁷ “Suç tarihinde 12 yaşını doldurmamış olan suça sürüklenen çocuk hakkında 5237 sayılı

doldurmamış çocuğun taraf olarak eklenmesi sırasında uyarı vermektedir. Bu gibi hallerde UYAP sisteminin, dava açılmasını engelleyecek şekilde güncellenmesi kesin çözüm olacaktır.

Çocuğun gerçek yaşının 12 yaşından büyük olduğuna dair makul şüphe varsa savcı, kemik yaşının tespiti raporunu istemeli ve sonucuna göre önce yaş düzeltme davası açmalıdır. Yönetmeliğin 5/11. maddesinde bu konu şöyle düzenlenmiştir: “*Görünüş itibarıyla oniki yaşından büyük olup, nüfus kaydına göre oniki yaşından küçük çocuklar ile çocuğun nüfusa kayıtlı yaşının gerçek yaşı olmadığı başka bir şekilde anlaşılması hâlinde; çocuğun yaşı hukuk mahkemesi nezdinde dava açılıp düzeltilmeden kamu davası açılmaz.*” Günümüzde çocukların çok büyük oranda hastanede dünyada gelmiş olmaları nedeniyle, yaş tereddüdünde ilk adım hastane kaydını istemek olmalıdır.

C. 12-15 YAŞ GRUBU SUÇA SÜRÜKLENEN ÇOCUKLAR

TCK’nın 31/2. maddesi gereğince fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanların kusur yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde ceza sorumluluğu yoktur. Bu çocuklar hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir (CMK m. 223/3-a); ancak çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. İşlediği fiilin çocuğa isnat edilebilmesi, yani kusur yeteneğinin tespiti hâlinde ise kısmi ceza sorumluluğu doğar; kanunda belirtilen²⁸ indirimli cezalar uygulanır.

Kanun bu yaştaki çocukların ceza sorumlulukları bakımından, işledikleri fiilin hukuki hukukî anlam ve sonuçlarını algılama veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişip gelişmediğinin araştırılmasını gerekli görmektedir. Fakat bundan önce soruşturmada öncelikle suçun unsurları ve fiilin işlendiğine dair yeterli şüphe sebepleri yoklanmalıdır. Ancak bu şüphenin varlığı halinde çocuğun algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneği araştırılmalıdır. Bu araştırma sonucunda kusur yeteneğinin bulunduğu yönünde rapor alınan SSÇ hakkında savcı öncelikle kovuşturma öncesi eleme araçlarını (uzlaştırma, kamu davasını erteleme) titizlikle yoklamalıdır. Bu alternatiflerin şartları oluşmamışsa SSÇ hakkında iddianame düzenlenecektir.

Kovuşturma evresinde de hâkim önce suçun sübutunu inceleyip sonra ceza sorumluluğuna esas teşkil edecek raporları temin etmelidir. Uygulamada bu hususlar eş zamanlı olarak ilerlemekte, bazen bu usul çocuğun gereksiz muayene ve inceleme trafiğinde örselenmesine yol açmaktadır.

TCK’nın 31/1. maddesi uyarınca ceza kovuşturması yapılamayacağı gözetilmeden, davanın düşürülmesi yerine yazılı şekilde karar verilmesi...” (Yargıtay 2. CD., 2019/2383 E., 2019/13129 K., 11/09/2019)

²⁸ TCK 31/2 gereğince; “*Suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan onbir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz.*”

Hekim raporu ve sosyal inceleme raporu çerçevesinde mahkeme, ceza sorumluluğunun bulunduğu karar verdiği çocuğun atılı suçu işlediği sonucuna varırsa TCK'nın 31/2. maddesinde öngörülen kısmi ceza sorumluluğunu işler, indirimli ceza uygular.

Mahkemenin SSÇ'de kusur yeteneği bulunmadığı sonucuna vardığı takdirde ise ceza sorumluluğu 0-12 yaş grubu çocukları gibi olacaktır.²⁹ Yani yaş küçüklüğü, ceza sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmış kabul edilir. Ancak ilk gruptaki çocuklara göre birtakım farklar vardır. Kanun, on iki yaşını doldurmamış çocuklarda “ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir” derken, 12-15 yaş grubu için çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur demeyi tercih etmiştir. Yani bu gruptaki suça sürüklenen çocuklara kovuşturma yasağı yoktur, güvenlik tedbiri uygulanması da takdire bırakılmamıştır. SSÇ'de temyiz gücü var olmasına rağmen kanunda öngörülen kusur yeteneğinin bulunmaması durumunda ceza sorumluluğu yerine tedbir sorumluluğu doğacaktır.³⁰ Bu farkların anlamını aşağıda “Kusur Yeteneği Olmayan SSÇ Hakkında KYOK Verilebilir mi?” başlığı altında tartışacağız.

Kusur yeteneği araştırması, hekim raporu ve sosyal inceleme raporu olmak üzere iki ayrı uzman değerlendirmesi temelinde ilerleyeceğinden bu bölümde söz konusu işlemler üzerinde daha ayrıntılı duracağız.

1. Hekim Raporu

Yönetmeliğin 20/4. maddesi gereğince hâkim veya mahkeme, sosyal inceleme raporu ile birlikte çocuğun işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin belirlenebilmesi amacıyla adlî tıp uzmanı, psikiyatrist ya da zorunluluk hâlinde uzman hekimden görüş alır.

Sosyal inceleme raporuyla uyumlu olması kaydıyla devlet hastanesi ve adli tıp şube müdürlüğünden alınan rapor hükme esas teşkil edebilir.³¹ Ancak, suçun niteliği ve dosyadaki delil durumuna göre Yargıtay'ın sadece adli tıp şube müdürlüğünden alınan raporu yeterli görmeyen kararları da bulunmaktadır.³² Ayrıca, rapor ikna edici bulunmamışsa veya raporlar arasında çelişki varsa ya da dosya kapsamında “sınırdaki zekâ/kısmi engelli” gibi başka raporlar da varsa mutlaka adli tıp ihtisas dairesinden veya ruh sağlığı ve hastalıkları hastanesinden (RSHH)

²⁹ Öztürk ve Erdem, s. 320.

³⁰ İçel, s. 422.

³¹ Yargıtay 2. CD., 2021/11845 E., 2021/14931 K., 23.09.2021.

³² Yargıtay 1. CD., 2018/2741 E., 2018/3974 K., 09/10/2018.



yeni bir rapor alınmalıdır.³³ Bu raporda, daha önce üniversite hastanesi veya adli tıp şube müdürlüğünden alınmış rapor sonucuyla bir çelişki doğmuşsa bu defa adli tıp genel kurulundan kesin rapor temin edilmesi gerekmektedir.³⁴

Sağlık Bakanlığına ait İstanbul (2), Bursa, Samsun, Tokat, Manisa, Adana, Elazığ, Trabzon ve Bolu illerinde toplam 10 adet RSHH mevcuttur. Ankara, Konya, Antalya gibi merkezlerde bu tür bir hastanenin bulunmaması, rapor edinme sistemini zorlayan nedenlerden biridir. Adli tıptan randevu alınması, çocuğun suç tarihinden aylar sonra adli tıp önüne getirilmesi, bunların kolluk, ebeveyn ve çocuğun ortak emek ve mesaisi ile gerçekleşmesi, sonrasında yapılan masraflara ilişkin yeni bir bürokrasinin beklenmesi ile ortaya çıkan tablo çağın gereklerine uygun değildir.

15 yaşını doldurmuş bir kimsenin sürücü belgesi, pasaport vs. için parmak izi verdiğinde söz gelimi yıllar önceki bir hırsızlık olayının parmak izi ile eşleşmesi nedeniyle şüpheli haline gelebilmesi olasıdır. Bu gibi durumlarda da suç tarihi itibarıyla algılama ve davranışını yönlendirme yeteneğinin bulunup bulunmadığına dair hekim raporu alınmalıdır. Aradan geçen uzun süre nedeniyle bu tespitin mümkün olmadığı yönünde rapor gelirse fail lehine bir değerlendirmeye suç tarihinde ceza sorumluluğunun bulunmadığı sonucuna varmak gerekir.

Hekimin kusur yeteneği raporu, tıp ilmine dayanan teknik bir rapordur. Bu nedenle, kusur yeteneğine sahip olduğu anlaşılan SSÇ'ye "bir şans daha vermek" adına bu yeteneğin yeterince gelişmediği yönünde rapor düzenlemek, gerçeğe aykırılıktır; resmi belgede sahtecilik suçuna vücut verebilecektir.

³³ "T.C. Adalet Bakanlığı Adli Tıp Kurumu İzmir Şube Müdürlüğü'nün 16/10/2015 tarihli raporunda, "suça sürüklenen çocuk hakkında hırsızlık suçunun hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabildiği, bu fülle ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmiş olduğunun" tespit edildiği, suça sürüklenen çocuk müdafii tarafından temyiz dilekçesi ile birlikte dosyaya sunulan Dr. Behçet Uz Çocuk Hastalıkları ve Cerrahi Eğitim ve Araştırma Hastanesi tarafından düzenlenen 31.03.2015 tarihli Özürlü Sağlık Kurulu Raporuna göre "Suça sürüklenen çocuk hakkında hafif düzeyde mental reterdasyon saptandığının" belirtilmiş olması karşısında, her iki rapor arasında oluşan çelişkinin giderilmesi bakımından TCK'nun 31/2. maddesi uyarınca Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Dairesi veya Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hastanesinden suça sürüklenen çocuğun suç tarihi itibarıyla üzerine atılı hırsızlık fiilinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama veya bu fülle ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin gelişip gelişmediği hususunda rapor alınarak her iki rapor arasındaki çelişki giderilip sonucuna göre suça sürüklenen çocuğun hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiğinde zorunluluk bulunması..." (Yargıtay 2. CD., 2020/12507, 2021/12345 K., 16.6.2021)

³⁴ Yargıtay 1. CD., 2022/2717 E., 2022/7427 K., 28.09.2022; 1. CD., 2016/3157 E., 2017/4194 K., 22.11.2017.

Hekim raporu alınmadan iddianame düzenlenmesi, bir iddianamenin iadesi sebebi olarak kabul edilmemiştir.³⁵ Kanaatimizce bu tarz bir iddianame, mahkemenin önce başsavcı onayından geçmemelidir.

2. Sosyal İnceleme Raporu

Hekim raporu, çocuğun ceza sorumluluğunun bulunmadığına karar verebilmek için gerekli bir işlemdir; ama yeterli değildir. Çocuğun bireysel özelliklerini ve sosyal çevresini gösteren bir sosyal inceleme raporu da temin edilmiş olmalıdır. Sosyal inceleme raporları suça sürüklenen çocuğun içinde bulunduğu sosyo-ekonomik, ailevi ve çevresel koşulları kapsamlı şekilde analiz eden ve bu doğrultuda çocuğun geleceği ile ilgili tretman öneren önemli bir araçtır.³⁶

Bu rapor da bir çeşit bilirkişi raporu olup,³⁷ çocuğun işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin mahkeme tarafından takdirinde göz önünde bulundurulur (ÇKK m. 35/1). Mahkeme veya çocuk hâkimi tarafından çocuk hakkında sosyal inceleme yaptırılmaması hâlinde gerekçesi kararda gösterilir (m. 35/3).

Aslında sosyal inceleme raporu, yaş grubu önemli olmaksızın tüm çocuklar için alınabilecek bir rapordur ama bu rapordaki bilgi ve bulgulara en çok 12-15 yaş grubu çocukların soruşturma ve kovuşturmasında ihtiyaç duyulmaktadır. Çünkü bu raporlar hâkimin kusur yeteneği incelemesinde araştırmayı tamamlayıcı bir işleve sahip olduğu gibi güvenlik tedbirlerinin türünü belirlemede de önemli bir kaynaktır. Nitekim Yönetmeliğin 20/2. maddesi, kusur yeteneğinin olup olmadığının takdiri bakımından 12-15 yaş grubu için sosyal inceleme yaptırılmasını zorunlu kılmıştır.³⁸ O halde sosyal inceleme raporları

³⁵ “Fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin gelişip gelişmediğine dair rapor alınmamasının CMK’nın 174. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen iddianamenin iadesi sebepleri arasında yer almadığı gibi, anılan hususun aynı fıkranın (b) bendinde belirtilen, suçun sübutuna etki edecek delillerden de olmadığı ve mahkemece suça sürüklenen çocuk Hurik Süleyman hakkında işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin gelişip gelişmediğine dair rapor alınabileceği gözetilmeden, iddianamenin iadesi kararına itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesi nedeniyle kanun yararına bozma istemi yerinde görüldüğünden...” (Yargıtay 2. CD., 2022/7565 E., 2022/15974 K., 03.10.2022)

³⁶ Semra Saruç ve Derya Kayma Güneş, “Suça Sürüklenen Çocuklar Hakkında Hazırlanan Sosyal İnceleme Raporlarının Mahkeme Kararlarına Etkisi”, *Toplum ve Sosyal Hizmet Dergisi*, Cilt 25, Sayı 1, Nisan 2014, s. 117.

³⁷ Özgenç, s. 380.

³⁸ “ÇKKY’nin 20/4. maddesi uyarınca mahkeme veya hâkim, bu yaş grubu bakımından zorunlu olarak alınması gereken suça sürüklenen çocuğun aile koşulları, sosyal ve ekonomik koşullar ile psikolojik ve eğitim durumu hakkında uzman kişilerce düzenlenen sosyal inceleme raporu ile suça sürüklenen çocuğun işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği hakkında adli tıp uzmanı, psikiyatrist ya



bu önem ve anlamına uygun şekilde tanzim edilmelidir. Ne yazık ki uygulamada tam aksine matbu ve şablon raporlara, tek kelimelik cevaplarla geçiştirilmiş incelemelere rastlamaktayız. Bu tarz raporlar çocuğun psikolojisini, onu suça sürükleyen çevresini, ilişkilerini ve kişilik özelliklerini öğrenmek isteyen mahkemeye yardımcı olmaktan çok uzak olacaktır.

ÇKK'nın 35. maddesi gereğince sosyal inceleme yaptırma yetkisi mahkemeler, çocuk hâkimleri ve Cumhuriyet savcısındadır. Şu halde savcı, hekim raporu üzerine soruşturmayı sonlandırıp iddianame düzenleyebileceği gibi sosyal inceleme raporunu temin ettikten sonra da bu yola gidebilir. Çocuğun üstün yararı, işin aciliyet gerektirip gerektirmemesi, suçun niteliği gibi ölçütler üzerinden savcının takdir yetkisini sosyal inceleme raporu temin etmek yönünde kullanmasının daha doğru olacağı kanısındayız. Bu durum, kovuşturmanın makul sürede bitirilmesine de hizmet edecektir.

Kanun, derhâl tedbir alınmasını gerektiren acil durumlarda sosyal inceleme sonucu beklenmeden tedbir kararı verilebileceğini belirtmektedir (ÇKK m. 35/2). Ancak sosyal inceleme daha sonra yaptırılarak gerektiğinde güvenlik tedbiri konusunda verilen karar değiştirilebilir. (Yön. m. 20/5)

Yönetmeliğin 21/1. maddesinde raporun içeriğinin nasıl olması gerektiğine dair geniş bir çerçeve sunulmuştur. Buna göre çocuğun gelişim özellikleri, aile, toplum, eğitim ve kültürel durumu, davranış özellikleri, tedbir ve tedavi önerileri gibi hususlara yer verilir. Ancak, çocuğun işlediği fiille ilgili olarak hukukî anlam ve sonuçları kavrayabilme ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin olup olmadığı hakkında sonuç değerlendirmesinde bulunulamaz (Yön. m. 21/2). Böyle bir sonucu çıkarma işi hâkime bırakılmalıdır. Bununla birlikte, kusur yeteneğine ilişkin nihai kanaat bildirmeden birtakım değerlendirme ve izlenimlerde bulunulabilir. Bu bağlamda sosyal inceleme raporu ile hekimden alınan kusur yeteneği raporu arasında uyumsuzluk ve çelişki ortaya çıkarsa bu çelişki giderilmeden ceza sorumluluğu konusunda nihai karar verilmemelidir.³⁹

da zorunluluk hâlinde uzman hekim tarafından düzenlenen bilirkişi raporundaki gözlem, tespit ve değerlendirmeleri göz önünde bulundurarak, raporlarla bağlayıcı olmaksızın, her delil gibi bunları da serbestçe değerlendirip suça sürüklenen çocuğun kusur yeteneğinin olup olmadığını takdir edecektir.” (2016/6-986 E., 2018/554 K., 20.11.2018)

³⁹ “Suç tarihinde 12-15 yaş grubunda bulunan sanık hakkında soruşturma aşamasında adli tıp uzmanı tarafından düzenlenen 13.11.2012 tarihli raporda; sanığın yaşma suçunun hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmiş olduğunun tespit edildiği, sanık hakkında düzenlenen sosyal inceleme raporunda ise sanığın işlediği iddia edilen suçun kötü olduğunu bilecek durumda olduğunun, fakat zihinsel durumu, yaşam öyküsü ve içinde bulunduğu olumsuz koşullar ve yaşı nedeniyle hukuki anlam ve sonuçlarını yeterince kavrayabilecek düzeyde bulunmadığının belirtildiği, bunun üzerine çelişkinin giderilmesi amacıyla Yerel Mahkemece sanığın Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi Çocuk ve Ergen Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Anabilim

3. Kusur Yeteneği Bulunmayan Çocuk Hakkında KYOK Verilebilir mi?

Bilindiği üzere, 15.7.2005’de yürürlüğe giren 5395 sayılı ÇKK’nın 48. maddesiyle yürürlükten kaldırılan 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun 20. maddesinde küçüğün işlediği suçun anlam ve sonuçlarını kavrayabilme yeteneğinin (o dönemki tabirle farik-mümeyyiz olup olmadığının) uzman kimselere tespit ettirileceği belirtilmekteydi. Soruşturmada “farik ve mümeyyiz olmadığı” rapor edilen çocuklar hakkında takipsizlik kararı verilebilmekteydi. O dönem, karar verme yetkisinin hâkime ait olması gerektiği gerekçesiyle bu durum eleştirilmekteydi.⁴⁰

2005’te yenilenen ceza adalet sistemimizde, algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin gelişip gelişmediğine ilişkin rapor, bir görüşten ibarettir; asıl karar mahkemeye aittir. Yönetmeliğin 20/3. maddesi gereğince hekim raporu ve sosyal inceleme raporu doğrultusunda kusur yeteneğinin bulunup bulunmadığına karar verme yetkisi münhasıran mahkemeye aittir. Yönetmelikteki bu hüküm, ÇKK’nın 35. maddesinde yer alan “Sosyal inceleme raporu, çocuğun, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin mahkeme tarafından takdirinde göz önünde bulundurulur.” şeklindeki hükme dayanmaktadır. Aynı yaklaşım TCK’nın 31. maddesinin gerekçesinde de benimsenmiştir.

Bu durumda savcı, ceza sorumluluğu bulunmadığı gerekçesiyle KYOK kararıyla birlikte güvenlik tedbiri talep etme uygulamasına gidemeyecektir. Hâlihazırda bu yolu seçen savcılar var ise de mevzuat değişmedikçe bu yöntem hukuka aykırı olacaktır.⁴¹ Dolayısıyla savcı iddianame düzenlemek ve iddianamesinde ikircikli bir dil kullanmak zorundadır. Buna göre, iddianamenin sonuç kısmında ceza sorumluluğunun bulunduğu ihtimali üzerinden cezalandırma isteyecek, aksi ihtimal üzerinden de güvenlik tedbiri talep edecektir. Öğretide sadece güvenlik tedbiri talep edecek şekilde iddianame düzenlenmesi gerektiğini savunan görüş bulunmakta ise de⁴² bu durum ceza sorumluluğuna

Dalı Başkanlığına sevkine karar verildiği, anabilim dalı başkan ve üyeleri tarafından düzenlenen 17.04.2013 tarihli raporda da sanığın suç tarihinde işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını değerlendirme yeteneğinin tam olarak gelişmemiş olduğunun kabulünün tıbben daha uygun olacağı belirtilerek net bir kanaat ileri sürülmemiş olduğu, sanığın adli sicil kaydı incelendiğinde de suç tarihinden önceki ve sonraki tarihlerde gerçekleştirdiği eylemlerden dolayı hakkında birçok mahkûmiyet hükmü kurulduğu anlaşılan dosyada; sanığın Adli Tıp Kurumuna sevkini sağlanarak raporlar arasındaki çelişkinin giderilmesi ve bunun sonucuna göre sanığın hukuki durumunun Yerel Mahkemece takdir edilmesi gerektiği kabul edilmelidir.” (Yargıtay CGK, 2019/6-556 E., 2020/138 K., 27.02.2020)

⁴⁰ Hayati Yeleşdağ, Ceza Hukukunda Çocuk Kavramı Ve Cezai Sorumluluğunun Belirlenmesindeki Kriterler, *Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul 2006.

⁴¹ Yargıtay 10. CD., 2013/4333 E., 2013/3478 K., 15.4.2013

⁴² Soyaslan, s. 418.

savcının karar vermiş olması anlamına geleceğinden kanun ve yönetmeliğe aykırı olacaktır.

Kusur yeteneğinin yargısal bir takdir ve değerlendirme gerektirmesine bir itirazımız bulunmamaktadır. Çünkü son tahlilde çocuğun kusur yeteneğine ilişkin tespitleri içeren rapor da bir bilirkişi raporudur⁴³ ve adli kararı bağlamaması gerekir. Ancak, bu noktada adli karar kapsamına sadece mahkemeyi değil, savcılığı da almak gerektiği düşüncesindeyiz. Yönetmelik her ne kadar “görüş” derecesinde bir rapordan bahsetmekte ise de hekim raporuna ters istikamette karar veribilmesini hâkimden beklemek pek gerçekçi değildir. Hâkim, böyle bir karar verse bile dosyanın akıbetinin “bozma” olması kuvvetle muhtemeldir.⁴⁴

O halde, yapılacak bir mevzuat değişikliğiyle savcıya da ceza sorumluluğuna değerlendirme yetkisi vermek, ceza adalet sistemimizde tezat oluşturmaz, hatta ÇKK’ya hakim olan suç siyaseti içinde daha yerinde bir usul olur. Bunun için öncelikle ÇKK ve Yönetmelik hükümleri “ceza sorumluluğu konusunda karar verme yetkisi savcı veya mahkemeye ait” olacak şekilde değiştirilmelidir.⁴⁵ Bu tarz bir düzenleme, savcının muhakeme sistemi içindeki yerine uygun

⁴³ Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Bs., Seçkin Y., Ankara 2020, s. 236.

⁴⁴ “Suç tarihinde 12-15 yaş grubunda bulunan sanık hakkında Diyarbakır Çocuk Hastalıkları Hastanesi tarafından düzenlenen 23.12.2012 tarihli ve Adli Tıp Şube Müdürlüğü’nce düzenlenen 20.11.2012 sayılı raporlarda işlediği iddia olunan suçun hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmiş olduğu saptanmasına karşın, sanığın ceza sorumluluğunu tesbite tek başına esas alınması olanaklı olmayan 27.12.2013 tarihli sosyal inceleme raporu ve hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi olanaklı olmayan teknik bulgu içermeyen mahkeme gözlemine dayanılarak, yerinde ve yeterli olmayan gerekçe ile yazılı şekilde karar verilmesi...” (Yargıtay 6. CD., 2015/2514 E., 2018/4542 K., 18.06.2018)

⁴⁵ Ayrıca, Yenisey’in belirttiği Alman sistemi de bu konuda yapılacak değişiklikler için ilham kaynağı olabilir: “Eğer çocuğun ceza sorumluluğuna sahip olmadığı açıkça belli ise savcı soruşturma açamaz. Bu gibi hallerde bir ‘başlangıç şüphesi’ (Anfangsverdacht) mevcut bulunmadığı için savcının soruşturma evresine başlamayı reddeden bir karar vermesi gerekir; kovuşturmaya yer olmadığı kararı değil (nicht das Ermittlungsverfahren gem StPO 170/2 einzustellen). Gencin gerekli olgunluğa sahip bulunmadığı sonradan anlaşılırsa, soruşturma başlamış olduğu için savcı soruşturmaya son verir (StPO 170/2). Yeterli olgunluğun mevcut olmadığı ileride, ancak duruşma sırasında anlaşılırsa mahkeme davanın düşmesi veya beraat kararı verir (JGG 47/1, Nr.5). Ceza sorumluluğu olmayan çocukların mahkemede tanık olarak dinlenmesi mümkündür. Savcı soruşturma açmama veya kovuşturmaya yer olmadığına dair bir karar verir veya mahkemece beraat kararı verilirse, bu kararlar özel bir ‘eğitim siciline’ (Erziehungsregister) (BZRG 60/1, Nr.6) kaydedilir. Ancak, ceza sorumluluğu olmayan bu çocuklar hakkında, geniş kapsamlı tedbirler vardır. Bu tedbirler, aile mahkemesi tarafından, Alman Medeni Kanunu ve Gençlerin Korunması Hakkındaki Kanun hükümlerine dayanarak (KJHG), uygulanabilmektedir.” (Feridun Yenisey, “Mukayeseli Hukuk Açısından Ceza Sorumluluğu Yaşı ve Ceza Sorumluluğu

olmasının yanında çocuğun üstün yararına da daha çok hizmet edecektir. Esas itibarıyla ceza sorumluluğu bulunmayan, sonuçta güvenlik tedbiri alacak bir çocuğu “suça sürüklenen çocuk” sıfatıyla kovuşturmaya taşımamanın kimseye bir faydası yoktur. Bütün bu işler soruşturma evresinde sonuçlandırılabilmelidir.

Çocuğun ceza sorumluluğunu bir an önce tespit etmek gerektiğine şüphe yoktur. Hâkimin önüne aylar sonra gelen dosya, adli tıpa bir o kadar süre sonra giden çocuk, olayın üzerinden yıllar geçen dosya ile birlikte hem suç tarihindeki kusur yeteneğini bulmak çok güçleşmekte⁴⁶ hem de çocuk hukukunda “*adil, etkili ve süratli bir usul izlenmesi*” yönündeki ilke (ÇKK m. 4/1-f) aşınmaktadır. Ayrıca, Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 40/3. maddesinde belirtilen “*ceza yasasını ihlal ettiği iddiası ileri sürülen, bununla itham edilen ya da ihlal ettiği kabul olunan çocuk bakımından adli kovuşturma olmaksızın önlemler almak*” yükümlülüğü de göz ardı edilmiş olmaktadır.⁴⁷ Çocuk adalet sisteminin temel amacı çocukların özel durumlarına uygun muameleye tabi tutulması, her durumda yararlarının gözetilmesi, korunması ve adalet mekanizmasının yıpratıcı süreçlerinden en az zararla çıkmalarının sağlanmasıdır.⁴⁸ Çocuk adaletinde bugün gelinen noktada suça sürüklenen çocuklar için mümkün olduğunca adli kovuşturma yoluna gidilmeksizin şekli olmayan yolda çözüm mekanizmalarının uygulanması benimsenmektedir.⁴⁹ Hal böyleyken kusur yeteneği olmayan ço-

Olmayan Çocuklar ve Gençler İçin Ceza Hukukunda Uygulanan Alternatif Yaptırımlar”, 2007, s. 11, (çevrimiçi) <http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr> erişim tarihi: 15.01.2023)

⁴⁶ “Suça sürüklenen çocuk hakkında suç tarihinden hemen sonra alınan Karaman Devlet Hastanesinin 20/08/2014 tarihli raporunda “Suça sürüklenen çocuğun işlediği fiile yönelik farik ve mümeyiz olduğuna” dair kanaat bildirildiği, Dairemizin 23/09/2021 tarihli bozma ilamı mahkemece yanlış değerlendirilerek suça sürüklenen çocuk hakkında yeniden bu yönden rapor aldırıldığı ve Ankara Şehir Hastanesi Çocuk ve Ergen Psikiyatrisi Bölümü’nün 10/01/2022 tarihli raporunda; “Olayın üzerinden yaklaşık 7 yıl kadar zaman geçtiği, şimdiki dönemde suça sürüklenen çocuğun hukuki anlam ve sonuçlarını yeterince algıladığı, ancak geriye dönük olarak yedi yıl önceki döneme ilişkin 2014 yılında işlediği hırsızlık suçunun sezginini olup olmadığı yönünde kesin bir değerlendirme yapılamayacağından suç tarihi itibarı ile üzerine atılı suça yönelik cezai ehliyeti olup olmadığı, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayıp algılayamadığı, bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin olup olmadığı hususunda net tıbbi kanaat bildirmenin mümkün olmadığı” bildirildiğinin anlaşılması karşısında; raporlar arasında bir çelişki bulunmadığından tebliğnamedeki 2 no’lu bozma düşüncesine iştirak edilmemiş, dosya içeriğine göre diğer temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.” (Yargıtay 2. CD., 2022/7220 E., 2022/18251 K., 03/11/2022)

⁴⁷ Sözleşmenin orijinal metni ve resmi çevirisi: https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/coktaraflioz/bm/bm_08.pdf

⁴⁸ Zeki Karataş ve Aliye Mavili, “Çocuk Adalet Sisteminde Suça Sürüklenen Çocuklara Yönelik Uygulamalarda Karşılaşılan Sorunlar”, *Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi*, S. 45, Aralık 2019, 1013-1043, s. 1017

⁴⁹ Uğur Tekin, “Çocuk Yargılamasında Avrupa’daki Yeni Uygulamalar”, Çocuklar ve Suç- Ceza içinde, Ed.: Kayıhan İçel, Yener Ünver, Ankara 2005, s. 487.

çocuklarda uzlaşma da uygulanamadığından⁵⁰ işin doğrudan doğruya mahkemeye intikal ettirilmesi, çocuk adaletine uygun bir durum değildir.

Önerimiz, savcının ceza sorumluluğunun bulunmadığına dair değerlendirme yapabilme yetkisine sahip olması ve bu doğrultuda KYOK ile birlikte güvenlik tedbiri talep edebilmesine yönelik mevzuat değişikliğinden ibarettir. Bu değişiklik sadece mahkemeleri değil, ayrıca ve her şeyden önce suça sürüklenen çocukları rahatlatacaktır.

D. 15-18 YAŞ GRUBU SUÇA SÜRÜKLENEN ÇOCUKLAR

TCK bu gruptaki çocukların yaş küçüklüğünün kusur yeteneğine ve ceza sorumluluğuna kısmi bir etkisinin olduğunu kabul etmiştir. Bu kısmi etki nedeniyle on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış SSÇ'lerin cezalarında indirim öngörülmüştür (m. 31/3). Kusur yeteneğinin normatif olarak azalmış olması karşısında, bu gruptaki çocukların algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip olup olmadıkları araştırılmaz.⁵¹

15-18 yaş grubu çocukların yargılamasında kusur yeteneği tıbben araştırılmasa da sosyal inceleme raporu alınmalıdır. Bu rapor, cezanın bireyselleştirilmesi, takdiri indirim, seçenek yaptırımın belirlenmesi ve hükmün açıklanma-

⁵⁰ “Uzlaşma hükümlerinin uygulanabilmesi için her şeyden önce failin ‘soruşturulabilir’ veya ‘kovuşturulabilir’ olması zorunludur. Failin soruşturulabilir ve kovuşturulabilir olmasından maksat, failin ceza kovuşturmasına tabi olması, yani muhakeme (soruşturma ve kovuşturma) şartlarının bulunmasıdır. Bir failin soruşturulabilir olması, uzlaşma hükümlerinin uygulanabilmesi için tek başına yeterli değildir. Ayrıca, failin cezalandırılabilir olması, yani kusurunu ortadan kaldıran nedenlerin bulunmaması da gereklidir. Failin yaşının küçüklüğü, sağır ve dilsizlik, akıl hastalığı gibi nedenlerle kusur yeteneğinin bulunmadığı hallerde faile ceza verilemez. Uzlaşma güvenlik tedbirlerinin değil, ceza sorumluluğunun alternatifidir. Bu nedenle bu kişilere karşı güvenlik tedbiri uygulanabilir ise de ceza verilemediğinden, uzlaşma hükümlerinin uygulanması mümkün bulunmadığından...” (Yargıtay 8.CD, 2017/13852 E., 2018/1956 K., 26/02/2018) Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Sertaç Işıka, “Uzlaştırma Sürecinde Suça Sürüklenen Çocuklara İlişkin Bazı Sorun ve Değerlendirmeler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 151, 2020, s. 61-84.

⁵¹ Koca ve Üzülmüş, s. 323. Bu duruma rağmen Yargıtay’ın bu yaş grubundaki çocuklar için de kusur yeteneğinin araştırılmasına ilişkin kararları bulunmaktadır: “5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nun 35. maddesi ve Çocuk Koruma Kanunu’nun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkındaki Yönetmeliğin 20 ve 21. maddeleri uyarınca; fiil işlendiği sırada 15-18 yaş grubu içerisinde bulunan suça sürüklenen çocuğun işlediği failin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin olup olmadığının takdiri bakımından, mahkemece sosyal inceleme raporu alınmadan veya alınmaması durumunda gerekçesi kararda gösterilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması...” (Yargıtay 6. CD., 2021/21241 E., 2022/16820 K., 01.12.2022) Söz konusu kararda sosyal inceleme raporu alınmamasının bir eksiklik olarak görülmesi yerindedir, fakat gerekçe doğru değildir. Çünkü sosyal inceleme raporu bu yaş grubu çocuklar bakımından kusur yeteneğinin araştırılmasına değil, ceza yaptırımının bireyselleştirilmesine hizmet eder.

sının geri bırakılması gibi hususlarda göz önünde bulundurulmalıdır.⁵² Hatta savcı da soruşturma aşamasında sosyal inceleme raporu temin ederek kamu davası açmayı erteleyip ertelememeyi bu minval üzere düşünebilir.

TCK 31/3. maddede belirtilen indirim oranlarının tatbikinde 15 yaşını yeni doldurmuş SSÇ ile 18 yaşını doldurmasına çok az zaman kalmış SSÇ arasında fark gözetilmesi gerekir. İlkine azami indirim, ikincisine makul bir indirim ceza adaletine daha uygun olacaktır. Yaş büyüdükçe ceza sorumluluğuna etkisi azalır.⁵³

III. SUÇA SÜRÜKLENEN ÇOCUKLARA ÖZGÜ GÜVENLİK TEDBİRLERİ

Güvenlik tedbirlerinde temel amaç toplumun tehlikeli suçlu karşısında korunması iken çocuklara özgü güvenlik tedbirleriyle çocuğun topluma kazandırılması, zararlı eğilimlerinin önüne geçilmesi, aile ve çevreyle uyumunun kolaylaştırılması ve suçluluğunun önlenmesi hedeflenmektedir.⁵⁴ Bu gerçeğe rağmen çocuklara özgü güvenlik tedbirleri, TCK'nın yaptırımlar başlığı altında yer alan 56. maddesinde düzenlenmiş, tedbirlerin türü ve usulü için de ilgili kanuna gönderme yapılmıştır. Çocuğa özgü güvenlik tedbiri de yaptırım olarak kabul edildiğinden, tedbire uyulmaması halinde devletin bunu zorla yerine getirmesi mümkün olacaktır.⁵⁵

TCK'nın atıfta bulunduğu "ilgili kanun" 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'dur. Güvenlik tedbirlerinin uygulanma usulüne ilişkin bu kanunda hüküm bulunmayan hâllerde Ceza Muhakemesi Kanunu uygulanacaktır (ÇKK m. 42). Ceza Muhakemesi Kanunu'na atıf yapmak yerine, ÇKK'yı çocuklara özgü güvenlik tedbirleri muhakemesi yönünden daha açık, kesin ve ayrıntılı bir hale getirmek yolu seçilmeliydi. Şu an mevzuatımız çocuk haklarının korunmasına yönelik olarak tanıdığı ve belirttiği temel ilkelerle çelişir bir görüntü arz etmektedir.⁵⁶

⁵² Özgenç, s. 383.

⁵³ "12 ile 15 yıl aralığında hapis cezası öngören 5237 sayılı TCK'nin 31/3. maddesinin uygulanması sırasında, suç tarihinde 16 yıl 4 ay 1 gün yaşında olan suça sürüklenen çocuk Suat hakkında, yaşıyla orantılı olarak makul düzeyde bir ceza tayini yerine, yazılı şekilde 12 yıl hapis cezasına hükmedilmesi suretiyle eksik ceza tayini aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır." (Yargıtay 1. CD., 2022/1779 E., 2022/5833 K., 29.06.2022)

⁵⁴ Beşir Aslan, *Ceza Hukukunda Yaş Küçüklüğü*, 2. bs, Seçkin Y., Ankara 2012, s.145-146. Çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulamadaki karşılığı, usulü ve kararların türüne ilişkin ayrıntılı bir çalışma için bkz. Burçak Kaya, *Türk Hukukunda Çocuklara Özgü Güvenlik Tedbirleri*, *Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul 2019.

⁵⁵ Mahir Topaloğlu, *Türk Hukukunda Çocuklara Özgü Güvenlik Tedbirleri*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2010.

⁵⁶ Öztürk, s. 206.



Korunmaya ihtiyacı olan çocuklar için ÇKK'nın 5/1. maddesinde belirtilen "koruyucu ve destekleyici tedbirler", aynı Kanununun 11. maddesi gereğince suça sürüklenen ve ceza sorumluluğu olmayan çocuklar bakımından, çocuklara özgü güvenlik tedbiri türlerini oluşturur. Buna göre, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında güvenlik tedbirleri belirlenmiştir.⁵⁷ Kimileri 5. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan "çocuğun veli veya vasisinin ya da bakım ve gözetiminden sorumlu kimseye teslimi" işlemini altıncı bir tedbir türü olarak ifade etse de⁵⁸ bunun çocuğu korumaya yönelik bir işlem olmakla birlikte güvenlik tedbiri niteliğinde olmadığı düşüncesindeyiz.⁵⁹

Hakkında güvenlik tedbiri uygulanan çocuğun denetim altına alınmasına karar verilebilir. (ÇKK m. 36). Bu durumda ÇKK'nın 37 vd. maddeleri gere-

⁵⁷ ÇKK'nın 5/1. maddesine göre; "a) Danışmanlık tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimselere çocuk yetiştirme konusunda; çocuklara da eğitim ve gelişimleri ile ilgili sorunlarının çözümünde yol göstermeye,

b) Eğitim tedbiri, çocuğun bir eğitim kurumuna gündüzlü veya yatılı olarak devamına; iş ve meslek edinmesi amacıyla bir meslek veya sanat edinme kursuna gitmesine veya meslek sahibi bir ustanın yanına yahut kamuya ya da özel sektöre ait işyerlerine yerleştirilmesine,

c) Bakım tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimsenin herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi hâlinde, çocuğun resmî veya özel bakım yurdu ya da koruyucu aile hizmetlerinden yararlandırılması veya bu kurumlara yerleştirilmesine,

d) Sağlık tedbiri, çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbî bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına,

e) Barınma tedbiri, barınma yeri olmayan çocuklu kimselere veya hayatı tehlikede olan hamile kadınlara uygun barınma yeri sağlamaya, Yönelik tedbirdir."

⁵⁸ Mehmet Akarca, "Çocukların Ceza Hukukundaki Yeri ve Çocukların Korunması", *Fasikül Hukuk Dergisi*, C.III, S. 19, Haziran 2011, s. 9.

⁵⁹ Yargıtay'ın bu konuda çelişkili kararları mevcuttur. Bir kararda (Yargıtay 3. CD., 2018/12153 E., 2019/5403 K., 14.03.2019), "12-15 yaş grubunda olup, işledikleri fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamamaları ve fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneklerinin yeterince gelişmemiş olması nedeniyle haklarında CMK'nın 223/3-a maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilen suça sürüklenen çocuklar hakkında 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinden biri veya birkaçına hükmedilmesi gerekirken, çocukların velilerine teslimi ile yetinilmesi" TCK'nın 31/2. maddesine aykırı bulunmuş iken; başka bir kararda (Yargıtay 17 CD., 2019/9144 E., 2019/10457 K., 11.09.2019), "5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 11 ve 5237 sayılı TCK'nın 31. maddeleri uyarınca çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin; 12 yaşını doldurmamış çocuklar ile aynı maddenin ikinci fıkrasına göre işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan ya da davranışlarını yönlendirme yeteneği yeterince gelişmemiş 12-15 yaş grubunda bulunan çocuklar hakkında uygulanması olanağının bulunduğu gözetilmeyerek, ceza sorumluluğu bulunan ve mahkumiyet kararı verilen suça sürüklenen çocuk hakkında 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 5/3. maddesi uyarınca velisine teslimi tedbirine hükümlenmesi..." bozma sebebi yapılmış, bu işlem bir çeşit güvenlik tedbiri olarak kabul edilmiştir.

ğince denetimli serbestlik müdürlüğü tarafından bir denetim görevlisi görevlendirilir.

Yukarıda açıkladığımız üzere TCK’da çocukların ceza sorumluluğu kademeli olarak farklı hükümlere bağlıdır. Ancak, ÇKK’da ise korunmaya ihtiyacı olan çocuklarla suça sürüklenen çocuklara uygulanacak tedbirler bir bütün olarak ve yaş kademelerinde bir farklılık gözetmeksizin sıralanmıştır.⁶⁰ Suça sürüklenen çocuk ile korunmaya ihtiyacı olan çocuk hakkındaki tedbirlerin de ayrı ayrı düzenlenmesi, bunlar arasında bir öncelik sonralık ilişkisi gözetilmesi gerekmektedir.⁶¹ Bu bağlamda Alman hukuk sisteminde etkili şekilde uygulanan “güvenlik tedbiri olarak yetiştirme” ve “ıslah araçları” gibi araçların çocuk adalet sistemimizde yer almaması da önemli bir eksikliklerdir.⁶²

SSÇ hakkında güvenlik tedbirine hükmedilebilmesi için suçun kasten işlenmiş olması şart değildir, taksirli suçta da tedbir uygulanabilir.⁶³ Belirtmek gerekir ki, TCK ve ÇKK sistemine göre 15-18 yaş grubu çocuklara ve ceza sorumluluğu bulunduğu değerlendirilen 12-15 yaş grubu çocuklara ceza yaptırımının yanında veya tek başına güvenlik tedbiri uygulanması mümkün değildir.⁶⁴ Bu durum, ÇKK’da belirtilen temel ilkeler ile çeliştiği gibi Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye de aykırıdır. Ceza sorumluluğu bulunan çocuklar için “önce tedbir sonra ceza” gibi ara formüller üretilmeli, cezanın son çare (*ultima ratio*) olduğu yaklaşımı mevzuat ve uygulamaya yansıtılmalıdır.⁶⁵

Güvenlik tedbirlerinin usul ve esaslarına, bu kararların yerine getirilmesinde kurumların görev ve sorumluluklarına ilişkin hükümler, “Çocuk Koruma Kanununa Göre Verilen Koruyucu Ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmelik” gereğince yerine getirilir. Bu yönetmelik incelendiğinde gerek tedbir kararlarının verilmesine, uygulanmasına ve

⁶⁰ Dönmezer ve Erman, s. 403; Aslan, s. 149.

⁶¹ Akbulut, s. 555.

⁶² Özaydın, s. 52.

⁶³ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 736. Öte yandan taksirli suçta sonucun öngörülebilirliğini belirleyen ölçütler ile çocuğun dikkat ve özen yükümlülüğü bakımından davranış ve duygularının henüz gelişmemesi gibi sebeplerle ergin bir kişide olması gereken bilinç, özen ve sorumluluğu çocuktan beklememek gerektiğini ve dolayısıyla çocuğun taksirli suça sürüklenemeyeceği hakkında bkz. Halil Güner, “Çocuk Sanıklarda Taksirin ve Bilinçli Taksirin Uygulanabilirliği”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 100, Aralık 2014, Sayfa: 507-522.

⁶⁴ “5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nun 11. maddesi gereğince aynı Kanun’un 5. maddesinde öngörülen koruyucu ve destekleyici tedbirlerin suça sürüklenen ve ceza sorumluluğu olmayan çocuklar bakımından uygulanacağı gözetilmeden, ceza sorumluluğu olan ve mahkumiyetine karar verilen suça sürüklenen çocuklar hakkında 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nun 5/1-a maddesindeki danışmanlık tedbirine hükmedilmesi...” (Yargıtay 2. CD., 2021/6334 E., 2022/18922 K., 15.11.2022)

⁶⁵ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 610; Yenisey, s. 38.



denetimine ilişkin süreçlerin gerekse de çocuk adalet sistemi içinde yer alan görevlilerin niteliklerinin ayrıntılı bir şekilde açıklandığı görülmektedir. Buna karşılık, uygulama bu düzenlemeler ile paralel gelişmemekte, verilen tedbirin çocuğun ihtiyaçlarına uygun olup olmadığı, bu ihtiyaçları karşılayıp karşılamayacağı yeterince değerlendirilmemektedir.⁶⁶ Türk hukukunda mahkemenin kararı uygulayan kurumlardan karar akıbetini sorması nadir rastlanabilecek bir durumdur.⁶⁷ Mahkemelerce tedbir kararının uygulanmasına ilişkin sürecin genellikle denetlenemediği, kararın üzerinden geçen uzun zamana rağmen uygulama planının dahi sunulmadığı ve böylece tedbirin yerine getirilip getirilmediğinin belirsizleştiğini belirtmeliyiz.

Kusur yeteneğini azaltan iki farklı sebebin birleşmesi haline ilişkin olarak ÇKK'nın 12. maddesinde bir çözüm bulunmaktadır. Buna göre, 0-15 yaş grubu suça sürüklenen çocukta akıl hastalığı saptandığında da çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanır. Öte yandan 15-18 yaş grubu SSÇ'nin akıl hastası olması halinde ise akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilecektir. Bu yaş grubu çocuklar hakkında fiili işlediği sırada akıl hastalığı kuşkusu çelişkiye yer vermeyecek bir biçimde giderilmelidir.⁶⁸

Güvenlik tedbirlerinin infazı sırasında da 18 yaşının doldurulmamış olması gerekmektedir. Çocukluktan çıkılınca bu tedbirler de kendiliğinden sona erer. Ancak hâkim, eğitim ve öğrenimine devam edebilmesi için ve kişinin rızası alınmak suretiyle tedbirin uygulanmasına belli bir süre daha devam edilmesine karar verebilir (ÇKK m. 7/6). Yargıtay, suçu işlediği sırada 12-15 yaş grubu ceza sorumluluğu bulunmayan SSÇ hakkında yargılama sırasında 18 yaşını doldursa da güvenlik tedbirine hükmedilmesi gerektiği düşüncesindedir.⁶⁹

⁶⁶ Kaya, s. 180.

⁶⁷ Kaya, s.171.

⁶⁸ “Suça sürüklenen çocuk hakkında soruşturma aşamasında tanzim olunan raporun gerek içerik bakımından gerekse tek hekim imzasıyla tanzim edilmesi nedeniyle hükme esas alınmayacağı, dava dosyasına sunulan 14.01.2015 tarihli engelli sağlık kurulu raporu ile kovuşturma aşamasında temin olunan 15.03.2021 tarihli sağlık kurulu raporunun aynı düzeydeki birimlerce tanzim olduğu ve 15.03.2021 tarihli sağlık kurulu raporunda suça sürüklenen çocuğun, yargılamaya konu kasten öldürme suçunun belirtilmediği, her iki raporun içerikleri arasında çelişki bulunduğu gözetilerek suça sürüklenen çocuğun Adli Tıp Kurumu Başkanlığı Gözlem İhtisas Dairesine sevki ile yapılacak gözlem neticesinde tanzim olunacak adli muayene raporunu müteakip aynı Kurumun 4. İhtisas Kurulundan temin olunacak rapor itibarıyla 5237 sayılı Kanun’un 32 nci maddesi kapsamında bulunup bulunmadığının tespiti ile her iki rapor arasında çelişki bulunması hâlinde Adli Tıp Kurumu Üst Kurulundan rapor alınması gerekirken eksik inceleme ile mahkûmiyet hükmü kurulması, hukuka aykırı bulunmuştur.” (Yargıtay 1. CD., 2022/6937 E., 2022/9091 K., 21.11.2022)

⁶⁹ “Suç tarihinde 12-15 yaş grubunda yer alan ve dosya kapsamına göre işlediği hırsızlık fiilinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olduğu anlaşılan suça sürüklenen çocuk hakkında ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin karar verilirken, ayrıca suça sürüklenen çocuğun suç tarihi itibarıyla

Mevzuatımızda ayrı bir güvenlik tedbirleri muhakemesi kanunu bulunmadığından uygulamada zaman zaman bu yaptırımların usulünde ve denetiminde tereddüt yaşanabilmektedir. Güvenlik tedbirlerinin kanun yolu muhakemesi bu duruma verilebilecek örneklerden biridir. CMK'nın 267. maddesi hâkim kararına itiraz, 272. maddesi ise mahkeme "hükmüne" istinaf esaslarını öngörmektedir. Biz bu nedenle SSÇ hakkındaki güvenlik tedbiri eğer talep üzerine kovuşturma başlatılmaksızın verilmiş ise itiraz, iddianame üzerine başlatılan kovuşturma neticesinde hüküm olarak verilmişse istinaf kanun yolunun açık olacağı düşüncesindeyiz. Tedbirin icrası için ilkinde itirazın sonucunu beklemeye gerek yoktur; ikincisinde hükmün kesinleşmesini beklemek gerekir.⁷⁰

SONUÇ

Ceza adalet sistemimiz, çocuk haklarını ve çocuğun üstün yararını koruyan ve gözetilen düzenlemeler içermektedir. Ancak bunlar çocuk adalet sistemimizi "çocuk odaklı" yapmaya yeter nicelik ve nitelikte değildir. Mevzuat sistematığı, kanun koyucunun neyi nereye ait gördüğüne dair önemli bir göstergedir. Örneğin, çocukların ceza sorumluluğuna ilişkin hükümlerin Ceza Kanununda yer alması, çocuğu önceleyen bir yaklaşıma uymamaktadır. Bu hususta tıpkı güvenlik tedbirleri konusunda yapıldığı gibi ÇKK'na atıf yapmakla yetinilerek sorumluluğa ilişkin düzenlemenin ilgili kanuna bırakılması daha uygun olurdu. ÇKK'da ise suçla sürüklenen çocuk ile korunmaya ihtiyacı olan çocuk hakkındaki tedbirlerin aynı olması, bunlar arasında nitelik farkı ve öncelik-sonralık ilişkisi gözetilmemesi ayrı bir sorundur.

Hukukumuzda güvenlik tedbirleri muhakemesine ilişkin genel bir kanun olmadığı gibi çocukların güvenlik tedbiri muhakemesini düzenleyen ayrı bir usul kanunu da bulunmamaktadır. Çocuk Koruma Kanunu bu ihtiyacı karşılamaktan uzaktır. Bu durum, çocukların istikrarlı ve öngörülebilir bir uygulamaya muhatap olmamasına yol açan sebeplerden biridir.

bulunduğu durum dikkate alınarak, TCK'nın 31/2, 56 ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 5, 11. maddeleri uyarınca çocuklara özgü güvenlik tedbirine hükmedilmesi gerektiği ve bu tedbirin uygulanmasına ilişkin hususun ise infaz aşamasında dikkate alınabileceği gözetilmeden, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun "Tedbirin uygulanması, onsekiz yaşın doldurulmasıyla kendiliğinden sona erer. Ancak hâkim, eğitim ve öğrenimine devam edebilmesi için ve rızası alınmak suretiyle tedbirin uygulanmasına belli bir süre daha devam edilmesine karar verebilir." şeklindeki 7. maddesinin 6. fıkrasının mahkemece hatalı olarak yorumlanması sonucu "SSÇ'nin yargılama aşamasında 18 yaşını ikmal ettiği anlaşılacakla, yasal şartları oluşmadığından SSÇ hakkında herhangi bir tedbire karar verilmemiştir." şeklindeki gerekçeyle, çocuklara özgü güvenlik tedbirine hükmedilmemek suretiyle yazılı şekilde karar verilmesi..." (Yargıtay 2. CD., 2022/10529 E., 2022/19273 K., 21/11/2022)

⁷⁰ Topaloğlu, s. 130.



12 yaşını doldurmamış çocuk, ne bir ceza ilişkisinin ne de usuli bir işlemin tarafı olabilir. Bu kuralın 12-15 yaş arasında olup da kusur yeteneği bulunmayan çocukları kapsamaması, çocuk adaletimizdeki problemleri alanlardan bir diğeridir. Sorunun kaynağı, ceza sorumluluğunu takdir ve değerlendirme yetkisinin münhasıran mahkemeye bırakılmış olmasıdır. Bu yetki savcıya da verilmeli, algılama ve irade etme yeteneği gelişmemiş çocuk, sanık sandalyesinde adliye ortamını tecrübe etmek zorunda kalmamalıdır. 12 yaşını doldurmayan çocuklar için getirilen kovuşturma yasağı, kusur yeteneği bulunmayan 12-15 yaş grubu çocuklar için de geçerli olmalı, tıpkı ilk gruptaki çocuklar için olduğu gibi bu yaş aralığındaki çocuklar için de gerektiğinde savcının güvenlik tedbiri talebi, hâkim tarafından kovuşturmasız şekilde değerlendirilmelidir. Bu yönde yapılacak mevzuat değişikliği, çocuğun üstün yararı ilkesine ve çocuk koruma kanununa hâkim olan hukuk politikasına daha uygun olacaktır.

Aynı şekilde, 15-18 yaş grubundaki çocuklar ile ceza sorumluluğu bulunan 12-15 yaş grubu çocuklara herhangi bir tedbir uygulanamaması, yani bu çocuklara indirimli de olsa sadece ceza yaptırımını uygulanması, ÇKK'da belirtilen temel ilkeler ile çeliştiği gibi tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelere de aykırıdır. Bu çocuklar için de cezanın son çare olduğu yaklaşımı etkin bir şekilde mevzuat ve uygulamaya yansıtılmalıdır.

Bir diğer sorun, kusur yeteneğini tespit sürecinde çocuğun maruz kaldığı adli bürokrasidir. Adli tıptan randevu alınması, çocuğun suç tarihinden aylar sonra adli tıp önüne getirilmesi, bunların kolluk-ebeveyn-çocuğun ortak emek ve mesaisi ile gerçekleşmesi, sonrasında yapılan masraflara ilişkin yeni bir bürokrasinin beklenmesi ile ortaya çıkan tablo çağın çocuk adaleti anlayışına uygun değildir.

KAYNAKÇA

Akarca, Mehmet, “Çocukların Ceza Hukukundaki Yeri ve Çocukların Korunması”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, C. III, S. 19, Haziran 2011.

Akbulut, Berrin, “Ceza Mevzuatında Çocuk ve Çocukların Yakalanması, Gözaltına Alınması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19/2, Nur Centel'e Armağan, 2013.

Artuk, Mehmet Emin, Gökçen, Ahmet ve Yenidünya, A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bs., Turhan Kitabevi, Ankara 2007.

Aslan, Beşir, *Ceza Hukukunda Yaş Küçüklüğü*, 2. bs, Seçkin Y., Ankara 2012.

Kaya, Burçak, *Türk Hukukunda Çocuklara Özgü Güvenlik Tedbirleri*, *Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul 2019.

Centel, Nur, Zafer, Hamide ve Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Bs., Beta Yayınları, İstanbul 2020.

Centel, Nur ve Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Bs., Beta Yayınları, İstanbul 2008.

Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Bs., Seçkin Y., Ankara 2020.

Dönmezer, Sulhi ve Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. II, 14. Bs., Der Y., İstanbul 2019.

Güner, Halil, “Çocuk Sanıklarda Taksirin ve Bilinçli Taksirin Uygulanabilirliği”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 100, Aralık 2014.

Hafizoğulları, Zeki ve Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bs., US-A Yayıncılık, Ankara 2012.

Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bs. Seçkin Y., Ankara 2007.

İçel, Kayıhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. Bs., Beta Yayınevi, İstanbul 2018.

İpek, Aydın, “Çocuk Haklarının Gelişimi ve Karşılaştırmalı Olarak Anayasal Açından Değerlendirilmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20/1, 2012.

Işıka, Sertaç, “Uzlaştırma Sürecinde Suça Sürüklenen Çocuklara İlişkin Bazı Sorun ve Değerlendirmeler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 151, 2020.

Karataş, Zeki ve Mavili, Aliye, “Çocuk Adalet Sisteminde Suça Sürüklenen Çocuklara Yönelik Uygulamalarda Karşılaşılan Sorunlar”, *Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi*, S. 45, Aralık 2019.

Kaya, Burçak, Türk Hukukunda Çocuklara Özgü Güvenlik Tedbirleri, *Yüksel Lisans Tezi*, İstanbul 2019.

Koca, Mahmut ve Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bs., Seçkin Y., Ankara 2021.

Özaydın, Özlem, “Türk - Alman Ceza Hukuk Sisteminde Kusur Yeteneğini Etkileyen Hal Olarak Yaş Küçüklüğü”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 5, Nisan 2010.

Özbek, Veli Özer, Doğan, Koray ve Bacaksız, Pınar, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Bs., Seçkin Yayınları, Ankara 2021.

Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Bs., Seçkin Y. Ankara 2014.

Öztürk, Bahri, “Türkiye’de Çocuk Güvenlik Tedbirleri (Ceza) Hukukunun Temel Sorunları”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 2, Temmuz 2017.



Öztürk Bahri ve Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 20. Bs., Seçkin Y., Ankara 2020.

Saruç, Semra ve Kayma Güneş, Derya, “Suçta Sürüklenen Çocuklar Hakkında Hazırlanan Sosyal İnceleme Raporlarının Mahkeme Kararlarına Etkisi”, *Toplum ve Sosyal Hizmet Dergisi*, Cilt 25, Sayı 1, Nisan 2014.

Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*; 9. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

Tekin, Uğur, “Çocuk Yargılamasında Avrupa’daki Yeni Uygulamalar”, *Çocuklar ve Suç-Ceza içinde*, Ed.: Kayıhan İçel, Yener Ünver, Ankara 2005.

Topaloğlu, Mahir, *Türk Hukukunda Çocuklara Özgü Güvenlik Tedbirleri*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2010.

Toroslu, Nevzat ve Toroslu, Haluk, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 25. Bs., Savaş Yayınevi, Ankara 2019.

Töngür, Ali Rıza ve Çetintürk Ekrem, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Y., Ankara 2020,

Yalçın, Türkan ve Köprülü, Timuçin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları*, 5. Bs. Savaş Y., Ankara 2018.

Yelesdağ, Hayati, *Ceza Hukukunda Çocuk Kavramı Ve Cezai Sorumluluğunun Belirlenmesindeki Kriterler*, *Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul 2006.

Yenisey, Feridun ve Nuhoglu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Bs., Seçkin Y., Ankara 2020.

Yenisey, Feridun, “Mukayeseli Hukuk Açısından Ceza Sorumluluğu Yaşı ve Ceza Sorumluluğu Olmayan Çocuklar ve Gençler İçin Ceza Hukukunda Uygulanan Alternatif Yaptırımlar”, (çevrimiçi) <http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr>, 2007.

Yüksel, Hale Akdağ, TCK’da Düzenlenen Kusurluluğu Kaldıran ve Azaltan Nedenler, *Doktora Tezi*, Ankara 2018.

İNGİLTERE, ABD, ALMANYA VE FRANSA'DA VERGİ SUÇLARI VE YARGILAMA SÜRECİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ*

*Evaluation of Tax Crimes and Jurisdiction
in England, USA, Germany and France*

Ersan ÖZ**

Cansu SEVİNÇ CEYHAN***

ÖZET

Vergi kanunlarında mükelleflere yüklenen ödevlerin mükellefler tarafından ihlal edilmesi halinde mükellefler çeşitli yaptırımlara tabi tutulmaktadır. Vergi kanunlarının ihlaline neden olan davranışlar, ihlalin derecesine göre vergi kabahatleri ve vergi suçları olarak adlandırılmaktadır. Hemen her ülkede, hafif olarak kabul edilen vergi ihlalleri para cezasına tabi tutulmakta iken ağır ihlaller suç kabul edilerek hürriyeti bağlayıcı cezaya tabi tutulmuştur. Çalışmamızın amacı, vergi suç ve ceza sisteminin ve yürütülen yargılama sürecinin aydınlatılarak evrensel yargılama ilkeleri bağlamında değerlendirilmesidir. Farklı yargılama sistemine sahip ülkeler arasından İngiltere, Amerika Birleşik Devletleri, Almanya ve Fransa seçilmiştir. Seçilen ülkelerde vergi suçları ve cezaları, sistematik yeri saptanarak incelenmiş; ardından vergi suçlarının yargılama süreci, soruşturma ve kovuşturma evrelerine ayrılarak değerlendirilmiştir. Çalışmamızın sonucunda farklı hukuk sistemlerindeki ülke örnekleri incelenerek vergi suçlarının yargılama sürecinin bir bütün olarak değerlendirilmiş, bu bağlamda sorunlar saptanarak çözüm önerileri sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Vergi suç ve cezaları, vergi suçlarında soruşturma, vergi suçlarında kovuşturma, vergi suçlarının yargılanması.

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 19.01.2023*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 13.06.2023*

* Bu çalışma, Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde hazırlanan “Türkiye ve Seçilmiş Ülkelerde Vergi Suçlarının Yargılanma Süreci ve Evrensel Yargılama İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi” başlıklı doktora tez çalışmasından üretilmiştir.

** Prof. Dr., Pamukkale Üniversitesi İİBF Maliye Bölümü, ersanoz@pau.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-1847-8841>.

*** Dr. Ar. Gör., Pamukkale Üniversitesi İİBF Maliye Bölümü, csevinc@pau.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-4616-3676>.

ABSTRACT

Taxpayers are subject to various sanctions in case of violation of duties by tax laws. Actions that cause violations of tax laws are called tax misdemeanors and tax crimes according to the degree of violation. In almost every country, tax violations, which are regarded to be minor, are subject to fines, while serious violations are regarded crimes and subject to freedom-binding punishment. The aim of the study is to evaluate and illuminate the role and effects of the tax administration, prosecutor's office and the court in this judgement process of the tax crime and punishment system. For this purpose, England and the United States of America, which use the Anglo-Saxon legal system, and Germany and France, which use the Continental European legal system, were selected from the different countries. In selected countries, tax crimes and penalties were systematically located and examined; Then, the trial process of tax crimes was evaluated by dividing it into investigation and prosecution. As a result of our study, the country examples in different legal systems were examined and the trial process of tax crimes was evaluated as a whole, problems were determined in this context and solutions were presented.

Key Words: Tax crimes and penalties, investigation in tax crimes, prosecution in tax crimes, jurisdiction in tax crimes.

GİRİŞ

Vergi, medeni bir toplumun ve sosyal hukuk devletlerinin idamesi için temel yapı taşı olarak kabul edilmektedir. Vergiye atfedilen bu önem neticesinde verginin ne zaman ve nasıl ödeneceği kanunlarda ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Her toplumda bazı bireyler, kendisinden istenen vergiyi ödememek için çeşitli yasal veya yasadışı işlemlere başvurmaktadır. Devlet ise faaliyetlerinin devamı bakımından ihtiyaç duyduğu asli kaynağın tahsil edilmesi için çeşitli önlemler olarak vergi düzeninin korunmasını amaçlamaktadır. Vergi kanunlarına aykırı davranarak vergi ödemeyen veya verginin tahakkukuna engel olan kişiler hakkında yaptırım uygulanması da alınan ilk önlemler arasındadır.

Vergi kanunlarına aykırı davranışlar, niteliklerine göre farklı türde yaptırımı tabi tutulmaktadır. Kanun koyucunun hafif olarak nitelendirdiği davranışlar, vergi kabahati olarak nitelendirilmekte ve yaptırım olarak idari para cezası öngörülmektedir. Ağır ihlal olarak kabul edilen davranışlar ise suç olarak nitelendirilmekte, hem idari para cezası hem de adli para cezası ve/veya hürriyeti bağlayıcı ceza aynı anda uygulanmaktadır. Yaptırımı tabi fiillerin neler olduğu ve yaptırımın türü ve miktarı her ülkede kabul edilen ekonomi ve adalet sisteminde göre değişiklik göstermektedir.

I. VERGİ SUÇU KAVRAMI

Vergi suçları ile devletin kayıtlı ve belgeli ekonomik düzeni dışında bir ticaret düzeni oluşturmak hedeflenmektedir. Bu durumun iki temel sebebi vardır: ilki devletin ticaretini yasakladığı eşyanın ticaretinin yapılması, ikincisi ise devlete ödenmesi gereken vergi ve benzeri yükümlülüklerin ödenmemesidir.

Her hâlükârda, özellikle kaçakçılık fiilleri ile devletin ekonomik sınırlarının aşılması söz konusudur. Bu durum, kayıt dışı ekonomi olarak adlandırılan yasa dışı ekonomik düzenin oluşması ile neticelenmektedir. Vergi ödememenin hazineye ve diğer mükelleflere verdiği ekonomik zarardan dolayı vergi suçları ekonomik suç olarak kabul edilmektedir. Bu nedenlerle kaçakçılık suçu, ekonomik bir suç tipi olarak kabul edilmektedir¹.

1981 yılında Avrupa Konseyi'ne sunulan “Ekonomik Suçlar Hakkında Rapor” da ekonomik suç olarak tasniflenen 16 grup fiilin arasında bilanço hilesi, muhasebe yükümlülüklerinin ihlali gibi fiiller de yer almaktadır. Raporda ekonomik suçlar için yalnızca para cezasının yeterli olmadığı; hapis cezasının da uygulanması gerektiği vurgulanmıştır². Bugün pek çok ülkede, ekonomik suçlar için hem idari para cezası hem de hürriyeti bağlayıcı ceza bir arada uygulanmaktadır. Vergi suçları bakımından da yalnızca vergi kaybı yaratan yahut vergi kaybı yaratmadığı halde vergi düzenine aykırı olan davranışlar kabahat olarak nitelendirilmiş ve yaptırım olarak idari para cezası öngörülmüştür. Vergi kaybının hileli hareketlerle yaratılması yahut sahtecilik gibi hareketlerle vergi düzeninin suiistimal edilmesi halinde ise mali yaptırımla yetinilmemiş; hapis cezası da öngörülmüştür³.

Hakkında idari para cezası öngörülen fiiller vergi kabahati, hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülen fiiller ise vergi suçu olarak nitelendirilmektedir. Vergi suçları kamu düzeninin bozulmasına sebep olmakta iken vergi kabahatleri idari ve mali düzenin bozulmasına sebep olmaktadır⁴. Vergi kabahatleri, idare tarafından tespit edilerek cezası da yine idare tarafından uygulanmaktadır. Ancak suçlarda suçun işlenip işlenmediği ve fiilin nitelendirmesi yargı (asliye ceza mahkemeleri) tarafından tespit edilerek cezası da yine yargı tarafından uygulanmaktadır. Hangi fiillerin vergi kabahati, hangi fiillerin vergi suçu olduğu ise ülkenin ekonomik ve siyasi düzeni ile kanun koyucunun politikasına bağlı olarak belirlenmektedir. Dolayısıyla her bir ülkede vergi suçu olarak belirlenen fiiller ve bu fiillerin işlenmesi halinde öngörülen ceza farklılık göster-

¹ Ekonomik suçlar, Büyük Buhran ve İkinci Dünya Savaşı ile dikkat çekmeye başlamıştır. Teorik olarak ilk defa 1940'ta Sutherland tarafından “Beyaz Yaka Suçları” olarak literatüre girmiştir. *Edwin H. Sutherland, 'White Collar Criminality' (1940) 5(1) American Sociological Review 1, 2*. Daha sonra meslek suçları, nüfuzlu suçlar gibi çeşitli kavramlar üzerinde çalışılmıştır; ancak ekonomik suçların genişliği ve tasniflenmesindeki zorluklar sebebiyle günümüzde ekonomik suç üst başlığı kullanılmaktadır. *Mustafa Erkan Üyümez, Türkiye'de Vergi Ceza Sisteminin Vergi Suçlarını Önlemedeki Etkisi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, (Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004) 46-49*.

² Council of Europe Committee of Ministers, *Recommendation No. R (81) 12, Of The Committee Of Ministers To Member States On Economic Crime, (1981) 3*.

³ Doğan Şenyüz, *Vergi Ceza Hukuku*, (10. Bası, Ekin 2017) 349.

⁴ İbrahim Organ ve Tülay Baran, ‘İdari ve Adli Para Cezalarının Karşılaştırılması’ Ömer Halisdemir Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi (2020) 13(4) 792, 801.

mektedir. Bu nedenle, çalışma kapsamında seçilen ülkelerin vergi ceza hukuku sistemleri ayrı ayrı incelenmiştir.

II. SEÇİLEN ÜLKELERDE VERGİ SUÇLARI VE CEZALARI

Çalışmada, İngiltere, Amerika Birleşik Devletleri, Fransa ve Almanya'daki vergi suçları ile vergi suçlarının yargılama usulü incelenmektedir. Ülke seçiminde, Anglosakson ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerine dâhil olan ülkelerin vergi ceza yargılamasının karşılaştırılabilirliği amacı gözetilmiştir. Bu nedenle, çalışma kapsamına Anglosakson hukuk sistemini uygulayan ülkeler olarak İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD); Kıta Avrupası hukuk sistemini uygulayan ülkeler olarak Fransa ve Almanya alınmıştır. Çalışmanın esas odak noktası ise vergi suçlarının yargılama usulüdür. Verginin kendine ait teknik yapısı, kimi zaman vergi yargısında görevli olan hâkim ve savcılar bakımından nitelendirilmesini güçleştirmektedir. Bu bağlamda, vergi idaresinin soruşturma ve kovuşturma evrelerine etkisi, vergi suçlarının yargılanma sürecinde delillerin toplanması ve suçun nitelendirilmesi bakımından yaşanan zorluklar, soruşturma ve kovuşturma evrelerinde vergi suçları özelinde yapılması gereken işlemler incelenecektir.

Çalışma kapsamına alınan ülkelerde vergi suçuna konu olan fiiller düzenlenmiştir. Buna göre seçilen ülkelerin tamamında ağır ihlaller için hapis cezası ve para cezası öngörüldüğü tespit edilmiştir. Tablo 1'de görüldüğü üzere, vergi yaptırımına en ağır yaptırım uygulayan ülke ABD'dir. Ancak ülkelerdeki ekonomik ve siyasi düzene göre öngörülen hapis ve para cezası miktarı farklı olmakta ise de tüm ülkelerde hem hapis cezası hem de para cezası öngörülmektedir.

Tablo 1: Seçilen Ülkelerde Vergi Suçlarına Öngörülen En Ağır Ceza

Ülke	Suçun Düzenlendiği Yer	Adli para cezası	Öngörülen en hafif hapis cezası süresi	Öngörülen en ağır cezası süresi	Kademeli ceza artışı	Şirketlerin fail olması
İngiltere	Vergi kanunları + Ceza kanunları	var	6 aya kadar	7 yıla kadar hapis ve sınırlanmamış para cezası	var	var
ABD	Vergi kanunu	var	1 yıla kadar	5 yıla kadar hapis ve 100.000\$ (şirket ise 500.000\$) kadar para cezası	yok	var
Almanya	Vergi kanunu	var	5 yıla kadar	10 yıla kadar hapis cezası ve adli para cezası	var	yok
Fransa	Vergi kanunu	var	5 yıla kadar	7 yıla kadar hapis ve 3.000.000 € ya kadar para cezası	Yok (miktarla bağlı olmayan nitelikli hâli var)	var

A. İngiltere’de Vergi Suçları ve Cezaları

İngiltere, meşruti monarşi ile yönetilen ve Anglosakson hukuk sistemine sahip bir ülkedir. Bu yönleriyle, diğer Avrupa ülkelerinden ayrılan İngiltere’de vergi ceza sistemi de dağınık ve karmaşık bir yapıya sahiptir. İngiltere’de de ihlaller için hem idari para cezası, hem de adli ceza öngörülmüştür. Kasıtsız olarak verginin geç ödenmesi gibi ihlaller için idari para cezaları öngörülmüşken; hileli şekilde eksik ödeme yapmak gibi ihlaller için para cezası ve/veya hapis cezası öngörülmüştür⁵. Ancak kabahate veya suça konu olan fiillerin tek bir kanunda değil; dağınık bir şekilde farklı kanunlarda ve teamül hukukunda yer aldığı görülmektedir.

Gelir vergisi ile ilgili olarak, vergi kabahatleri ve suçları için öngörülen cezaların bir kısmı, 1970 tarihli Vergi Yönetim Kanunu (*Taxes Management Act 1970*)’nda yer almaktadır. Bunun dışında, 1968 Tarihli Hırsızlık Kanunu (*Theft Act 1968*) hükümlerine göre de vergi kaçırılmasından dolayı kamu gelirin dolandırılmasından dolayı cezai yaptırım uygulanması mümkündür⁶. Vergi Yönetim Kanunu’nun ‘Cezalar’ Başlıklı 10. bölümünde, vergi kabahatleri için öngörülen para cezaları ile vergi suçları için öngörülen hapis cezaları yer almaktadır. Vergi Yönetim Kanunu’nun Hileli Gelir Vergisi Kaçırma Suçu başlıklı 106A Maddesinde hileli vergi kaçırma fiili hakkında jürisiz yargılama halinde 12 aya kadar, iddianame üzerine yapılan yargılama halinde 7 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür⁷.

İlgili kanunun 20BB Maddesinin ilk fıkrasında ise, “*Bir kişi, bir belgeyi kasten tahrif ederse, gizlerse, yok ederse veya başka bir şekilde elden çıkarırsa veya tahrifatına, saklanmasına, imhasına veya elden çıkarılmasına neden olursa veya izin verirse bir suç işlemiş olur*” denilmiştir. Suçun cezası, jürisiz yargılama halinde yasal azami sınıra kadar para cezası, iddianame üzerine yapılan yargılama halinde ise iki yıla hapis ve/veya para cezası olarak belirlenmiştir.

KDV yönünden ise yine çeşitli yasalarda yer alan düzenlemelerde cezai hükümler bulunmaktadır. Örneğin, dolandırıcılık 2006 Tarihli Dolandırıcı-

⁵ Rita de la Feria and Parintira Tanawong, ‘Surcharges and Penalties in Tax Law UK National Report’, (2015) European Association Of Tax Law Professors (EATLP) Congress 1, 10.; John Tiley and Glen Loutzenhiser, *Revenue Law: Introduction to UK tax law; Income tax; Capital gains tax; Inheritance tax* (7th edn, Bloomsbury Publishing 2012) 2032.

⁶ Feria and Tanawong, (n 5) 10; Hakan Üzeltürk, ‘Ekonomik Suçlar ve Vergiler’, *Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu Kitabı* (2005) 208, 219 (kısaca: *Ekonomik Suçlar*); Emre Zahid Erkol, “Türk ve İngiliz Vergi Ceza Hukuku Sistemlerinin Karşılaştırmalı İncelenmesi”, *Mali Hukuk Dergisi*, (2022) 18(207) 637, 652.; Altan Rençber, *Kabahat Genel Teorisi Açısından Vergi Kabahatleri*, (1. Bası, Oniki Levha İstanbul 2017) 162.

⁷ Kanun Metni için: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1970/9/contents>, Son erişim Tarihi: 12.12.2022.

cılık Kanunu (*Fraud Act 2006*)’na, muhasebe hilesi Hırsızlık Kanunu’na, KDV’nin hileli olarak kaçırılması, KDV’nin yanlış beyan edilmesi 1994 Tarihli Katma Değer Vergisi Kanunu (*Value Added Tax Act 1994*)’na göre cezalandırılmaktadır⁸. KDV’nin hileli olarak kaçırılması halinde; jürisiz yargılamada £20.000 veya kaçırılan KDV tutarının 3 katı (hangisi daha yüksekse) ve/veya 6 aya kadar hapis cezası, iddianame üzerine yapılan yargılamada sınırsız para cezası ile 7 yıla kadar hapis cezası yaptırım olarak belirlenmiştir.

Vergi yasalarında yer alan suçlar dışında, en ağır cezayı gerektiren suç ise “kamu gelirlerinde hile yapılması” suçudur⁹. Bu suçun işlenmesi hâlinde, ömür boyu hapis cezası ve/veya sınırsız para cezası uygulanabilmektedir. Bu suçun temeli teamül hukuku olup dayanak kanunları 2006 Dolandırıcılık Kanunu ile 1968 Hırsızlık Kanunu’dur. İşlenen fiilin hangi kanun kapsamında suç teşkil ettiği; para cezası ve/veya hapis cezalarından hangisinin isteneceği İngiltere Gelir ve Gümrük İdaresi (*HMRC/Her Majesties of Revenue and Customs*) tarafından yapılacak soruşturma sonucunda yargı merci karar vermektedir. Suçun ağırlığının belirlenmesinde ne kadar süredir işlendiği, kaçırılan verginin miktarı, kasıt unsuru ve örgütlü olarak işlenip işlenmediği gibi hususlar dikkate alınmaktadır.

B. Amerika Birleşik Devletleri’nde Vergi Suçları ve Cezaları

Amerika Birleşik Devletleri (ABD), 50 eyalet ve bir federal bölgeden oluşan, anayasal cumhuriyet ile yönetilen bir devlettir¹⁰. Eyalet sistemine sahip ABD’de hem eyalet vergileri hem de federal vergiler bulunmaktadır. Federal devlet, vergi gelirlerinin üçte ikisini almaktadır. Kişisel gelir vergileri şirket vergileri ve gümrük vergisi daha çok federal devlet tarafından toplanmakta iken eyaletler daha çok satış ve servet vergisinde rol oynamaktadır¹¹. Federal vergilerin toplanması ve denetlenmesinden sorumlu kurum, İç Gelir İdaresi (*Internal Revenue Service – IRS*)’dır. Çalışma, federal düzeydeki vergi suç ve cezaları ile sınırlandırılmıştır.

ABD’nin vergi ihlalleri konusundaki yaklaşımı oldukça katıdır. Vergi ihlallerine karşı farklı düzeylerde hapis cezası ve para cezası öngörülmüştür. Vergi kanunlarının ihlali neticesinde öngörülen para cezası, *penalty* olarak adlandırılmakta iken hafif hapis cezaları *misdemeanour-kabahat*; ağır hapis cezaları ise *felony-cürüm* olarak adlandırılmaktadır¹². ABD Vergi Cezaları Kılavuzu (*Cri-*

⁸ Feria and Tanawong, (n 5) 11.

⁹ Richardson Lissack, *What are the penalties for tax evasion in the UK?* <https://www.richardsonlissack.co.uk/2021/09/01/what-are-the-penalties-for-tax-evasion-in-the-uk/>, (19.05.2022).

¹⁰ <https://www.mfa.gov.tr/amerika-birlesik-devletleri-siyasi-gorunumu.tr.mfa>. (06.08.2022).

¹¹ Mustafa Göktuğ Kaya, Hüseyin Kâmil İlik ve Hakan Türkmen, *Uluslararası Vergi Sistemi ve Denetim*, (2. Bası, Nobel Bilimsel Eserler 2017) 62.

¹² Rençber, (n 6) 158. Çalışmanın sistematığına uygun olması için, çalışmada hapis cezasını gerektiren davranışlar suç olarak adlandırılacaktır.

minal Tax Manual)’nda, vergi suçlarının, vergi sisteminin bütünlüğünün sağlanarak kamu yararının korunması, kanunları ihlâl edenlerin cezalandırılması, vergi kanunlarına duyulan saygının artması ve vergi kanunlarını ihlâl etmeyi düşünen diğer kişilerin caydırılması amaçlarıyla tasarlandığı ifade edilmektedir¹³ (Department of Justice, 2015:2).

ABD’de federal vergiler İç Gelir Kanunu (*Internal Revenue Code – IRC*) ile düzenlenmektedir. Vergi suç ve cezaları, IRC’nin ‘Usul ve Yönetim’ Başlıklı F Altbaşlığının Cürümler, Diğer suçlar ve Haksızlıklar Başlıklı 75. Bölümünde düzenlenmiştir¹⁴. ABD vergi sisteminde suça konu fiiller ve cezalar oldukça ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Ancak bu suçları genel olarak 3 kategoride ele almak mümkündür:

- (1) IRC’de öngörülen bazı sorumluluklardan kaçınma,
- (2) IRS’in engellenmesi ya da düzeninin bozulması veya
- (3) Belgelerinin doldurulması veya vergilerin ödenmesi, tahsili veya iadesi için IRS tarafından oluşturulan mekanizmaların kullanılması yoluyla Hükümeti veya başkalarını dolandırma girişimi.

Vergi suçları için öngörülen cezalar da gerçek kişiler için para cezaları bakımından 100.000\$, şirketler için 500.000 \$’a kadar çıkabilmektedir. Vergi suçları için öngörülen en yüksek hapis cezası 5 yıldır. Vergi suçları için öngörülen cezalar için kanunda alt sınırların belirtilmeden üst sınırların belirtilmesi, Anglosakson hukuk sisteminin hâkime tanıdığı geniş takdir yetkisinin bir sonucudur¹⁵. ABD’de vergi suçları, IRS veya büyük jüri tarafından soruşturulmakta ve ceza mahkemelerinde yargılanmaktadır.

Tablo 2: ABD’de Vergi Suç ve Cezaları

Suç	Ceza
Vergi kaçakçılığına teşebbüs	100.000 \$ (şirket ise 500.000\$) ve/veya 5 yıla kadar hapis cezası
Verginin toplanmasından ve ödenmesinden kasten kaçmak	10.000 \$’a kadar para cezası ve/veya 5 yıla kadar hapis cezası
Kasıtlı olarak beyanname vermemek, bilgi vermemek veya vergi ödememek	25.000 \$ (şirket ise 100.000 \$) ve/veya 1 yıl hapis cezası

¹³ Department of Justice, *Criminal Tax Manual*, (2015) 2, <https://www.justice.gov/>, Erişim Tarihi: 03.07.2022.

¹⁴ Kanunun tam metni için bkz: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2011-title26/pdf/USCODE-2011-title26.pdf>, Erişim Tarihi: 23.05.2022.

¹⁵ Ertürk Özer, “Vergi Suç ve Cezalarıyla Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların İlişkisi - Türkiye ve Amerika Birleşik Devletleri Örneği (Vergisini Ödemeyen Hapis Yatmalı Mı?)”, *Vergi Sorunları Dergisi*, (2015) 317 83, 84.

Suç	Ceza
Hileli beyanname ve çalışanlara beyanname vermemek	1.000 \$’a kadar para cezası ve/veya 1 yıla kadar hapis cezası
Hileli vergi tevkifatı muafiyeti sertifikası veya bilgi verilmemesi	1.000 \$’a kadar para cezası ve/veya 1 yıla kadar hapis cezası
Sahte veya yanlış beyanname verme	100.000 \$’a (şirket ise 500.000\$) kadar ve/veya 3 yıla kadar hapis cezası
Sahte olduğunu bildiği bilgi ve belgeleri Sekreterliğe verme	10.000\$ (şirket ise 50.000\$)’a kadar para cezası ve/veya 1 yıla kadar hapis cezası
Yürütme erkine sahip diğer birimlerin vergi idaresine emir veya talimat vermesi	5.000 \$’a kadar para cezası ve/veya 5 yıla kadar hapis cezası

Kaynak: ABD İç Gelir Kanunu (IRC)

C. Almanya’da Vergi Suçları ve Cezaları

Alman vergi sisteminde, vergi kabahati ve suçuna sebep fiiller ile bunlar hakkında öngörülen cezalar Alman Mali Kanunu (*Abgabenordnung-AO*)’nda düzenlenmiştir. Türk Vergi Usul Kanunu’nun kaynak kanunu olan Alman Mali Kanunu’nun yaptırım sistemi de Türk hukuku ile benzerdir. Alman vergi sisteminde de vergi kanunlarını ihlâl eden davranışlar için idari ve adli yaptırım olmak üzere iki farklı türde yaptırım öngörülmüştür¹⁶. İdari yaptırım olarak idari para cezası; adli yaptırım olarak ise hapis cezası düzenlenmiştir. İdari yaptırımlar hakkında aksi öngörülmedikçe İdari Suçlar Kanunu (*Ordnungswidrigkeiten*) uygulanmaktadır. Adli yaptırımlar hakkında ise Ceza Muhakemesi Kanunu (*Strafprozeßordnung-StPO*¹⁷), Mahkemelerin Kuruluş Kanunu (*Gerihtsverwaltungsgesetz-GVG*) ve Çocuk Mahkemeleri Kanunu (*Jugendgerichtsgesetz*) uygulanmaktadır.

Vergi suçları, sistematik bakımdan AO’nun ‘Suçlara, İdari Para Cezaları-na ve Muhakemelerine İlişkin Hükümler’ başlıklı 8. Kısımının ‘Suçlara İlişkin Hükümler’ başlıklı Birinci Bölümünde, 369-376 maddeleri arasında düzenlen-

¹⁶ Kabahat ve suç ayrımı da ilk defa 18. yüzyılda Alman hukukçular tarafından yapılmış olup 1902 yılında James Goldschmidt tarafından yazılan “*Das Verwaltungsstrafrecht*” –İdari Ceza Hukuku isimli eseri ile temeli atılmıştır. Ayrıntılı Bilgi için bkz: Hans-Heiner Kühne, “Almanya’da İdari Ceza Hukuku’nun Anayasal Temelleri”, Çev: Prof. Dr. Bahri Öztürk, İdare Hukuku Sempozyumu *Kitabı* (2009) 111-115.

¹⁷ StPO Türkçe çevirisi için Feridun Yenisey, Salih Oktar ve Ayla Oktar, *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Strafprozeßordnung* (3. Bası, Beta 2020) isimli çeviri eserinden faydalanılmıştır.

miştir¹⁸. Vergi kaçakçılığına konu olan fiiller vergi ile ilgili olarak gelir idaresine veya diğer makamlara yanlış veya eksik bilgi vermek, vergi ile ilgili olarak vermek zorunda olduğu bilgileri gelir idaresine bildirmemek ve zorunlu olduğu hâlde damga veya damga makinesi kullanmamak olarak belirlenmiştir. Bu fiiller hakkında öngörülen ceza ise durumun ağırlığına göre belirlenmektedir. Suçun standart cezası 5 yıla kadar hapis cezasıdır. Ancak özellikle ağır dava söz konusu ise 6 aydan 10 yıla kadar hapis cezası verilebilmektedir. Büyük ölçekli vergilerde haksız avantaj sağlanması, kamu görevlisinin konumunu kötüye kullanılması ile suçun işlenmesi, tahrif edilmiş veya sahte belge kullanılması gibi durumlarda özellikle ağır dava söz konusu olmaktadır (AO-370/3).

Vergi suçu şüphesinin gelir idaresi tarafından öğrenilmesi ile vergi suçunun yargılama süreci başlayacaktır. Ancak, Almanya’da da vergi suçlarından kurtulmak için pişmanlık benzeri bir kurum öngörülmüştür. Vergi kaçakçılığının gönüllü açıklanması (*voluntary disclosure of tax evasion*) olarak ifade edilebilecek bu uygulama, AO 371. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, geçmiş 10 takvim yılında işlediği vergi suçlarını gelir idaresine gönüllü olarak kendisi bildiren kişi hakkında 370. maddede öngörülen cezalar uygulanmayacaktır. Eğer birden fazla vergi türü bakımından suç işlenmişse, her bir vergi türü için işlenen tüm suçların açıklanması gerekmektedir. Bu durumda, birden fazla vergi türünden suç işlenmesi rağmen tek bir tür için suç açıklanırsa, yalnızca açıklanan vergi bakımından ceza verilmez. Açıklamanın, vergi kaçakçılığının vergi idaresi tarafından öğrenilmeden önce yapılması gerekmektedir. Vergi idaresindeki veya başka bir makamdaki kamu görevlisinin suçu öğrenmesi halinde veya mükellef hakkında vergi denetimine başlanacağına bildirilmesi hâlinde gönüllü açıklama yapılamaz. Ayrıca, her bir fiil neticesinde 25.000 Euro’dan fazla vergi kaçırılması veya özellikle ciddi vergi davasının var olduğu durumlarda da gönüllü açıklama yapılması kabul edilmemiştir. 25.000 Euro’dan fazla tutar söz konusu ise, gönüllü açıklamadan yararlanmak için ekstra ödeme yapılması gereklidir¹⁹. Gönüllü açıklama yapılması halinde, idari para cezası da dâhil olmak üzere hiçbir ceza alınmaz, yalnızca %6 faiz ile birlikte kaçırılan vergi ödenmelidir²⁰.

¹⁸ Kanunun İngilizce tam metnine <https://www.gesetze-im-internet.de/> adresinden ulaşılmıştır. Erişim Tarihi: 30.05.2022.

¹⁹ 25.000-99.999 arası için %10; 100.000-999.999 için %15; 1.000.000 ‘dan fazlası için %20. PROTAX “Case studies of tax crimes in the European union”, (787098 PROTAX – D1.2 Deliverable Report) PROTAX, 2018-2021, EU Horizon 2020 Project, s. 257.

²⁰ Dominika Langenmayr, “Voluntary disclosure of evaded taxes—Increasing revenue, or increasing incentives to evade?.” *Journal of Public Economics*, 110, 111.; Richard Thompson Ainsworth, “German VAT Compliance-Moving One Step Closer to Automated Third-Party Solutions.” *Boston University School of Law Working Paper No. 11-37* (August 26, 2011), 14.

D. Fransa’da Vergi Suçları ve Cezaları

Fransız vergi ceza sisteminde de vergi yükümlülüğünü ihlâl eden davranışlar, ağırlıklarına göre idari ve adli yaptırıma tabi tutulmaktadır. Vergi yükümlülüklerini ihlâl eden fiiller ve bunlar hakkında öngörülen yaptırımlar, Genel Vergi Kanunu (*Code Général des Impôts-CGI*) ‘nda düzenlenmiştir. İdari yaptırımlar, vergi idaresi tarafından; cezai yaptırımlar ise mahkemeler tarafından uygulanmaktadır²¹. Bazı hukuka aykırılıklar hakkında hem adli hem de idari yaptırım uygulanması mümkündür.

Fransız Vergi Konseyi, vergi kaçakçılığını “ödenmesi gereken vergiyi azaltmaya ve giderleri arttırmaya yönelik kesin bir suç teşkil eden bir eylemin gerçekleştirilmesi durumunda vergi kaçakçılığından bahsedilebilmektedir” olarak tanımlamıştır²². Vergi kaçakçılığı suçu, CGI 1741. maddesinde düzenlenmiştir. 1741. maddede, hem vergi suçunun tanımına, hem de suçun unsurlarına ve yaptırımlarına yer verilmiştir. Düzenlemeye göre, beyannamenin kasten verilmemesi, matrahın gizlenmesi, verginin tahsilini engellemek için kasten kendini aciz halinde göstermek, muhasebe hilesi ve diğer hileli hareketlerle vergi kaçırmak suçla konu fiiller olarak düzenlenmiştir²³.

Vergi kaçakçılığı suçu hakkında, 5 yıl hapis ve 500.000 Euro para cezası öngörülmüştür. Suçun organize şekilde işlenmesi veya 1741. maddede belirtildiği üzere yabancı banka hesapları kullanarak, yurtdışında bulunan ve şeffaf olmayan kuruluşlarla sözleşme yapılarak, sahte kimlik ve belge kullanarak işlenmesi halinde, yaptırım 7 yıl hapis ve 3.000.000 Euro para cezasına yükselmektedir²⁴. Vergi kaçakçılığı için öngörülen yaptırımın yanı sıra, 1741. maddenin dördüncü fıkra kapsamında herhangi bir faaliyette bulunma yasağı veya sürücü belgesinin askıya alınması, medeni haklardan, medeni ve ailevi haklardan yoksun bırakma gibi ek cezalar veya Fransız Ceza Kanunu’nun 131-21. maddesi uyarınca müsadere cezası da verilebilir. Suça teşebbüs de cezalandırılmaktadır. Tekerrür halinde yaptırım iki katına çıkmaktadır²⁵. Tüzel kişiler için verilen para cezası gerçek kişiye verilen cezanın beş katıdır.

²¹ Üzeltürk, *Ekonomik Suçlar*, 220; Ludovic Ayrault ve Alexandre Maitrot De La Motte, “Surcharges and Penalties in Tax Law”, French National Report, *EALTP Annual Congress Milan*, (28-30 May 2015) 3; Rençber, (n 6) 124; Balca Çelener, “Vergi Cezalarında Non Bis In Idem İlkesinin Uygulanmasında Fransız ve Türk Hukukundaki Son Gelişmeler”, *Mali Hukuk Dergisi*, (2019) 15(177), 1975, 1988.

²² Michel Bouvier, *Introduction au Droit Fiscal Général et à la Théorie de l’Impôt*, LGDJ, Paris 2003, s. 155; Aktaran Elif Pürsünlerli Çakar ve Fatih Saraçoğlu, “Vergi Kaçakçılığı İle Mücadelede Yeni Bir Model: Vergi Polisi Müessesesi (Fransa Örneği)” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2014) 5(2) 51, 55.

²³ Üzeltürk, *Ekonomik Suçlar*, 224; Çelener, (n 21) 1989; PROTAX, (n 19) 200.

²⁴ PROTAX, (n 19) 200.

²⁵ L. Ayrault and M. De La Motte, (n 21) 7.

Vergi kaçakçılığının nitelendirilmesi için iki koşulun varlığı gerekmektedir. İlk koşul, mükellefin kastıdır. İkinci koşul ise kasten yanlış beyan edilen veya gizlenen vergi tutarının vergi matrahının %10'unu veya 153 Euro'yu aşmasıdır²⁶. Satışların eksik gösterilmesi, muhasebe kayıtlarının karışık tutulması, paravan şirket kurulması gibi hileli hareketlerin varlığı, kaçakçılık kastının varlığına ilişkin belirti olarak kabul edilmektedir²⁷.

CGI 1741. maddesinde bir de indirim sebebi düzenlenmiştir. Buna göre, fail veya suç ortağının idari veya adli makamlarla işbirliği yaparak diğer suç ortaklarının kimliklerinin tespit edilmesinde yardımcı olduğu takdirde hapis cezası yarı yarıya indirilmektedir.

Vergi kaçakçılığı yanında, CGI 1746. maddesinde vergi denetimine veya vergi tahsilatına bireysel veya toplu olarak direnmek de suç olarak kabul edilmiştir. Bu suçların temel cezası, 6 ay hapis ve 7.500 veya 25.000 Euro para cezası olarak belirlenmiştir. Suçun organize şekilde işlenmesi halinde yaptırım 9.000 Euro ve 2 yıl hapis cezasına yükselmekte; işbirliği yapılması hâlinde ise 3.750 Euro ve 6 ay hapis cezasına düşmektedir.

III. SEÇİLEN ÜLKELERDE VERGİ SUÇLARININ YARGILAMA SÜRECİ

Seçilen ülkelerde vergi suçunun yaptırımı olarak hürriyeti bağlayıcı ceza öngörüldüğünden yargılama sürecinin ceza kanunlarına ve ceza usul kanunlarına bağlı olarak yürütülmektedir. Bu bakımdan çalışma kapsamındaki ülkelerde, ceza yargılaması süreci, soruşturma ve kovuşturma olmak üzere iki temel evreden oluşmaktadır. Suç şüphesinin öğrenilmesi ile birlikte soruşturma evresi başlamaktadır.

Soruşturma evresinde savcılık, polis ve vergi idaresi görev yapmaktadır. Soruşturma evresi boyunca delillerin toplanması ve korunması ile suça konu fiil ile deliller arasında ilişkilendirme yapılarak suçun kovuşturulup kovuşturulmayacağına karar verilmektedir. Suçun kovuşturulmasına karar verilmesi halinde ise görevli ceza mahkemesinde kamu davası açılmakta ve yargılama süreci karar kesinleşene dek devam etmektedir.

A. Seçilen Ülkelerde Soruşturma Evresi

Seçilen ülkelerde de soruşturma, ceza yargılamasından dava açılmasının öncesinde yapılan işlemleri ifade etmektedir. Bu işlemler, failin bulunması, fiilin aydınlatılması ve suça ilişkin kanıtların toplanmasını amaçlamaktadır. Seçilen ülkelerde soruşturma işlemleri vergi idaresi, polis ve savcı tarafından yürütülmekle beraber ülkelerin farklı ekonomik, siyasi ve hukuki düzenleri

²⁶ ibid 7.

²⁷ Üzeltürk, *Ekonomik Suçlar*, 225.

neniyle soruşturma evrelerinde de farklılıklar olduğu saptanmıştır. Örneğin, vergi idaresinin soruşturma evresindeki yeri kimi ülkelerde polise ve savcıya tanınan yetkilerle eşdeğer iken kimi ülkelerde süreç tamamen savcı tarafından yönetilmektedir. Ancak kim tarafından uygulandığı önem arz etmeksizin her ülkede arama, elkoyma ve tutuklama gibi çeşitli koruma tedbirleri uygulanmaktadır. Ayrıca, seçilen ülkelerde de etkin pişmanlık uygulamasına benzer şekilde, kayba uğratılan vergi ve cezaların ödenmesi durumunda soruşturmanın sonlandırılması söz konusudur.

Tablo 3: Seçilen Ülkelerde Vergi İdaresine Tanınan Soruşturma Yetkileri

Yetki/Ülke	İngiltere	ABD	Almanya	Fransa
Üçüncü tarafların bilgi ve belgelerine erişim	doğrudan	doğrudan	doğrudan	doğrudan
Arama	doğrudan	doğrudan	doğrudan	doğrudan
İletişimin Engellenmesi	doğrudan	yok	dolaylı	dolaylı
Dijital kaynaklarda arama ve elkoyma	doğrudan	doğrudan	doğrudan	doğrudan
Görüşme	doğrudan	doğrudan	doğrudan	-
Gizli gözetim	doğrudan	doğrudan	yok	doğrudan
Tutuklama	doğrudan	doğrudan	yok	doğrudan

Kaynak: OECD, 2021, The Ten Global Principles, Second Edition, https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/fighting-tax-crime-the-ten-global-principles-second-edition_006a6512-en, Erişim Tarihi: 08.08.2022.

1. İngiltere’de Soruşturma Evresi

İngiltere’de vergi kaçakçılığı şüphesinin öğrenilmesiyle birlikte soruşturma evresi başlamaktadır. İngiltere’de soruşturma evresinde HMRC, savcılık ve kolluk kuvvetleri vergi suçlarının soruşturulmasında ve delillerin toplanmasında görev yapmaktadır. Ancak, kovuşturmanın başlatılıp başlatılmayacağına karar vermek tamamen savcılık biriminin işi olup HMRC buna karar vermez. HMRC tarafından yürütülen cezai soruşturma, 9. Uygulama Kuralları (*Code of Practice 9*) ‘na göre yürütülmektedir.

İngiltere’de vergi dolandırıcılığından dolayı cezai yargılama ancak çok ciddi ve ağır olaylarda söz konusu olmaktadır. Ekonomik suça ekonomik ceza ilkesine önem verilmekte ve verginin erken ödenmesi ön planda tutulmaktadır. HMRC’nin yaklaşımı, tutuklamalar ve hedef peşinde koşmak yerine vergi uyumunu en üst düzeye çıkararak vergi açığını en aza indirmeyi planlamak

şeklinde²⁸. Adli vergi cezaları bir yana; çoğu vergi uyuşmazlığının yargı aşamasına taşınmadan mükellef ve vergi idaresi arasında sağlanacak anlaşma ile çözülmesi planlanmaktadır²⁹. Bu nedenle, Türkiye’deki pişmanlık ve izaha davet uygulamalarına benzer bir yöntem olan Sözleşmeye Dayalı Açıklama Kolaylığı (*Contractual Disclosure Facility-CDF*) kabul edilerek mükelleflerin vergi kaçakçılığı cezalarından kurtulmaları için bir çözüm sunulmuştur. Buna göre, vergi mükelleflerinin HMRC’den vergi kaçakçılığında şüphelendiğini açıklayan bir mektup almaları hâlinde, dolandırıcılığı kabul etme şansları vardır; Vergi kaçakçılığının kabul edilmesi, cezai yaptırım uygulanmamasını sağlamak için tek istisnadır³⁰.

Bu istisnadan yararlanmak için, mektubun alındığı tarihten itibaren 60 gün içinde, vergi kaybına neden olan kasıtlı davranışı ana hatları ile anlatan bir yazının (*outline disclosure*) HMRC’ye verilmesi gerekmektedir. CDF’nin kabul edilmesi halinde, tüm aktif ve pasiflerin işletildiği banka hesapları ile kredi kartlarının tasdikli beyanı ile vergi usulsüzlüğünü tam ve doğru bir şekilde ifşa edildiğini gösteren tasdikli beyanın (*formal disclosure*) da HMRC’ye verilmesi gerekmektedir. Bu yazıların verilmesinden sonra, mükellefin HMRC ile işbirliği yapması ve tüm vergi, ceza ve faizleri ödemesi durumunda mükellef hakkında ceza soruşturması başlatılmaz ve ödenmesi gereken vergi ve cezalar da indirim yapılır³¹.

Mükellefin CDF’yi reddetmesi, yanlış veya sahte belgelere dayanan açıklamalarda bulunması halinde ise HMRC tarafından soruşturmaya başlanmaktadır. Bu soruşturma, yalnızca vergi soruşturması olabileceği gibi, cezai soruşturma da olabilir. Hem vergi hem de ceza soruşturmasının bir arada yürütülmesi de mümkündür. Ayrıca, vergi soruşturması olarak başlayan bir soruşturma, HMRC tarafından her aşamada cezai soruşturmaya çevrilebilir. HMRC tarafından cezai soruşturma başlatılması hâlinde, kolluk kuvvetine yakın geniş yetkileri bulunmaktadır. Bu yetkiler, üretim siparişleri bilgilerine ulaşma; arama kararı alma ve arama yapma; tutuklama ve tutuklamanın ardından şüphelinin üzerinde ve mülkünde araştırma yapma, 2002 Tarihli Suç Gelirleri Kanunu kapsamında suç varlıklarının kurtarılması şeklinde sayılmaktadır³². Öte yandan,

²⁸ HMRC, *Annual Report and Accounts 2020 to 2021*, 49.

²⁹ “HMRC’s approach to tax fraud” (02.12.2021), <https://www.gov.uk/government/publications/hmrc-issue-briefing-hmrcs-approach-to-tax-fraud/hmrcs-approach-to-tax-fraud>, (20.05.2022); Şükrü Kızılot ve Zuhâl Kızılot, *Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları* (18. Bası, Yaklaşım 2010) 81; Üzeltürk, *Ekonomik Suçlar*, 218.

³⁰ HMRC, Code of Practice 9, 3; FERIA and Tanawong, (n 5) 12.

³¹ HMRC, Code of Practice 9, 4.

³² HMRC, “*HMRC’s criminal investigation policy*”, 13.07.2021, <https://www.gov.uk/government/publications/criminal-investigation/hmrc-criminal-investigation-policy>, (21.05.2022); Liam Stanley, “When We Were Just Giving Stuff Away Willy-Nilly”, Steinmo,

kolluk kuvvetlerine tanınan her yetki HMRC tarafından kullanılamamaktadır. Örneğin, parmak izi alma veya şüphelileri kefaletle serbest bırakma yetkileri yalnızca polis tarafından kullanılabilir³³.

Çok ciddi suçlarda, HMRC 2016 Tarihli Soruşturma Yetkileri Kanunu, 2000 Tarihli Soruşturma Yetkilerini Düzenleme Kanunu ve 1997 Tarihli Polis Kanunu’na dayanarak iletişimin dinlenmesi, takip ve gözetleme, mülkiyete müdahale gibi yetkileri kullanabilmektedir. Ancak bu yetkilerin kullanımı AİHS ve Soruşturma Yetkilerini Düzenleme Kanunu’nda yer alan gereklilik ve orantılılık ilkelerine uygun olmalıdır³⁴.

HMRC’nin cezai soruşturma sırasında kullandığı tedbirler, ceza kanunları- na uygun şekilde gerçekleştirilmelidir. Bu bakımdan, HMRC’ye verilen kolluk yetkilerinin karşılığında, HMRC memurlarına bir sorumluluk verildiği; bu kapsamda mükelleflerin de ceza soruşturması haklarından faydalandığını söylemek mümkündür. Örneğin, HMRC memurları, ancak eşdeğer polis rütbesi yetkilerini kullanabilecektir³⁵.

HMRC tarafından yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma başlatılıp başlatılmayacağına savcılık tarafından karar verilmektedir. Birleşik Krallık’ta bu kararı vermeye yetkili makamlar, İngiltere ve Galler’deki Kraliyet Savcılığı, İskoçya’daki Kraliyet Ofisi ve Savcı Mali Hizmeti ve Kuzey İrlanda Kamu Savcılığı Hizmeti’dir³⁶.

3.1.2. ABD’de Soruşturma Evresi

ABD’de vergi suçlarının soruşturulması, IRS veya büyük jüri tarafından yapılmaktadır^{37,38}. Ancak uygulamada vergi suçu işlendiğine dair şüphe, IRS

Sven H. (ed.) *The Leap of Faith: The Fiscal Foundations of Successful Government in Europe and America*, (Online Ed., Oxford University Press, Oxford 2018) 160.

³³ HMRC, “*HMRC’s approach to tax fraud*”.

³⁴ Çavuş rütbesi, memur rütbesine; Müfettiş ve Başmüfettiş rütbesi Yüksek Memur rütbesine ve Şef rütbesi Kıdemli Memur rütbesine eş tutulmaktadır. Yalnızca Dolandırıcılık Soruşturma Hizmeti ile Risk ve İstihbarat Servisi’nin bu konuda özel eğitim almış memurları cezai soruşturma yürütmeye yetkili kılınmıştır. *HMRC’s criminal investigation powers and safeguards*.

³⁵ Çavuş rütbesi, memur rütbesine; Müfettiş ve Başmüfettiş rütbesi Yüksek Memur rütbesine ve Şef rütbesi Kıdemli Memur rütbesine eş tutulmaktadır. Yalnızca Dolandırıcılık Soruşturma Hizmeti ile Risk ve İstihbarat Servisi’nin bu konuda özel eğitim almış memurları cezai soruşturma yürütmeye yetkili kılınmıştır. *ibid*.

³⁶ *ibid*.

³⁷ Stephen W. Mazza and others, “Surcharges and Penalties in Tax Law: United States.” *EATLP Annual Congress*, Milan 2015.

³⁸ Büyük jüri, oturumlara başkan tarafından çağırılmaktadır. Görevi, sanık hakkındaki şikâyet ve suçlamaları, devlet tarafından sunulan delillerle beraber dinlemek ve kanaatine göre

tarafından yapılan denetimi sırasında ortaya çıkmaktadır. IRS, vergi denetimi sırasında vergi suçu işlendiğini tespit edebileceği gibi ihbar veya başka bir yol ile de vergi suçu şüphesini öğrenebilecektir. Bu durumda, IRS'in ceza soruşturması yapma yetkisi bulunmaktadır. IRS'e verilen bu yetki, Ceza Soruşturması Birimi (*Criminal Investigation-CI*) tarafından kullanılmaktadır. CI tarafından yürütülecek soruşturma, İç Gelir Kılavuzu (*Internal Revenue Manual-IRM*)'nun 9. bölümünde düzenlenmiştir.

Suçun meydana gelip gelmediği özel ajan (*special agent*) tarafından yapılan bilgi analizi sonucunda belirlenmektedir. Ceza soruşturması açıldıktan sonra, özel ajan suç faaliyetinin unsurlarını belirlemek için gereken kanıtları elde eder. Kanıt elde etmek için, üçüncü şahıs tanıklarla görüşme, gözetleme, arama emri yürütme, banka kayıtlarını celp etme ve mali verileri inceleme dâhil olmak üzere çeşitli soruşturma teknikleri kullanılır. Özel ajan, ceza soruşturması sırasında IRS Baş Hukuk Müşaviri Vergi Ceza Avukatları ile yakın bir şekilde çalışır³⁹.

Tüm deliller toplanıp analiz edildikten sonra, özel ajan ve amiri ya delillerin suç faaliyeti oluşturmadığı kanısına varırsa, soruşturmayı sonlandırır. Eğer delillerin suç faaliyeti oluşturduğu kanısına varırlarsa, kovuşturma tavsiyesinde bulunma kararı verilir. Bu durumda özel ajan, yasa ihlali bulgularını detaylandıran ve kovuşturma öneren yazılı bir rapor hazırlar. Bu rapora “özel ajan raporu” denir. Özel ajan raporu, ön büro danışmanı, ceza soruşturması kalite ekibi, sorumlu CI özel ajan yardımcısı ve özel ajanı tarafından incelenir. Bu inceleme sonucunda CI tarafından cezai kovuşturma yapılması gerektiğine karar verilirse, kovuşturma tavsiyesi vergi suçları için Adalet Bakanlığı Vergi Bölümü (*The Department of Justice, Tax Division*)'ne; diğer suçlar için Birleşik Devletler Savcısı (*The United States Attorney*)'na gönderilir⁴⁰. Her bir inceleme adımı, suç faaliyeti olmadığına karar verilebilir. Bu durumda soruşturma sona erdirilir ve kovuşturma başlatılmaz.

Ancak kovuşturmanın başlatılması uygun görülmekte ise, Adalet Bakanlığı veya Savcılık tarafından ilgili özel ajandan yardım etmesi talep edilir. Özel ajanın yardım görevi, raporun kovuşturmaya gönderilmesi ile sona erer (IRM 9.2.3.).

Vergi suçu için başlatılan bir soruşturmanın büyük jüriye sevk edilmesi de

iddianameyi onaylamaktır. Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, (4. Ed. West Publishing 1968) 993.

³⁹ Vergi ceza avukatları, IRS içinde bir birimdir. Bu birim, her 3 ayda bir CI personelini ziyaret ederek envanterdeki davaların hukuki durumunu ve sorunları ele almaktadır. Ayrıca, vergi ceza avukatları, CI personelinin talebi üzerine tavsiye niteliğinde görüş vermek üzere soruşturma evresinde hazır bulunmalıdır (IRS, Internal Revenue Manual, Part 38).

⁴⁰ IRS, <https://www.irs.gov/compliance/criminal-investigation/how-criminal-investigations-are-initiated>, (24.05.2022).

mümkündür. Buna göre, IRS soruşturmanın herhangi bir aşamasında büyük jüri talebinde bulunabilir. IRS, büyük jüri talebinden önce Adalet Bakanlığı savcılarında tavsiye isteyebilecektir. Ayrıca, Hazine Sekreterliği tarafından dosyanın büyük jüriye sevki tavsiye edildiğinde, IRS’in soruşturma yetkisi sona ermektedir. Son olarak, Birleşik Devletler Savcılığı (*United States Attorneys’ Office*) veya Vergi İdaresi Hazine Genel Müfettişliği (*Treasury Inspector General for Tax Administration*) tarafından da dosyanın büyük jüriye sevki istenebilmektedir⁴¹.

Savcılık veya büyük jüri tarafından yürütülen başka bir soruşturma kapsamında, vergi suçunun da işlendiği ortaya çıkabilir⁴². Bu durumda savcılık veya büyük jüri, hâlihazırdaki büyük jüri soruşturmasının kapsamının genişletilmesini talep ederek vergi suçunun soruşturmasını başlatabilmektedir.

Dosya büyük jüriye sevk edildiğinde, CI özel ajanları, soruşturmanın yürütülmesinde savcıya yardımcı olmaktadır. Savcı tarafından toplanan deliller, büyük jüriye sunulmaktadır. Büyük jüri de soruşturma evresinde delil toplama yetkisine sahiptir, gizli olarak çalışır. Büyük jüri, 23 kişiden oluşmaktadır. Karar yeter sayısı 12’dir. Ancak suç iddialarının kişiye yüklenemeyeceği kanaatinde ise, ithamda bulunmaz. Büyük jürinin ithamda bulunmaması hâlinde, savcı tekrar büyük jüri toplayarak iddiaların tartışılması isteyebilmektedir⁴³. Ancak vergi dosyaları için, savcının Vergi Bölümü Başsavcı Yardımcısı’nın onayı olmadan aynı dosyayı farklı bir delil olmadan tekrar büyük jüriye sunamaz. Ancak ek bir delil veya yeni bir olgu varsa savcı onay almadan yeniden büyük jüriyi toplayabilmektedir⁴⁴. İtham için yeterli çoğunluk sağlanamaz ise savcılık tarafından suça ilişkin iddiaların şüpheliye yüklenmesi mümkün değildir, bu durumda kovuşturma başlamayacaktır. Büyük jüri, suç iddialarının kişiye yüklenmesi için makul nedenin var olduğu kanaatine varırsa, ithamda bulunarak kovuşturmayı başlatır⁴⁵.

3.1.3. Almanya’da Soruşturma Evresi

Almanya’da vergi suçlarının soruşturması, gelir idaresi, savcılık ve polis tarafından yürütülmektedir. Gelir İdaresinden kasıt vergi dairesi, Federal Merkezi Vergi dairesi ve gümrük idaresidir. Almanya’da hem federal hem de

⁴¹ Department of Justice, *Criminal Tax Manual*, s. 7.

⁴² John A. Townsend, and John A. Townsend, *Federal Tax Crimes*, (2013) Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2212771> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2212771>, 23.

⁴³ George John Edwards, *The Grand Jury*. (1st Ed., AMS Press 1906) 23; Bedirhan Erdem, *Ceza Yargılamasında Jüri*, (Birinci Bası, Adalet Yayınevi 2020) 99; “Types of Juries”, <https://www.uscourts.gov/>, (24.05.2022).

⁴⁴ *Justice Manual*, 6.4.245.

⁴⁵ Erdem, (n 43) 87.

eyaletler düzeyinde gelir idaresi bulunmaktadır. Vergi suçlarının soruşturması bakımından da suç hangi düzeydeki gelir idaresinin yetki alanına giriyorsa, soruşturma da onun tarafından yürütülecektir. Birden fazla gelir idaresinin yetkisine giren bir durum söz konusu ise, yetkili vergi idaresi Eyalet veya Federal Maliye Bakanlığı tarafından belirlenecektir.

Gelir idaresi, soruşturmayı kanuni sınırlar içinde bağımsız olarak yürütmektedir. Gelir idaresi, soruşturmanın yürütülmesini her zaman savcılığa devredebileceği gibi savcı da her zaman soruşturmayı kendi devralabilir. Her iki durumda da savcılık aldığı soruşturmayı gelir idaresine tekrar iade edebilmektedir. Soruşturmanın savcı tarafından devralınması hâlinde ise gelir idaresi kolluk kuvveti gibi işlem yürütmektedir. AO 399. maddesinde, soruşturmanın savcı tarafından yürütülmesi halinde, gelir idaresinin polisin Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre sahip olduğu hak ve yetkilere sahip olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla soruşturma savcı tarafından yürütülse dahi gelir idaresi soruşturma işlemlerine katılmaktadır. 403. maddede, soruşturma faaliyetlerinin yeri ve zamanının gelir idaresine bildirileceği düzenlenmiştir. Gelir idaresi soruşturma faaliyetlerine katılarak gerekli gördüğü işlemleri yapabilir, şüpheli, tanık ve uzmanlara soru sorabilir.

Yer bakımından yetkinin belirlenmesinde ise AO 388. maddesi uygulanmaktadır. Madde düzenlemesine göre, vergi suçunun işlendiği veya tespit edildiği; ceza muhakemesinin başlatıldığı sırada mali konulardan sorumlu idarenin bulunduğu veya sanığın ikamet ettiği yer gelir idaresi yer bakımından soruşturma yapmaya yetkilidir. Sanığın ikamet ettiği yerin sonradan değişmesi hâlinde, yeni yerin gelir idaresi de yetkilidir. Sanığın ikametgâhı yok ise mutad meskenin bulunduğu yer gelir idaresi yetkili kabul edilir.

Soruşturmanın başlangıcı, AO 397. maddesinde gelir idaresi, polis, savcılık, savcılık müfettişi veya ceza hâkimi tarafından vergi suçu nedeniyle cezai işlem yapılması amacıyla bir tedbir alınması olarak kabul edilmiştir. Alman tedbir ve saati kaydedilerek sanık ceza muhakemesinin başladığı hakkında bilgilendirilir.

AO 399. maddesinde, soruşturmanın yürütülmesi bakımından gelir idaresinin savcının sahip olduğu tüm hak ve yükümlülüklerle sahip olduğu düzenlenmiştir. Bu bakımdan, gelir idaresinin soruşturma sırasında savcılık müfettişlerinin Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında uygulamaya yetkili olduğu acil satış, arama, denetim gibi koruma tedbirlerini uygulaması mümkündür. Alman Eyalet Temsilciler Meclisi tarafından hazırlanan idari işlem yönergesine göre, inceleme yapılırken ölçülülük ilkesine uyulmalı ve işlemler mükellefe çok yük olunmamalı ve mümkün olan en az müdahale yöntemi kullanılmalıdır⁴⁶.

⁴⁶ Hakan Üzeltürk, “Çağdaş Vergi Sistemlerinde Vergi Denetimi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2013) 10(2) 40, 45.

Gelir idaresi, yürüttüğü soruşturma sonucunda dosyayı değerlendirecektir. Eğer, dosya kapsamından suç işlenmediğine karar verirse dosyayı kapatacaktır. Ancak soruşturmada ithamda bulunmak için yeterli delil elde edilmesi halinde kovuşturma evresinin başlaması için işlediği iddia edilen suç nitelik bakımından değerlendirilmelidir. Eğer suç hakkında duruşma yapılmadan kısa yargılama yapılması mümkünse gelir idaresi hâkime doğrudan başvurabilir. Eğer kısa yargılama yapılması mümkün değilse, gelir idaresi dosyayı savcılığa verir. StPO 152. maddesi uyarınca, savcı kural olarak kamu davası açmakla yükümlüdür. StPO’nun 153a maddesinde ise kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumuna yer verilmiştir. Belirtmek gerekir ki, kamu davası açmada savcıya verilen bu takdir yetkisi, soruşturmanın gelir idaresi tarafından yürütüldüğü durumlarda gelir idaresi tarafından da kullanılabilir⁴⁷.

3.1.4. Fransa’da Soruşturma Evresi

Fransa’da vergi suçlarının tespiti, genellikle vergi idaresi tarafından yapılmaktadır. Vergi idaresi, vergi suçlarını genellikle vergi denetimi sırasında tespit etmektedir. Vergi idaresinin denetim yöntemleri bilgi toplama, arama ve elkoyma ile sordurmadır⁴⁸. Vergi idaresinin vergi denetimine başladığı sırada mükellefe haklarını bildiren ve denetim süreci hakkında bilgilendirme içeren matbu bir kitapçık olan Denetime Tabi Tutulmuş Mükelleflerin Hakları ve Yükümlülükleri Bildirgesi (*La charte des droits et obligations du contribuable vérifié*) verilmesi zorunludur. Eğer mükellefin yokluğunda denetime başlanacak ise mükellefle görüşüldüğü an bu bildirgenin verilmesi gerekmektedir. Mükellef denetim sürecinde talep ederse yanında avukat veya mali danışman bulundurabilir, bunun için gerekli süre verilmelidir⁴⁹.

Vergi suçunu tespit eden vergi idaresi, savcılığa mükellef hakkında şikâyetle bulunmakta ve ardından resmi soruşturma işlemleri savcı tarafından başlatılmaktadır. Fransa’da vergi suçlarının soruşturması, Mali Cumhuriyet Savcılığı tarafından yürütülmektedir. Türkiye’de uygulanan soruşturma sürecine benzer şekilde, vergi suçlarından soruşturma başlatılabilmesi için vergi idaresinin vergi mükellefine karşı şikâyetle bulunması gereklidir. Savcı, suçu haricen öğrense bile vergi idaresinin şikâyeti olmadan soruşturmaya başlayamamaktadır⁵⁰. Şikâyetle bulunan kurum, Vergi Suçları Komisyonu (*Commission des infractions fiscales*) ‘dur. Komisyonun olumlu görüş vermemesi hâlinde savcılık so-

⁴⁷ PROTAX, (n 19) 259.

⁴⁸ Neslihan Karataş Durmuş, “Türk ve Fransız Vergi Hukuku Kapsamında Mükelleflerin Korunması”, Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, (2016) (48) 99, 114.

⁴⁹ Kaya, İlik ve Türkmen (n 13) 182; ibid., 113.

⁵⁰ Katia Weidenfeld and Alexis Spire. “Punishing tax offenders in France and Great Britain: two criminal policies.” *Journal of Financial Crime*, (2017) 24 (4) 574, 576.

ruşturmaya başlayamaz. Ancak komisyon, genellikle (%95 oranında) olumlu görüş vermektedir⁵¹.

Mali savcı, soruşturmayı başlatması ile birlikte vergi polisini yetkilendirmektedir. Vergi polisi, vergi kaçakçılığının soruşturma evresinde adli polis görevini ifa eden birimdir. Vergi polisi, vergi kaçakçılığı ile ilgili olmayan suçlarda kolluk görevini yürütemez. Vergi kaçakçılığı suçlarında ise delilleri elde etme amacıyla arama, elkoyma, gözaltına alma, iletişimin tedbiri gibi koruma tedbirlerini uygulamaya yetkilidir⁵².

Fransa'da geçerli olan takdirilik ilkesi gereğince, komisyonun olumlu görüş vermesi hâlinde, savcı kovuşturmayı başlatıp başlatmamakta serbesttir⁵³. Ancak vergi suçları bakımından savcılarının kovuşturamama yetkisi nadiren kullanılmaktadır⁵⁴. Savcı, kamu davası açmaya karar verirse, öncelikle davada hangi yargılama usulünün uygulanacağına ve hangi suçla kovuşturulacağına karar vermektedir. Kovuşturmayı başlatmak isteyen savcı, daha fazla araştırma yapılmasına karar verirse dosyayı soruşturma hâkimine (*juges d'instruction*) yönlendirmektedir. Soruşturma hâkimi, olayın esasına ilişkin bir hüküm vermez, yalnızca yapılan soruşturma işlemlerini denetler ve ihtiyaç duyması halinde ek delillerin toplanmasına veya koruma tedbirine karar verebilir. Soruşturma sona erdiğinde, soruşturma hâkimi sanığı mahkemeye sevk edebilir veya yeterli delil yoksa soruşturmayı sonlandırarak sanığın tahliyesine karar verebilir. Savcı veya soruşturma hâkimi tarafından dosyanın ceza mahkemesine iletilmesiyle kovuşturma evresi başlamaktadır⁵⁵.

3.2. Seçilen Ülkelerde Kovuşturma Evresi

Her ülkede, ceza yargılaması hükümleri ve kanunları farklı olsa da temel hukuk kurumlarının çoğu ortak bir kökene ve benzer içeriğe sahiptir⁵⁶. Çalışmada seçilen ülkelerde vergi suçlarının cezai yargılaması ceza mahkemeleri tarafından yapılmaktadır. Seçilen ülkelerin tamamında görevli mahkemelerin genel yetkili ceza mahkemesi olduğu tespit edilmiştir. Buna göre, soruşturma

⁵¹ Komisyon, soruşturmanın savcıya gönderilmesi kararını verirken bazı kriterlere göre hareket etmektedir. Örneğin, 100.000 Euro'dan düşük miktarlar söz konusu ise veya mükellef çok hasta ya da yaşlı ise olumsuz görüş verilmektedir. *ibid.*, 577.

⁵² Pürsünlerli Çakar ve F. Saraçoğlu, (n 22), 55.

⁵³ Weidenfeld and Spire, (n 50) 577; Feridun Yenisey, "Ceza Muhakemesi Süjelerinin İradelerinin Ceza Muhakemesinin Yürüyüşüne Etkisi Sorunu", MÜHF – HAD, (2013) 19 (2) 455; Ayrault ve De La Motte, (n 21) 8.

⁵⁴ Weidenfeld and Spire, (n 50) 577.

⁵⁵ Jacqueline Hodgson ve Laurène Soubise, *Prosecution in France* (Online Ed., Online Oxford University Press, 2017) 55.

⁵⁶ Anton Shamne, "Search in Criminal Procedure of Russia and Germany: Comparative Legal Characteristics." SHS Web of Conferences, (2018) 50, 1, 1.

aşaması tamamlandığında ilgili ülkenin hukukuna göre kişinin suçlu olduğu kanaatine ulaşıldığında, vergi dairesi, komisyon veya savcı tarafından ceza davası açılarak kovuşturma evresi başlamaktadır.

Kovuşturma evresi boyunca, ortaya konan delillerin ışığında suçun unsurları aydınlatılmaya çalışılmaktadır. Vergi suçlarının kovuşturma evresi de diğer suçların yargılamasından ayrı bir usule tabi değildir. Ancak vergi suçlarının kovuşturma evresinde yapılan işlemlerde kendine özgü birtakım farklılıklar ve dikkat edilmesi gereken noktalar bulunmaktadır. Çalışmanın devamında, seçilen ülkelerde vergi suçlarının kovuşturma evresi; özellik arz eden hususlar özelinde incelenecektir.

3.2.1. İngiltere'de Kovuşturma Evresi

İngiltere'de vergi suçları ceza mahkemeleri tarafından yargılanmaktadır. Bu bağlamda, İngiltere'de de vergi suçları için öngörülen hapis cezası için yapılacak yargılamanın vergi yargılamasından ayrıldığı söylenebilir. Zira İngiltere'de vergi yargısında ilk derece İdare Mahkemesinin Vergi Dairesi (*First Tier Tribunal-Tax Chamber*) görevlidir. Vergi suçlarında ise ilk derece görevli mahkeme çoğu kez Sulh Mahkemesi (*Magistrates' Court*) görevli olacaktır. Sulh mahkemelerinde yapılan ceza yargılamasında jüri bulunmamaktadır.

Bir vergi suçundan dolayı yapılacak ceza yargılaması için sulh mahkemesinde kovuşturma başlamış ise, mahkeme tarafından 12 aya kadar hapis cezasına, para cezasına, seçenek yaptırıma veya yasaklamaya hükmedilmesi mümkündür. Sulh mahkemesi, yaptığı yargılamanın sonucunda 12 aydan daha fazla hapis cezasına hükmedilmesi gerektiğini düşünüyorsa davayı hüküm verilmesi için Kraliyet Mahkemesi (*Crown Court*) önüne gönderebilecektir⁵⁷. Bunun dışında, sanığın sulh mahkemesinden verilecek karara itiraz etme hakkı, beyanına göre değişmektedir.

Buna göre sanık, verilen kararda ciddi bir hata yapıldığını düşünüyorsa sulh mahkemesine kararı gözden geçirilmesini talep edebilecektir. Kararda hata yoksa ancak verilen kararın haksız olduğu düşünülmekte ise temyiz başvurusunda bulunulmalıdır. Sanığın suçlu olduğunu beyan etmesi halinde (*guilty plea*), sadece ceza miktarı veya türü hakkında temyiz başvurusunda bulunma hakkı vardır. Sanığın suçlu olmadığını beyan etmesi hâlinde ise (*not guilty plea*) hem mahkûmiyet hükmünü hem de verilen cezayı temyiz edebilecektir.

Sulh mahkemesi kararı, kararın verildiği tarihten itibaren 21 gün içinde temyiz edilebilir. Temyiz başvurusu, Birleşik Krallık web sitesinde bulunan

⁵⁷ Anthony Edwards, *Blackstone's Magistrates' Court Handbook 2021*, (Oxford University Press 2021) 16; Jessica Jacobson and Gillian Hunter, *Inside Crown Court: Personal experiences and questions of legitimacy*, (1st Ed., Policy Press 2016) 25.

bir form aracılığı ile yapılmaktadır. Başvuru, posta veya e-posta aracılığı ile yapılabilir⁵⁸.

Kraliyet Mahkemesi, yalnızca ceza yargılaması yapan bir mahkemedir. Bir hâkimden oluşmaktadır. Ayrıca, sulh mahkemeleri tarafından verilen hükümlerin denetimi de Kraliyet Mahkemesi tarafından yapılmaktadır⁵⁹. Kraliyet Mahkemesinde yapılan yargılamada jüri de bulunmaktadır.

Jüri, halkı temsil eden ve hukuk mesleğinden olmayan 12 kişiden oluşmaktadır. Jüri, bilgisayar tarafından otomatik olarak atanmaktadır. Jüri olarak seçilen kişilere, sanık veya savcı itiraz edebilmektedir. Mahkeme jürisi, yalnızca maddi olgular hakkında karar verebilecektir, hukuki kararları vermeye yalnızca hâkim yetkilidir. Dava açıklanan ve tartışılan olgular sonucunda, jüri ‘suçlu’ veya ‘suçlu değil’ şeklinde karar vermektedir. Jüri kararları için 12 üyeden 10’unun çoğunluğu aranmaktadır⁶⁰. Hâkim, jürinin verdiği karar doğrultusunda ceza tayinini kendisi yapacaktır.

Eğer Sulh Mahkemesinin kararı temyiz yoluyla Kraliyet Mahkemesine gönderilmiş ise, Kraliyet Mahkemesi tarafından 80 gün içinde duruşma tarihi, saati ve yeri belirlenerek sanığa bildirilir⁶¹ (UK Government, 2022). Duruşma yapılacak yer genellikle sanığın bulunduğu yere en yakın Kraliyet Mahkemesi olmaktadır. Kraliyet Mahkemesi, duruşmanın sonunda bir karar verir. Temyiz başvurusunda bulunan sanığın haklı bulunması hâlinde, sanığın ödediği vekâlet ücreti gibi resmi ücretler da kendisine iade edilir. Temyiz başvurusunun haklı bulunmaması hâlinde, sanığın bu karara karşı da itiraz etme hakkı bulunmaktadır. Kraliyet Mahkemesi ilk derece mahkemesi olarak karar vermiş ise, bu karar hakkında da temyize başvurulabilir (Ministry of Justice, 2020:10). Kraliyet Mahkemesi kararlarını temyizen incelemeye yetkili makam Temyiz Mahkemesi Ceza Dairesidir (*Court of Appeal Criminal Division*).

Kraliyet Mahkemesi kararının temyizinde, sanığın suçluluğu hakkındaki beyanının ne olduğunun önemi bulunmamaktadır. Sanık suçluluk beyanında da bulunsa, suçsuzluk beyanında da bulunsa, verilen mahkûmiyet hükmünü cezanın miktarı, türü veya her ikisi yönünden temyiz edebilir. Temyiz başvurusu, web sayfasında bulunan form aracılığı ile yapılmaktadır⁶². Başvuru, Kra-

⁵⁸ UK Government, *Appeal a magistrates’ court decision*, <https://www.gov.uk/appeal-magistrates-court-decision>, (22.05.2022).

⁵⁹ Edwards, (n 57), 24.

⁶⁰ Mehmet Maden, “İngiltere ve Galler Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılama Makam ve Søjeleri”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2020) 8 (1-2) 11, 15.

⁶¹ *Appeal a magistrates’ court decision*, <https://www.gov.uk/appeal-magistrates-court-decision>, (22.05.2022).

⁶² <https://www.gov.uk/guidance/criminal-procedure-rules-forms#appeal> Erişim Tarihi: 22.05.2022.

liyet Mahkemesinin verdiği hüküm tarihinden itibaren 28 gündür. Başvurular posta veya e-posta aracılığı ile yapılabilir. Öncelikle temyiz başvurusu için izin istenir. İzin incelemesi tek hâkim tarafından yapılır. Temyiz izni verilmemesi hâlinde, iznin neden verilmediği gerekçeli olarak tebliğ edilir. Bu durumda sanık, başvurusunu yenileyerek 2 veya 3 hâkimden oluşan bir kurulun karar vermesini isteyebilir⁶³.

Temyiz Mahkemesinin sanığı haklı bulması hâlinde, sanık hakkında verilen mahkûmiyet hükmü değiştirilir veya verilen ceza indirilir. Sanığın haksız bulunması hâlinde ise sanığın cezası infaz edilir ve mahkeme giderlerinin ödenmesi istenir⁶⁴. Temyiz Mahkemesi’nin kararında ciddi bir adli hata olduğu düşünülmekte ise, Ceza Davaları İnceleme Komisyonu (*Criminal Cases Review Commission - CCRC*) ‘na davayı gözden geçirmesi için başvuru yapılabilir. Bu başvuru, süresiz ve ücretsizdir. Ancak CCRC’ye yapılan başvuruların incelenebilmesi için yeni bir delil veya mahkeme tarafından değerlendirilmemiş önemli bir hukuki olgu/delil olmalıdır⁶⁵.

Son olarak, İngiltere ceza yargılaması sisteminin nihai temyiz mercii Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi (*The Supreme Court*)’dir⁶⁶. Yüksek Mahkeme, 2005 Tarihli Anayasa Reformu Kanunu (*Constitutional Reform Act 2005*) ile kurulmuş ve 1 Ekim 2009’da göreve başlamıştır. Yüksek Mahkeme, yalnızca kamu tarafından önem taşıyan davaları incelemektedir. Yüksek Mahkemeye başvuruda bulunabilmek için, öncelikle başvuru izni alınmalıdır⁶⁷. Başvuru izninin kabul edilmesinden sonra başvuru yapılmaktadır. Başvuru izni ve başvuru formlarına ve bu formların doldurulmasında dikkat edilmesi gereken noktalara Yüksek Mahkemenin web sitesinden ulaşılabilir⁶⁸. Başvuru ücreti 800-1000 sterlidir⁶⁹. Yüksek Mahkeme, kararlarında AİHS hükümleri ile AİHM içtihadını göz önünde tutmaktadır. Kararlar, oy çoğunluğu ile alınır. Yüksek Mahkeme tarafından verilen kararlar, tüm mahkemeler tarafından emsal teşkil etmektedir⁷⁰.

⁶³ Appeal a magistrates’ court decision, <https://www.gov.uk/appeal-magistrates-court-decision>, (22.05.2022).

⁶⁴ Appeal a Crown Court decision, <https://www.gov.uk/appeal-against-crown-court-verdict>, (22.05.2022).

⁶⁵ <https://ccrc.gov.uk/the-application-process/>, (22.05.2022).

⁶⁶ Judicial Office International Team, *The Judicial System of England and Wales*, March 2021, s. 7 <https://www.judiciary.uk/>, (03.07.2022); Jacobson, and Hunter (n 57), 23.

⁶⁷ A guide to bringing a case to The Supreme Court, <https://www.supremecourt.uk>, (22.05.2022).

⁶⁸ <https://www.supremecourt.uk/procedures/court-forms.html>, (22.05.2022).

⁶⁹ <https://www.supremecourt.uk/procedures/fees-and-costs.html>, (22.05.2022).

⁷⁰ Judicial Office International Team, *The Judicial System of England and Wales*, 7.

3.2.2. ABD’de Kovuşturma Evresi

Büyük jürinin ithamda bulunması halinde, dava açılarak kovuşturma başlanmaktadır. Vergi suçları, standart bir ceza davasında yargılanmaktadır⁷¹. Dolayısıyla ceza yargılama usulü kuralları, vergi suçlarının kovuşturma evresinde de uygulanmaktadır. Ceza davalarında uygulanan Federal Ceza Muhakemesi Usulü Kuralları, Federal Delil Kuralları ve eyalet kuralları vergi suçlarının yargılanmasında da uygulanmaktadır.

ABD yargı sistemi, 3 derecelidir. İlk derece mahkemesi olarak, Bölge Mahkemeleri (*District Court*) yetkilidir. Bölge Mahkemesi, federal mahkeme sistemindeki genel görevli mahkemelerdir. Hem hukuk hem de ceza davalarına bakmakla yetkilidir. Vergi suçlarının ilk derece yargılaması da Bölge Mahkemeleri tarafından yapılacaktır.

Kovuşturma başladıktan sonra, öncelikle başlangıç duruşması (*initial hearing*) yapılmaktadır. Başlangıç duruşmasında, sanık tutuklu ise hâkim öncelikle sanığın sabika kaydını, ailesinin orada yaşayıp yaşamadığını, serbest bırakılmasının toplum için tehlikesini de göz önünde bulundurarak kefaletle salınip salınmayacağına ve salınabileceksen kefalet miktarına karar vermektedir⁷². Vergi suçları bakımından sanık tutuklu ise genellikle kefalet karşılığında serbest bırakılmasına karar verilmektedir. Sanık kefalet miktarını ödeyemez ise, tutuklu yargılanmasına devam edilir.

ABD ceza yargılaması sisteminde, duruşma başlamadan önce devlet ve sanık arasında uzlaşma yapılarak davanın sonuçlandırılması mümkündür. Ceza Pazarlığı (*plea bargaining*) adı verilen bu özel uzlaşma yöntemi, özellikle savcının davasının güçlü olduğu durumlarda vuku bulmaktadır. Bu yöntemde, duruşma başlamadan önce iddia ve savunma arasında bir toplantı gerçekleştirilir. Sanık, yapılacak yargılama sonucunda ceza alacağı düşüncesinde ise suçu kabul eder; bunun karşılığında savcı, sanığa ağır suç yerine hafif suçtan cezalandırılması veya birden fazla suç varsa bazılarında cezalandırmamayı teklif ederek avantaj sağlayabilmektedir⁷³. Vergi davalarında, ithamın yapılmasına kadar dosya çok kez denetimden geçmektedir ve ithamda bulunma standartları yüksektir. Bu nedenle, vergi ceza davalarının çoğu ceza pazarlığı anlaşması ile sonuçlandırılmaktadır⁷⁴.

Bu aşamada, sanık suçsuz olduğunu iddia ederse, hazırlık duruşması aşamasına geçilir. Hazırlık duruşması aşamasında, savcılık, sanığı suçlamak için yeterli delili olduğunu savunmaya göstermek için gerekli işlemleri yapmakta-

⁷¹ Townsend and Townsend, (n 42) 23; Mazza, (n 37), 767.

⁷² USA Department of Justice, <https://www.justice.gov/>, (26.05.2022).

⁷³ Albert W. Alschuler, “Plea bargaining and its history.” *Columbia Law Review*, (1979) 79 (1), 4.

⁷⁴ Townsend and Townsend, (n 42) 23; Mazza, (n 37) 767.

dır. Delilleri savunmaya sunmak, duruşmada dinlenecek tanıkların dinlenmesi gibi işlemler yapıldığından; bu aşama kısa bir duruşma olarak kabul edilmektedir. Hazırlık duruşmasında savunma, belirli delillerin kullanılmasına itiraz edemez ve aslında, yargılamada jüriye gösterilemeyen delillerin ön duruşmada sunulmasına izin verilir. Hâkim, suçun sanık tarafından işlendiğine inanmak için yeterli neden olduğuna karar verirse, duruşma tarihi belirlenecektir. Ancak hâkim, delillerin sanığın suçu işlediğine dair muhtemel bir sebep oluşturduğuna inanmazsa, suçlamaları reddeder⁷⁵.

Hazırlık duruşmasından sonra belirlenen gün ve saatte duruşmaya başlanır. Duruşmada, hâkim, savcı, savunma (sanık ve avukatı) ve jüri hazır bulunur. Jüri, 12 kişiden oluşur ve o federal bölgede yaşayan seçmen kayıtlarından derlenen jüri havuzundan rastgele seçilir. Jüri, davada tarafları ve delillerin tartışılmasını dinleyerek sanığın suçu işleyip işlemediği hakkında karar verir. Karşı tarafın göstermek istediği delilin gösterilmesine itiraz edilebilir⁷⁶. Tarafların hangi delilleri sunabileceğine hâkim karar verecektir. Örneğin, hukuka aykırı arama emri sonucunda ele geçirilen deliller, hukuka aykırı olduğundan jüriye sunulamayacaktır.

Duruşmada, öncelikle savcı ve savunma avukatının olayları kısaca açıklaması istenir. Ardından, öncelikle savcı delillerini ve tanıklarını sunmaya başlar⁷⁷. Savcının gösterdiği tanıklar dinlendikten sonra, savunma tanıklara soru sorma hakkına sahiptir. Ardından, savunma da delil ve tanıklarını sunabilir. Ancak savunma delil ve tanık sunmak zorunda olmadığı gibi, ifade vermek veya savcının delilleri hakkında açıklamada bulunmak zorunda değildir⁷⁸. Masumiyet karinesi gereği, savunma suçsuzluğunu kanıtlamak zorunda değildir; sanığın cezalandırılabilmesi için suçluluğunun devletin kanıtlanması gerekmektedir.

Jürinin sanığı suçsuz bulması hâlinde sanık serbest kalmaktadır. Sanık, jüri tarafından suçlu bulunmuş ise hâkim cezayı belirleyecektir. Sanığın suçlu bulunması ile hâkimin cezayı belirlemesi arasında süre olması mümkündür. Bu sürede hâkim ifadeleri, delilleri, kongre tarafından belirlenen asgari ve azami cezaları ve çeşitli kaynakları, ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenleri göz önünde bulundurarak cezayı belirleyecektir. Bazı istisnai hâllerde, sanık jüri tarafından suçlu bulursa dahi çok istisnai ve adaleti önemli ölçüde etkileyen hâllerde hâkimin farklı bir karar verebilmesi mümkündür. Buna göre, ilk olarak, jüri tarafından suçlu kararı verilmesine karşın, hâkim bu kararı iptal ederek yeni bir yargılama yapılmasına karar verebilir⁷⁹. İkinci olarak, hâkim, jürinin kararını

⁷⁵ <https://www.justice.gov/usao/justice-101/preliminary-hearing>, (26.05.2022).

⁷⁶ Erdem, (n 43) 101.

⁷⁷ <https://www.justice.gov/usao/justice-101/trial>, (12.12.2022)

⁷⁸ <https://www.justice.gov/usao/justice-101/trial>, (12.12.2022)

⁷⁹ <https://www.justice.gov/usao/justice-101/post-trial-motions> (12.12.2022)

erteleyerek sanığın beraatine karar verebilir. Üçüncü olarak, jüri kararında bir hata varsa, hâkim bu hatanın düzeltilmesine karar verebilir.

Sanığın suçlu bulunması ve hakkında mahkûmiyet hükmü kurulması halinde, sanığın bu hükme karşı itiraz hakkı bulunmaktadır. Ancak yargılama ceza pazarlığı anlaşması ile sonuçlandırılmışsa temyiz hakkı bulunmamaktadır⁸⁰. ABD ceza yargılaması sisteminde, mahkûmiyet kararına karşı hem savunma hem de iddia makamı temyize başvurabilir. Ancak sanığın suçsuz bulunması halinde devletin temyize başvurması kabul edilmemiştir⁸¹. Savunma makamının temyiz süresi karar tarihinden itibaren 14 gün; devletin temyiz süresi ise karar tarihinden itibaren 30 gün olarak belirlenmiştir⁸². Temyiz başvurusu, temyiz incelemesi yapacak olan Temyiz Mahkemesi (*Circuit Court*)'ne gönderilmek üzere Bölge Mahkemesi'ne yapılmakta, mahkemesi, temyiz incelemesi sırasında Bölge Mahkemesi tarafından yapılan yargılamada hata olup olmadığı yönünden denetleme yapmaktadır.

Temyiz incelemesi genellikle duruşmasız olarak yapılmaktadır. Ancak mahkeme gerek duyduğunda duruşma yapabilmektedir. Temyiz incelemesinin sonucunda mahkeme onama veya bozma kararı verebilmektedir. Temyiz Mahkemeleri kurul şeklinde çalışmakta ve oy çokluğu ile karar vermektedir. Çoğunluğun görüşüne katılmayan hâkimler, karara neden katılmadıklarını gerekçeli olarak açıklamalıdır. Bozma kararı verilmesi halinde dosya alt mahkemeye gönderilmektedir. Alt mahkeme, tekrar duruşma yapılması gerekmekte ise duruşma yapabilir veya dosya üzerinden tekrar karar verebilir.

Temyiz incelemesi sonuna verilen karara karşı, Amerika Yüksek Mahkemesi (*The United States Supreme Court*)'ne başvuru hakkı bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme, Amerikan yargı sistemindeki en yüksek temyiz merciidir. Yüksek Mahkeme, 1 baş hâkim ve 8 üye hâkimden oluşmaktadır. Yüksek Mahkeme'ye yapılan başvurular öncelikle kabul edilebilirlik incelemesinden geçmektedir. Mahkeme, hangi dosyaları inceleyeceği hakkında geniş bir takdir yetkisine sahiptir⁸³. Başvuru, elektronik dosyalama sistemi aracılığı ile yapılmaktadır⁸⁴. İnceleme, genellikle duruşmasız olarak yapılmakta ise de tarafların talebi üzerine Mahkeme duruşma yapılmasına karar verebilmektedir. Yüksek Mahkeme karar yeter sayısı 6'dır. Yüksek Mahkeme tarafından verilen kararlar kesindir.

⁸⁰ Townsend, and Townsend, (n 42) 24.

⁸¹ www.uscourts.gov/, (30.05.2022).

⁸² Federal Rules of Appellate Procedure, Rule 4 (b).

⁸³ Messitte Peter J., "Temyiz Müzekkeresi: Hangi Davalara Bakılacağına Karar Verilmesi", Demokrasi ile İlgili Meseleler, ABD Dışişleri Bakanlığı, (2005) 10 (1) 20.

⁸⁴ Supreme Court of the United States, "Guidelines For The Submission of Documents to The Supreme Court's Electronic Filing System"; "Electronic Filing System User Guide", https://www.supremecourt.gov/, (30.05.2022).



3.3.3. Almanya’da Kovuşturma Evresi

Alman vergi sisteminde, vergi uyuşmazlıklarını ilk derece çözmeye yetkili mahkeme vergi mahkemesidir (Finanzgericht). Vergi mahkemesinin kararları ise temyiz yoluyla Federal Vergi Mahkemesi (Bundesfinanzhof) tarafından incelenmektedir. Ancak, vergi suçları bakımından vergi mahkemesi görevli değildir. Almanya’da vergi suçlarının kovuşturmasında Ceza Mahkemeleri görevlidir⁸⁵. Alman ceza yargılamasında Ceza Mahkemesi-*Amtsgerichte*, Eyalet Mahkemesi-*Landgerichte*, Yüksek Eyalet Mahkemesi-*Oberlandesgerichte* ve Federal Alman Yargıtayı- *Bundesgerichtshof* tarafından uygulanmaktadır. Bu mahkemelerin dördü ilk derece mahkemelerdir. Eyalet Mahkemesi aynı zamanda Asliye Ceza Mahkemesi’nin istinaf mahkemesidir⁸⁶.

Savcılık, dava açılmasına karar verirse davayı Ceza Mahkemesi’nde açar. GVG⁸⁷ hükümleri uyarınca, 4 yıldan az cezaya hükmedilmesi bekleniyorsa Asliye Ceza Mahkemesi, 4 yıldan fazla cezaya hükmedilmesi bekleniyorsa Eyalet Mahkemesi yetkilidir.

Kovuşturma evresi, duruşma hazırlığı, duruşma, hüküm ve kanun yollarına başvuru devrelerinden oluşmaktadır. StPO md 213’te mahkeme başkanı tarafından duruşma gününün belirleneceği ifade edilmiştir. Duruşma hazırlığında, duruşma günü belirlenerek ilgililere tebliğ edilir, AO’da da duruşma gününün gelir idaresine bildirileceği hüküm altına alınmıştır.

Duruşma, iddianamenin okunması ile başlar ve öncelikle sanık sorguya çekilir. Sanığın sorguya çekilmesinden sonra, delillerin ortaya konması aşamasına geçilir. Alman muhakemesinin amacı, yasanın öngördüğü usul şekilleri çerçevesinde ve bu usul formları çerçevesinde maddi gerçeğin belirlenmesidir⁸⁸. Bu sebeple duruşma sırasında, deliller ortaya konularak tartışılır, okunması gereken belgeler mahkeme tarafından okunur.

Duruşma sırasında sanığın hazır bulunması gerekli olup, hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılamaz. Duruşma, müzakerenin ardından hükmün tefhimi ile sona erer. Mahkeme, ortaya konmuş delillerin sonuçları hakkında serbest ve duruşmanın bütününden oluşan kanaatine göre karar verir. StPO 263. maddesinde karar için oyların üçte iki çoğunluğu aranmıştır. Mahkeme hükmü gerekçeli olarak okumalıdır. Duruşmanın sona ermesinden itibaren en geç on birinci günde hükmün tefhim edilmesi mecburidir. Aksi halde duruşmaya tekrar başlanır.

⁸⁵ Serdar Kılıç ve Mustafa Göktuğ Kaya, “ABD, Almanya, İngiltere ve Türkiye Vergi Yargısı Sistemleri”, *Sayıştay Dergisi*, (2017) 107 37,44.

⁸⁶ Wolfgang Eichler, “German Criminal Jurisdiction”, *The International and Comparative Law Quarterly*, (1956) 5 (4) 542, 543.

⁸⁷ GVG İngilizce tam metnine https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gvg/index.html adresinden 30.05.2022 tarihinde erişilmiştir.

⁸⁸ Hans Heinrich Jescheck, “Principles of German Criminal Procedure in Comparison with American Law”, *Virginia Law Review*, (1970) 56 (2) 239, 240.

Yargılama makamı kararlarına karşı kabul edilmiş kanun yollarına karşı, hem savcılık hem de sanık kanun yollarına başvuru hakkına sahiptir⁸⁹. Alman Ceza Yargılamasında, kanun yollarına başvuru süreci, ilk derece görevli mahkemenin hangisi olduğuna göre farklılık arz etmektedir. Buna göre, Asliye Ceza Mahkemesinin görevli olduğu uyuşmazlıklarda, Eyalet Mahkemesi istinaf merci olarak görev yapar. Eyalet Mahkemesi'nin kararlarına karşı, Yüksek Eyalet Mahkemesi'ne temyiz başvurusu yapılabilmektedir. Eyalet Mahkemesi'nin ilk derece mahkemesi olarak görev yaptığı uyuşmazlıklar hakkında ise, yalnızca temyiz yoluyla Federal Alman Yargıtay'ına başvuru yapılabilmektedir.

Vergi suçları bakımından, gelir idaresi de şahsi davacı olarak kanun yollarına başvuru hakkına sahiptir. StPO'da kanun yolları, itiraz, istinaf, temyiz ve yargılanmanın yenilenmesi olarak sayılmıştır. İtiraz yolu, StPO md 304 ve devamında düzenlenmiştir. Buna göre, ilk derece veya istinaf yargılaması için yetkili mahkemenin ara kararlarına ve mahkeme başkanının kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir. Ancak Federal Yargıtay'ın ara kararlarının tamamı ve Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin temyiz mercii olarak verdiği ara kararları ke-sindir, itiraz yoluna başvuru yapılamaz.

İtiraz, kararı veren mahkemeye yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılır. Başvuru sonucunda mahkeme veya başkan kararı yerinde görürse düzeltir, aksi takdirde yetkili mercie gönderir. Yetkili merci, Asliye Ceza Mahkemelerinin kararlarına karşı yapılan itirazlar hakkında, Eyalet Mahkemesi, Eyalet Mahkemesinin kararlarına karşı yapılan itirazlar hakkında, Yüksek Eyalet Mahkemesi, Yüksek Eyalet Mahkemesi kararına ilişkin itirazlar hakkında ise, Alman Federal Yargıtay'ıdır⁹⁰.

StPO madde 312 uyarınca, Ceza Hâkiminin ve Toplu Asliye Mahkemesinin hükümlerine karşı istinaf yoluna başvurulabilir. İstinaf istemi, kanun yollarına başvurmaya yetkili olanlar tarafından hükmün bildirilmesinden itibaren bir hafta içinde hükmü veren mahkemeye yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılmalıdır.

İstinaf merci, Eyalet Mahkemesi'dir. İstinaf incelemesi, StPO 312 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, ilk derece mahkemesi, başvurudan sonra başvurunun süresinde yapılması halinde dosyayı savcılığa verir. Savcılık, istinaf mahkemesi savcılığına dosyayı gönderir ve böylece istinaf incelemesi başlamış olur. İstinaf yargılamasında hüküm, sadece kanun yolu konusu yapıldığı kadarıyla incelenmektedir. İstinaf davası kabul edilirse İstinaf Mahkemesi hükmü bozarak esas hakkında kendi karar verir.

⁸⁹ Ali Rıza Çınar, "Alman Ceza Yargılama Hukukunda İstinaf Yasayolu", GSÜHFD, (2010), 1 (Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan Özel Sayı) 503, 512.

⁹⁰ Gülsün Ayhan Aygörmüş Uğurlubay, "Güncel Tartışmalar Ve Gelişmeler Işığında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz", DEÜHFD (2015) 16 (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan Özel Sayı) 3999, 4026.

StPO 333. maddesi gereği, Eyalet Mahkemelerinin istinaf yoluyla ve ilk derece mahkemesi olarak verdiği kararlar ile Yüksek Eyalet Mahkemesinin esas mahkeme sıfatıyla verdiği hükümler hakkında temyiz yoluna başvurulabilir. Temyiz başvurusu, hükmün tefhiminden itibaren bir hafta içinde yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü yapılmalıdır.

Alman Hukuk Sisteminde, doğrudan temyiz olarak adlandırılan bir yol vardır. StPO madde 335'te düzenlenen başvuruda, istinaf başvurusu yapabilecek kişiler istinaf yerine temyiz yoluna gidebilmektedir. Bu durumda, temyize istinaftan sonra başvurusaydı hangi mahkeme temyiz merci olacaksa yine aynı mahkeme karar verir.

Yargıtay, temyiz başvurusunda sadece temyiz talebinde belirtilmiş olan olayları inceleyebilir. Temyiz davası kabul edilirse, hüküm esastan bozulur. Bozulan karar, hükmü bozulan mahkemenin başka bir dairesine veya aynı eyaletteki ve aynı seviyedeki başka bir mahkemeye gönderilir. Eğer, başka bir inceleme yapılmadan doğrudan beraat veya düşme kararı verilecekse, belirli bir cezaya hükmedilecekse, yalnızca cezanın belirlenmesinde kanuna aykırılık varsa Federal Yargıtay kendisi esas hakkında karar verebilir. Dosya kendisine gönderilen mahkeme, Federal Yargıtay'ın bozma kararını kuracağı hükme esas alır. Böylece dava hakkında kesinleşmiş bir karar verilmiş olacaktır.

3.3.4. Fransa'da Kovuşturma Evresi

Kıta Avrupası hukuk sistemini benimseyen Fransa'da yargılama örgütü adli ve idari yargı olmak üzere iki temel kola ayrılmıştır. Adli yargı kolunda hukuk mahkemeleri, ihtisas hukuk mahkemeleri ve ceza mahkemeleri bulunmakta iken idari yargı kolunda idare mahkemeleri, ihtisas idare mahkemeleri ve vergi mahkemeleri bulunmaktadır. Fransa'da idari para cezalarının yargılaması vergi mahkemelerinde yapılmakta iken vergi suçlarının yargılamasında ilk derece mahkemesi olarak ceza mahkemeleri (*tribunal correctionnel*) görevlidir. Suçun yargılama sürecinde, Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu (*Code de procédure pénale-CPP*) uygulanmaktadır.

Kovuşturma evresi, duruşma öncesi işlemlerin yapılması ile başlamaktadır. Kovuşturma evresinde, suçun işlendiği, sanığın ikametgâhının bulunduğu veya sanığın tutuklu bulunduğu yerin asliye ceza mahkemesi yetkilidir. CPP 381. maddesi uyarınca, Asliye ceza mahkemesi, 10 yıla kadar hapis cezası öngörülen suçlar hakkında yargılama yapmaya yetkilidir. Yapılacak yargılamada jüri bulunmaz⁹¹. Mahkeme, biri başkan olmak üzere 3 hâkimden oluşmaktadır.

⁹¹ “10 yıldan fazla hapis cezası öngörülen suçların yargılaması ağır ceza mahkemesinde yapılmaktadır. Ağır ceza mahkemesinde yapılacak yargılamada jüri sistemi uygulanmaktadır. Jüri, herkese açık bir şekilde jüri listesinden çekilen kura ile belirlenmektedir. Toplamda 9 jüri üyesi bulunmaktadır. Seçilen jüri üyelerine itiraz etme hakkı bulunmaktadır. Savunma makamı 5 jüri üyesine, iddia makamı ise 4 jüri üyesine itiraz edebilir. Tarafların yanı

Sanığın duruşmada hazır bulunması ve avukatla temsil edilmesi gerekmektedir. Belirlenen duruşma tarih ve saatinin vergi idaresine de bildirilmesi gerekmektedir. Bu bildirimden sonra, sanık ve mağdur dosyaya ulaşarak dosyanın bir kopyasını ücretsiz olarak alabilmektedir. Taraflar, bu aşamada toplanmasını istedikleri delilleri mahkemeye iletebilir veya dosyaya sunabilirler⁹². Toplanması talep edilen deliller hakkında, mahkeme savcının da görüşünü aldıktan sonra karar vermektedir. Yeni toplanan deliller taraflara sunulur.

Dosyada delillerin toplanması ile birlikte duruşma aşamasına geçilmektedir. Fransız ceza yargılaması sisteminde duruşmadan önce delillerin toplanması ve bildirilmesi büyük önem taşımaktadır. Çünkü duruşmadan önce delillerin tamamı toplanarak dosya tamamlanır, duruşma sırasında yeni delil sunulamaz⁹³. Duruşmada, hâkim heyeti, iddia makamını temsil etmek üzere savcı, kâtip, sanık ve avukatı ile mağdur ve varsa avukatı hazır bulunur.

Mahkeme, kararını duruşma günü verebileceği gibi, belirlediği ileri bir tarihte de karar verebilir. Mahkeme beraat, mahkûmiyet veya mahkûmiyetin ertelenmesi kararı verebilir. Mahkûmiyet kararı verilmesi halinde, para cezasına, hapis cezasına veya seçenek yaptırımlara hükmedilmesi mümkündür. Hangi yaptırım türüne hükmedileceğine karar verilirken kişinin sabıka kaydı, aile, eğitim ve iş durumu ile ekonomik durumu göz önünde tutulur.

Kovuşturma evresinde masumiyet karinesi gereğince iddia bulunan savcının sanığın suçu işlediğini kanıtlaması gerekmektedir. Ancak vergi suçlarında vergi idaresi ve mali polisin oluşturduğu dosya ve ileri sürülen deliller bulduğundan vergi idaresi de iddia sürecinde aktif bir rol oynamaktadır. Vergi idaresi, hangi vergi kaçakçılığı dosyalarının kovuşturulacağına karar verdiklerinden en güçlü delillerin olduğu dosyaları seçmektedir. Bu nedenle, %90'ın üzerinde mahkûmiyet kararı verilmektedir. Ancak, Fransa'da mahkûmiyet kararının temel amacı, kaçırılan vergilerin geri alınmasıdır. Bu nedenle mahkûmiyet hükmü oranı yüksek olsa dahi hapis cezası uygulaması %10 civarındadır⁹⁴.

Ceza mahkemesinin verdiği hüküm hakkında istinaf kanun yoluna başvuru yapılması mümkündür. CPP 497. maddesi hükümlerine göre, vergi suçları bakımından Sanık, savcı ve vergi idaresi kanun yoluna başvurmaya yetkilidir.

sıra jürinin de dinlenen tanıklara ve uzmanlara soru sorma hakkı bulunmaktadır. Fransız jüri sistemi Anglosakson sistemindeki jüri sisteminden daha farklıdır. Hâkim jürinin yanıtlanmasını istediği soruları yazılı olarak verir, jürinin sorulara yanıtları sanık hakkında verilecek hükmü belirler." Mustafa Duran, *Fransız Adli Yargılama Sistemi*, (Birinci Bası, Adalet Yayınevi 2014) 96.

⁹² Ministère chargé de la justice, "Conduct of a case before the Correctional Court", <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F1485?lang=en>, (05.06.2022).

⁹³ Duran, (n 91) 101

⁹⁴ Weidenfeld and Spire, (n 50) 581.

İstinaf incelemesi, istinaf mahkemesi (*La Cour d'Appel*) tarafından yapılmaktadır. İstinaf başvurusu, kararı istinaf edilen mahkemeye yapılır. İstinaf süresi hükmün tefhim veya tebliğinden itibaren 10 gündür⁹⁵. İstinaf incelemesi, hem maddi hem de hukuki yönden yapılır, bu nedenle istinaf incelemesinde yeni delil toplanması ve yeni iddiaların öne sürülmesi mümkündür.

İstinaf mahkemelerinden verilen her türlü karar hakkında temyiz yoluna başvurmak mümkündür. Temyize başvuru konusunda cezanın miktarı gibi herhangi bir nedenle kısıtlama yoktur⁹⁶. Temyiz incelemesi, Temyiz Mahkemesi (*Cour de Cassation*) tarafından yapılmaktadır. Temyiz Mahkemesi, Fransa'da en yüksek mahkeme olarak görev yapmaktadır. Temyiz Mahkemesi'nin yetkisi tüm ülkeyi kapsamaktadır.

Temyiz başvurusunun süresi, istinaf mahkemesi kararının açıklandığı tarihten itibaren 5 gündür. Temyiz incelemesi yalnızca hukuki yönden yapılmaktadır. Bu nedenle mahkeme 3. derece yargı merci olarak değil, yargısal denetim merci olarak kabul edilmektedir. Temyiz incelemesinin sonunda, temyiz mahkemesi alt derece mahkemesinin kararını onayabilir veya bozabilir. Kararın onanması halinde karar kesinleşmiş olacaktır. Kararın bozulması hâlinde ise, eğer yanlış veya eksik uygulanan hukuk kuralının doğrudan uygulanma imkânı varsa Temyiz Mahkemesi hukuk kuralını doğrudan kendisi uygulayarak dosyayı kapatır. Eğer hukuk kuralının doğrudan uygulanması mümkün değilse, alt derece mahkemesinin kararı bozularak kararı veren mahkemeye gönderilir. Derece mahkemesi, Temyiz Mahkemesi'nin bozma nedenlerine uymayarak karar verirse, Genel Kurul Dairesi (*assemblée plénière de chambre*) nihai olarak karar verir.

SONUÇ

Vergi suçları, devlet hazinesine, ekonomisine ve dolayısıyla tüm topluma zarar veren önemli bir suçtur. Kişilerin vergi suçu işlemedeki temel güdü, haksız yere vergi avantajı elde etmek olsa da pek çok vergi kaçakçılığı olayının bununla sınırlı kalmadığı da görülmektedir. Uyuşturucu madde ticareti, insan ticareti veya organ ticareti gibi yasadışı ticaret suçları; yasadışı kumar ve bahis ve kara para aklama suçları da vergi kaçakçılığı suçunun da işlendiği ekonomik suçlardır. Bu nedenle hem toplumun ekonomik çıkarlarının korunması; hem de kimi zaman vergi suçunun arkasına gizlenmiş daha büyük suçların tespiti için vergi kaçakçılığı suçlarının tespit edilmesi ve cezalandırılması önem arz etmektedir.

OECD tarafından belirlenen vergi suçları ile mücadele ilkelerinde de vergi kaçakçılığının suç olarak kabul edilmesi beklenmektedir. Çalışmada da, seçi-

⁹⁵ Ministère chargé de la justice, *Conduct of a case before the Correctional Court*.

⁹⁶ Duran, (n 91) 10.

len OECD ülkelerinin tamamında vergi kaçakçılığı ile mücadelenin daha etkin yürütülebilmesi için vergi kaçakçılığının suç olarak kabul edildiği ve hem hapis cezasına hem de para cezasına tabi olduğu tespit edilmiştir. Vergi kaçakçılığına konu olan fiiller, ülkeden ülkeye farklılık gösterebilse de tüm ülkelerde ortak olan fiil hileli hareketlerle vergi ödememek ve sahte belge kullanmaktır. Ayrıca, İngiltere ve Almanya'da öngörülen cezanın kaçırılan verginin miktarına göre kademeli olarak arttırıldığı görülmüştür. Türkiye'de vergi kaçakçılığı suçu için öngörülen ceza vergi miktarına bağlı olarak değişmemektedir. 7934 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle vergi kaçakçılığı suçu bakımından öngörülen cezanın üst sınırı 8 yıla çıkarılmış olup çalışma kapsamındaki ülke mevzuatları ile uyumlu hâle gelmiştir. Kademeli ceza artışı bakımından ise kaçırılan vergi miktarının yüksek olması hâkimin sanığa verilecek cezayı tayin ederken alt sınırdan uzaklaşması için kabul edilebilir bir gerekçe olarak düşünülebilir. Ancak anılan değişiklikle birlikte vergi kaçakçılığı için öngörülen cezanın çalışma kapsamındaki diğer ülkelere nazaran geniş aralıkta belirlendiği ve kademeli ceza artışının daha adil bir vergi ceza sistemi bakımından önem arz ettiği düşünülmektedir.

Ekonomik suçlar arasında kabul edilen vergi kaçakçılığı suçunda temel amaç mükelleflerin vergi düzenine uyumlu olarak vergilerini doğru şekilde ödemesidir. Bu nedenle, diğer ekonomik suçlarda olduğu gibi vergi kaçakçılığında da ekonomik suçta ekonomik ceza ilkesi kabul edilmekte ve uygulaması her geçen gün yaygınlaşmaktadır. Bu kabulün bir sonucu olarak, mükellefin vergi ve cezalarını ödemesi halinde suçtan verilecek cezada indirim söz konusu olabileceği gibi cezai sorumluluğun sona ermesi de mümkün olabilmektedir. İngiltere'de Sözleşmeye Dayalı Açıklama ve Almanya'da pişmanlık ihbarı uygulamaları ekonomik suçta ekonomik ceza ilkesinin uygulama örneklerindedir. Bu bakımdan, Türkiye'de 7394 Sayılı Kanun ile vergi suçlarında etkin pişmanlık uygulaması, ekonomik suçta ekonomik ceza uygulaması bakımından olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmektedir.

Öte yandan, ekonomik ve teknolojik gelişmeler ışığında, artık vergi kaçakçılığı suçunun bir şirket bünyesinde işlenmektedir. Bu nedenle, çoğu ülke vergi kaçakçılığı suçunda şirketlerin cezai sorumluluğuna yer vermektedir. Çalışma kapsamında Almanya dışındaki tüm ülkelerde şirketlerin de suçun faili olarak kabul edildiği görülmektedir. Şirketlerin fail olarak suçlu bulunması halinde, haklarında adli para cezası, süreli olarak kamu yararına çalışma zorunluluğu ve faaliyetin süreli olarak durdurulması gibi seçenek yaptırımlar uygulanmaktadır.

Vergi suçlarının tespiti ve yargılama süreci bakımından ise ülkelerin benimsediği hukuki ve ekonomik düzene göre farklı uygulamaların olduğu tespit edilmiştir. Vergi suçları sistematik bakımdan değerlendirildiğinde, İngiltere'de hem vergi hem ceza kanunlarında yer düzenlenmiş iken diğer ülkelerde vergi

kanunlarında düzenlenmiştir. Ancak hangi kanunda düzenlenmiş olursa olsun, çalışmada seçilen ülkelerin tamamında vergi suçlarının yargılama süreci, ceza kanunlarına göre yürütülmektedir. Buna ek olarak, her ülkenin vergi idaresi, vergi suçlarının tespitinde ve yargılama sürecinde önemli bir rol üstlenmektedir. Soruşturma aşamasında, vergi idarelerinin farklı yetkilere sahip olduğu; fakat kovuşturma evresinde ülkelerin tamamında taraf olarak yer aldığı ve soruşturmama kararları ile mahkeme kararlarına itiraz yetkisine sahip olduğu saptanmıştır. Türkiye'de vergi suçlarının soruşturma evresi çalışma kapsamındaki diğer ülkelerle karşılaştırıldığında; soruşturmanın ceza usul hukuku kurallarına tabi yürütülmesi ve savcılık yetkileri bakımından benzerlik olduğu görülmektedir. Ancak Türkiye'de vergi müfettişlerine tanınan soruşturma yetkileri, diğer ülkelere göre daha kısıtlı olarak belirlenmiştir. Suç şüphesi halinde müfettişlere bir hadisenin araştırılıp soruşturulurken izleyecekleri sürecin hukuki ve fiili hassasiyetlerinin daha kaliteli zaman süreci ile kazandırılıp geniş soruşturma yetkileriyle donatılmaları halinde daha sağlıklı hukuki sonuçlar beklenmesinin muhtemel olabileceği ayrıca mükelleflerin bu aşamada yararlanabileceği usul haklarının genişletilmesi de daha adil bir soruşturma evresi için önemli olduğu düşünülmektedir.

Kovuşturma evresinin yürüyüşü bakımından ise yine ülkelerin hukuk düzenine göre farklılıklar bulunmaktadır. Anglosakson hukuk sistemine sahip İngiltere ve ABD'de duruşma öncesinde savcı ve sanık arasında yapılacak ceza pazarlığı ile kovuşturmanın sonuçlandırılması mümkündür. Kıta Avrupası hukuk sistemine sahip Almanya ve Fransa'da ise kovuşturma evresi başladıktan sonra sanık ve vergi idaresi arasında pazarlık yapılması söz konusu değildir. Almanya ve Fransa'nın ceza muhakemesi kanunları uyarınca hâkim maddi gerçeği tespit ederek uyuşmazlık hakkında bir hüküm vermektedir. Ayrıca, tüm ülkelerde, adil yargılanma hakkının bir gereği olarak kanun yollarına başvurma hakkı bulunmaktadır. İlk derece mahkemesi tarafından verilen hüküm bir üst yetkili mahkeme tarafından usul ve esas yönlerinden incelenmektedir. Türkiye'de vergi suçlarının kovuşturma evresi, çalışma kapsamındaki diğer ülkelerde olduğu gibi ceza usul hukuku kurallarına tabi olarak savcılık ve asliye ceza mahkemeleri tarafından yürütülmektedir. Kovuşturma evresinin aşamaları, çalışmada yer alan Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil Fransa ve Almanya ile büyük ölçüde benzerlik göstermektedir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, vergi suçlarının tespiti ve cezalandırması ekonomik düzen bakımından önemli ise de bu süreçte mükellef ve şüpheli haklarının özenle korunması gerekmektedir. OECD tarafından vergi suçu ile mücadelede benimsenen ilkelere göre, masumiyet karinesi, hakları konusunda bilgilendirilme, neyle suçlandığını bilme, susma hakkı, avukata erişim hakkı, tercüman hakkı, belge ve materyale erişim hakkı, hızlı yargılama hakkı ve çifte yargılama yasağı, vergi suçlarının tespit ve yargılama süreci boyunca

uygulayıcılar bakımından özellikle korunması gereken haklardandır. Vergi kaçakçılığı suçunun etkili olduğu kadar adil bir şekilde cezalandırılabilmesi için, tüm süreç boyunca, hem vergi idaresinin hem de kolluk ve yargı makamlarının yetkilerini kullanırken ölçülü ve hukuka uygun olması, mükellefin adil yargılanma hakkının korunması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Ainsworth R. T, “German VAT Compliance-Moving One Step Closer to Automated Third-Party Solutions.”, Boston University School of Law Working Paper No. 11-37 (August 26, 2011).

Alschuler A. W, “Plea bargaining and its history.” Columbia Law Review (1979) 79 (1), 1-43.

Ayrault L. and De La Motte A. M, “Surcharges and Penalties in Tax Law”, French National Report, EALTP Annual Congress, Milan (28-30 May 2015).

Black H. C, Black’s Law Dictionary, 4. Edition, (West Publishing 1968).

Bouvier M, Introduction au Droit Fiscal Général et à la Théorie de l’Impôt, LGDJ, (2003) Paris.

Council of Europe Committee of Ministers, Recommendation No. R (81) 12, (1981), of the Committee Of Ministers To Member States On Economic Crime.

Çakar, E. P. ve Saraçoğlu, F, “Vergi Kaçakçılığı İle Mücadelede Yeni Bir Model: Vergi Polisi Müessesesi (Fransa Örneği)” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2014) 5(2) 51-68.

Çelener B, “Vergi Cezalarında Non Bis In Idem İlkesinin Uygulamasında Fransız ve Türk Hukukundaki Son Gelişmeler”, Mali Hukuk Dergisi, (2019) 15(177)1975-2006.

Çınar A. R. (2010), “Alman Ceza Yargılama Hukukunda İstinaf Yasayolu”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2010), 1 (Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan Özel Sayı), 503-532.

Department of Justice, Criminal Tax Manual, (2015). <https://www.justice.gov/>. (03.07.2022).

Duran M, Fransız Adli Yargılama Sistemi, (Adalet Yayınevi 2014).

Durmuş N. K, “Türk Ve Fransız Vergi Hukuku Kapsamında Mükelleflerin Korunması”, Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, (2016) (48) 99-122.

Edwards A., Blackstone’s Magistrates’ Court Handbook 2021, (Oxford University Press, 2021).

- Edwards G. J, The Grand Jury. (AMS Press 1906).
- Eichler W, "German Criminal Jurisdiction", The International and Comparative Law Quarterly, (1956) 5 (4) 542-548.
- Erdem B, Ceza Yargılamasında Jüri, (Adalet Yayınevi, 2020).
- Erkol E. Z, "Türk ve İngiliz Vergi Ceza Hukuku Sistemlerinin Karşılaştırmalı İncelenmesi", Malî Hukuk Dergisi, (2022) 18(207) 637-666.
- Feria R. and Tanawong P, "Surcharges and Penalties in Tax Law UK National Report", (2015) European Association Of Tax Law Professors (EATLP) Congress.
- HMRC, Code of Practice 9, (2014). HMRC Digital Service, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/494808/COP9_06_14.pdf. (06.08.2022).
- HMRC, Annual Report and Accounts 2020 to 2021. (2021).
- HMRC, "HMRC's approach to tax fraud", 02.12.2021, <https://www.gov.uk/government/publications/hmrc-issue-briefing-hmrcs-approach-to-tax-fraud/hmrcs-approach-to-tax-fraud>. (20.05.2022).
- HMRC, "HMRC's criminal investigation policy", 13.07.2021, <https://www.gov.uk/government/publications/criminal-investigation/hmrc-criminal-investigation-policy>. (21.05.2022).
- HMRC, "HMRC's criminal investigation powers and safeguards", 13.07.2021, <https://www.gov.uk/government/publications/criminal-investigation/criminal-investigation>, (21.05.2022).
- Hodgson J. and Soubise L, Prosecution in France Oxford Handbooks Online (Oxford University Press, 2017).
- IRS, "How Criminal Investigations Are Initiated", <https://www.irs.gov/compliance/criminal-investigation/how-criminal-investigations-are-initiated>. (24.05.2022).
- Jacobson J. and Hunter G., (2016). Inside Crown Court: Personal experiences and questions of legitimacy, Policy Press, (1st Ed., Policy Press 2016).
- Jeschek, H. H, "Principles of German Criminal Procedure in Comparison with American Law", Virginia Law Review, (1970) 56 (2) 239-253.
- Judicial Office International Team, The Judicial System of England and Wales, <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/05/international-visitors-guide-10a.pdf>. 2016, (16.05.2022).
- Kaya M. G; İlik K., ve Türkmen H, . Uluslararası Vergi Sistemi ve Denetim, (Nobel Bilimsel Eserler, 2017).

Kılıç K, ve Kaya M.G, “ABD, Almanya, İngiltere Ve Türkiye Vergi Yargısı Sistemleri”, Sayıştay Dergisi, (2017) 107 37-64.

Kühne H. H, “Almanya’da İdari Ceza Hukuku’nun Anayasal Temelleri”, Çev: Prof. Dr. Bahri Öztürk, İdare Hukuku Sempozyumu Kitabı, (2009) 111-115.

Langenmayr, D. (2017). “Voluntary disclosure of evaded taxes—Increasing revenue, or increasing incentives to evade?.” *Journal of Public Economics*, (2017) 151 110-125.

Lissack R, What are the penalties for tax evasion in the UK? <https://www.richardsonlissack.co.uk/2021/09/01/what-are-the-penalties-for-tax-evasion-in-the-uk/>, (19.05.2022).

Maden M, “İngiltere ve Galler Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılama Makam ve Süjeleri”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2020) 8 (1-2) 11-21.

Mazza S.W; Lederman L. and Johnson S. R, “Surcharges and Penalties in Tax Law: United States.” EATLP Annual Congress, Milan 2015, 739-794.

Messitte, P. J, “Temyiz Müzekkeresi: Hangi Davalara Bakılacağına Karar Verilmesi”, Demokrasi ile İlgili Meseleler, ABD Dışişleri Bakanlığı, (2005) 10 (1).

Ministère chargé de la justice, “Conduct of a case before the Correctional Court”, <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F1485?lang=en>. 2022, (05.06.2022).

Ministry of Justice, Criminal Procedure Rules and Practice Directions 2020, <https://www.gov.uk/guidance/rules-and-practice-directions-2020>, 2020, (03.06.2022).

OECD, The Ten Global Principles, Second Edition, https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/fighting-tax-crime-the-ten-global-principles-second-edition_006a6512-en, 2021, (08.08.2022).

Organ İ, ve Baran T, “İdari Ve Adli Para Cezalarının Karşılaştırılması”, Ömer Halisdemir Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, (2020) 13(4) 792-808.

PROTAX, “Case studies of tax crimes in the European union”, (787098 PROTAX – D1.2 Deliverable Report) PROTAX, 2018-2021, EU Horizon 2020 Project.

Rençber A, Kabahat Genel Teorisi Açısından Vergi Kabahatleri, (Oniki Levha Yayınları 2017)

Shamne, A. (2018). “Search in Criminal Procedure of Russia and Germany: Comparative Legal Characteristics”, SHS Web of Conferences, (2018) 50, 1-5.

Supreme Court, A guide to bringing a case to The Supreme Court, <https://www.supremecourt.uk>. (22.05.2022).

Supreme Court of the US, “Guidelines For The Submission of Documents to The Supreme Court’s Electronic Filing System”; “Electronic Filing System User Guide”, <https://www.supremecourt.gov/>, (30.05.2022).

Sutherland E. H, White collar crime: The uncut version. (Yale University Press, 1983).

Şenyüz D, Vergi Ceza Hukuku, (Ekin Yayınevi 2017).

Tiley J. and Loutzenhiser G,. Revenue Law: Introduction to UK tax law; Income tax; Capital gains tax; Inheritance tax, (Bloomsbury Publishing 2012).

Townsend J.A. and Townsend J. A, Federal Tax Crimes, 2013, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2212771> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2212771>.

Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı, Amerika Birleşik Devletleri’nin Siyasi Görünümü, <https://www.mfa.gov.tr/amerika-birlesik-devletleri-siyasi-gorunumu.tr.mfa> 2022, (06.08.2022).

Uğurlubay, G. A. A, “Güncel Tartışmalar Ve Gelişmeler Işığında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2015) 16 (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan Özel Sayı) 3999-4044.

US Courts, www.uscourts.gov/, (30.05.2022).

UK Government, Appeal a magistrates’ court decision, <https://www.gov.uk/appeal-magistrates-court-decision>, (22.05.2022).

Üyümez M.E, Türkiye’de Vergi Ceza Sisteminin Vergi Suçlarını Önlemedeki Etkisi, (Anadolu Üniversitesi Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2004).

Üzeltürk H, “Ekonomik Suçlar ve Vergiler”, Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu Kitabı, (2005) 208-232.

Üzeltürk H, “Çağdaş Vergi Sistemlerinde Vergi Denetimi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2013) 10 (2) 40-64.

Weidenfeld K. ve Spire A, “Punishing tax offenders in France and Great Britain: two criminal policies.” Journal of Financial Crime, (2017) 24 (4) 574-588.

Yenisey F. ve Oktar S, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu- Strafprozeßordnung, (Beta Yayınevi 2020) İstanbul.

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1970/9/contents>. (19.05.2022).

<https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2011-title26/pdf/USCODE-2011-title26.pdf>. (23.05.2022).

<https://www.gesetze-im-internet.de/> (30.05.2022).

http://www.npc.gov.cn/zgrdw/englishnpc/Law/2007-12/13/content_1384067.htm (18.06.2022).

<https://www.gov.uk/guidance/criminal-procedure-rules-forms#appeal> (22.05.2022).

<https://www.supremecourt.uk/procedures/court-forms.html>. (22.05.2022).

https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gvg/index.html (30.05.2022).



TEHDİT VE ŞARTLI TEHDİT KAVRAMLARI BAĞLAMINDA TEHDİT SUÇUNUN BİR ŞARTLA BAĞLI OLARAK İŞLENMESİ

*Committing of the Offense of Threat with a Condition
in the Context of the Concepts of Threat and Conditional Threat*

Faruk Y. TURINAY*

ÖZET

Tehdit fiilleri kanun koyucunun tercihine göre tek bir suç olarak düzenlenebileceği gibi basit tehdit ve şartlı tehdit şeklinde iki ayrı suç halinde de düzenlenebilir. Tehdit fiillerinin birden fazla bağımsız suç tipi olarak düzenlenmesi halinde “tehdit suçları” adı altında bir suç kategorisinin varlığından söz etmek mümkündür. Yürürlükteki Türk ceza hukukunda şartlı tehdit adı altında bir suç tipi bulunmamaktadır. Buna karşılık mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu dönemindeki Türk ceza hukukunda şartlı tehdit suçu mevcuttu. Ancak şartlı tehdit sadece ceza hukuku tarihine ilişkin, arkaik, geçerliliğini yitirmiş bir kavram değildir. Gerçekten, şartlı tehdit karşılaştırmalı hukuk açısından halen geçerli bir kavram ve suç tipi olma özelliğini sürdürmektedir. Örneğin yürürlükteki İtalyan Ceza Kanunu’nun yanı sıra 1992’de kabul edilen ve 1994’te yürürlüğe giren Fransız Ceza Kanunu’nda da şartlı tehdit, basit tehdit suçunun yanı sıra bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Şartlı tehdit, hem tehdit fiillerinin yaygın görülen bir hali, hem kendine özgü morfolojik özellikleri olan bir hürriyete karşı suç, hem de basit tehdide kıyasla irade hürriyetini daha ağır surette tehlikeye sokan bir fiil mahiyetindedir. Bu nedenle, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda bu doğrultuda değişiklik yapılarak şartlı tehdit fiilinin Kanun’un 106. maddesindeki suçtan daha ağır cezalandırılan, bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmesini öneriyoruz.

Anahtar Kelimeler: Tehdit suçu, basit tehdit, şartlı tehdit, hürriyete karşı suçlar, irade özgürlüğü.

ABSTRACT

The acts of threat can be regulated as a single offense according to the choice of the legislator, or they can be regulated as two separate offenses as simple threat and conditional threat. If the acts of threat are regulated as more than one separate crime types, it is possible to talk about the existence of a crime category under the name of “threat crimes”. In the current Turkish criminal law, there is no crime type under the name of conditional threat. On the other hand, there was a conditional threat crime in Turkish criminal law in the period of the abolished Turkish Penal Code No. 765.

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 23.01.2023*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 13.06.2023*

* Dr. Öğr. Üyesi, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, faruk.turinay@kocaeli.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-2427-2062>.

However, conditional threat is not just an archaic, obsolete concept related to the history of criminal law. Indeed, conditional threat continues to be a valid concept and a type of crime in terms of comparative law. For example, in the French Penal Code, which was adopted in 1992 and entered into force in 1994, in addition to the current Italian Penal Code, conditional threat is regulated as a separate crime type in addition to the simple threat crime. Conditional threat is both a common form of the acts of threat, a crime against freedom with its own morphological features, and an act that endanger the freedom of will more severely compared to simple threat. For this reason, we propose that the Turkish Penal Code No. 5237 amended accordingly, and that the act of conditional threat be regulated as an separate crime type that is punished more severely than the crime in Article 106 of the Law.

Key Words: The offense of threat, simple threat, conditional threat, offenses against liberty, free will.

GİRİŞ

Tehdit, ceza hukukunda çok yönlü bir kavramdır. Genel hükümler açısından, bu kavram ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerden birini oluşturmaktadır. Özel hükümler açısından ise tehdidin iki esaslı yönü vardır: Bunlardan ilki tehdidin insan ticareti, cinsel saldırı, yağma, fuşşa sevk etme, çocuğun kaçırılması ve alıkonması, ihaleye fesat karıştırma gibi çok çeşitli suçların unsuru, nitelikli hali ya da seçimlik hareketlerinden birini oluşturması; ikincisi ise Kanun'un 106. maddesinde düzenlenen müstakil bir suç olmasıdır. Bu bakımdan, tehdit, maddi ceza hukukunun en önemli kavramlarından biridir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun aksine, tehdit suçunu şartlı tehdit ve şartsız tehdit olarak iki ayrı suç halinde değil, şart unsuru ya da nitelikli hali içermeyen tek bir genel tehdit suçu halinde düzenlemiştir. Kanun koyucunun bu tercihi, bir açıdan, sınırları hukuken çizilebilecek belirli bir davranışın yeknesak bir yaklaşımla belirli bir suç kapsamında düzenlenmesi bakımından olumlu bir tercih olarak görünmektedir. Böylece bilhassa maddi unsur bakımından birbirine oldukça yakın iki suçun farklı maddelerde, sanki morfolojik olarak tümüyle farklı mahiyette suçlar gibi düzenlenmesinin yaratabileceği hukuk tekniğine ilişkin sakıncaların önüne geçildiği söylenebilir. Ne var ki, tehdit suçunun müteaddit maddelerde düzenlenmesi doğrultusunda 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'na yansıyan eğilimin makul nedenlerinin olmadığı da söylenemez. Kaldı ki, tehdidi iki ayrı suç halinde düzenleme tercihi, 765 sayılı Kanun'a özgü değildir. Başka bazı ceza kanunlarında da bu doğrultuda bir kanunlaştırma eğiliminin olduğu gözlemlenmektedir. Bu noktada hangi tutumun daha isabetli olduğunu tartışabilmek için öncelikle hukuki bir kavram olarak tehdidin belirlenebilir sınırlarını saptamak gerekmektedir.

Hukuki açıdan tehdidin belirlenebilir sınırları tehdit teriminin kanun koyucu tarafından hangi amaçla ve hangi bağlamda kullanılmış olduğuna göre değişkenlik gösterebilir. Keza tehdit adı verilen davranışın insan iradesi üzerindeki tesir gücünün düzeyi de çeşitlilik arz etmektedir. Gerçekten ceza hukukunda belli bir bağlamda tehdidin “muhakkak” ve “ağır” olması, mutlak,

kaçınılmaz, katı bir neticeye yol açabilecek kadar yoğun olması zorunluysen, başka bir bağlamda bu davranışın mağduru hakikaten, iradesini ciddi düzeyde sarsacak ölçüde korkutmuş olması gerekli olmayabilir.

İnsan iradesi, yapısı itibariyle, dış tesirlere oldukça açık bir mahiyete sahiptir. Bu yönüyle “irade”, hukuki açıdan bir süjenin ayırt edici vasfı olduğu kadar, hukuki bir konu da oluşturabilmektedir. İradenin dış tesirlerin etkisinden tümüyle yalıtıldığı bir durumu varsaymak makul görünmemektedir. Dolayısıyla irade üzerinde tesir yaratabilen davranışların ancak bir bölümü suç teşkil edebilir. İnsanın iradesine nüfuz edebilecek nitelikte ve aynı zamanda suç teşkil davranışlar da yeknesak değildir. Bu davranışlar, fiziksel, maddi veya zihinsel, psikolojik nitelikte olabilir. Bununla beraber, sözü edilen fiziksel ya da psikolojik nitelikteki davranışlar, her zaman, söz konusu niteliğe indirgenemez. Bir başka deyişle, apaçık şekilde fiziksel nitelikte olan bir davranışın pekâlâ zihinsel veya psikolojik nitelikleri de olabilir. Keza başka kişilerin çeşitli davranışları, fiziki bir zorlama veya temas içermese bile, kuşkusuz, belirli bir kişinin iradesini fiziksel sonuçlar yaratacak biçimlerde etkileyebilir. Demek ki, insan iradesini tesiri altına alan bir davranış olarak tehdit olgusu ve kavramı, hem aynı adı taşıyan suçu oluşturan bir davranış olarak tek başına, hayatın olağan akışına uygun, yaygın olarak görülen mahiyetiyle; hem de genel olarak insan iradesine ve bu iradenin hürriyetine karşı işlenen davranışlar içerisindeki yeri itibariyle ele alınabilir.

İnceleme konumuz açısından temel tartışma konusu, tehdit adı verilen ve müstakil bir suç teşkil eden davranışın, tekil olarak, hayatın olağan akışına uygun, yaygın olarak görülen mahiyetiyle ilgilidir. Bu bağlamda, tehdidin “şart” denebilecek ilave unsuru içermesinin, kanun koyucu tarafından münhasır bir düzenleme yapılmasını gerektirecek kadar başlı başına hukuki bir önem taşıyıp taşımadığı üzerinde durmak gerekir. Öncelikle böyle bir genel, hukuki, kavramsal yaklaşım uygulandığı takdirde, çeşitli kanunlarda tehdit ve şartlı tehdit suçlarına ilişkin düzenlemelerin ve uygulamaların daha iyi anlaşılabilceğini söylemek mümkündür.

I. “TEHDİT” VE “ŞARTLI TEHDİT” KAVRAMLARI

A. Genel Hatlarıyla Tehdit Kavramı

Tehdit Arapça kırmak, yıkmak, korkutarak ele geçirmek anlamındaki “*hdd*” ya da “*hüdüd*” mastarından tef’ il babında türetilmiş bir kelime olup¹ sözlüklerde gelecekte uygulanacak bir cezayla korkutma² ve “*gözdağı*”³ olarak tanımlanmaktadır.

¹ Sevan Nişanyan, *Nişanyan Sözlük: Çağdaş Türkçenin Etimolojisi* (2. Baskı, Liberus Yayınları 2020) 869.

² Şemseddin Sami, *Kâmûs-ı Türkî (Latin Harfleriyle)* (5. Baskı, İdeal Kültür&Yayıncılık 2017) 358.

³ Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük* (11. Baskı -Tıpkıbasım-, Türk Dil Kurumu Yayınları 2019) 2300.



Tehdidin, genel ve ansiklopedik olarak dahi hukuki bağlamda ele alındığı; kısmen özel hukuktaki “*nispi butlan*”a yola açan hallerden biri olarak, fakat bundan daha çok ceza hukuku bağlamında, unsurlarıyla ve nitelikli halleriyle ayrıntılı biçimde tarif edilen bir suç şeklinde tanımlandığı görülmektedir⁴. Hem bu ansiklopedik veriden, hem de günlük yaşam deneyiminden anlaşıldığı üzere, tehdit, sadece hukuk literatüründe değil; genel ve günlük dilde de ağırlıklı olarak ceza hukuku bağlamında kullanılan bir kavramdır.

Ceza hukuku bağlamında tehdit (Fr. *menace*, İta. *minaccia*), kusuru kaldıran bir hal, bir suç tipi, bir suç unsuru olarak birden fazla anlama gelir. Bununla beraber, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda tehdidin sözü edilen tüm anlamlarını kapsayan genel bir tanım bulunmamaktadır⁵. Gerçekten tehdit kavramı, bir yandan belli bir ağırlıkta olmak kaydıyla söz konusu davranışa maruz kalan kişi bakımından ceza sorumluluğunu ve kusuru kaldıran, davranışı gerçekleştiren kişi bakımından ise ceza sorumluluğunu genişleten genel hallerden birini oluşturmaktadır. Şöyle ki, “*korkutma veya tehdit*” adı verilen hal, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 28. maddesi uyarınca, bir kişinin suç işlemesi sonucuna yönelik ve “*muhakkak ve ağır*” düzeydeyse tehdiye uğrayan kişi açısından bir cezazırlık durumudur. Bu doğrultuda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu da suçun tehdit etkisiyle işlenmesi halinde kişinin kusurunun bulunmaması sebebiyle “*ceza verilmesine yer olmadığı*”na hükmedilmesini öngörmüştür (m. 223/3). Ayrıca tehdit hali tehditte bulunan kişi açısından amaç suça ilişkin dolaylı faillik sorumluluğu yaratan bir durumdur. Diğer yandan, ceza kanunlarında düzenlenen bazı bileşik suçların unsurlarından birini oluşturan tehdit, aynı zamanda birtakım suçların da ağırlaştırıcı nedeni mahiyetindedir. İster unsur, isterse nitelikli hal vasfı taşıyan, tehdidin söz konusu suçlardaki işlevi “*araç*” davranış olarak nitelenebilir⁶. Örneğin insan ticareti suçunda tehdit seçimlik araç davranışlarından biri olarak suçun unsurunu teşkil etmektedir (m. 80). Çocukların cinsel istismarı suçu bakımından ise tehdit, mağdurun yaşına bağlı olarak suçun unsurunu (m. 103/1-b) veya nitelikli halini (m. 103/4) oluşturabilmektedir. Bunlar dışında da 5237 sayılı Kanun’da düzenlenen, yapısal olarak çok çeşitli suçlar bakımından tehdidin bu anlamına pek çok örnek verilebileceği malumdur (m. 109/2, m. 112/1, m. 116/4, m. 148, m. 213, m. 223, m. 227/4, m. 239/4, m. 265, m. 292/2). Öte yandan tehdit, teknik olarak üçüncü bir anlama da sahip olup tek başına, tamamlayıcı ve genel mahiyette⁷,

⁴ Encyclopaedia Britannica, Inc., *Ana Britannica: Genel Kültür Ansiklopedisi* (Cilt 29, Ana Yayıncılık 1994) 310.

⁵ Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (12. Baskı, Yetkin Yayınları 2018) 270.

⁶ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (20. Baskı, Seçkin Yayınları 2022) 513.

⁷ Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (10. Baskı, Savaş Yayınevi 2019) 80; Tezcan, Erdem ve Önok (n 6) 513.

hürriyete karşı işlenen bir suçtu ifade etmektedir (m. 106). Nitekim bu çalışmada tehdit terimi, bağımsız bir suç tipi olarak söz konusu üçüncü ve en dar anlamıyla kullanılmaktadır.

Ceza muhakemesi açısından bakıldığında tehdit 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca ifade almada ve sorguda özgür iradeyi kısıtlayıcı mahiyette ve bu nedenle hukuka aykırı sayılan müdahalelerden biri konumundadır (m. 148/1). Tehdit, belirtildiği gibi, zaten 5237 sayılı Kanun'da düzenlenen müstakbil bir suçtur. Bu bakımdan tehdidin sanığa, şüpheliye ya da başka herhangi bir kişiye yönelmiş olmasının tehdit suçunun oluşması bakımından bir önemi yoktur. Zira bu suç, mağduru bakımından özgü suç değildir. Ancak kanun koyucu ceza muhakemesinde şüphelinin ve sanığın beyanı bağlamında savunma hakkını usulî açıdan da güvence altına alıp vurgulamak maksadıyla özel bir düzenleme yapma ihtiyacı hissetmiştir.

Ceza hukuku tarafından ayrıca, bağımsız bir suç olarak yaptırım altına alınan bir davranış olarak tehdit, korkutma unsuru içeren suçlar arasında psikolojik tesirinin kapsamı en geniş olan suç türü olarak nitelendirilebilir⁸. Bu bağlamda tehdit “*gerçekleşmesi failin iradesine bağlı olan*” müstakbel bir hukuka aykırı davranış, bir kişiye ihtimal dâhilinde, gerçekleşmesi mümkün bir olay olarak yansıtmak⁹ ve bildirmektir¹⁰. Bununla beraber bazı yazarların “tehdit” ile “korkutma” kavramlarını ayrı değerlendirebileceğine ve tehdidin sadece beyan mahiyetindeki korkutma türü olarak telakki edilebileceğine değindiği gözlemlenmektedir¹¹. Kanaatimizce, tehdit yalnızca sözlü bir beyana indirgenemeyecek, ancak korkutucu beyanı da kapsayan ve çok çeşitli şekillerde yansıtılabilen bir bildirimdir.

Tehditte failin mağdura ya da yakınına karşı gerçekleştirmekle korkuttuğu söz konusu hukuka aykırı davranış, “*saldırı*”, “*zarar*” veya “*diğer bir kötülük*” mahiyetinde olabilir¹². Bir suç tipi olarak tehdit, bildirim yapılmamasıyla değil, failin söz konusu korkutucu bildirimünün içeriğine mağdurun “*vakıf olmasıyla*” tamamlanır¹³. Ancak tehdit, her halükarda mağdurun ağırlıklı olarak hukuk düzenine karşı duyduğu güvenlik hissini¹⁴, psikolojik durumunu¹⁵, manevi hür-

⁸ Christophe André, *Droit pénal spécial* (2^e édition, Éditions Dalloz 2013) 122.

⁹ Toroslu (n 7) 80.

¹⁰ Tezcan, Erdem ve Önok (n 6) 513.

¹¹ Özgür Küçüktaşdemir, *Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir* (Seçkin Yayınları 2012) 60-61.

¹² Ali Kemal Yıldız, “Tehdit”, *Özel Ceza Hukuku*, Cilt III, Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar (On İki Levha Yayınları 2018) 16.

¹³ Soyaslan (n 5) 290.

¹⁴ Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (17. Baskı, Seçkin Yayınları 2022) 409.

¹⁵ Soyaslan (n 5) 271.



riyetini, iç huzurunu, irade özgürlüğünü tehlikeye düşürebilecek mahiyettedir¹⁶. Soyut bir “zarar tehlikesi” yaratan tehdidin¹⁷ somut anlamda bir zarara ya da “zarar tehlikesi neticesinin gerçekleşmesi”ne yol açması gerekmez¹⁸. Hatta mağdurun mutlaka uğradığı tehditten dolayı korkması, iç huzurunun bozulması zorunlu olmayıp tehdidin failin davranışı icra ettiği an itibarıyla bilgisi de dikkate alınarak objektif açıdan¹⁹ ortalama bir insanı korkutmaya “*elverişli olması*” yeterlidir²⁰.

Tehditte cebir suçunun aksine failin “*o anda*” icra ettiği zorlayıcı bir eylem değil, “*ileride*”²¹, gelecekte gerçekleştirmekle korkuttuğu davranış mağdura bir “*beyan*” olarak, sözlü, yazılı, görsel, resimli, sembolik vasıtalarla ya da jest, mimik, sair beden dili hareketleri gibi çeşitli yöntemlerle iletilebilir²². E-posta gibi elektronik yöntemler, içine mermi konulmuş zarf göndermek gibi fiziki yöntemler dahi bu kapsamdadır²³. Fakat her halükarda tehdit fiilinin tam olarak gerçekleşmiş sayılabilmesi için tehdit içerikli iletinin mağdura ulaşmış olması ve mağdurun iletinin içeriğinden “*haberdar olması*” gerekir²⁴.

5237 sayılı Kanun bağlamında, tamamlayıcı ve genel mahiyette olmakla birlikte esasen bağımsız bir suç olan tehdit suçunun tanımı, kanun koyucu tarafından, daha ziyade tehdidin konusu esas alınmak suretiyle yapılmıştır. Suçu düzenleyen hükümde, “*bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden*” ya da “*malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehdit*” davranışından söz edilmektedir (m. 106/1). Görüldüğü üzere, kanun koyucu davranışın içeriğini oluşturan kısım (bir saldırı ya da kötülükten bahis) dışında, “tehdit” suçunu esasen yine “tehdit” kelimesiyle tanımlamayı tercih etmiştir. Bu itibarla, kendini tekrar eden bir tanım söz konusu olduğundan söz konusu hüküm, kısmen de olsa, her olası yorumda doğru çıkması kaçınılmaz olan ve bu sebeple tam anlamıyla yeni bir bilgi sunmayan bir totoloji (*tautology, tautologie*)²⁵ olarak nitelendirilebilir. Suçun yasal tanımındaki asıl işlevsel kısma gelince, burada, belirtildiği gibi,

¹⁶ Toroslu (n 7) 80.

¹⁷ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 14) 411.

¹⁸ Tezcan, Erdem ve Önok (n 6) 513.

¹⁹ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 14) 411-412.

²⁰ Toroslu (n 7) 81.

²¹ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 14) 410.

²² Yıldız (n 12) 27-28; Tezcan, Erdem ve Önok (n 6) 516; Toroslu (n 7) 80.

²³ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 14) 413.

²⁴ Toroslu (n 7) 82; Tezcan, Erdem ve Önok (n 6) 516.

²⁵ Hüseyin Batuhan ve Teo Grünberg, *Modern Mantık* (3. Baskı, Orta Doğu Teknik Üniversitesi Yayınları 1984) 311.

bir fiil olarak tehdidin kendisi değil, esas olarak yalnızca içeriği ya da konusu yer almaktadır. Bu içerik ya da konu ise hayata, vücut dokunulmazlığına veya cinsel dokunulmazlığa karşı bir saldırı, malvarlığı bakımından ağır bir zarar ya da suç teşkil etmeyen başka herhangi bir kötülüktür.

Yasal tanımda, tehdit suçunu oluşturan maddi davranış bakımından en işlevsel ibare, “*bahisle*” ibaresidir. Bahis kelimesi, “üzerinde konuşulan şey, konu” anlamına gelmektedir²⁶. Dolayısıyla bu kelimenin sözlük anlamı esas alınırsa tehdidin ancak sözlü mahiyette, bir başka deyişle konuşularak icra edilen bir davranıştan ibaret olduğu anlamı çıkarılabilir. Ne var ki, tehdit suçunun yalnızca sözlü şekilde işlenebileceği söylenemez²⁷. O halde kanun koyucunun öngördüğü tehdit suçu tanımının, öncelikle, tehdidi yine “tehdit” kelimesiyle tarif etmek suretiyle kendini tekrar etmesi dolayısıyla yeterli olmadığı ileri sürülebilir. İkinci olarak da tanımın geri kalan kısmında, davranışın esasen yalnızca konusunun belirtilmesi ve davranışın asıl manasını ortaya koymak bakımından en işlevsel kelime olan “*bahisle*” ibaresinin büyük ölçüde salt konuşmayı ifade etmesi dolayısıyla aynı durumun geçerli olduğu savunulabilir. Bu itibarla, tehdit suçuna ilişkin 106. maddedeki tanımın, suçun kanuniliği prensibi kapsamındaki belirlilik unsuru bakımından gözden geçirilmesi düşünülebilir.

5237 sayılı Kanun’daki tehdit suçu düzenlemesiyle ilgili bir başka sorun, suçun hem daha az cezayı gerektiren, hem de takibi şikâyete bağlı olan “*sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehdit*” ibaresiyle ilgilidir. “Kötülük” kelimesi, teknik, hukuki bir terimden ziyade günlük dilde, özellikle “tehdit” kelimesine kıyasla çok daha yaygın olarak kullanılan bir kelime görünümündedir. Maddi ceza hukukunda suçların kanuniliği ilkesi karşısında, tehdit suçuyla ilgili olarak sözü edilen diğer sorunların yanı sıra “*sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehdit*” ifadesinin de söz konusu prensip ışığında gözden geçirilmesi isabetli olabilir. Zira bu ifade suç teşkil eden bir davranışı belirli, anlaşılır ve nesnel açıdan yeterince açık tarif etme kıstası açısından yeterli görünmemektedir.

Bu noktada tehdit suçunun tanımlanması meselesi bakımından 5237 sayılı Kanun’daki düzenlemeyi Fransız Ceza Kanunu’ndaki düzenlemeyle mukayese etmek yararlı olacaktır. Fransız Ceza Kanunu’nun m. 222-17 hükmü uyarınca kişilere karşı cürüm ya da cünhalardan birini işleme tehdidi, tekrarlandığı ya da bir yazı, görüntü veya diğer herhangi bir şeyle somutlaştırıldığı takdirde suç oluşmaktadır²⁸. Görüldüğü üzere, Fransız düzenlemesindeki suç tanımında her ne kadar tehdit (*menace*) kelimesi totolojiye yol açacak şekilde yinelenerek kullanılmış olsa da suç teşkil eden davranışın mahiyeti kanunilik prensibinin

²⁶ Türk Dil Kurumu (n 3) 234.

²⁷ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 14) 413.

²⁸ “*La menace de commettre un crime ou un délit contre les personnes dont la tentative punissable est punie de six mois d’emprisonnement et de 7 500 euros d’amende lorsqu’elle est, soit réitérée, soit matérialisée par un écrit, une image ou tout autre objet.*”, Code pénal, Légifrance, <https://www.legifrance.gouv.fr>, Erişim Tarihi 2 Ocak 2023.



belirlilik kıstasına uygun şekilde ayrıntılandırılmıştır. Gerçekten Fransız düzenlemesinde tehdit davranışının (tekrarlanarak vurgulanmak koşuluyla) sözlü bir eylem olabileceği, ancak bundan ibaret olmadığı; yazılı, görüntülü ya da başka bir surette de işlenebileceği açıkça öngörülmüştür. Dolayısıyla tehdit davranışının dilbilgisi ve semantik açısından detaylı bir biçimde tanımlanmasının mümkün olmadığı söylenemez. Bu itibarla, Türk kanun koyucunun da tehdit suçunu benzer mahiyette bir düzenleme ile ayrıntılı olarak tarif etmesi, kanunilik prensibi bakımından bir gereklilik olarak değerlendirilebilir.

Bütün bu açıklamalar çerçevesinde, kanaatimizce, bir suç tipi olarak tehdit davranışının -ideal anlamda- temel hukuki ve kanuni tanımı şu şekilde *olmalıdır*: Tehdit, bir başkasını, sözlü, yazılı, görüntülü ya da başka bir surette, ceza kanununun kişilere karşı suçlar kısmında düzenlenen suçlardan herhangi birini oluşturan davranışı kendisine karşı işlemekle korkutmaktır.

Nihayet ceza hukukunda tehdit gelecekte yerine getirilebilecek bir şarta ya da talebe bağlı olabilir veya olmayabilir; her iki durumda da tehdit söz konusudur²⁹. Bu itibarla, “tehdit” terimi, ancak şartlı tehdit suçunun bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmesi halinde “şartın ifası talebi/emri içermeyen tehdit” (*menace sans ordre ni condition*)³⁰, “genel tehdit”³¹, “adi tehdit”³², “basit tehdit”³³ veya “koşulsuz/soyut tehdit”³⁴ olarak değerlendirilebilir. Aksi halde tehdit basit tehdidi ve şartlı tehdidi bünyesinde barındıran daha genel bir terim addedilmelidir. Bu bağlamda, basit tehdit, failin mağdura ilettiği mesajın sadece korkutma olgusu içerdiği, bunun dışında korkutma olgusunun mağdura yönelik bir taleple (şartla) ilişkilendirilmediği tehdit türünü ifade eder.

Öte yandan, yeni Türk Ceza Kanunu döneminde Yargıtay’ın “basit tehdit” terimini yukarıda arz edilen çerçeveden çok farklı bir anlamda kullandığı bir kararı dikkat çekicidir. Bu kararda Yargıtay, 5237 sayılı Kanun’un 106. maddesinin ilk fıkrasının son cümlesindeki “malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehdit” davranışını “basit tehdit” olarak nitelendirmektedir³⁵. Oysa 5237 sayılı Kanun dö-

²⁹ Soyaslan (n 5) 288.

³⁰ André (n 8) 122.

³¹ Yıldız (n 12) 9.

³² Tezcan, Erdem ve Önok (n 6) 513.

³³ M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (17. Baskı, Adalet Yayınları 2018) 338-339.

³⁴ Handan Yokuş Sevük, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (3. Baskı, Adalet Yayınları 2020) 419.

³⁵ “Sanığın katılana attığı ‘...ara görüşelim yoksa Yasin’in hastane masraflarını karşılamaz bana vereceğin para’, ‘...telefonlarımı aç ya seni ya da çocuğunu sinkaf ederim.’ ve ‘delikanlıysan aç telefonunu senin karını sinkaf edeceğim’ şeklindeki mesajlarının, TCK’nın 106/1.1. cümlesinde düzenlenen bir başkasını kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit suçunu

neminde basit tehdit/şartlı tehdit ayrımının ortadan kaldırıldığı malumdur. Bu itibarla, Yargıtay'ın söz konusu kararda basit tehdit terimini tehdit suçunun daha az cezayı gerektiren nitelikli hali anlamında kullanması eleştirilmiştir.

B. Genel Hatlarıyla Şartlı Tehdit Kavramı

“Şartlı tehdit”, “bir şartı yerine getirme emri içeren tehdit” (“*menace avec ordre de remplir une condition*”) şeklinde ifade edildiği gibi³⁶, “koşullu tehdit”³⁷, “koşula bağlı tehdit”³⁸, “şarta bağlı tehdit”³⁹ ya da “*kayda bağlı*”⁴⁰ tehdit terimleriyle de ifade edilen bir kavramdır. Bu terim, “tehdit” kavramının aksine, günlük dilde değil, esas olarak yalnızca maddi ceza hukuku kapsamında kullanılan bir terimdir.

En kısa tanımıyla şartlı tehdit, korkutma işlevi taşıyan mesajın belli bir durum, davranış ya da olguya bağlı olarak iletiildiği tehdit türünü ifade eder. Fail şartlı tehditte bir yandan mağduru bir şeyi yapmaya yahut yapmamaya davet etmekte, bir yandan da tehdit konusu fiile maruz kalmaktan kaçınmaya zorlamaktadır⁴¹. Örneğin, Yargıtay'ın bir kararına yansıyan, “*adam ol, akıllı ol, seni yaşatmam, seni öldürürüm*”⁴² biçimindeki cümlede “*seni yaşatmam, seni öldürürüm*” ifadesi korkutma mesajını, “*adam ol, akıllı ol*” ifadesi de korkutmanın bağlandığı davranış talebinin (“şart”ın) ima düzeyinde genel kalıbını oluşturmaktadır. Buna mukabil, yine Yargıtay'ın bir başka kararına akseden, “*sana kazık sokarım*”⁴³ ifadesinin salt öfkeyle söylendiği ve bir talep içermediği varsayılırsa, bu kez şartlı tehditten değil, ancak basit tehditten söz edilebilir.

oluşturduğu gözetilmeden, eylemin basit tehdit suçu olarak değerlendirilip TCK'nın 106/1-2. cümlesi uyarınca mahkumiyet kararı verilmesi”, Yargıtay 18. Ceza Dairesi, E. 2015/33038, K. 2017/6988, 01.06.2017, Yokuş Sevük (n 34) 417, 13 numaralı dipnot.

³⁶ Jean Languier, Philippe Conte ve Stéphanie Fournier, *Droit pénal spécial* (15^e édition, Éditions Dalloz 2013) 100.

³⁷ Yıldız (n 12) 9.

³⁸ Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri* (5. Baskı, Adalet Yayınları 2020) 425.

³⁹ Tezcan, Erdem ve Önok (n 6) 513.

⁴⁰ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 33) 339.

⁴¹ André (n 8) 124.

⁴² “*Sanığın, katılana söylediği “adam ol, akıllı ol, seni yaşatmam, seni öldürürüm” şeklindeki sözlerinin TCK'nın 106/1. maddesinin ilk cümlesinde düzenlenen bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit suçunu oluşturduğu...*”, Yargıtay 18. Ceza Dairesi, E. 2015/43694, K. 2018/1444, 08.02.2018, Yokuş Sevük (n 34) 416, 9 numaralı dipnot.

⁴³ “*Sanığın, kardeşi olan mağdura hitaben söylediği kabul edilen “sana kazık sokarım” biçimindeki sözlerin, TCK'nın 106/1-1. cümlesinde tanımlanan ‘Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit’ suçunu oluşturduğu gözetilmeden, bu sözlerin hakaret suçunu oluşturduğu kabul edilerek şikayetten vazgeçme sebebiyle kamu davasının düşmesine karar verilmesi*”, Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 2013/3511, K. 2014/3829, 11.12.2014, Yokuş Sevük (n 34) 417, 11 numaralı dipnot.



Şartlı tehdit, kanun koyucunun düzenleme tercihine göre, ya bağımsız bir suç, ya genel tehdit suçunun nitelikli hali veyahut tehdit suçunun herhangi bir işlenme şeklidir. O halde kanuni düzenlemenin mahiyetine göre, söz konusu terim, “şartlı tehdit suçu” veya “tehdit suçunun nitelikli hali olarak şartlı tehdit” ya da “tehdit suçunun bir şarta bağlı olarak işlenmesi” olarak ifade edilebilecektir. Nitekim çalışmamızın başlığında “tehdit suçunun bir şarta bağlı olarak işlenmesi” ibaresine yer verilmiştir. Zira yürürlükteki ceza kanunumuza göre, şartlı tehdit, bağımsız bir suç tipi olmadığı gibi, tehdit suçunun daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli hali de değildir. Bununla beraber, şartlı tehdit, genel mahiyetteki tehdit suçunun çok önemli bir işlenme biçimi olduğundan ayrıca incelenmeyi gerektirmektedir.

Öte yandan, “koşula bağlı tehdit”in, yukarıda belirtilen ve bir suç kategorisi ya da suç tipi olarak tehdidi merkez alan çerçeveden daha geniş bir anlamda kullanıldığı, örneğin yağma ya da şantaj suçunun da bu kapsamda değerlendirildiği görülmektedir⁴⁴. Bu bağlamda 5237 sayılı Kanun’un 107. maddesinde düzenlenen şantaj suçu ya da 148. maddesinde öngörülen tehdit suretiyle yağma suçu da aslında birer “şartlı tehdit”tir⁴⁵. Dolayısıyla şartlı tehdit, bu anlamda, başka, bağımsız bir suçun unsurunu ya da doğrudan kendisini oluşturan davranışı da içeren, en geniş kapsamda kullanılmaktadır. Gerçekten, hâlihazırda düzenlenen çerçevesinde şantaj suçu 765 sayılı Kanun’un 188. maddesinde düzenlenen şartlı tehdit suçunun bazı unsurlarını içermek olup⁴⁶ esas itibarıyla şarta bağlı bir tehdit vasfını haizdir⁴⁷. Keza yağma suçunda tehdit bir malı ele geçirmeye yönelik araç davranış mahiyetinde olup söz konusu “malı ele geçirme” hedefi salt yağmadaki tehdit davranışı açısından değerlendirildiğinde bir şart/talep/emir işlevine sahiptir. Ancak çalışmamızda şartlı tehdit terimi tehdidin başka, bağımsız bir suçun unsuru olduğu halleri dışlayan, yalnızca “tehdit suçları” kategorisi veya “tehdit suçu” bağlamında, dar anlamıyla kullanılmaktadır.

Şartlı tehdit kavramını maddi ceza hukuku bakımından bilhassa dikkate değer hale getiren en önemli özellikler, bu davranış tipinin bir yandan tehdit davranışının çok yaygın bir icra şekli olması⁴⁸ ve suçun yarattığı hukuka aykırılığın düzeyi itibarıyla genel mahiyetteki tehdit suçuna nazaran oldukça ağır bir davranış olmasıdır.

⁴⁴ Özen (n 38) 425.

⁴⁵ Yıldız (n 12) 9.

⁴⁶ Fahri Gökçen Taner, ‘Türk Ceza Hukukunda Şantaj Suçu’ (2011) (Sayı 92) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 118, 119.

⁴⁷ Özen (n 38) 432.

⁴⁸ Toroslu (n 7) 81; Küçüktaşdemir (n 11) 76.

Gerçekten, tehdit çoğu zaman belli bir “*kayda bağlı*” olarak icra edilen bir fiildir⁴⁹. Tehdit davranışı günlük hayatın doğal akışı içerisinde düşünüldüğünde yapısı gereği irade hürriyetini ihlal eden bir yapıdadır. Tehditte çoğu zaman tehdit edilen, “*bunu yap, yoksa*” anlamında bir korkutmayla iki seçenekten birini seçmek zorunda bırakılmaktadır⁵⁰. Söz konusu ihlal, mağdurun iradesi üzerinde etki doğurabilecek ağırlıktadır. Bu çerçevede tehdit failinin bir başka kişiyi korkutması için arka planda belli bir ilişkinin, sorunun, olgunun, kısacası belli bir saikin mevcudiyeti, her zaman zorunlu olmamakla beraber, eşyanın tabiatı gereği çok yüksek bir ihtimaldir. Bir başka deyişle, tehdit faili, çoğu zaman, mağduru, tabiri caizse “*durduk yerde*” tehdit etmez. Kuvvetle muhtemel, tehdit davranışının gerek arka planında gerekse yapılan somut bildirim içeriğinde bir tepki, beklenti ve talep (şart) mevcuttur. Tehdit failinin, mağdurun hayatına, vücuduna, cinsel hürriyetine ya da malvarlığına karşı bir davranış gerçekleştirceğinden bahsetmesi, mağdura bu mahiyette bir mesaj vermesi, çoğunlukla, örneğin haksız mülkiyet ya da zilyetlik arzusu içeren hırsızlık davranışının aksine; bir anda, belli, ilave bir sebep olmaksızın, kendiliğinden işlenebilecek bir mahiyette görünmemektedir. Elbette, failin özel bir neden olmadan da bir kişiyi korkutması mümkündür. Ancak bu bağlamda asıl mesele nedensiz tehdidin, tüm tehdit davranışları arasında daha az yaygın bir davranış tipi teşkil etmesinin muhtemel oluşudur.

Şartlı tehdidi önemli kılan ikinci özellik, yol açtığı ihlalin boyutları itibariyle genel tehdit suçuna kıyasla şartlı tehdidin çok daha ciddi ve ağır bir hukuka aykırılık hali oluşturmasıdır. Bu durumun esas sebepleri, şarta bağlı tehditte mağdurun iradesinin daha büyük bir tesir altında kalması ve tehdidin “*korkutuculuğu*”nun artmasıdır⁵¹. Gerçekten şartlı tehdit, yapısı gereği önemli bir “*zorlayıcılık*” niteliğine sahip olduğundan irade hürriyetine, “*kendi kaderini belirleme özgürlüğüne*” yönelik belirgin bir saldırı mahiyetindedir⁵². Bu yönüyle esasen cebirin manevi türü olan şartlı tehdit, basit tehditten “*emredici*” niteliğiyle belirgin surette ayrılmaktadır⁵³. Kuşkusuz basit tehdit de mağdurun

⁴⁹ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 33) 339.

⁵⁰ Küçüktaşdemir (n 11) 76.

⁵¹ Tezcan, Erdem ve Önok (n 6) 513-514.

⁵² Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, ‘Şartlı Tehdit Suçunda (TCK. m. 188) Koşul Ögesini Gerçekleştirmenin Yalnızca Mağdurun İradesine Bağlı Olması Şart mıdır? (Karar İncelemesi)’ (2002) Cilt VI (Sayı 1-4) Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 197, 201-204.

⁵³ Alaaddin Egemenoğlu, ‘Yargıtay Kararları Işığında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Tehdit Suçu (m. 106)’ (2017) Cilt IV (Sayı 1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 59, 63.



hür bir şekilde davranmasını, irade özgürlüğünü kısıtlamaktadır⁵⁴. Keza tehdidin sözü edilen soyut, adi türünde de kişi şu veya bu şekilde bir karar vermek mecburiyetinde bırakılmaktadır⁵⁵. Ancak burada işaret etmek istediğimiz husus, korkutma davranışına eşlik eden ve onun işlevi niteliğindeki talep (şart) unsurunun tehdidin etkisini, ürkütücülüğünü ve inandırıcılığını artırmasıdır. Gerçekten, bir kişinin hayatını, vücudunu, cinsel hürriyetini, malvarlığını veya sahip olduğu başka bir değeri konu alan her korkutma davranışı kişi hürriyetini baskı altına alır ve özgürce davranma özgürlüğüne belli ölçüde zarar verir. Ancak tehdidin, davranışın arka planında belli bir sebep, olgu ya da istekle bağlantılı olmaksızın icrası ile beklenti ve talep mahiyetindeki bir koşulu içerdiği halde icrası arasında yol açtığı ihlalin ağırlığı arasında belirgin bir fark olduğu aşikârdır. Taleple birlikte korkutma olduğunda, sadece mağdurun “*güven içinde yaşama duygusu*”⁵⁶, iç sükûneti, hukuki emniyet hissi değil; aynı zamanda irade hürriyeti de zarar görür⁵⁷. Hakikaten, mağdurun henüz maruz kalmadığı, fakat gelecekte başına getirilmekle korkutulduğu davranış, mağdurun belli bir davranışı yerine getirmesi veya getirmemesi ya da failin yapmasına izin vermesi gibi bir şarta bağlı tutulduğunda daha ciddi, gerçekçi, gerçekleşmesi kuvvetle muhtemel hale bürünebilir. Keza böyle belirgin, açık, mağdurun ihtiyarında olan somut bir koşula bağlanmış korkutma, mağdurun iradesi ve dilediği gibi davranma özgürlüğü üzerinde çok daha yoğun bir baskıya yol açabilecektir. Nitekim bazı kanun koyucular, genel tehdide kıyasla çok daha ağır bir ihlal olduğunu gözeterek şartlı tehdit davranışını müstakil bir suç halinde düzenlemiştir. Aşağıda ilgili hükümleri incelenecek olan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ile yürürlükteki Fransız ve İtalyan Ceza Kanunları, tehdit suçunun çeşitli düzenleniş biçimleri arasında bu yaklaşımı yansıtan başlıca örnekleri oluşturmaktadır.

Şartlı tehdit, mağdurun bir davranışı yapmaya ya da yapmamaya zorlanmasına yönelik tehdittir⁵⁸. Bir başka deyişle, korkutma fiili, mağduru belli bir yönde davranmaya veya davranmamaya mecbur bırakıyorsa gerçekten “*kayda bağlı*” yahut şartlı tehdidin varlığından bahsedilebilir⁵⁹. Yargıtay’ın muhtelif kararlarında görüldüğü üzere, “*Türkiye’den gitmez isen seni öldürürüm*”⁶⁰,

⁵⁴ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 33) 340.

⁵⁵ Gökhan Taneri, *Hürriyete Karşı Suçlar* (Seçkin Yayınları 2020) 41.

⁵⁶ Yıldız (n 12) 12.

⁵⁷ Tezcan, Erdem ve Önok (n 6) 514.

⁵⁸ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 14) 411; Tezcan, Erdem ve Önok (n 6) 513.

⁵⁹ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 33) 339.

⁶⁰ Yargıtay 2. Ceza Dairesi, E. 6647, K. 7230, 05.11.1981, Ayhan Önder, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (4. Baskı, Filiz Kitabevi Yayınları 1994), s. 46’dan aktaran Yıldız (n 12) 20.

“eğer bu davadan vazgeçmezseniz, bu iş kanla bitecek, burası mezarınız olacak”⁶¹ biçimindeki beyanlar şartlı tehdit teşkil etmektedir⁶². Keza failin mağdurdan kendisini aracıyla belli bir yere götürmesini istemesi, mağdurun bu talebi (şartı) kabul etmemesi üzerine de silahıyla onu korkutması ve dediğini yapmasını emretmesi durumunda da şartlı tehdidin söz konusu olduğu açıktır⁶³.

Korkutma mesajıyla birlikte ve onunla bağlantılı olarak mağdura iletilen talep/şart, mağdurun iradesine bağlı değilse, bu durumda kural olarak şartlı tehditten değil, ancak basit tehditten bahsedilebilir⁶⁴. Örneğin, Yargıtay’ın bir kararında reşit kızını eski nişanlısıyla evlendirme kudreti olmayan müştekinin maruz kaldığı, “Kızınızı başkasıyla evlendirirseniz sizi öldürürüm” şeklindeki görünüşte koşullu olan tehdit cümlesi, isabetli biçimde basit tehdit olarak değerlendirilmiştir⁶⁵. Bununla beraber Yargıtay’ın söz konusu kararı hukuki içeriği açısından istisnai mahiyette değildir. Gerçekten, Yargıtay’ın tehditle birlikte koşulan şartın yerine getirilmesinin mağdurun “imkan ve iktidarı”nda olması doğrultusunda istikrarlı kararları bulunduğu gözlemlenmektedir⁶⁶. Bununla be-

⁶¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 4-359, K. 43, 24.01.1972, Adem Sözüer, ‘Tehdit Suçu’ (1994) Cilt LIV (Sayı 1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 125, 135.

⁶² Yıldız (n 12) 20.

⁶³ “Sanığın suçtan kurtulmak için olay yerinden kaçmak amacıyla, gece yarısı U.’u minibüsüyle kendini il merkezine götürmeye zorladığı, kabul etmeyince de silahını çekip namlusuna mermi verdiği, polis barikatı ile karşılaşmaları halinde de aracı durdurmadan yola devam etmesini istediği, yolda polislerle karşılaşınca, polislerin dur ihtarin bu nedenle U.’un uymadan zorunlu olarak yola devam ettiği, polislerin bilahare aracı takiple durdurabildikleri anlaşılacakla, sanığın koşullu tehdit suçu sübut bulunduğu halde bu suçtan mahkumiyet yerine yazılı şekilde beraatına karar verilmesi”, Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E. 1881, K. 2117, 24.05.2006, İsmail Malkoç, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu* (Cilt I, Malkoç Kitabevi Yayınları 2007) 777’den aktaran Yıldız (n 12) 20, 37 numaralı dipnot.

⁶⁴ Ali Rıza Çınar, *Tehdit Suçu* (Turhan Kitabevi Yayınları 2002) 72.

⁶⁵ Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 1420, K. 1741, 03.03.1998. Yine bu kararda anılan “Bana yaptığın büyüü bozmazsan seni öldürürüm” şeklindeki tehdit de Yargıtay tarafından ancak hayata geçirilemez bir şart içerip içermediği tartışılarak şartlı tehdit ya da basit tehdit olduğuna karar verilebilecek bir tehdit addedilmiştir. Çınar (n 64) 72.

⁶⁶ Koca ve Üzülmöz (n 52) 197, 197 vd. Aynı doğrultuda, Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E.278, K. 1158, 05.02.2001, Koca ve Üzülmöz (n 52) 197 vd.; ayrıca Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 2041, K. 2858, 25.03.1998, Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 7319, K. 8056, 05.10.1998, Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 11708, K. 469, 03.02.1998, Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 1143, K. 2303, 26.02.2001, Çınar (n 64) 72, 45 ve 46 numaralı dipnotlar. Yine aynı yönde bir Ceza Genel Kurul kararı da bulunmaktadır: “...şikayetçinin kızkardeşi ile evli olan sanık ile eşi arasında geçimsizlik bulunduğu, bu nedenle evini terk eden sanığın eşinin, kardeşi olan şikayetçinin evine sığındığı ve sanık aleyhine boşanma davası açtığı, olay günü şikayetçinin dükkanına gelen sanığın şikayetçiye hitaben ‘karımı gönder, göndermezsen seni öldürürüm’ şeklinde sözler söyleyerek tehdit ettiği anlaşılmaktadır. Yerel Mahkeme ile Özel Daire arasında yukarıda açıklanan oluş konusunda herhangi bir uyumsuzluk yoktur. Uyumsuzluk sanığın



raber, söz konusu suç bakımından asıl önemli olanın, şartlı tehdit suretindeki hareketin kişinin irade hürriyetini kısıtlamaya elverişliliği olduğu gerekçesiyle, bu kıstasın katı surette uygulanması eleştirilmektedir⁶⁷. Kanaatimize göre, bu eleştiride haklılık payı vardır. Bu bağlamda yalnızca tehditle birlikte ileri sürülen talebin mağdurca yerine getirilebilirliği esas alınmamalı, şartlı tehdit davranışı bir bütün olarak değerlendirilmelidir.

Şartlı tehdidin içeriğinin ve özellikle şart unsurunun mahiyetinin aydınlatılmasında şartlı tehdit ile cebir suçu arasındaki yapısal benzerlikten yararlanmak mümkündür. Söz konusu benzerlik o kadar belirgindir ki, bazı yazarlar şartlı tehdidi, basit tehditten net biçimde ayırmanın da ötesinde, “*manevi cebir*” adı altında doğrudan cebirin bir türü addetmektedir⁶⁸. Nitekim bazı yazarların tehdit ve cebir kavramlarını hem “*genel olarak*”, hem de “*başkasının iradesini zorlayan vasıtalar olarak*” aynı başlık altında değerlendirdiği dahi görülmektedir⁶⁹. Keza her iki suç tipi de “*irade oluşturma hürriyeti*”ni ya da “*iç hürriyet*”i ihlal eden suçlar kategorisinde yer almaktadır⁷⁰. Hakikaten, tıpkı şartlı tehditte olduğu gibi cebir suçunda da söz konusu unsurun maddi unsur kapsamında “*koşul*” olarak adlandırıldığı, bu sıfatla, “*mağdurun, iradesine aykırı olarak, belirli bir davranışa zorlanmış olması*” olarak tarif edildiği açıktır⁷¹. Dolayısıyla cebir suçu, mahiyeti gereği, tıpkı şartlı tehdit davranışı gibi belli bir koşulu zorunlu olarak bünyesinde barındırır⁷². Bu noktada önemli olan, failin elde etmek istediği netice ya da bir başka deyişle mağdurun yapmaya, yapmamaya veya yapılmasına izin vermeye zorlandığı davranış ile “*zorlama*

söylediği bu sözlerin koşullu tehdit suçunu oluşturup oluşturmayacağı hususundadır. Sanığın eşi mümeyyizdir. Kardeşi olan şikayetçinin evine sığınmıştır. Şikayetçinin kızkardeşini sanıkla birlikte yaşamak üzere sanığın evine göndermek hak ve yetkisi yoktur. Sanığın evine dönüp dönmek eşinin kararına bağlı ve onun yedi iktidarındadır. Mağdurun buna bir yetkisi yoktur. Madde hükmünün amacı ferdin karar ve hareket hürriyetlerinin, her türlü saldırılara karşı korunmasıdır. Yani tehdit mağdurun karar veya hareket serbestisini tehlikeye koyan bir vasıta olmalıdır. Halbuki yukarıda açıklandığı üzere şikayetçinin sanığın eşini sanığın evine göndermek hususunda herhangi bir karar veya harekette bulunması hukuken söz konusu olamaz. O halde koşullu tehdit suçunun yasal unsurları oluşmamış TCY. 191/1. maddeye uyan suç oluşmuştur.”, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 4.203, K. 260, 13.06.1988, Çınar (n 64) 73, 47 numaralı dipnot.

⁶⁷ Koca ve Üzülmöz (n 52) 207 vd.

⁶⁸ Faruk Erem, ‘Tehdit ve Cebir Kullanma Suçu’ (1952) (Sayı 7) Adalet Dergisi 863, 863 vd.; Egemenoğlu (n 53) 63.

⁶⁹ Soyaslan (n 5) 270 vd., 272 vd.

⁷⁰ İlhan Üzülmöz, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları* (Turhan Kitabevi Yayınları 2007) 24.

⁷¹ Tezcan, Erdem ve Önok (n 6) 553.

⁷² Özen (n 38) 432.

için başvurululan araç” arasında nedensel bağın mevcudiyetidir⁷³. Gerçekten, şartlı tehditte failin mağdura bildirdiği “*istek*” ile haksız bir davranış (“*kötülük*”) yapacağı beyanı illiyet rabitasıyla birbirine bağlı olmalıdır⁷⁴. Örneğin bir esnafın, dükkânının önüne arabasını park etmek isteyen mağduru engellemek için müracaat ettiği zorlayıcı araç ister cebir, isterse tehdit olsun, dükkânının önüne mağdurun park etmemesi talebiyle (şartıyla) nedensel ilişkisi itibariyle değerlendirilmelidir⁷⁵. Cebir suçuna paralel olarak⁷⁶, şartlı tehdit bakımından da zorlayıcı vasıta olmaksızın failin gerçekleşmesini arzu ettiği davranışı mağdur kendiliğinden gerçekleştirecekse failin istediği sonuç ile tehdit aracı arasında nedensel bağın ve doğal olarak şartlı tehdidin varlığından bahsedilemez. Bu çerçevede, şartlı tehdit ile cebir davranışlarının başlıca ortak noktası nedensel önem taşıyan bir talebin/şartın ileri sürülmesi olup başlıca farkı ise ancak araç davranış olarak icra edilen zorlamanın fiziki yahut manevi olmasıdır⁷⁷. Gerçekten, söz konusu zorlayıcı vasıta, cebir suçunda bedensel, fiziki ya da maddi güç kullanmak iken⁷⁸ şartlı tehdit davranışında, “*manevi özgürlüğü*”⁷⁹ kısıtladığı için “*manevi cebir*”⁸⁰ olarak da adlandırılabilir korkutma, gözdağı verme eylemidir.

İlave etmek gerekir ki, cebir ile şartlı tehditte ortak bir unsur olan şart (talep), söz konusu iki davranış bakımından yalnızca bir açıdan farklılık gösterir: Eğer şart (talep, emir, asıl niyet), tıpkı korkutma aracı gibi geleceğe yönelikse şartlı tehdit; şimdiki zamana ilişkinse cebirden bahsedilir⁸¹. Böylece mağdurun yerine getirmeye zorlandığı şart ile zorlama aracının her ikisinin de yalnız nedensel olarak değil, kronolojik olarak da ilişkili olduğu ortaya çıkmaktadır. Neticede şartlı tehdit davranışının zorlayıcı vasıta olarak tehdit ve bu tehdit aracılığıyla elde edilmesi beklenen sonuç olmak üzere, birbirine hem nedensel hem de zamansal olarak bağlı iki kurucu unsurdan oluştuğu açıkça anlaşılmaktadır.

Şartlı tehditteki şartın mahiyeti ve ağırlığı, 5237 sayılı Kanun’daki genel tehdit suçuna ilişkin düzenlemede öngörülen malvarlığına ilişkin “*zararın büyüklüğü*”nün tespitinde de failin icra etmekle korkuttuğu davranışla kıyaslan-

⁷³ Tezcan, Erdem ve Önok (n 6) 553.

⁷⁴ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 33) 341.

⁷⁵ Ersan Şen, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu* (Cilt I, Vedat Kitapçılık 2006) 436.

⁷⁶ Tezcan, Erdem ve Önok (n 6) 553.

⁷⁷ Taneri (n 55) 46; Özen (n 38) 432.

⁷⁸ Tezcan, Erdem ve Önok (n 6) 550-551.

⁷⁹ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 33) 340.

⁸⁰ Küçüktaşdemir (n 11) 74 vd.

⁸¹ Soyaslan (n 5) 288.



cak bir unsur olarak değerlendirilebilir⁸². Bu açıdan her ne kadar yürürlükteki kanunda şartlı tehdit suçu düzenlenmemiş olsa da genel tehdidin bir işlenme şekli olarak şartlı tehditteki şart (talep) unsuru, halen genel tehdit suçuna ilişkin hukuki bir sorunun çözümünde kullanılmaya elverişlidir. O halde şartlı tehdidin sadece eski bir suç tipi olarak değil, aynı zamanda yürürlükteki hukuk bakımından özel bir önem taşıyan bir davranış tipi ve kavram olarak değerlendirilmesi gerektiği aşikârdır.

“Şart” olarak isimlendirilen, bir kişiyi istemediği bir davranışa zorlama unsurunun, cebir suçunda olduğu gibi⁸³, şartlı tehditte de haksız bir talep mahiyetinde olması gerekir. Mesela, bir kişinin, konutuna izinsiz giren başka bir kişiye karşı “derhal evimden çıkmazsan canını yakarım” demesi durumunda şartlı tehdit davranışının varlığından bahsedilemez, çünkü kişinin kendi evine izinsiz giren başkasını buradan çıkarmak istemesi haklı bir taleptir.

Nihayet, Yargıtay’ın da tespit ettiği üzere, tehdit edilen mağdura yöneltilen şartın (talebin) mağdur tarafından ifa edilemeyeceği hallerde şartlı tehditten söz edilmesinin makul görünmediğini hatırlatmak gerekir⁸⁴. Gerçekten, şartlı tehditten söz edebilmek için şart koşulan davranışın mağdur tarafından gerçekleştirilmesi mümkün bir davranış olması beklenir⁸⁵. Örneğin, yeterince parası olmayan birine “bana hemen bir milyon lira vermediğin takdirde seni öldürürüm” diyen kişinin davranışının başka bir suç oluştursa dahi şartlı tehdit olarak nitelendirilmesi güçtür.

II. 765 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU ÇERÇEVESİNDE

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda tek bir maddede ve tek bir suç olarak düzenlenen tehdit suçunun 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda iki ayrı suç halinde düzenlendiği görülmektedir⁸⁶. Bu kanunda tehdit suçlarına ilişkin düzenlemelerin esası, şartlı tehdit ile basit tehdidin ayrılması⁸⁷ ve ilki için daha ağır

⁸² Yıldız (n 12) 18.

⁸³ Tezcan, Erdem ve Önok (n 6) 554.

⁸⁴ “*Katılanın sanığın aleyhine açtığı tahliye davası nedeniyle davayı geri alması için kendisini tehdit ettiğini ileri sürmesi, mahkemece de eylemin bu biçimde kabul edilmesi ve sanığın da suç tarihinde tahliye davasının sonuçlanmış olduğunu savunması karşısında suç tarihinde söz konusu tahliye davasının kesinleşip kesinleşmediğinin araştırılması ve sonucuna göre; /// a) Karar kesinleşmişse, koşul olarak öne sürülen, davanın geri alınması olanaklı bulunmadığından eylemin T.C. Yasasının 191/1. Maddesine uyacağı, /// b) Kesinleşmemişse eylemin anılan yasanın 181/1. Maddesine uyacağı gözetilmeden eksik soruşturma ile hüküm kurulması*”, Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 12550, K. 13802, 07.11.2011, Çınar (n 64) 72, 46 numaralı dipnot.

⁸⁵ Tezcan, Erdem ve Önok (n 6) 554.

⁸⁶ Yıldız (n 12) 9.

⁸⁷ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 14) 411.

bir yaptırım öngörülmesine müstenittir⁸⁸. Söz konusu hükümler 765 sayılı Kanun'un cebirle birlikte şartlı tehdit suçunu düzenleyen 188. maddesi ile "genel tehdit"⁸⁹ (basit tehdit) suçunu düzenleyen 191. maddesinde yer almaktadır⁹⁰. Mukayeseli bir şekilde değerlendirebilmek için her iki düzenlemenin de ele alınması yararlı olacaktır.

*"Basit tehdit" olarak adlandırılan suça ilişkin düzenlemeye göre,
"Bir kimse kanunda yazılı hallerin haricinde başkasına ağır ve haksız bir zarara uğratacağını bildirerek tehdit ederse altı aya kadar hapis olunur.*

Eğer tehdit fiili yüz seksen sekizinci maddenin üçüncü fıkrasında gösterilen suretlerden biriyle yapılır ise failin göreceği hapis cezası altı aydan iki seneye kadardır ve (...)

Sair tehdidat için alınacak ağır cezayı nakdi otuz liradır. Ancak bu bapta mutazzar olan şahıs tarafından şikayetname verilmedikçe takibat yapılmaz." (m. 191)⁹¹

Öncelikle altını çizmek gerekir ki, bazı yazarlar 5237 sayılı Kanun'daki tehdit suçunun (m. 106) 765 sayılı Kanun'daki öncelikli muadili olarak 191. maddedeki basit tehdit düzenlemesine işaret etmektedir⁹². Her iki düzenlemenin de korkutma davranışını içerip şart/talep unsuru içermemesi nedeniyle bu yaklaşım isabetlidir. Bununla beraber 5237 sayılı Kanun'daki tehdit suçu mukayeseli olarak incelenirken sadece 765 sayılı Kanun'un 191. maddesinin değil, şartlı tehdide ilişkin 188. maddesinin de dikkate alınması⁹³ uygun olacaktır.

191. maddedeki söz konusu düzenlemede, tehdit suçunun "kanunda yazılı hallerin haricinde" geçerli ve dolayısıyla genel ve tamamlayıcı mahiyette bir suç olarak öngörüldüğü açıktır. Diğer yandan, "ağır ve haksız bir zarar" ifadesi, 5237 sayılı Kanun'un 106. maddesindeki "sair bir kötülük" ifadesine kıyasla daha açık, anlaşılır ve hukuk tekniğine uygun görünmektedir. Zira "zarar" kelimesi, "kötülük" kelimesinin aksine gerek kanun koyucu gerekse doktrin tarafından yaygın olarak kullanılan bir hukuki terimdir. Ayrıca, "ağır ve haksız bir zarar" ifadesi 5237 sayılı Kanun'un ilgili hükmündeki kişinin "hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı" ya da "malvarlığı itibarıyla büyük bir zarar" şeklinde tarif edilen tehdidin yöneldiği değerlerin

⁸⁸ Tezcan, Erdem ve Önok (n 6) 513.

⁸⁹ Yıldız (n 12) 9.

⁹⁰ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 33) 338-339.

⁹¹ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu (mülga), Lexpera, <https://www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi 15 Ocak 2023.

⁹² Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 33) 338.

⁹³ Yıldız (n 12) 11.



kapsamına göre daha geniş bir değerler alanını güvence altına almaktadır. Keza 765 sayılı Kanun'daki “*bildirerek*” ibaresi de 5237 sayılı Kanun'un 106. maddesindeki “*bahisle*” ibaresine göre daha yerinde bir tercihtir. Zira tehdit suçunun asıl maddi unsurunu ortaya koymak bakımından bildirmek fiili bahsetmek fiilinden çok daha kapsamlı, sözlü davranışlar dışındaki mesajları da içerecek mahiyettedir.

Öte yandan basit tehdit ve şartlı tehdit suçları arasında sistematik bir bağ olduğu da kanun koyucu tarafından düzenlemeye yansıtılmıştır. 765 sayılı Kanun'un 191. maddesinin ikinci fıkrasında, esasen şartlı tehdidin daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerini düzenleyen 188. maddenin üçüncü fıkrasına gönderme yapılması söz konusu sistematik tercihin açık bir göstergesidir.

Yürürlükteki hukuk açısından tehdit suçu bağlamında göz önünde bulunduru-
rulan⁹⁴ ve “*cebiri kullanma*”yı da kapsayan⁹⁵ şartlı tehdit düzenlemesine göre,

“Bir kimse bir şeyi işlemek veya işlemesine müsaade etmek ya da o şeyi işlememeye mecbur etmek için diğer bir kimseye zor kullanır veya onu tehdit eder veya yetkisi olmadan veya yasalara aykırı olarak birkonuda bilgi vermesini veya inancını veya siyasi veya sosyal görüşünü açıklamasını isterse altı aydan bir yıla kadar hapis ve bin liradan üçbin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır.

Bu kimse tasarladığı sonucu elde etmişse hapis cezası bir yıldan iki yıla ve ağır para cezası ikibin liradan beşbin liraya kadardır.

Birinci fıkradaki eylemler silahla ya da kendini tanınmayacak bir hale koyarak ya da bir kaç kişi tarafından birlikte ya da imzasız bir mektup ya da özel işaretlerle ya da var olan veya var sayılan gizli bazı örgütlerin oluşturdukları tehdit gücünden yararlanarak işlenmiş ise üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.

Bu suretle istenilen sonuç elde edilmişse beş yıldan sekiz yıla kadar ağır hapis cezası verilir ve ayrıca beş yıl genel güvenlik gözetimi altında bulundurulabilir.” (m. 188/1-4)⁹⁶

765 sayılı Kanun'un 188. maddesinde “*cebiri kullanma*” yahut “*emredici cebiri*” ile birlikte düzenlenen şartlı tehdit suçu, tıpkı basit tehdit suçu gibi “*genel, tamamlayıcı, tali*” mahiyette bir suç olarak değerlendirilmektedir⁹⁷.

⁹⁴ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 14) 411, 12 numaralı dipnot.

⁹⁵ Artuk, Gökcen, Alşahin ve Çakır (n 33) 339.

⁹⁶ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu (mülga), Lexpera, <https://www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi 15 Ocak 2023.

⁹⁷ Koca ve Üzülmöz (n 52) 200.

Söz konusu düzenlemede şartlı olmak kaydıyla cebir ve tehdit davranışlarının “*seçimlik hareket*” olarak nitelendirildiği de görülmektedir⁹⁸. Düzenlemede şartlı tehdit suçunun şart unsuru “*bir şeyi işlemek veya işlemesine müsaade etmek ya da o şeyi işlememeye mecbur etmek için*” ifadesiyle tarif edilmiştir. Şart unsurunun söz konusu ifadesi, 765 sayılı Kanun’un 188. ve 191. maddelerinde düzenlenen iki suçu ayırt eden asıl kıstası oluşturmaktadır.

Diğer taraftan, genel olarak tehdit suçu ile cebir suçunun ortak özelliklere sahip olmaları dolayısıyla genellikle karşılaştırılarak ele alındığını⁹⁹ hatırlatmakta yarar vardır. Bu bağlamda, mülga kanunda şartlı tehdidin şart unsurunu ortaya koyan “*bir şeyi işlemek veya işlemesine müsaade etmek ya da o şeyi işlememeye mecbur etmek için*” ifadesi ile 5237 sayılı Kanun’un cebir suçunu düzenleyen 108. maddesindeki ilgili ifade arasındaki benzerliği de aşan örtüşme dikkat çekicidir. Gerçekten, 5237 sayılı Kanun’un söz konusu maddesinde cebir davranışına başvurulmasının koşulunu ifade etmek için “*bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için*” ibaresi tercih edilmiştir. Görüldüğü üzere, yapmak, yapmamak veya yapılmasına izin vermek şeklindeki üç şart her iki düzenlemede de açıkça yer almaktadır. O halde söz konusu düzenlemeler çerçevesinde “cebir suçu” ile “şartlı tehdit” suçunun morfolojik açıdan büyük bir benzerlik arz ettiği oldukça sarih şekilde görülmektedir. Bu benzerlik, araç davranışın zorlayıcılığı, bir başka deyişle tıpkı cebir gibi tehdidin de kişiyi belli bir surette davranma hususunda “*icbar vasıtalarından biri*” olması noktasında temerküz etmektedir¹⁰⁰. Nitekim 765 sayılı Kanun’da şartlı tehdit suçunu düzenlediğini belirttiğimiz 188. madde aynı zamanda cebir suçunu da düzenlemektedir. Metindeki “*...diğer bir kimseye zor kullanır veya onu tehdit eder*” şeklindeki bütüncül ifadeden de açıkça anlaşıldığı üzere, 765 sayılı Kanun’un kanun koyucusu, cebir ve şartlı tehdit suçlarının yapısal olarak arz ettiği belirgin benzerliği göz önünde bulundurarak düzenleme yapmıştır. Neticede 765 sayılı Kanun’un “şartlı tehdit” suçunu cebir suçuyla birlikte düzenleyen 188. maddesi, hem kanun ve suç sistematigi, hem de suçun tanımı ve içeriği bakımından şartlı tehdit suçunun mahiyetini aydınlatmaktadır. Şartlı tehdit davranışındaki şart unsurunun işlevi ve diğer suçlarla mukayeseli olarak bakıldığında suçun yapısı içerisindeki yerinin belirlenmesinde de 765 sayılı Kanun’un ilgili hükümleri önemli bir dayanak noktası oluşturmaktadır.

Vurgulamak gerekir ki, 765 sayılı Kanun’un yürürlükte olduğu dönemde şartlı tehdit suçu bakımından Yargıtay’ın, korkutma davranışıyla birlikte failin mağdurdan yapmasını istediği davranışı mağdurun yapma gücüne sahip

⁹⁸ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 33) 339.

⁹⁹ Toroslu (n 7) 80.

¹⁰⁰ Koca ve Üzülmöz (n 52) 201.



olup olmadığının gözetilmesi gerektiği kanaatinde olduğu görülmektedir¹⁰¹. Bu çerçevede şartlı tehdit suçunda esas olarak sadece tehdidin objektif olarak gerçekçi ve korkutucu olmasının değil, şart (talep) olarak iletilen davranışın da gerçekçi bir şart (talep) oluşturmasının ve yerine getirilebilirliğinin suçun oluşması için gerekli görüldüğü anlaşılmaktadır.

III. FRANSIZ CEZA KANUNU ÇERÇEVESİNDE

Türk hukukunda olduğu gibi Fransız hukukunda da tehdit çok yönlü, çok biçimli (*polymorphe*) bir kavramdır¹⁰². Gerçekten Fransız ceza hukukunda tehdit fiilleri, bir suçun kurucu unsuru olması (örneğin cinsel saldırı), bir suçun ağırlaştırıcı nedeni olması (örneğin insan ticareti) ve teşvik/tahrik yoluyla suça iştirak halleri (Code pénal, m. 121/7) dışında müstakil olarak cezalandırılabilir¹⁰³. Tehdit başka bir suçun kurucu unsuru veya işlenme vasıtası ise münhasıran söz konusu suç için yaptırım uygulanacak, fakat bu bağlamda ikincil bir davranış konumundaki tehdit cezalandırılmayacaktır¹⁰⁴.

Fransız ceza hukukunda kişilere karşı işlenen tehdit suçları, herkese (*personnes ordinaires*) karşı, kamu görevi yürüten kişilere (*personnes exerçant une fonction publique*) karşı ve yargılama faaliyetine katılan kişilere (*personnes participant à l'action de la justice*) karşı tehdit olmak üzere üç başlık altında ele alınmaktadır¹⁰⁵. Ayrıca işlenme şekline göre “cünha” (C. pén., m. 322-12) ya da kabahat” (C. pén., m. R. 631-1 ve P. 643-1) niteliği taşıyan “malvarlığına karşı” (“*contre les biens*”) tehdit şeklinde bir suç kategorisinden de söz edildiği görülmektedir¹⁰⁶.

Herkese karşı işlenebilen tehdit suçları bağlamında, yürürlükteki Fransız Ceza Kanunu’nda basit tehdit ve şartlı tehdit fiilleri ardışık maddelerde iki bağımsız suç olarak düzenlenmiştir¹⁰⁷. Şartlı tehdit (“*menace avec ordre de remplir une condition*”) Kanun’un 222-18. maddesinde, basit/şartsız tehdit (“*menace sans ordre ni condition*”) ise Kanun’un 222-18. maddesinde yer almaktadır¹⁰⁸.

Basit tehdit ve şartlı tehdit suçlarına ilişkin hükümler, Kanun’un kişilere karşı cürümler ve cünhalara dair ikinci kitabının (*Livre II: Des crimes et délits contre les personnes*) gerçek kişilere yönelik saldırılara ilişkin ikinci başlığı

¹⁰¹ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 14) 411, 13 numaralı dipnot.

¹⁰² André (n 8) 121.

¹⁰³ Larguier, Conte ve Fournier (n 36) 99-100.

¹⁰⁴ André (n 8) 121-122.

¹⁰⁵ Larguier, Conte ve Fournier (n 36) 100 vd.

¹⁰⁶ André (n 8) 122, 2 numaralı dipnot.

¹⁰⁷ Tezcan, Erdem ve Önok (n 6) 512-513, 4 numaralı dipnot.

¹⁰⁸ Larguier, Conte ve Fournier (n 36) 100-102; André (n 8) 122 vd.

(Titre II: Des atteintes à la personne humaine) altında yer almaktadır. Belirtmek gerekir ki, söz konusu sistematik tercih, 765 sayılı Kanun'dan daha ziyade 5237 sayılı Kanun'un sistematığına yakın mahiyettedir. Diğer yandan Fransız düzenlemesinde, m. 222-17 ve m. 222-18 hükümleri, sözü edilen ikinci başlığın kapsamında, kişinin maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik saldırılara dair ikinci kısmının (*Chapitre II: Des atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne*), kişinin bütünlüğüne yönelik saldırılara ilişkin kastı saldırıları düzenleyen (*Section I: Des atteintes volontaires à l'intégrité de la personne*) birinci bölümü altında "Tehdidat/Tehdit Suçlarına Dair" (*Des menace*) adını taşıyan ayrı bir altbölüm yer almaktadır. Dolayısıyla Fransız kanun koyucusunun öngördüğü sistematikte belli bir tehdit suçu veya nitelikli hallerinin değil, "tehdit suçları" şeklinde ayrı bir suç kategorisinin bulunduğu aşikârdır.

Bu çerçevede, Kanun'un basit tehdit suçuna ilişkin düzenlemesine göre,

"Kişilere karşı cürüm ya da cünhalardan birini işleme tehdidinde bulunan kişi, tehdit [sözlü olarak] tekrarlandığı ya da bir yazı, görüntü veya diğer herhangi bir şeyle somutlaştırıldığı takdirde altı aya kadar hapis cezası ve 7.500 Euro'ya kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

Ölüm tehdidinde bulunması halinde kişi üç yıla kadar hapis cezası ve 45.000 Euro'ya kadar adli para cezasıyla cezalandırılır." (m. 222-17)¹⁰⁹

Görüldüğü üzere, oldukça geniş bir kapsamdaki davranışları yaptırım altına alan söz konusu düzenlemede¹¹⁰ tehdit davranışının hangi şekilde işlenebileceği ayrıntılı biçimde tarif edilmiştir. Buna göre tehdidin konusu cürüm ("crime", ağır suç) ya da cünha ("délit", orta ağırlıkta suç), fakat neticede her halükarda kabahat değil, bir suçtur. Dolayısıyla 5237 sayılı Kanun'daki tehdit düzenlemesine kıyasla, Fransız düzenlemesinde tehdidin konusu isabetli olarak daha belirgin ve daha dar kapsamlı olarak saptanmıştır. Keza bu düzenlemede, 5237 sayılı Kanun'un aksine "sair bir kötülük" gibi hukuken belirsiz bir ifadeye yer verilmemesi de isabetlidir. Ayrıca insan hayatına karşı bir saldırı, insanın diğer haklarına karşı icra edilen saldırılardan her durumda daha ağır telakki edilmesi gerektiği için, Fransız kanun koyucunun ölüm tehdidini daha ağır cezalandır-

¹⁰⁹ "La menace de commettre un crime ou un délit contre les personnes dont la tentative est punissable est punie de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende lorsqu'elle est, soit réitérée, soit matérialisée par un écrit, une image ou tout autre objet. La peine est portée à trois ans d'emprisonnement et à 45 000 euros d'amende s'il s'agit d'une menace de mort.", (Article 222-17, Modifié par Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 - art. 3 (V) JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002), Code pénal, Légifrance, <https://www.legifrance.gouv.fr>, Erişim Tarihi 4 Ocak 2023.

¹¹⁰ André (n 8) 122.



ması da yerindedir. Fransız düzenlemesinde tehdidin –açıkça belirtilmemekle birlikte- sözlü olarak gerçekleştirilmesi halinde çok kısa süre içinde gerçekleştirilecek şekilde olsa dahi tekrarlanması şart tutulmuş, ancak alternatif olarak bu davranışın yazılı, görsel veya başka herhangi bir şekilde de işlenebileceği açıkça öngörülmüştür¹¹¹. Neticede müstakil bir suç olarak basit tehdit suçunu düzenleyen söz konusu hükümde, basit tehdidin tüm esaslı unsurlarına yer verilmiş; ancak görüldüğü gibi, tehdidin herhangi bir şarta bağlanmasına yer verilmemiştir.

Kanun'un şartlı tehdit suçuna ilişkin düzenlemesi ise şu şekildedir:

“Kişilere karşı cürüm ya da cünhalardan birini işleme tehdidi, herhangi bir şekilde, bir şartın yerine getirilmesi talebiyle gerçekleştirildiğinde üç yıla kadar hapis cezası ve 45.000 Euro'ya kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

Ölüm tehdidinde bulunması halinde kişi beş yıla kadar hapis cezası ve 75.000 Euro'ya kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.” (m. 222-18)¹¹²

Şartlı tehdit suçu, görüldüğü üzere, 765 sayılı Kanun'daki düzenlemeden farklı olarak Fransız Ceza Kanunu'nun m. 222-18 hükmünde cebir ya da hürriyete karşı başka bir suçu içermeksizin tek başına düzenlenmiştir. Bu noktada genel bir tespit yapmak gerekirse, uzun bir hazırlık sürecinin sonunda 1992'de kabul edilen ve 1994'te yürürlüğe giren Fransız Ceza Kanunu, Kıta Avrupası ceza hukukunda önemli ve yeni bir eğilimi temsil etmesi itibariyle dikkate değerdir. Bu yönüyle, Fransız Ceza Kanunu'nun şartlı tehdit suçunu hem basit tehditten, hem de cebir gibi hürriyete karşı işlenen diğer suçlardan ayrı şekilde, müstakil bir maddede tek başına düzenlemesi, çağdaş ceza hukuku bakımından şartlı tehdit suçunun mahiyeti bakımından önem arz etmektedir. Dolayısıyla, şartlı tehdit davranışı gerek morfolojik açıdan, gerekse ağırlık olarak sahip olduğu kendine özgü (*sui generis*) özellikleri nedeniyle ayrıca değerlendirilmek durumundadır. Şartlı tehdidin kanunla hiç düzenlenmeksizin yalnızca tehdit suçunun alelade bir işlenme şekli olarak, salt doktrinsel bir kavram olarak bırakılması eleştiriye açıktır. Hatta bu önemli ve mahsus davranışın tehdit suçunun herhangi bir nitelikli hali olarak düzenlenmesi dahi yeterli görünmemektedir. O halde şartlı tehdidin ayrı bir suç halinde düzenlenmesi çağdaş ceza hukukundaki eğilimle de örtüşen bir hukuki gereklilik olarak görülebilir.

¹¹¹ Larguier, Conte ve Fournier (n 36) 102.

¹¹² “La menace, par quelque moyen que ce soit, de commettre un crime ou un délit contre les personnes, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende, lorsqu'elle est faite avec l'ordre de remplir une condition. La peine est portée à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende s'il s'agit d'une menace de mort.”, (Article 222-18, Modifié par Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 - art. 3 (V) JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002), Code pénal, Légifrance, <https://www.legifrance.gouv.fr>, Erişim Tarihi 4 Ocak 2023.

Söz konusu düzenleme çerçevesinde şartlı tehditte, basit tehdidin (m. 222-17) aksine korkutma davranışının tekrarlanması ya da yazı, görüntü veya diğer herhangi bir şeyle somutlaştırılması gerekmemektedir¹¹³. Fransız kanun koyucunun iki suç arasında böyle bir farklılık öngörmüş olması, şart unsurunun tek başına taşıdığı önemle izah edilebilir.

Öte yandan, Fransız hukukunda “şart” (*condition*) teriminin, ihtar (*injonction*) ve aynı zamanda Kanun’da kullanılan emir (*ordre*) kelimeleriyle de ifade edildiği gözlemlenmektedir¹¹⁴. Bu durum karşısında tehditte “şart” olarak anılan unsurun kişiyi belli bir şekilde davranmaya, “emir” olarak dahi nitelendirilebilecek ölçüde zorlayıcı, hukuka aykırı ve ağır surette ikaz edici bir talebi ifade ettiği söylenebilir. Nitekim Fransız düzenlemesinde, şartlı tehditteki şart unsurunun “bir şartın yerine getirilmesi talebiyle gerçekleştirildiğinde” (“*lorsqu’elle est faite avec l’ordre de remplir une condition*”) şeklinde tarif edildiği görülmektedir. Kanaatimizce bu tanım, şartın tehdit suçundaki işlevi ve anlamıyla ilgili basit gibi görünen, ancak kayda değer bir katkı sunmaktadır. Şöyle ki, şartlı tehdit terimindeki “şartlı” ibaresi, en azından semantik açıdan kavramın ayırt edici özelliğini yeterince yansıtmamaktadır. Bir başka deyişle, “şartlı tehdit” ibaresi ilk bakışta, tehdidin fail ve mağdur dışında, harici bir kayda bağlı olduğu izlenimi yaratmaktadır. Oysa “şartlı tehdit”teki şart, dışsal bir şartı değil, bilakis somut olarak failin mağdura tehdit içeren mesajla birlikte yönelttiği “talep” unsurunu ifade etmektedir. Dolayısıyla, “şartlı tehdit”teki şart, esasen, suç teşkil eden bu davranışın birincil taraflarını ilgilendiren ve tehdit davranışının olaya özgü olarak doğal ve tamamlayıcı bir unsurdur. Bu “şart”, failin tehditle ulaşmak istediği menfaat talebi, daha doğrusu bu talebin tehditle birlikte mağdura bildirilmesidir.

Neticede bu çerçevede “şart”, manevi unsuru ilgilendiren soyut, zihinsel, *mens rea* kapsamında bir özellik veya bir “saik” mahiyetinde görünmemektedir. Bilakis, şart (*condition*) olarak adlandırılan unsur, somut olarak dış dünyaya yansıyan ve failin mağdura tıpkı korkutma içeren mesajı gibi sözlü, yazılı, görsel veya başka bir surette iletmesi gereken bir mesajdır. Bir başka ifadeyle, şartlı tehditte mağdura iletilmesi gereken, birbirine nedensel olarak bağlı iki eş veya yakın zamanlı ileti vardır: Bunlardan biri korkutma iletisi, diğeri talep iletisidir. Söz konusu iki ileti şartlı tehdidin mahiyeti gereği birbirinden ayrı değerlendirilemez. Bu itibarla, Fransız düzenlemesinden esinlenerek, şartlı tehdit suçundaki şart kavramını şu şekilde tanımlayabiliriz: Şart, tehdit failinin mağdura, korkutma iletisiyle beraber ve onunla doğrudan bağlantılı olarak, bir davranışı yapma, yapmama ya da kendisinin yapmasına izin verme şeklindeki bir talebini bildirmesidir.

¹¹³ André (n 8) 124.

¹¹⁴ Larguier, Conte ve Fournier (n 36) 101.

Fransız düzenlemesi bakımından son olarak vurgulanması gereken bir husus, basit tehdit ile şartlı tehdit suçları için öngörülen cezai yaptırımların belirgin derecede farklı olmasıdır. Gerçekten, basit tehdit suçunun temel şeklinin yaptırımını yalnızca altı aya kadar hapis cezası ve 7.500 Euro'ya kadar adli para cezası iken; şartlı tehdit suçunun temel şeklinin yaptırımını üç yıla kadar hapis cezası ve 45.000 Euro'ya kadar adli para cezasıdır. Şartlı tehdidin yaptırımını tehdit konusunun ölüm olması halinde beş yıla kadar hapis cezası ve 75.000 Euro'ya kadar adli para cezasına, fiilin ırkçı saikle (*mobile raciste*) işlenmesi halinde yedi yıl hapis ve 100.000 Euro adli para cezasına kadar çıkmaktadır¹¹⁵. Görüldüğü üzere, öngörülen gerek hapis cezaları gerekse adli para cezaları arasında büyük fark bulunmaktadır. Bu itibarla, Fransız kanun koyucunun, söz konusu yaptırım farkını ortaya koyan hükümleri ihdas ederek, şartlı tehdit suçunu diğerinden ayırt eden, failin mağdura yönelttiği zorlayıcı talebin önemini olması gerektiği gibi değerlendirdiği söylenebilir.

IV. İTALYAN CEZA KANUNU ÇERÇEVESİNDE

Tehdit suçları, İtalyan Ceza Kanunu'nun özel hükümleri düzenleyen ikinci kitabının (*Libro secondo: Dei delitti in particolare*) kişilere karşı suçlara ilişkin on ikinci başlığı (*Titolo XII: Dei delitti contro la persona*) altında yer almaktadır. Bu başlığın bireysel hürriyete karşı suçlara dair üçüncü kısmının (*Capo III: Dei delitti contro la libertà individuale*) manevi hürriyete karşı suçları konu alan üçüncü bölümünde (*Sezione III: Dei delitti contro la libertà morale*) yer alan 611. maddede şartlı tehdit, 612. maddede ise basit tehdit suçu düzenlenmiştir.

Bu çerçevede, Kanun'un basit tehdit suçunu düzenleyen, “tehdit” (*minaccia*) başlıklı 612. maddesine göre,

“Bir başkasını haksız yere zarar vermekle tehdit eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine 1032 Euro'ya kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

Şayet tehdit ağırsa ya da 339. maddede belirtilen şekillerden biri ile gerçekleştirilirse, bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

Tehdidin 339. maddede¹¹⁶ belirtilen şekillerden biri ile gerçekleştirilmesi halinde kovuşturma re'sen yapılır.”¹¹⁷

¹¹⁵ Larguier, Conte ve Fournier (n 36) 101.

¹¹⁶ “Ağırlaştırıcı koşullar” (*circostanze aggravanti*) başlığını taşıyan ve gerek basit tehdit, gerekse şartlı tehdit suçlarına ilişkin hükümlerde gönderme yapılan bu madde her ne kadar İtalyan Ceza Kanunu'nun “Kamu İdaresine Karşı Suçlar”ı konu alan ikinci başlığı altında yer alsın da suçun silahlı ve çok sayıda kişi tarafından işlenmesi gibi tehdit suçları dâhil olmak üzere çeşitli suçlar bakımından uygulanmaya elverişli nitelikli halleri içermektedir. Codice Penale, Altalex, <https://www.altalex.com/>, Erişim Tarihi 5 Ocak 2023.

¹¹⁷ “*Chinque minaccia ad altri un ingiusto danno è punito, a querela della persona offesa, con la multa fino a euro 1.032. Se la minaccia è grave, o è fatta in uno dei modi indicati nell'articolo 339, la pena è della reclusione fino a un anno. Si procede d'ufficio se la minaccia*

Hemen belirtmek gerekir ki, İtalyan Ceza Kanunu'ndaki söz konusu tehdit tanımı özellikle Fransız düzenlemesine kıyasla, geniş yorumlanmaya elverişli ve hukuken daha belirsizdir. Bu durumun başlıca sebepleri, basit tehdidin tanımında “suç” terimi yerine “haksız yere zarar” ibaresinin kullanılması ve tehdidin içeriği ile ortaya konma biçimlerinin belirtilmemesidir. Tehdit tanımındaki bu yetersizliğin şartlı tehdit suçu bakımından da geçerli olduğu açıktır. Zira şartlı tehdit suçunu düzenleyen maddede aşağıda görüleceği üzere ayrıca bir tehdit tanımı bulunmamaktadır.

Kanun'un şartlı tehdit suçuna ilişkin düzenlemesini içeren, “suç işlemeye zorlamak için cebir ya da tehdit” (*violenza o minaccia per costringere a commettere un reato*) başlıklı 611. maddesine göre,

“Bir başkasını suç teşkil eden bir davranışta bulunmaya zorlamak ya da yöneltmek için cebir veya şiddet uygulayan kişi, beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

339. maddede öngörülen koşullardan birinin gerçekleşmesi halinde ceza artırılır.”¹¹⁸

Söz konusu hüküm ile 765 sayılı Kanun'un 188. maddesinin ilk fıkrasındaki şartlı tehdidi kapsayan düzenleme arasındaki benzerlik aşikârdır. Her iki madde de şartlı tehdit ile şartlı cebir davranışlarını birlikte düzenleme eğiliminin ürünüdür. Dolayısıyla, tıpkı 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükmü gibi, söz konusu İtalyan düzenlemesi de şartlı tehdit ile cebir suçlarının morfolojik açıdan ne denli birbirine yakın mahiyette olduğunun kanun yapma tekniği bakımından açık bir tezahürüdür. Gerçekten, her iki kanun koyucu da “şart” unsurunu cebir ve tehdit suçları için ayrı ayrı düzenlemeye ihtiyaç duymayacak kadar her iki suç bakımından müşterek bir unsur addetmektedir.

Şartlı tehdit suçuna ilişkin İtalyan düzenlemesi bakımından özellikle altı çizilmesi gereken ikinci husus, tehdidin konusudur. İtalyan mevzuatında, görüldüğü gibi, basit tehdidin içeriği “haksız yere zarar” iken; şartlı tehdidin içeriği, haksız zarara kıyasla çok daha ağır ve bu nedenle daha dar kapsamlı bir

è fatta in uno dei modi indicati nell'articolo 339.”, Belirtmek gerekir ki, maddenin birinci ve ikinci fıkrası 2013'te kabul edilen kanun hükmünde kararnameyle değişikliğe uğramış, suçun kovuşturulma şekline ilişkin istisnayı içeren üçüncü fıkrası ise maddeye 2018'de kabul edilen bir kanun hükmünde kararnameyle eklenmiştir. “(1) *Comma così modificato dall'art. 1, comma 2-ter, D.L. 14 agosto 2013, n. 93, convertito, con modificazioni, dalla L. 15 ottobre 2013, n. 119. (2) Comma così modificato dall'art. 1, comma 1, lett. a), D.Lgs. 10 aprile 2018, n. 36. (3) Comma aggiunto dall'art. 1, comma 1, lett. b), D.Lgs. 10 aprile 2018, n. 36.)”*, Articolo 612, Codice Penale, Altalex, <https://www.altalex.com/>, Erişim Tarihi 5 Ocak 2023.

¹¹⁸ “*Chiunque usa violenza o minaccia per costringere o determinare altri a commettere un fatto costituente reato è punito con la reclusione fino a cinque anni. La pena è aumentata se concorrono le condizioni prevedute dall'articolo 339.”*, Articolo 611, Codice Penale, Altalex, <https://www.altalex.com/>, Erişim Tarihi 5 Ocak 2023.



kavram olan kanunun suç saydığı davranışlardan ibarettir. Dolayısıyla, İtalyan kanun koyucu, hem şartlı tehdidi basit tehditten ayırarak tanımlamış, hem bu ayrımın iki tehdit tipinin içeriği bakımından da geçerli olması gerektiğini öngörmüş, hem de şartlı tehdit ile cebir suçlarını aynı maddede aynı şart unsuru çerçevesinde düzenlemeyi tercih etmiştir. Sözü edilen üç özellik bir bütün olarak, şartlı tehdit açısından İtalyan düzenlemesinin, gerek 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan gerekse Fransız Ceza Kanunu'ndan ayırt edilmesini sağlamaktadır.

Öte yandan İtalyan mevzuatında şartlı tehdit suçu için basit tehdit suçuna kıyasla çok daha ağır bir yaptırım öngörülmüş olması dikkate şayandır. Hakikaten, İtalyan Ceza Kanunu'na göre, basit tehdidin yaptırımı, 1032 Euro'ya kadar adli para cezasından ibaretken, şartlı tehdidin yaptırımının türü sadece hapis cezası, bu cezanın da üst sınırı beş yıldır. İki suçun yaptırımı arasındaki büyük farkın Fransız Ceza Kanunu'ndaki duruma benzediği görülmektedir. Hatta İtalyan düzenlemesinde iki suçun yaptırımlarının türünün dahi farklı olduğu göz önünde bulundurulursa, Fransız düzenlemesinden çok daha belirgin bir fark olduğu takdir edilebilir.

V. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU ÇERÇEVESİNDE

Öncelikle belirtmek gerekir ki, kayda değer bir yenilik olarak tehdit türleri arasında ayrımı ortadan kaldıran¹¹⁹ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda “şartlı tehdit” olarak adlandırılabilir bağımsız bir suç yoktur¹²⁰. Keza bu kanunda tehdit suçunun “şartlı tehdit” olarak tavsif edilebilecek daha fazla cezayı gerektiren bir nitelikli hali de bulunmamaktadır. Bununla beraber bazı yazarların, 5237 sayılı Kanun'un 106. maddesinde düzenlenen tehdit suçunun failin mağdurdan belli şekilde davranmasını talep etmesini ve bu nedenle mağdurun bir ikileme düşmesini gerektirdiği kanaatinde olduğu ileri sürülmektedir¹²¹. Buna göre, 5237 sayılı Kanun bağlamında tehdit tehlike suçu olmakla beraber tıpkı cebir suçu gibi “*mağdurun iradesi*”ni etkilemekte, onu bir davranışta ya da “*tolerans*”ta bulunmaya icbar etmektedir¹²². Gerçekten, madde gerekçesinde de “*kişi, tehdit konusu tecavüzün ileride vuku bulacağı beyanıyla korkutularak, belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır*” ifadelerine yer verildiği

¹¹⁹ Süreyya Başlı, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hürriyete Karşı İşlenen Suçlardan Tehdit ve Cebir Suçu* (Adalet Yayınları 2016) 29-30; Ali Parlar ve Eray Utku, *Türk Ceza Kanunu'nda Tehdit, Konut Dokunulmazlığının İhlali ve Mala Zarar Verme Suçları* (Aristo Yayınları 2018) 25; Egemenoğlu (n 53) 63; Yokuş Sevük (n 34) 419; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 33) 338.

¹²⁰ Yıldız (n 12) 10.

¹²¹ Yokuş Sevük (n 34) 419, 23 numaralı dipnot; Özen (n 38) 427, 9 numaralı dipnot.

¹²² Soyaslan (n 5) 271.

görülmektedir¹²³. Ne var ki 106. maddedeki suççu şartlı tehdide indirgeyen görüş oldukça eleştiriye açıktır¹²⁴. Mevcut düzenleme çerçevesinde failin, mağduru korkuturken, yalnızca, “*bu işin ucunda ölüm de olsa...*”, “*sizi yakacağım, evinizi mahvedeceğim*”¹²⁵, “*sizi mermi manyağı yapacağım*”, “*kan çıkacak*”¹²⁶ gibi ifadeler kullanmasına karşılık, ondan belli bir şekilde davranmasını talep etmemesi halinde yine tehdit suçu oluşmaktadır¹²⁷. Diğer taraftan, 5237 sayılı Kanun’da şartlı tehdidin düzenlenmemiş olması, elbette, şartlı tehdit davranışının cezalandırılmadığını değil, 5237 sayılı Kanun’da düzenlenen tehdidin şarta bağlı olarak cereyan etmesinin zarurî olmadığını ifade eder¹²⁸. O halde 5237 sayılı Kanun’da hem basit tehdidi, hem de şartlı tehdidi kapsayan tek bir hüküm bulunduğu açıktır¹²⁹.

5237 sayılı Kanun’da soyut (basit) ve şartlı tehdit şeklinde bir ayırımı yapılmaması, kanun koyucunun “tehdit” davranışına yüklediği anlamın niteliğiyle doğrudan ilgilidir¹³⁰. Kanun koyucu artık bir suç tipi olarak tehdidi başka bir davranışa yönelik, ikincil, araçsal bir davranış olarak değil; bizatihi, işlenmesi asıl olarak amaçlanan, birincil nitelikte bir davranış olarak değerlendirmektedir¹³¹. Bu itibarla yeni sistemde tehdidin söz konusu hüküm çerçevesinde “*araç fiil*” vasfının değil, “*amaç fiil*” vasfının esas alındığı söylenebilir¹³². Neticede yürürlükteki Türk ceza hukuku bakımından “*şartlı tehdit suçu*”ndan değil, ancak “*tehdit suçunun bir şarta bağlı olarak işlenmesi*”nden söz edilebilir.

Kanun koyucunun yeni Türk Ceza Kanunu’nda şartlı tehdide yer vermeme yönünde tercihte bulunması ve bu tercihin olası sebepleri, üzerinde durulması gereken bir husustur. Bu bağlamda, 106. maddenin madde gerekçesinde tehdidin tek başına, müstakil bir suç olarak düzenlendiği, şayet tehdit işlevsel, belli

¹²³ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 33) 339.

¹²⁴ Özen (n 38) 427, 9 numaralı dipnot.

¹²⁵ Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 18805, K. 8848, 12.07.2005, Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 2003/19685, K. 2005/9563, 19.07.2005, www.kazanci.com.tr’den aktaran Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 14) 410, 7 numaralı dipnot.

¹²⁶ Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 876, K. 13288, 03.07.2006, Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 12641, K. 12498, 15.06.2006, Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, (Cilt I, Ankara 2007) 880’den aktaran Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 14) 410, 7 numaralı dipnot.

¹²⁷ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 14) 411.

¹²⁸ Özen (n 38) 432; Yokuş Sevik (n 34) 419.

¹²⁹ Egemenoğlu (n 53) 63; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 33) 339; Tezcan, Erdem ve Önok (n 6) 513; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 14) 411.

¹³⁰ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (5. Baskı, Adalet Yayınları 2018) 390.

¹³¹ Koca ve Üzülmez (n 130) 390.

¹³² Üzülmez (n 70) 76.



bir maksada yönelik olup başka bir suçun unsuru olduğu takdirde bu maddenin tatbik edilemeyeceği, failin belli bir isteğinin (şartının) sağlanmamış olmasına bağlı bir ihlalin aslında saldırının önceden mağdura bildirilmesini içerdiği vurgulanmaktadır¹³³. Gerekçede olduğu belirtilen bu açıklamalar, söz konusu 106. maddenin esasen 765 sayılı Kanun'un 188. maddesindeki suça tekabül ettiğinin bir göstergesi olarak değerlendirilmektedir¹³⁴. O halde istek (şart) içermeyen, yalnızca korkutmadan ibaret bir tehdidin, irade kabiliyetini zorlama yoluyla etkilememesi sebebiyle, 106. madde kapsamında değerlendirilmemesi; fakat fiilin yapısına göre, örneğin korkutmanın psikolojik sonuçlar yaratan bir müessir fiil oluşturması dolayısıyla kasten yaralama olarak değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülebilir¹³⁵. Özellikle 5237 sayılı Kanun'daki tehdit düzenlemesinin hakiki mahiyetine ve basit tehdit-şartlı tehdit ayırımına ilişkin tartışmalar bakımından, kendi içinde tutarlı olan bu yaklaşım önem arz etmektedir.

Kanun'un 106. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen tehdit suçunun temel şeklinde “*bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden*” ya da “*malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehdit*” yaptırım altına alınmıştır. Bu tanımdaki “*bir başkasını*” ibaresi tehdit suçunun ancak gerçek kişiye karşı işlenebileceğini göstermektedir. Tanımdaki “*kendisinin veya yakınının*” ibaresi ise yapılmakla korkutulan davranışın bizzat mağduru hedef almasının zorunlu olmadığına, mağdurun yakınlarını da hedef alabileceğine işaret etmektedir¹³⁶. Diğer yandan, “*hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden*” ya da “*malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden*” ibaresi suçla korunan hukuki değere ilişkin olup¹³⁷ tehdit suçunu oluşturan korkutmanın muhtevasının belli suçlarla ya da değerlerle sınırlı olmadığını göstermektedir¹³⁸. Nihayet, düzenlemedeki “*...bahisle tehdit*” ifadesi ise tehdit suçunu oluşturan davranışın doğrudan kendisini tarif etmektedir. Oysa “şartlı tehdit”teki “şart”, tehdit suçunun ne mağdurunu, ne davranışın muhtevasını, ne de davranışın doğrudan kendisini ifade etmektedir. Gerçekte, “şartlı tehdit”teki “şart”, korkutmanın yapısal biçimiyle ve aynı zamanda failin korkutma maksadı ile bu davranıştan kendi açısından beklediği çıkarla ilgilidir.

Kanun'un 106. maddesinin ikinci fıkrasında ise tehdit suçunun nitelikli halleri düzenlenmiştir. Bunlar suçun “*silahla*”, “*kişinin kendisini tanınamayacak*

¹³³ Koca ve Üzülmez (n 130) 393.

¹³⁴ Koca ve Üzülmez (n 130) 393.

¹³⁵ Koca ve Üzülmez (n 130) 393.

¹³⁶ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 14) 410.

¹³⁷ Tezcan, Erdem ve Önok (n 6) 518.

¹³⁸ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 14) 411.

bir hale koyması suretiyle”, “*imzasız mektupla veya özel işaretlerle*”, “*birden fazla kişi tarafından birlikte*” ya da “*var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak*” icrasından ibarettir. Bu düzenleme çerçevesinde suçun “*silahla*” işlenmesi, sadece suçta kullanılan araçla ilişkindir. Keza, düzenlemedeki “*kişinin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle*” ve “*imzasız mektupla veya özel işaretlerle*” ibareleri suçun münhasıran failin kendisini gizlemesine bağlı olarak artan endişe verici özelliği ve ağırlığına dairedir. Son olarak “*var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak*” ibaresi ise yine davranışın endişe verici özelliği ve ağırlığıyla ilgili olup bu kez söz konusu korkutucu özellik failin kendini gizlemesinden değil, varsayımsal ve dışsal bir özellikten kaynaklanmaktadır. Ne var ki, “*şartlı tehdit*”teki “*şart*”, suçta kullanılan araçla bağlantılı bir unsur olmadığı gibi failin kimliğini gizlemesinden veya varsayımsal/dışsal bir etmeden kaynaklanan bir unsur da değildir. Dolayısıyla, yürürlükteki hukuk açısından gerek tehdit suçunun temel şeklinde gerekse nitelikleri hallerinde “*şartlı tehdit*”in kendine özgü, ayırt edici yönüne dair herhangi bir özel düzenleme bulunmamaktadır.

Kanun koyucunun 5237 sayılı Kanun’la basit tehdit-şartlı tehdit ayrımını ortadan kaldırmasının hukuki mantığı, tehdidin zaten ekseriyetle bir talebe, şarta bağlı olarak işlendiği gerekçesiyle açıklanmaktadır¹³⁹. Ancak tehdidin her ne kadar yaygın bir türü olsa da bir şarta bağlı tutulmasının kanunda nitelikli hal olarak düzenlenmemesi, mağduru baskı altına alan bir şey yapma ya da yapmama mecburiyetinin yarattığı hukuka aykırılığın daha fazla olduğu gerçeği karşısında düşündürücüdür.

O halde yürürlükteki hukuk bakımından tehdidin şartlı olarak işlenmesinin şartsız olarak işlenmesinden farklı bir hukuki sonuç yaratıp yaratmadığı ve eğer fark varsa bunun ne şekilde tezahür edeceği sorunu üzerinde durmak gerekir. Şartlı tehdit kavramına ilişkin kısımda izah ettiğimiz üzere, şartlı olarak işlenen tehdit, genel olarak tehdidin çok yaygın bir biçimidir. Keza şartlı tehdit basit tehdiye göre suçun işlenmiş biçimi ve meydana getirdiği tehlike bakımından çok daha ağır, mağduru iç huzuru ve irade hürriyeti bakımından daha büyük bir kısıtlama ve tehlike yaratabilecek niteliktedir. Şartlı olarak işlenen tehdidin söz konusu özgül ağırlığının ise kanuni bir dayanak olarak 5237 sayılı Kanun’un “*cezanın belirlenmesi*” başlıklı 61. maddesi çerçevesinde gözetilmesi gerektiği açıktır¹⁴⁰. Bu durumda, tehdit suçuna ilişkin yargılamalarda şartlı tehdidin basit tehdiye kıyasla daha ağır bir fiil oluşunun hâkim tarafından cezanın tayininde dikkate alınması, tehdit suçu için öngörülen cezanın üst sınırına yaklaşılmak suretiyle karar verilmesi gerekir¹⁴¹.

¹³⁹ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 33) 339.

¹⁴⁰ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 14) 411.

¹⁴¹ Yokuş Sevük (n 34) 419; Yıldız (n 12) 20.



Tehdidin talep (şart) içermesi, söz konusu 61. maddedeki hangi husus bakımından değerlendirilecektir? Bu sorunun yanıtlanması, şartlı tehditteki şartın hukuki mahiyeti hakkında hangi görüşün benimsendiğine bağlıdır. Şayet, şartlı tehditteki şart manevi unsur kapsamında değerlendirilirse, “*failin amacı ve saiki*” kıstası çerçevesinde göz önünde bulundurulacaktır (m. 61/1-g)¹⁴². Fakat aşağıdaki başlık altında arz edeceğimiz sebepler dolayısıyla, kanaatimizce, şartlı tehditteki şart, maddi unsur kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinden, “*suçun işleniş biçimi*” (m. 61/1-a) ve “*meydana gelen tehlikenin ağırlığı*” (m. 61/1-e) kıstasları bağlamında dikkate alınmalıdır.

VI. “ŞARTLITEHDİT” DAVRANIŞINDAKİ “ŞART” IN HUKUKİ MAHİYETİ

En genel ifadeyle, tehdit suçunun bir şarta bağlı olarak işlenmesinde, “şart” olgusu oldukça kendine özgü bir mahiyettedir. Bu bağlamda şart, bir yandan failin maksadıyla ilgili gibi görünürken, bir yandan da failin mağdura ilettiği mesajın bir parçasıdır. Dolayısıyla, şartlı tehditteki şart unsurunun hangi hukuki kavram altında değerlendirilmesi gerektiği konusunda başlıca iki görüşün ileri sürülmesi mümkündür.

Bir açıdan, şart (talep) olgusunun, şartlı tehdit suçunun manevi unsur kapsamında değerlendirilmesi gerektiği iddia edilebilir. Bu bağlamda, benzer yapıdaki cebir suçunda olduğu gibi, baskın görüş olarak¹⁴³, şart unsurundan dolayı şartlı tehdit davranışının da ancak özel kastla işlenebileceği söylenebilir. Gerçekten, mevcut kanuni düzenlemeler çerçevesinde cebir ile tehdit suçlarını ayırt eden unsurlardan “*bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisine yapması için müsaade etmesi*” ifadesinin “saik” olarak değerlendirildiğine rastlanmaktadır¹⁴⁴.

Bu bağlamda ilk olarak, failin mağdurdan onu korkutmak suretiyle, etkin yahut edilgen, belli bir şekilde davranmasını istediği hallerde; kuşkusuz, failin mağdurdan talep ettiği davranış şeklini öngörmemesi ve onun icrasını arzu etmemesi düşünülemez. Genel olarak, suç teşkil etsin ya da etmesin, bir kişinin başka bir kişiden talep ettiği herhangi bir eylem varsa, o kişi söz konusu eylemi, eşyanın tabiatı gereği bilir ve ister. O halde tehdit bağlamında talep olarak da adlandırılacak şartın, failin kastı kapsamında değerlendirilmesi gereken bir husus olduğu söylenebilir. Esasen bu noktaya kadar, şartın mahiyetiyle ilgili ileri sürülecek iki görüşün belirgin çatıştığı söylenemez. Ancak şartın yalnızca kast kapsamında bir olgu değil, aynı zamanda işlenen suçla failin yöneldiği bir hedef veya gaye niteliğinde olduğu kabul edilmesi, söz ko-

¹⁴² Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 14) 411.

¹⁴³ Tezcan, Erdem ve Önok (n 6) 554.

¹⁴⁴ Küçüktaşdemir (n 11) 60.

nusu iki görüşün çatıştığı düşünce zemininin başlangıcını oluşturmaktadır. Bu doğrultuda şartın aynı zamanda bir saik olduğu varsayılırsa müstakil bir “şartlı tehdit suçu”na yer vermeyen yürürlükteki hukuk bakımından da tehdidin şartlı olarak işlenmesi 5237 sayılı Kanun’un 61. maddesi bakımından “*failin amacı ve saiki*” kapsamında değerlendirilecektir¹⁴⁵. Ayrıca, söz konusu düşünce tarzında daha da ileriye gidilerek, şartın kast kapsamındaki bir olgu olmasının yanı sıra “aynı zamanda” bir hedef veya gaye değil; “yalnızca” hedef veya gayeden ibaret olduğu ileri sürülürse söz konusu iki görüşün bağdaştırılması mümkün olmaz. Bu doğrultuda, failin söz konusu talebinin, hayatın doğal akışı içerisinde ve günlük anlamıyla bir maksat veya niyete tekabül etmediğini söylemek güçtür. O halde, bu görüş çerçevesinde, şartın, şartlı tehdit suçunun yalnızca manevi unsuru kapsamında değerlendirilmesi gereken bir özel kast unsuru oluşturduğu savunulabilir.

Bir başka açıdan, şartlı tehdit suçundaki şart, özel kast mahiyetinde değil, esas olarak failin mağdura ilettiği mesajın içeriğinin zorunlu bir parçasıdır. Bu yönüyle, tıpkı cebir suçunda olduğu gibi, failin mağdura yönelttiği bir davranışı yapma, yapmama veya yapılmasına izin verme yönündeki talepler/emirler aslında “*fil unsurunun görünüş biçimleri*”dir¹⁴⁶. Şart (talep), tehdit bakımından failin mağdura karşı öfkelenmesi¹⁴⁷ ya da kıskançlık duyması gibi bir saik değildir. O halde şartın amaç ya da saik teşkil ettiği¹⁴⁸ değil, bilakis maddi anlamda tehdit davranışının bir unsuru söylenebilir. Genel kast zaten maddi unsur kapsamında yer alan söz konusu zorlama mahiyetindeki şartı/talebi/emri içerdiğine göre, ayrıca özel kastın gerekli olduğu söylenemez¹⁴⁹. Nitekim Yargıtay, mevcut düzenleme çerçevesinde şartlı-şartsız ayrımı yapmaksızın bir bütün olarak tehdit suçunda saikin önemsiz olduğunu ve suçun teşekkülü için genel kastın yeterli olduğunu vurgulamaktadır¹⁵⁰. Dolayısıyla,

¹⁴⁵ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 14) 411.

¹⁴⁶ Tezcan, Erdem ve Önok (n 6) 554.

¹⁴⁷ “*Tehdit suçunun oluşması bakımından, tehdidin objektif olarak korkutucu ve ciddi bir nitelikte bulunmasının yeterli olduğu, bu sözlerin somut olayda muhatap üzerinde etkili olup olmamasına bağlı olmayıp, öfkenin suç kastını ortadan kaldırmayacağı ve bu suçta tasarlama ögesinin de aranmadığı gözetilmeden ‘sözlerin kızgınlıkla söylendiği’ biçimindeki yasal olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi, Yasaya aykırıdır.*”, Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 2004/8519, K. 2006/7901, 21.03.2006, www.kazanci.com.tr’den aktaran Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 14) 412, 19 numaralı dipnot.

¹⁴⁸ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 14) 411.

¹⁴⁹ Tezcan, Erdem ve Önok (n 6) 554.

¹⁵⁰ “*Tehdit fiili, kişinin ruh dinginliğini bozan, iç huzurunu, bilinç ve irade özgürlüğünü ihlal eden bir olgudur. Tehdit suçunun manevi ögesi genel kasttan ibaret olup suçun yasal tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek işlenmesini ifade eder. Olayda tasarlamanın varlığı aranmadığı gibi, saikin de önemi yoktur. ‘Sanığın tehdit sözlerini, kavga sırasında sinirle fevren söylediği ve yüklenen suç açısından kast ve taksirin bulunmadığı’ biçimindeki*

şartlı olarak işlenen tehdit de dâhil, tehdit suçunda cebir suçunda olduğu gibi, “zorlayıcı davranışın temelinde yatan uzak amaç (saik)” suçun/davranışın manevi unsuru bakımından dikkate alınamaz¹⁵¹. Örneğin, fail, mağdurun arsasını, ona ekonomik olarak daha fazla gelir sağlaması amacıyla daha yüksek fiyat-tan sattırmak için tehdit uygularsa, şartlı tehdit davranışı yine oluşacaktır. Zira şartın koşulması/talebin iletilmesi, maddi unsur kapsamında bir olgu olarak zaten genel kast kapsamında ve gerçekleşmiş durumdadır. Failin tehdidi kendince iyi bir maksatla (saikle) yapması, tehdit mesajıyla birlikte ilettiği emri/koşulu yine kendince iyi görünen bir maksatla belirlemesi şartlı tehdit davranışının oluşmasını engellemeyecektir. Şart unsurunu içeren cebir için de geçerli olan bu hususların hepsi, kuşkusuz, aynı mahiyetteki şartlı tehdit ve tehdidin bu türündeki şart unsuru bakımından da geçerlidir.

Yukarıda belirtildiği üzere, failin mağdura ilettiği mesajda olmazsa olmaz iki öge bulunmaktadır. Bunlardan ilki, mağdura (ya da yakınına) şu veya bu şekilde bir zarar verileceğine dair bir korkutmadır. Öğelerin ikincisi ise bu korkutmanın konusu olan zararın ancak mağdurun belli bir davranışı gerçekleştirmesi ya da gerçekleştirmemesi halinde ortaya çıkacağından bahisle iletilen bir taleptir. Tehdit suçunu oluşturan asıl somut davranış, mağdura kanunda tanımlandığı şekilde bir mesaj iletilmesi olduğuna göre ve bu mesaj sözü edilen iki ögeyi kapsadığına göre, şartlı tehdit fiilindeki şart (talep); esasen manevi unsur kapsamında değil, maddi unsur kapsamında değerlendirilmek durumundadır.

Her iki görüşü birlikte değerlendirmek gerekirse, öncelikle maddi unsur ile manevi unsuru birbirinden ayıran kıstas üzerinde durmak gerekir. “Cismanilik” (*matérialité*) olarak da adlandırılan maddi unsur, suçun görünür, anlaşılır, açık, deyiş yerindeyse “okunabilir” boyutunu (*lisibilité de l’infraction*) temsil eder¹⁵². Bu yönüyle maddi unsur “dış âlemde bir değişiklik meydana getirmeye yönelmiş müsbet veya menfi bir hareket” olarak fiilin kendisini¹⁵³, hareket, netice ve illiyet bağıını ifade etmektedir¹⁵⁴. Manevi unsur ise suçun subjektif boyutu olarak failin işlediği fiile dair “bir değer yargısının verilebilmesi”ni¹⁵⁵, kast veya taksir şeklinde olabilecek “fiil ile fail arasındaki psikolojik bağ”ı ifade

yasal olmayan gerekçe ile sanığın beraatine karar verilmesi hukuka aykırıdır.”, Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 2008/14673, K. 2010/11147, 08.06.2010, www.kazanci.com.tr’den aktaran Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 14) 411, 15 numaralı dipnot.

¹⁵¹ Tezcan, Erdem ve Önok (n 6) 554.

¹⁵² Yves Mayaud, *Droit pénal général* (4^e édition, Presses Universitaires de France 2013) 187.

¹⁵³ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku* (Cilt II, 14. Baskı, Der Yayınları 2019) 77.

¹⁵⁴ Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (11. Baskı, Beta Yayınları 2020) 240.

¹⁵⁵ Dönmezer ve Erman (n 148) 383-385.

etmektedir¹⁵⁶. Bu itibarla manevi unsur, deyiş yerindeyse, şuur, farkındalığa, olumsuz niyete ve suça ilişkin kusura ve kasta ilişkin iken; maddi unsur, dışa yansıtılan olgulara veya davranışlara ilişkindir¹⁵⁷. O halde, şu ya da bu şekilde, failin kanunla tanımlanan somut davranışında yer alan her olgu maddi unsur kapsamında; buna karşılık, bu davranışın maddi, edimsel içeriği dışında kalan ve münhasıran failin davranışına dair varsayılmış zihinsel tutumuyla ilgili olan hususlar manevi unsur kapsamında değerlendirilmelidir.

Kanaatimizce, şartlı tehdit fiilindeki şart olgusu açıkça maddi unsur kapsamında ele alınmalıdır. Zira söz konusu “şart”ın sadece bir değer yargısından, psikolojik bağdan, zihinsel tutumdan, niyet, gaye veya maksattan ibaret olmadığı açıktır. Şart, bilakis, tehdit failinin mağdura yönelttiği, maddi ve edimsel olarak ortaya konması ve iletmesi gereken bir emir veya taleptir. O halde, şart olgusunun salt failin zihnindeki bir amaca indirgenememesi ve özü itibarıyla mağdura somut olarak yöneltilen bir talep teşkil etmesi göz önünde bulundurulduğunda manevi unsur kapsamında değerlendirilmesi yerinde olmayacaktır.

SONUÇ

Tehdit ve şartlı tehdit kavramlarının hukuki tanımları, özellikle çeşitli ceza kanunlarındaki düzenlenme biçimleri ve doktrindeki görüşler çerçevesinde belirsizlikten uzak bir şekilde yapılabilir. Kanaatimizce bir suç tipi olarak tehdit, yukarıda belirttiğimiz gibi, “bir başkasını, sözlü, yazılı, görüntülü ya da başka bir surette, ceza kanununun kişilere karşı suçlar kısmında düzenlenen suçlardan herhangi birini oluşturan davranışı kendisine karşı işlemekle korkutmak” olarak tanımlanmalıdır. Ancak yürürlükteki Türk ceza hukuku çerçevesinde, 5237 sayılı Kanun’daki mevcut düzenleme uyarınca bir tanım yapmak gerekirse, tehdit, bir başkasını, sözlü, yazılı, görüntülü ya da başka bir surette, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarar oluşturacak saldırıyı veya herhangi bir hukuka aykırı davranışı işlemekle korkutmak olarak tanımlanabilir.

“Şartlı tehdit” yürürlükteki Türk ceza hukuku bakımından geçerli bir kavram olmamakla beraber, gerek mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda, gerekse yürürlükteki Fransız ve İtalyan Ceza Kanunları’nda ayrıca düzenlenmiş bir suç tipi oluşturmaktadır. Kaldı ki, yürürlükteki Türk ceza hukuku bakımından da 5237 sayılı Kanun’un 106. maddesindeki suçun bir şarta bağlı olarak işlenmesi teorik olarak mümkün olduğu gibi uygulamada da suçun yaygın işlenme biçimlerinden birini oluşturmaktadır. Bu bağlamda, şartlı tehdidi bağımsız bir suç tipi olarak öngören çeşitli ceza kanunlarının, doktrindeki muhtelif görüşlerin ve şartlı tehditle benzer yapıdaki cebir suçuna ilişkin tanımlardaki

¹⁵⁶ Centel, Zafer ve Çakmut (n 149) 359.

¹⁵⁷ Bernard Bouloc, *Droit pénal général* (24^e édition, Éditions Dalloz 2015) 213.



şart (talep) tariflerinin ışığında bu kavramı şu şekilde tanımlayabiliriz: Şartlı tehdit, “bir başkasını, sözlü, yazılı, görüntülü ya da başka bir surette, *bir şeyi yapmasına veya yapmamasına ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesine yönelik zorlama içeren bir taleple, ceza kanununun kişilere karşı suçlar kısmında düzenlenen suçlardan herhangi birini oluşturan davranışı kendisine karşı işlemekle korkutmak*”tır.

Şartlı tehdit davranışında şart olgusunun, kanunlarda “zorlamak için” ve benzeri mahiyette amaç olarak yorumlanabilecek ifadelerle tanımlanması yü- zünden; şartın suçun manevi unsuru kapsamında, özel kastı oluşturduğu gö- rüşüne katılmıyoruz. Zira tehdit davranışındaki şart, failin zihnindeki bir saik addedilmemesi icap eden, tıpkı korkutma mesajı gibi sözlü, yazılı, görsel ya da başka bir vasıtayla somutlaştırarak mağdura iletmesi gereken bir talep mesajı teşkil etmektedir. Bir başka deyişle, tehdit davranışını oluşturan iletinin için- deki korkutma, nasıl ki “korkutmak için” bir davranış olduğu gerekçesiyle özel kast olarak telakki edilemezse; aynı iletide yer alan, mağduru belli bir şekilde davranmaya ya da davranmamaya zorlayıcı şart yahut talep de özel kast olarak telakki edilemez. O halde şartlı tehditteki şartın maddi unsur kapsamında de- ğerlendirilmesi gerektiği aşikârdır.

Nihayet, şartlı tehdit davranışının bağımsız bir suç olarak düzenlenmesi isabetli olacaktır. Bunun başlıca sebepleri, yukarıda arz edildiği gibi, şartlı teh- didin genel anlamıyla tehdit davranışının çok yaygın bir uygulanma biçimi olması ve suçla ağırlığı bakımından genel mahiyetteki tehdit suçuna kıyasla daha ağır cezalandırılması gereken bir davranış olmasıdır. Gerçekten, şartlı tehdit, içerdiği başkasını belli bir şekilde davranmaya ya da davranmamaya zorlama mahiyetindeki talep unsuru dolayısıyla basit tehdide kıyasla bireyin iç huzuruna ve istediği şekilde davranma özgürlüğüne daha ağır bir şekilde zarar verecek niteliktedir. Bu bağlamda, şartlı tehdit davranışının, basit teh- ditten daha ağır bir yaptırımla karşılanacak biçimde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’na “şartlı tehdit” başlığıyla 106/A maddesi olarak aşağıdaki şekilde müstakil bir suç halinde dâhil edilmesini öneriyoruz:

Şartlı tehdit

Madde 106/A-

(1) Bir başkasını, sözlü, yazılı, görüntülü ya da başka bir surette, bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesine yönelik zorlama içeren bir taleple, ceza kanununun kişilere karşı suçlar kısmında düzenlenen suçlardan herhangi birini oluşturan davranışı kendisine karşı işlemekle korkutan kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

(2) *Şartlı tehdit suçunun bu Kanun'un 106. maddesinin ikinci fıkrasında gösterilen şekillerden biriyle işlenmesi halinde ceza yarısından bir katına kadar artırılır.*

Son olarak, Kanun'un tehdit suçlarına ilişkin düzenlemelerinin bütünlüğünü sağlamak amacıyla, 106. maddenin başlığının "basit tehdit" olarak değiştirilmesi ve bu maddedeki tehdit suçu tanımının da yukarıda önerilen maddenin ilk fıkrasındaki tanım dikkate alınarak yeniden düzenlenmesi yerinde olacaktır.

BİBLİYOGRAFYA

André C, *Droit pénal spécial* (2^e édition, Éditions Dalloz 2013).

Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (17. Baskı, Adalet Yayınları 2018).

Başlı S, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hürriyete Karşı İşlenen Suçlardan Tehdit ve Cebir Suçu* (Adalet Yayınları 2016).

Batuhan H ve Grünberg T, *Modern Mantık* (3. Baskı, Orta Doğu Teknik Üniversitesi Yayınları 1984).

Bouloc Bernard, *Droit pénal général* (24^e édition, Éditions Dalloz 2015).

Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (11. Baskı, Beta Yayınları 2020).

Code pénal, Légifrance, <https://www.legifrance.gouv.fr>, Erişim Tarihi 2 Ocak 2023.

Codice Penale, Altalex, <https://www.altalex.com/>, Erişim Tarihi 5 Ocak 2023.

Çınar AR, *Tehdit Suçu* (Turhan Kitabevi Yayınları 2002).

Dönmezer S ve Erman S, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku* (Cilt II, 14. Baskı, Der Yayınları 2019).

Egemenoğlu A, 'Yargıtay Kararları Işığında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Tehdit Suçu (m. 106)' (2017) Cilt IV (Sayı 1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 59-102.

Encyclopaedia Britannica, Inc., *Ana Britannica: Genel Kültür Ansiklopedisi* (Cilt 29, Ana Yayıncılık 1994).

Erem F, 'Tehdit ve Cebir Kullanma Suçu' (1952) (Sayı 7) Adalet Dergisi 863-879.

Koca M ve Üzülmez İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (5. Baskı, Adalet Yayınları 2018).



Koca M ve Üzülmez İ, ‘Şartlı Tehdit Suçunda (TCK. m. 188) Koşul Ögesi-
ni Gerçekleştirmenin Yalnızca Mağdurun İradesine Bağlı Olması Şart mıdır?
(Karar İncelemesi)’ (2002) Cilt VI (Sayı 1-4) Atatürk Üniversitesi Erzincan
Hukuk Fakültesi Dergisi 197-210.

Küçüktaşdemir Ö, *Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir* (Seçkin Ya-
yınları 2012).

Larguier J, Conte P ve Fournier S, *Droit pénal spécial* (15^e édition, Éditions
Daloz 2013).

Mayaud Y, *Droit pénal général* (4^e édition, Presses Universitaires de France
2013).

Nişanyan S, *Nişanyan Sözlük: Çağdaş Türkçenin Etimolojisi* (2. Baskı, Libe-
rus Yayınları 2020).

Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (17.
Baskı, Seçkin Yayınları 2022).

Özen M, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri* (5. Baskı, Adalet Yayınları
2020).

Parlar A ve Utku E, *Türk Ceza Kanunu’nda Tehdit, Konut Dokunulmazlığının
İhlali ve Mala Zarar Verme Suçları* (Aristo Yayınları 2018).

Sami Ş, *Kâmûs-ı Türkî (Latin Harfleriyle)* (5. Baskı, İdeal Kültür&Yayıncılık
2017).

Soyaslan D, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (12. Baskı, Yetkin Yayınları 2018).

Sözüer A, ‘Tehdit Suçu’ (1994) Cilt LIV (Sayı 1-4) İstanbul Üniversitesi Hu-
kuk Fakültesi Mecmuası 125-146.

Şen E, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu* (Cilt I, Vedat Kitapçılık 2006).

Taner FG, ‘Türk Ceza Hukukunda Şantaj Suçu’ (2011) (Sayı 92) Türkiye Ba-
rolar Birliği Dergisi, 118-156.

Taneri G, *Hürriyete Karşı Suçlar* (Seçkin Yayınları 2020).

Tezcan D, Erdem MR ve Önok RM, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (20.
Baskı, Seçkin Yayınları 2022)

Toroslu N, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (10. Baskı, Savaş Yayınevi 2019).

Türk Ceza Kanunu (mülga), Lexpera, <https://www.lexpera.com.tr>, Erişim Ta-
rihi 15 Ocak 2023.

Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük (11. Baskı -Tıpkıbasım-, Türk Dil Kurumu
Yayınları 2019).

Üzülmez İ, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları* (Turhan Kitabevi Yayınları 2007).

Yıldız AK, "Tehdit", *Özel Ceza Hukuku*, Cilt III, Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar (On İki Levha Yayınları 2018).

Yokuş Sevik H, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (3. Baskı, Adalet Yayınları 2020).



FRANSIZ VE TÜRK İDARE HUKUKUNDA KİŞİSEL KUSUR KAVRAMI*

The Concept of Personal Fault in Turkish and French Administrative Law

Seyithan KAYA**

ÖZET

Kişisel kusur kavramı Türk idare hukuku ve idari yargılama hukukunun en karmaşık ve tartışmalı konularından biridir. Konuya ilişkin tartışmaların önemli bir kısmı terminolojiye ilişkindir. Ancak kavramın tanımlanması ve sorumluluğun belirlenmesi konularında da doktrinde ve uygulamada tam bir fikir birliğinin olduğunu söylemek güçtür. Türk idare hukuku doktrininde ve yargı kararlarında kişisel kusur kavramı yerine görev kusuru, görevsel kusur, idari kusur, görevden ayrılmayan kusur, ajanın hizmet kusuru gibi farklı terimler kullanılmaktadır. Aslında bu terimlerin tamamıyla kastedilen kişisel kusurdur.

Terminolojiye ilişkin uzlaşmazlığa rağmen kişisel kusur, Fransız ve Türk idare hukukunda yakın anlamlı bir biçimde tanımlanmaktadır. Çünkü Türk idare hukukunda kavramın tanımının yapılmasında Fransız idare hukukunda yapılan tanım esas alınmıştır. Doğrusu bu tabiidir. Zira Türk idare hukuku genel teorisinin belirlenmesinde Fransız idare hukukunun etkisi tartışmasızdır. Dolayısıyla bu çalışmada da kişisel kusur kavramının tanımlanmasında öncelikli olarak Fransız idare hukukundaki durum incelenmiştir. Devamında kişisel kusur kavramı, Türk idare hukuku doktrini ve konuya dair yargı kararları ile beraber, ayrıntılı bir biçimde el alınmıştır. Kavrama dair sorunlar tespit edilmiş ve nihai olarak çözüm mahiyetinde bazı önerilerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Kişisel kusur, görev kusuru, salt kişisel kusur, haksız fiil, hizmet kusuru, blanco kararı, pelletier kararı.

ABSTRACT

The concept of personal fault is one of the most complex and controversial issues in Turkish administrative law and administrative jurisdiction. An essential part of the discussions on the subject is related to terminology. However, it is difficult to say that there is a complete consensus in doctrine and practice on defining the concept and

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 24.02.2023*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 13.06.2023*

* Bu çalışma İdari Sorumluluk Bağlamında Kamu Görevlisinin Kişisel Kusuru başlıklı doktora tezinin “Genel Olarak Kişisel Kusur Kavramı” başlıklı kısmından genişletilmiş ve güncellenmiş olarak türetilmiştir.

** Dr. Öğr. Üyesi, Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, kayaseyithann@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-4943-4534>.

determination of responsibility. In Turkish administrative law doctrine and judicial decisions, instead of the concept of personal fault, different terms such as duty fault, functional fault, administrative fault, inalienable fault, and agent's service fault are used. All of these terms mean personal fault.

Despite the disagreement regarding terminology, personal fault is closely defined in French and Turkish administrative law. Because the definition of the concept in Turkish administrative law is based on the definition made in French administrative law. Indeed, this is natural. Because the influence of French administrative law in determining the general theory of Turkish administrative law is indisputable. Therefore, in this study, the situation in French administrative law has been examined primarily in the definition of the concept of personal fault. Afterward, the situation of the concept of a personal fault in the Turkish administrative law doctrine, together with the judicial decisions on the subject, is discussed in detail. Problems related to the concept have been identified and finally, some suggestions have been made.

Key Words: Personal fault, fault of duty, pure personal fault, tort, fault of service, blanco decision, pelletier decision, konuralp decision.

GİRİŞ

Kişisel kusur kavramına ilişkin tartışmaların kaynağı 1873 yılına kadar uzanmaktadır. Zira 1873 yılına kadar Türkiye'de olduğu gibi Fransa'da da devletin sorumsuzluğu ilkesi hâkimdi. Ancak 1873 yılından itibaren Conseil d'État ve Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin (Tribunal des conflits) ısrarlı çabaları ile idarenin sorumluluğu ilkesi medeni hukuktaki sorumluluktan ayrı bir sorumluluk türü olarak kabul edilmeye başlandı. Bu ayrım Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 8 Şubat 1873 tarihli Blanco kararı ile iyice belirginleşti.¹ İdari sorumluluğun esasını teşkil eden Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin

¹ Paul Duez, *Mukavele Dışında Amme Kudretinin Mes'uliyeti* (Senil İbrahim tr, Güney Matbaacılık 1950) 1–17; Ragıp Sarıca, 'Fransada Ajan ve Memurlar Aleyhinde Açılan Tazminat Davalarında, Şikâyeti Mucip Fillin Şahsî Bir Kusur Mu Yoksa Bir Hizmet Kusuru Mu Teşkil Ettiğini Tayin İşinin İhtilaf Mahkemesine Ait Bulunduğu Hususunda İhtilaf Mahkemesinin Pelletier Kararından Beri Şaşmaz İçtihadı ve Buna Karşı Serdedilen Bazı Tenkitler' (1947) 3 23, 556; Charles Crozat, 'Fransız Amme Hukukunda Mukavele Harici Kusurdan Doğan Mesuliyet' [1935] İÜHF 281, 284; Turgut Tan, *İdare Hukuku* (7. bası, Turhan 2018) 454–455; Didier Truchet, *Droit Administratif* (6. Baskı, Puf 2015) 11–12; ALG Dutheil de Lemothe, 'İdarenin Haksız Fiil Dolayısıyla Mesuliyeti Konusunda Fransız Kamu Hukukundaki Gelişmeler' (Süheyp Derbil tr, 1960) 17 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 113, 113; Pierre-Laurent Frier ve Jacques Petit, *Droit Administratif* (10. Baskı, LGDJ 2015) 571; Jean-Claude Ricci, *Droit Administratif* (4. Baskı, Hachette 2004) 118; Bahtiyar Akyılmaz, 'Kamu Görevlilerinin Kusurlarıyla Üçüncü Şahıslara Vermiş Oldukları Zararlardan Doğan Mali Sorumluluk' (Doktora, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1991) 20; Celal Erkut, 'Fransa'da Conseil d'État'nın Sosyolojik ve Tarihsel Açından Gelişimi' 4 *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 43, 43–50; Müzeyyen Eroğlu Durkal, 'İdarenin Sorumluluğunun Ortaya Çıkışı ve Temeli' (2019) XXIII Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 159, 167; Hugo Flavier ve Charles Froger, 'Administrative Justice in France, Between Singularity and Classicism' (2016) III *Brics Law Journal* 80, 83; Grégoire Bigot, 'L'arrêt Blanco Du 8 Février 1873' <https://www.academia>.

Blanco kararı ile idari fiillerden kaynaklanan zararların tazmini için açılacak davalar idari yargıda görülmeye başlandı. Fransa’da adli ve idari yargının görev alanı bu karar ile birbirinden ayrılmış oldu. Diğer bir ifadeyle bu karar ile Fransız idare hukukunun temeli atılmış oldu.

Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi’nin Blanco kararından önce idari sorumluluk özel hukuktaki sorumluluğa benzer olarak kusura dayandırılmaktaydı.² Ancak 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren Conseil d’État’nın içtihatları ile idarenin mali sorumluluğu için kusurun objektif nitelikte olması yeterli görüldü. Başka bir anlatımla zararın meydana gelmesinde kamu görevlisinin kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın herhangi bir kamu hizmetinin kurulması, düzenlenmesi ve işletilmesindeki bozukluk ve aksaklıktan idarenin sorumlu olması esas kabul edildi. İdare hukukunda bu kusur, hizmet kusuru olarak ifade edilmekte ve “kamu hizmetinin kurulması, düzenlenmesi veya işleyişindeki bozukluk, aksaklık, eksiklik, düzensizlik ve sakatlık” olarak tanımlanmaktadır.³

Fransa’da kamu görevlilerinin kamu hizmetlerinin ifası sırasında üçüncü kişilere verdikleri zararların tazmini usulü idare hukuku hükümlerine göre belirlenmektedir. Aynı durum kamu görevlilerinin sorumluluğuna başvurulması halinde de geçerlidir. Diğer bir anlatımla kamu görevlilerinin kamu hizmetlerinin ifasından kaynaklanan sorumluluklarının belirlenmesinde özel hukuk hükümleri esas alınmamaktadır. Bu tür olaylara idare hukuku hükümlerinin uygulanacağı ve buna ilişkin davaların da idari yargıda görülmesi gerektiği fikrinin temelini Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 8 Şubat 1873 tarihli Blanco⁴ kararı oluşturmaktadır. Blanco kararı ile idarenin sorumsuzluğu ilkesi

edu/37399870/Larret Blanco du 8 fevrier 1873 3 <https://www.academia.edu/37399870/L_arret_Blanco_du_8_fevrier_1873> accessed 18 February 2023; Mustafa Şişaneci, ‘1982 Anayasası Çerçevesinde İdarenin Hizmet Kusuru’ (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2009) 69; Onur Kaplan, ‘1924 Anayasası’nda Yargı Yetkisi ve Şura-Yı Devlet’in Fonksiyonu’ (2018) XXII Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 171, 184; Elif Kamiloğlu, ‘İdarenin Sorumluluğunda Hizmet Kusuru-Kişisel Kusur Ayrımı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi’ (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2013) 77; Seyithan Kaya, *Kamu Görevlisinin Kişisel Kusuru ve Sorumluluğu* (Adalet Yayınevi 2021) 65–69.

² Metin Günday, *İdare Hukuku* (10. Baskı, 2011) 367–368.

³ Hizmet kusuru hakkında detaylı bilgi için bkz Günday (n 2) 369; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku* (6. Baskı, Savaş Yayınevi) 527–528; Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C 2 (3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2019) 1135–1138; Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri* (10. Baskı, Adalet Yayınevi 2022) 649–653; Ulusoy Ali D., *Türk İdare Hukuku* (5. Baskı, Yetkin Basımevi 2022) 606–609; Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku* (3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2018) 296–298; Kaya, *Kamu Görevlisinin Kişisel Kusuru ve Sorumluluğu* (n 1) 38–41.

⁴ Blanco kararına konu olayda, *Agnès Blanco* adında beş yaşındaki bir kız çocuğu, devlete ait Bordeaux tütün fabrikasında çalışan dört işçi tarafından yönlendirilen vagonun



yerine idarenin sorumluluğu ilkesi kabul edilmiştir. Bu karar ile idarenin işlem ve eylemlerinden kaynaklanan zararların tazmini için açılacak davaların özel hukuk hükümlerine göre adli yargıda değil, idare hukuku hükümleri çerçevesinde idari yargıda görülmesi gerektiği belirlenmiştir.⁵ Kişisel kusurdan kaynaklanan sorumluluğun belirlenmesi açısından önemi büyük olan diğer bir karar da Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 30 Temmuz 1873 tarihli *Pelletier* kararıdır.⁶

Yukarıda belirttiğimiz *Blanco* kararı, kamu görevlilerince yürütülen kamu hizmetleri sırasında meydana gelen zararların tazmini için açılacak davaların hangi yargı yerinde ve hangi hukuk kurallarına göre yürütüleceğinin belirlenmesi açısından tarihi önemi haizdir. *Pelletier* kararı ise kamu görevlilerinin hizmet kusuru teşkil eden işlem ve eylemlerinden kaynaklanan zararların tazmini için kamu görevlilerine karşı dava açmanın mümkün olmamasının belirlenmesi açısından önem arz etmektedir.⁷ *Pelletier* kararıyla hizmet kusuru

devrilmesi nedeniyle ağır bir biçimde yaralanmıştır. Yaralamadan sonra çocuğun babası işçilere ve istihdam eden sıfatıyla idareye karşı, Fransız Medeni Kanununun istihdam edenin sorumluluğuna ilişkin 1382, 1383 ve 1384'üncü maddelerine istinaden, hukuk mahkemesinde zararlarının tazmini için dava açmıştır. Vali, tazminat istemiyle idareye karşı adli yargıda dava açılmayacağı iddiasıyla davaya ilişkin görev uyuşmazlığında bulunmuş ve davayı Uyuşmazlık Mahkemesine götürmüştür. Uyuşmazlık Mahkemesi zararın bir kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklandığını ve bunun genel mahkemelerin yetkisine girmediğini, davanın idare hukuku esaslarına göre Conseil d'État tarafından çözümlenmesi gerektiğine karar vermiştir.

⁵ Kararın tam metni için bkz <http://www.tribunal-conflits.fr/decisions-quelques-grands-arrets.html> (E.T. 10.09.2022). Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 8 Şubat 1873 tarihli *Blanco* kararı hakkındaki değerlendirmeler için bkz Duez (n 1) 16–17; Sarıca (n 1) 556; Crozat (n 1) 284; Tan (n 1) 454–455; Truchet (n 1) 11–12; Lemothe (n 1) 113; Frier ve Petit (n 1) 571; Ricci (n 1) 118; Akyılmaz (n 1) 20; Erkut (n 1) 43–50; Eroğlu Durkal (n 1) 167; Flavier ve Froger (n 1) 83; Bigot (n 1) 3; Onur Kaplan (n 1) 184; Şişaneci (n 1) 69; Muharrem Balcı ve diğerleri, 'Devletin (İdarenin) Hukuki Sorumluluğu' <http://www.muhamrembalci.com/yayinlar/tebliğler/228.pdf> 1, 6; Musa Sağlam, 'Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi 2015 Reformu: Değişiklikler ve Gerekçeleri' [2015] Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 667, 673.

⁶ 30 Temmuz 1873 tarih ve 00035 iş nolu *Pelletier* kararın orijinal metni için bkz <http://www.tribunal-conflits.fr/decisions-quelques-grands-arrets.html>. Mezkûr karar hakkında detaylı bilgi için bkz René Chapus, *Droit Administratif Général Paris*, C I (15. Baskı, 2001) 1385; Gözler, (n 3) 11137; Kaya, *Kamu Görevlisinin Kişisel Kusuru ve Sorumluluğu* (n 1) 67–69.

⁷ Önemine binaen kararın kısa bir özetinin verilmesinde fayda görülmektedir. Oise Vilayeti Kumandanı General de l'Admirault ile Vilayet Valisi Choppin tarafından müşterek bir kararla *Pelletier* isimli bir kişinin çıkardığı *Le devoir* gazetesinin kapatılmasına ve gazetenin ilk sayısının toplatılmasına karar verilir. Bunun üzerine *Pelletier*, Senlis Hukuk Mahkemesinde General, Vali ve Komiser aleyhinde açtığı davada gazetenin ilk sayısının toplatılmasına dair kararın hükümsüzlüğüne, gazetenin toplatılan nüshaların idesi ile uğranılan zararın giderilmesine karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemenin, davaya bakma hususunda kendini görevli görmesi üzerine Vali tarafından görev uyuşmazlığı çıkartılarak dava dosyası Fransız Uyuşmazlık Mahkemesine gönderilmiş ve olayda kamu görevlisinin kişisel bir

durumunda kamu görevlisine karşı değil de idareye karşı idari yargıda dava açılabilirliği belirlenmiştir. Diğer bir ifadeyle bu kararlar birlikte kamu hizmetlerinin ifası sırasında meydana gelen kusurun kişisel kusur değil de hizmet kusuru teşkil ettiği ve bundan kaynaklanan zararların tazmini için açılacak davaların idari yargıda görülmesi gerektiği ortaya konulmuştur.⁸ Pelletier kararından anlaşılacağı üzere, kamu görevlilerinin hizmet kusuru oluşturan kusurlarından kişisel sorumlulukları yoktur; aksine kişisel sorumsuzlukları (personnellement irresponsable) vardır. Bu husus idare hukukunda kamu görevlilerinin kişisel sorumsuzluğu kuralı olarak ifade edilmektedir.⁹ Kamu görevlisinin kişisel kusuru kavramının tarihi kökeninin, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 1873 yılındaki mezkûr kararlarına dayandırıldığı görülmektedir.

Ayrıca burada bir hususu belirtmekte fayda vardır. Pelletier kararından da anlaşılacağı üzere, kamu görevlilerinin salt kişisel kusurlarından kaynaklanan zararların tazmini için açılacak davaların adli yargıda görülmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Diğer bir ifadeyle kamu görevlilerinin normal bir vatandaş olarak işledikleri kusurlarından, yani haksız fiil niteliğindeki salt kişisel kusurlarından kaynaklanan zararların tazmini davaları adli yargıda görülür. Ancak kamu görevlilerinin idari bir kusur olan kişisel kusurlarından kaynaklanan zararların tazmini davaları ile hizmet kusuru, hizmet kusuru ile kişisel kusurun birleşmesi durumlarından kaynaklanan zararların tazmini davalarının idari yargıda görülmesi gerekmektedir. Kişisel kusurdan kaynaklanan zararların tazmini ve yargılama usulleri Fransız hukuk sistemlerinde yerleşik hale gelmiştir. Ancak bizim hukukumuzda konuya dair tartışmalar devam etmektedir. Bu konuda doktrinde ve uygulamada fikir birliği mevcut değildir. Bu çalışmada kişisel kusur kavramının terminolojisi ve kavramın Türk ve Fransız idare hukukun-

kusurunun bulunmadığı, olaydaki kusurun hizmet kusuru teşkil ettiği gerekçesiyle, davanın adli yargıda değil de idari yargıda görülmesi gerektiğine karar verilmiştir. 30 Temmuz 1873 tarih ve 00035 iş nolu *Pelletier* kararın orijinal metni için bkz <http://www.tribunal-conflits.fr/decisions-quelques-grands-arrets.html>. Mezkûr karar hakkında detaylı bilgi için bkz Sarıca, 'Fransada Ajan ve Memurlar Aleyhinde Açılan Tazminat Davalarında, Şikâyeti Mucip Fillin Şahsi Bir Kusur Mu Yoksa Bir Hizmet Kusuru Mu Teşkil Ettiğini Tayin İşinin İhtilâf Mahkemesine Ait Bulunduğu Hususunda İhtilâf Mahkemesinin Pelletier Kararından Beri Şaşmaz İctihadı ve Buna Karşı Serdedilen Bazı Tenkitler' (n 1) 23–64; Chapus (n 6) 1385; Gözler (n 3) 1137; Kaya, *Kamu Görevlisinin Kişisel Kusuru ve Sorumluluğu* (n 1) 67–69.

⁸ Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 30 Temmuz 1873 tarihli *Pelletier* kararının detaylı analizi için bkz Antoine Simonneaux, 'Les Cumuls de Responsabilités Civiles, Pour Faute, Entre l'agent Public et l'Administration, Université De Rennes' (Mémoire de Master 1, Faculté De Droit Et De Science Politique) 5; Sarıca, 'Fransada Ajan ve Memurlar Aleyhinde Açılan Tazminat Davalarında, Şikâyeti Mucip Fillin Şahsi Bir Kusur Mu Yoksa Bir Hizmet Kusuru Mu Teşkil Ettiğini Tayin İşinin İhtilâf Mahkemesine Ait Bulunduğu Hususunda İhtilâf Mahkemesinin Pelletier Kararından Beri Şaşmaz İctihadı ve Buna Karşı Serdedilen Bazı Tenkitler' (n 1) 23–64.

⁹ Gözler (n 3) 1137–1138; Chapus (n 6) 1385–1386.



daki durumu analiz edilecek, konuya ilişkin tartışmalı durumlar tespit edilerek çözüm önerilerinde bulunulacaktır.

I. FRANSIZ İDARE HUKUKUNDA KİŞİSEL KUSUR KAVRAMI

Fransız idare hukukunda kişisel kusur kavramı için esas olarak çok genel bir kavram olan *faute personnelle*¹⁰ kavramı kullanılmaktadır. *Faute personnelle* kavramı, kamu görevlilerinin kamu hizmetinden ayrılabilir nitelikte olan kusurlarını ifade etmek için kullanılan bir kavramdır.¹¹ Kişisel kusur kavramının tanımı yapılırken Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin meşhur Pelletier içtihadı ve Fransız idare hukuku doktrini tarafından belirlenen üç tip kusur esas alınmaktadır. Kişisel kusurun birinci tipi salt kişisel kusur (*faute purement personnelle*),¹² ikinci tipi görevin içindeki beklenmedik ağır kusurlar, üçüncü tipi ise görevin dışında ancak görevle alakalı kişisel kusurlardır.¹³ Çalışmanın bu başlığı altında, Fransız doktrini ve içtihatları ile Türkiye'deki doktrin ve içtihatlardan örnekler verilerek, kişisel kusurun üç şekli karşılaştırmalı bir biçimde incelenecektir.

A. SALT KİŞİSEL KUSUR

En geniş anlamda kamu görevlisinin üç tip sorumluluğu vardır. Bu sorumlulukların ilki kamu görevlisinin yürütülen kamu görevi ya da kamu hizmeti ile alakası olmayan sorumluluğudur. Çalışmada bu sorumluluk tipine yol açan kusur için salt kişisel kusur (*faute purement personnelle*)¹⁴ kavramı ter-

¹⁰ Kavram için bkz Frédéric Colin, *Droit Public* (3. Baskı, 2014) 371; Gözler (n 3) 1138–1139; Malick Thioye, 'Le Droit Mauritanien de La Responsabilite Civile: Approche Des Notions de Faute et de Dommage' (Doktora, Universite De Perpignan Via Domitia 2017) 98–100; Truchet (n 1) 382–386; Chapus (n 6) 1385; Simonneaux (n 8) 5; Jean-Marie Pontier, 'La Responsabilité Administrative'" http://www.ntpu.edu.tw/files/event/200811271447_18.pdf 1, 8–12; Akyılmaz (n 1) 23.

¹¹ Gözler (n 3) 1138–1139; Thioye (n 11) 247; Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku* (6. bası, Turhan 2018) 920.

¹² Chapus (n 6) 1393.

¹³ Kişisel kusur halleri hakkında bkz. Chapus (n 6) 1387; Gözler (n 3) 1138–1142; Simonneaux (n 8) 5 vd.

¹⁴ *Salt kişisel kusur* kavramının Türk idare hukukundaki kullanımı için bkz. Sarıca, 'Fransada Ajan ve Memurlar Aleyhinde Açılan Tazminat Davalarında, Şikâyeti Mucip Fillin Şahsî Bir Kusur Mu Yoksa Bir Hizmet Kusuru Mu Teşkil Ettiğini Tayin İşinin İhtilâf Mahkemesine Ait Bulunduğu Hususunda İhtilâf Mahkemesinin Pelletier Kararından Beri Şaşmaz İçtihadı ve Buna Karşı Serdedilen Bazı Tenkitler' (n 1) 34–54; A Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku*, C I (4. Baskı, Turhan 2010) 746; Lütfi Duran, 'Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu' [1974] Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta'ya Armağan 59, 109; Tan (n 1) 460; Atay (n 10) 920; Kaya, *Kamu Görevlisinin Kişisel Kusuru ve Sorumluluğu* (n 1) 71–73; M Ayhan Tekinsoy, 'Anayasa Mahkemesinin Kamu Görevlilerinin Kişisel Sorumluluğu Konusundaki Yaklaşımının Muhtemel Sonuçları' [2013] Ankara Barosu Dergisi 19, 27; Gürsel Kaplan,

cih edilmiştir.¹⁵ Kamu görevlisi salt kişisel kusuru¹⁶ durumunda özel hukuk, yani haksız fiil hükümlerine göre sorumludur.¹⁷ Diğer bir anlatımla salt kişisel kusurdan kaynaklanan zararların tazmininden, kamu görevlisi normal bir vatandaş olarak, yürüttüğü kamu görevi ya da kamu hizmeti ile herhangi bir alakası olmadan, şahsi olarak özel hukuk hükümlerine göre sorumludur ve bu kusurdan kaynaklanan zararların tazmini davaları da adli yargıda görülür.¹⁸ Bu sorumluluk idare hukukunun ve idari yargının inceleme kapsamında değildir. Buradaki kusur ile kamu görev ve yetkileri, resmi sıfat, hizmet araç ve gereçleri arasında herhangi bir bağ bulunmamaktadır.¹⁹

Doktrinde bu kusur tipi için görevin dışındaki kusurlar (saf kişisel kusurlar) kavramı da kullanılmaktadır.²⁰ Kamu görevlisinin, yürüttüğü kamu hizmeti ile herhangi bir bağı (irtibatı/alakası) olmayan²¹ bu kusurdan kaynaklanan zararlardan idarenin sorumlu tutulması mümkün değildir. Bizim salt kişisel kusur olarak isimlendirdiğimiz bu kusur, doktrinde haksız fiil olarak nitelendirilmekte ve şu şekilde açıklanmaktadır: “Kamu görevlisinin kusuru, hizmetle alakalı olmayan hizmet dışı bir davranıştan kaynaklanıyorsa, bu kusur, idare hukuku

(n 3) 278; Müzeyyen Eroğlu Durkal, ‘Yargı Kararları Işığında Hizmet Kusuru’ (2019) 14 Terazi Hukuk Dergisi 265, 268; Kamiloğlu (n 1) 72; Emrah Özcan, ‘Fiili Yol’ (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2009) 91.

¹⁵ Gözler salt kişisel kusur kavramı yerine *saf kişisel kusur* kavramını kullanmaktadır. Gözler (n 3) 1138–1139.

¹⁶ Onar, salt kişisel kusur için şahıs kusuru kavramını kullanır ve şahıs kusurunu da şöyle ifade eder: “...zararı doğuran fiilin işlenmesindeki kusur hiçbir suretle idareye atf ve isnat edilemeyecek bir mahiyette olursa bu takdirde de mes’uliyetin sadece memura teveccüh edeceği tabiidir.” Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C III (1966) 1699. Onar’ın burada şahıs kusuru/shahsî kusur olarak ifade ettiği kusuru biz salt kişisel kusur olarak ifade ediyoruz. Şahsi kusur ile salt kişisel kusur aynı özellikleri havi ve aynı neticeleri doğurmaktadır.

¹⁷ Simonneaux (n 9) 5.

¹⁸ Yargıtay 1987 tarihli bir kararında salt kişisel kusur kavramını “...idare nam ve hesabına hareket eden kamu görevlisinin, idareye atf ve izafe olunacak yerde, doğrudan doğruya kendi şahsına isnad olunan ve şahsi mesuliyetini intaç eden yolsuz eylem...” olarak; kamu görevlisinin kişisel kusurunu ise “...idare ajanının kamu görevlerini yerine getirirken, idare fonksiyonuna, kamu görevi gerek ve koşullarına aykırı ve yabancı olan, bu nedenle idareye atf ve isnat olunmayan, doğrudan doğruya ajanın şahsına isnat olunan ve kişisel sorumluluğunu gerektiren, tutum ve davranışlar ile... idare ajanının kin, hınc, düşmanlık ve benzeri duyguların etkisi altında işlediği fiiller, ile... idare ajanının emredici yasa kurallarına ve hukuka açıkça karşı gelme durumları...” şeklinde tanımlamıştır. YHGK, E. 1985/4-309 K. 1986/466 T. 30.04.1986 (Aktaran: Akyılmaz (n 1) 219).

¹⁹ Bahtiyar Akyılmaz, ‘İdarenin Kusur Sorumluluğunda “Görev Kusuru” Karmaşası’ (2022) II Prof. Dr. Rıza Ayhan’a Armağan 2015, 2042.

²⁰ Gözler (n 3) 1138–1139.

²¹ Truchet (n 1) 383.



açısından idari bir kusur olan “kişisel kusur” olarak nitelendirilemez. Kamu görevlisinin yetkileriyle, yerine getirdiği görevle, hizmetle ilgili yükümlülükleriyle, resmi sıfatıyla, hizmet araç-gereçleriyle; kısaca hizmetle hiçbir ilgisi olmayan kusurlu davranışı ile zarara sebebiyet vermesi ‘haksız fiil’dir.”²²

Chapus, bizim çalışmamızda birinci tip kişisel kusur olarak ifade ettiğimiz bu kusur tipini üçüncü tip kişisel kusur (troisième type de faute personnelle) alt başlığın altında, salt/saf (tamamıyla/bütünüyle) kişisel kusur olarak isimlendirmiş ve kavramı “...bu tamamen kişisel kusurdur (...c’est la faute purement personnelle).”²³ şeklinde açıklamıştır. Örneğin bir polis memurunun akşam evindeyken aynı binada oturan komşusu ile tartışması ve tartışma neticesinde komşusuna kendi şahsi silahıyla ateş ederek onu yaralaması olayında kamu görevlisinin salt kişisel kusuru vardır. Ya da bir hâkimin kız arkadaşı ile görüşmek üzere öğrencinin kaldığı yurdun önüne gelerek bağırması ve oradaki görevlilere veya kız arkadaşına zarar vermesi olayında da kamu görevlisinin salt kişisel kusuru vardır.²⁴ Ayrıca sağlık hizmetlerini sunan kamu görevlilerinin yürütülen kamu hizmeti ile herhangi bir alakası olmayan, hizmetten tamamen bağımsız olarak icra edilen faaliyetler sırasında işlenen kusurlar da salt kişisel kusur oluşturmaktadır.²⁵ Örneğin bir doktorun hafta sonu kendisine ait evinde bir çocuğu sünnet etmesi ya da bir sağlık memurunun mesai saatleri dışında yürütülen kamu hizmetinden tamamen bağımsız olarak bir komşusuna enjeksiyon yapması gibi durumlardaki kusur salt kişisel kusurdur. Bu kusur dolayısıyla meydana gelen zararlardan ilgili kamu görevlisinin kendisi şahsen sorumludur. Buradaki sorumluluğun temelini haksız fiil hükümleri teşkil etmektedir.

Belirtilen örnek vakialardan kaynaklanan zararlar için idarenin sorumluluğu söz konusu değildir. Zira örnek vakialardaki polis memuru, doktor, hemşire ve hâkim bu olayları herhangi bir vatandaş olarak işlediklerinden, meydana gelen zarardan salt kişisel kusurları ile sorumludurlar. Bu olaylardaki kusurun yürütülen kamu hizmetiyle hiçbir bağlantısı bulunmamakta ve meydana gelen zarardan da ilgili kamu görevlileri salt kişisel kusurlarıyla sorumlu olmaktadır. Buradaki sorumluluk haksız fiil hükümlerine göre belirlenir ve meydana gelen zararların tazmini için açılacak dava da adli yargıda görülür.

²² Bahtiyar Akyılmaz, ‘Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu’ (2015) LXIX İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası 61, 70.

²³ Chapus (n 6) 1393.

²⁴ Konuya ilişkin daha fazla örnek için bkz Sait Güran, ‘İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler’ (1979) 12 Amme İdaresi Dergisi 55, 55–62; Gözler (n 3) 1138–1139.

²⁵ Yasemin Kılıç Öztürk, ‘Sağlık Hizmet Sunumunda İdarenin Kusur Sorumluluğu’ 15 Ankara Medical Journal 235, 241.

B. GÖREVİN İFASI AŞAMASINDAKİ BEKLENMEDİK AĞIR KUSURLAR

Kişisel kusurun ikinci tipi, görevin içinde kalmasına rağmen beklenmedik derecede ağır olan kusurlarıdır.²⁶ Bu türden olan kişisel kusurlar, kişisel saikler/nedenler (préoccupation d'ordre privé), aşırılıklar/aşırı davranışlar ve mazur görülemeyecek (affedilemez) hatalar olarak tasnif edilmektedir.²⁷

Görevin ifası aşamasındaki beklenmedik derecede ağır olan kişisel kusurlar, görevin içinde işlenmekle beraber kamu görevinden ayrılabilir nitelikte olan kusurlardır. Zira bu tür kişisel kusurlar, hizmet kusurunda olduğu gibi, yürütülen kamu hizmetiyle tamamen iç içe değildir. Ancak buna rağmen bu tür kişisel kusurlar bir kamu hizmetinin ifası sırasında işlendiğinden, kamu görevlisinin kişisel kusuru ile yürütülen kamu hizmeti arasında doğal ve zorunlu bir bağ vardır.²⁸ Diğer bir anlatımla hizmetten ayrılabilir nitelikte olan bu tür kişisel kusurların kamu hizmetiyle doğrudan bir bağlantısının olmasına rağmen dolaylı ve kaçınılmaz bir bağlantısı vardır. Kamu hizmetiyle doğrudan bağlantısı olan kusurlar hizmet kusuru teşkil eder. Görevin ifası aşamasındaki beklenmedik derecede ağır olan kişisel kusurlar, kamu hizmetinin ifası aşamasında işlenen, ancak hizmet kusuru teşkil etmeyen kusurlardır. Görevin içinde işlenen, ama görevle doğrudan değil de dolaylı olarak alakası olan bu tür kişisel kusurlardan kaynaklanan zararlardan kamu görevlisi normal bir vatandaş olarak salt kişisel kusuru ile değil, kamu görevlisi sıfatından ötürü, idare ile birlikte sorumludur. Genel itibarıyla kamu görevlisi hizmetin ifası sırasında şahsi bir takım saiklerle, aşırı bazı davranışlarla, mazur görülemeyecek bir takım kusurlarla ya da başkasına zarar verme kastıyla hareket etmiş olması durumlarında meydana gelen zararlardan kamu görevlisinin, bu tip kusurlu davranışları sebebiyle, idare ile birlikte sorumlu tutulması gerekir.²⁹

Fransız idare hukukunda kişisel saiklerle işlenen kişisel kusura örnek olarak Conseil d'État'nın 5 Şubat 1911 tarihli Anguet,³⁰ 21 Nisan 1937 tarihli Demoi-

²⁶ Gözler, bu türden olan kişisel kusurları *Görevin İçinde İlenmiş Fevkalâde Ağır Kusurlar* şeklinde tasnif etmektedir. Gözler (n 3) 1139–1141.

²⁷ Kişisel kusurun ikinci türü için bkz Chapus (n 6) 1388–1390; Gözler (n 3) 1138–1141; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, (n 3) 546–548; Simonneaux (n 8) 29; Kaya, *Kamu Görevlisinin Kişisel Kusuru ve Sorumluluğu* (n 1) 74–76.

²⁸ Simonneaux (n 9) 29.

²⁹ Bu konuda detaylı bilgi için bkz Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 3) 546–548; Gözler (n 3) 1138–1141; Chapus (n 6) 1388–1390; Akyılmaz, 'İdarenin Kusur Sorumluluğunda "Görev Kusuru" Karmaşası' (n 16) 2042–2046.

³⁰ Kamu görevlisinin hizmet kusuru ile kişisel kusurunun birleşmesi durumuna ilişkin CE'nin 5 Şubat 1911 tarihli *Anguet* kararı hakkında detaylı bilgi için bkz Chapus (n 6) 1396; Colin (n 10) 372; Patrice Chrétien, Nicolas Chiffot ve Maxime Tourbe, *Droit Administratif* (14. Baskı, 2014) 659–660; Jean Waline, *Droit Administratif* (25. Baskı, 2014) 492; Philippe



selle Mineur³¹ ve Dlle Quesnel³² kararı ile 11 Kasım 1953 tarihli Oumar Samba kararları verilmektedir.³³ Conseil d'État'nın bu kararlarına göre, bir kamu görevlisinin kendisine teslim edilen paraları zimmetine geçirmesi ya da bir infaz koruma memurunun gözetimindeki hükümlülerle işbirliği yaparak ceza infaz kurumunda hırsızlık yapması gibi durumlar, kamu görevlisinin kişisel saiklerle işlediği kişisel kusurlar olarak ifade edilmektedir.³⁴

Ayrıca bir kamu görevlisinin kamu hizmetinin ifası sırasındaki bir takım aşırı davranışları (aşırılıkları) da kamu görevlisi açısından görevin içinde işlenmekle beraber fevkalade ağır olan kusur teşkil eder.³⁵ Örneğin bir kamu görevlisinin herhangi bir kamu hizmetinin ifası sırasında sarf ettiği küfürler, bir polis memurunun gözaltına aldığı bir kimseye suçunu itiraf etmesi için işkence yapması veya güç kullanmada aşırıya kaçması, sürücü olan bir kamu görevlisinin aşırı sarhoş iken kamuya ait aracı kullanırken birilerine zarar vermesi³⁶ gibi durumların tamamında kamu görevlisinin kamu hizmetinin ifası aşamasında işlediği kişisel kusuru vardır.

Kamu görevlisinin kamu hizmetinin ifası sırasındaki bazı davranışları/hataları da mazur görülemeyecek derecede ağır olabilir.³⁷ Diğer bir ifadeyle kamu görevlisi, salt kişisel düşüncelerle hareket etmemiş veya davranışlarında aşırıya kaçmadığı halde uygun görülemeyecek ya da affedilemeyecek derecede ağır olan bazı hatalı/kusurlu davranışları da görevin ifası aşamasındaki fevkalade ağır olan kusurlar olarak değerlendirilmektedir.³⁸ Örneğin kamu görevlisi olan bir mahalle bekçisinin çocukları korkutarak uzaklaştırmak amacıyla silahını doldurması ve bu esnada bir çocuğu kazayla yaralaması³⁹ veya askeri cephanenin önünde nöbet tutan askerlerin sigara içerek cephaneliği patlatması olaylarında kamu görevlilerin hataları, ihmalleri ya da tedbirsizlikleri affedilemeyecek derecede ağırdır.⁴⁰ Bu nedenle bu tür vakıalardaki zararlardan kamu görevlisinin kişisel kusuru oranında sorumlu tutulması gerekir.

Foillard, *Droit Administratif* (3. Baskı, 2014) 415; Frier ve Petit (n 1) 617; Truchet (n 1) 384; Ricci (n 1) 37; Simonneaux (n 8) 14.

³¹ Eroğlu Durkal (n 1) 168.

³² Chapus (n 6) 1388; Foillard (n 30) 414; Simonneaux (n 9) 28–29.

³³ Chapus (n 6) 1388; Waline (n 30) 541.

³⁴ Chapus (n 6) 1388; Gözler (n 3) 1139–1140; Waline (n 30) 541.

³⁵ Gözler (n 3) 1140.

³⁶ Gözler (n 3) 1140; Chapus (n 6) 1388–1390; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 3) 546–548.

³⁷ Chapus (n 6) 1390; Gözler (n 3) 1141.

³⁸ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 3) 546–548; Chapus (n 6) 1388–1390.

³⁹ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 3) 547.

⁴⁰ Gözler (n 3) 1141.

Bu kusur tipinde kamu görevlisinin yukarıda zikrettiğimiz kusurlu davranışları, ceza hukuku bakımından suç teşkil etmesi halinde yargılanmaları için herhangi bir engel yoktur.⁴¹ Ancak idare hukuku ilkeleri bakımından, kamu görevlisi, yukarıda belirtilen durumlarda meydana gelen zararların tazmininden, idare ile birlikte kişisel kusuru oranında sorumludur. Zararların tazmini davası ilgili idareye karşı açılır, zarar ilgili idarece tazmin edilir ve idare kişisel kusurlu kamu görevlisine, ödediği zararlar için, rücu eder.⁴²

C. GÖREVİN İFASI DIŞINDA ANCAK GÖREV NEDENİYLE İŞLENEN KUSURLAR

Kamu görevlisinin kişisel kusurunun üçüncü tipine göre, kamu görevlisinin resmi olarak görevli sıfatını haiz olduğu bir zaman diliminde, görev dolayısıyla, ancak görev dışı bazı hareketlerle işlemiş olduğu kusur, kamu görevlisi açısından kişisel kusur teşkil eder.⁴³ Burada belirtilen kusurlar, kamu görevinin ifası dışında işlenmiş olmasına rağmen tamamen kamu görevinden kopuk da değildir. Diğer bir ifadeyle kamu görevlisinin resmi görevli/yetkili sıfatı devam etmekte ve yürütmekte olduğu hizmet de aslında kamu hizmetidir. Ancak kamu hizmetinin ifasının sınırları aşarak, görev dışındaki bazı davranışların icrası ile zarar meydana gelmektedir. Bu tarz kusurlar iki şekilde vuku bulmaktadır.⁴⁴

İlk olarak kamu görevlisi herhangi bir kamu hizmetinin yerine getirilmesi vesilesiyle kişisel kusur işlemektedir.⁴⁵ Örneğin mesleği şoförlük olan bir kamu görevlisinin, kendisine verilen normal güzergâhın dışına çıkarak, kız arkadaşını ziyaret etmek üzere başka bir güzergâha girmesi ve burada kazaya sebebiyet vermesi olayı kamu görevlisi açısından kişisel kusur teşkil eder.⁴⁶ Aynı kaza şoförün kendisine verilen normal güzergâhında meydana gelmiş olsaydı, bu bir hizmet kusuru teşkil eder ve zararların tamamının tazmininden kamu idaresi tek başına sorumlu tutulurdu. Ancak kamu görevlisi kişisel bir takım saiklerle güzergâhından ayrıldıktan sonra meydana gelen kazadaki zararlılardan şoför, kişisel kusuru oranında, ilgili idare ile birlikte sorumlu tutulur.

⁴¹ Suç, hizmet kusuru ve şahsi kusur kavramlarının yakın ilişkisi hakkında detaylı bilgi için bkz Chapus (n 6) 1393; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 3) 546–547; Rağıp Sarıca, ‘Ajan ve Memurların Vazifeleri Sırasında İşledikleri Bazı Suçların Hizmet Kusuru Sayılıp Sayılmayacağı Meselesinin Münakaşası’ (1946) 12 İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası 85, 85–118.

⁴² Lemothe (n 1) 119.

⁴³ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 3) 547–548; Chapus (n 6) 1391; Gözler (n 3) 1141–1142.

⁴⁴ Gözler (n 3) 1141–1142.

⁴⁵ Gözler (n 3) 1141–1142.

⁴⁶ Konu hakkında daha fazla örnek için bkz Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 3) 547–548; Gözler (n 3) 1141–1142.



İkinci durumda ise kamu görevlisinin görevi dışında, ancak görevi dolayısıyla kendisine verilen hizmet araç ve gereçleri ile bilgi ve belgeleri kullanarak işlediği kişisel kusurlardır.⁴⁷ Kişisel kusurun bu tipi Conseil d'État tarafından verilen 26 Ekim 1973 tarihli Sadoudi kararı ile belirlenmiştir. Mezkûr karara konu olayda bir polis memuru çalışma saatleri dışında, evinde, görev dolayısıyla üzerinde taşıdığı silahını temizlerken, silahın kaza ile ateş alması sonucu arkadaşını öldürür.⁴⁸ Başka bir örnek olay ise konunun anlaşılması için daha belirleyicidir. Bu olayda da bir jandarma görevlisi, faili olduğu cinayetleri araştırmakla görevlendirilir ve araştırma neticesinde elde ettiği bilgilerle hem yakalanmaktan kurtulur hem de başka bir cinayet daha işler.⁴⁹ İlk bakışta her iki örnek olaydaki kusur, kamu görevlisi açısından salt kişisel kusur gibi görünmesine rağmen aslında her iki olaydaki kusur kişisel kusurdur. Zira her iki olaydaki kusurlu fiiller kamu görevlisine verilen yetki, araç ve gereçlerle işlenmiştir. Bu nedenle kamu görevlisi, her iki durumda da, meydana gelen zararın tazmininden normal bir vatandaş olarak haksız fiil hükümlerine göre değil, kamu görevlisi sıfatı ile sorumludur. Diğer bir anlatımla bu olaylardaki kusurlar kamu görevlisinin yürüttüğü kamu görevi dolayısıyla kendisine verilen araç ve gereçler ile bilgi ve belgeler kullanılarak işlendiğinden, mezkûr suçlar görevin ifası dışında dahi olsa, kamu görevinden ya da yürütülen kamu hizmetinden tamamen bağımsız değildir.⁵⁰ Dolayısıyla kamu görevlisi bu tür durumlarda meydana gelen zararların tazmininden idare ile birlikte, kişisel kusuru oranında, sorumlu tutulur.

II. TÜRK İDARE HUKUKUNDA KİŞİSEL KUSUR KAVRAMI

A. GENEL OLARAK

Türk idare hukukunda kamu görevlisinin kişisel kusuruna ilişkin tartışmaların kaynağı Fransız idare hukukundaki tartışmalara dayanmakla birlikte hukukumuzdaki tartışmalar halen güncelliğini muhafaza etmektedir. Doktrindeki farklı görüş ve tartışmalar ile yargı içtihatları ışığında kişisel kusur kavramı detaylı olarak incelenecektir.

Kişisel kusur kavramını ifade etmek için doktrinde ve yargı içtihatlarında birbirinden farklı kavramlar kullanılmış ve bu kavramlar farklı şekillerde tanımlanmıştır. Çalışmamızın genelinde de ifade ettiğimiz üzere Türk idare hukuku doktrininde ve yargı kararlarında kamu görevlisinin kişisel kusuru için

⁴⁷ Chapus (n 6) 1392; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 3) 547–548; Gözler (n 3) 1141–1142.

⁴⁸ Chapus (n 6) 1392; Gözler (n 3) 1142; Simonneaux (n 9) 32.

⁴⁹ Chapus (n 6) 1392; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 3) 548; Gözler (n 3) 1142.

⁵⁰ Gözler (n 3) 1142.

görev kusuru, görevsel kusur,⁵¹ idari kusur, hizmetten/görevden ayrılamayan kusur,⁵² ajanın hizmet kusuru⁵³ gibi kavramlar kullanılmaktadır. Biz çalışmamızda kamu görevlisinin kamusal yetkileri, resmi sıfatı ve hizmet araç ve gereçleriyle zayıf da olsa bir bağı olan kusurlarını ifade etmek için kişisel kusur kavramını kullanmayı tercih ettik. Kişisel kusur ile kastımız, kamu görevlisinin hizmet kusuru dışındaki görevle doğrudan ya da dolaylı olarak alakalı olan, yani bir biçimde yürütülen kamu hizmeti ile bağı tamamen kopmamış olan kusurdur. Bu nedenle kamu görevlisinin kişisel kusurunu hem hizmet kusurundan hem de haksız fiil sorumluluğunu gerektiren salt kişisel kusurdan ayrı, idare hukukuna özgü, müstakil bir idari kusur olarak değerlendiriyoruz.

Kamu görevlisinin kişisel kusuru kavramı, Türk ve Fransız idare hukukunda benzer biçimde tartışılmış ve kavrama ilişkin zaman içinde değişiklik gösteren çeşitli tanımlar yapılmıştır. Ancak buna rağmen bütün yazarların üzerinde hemfikir olduğu ortak bir tanımın yapılamamış olduğu görülmektedir. Hatta bazen kavrama ilişkin aynı yazarın zaman içerisinde değişiklik gösteren tanımlarına bile rastlamak mümkündür. Bu nedenle kavramı tanımlamak ve sınırlarını net bir biçimde belirlemek oldukça güçtür. Bu güçlüğüne rağmen konuya ilişkin yazarların görüşlerini birlikte değerlendirerek kişisel kusur kavramını doğru bir biçimde tanımlamaya ve kavramın çerçevesini belirlemeye çalışacağız. Bu doğrultuda Türk idare hukuku doktrinindeki bazı tanımları, önemine binaen, bu başlıkta inceleyerek, hem kamu görevlisinin kişisel kusurunu tanımlayacağız hem de kişisel kusur ile hizmet kusuru ve salt kişisel kusur kavramları arasındaki ayrımı belirlemiş olacağız.

⁵¹ Görevsel kusur kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz Akın Düren, *İdare Hukuku Dersleri* (Sevinç Matbaası 1979) 295; Gözübüyük ve Tan (n 14) 728; Gözübüyük ve Tan (n 14) 460.

⁵² Duran, 'Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu' (n 14) 110. Yargıtay ve Uyuşmazlık Mahkemesi de bazı kararlarında *hizmetten/görevden ayrılamayan kusur* kavramını kullanmışlardır. YHGK, E. 2017/4-1433, K. 2018/49, T. 17.01.2018; E. 2013/1235, K. 2015/849, T. 25.02.2015. UM, E. 1997/16, K. 1997/15, T. 14.04.1997 (<https://www.lexpera.com.tr>, Son Erişim 21.12.2022).

⁵³ Akyılmaz, 'İdarenin Kusur Sorumluluğunda "Görev Kusuru" Karmaşası' (n 20) 2015; Duran, 'Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu' (n 14) 105; Düren (n 51) 295. *Ajanın hizmet kusuru* kavramı için bkz YHGK, E. 2013/1235, K. 2015/849, T. 25.02.2015. YHGK bu kararında bizim salt kişisel kusur olarak ifade ettiğimiz kusuru şöyle ifade etmektedir: "Memur ve diğer resmi görevlilerinin kamu görevlisi sıfat ve kapasiteleri dışında özel bir kişi olarak, özel hukuk hükümlerine göre, özel işlerini yaparken üçüncü kişilere verdikleri zarardan doğrudan doğruya kendileri sorumludur. Diğer bir deyişle, bir kamu hizmetinin görülmesi sırasında, Devlet memurunun veya ajanının hizmet kusuru sayılabilecek bir tasarruf veya eylemi nedeniyle üçüncü kişiler zarar görürlerse, olay adli kazanın görev alanı dışında kalır; idare aleyhine idari yargı merciinde tam yargı davası açılmalıdır." (<https://www.lexpera.com.tr>, Son Erişim: 21.12.2022).



B. KİŞİSEL KUSURUN HİZMETTEN AYRILAMAYAN KUSUR OLARAK TANIMLANMASI

Türk idare hukukunda kimi yazarlarca kamu görevlisinin kişisel kusurunun belirlenmesi ve tanımlanmasında hizmetten ayrılabilen kusur ve hizmetten ayrılabilen kusur kriterlerinin esas alındığı görülmektedir. Onar, bu ayrımı şöyle izah etmiştir: "... 'kamu hukukuna tâbi görevlerle ilgili' yani hizmetten ayrılmayan kusurlar hizmet kusuru sayılacak ve idare sorumlu tutulacaktır. Ancak hizmetten tamamen ayrı olan 'kamu hukukuna tâbi görevlerle ilgili' bulunmayan kusurlar memurun şahsî kusuru sayılabilecek ve memurun ferde karşı şahsî sorumluluğunu gerektirecektir."⁵⁴ Burada hizmetten ayrılabilen kusur ile kastedilen kişisel kusurdur. Bu husus doktrinde "...zararlı olay kamusal memurun cezaî mesuliyetini de gerektirecek bir fiiline ilişkin ise veya kamu hizmetinin kusurlu işletilmesi şeklinde bile sayılamayacak derecede ilgili memurun kötü niyetini gösterir mahiyette ise şahsî kusurun varlığına hükmetmek yerinde olur."⁵⁵ şeklinde ifade edilmiştir. Bu görüşe göre kamu görevlisinin cezai sorumluluğunu gerektirecek derecede ağır olan kötü niyetli davranışlar kişisel kusur oluşturur. Kanaatimizce kamu hizmetinden ayrılabilen kusur kişisel kusurdur. Kişisel kusur, anonim nitelikte olan hizmet kusurundan ayrı subjektif nitelikli ve özel hukuk sorumluluğunu gerektiren bir kusurdur. Ayrıca kişisel kusuru haksız fiilden, yani salt kişisel kusurdan da ayrı bir idari kusurdur. Kişisel kusur ile salt kişisel kusur ayrımının doğru yapılması bu nokta da önem arz etmektedir. Çünkü salt kişisel kusurdan kamu idaresinin sorumlu tutulması mümkün değildir. Salt kişisel kusur kamu hizmetinden ya da yürütülen hizmet ve araçlarından tamamıyla ayrılabilen kusurdur. Ancak kişisel kusur kamu hizmeti, hizmet araç ve gereçlerinden tamamıyla ayrılabilen kusurdur. Kişisel kusur ile hizmet araç ve gereçleri arasındaki dolaylı bağ devam etmektedir. Kişisel kusurdan kaynaklanan zararlar öncelikli olarak idarece tazmin edilir, idare ödediği bu zararlar için kişisel kusurlu kamu görevlisine rücu eder. Salt kişisel kusuru durumunda ise idare zarardan hiçbir şekilde sorumlu değildir.

Yargıtay bir kararında salt kişisel kusur kavramını şöyle açıklamıştır: "... Hizmetten ayrılabilen kişisel kusur ise kamu hizmeti ile ilgisi olmayan kamu görevlisinin özel hayatı ile tamamen özel tutum ve davranışlarından kaynaklanan bir kusurdur. Konunun iyi anlaşılabilmesi için örnek vermek gerekirse: Sabahleyin aracı ile kamu hizmetini yapmak için çalıştığı hastaneye gelen doktorun, aracını park ederken kendisinden önce tedavi olmak için hastaneye gelmiş olan bir hastanın aracına çarpıp zarar vermesi halinde bu, doktorun kamu hizmetiyle alakalı olmayan kişisel kusurudur. Aynı doktorun aracını park ettik-

⁵⁴ Onar (n 16) 1702. Benzer açıklamalar için bkz Duran, 'Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu' (n 14) 3–20.

⁵⁵ Süheyp Derbil, *İdare Hukuku*, C I (4. Baskı, Güzel Sanatlar Matbaası 1955) 255.

ten, hastanedeki poliklinik odasına girdikten sonra görevi olan sağlık hizmeti ile ilgili yaptığı (teşhis, tedavi ve ameliyat gibi) eylemlerde bir kusur olursa bu kusur hizmet kusurudur...⁵⁶

Kamu görevlisinin kusuru, hizmetten tamamen ayrılabilir nitelikte ise kusur salt kişisel kusur teşkil eder ve kamu görevlisi meydana gelen zararların tazmininden TBK'nin haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olur. Onar, salt kişisel kusurdan dolayı kamu görevlisinin normal bir vatandaş gibi sorumlu tutulması gerektiğini şu şekilde açıklamıştır: “Zararı doğuran fiilin işlenmesindeki kusur hiç bir suretle idareye atıf ve isnat edilemeyecek bir mahiyette olursa bu takdirde de mes’uliyetin sadece memura tevccüh edeceği tabiidir...⁵⁷ Günday ise kamu görevlisinin kişisel kusuru kavramını şöyle tanımlamıştır: “...kamu görevlilerinin hizmetle ilgili olmayan kusurlu tutum ve davranışları onların kişisel kusurunu teşkil eder...”. Yazar devamla kişisel kusur ile salt kişisel kusur ayrımını da şu şekilde ifade etmiştir: “...Kamu görevlilerinin tamamen hizmetin dışındaki kusurlu tutum ve davranışları onların kişisel kusurlu tutum ve davranışları sayılır.”⁵⁸ Kanaatimizce bu tür tutum ve davranışlar kamu görevlisi açısından salt kişisel kusur teşkil eder. Kamu görevlileri, kamu hizmetinden tamamen bağımsız ve resmi sıfatları ile hiçbir alakası olmayan bu kusurları neticesinde meydana gelen zararlardan haksız fiil hükümlerine göre normal bir vatandaş olarak sorumludurlar. Günday, kamu görevlilerinin icra ettikleri kamu hizmeti içinde ve hizmet ile alakalı bir takım kusurlu davranışları da kamu görevlisinin kişisel kusurları olarak nitelendirmektedir. Yazar bu konuya örnek olarak da devlet hastanesinde görevli bir hekimin mesai saatleri dışında yaptığı muayene sırasında bir başkasına zarar vermesini gösterir. Buradaki ayırmada temel kriterin hizmetle alakası olan ya da olmayan kusurlar kriteridir. Kamu görevi ya da hizmeti ile bir şekilde irtibatı olan kusur kamu görevlisi için kişisel kusur, kamu hizmeti, hizmet araç ve gereçleriyle hiçbir bağı olmayan kusur ise salt kişisel kusur teşkil eder. Salt kişisel kusur durumunda meydana gelen zararlardan idare sorumlu değildir. Bu durumda kamu görevlisi haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olur. Kamu görevlisinin icra ettiği kamu hizmeti, kamu görevi ile alakalı ya da bu hizmet dolayısıyla kendisine verilen araç ve gereçleri, bilgi ve belgeleri kullanarak işlediği kusurlar ise kamu görevlisi açısından kişisel kusur teşkil eder. Bu durumda meydana gelen zararların tazmini için dava, idari yargıda doğrudan idareye karşı açılır. Diğer bir ifadeyle idare zararı birincil sorumlu kişi olarak tazmin eder. Daha sonra idare, kamu görevlisine kişisel kusuru oranında, ödediği tazminat için rücu

⁵⁶ Y4HD, E. 2012/852 K. 2012/3832 T. 12.03.2012 (<https://www.lexpera.com.tr>, Son Erişim 21.12.2022).

⁵⁷ Onar (n 16) 1699.

⁵⁸ Günday (n 2) 374.



eder. Daha öz bir ifadeyle kamu görevlisi için kişisel kusur teşkil eden fiiller kamu görevlisinin doğrudan sorumluluğuna yol açmaz.

Özetle kusur kamu hizmeti, hizmet araç ve gereçlerinden tamamıyla ayrılmayacak nitelikte ise kişisel kusur teşkil eder. Diğer bir ifadeyle eğer bir kusur, kamu hizmeti ya da yürütülen kamu görevinden tamamıyla ayrılmıyorsa, bu kusur kamu görevlisi için kişisel kusur olarak nitelendirilir. Bu durumda da kamu görevlisi meydana gelen zarardan kişisel kusuru oranında sorumlu olur. Marcel Waline de idarenin sorumluluğunu gerektiren durumlarda kamu görevlisinin kişisel kusuru ile salt kişisel kusur ayırımında hizmetten ayrılmayan kusur ve hizmetten ayrılabilen kusur kıstasının kullanılmasının daha doğru olacağını ifade etmiştir.⁵⁹ Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere salt kişisel kusur ile kişisel kusur ayırımında temel ilke olarak hizmetten ayrılabilen ve ayrılmayan kusur kıstasları esas alınmaktadır.⁶⁰ Aslında kişisel kusur (*faute personnelle*)⁶¹ kavramı, kamu görevlilerinin kamu hizmetinden ayrılabilir nitelikte olan kusurlarını ifade etmek üzere kullanılmakta olan bir kavramdır.⁶² Kişisel kusurların bir kısmı hizmetten tamamen ayrılabilirdiği gibi bir kısmı ise kamu hizmetiyle iç içe olabilir. Kamu görevlisinin kamu hizmetinden tamamen ayrılabilen kusurlarını salt kişisel kusur olarak, tamamıyla ayrılmayan kusurlarını ise kişisel kusur şeklinde ifade ediyoruz.

Benzer olarak kamu görevlisinin kişisel kusuru kavramı, yürütülen hizmet ile olan bağlantısı da esas alınarak açıklanmaktadır. Kamu görevlilerinin yürüttükleri hizmetten ayrılabilen ve kendilerine mal edilebilen kusurlarının kişisel kusur olarak kabul edildiği, ancak hangi hallerde kamu görevlisinin kusurunun kişisel kusur teşkil ettiğinin tespitinin de zor olduğu doktrinde de ifade edilmektedir.⁶³ Eğer kamu görevlisinin kusuru, yürütülen kamu hizmetinden tamamıyla ayrılabilir nitelikteyse burada kamu görevlisinin salt kişisel kusuru vardır ve bu durumda meydana gelen zarardan kamu görevlisi şahsi olarak haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olur. Zira salt kişisel kusur teşkil eden fiillerin kamu hizmeti ya da resmi sıfatıyla herhangi bir bağı yoktur.

⁵⁹ (Aktaran: Onar (n 17) 1702).

⁶⁰ Kavramlar hakkında detaylı bilgi için bkz Onar (n 16) 1699–1702; Çağdaş Artantaş, ‘Türk Hukukunda Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu’ (2017) 7 Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 365, 365–396; Mert Dönmez, ‘İdarenin Mali Sorumluluğu Bağlamında Kamu Görevlisine Rücu’ (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019) 57.

⁶¹ Gözler, Fransız yazarların yaptığı tanımları benzer bir biçimde aktararak kişisel kusur kavramını kısa ve net bir biçimde şöyle tanımlar: “Kişisel kusur (*faute personnelle*), kamu görevlisinin görevlerinin ifasından ayrılabilir nitelikte olan kusurlarıdır.” Gözler (n 3) 1138.

⁶² Gözler (n 3) 1138; Atay (n 10) 920; Thioye (n 11) 247.

⁶³ Gürsel Kaplan (n 3) 278.

Anayasa Mahkemesi, 25.3.1975 tarihli somut norm denetimine ilişkin verdiği kararında (salt) kişisel kusur kavramını şöyle açıklamıştır: “Kamu görevlilerinin kişisel kusurundan söz edilebilmesi, kişisel kusuru doğuran eylemin resmî çalışma ve görevin yerine getirilmesi maksadıyla görev sırasında veya görev dolayısıyla yapılmış olmasına bağlıdır. Şu yönü açıklamak gerekir ki, uzaktan veya yakından, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kamu faaliyet ve hizmetleriyle ilişkisi olmayan eylem ve işlemler, o personelin bireysel hareket ve tasarruflarından ibaret olur ki, her vatandaş gibi bunların sonuçlarından da kendilerinin sorumlu tutulması doğaldır. Bundan dolayı bu tür eylemler kişisel kusur kategorisinde yer almazlar. O halde kamu görevlisinin kişisel eylem ve kusuru da hizmet ve görevle ilgili ve ilişkili olarak ortaya çıkar.”⁶⁴ YHGK da 14.01.2020 tarihli bir kararında bu hususu şöyle izah etmiştir: “Memur ve diğer resmi görevliler kamu görevlisi sıfat ve kapasiteleri dışında özel bir kişi olarak, özel hukuk hükümlerine göre özel işlerini yaparken üçüncü kişilere verdikleri zarardan doğrudan doğruya kendileri sorumludur.”⁶⁵ Burada belirtilen kusur salt kişisel kusur teşkil ettiği için, meydana gelen zararların tazmini için açılacak davalar da adli yargıda doğrudan ilgili kamu görevlisine karşı açılır.

Kamu görevlisinin görev sırasında ve/veya görev nedeniyle işlediği kusurlu işlem ve eylemleri, hizmetten ayrılabilen ve kendi şahsına atfedilebilen türden ise, bu tür işlem ve eylemler kamu görevlisi açısından *görevsel kusur*,⁶⁶ bizim tercih ettiğimiz kavram ile kişisel kusur teşkil eder. Zira buradaki kusurlu işlem ve/veya eylemler kamu hizmeti, hizmet araç ve gereçleri ile kamusal yetkilerden tamamen bağımsız değildir.⁶⁷ Hastaya yanlış enjeksiyon yaptığı için kolunun kangren olmasına ve kesilmesine neden olan hemşirenin kusuru kişisel kusur teşkil eder. Kamu görevlisi olan hemşire, bu olaydaki eylemi görev sırasında, görev dolayısıyla ve kamu hizmetinin icrası için kendisine verilen araç ve gereçlerle işlemiştir. Kamu görevlisinin buradaki kusurunun hizmet kusuru oluşturmayacağı, kişisel kusur oluşturacağı kabul edilmektedir. Zira kamu görevlisi olan hemşirenin buradaki fiilinde hizmetten ayrılabilen ve kendine atfedilebilen bir kusur bulunmaktadır. Ancak bu durumda bile kamu görevlisi olan hemşire, meydana gelen zarardan kişisel kusuru dolayısıyla doğrudan sorumlu tutulamaz. Bu olaydaki zarardan ötürü hemşire ile idare birlikte sorumludur. Zira bu kusurlu fiil ile kamu hizmeti veya görevi arasında bir bağ vardır. Bu nedenle buradaki eylemden kaynaklanan zararların tazmini davası idari yargıda doğrudan ilgili idareye karşı açılır. Akabinde de idare, ödediği

⁶⁴ AYM, E. 1974/42, K. 1975/62, T. 25.3.1975, RG: 03.06.1975-15254, (www.anayasa.gov.tr, Son Erişim: 16.01.2023).

⁶⁵ YHGK, E. 2017/4-1322, K. 2020/11, T. 14.01.2020 (https://www.lexpera.com.tr, Son Erişim 28.12.2022).

⁶⁶ Görevsel kusurun tanımı için bkz Düren (n 51) 297–298.

⁶⁷ Akyılmaz, ‘İdarenin Kusur Sorumluluğunda “Görev Kusuru” Karmaşası’ (n 53) 2042.



tazminat için kamu görevlisi olan hemşireye rücu eder.⁶⁸ Bir görüşe göre rücu davası adli yargıda açılır⁶⁹ ve sorumluluk TBK'nin haksız fiil hükümlerine göre belirlenir. Ancak biz bu görüşe iştirak etmiyoruz. Kanaatimizce kamu görevlisine karşı açılan dava idari yargıda görülmelidir. Zira rücu davası, davanın konusu ve tarafları bakımından, adli yargıdan ziyade idari yargı ile alakalı olan bir davadır. Rücu davası kamu görevlisinin kişisel kusurlu fiillerinden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin bir davadır. Davanın konusunu oluşturan uyuşmazlık idare hukuku ilkerinden kaynaklanmaktadır. Bu konularda uzamanlaşmış yargı yerinin idari yargı ve kamu görevlisinin kusurunun oransal olarak idari yargı merhilesince belirlenmesinin daha isabetli olacağı düşünülmektedir.

YHGK 14.01.2020 tarihli bir kararında görev kusuru, kişisel kusur ve salt kişisel kusur kavramlarını şöyle izah etmiştir: "...görev kusuru daha çok kamu görevlisinin görevinden ayrılamayan kişisel kusuru olarak kendini gösterir. Bu kişisel kusur, görev içinde ve dolayısıyla idarenin ajanına yüklediği ödev yetki ve araçlarla işlenmektedir. Kişisel kusurda ise; kamu görevlisinin eyleminde açıkça ve kolayca görevinden ayrılabilen tasarruf ve hatalar görülür. Bir başka deyişle, kişisel kusurda idare nam ve hesabına hareket eden bir kamu görevlisinin idareye atıf ve izafe olunacak yerde, doğrudan doğruya kendi şahsına isnat olunan ve kişisel sorumluluğunu intaç eden hukuka aykırı eylem ve işlemleri belirgindir ve burada kamu görevlisi zarar doğurucu eylemini kamusal görevin yerine getirilmesi saiki ile ancak salt kişisel kusuru ile işlemiştir. Gerek öğretide gerekse yargısal kararlarda personelin kişisel eylem ve davranışları idari eylem ve işlem sayılmamış, kişisel kusura dayanan davaların inceleme yerinin adli yargı olduğu, hasmının da kişinin kendisi olduğu kabul edilmiştir."⁷⁰ Karardan da anlaşılacağı üzere YHGK, kavramları birbirinden ayırma ve tanımlama konusunda zorluk yaşamış ve maalesef kavram karmaşasından dolayı kavramları doğru bir biçimde tanımlayamamıştır. Olayın sadeleştirilebilmesi için temel üç kavramın kullanılmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Bu kavramlar hizmet kusuru, kişisel kusur ve salt kişisel kusurdur. Görev kusuru ve görevsel kusur kavramlarının ise hiç kullanılmaması daha isabetli olur. Çünkü kavram karmaşasına asıl sebebiyet veren kavramlar görev kusuru ve görevsel kusur kavramlarıdır.⁷¹ YHGK'nin kararında görev kusuru olarak belirttiği kusuru kişisel kusur, kişisel kusur olarak ifade ettiği kusuru da salt kişisel kusur olarak ifade etmekteyiz.

⁶⁸ Gürsel Kaplan (n 3) 278–279.

⁶⁹ Cemil Kaya, 'Rücu Tazminat İstemiyle Açılan Davalarda Görevli Yargı Yerinin Belirlenmesi Konusunda Uyuşmazlık Mahkemesi Uygulaması' LXX İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 115, 121.

⁷⁰ YHGK, E. 2017/4-1322, K. 2020/11, T. 14.01.2020; E. 2014/4-110, K. 2015/2600, T. 11.11.2015 (<https://www.lexpera.com.tr>, Son Erişim 28.12.2022).

⁷¹ Kavram karmaşası hakkında detaylı bilgi için bkz Akyılmaz, 'İdarenin Kusur Sorumluluğunda "Görev Kusuru" Karmaşası' (n 53) 2014–2048.

C. KİŞİSEL KUSURUN GÖREV KUSURU VEYA GÖREVSSEL KUSUR OLARAK TANIMLANMASI

Doktrinde kişisel kusur kavramının görev kusuru olarak da ifade edildiği görülmektedir. Bu bağlamda kamu görevlisinin kamu hizmetinden ayrılama-yan kişisel kusurları görev kusuru olarak nitelendirilmekte ve “personelin hizmetten ayrılamayan kişisel kusurları...” şeklinde tanımlanmaktadır.⁷² Duran, kişisel kusuru “personelin ‘görevlerin yerine getirilmesi’ niteliğinde olmayan, yani hizmetten ayrılabilen tutum ve davranışları... açıkça ve kolayca hizmetten ayrılabilen eylem ve kusurları” şeklinde tanımlar. Yazar devamla kavramı şu örnek ile açıklar: “...kamu personeli bilerek ve isteyerek yetkisini kötüye kullanır veya mevzuatta açık ve kesin olarak belirtilen görev ve yetki konusunu ve sınırlarını aşar ya da İdarenin işlev alanı dışına çıkarsa, şahsi fiil ve kusur işlemiş ve kişisel mesuliyetine yol açmış olur.”⁷³ Yazarın şahsi kusur olarak nitelendirdiği kusuru biz kişisel kusur olarak nitelendiriyoruz. Çünkü doğrudan ya da dolaylı olarak yürütülen kamu hizmeti ile herhangi bir bağı olan kusur bizim tercih ettiğimiz kavram ile kişisel kusur; kamu hizmeti, hizmet araç ve gereçleri ile herhangi bir bağı olmayan kusur ise haksız fiil (bizim tercih ettiğimiz terim ile salt kişisel kusur) teşkil eder. Diğer bir ifadeyle kamu görevlisinin kusuru, salt kişisel kusur teşkil ederse, mes’uliyet kendisine ait olur ve buna ilişkin dava adli yargıda görülür. Ancak eğer kamu görevlisinin kusuru idare hukuku bağlamında kişisel kusur teşkil ederse, kamu görevlisi idare ile birlikte sorumlu olur, buna ilişkin davanın da idari yargıda görülmesi gerekir. İdarenin kamu görevlisinin kişisel kusuru dolayısıyla ödediği zararlar için ilgili kamu görevlisine rücu eder.⁷⁴ İdare tarafından kamu görevlisine karşı rücu davasını açmasının zorunlu olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Danıştay 06.05.2016 tarihli bir kararında bu hususu şöyle izah etmiştir: “Anayasanın 129. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca, yargı mercileri tarafından hükmedilen tazminatı ödeyecek olan idarenin, davacının zarara uğramasında sorumluluğu saptanan ilgili kişi veya kişilere yasal yollar çerçevesinde rücu etmesi Anayasa hükmü gereğidir.”⁷⁵ Danıştay’ın bu kararından rücu davasının açılmasının zorunlu olduğu anlaşılmaktadır.

Çalışmamızda kişisel kusur olarak ifade ettiğimiz kavram için doktrinde görevsel kusur kavramı, salt kişisel kusur kavramı için ise kişisel kusur kav-

⁷² Duran, ‘Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu’ (n 14) 105–110.

⁷³ Lûtfi Duran, ‘Yargıtay’ın Kamu Hukukuna Değgin Son Kararları Üzerine Mülâhazalar (III)’ (1985) 18 Amme İdaresi Dergisi 63, 74 vd.; Duran, ‘Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu’ (n 14) 105–110.

⁷⁴ Rücu konusunda ayrıca bkz Lûtfi Duran, ‘Yargıtay’ın Kamu Hukukuna Değgin Son Kararları Üzerine Mülâhazalar (III)’ (n 73) 74.

⁷⁵ Danıştay 10. Daire, E. 2013/6506, K. 2016/2524, T. 06.05.2006 (<https://www.lexpera.com.tr>, Son Erişim: 30.05.2023).



ramı kullanılmış ve görevsel kusur kavramı da "...idarenin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işleyişinde ortaya çıkan bir bozukluk, aksaklık veya boşluk' nedeniyle değil, fakat organ ve personelin, 'kamu görevinin ifası sırasında' ve 'kamu görevinin gereği' dolayısıyla ortaya çıkan ve belli bir personele bağlanabilen zarar..."⁷⁶ yol açan kusur şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımda görevsel kusurun temel ilkelerinin, kamu görevlisinin bir kamu görevini ihlal etmesi, ihlalin kamu görevinin ifası sırasında yapılması, ihlal ile görevin ifası arasında bir gaye ilişkisinin olması şeklinde belirlendiği görülmektedir. Buna göre yürütülen kamu hizmeti ile kusur arasında gaye ilişkisi yoksa kusur, kişisel kusur (salt kişisel kusur) olur. Diğer bir ifade ile ihlal ile ifa sırasındaki zarar gaye ilişkisi ile değil de kamu görevinin yerine getirilmesi vesilesiyle meydana geldiyse burada görevsel kusur değil, kişisel kusur (salt kişisel kusur) sorumluluğu söz konusu olur. Dolayısıyla bu zarardan kamu görevlisi normal bir vatandaş gibi TBK'nin ilgili hükümlerine göre sorumlu tutulur. Bu görüşe göre, örneğin görev başındaki bir polis memurunun bir kavga esnasında kişisel düşmanını yaralaması olayı görevsel kusur değil kişisel kusur oluşturur. Zira yaralama eylemi ile görevin ifası arasında gaye ilişkisi yoktur.⁷⁷

Ancak biz burada yapılan değerlendirme ve varılan neticeye iştirak etmiyoruz. Zira yukarıdaki örnekte polis memuru yaralama eylemini bir kamu görevinin ifası sırasında ve kamu göreviyle alakalı olarak kendisine verilen bir araç (silah) ile işlemiştir. Buradaki olayın salt kişisel kusur olarak değerlendirilebilmesi için olay ile kamu hizmeti, hizmet araç ve gereçleri arasında doğrudan ya da dolaylı hiçbir bağın olmaması gerekir. Hâlbuki yukarıdaki örnekte kamu görevlisi (polis) ile icra edilen kamu hizmeti ve hizmet aracı (silah) arasında bir bağ vardır. Dolayısıyla kanaatimizce bu olaydaki yaralama eylemi ile görevin ifası arasında dolaylı bir bağ mevcuttur. Görüldüğü üzere yaralama eylemi görevin icrası sırasında ve görev dolayısıyla kamu görevlisine verilen araç ile işlenmiştir. Bu nedenle bu olaydaki kusur kişisel kusur teşkil eder ve zarardan da birincil olarak idare sorumludur.⁷⁸

Kamu görevlisinin kişisel kusurunun görev kusuru olarak nitelendirilidiğini ve kavramın da "... görev kusuru, ajanın, 'idari' bir tasarruf yaparken,

⁷⁶ Düren (n 51) 297–298; Duran, 'Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu' (n 14) 59–120.

⁷⁷ Düren (n 51) 295–296.

⁷⁸ Güran, yürütülen kamu hizmeti, kamu kurumu, kamu görevi veya resmi kimlik ile doğrudan ya da dolaylı olarak herhangi bir ilgi ve alakası olmayan kusurları kamu görevlisinin kişisel kusuru (bizim ifademizle salt kişisel kusur) olarak ifade etmiş ve ve bu kusur dolayısı ile meydana gelen zararlardan kamu görevlisinin bizatihi sorumlu olacağını, davanın özel hukuk hükümlerine göre adli yargıda görüleceğini belirtmiştir. Konu hakkında detaylı bilgi ve daha fazla örnek için bkz Sait Güran, 'Anayasa'nın 128 ve 129'uncu Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri İle Bakanların Durumu' (1984) 17 Amme İdaresi Dergisi 28, 28–35; Güran (n 24) 55–56.

mevzuatın, üstlendiği kamu ödevin ve yürüttüğü hizmetin kural, usul ve gereklerine, artık hizmet kusurunun anonimliğinden çıkarak, ferdin kendisine atfı ve izafe edilebilecek boyutlarda ve biçimde aykırı davranışları...” şeklinde tanımlandığını ifade etmekte fayda vardır.⁷⁹ Bu durumda kamu görevlisinin hangi hareketlerinin görev kusuru teşkil edeceğinin, her somut olayda; kamu görevlisinin mevkiine, yeteneklerine, üstlendiği görevin türüne, mevcut hizmet koşullarına, idare hukukunun genel ve özel esaslarıyla, tüm bu kural ve etmenler karşısında kendisinden neyin beklenmesi gerektiğine göre tartışılıp belirlenmesi gerekmektedir. Kamu görevlisi görev kusuru nedeniyle meydana gelen zarardan kusuru oranında sorumlu tutulur. Ayrıca görev kusuru dolayısıyla meydana gelen zararların tazmini için açılacak dava “idari” bir davadır⁸⁰ ve bu dava idari yargıda kamu idaresine karşı açılır.

Önemine binaen doktrinindeki diğer bazı görüşleri de özet bir biçimde aktarmakta fayda vardır. Sarıca, İdari Kaza isimli eserinde kamu görevlisinin kişisel kusuru kavramını çok ayrıntılı bir biçimde, örnekler ve yargı kararları ile izah ettikten sonra “şahsi kusuru” şöyle tanımlamıştır:⁸¹ “...şahsî kusur ve fiil: İdare nam ve hesabına hareket eden bir idare ajan veya memurunun -idare fonksiyonunu ifa sırasında, âmme hizmetini icra zımında, hülâsa idarî bir vazife münasebetiyle- işlediği ve fakat idari fonksiyon, âmme hizmeti, idarî vazife kade, icap ve şartlarına aykırı ve yabancı olan, bu cihetle idareye atfı ve izafe olunacak yerde doğrudan doğruya kendi şahsına isnat olunan ve şahsî mesuliyetini intaç eden yolsuz bir hareket (tir) ...”⁸²

Sarıca’ya göre, idare adına hareket eden herhangi bir kamu görevlisinin bir idari fonksiyonun icrası aşamasında ya da bir kamu hizmetinin icrası dolayısıyla yürüttüğü idari görev nedeniyle işlediği ve ancak idari fonksiyon, kamu hizmeti ve idari görev kurallarına, gerek ve şartlarına aykırı ve yabancı olan, bu sebeple idareye değil doğrudan doğruya kendi şahsına atfedilebilen, yani kamu görevlisinin kişisel sorumluluğunu gerektiren yolsuz davranışları kişisel kusur oluşturur. Sarıca, devamlı kavramı şu örneklerle açıklar: Örneğin bir öğ-

⁷⁹ Güran (n 24) 57.

⁸⁰ Güran (n 24) 55–62.

⁸¹ Sarıca, burada verdiği tanımı bir üst paragrafta da şu cümlelerle ifade etmiştir: “Şahsî kusur’ ‘faute personnelle’ veya ‘şahsî fiil’ ‘fait personel’ tesmiye ettiğimiz kusur ve fiil: İdare nam ve hesabına hareket eden bir idare ajan veya memurunun -idare fonksiyonunun ifası dolayısıyla veya âmme hizmetinin icrası münasebetiyle- işlediği fiil, yaptığı ameliye fonksiyon ve hizmetin fena kurulmasından, kötü işlemeden, hülâsa bizzat idareye atfı gereken her hangi bir aksaklık ve bozukluktan neşet etmeyip doğrudan doğruya ajan veya memurun kendisine isnadı icap eden yolsuz bir hareketten başka bir şey değildir.” Ragıp Sarıca, *İdari Kaza* (Kenan Matbaası 1949) 389.

⁸² Sarıca, *İdari Kaza* (n 81) 389; Ragıp Sarıca, ‘Şahsi Kusur ve Kıstaslar’ (1946) XX İstanbul Barosu Dergisi 87, 91.



retmenin vazifesini icra ettiği sırada (yani okul içinde, sınıfta ya da teneffüste) bir talebeyle hakaret etmesi veya talebeyi dövmesi şahsî bir fiil ve kusur teşkil ettiği gibi; aynı öğretmenin bir tatil gününde sokakta rastladığı bir talebesine hakaret etmesi, onu dövmesi de yine sırf kendi şahsına isnadı gereken ve ancak şahsî sorumluluğunu gerektiren şahsî bir fiil ve kusurdur.⁸³ Sarıca'nın gerek kavramın tanımında gerekse örnek olaylarda izah ettiği iki kusur vardır. Öğretmenin birinci durumdaki kusurunu biz çalışmamızda kişisel kusur olarak ifade ediyoruz. Zira herhangi bir kamu görevlisi kusuru, birinci örnekte olduğu gibi, icra ettiği kamu hizmeti/görevi ile alakalı ya da bu hizmet/görev dolayısıyla kendisine verilen araç, gereç, bilgi ve belgeleri kullanarak işlediğinden bu kusur kişisel kusur teşkil eder.⁸⁴ İdare buradaki zararı, birincil/asli sorumlu kişi olarak, tazmin etmekle yükümlüdür. Öğretmenin ikinci durumdaki davranışı ise salt kişisel kusur teşkil eder ve kamu görevlisi olan öğretmen bu durumdaki zarardan normal bir vatandaş olarak haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olur. Zira ikinci durumdaki davranışın kamu hizmeti/görevi veya bu hizmet/görev dolayısıyla kendisine verilen araç, gereç, bilgi ve belgelerle herhangi bir alakası yoktur. Buradaki fiil ile hizmet arasındaki bağ tamamen kopmuştur. Diğer bir ifadeyle kamu görevlisi için kişisel kusur teşkil eden fiiller kamu görevlisinin doğrudan ve kişisel sorumluluğuna yol açmazken⁸⁵ salt kişisel kusur oluşturan fiiller ise yalnızca kamu görevlisinin kişisel sorumluluğuna yol açar.

Doktrinde kamu görevlisinin kişisel kusurunun görevsel kusur (veya hizmet kusuru ile kaynaşan kişisel kusur) olarak kavramsallaştırıldığı ve kavramın; yürütülen görevin kamu hukukuna tabi olması, kamu görevlisinin zarar doğurucu tutum ve davranışının bu görev esnasında ve görevin gereği olarak icra edilmesi, zararın hizmetin kuruluşu ve düzenlenmesindeki aksaklıktan kaynaklanmaması, yani anonim olmaması, aksine belirli bir personele bağlanabilmesi, yani kişiselleştirilebilmesi şeklinde tanımlandığı görülmektedir.⁸⁶ Buna göre bir kusurun kişisel kusur (görevsel kusur) teşkil edebilmesi için kamu görevlisinin görevinin kamu hukukuna tabi olması, zarara yol açan davranışın bu görev dolayısıyla işlenmesi ve zararın kamu görevlisi açısından kişiselleştirilebilmesi gerekir. Burada kavrama yönelik açıklamalardan da anlaşılacağı üzere aslında hizmet kusuru ile kişisel kusur iç içe girmiştir.⁸⁷

⁸³ Sarıca, *İdari Kaza* (n 81) 389; Sarıca, 'Şahsi Kusur ve Kıstaslar' (n 82) 87–101.

⁸⁴ Kişisel kusur kavramı için bkz Chapus (n 6) 1392; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 3) 546–548; Gözler (n 3) 1138–1142.

⁸⁵ Gürsel Kaplan (n 3) 278–279.

⁸⁶ Gözübüyük ve Tan (n 14) 728; Gözübüyük ve Tan (n 14) 460.

⁸⁷ Düren (n 48) 295; Duran, 'Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu' (n 14) 105–110; Gözübüyük ve Tan (n 14) 731; Tan (n 1) 462–463.

Hukukumuzda kamu görevlisinin kişisel kusurunu tanımlamak için görev kusuru ve kişisel kusur ayrımı da yapılmaktadır. Bu ayrım esas alınarak kişisel kusur kamu görevlisinin ifa ettiği hizmet ve istihdam edildiği kamu kurum veya kuruluşuyla, kısacası taşıdıkları resmi hüviyeti ile doğrudan veya dolaylı bir ilişkisi söz konusu olmayan kusur olarak, yani salt kişisel kusur olarak ifade edilmektedir. Buna göre salt kişisel kusurdan failin kendisi hem mali anlamda hem de cezai anlamda bizzatı sorumludur.⁸⁸ Diğer bir ifadeyle kamu görevlisinin salt kişisel kusuru, mali anlamda idarenin sorumluluğuna yol açmaz. Hizmetten kaynaklanan kusur ile kişisel kusurun iç içe olduğunu ifade etmek için görev kusuru kavramını kullanan yazar kavramı, “görev kusurunda kamu görevlileri veya memurların kusuru ile işgal edilen makam ve yürütülen görev ile bunların sahip buldukları veya kullandıkları hizmetin araç ve imkânları ile resmi hüviyet arasında bir bağlantı kurulmaktadır. Burada kusurun ilgili kamu görevlisi veya memurun görevinden, resmi hüviyetinden soyutlanması mümkün olmaz.”⁸⁹ şeklinde açıklamıştır.

Görüldüğü üzere kamu görevlisi açısından aslında iki tür kusur vardır. Birincisi salt kişisel kusur, diğeri ise kişisel kusur kusurdur. Salt kişisel kusur durumunda kamu görevlisi meydana gelen zarardan haksız fiil hükümlerine göre şahsen sorumludur. Zira zarar ile yürütülen kamu hizmeti, kamu hizmet araç ve gereçleri (imkânları) ile resmi hüviyet arasında herhangi bir bağlantı bulunmamaktadır. Kişisel kusur durumunda ise zarar öncelikli olarak kamu idaresince tazmin edilir, daha sonra idare ödediği tazminattan dolayı kamu görevlisine kusuru oranında rücu eder. Çünkü kişisel kusur ile yürütülen kamu görevi, hizmet araç ve imkânları ile resmi hüviyeti arasında bir bağlantı bulunmaktadır. Daha açık bir ifadeyle burada fiil ile zarar arasındaki neden sonuç ilişkisi/uygun nedensellik bağı tamamen kopmamıştır.

Doktrinde kişisel kusur kavramı, AYM’nin bir kararına atıf yapılarak, şu şekilde de açıklanmıştır: “Kamu görevlilerinin kişisel kusurundan söz edilebilmesi, kişisel kusuru doğuran davranışın, görevin yerine getirilmesi amacıyla görev sırasında veya görev sebebiyle yapılmış olması...”⁹⁰ gerekir. Bu karara göre doğrudan ya da dolaylı olarak kamu faaliyet ve hizmetleriyle ilişkisi bulunmayan eylem ve işlemler kişisel kusur kategorisinde yer almaz. Başka bir anlatımla kamu görevlisinin resmi sıfatından tamamen soyutlanarak, resmi sıfatının en ufak bir rol oynamadığı ve dolayısıyla kamu görevinden, yetkisinden, hizmet araç ve gereçlerinden tamamen bağımsız bir şekilde icra edilen kusurlu bir davranış neticesinde meydana gelen zarardan kamu görevlisi haksız fiil hükümleri çerçevesinde bizzat sorumlu olur.⁹¹ Dolayısıyla yürütülen

⁸⁸ Atay (n 10) 919–920.

⁸⁹ Atay (n 10) 920–921.

⁹⁰ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 3) 545.

⁹¹ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 3) 546.



kamu hizmeti ile doğrudan ya da dolaylı olarak herhangi bir bağı bulunmayan kusur salt kişisel kusurdur ve bu kusurdan kamu görevlisi normal bir vatandaş olarak sorumludur. Ancak kamu görevlisinin yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu hizmetiyle, hizmet araç ve gereçleriyle doğrudan veya dolaylı olarak herhangi bir alakası bulunan kusur ise idari bir kusur olan kişisel kusurdur. Bu kusurdan meydana gelen zararların tazmini için de idari yargıda idareye karşı tam yargı (tazminat) davası açılır ve Anayasa ve 657 sayılı Kanun gereğince idarenin rücu hakkı saklıdır.

III. YARGI KARARLARINDA KİŞİSEL KUSUR KAVRAMI

Kişisel kusur kavramının tanımlanması konusunda doktrinde görüş birliği olmadığı gibi uygulamada da içtihat birliğinin olmadığını ifade etmeliyiz. Hatta bazen aynı mahkemenin kavrama ilişkin zaman içerisinde değişik tanımları bile olmuştur. Bu başlıkta yüksek yargı içtihatları doğrultusunda kişisel kusur kavramı incelenecek ve bu şekilde yüksek yargının kişisel kusur kavramına ilişkin görüşleri tespit edilecektir. Bu amaç doğrultusunda öncelikli olarak AYM'nin önemli bazı kararları incelenecek ve akabinde de diğer yüksek mahkemelerin önemli bazı kararları çerçevesinde kişisel kusur kavramının genel bir tanımı ve çerçevesi belirlenecektir.

A. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA KİŞİSEL KUSUR KAVRAMI

AYM, 25.03.1975 tarihli somut norm denetimine ilişkin verdiği bir kararda salt kişisel kusur ile kişisel kusur kavramlarının ayrımını şöyle açıklamıştır: “Kamu görevlilerinin kişisel kusurundan söz edilebilmesi, kişisel kusuru doğuran eylemin resmî çalışma ve görevin yerine getirilmesi maksadıyla görev sırasında veya görev dolayısıyla yapılmış olmasına bağlıdır. Şu yönü açıklamak gerekir ki, uzaktan veya yakından, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kamu faaliyet ve hizmetleriyle ilişkisi olmayan eylem ve işlemler, o personelin bireysel hareket ve tasarruflarından ibaret olur ki, her vatandaş gibi bunların sonuçlarından da kendilerinin sorumlu tutulması doğaldır.”⁹² Karardan da anlaşılacağı üzere bir kusurun kişisel kusur olarak değerlendirilebilmesi için eylem veya işlemin ya görevin ifası sırasında ya da doğrudan veya dolaylı olarak görevle alakalı olarak yapılmış olması gerekir. Aksi halde hiçbir şekilde görevle bağı olmayan kusur kişisel kusuru değil salt kişisel kusur teşkil eder. Sorumluluk salt kişisel kusur durumunda haksız fiil hükümlerine göre; kişisel kusur durumunda ise idare hukuku ilkelerine göre belirlenecektir. Dolayısıyla mezkûr karara göre kamu görevlisinin eylemi/işlemi, resmî sıfatı ve görevin yerine getirilmesi amacıyla görevin ifası sırasında veya görev dolayısıyla ya-

⁹² AYM, E. 1974/42, K. 1975/62, T. 25.3.1975, RG: 03.06.1975-15254, AYMKD, C. 13, 1976, s. 390.

pılmış ise kusur kamu görevlisi açısından kişisel kusur teşkil eder. Bu durumda zararın tazmini davası ilgili idareye karşı açılır. İdarenin kamu görevlisine, kişisel kusuru oranında, rücu hakkı saklıdır.⁹³ İdarenin rücu konusundaki yetkisinin idarenin takdirinde olmadığını da ayrıca ifade etmemide fayda vardır. AYM'nin bu kararındaki açıklama ve değerlendirmelerin çalışmamız açısından önem arz ettiğini, karardaki değerlendirmelere iştirak ettiğimizi ifade etmekte fayda vardır.

AYM'nin 25.11.2015 tarihli bir kararında yer alan karşı oy gerekçesinde, kişisel kusur şu şekilde ifade edilmiştir: “Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 24.9.1979 tarih ve E.1978/7, K.1979/2 sayılı İçtihadı Birleştirme kararında da idari yargı yerlerince verilen iptal ve yürütmenin durdurulması kararlarını yerine getirmeyen kamu görevlilerinin durumu ele alınarak, bu fiillerinin adli yargıda tazminat davalarına konu yapıp yapılmayacağı irdelenmiş ve aşağıdaki gerekçeyle ‘1- Danıştayca verilen yürütmenin durdurulması veya iptal kararlarının yalnızca uygulanmaması bu kararları uygulamayan kamu görevlilerinin tazminatla sorumlu tutulması için yeterlidir. Sorumluluk için ayrıca kin, garaz, husumet ve benzeri duyguların etkisi altında hareket etmelerinin araştırılması gerekmez. 2- Yürütmenin durdurulması kararını yerine getirmeyen kamu görevlisinin hukuki sorumluluğu yönüne gidilebilmesi için ilgilinin açmış olduğu iptal davası sonucunun beklenmesine gerek yoktur’ sonucuna varılmıştır.”⁹⁴ Aynı gerekçe, “...kamu görevlilerinin yargı kararlarını kasten yerine getirmemesi hali bir ‘salt kişisel kusur’ kabul edilmiş ve bu gibi durumlarda zarar gören kişilerin adli yargıda doğrudan bu kamu görevlilerine karşı tazminat davası açabileceği...”⁹⁵ ifadelerine yer verilmiştir. Görüldüğü üzere karşı oy gerekçesine göre kamu görevlisinin yargı kararlarını kasten yerine getirmemesi salt kişisel kusur teşkil etmektedir. Ayrıca kamu görevlisine karşı adli yargıda tazminat davasının açılması gerektiği de ifade edilmiştir. Ancak biz karşı oy gerekçesinde ifade edilen tanıma ve varılan neticelere iştirak etmiyoruz. Zira bir kusurun salt kişisel kusur teşkil edebilmesi için kamu görevlisinin eylem veya işleminin doğrudan veya dolaylı olarak yürütülen kamu hizmeti, hizmet araç ve gereçleriyle herhangi bir bağının olmaması gerekir. Yargı kararlarını kasten uygulamama durumunda kamu görevlisinin eylemi ile yürütülen kamu hizmeti arasındaki bağ devam etmektedir. Dolayısıyla yargı kararlarının kasten yerine getirilmemesi salt kişisel kusur değil, kişisel kusur oluşturur. Kişisel kusurun

⁹³ AY m. 129/5: “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.”

⁹⁴ AYM, E. 2014/86, K. 2015/109, T. 25.11.2015, RG: 08.01.2016-29587, AYMKD, C. 53/1, 2016, s. 46.

⁹⁵ AYM, E. 2014/86, K. 2015/109, T. 25.11.2015, R.G: 08.01.2016-29587, AYMKD, C. 53/1, 2016, s. 46.



varlığı durumunda da meydana gelen zararların tazmininden ilgili idare sorumludur. İdare, öncelikli olarak zarara uğrayanın zararını tazmin eder akabinde de ödediği bu tazminattan dolayı, kişisel kusurlu kamu görevlisine, kişisel kusuru oranında, rücu eder.⁹⁶ Zararın meydana gelmesinde birden fazla kamu görevlisinin kusurunun bulunması halinde her kamu görevlisi kendi kişisel kusuru oranında zarardan sorumlu tutulur.⁹⁷

AYM, 20.04.2016 tarihli bir kararında hizmet kusuru ile kişisel kusurun iç içe olduğunu şöyle ifade etmiştir: "... İdarenin hizmet kusuru ile kamu görevlisinin kişisel kusuru çoğu zaman iç içe geçtiğinden, kamu görevlisinin kişisel kusuru bazı koşullar altında idarenin hizmet kusuruna da neden olabilir. Bazı durumlarda herhangi bir kamu görevlisine izafe edilsin ya da edilmesin idarenin işleyişinde, kuruluşunda veya düzenlenmesinde nesnel nitelikli bir aksaklık varsa hizmet kusuru ortaya çıkabileceği gibi bazı durumlarda da sadece kamu görevlisinin sorumluluğunu doğuran salt kişisel kusur söz konusu olabilir. Dolayısıyla kamu görevlisinin hangi davranışının kişisel kusur hangi davranışının ise hizmet kusuru olduğu ve bunlardan birinin varlığı hâlinde diğerinin ortadan kalkıp kalkmayacağı konularında derece mahkemelerinin yorumları oldukça önemlidir..."⁹⁸ Görüldüğü üzere AYM bu kararında hizmet kusuru, kişisel kusur ve salt kişisel kusur kavramlarını birlikte değerlendirmiştir. Yüksek Mahkeme hizmet kusurunu "...idarenin işleyişinde, kuruluşunda veya düzenlenmesinde nesnel nitelikli bir aksaklık..." olarak tanımlamıştır. Devamında kamu görevlisinin kişisel kusurunun, "...bazı koşullar altında idarenin hizmet kusuruna...", bazı durumlarda ise sadece "...kamu görevlisinin sorumluluğunu doğuran salt kişisel kusur..."a neden olabileceğini belirtmiştir. Yüksek Mahkemenin mezkûr kararı aynı anda hizmet kusuru, kamu görevlisinin kişisel kusuru ve salt kişisel kusurun birlikte zikredilmiş olması bakımından incelenmeye değer bulunmuştur. Ancak Mahkemenin kavramların birbirinden ayırt edilebilmesi için bazı ilkeler belirleyememiş olması da konunun zorluğunu göstermektedir. Mahkemenin de kararında belirttiği gibi kamu görevlisinin hangi davranışının kişisel kusur hangi davranışının ise hizmet kusuru olduğu ve bunlardan birinin varlığı hâlinde diğerinin ortadan kalkıp kalkmayacağı konularında derece mahkemelerinin yorumları oldukça önemlidir.

⁹⁶ Bahtiyar Akyılmaz, 'İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu' [2006] Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan 1057, 1057–1060; Süheyla Alica, 'Çevre Denetiminde İdarenin Sorumluluğu' (2011) XV Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 87, 115.

⁹⁷ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 3) 559–562. Konuya dair Danıştay içtihadı için bkz Danıştay 12. Daire, E. 1966/2529, K. 1968/1400, T. 17.06.1968 (Aktaran: Akyılmaz, 'İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu', Ankara 2006, s. 1057-1060' (n 96) 1057).

⁹⁸ Aysun Okumuş ve Aytekin Okumuş Başvurusu, B. No: 2013/4086, 20.4.2016, RG: 14.07.2016/29770. Kamu görevlisinin kişisel kusuru hakkında benzer başka bir karar için bkz Ahmet Sevim Başvurusu, B. No: 2013/474, 09.09.2015, RG: 13.10.2015/29501.

AYM, 19.7.2018 tarihli bir kararında bireysel başvuruya konu psikolojik taciz ile ilgili yapılan bir başvuruda kurum müdürü tarafından yapılan işlem ve eylemleri kamu görevlisinin hizmetle alakalı kişisel kusuru olarak değerlendirmiş ve başvurucunun Anayasanın 17. maddesinde güvenceye alınan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁹⁹ AYM'nin bu kararından, kurum müdürünün, başvurucu hakkında hukuka aykırı olarak disiplin işlemleri tesis ettiği, sık sık başvurucunun savunmasını aldığı, görev yaptığı birimleri değiştirdiği, başvurucuyu tehdit ettiği ve başvurucuya hakaret ettiği gibi bazı kişisel saiklerle psikolojik taciz uyguladığı anlaşılmaktadır. AYM, bu başvuruda kurum müdürünün (kamu görevlisinin) burada belirttiğimiz eylem ve işlemlerini salt kişisel kusur olarak değerlendirmemiştir. Aksine kamu görevlisi olan okul müdürünün söz konusu eylem ve işlemleri kamu hizmetinin icrası dolayısıyla işlendiğinden ve kamu görevlisinin bu fiillerinin kamu hizmeti ile bağı tamamen kopmadığından, mezkûr işlem ve eylemleri kişisel kusur olarak değerlendirilmiş ve zararın tazmini konusunda ilgili kamu kurumu sorumlu tutulmuştur. AYM, bu kararı ile kamu görevlisi olan kurum müdürünün psikolojik taciz (mobbing) olarak nitelendirilen eylem ve işlemlerini salt kişisel kusur olarak değil, kamu hizmeti ile alakalı kişisel kusur olarak değerlendirmiştir.¹⁰⁰ AYM'nin başvuruyu Anayasanın 17. maddesinde güvenceye alınan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlali kapsamında değerlendirmesi, kamu görevlisinin “salt kişisel kusuru” ve “kişisel kusuru” kavramlarının ayrımının yapılması bakımından önemlidir.

Özetle kamu görevlisinin doğrudan ya da dolaylı olarak kamu hizmeti, hizmet araç ve gereçleri ile herhangi bir bağı olan kusurları kişisel kusur, herhangi bir bağı olmayan kusurları ise salt kişisel kusur oluşturur. Ancak somut olaylarda özellikle hizmet kusuru ile kişisel kusurun birbirinden ayırt edilmesi çok da kolay değildir. Zira somut vakılarda her iki kusur çoğu zaman iç içedir. Dolayısıyla somut davalarda bu ayrımın yapılmasında hâkimlere, yani derece mahkemelerine büyük iş düşmektedir.

⁹⁹ Ebru Bilgin Başvurusu, B. No: 2014/7998, 19.7.2018, RG: 26.09.2018-30547, §§, 86-94.

¹⁰⁰ YHGK ise 11.11.2015 tarihli bir kararında kamu görevlisinin psikolojik baskı ve bezdiri niteliğindeki davranışlarının salt kişisel kusur teşkil ettiğini şu şekilde açıklamıştır: “... davacı, kendisine karşı psikolojik baskı ve bezdiri uygulandığı gerekçesi ile manevi tazminat isteminde bulunduğu davacının istemini dayandırdığı bu maddi olgulardan, davalı dekanın göreviyle ilgili bir eylemine değil, salt kişisel kusuruna dayanıldığı anlaşılmaktadır.” YHGK, E. 2014/4-110, K. 2015/2600, T. 11.11.2015 (<https://www.lexpera.com.tr>, Son Erişim: 28.12.2022). YHGK'nin değerlendirmelerin AYM'nin yukarıdaki değerlendirmeleriyle çeliştiği görülmektedir. Açıkçası YHGK'nin kararına konu olan ve mobbing teşkil eden dışlama ve tecrit etme politikasının uygulanması, mesaiye gelmediğinden bahisle kişi hakkında soruşturmanın açılması, söylenmemiş sözlerin söylenmiş gibi rektörlük makamına aktarılması, bir takım resmi yazılarla gereksiz uyarılara maruz kalınması, kişinin ruh ve beden sağlığının bozacak tarzdaki eylem ve işlemler kamu görevi dolayısıyla işlendiğinden salt kişisel kusur değil, kişisel kusur teşkil ettiği kanaatindeyiz.

B. YARGITAY KARARLARINDA KİŞİSEL KUSUR KAVRAMI

Kişisel kusur kavramını en fazla tartışan yüksek mahkeme Yargıtay olduğundan, Yargıtay'ın konuya dair önemli bazı kararları bağlamında kavram incelenecektir. Yargıtay'ın bakışının belirlenmesi önem arz etmektedir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, Danıştay tarafından verilen yürütmenin durdurulması veya iptal kararlarının uygulanmaması halinin bu kararları uygulamayan kamu görevlisinin kişisel sorumluluğuna yol açacağını; sorumluluk için kamu görevlilerinin kin, hınç, düşmanlık ve benzeri duyguların etkisi altında davrandıklarının ispatına ayrıca gerek olmadığına dair 1979 tarihli bir kararında doktrine de atıf yaparak, kişisel kusuru "...idare ajanının kamu görevini yerine getirirken, idare fonksiyonu, kamu görevi gerek ve koşullarına aykırı ve yabancı olan, bu nedenle idareye atıf ve isnad olunmayan, doğrudan doğruya ajanın şahsına isnad olunan ve kişisel sorumluluğunun gerektiren tutum ve davranışı..." şeklinde tanımlamıştır.¹⁰¹ Karardan da anlaşılacağı üzere mahkeme kararlarının yerine getirilmemesinin 1979 tarihinde YİBBGK tarafından kişisel kusur olarak değerlendirildiği ve netice itibarıyla kamu görevlisinin meydana gelen zararlardan sorumlu tutulacağına hükmedildiği görülmektedir.

YİBBGK, mahkeme kararlarının yerine getirilmemesini salt kişisel kusur olarak değerlendirmiştir. Ancak yukarıda ifade ettiğimiz üzere biz YİBBGK'nin kişisel kusur kavramına yüklediği anlam ve vardığı sonuca ilişkin değerlendirmelerine iştirak etmiyoruz. Zira biz mahkeme kararlarının yerine getirilmemesinin kişisel kusur teşkil ettiği kanaatindeyiz. Kamu görevlisi, mahkeme kararlarını yerine getirmeme kusurunu kamu hizmetini ifa ettiği bir zaman diliminde işlemektedir. Buradaki kusurun kamu hizmetinden bağımsız gerçekleşmesi mümkün değildir.

Kurum amirinin süreklilik gösteren bezdiri niteliğindeki eylemleri ile ilgili bir uyuşmazlıkta Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2018 tarihli bir kararında¹⁰² hizmet kusuru, kişisel kusur ve salt kişisel kusur kavramlarını birbirinden farklı ve maalesef kavramları karıştırarak kullanmıştır. YHGK, bir kamu görevlisi olan rektörün süreklilik gösteren bezdiri niteliğindeki eylemlerini salt kişisel kusur olarak değerlendirmiş ve bundan dolayı rektörün şahsen sorumlu olması gerektiğine şöyle karar vermiştir: "...Tüm bu açıklamalar ve ortaya konulan

¹⁰¹ YİBBGK aynı kararında "...Danıştay'ca verilen yürütmenin durdurulması veya iptal kararlarının yalnızca uygulanmamasının bu kararları uygulamayan kamu görevlilerinin tazminatla sorumlu tutulması için yeterli olduğuna, sorumluluk için ayrıca kin, garaz, husumet ve benzeri duyguların etkisi altında hareket etmelerinin araştırılmasına gerek olmadığı..." hususunu önemine binaen tekraren belirtmiştir. YİBBGK, E. 1978/7, K. 1979/2, T. 22.10.1979, YKD, C. 5, S. 11, Ankara 1979, s. 1531-1532.

¹⁰² YHGK, E. 2017/4-1433, K. 2018/49, T. 17.01.2018 (<https://www.lexpera.com.tr>, Son Erişim: 28.12.2022).

yasal düzenlemeler ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacı, davalının süreklilik gösteren yıldırma niteliğindeki eylemleri sebebiyle manevi zarar gördüğü gerekçesi ile manevi tazminat isteminde bulunduğundan davacının istemini dayandırdığı bu maddi olgulardan, davalı rektörün göreviyle ilgili bir eylemine değil, salt kişisel kusuruna dayanıldığı anlaşılmaktadır. Hâl böyle olunca, davalının görevi dışında kalan kişisel kusuruna dayanıldığına ve hizmet kusuru niteliğinde bir eylemi bulunmadığı anlaşıldığına göre, husumetin kamu görevlisi olan davalıya yöneltildiği eldeki davanın adli yargı yerinde görülerek işin esasının incelenmesine işaret eden ve Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır...¹⁰³ YHGK bu kararda kamu görevlisinin kişisel kusurunu, görevden kolayca ayrılabilen ve görev dışında kalan kusurlu eylem ile kamu görevi arasındaki bağ kesilerek kamu görevlisinin salt kişisel kusuru şeklinde tanımlamıştır.¹⁰⁴

YHGK aynı kararında devamlı mezkûr kavramlara ilişkin açıklamalarını şu şekilde sürdürmüştür: "...görev kusuru, daha çok kamu görevlisinin görevinden ayrılmayan kişisel kusuru olarak kendini gösterir. Bu kişisel kusur, görev içinde ve dolayısıyla idarenin ajanına yüklediği ödev yetki ve araçlarla işlenmektedir. Kişisel kusurda ise; kamu görevlisinin eyleminde açıkça ve kolayca görevinden ayrılabilen tasarruf ve hatalar görülür. Bir başka deyişle, kişisel kusurda idare nam ve hesabına hareket eden bir kamu görevlisinin idareye atıf ve izafe olunacak yerde, doğrudan doğruya kendi şahsına isnat olunan ve kişisel sorumluluğunu intaç eden hukuka aykırı eylem ve işlemleri belirgindir ve burada kamu görevlisi zarar doğurucu eylemini kamusal görevin yerine getirilmesi saiki ile ancak salt kişisel kusuru ile işlemiştir. Gerek öğretide gerekse yargısal kararlarda personelin kişisel eylem ve davranışları idari eylem ve işlem sayılmamış, kişisel kusura dayanan davaların inceleme yerinin adli yargı olduğu, hasmının da kişinin kendisi olduğu kabul edilmiştir..."¹⁰⁵ Biz Yargıtay'ın bu değerlendirmelerine iştirak etmiyoruz. Zira biz kamu görevlisinin tamamıyla görevi dışındaki kusurlarını salt kişisel kusur olarak ifade ediyoruz. Salt kişisel kusur için kamu hizmeti, hizmet araç ve gereçleri ile kamu görevlisinin fiili arasındaki bağ tamamen kopması gerekir. Aksi halde kamu görevlisinin işlem ve eylemleri ile

¹⁰³ YHGK, E. 2017/4-1433, K. 2018/49, T. 17.1.2018. Aynı yönde bkz. Y4HD, E. 2016/5182, K. 2016/7395, T. 02.06.2016 (<https://www.lexpera.com.tr>, Son Erişim: 28.12.2022).

¹⁰⁴ "...görevden kolayca ayrılabilen ve görev dışında kalan kusurlu eylem ile kamu görevi arasındaki bağ kesilerek salt memurun ya da kamu görevlisinin kişisel kusuru ile karşı karşıya kalınmaktadır..." YHGK, E. 2017/4-1433, K. 2018/49, T. 17.01.2018. Aynı yönde bkz. YHGK, E. 2017/4-1394, K. 2019/494, T. 30.04.2019 (<https://www.lexpera.com.tr>, Son Erişim: 28.12.2022).

¹⁰⁵ YHGK, E. 2017/4-1433, K. 2018/49, T. 17.01.2018 (<https://www.lexpera.com.tr>, Son Erişim: 28.12.2022).



kamu hizmeti, hizmet araç ve gereçleri arasındaki bağ tamamen kopmamışsa kamu görevlisinin kişisel kusurunun varlığı devam etmektedir. Çünkü kamu görevlisinin kişisel kusuru ile salt kişisel kusuru kavramları birbirinden farklı kavramlardır. Aslında Yargıtay'ın mezkûr kararında görev kusuru olarak ifade ettiği kusuru biz kişisel kusur olarak ifade etmekteyiz. Yargıtay ise kişisel kusuru görev kusuru olarak, görev kusurunu da görevden ayrılamayan kusur olarak ifade etmiştir. Görev kusuru yerine kamu görevlisinin kişisel kusuru kavramını tercih etmemizin temel gerekçelerinden biri de görev kusurundan kastın hizmet kusuru olmasıdır. Dolayısıyla hizmet kusuru ile görev kusurunun birbirinden ayırt edilebilmesi için görev kusuru kavramının hiç kullanılmaması gerektiği kanaatindeyiz. Ancak bu şekilde kavram karmaşasına son verilebilir. Aksi halde kamu hizmetinin kurulması, düzenlenmesi veya işleyişindeki bozukluk, aksaklık, eksiklik, düzensizlik ve sakatlık olarak tanımlanan hizmet kusuru ile kişisel kusur kavramlarının ayrıştırılması pek kolay olmayacaktır.

Görüldüğü üzere aslında gerek yargı kararlarında gerekse doktrinde kavram karmaşası yaşanmaktadır. Bu karmaşanın son bulması için çalışmamızda kamu görevlisinin sorumluluğu bakımından üç temel kavramın kullanılmasını öneriyoruz. Birincisi salt kişisel kusur, ikincisi kişisel kusur, üçüncüsü ise hizmet kusurudur. Salt kişisel kusurlar, kamu görevlisinin normal bir vatandaş olarak tamamıyla görevin dışında işlediği kusurlardır. Bu durumda meydana gelen zararlardan kamu görevlisi normal bir vatandaş olarak haksız fiil hükümlerine göre şahsen sorumludur. Bu zararların tazmini için doğrudan kamu görevlisinin şahsına karşı adli yargıda dava açılır. Kamu görevlisinin yürütülen görevle bağı tamamen kopmayan, yani dolaylı da olsa yürütülen kamu görevi/hizmeti, hizmet araç ve gereçleri ile alakası devam eden kusurlar kişisel kusur oluşturur. Bu durumda zarar önce idarece tazmin edilir. Daha sonra idare ödediği zararlar için, kusuru oranında, ilgili kamu görevlisine rücu eder. Hizmet kusuru ise objektif nitelikli idari bir kusurdur. Bu durumda meydana gelen zararlardan idare sorumludur. Hizmet kusurunun varlığı durumunda dava doğrudan ilgili idareye karşı idari yargıda açılır ve zarardan da idare sorumludur. Bu durumda tazmin edilen zararlardan dolayı kamu görevlisine rücu edilebilmesi mümkün değildir. Görüldüğü üzere hizmet kusuru ile kişisel kusur ayrımının pratik önemi rücu edilebilirlikte ortaya çıkmaktadır.

YHGK, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken, kusurlu davranışları ile üçüncü kişilere verdikleri zararların tazmini için açılan tazminat davası ile ilgili 25.12.2013'te verdiği bir kararda hizmet kusuru ile kişisel kusur ayrımını şöyle ifade etmiştir: "İdare hukuku ilkeleri çerçevesinde olaya bakıldığında ise, bir kamu görevlisinin görev sırasında, hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlerine ilişkin kişisel kusurunun, kasti suç niteliği taşısa bile hizmet kusuru oluşturacağı ve bu nedenle açılacak davaların ancak idare aleyhine açılabileceği bilinen ilkelerindedir. Tüm bu açıklamalar gös-

termektedir ki, kişilerin uğradığı zararlar, zarara sebebiyet veren kamu personelinin yürüttüğü görev arasında herhangi bir ilişki kurulabiliyorsa, ortada görevle ilgili bir durum var demektir ve bu tür davranışlar kasten veya ihmalen işlenmesine bakılmaksızın, kamu personelinin hizmetten ayrılamayan kişisel kusurları olarak ortaya çıkmakta ve bu husus, 657 Sayılı Yasa'nın 13'üncü maddesindeki "kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlar" ibaresinde ifadesini bulmaktadır."¹⁰⁶ Kamu görevlilerinin suç teşkil eden fiillerinden kaynaklanan zararlar kamu idaresince tazmin edilmektedir. Ancak akabinde bu zararlar için kamu görevlisine, kişisel kusuru oranında, rücu edilmektedir. Rücu meselesinde kamu görevlisinin işlem ve eylemlerinin doğru tanımlanması önem arz etmektedir. Kamu görevlisinin sadece kişisel kusur teşkil eden eylem ve işlemlerinden kaynaklanan zararlar için kendisine rücu edilebilme, hizmet kusurundan doğan zararlardan dolayı kendisine rücu edilememektedir.

YHGK, 2015 tarihli bir kararında da hizmet kusuru ile kamu görevlisinin salt kişisel kusurunu birbirinden ayırmakta ve her iki kusuru da ayrı ayrı şu şekilde tanımlamaktadır: "...kamu görevlilerinin veya bunların kullandıkları araç ve gereçlerin kusur, ihmal ve hatalarından dolayı kamu hizmetinin yerine getirildiği sırada kişilerin zarar görmesi halinde meydana gelecek kusur kamu kurumunun hizmet kusurunu oluşturur. Burada, kamu görevlisinin hizmetten ayrılabilen kişisel kusurundan bahsetmek kesinlikle mümkün değildir. Kamu görevlisinin buradaki kusuru hizmet kusurunu oluşturur. Hizmetten ayrılabilen kişisel kusur ise kamu hizmeti ile ilgisi olmayan kamu görevlisinin özel hayatı ile tamamen özel tutum ve davranışlarından kaynaklanan bir kusurdur."¹⁰⁷ Karardan da anlaşılacağı üzere YHGK burada hizmet kusuru ile salt kişisel kusur ayrımını yapmıştır. Yürütülen kamu hizmeti ile doğrudan ya da dolaylı olarak bağı olmayan, yani hizmetten kolaylıkla ve tamamıyla ayrılabilen ve kamu görevlisinin kişisel tutum ve davranışlarından kaynaklanan kusur ise salt kişisel kusurdur.¹⁰⁸

¹⁰⁶ YHGK, E. 2013/4-419, K. 2013/1690, T. 25.12.2013 (<https://www.lexpera.com.tr>, Son Erişim: 28.12.2022).

¹⁰⁷ YHGK, E. 2013/4-417, K. 2014/81, T. 05.02.2014 (<https://www.lexpera.com.tr>, Son Erişim: 28.12.2022).

¹⁰⁸ Yargıtay konuya ilişkin olarak 2019'da verdiği bir kararında kamu görevlilerinin salt kişisel kusurlarından kaynaklanan davaların adli yargıda görüleceğini şöyle ifade etmiştir: "Anayasa'nın 129/5 maddesinde; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, ancak idare aleyhine açılabilmesi benimsenmiştir. Ne var ki, bu kural mutlak olmayıp; idari yetkilerin kullanılma alanı ile, eş anlatımla, idari işlem ve eylem niteliğini yitirmemiş davranışlar ile sınırlıdır. Özellikle, haksız eylemlerde; kamu görevlisinin, Anayasa'nın bu güvencesinden yararlanma olanağı bulunmamaktadır. Somut olayda; davacı-karşı davalı..., dava dilekçesinde; davalı-karşı davalının Yüksek Öğretim kurumu Başkanlığı'na



Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 18.09.2019 tarihli bir kararında da doğrudan salt kişisel kusur kavramını kullanmakta ve salt kişisel kusuru da haksız fiil olarak nitelendirmektedir. Dava konusu edilen somut olayda, olayın vuku bulunduğu tarihte emniyet amiri olan kişi, aynı yerde emniyet müdürü olarak görev yapan kişiye, kişiye özel bir uyarı yazısı hazırlayarak kendisine tebliğ edilmiş gibi işleme koyup, devamında da ilgiliye düşük sicil notu vermiştir. Emniyet müdürü de emniyet amirinin bu işlemine karşı idari yargıda iptal davası açmış, mahkeme işlemin iptaline karar vermiş ve akabinde de adli yargıda amirin şahsına karşı tazminat davası açmıştır. Uzun bir yargılama sürecinden sonra konu Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'ne intikal etmiş ve Daire konuyu şöyle değerlendirmiştir: “Somut olay değerlendirildiğinde; davacının istemini dayandırdığı iddiaların davalı kamu görevlisinin göreviyle ilgili bir eylemine değil, salt kişisel kusuruna dayalı haksız eylem niteliğinde olduğu, bu nedenle davalıya husumet düştüğü anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, davalının görevi dışında kalan salt kişisel kusuruna dayanıldığına, eylemin görevle ilgili olmamasına ve hizmet kusuru niteliğinde bulunmamasına göre, eldeki uyuşmazlığın adli yargı yerinde görülüp, çözülmesi gerektiğinden husumetin davalıya yöneltilmesinde isabetsizlik bulunmamaktadır.”¹⁰⁹ Yüksek Mahkeme'nin olayı değerlendirmesinde hukuki isabet bulunmadığı kanaatindeyiz. Zira davanın esasını bir idari işlem oluşturmaktadır. Yargıtay'ın mezkûr kararından, davacının öncelikli olarak idari yargıda idari işlemin iptali davasını açtığı ve idare mahkemesinin de işlemin iptaline karar verdiği anlaşılmaktadır.¹¹⁰

ve Cumhuriyet Savcılığına kendisi hakkında şikayet dilekçeleri gönderdiğini, bu şikayet dilekçelerinde davalının kendisine haksız ithamlarda bulunduğunu, iş ve arkadaş çevresi önünde küçük düşürdüğünü belirterek manevi tazminat isteminde bulunmuştur. Şu halde davacı-karşı davalı, davalı- karşı davalının açıkça kişisel kusuruna dayanarak tazminat isteminde bulunmuştur. Kamu görevlilerinin, kişisel kusuruna dayanan davalar, adli yargı yerinde ve özel hukuk hükümleri uyarınca çözümlenmelidir. Kamu görevlisi konumunda bulunan karşı davacı hakkında Anayasa m. 129/5 hükmünün uygulanabilmesi söz konusu olamayacağından husumet yokluğu nedeni ile ret kararı verilmiş olması doğru değildir. Mahkemece, karşı davanın esaslı incelenmeli ve taraf delilleri toplanmalı ve oluşacak sonuca karar verilmelidir. Açıklanan nedenlerle, karşı davanın husumet yönünden reddine karar verilmesi doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir.” Ancak Yargıtay kararında salt kişisel kusur kavramı yerine kişisel kusur kavramını kullanmaya devam ettiği görülmektedir. Y4HD, E. 2018/5196, K. 2019/1521, T. 18.03.2019 (<https://www.lexpera.com.tr>, Son Erişim: 28.12.2022).

¹⁰⁹ Y4HD, E. 2019/2070, K. 2019/3990, T. 18.09.2019 (<https://www.lexpera.com.tr>, Son Erişim: 28.12.2022).

¹¹⁰ “... 5. İdare Mahkemesi'nin 22.10.2007 tarihli 2006/1918 esas 2007/2248 karar sayılı ilamında sicillerin objektifliği ilkesi çerçevesinde değerlendirmenin, keyfi bir biçimde olmadığını ortaya koymak bakımından, yetkili sicil amirlerinin kanaatinin oluşmasına etki eden hususların somut bilgi ve belgeye dayandırılmasının zorunluluk arz edeceği, dosya içeriğinden davacı sicilinin önceki sicillerinden daha düşük düzenlenmesini gerektirecek herhangi bir disiplin cezasının bulunmadığı, sicil notunun (orta) düzeyine düşürülmesinin

Bir idari işlemin varlığı halinde doğrudan kamu görevlisinin salt kişisel kusurundan bahsetmemiz mümkün değildir. Zira kamu görevlisinin; idari işlemi kamu idaresi adına, resmi olarak görevinin başında bulunduğu bir zaman diliminde ve kamu idaresinin kendisine verdiği yetkiyi kullanarak yaptığı tartışmasızdır. Bu nedenle mezkûr kararda işlemin haksız fiil olarak nitelendirilmesinde hukuki anlamda bir değerlendirme hatası olduğu düşünülmektedir. Ayrıca karar kendi içinde de çelişkilidir. Kararın gerekçesinde “Anayasanın 129/5. maddesiyle 657 Sayılı Kanunu’nun 13/1. maddesi gereğince memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu eylemleri nedeniyle oluşan zararlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve yasada gösterilen biçim ve koşullara uygun olarak idare aleyhine açılabilir. İdare aleyhine böyle bir davanın açılabilmesi, hizmet kusurundan kaynaklanmış, idari işlem ve eylem niteliğini yitirmemiş davranışlar ile sınırlıdır.” denilmektedir. Gerekçenin bu kısmında bir isabetsizlik yoktur. Ancak devamında bir kamu görevlisinin görevi başındayken yürüttüğü kamu hizmeti dolayısıyla yaptığı idari işlemin salt kişisel kusur, yani haksız fiil olarak nitelendirilmesi idare hukuku ilkeleri ile bağdaşmamaktadır. Gerekçenin devamında da yukarıdaki değerlendirme doğru bir biçimde yapıldıktan sonra sonuç olarak “...kamu görevlisinin, özellikle haksız eylemlerde, Anayasa ve özel yasalardaki bu güvenceden yararlanma olanağı bulunmamaktadır...” denilerek bir idari işlemin haksız fiil olarak değerlendirildiği görülmektedir. Dolayısıyla kararın sonuç cümlesi ile gerekçenin aktardığımız kısmının çelişkili olduğu anlaşılmaktadır.

Somut olayda emniyet amirinin kişisel bir takım saiklerle/davranışlarla hareket ettiği açıktır. Ancak emniyet amiri bu kişisel kin ve garazını bir kamu hizmetini yürütürken (resmi ve fiili olarak görevinin başındayken), kamu gücünü kullanarak bir idari işlem ile icra ettiğinden, burada idarenin sorumluluğuna yol açan kamu görevlisinin kişisel kusuru olarak nitelendirdiğimiz bir kusur vardır. Bu nedenle meydana gelen zararların tazmininde birinci derecedeki sorumluluk ilgili idareye aittir. İdare zararı tazmin ettikten sonra, ödediği zararlar için, kamu görevlisine kişisel kusuru oranında rücu etmelidir. Bu karardan da anlaşılacağı üzere hizmet kusuru, kişisel kusur ve salt kişisel kusur ayrımının doğru bir biçimde yapılmasının önemi fevkalade büyüktür.¹¹¹

hukuken geçerli somut bilgi ve belgelerle kanıtlanamaması karşısında anılan yıl sicilinin geçmiş yıl sicillerinden düşük düzenlenmesine ilişkin işlemde objektif ölçütlere uygun bir biçimde hareket edilmediği sonucuna varıldığı, bu durumda davacının 2003 yılı sicilinin 71 (orta) olarak düzenlenmesi işleminde hukuka uyarlık bulunmadığı, açıklanan nedenle dava konusu işlemin iptaline karar verildiği, ...anlaşılmaktadır.” Y4HD, E. 2019/2070, K. 2019/3990, T. 18.09.2019 (<https://www.lexpera.com.tr>, Son Erişim: 28.12.2022).

¹¹¹ YHGK şu kararlarında da benzer ilkeleri benimsemiştir: E. 2000/4-1650, K. 2000/1690, T. 15.11.2000; E. 2001/4-595, K. 2001/643, T. 26.09.2001; E. 2006/4-86, K. 2006/111, T. 29.03.2006; E. 2007/4-640, K. 2007/725, T. 17.10.2007; E. 2007/4-800, K. 2007/797, T.



Kamu görevlisi olan doktorun bir kamu hastanesinde görev yaptığı esnada, dava dışı başka bir doktor ile birlikte, yaptıkları tetkik ve uyguladıkları tedavi neticesinde taksirle bir hastanın ölümüne sebebiyet verdikleri bir olayda müteveffanın yakınlarının Sağlık Bakanlığı aleyhine açtıkları tam yargı davasında idare mahkemesi davacılara tazminat ödenmesine karar vermiştir. Sağlık Bakanlığı da ödediği tazminatın yarısını kişisel kusuru olan doktordan rücu eden tazminini talep etmiş ve tahsilini sağlamıştır. Davaya ilişkin uyuşmazlık, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'ne intikal ettirilmiş ve Daire 08.07.2019 tarihli kararında¹¹² kamu görevlisinin kişisel kusur sorumluluğu ve rücu sorununa ilişkin olarak idarenin ödediği zarardan dolayı kamu görevlisi olan doktora kusuru oranında rücu edebileceğine karar vermiştir.¹¹³ Yüksek Mahkeme'nin bu kararı, kamu görevlisinin kişisel kusurunun belirlenmesi, kişisel kusur durumunda zararın öncelikli olarak ilgili idarece tazmin edilmesi ve devamında da kamu idaresinin ödediği tazminattan dolayı, kişisel kusuru oranında, kişisel kusurlu kamu görevlisine rücu edebilmesi açısından büyük önem arz etmektedir. Zira bu karar çalışmamızın tamamında ifade ettiğimiz iddialarımızı desteklemesi anlamında istisnai bir karardır.

31.10.2007; E. 2008/4-156, K. 2008/140, T. 20.02.2008 (<https://www.lexpera.com.tr>, Son Erişim: 28.12.2022).

¹¹² Y11HD, E. 2019/2062, K. 2019/5048, T. 08.07.2019 (<https://www.lexpera.com.tr>, Son Erişim: 28.12.2022).

¹¹³ “6100 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 61. maddesi uyarınca, birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdiği veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, sorumlular hakkında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanmaktadır. Anayasa'nın 40/3 maddesine göre kişinin, resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır. Aynı zamanda Anayasa'nın 129/5 maddesine göre memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir. Devletin birlikte zarara sebebiyet verdiği ya da zarardan çeşitli sebeplerden dolayı birlikte sorumlu olduğu durumlarda Anayasa'nın amir hükmü gereği sadece devlet aleyhine dava açılabilir. Bu dava sonucunda idare tazminat ödemeye mahkûm edilir ise, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. Madde 1. fıkrasının son cümlesi uyarınca, idarenin genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı bulunmaktadır. Zarar birden çok kamu görevlisinin kişisel kusuruna dayanmakta ise, idare her kamu görevlisine sadece kendi kusuru oranında rücu edecektir. Nitekim, devletin zarar görene ödediği tazminat için, zarara sebep olan kamu görevlisine genel ilkelere göre kusur oranında rücu edebileceği doktrinde de ifade edilmektedir.” Y11HD, E. 2019/2062, K. 2019/5048, T. 08.07.2019 (<https://www.lexpera.com.tr>, Son Erişim: 28.12.2022). Konu hakkında detaylı bilgi için bkz Akyılmaz, ‘İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu’ (n 97) 1057–1060; Yunus Aykın, ‘Danıştay Kararlarında Hizmet Kusuru-Kişisel Kusur Ayrımı’ (Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi 2009) 529–535.

C. DANIŞTAY KARARLARINDA KİŞİSEL KUSUR KAVRAMI

Uygulamada kişisel kusur kavramı Danıştay'dan ziyade Yargıtay tarafından incelenmiştir. Bu husus konuya ilişkin Yargıtay tarafından verilen kararların sayısından da anlaşılmaktadır. Fakat kavramın Danıştay tarafından da tartışıldığı ve bilhassa idarenin ödediği tazminattan dolayı kamu görevlisine kişisel kusuru oranında rücu edilmesine karar verildiği çok sayıda Danıştay kararı bulunmaktadır. Danıştay'a göre kamu görevlisinin kişisel kusurunun bulunduğu durumlarda kişisel kusurun tespiti ve devamla idarece ödenen tazminattan ötürü kamu görevlisine rücu edilmesi gerekir. Konunun daha iyi anlaşılması için burada Danıştay'ın konuya ilişkin önemli bazı kararları, tarihi sıralamaya dikkat edilerek, değerlendirecektir. Böylece kişisel kusur kavramı müstakil bir idari kavram olarak daha iyi incelenmiş olunacaktır.

Genel bir uygulama olmamakla beraber Danıştay bazı kararlarında hükmedilen tazminat miktarından hangi kamu görevlisinin hangi oranda sorumlu tutulacağını da belirtmiştir.¹¹⁴ Öncelikli olarak Danıştay 8. Dairesi'nin, 12 Şubat 1963 tarihli meşhur KONURALP¹¹⁵ kararı ile başlamakta fayda vardır. Daire, mezkûr karara konu olayla ilgili, dönemin Fransız sistemi ile paralellik arz edecek biçimde karar vermiştir. İlgili Daire, karara konu olayda üniversite rektörü tarafından bir öğretim üyesinin (profesörün) işten el çektirilmesine dair alınan bir karar dolayısıyla açılan tazminat davasında kararın alınmasında idarenin ağır hizmet kusuru ile beraber kararı alan (işlemi yapan) kamu görevlisinin de şahsi (kişisel) kusurunun bulunduğunu belirterek kamu görevlisinin de hükmedilen tazminatın yüzde kırkıdan sorumlu tutulması gerektiğine karar vermiştir.¹¹⁶ Mezkûr kararda

¹¹⁴ Cemil Kaya, *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Konusuna Danıştay'ın Yaklaşımı (İYUK Madde 28 Üzerine Bir İnceleme)* (İstanbul, 2013) 91.

¹¹⁵ Konuyla alakalı olarak Danıştay 8. Dairesinde iki ayrı dava açılmıştır. Birinci dava, İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü'nün 30.05.1962 tarih ve 12319 sayılı yazısı ile Tıp Fakültesi Dekanlığı vazifesinden el çektirilen Prof. Dr. Halit Ziya Konuralp'ın açtığı iptal davasıdır (D8D, E. 1962/1646, K. 1963/1191, T. 12.02.1963). Bu davada Daire, dava konusu işten el çektirme işleminin iptaline karar vermiştir. İkinci dava ise yine davacı Konuralp tarafından İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü'ne karşı işlemin iptalinden sonra açılan tam yargı davasıdır (D8D, E. 1962/2867, K. 1963/1192, T. 12.02.1963). Bu davada da aynı Daire, davacının maddi ve manevi tazminat taleplerinin kısmen kabulüne ve kişisel kusurlu kamu görevlisinin de kusuru oranında zarardan sorumlu tutulmasına karar vermiştir. Kararlar hakkında detaylı bilgi için bkz Lûtfi Duran, *İdare Hukuku Meseleleri* (1964) 181–192; Akyılmaz, 'Kamu Görevlilerinin Kusurlarıyla Üçüncü Şahıslara Vermiş Oldukları Zararlardan Doğan Mali Sorumluluk' (n 1) 59; Akyılmaz, 'İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu' (n 97) 539; Dönmez (n 60) 22–24.

¹¹⁶ Danıştay 8. Dairesi'nin mezkûr kararının ilgili kısmı "...iptal edilen bu kararın ittihazındaki ağır hizmet kusurunun husulüne Rektör ...'ın şahsi kusurunun da yüzde kırk nisbetinde tesiri bulunduğu, olayın başlayış, akış ve kararın alınış ve uygulanış şekil ve seyrinden anlaşılmasına binaen davalı idarenin tazminat miktarının yüzde kırkı nisbetinde Rektörün şahsına rücu etmekte muhtar bulunmasına, ...karar verildi." şeklindedir. D8D, E. 1962/2867,



Danıştay 8. Dairesi, daha evvel iptal edilen idari işlemdeki ağır hizmet kusuruna rektör olan kamu görevlisinin kişisel kusuru ile sebep olduğunu belirterek, ilgili kamu görevlisinin (rektörün) de olayın başlayış, akış ve kararın alınış ve uygulanış şekil ve seyrinden dolayı kusurlu olduğuna, dolayısıyla kişisel kusurlu kamu görevlisinin de davalı idare ile birlikte tazminattan sorumlu tutulması gerektiğine hükmetmiştir. Danıştay 8. Dairesi'nin bu ve devamındaki kararlarının kişisel kusur kavramının tanımlanması ve sorumluluğun belirlenmesi açısından önem arz ettiği tartışmasıdır. Ancak burada kişisel kusurlu kamu görevlisinin davaya müdahil edilmemesi ve kişiye savunma hakkının tanınmaması bakımından da kararın eleştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira yargılama neticesinde hükmedilen tazminatın bir kısmından kişisel kusurlu kamu görevlisinin sorumluluğuna hükmedilmiştir. Bu nedenle davanın başında ya da devamında ilgili kamu görevlisinin davaya müdahilliğinin sağlanması gerektiğini belirtmekte fayda mülhaza edilmektedir.

Mahkemenin, hükmettiği tazminat miktarına ilişkin kişisel kusurları bulunan kamu görevlilerine rücu edilebilecek tazminat oranını kararında belirtmesi yaygın bir uygulama değildir. Ancak buna rağmen Danıştay'ın 1963 tarihli bu kararında rücu edilecek tazminat oranını belirtmiş olması konumuz açısından önemlidir. Çünkü bu şekilde ilgili kamu görevlisinin kişisel kusuru belirlenmiştir. Yüksek Mahkeme'nin aynı konuya ilişkin benzer başka kararları da vardır.¹¹⁷ Bu kararlar Danıştay'ın kişisel kusura ilişkin önceki görüşünü sürdürerek içtihadında istikrar sağlamış olduğunu göstermesi açısından önemlidir.

Mezkûr kararlardan da anlaşılacağı üzere aslında Danıştay, kişisel kusur kavramını 1963 yılında kabul etmiştir. Danıştay'ın bu kararları doktrinde tartışılmış ve nihayetinde Yasama Organı konuya ilişkin 657 sayılı Kanunun 12. ve 13. maddeleriyle yeni düzenlenmeler yapmak durumunda kalmıştır. Bu düzenlemeler neticesinde birlikte sorumluluk sistemi yerine teminat sistemi kabul edilmiştir. Diğer bir ifadeyle yeni düzenlemeyle kamu görevlisinin "... kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak..." üçüncü şahıslara verdiği zararlardan dolayı "...bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine..." dava açabileceği ve akabinde de kamu idaresinin "...genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkının saklı..." olduğuna dair düzenleme hüküm altına alınmıştır. Ancak o dönemde maddeye ilişkin gerek yüksek yargıda gerekse doktrinde ciddi tartışmalar yapılmıştır.¹¹⁸ Bu tartışmalar günümüzde de güncelliğini muhafaza etmektedir.

K. 1963/1192, T. 12.02.1963. (Aktaran: Duran, *İdare Hukuku Meseleleri* (n 115) 181–192).

¹¹⁷ D8D, E. 1963/9050, K. 1964/7824, T. 10.11.1964, DKD, 1965, S. 93-94, s. 356-357.

¹¹⁸ Maddeye ilişkin tartışmalar hakkında bkz Onar (n 16) 1709; Akyılmaz, 'Kamu Görevlilerinin Kusurlarıyla Üçüncü Şahıslara Vermiş Oldukları Zararlardan Doğan Mali Sorumluluk' (n 1) 92.

Danıştay 12. Dairesi, 03.03.1970 tarihli bir kararında Danıştay ilamının infaz edilmemesinin kamu görevlisi açısından kişisel kusur teşkil ettiğine ve bundan mütevellit idarenin ödediği zarar için, kararı infaz etmeyen kamu görevlisine rücu etmekte serbest olduğuna hükmetmiştir.¹¹⁹

Danıştay Dava Daireleri Kurulu 1979 tarihli bir kararında¹²⁰ davalı idarenin ödeyeceği tazminat için kişisel kusuru bulunan sorumlulara rücu edebileceğine karar vermiştir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 2002 tarihli bir kararında, Başkanlık Teftiş Kurulu Başkanlığınca hazırlanan, basında ve kamuoyunda Sursuluk Raporu olarak adlandırılan belgenin basında paylaşılmasına ilişkin fiili, idarenin ağır hizmet kusuru olarak nitelendirmiş ve olayda idare adına yetki kullanan kamu görevlisinin kişisel kusurunun bulunduğu açık olduğuna hükmetmiştir. DİDDK kararının gerekçesinde, “...Bir hukuk devletinde, Anayasanın ve yasaların açık hükmüne karşın; idare adına yetki kullanan görevli tarafından gizlilik taşıyan ve açıklanması gerekmeyen bir raporun belli bölümlerinin açıklanması ve bu suretle basında yer alması suretiyle sergilenen keyfi bir davranışın sadece idareden kaynaklandığını...”¹²¹ kabul etmenin olanaksız olduğunu belirterek nihai olarak idarenin ödeyeceği tazminat için sorumluluğu saptanan ilgili kişi veya kişilere yasal yollar çerçevesinde rücu etmesinin Anayasa hükmü gereği olduğuna karar vermiştir.

Danıştay 5. Dairesi, 29.09.2004 tarihli kararında önceki içtihadını sürdürmüştür. Daire, mahkeme kararlarının uygulanmamasının kamu görevlisi açısından kişisel kusur teşkil ettiğini ve bundan dolayı idarenin ödeyeceği tazminat için ilgili kamu görevlisine rücu etmesi gerektiğine karar vermiştir.¹²²

¹¹⁹ Kararın ilgili kısmı şöyledir: “...Danıştay ilamını infaz etmemekle şahsi kusuru bulunana idarenin ödeyeceği tazminat için rücu etmede muhtar olduğuna...” D12D, E. 1968/1986, K. 1970/401, T. 03.03.1970 (Aktaran: Kaya, *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Konusuna Danıştay’ın Yaklaşımı (İYUK Madde 28 Üzerine Bir İnceleme)* (n 114) 92).

¹²⁰ DDDK “Davalı idarenin, ödeyeceği tazminat için, işlemin niteliğine ve oluşma tarzına göre kişisel kusuru olan sorumlulara rücu etmekte muhtariyetine oyçokluğu ile...” karar vermiştir. DDDK, E. 1977/515, K. 1979/20, T. 02.02.1979. Danıştay’ın kişisel kusur kavramı hakkındaki kararları için bkz D12D, E. 1968/1986, K. 1970/401, T. 03.03.1970; D5D, E. 1977/432, K. 1977/4177, T. 28.09.1977; D2D, E. 2007/1297, K. 2007/3247, T. 13.07.2007 (Aktaran: Kaya, *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Konusuna Danıştay’ın Yaklaşımı (İYUK Madde 28 Üzerine Bir İnceleme)* (n 114) 91).

¹²¹ DİDDK, E. 2002/191, K. 2002/644, T. 20.9.2002 (<https://www.lexpera.com.tr>, Son Erişim: 26.01.2023)

¹²² Kararın ilgili kısmı şöyledir: “...Ancak, idare adına verilen kararlarla ortaya çıkan ve yukarıda idarenin ağır hizmet kusuru olarak nitelendirilen “yargı kararını uygulamama” eyleminin, gerçekte bu konuda idare adına yetki kullanan kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından doğduğu açıktır...” D5D, E. 2000/3316, K. 2004/3372, T. 29.09.2004. Aynı yönde bkz D10D, E. 2004/13990, K. 2007/739, T. 27.02.2007; D5D, E. 1998/1970, K.



Yargı kararlarını zamanında ya da hiç uygulamama durumlarında sorumluluğu bulunan kamu görevlilerinin kişisel kusurunun bulunduğu tartışmasıdır. Dolayısıyla hükmedilen tazminatı ödeyecek olan idarenin, Anayasanın 129/5 hükmü gereğince, sorumluluğu saptanan ilgili kişi veya kişilere yasal yollar çerçevesinde rücu etmesi gerekmektedir.¹²³

Danıştay 10. Dairesi, 2007 tarihli bir kararında yargı kararlarını uygulamamanın kamu görevlisi açısından kişisel kusur oluşturacağına karar vermiştir. Daire aynı kararında ayrıca Anayasanın 129/5 hükmüne göre rücu konusunda idarenin takdir yetkisinin bulunmadığını da açıkça belirtmiştir.¹²⁴ Daire kararından da anlaşılacağı üzere rücu konusu idarenin takdirinde değildir. İdare kamu görevlisinin kişisel kusuru sebebiyle ödediği tazminat için ilgili kamu görevlisine rücu etmek zorundadır.

Danıştay'ın kamu görevlisinin kişisel kusuruna ilişkin bilinen kararlarından birisi de, Bergamalı 10 vatandaşın mahkeme kararlarının uygulanmaması üzerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yaptıkları başvuru sonucunda Türkiye aleyhine hükmedilen toplam 30.000 Euro tazminatın Hazine tarafın-

2001/5153, T. 25.12.2001; D5D, E. 1997/1268, K. 2000/434, T. 09.02.2000 (<https://www.lexpera.com.tr>, Son Erişim: 26.01.2023).

¹²³ D5D, E. 2000/3316, K. 2004/3372, T. 29.09.2004 (<https://legalbank.net>, Son Erişim: 26.01.2023)

¹²⁴ “...idare adına verilen kararlarla ortaya çıkan ve... idarenin ağır hizmet kusuru olarak nitelendirilen ‘yargı kararını uygulamama’ eyleminin, gerçekte bu konuda idare adına yetki kullanan kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından doğduğu tartışmasıdır. Çünkü bir hukuk devletinde, Anayasa’nın ve yasaların açık hükmüne karşın... yargı kararının gereğinin yerine getirilmemesine neden olunmak suretiyle bilinçli olarak sergilenen keyfi bir davranışın idareden kaynaklandığını kabul etmek olanaksızdır. Öte yandan, Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrasında; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak ancak idare aleyhine açılacağı şeklinde emredici bir kurala yer verilmiştir. Anayasanın sözü edilen maddesindeki (kendilerine rücu edilmek kaydıyla) ibaresi; kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle idareye karşı açılan davalarda tazminata hükmedilmesi halinde, idarenin ödemek zorunda kaldığı tazminatı yasal yollara başvurarak ilgili kamu görevlisinden tahsil etme zorunluluğunu ifade etmekte ve bu Anayasal zorunluluk nedeniyle bu gibi hallerde davacıların, dava dilekçelerinde ve ayrıca mutlaka rücu talebinde bulunmaları gerekmektedir. ...Diğer yandan bu davada hükmedilen tazminatı ödeyecek olan idarelerin, yargı kararının uygulanmasını sağlamayan, uygulamadan kaçınan yetkili ve görevlilere Anayasanın yukarıda yer verilen 129. maddesi hükmü uyarınca adli yargıda dava açmak suretiyle rücu etmesi gerektiği açıktır./Açıklanan nedenlerle... olayda kişisel kusuru bulunan kişi veya kişilere rücu edilmek için kararın bir örneğinin Maliye Bakanlığına tebliğine... karar verilmiştir.” D10D, E. 2004/13990, K. 2007/739, T. 27.02.2007. Aynı yönde başka kararlar için bkz D5D, E. 2000/3316, K. 2004/3372, T. 29.09.2004; D5D, E. 1995/3611, K. 1997/2485, T. 10.11.1997 (Aktaran: Kaya, *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Konusunda Danıştay’ın Yaklaşımı (İYUK Madde 28 Üzerine Bir İnceleme)* (n 110) 92–93).

dan ödenmesi üzerine, bu tutarın 1998 yılından bu yana T.C. Hükümetlerinin Başbakanları ve bakanlarına, Çevre, Orman ve Sağlık Bakanlığı müsteşarları ve müsteşar yardımcıları, ilgili genel müdür ve yardımcıları, daire müdürü ve imzası bulunan uzmanlarına rücu edilmesinin istemiyle Ankara 2. İdare Mahkemesi'nde açtıkları davanın temyiz süreci neticesinde verilen karardır. Mezkûr davada Bergamalı 10 vatandaşın 01.06.2006 tarihli işlemin iptali için Ankara 2. İdare Mahkemesi'nde açtıkları davada İdare Mahkemesi, "...davacıların işlemin iptalini istemekte hukuken korunması gereken bir menfaat ilişkisinin bulunmadığı..." gerekçesiyle davanın usulden reddine karar vermiş ve karar davacılarca temyiz edilmiştir. Temyiz başvurusu üzerine Danıştay 5. Dairesi, "...Devlet tarafından ilgililere ödenen manevi tazminat tutarı konusunda, kişisel kusuru bulunan kamu görevlilerine rücu edilmesini sağlamak amacıyla Bergamalı yurttaşların idareye yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan bu davada işin esasının incelenmesi gerekirken, İdare Mahkemesince davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmesinde hukuken isabet görülmemiştir." gerekçesiyle Ankara 2. İdare Mahkemesi'nin kararını bozmuştur.¹²⁵ Yüksek Mahkeme, burada belirttiğimiz kararlarında açık bir biçimde kamu görevlisinin kişisel kusuru kavramını¹²⁶ kullanmış ve özellikle mahkeme kararlarının uygulanmaması dolayısıyla meydana gelen zararların Devletçe ödendikten sonra, bu zararların tazmini için ilgili kamu görevlilerine kusurları oranında rücu edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

¹²⁵ D5D, E. 2007/7369, K. 2008/3234, T. 03.06.2008. Aynı yönde bkz D10D, E. 1988/1042, K. 1989/857, T. 20.04.1989; E. 2006/1212, K. 2009/652, T. 06.02.2009; E. 2009/9938, K. 2014/1117, T. 25.02.2014 (<https://www.lexpera.com.tr>, Son Erişim: 26.01.2023).

¹²⁶ Danıştay 5. Dairesi yukarıda mezkûr kararında açık bir biçimde kamu görevlisinin kişisel kusuru kavramını kullanmış ve kavramı şöyle açıklamıştır: "Kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı başvurdukları mahkeme veya makamlarca verilen kararlar uyarınca zararlarının ilgili kurumlarca karşılanması ve kurumların genel hükümlere göre sorumlu memurlara rücu hakkı bulunması, ulusal yargı kararlarının uygulanması bakımından açık olarak düzenlenmiş bir konu olup; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi konusundaki tek açık düzenleme ise, kamu görevlisinin kişisel kusurunun belirgin bir biçimde ortaya çıktığı işkence ya da zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle hükmedilen tazminatlarda sorumlu personel rücu edilmesi konusuna ilişkin bulunmaktadır. Ancak, yukarıda anılan Anayasa hükmü, Hukuk Devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesi ile rücuyla ilgili genel kurallar göz önünde tutulduğunda, zarara uğradığı yargı kararıyla saptanan kişiye Devlet tarafından tazminat ödendikten sonra sorumlu personele rücu edilmesinin, Hukuk Devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesinin bir gereği olduğu ortaya çıkmaktadır. Rücu kurumunun işletilmesi, kamu görevlisinin kişisel kusurunun doğurduğu zararların yine kendisi tarafından karşılanmasını ve yargı kararının uygulanmaması ya da etkisiz bırakılması gibi hukuka aykırı eylem ve işlemlerden titizlikle kaçınılmasını amaçlar." D5D, E. 2007/7369, K. 2008/3234, T. 03.06.2008, (<https://www.lexpera.com.tr>, Son Erişim: 26.01.2023).

Önemine binaen Danıştay 10. Dairesi'nin, 06.02.2009 tarihli kararının bir kısmının olduğu gibi aktarılmasında fayda vardır. “Anayasanın sözü edilen maddesindeki (129/5) ‘kendilerine rücu edilmek kaydıyla’ ibaresinin; kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle idareye karşı açılan davalarda tazminata hükmedilmesi halinde idarenin ödemek zorunda kaldığı tazminatı yasal yollara başvurarak ilgili kamu görevlisinden tahsil etmeyi amaçladığında kuşkuyla yer bulunmamaktadır. Bu hüküm karşısında; gözaltında bulunduğu sürece davacıya kötü muamelede bulunun ve işkence yapan ilgililerin kişisel kusuru bulunduğu açık olduğundan, hükmedilen tazminatı ödeyecek olan idarenin, sorumluluğu saptanan ilgili kişi veya kişilere yasal yollar çerçevesinde rücu etmesi Anayasa hükmü gereği bulunmaktadır.”¹²⁷ Karardan da açıkça anlaşılacağı üzere gözaltındaki kişilere yapılan kötü muamele ve işkence gibi fiiller, bu fiilleri gerçekleştirenler açısından kişisel kusur oluşturur.¹²⁸ Bu nedenle Anayasanın 129. maddesinin beşinci fıkrasına göre, mezkûr kararda da belirtildiği üzere, mahkeme kararıyla hükmedilen tazminatı ödeyen idarenin, ödediği tazminat için sorumluluğu belirlenecek olan kamu görevlisine kişisel kusuru oranında rücu etmesi gerekir. Rücu konusunda idarenin takdir yetkisi bulunmamaktadır.

Danıştay 10. Dairesi, 27.04.2009 tarihli bir kararında haksız yere suç duyurusunda bulunma işlemini kamu görevlisinin kişisel kusuru olarak değerlendirmişti. Daire kararından, davaya konu olayda yeminli mali müşavir olan davacı hakkında yeterli inceleme yapılmaksızın vergi kaçakçılığına iştirak suçü işlediğinden bahisle suç duyurusunda bulunulduğu anlaşılmaktadır.¹²⁹ Bununla birlikte, kamu görevlisinin yeterli inceleme yapmaksızın haksız yere suç duyurusunda bulunma işleminin Dairece kişisel kusur olarak değerlendirilmesine ilişkin mezkûr hükme iştirak etmiyoruz. Zira suç duyurusunda bulunma işlemi kişisel bir saikle, yani sırf mali müşavire kasıtlı olarak zarar vermek amacıyla yapılmamıştır. Anayasanın 129. maddesinin beşinci fıkrasına göre, “Memur-

¹²⁷ D10D, E. 2006/1212, K. 2009/652, T. 06.02.2009. Aynı yönde başka kararlar için bkz. D10D, E. 2004/13990, K. 2007/739, T. 27.02.2007; D5D, E. 2000/3316, K. 2004/3372, T. 29.09.2004; D5D, E. 1995/3611, K. 1997/2485, T. 10.11.1997. (Aktaran: Kaya, İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Konusunda Danıştay'ın Yaklaşımı (İYUK Madde 28 Üzerine Bir İnceleme) (n 114) 92–93).

¹²⁸ Danıştay bir kararında bu hususu şöyle izah etmiştir: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi konusundaki tek açık düzenleme ise, kamu görevlisinin kişisel kusurunun belirgin bir biçimde ortaya çıktığı işkence ya da zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle hükmedilen tazminatlarda sorumlu personel rücu edilmesi konusuna ilişkin bulunmaktadır.” Danıştay 5. Daire, E. 2007/7369, K.2008/3234, T. 03.06.2008 (www.kazanci.com, Son Erişim: 02.01.2023).

¹²⁹ Danıştay 10. Daire, E. 2009/144, K. 2009/3183, T. 27.04.2009 (<https://legalbank.net>, Son Erişim: 26.01.2023).

lar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.” Burada belirtilen kusurlardan kasıt kişisel kusurlardır. Örneğin kamu görevlisi olan birinin işkence fiilini gerçekleştirmesi, görevini ifa ederken kötü muamelede bulunması gibi TCK bakımından suç teşkil eden fiiller ile görevin başındayken kasıtlı olarak birine zarar vermek amacıyla hareket edilmesi veya mahkeme kararlarının kasıtlı olarak uygulanmaması gibi işlem ve eylemler kişisel kusur teşkil eder. Burada belirtilen fiiller dolayısıyla meydana gelen zararlardan dolayı meydana gelen zararların tazmini için kamu görevlisine rücu edilmektedir. Danıştay 10. Dairesi'nin mezkûr kararına konu olayda görevin ifası aşamasında yapılan ve icra edilen kamu görevinden ayrılamayan nitelikte bir işlem mevcut olduğundan karara konu olaydaki kusurun hizmet kusuru teşkil ettiği kanaatindeyiz. Dolayısıyla meydana gelen zararlar doğrudan ilgili kamu idaresince tazmin edileceği ve idarenin ödediği tazminat için kamu görevlisine rücu edebilmesinin mümkün olmadığı düşünülmektedir.

Danıştay, 2019 tarihli bir kararında hizmet kusuru ile kamu görevlisinin kişisel kusuruna dair kararın gerekçe kısmında şöyle bir değerlendirmede bulunmuştur: “...hizmeti yürüten personelin görevi sırasında yaptığı eylem ve işlemlere ilişkin kişisel kusurunun hizmet kusuru oluşturacağı ve idarenin de bu zararın tazminiyle sorumlu tutulacağı, idare hukukunun bilinen ilkelerindedir.”¹³⁰ Danıştay'ın bu kararından da anlaşılacağı üzere aslında hizmet kusuru ile kamu görevlisinin kişisel kusuru farklı iki kavramdır. İdare, hizmet kusurundan meydana gelen zararlardan rücu imkânı olmaksızın, kişisel kusurdan kaynaklanan zararlardan ise kamu görevlisine kusuru oranında rücu edilmesi şartıyla sorumludur.

Çalışmamızın esasını kamu görevlisinin kişisel kusurunun hizmet kusurundan ayrı idari bir kusur olduğu fikri oluşturmaktadır. Bu çerçevede mezkûr kararlardan da anlaşılacağı üzere Danıştay, kamu görevlisinin kişisel kusurunu ayrı bir kusur türü olarak değerlendirmektedir. Bu nedenle kanaatimizce Danıştay'ın bu yöndeki değerlendirmeleri isabetlidir. Ayrıca kişisel kusur ile hizmet kusurunun birbirinden ayrı olarak ele alınmasının pratik önemi de

¹³⁰ “Buna göre idarece hizmetin işleyiş ve yerine getirilmesi sırasında gerekli önlemlerin alınmaması, hizmetin iyi işlememesi, kusurlu işlemesi gibi nedenlerle kişilere verilen zararlar idare tarafından tazmin edilmek durumundadır. Hizmetin iyi işlememesi sonucu kişilerin zarara uğramaları halinde, doğan zararların idare tarafından karşılanması gerekmektedir. Ayrıca, hizmeti yürüten personelin görevi sırasında yaptığı eylem ve işlemlere ilişkin kişisel kusurunun hizmet kusuru oluşturacağı ve idarenin de bu zararın tazminiyle sorumlu tutulacağı, idare hukukunun bilinen ilkelerindedir.” D15D, E. 2017/3903, K. 2019/511, T. 12.02.2019. Aynı yönde bkz D15D, E. 2014/744, K. 2018/197, T. 18.01.2018 (Aktaran: Kaya, *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Konusuna Danıştay'ın Yaklaşımı (İYUK Madde 28 Üzerine Bir İnceleme)* (n 114) 91–92).



büyüktür. Zira eğer zararın meydana gelmesindeki kusur, hizmet kusuru olarak değerlendirilirse, meydana gelen zarar idarece tazmin edilir ve bunun için kamu görevlisine rücu edilemez. Ancak zararın meydana gelmesindeki kusur, kişisel kusur olarak nitelendirilirse, zarar öncelikli olarak idare tarafından tazmin edilir. Akabinde ödenen tazminatın tahsili için kamu görevlisine kişisel kusuru oranında rücu edilir. Görüldüğü üzere hem norm düzenlenmesi bakımından hem de doktrin ve yargı kararlarında kişisel kusur kavramının doğru bir biçimde değerlendirilmesinin önemi oldukça büyüktür.

SONUÇ

Kişisel kusur için Türk idare hukuku doktrini ile yargı içtihatlarında birden fazla kavram kullanılmaktadır. Bu kavramlar “hizmet kusuru”, “görev kusuru”, “görevsel kusur”, “idari kusur”, “görevden ayrılamayan kusur”, “kişisel kusur”, “hizmet kusuru ile kaynaşan kişisel kusur”, “görevden ayrılamayan kusur”, “şahsi kusur” ve “ajanın hizmet kusuru”dur. Kişisel kusuru ifade etmek için bu kadar kavramın kullanılması hem doktrinde hem de uygulamada kavram karmaşasına neden olmuştur. Bu nedenle bunun sadeleştirilmesi gerekmektedir.

Fransız doktrini ve uygulaması esas alınarak kamu görevlisinin kusurlarını ifade etmek için üç temel kavrama ihtiyaç vardır. Bu kavramların birincisi salt kişisel kusur, ikincisi hizmet kusuru, üçüncüsü ise kişisel kusurdur. Görevin dışındaki kusurlar olarak da ifade edilen salt kişisel kusur, kamu görevlisinin ifa etmekle yükümlü olduğu kamu hizmeti, resmi sıfatı ve hizmet araç ve gereçleri ile herhangi bir bağı (alakası/irtibatı) olmayan, meydana gelen zararlardan kamu görevlisinin normal bir vatandaş olarak haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulduğu kusurdur. Diğer bir ifadeyle bu türden olan kusurlardan kaynaklanan zararların tazmininden kişinin kendisi sorumludur ve zararların tazmini davası da doğrudan adli yargıda görülür.

Kamu hizmetinin kurulması, düzenlenmesi veya işleyişindeki bozukluk, aksaklık, eksiklik, düzensizlik ve sakatlık olarak tanımlanan hizmet kusuru ise herhangi bir kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan anonim nitelikte olan idari bir kusurdur. Dolayısıyla hizmet kusurundan kaynaklanan zararları tazmin etme yükümlülüğü doğrudan idareye aittir. Ayrıca idarenin hizmet kusurundan kaynaklanan zararlar için kamu görevlisine rücu etmesi mümkün değildir. Hizmet kusurundan kaynaklanan zararların tazmini için açılacak davalar da doğrudan idari yargıda görülür.

Kamu görevlisinin kişisel kusuru ise kamu görevlisine atfedilebilen, yani anonim nitelikli değil de sübjektif nitelikli olan ve kamu görevlisi ile kamu idaresinin birlikte sorumlu olduğu kusurdur. Diğer bir ifadeyle hizmetten kaynaklanan ve hizmetten ayrılamayan kusur hizmet kusuru, hizmetten ayrılabilen kusur ise kişisel kusurdur. Kişisel kusur, kavram olarak, hem salt kişisel kusurdan hem

de hizmet kusurundan bağımsız ve müstakil bir idari kusurdur. Kamu görevlisinin kişisel kusurundan kaynaklanan zararların tazmininden öncelikli olarak idare sorumludur. İdare zararları tazmin eder, akabinde ödediği zararları tahsil etmek için, kişisel kusurlu kamu görevlisine, kişisel kusuru oranında, rücu eder. Nihai olarak, salt kişisel kusurdan kamu görevlisinin kendisi, hizmet kusurundan idare, kişisel kusurdan ise idare ile kamu görevlisi birlikte sorumludur.

Ayrıca kişisel kusur dolayısıyla açılacak rücu davasının idari yargıda görülmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Zira rücu davası, davanın konusu ve tarafları bakımından adli yargıdan ziyade idari yargı ile alakalı bir davadır. Dolayısıyla kişisel kusurlu fiillerden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin davalarının, bu konularda ihtisaslaşmış yargı yeri olan idari yargıda görülmesi gerektiğini belirtmemizde fayda vardır. 2577 sayılı Kanun'a eklenecek bir hüküm ile bu konudaki eksikliğin giderilebileceği önerilmektedir.

KAYNAKÇA

Akyılmaz B, 'Kamu Görevlilerinin Kusurlarıyla Üçüncü Şahıslara Vermiş Oldukları Zararlardan Doğan Mali Sorumluluk' (Doktora, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1991)

—, 'İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu' [2006] Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan 1057

—, 'Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu' (2015) LXIX İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası 61

—, 'İdarenin Kusur Sorumluluğunda "Görev Kusuru" Karmaşası' (2022) II Prof. Dr. Rıza Ayhan'a Armağan 2015

Akyılmaz B, Sezginer M and Kaya C, Türk İdari Yargılama Hukuku (6. Baskı, Savaş Yayınevi)

Ali D. U, Türk İdare Hukuku (5. Baskı, Yetkin Basımevi 2022)

Alica S, 'Çevre Denetiminde İdarenin Sorumluluğu' (2011) XV Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 87

Artantaş Ç, 'Türk Hukukunda Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu' (2017) 7 Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 365

ATAY EE, İdare Hukuku (6. bası, Turhan 2018)

Aykın Y, 'Danıştay Kararlarında Hizmet Kusuru-Kişisel Kusur Ayrımı' (Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi 2009)

Balcı M ve Diğerleri, 'Devletin (İdarenin) Hukuki Sorumluluğu' <http://www.muhamrembalci.com/yayin-lar/tebligler/228.pdf> 1



Bigot G, 'L'arrêt Blanco Du 8 Février 1873' https://www.academia.edu/37399870/L_arret_Blanco_du_8_fevrier_1873 <https://www.academia.edu/37399870/L_arret_Blanco_du_8_fevrier_1873> accessed 18 February 2023

Çağlayan R, İdare Hukuku Dersleri (10. Baskı, Adalet Yayınevi 2022)

Chapus R, Droit Administratif Général Paris, C I (15. Baskı, 2001)

Chrétien P, Chifflet N ve Tourbe M, Droit Administratif (14. Baskı, 2014)

Colin F, Droit Public (3. Baskı, 2014)

Crozat C, 'Fransız Âme Hukukunda Mukavele Harici Kusurdan Doğan Mesuliyet' [1935] İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 281

Derbil S, İdare Hukuku, C I (4. Baskı, Güzel Sanatlar Matbaası 1955)

Dönmez M, 'İdarenin Mali Sorumluluğu Bağlamında Kamu Görevlisine Rücu' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019)

Duez P, Mukavele Dışında Amme Kudretinin Mes'uliyeti (Senil İbrahim tr, Güney Matbaacılık 1950)

Duran L, İdare Hukuku Meseleleri (1964)

—, 'Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu' [1974] Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta'ya Armağan 59

—, 'Yargıtay'ın Kamu Hukukuna Değgin Son Kararları Üzerine Mülahazalar (III)' (1985) 18 Amme İdaresi Dergisi 63

Düren A, İdare Hukuku Dersleri (Sevinç Matbaası 1979)

Erkut C, 'Fransa'da Conseil d'État'nın Sosyolojik ve Tarihsel Açından Gelişimi' 4 İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 43

Eroğlu Durkal M, 'İdarenin Sorumluluğunun Ortaya Çıkışı ve Temeli' (2019) XXIII Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 159

—, 'Yargı Kararları Işığında Hizmet Kusuru' (2019) 14 Terazi Hukuk Dergisi 265

Flavier H ve Froger C, 'Administrative Justice in France, Between Singularity and Classicism' (2016) III Brics Law Journal 80

Foillard P, Droit Administratif (3. Baskı, 2014)

Frier P-L ve Petit J, Droit Administratif (10. Baskı, LGDJ 2015)

Gözler K, İdare Hukuku, C 2 (3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2019)

Gözübüyük AŞ ve Tan T, İdare Hukuku, C I (4. Baskı, Turhan 2010)

Günday M, İdare Hukuku (10. Baskı, 2011)

Güran S, ‘İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler’ (1979) 12 Amme İdaresi Dergisi 55

—, ‘Anayasa’nın 128 ve 129’uncu Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri İle Bakanların Durumu’ (1984) 17 Amme İdaresi Dergisi 28

Kamiloğlu E, ‘İdarenin Sorumluluğunda Hizmet Kusuru-Kişisel Kusur Ayırımı’ (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2013)

Kaplan G, İdari Yargılama Hukuku (3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2018)

Kaplan O, ‘1924 Anayasası’nda Yargı Yetkisi ve Şura-Yı Devlet’in Fonksiyonu’ (2018) XXII Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 171

Kaya C, İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Konusuna Danıştay’ın Yaklaşımı (İYUK Madde 28 Üzerine Bir İnceleme) (İstanbul, 2013)

—, ‘Rücuen Tazminat İstemiyle Açılan Davalarda Görevli Yargı Yerinin Belirlenmesi Konusunda Uyuşmazlık Mahkemesi Uygulaması’ LXX İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 115

Kaya S, Kamu Görevlisinin Kişisel Kusuru ve Sorumluluğu (Adalet Yayınevi 2021)

Kılıç Öztürk Y, ‘Sağlık Hizmet Sunumunda İdarenin Kusur Sorumluluğu’ 15 Ankara Medical Journal 235

Lemothe ALGD de, ‘İdarenin Haksız Fiil Dolayısıyla Mesuliyeti Konusunda Fransız Kamu Hukukundaki Gelişmeler’ (1960) 17 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 113

Onar SS, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C III (3rd edn, 1966)

Özcan E, ‘Fiili Yol’ (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2009)

Pontier J-M, ‘La Responsabilité Administrative’ <http://www.ntpu.edu.tw/files/event/20081127144718.pdf> 1

Ricci J-C, Droit Administratif (4. Baskı, Hachette 2004)

Sağlam M, ‘Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi 2015 Reformu: Değişiklikler ve Gereçekleri’ [2015] Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 667

Sağlam R, ‘Liberal Adaletin İki Farklı Görünümü: John Rawls ve Robert Nozick’ (2007) 11 181

Sarıca R, ‘Ajan ve Memurların Vazifeleri Sırasında İşledikleri Bazı Suçların



Hizmet Kusuru Sayılıp Sayılmayacağı Meselesinin Münakaşası' (1946) 12 İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası 85

—, 'Şahsi Kusur ve Kıstaslar' (1946) XX İstanbul Barosu Dergisi 87

—, 'Fransada Ajan ve Memurlar Aleyhinde Açılan Tazminat Davalarında, Şikâyeti Mucip Fillin Şahsî Bir Kusur Mu Yoksa Bir Hizmet Kusuru Mu Teşkil Ettiğini Tayin İşinin İhtilâf Mahkemesine Ait Bulunduğu Hususunda İhtilâf Mahkemesinin Pelletier Kararından Beri Şaşmaz İctihadı ve Buna Karşı Serdedilen Bazı Tenkitler' (1947) 13 İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası 23

—, İdari Kaza (Kenan Matbaası 1949)

Simonneaux A, 'Les Cumuls de Responsabilités Civiles, Pour Faute, Entre l'agent Public et l'Administration, , Universite De Rennes' (Mémoire de Master 1, Faculte De Droit Et De Science Politique)

Şişaneci M, '1982 Anayasası Çerçevesinde İdarenin Hizmet Kusuru' (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2009)

TAN T, İdare Hukuku (7. bası, Turhan 2018)

Tekinsoy MA, 'Anayasa Mahkemesinin Kamu Görevlilerinin Kişisel Sorumluluğu Konusundaki Yaklaşımının Muhtemel Sonuçları' [2013] Ankara Barosu Dergisi 19

Thioye M, 'Le Droit Mauritanien de La Responsabilite Civile: Approche Des Notions de Faute et de Dommage' (Doktora, Universite De Perpignan Via Domitia 2017)

Truchet D, Droit Administratif (6. Baskı, Puf 2015)

Waline J, Droit Administratif (25. Baskı, 2014)

KANUN-CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ İKİLEMİNDE İDARİ İŞLEMLERİN YARGISAL DENETİMİ

Judicial Review of Administrative Acts in the Law-Presidential Decree Dichotomy

Müzeyyen EROĞLU DURKAL*

ÖZET

1982 Anayasası'nın 6771 sayılı Kanunla değişik 104. maddesi ile Cumhurbaşkanına yürütme yetkisine ilişkin konularda ve belirli sınırlar dâhilinde kararname çıkarma yetkisi tanınmıştır. Değişiklikten bu yana üzerinde çokça tartışılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin söz konusu değişikliğin, idari işlemler ve idari yargı denetimi üzerinde de etkiler yarattığı tartışmasızdır. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin konu bakımından sınırları, Anayasa'nın kararnameleri düzenleyen 104. maddesi 17. fıkrasında yer almaktadır. Yer verilen sınırlamaların daha çok kanun-Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ilişkisi üzerinde toplandığı görülmektedir. Ancak söz konusu sınırlamaların muğlak olması ve bu sınırlamalara aykırı bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılması durumu, ortaya çıkan uyuşmazlıklara hangi normun uygulanması gerektiği konusunda bir tereddüt bir başka ifadeyle kanun-Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ikilemi yaratacaktır. Bu noktadan hareketle kaleme alınan çalışmada kanun-Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ikileminde tesis edilen idari işlemlere karşı başvurulabilecek kanun yolları ve bu konuda yargı mercilerince ne yönde bir karar tesis edilmesi gerektiği üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Kanun, cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yargısal denetim, yasal temel ikamesi.

ABSTRACT

Article 104 of the 1982 Constitution, as amended by Law No. 6771, authorizes the President to issue decrees on matters related to executive power and within certain limits. It is undisputed that the amendment on presidential decrees, which has been widely debated since the amendment, has also had an impact on administrative procedures and administrative judicial review. The limits of presidential decrees in terms of subject matter are set out in Article 104, paragraph 17 of the Constitution regulating decrees. It is observed that the limitations are mostly centered on the relationship between the law and the presidential decree. However, the ambiguity of these limitations and the issuance of a Presidential decree contrary to these limitations

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 06.04.2023*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 13.06.2023*

* Doç. Dr., Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, meroglu@erciyes.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-5341-3613>.

will create a hesitation as to which norm should be applied to the disputes that arise, in other words, a dilemma between law and Presidential decree. From this point of view, this study focuses on the legal remedies that can be applied against the administrative acts established in the law-Presidential decree dichotomy and the decision to be taken by the judicial authorities in this regard.

Key Words: Law, presidential decree, judicial review, legal basis substitution.

GİRİŞ

2017 yılında 6771 sayılı Kanun ile 1982 Anayasasında değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklik ile ilk olarak yürütme organının yapısı değiştirilmiştir. Anayasanın 8. maddesinde yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılıp yerine getirileceği, 104. maddesinde ise yürütme yetkisinin Cumhurbaşkanına ait olduğu belirtilmek suretiyle tek başlı yürütme yapısına geçilmiştir. Yürütme organının yapısına ilişkin getirilen bu değişiklikler yürütme organının işlemlerine de yansımıştır. Bu bağlamda en büyük değişiklik Cumhurbaşkanlığı kararnamesidir. Her ne kadar 2017 Anayasa değişikliği öncesinde de Cumhurbaşkanlığı kararnamesi bulunmakta ise de söz konusu kararname değişiklik ile öngörülen mevcut kararnameden çok farklıdır.

2017 Anayasa değişikliğinden bu yana üzerinde çok tartışılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, genel olarak Anayasanın 104. maddesi 17. fıkrasında düzenlenmektedir. Anılan düzenleme, aynı zamanda kararnamenin sınırlarına da yer vermektedir. Söz konusu sınırlar incelendiğinde sınırlamaların büyük çoğunluğunun kanun-Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ilişkisine ilişkin olduğu görülmektedir:

- “Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.”
- “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır.”
- “Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.”

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi yetkisi Anayasa Mahkemesi’ne verilmiştir. Dolayısıyla Anayasa’ya aykırı tesis edilen bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin iptal davası ya da itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne götürülmesi mümkündür. Ancak çalışmanın temeli oluşturan sorun, yukarıda kanun-Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ilişkisi olarak belirtilen bu üç hususta ortaya çıkan, hangi normun uygulanması gerektiği konusunda yaşanan ikilemdir. Zira söz konusu düzenlemeler kendi içlerinde bile muğlak olup birçok tartışmayı da beraberinde getirmektedir. İşte bu tartışmaların odağında idari makamlarca, kanun hükümleri yerine Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümleri esas alınmak suretiyle işlem tesis edilebilecektir. Hakkında

idarece tesis edilen işlemlerin hukuka aykırı olduğunu düşünen ilgililer, söz konusu işlemlerin hukuka aykırılığı iddiasıyla idari yargı yerlerinde iptal davası açabilecektir. Çalışmada söz konusu kanun-Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ikileminde tesis edilen idari işlem hakkında açılacak iptal davasında, idari yargı yerince, idari işlemin hangi unsurunun hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle iptal kararı verilmesi gerektiği üzerinde durulacaktır.

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi oldukça geniş bir konu olduğu için çalışmada Kararname hakkında kısaca bilgi verilecek, kararnameler hakkındaki tartışmalara girilmeden daha çok kanun-kararname çatışması ekseninde çalışma şekillendirilecektir. Yine çalışmanın sınırlılıkları açısından olağanüstü dönemlerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

I. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ

Ülkemizde 6771 sayılı Kanunla Anayasamızda yapılan değişiklik sonucu daha çok “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi” olarak anılan yeni ve özgün bir hükümet sistemine geçilmiştir. Anayasanın 104. maddesinde “*Yürütme yetkisi Cumhurbaşkanına aittir.*” denilmek suretiyle yeni hükümet sisteminde, yürütmenin tek başlı olması kabul edilmiştir. Yürütme yetkisinin Cumhurbaşkanına tanınması, Cumhurbaşkanının düzenleme alanını ve kapsamını genişletmiş ve buna bağlı olarak Cumhurbaşkanlığı işlemlerinin kapsamı da genişletilmiştir. Bu işlemlerden biri de Cumhurbaşkanlığı Kararnamesidir.

1982 Anayasasında 6771 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce de Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi düzenlenmekteydi. Anayasanın mülga 107. maddesinde yer alan düzenlemeye göre: “*Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilât ve çalışma esasları, personel atama işlemleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir.*” Değişiklik öncesinde var olan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kurumsal yapısı ve iç işleyişine yönelik çıkarılabilmekteydi. Oysa 6771 sayılı Kanun değişikliği ile birlikte yürütme yetkisinin Cumhurbaşkanında toplanması sonucu Cumhurbaşkanının da yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarabilmesi amacıyla getirilen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hem kapsam hem de konu olarak önceki Kararnameden çok farklı olup tüm yürütme alanına kapsayacak şekilde genişletilen bir yetkiye dönüştürülmüştür. Söz konusu değişiklikle birlikte Anayasal sistemimize dâhil olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile Cumhurbaşkanına, aksi görüşler olmakla birlikte, kanuni bir dayanak olmaksızın bir başka deyişle kaynağını doğrudan Anayasa’dan alan yetkiyle, maddi açıdan düzenleyici işlem niteliğinde olan asli düzenleme¹ yetkisi tanınmıştır.

¹ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku (17.Bası, Yetkin Yayınevi, 2018) 205. Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri (23.Bası, Ekin Yayınevi, 2019) 293. E.Ethem Atay,



Cumhurbaşkanlığı kararnamesine Anayasa'nın birçok maddesinde değinilmesine rağmen bu konudaki genel düzenleme Anayasa'nın 104. maddesi 17.fikrasında yer almaktadır. Düzenlemeye göre: *“Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.”* Madde hükmü gereği Anayasa, Cumhurbaşkanına yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi tanımakla birlikte aynı zamanda bu yetkinin konu bakımından sınırlarını da belirlemiştir.

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hukuk sistemimizde birçok tartışmayı beraberinde getirmiş olsa da çalışmamızın sınırları açısından burada üzerinde durulacak olan hususlar, kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacak olması, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümlerinin uygulanacak olması ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenen bir konuda kanun çıkarılması durumunda kararnamenin hükümsüz hale gelecek olmasıdır.

II. KANUN-CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ İLİŞKİSİ

A. Genel Olarak

Çalışmanın sınırları açısından kanun-Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ilişkisinde üç husus üzerinde durulacağı daha önce belirtilmişti. Bu hususlardan

İdare Hukuku (8.Bası, Turhan Kitabevi, 2022) 64. M.Artuk Ardıçoğlu, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’ (2017) 75(3) Ankara Barosu Dergisi 19, 25, 37. Özen Ülgen, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri’ (2018) 1, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3, 6-7. Oğuz Sancakdar, Lale Burcu Önüt, Eser Us Doğan, Mine Kasapoğlu Turhan, Serkan Seyhan, İdare Hukuku, Teorik Çalışma Kitabı (11.Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021) 86. Ali Ulusoy, ‘Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor? Neler Götürüyor?’ (Anayasa. gen.tr, 2017) <https://www.anayasa.gen.tr/ulusoy-anayasa-degisikligi.pdf>, 20.06.2022, 7. Yasin Söyler, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (1.Bası, Seçkin Yayıncılık, 2018) 78. Yeliz Şanlı Atay, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri’ (2019) 10 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 579, 583. Emre Can, ‘Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin 3. Yıl Dönümünde Anayasa Mahkemesinin Kanun-CBK İlişisine Yaklaşımı’ (2022) Anayasa Hukukundaki Gelişmelerin Işığında Kamu Hukuku Sempozyumu, Maltepe Üniversitesi Yayınları, 41, 42. Murat Açıl, ‘2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri’ (2018) 76 (2) İstanbul Hukuk Mecmuası 725, 730-732.

ilki, kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmayacak olması iken ikincisi, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümlerinin uygulanacak olmasıdır. Üçüncü husus ise Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenen bir konuda kanun çıkarılmasıdır.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yürütme yetkisine giren konularda Cumhurbaşkanının asli düzenleme yetkisine dayanarak tek taraflı olarak tesis ettiği düzenleyici bir idari işlem olmakla birlikte kararnamenin önemine binaen yargısal denetimini yapmakla Anayasa'nın 148. maddesi gereği Anayasa Mahkemesi görevli kılınmıştır.² Anayasa Mahkemesi de bu denetimi, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya uygun olup olmadığı hususuyla sınırlı olarak yapmaktadır. Yüksek Mahkeme, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetiminde öncelikle Anayasa'nın 104/17. maddesindeki konu bakımından yetki kurallarına uygunluğunu ele almakta, konu bakımından yetki kurallarına aykırılık tespit edilemediğinde de kararnamenin içerik yönünden Anayasa'ya uygunluğunu incelemektedir.³

Kanun-Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ilişkisinde ayrıntıya girmeden önce söz konusu düzenlemelerin normlar hiyerarşisindeki yerine de kısaca değinmekte fayda vardır. Nitekim Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üzerinde doktrinde en çok tartışılan konulardan biri de kararnamelerin normlar hiyerarşisindeki yeri olmuştur. Kararnamenin normlar hiyerarşisindeki yerinin tespiti, kararnamelerin doğru bir şekilde uygulanması ve kanun ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasında ortaya çıkabilecek muhtemel çatışmaların çözümü açısından oldukça önemlidir.⁴ Bu konuda doktrindeki görüşleri temelde üç başlık altında toplamak mümkündür.

İlk görüşe göre; olağan dönemde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hiyerarşide kanuna eşdeğer olmayıp kanunun altında yer almaktadır.⁵ Bu

² Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku* (13.Bası, Seçkin Yayıncılık, 2019), 286. Ulusoy (n 1) 7. Kemal Gözler, *İdare Hukuku Dersleri* (20.Bası, Ekin Yayınevi, 2018) 395.

³ Anayasa Mahkemesi, E.2018/125, K.2020/4, 22.01.2020. Anayasa Mahkemesi, E.2019/31, K.2020/5, 23.01.2020. Anayasa Mahkemesi, E.2019/78, K.2020/6, 23.01.2020. Anayasa Mahkemesi, E.2020/58, K.2021/19, 18.03.2021 (Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı).

⁴ Söyler (n 1) 164.

⁵ Ali D.Ulusoy, *Türk İdare Hukuku* (4.Bası, Yetkin Yayınları, 2021) 303-306. Gözler, *İdare Hukuku Dersleri* (n 5) 396-398. Ömer Keskinsoy, *Anayasa ve Türk Anayasa Hukuku* (1.Bası, Monopol Yayınları, 2018) 490. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (17.Bası, Yetkin Yayınları, 2017) 250-251. Turgut Tan, *İdare Hukuku* (7.Bası, Turhan Kitabevi, 2018) 73-74. Turan Yıldırım, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri' (2017) 23 (2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 13, 23. Şeref İba, *Türk Anayasa Hukuku* (1.Bası, Turhan Kitabevi, 2018) 247. Söyler (n 1) 164-167. Sancakdar, Önut, Doğan, Kasapoğlu Turhan ve Seyhan (n 1) 88-89. Atay (n 1) 67-68. Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (12.Bası, Savaş Yayınevi, 2020) 40. Açıl



görüŖe göre Cumhurbaşkanını yürütme organının temsilcisi olup Cumhurbaşkanını tarafından çıkarılan kararnameler de organik olarak yasama değil yürütme işlemidir. Yine normlar hiyerarŖisi yönünden iki normun eŖdeęer olup olmadığının tespitinde temel ölçüt, iki normun birbirini deęiŖtirip deęiŖtirmeyeceęi, birbirini yürürlükten kaldırıp kaldıramayacağı ve iki norm arasında birbirine aykırı olmama iliŖkisinin kurulamamasıdır. Bu ölçüt uyarınca her ne kadar Cumhurbaşkanlığı kararnameleri asli düzenleme yetkisine dayansa da kanunları deęiŖtirmemekte, yürürlükten kaldıramamakta ve kanunlara aykırı olamayacağı gibi kanunda açıkça düzenlenen konularda da çıkarılamamaktadır. Ve kanun-Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümleri çatıŖtıęında kanun hükümleri uygulanmaktadır. Bu açılardan değerlendirildiğinde kararnameler idarenin bir işlemi olup hiyerarŖide kanunların altında yer almaktadır.

İkinci görüşe göre; Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kanun hükmünde olmamakla birlikte asli düzenleme yetkisine sahip oldukları, kanuna uygun olmak zorunda olmamaları ve yargısal denetimlerinin kanun ve eŖdeęer işlemlerin denetimini yapmakla görevli Anayasa Mahkemesi'nce yapılması nedenleriyle kanuna eŖdeęer işlem olarak kabul edilmektedir.⁶

Doktrinde bir grup yazar da Anayasa'da özel olarak "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir" denilen konularda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile Anayasa'nın 104/17. maddesi uyarınca yürütmeye iliŖkin konularda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasında bir ayrıma giderek "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir" denilen konularda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin normlar hiyerarŖisinde kanuna eŖdeęer, yürütme yetkisine iliŖkin konularda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ise kanunların altında olduğunu ifade etmektedir.⁷ Ancak söz konusu görüş doktrinde;

- mahfuz alanda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanun hükümlerinin çatıŖması durumunda "konu bakımından yetki kurallarına" göre çatıŖmadan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin galip çıkması gerektiği, ancak

(n 1) 749.

⁶ Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri (9.Bası, Adalet Yayınevi, 2021) 327-328. Ülgen (n 1) 7, 20. Karahanoğullarına göre: "Ancak anayasanın öngördüğü sınırlamalar bir güç sınırlaması değil konu ya da alan sınırlamasıdır. Alanları içinde kaldığı sürece CBK ile yasa eŖ kural değerine sahiptir, eŖ düzeydedir." Onur Karahanoğulları, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği: Yasamsı' (<http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/cbk.pdf>, EriŖim Tarihi: 10.10.2022). Yeliz Ŗanlı Atay, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Normlar HiyerarŖisindeki Yeri' (2019) 10 (2), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 579, 592. Yavuz Atar, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi' (<https://www.anayasa.gov.tr/media/6184/yavuz-atar.pdf>, EriŖim Tarihi: 10.10.2022).

⁷ Hasan Tunç, Türk Anayasa Hukuku (1.Bası, Gazi Kitabevi, 2018) 234.

bunun kararnameyi düzenleyen Anayasa'nın 104/17. maddesine uygun olmadığı,

- Cumhurbaşkanlığı kararnameleri arasında iki farklı hukuki rejim oluşturmanın uygulamada çok fazla karışıklığa yol açacağı, bunun Anayasa'nın açıkça kanun hükmünde saymadığı kararnamelere kanun hükmü vermek anlamına geleceği,
 - kararnamelerin yargısal denetimi yetkisinin Anayasa Mahkemesi'ne verilmesinin de Anayasada bu şekilde bir farklılık yaratılmadığının göstergesi olduğu,
- gereçekleriyle eleştirilmiştir.⁸

Anayasanın 8. maddesinde yer alan “Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanlığı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir” hükmü, yasama yetkisinin genelliği ilkesi ve Anayasa'nın 104/17. maddesinde yer alan hükümler birlikte değerlendirildiğinde biz de çoğunluk görüşüne katılarak olağan dönemde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin normlar hiyerarşisinde kanunların altında yer aldığı görüşünü desteklemekteyiz.

B. Kanunda Açıkça Düzenlenen Konuda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Çıkarılamayacak Olması

Kanun-Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ilişkisinde ilk üzerinde durulması gereken husus “Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz” hükmüdür. Burada Cumhurbaşkanlığı kararnamesine getirilen sınır, kanunda açıkça düzenleme bulunan konuda kararname çıkarılamayacak olması olup kararnamenin kanuna uygun olması ya da iki normun çatışıp çatışmaması değildir. Dolayısıyla kanunda açıkça düzenlenen konuda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, Anayasa'ya aykırı olacak ve iptal davasına konu edilebilecek ya da idari yargıda açılan bir iptal davasında somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne götürülebilecektir.⁹ İptal ya da itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne götürülme bile idari yargıda açılan bir davada “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır” hükmü gereği Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümlerinin uygulanması mümkün olmayıp, kanun hükümlerinin uygulanacağı açıktır. Ancak yaşanacak tereddütleri gidermek adına Anayasa'ya aykırı olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin Anayasa Mahke-

⁸ Abdurrahman Eren, ‘Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi’ (2019) 36 (1), Anayasa Yargısı Dergisi, 1, 30.

⁹ Özen Ülgen Adadağ, ‘Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisinin Yargısal Denetimine Yönelik Sorunlar’ (2019) 36 (1) Anayasa Yargısı Dergisi 261, 266.



mesi’nce iptal edilmesinin, hukuki belirliliği sağlamak adına daha yerinde bir yaklaşım olacağı kanaati hasıl olmaktadır.

Konuyla ilgili olarak “kanunda açıkça düzenlenen konu” hususu, üzerinde çokça tartışılan konulardan biri olmuştur. Anayasa Mahkemesi verdiği kararlarda bu sınıra ilişkin açıklamalarda bulunarak “kanunda açıkça düzenlenen konu”dan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin açıklamalarda bulunmuştur. Yüksek Mahkeme’ye göre: “Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesinde ‘Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz’ denilmiştir. Buna göre öncelikle CBK’ların anılan Anayasa hükmü yönünden yapılacak denetiminde karşılaştırmaya esas olabilecek, daha önce çıkarılmış bir kanun olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Sonrasında ise -böyle bir kanun varsa- incelenen CBK kuralının kanunun açıkça düzenlediği konuyu düzenleyip düzenlemediği belirlenmelidir. Bu değerlendirme yapılırken önce ilgili kanunun CBK ile düzenlenen alanda hüküm ifade etmediğinin belirlenmesi, ardından da kanundaki düzenlemenin açık olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Bu bağlamda CBK kuralı olmasaydı, karşılaştırmaya esas alınan kanun hükmünün CBK ile düzenleme yapılan konuya uygulanacak olup olmaması, CBK kuralının kanun ile düzenlenen konuda çıkarılıp çıkarılmadığına dair bir gösterge olacaktır.”¹⁰ Mahkeme kararı uyarınca Anayasa Mahkemesi, kanunda açık düzenleme olup olmadığını tespit ederken öncelikle Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılan konuda daha önce kanunla bir düzenleme yapıp yapılmadığına bakmaktadır. Eğer kararneme ile düzenlenen konuda daha önce kanuni bir düzenleme varsa, kanundaki düzenlemenin açık bir düzenleme olup olmadığını incelemektedir. Söz konusu incelemede de Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmamış olsaydı o konuda mevcut kanun hükümlerinin uygulanacak olup olmamasını değerlendirmekte, mevcut kanun hükümleri uygulanabilecekse o zaman kanunda açıkça düzenleme bulunduğu hükmetmektedir.¹¹ Mahkeme E.2020/5 sayılı kararında bu hususu somut olayda şu şekilde açıklamıştır:

“...18. Dava konusu CBK kuralı, Türkiye’nin tanıtımı konusunda yurt dışında yapılacak mal ve hizmet alımlarında, Bakan’ın onayı ile yüklenme tutarının tamamına kadar yükleniciye bütçe dışı avans olarak ön ödeme yapılabileceğini düzenlemektedir. Kural aynı zamanda, yapılacak ön ödeme için teminat alınıp alınmayacağını Bakan onayında belirtilmesi ile ön Ödemeye ilişkin usul ve esasların Bakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenmesini hüküm altına almaktadır.

¹⁰ Anayasa Mahkemesi, E.2019/78, K.2020/6, 23.01.2020. Anayasa Mahkemesi, E.2019/105, K.2020/30,12.06.2020. Anayasa Mahkemesi, E.2018/134, K.2021/13, 03.03.2021 (Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı).

¹¹ Anayasa Mahkemesi, E. 2019/31, K.2020/5, 23.01.2020 (Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı). Fatma Didem Sevgili Gençay, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi: İlk Kararlar- İlk İzlenimler’ (2020) 151 Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1, 18.

19. Bütçe dışı avans ödenebilmesinin hüküm ve şartları genel olarak 5018 sayılı Kanun'un "Ön ödeme" başlıklı 35. maddesinde düzenlenmiş olup anılan maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde "Sözleşmesinde belirtilmek ve yüklenme tutarının yüzde otuzunu geçmemek üzere, yüklenicilere, teminat karşılığında bütçe dışı avans ödenebilir" denilerek bütçe dışı avansın yüklenme tutarının yüzde otuzunu geçemeyeceği ve ancak teminat karşılığında ödenebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm CBK kuralının ilişkili olduğu Bakanlık da dahil olmak üzere tüm kamu kurum ve kuruluşlarının yurt içi ve yurt dışı bütçe dışı avans ödemelerinin hüküm ve şartlarını düzenlemektedir.

20. Buna göre dava konusu CBK kuralının olmaması durumunda Türkiye'nin tanıtımına ilişkin olarak yurt dışında yapılacak mal ve hizmet alımlarında anılan Kanun hükmünün uygulanacağı açıktır. Bu çerçevede kanunun açıkça düzenlediği bir konuda düzenleme yapan CBK kuralının Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesine aykırı düzenleme getirdiği anlaşılmaktadır."

Yüksek Mahkeme'nin konuyla bağlantılı olarak üzerinde durduğu bir diğer konu ise belirli bir konuyu düzenleyen bir kanunda, belirli hususların düzenlenmesinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesine bırakılıp bırakılmayacağıdır. Anayasa Mahkemesi E:2020/5 sayılı kararında "21. Öte yandan Kanun'un 35. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde "İlgili kanunların veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bütçe dışı avans ödenmesine ilişkin hükümleri saklıdır" denilmektedir. Anayasa'nın kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarma yetkisini tanımadığı dikkate alındığında, kanun koyucunun anılan şekilde bir yetki tanıması söz konusu olamaz. Bu nedenle CBK hükümlerini saklı tutan kanun hükmü yukarıda tespit edilen aykırılığı Anayasa'ya uygun hâle getirmemektedir." demek suretiyle kanunda hüküm bulunan hallerde, bir konunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğine dair açık hüküm bulunmasının, Anayasa'da yer alan "kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz" hükmüne aykırılığı ortadan kaldırmayacağını belirtmiştir. Kararnamelerin asli düzenleme yetkisine dayanılarak çıkarılan bir norm olduğu dikkate alındığında, kanunların uygulanmasını göstermek üzere çıkarılmaları Anayasa'ya aykırılık teşkil edecektir. Nitekim kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını göstermek üzere yönetmelikler ve diğer idari işlemler çıkarılacaktır.¹² Yine Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin sınırlı düzenleme yetkileri dikkate alındığında, kanunla belirli konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabileceğine ilişkin düzenlemeler, Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için öngörülen sınırların yasama organı eliyle aşılması anlamına da gelebilecektir.¹³

¹² Hasan Tunç (n 7), 234-235. Ülgen, (n 1) 14.

¹³ Ülgen Adadağ (n 9) 268.



Yine Yüksek Mahkeme, “*kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz*” hükmünün kapsamına KHK’ların girip girmediği yönünde yaptığı inceleme sonunda “*KHK ile açıkça düzenlenen bir konuda da Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesi uyarınca CBK çıkarılmaması gerekir*”¹⁴ demek suretiyle KHK’ların da kanun niteliğinde olmaları nedeniyle KHK ile açıkça düzenlenen konularda da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağına hükmetmektedir.¹⁵

C. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Kanunlarda Farklı Hükümler Bulunması

Anayasa 104/17. madde hükmü gereği Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması durumunda kanun hükümleri uygulanacaktır. Ancak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması, kanunun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin Anayasa’ya uygun çıkarılmaları durumunda çok zordur. Nitekim farklı hükümler bulunması, iki normun da aynı anda yürürlükte bulunduğu durumlar için geçerlidir. Çünkü kanunla açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacak ve kararname ile düzenlenen konularda kanun çıkarılması durumunda kararname hükümsüz hale gelecektir. Bu durumda iki normda da aynı hükmün bulunması ancak kararname ile düzenlenemeyecek konularda ve kanunla açıkça düzenlenen konularda Anayasa uyarınca yasak olmasına rağmen Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılması ve bu düzenlemenin Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilmesine kadarki zaman diliminde söz konusu olabilecektir.¹⁶ Anayasa’nın 104/17. maddesindeki sınırlamalara aykırı çıkarılmış bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmediği sürece varlığını sürdürecektir. Varlığını devam ettirdiği sürece de bu kararnameye dayanılarak idari işlem tesis edilebilecektir.

¹⁴ Anayasa Mahkemesi, E.2019/78, K.2020/6, 23.01.2020 (Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı).

¹⁵ “52. Nitekim dava konusu CBK kuralının bulunmaması durumunda anılan KHK hükmünün CBK kuralı ile düzenleme yapılan konuya uygulanacağı anlaşılmaktadır.

53. Bu çerçevede KHK’nın açıkça düzenlediği bir konuda düzenleme yapan CBK kuralı Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesine aykırı bir düzenleme getirmektedir.

54. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesine aykırıdır. İptali gerekir.” Anayasa Mahkemesi, E.2018/134, K.2021/13, 03.03.2021 (Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı).

¹⁶ Ahmet Yayla, ‘Cumhurbaşkanlığı Düzenlemelerinin Perde Yasa Kuramı Bakımından Değerlendirilmesi’

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Bildiri Kitabı, Marmara Üniversitesi Yayinevi, s. 60.

Ç. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Düzenlenen Bir Konuda Kanun Çıkarılması

Kanun-Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ilişkisinde üzerinde durulacak son husus ise Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenen bir konuda kanun çıkarılması durumunda kararnamenin hükümsüz hale gelmesidir. O halde Anayasa'ya uygun olarak çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenen bir konuda yasama organınca kanun çıkarılması mümkündür. Bu durumda, kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte kararnamenin hükümsüz kalacağı Anayasa'nın açık hükmüdür. Doktrinde hükümsüzlüğün ileriye etkili sonuç doğuracağı belirtildiğine göre¹⁷ Anayasa'ya uygun olarak çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi aynı konuyu düzenleyen bir kanun hükmü çıkarılıp yürürlüğe girene kadar geçerli olacak ve uygulanacaktır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenen bir konuda sonradan kanun çıkarılması ve bu iki düzenlemenin tümüyle birbiriyle çatışması halinde ilgili konuyu düzenleyen kararname geçerliliğini yitirecek ve artık kararname hükümlerine dayanılarak işlem tesis edilemeyecektir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yalnızca birtakım hükümlerinde ele alınan bir konunun kanun ile çatışması halinde ise Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tümü değil yalnızca çatışan maddeleri uygulanmayacaktır.¹⁸

Anayasanın lafzından, hükümsüz hale gelmenin kendiliğinden olacağı sonucu çıksa da bunu tespit etmek o kadar da kolay değildir¹⁹. Bu durumda idari faaliyette bulunan uygulayıcılar bakımından birtakım belirsizliklerin ortaya çıkmaması için çıkarılacak kanunla hangi kararname ya da kararname hükümlerinin ilga edildiğinin belirlenmesi ya da Cumhurbaşkanı tarafından hükümsüz hale gelen Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yürürlükten kaldırılması yerinde olacaktır.²⁰ Belirsizlikleri ortadan kaldırmanın bir diğer yolu

¹⁷ Erdoğan Bülbül, İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması (1.Bası, Beta Yayıncılık, 2010) 20-21. Danıştay da hükümsüz hale gelen işlemlerin iptali için açılan davada benzer şekilde hükümsüzlüğün geleceğe etkili sonuç doğurduğuna karar vermektedir: “*Uyuşmazlıkta, para cezasına esas aykırılıktan etkilenen alana nasıl ulaşıldığının anlaşılacağı dikkate alındığında, ruhsatın hükümsüz hale geldiği tarihe kadar yapılan kısım hakkında para cezası verilemeyeceği, hükümsüz hale geldikten sonraki yapılan kısımlar için para cezası verilebileceği açıktır.*” Danıştay 6.Daire, E.2019/10986, K.2020/10501, 05.11.2020 (Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı).

¹⁸ Söyler (n 1) 99-100.

¹⁹ Atay (n 1) 66. Mustafa Erdoğan, Türk Anayasa Hukuku (2nd edn, Hukuk Yayınları, 2018) 167.

²⁰ Söyler (n 1) 101. Bu konuda doktrinde hükümsüz hale gelmenin çıkarılacak kanunla açıkça yapılabileceği, kanunla açıkça bir belirtme yapılmassa bile zaten aynı konuyu düzenleyen konuda kanun çıkarılması halinde kararnamenin zımnen hükümsüz hale geleceği belirtilmektedir. Buna göre hükümsüz kılma açık kanun hükmü ile yapılmışsa artık kanun yürürlükten kalksa bile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden tekrar yürürlüğe



da uyuşmazlığın itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne götürülmesidir. Bu durumda Yüksek Mahkeme, kararnamenin davada uygulanacak kural olma niteliğinin devam edip etmediğine bakacaktır. Kararname, davada uygulanacak kural olma niteliğini taşımıyorsa ki bu durumda hükümsüz sayıldığı için taşımayacaktır, Yüksek Mahkeme başvuruyu ilk inceleme aşamasında reddedecektir.²¹ Ancak ilk inceleme aşamasında ret kararı verilirken kararnamenin hükümsüzlüğünün tespit edilmesi hukuki belirlilik ilkesinin sağlanması açısından yararlı olacaktır.

III. KANUN-CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ İKİLEMİ

Kanun-Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasındaki ikilemden kastedilen; kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılması, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenen bir konuda kanun çıkarılması durumlarında hangi normun uygulanması gerektiği konusunda yaşanan çatışmalardır.

Anayasal düzenlemelerden anlaşılacağı üzere Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanunlara uygunluğunun denetlenmesi söz konusu değildir. Bu durum da kanun-Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çatışmasını gündeme getirebilecektir. Ancak kanun-Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çatışmasında kararname, Anayasa'nın 104/17. maddesindeki sınırlamalara aykırı olarak çıkarılmışsa, Anayasa'ya aykırı olacak ve iptal edilebilecektir. Ancak bu iptal, kararnamenin kanunla çatışması ya da kanuna aykırı olmasından değil, Anayasa'ya aykırı olmasından kaynaklanmaktadır.²² Kararnamenin Anayasa'ya uygun olması fakat kanunla çatışması durumunda, kararnamenin kanunla çatışan düzenlemeleri hükümsüz sayılacaktır.

Daha önce üzerinde durulduğu üzere bir konunun kanunda açıkça düzenlendiği hallerde artık aynı konuda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmayacağı açıktır. Ancak söz konusu yasağa rağmen aynı konuda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılırsa, Anayasa gereği kanun hükümleri uygulanacaktır. Bir konunun kanunda açıkça düzenlenmemesi; belirli bir konuda henüz kanuni düzenleme yapılmamış olması ya da bir kanun olsa bile söz konusu kanunla konunun bazı yönlerinin düzenlenmemiş olması durumlarında mümkün olabi-

giremeyecek ama o konuda kanuni düzenleme kalmadığı için tekrar Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabilecektir. Hükümsüz hale gelmenin zımnı olduğu durumlarda ise kanunun yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte kararname hükümleri yeniden hukuki geçerlilik kazanabilecektir (Söyler n 1, 101-102; Ardiçoğlu, (n 1) 46.

²¹ Ülgen Adadağ (n 9) 267-268.

²² Volkan Aslan, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname ile Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine' (2019) 36 (1) Anayasa Yargısı, 139, 152-153.

lir. Son halde her ne kadar kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi aynı anda yürürlükte olsa da kanunun düzenlemediği alanda kararname çıkarıldığı için kanun ve kararname arasında ikilem yaşanması ihtimali çok düşüktür.²³

Bir konunun kanunda açıkça düzenlendiği hallerde idari makamlar tarafından Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümleri esas alınarak idari bir işlem tesis edilmesi durumunda, işleme karşı açılacak iptal davasında mahkemece itiraz yolu ile konunun Anayasa Mahkemesi önüne götürülmesi söz konusu olabilecektir. Ancak bu şart değildir. Nitekim kanunda açıkça düzenlenen konularda Anayasa'ya aykırı olarak çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesi, kararnamenin kendi yargısal denetimine ilişkin bir husus olup bu kararname uyarınca tesis edilen birel işlemin yargı denetimine tabi tutulmasına engel teşkil etmemektedir. Ki bu birel işlemlere karşı açılan iptal davalarında, hukuka uygunluk denetiminin birel işlemin dayanağını oluşturan kararname ile sınırlı tutulması, idarenin hukuka uygunluk denetimi ile bağdaşmamaktadır.²⁴ Bir hukuk düzeninde birbiriyle çatışıyor-muş gibi görünen birden fazla norm olsa da bu çatışma görünüşte bir çatışma olup, bunun çatışma çözme yöntemlerine göre çözülmesi gerekmektedir.²⁵ O halde hukuk devletinde normlar arasında bir çatışma olması halinde, hâkimin üst hukuk normuna göre karar vermesi ve Anayasa 104/17. madde hükmünü esas alması gerekmektedir. Bu durumda tesis edilen idari işleme karşı açılan iptal davasında idari yargı mercii, ihmal yöntemini²⁶ kullanarak uyuşmazlığı çözmelidir. Bir başka deyişle idari yargı mercii, idarenin hukuka uygunluğunu sağlamak adına Anayasa'ya aykırı olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesini ihmal ederek kanun hükümlerini uygulamak suretiyle uyuşmazlığı çözüme kavuşturmalıdır. Söz konusu ihmal yöntemi, sınırlarının belirsiz oluşu, içtihat birliğini zedelemesi ihtimali ve normlar hiyerarşisinde alt normu etkisizleştirilmesi gibi dezavantajları nedeniyle tartışılan bir yöntem olduğu için²⁷ idari yargıda uygulanabilmesi için kararnamenin, kanun ve Anayasa'ya aykırılığı-

²³ Ahmet Yayla, 'Anayasa Değişikliği Sonrasında Cumhurbaşkanlığı Makamının Olağan Döneme İlişkin Düzenleme Alanı ve İdari İşlemlere Etkisi' (2019) 21 (Özel Sayı) D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr.Durmuş TEZCAN'a Armağan 1609, 1627.

²⁴ Turgut Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu (5.Bası, Adalet Yayınevi, 2012) 400- 401; Melikşah Yasin, 'İdari Yargılama Usülünde Düzenleyici İdari İşlemlerin İhmal Meselesi' (2013) 16 (1) İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 9, 10.

²⁵ Kemal Gözler, 'Yorum İlkeleri' in Ozan Ergül (ed), Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması (Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 236, 2012) 97.

²⁶ Melikşah Yasin, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri', (2019) 36 (1) Anayasa Yargısı 315, 315-317.

²⁷ Ayrıntılı bilgi için Yasin, 'İdari Yargılama Usülünde Düzenleyici İdari İşlemlerin İhmal Meselesi' (n 24) 14- 27. Atilla Erkal, 'İdarenin Hukuk Kurallarını Üst Normlara Uygunluk Bakımından Kontrol Etme ve Kuralı Uygulamayı İhmal Etme Yetkisi' (2014) 9 (1), Erciyes Üniversitesi hukuk Fakültesi Dergisi 183, 183- 215.



nın şüpheye mahal vermeyecek şekilde açık olması gerekmektedir ki hukuki güvenlik ve istikrar ilkelerine uygun olabilsin.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde Anayasa gereği kanun hükümleri uygulanacaktır. Ancak kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde farklı hükümler bulunduğu kimin karar vereceği hususu sıkıntılı noktalardan biridir. Bu durumda idare adına karar alma yetkisine sahip kamu görevlilerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümlerini ihmal etmek suretiyle kanun hükümlerini uygulaması, idari pratikle çok uyuşmamaktadır.²⁸ Dolayısıyla aynı konuda hem kanunda hem de Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde düzenleme bulunması ve kararname hükümleri esas alınmak suretiyle idari işlem tesis edilmesi durumunda, idari işleme karşı hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle idari yargı yerlerinde iptal davası açılacaktır. Açılan iptal davasında idari yargı yerleri, uyuşmazlığı somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne götürebilecekleri gibi Anayasa'nın açık hükmü gereği, uyuşmazlığı kanun hükümlerini esas almak suretiyle çözmek yoluna da gidebilirler. Nitekim Anayasa gereğince Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanunla farklı hükümler içermesi durumunda kanunun uygulanacağı açık olup, kanunun uygulanması için Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin iptal edilmesi gerekmemektedir.²⁹ Bir başka ifadeyle bu konuda karar verme yetkisi idari yargı mercilerine bırakılmaktadır.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenen bir konuda kanun çıkarılması durumunda kanunun içeriğine göre Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tamamının ya da bazı düzenlemelerinin hükümsüz kalacağı ve hükümsüz kalmanın yaratacağı sorunlar üzerinde durulmuştu. Kanun tarafından kararnamenin ya da kararname hükümlerinin açıkça hükümsüz kılınması dışında hükümsüzlüğün zımnî olduğu kabul edildiğinde idari faaliyeti yerine getiren makamlar tarafından Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin ya da kararname hükümlerinin hangilerinin hükümsüz hale geldiğini tespit etmek ve ona göre idari işlem tesis etmek hiç kolay olmayacaktır. Bu zorluk da beraberinde hangi normun uygulanacağı yönünde yine uygulayıcılar açısından ikilem yaratacaktır. Burada da kamu görevlilerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümlerinin hükümsüz olduğunu değerlendirip kanuna göre karar almalarını beklemek gerçekle çok bağdaşmayacaktır.³⁰ Dolayısıyla böyle bir ikilemde de beklenen, idari işleme karşı açılacak iptal davasında çözümünü idari yargı mercilerine bırakmak olacaktır. Doktrinde Anayasa'da uygulamama yaptırımının sadece Anayasa Mahkemesi tarafından tatbik edileceğine ilişkin bir kural olmadığı için Anayasanın 104/17 hükmünün idari yargı yeri tarafından dikkate alınarak uyuşmazlığın

²⁸ Söyler (n 1) 100.

²⁹ Ülgen (n 1) 34.

³⁰ Söyler (n 1) 101.

buna göre çözümlenmesi gerektiği savunulduğu gibi idari yargı mercilerince somut norm denetimi yoluna başvurularak Yüksek Mahkeme kararına göre hareket edilmesinin daha doğru olacağı yönünde görüşler de bulunmaktadır.³¹

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi ile Anayasa Mahkemesi görevli olmakla birlikte, kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde farklı hükümler bulunması ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenen bir konuda sonradan kanun çıkarılması durumunda kararnamenin hükümsüz kalmasına ilişkin Anayasal düzenleme, idari yargıya da kanunla çatışan ya da hükümsüz hale gelen Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini uygulamama gibi bir yükümlülük de getirmektedir³².

Özetle kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacak olması, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması kanun hükümlerinin uygulanacak olması ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenen bir konuda kanun çıkarılması durumunda kararnamenin tamamının ya da bir kısmının hükümsüz hale gelmesi idari faaliyette bulunan uygulayıcılar açısından işlem tesis edilirken ikilem yaratacaktır. İçinde birçok sorunu ve soru işaretini barındıran bu konularda idari işlem tesis etmek durumunda olan kamu görevlilerinin, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanunda açıkça düzenlenen konuda çıkarılıp çıkarılmadığını, kanunla Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde farklı hükümler bulunduğunu ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenen bir konuda sonradan kanun çıkarılması halinde kararnamenin tamamen ya da kısmen hükümsüz hale geldiğini tespit ederek karar vermesini beklemek idari pratikle uyuşmayan bir durumdur.³³ Bu gibi durumlarda ne yapılması gerektiği doktrinde bile çok tartışma yaratırken kamu görevlilerinin böyle ikilem durumlarının içine girmesi ve doğru karar almasını beklemek güçtür. İdari makamların normlar hiyerarşisinde en somut normu uygulayacak olmaları da göz önüne alındığında kanun hükümlerine göre işlem tesis edilmesi gereken birçok konuda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümleri esas alınarak işlem tesis edilmesi söz konusu olabilecektir. Bu durumda yapılması gereken idari işlemin hukuka aykırı olduğunu düşünen ilgililer tarafından işleme karşı idari yargıda iptal davası açılması olacaktır. Açılacak iptal davasında doğru normu tespit edip uygulamak ve uyuşmazlığı ona göre sonlandırmak artık idari yargı mercilerine düşmektedir. İdari yargı mercileri somut norm denetimi yoluna başvurabilecekleri gibi Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaksızın da uygulanacak kuralı Anayasa

³¹ Yayla, 'Anayasa Değişikliği Sonrasında Cumhurbaşkanlığı Makamının Olağan Döneme İlişkin Düzenleme Alanı ve İdari İşlemlere Etkisi' (n 23) 1629. Atay (n 1) 66.

³² Şeref İba ve Yasin Söyler, 'Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanı Kararının Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları' (2019) 36 (1) Anayasa Yargısı 195, 212.

³³ Söyler (n 1) 100-101



gereği tespit edebilecektir. İdari yargı mercilerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümlerinin uygulanmayacağı ve kanun hükümlerinin uygulanacağına ilişkin kararları, kararnamelerin anayasal denetimi üzerinde herhangi bir etki doğurmayacaktır. Ancak böyle kararların özellikle Danıştay tarafından onanması ya da verilmesi, kanunla çatışan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümlerinin uygulanabilirliğini önemli ölçüde azaltacaktır.³⁴

IV. İDARİ İŞLEMLERİN YARGISAL DENETİMİ

Kanun-Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ikileminde tesis edilen idari işlemlerin yargısal denetimleri, iptal davası yoluyla sağlanmaktadır. Bu bağlamda öncelikle idari işlemlerin yargısal denetimi üzerinde durmakta ve konuyla ilgili kısaca bilgi vermekte fayda bulunmaktadır.

İdare hukukunun en önemli konularından biri olan idari işlemin doktrin ve içtihatlarda kabul edilmiş tek bir tanımı bulunmamaktadır. Genel olarak tanımlamak gerekirse işlevsel anlamda idare adına, kamu yararını gerçekleştirmek, kamu hizmetlerinin etkin ve verimli şekilde yürütülmesini sağlamak üzere belirli bir hukuki sonuç doğurmaya yönelik olarak ve kamu gücüne dayanılarak yapılan kural olarak tek yanlı irade açıklamalarına idari işlem adı verilmektedir.³⁵

İdari işlemler İYUK 2/f.1 (a) maddesine göre hukuka uygunluk denetimine tabidir. Madde hükmünde idari işlemler hakkında açılabilir iptal davalarının idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve amaç yönlerinden biri hakkında hukuka aykırı oldukları iddiasıyla açılacağı belirtilerek idari işlemin beş unsuru sayılmıştır. Maddede usul ayrıca bir unsur olarak belirtilmemiştir. Nitekim bilimsel ve yargısal içtihatlarda da genel olarak usul, şekil unsurunun bir parçası olarak ele alınmaktadır. Açılan bir iptal davasında idari yargı mercileri, idari makamlarca tesis edilen işlemleri bu unsurlar açısından incelemeye tabi tutarak işlemin bu beş unsurunda bir hukuka aykırılık tespit ettiklerinde işlemleri hukuka aykırı bularak kısmen ya da tamamen iptaline karar vereceklerdir. İşlemin unsurlarında hukuka aykırılık bulunmadığı kanaatine varırlarsa, iptal talebini reddedeceklerdir. İdari işlemin unsurları çok ayrıntılı bir konu olduğu

³⁴ Aslan (n 11) 153.

³⁵ Atay (n 1) 415. Sancakdar, Önüt, Us Doğan, Kasapoğlu Turhan ve Seyhan (n 1) 311. Halil Kalabalık, İdare Hukuku Dersleri C:II (4.Bası, Seçkin Yayıncılık, 2019) 27. Ulusoy (n 4) 272-280. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 5) 326. Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri (n 6) 308. *“İdari işlemler; idari makam ve mercilerin, idari faaliyetlerin yürütülmesine yönelik olarak idare hukuku ilke ve kuralları çerçevesinde, tek taraflı irade beyanıyla hukuk yaşamında/düzeninde etki ve sonuçlarını doğuran, kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelikteki tasarruflardır. İdari işlemlerde irade, hukuk yaşamında/düzeninde bir değişiklik yaratmaya yönelmiştir.”* Danıştay 10.D., E.2007/4203, K. 2010/8279, 20.10.2010 (Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı).

için çalışmada unsurlar hakkında kısaca bilgi verilecektir.

Yetki unsuru, Anayasa ve kanunlarla idareye verilmiş olan karar alma ehliyetinin hangi idari makam ya da organ tarafından kullanılabileceğini ifade etmektedir. Yetkinin Anayasa ya da kanunla verilmesi sonucu idare hukukunda yetkisizlik kuralı, yetki istisnai niteliktedir. İdare hukukunda yetki, kamu düzenine ilişkin olup hem şartları gerçekleştiğinde idari makamlarca kullanılması zorunlu olmakta hem de idare makamlar ve yargı yerlerince re'sen dikkate alınması gerekmektedir. Bir idari makamın yetkili olması, işlemin tesis edildiği ana göre belirlenmektedir. Dolayısıyla yetkisiz idari makamlarca tesis edilen idari işlemlere sonradan yetkili makamlar tarafından verilen muvafakat, izin ve onay yetkili olmayan makamlarca tesis edilen işlemi geçerli kılmamaktadır.³⁶ İstisna olarak kabul edilen haller dışında,³⁷ idari makamlar söz konusu yetki kurallarına uygun davranmadığı zaman tesis edilen idari işlem hukuka aykırı olacaktır. İdari işlemin yetki unsuru da kendi arasında kişi, konu, yer ve zaman bakımından yetki olmak üzere ayrılmaktadır. *Kişi bakımından yetki*, idari işlemin herhangi bir kişi veya idari makam değil, Anayasa ve kanunlarla belirlenmiş kişi ya da idari makamlarca yapılması anlamına gelmektedir.³⁸ Bir

³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz Güher Ulu, İdari İşlemin Yetki Unsuru (1.Bası, Seçkin Yayıncılık, 2012). Atay (n 1) 456-457. Kalabalık (n 36) 51-52. Kemal Gözler, İdare Hukuku C:1 (2.Bası, Ekin Yayınevi, 2009) 745-750. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 5) 365-367. Ulusoy (n 5) 382. Sancakdar, Önüt, Doğan, Kasapoğlu Turhan ve Seyhan (n 1) 320-321. Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri (n 6) 348-350. "İdare Hukuku açısından yetki; kişileri, eşitlik kuralını, temel hak ve hürriyetleri kamusal para ve malları doğrudan ilgilendiren ve kamu gücü kullanımının aracı olan idari işlemin, idari teşkilat içerisindeki herkes tarafından değil, yalnızca Anayasa ve kanunlarla idare adına açıklama yetkisine sahip kılınmış kişilerce, yani hukuk kurallarıyla belirlenmiş ve sınırlanmış idari makamlar tarafından yapılabilme yeteneği olup, idare hukukunda yetki kamu düzenine ilişkin bulunmaktadır." Danıştay 6.D., E. 2018/4485, K. 2021/13447 08.12.2021 (Benzer karar için Danıştay İDDK, E. 2021/800, K. 2021/2366, 11.11.2021. Danıştay 8.D., E. 2016/12610, K: 2020/5839, 18.12.2020. Danıştay 6.D., E. 2020/10822, K. 2022/2097, 23.02.2022). "İdare Hukukunda 'yetki', idareye Anayasa ve yasalarla tanınmış olan karar alma gücünü ifade eder ve idari işlemlerin en temel ögesini oluşturur. Bir kamu düzeni sorunu olan yetki, yasa koyucu tarafından hangi makam veya mercie verilmiş ise, ancak o makam veya merci tarafından kullanılabilir. Bu bakımdan, yasanın açık izni olmadıkça yetkili makam veya mercinin yetkisini devretmesi olanaklı değildir. Aktarılan nitelikleri gereği, idare hukukunda yetkisizlik kuralı, yetkili olmak istisnadır..." Anayasa Mahkemesi, E. 2012/27, K. 2012/173, 08.11.2012 (Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı).

³⁷ İstisna olarak kabul edilen haller; yetkide paralellik, yetki ve imza devri, vekâlet, tedviren görevlendirilme, c ari işlerin yürütülmesi ve fiili memur teorisi olarak kabul edilmektedir. Ayrıntılı Bilgi için bkz Kalabalık (n 36) 60-70. Gözler, İdare Hukuku C:1 (n 37) 750-793. Ulusoy (n 5) 387-395. Sancakdar, Önüt, Doğan, Kasapoğlu Turhan ve Seyhan (n 1) 322-330. Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri (n 6) 350-360.

³⁸ Atay (n 1) 457-458. Kalabalık (n 36) 53. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 5) 372-373. Ulusoy (n 5) 382-384. Sancakdar, Önüt, Doğan, Kasapoğlu Turhan ve Seyhan (n 1) 323. Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri (n 6) 360.



başka ifadeyle bir kamu tüzel kişisi adına yapılan idari işlemin o kamu tüzel kişisi adına işlem yapmaya ehil bir kişi tarafından yapılabilmesidir. Burada ehil olmaktan kastedilen idare adına işlem yapan kişinin işlemi yaptığı anda hem temyiz kudretine sahip olması hem de idare adına irade açıklamasında bulunmaya mevzuat hükümleri uyarınca yetkili kılınmasıdır.³⁹ *Konu bakımından yetki*, idari makamların sadece idari fonksiyona giren, Anayasa ve kanunlarla belirlenen ve sınırlanan kendine özgü konularda karar alabilmesidir. İdari makamların idari fonksiyona dâhil olmayan konularda (yasama, yargı ve siyasi anlamda yürütme) karar alması, yetkili makamların yetkili oldukları alanda karar almaması ya da yetkili olmadıkları konularda karar alması durumunda kişi bakımından yetki kurallarına aykırılık söz konusu olmaktadır.⁴⁰ *Yer bakımından yetki*, idari makamların konu itibariyle yetkilerini, kullanabilecekleri coğrafi alan içinde kullanmalarınıdır. Nadir olarak görülmekle birlikte yer bakımından yetki kurallarına aykırılık, idari makamların yetkili oldukları coğrafi sınırların dışına çıkarak işlem tesis etmeleri halinde ortaya çıkmaktadır.⁴¹ *Zaman bakımından yetki* ise idari makamların konu bakımından kullanabilecekleri yetkiyi kullanabilecekleri süre anlamına gelmekte olup yetkili idari makam ya da kamu görevlilerinin usulüne uygun bir biçimde göreve başlayıp görevleri sona erinceye kadar işlem tesis edebilmesidir. Yetki, makama tanındığı için o makamı işgal eden kişi ya da organ fiilen görevde olduğu sürece söz konusu yetkileri kullanabilir.⁴²

İYUK 2/1-a maddesinde şekil ifadesi kullanılmış, usulden bahsedilmemiştir. Bu nedenle şekil unsuru doktrinde çoğu zaman usulü de kapsayacak şekilde⁴³, kimi zaman ise usulden ayrı ve bağımsız bir başlık altında⁴⁴ ele alınıp incelen-

³⁹ Gözler, İdare Hukuku C:1 (n 37) 794.

⁴⁰ Atay (n 1) 459. Kalabalık (n 36) 54. Bahtiyar Akyılmaz, İdari İşlemin Yapılış Usulü (1.Bası, Yetkin Yayınları, 2000) 108. Gözler , İdare Hukuku C:1 (n 37) 801. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 5) 373-377. Ulusoy (n 5) 384. Sancakdar, Önüt, Doğan, Kasapoğlu Turhan ve Seyhan (n 1) 323. Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri (n 6) 362-363.

⁴¹ Atay (n 1) 460. Kalabalık (n 36) 58-59. Akyılmaz (n 41) 111. Ulu (n 37) 158. Gözler, İdare Hukuku C:1 (n 37) 802. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 5) 368-369. Ulusoy (n 5) 386-387. Sancakdar, Önüt, Doğan, Kasapoğlu Turhan ve Seyhan (n 1) 323. Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri (n 6) 363-364.

⁴² Atay (n 1) 461-462. Kalabalık (n 36) 56-58. Akyılmaz (n 41) 112-113. Gözler, İdare Hukuku C:1 (n 37) 803-807. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 5) 369-372. Ulusoy (n 5) 385-386. Sancakdar, Önüt, Doğan, Kasapoğlu Turhan ve Seyhan (n 1) 323-324. Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri (n 6) 364-366.

⁴³ Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri (n 6) 366. Yıldızhan Yayla, İdare Hukuku Dersleri (2.Bası, Beta Yayınları, 2010) 122- 130; Metin GÜNDAY, İdare Hukuku (10.bası, İmaj Yayınevi, 2011) 143- 150. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 5) 386. Ulusoy (n 5) 399. Atay (n 1) 477-483. Sancakdar, Önüt, Doğan, Kasapoğlu Turhan ve Seyhan (n 1) 333-339.

⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz Gözler, İdare Hukuku C:1 (n 37) 828-893.

mektedir. Usulü de kapsayacak şekilde idari işlemin şekil unsuru, işlemin özünü oluşturan idarenin iradesinin dış dünyaya yansımaları ve işlemin yapılması sırasında izlenen usul kurallarını ifade etmektedir. İdari işlemin şekil unsuru idarenin doğru ve tarafsız karar almasını sağlayarak idare edilenler açısından bir güvence oluştururken idare açısından da hem işlemlerin hukuka hem de hizmetin gereklerine uygun olarak tesis edilmesini sağlar. İdari işlemlerin kural olarak yazılı yapılması, gerekçelendirilmesi, idari işlemin tesis için hazırlık işlemlerinin yapılması ya da belirli makamlardan görüş alınmasının gerekli olduğu halde bu şartların sağlanması, ilan, yayın ve bildirim gibi idari işlemlerin uygulanabilirlik şartlarının yerine getirilmesi, kolektif ve karma işlemlerde toplantı ve karar yeter sayılarına uyulması, idari yaptırım ve disiplin cezalarında ilgililerinin savunmasının alınması, birel işlemlerde ilgililerin hangi idari makam ya da yargı merciine başvurabileceklerinin ve bu başvuru sürelerinin gösterilmesi gibi belli başlı şekil kuralları bulunmaktadır. Her idari işlemin şekil kuralları aynı olmayıp, idari makamların işlem tesis ederken o işlem için öngörülen şekil kurallarına uygun davranması gerekmektedir. Aksi halde tesis edilen idari işlem şekil unsuru yönünden hukuka aykırı hale gelecektir. Ancak hukuka aykırı olan her şekil eksikliği idari işlemin iptali sonucunu doğurmamaktadır. Bu nedenle şekil eksikliği konusunda bir ayırım yapılmıştır. İdari işlemin esasına etkili olan bir başka ifadeyle idari işlemin sonucunu etkileyebilecek ve değiştirebilecek nitelikte olan asli şekil eksiklikleri işlemin iptalini gerektirirken⁴⁵, idari işlemin esasına etki etmeyen bir başka ifadeyle tali/ikincil nitelikteki şekil eksiklikleri iptal sonucunu doğurmamaktadır.⁴⁶

Sebeb unsuru, idari işlemde önce gelen ve idareyi o işlemi yapmaya sevk eden hukuk kurallarınca belirlenmiş etken bir başka ifadeyle idari işlemin dayanağıdır. İdari işlemler, amaçları olan kamu yararını gerçekleştirmeye elverişli ve hukuka uygun bir sebeple tesis edilmelidir. İdareyi bir konuda işlem tesis etmeye sevk eden etken, hukuki bir işlem olabileceği gibi maddi bir olay da olabilir.⁴⁷ Bazen idari işlemin sebebi mevzuatta açıkça belirtilmektedir. Bu durumda mevzuatta belirtilen sebebe değil de başka bir sebebe dayanılarak işlem tesis edilmesi, işlemi sebep unsuru yönünden hukuka aykırı hale getirir. Bazen idari işlemin sebebi “kamu düzeni”, “milli güvenlik”, “genel ahlak”, “kamu

⁴⁵ Danıştay 12.Daire, E.2020/4128, K.2021/2172, 21.04.2021. Danıştay 12.Daire, E.2012/11106, K.2016/228, 26.01.2016. Danıştay 10.Daire, E.2000/1220, K.2001/55, 15.01.2001 (Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı).

⁴⁶ Atay (n 1) 477-485. Kalabalık (n 36) 74-87. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 5) 386-403. Ulusoy (n 5) 399-403. Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri (n 6) 366-378. Danıştay 13.Daire, E.2022/2295, K.2022/2598, 13.06.2022 (Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı).

⁴⁷ “Bir idari işlemin “sebeb unsuru”, idari işlemin tesisinin dayanağı olan mevzuatta önceden belirlenen ve idareyi o işlemi tesis etmeye iten maddi ve hukuki sebepler olup, hukuki sebeplerin başında da idari işlemler gelmektedir.” Danıştay 11.D., E. 2005/2069, K. 2007/9757, 12.17.2007 (Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı).



yararı”, görülen lüzum”, “ihtiyaç” gibi belirsiz kavramlarla ifade edilebilir ki bu durumda söz konusu kavramların anlamı toplumdaki hâkim kanaat ve idarenin daha önceki yerleşik uygulamalarına göre belirlenmelidir. Bu durumda idare belirsiz ifadelerle belirtilen sebebin hangi somut olayda gerçekleştiğini ortaya koyarak dayandığı olayların hukuki nitelendirmesini de doğru şekilde yapmalıdır. İdarenin belirttiği sebebin somut olayda gerçeklemediği olması ya da sebebin dayandığı olayların hukuki nitelendirmesinin yanlış yapılması, idari işlemi sebep unsuru yönünden hukuka aykırı kılmaktadır. Bazen de mevzuatta idari işlemin sebebi hiç belirtilmemiş olabilir. Bu durumda idareye geniş bir takdir hakkı tanındığı kabul edilmektedir. Ancak idare söz konusu takdir hakkını kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlı olarak kullanmalıdır.⁴⁸ Takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gerekleri göz ardı edilerek kullanıldığının tespit edilmesi halinde tesis edilen idari işlem sebep unsuru yönünden hukuka aykırı kabul edilecektir.

Amaç (maksat) unsuru, idari işlem ile ulaşılmak istenen nihai sonuç olarak tanımlanmaktadır. Her idari işlemin genel amacı kamu yararı olup bazen mevzuatta işlem için özel bir amaç da öngörülmüş olabilir. Özel amaçtan kastedilen idari işlemin kamu yararı amacının tesis edilecek işlem bağlamında somutlaştırılmasıdır. Bu nedenle ister genel isterse özel amaca aykırı tesis edilen her işlem hukuka aykırı olacaktır. Genel amaç yönünden hukuka aykırılık halleri de genel olarak idari işlemle kişisel, siyasi veya üçüncü kişilerin korunması amacının güdülmesiyle ortaya çıkmaktadır. Ancak amaç unsuru yönünden hukuka aykırılığın ispat edilmesi oldukça güçtür.⁴⁹

İdari işlemin konu unsuru ise idari işlemin hukuki sonucu bir başka ifadeyle-

⁴⁸ Atay (n 1) 486-488. Kalabalık (n 36) 88-93. Gözler, İdare Hukuku C:1 (n 37) 893-902. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 5) 407-413. Ulusoy (n 5) 403-412. Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri (n 6) 378-384. Sancakdar, Önüt, Doğan, Kasapoğlu Turhan ve Seyhan (n 1) 339-344.

“Memurların görev ve görev yerinin değiştirilmesi hususunda İdarenin takdir yetkisi bulunduğu açık ise de, Danıştayın yerleşik içtihatlarında da belirtildiği üzere, bu yetki mutlak ve sınırsız olmayıp, kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlıdır. Takdir yetkisine istinaden tesis edilen idari işlemlerin de, muhakkak surette gerçek ve hukuken geçerli sebeplere dayanması gerekmektedir. Takdir yetkisine dayalı idari işlemlerin dava konusu edilmesi durumunda, İdarece işlemin tesisi için somut bir sebep gösterilmemesi, sebep olarak gösterilen olay ve nedenlerin gerçeği yansıtmaması veya işlemin tesisi için yeterli bulunmaması veyahut takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gerekleri göz ardı edilerek kullanıldığının tespit edilmesi halinde, dava konusu idari işlemin sebep unsuru yönünden hukuka aykırılığı nedeniyle iptalinin gerekeceği, yerleşik yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır.” Danıştay 2.D., E. 2018/3816, K. 2020/3477, 25.11.2020 (Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı).

⁴⁹ Atay (n 1) 491-492. Kalabalık (n 36) 96-98. Gözler, İdare Hukuku C:1 (n 37) 977- 989. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 5) 423-432. Ulusoy (n 5) 429-430. Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri (n 6) 394-400. Sancakdar, Önüt, Doğan, Kasapoğlu Turhan ve Seyhan (n 1) 354-357.

le onun hukuk âleminde meydana getirdiği değişiklik ya da yeniliktir. İdari işlemlerin konusu mevzuat ile önceden belirlenmiştir. Bu belirlemeye aykırı olarak idari işlemin konusunun mümkün ve meşru olmaması, belli sebebe belli sonuçların bağlandığı hallerde sebep ve konu arasında illiyet bağının bulunmaması ve hukuka aykırı işlem tesis edilmesi halleri idari işlemi konu yönünden hukuka aykırı kılacaktır. Bir başka ifadeyle idari işlemin konusu mevzuata uygun olmalıdır. Bu bağlamda belirli bir statüde bulunanlara uygulanabilecek hükümlerin bu statü dışında bulunan kişilere de uygulanması, eşitlik ilkesine uyulmaması, öngörülen istisnalar dışında geçmişe etkili hüküm ve sonuç doğuran idari işlemler, kanunun açıkça yasakladığı konularda işlem tesis edilmesi, kanunla düzenlenmesi gereken bir konunun idari işlemle düzenlenmesi, kanunun uygulama alanının genişletilmesi, kesin hükme aykırı işlem tesis edilmesi, hukuk kuralının yanlış uygulanması, uygulanması gereken bir hukuk kuralının uygulanmaması ve üst normlara aykırı işlem tesis edilmesi halleri mevzuata aykırılık halleri olarak kabul edilmekte ve idari işlemi konu unsuru yönünden hukuka aykırı hale getirmektedir⁵⁰.

V. KANUN-CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ İKİLEMİNDE İDARİ İŞLEMLERİN YARGISAL DENETİMİ

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa'ya aykırı oldukları gerekçeyle yargısal denetimlerinde Anayasa Mahkemesi yetkili kılınmıştır. Kararnameler aleyhine Anayasa Mahkemesi'ne başvuru ancak Anayasa'ya aykırılık nedeniyle yapılabilir. Dolayısıyla kararnamelerin kanunlara aykırı olması iptal sebebi değildir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesine karşı iptal davası açma yetkisi ise belli kişilere tanınmıştır. Anayasa'nın 150. maddesine göre: “*Kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına, Türkiye Büyük Millet Meclisinde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir*”. Düzenleme uyarınca Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümleri nedeniyle menfaatleri zedelenen kişiler Anayasa Mahkemesi'nde kararnameye karşı iptal davası açamayacaktır. Kişiler ancak Cumhurbaşkanlığı kararnamesine dayanılarak tesis edilen birel işlemlerin iptali istemiyle idari yargıda iptal davası açabilecektir. Açılan iptal davasında idari yargı mercilerinin, birel işlemin kaynağını oluşturan kararname hükümlerinin, Anayasa'ya aykırı olduğuna kanaat getirmeleri halinde somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmeleri mümkündür. Ancak bu şart

⁵⁰ Atay (n 1) 489-490. Kalabalık (n 36) 93-95. Gözler, İdare Hukuku C:1 (n 37) 930-939. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 5) 418-423. Ulusoy (n 5) 427-428. Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri (n 6) 387-394. Sancakdar, Önüt, Doğan, Kasapoğlu Turhan ve Seyhan (n 1) 354.



değildir. Nitekim kanun-Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ikileminin norm denetimi yoluyla değil, ihmal yöntemi yoluyla çözümlenmesi de mümkündür. Bu çözüm yöntemi, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümlerinin uygulanacağı ve TBMM'nin aynı konuda kanun çıkarması durumunda kararnamenin hükümsüz hale geleceğini belirten Anayasa hükümleri ile de desteklenmektedir. Dolayısıyla kanun-Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasında yaşanan ikilemde Anayasa Mahkemesi'ne norm denetimi yoluyla gidilebilecek olsa da bu şart olmayıp idari yargı yerleri önlerine gelen uyuşmazlıkta Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümlerini ihmal ederek kanun hükümlerine göre uyuşmazlığı çözümlenebilecektir.⁵¹

Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmayacağı düşünüldüğünde bu alanda kararname ile düzenleme yapılmasının yasak olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanının kanunda açıkça düzenlenen konularda kararname çıkarma yetkisi bulunmadığı için söz konusu alanda çıkarılan kararnamenin “yok hükmünde” olduğunu kabul etmek gerekmektedir.⁵² Yokluk değil de iptal edilebilirlik yaptırımına tabi kılmak, Anayasa Mahkemesi'nin kararına kadar kararnamenin de yürürlükte olduğu anlamına gelecektir. Bu durumda kanunla Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde farklı hükümler bulunduğu için kanun hükümlerinin uygulanması gerekecek olup bu konu idari faaliyette bulunan uygulayıcılar açısından somut olayda kanun-Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ikilemi yaratabilecektir. Bu sebeple kanunda açıkça düzenlenen konularda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yokluk yaptırımına tabi kabul edilmesi daha yerinde olacaktır. Bu yokluğun tespiti idari yargı yerlerinin olayı somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne götürmeleri sonucu Yüksek Mahkeme'ce yapılabileceği gibi idari yargı yerlerince de kararname yok hükmünde sayılarak kanun hükümlerine göre karar verilmesi şeklinde olabilecektir. İdari yargı yerleri söz konusu kararname hükümlerine göre tesis edilen birel işleme karşı açılan iptal davasında, işlemin unsurlarının hukuka uygunluğunu araştıracak ve işlemin unsurlarında bir hukuka aykırılık tespit ederse birel işlemi iptal edecektir. İdari işlemin unsurları açısından değerlendirildiğinde kanunda açıkça düzenlenen konuda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmayacak olup kararname çıkarılması durumunda kararnamenin değil kanun hükmünün esas alınarak birel işlem tesis edilmesi gerekecektir. Bu da uygulanması gereken bir hukuk kuralının uygulanmaması anlamına geleceği için idari işlemi konu unsuru açısından hukuka aykırı kılacak ve birel işlemin iptali nedenini oluşturacaktır.

⁵¹ Açıl (n 1) 751.

⁵² Yayla, ‘Anayasa Değişikliği Sonrasında Cumhurbaşkanlığı Makamının Olağan Döneme İlişkin Düzenleme Alanı ve İdari İşlemlere Etkisi’ (n 23) 1632.

Kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümlerinin uygulanacak olması ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenen bir konuda kanun çıkarılması halinde kararnamenin hükümsüz hale geleceği Anayasa'nın amir hükmüdür. Kanun hükümlerinin uygulanması gereken söz konusu hallerde, uygulayıcılar tarafından birel işlem tesis edilirken kanun değil de kararname hükümlerinin esas alınması durumunda, birel işleme karşı idari yargı yerlerinde iptal davası açılabilir. Söz konusu iptal davasında idari yargı yerleri uygulanması gereken bir hukuk kuralının (kanun hükmünün) uygulanmaması nedeniyle idari işlemi konu unsuru yönünden hukuka aykırı bularak iptaline karar verecektir.

Burada üzerinde durulması gereken bir husus da yasal temel ikamesidir. İdari yargılama hukukunda genel olarak re'sen araştırma ilkesi benimsenmiştir.⁵³ Resen araştırma ilkesinde dava konusu olayın maddi yönünü belirlemek amacıyla her türlü inceleme ve araştırmayı kendiliklerinden yapabilmeyi iddia ve savunmalarda ortaya konan maddi durumun gerçeğe uygun olup olmadığının serbestçe araştırılabilmesini ve tarafların hiç değinmedikleri olayları ve maddi unsurları araştırmayı da kapsamaktadır. Resen araştırma ilkesi gereği olarak da yargı yerleri yasal temel ikamesi usulünü uygulamaktadır. Bazen idare, idari işlemi hukuka uygun kılan hukuk normunu ya hiç belirtmemekte ya da yanlış belirlemektedir. İdari işlemin dayandığı hukuk normunun belirtilmediği durumlarda norm yargı yeri tarafından tespit edilmekte, normun yanlış belirlendiği durumlarda ise yanlış norm düzeltilerek iptal talebi reddedilmektedir. Bir başka ifadeyle yargı yeri tespit ettiği hukuk normunu, idarenin hatayla gösterdiği hukuk normuyla değiştirmektedir. İşte yasal temel ikamesi-yasal temelin değiştirilmesi; idarenin işlem tesis ederken dayandığı hukuk normunda hataya düşmesi durumunda, yargı mercilerinin doğru hukuk normunu belirleyerek işlemi hukuka uygun bulup iptal talebini reddetmesidir.⁵⁴ Yasal te-

⁵³ “2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 20. maddesinin birinci bendinde; Danıştay ile İdare ve Vergi mahkemelerinin, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapacakları hükme bağlanmakla İdari Yargılama Usulü Hukukunda resen araştırma ilkesi benimsenmiş bulunmaktadır. Madde hükmü uyarınca, idari yargı yerleri, uyuşmazlık konusu olayın hukuki nitelendirilmesini yapmak, olaya uygulanması gereken hukuk kuralını belirlemek ve sonuçta hukuki çözüme varmak yönlerinden tam bir yetkiye sahiptirler. İdari yargı yerleri buna ek olarak olayın maddi yönünü belirleme noktasından da her türlü inceleme ve araştırmayı kendiliklerinden yapabilirler. İddia ve savunmalarda ortaya konan maddi durumun gerçeğe uygun olup olmadığı serbestçe araştırılabilirler. Tarafların hiç değinmedikleri olayları ve maddi unsurları araştırmaya yönelebilecekleri gibi maddi olayın gerçek niteliğinin saptanması için gerektiğinde bilirkişi incelemesi de yaptırabilirler.” Danıştay 3.D., E. 1995/3462, K. 1996/834, 20.03.1996. Benzer karar için Danıştay 4.D., E. 2016/11307, K. 2021/928, 11.02.2021 (Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı).

⁵⁴ Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku (14.Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022) 550-553. Ramazan Çağlayan, ‘İdari Yargılama Hukukunda Yargı Yerinin Sebep İkame Yetkisi’ (2016)



mel ikamesi yönteminde, yargı yeri uyumsuzluğa uygulanması gereken hukuk normunda hataya düşülüp düşülmediğini araştırmakta ve idarenin dayandığı hukuk normu yanlış olsa bile yargı yeri tespit ettiği doğru hukuk normuna göre işlemi hukuka uygun bulabilmektedir.⁵⁵ Ancak uygulamada yargı yerlerince, her ne kadar yöntemleri ve ikame edilenin niteliği bakımından farklılıklar bulunsa da, yasal temel ikamesi yerine sebep ikamesi ifadesi kullanılmaktadır. Bir başka deyişle aslında yargı yerleri, yasal temel ikamesini uyguladıkları iptal davasında sebep ikamesi ifadesini kullanmaktadırlar.⁵⁶

Kanun-Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ikileminde de kanuna göre işlem tesis edilmesi gerekirken Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümlerine göre işlem tesis edildiği durumlarda açılacak iptal davasında, yargı yeri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümlerine göre tesis edilen işlem kanuna uygunsa, yasal temel ikamesi yoluyla işlemin hukuka uygun olduğu sonucuna ulaşılabilir.⁵⁷

SONUÇ

Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hukuk sistemimize dâhil olmasıyla birlikte kararnamelere ilişkin birçok tartışma da beraberinde gelmiştir. Özellikle kararnamelere ilişkin Anayasa’da yer alan “kanunda açıkça düzenlenen”, “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması”, “kararnamenin hükümsüz hale gelmesi” gibi kavramlar kararnamelerin çıkarılabileceği konular açısından muğlak olup açıklanmaya ihtiyaç duymaktadır. Bu net olmayan kavramlar da somut olaylarda idari makamların işlem tesis ederken kanun hükümlerinin mi yoksa Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümlerinin mi uygulanması gerektiği konusunda tereddütlere yol açabilecektir. Bu şekilde tereddüdün söz konusu olduğu hallerde, idari makamların kararname hükümlerini göz ardı ederek kanun hükümlerine göre karar vermesini beklemek çok da gerçekçi olmayacaktır. Böylesi bir durum da kanuna göre karar verilmesi gereken hallerde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümlerine göre karar verilmesine, bir başka ifadeyle kanun-Cumhurbaşkanlığı kararna-

(141) Danıştay Dergisi 9, 14-15. İl Han Özyay, Gümüşğında Yönetim (1.Bası, Alfa Yayınları, 2002) 406.

⁵⁵ Çağlayan (n 55) 14-15.

⁵⁶ “...İdarece, söz konusu işlemin tesis sebebi olarak yukarıda incelenen ve Dairemizce dayanaksız kalması sebebiyle iptaline karar verilen Orman Genel Müdürlüğü’nün düzenleyici işlemi gösterilmiş ise de; sebep ikamesi ilkesi uyarınca uyumsuzlukta, bahsi geçen dönemlerde (2007-2009) yürürlükte olan 22/03/2007 tarihli Orman Sayılan Alanlarda Verilecek İzinler Hakkında Yönetmeliğin Uygulanması gerekmektedir.” Danıştay 8.D., E. 2019/354, K. 2020/5345, 08.12.2020. Benzer karar için AYİM 1.D., E. 2008/430, K. 2008/922, 04.11.2008 (Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı).

⁵⁷ Yayla, ‘Anayasa Değişikliği Sonrasında Cumhurbaşkanlığı Makamının Olağan Döneme İlişkin Düzenleme Alanı ve İdari İşlemlere Etkisi’ (n 23) 1633-1634.

mesi arasındaki ikilemin idari işlemlere de yansımaya neden olabilecektir. O halde kanun hükümlerine göre idari işlem tesis edilmesi gerekirken Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümlerine göre işlem tesis edilmesi durumunda ne yapılabilir? Bilindiği üzere idari işlemlerin hukuka aykırı oldukları iddiasıyla idari yargı yerlerinde iptal davası açılması mümkündür. Dolayısıyla kanun-Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ikileminde tesis edilen işleme karşı da idari yargıda iptal davası açılabilir. Açılacak bu tür bir iptal davasında idari yargı yerleri farklı ihtimalleri göz önüne alarak önlerine gelen uyuşmazlığı çözüme kavuşturabilir. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılması durumunda; kanunda açıkça düzenlenen konuda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, Anayasa'ya aykırı olduğundan idari yargı yerlerince itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne götürülebilecektir. Ancak Anayasa Mahkemesi'ne norm denetimi yoluyla götürülmesi şart olmayıp Anayasada yer alan “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır” hükmü gereği idari yargı yerlerince doğrudan kanun hükümleri uygulanmak suretiyle de uyuşmazlık çözümlenebilir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde de aynı şekilde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi aleyhine itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabileceği gibi Anayasanın açık hükmü gereği uyuşmazlığa kanun hükümleri uygulanmak suretiyle de uyuşmazlık çözümlenebilir. Diğer yandan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenen bir konuda kanun çıkarılması durumunda, düzenlemenin içeriğine göre kararnamenin tamamının ya da bir kısmının hükümsüz hale geleceği görülmektedir. Her ne kadar Anayasal düzenlemeden bu hükümsüzlüğün kendiliğinden olacağı sonucuna ulaşılsa da idari makamlar açısından bu konuda ortaya çıkabilecek belirsizlikleri ortadan kaldırmak adına, kararnamenin idari yargı yerlerince itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne götürülerek Anayasa Mahkemesi'nce hükümsüzlüğün tespitine ilişkin bir karar verilmesi daha yerinde olacaktır. Yerinde olmakla birlikte şart olmayıp, itiraz yoluna başvurulmadan yine idari yargı yerlerince kararname hükümleri ihmal edilerek doğrudan kanun hükümlerine göre uyuşmazlığın çözümlenmesi de mümkündür.

İdari yargı yerlerinin uyuşmazlığı itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne götürmek yerine kendisinin çözmesi durumunda iptal talebine ilişkin vermesi gereken karar ne olmalıdır? Bilindiği üzere idari işlemler hakkında açılacak iptal davalarının idari işlemlerin yetki, şekil, sebep, konu ve amaç yönlerinden hukuka uygun olup olmadıkları incelenir. Kanun yerine Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümleri esas alınarak tesis edilen idari işlemlerin hangi unsurlar açısından hukuka aykırı oldukları incelendiğinde, uygulanması gereken bir hukuk kuralının (kanun hükmünün) uygulanmaması nedeniyle tesis edilen işlemin konu unsuru yönünden hukuka aykırı olduğu görülmektedir.

Son olarak şunu da belirtmek gerekir ki idari yargı yerleri, açılan bu tür ip-



tal davalarında, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümlerine göre tesis edilen işlemi kanuna uygun bulursa, yasal temel ikamesi usulünü uygulamak suretiyle iptal davasını reddedebilir.

KAYNAKÇA

Açıl M, ‘2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri’ (2018) 76 (2) İstanbul Hukuk Mecmuası 725- 756.

Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, Türk İdare Hukuku (12.Bası, Savaş Yayınevi, 2020).

Aslan V, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname ile Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirlenmesi Üzerine’ (2019) 36 (1) Anayasa Yargısı Dergisi 139-161.

Atar Y, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi’ (<https://www.anayasa.gov.tr/media/6184/yavuz-atar.pdf>, Erişim Tarihi: 10.10.2022).

ATAY EE, İdare Hukuku, (8.Bası, Turhan Kitabevi, 2022).

CAN E, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin 3. Yıl Dönümünde Anayasa Mahkemesinin Kanun-CBK İlişkisine Yaklaşımı” (2022) Anayasa Hukukundaki Gelişmelerin Işığında Kamu Hukuku Sempozyumu Maltepe Üniversitesi Yayınları 41-54.

Candan T, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu (5.Bası, Adalet Yayınevi, 2012)

Çağlayan R, ‘İdari Yargılama Hukukunda Yargı Yerinin Sebep İkame Yetkisi’ (2016) (141) Danıştay Dergisi 9-40.

Çağlayan R, İdare Hukuku Dersleri (9.Bası, Adalet Yayınevi, 2021).

Çağlayan R, İdari Yargılama Hukuku (14.Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022)

Erdoğan M, Türk Anayasa Hukuku (2.Bası, Hukuk Yayınları, 2018).

Eren A, ‘Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi’ (2019) 36 (1) Anayasa Yargısı Dergisi 1-72.

Erkal A, ‘İdarenin Hukuk Kurallarını Üst Normlara Uygunluk Bakımından Kontrol Etme ve Kuralı Uygulamayı İhmal Etme Yetkisi’ (2014) 9 (1) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 183- 215.

Gözler K, İdare Hukuku (3.Bası, Ekin Yayınevi, 2019).

Gözler K, İdare Hukuku C:1 (2.Bası, Ekin Yayınevi, 2009).

- Gözler K, Türk Anayasa Hukuku Dersleri (23.Bası, Ekin Yayınevi, 2019)
- Gözler K, ‘Yorum İlkeleri’ in Ozan Ergül (ed), Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması (Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 236, 2012) 15-19.
- İba Ş ve Söyler Y, ‘Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanı Kararının Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları’, (2019), 36 (1) Anayasa Yargısı 195-223.
- Kalabalık H, İdare Hukuku Dersleri C.II, (4.Bası, Seçkin Yayıncılık, 2019).
- Keskinsoy Ö, Anayasa ve Türk Anayasa Hukuku (1.Bası, Monopol Yayınları, 2018).
- Karahanogulları O, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği: Yasamsı’ (<http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/cbk.pdf>, Erişim Tarihi: 10.10.2022).
- Özay İH, Günışığında Yönetim (1.Bası, Alfa Yayınları, 2002)
- Özbudun E, Türk Anayasa Hukuku (17.Bası, Yetkin Yayınları, 2017).
- Sancakdar O, Önüt LB, Us Doğan E, Kasapoğlu Turhan M ve Seyhan S, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı (11.Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021).
- Şanlı Atay Y, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri’ (2019) 10 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 579- 593.
- Tan T, İdare Hukuku (7.Bası, Turhan Kitabevi, 2018).
- Ulu Güher, İdari İşlemin Yetki Unsuru (1.Bası, Seçkin Yayıncılık, 2012).
- Ulusoy AD, Türk İdare Hukuku (4.Bası, Yetkin Yayınları, 2021).
- Ülgen Adadağ Ö, ‘Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkinin Yargısal Denetimine Yönelik Sorunlar’ (2019) 36 (1) Anayasa Yargısı Dergisi 261-277.
- Ülgen Ö, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri’ (2018) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3-39.
- Yasin M, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri’, (2019), 36 (1), Anayasa Yargısı 315-333.
- Yasin M, ‘İdari Yargılama Usülünde Düzenleyici İdari İşlemlerin İhmali Meselesi’ (2013) 16 (1) İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 9-27.
- Yayla A, ‘Anayasa Değişikliği Sonrasında Cumhurbaşkanlığı Makamının Olağan Döneme İlişkin Düzenleme Alanı ve İdari İşlemlere Etkisi’ (2019) 21 (Özel Sayı) D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi Prof.Dr.Durmuş TEZCAN’a Armağan 1609- 1643.
- Yayla A, ‘Cumhurbaşkanlığı Düzenlemelerinin Perde Yasa Kuramı Bakımın-



dan Değerlendirilmesi’, (2019), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Bildiri Kitabı 56-65.

Yayla Y, İdare Hukuku Dersleri (2.Bası, Beta Yayınları, 2010).

Yıldırım T, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri’ (2017) 23 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 13-28.

USULSÜZ HALKA ARZ SUÇUNDA SATIŞ KAVRAMININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE KAPSAMI

*The Legal Nature and Scope of the Concept of Sale
in the Offence of Irregular Public Offering*

Neslihan GÖKTÜRK*

ÖZET

Halka arz kavramı, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda teknik bir terim olarak tanımlanmıştır. Tanım, kanunun uyum sağlamayı hedeflediği Avrupa Birliği (AB) mevzuatından farklı muhtevadadır. Zira AB mevzuatında halka arz, sermaye piyasası araçlarının satın alınması için halka yapılan çağrıyla ifade ederken; bu mevzuata uyum hedefi taşıyan 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda halka çağrı ve bunun devamında gerçekleşen satış ifade etmektedir. Tanım çağrı unsuru yanında satışın hangi gerekçeyle eklendiği yasa yapım sürecine ilişkin kaynaklardan anlaşılamamaktadır. Ancak halka arz, sermaye piyasası hukukunda temel kavramlardan olduğundan, yapılan tanım hukuki ve idari sorumluluk ve tedbirler yanında, ceza sorumluluğu bakımından da büyük önem taşımaktadır. Çalışmamızda, ceza sorumluluğu bakımından satış kavramının hukuki niteliği ve kapsamı incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Sermaye piyasası hukuku, halka arz, usulsüz halka arz suçu, halka arzda satış kavramı, kanunilik ilkesi.

ABSTRACT

The concept of public offering is defined as a technical term in the Turkish Capital Market Act. The definition has a different content from the EU legislation that the Act aims to harmonize with. Because, while public offering in EU legislation refers to a call to the public for the purchase of capital market instruments; In the Capital Market Act, which aims to comply with this legislation, it refers to the call to the public and the subsequent sale. It is not clear from the material on the law-making process why the sale element was added alongside the call for recognition element. However, since public offering is one of the basic concepts in capital market law, the definition made is of great importance in terms of criminal liability as well as legal and administrative responsibilities and measures. In our study, the effects of the sales element in terms of criminal liability will be examined.

Key Words: Capital market law, public offering, irregular public offering offence, selling element in public offering, criminal liability.

➤ Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 25.05.2023

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 13.06.2023

* Doç. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı, neslihangokturk@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-4937-4452>.

GİRİŞ

Sermaye piyasası, kendine özgü araçlar vasıtasıyla sermaye (fon) arz ve talebinin karşılandığı piyasa olarak tanımlanabilir¹. Tasarrufların sanayi ve ticarete aktarılmasını sağlaması sebebiyle ekonomik gelişim bakımından son derece yararlı olan sermaye piyasaları, tarihi gelişim sürecinde zaman zaman tasarruf sahiplerinin büyük ölçekte suistimaline de yol açmıştır. Suistimalin temel nedeni, tasarruf sahiplerinin, hakkında yeterli ve güvenilir bilgiye sahip olmadıkları sermaye piyasası araçlarına yatırım yapmasıdır. Suistimalin ferdi boyutu aşmış, geniş kitleleri etkilemesi ve “sosyal yara” seviyesine ulaşan travmalara sebebiyet vermesi nedeniyle, bu piyasalarda kümülatif korumayı sağlamaya yönelik hukuki müdahale ihtiyacı ortaya çıkmıştır². Bugün “*sermaye piyasası hukuku*” olarak nitelendirilen hukuk disiplini, geniş kitleleri etkileyen bu piyasanın tabi olduğu hukuki rejimi tayin etmektedir.

Piyasada geniş kitlelerin suistimali tehlikesini önlemek bakımından en etkili yöntem, tasarruf sahiplerinin bilgilendirilmesidir. Tasarruf sahiplerinin, yani yatırımcının bilgilendirilmesi, sermaye piyasası hukukunda kamuyu aydınlatma ilkesi çerçevesinde değerlendirilmektedir³. Sermaye piyasasının etkin bir şekilde işleyişi bakımından sorun, yatırımcının suistimal edilmesi; çözüm ise yatırımcının bilgilendirilmesidir. Çözümün işlevselliği, soruna tekaddüm etmesine bağlı olduğundan; yatırımcının henüz suistimal edilmeden, suistimal tehlikesini doğuracak bir eylem gerçekleştirilmeden önce kapsamlı şekilde bilgilendirilmesi önemlidir.

Sermaye piyasasından para talebi geniş kitleleri ilgilendiren bir faaliyettir ve halka arzın söz konusu olduğu hallerde yatırımcıların izahname adını taşıyan bir aydınlatma belgesi ile bilgilendirilmesi gerekmektedir (SPK m. 4 vd.).

Halka arz, mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu döneminde, çeşitli ihtimaller yanında, sermaye piyasası araçlarının satın alınması için halka çağrıda bulunulmasını (mSPK m. 3-c); yürürlükteki 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda ise, sermaye piyasası araçlarının satın alınması için yapılan genel bir çağrıyı ve bu çağrı devamında gerçekleştirilen satışı (SPK m. 3/1-f) ifade et-

¹ Bkz. Fevzi Fırat Gözüyeşil, Sermaye Piyasası Hukukunda İzahnameden Doğan Sorumluluk, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 26; Kavram vadeye dayalı olarak, ekonomide orta ve uzun vadeli finansman ihtiyacının karşılandığı piyasa olarak da tanımlanmaktadır; Ümit Gücenme, Türkiye’de Sermaye Piyasasında Son Gelişmeler, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, Ankara, 1994, s. 10; Selahattin Tuncer, Türkiye’de Sermaye Piyasası, 1. Baskı, Okan Yayınevi, İstanbul, 1985, s. 10.

² Piyasaya müdahalede yönlendirici olaylar ve etkileri bağlamında bkz. Haluk A. Kabaalioglu, Sermaye Piyasasında Kamuyu Aydınlatma İlkesi, Ege Matbaası, İstanbul, 1985 s. 18 vd.; Haydar Kazgan, Galata Bankerleri, 1. Baskı, Türk Ekonomi Bankası, İstanbul, 1991, s. 41 vd.

³ Kavram hakkında bkz. Ünal Tekinalp, Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979, s. 5 vd.; Oğuz Kürşat Ünal, Sermaye Piyasalarında Halka Açık Anonim Ortaklıklar, Nobel Yayıncılık, Ankara, 1999, s. 127 vd.

mektedir. 6362 sayılı Kanun'da halka arz = halka çağrı + satış şeklinde formüle edilmek suretiyle, satış da halka arzın bir unsuru olarak düzenlenmiştir. Bu yönüyle 6362 sayılı Kanun, mülga 2499 sayılı Kanun'dan farklılık arz etmektedir.

Halka arz kavramının tanımındaki söz konusu değişikliğin, yani "satış" kavramına halka arzın tanımında yer verilmesinin, usulsüz halka arz suçu bakımından etkisinin ne olacağı, özellikle suçun hangi anda oluşacağı ve hangi andan itibaren failin ceza sorumluluğuna gidilebileceği satış kavramının hukuki niteliği ve kapsamının belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. Bu itibarla, çalışmada satış kavramının hukuki niteliği ve kapsamı sorunu ele alınacaktır.

I. HALKA ARZ KAVRAMI

1. Türk Hukukunda Halka Arz Kavramı

Türk hukukunda halka arz kavramı, mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda aşağıdaki gibi tanımlanmıştır (mSPK m. 3-c):

"Sermaye piyasası araçlarının satın alınması için her türlü yoldan halka çağrıda bulunulmasını; halkın bir anonim ortaklığa katılmaya veya kurucu olmaya davet edilmesini; hisse senetlerinin borsalar veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda devamlı işlem görmesini; bu Kanuna göre halka açık anonim ortaklıkların sermaye artırımları dolayısıyla paylarının veya hisse senetlerinin satışını ifade eder."

Yürürlükteki 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda ise tanım şu şekildedir (SPK m. 3/1-f):

"Sermaye piyasası araçlarının satın alınması için her türlü yoldan yapılan genel bir çağrıyı ve bu çağrı devamında gerçekleştirilen satış ... ifade eder."

Mülga kanunda halka arz kavramı farklı ihtimalleri kapsayacak şekilde tanımlanmış olmakla birlikte, yürürlükteki kanunun bu ihtimallerden birini ve fakat en kapsayıcı olanını esas aldığı görülmektedir. Bahsi geçen ihtimal, halka çağrı yapılmasıdır. Mülga kanun uyarınca sermaye piyasası araçlarının satın alınması için halka çağrı yapılmış olması halinde, halka arzın mevcut olduğu kabul edilmekteydi. Yürürlükteki kanunda ise, halka çağrının yapılmış olması tek başına yeterli görülmeyip, satışın gerçekleşmesi halinde halka arzın varlığı kabul edilmiştir.

Yatırımcının bilgilendirilmesi yükümlülüğü bakımından, halka arz tanımında yapılan değişiklik, sorunsuz görünmektedir. Zira özel hukuk kapsamında kalan bu meseleyle ilgili olarak, halka arz öncesinde yükümlülüğün doğduğuna ilişkin açık bir yasal düzenlemeye yer verilmiştir. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 4. maddesine göre "*Sermaye piyasası araçlarının halka arz edilebilmesi ... için izahname hazırlanması ve hazırlanan bu izahnamenin Ku-*



rulca onaylanması zorunludur.” Halka arz, çağrı ve satışı kapsamakla birlikte, kronolojik olarak çağrı daha önce gerçekleştiğinden, henüz çağrı yapılmadan önce yatırımcının bilgilendirilmesi ve buna ilişkin sürecin tamamlanması gerekmektedir. Zira söz konusu maddede yer alan “halka arz” kavramı, tanımındaki şekliyle anlaşıldığında; halka çağrı ve satış, yani hem çağrı hem de satış yapılabilmesi için izahnamenin hazırlanıp onaylanması öngörülmektedir.

Onaylanan izahnamenin, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından belirlenen esaslar çerçevesinde yayımlanması gerekmektedir (SPK m. 7/1). Kurul, bu konudaki yetkisini çıkardığı tebliğlerle kullanmaktadır. İzahname ve İhraç Belgesi Tebliği’nin⁴ 28. maddesi uyarınca, “*halka arz öncesinde*” onaylanan izahnamenin yayımlanması gerekmektedir (m. 28/2).

2. Avrupa Birliği Hukukunda Halka Arz Kavramı

Avrupa Birliği mevzuatı, uyum hedefine binaen Türk mevzuatı bakımından önem taşımaktadır⁵. Bu nedenle, AB hukukunda halka arz kavramının nasıl tanımlandığının incelenmesi gerekmektedir.

AB Yönergesi’nin⁶ 2-d maddesinde halka arz şu şekilde tanımlanmıştır:

“Yatırımcının sermaye piyasası aracını satın alması ya da bu konuda taahhütte bulunması kararını temin için, çağrı koşulları ve sermaye piyasası aracı hakkında yeterli bilgi içeren, herhangi bir şekilde ya da vasıtayla halka yapılan çağrıdır.”

Halka arzı, sermaye piyasası aracının satın alınması için halka çağrıda bulunma olarak tanımlayan bu düzenlemenin, mülga 2499 sayılı Kanun’da yer alan tanımla uyumlu olduğu; fakat 6362 sayılı Kanun’da aranan satış unsurunu ihtiva etmediği görülmektedir.

Yönerge düzenlemesi, Alman hukukunda doğrudan iktibas edilmiştir. Nitekim Alman İzahname Kanunu’nda (*Wertpapierprospektgesetz*) halka arz, sadece yönerge hükmüne atıf yapılarak tanımlanmıştır (WpPG § 2 I 2.). Tanımda çağrı esas alınmakla birlikte, halka yalın bir çağrı yapılması, halka arz olarak nitelendirilmemekte; nitelikli bir çağrının varlığı aranmaktadır. Daha net bir ifadeyle, ancak çağrı koşulları ve sermaye piyasası aracı hakkında yeterli bil-

⁴ Seri no: II-5.1 İzahname ve İhraç Belgesi Tebliği (RG: 22.06.2013 / 28685)

⁵ Bkz. Sermaye Piyasası Kanunu Tasarısı ile Plan Bütçe Komisyonu Raporu YD. 24, YY. 3, SS. 337 (Tasarı Gerekçesi), s. 21.

⁶ Verordnung (EU) 2017/1129 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017

⁷ “*Im Sinne dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck...“öffentliches Angebot von Wertpapieren“ eine Mitteilung an die Öffentlichkeit in jedweder Form und auf jedwede Art und Weise, die ausreichende Informationen über die Angebotsbedingungen und die anzubietenden Wertpapiere enthält, um einen Anleger in die Lage zu versetzen, sich für den Kauf oder die Zeichnung jener Wertpapiere zu entscheiden...”*

gilendirmeyi içeren bir çağrının varlığı halinde, halka arzın mevcudiyeti kabul edilmektedir. Satım sözleşmesi bakımından, sözleşmenin esaslı unsurları hakkında bilgi verilmesi kâfi görülmektedir. Bu kapsamda satım konusu ve değerinin açıklanması, çağrının varlığını kabul için yeterlidir⁸.

II. TÜRK HUKUKUNDA HALKA ARZ KAVRAMININ TANIMINA SATIŞ UNSURUNUN EKLENMESİNİN SEBEBİ

Yürürlükteki mevzuatımız çerçevesinde halka arz sadece halka çağrısı değil, çağrı devamında gerçekleşen satışı da kapsamaktadır. Gerek mülga 2499 sayılı Kanun gerek AB mevzuatında yer almayan “satış” unsuru, halka arz tanımına eklenmiş durumdadır. Sermaye piyasası hukukunun temel kavramlarından birinde böylesine önemli bir değişikliğe gidilmesinin, ülkemize özgü bir ihtiyacı karşılamaya matuf olması ve bu değişikliği izah eden bir gerekçenin bulunması gerekir.

Tanımdaki farklılaşma, önemli bir değişikliği ifade ettiğinden, bu konuda yararlanılacak en temel kaynak yasa tasarısı gerekçesidir. “Halka arz” kavramı, 6362 sayılı Kanun’da tanımların yapıldığı 3. maddede yer aldığından, bu maddenin gerekçesinden istifade etmek gerekir. Anılan madde gerekçesinde aynen aşağıdaki ifadelere yer verilmiştir⁹:

*“Maddede, Kanunda geçen bazı kavramların tanımlarına ve bazı kısaltmaların açılımlarına yer verilmektedir. 2499 sayılı Kanunda yer alan **halka arz**, ihraççı, menkul kıymetler, sermaye piyasası araçları gibi temel kavramlarda yeni Kanunun sistematigine, AB mevzuatına ve piyasanın ihtiyaçlarına uyumu teminen önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu kapsamda izahname, halka arz eden, kamuyu aydınlatma platformu, türev araçlar gibi kavramlar tanımlar kısmına eklenirken; ihraççı, menkul kıymetler gibi kavramlar yeniden tanımlanmıştır.”*

Gerekçede, halka arz tanımındaki değişiklik hakkında başkaca bir açıklama bulunmamaktadır. Gerekçedeki açıklamadan çıkan sonuç, bazı kavramların tanımının değişikliği, bazı kavramların da tanım maddesine eklendiğidir. Bunun

⁸ Thomas Preuß, in: Kapitalmarktrechts-Kommentar, Hrsg. Schwark, Eberhard / Zimmer, Daniel, 5. Auflage, C.H.Beck, München, 2020, Wertpapierprospektgesetz – WpPG § 2 Rn. 13; Ralf Wehowsky, in: Erbs / Kohlhaas Strafrechtliche Nebengesetze, Bd. I, Hrsg. Häberle, Peter, C.H.Beck, München, 2022, W 58a. Wertpapierprospektgesetz – WpPG § 2 Rn. 6.

Öğretide, alım imkanı sunulmasının gerekliliği konusunda ise farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, şayet reklam, ilan ve sair yollarla sadece bilgi verilip, yatırımcılara alım imkanı halen sunulmuyorsa halka arzın mevcut olmadığı kabul edilmektedir (Robert Müller, Wertpapierprospektgesetz, Nomos Kommentar, 2. Online-Auflage, 2017, WpPG § 2 Rn. 6). Diğer bir görüşe göre ise, halka arzın mevcudiyetini aramak bakımından, yasal düzenlemede böyle bir koşul aranmamaktadır (Wehowsky, WpPG § 2 Rn. 6).

⁹ Tasarı Gerekçesi, s. 20 (madde 3 gerekçesi)



sebebi ise, (1) kanun sistematığına uyum, (2) AB mevzuatına uyum ve (3) piyasanın ihtiyaçlarına uyumdur.

Halka arz tanımındaki değişikliğin, kanun sistematığına uyum gibi bir hedefinin bulunmadığı kanaatindeyiz. Zira eğer sistematığe uyumdan maksat bu ise, kanunda “halka arz” tabirinin geçtiği her yerde, yasadaki tanımın bu kavramın yerine aynen oturtulmasını gerektirir. Ne var ki, yasa da halka arz kavramının kullanıldığı bazı yerlerde, yapılan tanımla uyumlu olmayan bir anlamın ifade edildiği görülmektedir. Benzer durum alt düzenleyici işlemler bakımından da geçerlidir. Bu haliyle tanım, kanun sistemini bozan bir etkiyi haizdir. Örneğin Kanun’un 14/4. maddesinde, Kurul’un “*halka arzda*” bağımsız denetim raporu isteyebileceği öngörülmüştür. Halka arz, tanımı icabı satışı da kapsadığından, Kurul satış gerçekleşmeden bu hükme göre bağımsız denetim raporu talep edemeyecektir. Bu talebin, sermaye piyasasında nasıl bir yarar sağlayacağını tartışmaya gerek yoktur. Oysa başkaca hükümlerde, “*halka arz edebilmek için*”, “*halka arz öncesinde*” gibi ifadeler kullanılmak suretiyle, çağrı ve satış bütününe ifade eden süreçte, daha çağrı aşaması gerçekleşmeden yükümlülüklerin yerine getirilmesi öngörülmüştür. Dolayısıyla böyle bir öncelik ilişkisi vurgulanmadan “halka arz” kavramının yasa da kullanımı, sistemde uyuma değil, uyumsuzluğa yol açmaktadır. Bu bakımdan yasa gerekçesinde belirtilen ilk neden, bu değişikliği izahtan uzaktır.

Gerekçede belirtilen ikinci neden, AB mevzuatına uyum için çeşitli kavramlarda değişiklik yapılmış olduğudur. Yukarıda AB mevzuatının konuyla ilgili hükmünde, halka arzın kısaca halka çağrısı ifade ettiği belirtilmişti. Dolayısıyla, bu gerekçe de halka arz kavramı tanımındaki değişikliği izah etmeye yönelik bir gerekçe olarak kabul edilemez.

Son olarak yasa gerekçesinde, piyasa ihtiyaçlarına uyum için bazı tanımların değiştirildiği belirtilmiştir. Piyasada, satış unsurunun tanıma eklenmesini gerektirecek nasıl bir ihtiyaç bulunduğu, literatürde dile getirilmediği gibi; olması gereken hukuk bakımından bu değişiklik eleştirilmektedir¹⁰. Nitekim temel bir kavramda bu kadar önemli bir değişiklik yapılmaktaysa, bu ihtiyacın ne olduğunun açık ve ikna edici bir şekilde ortaya konulması gerekir. Gerekçe bu özellikten yoksundur.

Sonuç olarak, yasa gerekçesi halka arz tanımındaki değişikliğin nedenini ortaya koymamaktadır. Diğer bir kaynak olarak yasanın TBMM’deki görüşme sürecinden istifade edilebilir. Ancak görüşme tutanaklarında da değişikliğin gerekçesine ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır¹¹.

¹⁰ Çağlar Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2016, s. 593.

¹¹ Bkz. TBMM Tutanak Dergisi, D. 24, YY. 3, 33. Birleşim s. 847.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla, öğretilerde de kavramın tanımına satış unsurunun neden eklendiği hususunda bir açıklama yoktur. *Manavgat*, bu yaklaşımın, ortaya çıkabilecek bazı sorunların çözümünde yarar sağlayacağını belirtmekle birlikte, tanıma satış unsurunun eklenmiş olmasını eleştirmektedir¹².

Halka arz kavramının tanımına satış unsurunun neden eklendiği ile ilgili olarak yasa yapım sürecindeki kaynaklardan bir sonuç çıkarılmadığı gibi; öğretilerde de bu konuyla ilgili bir tespit yapılmamıştır. Kanaatimizce tanıma satış unsurunun eklenmesinin sebebi, konuyla ilgili mevzuata dayalı olarak açıklanabilir. Şöyle ki, hukukumuzda halka arz, Sermaye Piyasası Kanunu'na dayalı alt düzenleyici işlem olan Satış Tebliği'nde¹³ (ST), aynı zamanda bir satış yöntemi olarak nitelendirilmiştir (ST m. 6/1-a). Kanunun yapım sürecinde Kurul'un etkinliği bilinen bir gerçektir¹⁴. Tebliğ de zaten Kurul tarafından yapılan bir alt düzenleyici işlemdir. Kanunun yapım sürecinde belirleyici etkiyi haiz olan Kurul, kanunun temel kavramlarından biri olan halka arzın, tebliğdeki anlamıyla uyumlu bir şekilde tanımlanmasını sağlamıştır. Böylece temel kavram olan halka arz, gerek mülga 2499 sayılı Kanun gerekse Avrupa'da kabul gören genel anlamından farklılaşarak, satış yöntemi manasına vurgu yapılmak suretiyle tanımlanmış ve halka arzın çağrı yanında satışı kapsadığı yönünde bir tanım oluşmuştur¹⁵.

III. USULSÜZ HALKA ARZ SUÇU

A. Genel Açıklama

Sermaye piyasasında yatırım kararları yeterli bilgiye dayalı olarak verildiği için, halka arz süreci öncesinde kamunun bilgilendirilmesi esastır. Nitekim halka arz öncesinde izahname vasıtasıyla kamunun bilgilendirilmesi yükümlülüğüne mevzuatımızda yer verilmiştir ve bu yükümlülüğün ihlali "Usulsüz Halka Arz" kapsamında suç olarak tanımlanmıştır¹⁶.

¹² Bkz. *Manavgat*, s. 593.

¹³ Seri no: II-5.2 Sermaye Piyasası Araçlarının Satışı Tebliği (RG: 28.06.2013 / 28691)

¹⁴ Bkz. Kürşat Göktürk, Etkileri Bağlamında Sermaye Piyasası Kanununun Amaç Maddesi, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, 2021/2 (s. 235-257), s. 245.

¹⁵ Tebliğin, kanundan sonra yürürlüğe girmiş olması, değerlendirmemizde bir eksiklik olarak mütalaa olunmamalıdır. Kurul'un hem kanun hem tebliğ yapımında belirleyici idari birim olması, zaruri olarak ilk etapta kavrama ilişkin yaklaşımını, bir kanun hükmü olarak teccüm ettirmesini gerektirmektedir. Yani, tebliğdeki düzenleme, sadece Kurul'un halka arz kavramından neyi anladığını ortaya koymamakta, aynı zamanda halka arzın neden klasik anlamından farklı bir şekilde kanunda tanımlanmış olduğunu da ortaya koymaktadır. Kurul, kavramı satış yöntemi olarak algıladığı için, kanundaki halka arz tanımı satışı da kapsamaktadır.

¹⁶ Piyasa Bozucu Eylemler İçin Cezai Yaptırımlar Direktifi (Directive 2014/57/EU) ile suç sayılması öngörülen fiiller; içeriden öğrenenlerin ticareti, içerdeki bilginin hukuka



Mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun konuyla ilgili hükümleri şu şekildedir:

aykırı olarak açıklanması ve piyasa manipülasyonudur. Sermaye piyasasına ilişkin AB mevzuatında, usulsüz halka arz fiilini iç hukukta suç olarak tanımlama yönünde yükümlülük getiren bir düzenleme bulunmamaktadır.

6362 sayılı Kanun'da ise usulsüz halka arz fiili sadece idari yaptırım uygulanmasını gerektiren bir kabahat olarak değil, aynı zamanda bağımsız bir suç tipi olarak tanımlanmıştır. Usulsüz halka arz fiili, 6362 sayılı Kanun'un 103/1 hükmüne göre idari para cezası uygulanmasını gerektiren bir kabahat olmasının yanında; 109/1 hükmüne göre suçtur.

Piyasa Bozucu Eylemler İçin Cezaî Yaptırımlar Direktifi'nin (Directive 2014/57/EU) gerekçesinde; üye devletlerin iç hukukta yapacakları düzenlemeler bakımından, aynı fiil karşılığında öngörülen cezaî yaptırım ve idari yaptırımların uygulanmasında "*non bis in idem*" ilkesinin ihlal edilmemesi gerektiğine dikkat çekilmiştir (p. 23).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7 Numaralı Ek Protokolü'nün 4. maddesinde ve Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi'nin 50. maddesinde güvence altına alınan "*non bis in idem*" ilkesi bağlamında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin sermaye piyasası hukuku alanında idari ve cezaî yaptırımların aynı anda uygulanmamasını öngören kararları bulunmaktadır. AİHM, 4 Mart 2014 tarihli Grande Setevens ve diğerleri/İtalya kararında; İtalya Sermaye Piyasası Kurulu'nun (CONSOB) idari para cezası uyguladığı bir fiile ilişkin olarak, ayrıca İtalya adli makamlarınca ceza muhakemesi sürecinin işletilmesini, cezalandırma amacıyla uygulanan ve belirli bir ağırlıkta olan idari para cezalarının sözleşme kapsamında cezaî yaptırım sayılabileceği (p. 96) ve bunun "*non bis in idem*" ilkesinin uygulanması için yeterli olduğu (p. 229) gerekçesiyle AİHS'nin 7 numaralı Ek Protokolü'nün 4. maddesinde düzenlenen "*non bis in idem*" ilkesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır (Grande Setevens/İtalya, Başvuru No:18640/10, 4 Mart 2014).

Nitekim 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 15/3. maddesine göre "*Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır.*" Madde gerekçesinde, "*non bis in idem*" ilkesine suçlarla kabahatler arasında geçerlilik tanındığı belirtilmektedir.

Belirtilmesi gerekir ki, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 15/3. maddesinde yer alan düzenlemenin fikri içtima (TCK m. 44 / farklı nev'iden fikri içtima) ile bir ilişkisi bulunmamaktadır (Ayrıntılı bilgi için bkz. Neslihan Göktürk, Fikri İçtima, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 260-262). 6362 sayılı Kanun'un 103/1 ve 109/1 hükümleri arasındaki ilişkiyi TCK'nın 44. maddesi ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 15/3. maddesine atıfla farklı nev'iden fikri içtima bağlamında değerlendiren görüş için bkz. Çağatay Çınar, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'ndaki Usulsüz Halka Arz ve İzinsiz Faaliyette Bulunma Suçları, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 102.

Usulsüz halka arzın idari yaptırım uygulanmasını gerektiren bir kabahat olarak tanımlandığı göz önüne alındığında, "*son çare (ultima ratio)*" olarak ceza hukukunun müdahalesini gerektiren bir fiil olup olmadığı ayrı bir tartışma konusudur. Kanun koyucu, usulsüz halka arzı aynı zamanda suç olarak tanımlamayı tercih etmiştir. Fakat, 6362 sayılı Kanun'un 103/1-2 hükmünde düzenlenen kabahat karşılığında öngörülen idari yaptırım, 109/1 hükmünde tanımlanan usulsüz halka arz suçu karşılığında öngörülen ceza yaptırımının türü ve miktarıyla, özellikle ceza muhakemesi kuralları ve cezanın infazına ilişkin kurallar dikkate alınmak suretiyle mukayese edildiğinde; usulsüz halka arz fiilinin, *ultima ratio ilkesi* bağlamında ceza hukukunun müdahalesini gerektiren bir fiil olup olmadığı tartışılması gereken bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna bağlı olarak "*non bis in idem*" ilkesine suçlarla kabahatler arasında geçerlilik tanıyan 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 15/3. maddesinin uygulanması da sorgulanır hale gelmektedir.

Madde 47/1,A,4: “4 üncü maddenin birinci ve üçüncü fıkralarına aykırı hareket edenler... fiiller(in)den dolayı iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin günden onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

Madde 47/2: “Birinci fıkranın (A), (B) ve (C) bentleri uyarınca verilecek para cezaları üst sınırla bağlı olmaksızın suçun işlenmesi suretiyle temin edilen menfaatin üç katından az olamaz.”

Madde 4/1: “...halka arz olunacak sermaye piyasası araçlarının Kurula kaydettirilmesi zorunludur.”

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun konuyla ilgili hükmü şu şekildedir:

Madde 109/1: “Onaylı izahname yayımlama yükümlülüğünü yerine getirmeksizin sermaye piyasası araçlarını halka arz edenler... iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar.”

Usulsüz halka arz suçunun düzenlenişi bakımından 6362 sayılı Kanun ve mülga 2499 sayılı Kanun hükümleri mukayese edildiğinde, her iki kanun arasında önemli yaklaşım farklılıkları bulunduğu görülmektedir.

Mülga 2499 sayılı Kanun'da suç tanımlaması, kanunun ilgili maddesindeki yükümlülük referans alınmak suretiyle yapılmıştır. Başka bir ifadeyle, kanunun çeşitli maddelerinde bazı yükümlülükler yer verilmiş ve bu yükümlülük ihlallerine atıfta bulunmak suretiyle suçun tanımlanması yoluna gidilmiştir. 6362 sayılı Kanun'da ise, doğrudan suçun yasal tanımında belirtilen yükümlülüğün ihlaline bağlı olarak suçun tanımlanması yöntemi tercih edilmiştir.

Halka arz süreci bakımından her iki kanun arasında özel hukuk bağlamında sistem farklılığı bulunmaktadır. Bu farklılık kısaca Kurul'a kayıt sisteminden, izahnamenin onaylanması sistemine geçilmiş olmasıdır. Mülga 2499 sayılı Kanun'da, halka arz öncesinde sermaye piyasası araçlarının Kurul kaydına alınması yöntemi benimsenmişti. Bu yöntemin temel gerekleri mülga 2499 sayılı Kanun ve buna dayalı alt düzenleyici işlemlerle belirlenmiş idi. 6362 sayılı Kanun'da ise sermaye piyasası araçlarının Kurul kaydına alınması yerine, izahnamenin onaylanması sistemine geçilmiştir.

Mülga 2499 sayılı Kanun döneminde payların halka arzı sürecinde, halka arz edecek kişinin Kurul kaydı öncesinde hazırlanan izahnameyle birlikte kayıt için başvuruda bulunması ve bu izahnamenin Kurul tarafından onaylanması, mevzuatın öngördüğü bir gereklilik olup¹⁷; izahnamenin ilanından önce yerine getirilmesi gerekli olan yükümlülüklerdi. Bu bakımdan mülga 2499 sayılı Kanun'da suç teşkil eden fiil, kamuyu bilgilendirme vasıtası olan izahnamenin

¹⁷ Bkz. Hisse Senetlerinin Kurul Kaydına Alınmasına ve Satışına İlişkin Esaslar Tebliği, Seri: I, No: 26, m. 5 vd, m. 17.



yayımlanmaması değil, kayıt yükümlülüğü yerine getirilmeksizin sermaye piyasası araçlarının halka arzıdır. 6362 sayılı Kanun'da ise, izahnamenin yayımı yükümlülüğüne vurgu yapılmak suretiyle suçun tanımlanması yoluna gidilmiştir. Kamuyu aydınlatma sisteminde aslolan, kamunun doğru, zamanında ve yeterli şekilde bilgilendirilmiş olarak yatırım kararı vermesi olduğundan, kamuyu aydınlatma belgesi olan izahnamenin sadece onaylanmış olmasının yeterli görülmemesi ve onaylanmış olan izahnamenin yayımlanmamış olmasına vurgu yapılmak suretiyle suçun tanımlanması, kamuyu aydınlatma ilkesini esas alan yasa sistemi ve maksatla uyumlu olan yaklaşım olup, isabetli bir tercihi yansıtmaktadır.

Her iki Kanun bakımından suç teşkil eden fiil, halka arzın mevzuatla belirlenen yükümlülükler yerine getirilmeksizin gerçekleşmesidir. Her iki Kanun arasında, halka arzdan önce yerine getirilmesi gereken yükümlülükler noktasında farklılık bulunduğu gibi; halka arz kavramı bakımından da farklılık bulunmaktadır. 6362 sayılı Kanun'da mülga 2499 sayılı Kanun'dan farklı olarak halka arz kavramı, satışı da kapsayacak şekilde tanımlandığı için, suçun hangi anda oluşacağı ve hangi andan itibaren failin ceza sorumluluğuna gidilebileceği önemli bir sorundur. Çalışmanın esas inceleme konusunu oluşturması sebebiyle, halka arz tanımına eklenen satış unsurunun, usulsüz halka arz suçu bağlamında hukuki niteliği ve kapsamı ayrı bir başlıkta ele alınacaktır.

B. Halka Arz Fiili Bağlamında Onaylı İzahname Yayımlama Yükümlülüğünün İhlali

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 109/1. maddesinde düzenlenen usulsüz halka arz suçunun fiil unsuru "*halka arz*"dır. Fakat sermaye piyasasının varoluş gayesi çerçevesinde ele alındığında payların halka arzı bu piyasanın gereği olup; teknik bir terim olarak Kanun'un 3/1-f maddesinde tanımlanmış olması halka arzın münhasıran haksızlık teşkil eden bir fiil olmadığını ortaya koymaktadır. Başka bir ifadeyle halka arz, esasen suç teşkil eden bir fiil değildir. Halka arz fiiline suç teşkil eden haksızlık vasfını kazandıran husus, maddede öngörülen onaylı izahname yayımlama yükümlülüğü yerine getirilmeksizin gerçekleştirilmiş olmasıdır. Madde, halka arzdan önce;

- İzahname hazırlanması (SPK m.4/1),
- Hazırlanan izahnamenin Sermaye Piyasası Kurulu'nun onayına sunulması,
- Kurul'un onayladığı izahnamenin yayımlanması (SPK m. 7/1)

şeklinde yükümlülük getirmektedir. Kronolojik olarak ilerleyen bu sürecin nasıl işleyeceği ise, 6362 sayılı Kanun ve alt düzenleyici işlemlerde ayrıntılı olarak düzenlenmekte olup; en belirgin özelliği, Sermaye Piyasası Kurulu'nun sıkı kontrol ve denetimi altında olmasıdır. Nitekim bu süreçteki en önemli aşama, izahnamenin Sermaye Piyasası Kurulu tarafından onaylanmasıdır. Yükümlülüklerin mevzuata uygun şekilde yerine getirilip getirilmediği

Kurul tarafından denetlenmekte ve halka arz ancak Kurul'un onayı üzerine gerçekleşmektedir. Madde metninin lafzı dikkate alındığında “onay” sadece izahname bakımından aranır görünse de; ilgili mevzuat bir bütün olarak tetkik edildiğinde, esasen tüm sürecin Sermaye Piyasası Kurulu'nun kontrol ve denetimi altında olduğunu, yani halka arzın Kurul'un onay vermesi üzerine gerçekleştiğini söylemek mümkündür.

Halka arz, yükümlülükler yerine getirilmek suretiyle usulüne uygun olarak işleyen süreç sonunda gerçekleşmiş ise, suç teşkil eden bir haksızlık oluşturduğundan söz edilemez. Halka arz fiili, münhasıran yükümlülüğün ihlaline bağlı olarak cezalandırılmaya müstehak bir haksızlık muhtevasına sahiptir. Suçla korunan hukuki menfaat dikkate alındığında, Sermaye Piyasası Kurulu'nun halka arz sürecindeki denetim ve kontrol mekanizmasını etkisiz bırakacak şekilde onayı olmaksızın halka arz faaliyetinin gerçekleştirilmesi suç olacaktır. Yükümlülük ihlali dikkate alınmaksızın halka arz faaliyeti hakkında bir değersizlik yargısında bulunulamaması sebebiyle, söz konusu yükümlülüklerin ihlali, özellikle Sermaye Piyasası Kurulu'nun onayının bulunmaması hukuka aykırılık unsuru¹⁸ değil¹⁹, tipiklik kapsamında ele alınmalıdır²⁰. Yükümlülüklere aykırı hareket edilmesi, halka arz fiiline ilişkin bir hususiyet olmasına binaen tipiklik kapsamındadır. Halka arzın yükümlülükler için gerçekleştirilmesi halinde, 6362 sayılı Kanun'un 109/1. maddesi karşısında tipik bir fiilden söz edilemeyeceği için hukuka aykırılık değerlendirmesi de yapılamaz. Halka arz fiili, suç tanımı karşısında tipik olmadığı için hukuka aykırı da değildir²¹.

Halka arz sürecindeki yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, suça ihmali suç²² niteliğini vermez. Zira halka arz söz konusu olmadıkça bir yükümlülüğün varlığından, dolayısıyla yükümlülük ihlalinden bahsedilemez; ancak halka arzın gerçekleşmesinden sonra, buna bağlı olarak yükümlülükler bakımından bir

¹⁸ Hukuka aykırılık hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Şahin Kılıç, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara HBVÜ Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Temmuz 2020.

¹⁹ Sermaye Piyasası Kurulu'nun onayını hukuka uygunluk nedeni olarak nitelendiren görüş için bkz. Çınar, s. 96-97.

²⁰ Bkz. Jürgen Baumann / Ulrich Weber / Wolfgang Mitsch, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2003, § 16 Rn. 31, § 17 Rn. 126; Hans Heinrich Jescheck / Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, s. 368; Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2006, § 10 Rn. 32.

²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Neslihan Göktürk, “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, 2016/1, s. 407-450.

²² İhmali suçlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fatih Yurtlu, *İhmali Suçlar*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

değerlendirme yapılabilir. İcrai nitelik taşıyan halka arz fiili hakkında değersizlik yargısında bulunulmasını sağlayan, fiile haksızlık muhtevasını veren, fiilin norm karşısında tipikliğini belirleyen yükümlülük ihlali; usulsüz halka arz suçuna ihmali suç vasfını kazandırmaz. 6362 sayılı Kanun'un 109/1. maddesi karşısında tipikliğin belirlenmesinde esas alınan fiil, halka arz fiilidir. Dolayısıyla, usulsüz halka arz suçu icrai suçtur.

IV. HALKA ARZ TANIMINA EKLENEN SATIŞ KAVRAMININ USULSÜZ HALKAARZ SUÇU BAĞLAMINDA HUKUKİ NİTELİĞİ VE KAPSAMI

A. Hukuki Nitelik Sorunu

Halka arz teriminin tanımında satış ifadesine yer verilmesi, satışı; suçla korunan hukuki menfaat dikkate alındığında usulsüz halka arz suçunun bir unsuru haline getirmez. Satış, halka arz fiilinin kısımlara bölünebilir icra hareketi veya çok hareketli suç bağlamında halka çağrı yanında bağımsız bir icra hareketi yahut netice olarak nitelendirilemez. Suçla korunan hukuki menfaat ve AB mevzuatına uyumu hedefleyen madde gerekçesi göz önüne alındığında halka çağrı yapılmasıyla birlikte suçun oluştuğu ve tamamlandığı kabul edilmelidir (*sırf hareket suçu*). Fakat bu husus, satışın ceza sorumluluğu bakımından herhangi bir fonksiyonu bulunmadığı anlamına gelmez. Kanaatimizce tanıma ilave edilen satış, usulsüz halka arz suçunu soyut tehlike suçu olmaktan çıkarmış²³ ve somut tehlike suçuna dönüştürmüştür. Başka bir ifadeyle, halka arz teriminin tanımında yer verilen satış, usulsüz halka arz suçu bağlamında somut tehlikenin gerçekleşmesini ifade etmektedir²⁴.

Somut tehlikenin gerçekleşmesi, usulsüz halka arz suçu bakımından objektif cezalandırılabilme koşuludur²⁵ ve failin ceza sorumluluğuna gidilebilmesi

²³ Usulsüz halka arz suçunun soyut tehlike suçu olduğu görüşü için bkz. Çınar, s. 93.

²⁴ Usulsüz halka arz, 2017 tarihli AB Yönergesi kapsamında şekillenen Alman hukukunda kabahat olarak tanımlanmıştır (WpPG § 24). İzahname yayınlanmaksızın halka arz, suç olarak tanımlanmamış olsa da; “soyut tehlike suçu (*abstrakte Gefährdungsdelikte*)” olarak nitelendirilmektedir (Martin Böse/Scarlett Jansen, in: Kapitalmarktrechts-Kommentar, Hrsg. Schwark, Eberhard/Zimmer, Daniel, 5. Auflage, München, 2020, Wertpapierprospektgesetz – WpPG § 24 Rn. 2). Alman hukukunda halka arz, yukarıda belirtildiği üzere, sermaye piyasası araçlarının satılması için halka çağrı yapılması ile gerçekleşir. Başka bir ifadeyle, halka bu yönde bir çağrı yapıldığında izahnamenin yayınlanmamış olması, kabahatin oluşumu için yeterlidir.

²⁵ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 767; Somut tehlike suçlarında somut tehlikenin hukuki niteliği hakkındaki tartışma için bkz. Elif Bekar, Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda yer Alan Suçlar, 1. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 243 vd.; Osman Gazi Ünal, Türk Ceza Hukukunda Tehlike Suçları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara HBVÜ Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Temmuz 2020, s. 215 vd.

için onaylı izahname yayımlama yükümlülüğü yerine getirilmeksizin halka çağrının yapılması yeterli olmayıp; objektif cezalandırılabilme koşulunun, yani satışın da gerçekleşmesi gerekmektedir²⁶. Bu itibarla, onaylı izahname yayımlama yükümlülüğü yerine getirilmeksizin halka çağrıda bulunulması, fakat satışın gerçekleşmemesi halinde, suçun teşebbüs aşamasında kaldığından bahisle failin ceza sorumluluğuna gidilemez^{27, 28}.

²⁶ Objektif cezalandırılabilme koşuluna yer verilen suçlarda dava zanaatının başlangıcı hakkındaki tartışma için bkz. Bekar, s. 165 vd.

²⁷ 6362 sayılı Kanun'da usulsüz halka arz fiili aynı zamanda idari yaptırım uygulanmasını gerektiren bir kabahat olarak tanımlanmıştır. 6362 sayılı Kanun'un 103. maddesine göre "(1) Bu Kanuna dayanılarak yapılan düzenlemelere, belirlenen standart ve formlara ve Kurulca alınan genel ve özel nitelikteki kararlara aykırı hareket eden kişilere Kurul tarafından yirmi bin Türk Lirasından iki yüz elli bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir. Ancak, yükümlülüğe aykırılık dolayısıyla menfaat temin edilmiş olması hâlinde verilecek idari para cezasının miktarı bu menfaatin iki katından az olamaz. Tüzel kişilere, aykırılığın ağırlığı ve etkilediği mağdur sayısı dikkate alınarak bu fıkranın birinci cümlesinde yer alan asgari miktardan az olmamak üzere bağımsız denetimden geçmiş yıllık finansal tablolarında yer alan brüt satış hasılatının %1'i ile vergi öncesi kârının %20'sinden yüksek olanına kadar idari para cezası verilir. (2) Birinci fıkradaki yükümlülüklerle aykırı hareket eden kişinin bir özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcisi olması veya organ veya temsilcisi olmamakla birlikte bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi olması hâlinde, ayrıca tüzel kişi hakkında da birinci fıkra hükmüne göre idari para cezası verilir. Aykırılığın, temsilcisi olunan veya adına hareket edilen tüzel kişinin zararına bir sonuç doğurması hâlinde, tüzel kişiye idari para cezası verilmez."

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 15/3. maddesine göre "Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, **suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır.**" Bu düzenleme uyarınca, 6362 sayılı Kanun'un 109/1. maddesinde düzenlenen usulsüz halka arz suçundan dolayı failin ceza sorumluluğuna gidilemeyen hallerde, 103. maddede düzenlenen kabahat dolayısıyla idari yaptırım uygulanması gerekecektir. Belirtilmesi gerekir ki, 103. maddedeki kabahat, 109/1. maddedeki suçtan farklı şekilde tanımlanmış olup; mevzuatla belirlenen yükümlülüklerle aykırı hareket edilmesi yeterlidir. Kabahat ve suç arasındaki düzenleme farklılığı dikkate alındığında, halka arz tanımındaki "satış"ın gerçekleşmemesinin kabahatin oluşumu üzerinde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.

²⁸ Bir görüşe göre, objektif cezalandırılabilme koşulunun gerçekleşmemesi halinde suç oluşmamaktadır; yani fiil suç olma vasfını kazanmamaktadır; dolayısıyla faile ceza verme imkanı da bulunmamaktadır (Özgenç, s. 765 vd.).

Kanaatimizce objektif cezalandırılabilme koşulları, suçun unsurlarına dahil olmadıkları için suçun oluşumu üzerinde herhangi bir etkisi bulunmayıp; sadece failin cezalandırılabilirliği üzerinde etkilidir. Bu nedenle, objektif cezalandırılabilme koşulunun gerçekleşmediğinin kovuşturma evresinde belirlenmesi halinde, sanık hakkında verilmesi gereken hüküm beraat kararı değil, ceza verilmesine yer olmadığı kararı olmalıdır (Aynı yönde bkz. Zeynel T. Kangal, "Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları", İÜHF, C. 68, 2010/1-2 (s. 151-167), s. 156). Fakat CMK'nın 223/4. maddesinde, objektif cezalandırılabilme koşulunun gerçekleşmemesi ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilebileceği haller arasında sayılmamıştır. Bu nedenle uygulama, objektif cezalandırılabilme koşulunun gerçekleşmediği durumda sanık hakkında beraat kararı verilmesi yönündedir (Yargıtay CGK, 15.11.2022, E. 2021/159,



Usulsüz halka arz suçu bakımından somut tehlikenin ne zaman gerçekleştiğinin tespiti gerekmektedir. Tek bir satış ya da birkaç kişiye satış, somut tehlikenin gerçekleştiğini kabul bakımından yeterli midir? Yoksa satış sayısının da belirli bir boyutta tehlike oluşturacak seviyeye ulaşması mı gerekir? Satışın kaç kişiye yapılmış olması gerekir? Aşağıdaki başlıkta bu soruya yanıt bulunmaya çalışılacaktır.

B. Kapsam Sorunu

Halka arz kavramının tanımında yer verilen “satış” unsurunun, usulsüz halka arz suçu bağlamında kapsamı, farklı yorum yöntemlerinin²⁹ tatbiki suretiyle belirlenmeye çalışılacaktır.

1. Lafzi Yorum

Ceza hukukunu ilgilendiren sorunun net olarak anlaşılabilmesi ve lafzi açıdan değerlendirilebilmesi açısından, konuyla ilgili hükümlerin ortaya konulması gerekmektedir. Söz konusu hükümler, 6362 sayılı Kanun’un 109/1 ve 3-f maddesinde yer almakta olup aşağıdaki gibidir:

Madde 109/1: “Onaylı izahname yayımlama yükümlülüğünü yerine getirmeksizin sermaye piyasası araçlarını **halka arz edenler**...iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar.”

Madde 3/1-f: “**Halka arz:** Sermaye piyasası araçlarının satın alınması için her türlü yoldan yapılan genel bir çağrıyı ve bu çağrı devamında gerçekleştirilen satışı... ifade eder.”

Madde 3/1-g: “**Halka arz eden:** Sahip olduğu sermaye piyasası araçlarını halka arz etmek üzere Kurula başvuruda bulunan gerçek veya tüzel kişileri... ifade eder.”

Konuyla ilgili lafzi değerlendirmeye geçmeden önce, 6362 sayılı Kanun’da teknik bazı kavramların yer aldığını ve bu kavramların bizatihi kanun koyu-

K. 2022/712; Yargıtay 8. CD, 14.11.2018, E. 2018/4587, K. 2018/12704). Bu yöndeki uygulamanın, CMK’nın 223/4. maddesinde objektif cezalandırılabilme koşulunun gerçekleşmemesinin açıkça sayılmamasından kaynaklandığı düşüncesindeyiz. Öğretide bir görüş, ceza muhakemesinde kıyas serbest olduğundan, şahsi cezasızlık sebebi ve cezayı tamamen ortadan kaldıran şahsi bir sebep olan etkin pişmanlığa benzerliğinden hareketle, böyle bir durumda sanık hakkında CMK’nın 223/4. maddesine göre ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesinin mümkün olduğu yönündedir (Kangal, s. 156).

Objektif cezalandırılabilme koşulunun gerçekleşmemesi halinde ceza muhakemesinde verilecek karar hakkındaki tartışma için bkz. Bekar, s. 172 vd.

²⁹ Yorum yöntemleri için bkz. Abdullah Batuhan Baytaz, Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum, 1. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 209 vd.

cu tarafından herhangi bir yoruma mahal vermeyecek şekilde tanımlanmaya çalışıldığını belirtmek gerekir. Bunlardan biri de “*halka arz eden*” kavramıdır. Kavram kısaca, sermaye piyasası araçlarını halka arz etmek üzere Kurul’a başvuruda bulunan kişileri ifade etmektedir. Bu tanıma göre, Kurul’a başvuruda bulunmayan kişiler, “*halka arz eden*” sıfatına sahip olmayacaktır. Suç tanımının yapıldığı 109/1. maddede “*halka arz edenler*” kavramı kullanılıp, bu kavram aynı kanunda tanımlandığından, lafzi olarak belirtilen sonuca ulaşmak gerekmektedir. Bu sonucun, suç tanımında yer alan izahname onayının kronolojik olarak daha sonra gerçekleşmesi nedeniyle anlamsız olduğu da söylenebilir. Böyle bir sonuca ulaşıldığında ise “Kurul’a halka arz için başvuru yapıp, henüz izahname onaylanmadan önce ya da onaylanan izahname yayınlanmadan önce halka arzı gerçekleştiren kişiler” fail olabilecektir. Kurul’a halka arz için başvuru yapmamış kişilerin ise, anılan maddenin lafzına göre cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Ancak varılan bu sonucun hukuken himaye edilemeyeceği kanaatindeyiz. Zira, maddede yer alan “*halka arz eden*” kavramı, ceza normu bütünü içerisinde değerlendirildiğinde; kavramın isim olarak kullanılmayıp, eylemi kapsadığı ve halka arz eylemini gerçekleştirenleri ifade ettiği sonucuna ulaşılmaktadır. Dolayısıyla, halka arz için Kurul’a başvurmuş olsun ya da olmasın, onaylı izahname yayımlama yükümlülüğünü yerine getirmeden halka arz eylemini gerçekleştiren herkesin anılan madde kapsamında suç teşkil eden fiili işlediğinin kabulü gerekir.

Suç tanımında halka arz edenden maksadın, halka arz fiilini gerçekleştiren kişi olduğu bu şekilde tespit edildikten sonra, halka arz tanımında yer alan satış kavramının lafzen tek kişiye satışı mı yoksa çok kişiye satışı mı kapsadığı meselesi bakımından yasa metninin belirli olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Zira, hukukumuzda iki unsur, yani halka çağrısı ve devamında gerçekleşen satışı kapsayan halka arzda, satışın kim ya da kimleri kapsaması gerektiği konusunda tanım maddesinde bir açıklık bulunmamaktadır. Tanım maddesinde çağrının genele yönelmesi gerektiğinin belirtilmiş olmasına dayalı olarak, satışın tek kişiye yapılmasının yeterli olması gerektiği yönünde lafzi bir yoruma varılamayacağı kanaatindeyiz. Zira tanım maddesinde tek kişiye satışın yeterli olacağı yönünde bir belirleme yapılmadığı gibi; genele yönelen bir çağrıdan olağan beklenti, tek bir kişiye satış yapılması değildir.

Burada birden çok kişiye satışın gerekliliği bağlamında, lafzi olarak en azından satış tabirinin çoğul olarak kullanılması gerektiği düşüncesi akla gelebilir. Yani kanun koyucunun çağrı devamında gerçekleşen “*satışlar*” ibaresini kullanmaktan imtina etmesinin, tek kişiye satışın yeterli olabileceği yorumunu gündeme getirdiği düşünülebilir. Ne var ki, gramatik açıdan birden çok kişiye yapılan satışlar bakımından da tekil kullanım gereklidir. Aksi halde, yani tanımında geçen “*satış*” ibaresi yerine, çoğul “*satışlar*” ibaresinin kullanılması halinde, satışın sermaye piyasası mevzuatı uyarınca birden fazla kez gruplar



halinde yapılması nedeniyle, halka arzın ilk gruptaki satışta değil, en erken ikinci grup sermaye piyasası aracı satışında gerçekleşeceği gibi bir sonuca ulaşıldı³⁰. Dolayısıyla “*satış*” tabirinin, tanım maddesinde tekil olarak kullanımı zorunludur ve birden çok kişiye satış yapılması gereğini vurgulamak bakımından “*satış*” tabirinin çoğul kullanımı gramatik açıdan yararsızdır. Bu durum, tanımda geçen tekil “*satış*” ibaresinin, satışın halka yönelmesi ya da tek kişiye yapılması konusunda bir belirleme yapmadığını göstermektedir.

Lafzi açıdan, tek bir kişiye satışın yeterli olabileceğine yönelik en güçlü argüman, halka arz kavramı tanımında çağrının genele (halka) yönelmesi vurgusu yapılmasına rağmen; satışta bu vurgunun yapılmamış olmasıdır. Bununla birlikte ceza normu, sadece “halka arz” kavramının tanımıyla sınırlı değildir. 6362 sayılı Kanun’un 109/1. maddesinde yer alan suç tanımı, “*sermaye piyasası araçlarını*” halka arz edenlerin cezalandırılmasını öngörmektedir. Bu tanım uyarınca halka çağrı yapıp, tek bir sermaye piyasası aracı satılmışsa fail cezalandırılmayacaktır.

Lafzi açıdan hukukumuzda kesin olan husus, halka çağrıya rağmen satışın gerçekleşmemesi halinde failin ceza sorumluluğuna gidilemeyeceğidir. Halka arz tanımında yer alan satış kavramının kapsamı bakımından lafzi yorum, belirsizliği giderememektedir. Bu bakımdan diğer yorum yöntemlerinden istifa edilmesi gerekmektedir.

2. Tarihi Yorum

Halka arz tanımına satış unsurunu ekleyen kanun koyucunun, satışın bir kişiye mi yoksa birden fazla kişiye mi yapılması gerektiği konusundaki yaklaşımının ortaya konulması önem arz etmektedir. Daha önce belirtildiği üzere, halka arza ilişkin tanım maddesinde tanıma eklenen bu unsurdan maksadın ne olduğu hakkında bir açıklık bulunmadığı gibi, ceza hükmü gerekçesi de konuyu aydınlatmak bakımından yetersizdir.

İlgili hükümler ve dayanaklarındaki yetersizlik, kanun koyucunun amacının ne olduğu konusunda diğer yorum kaynaklarının incelenmesini gerektirmektedir. Bu kapsamda yasadaki diğer hükümlerde ya da yasa gerekçesinde genel olarak ya da özel bir hüküm bağlamında amacı tayin edebilecek belirlemelerin bulunup bulunmadığı tetkik edilmelidir. Aynı şekilde mülga kanundaki yaklaşım da sorunun çözümünde etkilidir.

³⁰ Nitekim bu manada çoğul kullanım, “ihraçlar” şeklinde Kanun’un 9/1. maddesinde yer almaktadır ve ilgili hükümde “İhraççı veya halka arz edenin, izahnamenin ilk yayımı tarihinden itibaren on iki ay boyunca gerçekleştireceği *ihraçlar* için...” ifadesine yer verilmiştir. Aynı şekilde Pay Tebliği’nin 28. maddesinde “her satış” şeklinde çoğul vurgu yapılan satış, esasında satış grubunu ifade etmektedir. İlgili madde lafzı şu şekildedir: “*Kurulca onaylanan izahnamenin geçerlilik süresi boyunca yapılacak pay halka arzlarında, her satıştan önce bu Tebliğin 11 numaralı ekinde yer alan belgelerin eklendiği bir dilekçe ile Kurula başvurulur.*”

Satışın kime yapılması gerektiği sorusu konusundaki tarihi inceleme, tereddütsüz şekilde “halka” cevabına yönelmektedir. Bu konuda ilk dayanak, mülga 2499 sayılı Kanun’un 7. maddesidir. Anılan maddenin başlığı “Sermaye Piyasası Araçlarının Halka Satışı” olup, doğrudan sorun hakkında aranılan cevabı vermektedir. Madde muhtevası da başlığıyla uyumlu olarak, satışın halka yapılması ile ilgilidir³¹. Mülga 2499 sayılı Kanun’da halka arz tanımının halka çağrıyla sınırlı olmasına binaen halka arz suçu soyut tehlike suçu niteliği taşıdığı için, esasında satışın halka yapılıp yapılmamasının cezai sorumluluk bakımından etkisi bulunmamaktadır. Ancak 6362 sayılı Kanun bakımından usulsüz halka arz suçu somut tehlike suçu niteliği taşıdığı ve ona bu niteliği halka arz tanımındaki “satış” verdiği için, bu satışın halka yapılan satış olduğunun mülga kanunda vurgulanması, sorunun tarihi açıdan yorumlanmasında önemi haizdir.

Yürürlükteki kanunda da, mülga kanundan farklı bir anlayışın hakim olmadığını kabulü gerekir. Mülga 2499 sayılı Kanun’un 7. maddesini büyük ölçüde karşılayan 6362 sayılı Kanun’un 12. maddesinin başlığında satışın “halka” yönelmesi gereğine yönelik bir ifade bulunmamakla birlikte³²; madde içeriğinde bahsi geçen satışın “halka” yapılan bir satış olduğu vurgulanmaktadır. Nitekim 6362 sayılı Kanun’un 12/4. maddesinde “Kurul, sermaye piyasası araçlarının halka satışında, yatırımcıların bunları almalarını kolaylaştırıcı, hak ve yararlarını koruyucu tedbirlerin alınmasını ihraççıdan, halka arz edenlerden, satışı yapanlardan ve ilgili borsalardan isteyebilir” ifadesine yer verilme suretiyle, yasada bahsi geçen satışın “halka” yönelmesi gerektiği sonucuna varmamızı gerektiren bir hükme yer verilmiştir.

Yürürlükteki kanunun genel gerekçesinde satışın “halka” yönelmesi gerektiği sonucuna varmayı gerektiren açıklamalara yer verilmiştir. Bu kapsamda “İzinsiz halka arz yoluyla halktan toplanılan paraların iade edilme imkânı mevcut düzenlemelerde bulunmadığından, sorumlular hakkında suç duyurusunda bulunulsa da para veren vatandaşların mağduriyetlerinin giderilmesi mümkün olamamaktaydı. Yeni düzenleme ile ilk kez Kuruldan izin almaksızın yapılan halka arz ile toplanan paraların iadesi için usul ve esaslar öngörülmüştür” açıklamasına yer verilerek³³, halktan toplanan para vurgusuyla, satışın halka yapılması gereği dile getirilmiştir. Konuyla ilgili 91. madde incelendiğinde de çoğul yatırımcı vurgusunun yapıldığı görülmektedir. Tüm bu açıklamalardan, satışın halka yapılması gerektiği sonucuna varmaktayız.

³¹ İlgili maddede konuyla ilgili olarak şu hükümlere yer verilmiştir: “Sermaye piyasası araçlarının halka satışı izahnamede gösterilen esaslar ve belirlenen satış süresi dahilinde yapılır...”, “Kurul sermaye piyasası araçlarının halka satışında, küçük tasarruf sahiplerinin bunları almalarını kolaylaştırıcı, hak ve yararlarını koruyucu tedbirlerin alınmasını ortaktıktan ve satışı yapanlardan isteyebilir...”

³² Madde başlığı mülga kanundan farklı olarak “Sermaye piyasası araçlarının satışı”dır.

³³ Bkz. Tasarı Gerekçesi, s. 18.

3. Sistematik Yorum

Kanun sisteminin anlaşılması bakımından, böyle bir kanuna neden ihtiyaç duyulduğunun izahı önem arz eder. Sermaye piyasası rejimindeki yasal düzenlemeler, halkın suistimal edilmesi tarihi gerçeği üzerine kurulmuştur³⁴. Halkın suistimali, ferdi değil; gerçekten halk olarak nitelendirilebilecek geniş bir kitlenin suistimalden etkilenmesini şart kılar. Sermaye piyasası mevzuatı kapsamında nitelendirilebilecek genel düzenleyici işlemler, bu etki üzerine devletlerin tepkisini yansıtır. Bahsi geçen tepki, sermaye piyasasına mahsus değildir. Bankacılık mevzuatı bakımından da benzer tepki söz konusudur. Belirtilen mevzuatın ortak özelliği, halk olarak nitelenebilecek bir kitleden para toplanmasıdır. Devletlerin bu tür durumlardaki tepkisi, esas itibarıyla kamu düzenini etkileyebilecek olası sosyal travmalardan kaynaklanmaktadır.

Devletin tepkisinin hangi aşamada doğacağı, yani halka çağrı aşamasında mı yoksa halktan para toplanmasından sonra mı müdahale edileceği ya da müdahalenin hukuki, idari veya cezai yaptırımlar tatbikiyle mi gerçekleşeceği meselesi tamamiyle sosyal ihtiyaca dayalı olarak devletin takdirindedir. Burada artık kanunun sisteminin tetkiki gerekir. Bu bakımdan biri kanun, diğeri kanunun verdiği yetkiyle çıkarılan alt düzenleyici işlemler bağlamında inceleme konumuz itibarıyla oluşturulmaya çalışılan sistem üzerinde değerlendirme yapılması mümkündür.

Kanun hükümlerine dayalı olarak mesele incelendiğinde; 6362 sayılı Kanun'da 2017 yılında yapılan değişiklikle kitle fonlaması müessesesi yasaya dahil edilmiştir. Kitle fonlaması, girişimcilerin ihtiyaç duyduğu sermayeyi karşılamak amacıyla halktan para toplanmasını ifade etmektedir (SPK m. 3/1-z). Para halktan toplanmıyorsa, kitle fonlamasının varlığından söz edilemeyecektir. Bu müessesenin hukukumuzda dahil edilme nedeni, yasa gerekçesinde esas itibarıyla halka açık ortaklıkla mukayese edilmek suretiyle izah edilmiştir. Gerekçe tetkik edildiğinde, kitle fonlamasıyla, ekonomide ihtiyaç duyulan nispeten düşük miktardaki sermayeye daha düşük maliyetle, daha hızlı ve daha az bürokrasiyle ulaşmak mümkün olacaktır³⁵. Gerekçede, bahsettiğimiz “daha az”, “daha düşük” karşılaştırmalarında mukayese ölçüsü olarak halka açık ortaklık esas alınmıştır. Bilindiği üzere, halka açık ortaklığa sahip olduğu vasfı veren müessese halka arzdir. Dolayısıyla, kitle fonlamasının esasında mukayese edildiği müessese halka arzdir. Bir iş fikri ya da girişim temelinde, daha düşük sermayeye yönelik para toplama faaliyeti halka satış yapılmak kaydıyla özel bir statüye tabi ise, halka arzın da bu sistemin büyük parçası olması münasebetiyle, halka arzda da para toplama faaliyetinin halka yönelmesi gerek-

³⁴ Bkz. Kabaalioglu, s. 18 vd.

³⁵ Bkz. Sermaye Piyasası Kanunu'nda değişiklik yapılmasına dair TBMM 502 sayılı Komisyon Raporu, s. 35 vd.

mektedir. Başka bir ifadeyle, daha düşük bir sermayenin toplanması için satış yapılması gereken muhatap yasadaki açıkça “halk” olarak öngörülmüş ise, daha yüksek sermayenin toplanmasında satış yapılacak muhatabın da evleviyetle halk olması beklenir. Şu halde, para halk olarak nitelendirilecek bir kitleden toplanmamaktaysa, halka arzın varlığından bahsedilemez. Müesseselere dayalı olarak sistematik açıdan yapılan bu analiz, halka arz tanımında geçen satış unsurunun, halka yapılan satışı kapsadığı sonucunu beraberinde getirmektedir.

Yukarıda, yürürlükteki kanunda halka arz tanımına neden satış unsurunun eklenmiş olduğuna ilişkin değerlendirmemizde, sermaye piyasası mevzuatı çerçevesinde halka arzın bir satış yöntemi olması argümanına dayalı olarak gerekçelendirmede bulunmuş idik. Mevzuat bütünlüğü içerisinde halka arz tanımındaki temel yaklaşımın, satış yöntemi tasavvuruna dayalı olduğu gözlemlenmektedir. Mülga kanundan farklı olarak, halka arz yürürlükteki mevzuatta satış unsurunu da kapsamakta ve bu unsur, bir satış yöntemi olan halka arzı ifade etmektedir (bkz. ST m. 6). O halde satış yöntemi olan halka arzdaki pozitif hukuk yaklaşımı, bahsi geçen unsurun kapsamı bakımından belirleyici etkiyi haiz olabilecektir. Bu yaklaşım, konuyla ilgili tebliğ hükümleri dikkate alınmak suretiyle belirlenebilir.

Satış Tebliği düzenlemeleri incelendiğinde, ilgili hükümlerin lafzen çok sayıda sermaye piyasası aracı ve satın alacak olan birden çok yatırımcıyla ilgili olduğuna şüphe bulunmamaktadır. Zira kavramlar, ilgili hükümlerde çoğul şekilde kullanılmaktadır. Aynı şekilde halka arz sürecine ilişkin hükümler incelendiğinde, çok sayıda kişinin sermaye piyasası aracı satın alması düşüncesiyle şekillenmiş bir sistem oluşturulduğu anlaşılmaktadır (bkz. ST m. 5 vd.). Keza aynı tebliğde, satış kavramı için “halka arz” tabirinin kullanımından da geniş bir kitleye satışın kastedildiği anlaşılmaktadır. Zira Satış Tebliği’nin 10. maddesi başlığı “Halka arz yoluyla gerçekleştirilen sermaye piyasası ihraçlarına ilişkin satış süreleri” olup, madde içeriğinde de satışın hangi tarihten itibaren ve hangi tarih aralığında yapılabileceği belirlenmiştir. Bahsi geçen madde içeriğinde aynen, “Sermaye piyasası araçlarının halka arzına en erken, izahnamenin ve fiyat tespit raporunun yayımlanmasını takip eden üçüncü gün başlanabilir” ifadesine yer verilmiştir (ST m. 10/1). Maddede geçen “halka arz” satışı ifade etmek için kullanılmış bir kavramdır. Öğretide de bu maddede geçen “halka arz” ibaresi, herhangi bir tartışmayı gerektirmeyecek derecede net bir şekilde “satış” olarak algılanmaktadır³⁶. Dolayısıyla satışın hedef kitlesi açısından, kullanılan “halka arz” tabiri, halk olarak nitelendirilecek bir kitleye satışı ifade etmektedir.

Yukarıda belirtilen argümanlardan başka, sistemi etkileyen bir diğer husus, halka arzın doğurduğu tehlikedir. Halka arz, geniş halk kitlelerinin sermaye

³⁶ Bkz. Manavgat, s. 727.



piyasası aracına yatırım yapması nedeniyle tehlike (halkın suistimali tehlikesi) doğuran bir müessesedir. Bir bütün olarak ele alındığında, Sermaye Piyasası Kanunu'nun ferdi alım-satım ilişkilerinde koruma sağlaması gibi bir düşünceden hareket edilemez. Bu koruma, zaten özel hukuk tarafından sağlanmaktadır. Bu sebeple, sermaye piyasası araçlarının satışının doğurduğu tehlike halka yönelip; mevzuatın koruma amacı, geniş kitleleri ilgilendiren ihlallerdir. Mevzuatın koruma amacı çerçevesinde çok sayıda olması zorunlu bulunan bu satışın, kişi sayısı bağlamında halka yönelmesi gerekmektedir.

4. Kavramsal Yorum

Halka arz tanımının yorumunda bir diğer yöntem olarak kavram bütünlüğünden hareket edilebilir. Yasada tanımı yapılan kavram, “*halka arz*” kavramıdır. Bu kavramın yasal tanımında bir değişiklik olması, değişikliğin de kavram bütünlüğü çerçevesinde yorumlanmasını gerektirir. Kavram bütünlüğü dikkate alındığında, “*arz*”ın halka yönelmiş olması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Mülga 2499 sayılı Kanun döneminde, arz kavramının anlamı öz bir ifadeyle “*sermaye piyasası araçlarının satın alınması için yapılan çağrı*” idi. Daha dar anlamda ifade etmek gerekirse, arz münhasıran “*çağrı*”yı kapsamaktaydı. Çağrının süjesi ise yine yasada “*halk*” olarak tayin edilmiş idi.

6362 sayılı Kanun'da ise arz kavramı “*sermaye piyasası araçlarının satın alınması için yapılan çağrıyı ve çağrı sonrasındaki satışı*” ifade etmektedir. Kısacası arz, “*çağrı ve satışı*” kapsamaktadır. Çağrının süjesi bakımından yasal tanımda kullanılan “*genel*” ifadesinin halkı, yani kapsamı belirsiz bir kitleyi işaret ettiği tereddütsüzdür. Bununla birlikte arzın varlığını kabul için aranan ikinci unsur olan “*satış*”ın süjesi ya da kapsamıyla ilgili bir belirleme yapılmamıştır. Kavramsal bütünlük açısından konuya yaklaşıldığında, şayet satış halka arzın unsuruysa; çağrının halka yönelik olması gerektiği gibi, satışın da halkı kapsamaması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır³⁷. Bu itibarla satış, “*halk*” olarak

³⁷ Tespit edebildiğimiz kadarıyla öğretide de, satış unsurunun halka yönelmesi gerektiği yönünde kabuller mevcuttur. Bu kapsamda bkz. Gökhan Aydoğan, Anonim Şirketlerde Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden Doğan Hukuki Sorumluluk, 1. Baskı, Bankacılık Enstitüsü, Ankara, 2021, s. 145 “*Halka arzın ayırt edici yönü satışın belirli bir kişi ya da kişilere değil genel bir çağrı sonucu belirsiz bir kitleye yönelik olmasıdır*”. Bu kabul, yasanın tanımı ile uyumlu bir sonucu ifade etmekte, sadece çağrının değil, satışın da halka yönelmesi gerektiğini ön plana çıkarmaktadır.

Bkz. Manavgat, s. 683 “*...halka arzla ulaşılmak istenen hedefler, geniş bir yatırımcı kitlesini ifade eden “halk”a, nesnel biçimde oluşan fiyat üzerinden pay satılarak, kaynak sağlanmasına bağlıdır*”. Yazar halka arz bakımından, satış vurgusunu yapmakta ve satın alanların “*halk*” olarak nitelendirilmesi durumunda halka arzın varlığını kabul sonucuna ulaşmaktadır. Keza Yazar satın alma hakkı veren sermaye piyasası araçları bakımından, halka arzın unsuru olan satışın gerçekleşmediğini, bununla birlikte, “*satın alma haklarının kullanılması (durumunda), hakları kullanan kitlenin, “halk” olarak nitelenebilmesine bağlı olarak halka arz sonucunu doğurabil(eceğini)*”, aynı durum bakımından “*...satın alanların*

nitelendirilecek bir kitleye yapılmış değilse, somut tehlike gerçekleşmediği için failin ceza sorumluluğu cihetine gidilemez.

V. SATIŞIN HALKA YAPILMASI GEREĞİ KARŞISINDA HALKIN KAPSAMI SORUNU

Usulsüz halka arz suçunda, “halk” olarak nitelendirilecek bir kitleye yapılan satış söz konusu değilse, somut tehlike gerçekleşmediği için failin ceza sorumluluğuna gidilemeyecektir. Ancak halk kavramından ne anlaşılması gerektiği, yani halk kavramının kapsamının ne olduğu mevzuatta açık bir şekilde belirlenmemiştir.

Sözlük anlamıyla halk, daha ziyade ülkenin coğrafi sınırları esas alınarak siyasi anlamda tanımlanmakta ve bir ülkede yaşayanların ya da yurttaşların bütünü olarak ifade edilmektedir³⁸.

Sermaye piyasası hukukunda ise, halka arzın bir unsuru olması nedeniyle halk kavramından ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmalıdır. Halkın “kapsamı belirsiz olan kişi kitlesini” ifade ettiği kabul edilmektedir³⁹. Bu tanımlama, çağrı ve satıştan oluşan halka arz kavramının, sadece çağrı unsuru esas alınarak yapılan bir tanımdır ve niteliği esas almaktadır. Yani, çağrının kapsamı belirsiz bir kişi kitlesine yapılması halinde, halka çağrı mevcut kabul edilmektedir. Çağrıya kaç kişinin cevap verdiği ve satın alma işlemi gerçekleştirdiği, çağrının halka yapılmış olduğunun kabulü bakımından önemli değildir.

Halka arzın satış unsuru ile ilgili olarak ise, satış somut olarak ilişki tesisini gerektirdiğinden, kapsamı belirsiz kişi kitlesi gibi nitel değil, nicel bir kritere ihtiyaç duyulmaktadır. Çağrı unsuru bakımından kabul edilen belirsiz kişi kitlesi şeklindeki nitel bir tanım, somut ilişki tesisine dayalı satış unsuru bakımından uygulanabilir değildir. Zira satış, mahiyeti itibarıyla her halde kapsamı belirli bir kişi kitlesine yapılmaktadır. Örneğin 1, 10, 100, 1000 kişiye yapılan sermaye piyasası aracı satışının, kapsamı belirsiz bir kişi kitlesine yapıldığının kabulü imkansızdır. Satış, somut hukuki ilişki tesisine gerçekleş-

“halk” tanımına girecek özellikleri haiz olması hâlinde, halka arzın gerçekleşeceğini kabul etmek yerinde olacaktır” vurgusu yapmaktadır (Manavgat, s. 596). Yani bu halde işin özelliği gereği, halka arz, sermaye piyasası aracını satın alan kitlenin, halk olarak nitelendirilebilmesi koşuluna tabi tutulmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, öğretilerdeki bu tespitler, satışın kapsamıyla ilgili ortaya atılmış bir soruna dayalı değildir. Müelliflerin bu tespiti, doğrudan, herhangi bir tartışmaya gitmeksizin yaptıkları kabullerdir. Ancak söz konusu tespitler, burada sorun olarak tetkik ettiğimiz “satışın kapsamı” bakımından, satışın “halk” olarak nitelendirilecek bir kitleye yapılması gerektiği sonucunun doğal olarak benimsenmesi açısından önemlidir.

³⁸ Bkz. <https://sozluk.gov.tr>

³⁹ Bkz. Manavgat, s. 588.



tiğinden, mahiyeti itibariyle kaç kişi olursa olsun, her zaman kapsamı belirli bir kitle söz konusudur. Bu nedenle, çağrı bakımından kabul edilen nitel kriter, satış bakımından halk kavramını tanımlamaya elverişli değildir. Satışın halka yapıldığının kabulü için, kapsamı belirli olan kişi kitlesinin nicel sınırının çizilmesi zorunludur. 6362 sayılı Kanun'da halka arz kavramının tanımına satış unsurunun eklenmesine bağlı olarak, belirlilik ilkesi gereği, mevzuatta, kaç kişiye satış yapılmış olması halinde halk olarak nitelendirilecek bir kitlenin söz konusu olduğunun tayin edilmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle, kapsamı belirsiz kişi kitlesinden, nicel (sayısal) maksadın ne olduğunun mutlak surette mevzuatla belirlenmesi zaruridir. Zira somut tehlikenin gerçekleşmesini ifade eden satışın objektif cezalandırılabilme koşulu olması sebebiyle failin ceza sorumluluğu bakımından taşıdığı önem, mevzuatla böyle bir belirlemenin yapılmasını gerekli kılmaktadır. Mevzuatımızda doğrudan konuyu düzenleyen bir hüküm bulunmadığından, öncelikle yabancı hukuk düzenlerindeki durumun ortaya konulmasında yarar bulunmaktadır.

İsviçre hukukunda, sayısal olarak kaç kişiye ulaşılması halinde, halk olarak nitelendirilecek bir kitlenin varlığının kabul edilebileceğiyle ilgili olarak, bankacılık mevzuatı⁴⁰ ve buna dayalı olarak benimsenen yaklaşım etkili olmuştur. Bankacılık faaliyetinin varlığından bahsedilebilmesi ve hukuka aykırı olarak bu faaliyeti gerçekleştirenlerin sorumluluğuna gidilebilmesi için, bankacılık faaliyetinin işletmesel (*Gewerbsmässigkeit*) olarak icra edilmesi gerekmektedir. İsviçre'de ne zaman izinsiz bir banka işletmesinin mevcut olduğunun kabul edilebileceğiyle ilgili olarak, Bankacılık Yönetmeliği'nde (*BankV*)⁴¹ açık bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre ya halktan çağrı yoluyla mevduat toplamak ya da böyle bir çağrı olmaksızın en az 20 kişiden mevduat toplamak gerektiği esası benimsenmiştir (BankV. Art. 6 Abs. 1). Bu iki ihtimalden biri izinsiz olarak gerçekleştirildiğinde, artık izinsiz bir şekilde "halktan" mevduat toplandığı, bankacılık faaliyeti icra edildiği kabul edilmektedir (BankG Art. 1 Abs. 2). Dolayısıyla, bankacılık mevzuatı bakımından "halk", asgari 20 kişilik bir kitleyi ifade etmektedir. 20 kişinin, halkın varlığından bahsedebilmek için yeterli olduğuna dair yaklaşım, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 652a maddesinde öngörülen halka arz öncesi izahname yükümlülüğü bakımından öğretide de kabul edildiğinden, "halk" tanımında asgari 20 kişi sınırı temel kural (*faustregel*)

⁴⁰ Bankacılık mevzuatının konuyla ilgisi olmadığı düşünülebilir. Fakat mali piyasalar, sermaye piyasası ve para piyasası olarak iki alt gruba ayrılır. Para piyasasının organize olmuş hali bankalardır. Her iki piyasanın konusunu da "para" oluşturur. Ülkemizde banka mevzuatında düzenleme olmadığından, üzerinde durulmamakla birlikte; her iki piyasada da "halka çağrı" önem taşımaktadır. Bu tür durumlarda yaşanabilecek "sosyal travmalar" nedeniyle, devletler piyasanın işleyişiyle ilgili yasal müdahalede bulunurlar.

⁴¹ Verordnung über die Banken und Sparkassen

olarak ifade edilmektedir⁴². Halka arza benzer uygulamalar bakımından da bu kural etkisini göstermektedir. Bu kapsamda bir örnek olay zikredilebilir: Belirsiz bir kitleye çağrı şeklindeki niteliksel kriter, İsviçre Sermaye Piyasası Kurulu (FINMA) tarafından Kollektif Yatırım Kanunu⁴³ uygulamasında bir genelgeyle⁴⁴ de kabul edilmiştir. Bu genelgeye göre, münhasıran nitelikli yatırımcılar dışındaki kişilere yönelen her türlü reklamın, “halka” yöneldiği esası benimsenmiştir. Öğretide “halka reklam” ve “halka arzın” aynı koruma amacına yönelmesi nedeniyle, kavramların aynı olduğu değerlendirilmesi yapılmaktadır⁴⁵. Genelgeye rağmen İsviçre Federal Mahkemesi, önüne gelen bir olayda, genelgenin katı bir sınırlama içerdiği ve Kollektif Yatırım Kanunu ile bağdaşmadığı sonucuna ulaşmıştır⁴⁶. Federal Mahkeme’nin önüne gelen olayda, on dört kişilik bir grup, yaklaşık 6 milyon Franklık bir tutarla Y...Fonuna iştirak etmiştir. Yatırım yapan bu kişiler arasında davacı, oğlu, akrabaları ve tanıdıkları yanında, bir şirket ve iki adet üçüncü şahıs bulunmaktadır⁴⁷. Federal Mahkeme, reklam ya da arzın dar olarak nitelendirilebilecek bir şahıs çevresine yönelmesi halinde, Kanun’un 3. maddesi anlamında “halk”ın mevcut olmadığı sonucuna varmıştır⁴⁸. Belirtilen olayda, reklamın mahiyet ve kapsamı tam olarak anlaşılama-makla birlikte, mahkemenin “halk” olarak nitelendirilebilecek kitlenin varlığı konusunda, dar kapsamlı bir kitleyi yeterli görmemesi önem arz etmektedir. İsviçre hukukunda, yukarıda bahsi geçen mevzuat dışında, halka yönelmemekle birlikte, çağrının 500 kişiyi aşan bir kitleye yönelmesi durumunda, izahname yayınlama yükümlülüğü doğmaktadır (FIDLEG Art. 36/1-b).

AB Yönergesi bakımından ise, ya kapsamı belirsiz bir kitleye genel bir çağrının varlığı ya da çağrının 149 kişiyi aşan bir kitleye yönelmesi koşullarından biri gerçekleştiğinde, izahname yayınlama yükümlülüğü doğmaktadır (Art. 1/4-b). 150’den az kişiye çağrı halinde -tıpkı İsviçre’de esas alınan 500 kişilik sınırdaki gibi- bu kitlenin izahname vasıtasıyla bilgilendirilmesine ihtiyaç duyulmamaktadır. Dolayısıyla, genel bir çağrı yapılmayan hallerde, ancak 150’den fazla kişiye satış önerisi yapılması halinde izahname yayınlama yükümlülüğü kabul edilmektedir.

⁴² Philipp Schaller / Martin A. Kessler, in: Aktienrecht Kommentar Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VASR, Hrsg. Jeannette K. Wibmer, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2016, Art. OR 652a, Rn. 1.

⁴³ Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz-KAG)

⁴⁴ FINMA-RS 2008/8

⁴⁵ Schaller / Kessler, Art. OR 652a, Rn. 4.

⁴⁶ Bkz. Schaller / Kessler, Art. OR 652a, Rn. 3.

⁴⁷ Bundesgericht, Urteil vom 10. Februar 2011 II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 2C_89/2010, 2C_106/2010, Rn. 5.3.3

⁴⁸ 2C_89/2010, 2C_106/2010, Rn. 5.3.2



Alman hukukunda da halka arz, satışı kapsamayıp çağrı ile sınırlı olduğundan, kapsamı belirsiz bir kişi kitlesine çağrı yapılması durumunda, halka arzın mevcut olduğu kabul edilmektedir. Kişi kitlesinin belirlenmesi bakımından, sayısal (nicel) bir sınırın değil, nitel olarak belirsiz kitlenin esas alınması gerektiği kabul edilmektedir. AB Yönergesi'nde belirtilen ve 2019 yılına kadar Almanya'da İzahname Kanunu'nda (WpPG'de) esas alman 150 sayısının, halk tabirini belirlemek bakımından bir kriter olmadığı görüşü benimsenmektedir. Buna gerekçe olarak da, Yönerge'de ve Kanun'da, 150'den az kişiye çağrı yapılması halinde halka arzın mevcut olduğunun, fakat izahname hazırlanmasının gerekli olmadığı esasının benimsenmesi gösterilmektedir⁴⁹. Bununla birlikte, 150'den fazla kişiye yapılan her çağrının da halka arz olarak nitelendirilemeyebileceği dile getirilmektedir⁵⁰. Alman hukuku bakımından sonuçta öğretilde benimsenenin, çağrı yapılan kitlenin belirsizliği olduğu söylenilebilir.

Amerikan hukukunda, ya genel bir kitleye çağrı halinde ya da böyle bir çağrı olmaksızın 90 günlük süre içerisinde 35'den fazla kişiye sermaye piyasası aracı satışı halinde, halka çağrı yapıldığı kabul edilmektedir (bkz. 15 U.S.C. 77d(a),2 ve (b); 17 eCFR § 230.506; 230.502/c,1). Dolayısıyla bu hukuk çevresinde 35'i aşan sayıda kişi, halka arz bakımından önem taşımaktadır.

Ülkemizde “halka arz” kavramı, bu kavramın karşılaştırmalı hukuktaki anlamına uygun değildir. Zira “halka öneri - öffentliches Angebot”, “halka teklif - public offering” ya da “halka çağrı” olarak Türkçe'ye aktarılabilecek olan kavram, öneri ve teklifi aşan bir aşama olan satışı da kapsayacak şekilde ve halka arz adı altında hukukumuzda aktarılmıştır. Çağrı tek taraflı olduğundan, kapsamına giren kitle, çağrının yöntemine göre belirsiz olabilecektir. Ancak satış iki taraflı ve belirli olduğundan, kapsamı sayısal olarak belirlenebilecek bir işlemdir. Bu yüzden mukayeseli hukukta genele bir çağrı olmayan hallerde, sermaye piyasası aracını satın alanların sayısının belirli bir sınırı aşması halinde kamunun aydınlatılması yükümlülüğü gündeme gelmektedir. Türk hukukunda halka arz, mukayese edilen ülke hukuklarından farklı olarak satışı da kapsadığından, satışın halk olarak nitelendirilebilecek bir kitleye hitap etmesi gerekmektedir ve artık nicel bir kriterin kullanılması zorunludur.

Türk hukukunda, halk olarak nitelendirilebilecek kitle, kanaatimizce, 6362 sayılı Kanun'un 16/1. maddesinde ifade edilen 500 kişi ya da konuyla ilgili

⁴⁹ Wolfgang Groß, Groß/Kapitalmarktrecht, Kommentar zum Börsengesetz, zur Börsenzulassungs-Verordnung, zum Wertpapierprospektgesetz und zur Prospektverordnung, 8. Auflage, C.H.Beck, München, 2022, WpPG § 2, Rn. 16; Bu açıklamalardan 150 sayısının önemsiz olduğu anlamı çıkarılmamalıdır. Bu sayı Alman Hukukunda ilgili dönemde izahname hazırlanmasının gerekli olup olmamasıyla alakalıdır. İzahname ise halka arzda, temel bilgilendirme vasıtası olması nedeniyle kamuyu aydınlatma ilkesinin önemli bir gereğidir. Alman hukuku, belirtilen 150 sayısına kadar, bu gereklilikten vazgeçmektedir.

⁵⁰ Groß, Groß/Kapitalmarktrecht, WpPG § 2, Rn. 22.

Satış Tebliği'nin 8/3. maddesinde belirtilen 150 kişiden oluşan grup esas alınarak belirlenebilir.

6362 sayılı Kanun'un 16/1. maddesi, hangi halde payların halka arz edilmiş sayılacağı sorusuna, net bir şekilde 500 kişilik bir sayının aşılması cevabını vermektedir. Bu maddeye göre “*pay sahibi sayısı beş yüzü aşan anonim ortaklıkların payları halka arz olunmuş sayılır*”. Burada 500 kişilik sınırın, satıştaki değil; çağrıdaki eksikliği gidermeye yönelik olduğu yönünde bir düşünce akla gelebilir. Yani, halka herhangi bir çağrı yapılmamasına rağmen, ortak sayısının 500'ü aşması halinde, artık halka çağrı yapıldığı kabul edilmelidir. Bu düşünce, mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun ortak sayısını esas alarak halka arz varsayımını öngören düzenlemesi dikkate alındığında (2499 sayılı Kanun m. 11/1), tartışmasız bir şekilde kabul edilmelidir⁵¹. Ancak yürürlükteki 6362 sayılı Kanun, halka arzı sadece çağrı olarak değil, çağrı yanında satışı da kapsayacak şekilde tanımlamıştır. Mülga kanundan yürürlükteki kanuna aktarılan ve mahiyetinde herhangi bir farklılığın bulunmadığı düşünülen halka arz varsayımı, önemli bir sorunla birlikte yürürlükteki kanuna aktarılmıştır. Bu sorun da kanunun temel kavramı olan “halka arz”ın tanımının değişmiş olmasıdır. Mülga 2499 sayılı Kanun'un çağrıyı esas alan halka arz tanımı bakımından, 501 (251) ortak sayısına ulaşılmış olması, halka çağrı yapılmasındaki eksikliği giderirken; yürürlükteki 6362 sayılı Kanun'da aynı ortak sayısına ulaşılması hem çağrıdaki hem de bu çağrı devamında gerçekleşmesi gereken satış unsurundaki eksikliği gidermektedir (6362 sayılı Kanun m. 3/1-f; krş. mülga 2499 sayılı Kanun m. 3/1-c). Dolayısıyla halka arz varsayımına ilişkin bu hüküm dikkate alındığında, çağrı sonrasında pay satın alan kişi sayısının 500'ü aştığı durumlarda, artık nicel açıdan halk denilebilecek bir kitleyle muhatap olunduğunun kabulü gerekecektir.

Hukukumuzda halka arz varsayımında yer alan 501 sayısı yanında, diğer bir nicel sınır olarak Satış Tebliği'nde⁵² belirtilen 151 sayısı dikkate alınabilir. ST m. 8/3 hükmü uyarınca, tahsisli satış halinde bile 151 kişinin sermaye piyasası aracına sahip olması halinde, izahname hazırlama yükümlülüğü doğmaktadır. İzahname, halka arz durumunda hazırlanması gereken bir kamuyu aydınlatma belgesidir (6362 sayılı Kanun m. 4/1). Hukukumuzda ya kapsamı belirsiz bir kitleye çağrı ve satış yapılması halinde ya da önceden belirli olsa da 150'yi aşan sayıda kişiye sermaye piyasası aracı satışı halinde izahname hazırlanması gereği kabul edilmiştir. 150 kişiye kadar olan satışlar, mevzuatımız uyarınca tahsisli satıştır. Tahsisli satışın varlığını kabul için, halka genel bir

⁵¹ Mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 11/1 hükmüne göre “*Pay sahibi sayısı 250'yi aşan anonim ortaklıkların hisse senetleri halka arz olunmuş sayılır ve bu ortaklıklar, halka açık anonim ortaklık hükümlerine tabi olurlar.*”

⁵² II-5.2 Sermaye Piyasası Araçlarının Satışı Tebliği (RG: 28.06.2013 / 28691)



çağrı yapılmamış olması gerekmektedir. 150 kişi sayısını aşan sermaye piyasası aracı satışı halinde, dolaylı biçimde de olsa halka arzın (izahname çıkarılması şeklindeki) gerekliliklerine riayet esası mevzuatta benimsendiğinden, artık “halk” olarak nitelendirilen bir kitlenin mevcut olduğunu kabul bakımından da 151 sayısının dikkate alınması gerektiği sonucuna ulaşmak mümkündür. Satış unsurunun halka arz kavramının kanuni tanımına, satış yöntemleri nedeniyle eklendiği kanaatinde olduğumuzdan, 151 sayısının esas alınması gerektiği düşüncesindeyiz.

Yukarıda gerek yabancı ülkeler gerekse Türk hukuku bakımından “halk” nitelendirmesi için belirtilen sayılar, halka genel bir çağrının mevcut olmadığı hallerde esas alınan sayılardır. Ancak Türk hukukunda, sadece çağrının değil, halka satışın da halka arzın bir unsuru olduğu sonucuna vardığımızdan, esas aldığımız 151 sayısının altındaki bir kitleye sermaye piyasası aracı satışı halinde, somut tehlike gerçekleşmediği için failin ceza sorumluluğu cihetine gidilemeyeceği kanaatindeyiz.

SONUÇ

Sermaye piyasası hukukunun tarihi gelişim sürecinde, geniş halk kitlelerinin yanıltılarak para toplanması olayları, bu hukuk disiplininin şekillenmesinde önemli bir yere sahip olmuştur. Adeta kitlesel dolandırıcılık niteliğini taşıyan fiilleri önlemek amacıyla, sermaye piyasası aracı satış girişimlerinde kamunun doğru, zamanında ve yeterli şekilde aydınlatılmasına ve bilinçlendirilmesine yönelik yasal düzenlemeler yapılmış; buna yönelik yükümlülüklerin ihlali halinde özel hukuk, idare hukuku ve ceza hukuku sorumluluğu öngörülmüştür.

Sermaye piyasasında yatırımcının etkin şekilde korunması, onarıcıdan ziyade önleyici müdahaleyi gerekli kılmaktadır. Halka sadece çağrı yapılmış olması halinde, aldatmaya yönelik kitlesel tehlike ortaya çıktığından, daha bu aşamada kamunun aydınlatılmasına ve bilinçlendirilmesine yönelik yükümlülüklerin yerine getirilmemesinin yaptırıma bağlanması makul bir çözüm tarzıdır. Bu itibarla, kamuyu yeterli ve doğru biçimde aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmeksizin halka çağrı yapılması, başka bir deyişle soyut tehlikenin varlığı aldatma niyeti bulunsun ya da bulunmasın sorumluluk için yeterli görülmektedir. Avrupa Birliği mevzuatında bu yaklaşım hakimdir. Ancak ülkemizde 2012 yılında yürürlüğe giren 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ile farklı bir yaklaşım benimsenmiştir. Bu yaklaşımın bilinçli bir tercihe dayalı olup olmadığı açık değildir. Fakat ceza hukuku bakımından tartışmaya açık ve önemli bir sorun gündeme gelmiştir.

Sorun, inceleme konumuz olan usulsüz halka arz suçu bakımından kendisini göstermektedir. Bu suçun oluşumu için, suç tanımında yer alan “halka arz” olgusunun gerçekleşmesi zorunludur. Mülga 2499 sayılı Kanun’da kısaca belirsiz bir kitleye sermaye piyasası aracı satış çağrısında bulunulmasını ifade

eden halka arz; 6362 sayılı Kanun'da bu çağrının yanında satış yapılmasını da kapsayacak şekilde tanımlanmıştır. Halka arzın tanımında yapılan bu değişikliklerle birlikte, usulsüz halka arz suçunun ne zaman oluştuğu, hangi andan itibaren failin ceza sorumluluğuna gidilebileceği sorunu ortaya çıkmıştır. Bu sorunlar, halka arzın tanımında yer verilen satışın, usulsüz halka arz suçu bakımından hukuki niteliğinin ve kapsamının açıklığa kavuşturulmasını gerekli kılmaktadır.

Halka arzın tanımına ilave edilen satış, usulsüz halka arz suçunu soyut tehlike suçu olmaktan çıkarmış ve somut tehlike suçuna dönüştürmüştür. Satış, usulsüz halka arz suçu bakımından somut tehlikenin gerçekleşmesini ifade etmekte olup; objektif cezalandırılabilme koşuludur. Failin ceza sorumluluğuna gidilebilmesi için onaylı izahname yayımlama yükümlülüğü yerine getirilmeksizin halka çağrının yapılması yeterli olmayıp; objektif cezalandırılabilme koşulunun, yani satışın da gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu itibarla, onaylı izahname yayımlama yükümlülüğü yerine getirilmeksizin halka çağrıda bulunulması, fakat satışın gerçekleşmemesi halinde, suçun teşebbüs aşamasında kaldığından bahisle failin ceza sorumluluğuna gidilemez.

Usulsüz halka arz suçu bakımından somut tehlikenin ne zaman gerçekleştiğinin tespiti gerekmektedir. Çalışmamızda halka arz kavramının tanımındaki değişiklikten yola çıkılarak, satışın kaç kişiye yapılması halinde kanunun aradığı somut tehlikenin doğabileceği yönünde değerlendirmeler yapılmıştır. Tarihi, kavramsal ve sistematik açıdan yapılan tetkikler neticesinde; sadece çağrının değil, satışın da halk olarak nitelendirilebilecek bir kitleye yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Halk olarak nitelendirilebilecek kitle bakımından ise, çağrı unsuru bakımından kullanılan kriterin tatbik edilemeyeceği; satışın mahiyeti itibarıyla her zaman belirli sayıda kişiyi kapsaması sebebiyle “belirsiz sayıda kişi” şeklinde bir halk tanımlamasının “satış” bakımından uygulanmasının mümkün olmadığı, bunun sadece “çağrı” bakımından geçerli olduğu sonucuna varılmıştır. Satış unsuru bakımından “halk”, nicel (sayısal) bir sınırlamayla belirlenebilir. Nitekim mevzuatta da bazı durumlarda bu nicel kriterden hareket edilmiştir. Halk kavramı bakımından nicel kriter olarak ya 6362 sayılı Kanun'un 16/1. maddesinde yer alan 501 kişilik halka arz olunmuş sayılma sınırı ya da Satış Tebliği'nin 8/3. maddesinde yer alan 151 kişilik izahname yayımlama yükümlülüğü hareket noktası olarak kabul edilebilir. Halka arz tanımındaki değişikliği, Sermaye Piyasası Kurulu'nun yasa yapım sürecindeki etkinliği ve Kurul'un halka arzı aynı zamanda bir satış yöntemi olarak nitelendirmesine dayandırdığımızdan, ancak 151 kişilik bir kitleye satışın gerçekleşmesi halinde somut tehlikenin gerçekleşeceği ve failin ceza sorumluluğuna gidilebileceği sonucuna ulaşılmıştır.

6362 sayılı Kanun'da halka arzın tanımında değişiklik yapılmakla birlikte; usulsüz halka arz suçu bakımından failin ceza sorumluluğunun tespitinde ta-



şıldığı önem sebebiyle satışın kapsamının belirli olmaması kanunilik ilkesinin ihlali niteliğindedir. Bu hususta belirlilik bulunmadığından, ceza hukukunda belirsizliğin fail aleyhine yorumlanmaması gerekir. Bu açıdan önerimiz, kanun koyucunun ya halka arz gibi temel bir kavramda 2012 yılında yapmış olduğu değişiklikten vazgeçerek satış unsurunu tanımdan çıkarması ve böylece suçun yeniden soyut tehlike suçu vasfını kazanması ya da satışın kapsamının belirlenmesi, yani kaç kişiye satış gerçekleştiğinde failin ceza sorumluluğuna gidilebileceğine yönelik bir belirliliğin açık bir hükümle sağlanmasıdır.

KAYNAKÇA

Baumann J, Weber U, Mitsch W, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2003.

Baytaz A. B, Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ce Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum, 1. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Bekar E, Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda yer Alan Suçlar, 1. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Böse M, Jansen S, in: Kapitalmarktrechts-Kommentar, Hrsg. Schwark, Eberhard / Zimmer, Daniel, 5. Auflage, München, 2020.

Çınar Ç, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'ndaki Usulsüz Halka Arz ve izinsiz Faaliyette Bulunma Suçları, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Göktürk K, Etkileri Bağlamında Sermaye Piyasası Kanununun Amaç Maddesi, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, 2021/2, s. 235-257.

Göktürk N, “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, 2016/1, s. 407-450.

Göktürk N, Fikri İçtima, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Gözüyeşil F. F, Sermaye Piyasası Hukukunda İzahnameden Doğan Sorumluluk, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

Groß W, Groß/Kapitalmarktrecht, Kommentar zum Börsengesetz, zur Börsenzulassungs-Verordnung, zum Wertpapierprospektgesetz und zur Prospektverordnung, 8. Auflage, C.H.Beck, München, 2022.

Gücenme Ü, Türkiye’de Sermaye Piyasasında Son Gelişmeler, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, Ankara, 1994.

Jescheck H. H, Weigend T, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.

Kabaalioğlu H. A, Sermaye Piyasasında Kamuyu Aydınlatma İlkesi, Ege Matbaası, İstanbul, 1985.

Kangal Z. T, “Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları”, İÜHFİM, C. 68, 2010/1-2, s. 151-167.

Kazgan H, Galata Bankerleri, 1. Baskı, Türk Ekonomi Bankası, İstanbul, 1991.

Kılıç A. Ş, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara HBVÜ Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Temmuz 2020.

Manavgat Ç, Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2016.

Müller R, Wertpapierprospektgesetz, Nomos Kommentar, 2. Online-Auflage, 2017.

Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Preuße T, in: Kapitalmarktrechts-Kommentar, Hrsg. Schwark, Eberhard / Zimmer, Daniel, 5. Auflage, C.H.Beck, München, 2020.

Roxin C, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2006.

Schaller P, Kessler M. A, in: Aktienrecht Kommentar Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VASR, Hrsg. Jeannette K. Wibmer, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2016.

Tekinalp Ü, Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, 2. Bası, Fakülter Matbaası, İstanbul, 1979.

Tuncer S, Türkiye’de Sermaye Piyasası, 1. Baskı, Okan Yayınevi, İstanbul, 1985.

Ünal O. K, Sermaye Piyasalarında Halka Açık Anonim Ortaklıklar, Nobel Yayıncılık, Ankara, 1999.

Ünal O. G, Türk Ceza Hukukunda Tehlike Suçları, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara HBVÜ Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Temmuz 2020.

Wehowsky R, in: Erbs / Kohlhaas Strafrechtliche Nebengesetze, Bd. I, Hrsg. Häberle, Peter, C.H.Beck, München, 2022.

Yurtlu F, İhmalî Suçlar, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.



AVRUPA PARLAMENTOSU SEÇİMLERİNDE REFORM İHTİYACI

The Need to Modernize European Parliament Elections

A. Aşlı BİLGİN*

ÖZET

Bir tanesi henüz yürürlüğe giremese de 1976 tarihli Avrupa Seçim Yasası bugüne kadar iki kez değişikliğe uğramış ve Avrupa Parlamentosu, Mayıs 2022’de Avrupa Seçim Yasasını yürürlükten kaldırmak için yeni bir Konsey tüzüğü önerisi kabul etmiştir. Temel çıkış noktası seçimlerin “Avrupalılaşma”sı olan bu öneri ile Avrupa Parlamentosu seçimlerinin ulusötesi aday listesi, Spitzenkandidaten prosedürü, tüm üye devletlerde yeknesak bir seçim sistemi gibi radikal değişikliklerle yapılması hedeflenmektedir. 2010 yılından itibaren Birliğin içinde bulunduğu kriz döneminin Birlik vatandaşlarının talep ve görüşlerinin gözardı edilmesinden kaynaklandığı düşünüldüğünde Avrupa seçim yasasında yapılması önerilen bu değişikliklerle siyasi partilerin doğrudan Avrupa meselelerine odaklanması ve böylece seçmenlerin de Birlik için en beğendikleri seçim programına oy verme imkanları söz konusu olabilecektir. Her ne kadar Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkındaki Antlaşma m. 223’de öngörülen prosedür nedeniyle yürürlüğe girip girmeyeceği belli olmasa da Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilen önerinin Birliğin geleceğinin belirlenmesinde önemli bir kilometre taşı olduğu düşünülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Avrupa parlamentosu, avrupa seçim yasası, ulusötesi seçim listesi, spitzenkandidaten, avrupa seçimleri.

ABSTRACT

Although one of the amendments has not been entered into force yet, the European Electoral Act is amended twice until today and the European Parliament adopted a new legislative initiation proposal to repeal the European Electoral Act with a new Council regulation in May 2022. With this proposal, whose main purpose is the “Europeization” of the elections, it is aimed to implement the European Parliament elections with radical changes such as transnational electoral lists, Spitzenkandidaten procedure, and a uniform electoral system in all member states. Considering the crisis period that the Union has been in since 2010 is due to the ignorance of the demands and the views of the Union citizens, the amendments proposed for European election law

➤ Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 30.01.2023

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 13.06.2023

* Doç. Dr., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, aabilgin@cu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-8565-502X>.

will enable political parties to focus directly on European issues, and thus the voters will have the opportunity to vote for their favorite election program for the Union. Although it is not clear whether it will enter into force or not due to the conditions laid down in Article 223 of the Treaty on the Functioning of the European Union, the proposal accepted by the European Parliament is thought to be an important milestone in determining the future of the Union.

Key Words: European parliament, european election act, transnational electoral list, Spitzenkandidaten procedure, european elections.

GİRİŞ

Avrupa Parlamentosu (AP) Birlik kurumsal yapısı içerisinde gerek karar alma mekanizması kapsamındaki yeri gerek denetim yetkisi kapsamında en çok tartışılan organlardan bir tanesidir. Hatta uzun yıllar “yetki fakiri” olarak da adlandırılan AP’nin, her tadil antlaşmasıyla karar alma mekanizmasındaki yetkileri artarken, parlamenter demokrasilerin vazgeçilmezi yönetenlerin belirlenmesi ve denetlenmesi konularındaki yetkisi aynı seyri izlememiştir.¹

AP’nin kurumsal yapıdaki etkinliğinin artırılması Birliğin demokrasi eksikliği ve meşruiyet sorunu ile de doğrudan ilintili olduğundan AP seçim sisteminde yapılacak değişikliklerin büyük oranda bu tartışmaları gidereceği de birçok kez dile getirilmiş ve sınırlı da olsa Avrupa Seçim Yasasında bugüne kadar bir takım değişiklikler yapılmıştır.

2010 yılından itibaren ekonomik, siyasal, hukuksal ve sosyal anlamda kriz döneminden geçmekte olan Birlik bir kez daha yaşanan bu krizlerin temel nedenlerinden bir tanesinin Birlik vatandaşlarının görüş ve taleplerinin olması gerektiği gibi gözönüne alınmadığı gerçeğiyle yüzleşmiştir. Nitekim, Avrupa Birliğinin Geleceği tartışmalarının tekrar masaya yatırılması Birlik vatandaşlarınca halkların temsilcisi AP’nin seçim sistemi de dahil olmak üzere bir takım düzenlemelerin yapılarak AP aracılığıyla kendilerinin daha etkin katılımının arzu edildiğini ortaya koymuştur.

3 Mayıs 2022 tarihinde Birlik vatandaşlarının taleplerine de yanıt verecek şekilde başta ulusötesi aday listesi olmak üzere, tüm üye devletlerde geçerli yeknesak Avrupa seçim sistemi, *Spitzenkandidaten* uygulaması gibi radikal olarak değerlendirilebilecek düzenlemeler öngören tüzük önerisi AP tarafından kabul edilmiş ve yürürlüğe girmesi için Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma (ABİHA) m. 223’de öngörülen prosedür başlamıştır.

¹ Yetki fakiri tartışmaları için bkz. Philipp Dann, ‘The Political Institutions’ in Armin Von Bogdandy and Jürgen Bast (eds), *Principles of European Constitutional Law* (Hart Publishing 2010) 47; Richard Corbett, Francis Jacobs and Michael Shackleton (eds), *The European Parliament* (7th edn, John Harper Publishing 2007); David Earnshaw and David Judge, *The European Parliament* (2nd edn, Palgrave 2008).

Bu çalışmada ilk olarak mevcut AP seçim sistemi ve seçim yasası bugüne kadar yapılan değişiklikler kapsamında ele alınarak, bu konuda neden bir reforma ihtiyaç duyulduğu incelenmektedir. Bu kapsamda Avrupa'nın geleceği tartışmalarında AP'nin yeri ve önemi yine seçim sistemi çerçevesinde değerlendirilerek, AP'nin seçim yasasına ilişkin bu son önerisinin hangi konuları kapsadığı ve arzu edilen reform ihtiyacının karşılanıp karşılanamayacağı tartışılmaktadır.

I. DÜNDEN BUGÜNE AVRUPA PARLAMENTOSU SEÇİMLERİ

Avrupa Birliği'nin kuruluşundan itibaren farklı isimle² de olsa kurumsal yapıda yer alan Avrupa Parlamentosu'nun doğrudan halk tarafından seçilerek göreve gelmesi ilk olarak 1979 yılında gerçekleşmiş ve günümüzde de aynı şekilde devam etmektedir. Avrupa Parlamentosu seçimleri 1976 yılında kabul edilen Avrupa Seçim Yasası uyarınca hayata geçirilmekte olup, adı geçen düzenleme ilk olarak 2002 yılında değişikliğe uğramış; 2018 yılında öngörülen değişiklikler ise ilgili Konsey Kararı henüz tüm üye devletlerce onay süreci tamamlanmadığından yürürlüğe girmemiştir. Bugün halen doğrudan genel seçim yöntemiyle beş yıllığına seçilen Parlamenterler her üye devlet tarafından belli tarih aralığında farklı tarihlerde kendi ulusal düzenlemelerine uygun olarak gerçekleştirilen seçimlerle göreve gelmektedir.³

A. İlk Değişiklik: 2002/772/EC Sayılı Konsey Kararı

1976 yılında Konsey tarafından kabul edilen Avrupa Seçim Yasası⁴ sadece 16 maddeden oluşmaktadır. Söz konusu düzenleme, doğrudan seçim sisteminin uygulanması ve seçimlerin beş yılda bir yapılmasının dışında Birlik kapsamında yeknesak bir seçim sistemi oluşturmaktan uzaktır. Bu eksikliğin giderilmesi amacıyla mevcut düzenlemede değişiklik yapmak üzere 1998 yılında kabul

² 1952'de Ortak Meclis, 1958'de Avrupa Parlamenterler Meclisi ve 1962'de Avrupa Parlamentosu olarak adlandırılmıştır.

³ European Parliament, 'European elections: your chance to have your say' (At your service, 2020 <<https://www.europarl.europa.eu/at-your-service/en/be-heard/elections>> accessed 31 Ağustos 2022; Geniş bilgi için bkz. Silvia Kotanidis, 'European Union Electoral Law Current situation and historical background' (European Parliamentary Research Service, 2019) <[https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI\(2019\)642250](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2019)642250)> accessed 31 Ağustos 2022.

⁴ Bkz. Council Decision (76/787/ECSC, EEC, Euratom): Decision of the representatives of the Member States meeting in the council relating to the Act concerning the election of the representatives of the Assembly by direct universal suffrage, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A41976D0787>> accessed 18 Ocak 2023; Act concerning the election of the representatives of the Assembly by direct universal suffrage için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A41976X1008%2801%29>> accessed 18 Ocak 2023.



edilen Anastassopoulos Raporu Avrupa Seçim Yasasında değişiklik öngören ilk düzenleme olan 2002/772/EC Konsey Kararının temelini oluşturmuştur. Ancak, belirtmek gerekir ki ilk kez bu rapor ile dile getirilen ulusötesi aday listesi gibi öneriler Konsey tarafından kabul edilmeyerek Avrupa Seçim Yasası üzerinde yapılan değişiklikler sınırlı tutulmuştur.⁵ Bu anlamda yapılan en önemli asli değişiklik nisbi temsil sistemine ilişkindir. 1999 yılında yapılan seçimlerin yeknesaklık adına önemli bir adım kabul edilebilecek nisbi temsil sistemine dayandırılması ancak yine üye devletlerin nisbi temsil sisteminin farklı –parti listeli veya devredilebilir tek oy- türlerini uygulamakta özgür bırakıldıklarını belirtmek gerekir. Nitekim, 1999 seçimlerinde fiilen uygulanan bu sistem Avrupa Seçim Yasasında değişiklik öngören ilk düzenleme olan 2002/772/EC Konsey Kararıyla hukuki zemine kavuşturulurken, seçim bölgesi ve seçim barajı konularında da yeni ve ortak düzenlemeler getirilmiştir.⁶ Buna göre,⁷ her üye devlet sadece üç koşulu sağlamak koşuluyla -dilerse %5'i aşmayan bir seçim barajı öngörmek; seçimlerde nisbi temsil sistemini uygulamak ve oy dağılımını etkilemeyecekse seçim bölgelerini bölmek- seçimlerini kendi ulusal düzenlemelerine göre yapmakta özgür kılınmıştır. Seçimlerin yapılacağı tarih tüm üye devletlerde aynı olmak zorunda olmayıp, belirlenen tarih aralığında olmak koşuluyla üye devletlerce belirlenebilmektedir. İlgili Konsey kararıyla öngörülen bir diğer değişiklik “çifte görev”in (dual mandate) aynı zamanda İrlanda ve İngiltere parlamentoları üyeleri olan AP üyeleri için ek beş yıllık geçiş süreci öngörmek suretiyle kaldırılmasıdır. Bununla birlikte seçimin gerçekleştirildiği son üye devlette sandıklar kapanana kadar oy sayım sonuçlarıyla ilgili bilgilerin kamuya paylaşılmaması ve üye devletlerin adayların seçim kampanya harcamalarına üst sınır getirebileceklerine dair düzenlemelerde ilgili kararlar kabul edilmiştir.

Parlamentelelerin seçimine ilişkin getirilen bu değişiklikler, Avrupa entegrasyonunun Maastricht Antlaşmasıyla ekonomik birliğin yanı sıra Avrupa vatandaşlığı, ortak para kavramlarıyla siyasal bütünleşmeye doğru yaşadığı hızlı dönüşüm ve AP'nin yetkilerinde yapılan artış ile kıyaslandığında oldukça yetersiz kalmaktadır. Buna rağmen, özellikle nisbi temsil sisteminin seçim sisteminin temelini yerleştirilerek her üye devlet için ortak bir kural haline getirilmiş olması Avrupa Seçim Yasasında yapılan bu ilk değişikliği önemli kılmaktadır.

⁵ Maria Diaz Crego, ‘Transnational Electoral Lists: Ways to Europeanise Elections to the European Parliament’ (European Parliamentary Research Service, 2021) <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/679084/EPRS_STU\(2021\)679084_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/679084/EPRS_STU(2021)679084_EN.pdf)> accessed 31 Ağustos 2022.

⁶ 2002/772/EC sayılı Konsey Kararı için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002D0772&from=EN>> accessed 31 Ağustos 2022.

⁷ Geniş bilgi için bkz. Kotanidis (n 3) 6-7.

2002 yılında yapılan bu değişiklikler, Lizbon Antlaşmasının yürürlüğe girmesi ile yine Avrupa bütünleşmesinin hızı karşısında yetersiz kalmıştır. Nitekim, Lizbon Antlaşmasıyla değişik Avrupa Birliği (AB) Antlaşması m. 10 uyarınca AP'nin Avrupa vatandaşlarını Birlik düzeyinde doğrudan temsil ettiği ve Avrupa düzeyindeki siyasi partilerin, Avrupa siyasi bilincinin oluşturulmasına ve Birlik vatandaşlarının iradesinin ifade edilmesine katkıda bulunacağı vurgulanarak, Birlik vatandaşları ve AP arasındaki ilişki derinleştirilirken, AP üyelerinin seçimini düzenleyen mevcut Avrupa Seçim Yasasında bu gelişmelere paralel herhangi bir düzenleme getirilmemiştir.⁸ Lizbon Antlaşmasıyla öngörülen değişiklikler seçim yasasında da revizyon yapılması ihtiyacını gündeme getirmiş ve Avrupa İçin Liberaller ve Demokratlar İttifakı (ALDE) Grubu parlamenterlerinden Andrew Duff tarafından 2011 ve 2012 yıllarında Avrupa Seçim yasasında değişiklikler öngören iki rapor hazırlanmıştır.⁹ Pan-Avrupa seçim bölgesi oluşturmak suretiyle 25 ulusötesi adayın seçilmesini öngören raporlar yeterince destek görmediğinden Parlamento genel oturumunda görüşülerek daha geniş bir konsensus sağlamak amacıyla Anayasa İşleri Komitesine (AFCO) geri gönderilmelerine karar verilmiştir.¹⁰ Ulusötesi aday listesi önerisi ile gerçek anlamda bir Avrupa siyasi alanı yaratılarak, demokrasi açığının giderilmesi amaçlanan raporun AFCO'ya iade edilmesinin altında yatan ana sebep, önerinin "federalist" yaklaşımı çağrıştırmasıdır.¹¹ Bunun üzerine Andrew Duff tarafından "2014 Avrupa seçimlerinin yapılması için pratik düzenlemeler" başlıklı bir diğer rapor 2013 yılında Anayasa İşleri Komitesinde görüşülerek Parlamento genel oturumunda sunulmuş ve büyük bir çoğunluk tarafından desteklenmiştir.¹² Aday listelerinde yer alacak isimlerin seçimden en az altı hafta önce ilan edilmeleri, temsilde eşitliğin sağlanması adına listelerde

⁸ ibid 7.

⁹ Andrew Duff, 'Report on a Proposal for a Modification of the Act Concerning the Election of the Members of the European Parliament by Direct Universal Suffrage of 20 September 1976' (European Parliament, 2011) <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2011-0176_EN.html> accessed 10 Eylül 2022; Andrew Duff, 'Second Report on a Proposal for a Modification of the Act Concerning the Election of the Members of the European Parliament by Direct Universal Suffrage of 20 September 1976' (European Parliament, 2012) <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2012-0027_EN.html> accessed 10 Eylül 2022.

¹⁰ European Parliament, 'Modification of the Act concerning the election of the Members of the European Parliament' (European Parliament, 2011) <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/PV-7-2011-07-07-ITM-007-08_EN.html> accessed 31 Ağustos 2022; Diaz Crego (n 4) 10.

¹¹ Kotanidis (n 3) 7.

¹² Andrew Duff, 'Report on improving the practical arrangements for the holding of the European elections in 2014' (European Parliament, 2013) <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2013-0219_EN.html> accessed 10 Eylül 2022.



kadın adayların sayısının artırılması, oy pusulalarında Avrupa siyasi partilerinin logolarının yer alması ve Avrupa siyasi partilerinin Komisyon Başkanlığı için aday göstermeleri gibi ilk iki rapora göre oldukça mütevazî önerilerin yer aldığı bu rapor 2014 seçimlerinde fiilen uygulanan *Spitzenkandidaten* uygulamasına da zemin hazırlamıştır.¹³

B. İkinci Değişiklik: 2018/994 Sayılı Konsey Kararı

2014 seçimlerine katılım oranının düşük olması ve seçim sonucunda aşırı sağ partilerin yükselişi ile birlikte 2007 yılında yaşanan Euro krizinin etkileri, Arap Baharı sonrasında Avrupa'ya yönelen kitlesel akın, İngiltere'nin Birlikten ayrılma konusunu gündeme getirmesi gibi durumlar AB içerisinde yeniden demokrasi eksikliği tartışmalarını gündeme getirmiştir.¹⁴ Yaşanılan bu çok boyutlu kriz döneminin Avrupa Seçim Yasasının modernize edilerek Avrupa çapında yeknesak bir seçim sistemi oluşturulması ve böylece AB vatandaşlarının sürece dahilinin güçlendirilmesi ile aşılabileceği düşüncesi bir kez daha ön plana çıkmıştır. Nitekim seçimlerin ulusal sistemlere göre yapılıyor olması her üye devlette farklı uygulamaları beraberinde getirirken ulusal meselelerin ön plana çıkarak, doğrudan Avrupa vatandaşlarını ilgilendiren AB'ye ilişkin konuların geri planda kalmasına; seçimlerin ulusal mevzuatlara göre uygulanmasının Avrupa vatandaşlığı ve eşitlik gibi kavramlar ile seçimlerin demokratik karakterine zarar verdiği dile getirilmiştir.¹⁵ Bu endişelerle harekete geçen AFCO, 2019 seçimlerinden önce hayata geçirilmesi amacıyla Hübner-Leinen tarafından hazırlanan raporu oy çokluğuyla AP'ye göndermiş ve rapor Kasım 2015 genel oturumunda AP tarafından kabul edilmiştir. AP içerisinde yoğun muhalafete neden olan ulusötesi aday listesine bu raporda yer verilmemiş olması, raporun hızlıca kabul edilmesinin en önemli nedenlerinden bir tanesidir.¹⁶

¹³ ibid; Kotanidis (n 3) 7; Hilde Reiding and Fons Meijer, 'This time it's different' – the European lead candidate procedure of 2014 and its historical background' (2019) 29(1) *Parliaments, Estates And Representation* 64, 79; Nereo Peñalver García and Julian Priestley, *The Making of a European President* (1st edn, Palgrave 2015); Diaz Crego (n 4) 10-11.

¹⁴ A. Aslı Bilgin, 'Krizler ve Demokratik Meşruiyet Sorunsalı Işığında Avrupa Birliği'nin Geleceği' (2020) 75(3) *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 1033, 1036-1040.

¹⁵ Monika Nogaj and Eva-Maria Poptcheva, 'The Reform of the Electoral Law of the European Union' (European Parliamentary Research Service, 2015) <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/558775/EPRS_IDA\(2015\)558775_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/558775/EPRS_IDA(2015)558775_EN.pdf)> accessed 1 Eylül 2022.

¹⁶ Oliver Costa, 'The Reform of the Electoral Law of the European Union' (European Parliamentary Research Service, 2016) *European Parliament History Series* 1, 41, <<https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2016/10/EPRS-Study-563516-History-European-electoral-reform-1976-Act-FINAL2.pdf>> Erişim Tarihi 1 Eylül 2022; Hübner-Leinen raporu hakkında daha geniş bilgi için bkz. Diaz Crego (n 4) 11.

AP'nin değişiklik önerisinde tek seçim bölgesi sistemini uygulayan ve 26'dan fazla sandalye sayısına sahip seçim bölgelerinde seçim barajının %3 ile %5 arasında belirlenebilmesi, tüm üye devletlerde seçmen yaşı 16 olarak uyumlaştırılması, AB dışında yaşayan Birlik vatandaşlarının da oy kullanabilmesi, elektronik, internet ve posta yoluyla oy kullanma imkanı, Avrupa Seçim Kurumu oluşturulması, çifte-oy kullanımının engellenmesi, aday listelerinin seçim tarihinden 12 hafta önce ilan edilmesi, *Spitzenkandidaten* için Avrupa siyasi partilerinin lider adaylarını önermeleri için 12 haftalık ortak bir son ilan tarihinin belirlenmesi, Avrupa siyasi partilerinin görünürlüğünü arttırmak adına oy pusulalarında parti logolarının kullanılması ve ortak bir seçim bölgesi yaratılması, seçim kampanya harcamalarının sınırlandırılması konularına yer verilmiştir.¹⁷ AP'nin 1976 tarihli Avrupa Seçim Yasasında yapılmasını önerdiği bu değişikliklere ilişkin karar, ABİHA m. 223 uyarınca Konsey'e gönderilmiş, uzun tartışmalar ve Parlamento önerisinde yapılan bir takım değişikliklerle 13 Temmuz 2018 tarihinde Avrupa Seçim Yasasında yapılan ikinci reform olarak nitelendirilebileceğimiz 2018/994 sayılı Konsey Kararı oybirliğiyle kabul edilmiştir (Council Decision (EU), 2018/994). Konsey'in üzerinde anlaşamadığı ve dolayısıyla Karar'a dahil edilmeyen konular ortak seçim bölgesi ve *Spitzenkandidaten* uygulaması olurken, değiştirilerek kabul edilen konular ise aday listelerinin seçim tarihinden üç hafta önce belirlenmesi ve 35'den fazla koltuk sayısına sahip seçim bölgelerinde seçim barajının %2 ile %5 arasında belirlenmesidir.¹⁸ Konseyden oybirliğiyle geçen Kararın yürürlüğe girebilmesi için tüm üye devletlerce kendi anayasal usullerine göre onaylanması gerekmekte olup, Kıbrıs, Almanya ve İspanya'da bu aşama halen tamamlanmamıştır. Müller tarafından belirtildiği üzere özellikle Almanya'da bu kararın anayasal engele takılması Federal Anayasa Mahkemesi'nin AP seçimlerine ilişkin öngörülen seçim barajını daha önce de reddetmiş olması nedeniyle olası görülmektedir.¹⁹

¹⁷ Danuta Hübner ve Jo Leinen, 'Draft report on a proposal for amendment of the Act of 20 September 1976 concerning the election of the Members of the European Parliament by direct universal suffrage' (European Parliament, 2015) <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/AFCO-PR-560824_EN.pdf?redirect> accessed 10 Eylül 2022; Kristina Grošek, 'Reform of the Electoral Law of the EU' (European Parliament Legislative Train, 2022) <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/carriage/reform-of-the-electoral-law-of-the-eu/report?sid=6001> accessed 2 Eylül 2022.

¹⁸ İbid.

¹⁹ Manuel Müller, 'Two years to go: What to expect from the 2024 European Parliament elections' (Hertie School Jacques Delors Centre, 2022) <<https://www.delorscentre.eu/en/publications/2024-european-elections>> accessed 2 Eylül 2022.



II. AVRUPA PARLAMENTOSU SEÇİMLERİNDE REFORM İHTİYACI

Avrupa Birliği bir devlet olmamakla birlikte ulus-devletlerde mevcut yasama-yürütme ve yargı erkine benzer görevler ifa eden kurumsal bir yapıya sahip ulusüstü bir örgüt olarak kabul edilmektedir. Yasama yetkisinin Avrupa Parlamentosu ve Bakanlar Konseyi, yürütme yetkisinin Komisyon ve yargı yetkisinin de Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından yerine getirildiği söylenebilir de Montesquieu'nun kuvvetler ayrılığı ilkesini bu sistemde birebir uygulamak pek mümkün görünmemektedir. Nitekim kuvvetler ayrılığı ilkesinde geçerli olan yasama, yürütme ve yargı erkleri birbirlerinden tamamen ayrı olarak değerlendirilirken, aynı durum Birlik kurumsal yapısı için geçerli değildir. Birlik kurumsal yapısında birbirinden kesin bir çizgi ile ayrılan erkler yerine erklerin dengesi söz konusudur.²⁰ Bununla birlikte Birlik kurumlarının görev ve sorumluluklarının da eksik hatta yanlış olarak belirlendiği ve Antlaşma revizyonlarıyla bu durum düzeltilmeye çalışılsa da Birliğin oluşumundan itibaren mevcut olan demokrasi açığı ve meşruiyet sorununun bu durumdan kaynaklandığı düşünülmektedir. Zira, AP üyeleri doğrudan seçim yoluyla göreve gelseler de, AB'nin yürütme organı olarak nitelendirilen Komisyon'un atanması ve denetlenmesinde AP'nin geri planda kalması halkın iradesinin siyasete aktarılmasının önünde engel teşkil etmektedir. Bu nedenle, demokratik sistemlerin en önemli özelliği olan demokratik denetimin halk adına parlamentolar tarafından yerine getirilmesi, AB kurumsal yapısı içerisinde AP'nin gerçek anlamda bir denetim yetkisine sahip olmaması nedeniyle pek mümkün olmamaktadır. Öte yandan iradesi siyasete aktarılacak bir Avrupa halkının varlığı da halen devam etmekte olan bir diğer tartışma konusudur.²¹ Ulus-devletlerde halkın varlığından söz edebilmek için aranan subjektif ve objektif unsurlar Birlik için geçerli olmayıp, evrensel değerler etrafında Habermas'a göre tek bir Avrupa kimliği, Weiler'a göre ise ulus-devlet ve Avrupa kimlikleri muhafaza edilip, birbirine yaklaştırılarak bir Avrupa halkı yaratılabileceği ileri sürülmüştür.²² Demokratik sistemlerde halkın taleplerinin halk tarafından göreve getirilen yürütme organı tarafından göz önüne alınarak, karar ve eylemlerin bu doğrultuda belirlenmesi meşruiyetin sağlanması adına önem arz etmektedir. Ancak,

²⁰ Stijn Smismans, 'Institutional Balance as Interest Representation. Some Reflections on Lenaerts and Verhoeven' in Christian Joerges and Renaud Dehousse (eds), *Good governance in Europe's integrated market: XI/2* (OUP, 2002) 89-108.

²¹ Bilgin (n 14) 1042-1043.

²² Joseph Weiler, 'Does Europe Need a Constitution' (1995) 1(3) *European Law Journal* 219, 230; Joseph Weiler, 'The Reformation of European Constitutionalism' (1997) 35(1) *Journal of Common Market Studies* 97, 120; Jürgen Habermas, 'Why Europe Needs a Constitution' (2001) 11 *New Left Review* <<https://newleftreview.org/II/11/jurgen-habermas-why-europe-needs-a-constitution>> accessed 25 Temmuz 2022.

halkın talep ve beklentilerini dile getirebilecekleri Birlik sisteminde tek yöntem olan AP seçimlerine katılımın düşük olması Birliğin ortak değerler üzerinden Avrupa kamusal alanı ve Avrupa *demosu* oluşturma konusunda pek de başarılı olmadığını göstergesi olarak yorumlanabilir. Diğer bir deyişle “seçkinler hareketi” olarak nitelendirilen Avrupa entegrasyonu halen Birlik vatandaşları ile olması gereken yakınlığı sağlayamamıştır.

Buna rağmen, Avrupa Birliği kurumsal yapısı içerisinde doğrudan halk tarafından seçilerek göreve gelen tek organ olan AP, “halkların temsilcisi” olması nedeniyle Avrupa Birliği’nde mevcut demokrasi eksikliği ve meşruiyet sorunun giderilmesinde en etkili aktör olarak kabul edilmektedir. Nitekim, AP’nin Birliğin karar alma mekanizması içerisindeki rolünün her tadil anlaşmasıyla arttırılarak, bugün Konsey ile eşit yetkilere sahip olması bu durumun en açık göstergelerinden bir tanesidir. Ancak, tek başına yetki artışının Birliğin demokrasi açığı ve meşruiyet sorununu çözmekte yetersiz kaldığı başta Brexit olmak üzere son dönemde Birliğin yüz yüze kaldığı diğer krizlerden de anlaşılmaktadır.²³ 2010 yılında başlayan ekonomik krizin yanı sıra Suriye krizi ile karşı karşıya kalınan kitlesel akın neticesinde Birliğin politikalarından duyulan rahatsızlık Avrupa vatandaşları tarafından popülist sağ partilerin yükselişi ile dile getirilmiştir. Nihayetinde “kontrolü geri al” sloganıyla başlatılan Brexit referandumu Birlikten ayrılma taraftarlarının az bir farkla da olsa zaferiyle sonuçlanarak Birlik vatandaşlarının Birlik politikalarının belirlenmesinde kendi iradelerinin göz önüne alınmamasından hoşnut olmadıklarını gözler önüne sermiştir.²⁴ Yaşanılan bu krizlerin temel noktası Birlik vatandaşlarının demokratik yönetimlerde söz konusu olan seçimle yöneticileri belirleme ve uygulanan politikalardan memnun olmadıklarında yine seçimle değiştirme yetkisinin AB’de mümkün olmamasından duydukları rahatsızlık olarak ifade edilebilir. Diğer bir deyişle demokrasi açığı ve meşruiyet sorunu bu krizler kapsamında Birliğe yöneltilen eleştirilerin yine ana nedenlerinden bir tanesidir.

Avrupa Birliği’nde demokrasi açığı, halktan yetki almadan göreve gelen atanmışların gerek yürütme gerek yasama sürecinde etkin role sahip olmaları şeklinde ifade edilmektedir. Diğer bir deyişle, Avrupa seçimlerinde “Avrupalı” bir unsurun bulunmaması, AB vatandaşlarının AB politikalarına ilişkin tercihlerinin belirlenen AB politikaları üzerinde yalnızca dolaylı bir etkiye sahip ol-

²³ Bilgin (n 14) 1036-1040.

²⁴ Jamie Gough, ‘Brexit, Xenophobia and Left Strategy Now’ (2017) 41(2), *Capital and Class*, 366; Matthew Goodwin and Caitlin Milazzo, ‘Taking Back Control? Investigating the role of immigration in the 2016 vote for Brexit’ (2017) 19(3) *The British Journal of Politics and International Relations* 450, 464; A. Aslı Bilgin and Belgin Akçay, ‘Brexit: Nedenleri ve Avrupa Ekonomisine Olası Etkileri’ in Belgin Akçay and Aylin Ege (eds.) *Avrupa Birliği Üzerine Yazılar* (Seçkin Yayınevi, 2017) 234-236.



duğu anlamına gelmektedir.²⁵ Lizbon Antlaşmasıyla getirilen değişiklikle ABA m. 17/7 uyarınca Komisyon Başkanının seçiminde Zirve'nin AP seçimlerini de göz önünde tutarak nitelikli çoğunlukla belirleyeceği adayın AP tarafından üye tamsayısının çoğunluğuyla seçilmesi ve Komisyon Başkanı, Birlik Dışişleri ve Güvenlik Politikası Yüksek Temsilcisi ve Komisyon'un diğer üyelerinin heyet olarak AP'nin muvafakat oyuna sunulması düzenlenmiştir. Böylece, AP'nin Birliğin yürütme organı olarak adlandırılan Komisyon'un seçimindeki rolü ve etkisi kısmen de olsa arttırıldığından Birliğin demokrasi açığı ve meşruiyet probleminin giderilmesinde bu düzenleme olumlu bir adım olarak nitelendirilmiştir.²⁶ Hatta, 2014 yılında yapılan seçimlerde her ne kadar yazılı olmasa da en çok sandalyeyi alan grubun Komisyon Başkanlığı için önerdiği lider adayın *Spitzenkandidaten* olarak kabul edilerek Komisyon başkanı olması konusunda uzlaşa sağlanması, AP'de en çok sandalyeye sahip olan partinin lider adayı Jean-Claude Juncker'ı başkanlığa taşımıştır. Böylece Komisyon Başkanının seçiminde *Spitzenkandidaten* uygulaması ile halkın Birlik politikalarının belirlenmesinde söz sahibi olması sağlanarak, demokrasi açığının giderilmesinde önemli bir adım atılmıştır. Ancak, 2019 seçimlerinde Komisyon Başkanı olarak AP partileri tarafından bu göreve aday gösterilen altı lider aday (lead candidate) yerine bu isimler arasında yer almayan Von Der Leyen'in atanması, *Spitzenkandidaten* uygulamasından geri adım atılmasının yanı sıra ABA m. 17/7 ile istenilen amaca ulaşamadığının da göstergesidir.²⁷ Her ne kadar ilgili madde uyarınca Zirve'nin AP tarafından önerilen aday listesi ile bağlı olmadığı açık olsa da, AP seçimlerini gözönüne alarak bir aday belirlenmesi gerekirken, Zirve'nin kapalı kapılar ardında Parlamento tarafından önerilen listeyi gözardı ederek, Komisyon başkanlığı için liste dışı bir isim belirlemesi demokrasi eksikliği tartışmalarını alevlendirmiştir.

Zaten 2010 yılından itibaren yürütülen politikalar sonucunda yaşanan krizlerin üstesinden gelmek amacıyla Komisyon tarafından hazırla-

²⁵ Andreas Follesdal ve Simon Hix, 'Why There is A Democratic Deficit in the EU?: A Response to Majone and Moravcsik' (2006) 43(3) Journal of Common Market Studies 533, 536.

²⁶ Thu Nguyen, 'The Holy Trinity of EUElections: The Transnational Lists, Spitzenkandidaten Procedure and a Stronger European Parliament' (Hertie School Jacques Delors Centre, 2021) 8-9 <https://www.delorscentre.eu/en/publications/detail/publication/holy-trinity-of-eu-elections> accessed 2 Eylül 2022.

²⁷ Spitzenkandidaten prosedürü ve 2019 seçimlerine ilişkin geniş bilgi için bkz. Pieter de 'ilde, 'The fall of the Spitzenkandidaten. Political parties and conflict in the 2019 European elections' in S. Kritzinger, C. Plescia, K. Raube, J. Wilhelm and J. Wouters (eds.), Assessing the 2019 European Parliament Election (Routledge, 2020) 37-54; Laura Tilindyte, 'Election of the President of the European Commission. Understanding the *Spitzenkandidaten* process' (European Parliamentary Research Service, 2019) <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/630264/EPRS_BRI\(2018\)630264_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/630264/EPRS_BRI(2018)630264_EN.pdf)> accessed 10 Eylül 2022.

nan ve Avrupa Birliği'nin geleceğine ilişkin beş farklı senaryonun ele alındığı Beyaz Kitap'ın²⁸ gündemde olduğu bir dönemde AP ve Zirve arasında Komisyon Başkanının belirlenmesinde yaşanan bu gerginlik dikkatlerin Avrupa Seçim Sistemine yönelmesine neden olmuştur. Özellikle son dönemde Birlik içerisinde yaşanan krizlerin temelinde halkın Birlik politikalarının oluşumunda yeterli söz sahibi olmaması ve bundan duyduğu hoşnutsuzluk yer aldığından AB seçim sisteminin reform edilmesiyle AB'de parlamenter demokrasinin güçlendirilmesinin ve seçimlerin "Avrupalılaştırmanın" demokrasi açığının giderilmesinde önemli bir kilometre taşı olduğu bir kez daha ön plana çıkmıştır.²⁹ Nitekim, Fransa Başkanı Macron'un Birliğin karşı karşıya kaldığı ekonomik, sosyal ve siyasi krizler neticesinde 2019 Mart ayında ortaya attığı Avrupa entegrasyonunun ihtiyaç duyduğu reformların vatandaş odaklı tartışılacağı Avrupa'nın Geleceği Konferansı fikri, Komisyon Başkanı Von der Leyen tarafından da desteklenmiştir.³⁰

III. AVRUPANIN GELECEĞİ KONFERANSI VE AVRUPA PARLAMENTOSU SEÇİMLERİ

2020 yılında başlayıp iki yıl sürmesi öngörülen Konferansın, açık, kapsayıcı ve şeffaf bir tartışma ortamı yaratarak her konunun Avrupa vatandaşları tarafından tartışılmasına ve yine vatandaşlar tarafından öneriler sunulmasına imkan verecek bir kamu forumu şeklinde yapılması planlanmıştır. Bu amaçla Konferans konularının tartışılacağı ve öneriler sunulabileceği Avrupa vatandaşları ve ulusal vatandaşlar paneli olmak üzere iki ayrı panelin yanı sıra her üye devletten on-line katılımın sağlanması amacıyla çok dilli dijital bir platform oluşturulmuş; üye devlet ve kurumlar tarafından Konferansa katkı sağlayabilecek organizasyonlar hazırlamaları öngörülmüştür. Böylece, Birliğin geleceğinin Avrupa vatandaşlarının en üst düzeyde katılımı sağlanarak, politikacılarla bir araya gelecekleri Konferans ile hep birlikte şekillendirilmesi amaçlanmıştır. Covid-19 pandemisi nedeniyle gecikmeli olarak Mayıs 2021 yılında başlayan ve Komisyon, Konsey ve Parlamento başkanlarının dönüşümlü olarak başkanlık ettiği konferans Avrupa günü olarak kabul edilen 9 Mayıs 2022'de Birlik kurumlarının başkanlarına sunulan 49 öneri ve somut hedeflerde dahil olmak üzere 320'den fazla tasarrufun ana hatlarının ortaya konduğu bir rapor ile sona ermiştir.³¹ Avrupa demokrasisi, değerler, hukukun üstünlü-

²⁸ White Paper on the Future of Europe (European Commission, 2017) <https://ec.europa.eu/info/future-europe/white-paper-future-europe_en> accessed 12 Eylül 2022.

²⁹ Nguyen (n 26) 2.

³⁰ Ursula von der Leyen, 'A Union that strives for more. My agenda for Europe' (2019), Political Guidelines for the next European Commission 2019-2024, 19-20; Maia De la Baume, 'What is the Conference on the future of Europe?' (Politico, 2021) <<https://www.politico.eu/article/what-is-the-conference-on-the-future-of-europe/>> accessed 6 Eylül 2022.

³¹ European Parliament, Conference on the Future of Europe, Report on the Final



ğü, iklim değişikliği, dijital dönüşüm, sağlık gibi bir çok konunun ele alındığı Konferansta Avrupa demokrasisi ile doğrudan ilişkili olan AP seçimleri de en çok tartışılan konu başlıklarından bir tanesidir.

AP seçimlerine ilişkin olarak raporda tüm üye devletlerde seçim koşullarının uyumlaştırıldığı bir AP seçim yasasının kabul edilmesi, birden fazla üye devletten adaylardan oluşan Avrupa Birliği düzeyinde partiler oluşturularak, AB vatandaşlarının hem ulusal hem de ulusötesi partilere oy verme imkanına kavuşturulmaları,³² adayların belirlenmesinde cinsiyet eşitliğinin gözetilmesi, genç adayların Parlamento seçimlerine dahil edilmesi³³ ve AP’de en çok sandalyeye sahip partinin Komisyon Başkanını ataması önerilmektedir.³⁴ Bunun yanı sıra Avrupa vatandaşlarının siyasal katılımının artırılması amacıyla yasa teklifleri ve önemli konulara ilişkin oy kullanabilecekleri ve oy gerekçelerini ortaya koyabilecekleri çok amaçlı dijital bir platform oluşturulması raporda yer verilen bir diğer öneridir.³⁵ Bu şekilde Avrupa vatandaşları arasında güven tesis edilerek, daha iyi işleyen bir AB’ye ulaşılacağı ileri sürülmektedir. %89.2 gibi yüksek bir oranla desteklenen Avrupa (ulusötesi) listelerindeki adayların seçilmeleri halinde yetkilerini kullanmaları önerisini, %88.9 ile Komisyon üyelerinin seçiminin nasıl yapıldığının vatandaşlar tarafından bilinmesi adına bazı temel kurallar ile daha şeffaf hale getirilmesi ve böylece Komisyon’un vatandaşların sesini yansıtmaması önerisi takip etmektedir.³⁶ Seçimlere ilişkin yüksek oranda desteklenen bir diğer öneri ise Avrupalı adayların, kendilerini, hedeflerini ve programlarını daha somut bir şekilde sunmaları ve seçim dönemi dışında da ulaşılabilir olmalarıdır.³⁷

Yapılan bu öneriler değerlendirildiğinde ilk dikkati çeken nokta aslında hiçbirinin yeni olmamasıdır. Avrupa Seçim Yasasında değişiklik yapmak üzere önceki tarihlerde hazırlanan raporlarda da bu konular üzerinde durulmuş ancak kimisi yine AP tarafından kimisi Konsey tarafından engellenerek hayata geçirilememiştir. Bu önerileri daha önceki girişimlerden farklı kılan nokta AB vatandaşlarının doğrudan görüş ve önerileri ile katılımına imkan veren bir kamu forumu sonucunda ortaya konmuş olmalarıdır. Avrupanın geleceğini birlikte şekillendirme ana fikriyle hayata geçirilen bu Konferanstan beklenen de bu

Outcome (May, 2022) <<https://www.europarl.europa.eu/resources/library/media/20220511RES29318/20220511RES29318.pdf>> accessed 5 Eylül 2022; De la Baume (n 30).

³² European Parliament (n 31) 120.

³³ ibid 186, 196.

³⁴ ibid 196.

³⁵ ibid 121.

³⁶ ibid 196.

³⁷ ibid 185.

öneriler çerçevesinde yeknesak bir Avrupa seçim sistemi oluşturmak ve parlamenter demokrasiyi güçlendirmek adına gerek Parlamento seçimlerinde gerek Komisyon Başkan ve üyelerinin belirlenmesinde AB vatandaşlarının sürece katılımlarını kolaylaştırarak, tercihlerinin ön plana çıkartılması amacıyla Birlik kurumlarının harekete geçmesidir. Nitekim Konferans sonucu, vatandaşların seçimlere ilişkin beklentisinin bu yönde olduğunu göstermektedir. Böylece, Avrupa entegrasyonunun başlangıcından itibaren eleştirilmesine neden olan demokrasi eksikliği problemi de Avrupa Birliği kapsamında uygulanan yeknesak “Avrupalılaştırmış” bir seçim sistemiyle, vatandaşların tercihlerine göre şekillenecek bir AP ve Komisyon oluşumuyla büyük oranda giderilme şansına sahip olabilecektir.³⁸

IV. AVRUPA SEÇİM YASASINA İLİŞKİN PARLAMENTO ÖNERİSİ

2019 seçimlerinin en yüksek katılım oranına sahip seçim olmasının yanı sıra 9 Mart 2021 tarihli “AB’de Demokrasi” başlıklı Eurobarometer sonuçları uyarınca da özellikle genç nüfus olmak üzere Birlik vatandaşlarının iklim değişikliği, ekonomik iyileşme, insan haklarının ve hukukun üstünlüğünün korunması, göç ve Avrupa Birliği’nin uluslararası ilişkilerdeki rolü alanlarında Birlik’ten hızlı hareket etmesini talep etmeleri, Birlik vatandaşlarının Avrupa meselelerine ilgisinin arttığına göstergesi olarak yorumlanmıştır. Bu kapsamda Avrupa siyasi partilerinin bu konudaki rolünü artırmak; Avrupa Parlamentosu seçimlerinin odak noktasını ulusal meselelerden AB politikalarına kaydırmak ve Avrupa kamusal alanı oluşturmak amacıyla AP bir kez daha seçim yasası üzerinde çalışma yapmak üzere harekete geçmiştir.³⁹ AP’yi bu konuda harekete geçiren bir diğer neden ise 2014 seçimlerinde uygulanan *Spitzenkandidaten* prosedürünün 2019 seçimlerinde terk edilmiş olmasıdır.⁴⁰ Bu yeni çalışmadan sorumlu olmak üzere AFCO’nun raportör olarak belirlediği Ruiz Devasa tarafından hazırlanan “Avrupa Parlamentosu üyelerinin doğrudan genel oy ile seçilmesine ilişkin Konsey Tüzüğü önerisi” başlıklı taslak rapor 3 Haziran 2021’de yayınlanmış ve üzerinde yapılan değişikliklerle son hali 28 Haziran 2022 tarihinde AFCO’da, 3 Mayıs 2022’de de 262’ye 363 oyla AP’de kabul edilmiştir.⁴¹ ABİHA m. 223 uyarınca yürürlüğe girebilmesi için ilk

³⁸ AP seçimlerinde ulusötesi aday listeleri oluşturmanın parlamenter demokrasiye etkisi hakkında geniş bilgi için bkz. Andrew Duff, *Constitutional Change in the European Union* (1st. edn, Palgrave Macmillan 2022) 37-55.

³⁹ Motion for a European Parliament Legislative Resolution on the reform of the Electoral Law of the European Union (2020/2220(INL)) <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0083_EN.html#_section1> accessed 6 Eylül 2022.

⁴⁰ İbid.

⁴¹ European Parliament Legislative Observatory, <<https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/>



olarak Konsey’de oybirliğiyle onaylanması, ardından AP’nin üye tamsayısının çoğunluğu ile vereceği muvafakat ve son olarak üye devletler tarafından kendi anayasal kurallarına uygun olarak onaylanması gerekmektedir.

Konseye görüşülmek üzere gönderilen öneri radikal değişiklikler içermekle birlikte, öngörülen prosedürün tamamlanması halinde Avrupa seçimlerine yönelik bugüne kadar yapılan eleştirileri sonlandıracak niteliktedir. Bu anlamda ilk dikkati çeken yeknesak bir Avrupa seçim sistemi yaratmak adına, anayasal düzenlemeyle seçmen yaşı minimum 17 veya 18 olarak belirlenen üye devletler hariç olmak üzere, Birlik kapsamında seçmen yaşının 16, aday olma yaşının ise 18 olarak belirlenmesi olup; seçmen kütüklerinin seçimden 14 hafta önce tamamlanarak, seçimlerin beş yılda bir 9 Mayıs’ta yapılması; üçüncü ülkelerde yaşayan AB vatandaşlarına oy kullanma imkanının sağlanması; posta yoluyla oy kullanma yükümlülüğünün yanı sıra oylama için önceden fiziki ve vekaleten oylama ile internet ve elektronik sistemler aracılığıyla oy verme imkanı; seçimlere katılan tüm partilerin cinsiyet eşitliği ile demokratik prosedürler ve şeffaflık gözetilerek adaylarını belirlemesi, Birlik kapsamında bir seçim bölgesi oluşturarak 28 sandalyeli ulusötesi seçim listesi⁴² ve son olarak yeni kurallara uyumu sağlamak amacıyla bir Avrupa Seçim Kurumu oluşturulması kabul edilen metinde yer alan önerilerdir.⁴³ Ulusötesi seçim listesi önerisiyle her seçmen iki oya sahip olup, birini kendi ulusal siyasetçileri, ikincisini de AB genelinde oluşturulacak seçim bölgesinden bir siyasetçi seçebilmek için kullanmaları öngörülmektedir. Öneriler bir bütün olarak değerlendirildiğinde söz konusu Tüzük önerisi ile Renew Europe üyesi Guy Verhofstad’ın “... Gerçek bir demokrasi gerçek bir hesap verebilirliğe ihtiyaç duyar...”⁴⁴ ifadesinden yola çıkarak gerçek bir hesap verilebilirliğe ulaşılması mümkün kılınmak istenmektedir denilebilir.

popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2020/2220(INL)> accessed 6 Eylül 2022.

⁴² Birleşik Krallığın Birlikten ayrılmasının ardından boşalan 73 sandalyenin 27’si üye devletler arasında paylaştırılmış, kalan 46 ise gelecek genişlemelere ayrılmıştır. Geniş bilgi için bkz. European Parliament, ‘Redistribution of seats in the European Parliament after Brexit’ <<https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20200130IPR171407/redistribution-of-seats-in-the-european-parliament-after-brexit>> accessed 9 Eylül 2022.

⁴³ European Parliament Legislative Resolution of 3 May 2022 on the proposal for a Council Regulation on the election of the members of the European Parliament by direct universal suffrage, repealing Council Decision (76/787/ECSC, EEC, Euratom) and the Act concerning the election of the members of the European Parliament by direct universal suffrage annexed to that Decision (2020/2220 INL) <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0129_EN.html> accessed 6 Eylül 2022.

⁴⁴ Jennifer Emilie Richard, ‘Transnational Lists: The EU Council Must Deliver on the Will Of EU Citizens’, <<https://www.reneweuropengroup.eu/news/2022-05-03/transnational-lists-the-eu-council-must-deliver-on-the-will-of-eu-citizens>> accessed 9 Eylül 2022.

Bu aşamada sorulması gereken soru gerek Hübner-Leinen gerek Duff tarafından hazırlanan raporlarda da benzer düzenlemelere yer verilmiş ancak hiç biri kabul edilmemişken, kısmen aynı konuları içeren yeni bir öneri neden hazırlanmıştır? Bu sorunun tek bir yanıtı olmayıp, temelde Birlik çapında 2010 yılında Euro krizi ile başlayan ve akabinde Suriye krizi sonucunda karşı karşıya kalınan mülteci akını, sağ partilerin yükselişi, Brexit süreci ve son olarak özellikle Polonya ve Macaristan kaynaklı hukukun üstünlüğü problemlerinin bu öneriyi tetiklediği söylenebilir. Söz konusu kriz dönemi Birlik kapsamında yaşanan sorunlar ve demokratik meşruiyet eksikliği arasındaki ilişkiyi netleştirmiş ve demokratik meşruiyetin güçlendirilmesinin Birliğin geleceği için vazgeçilmez olduğu bir kez daha anlaşılmıştır. Bu kapsamda bir çok kez dile getirilmesine rağmen hayata geçirilemeyen, Birlik vatandaşlarının Birlik politikaları üzerindeki etkisinin güçlendirilmesi ve Komisyon başkanının seçiminde söz sahibi olmaları sağlanarak hesap verilebilirliği arttırmak, ancak Parlamento seçimlerinin yeknesak bir şekilde tüm üye devletlerde gerçekleştirilmesi ile mümkün görünmektedir. Birlik içinde demokratik meşruiyetin sağlanması, yeknesak seçim sisteminin yanı sıra ulusötesi seçim listeleri ile ulusal sınırları aşan bir kampanya yapılması ve seçmenlerin, bir bütün olarak Avrupa'yı temsil eden ve ulusal politikalar yerine Birlik için en iyi programa sahip oldukları konusunda kendilerini ikna eden adaylar ile hayata geçirilebilir.⁴⁵ Bu suretle Avrupa kimliği, aidiyeti ve bilinci de artacak ve gerçek anlamda Avrupa kamusal alanı yaratılarak Avrupa seçimlerinde gerçek bir Avrupa tartışması ve rekabeti yaşanacaktır.⁴⁶ Böylece AB'nin en çok eleştirildiği konulardan biri olan üst düzey görevlere atanmış bürokratların getirilmesi ulusötesi aday listelerinin hayata geçirilmesi ile sona erecek olup, Birlik vatandaşlarının tercihleri seçimler aracılığıyla gözönüne alınarak, üst düzey görevlere gelecek isimler belirlenebilecek ve bu durum hesap verilebilirliğe katkı sağlayacaktır.

Yanıtlanması gereken bir diğer soru ise daha önce kabul edilmeyen ulusötesi seçim listesinin bu öneri ile kabul edilme şansı olup olmadığıdır. 2019 seçimleri öncesinde reddedilen ulusötesi seçim listesi önerisi AB'nin bir federasyon olmadığı, Avrupa genelinde bir seçim bölgesi yaratmanın dengeyi Almanya, Fransa gibi daha büyük üye devletler lehine değiştirebileceği ve böyle bir önerinin 'elitist' bir yaklaşımı çağrıştıracığı⁴⁷ gerek Avrupa şüphecisi partiler gerek Avrupa muhafazakarları tarafından dile getirilerek kabul edilmemiştir.⁴⁸

⁴⁵ Nguyen (n 26) 2.

⁴⁶ Euronews, 'AB'de Ulusötesi seçim sistemi kabul edildi, seçmen yaşı her yerde 16 oldu' <<https://tr.euronews.com/2022/05/03/ab-de-ulusotesi-secim-sistemi-kabul-edildi-secmen-yas-her-yerde-16-oldu>> accessed 6 Eylül 2022.

⁴⁷ Kotanidis (n 3) 11.

⁴⁸ Steven van Hecke ve Wour Wolf, 'Transnational Lists- A BAd Good Idea' (Euractiv, 2022) <<https://www.euractiv.com/section/elections/opinion/transnational-lists-a-bad-good-idea/>>



Seçimlere ilişkin yapılan bu son Konsey Tüzüğü önerisi her ne kadar AP'den gerekli çoğunluğu sağlayarak ikinci aşama olan Konsey'e gönderilmiş olsa da bu öneriye yönelik benzer tutum ve eleştirilerin olması muhtemel görünmektedir. Özellikle bu kapsamda ilk akla gelen ulusötesi seçim listeleri ve *Spitzenkandidaten* prosedürünün Komisyon başkanının rolünü aşırı derecede siyasallaştıracağı ve Avrupa Konseyine tanınmış olan Komisyon başkanını önerme ayrıcalığının kaybedilmesinin kurumsal dengeyi olumsuz yönde etkileyeceği yönündeki endişelerdir.⁴⁹ Oysa bu endişenin tam aksine, yapılan bu öneri Komisyon ve AP arasında siyasi ve kurumsal bağlantı kurmak suretiyle Komisyon'un demokratik meşruiyetinin güçlendirilmesine katkı sağlayacaktır.⁵⁰ Nitekim, Avrupa'nın Geleceği Konferansında ve Eurobarometer tarafından yapılan anketlerde de AB vatandaşlarının Covid-19 pandemisi ve Ukrayna-Rusya savaşı neticesinde AB konularına daha fazla ilgi duydukları ve kendi taleplerinin dikkate alınarak Komisyon'un şekillenmesini istedikleri anlaşılmaktadır.⁵¹ Birliğin yaşanan krizler neticesinde geleceğine ilişkin yeni bir düzenleme yapması gereği başta Beyaz Kitap olmak üzere Avrupanın Geleceği Konferansı aracılığıyla geniş kitlelerle masaya yatırılmış ve demokratik meşruiyet ihtiyacı ön plana çıkmıştır. Dolayısıyla getirilen bu son öneri ile hesap verilebilirliğin güçlendirilerek vatandaşların talep ettikleri demokrasi eksikliğinin giderilmesi yönünde önemli bir adım atılması seçim sistemine yönelik bu önerilerle mümkün görünmektedir.

SONUÇ

AB'nin doğrudan seçimle gelen tek organı olan AP'nin ulus-devletlerde ulusal parlamentoların karar alma mekanizması kapmasındaki yetkilerinin bir kısmına dahi sahip olması Birlik kapsamında uzun zaman almıştır. Ulusal parlamentoların sahip olduğu ve demokrasi anlamında en önemli yetki olarak nitelendirebileceğimiz yürütüme yetkisi ise AP'nin halen tam anlamıyla sahip olmadığı ve Birliğin devam eden demokrasi eksikliği probleminin de temelini oluşturmaktadır.

accessed 9 Eylül 2022; Ulusötesi aday listesine ilişkin tartışmalar için bkz. Diaz Crego (n 4) 4-6.

⁴⁹ Kotanidis (n 3) 12.

⁵⁰ Kotanidis (n 3) 11.

⁵¹ Eurobarometer, 'EP Spring 2022 Survey: Rallying around the European flag - Democracy as anchor point in times of crisis' <<https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2792>> accessed 9 Eylül 2022; Eurobarometer, 'Standard Eurobarometer 97-Summer 2022' <<https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2693>> accessed 9 Eylül 2022; Eurobarometer, 'Key Challenges of Our Times- the EU in 2022' <<https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2694%20>> accessed 9 Eylül 2022.

AP tarafından yapılan bu son öneri ile seçim sisteminde yapılacak köklü değişiklik Birlik vatandaşlarının en fazla eleştirdikleri kendilerinden uzak, kapalı kapılar ardında alınan kararlara katılma imkanı sağlayabileceği gibi tam anlamıyla olmasa da demokrasilerde en belirgin özellik olan yürütüme denetleme ve hatta memnuniyetsizlik halinde bunu seçimler aracılığıyla belli etme şansına sahip olmalarına fırsat yaratacaktır. Bununla birlikte ulusötesi seçim listeleri aracılığıyla Avrupa genelinde bir seçim bölgesi oluşturularak, AP seçimlerinin ana konusu Avrupa olabilecektir. Böylece seçmenler partilerin Birliğe yönelik programlarını inceleme ve buna göre oy kullanma imkanına kavuşabileceklerdir. Başta ulusötesi aday listesi olmak üzere Birlik kapsamında gerek seçim tarihi gerek seçmen yaşı gerek oy kullanma alternatifleri gibi yeknesak bir seçim için gerekli koşulların oluşturulması da aidiyet ve kimlik duygularını olumlu yönde etkileyecek ve AP seçimlerinin “Avrupalılaşması” da hizmet edecektir.⁵²

Söz konusu önerinin 2024 seçimlerinde uygulanabilmesi AP tarafından hedeflense de pek mümkün görünmemektedir. ABİHA m. 223’de öngörülen prosedür uyarınca önerinin yürürlüğe girebilmesi için önce Konsey’de oybirliği ardından bütün üye devletler tarafından kendi anayasal kurallarına uygun olarak onaylanması koşulu Konsey’de oybirliği sağlansa bile Avrupa bütünleşmesine mesafeli yaklaşan üye devletlerce onaylanması olasılığını azaltmaktadır. Öte yandan resmi adı Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu olan ve Avrupa Komisyonu’nun anayasal konularda danışma organı olarak görev yapan Venedik Komisyonu’nun Seçim Konularında İyi Uygulama Kodu her ne kadar bağlayıcı olmasa da seçim kurallarının seçim tarihine bir yıldan daha az bir süre kala değiştirilmemesini öngörmektedir. Bu durumda söz konusu önerinin 2024 seçimlerinde uygulanabilmesi için en geç Mayıs 2023 öncesinde ABİHA m. 223 prosedürünün tamamlanmış olması gerekmektedir.

AP hazırlamış olduğu bu son öneri ile aslında zoru başarmış ve gerek seçimlerin Avrupalılaşması gerek son yaşanan krizlerle Birlik vatandaşlarının Birliğe olan ilgisinin artmasını demokratik katılımı güçlendirerek kazanıma çevirme şansını yakalamıştır denilebilir. Ancak yasal prosedürün Konsey + üye devlet onay süreçlerini de öngörüyor olması başta Avrupa şüphecileri olmak üzere bazı üye devletlerin önerinin yürürlüğe girmesini engelleme olasılığının devam ettiğini ortaya koymaktadır.

Hazırlanan bu öneri krizlerle yıpranan ve Birliğin geleceğinin tekrar tartışmaya açıldığı bir dönemde bütünleşmenin yönünü belirlemek adına daha sıkı işbirliği taraftarları için bir şans iken, reddi halinde Avrupa demokrasisi adına kaçırılmış bir fırsat olacaktır.

⁵² Müller (n 19).

KAYNAKÇA

Bilgin AA, 'Krizler ve Demokratik Meşruiyet Sorunsalı Işığında Avrupa Birliği'nin Geleceği' (2020) 75(3) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 1033-1054.

Bilgin AA and Akçay B, 'Brexit: Nedenleri ve Avrupa Ekonomisine Olası Etkileri' in Akçay Belgin ve Ege Aylin (eds.) Avrupa Birliği Üzerine Yazılar (1st edn, Seçkin Yayınevi 2017) 234-236.

Corbett R, Jacobs F and Shackleton M (eds). *The European Parliament* (7th edn, John Harper Publishing 2007).

Costa O, 'The Reform of the Electoral Law of the European Union' (2016) European Parliament History Series, European Parliamentary Research Service 41-62 <<https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2016/10/EPRS-Study-563516-History-European-electoral-reform-1976-Act-FINAL2.pdf>> accessed 1 Eylül 2022.

Dann P, 'The Political Institutions' in Von Bogdandy A and Bast J (eds) Principles of European Constitutional Law (2nd edn, Hart Publishing 2010).

De la Baume M, 'What is the Conference on the future of Europe?' (2021) Politico <<https://www.politico.eu/article/what-is-the-conference-on-the-future-of-europe/>> accessed 6 Eylül 2022.

de Wilde P, 'The fall of the Spitzenkandidaten. Political parties and conflict in the 2019 European elections' in Kritzinger S, Plescia C, Raube K, Wilhelm J. and Wouters J (eds.) Assessing the 2019 European Parliament Election (1st edn, Routledge 2020) 37-54

Diaz Crego M, 'Transnational Electoral Lists: Ways to Europeanise Elections to the European Parliament' (2021) European Parliamentary Research Service 1-50.

Duff A, *Constitutional Change in the European Union* (1st edn, Palgrave Macmillan 2022).

Duff A, 'Report on a Proposal for a Modification of the Act Concerning the Election of the Members of the European Parliament by Direct Universal Suffrage of 20 September 1976' (European Parliament, 2011) <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2011-0176_EN.html> accessed 10 Eylül 2022.

Duff A, 'Second Report on a Proposal for a Modification of the Act Concerning the Election of the Members of the European Parliament by Direct Universal Suffrage of 20 September 1976' (European Parliament, 2012) <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2012-0027_EN.html> accessed 10 Eylül 2022.

Duff A, 'Report on improving the practical arrangements for the holding of the European elections in 2014' (European Parliament, 2013) <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2013-0219_EN.html> accessed 10 Eylül 2022.

Earnshaw D and Judge D, *The European Parliament* (2nd edn, Palgrave 2008).

Eurobarometer, 'EP Spring 2022 Survey: Rallying around the European flag - Democracy as anchor point in times of crisis' <<https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2792>> accessed 9 Eylül 2022.

Eurobarometer, 'Standard Eurobarometer 97-Summer 2022' <<https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2693>> accessed 9 Eylül 2022.

Eurobarometer, 'Key Challenges of Our Times- the EU in 2022' <<https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2694%20>> accessed 9 Eylül 2022.

Euronews, 'AB'de Ulusötesi seçim sistemi kabul edildi, seçmen yaşı her yerde 16 oldu' <<https://tr.euronews.com/2022/05/03/ab-de-ulusotesi-secim-sistemi-kabul-edildi-secmen-yas-her-yerde-16-oldu>> accessed 6 Eylül 2022.

European Parliament, Conference on the Future of Europe, Report on the Final Outcome (May, 2022) <<https://www.europarl.europa.eu/resources/library/media/20220509RES29121/20220509RES29121.pdf>> accessed 5 Eylül 2022.

European Parliament, Modification of the Act concerning the elections of the members of the European Parliament <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/PV-7-2011-07-07-ITM-007-08_EN.html> accessed 31 Ağustos 2022.

European Parliament, Redistribution of seats in the European Parliament after Brexit <<https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20200130IPR71407/redistribution-of-seats-in-the-european-parliament-after-brexit>> accessed 9 Eylül 2022.

European Parliament Legislative Resolution of 3 May 2022 on the proposal for a Council Regulation on the election of the members of the European Parliament by direct universal suffrage, repealing Council Decision (76/787/ECSC, EEC, Euratom) and the Act concerning the election of the members of the European Parliament by direct universal suffrage annexed to that Decision (2020/2220 INL) <https://www.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0129_EN.html> accessed 6 Eylül 2022.

European Parliament Legislative Observatory. <[https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.dolang=en&reference=2020/2220\(INL\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.dolang=en&reference=2020/2220(INL))> accessed 6 Eylül 2022.



Follesdal A and Hix S, 'Why There is A Democratic Deficit in the EU?: A Response to Majone and Moravcsik' (2006) 43(3) Journal of Common Market Studies 533-562.

García NP and Priestley J, *The Making of a European President* (1st. edn, Palgrave 2015).

Goodwin M and Milazzo C, 'Taking Back Control? Investigating the role of immigration in the 2016 vote for Brexit' (2017) 19(3) The British Journal of Politics and International Relations 450-464.

Gough J, 'Brexit, Xenophobia and Left Strategy Now' (2017) 41 (2) Capital and Class 366-372.

Grošek K, 'Reform of the Electoral Law of the EU' (European Parliament Legislative Train, 2022) <<https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/carriage/reform-of-the-electoral-law-of-the-eu/report?sid=6001>> accessed 2 Eylül 2022.

Habermas J, 'Why Europe Needs a Constitution' (2001) 11 New Left Review <<https://newleftreview.org/II/11/jurgen-habermas-why-europe-needs-a-constitution>> accessed 25 Temmuz 2022.

Hübner D ve Leinen J, 'Draft report on a proposal for amendment of the Act of 20 September 1976 concerning the election of the Members of the European Parliament by direct universal suffrage 2015/2035' <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/AFCO-PR-560824_EN.pdf?redirect> accessed 10 Eylül 2022.

Kotanidis S, 'European Union Electoral Law Current situation and historical background' (European Parliamentary Research Service, 2019) 1-12. <[https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI\(2019\)642250](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2019)642250)> accessed 31 Ağustos 2022.

Motion for a European Parliament Legislative Resolution on the reform of the Electoral Law of the European Union (2020/2220(INL)) <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0083_EN.html#_section1> Erişim Tarihi 6 Eylül 2022.

Müller M, 'Two years to go: What to expect from the 2024 European Parliament elections' (Hertie School Jacques Delors Centre, 2022) <<https://www.delorscentre.eu/en/publications/2024-european-elections>> accessed 2 Eylül 2022.

Nguyen T, 'The Holy Trinity of EUElections: The Transnational Lists, Spitzenkandidaten Procedure and a Stronger European Parliament' (Hertie School Jacques Delors Centre, 2021) <<https://www.delorscentre.eu/en/publications/detail/publication/holy-trinity-of-eu-elections>> accessed 2 Eylül 2022.

Nogaj M ve Poptcheva EM, ‘The Reform of the Electoral Law of the European Union’ (European Parliamentary Research Service, 2015) 1-30 <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/558775/EPRS_IDA\(2015\)558775_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/558775/EPRS_IDA(2015)558775_EN.pdf)> accessed 1 Eylül 2022.

Reiding H ve Meijer F, ‘This time it’s different’ – the European lead candidate procedure of 2014 and its historical background’ (2019) 29(1) *Parliaments, Estates And Representation* 64-79.

Richard JE, ‘Transnational Lists: The EU Council Must Deliver on the Will Of EU Citizens’ <<https://www.reneweuropengroup.eu/news/2022-05-03/transnational-lists-the-eu-council-must-deliver-on-the-will-of-eu-citizens>> accessed 9 Eylül 2022.

Smismans S, ‘Institutional Balance as Interest Representation. Some Reflections on Lenaerts and Verhoeven’ in Joerges C and Dehousse R (eds) *Good governance in Europe’s integrated market* (OUP 2002) 89-108.

Tilindyte L, ‘Election of the President of the European Commission. Understanding the *Spitzenkandidaten* process’ (European Parliamentary Research Service, 2019) 1-8 <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/630264/EPRS_BRI\(2018\)630264_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/630264/EPRS_BRI(2018)630264_EN.pdf)> accessed 10 Eylül 2022.

Van Hecke S and Wolfs W, ‘Transnational Lists- A Bad Good Idea’ (*Euractiv*, 2018) <<https://www.euractiv.com/section/elections/opinion/transnational-lists-a-bad-good-idea/>> accessed 9 Eylül 2022.

von der Leyen U, ‘A Union that strives for more. My agenda for Europe’ (2019), *Political Guidelines for the next European Commission 2019-2024* 1-22.

Weiler J, ‘Does Europe Need a Constitution’ (1995) 1(3) *European Law Journal* 219-258.

Weiler J, ‘The Reformation of European Constitutionalism’ (1997) 35(1) *Journal of Common Market Studies* 97-131.

White Paper on the Future of Europe (European Commission, 2017) <https://ec.europa.eu/info/future-europe/white-paper-future-europe_en> accessed 12 Eylül 2022.

2002/772/EC sayılı Konsey Kararı <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002D0772&from=EN>> accessed 31 Ağustos 2022.



ADALET YÖNETİMİNDE ETKİNLİK ARAYIŞLARI: ROBOTİK BÜROKRASI VE YAPAY ZEKÂ YÖNETİŞİMİ

*The Search for Efficiency in the Administration of Justice:
Robotic Bureaucracy and Artificial Intelligence Governance*

Mehmet Akif ÖZER*

ÖZET

Bu çalışmada sorunları çözmekte zorlanan bürokrasinin çıkış arama sürecinde dijitalleşmesi ve teknolojiden yararlanması sürecinde yapay zeka yönetişimi uygulamalarından ve robotik bürokrasinden nasıl yararlanabileceği hususu adalet yönetimi özelinde incelenmektedir. Dünya genelinde adalet yönetiminde yaşanan sorunlar analiz edildiğinde bilgi iletişim teknolojilerinin yetersiz kullanılmasının temel rol oynadığı çok açıktır. Bu nedenle yönetimde robotlaşma ve yapay zeka uygulamaları büyük adalet yönetimi alanında büyük önem taşımaktadır. Bu kapsamda çalışmada önce bürokrasinin neden yıprandığı ve sorunlara çözüm bulamadığı, adalet yönetimin bürokratik çıkmazları özelinde incelenmiştir. Ardından bu alanda yaşanan teknolojik gelişmelerin, verimlilik arayışlarına katkısı değerlendirilmiştir. Dijital teknolojilerin kullanımını içeren dijital otomasyonun önemli bir bileşeni olan robotik süreç otomasyonu ve robotik bürokrasi konusu ele alınmış, buradan teknolojik adalet yönetimi ve yapay zekâ yönetişimi uygulamalarına geçilerek, adalet yönetiminin bu süreçten nasıl etkilenebileceği değerlendirilmiştir. Sonuçta etkin ve verimli bir adalet yönetimi için teknolojiden mutlak surette yararlanılması gerektiğine, bu doğrultuda robotik bürokrasinin ve yapay zeka uygulamalarının sürece çok ciddi katkısı olacağı gerçeğine ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Adalet, adalet yönetimi, etkinlik, yapay zekâ, robotik bürokrasi.

ABSTRACT

In this study, the issue of how the bureaucracy, which has difficulty in solving problems, can benefit from artificial intelligence governance applications and robotic bureaucracy in the process of digitalization and use of technology in the process of seeking an exit, is examined in terms of justice administration. When the problems experienced in the administration of justice around the world are analyzed, it is clear that the inadequate use of information and communication technologies plays a fundamental role. For this reason, robotization and artificial intelligence applications in administration are of great importance in the field of justice administration. In this context, in the study,

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 13.04.2023*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 13.06.2023*

* Prof. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, İİBF, mehmet.ozer@hbv.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-2220-2271>.



firstly, the bureaucratic dilemmas of the administration of justice, why the bureaucracy was worn out and could not find a solution to the problems, were examined. Then, the contribution of technological developments in this field to the search for efficiency was evaluated. The subject of robotic process automation and robotic bureaucracy, which is an important component of digital automation involving the use of digital technologies, has been discussed, and how the justice administration can be affected by this process has been evaluated by moving on to technological justice management and artificial intelligence governance applications. As a result, it has been concluded that technology must be used absolutely for an effective and efficient justice administration, and that robotic bureaucracy and artificial intelligence applications will make a very serious contribution to the process in this direction.

Key Words: Justice, justice administration, efficiency, artificial intelligence, robotic bureaucracy.

GİRİŞ

Adalet sistemi, devlet yapılanmalarında üç temel erk arasında ayrı bir öneme sahiptir. Kişilerin davranışlarını yönetmek için oluşturdukları kurallarda meydana gelen ihlaller veya farklı yorumlamalar nedeniyle ortaya çıkan çatışmaları çözme açısından gerekli yasa, kural ve kurumları bünyesinde barındırır. Daha geniş anlamda adalet sistemi hukukun üstünlüğünü koruma görevine sahiptir. Yürütme ve yasama tarafından güç kötüye kullanımına karşı denge ve denetim sağlamak da dahil olmak üzere, bilinen kuralların ilgili aktörler tarafından kişiselleştirilmemiş halini ve sistemli bir şekilde uygulanmasını öngörür. Adalet kurumları hukukun, adil ve eşitlik temel prensiplerinin üstünlüğünü sağlamak için hareket ederler. Hukuki ihtiyaçların giderilmesi için gerekli mekanizmaları kurarlar.¹ Tüm bu sistemin etkin ve verimli işlemesi, rasyonel adalet yönetimi yapısıyla sağlanır.

Uygulamada yasama organları ve mahkeme kararları, adalet sistemi için temel kuralları ve yetkiyi sağlar. Tüm kamu kurumlarının görevi, yasal olarak belirlenmiş bir yetki çerçevesinde yürütülür. Tüm adalet kurumları da faaliyetlerini yönlendiren yasalara bağlıdır.²

Son yıllarda başta gelişmiş ülkelerde olmak üzere adalet yönetimine yönelik artan bir ilgi bulunmaktadır. Söz konusu süreçte bilgi ve araştırma ortaklıkları kurulmakta, yönetim mekanizmaları çalıştırılmakta, suç gibi belirli sorunları ele almak için hükümet, kamu kurumları ve özel kuruluşlar işbirliği yapmaktadır. Bu paralelle çok sayıda ülke toplam kalite yönetimi uygulamala-

¹ OECD, Understanding Effective Access to Justice (OECD 2016) <<https://www.oecd.org/gov/Understanding-effective-access-justice-workshop-paper-final.pdf>> 3 Erişim Tarihi 30 March 2023.

² Stan Stojkovic, David Kalinich and John Klofas, Criminal Justice Organizations: Administration and Management (Sixth Edition, Cengage Learning USA 2015) 58-59.

rından yararlanarak iyi işleyen bir yargı sistemi kurmayı başarmıştır.³ Çalışmanın odağında yer alan robotik bürokrasi ve yapay zeka uygulamaları ise henüz olgunlaşma aşamasındadırlar.

Dünya genelinde adalet yönetiminde yaşanan sorunlar analiz edildiğinde bilgi iletişim teknolojilerinin yetersiz kullanılmasının başat rol oynadığı ortaya çıkmaktadır. Modern bilgi iletişim teknolojileri ve e-adalet gibi uygulamaların adalet sistemlerinin kalitesini artıracakları açıktır.⁴ Son yıllarda yolsuzlukların artmasıyla birlikte yargı reformları gündeme gelmekte, bu durum ise adalet yönetiminde etkinlik ve verimlilik tartışmalarını tekrar alevlendirmektedir.⁵ Her ne kadar ülkeler arasında ceza adaleti modelleri farklı uygulansa da⁶ burada hakkaniyet ve adalet konularının toplumdaki tüm aktörler için temel kaygı alanlarını oluşturduğu unutulmamalıdır. Etkin ve verimli adalet yönetimi, bu kaygıları nispeten azaltacaktır.⁷

Çalışmada söz konusu bu kapsamda adalet yönetiminde etkinlik arayışları ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır. Bu kapsamda temel tez olan teknolojik gelişmelerin adalet yönetiminin etkinleştirilmesinde başat rol oynadığı hipotezinden hareket edilecektir. Bu alanda birçok gelişmiş ülkede görülen robotik bürokrasi ve yapay zekâ yönetişimi uygulamalarının adalet yönetimini nasıl daha etkin ve verimli hale getirebileceği değerlendirilecektir.

I. YIPRANAN BÜROKRASİ VE ADALET YÖNETİMİNE YANSIMALARI

Bilindiği gibi gelişmiş bir hukuk sistemi, geleneksel ve yürürlüğe konmuş yani zorunlu olmak üzere iki unsurdan oluşur. Bunlardan geleneksel olanı elbette her zaman için daha önemlidir. Hukukun durumu her şeyden önce hukuk sisteminin bu geleneksel unsurunun durumuna bağlıdır. Ancak yüzyıllardır sürekli bir değişim gerçekleşmekte, yavaş yavaş hukukun geleneksel unsuru,

³ Özcan Sezer and Cengiz Sarı, 'Yeni Kamu Yönetimi Anlayışının Türk Yargı Sistemine Etkileri' (2017) 9(20) Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 196 212.

⁴ Nathy Rass-Masson and Virginie Rouas, 'Effective Access to Justice, Policy Department C: Citizens Rights and Constitutional Affairs' (European Union 2017), 135 <<http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>> Erişim Tarihi 28 March 2023.

⁵ James R. Brunet, 'Social Equity in Criminal Justice. Justice for All Promoting Social Equity in Public Administration' in Norman J. Johnson and James H. Svara (eds), Transformational Trends in Governance and Democracy (M.E. Sharpe Armonk USA 2011) 165 173.

⁶ Mathieu Deflem and Amanda J. Swygart, 'Comparative Criminal Justice', in Morales DuPont, Michael K. Hooper and Judy H. Schmidt (eds), Handbook of Criminal Justice Administration (Marcel Dekker, USA 2001) 51 59.

⁷ Susan T. Gooden, 'Assessing Agency Performance: The Wisconsin Experience' in Norman J. Johnson and James H. Svara (eds), Transformational Trends in Governance and Democracy (M.E. Sharpe Armonk USA 2011) 228 229.



bugünün ekonomisi ve sosyal bilimleri tarafından sürekli yenilenmektedir. Bu süreçte adalet yönetimi de gelişmelerden payına düşeni almaktadır. Süreçte yer alan aktörlerin memnuniyetsizlikleri bu alanda yaşanan değişimi şekillendirmekte, sürece yön vermektedir. Yüzyıllardır hakların ve güçlerin ayrılığı ile denetim ve denge sistemleri, hükümetleri sınırlamış, bireysel eylemlerin sosyal çıkarları tehlikeye atan bir araç haline gelmesini engellemeye çalışmıştır.⁸ Bu süreçte adalet yönetimi uygulamaları da hakim eğilim doğrultusunda şekillenmiştir.

Çalışmanın odağında yer alan adalet yönetimi uygulamalarının günümüze dek geçirdiği değişim sürecinde ana belirleyici aktör bürokrasi olmuştur. Son yıllarda bürokrasiye yönelik artan eleştiriler, adalet yönetiminde reform ve verimlilik arayışlarında başat faktör olmuştur.

A. İstenmeyen Mevzuat Hazretleri: Bürokrasi

Genel olarak uzmanlaşmaya dayalı işbölümü üzerinde yükselen, otorite ve hiyerarşinin var olduğu yönetim yapısını ifade eden bürokrasinin, örgüt tipi anlamı yanında, patolojik olarak kırtasiyecilik ve devleti işaret eden yönetim biçimi gibi anlamları da vardır.⁹ Bu her iki yönüyle adalet yönetimini doğrudan etkileyen bürokrasinin kök kelimesi, Fransızca ofis anlamına gelen “bureau” kelimesinden gelmekte ve “ofis tarafından yönetim” anlamına gelmektedir. Kavram işlerin etkin ve verimli yönetilmesi için koordine olan bir dizi ofisi öngörmektedir.¹⁰

Son yıllarda dünya genelinde yönetim alanında çok hızlı bir değişim ve dönüşüm süreci yaşanmaktadır. Bu durum kamu politikası belirleme sürecini de doğrudan etkilemektedir. Söz konusu süreçte gerçekleştirilen idari reformlarla kamu yönetiminin hiyerarşik yapısına yönelik sürekli saldırılar olmaktadır. Böyle bir ortamda Weber’in kamusal işleri yürütmenin standartlaştırılmış ve resmileştirilmiş yol ve yöntemlerini sunan bürokrasi bir şekilde cevap vermeyi başarmıştır. Oynadığı araçsal role rağmen, hâlâ yönetim dünyasında azımsanmayacak bir ağırlığa sahiptir.¹¹

⁸ Roscoe Pound, ‘The Administration of Justice in the Modern City’ (1913) 26(4) Harvard Law Review, 302 324-325 <<https://www.jstor.org/stable/1326317>> Erişim Tarihi 30 March 2023.

⁹ Havin Öner Gören and Barış Övgün, ‘Adalet Yönetiminde Dönüşüm’ (2020) 11(2), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 131 135.

¹⁰ Aaron Mannes, ‘Institutional Options for Robot Governance’ (WeRobot Conference Miami 2016) <https://www.robots.law.miami.edu/2016/wpcontent/uploads/2015/07/Mannes_RobotGovernance-Final.pdf> 1 3. Erişim Tarihi 10 April 2023.

¹¹ Yeboah Emmanuel, Kwame Assiamah and Thomas Agyekum Kyeremeh, ‘Therefore, Is Bureaucracy Dead? Making a Case for Complementarity of Paradigms in Public Administrative Thinking and Discourse’ (2016) 39(5) International Journal of Public Administration, 382 389.

Bürokrasi ile ilgili yapılan çalışmaların neredeyse tamamı Weber'in Bürokrasi Teorisine dayanır. Burada öngörülen ideal tip; yasal ve rasyonel ilkeler temelinde oluşturulmuş bir örgütlenme biçimine ilişkin özelliklerin işlevsel olarak incelenmesine dayanır. Söz konusu yasal ve rasyonel ilkeler; kararların, etkilenen kişiler tarafından geliştirilen kurallar veya bir otorite tarafından tanımlanan kurallar çerçevesinde alınmasını ve bunların ilgili kişiler tarafından meşru olarak kabul edilmesini gerektirir.¹² Bu yapı; hesaplanabilir kurallar altında işleyen, tam zamanlı profesyoneller tarafından çalıştırılan kişisel olmayan bir sistemi öngörür. Sabit iş bölümü, görevlerin hiyerarşisi, performansı yöneten genel kurallar bu sistemin temel özellikleridir. Farklılaştırılmış kontrol ve yaptırım sistemleri yazılı kurallarda belirtilir.¹³ Weber'in ideal tip bürokrasi modeli, devleti çıkar gruplarından veya lobici kuruluşlardan korur. Saydamlık, şeffaflık, eşitlik, güvenlik ve öngörülebilirlik için mücadele eder. Ancak, ideal tip, sosyal bilimlerde yoğun bir şekilde eleştirilmiştir. Bu eleştirilerin bir kısmı, yönetmenin kurallara göre yapılmasının karmaşık sosyal problemlere uygulanamaz olmasıyla ilgilidir. Diğer eleştiriler, hiyerarşik ve dikey olarak örgütlenmiş departmanlar arasındaki boşluklarda ortaya çıkan uzmanlık konularına yöneliktir.¹⁴

Esasında bu eleştiriler kısmen de olsa Weber de öngörmüştü. Bu karamsarlıktan dolayı bürokrasilerin verimliliğinden endişe duyuyordu. Çünkü ona göre bürokrasi ile toplum yeniden tasarlandığı, insan özgürlüğünün ve potansiyelinin sınırlandığı, modern kölelerin yaratıldığı bir "demir kafese" yerleştirilmişti.¹⁵ Bu eleştiriler, Weber bürokrasisine alternatif yaklaşımları gündeme getirmiştir. Bu süreçte Yeni Kamu Yönetimi anlayışının gündeme gelmesi, bürokrasiye yönelik eleştirilerin etkinlik ve verimlilik konseptinde yeniden değerlendirilmesine yol açmıştır. Bu yeni anlayış, geleneksel bürokratik modelleri sorgularken ve daha esnek ve piyasa odaklı kamu kuruluşlarını savunurken sanılanın aksine tamamen bürokrasinin terk edilmesini öngörmemiştir. Merkezileştirme, özelleştirme ve performans yönetimi gibi çeşitli stratejiler aracılığıyla kamu hizmetlerinin verimliliğini ve etkinliğini artırmayı amaçlamıştır. Yeni anlayış, kamu yönetiminde hesap verebilirlik, hukukun üstünlüğü ve şeffaflık gibi temel ilkelerin önemini de kabul eder, ki bunlar bürokrasinin temel prensipleridir. Ayrıca, bürokrasinin zaman içinde evrim geçirip hizmet sunumunda verimlilik, etkinlik ve hesap verebilirlik sağlamak için bürokratik

¹² Jörgen Johansson, Michel Thomsen and Maria Åkesson, Public Value Creation and Robotic Process Automation: Normative, Descriptive and Prescriptive Issues in Municipal Administration, Transforming Government: People, Process and Policy (Emerald Publishing Limited USA 2022) 3-4.

¹³ Emmanuel, Assiamah and Kyeremeh, (n 11) 388.

¹⁴ Johansson, Thomsen and Åkesson (n 13) 3-4.

¹⁵ Mannes, (n 10) 5-6.

ve piyasa odaklı özellikleri birleştiren hibrit bir yaklaşım benimseyebileceği¹⁶ de kabul görmüştür.

Tüm bu gelişmeler karşısında günlük yaşamda her an bürokratik beceriksizlik hikayeleri ile karşı karşıya kalınması ise ayrı bir reel politik olarak karşımızda durmaktadır. Bürokrasiler “adamı Ay’a çıkarmış olabilir, ancak etkileşimler yer kürede” gerçekleşmektedir. Bu ikilem nedeniyle bürokrasiyi yerenler bir türlü ondan da vazgeçememektedirler. Kamu yönetimi alanındaki öncülerin rasyonel ideallerinin aksine, bürokrasinin sıradan gerçekliği çok farklıdır. Bu nedenle gerçek ve ideallerin aynı olmaması şaşırtıcı değildir.¹⁷ Eleştirilerinin özünde aşırı standardizasyon, aşırı formalizasyon, örgütsel amaç ve amaçlara sıkı sıkıya bağlı kalma ihtiyacı ön plandayken, kamu hizmetlerinin sunumunda, kamu yöneticileri ve diğer paydaşlar, kamu hizmetlerinin özel kuruluşlarla rekabet edebilecek şekilde yerine getirilmesinde etkinlik sağlamak için bürokrasileri kontrol etmeye ve kamu sistemlerini yeniden yapılandırmaya odaklanmaktadırlar. Bu yeniden düşünme sürecinde bürokratik kısıtlamaları çözmeye alternatif olarak Neoweberyan Devlet, Yeni Kamu Yönetişi ve Kamusal Değer Yönetişi¹⁸ gibi yeni anlayışlar gündeme gelmeye başlamıştır. Çalışmanın kapsamı açısından bu gelişmelerin ayrıntısına girilmeyecektir.

B. Adalet Yönetiminin Bürokratik Çıkmazları

Adalet kavramı, tarihsel gelişimi içinde incelendiğinde hem kamu hizmeti hem de kamu gücü olarak değerlendirilen bir devlet işlevidir. Adaletin sağlanması için yapılan işler, doğrudan kamusal bir iş olarak değerlendirilince, bir kamu harcaması olan adalet hizmetinin, devlet bütçesindeki yeri ve ülke ekonomisi üzerindeki devasa etkisi ortaya çıkacaktır.¹⁹ Burada adaletin uygulanması “devletin fiziksel gücü aracılığıyla bir siyasi topluluk içinde hakların korunması” olarak değerlendirilir. Devlet ve otoritesi ile yasaların ayrılamaz olduğu ve yaptırımlarının her zaman ceza ve sorumluluk fikrini içermeyeceği anlaşılmalıdır. Toplumun kontrolü için adaletin yerini bir izin verici karakterin alamayacağı da unutulmamalıdır.²⁰

Dar anlamıyla adalet vatandaşların genellikle devlet tarafından sağlanan veya desteklenen kamu hizmetlerinin yanlış sunulduğu hissine kapıldıklarında kullanabilecekleri resmi çözüm yollarını içerir. Geniş anlamda ise işlerin doğru yapılmasını, sorunların büyümeden düzeltilmesini böylece resmi temyiz

¹⁶ Emmanuel, Assiamah and Kyeremeh, (n 11) 390.

¹⁷ Mannes, (n 10) 5-6.

¹⁸ Emmanuel, Assiamah and Kyeremeh, (n 11) 389.

¹⁹ Gören and Övgün, (n 9) 133.

²⁰ Nidhi Arya, ‘Concept and Theories of Criminal Justice Administration’ (2019) 8(5) International Journal of Science and Research 1410 1410.

süreçlerine olan talebi azaltmayı öngören “önleyici” yönü öne çıkar.²¹ Her iki durumda da adaletin etkin yönetimi önem kazanır.

Herkesin kabul ettiği gibi kamusal kaynakların verimli, etkili ve ekonomik bir şekilde kullanılması gerekmektedir. Bu durum adalet yönetiminde de geçerlidir. Ancak klasik kamu yönetiminde olduğu gibi bu alanda da kamusal faaliyetlerin verimli, etkili ve ekonomik olması gerekliliği söylemi yargı bağımsızlığı anlayışıyla tezatlıklar oluşturabilmektedir. Çünkü burada bağımsızlık devletten bağımsızlık değil devlet kurumları arasında bir denge sorunu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle kamu yönetimine bağımsızlık ilişkisiyle bağlandığı varsayılan adalet alanının kamu yönetimi aracılığıyla yönetilmesinde sorunlar çıkabilmektedir. Bu nedenle adalet yönetimi alanının da kamu yönetimi disiplini olduğu gibi zamanla yeni gelişmelere göre kendini değiştirmek ve yenilemek zorunda olduğu açıktır. Son yıllarda kamu yönetiminde verimliliğe olan vurgu bu alan için de geçerlidir. Adalet yönetiminin verimsizliği de bir ulusun refahını ve ekonomik büyümesini doğrudan etkiler. Hatta bu etki salt ekonomik olmayıp siyasal ve sosyal alanı da kapsar.²²

Adalet yönetimi genel olarak hakların korunması ve hataların cezalandırılması için yargı gücünün kullanımını ifade eder. Anayasayı, mahkemelerin organizasyonunu, yargı yetkisini, yargı güçlerini ve mahkemeler tarafından uygulanacak olan tüm prosedürleri kapsayan birçok unsuru içerir. Adaletin sağlanması açısından istikrarı ve kesinliği sağlar. Toplumun ve bireylerin özgürlüğünü ve kişilik haklarını güvence altına alır.²³

Weber’in bürokrasi anlayışının üstünlüklerinin yanında belli başlı sorunlara kaynaklık ettiği düşüncesi adalet yönetimi için de söz konusudur. Özellikle 1980 sonrasında yeni kamu yönetimi anlayışıyla başlayan bu süreçte kamu hizmetlerinin daha az kaynak kullanarak daha çok çıktı üretebilmesi hedefi bürokratik yapılanmanın bu yönde eleştirilmesine neden olmuştur. Bu hususta en çok dava yoğunluğu dikkat çekmekte, bürokratik işleyişte çözülebilecek bir takım sorunların dava konusu yapılması yerine arabuluculuk gibi mekanizmaların devreye girmesi öngörülmektedir. Dava yolunun ve iş süreçlerinin kırtasiyecilik nedeniyle karmaşıklaşması da çözüm bekleyen önemli bir sorun alanıdır. Ayrıca hakimlerin takdir yetkisinin kısıtlanması ve kuralların ayrıntılı ve detaylı olması²⁴ da adalet yönetiminde daha etkin ve verimli süreçlerin hakim kılınması beklentisini güçlendirmektedir.

²¹ ‘CAJTW (The Committee for Administrative Justice and Tribunals), ‘Wales Administrative Justice’ (A Cornerstone of Social Justice in Wales, Reform priorities for the Fifth Assembly 2015), <<https://ukaji.org/>> 5 Erişim Tarihi 10 April 2023.

²² Gören and Övgün, (n 9) 133-135.

²³ Arya, (n 22) 1411.

²⁴ Gören and Övgün, (n 9) 135.



Adalet yönetimi alanında öncelikle kamu idaresini ilgilendiren davalarda yargı yetkisini kullanan mahkemeler ve ilgili heyetler yer alır. Mahkemeler idari makamlar ile kuruluşlar ve özel kişiler arasındaki hukuki uyuşmazlıkları çözmek üzere kanunla kurulmuş ve yetkilendirilmiş kamu kurumlarıdır. Bu süreçte mahkemeler tarafından davaların açılması, işlenmesi ve karara bağlanmasıyla ilgili birçok işlem yapılır. Bunlar gerçekleştirilirken takip edilmesi gereken mevzuatta belirlenmiş idari prosedürler vardır.²⁵

Adalet yönetimi kapsamında mahkemeler genellikle organik sistemler olarak tasvir edilirler. Savunma avukatları, savcılar ve yargıçlar, formal prosedür kuralları, etik kurallar ve işleyişin informal kuralları tarafından yönlendirilen yarı otonom diğer unsurlarla birlikte çalışırlar. Hakim, savcı ve savunma avukatı, mahkeme görevlileri, stenograflar, mahkeme kayıtları ve bilgi yönetimi kolunu oluşturan mahkeme katipliği ofisi, savcılık ofisi gibi çok sayıda unsur bu süreçte bürokratik bir yapılanma altında hiyerarşik şekilde görev yapar. Bu süreç bir dizi yazılı kural ve prosedür tarafından yönetilir.²⁶

Bir mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığı, adil yargılanma hakkının temel direklerinden biridir.²⁷ Bürokratik çıkmazlarla boğuşan adalet yönetiminin, etkinliğini ve verimliliğini artırmaya çalışırken bu temel ilkedden hiç bir şekilde ödün verilmez. Adalet yönetiminde öncelikle bürokrasinin etkisiyle birçok olumsuzluk yaşanabilmektedir. Sistemdeki verimsizlikler, tarafların sorumluluklarını gereken kalite standartlarına veya zamanında yerine getirmedikleri durumlarda çok daha artmaktadır. Bu durum sürecin verimsizliğine doğrudan etki etmektedir. Mahkemelerde dava süreçlerinde yanlış veya yetersiz bilgiye dayalı kararlar, duruşmadan önce davalara yeterli hazırlık yapılmaması ve bir dava mahkemeye geldiğinde ortaya çıkan verimsizlikler, süreci doğrudan etkilemektedir. Dava sırasında yapılan hatalar, sürecin ilerlemesiyle birçok yan etkiye sebep olmakta ve bürokratik çıkmazların katlanarak atmasına yol açmaktadır. Savcılık ve polisler arasındaki iletişim kopuklukları, gerekli yeterlilikle delil dosyalarının hazırlanamaması, uygulamalarda bölgesel farklılıklar, dava dosyalarının karmaşıklığı, ilgili yönergelerdeki yetersizlikler, tanıklık uygulamalarındaki hatalar gibi artırılabilir çok sayıda unsur ve uygulama, adalet yönetiminin bürokratik işlevsizliklerle karşı karşıya kalmasına yol açmaktadır. Ayrıca davaların uygun ve doğru yerde görülmemesi, sanıkların mahkemeye getirilmesi ve yargılamaya dahil olma süreçlerinde yaşanan sorunlar, öngörülen teknolojik uygulamalardaki başarısızlıklar, kalite-güvence sisteminin

²⁵ ODIHR (Office for Democratic Institutions and Human Rights), 'Handbook for Monitoring Administrative Justice' (Folke Bernadotte Academy, Poland 2013), <www.osce.org/odhr> Erişim Tarihi 12 April 2023.

²⁶ Stojkovic, Kalinich and Klofas, (n 2) 31.

²⁷ ODIHR, (n 27) 38.

beklediğinin aksine muhtemel hata alanlarını tespitinde çok yetersiz kalması, yükümlülüklerin yerine getirilmesiyle ilgili yaptırım mekanizmalarının sınırlılığı, mevzuata uyun hazırlanamayan dava dosyaları²⁸ gibi birçok olumsuzluk bu durumu pekiştirmektedir.

Günümüzde birçok gelişmiş ülkede adalet alanında, yargılamanın izlenmesi, hukukun üstünlüğü ve insan hakları programları kapsamında teknik yardım ve kapasite geliştirme uygulamaları, adalet yönetiminde birçok reformu gündeme getirmiştir. Bu süreci desteklemek ve devletlerin adalet sistemlerinin öne çıkan sorunlu yönlerini etkili bir şekilde ele almalarına yardımcı olmak için başta dijitalleşme ve teknoloji olmak üzere yeni kamu yönetimi anlayışının etkinliğe ve verimliliğe yönelik uygulamaları bu alana da aktarılmaya başlanmıştır. Bu süreçte adaletin sağlanmasında kaliteye, etkinliğe, verimliliğe vurgu yapan süreçlerin geliştirilmesi, yeni anlayışla yargı organlarının kurulması ve yeniden yapılandırılması, kamu kurumları arasında değişime yönelik farkındalığın artırılması²⁹ büyük önem taşımaktadır.

C. Adalet Yönetiminde Modeller ve Temel Boyutlar

Adalet genel itibarıyla; felsefe, hukuk, ekonomi ve idare gibi farklı bilgi alanlarında incelenen soyut bir kavramdır. Toplumsal kurumların ilk erdemi, temel hakları ve görevleri dağıttığı temel yapıdır. Burada adaletin sağlanması, geniş toplumsal düzeyde, sosyal yapının uyumlu bir şekilde işlenmesini ve yürütme, yasama ve yargı organları arasındaki dengeleme süreçlerini gerektirir. Örgütler arası düzeyde adalet, kurumlar arasında ve bunlar ile diğer kamu ve özel örgütler arasındaki müzakereler ve değiş tokuşlarla ilgili iken örgütsel düzeyde ise ilgi odağı; örgütsel süreçler ve yapılar, örgütlerin stratejik davranışları, iç ve dış eylemleri, politikaları, uygulamaları ve kaynaklar üzerine odaklanır. İşlemsel adalet anlayışında ise çalışanların ve diğer bireyler üzerinden malî ve finansal kaynaklar yönetilir.³⁰ Bu durum adaletle ilgili çeşitli modellemelerin yapılmasına ve boyutların ortaya konmasına yol açmıştır.

Farklı perspektiflerden ve felsefi yaklaşımlardan adalet yönetimine bakıldığında, sistemin mükemmel olmadığı ve muhtemel hatalara açık olduğu rahatlıkla görülebilir. Sistem içindeki çeşitli bileşenlerin karmaşıklığı, bağımsız olarak çalışmalarına rağmen birbirlerine bağımlı olmaları ve idari işlemlerin gerçekleştirilmesinde yaşanan tıkanıklar, adalet yönetiminin etkinliğini doğrudan etkilemektedir. Bu nedenle adalet yönetimi sürecinde genel olarak kla-

²⁸ National Audit Office, Efficiency in the criminal justice system, Comptroller and Auditor General, (Ministry of Justice, Victoria London 2016) <<https://www.nao.org.uk/>> Erişim Tarihi 12 April 2023.

²⁹ ODIHR, (n 27) 14.

³⁰ Tomás Guimarães, Adalmir Gomes, Edson Filho, 'Administration of Justice: An Emerging Research Field' (2018) 53(3) RAUSP Management Journal 476 476.



sikleşmiş çeşitli modeller üzerinden hareket edilir. Uygulamada suç kontrol modelini benimseyenlerle hukukun üstünlüğü modelini benimseyenler arasında her zaman gerilim olmuştur. Suç kontrol modeli, topluluğu korumakla görevlidir. Bu, yasal sınırlar içinde suçu herhangi bir şekilde azaltarak başarılır. Ne yazık ki, bu modelde bazen masum kişilerin de mahkum edilmesi sonucu ortaya çıkabilir. Modelde temel amaç öncelikle güvenlidir ve diğer hukukun üstünlüğü unsurları daha sonra gelir. Hukukun üstünlüğü modeli ise tüm prosedürel unsurların yerinde olduğu ve tüm bireysel özgürlüklerin ihlal edilmediği görüşünü benimser. Bu durumda, bazen anayasal bir ihlal meydana geldiği için suçlu serbest dahi kalabilir. Her ne kadar her modelin nasıl kavramsallaştırıldığı ve uygulandığı konusunda çeşitli farklılıklar olsa da, her iki model de adaleti bir sonuç olarak görür.

Bunların yanında restore edici (yenileyici) adalet modelinde ise suç işleyen, mağdur ve toplumun bir araya gelerek, mağdura normal yaşamına geri dönmesi ve suç işleyen sorumluluğunu üstlenmesi için çeşitli uygulamalar söz konusudur. Modelde suç işleyen gençlerin topluma kazandırılması ve maddi tazminat ödenmesi süreçlerinde oldukça etkili çözüm önerileri sunulmaktadır. Ayrıca mağdura mağdur olma sürecinde yardımcı olunması için mekanizmalar üretilmektedir. ABD’de hakim olan ideolojik adalet yönetimi modelinde; sürecin ideolojik inançlar perspektifinden incelenmesi ve aynı zamanda hükümet politikaları tarafından desteklenmesi söz konusu iken toplumda adaletin nasıl yönetileceği konusunda çeşitliliğinin yakalanabileceği ideolojik tavır ve tutumlar benimsenmektedir. Son olarak adalet eşitsizliği modelinde ise mükemmel bir toplumun olmadığı ancak adaletin yönetiminin en iyi şekilde sağlanarak tüm vatandaşlarının eylemlerine veya anlaşmazlıklarına bakılmaksızın adil bir şekilde muamele görmeleri öngörülmektedir.³¹

Bu modeller üzerinden adalet yönetiminde etkinliğe ve verimliliğe yönelik yeni düzenlemeler yapılırken aşağıda belirtilen dört temel boyutta hareket edilmelidir:³²

- Yenilik: Adalet yönetiminin bu çalışmanın odağında yer alan teknolojik boyutuyla ilgilidir. Özellikle gelişmiş ülkelerde adalet yönetimi sürecinde en son teknolojinin kullanımı için yoğun çaba harcanmaktadır. Özellikle elektronik yargı sürecinin kullanımı, çevrimiçi sistemlerin oluşturulması, hakim ve çalışanların bilgisayar kullanımı, internet portallarının oluşturulması ve yapay zeka kullanımının yargı kararlarında ve çevrimiçi anlaşmazlık çözümünde kullanımı gibi yeniliklerin adalet örgütleri üzerindeki olumlu etkisi açıktır.

³¹ Jack Monell, ‘Administrative Justice’ in A. Farazmand (ed.), Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy and Governance (2016) 1 4.

³² Guimaraes, Gomes and Filho, (n 32) 479.

- Performans: Adalet yönetiminde performansı ölçüp artırmaya yönelik veri tabanları son yıllarda ciddi ilgi görmeye başlamıştır. Bu süreçte özellikle mahkemelerde yapılan uygulamaların sonuçlarına bakılarak karşılaştırmalar yapmakta ve buna göre en iyi uygulamaların diğer kurumlara da yaygınlaştırılmasına çalışılmaktadır. Ancak yargı kuruluşları gibi karmaşık yapıların işleyişini şekillendiren sosyal yapıları anlamadan, benzerlerinin işleyişini anlamanın mümkün olmayacağını da unutmamak gerekir.
- Yönetişim: Literatürde yargı yönetişimi; hesap verebilirlik, adalete erişim, bağımsızlık, kaynaklar ve yapı, yönetim uygulamaları, kurumsal çevre ve performans gibi alt kavram ve uygulamalardan oluşmaktadır. Burada özellikle adalet hizmetlerine erişimi artırmanın ve aynı zamanda bu hizmetlerin talebini karşılamanın nasıl mümkün olacağını belirlemek büyük önem taşımaktadır. Mahkemelerdeki tıkanıkların giderilmesi, yargılama hızının artırılması ve bu eğilimin yeni diğer iyileştirmelerin önünü açması sağlanmaya çalışılmaktadır.
- Meşruiyet, yargı kuruluşlarının hukuk düzeni tarafından, aynı zamanda toplumun ahlâki ve kültürel yapılarından etkilenerek, sosyal bağlamların normatif ve bilişsel yönlerine kapsamlı yanıt verebilmesinden kaynaklanmaktadır. Yargı kuruluşlarının geniş halk kesimleri tarafından kabul edilen inançlara, değerlere ve uygulamalara uygun ve doğru olup olmadığı önemlidir. Aksi halde otoriteye, itaat ve güven duygusuna bağlı meşruiyetleri de tartışılır.

D. Adaletin Yönetiminde Verimlilik Arayışları ve Teknoloji Etkisi

Adalet yönetiminin yönetim bilimi disiplini içinde kurumsallaşması yeni bir alan olup, teorik çerçevesi – hedefler, konular, kavramlar, paradigmlar ve teori – hala geliştirilmektedir. Bu süreçte yönetim uygulamalarına katkıda bulunabilecek adalet yönetimi araştırmaları, bilgi birikimini pekiştirmenin yanı sıra, adalet örgütlerinin yönetim uygulamalarının da iyileştirilmesine katkıda bulunabilecektir.³³ Bu sürece bazan psikologlar, sosyologlar ve karar bilimcilerin çalışmaları da faydalı olabilmektedir. Ancak tüm bunlara rağmen, adalet, her ne kadar iyi bir fikir olarak kabul edilse de³⁴ uygulamada ideala ulaşmak halâ çok zor olmaktadır.

Esasında iyi yönetilen bir adalet sistemi, insanların yaşam kalitesini artırır ve ülkenin sosyal ve ekonomik gelişimine katkı sağlar. Toplumsal ve ticari ilişkilere hükmeden yasalara ve normlara saygı sayesinde ahlaki değerlerden sosyal ilişkilerin gelişimine kadar geniş bir yelpazede etkili olur.³⁵ Böyle bir ortamda sürekli karşı karşıya kalınan sorunlar karşısında adalet yönetiminde

³³ ibid 481.

³⁴ Charles Abel and Arthur J. Sementelli, Justice and Public Administration (The University of Alabama Press USA 2007) 2.

³⁵ Monell, (n 33) 6.



etkinlik ve verimlilik arayışları oldukça dinamik kalmaktadır. Adalet yönetiminde verimlilik arayışlarında bürokrasiyle mücadele genel olarak iki alanda hareket edilmektedir. Sürekli artan dava sayıları ve bunun ilgili tarafların iş yükünü artırması ve hakim ve savcı sayılarının artmasıyla bu alanda ayrı bir bürokratik yapı oluşması bu kapsamda öncelikle dikkate alınmaktadır. İş yükünün azaltılması sorunu bürokratik yapılanmanın katı, hiyerarşik yapısı yerine standart mahkeme sistemine alternatifler oluşturularak rekabetin ve seçimin iyileştirilmesi yoluyla adalet yönetiminin verimliliğini artırılabilir. Ayrıca bu süreci alternatif uyumsuzluk yöntemleri de destekler.³⁶

Son yıllarda adaletin yürütülmesindeki stres ve başarısızlık noktaları da olumsuzlukları beslemekte ve adalet sisteminin çeşitli bileşenlerinin uzmanlık ve hizmet sunma kapasitesinde artan talepleri karşılamaları gittikçe güçleşmektedir.³⁷ Mağdur-Suçlu Arabuluculuğu, Aile Grubu Konferansları ve Cezalandırma Çemberleri gibi bazı restore edici adalet programları ile bu tür olumsuzluklar engellenmeye çalışılsa da³⁸ bu alanda halâ ciddi reformlara ihtiyaç duyulmaktadır. Her yıl devreden dosya sayılarının sistemin verimsizliği üzerine etkisi sürekli artmaktadır. Hakim ve savcı sayısını, yüksek mahkemelerin üye ve daire sayısını arttırmak, istinaf mahkemeleri kurmak ve alternatif uyumsuzluk yollarını geliştirmek adalet yönetiminde mevcut işlevsel sorunların çözümü için yeterli olamamıştır. Bu hususta Avrupa Adaletin Etkinliği Komisyonunun (CEPEJ) belirlediği performans göstergelerine göre hareket edilmesi daha uygun olacaktır. Mahkemelerin gelen dava yüküyle ne kadar etkin biçimde başa çıktığını ölçen temizlenme oranı ve ikinci gösterge olarak bir davayı sonuçlandırmak için tahmini olarak kaç gün gerektiğini ölçen dosya işlem süresi³⁹ verimlilik artışı için kilit rol oynayabilecektir. Adalet yönetiminde süreçlerin etkinleştirilmesi ve öngörülen verimlilik düzeyine ulaşılabilmesi için aşağıdaki adımlara dikkat etmek gerekmektedir:⁴⁰

- Sistematik Bilgi Üretimi, Toplanması ve Dağıtımı: Öncelikle ilgili kurumlar tarafından üretilen resmi istatistikleri ve bilgileri sistemli bir şekilde toplamak ve analiz etmek için yeni yapılanmaya gidilmelidir. Uygulayıcıların

³⁶ Gören and Övgün, (n 9) 135.

³⁷ Jason Brickhill, Hugh Corder, Dennis Davis and Gilbert Marcus, 'The Administration of Justice' (Yearbook of South African Law 1 Juta, 2020) 1 <<http://dx.doi.org/10.47348/ysal/v1/i1a22>> Erişim Tarihi 07 April 2023.

³⁸ David B. Wilson, Ajima Olaghere and Catherine Kimbrell, Effectiveness of Restorative Justice Principles in Juvenile Justice: A MetaAnalysis (U.S. Department of Justice, George Mason University, USA 2017) 4.

³⁹ Gören and Övgün, (n 9) 135-136.

⁴⁰ Hasan Buker, Sebahattin Gultekin and Alper Akgul, 'Expected Functions of an Effective Child Justice System Administration? A Framework Developed Through A Qualitative Study in Turkey' (2019) 16(1) Journal of Human Sciences, 87 97-99.

bilgi ihtiyaçları analiz edilmelidir. Çeşitli yollarla üretilen veya toplanan bilgi etkili bir şekilde dağıtılmalı ve ilgililere sunulmalıdır.

- Planlama ve Politika Geliştirme: Etkili bir yönetim yapısı, planlama ve politika geliştirme fonksiyonlarını bütüncül bir şekilde bir araya getirmeli, sistematize etmeli ve bu fonksiyonlar, planların ve politikaların uygulamasının etkili bir şekilde izlenmesini içermelidir.
- Organizasyon: Adalet yönetimi kapsamında birimler arası koordinasyonu kolaylaştırmak, belirlenen odak noktalarından hareket etmek ve halkla ilişkileri etkin bir şekilde yürütmek amacıyla etkin bir organizasyon yapısı kurulmalıdır.
- İnsan Kaynaklarının Geliştirilmesi: Süreçte yer alan tüm birimlerin insan kaynaklarının geliştirilmesi için modern yönetim tekniklerinden yararlanılmalıdır. Tüm adalet sisteminde çalışan profesyoneller arasında etkili iletişim kanalları oluşturmak, sistemdeki insan kaynakları ihtiyaçlarını değerlendirmek, planlamak ve buna göre eğitim ve işe alma politikalarını belirlemek, süreçteki aktörler için mesleki standartları belirlemek ve bunları sürdürülebilir kılmak, deneyimli personeli sistemde tutmak için gerekli mekanizmaları oluşturmak, mevcut çalışanların beceri ve bilgilerini iyileştirmek için işbaşı eğitim programları planlamak ve gerçekleştirmek amaçlarıyla hareket edilmelidir.
- İzleme, Değerlendirme ve Geri Bildirim: Etkili bir idari yapıyı oluşturmak ve sürdürülebilirliğini sağlamak için sistemin günlük işleyişi sürekli olarak izlenmeli ve sistem hedeflerine genel olarak ulaşım derecesi takip edilmelidir.
- Uygulama yeteneği. Sistemdeki tüm aktörler bütünlük bir şekilde birlikte çalışabilme becerisine sahip olmalıdırlar. Ana örgütlenme yapıları ve yaklaşımları farklı olduğundan, yerel düzeyde etkili bir şekilde birlikte çalışmaları zorlaşmaktadır. Bazan süreci bölgesel sınırlar da olumsuz etkilemekte, aktörlerin verimsizlikleri nasıl ele alacakları belirsizleştirmektedir.

Adalet yönetimi tüm topluma hizmet sunan ve hizmet kalitesi beklentilerinin en yüksek olduğu alandır. Bu alanda yapılacak reform ve uygulamaların, hizmet kalitesini artırmaya yönelik girişimlerin olumlu etkileri genel olarak tüm devlet yönetim mekanizmasında hissedilecektir. Yukarıda da belirtildiği gibi gerçekte bürokrasi yönetiminde objektifliği sağlama aracı iken uygulamada bunun tam aksi sonuçlar doğurmaktadır. Adalet yönetiminde, teşkilatlanma ve faaliyetlerde katı bir bürokrasi ve kırtasiyeciliğin hâkim olduğu görülmektedir. Bu da tam anlamıyla bir kısır döngüyü beraberinde getirmektedir. Bu durumda da etkin ve verimli adli yönetim uygulamalarını görmek çok zorlaşmaktadır.⁴¹

⁴¹ Özcan Sezer and Cengiz Sarı, 'Yeni Kamu Yönetimi Anlayışının Türk Yargı Sistemine Etkileri' (2017) 9(20) Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 196 212.

Son yıllarda bu kısır döngü teknolojik gelişmelerle ve dijitalleşmeyle aşılmaya çalışılmaktadır.

Adalet yönetimi alanında en üst karar vericiler ve kamu politikalarının uygulayıcıları; sistemdeki etkinsizlikleri azaltmak ve daha iyi bir hizmet sunmak için yeni bilgi teknolojileri getirmeye ve farklı kuruluşlar arasında dijital çalışma kültürünü yerleştirmeye özel çaba harcamalıdır. Bu süreçte; bilgi teknolojilerinin hayata geçirilme aşamasında yaşanan kesinti ve tikanıklara, kullanıcıların ihtiyaçlarını anlamada sorunlara, yeni sistem kullanıcılarının sisteme dahil edilme girişimlerine ve söz konusu teknoloji yatırımlarının fayda maliyet analizlerine dikkat etmek gerekmektedir. Tüm dikkatin teknolojiye odaklanması ve kullanıcılara yeterince önem verilmemesi de bu süreçte görülebilecek diğer bir olumsuzluktur.⁴² Hiçbir şekilde yeni teknolojinin kurumlar ve aktörler arasında mesafeyi ve fiziksel engelleri kaldırdığı, zaman sınırlarını aştığı, tüm işlemleri kaydettiği, sakladığı, bunları kolaylıkla analiz ettiği ve ilettiği unutulmamalıdır.⁴³ Ayrıca modern bilgi teknoloji araçları uygun şekilde kullanıldığında yargısal süreçlerin kısılacığı çok açıktır. Birçok gelişmiş ülkede bu durumun çok sayıda örneğine rastlanmaktadır.⁴⁴ Elbetteki tüm bu adımların atılması belirli bir ekonomik ölçekli yatırımla olacaktır. Adalet yönetimini teknoloji aracılığıyla modernleştirmek isteyen ülkelerin kısıtlayıcı ekonomik koşullar karşısında gerekli tedbirleri almaları elzemdir.

II. ROBOTİK BÜROKRASİ VE YÖNETİMDE OTOMASYON SÜREÇLERİ

21. yüzyılda teknolojik gelişmelerin zirveye çıkmasıyla dijital teknolojilerin benimsenmesini, kullanımını ve uygulamaların değiştirilmesini öngören dijitalleşme, toplumsal hayatın en önemli süreci haline gelmiştir. Son dönemde bu kapsamda dijital otomasyon; insan müdahalesi olmadan çalışma görevlerinin gerçekleştirilmesi için dijital teknolojilerin kullanımını içeren bir dijitalleşme şekli olarak dikkat çekmeye başlamıştır.⁴⁵ Çalışmanın bu aşamasında dijital otomasyonun önemli bir bileşeni olan robotik süreç otomasyonu üzerinden robotik bürokrasi konusu incelenecektir.

A. Yönetimde Robotlar ve Bürokrasiye Etkileri

Dünya genelinde yaşanan teknolojik devrim klasik yönetim yapılarını doğrudan etkilemiştir. Bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişmelerin de etkisiyle

⁴² ibid 39-40.

⁴³ Valeria Coleman, 'Technology in Criminal Justice Administration', in Morales DuPont, Michael K. Hooper and Judy H. Schmidt (eds), Handbook of Criminal Justice Administration (Marcel Dekker, USA 2001) 473 486.

⁴⁴ Rass-Masson and Rouas, (n 4) 137-138.

⁴⁵ Jörgen, Thomsen and Åkesson, (n 13) 1-2.

bürokrasiler zayıflamış, yerlerini proje tipi, ağsal ya da matris yapılanmalara bırakmaya başlamışlardır. Bilgisayar teknolojilerindeki gelişmeler beraberinde gelişmiş robotları getirmiş, zamanla insanlar tarafından yapılan bazı işler bu akıllı makinelerce görülmeye başlanmıştır. Bu süreçte klasik bürokratik yapılar birçok ülkede gevşemeye başlamıştır. Örgüt kültürlerinin değişmeye başlamasıyla haklar ve sorumluluklar da değişmiştir. Tüm bu süreçler en güçlü görünen bürokrasileri bile zayıflatmış, onların çaresiz ve tıkanmış hissetmelerine neden olmuştur.⁴⁶ Robotik bürokrasinin devreye girmesiyle söz konusu süreç iyiden iyiye hızlanmıştır.

Bilindiği gibi robotlar genellikle dünyadan bilgi alıp bu bilgiyi işleyerek dünyada hareket edebilen sistemler olarak anlaşılırlar. Bu teknolojik ve ekonomik açıdan büyük bir fırsat sunan robotların, toplumu sayısız ve öngörülemez yollarla değiştireceği öngörülür. İnsanlar, cansız bir nesneyle bağ kurmayacakları şekillerde robotlara bağlanabilir, aileleri ve organizasyonları yeniden şekillendirebilirler. Robotlar çalışma hayatını da değiştirir. Bu büyük değişiklikler, bir dizi eşit derecede öngörülemez zorluk ve potansiyel kriz getirecektir. Bu nedenle insan olmayan ama dünyada hareket edebilen robotlar için yeni hukuki çerçevelere ihtiyaç duyulmaktadır. Belirli krizlerin ötesinde robotlar; toplum, hukuk, sosyal düzenlemeler, eğitim, iş ve çalışma gibi geniş alanlarda büyük değişikliklere yol açmaktadırlar. Geleceği öngörmek ve bu değişikliklere önceden hazırlıklı olacak politikalar geliştirmek son derece zordur. Örneğin, robotlar tarafından işinden edileceklerin topluma uyumları için oldukça zor olan yeni bir refah devleti ve yetişkin eğitimi politikası belirlemek ve uygulamak gerekecektir.⁴⁷

Robotlar, etik kuralları uygulamaya elverişli olsa da olmasa da ortada bir gerçek vardır ki, o da makinelerin artık ne yaptıklarının bilgisine sahip olabilecek kadar zeki olduklarıdır. Bu sefer insanoğlunun ürettiği bir makine, öncekilerden farklı olarak kendi kendine öğrenebilme yetisine sahiptir. Bu nedenle, artık onlara da sınırlarını öğretme zamanının geldiği söylenebilir.⁴⁸ Bu durum doğal olarak robotları düzenlemenin zorluğunu daha da artırmaktadır. İlgili süreçleri değerlendirme ve test için yeni araçlara ihtiyaç duyulmaktadır. Sistem güvenliğini doğrulamak için mevcut standartlar olsa da, robotlara uygun yeni standartların oluşturulması gerekmektedir. Robotlar öngörülemez şekilde hareket edebilen otonom sistemler olduğundan dünyayı etkiler ve zarara neden olursa bundan kimin sorumlu olacağı, hangi politikaların muhtemel ve

⁴⁶ Charles Landry and Margie Caust, The creative bureaucracy & its radical common sense. (Gloucestershire: Comedia Gloucestershire NL 2017) 24 <<https://culturalplacemaking.com/wp-content/uploads/2022/078>> Erişim Tarihi 07 April 2023.

⁴⁷ Mannes, (n 10) 23-25.

⁴⁸ Gizem Yılmaz, 'Yapay Zekânın Yargı Sistemlerinde Kullanılmasına İlişkin Avrupa Etik Şartı', (2020) 28(1) Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi 27 31.



potansiyel zararları azaltabileceği veya hafifletebileceği, genel halk ve paydaşlara bu risklerin nasıl iletilebileceği⁴⁹ gibi hususlar açıklığa kavuşturulmalıdır.

Robotların yukarıda belirtilen etkileri doğal olarak 21. yüzyılın bürokrasi-sini doğrudan etkilemektedir. Robotik bürokrasi terimi de buradan hareketle organizasyonlar tarafından oluşturulan ve sıklıkla bir gönderici olarak insan adı taşımayan bilgisayar tabanlı otomatikleştirilmiş sistemlere atıfta bulunmak için kuramlaştırılmıştır. Bu sistemlerin amacı; işleri akıcı hale getirmek, çalışanların veya müşterilerin üzerindeki yönetsel yükü azaltmak, çalışanların sayısını azaltmak ve bazen de iş yükünü müşterilere aktararak para tasarrufu sağlamaktır. Bazı robotik bürokrasi türleri oldukça tanındıktır ve birkaç yıldır da kullanılmaktadır. Örnekler arasında çevrimiçi tıbbi kayıtlar için bilgi sağlama sistemleri, havayolu uçuşları için check-in ve dergilere makale gönderimi için otomatik sistemler gösterilebilir.⁵⁰

Esasında robotik bürokrasiler, sistemli işlemleri yürüten programların ve rutinlerin demetleridir. Geniş hedefler verildiğinde, bürokrasiler otonom olarak hareket edebilir ve programlar ve yanıtlar geliştirebilirler. Dünyayla, toplumsal yaşamla ilgili bilgi toplarlar. Bu bilgiyi işlerler. Sonra bu bilgiler üzerinden şaşırtıcı ve beklenmedik şekillerde hareket edebilirler. Bugünkü otomasyon ve veri odaklı programları; toplumsal hayatın otomasyonu, optimizasyonu ve kontrolü için kullanırlar.⁵¹ Burada etkilerinin sadece sistem tasarımına bağlı olmadığı, aynı zamanda göndericinin ve alıcının özelliklerine de bağlı olduğunu belirtmek gerekir. Robotik bürokrasiler genellikle ne göndericinin (örneğin uyum yöneticisi) ne de alıcının (örneğin araştırmacı) özelliklerine çok fazla önem verir. En iyi durumda, iş rutinlerinden kurtulma ve masadan kalkma fırsatı olarak⁵² sistemik bir bakış açısı geliştirirler.

Bir bürokraside çalışanlar, sıklıkla, kuruluşlarının ne yaptığına ilişkin bir misyon ve değer duygusunu paylaşırlar. Birçok bürokrasi, mesleklerinin standartlarına bağlı kalan profesyonellerden oluşur. Örneğin bir robot elektrik süpürgesi, farklı yüzeylerde yeni bir yeri nasıl temizleyeceğini öğrenebilir. Ancak çimleri biçmek için bu cihaz yeterli olmaz. Tamamen farklı bir cihazla kullanmak gerekecektir. Ayrıca, bu rutinler ve programlar, bunları gerçekleştiren insanları da değiştirecek örgüt kültürüne ihtiyaç duyar.⁵³ Bu iradeyi gösterebilenler robotik bürokrasi aşamasına geçebilmektedirler.

Robotik bürokrasiler de klasik bürokrasiler gibi her zaman kriz üretebilecek potansiyele sahiptirler. Küçük olayların büyük krizlere dönüşmesi durumunda,

⁴⁹ Mannes, (n 10) 16-17.

⁵⁰ Barry Bozeman and Jan Youtie, *Robotic Bureaucracy* (PAR Published 2020) 158

⁵¹ Mannes, (n 10) 4-5.

⁵² Bozeman and Youtie, (n 59) 161.

⁵³ Mannes, (n 10) 8.

halkın güvensizliği artarken, yüksek maliyetli resmi aşırı tepkiler robotik gelişimi zora sokabilmektedir. Bu süreçte devreye girecek problem çözme ağları, bir krizle karşı karşıya kalındığında ani tepki verip, öğrenme eğrisini düzeltmeye çalışırlar. Bu süreçte senaryo geliştiren, hesaplamalı modelleme kuran ve oyun teorisi gereklerine göre hareket edebilen, simülasyonlar yapan bir ağ değerlendirme ekibi görev yapmalıdır.⁵⁴

Robotik bürokrasilerde potansiyel kriz üretebilecek birçok unsur bulunmaktadır. Robotlar fiziksel dünyada öngörülemeyen şekillerde hareket edebildikleri için genel zararlara veya hayal kırıklığına yol açabilirler veya panik yaratabilirler. Tehlikeli arızalara neden olabilecek hatalar ve kusurlar içeren yazılım ve donanıma sahiptirler. Öngörülmeleyen şekilde hareket ederek çevresindekilere zarar verebilirler. İşlev bozukluğu nedeniyle beklendiği gibi hareket edemezler. Bu yüzden genel öfke uyandırabilirler. Suçlular veya diğer kötü niyetli kişiler tarafından yasa dışı ve/veya zararlı şekillerde kullanılabilirler. Bu durumlarda mümkün kriz senaryolarını hayal etmek zor değildir. Sadece birkaç örnek vermek gerekirse; sürücüsüz arabalar gayet normal bir ortamda ölümcül bir hata algılayıp yolcuları indirebilir ve insanları uygun olmayan zamanlarda mahsur bırakabilir. Programlamalarına bağlı olarak sürücüsüz arabalar, insanların durmayacağı zamanlarda ve yerlerde durarak yanlışlıkla kazalara neden olabilirler. Ayrıca sürücüsüz arabalar, suçluların bir aracı haline gelebilirler.⁵⁵

Robotlarla ilgili olarak karşı karşıya kalınan krizlerde olaylar farklı ölçeklerde ve birden çok boyutta ortaya çıkabilir. Miktar (krizden etkilenen kişi sayısı), yaygınlık (robotların kullanılma yaygınlığı), gariplik (robotların işlevlerindeki tuhaf bozukluklar), şiddet (insanların yaralanması ya da öldürülmesi oranı) gibi ölçütler, krizin derecesini belirler. Robotların öngörülemeyen davranışları nedeniyle bir ticari uçağın düşmesi, insan sayısı, şiddet ve yaygınlık açısından yüksek bir etki yaratacaktır. Bir cerrahi otonom sistem, bir ameliyatı yanlış yaparak bir kişinin ölümüne neden olsa bile insan sayısı açısından yüksek olmaz, ancak şiddet ve gariplik açısından ciddi bulunur. Ulusal bir akıllı elektrik şebekesi, arızalandığında ve ülkenin önemli bölümlerindeki insanlara elektrik veremez duruma geldiğinde, yaygınlık ve etkilenen insan sayısı açısından durum çok ciddi kabul edilir. Tüm bu faktörlerin yanında asıl önemli olan zaman faktörüdür. Bir kriz ne kadar uzun sürerse, insanlar kurumlarına olan güvenlerini o derece kadar kaybederler.⁵⁶

Robotik bürokrasiler günümüz koşullarında oldukça pahalı hale gelen insan kaynaklarını daha iyi kullanarak klasik bürokrasilere göre avantaj sağlar.

⁵⁴ ibid 22.

⁵⁵ ibid 22.

⁵⁶ ibid 18-21.



Ucuz, hızlı geliştirilen robotlar, sıkıcı, tekrarlayan, kurallara dayalı işlemleri yönetirler. Yüksek maaşlı yazılım mühendisleri daha stratejik projelere odaklanma imkanı bulurlar. Robotlar sadece ucuz değil, daha hızlı, daha verimli ve daha az hata ile çalışırlar. Kahve molasına, tatillere veya sağlık sigortasına ihtiyaçları yoktur ve gece gündüz çalışabilirler. Robotlar sayesinde işlem izleme sürecinin ayrıntılı olarak takip edilmesi sağlanır. Böylelikle denetim ve raporlama işleri de kolaylaşır ve maliyetleri düşer. Ucuz robotların kullanımı, yabancı tam zamanlı eşdeğerlerine olan bağımlılığı azaltabilir ve elde edilen tasarruflar diğer stratejik önceliklerde kullanılabilir.⁵⁷ Tüm bu faydalarından dolayı hızla yaygınlık kazanmaya başlayan robotik bürokrasiler aşağıda ayrıntısı verilen robotik otomasyon süreçlerinin de etkisiyle, şimdiden mevcut ve gelecek yüzyılın hakim yönetim paradigmasının en önemli aracı olma yolunda hızla ilerlemektedir.

B. Robotik Otomasyon Süreçleri

Literatürde bir robot iki veya daha fazla eksenle programlanabilen ve bir dereceye kadar otonomiye sahip, çevresinde hareket ederek amaçlanan görevleri yerine getiren hareketli bir mekanizma olarak tanımlanmaktadır. Burada temel özelliği otonom yapısı ve çevreyi algılayıp manipüle edebilme yeteneğidir. Otonom yapı robotun çevreyi algılayabilme, o çevreye göre planlama yapabilme ve harici kontrol olmadan bir hedefe ulaşmak için o çevreye müdahale edebilme yeteneğinden kaynaklanır. Bir robotun otonomi seviyesi, insan çalışanların yerini alarak amaçlanan görevi bağımsız olarak mı (örneğin, bir oda servisi siparişi teslim etmek veya bir yüzme havuzunu temizlemek) yoksa insan çalışanın aynı görevi yerine getirmesine destek olarak mı yapacağını belirler.⁵⁸

Uygulamada robotların kullanımının kuruluşlara önemli maddi maliyetler doğurduğu, örneğin robotların edinimi, kurulumu, bakımı, elektrik tüketimi, yazılım güncellemesi, robotun hareketliliğini kolaylaştırmak için mekanın uygun hale getirilmesi, robotları çalıştırmak ve bakımını yapmak için uzman personel işe alımı, personelin eğitimi ve robotların neden olduğu hasarlar için sigorta maliyetleri gibi maliyetlerin bulunduğunu belirtilmektedir. Bu maliyetler belirli bir şirket ve projeye özgüdür ve büyük ölçüde değişebilir. Yüksek başlangıç yatırım maliyetleri, bir robotun kiralanması ile ortadan kaldırılabilir. Robot kiralama, robotla ilişkili maliyetleri aylık ödemelere dönüştürerek,

⁵⁷ James Slaby, *Robotic Automation Emerges as a Threat to Traditional Low-Cost Outsourcing* (Hfs Research Ltd, 2012), 10-12 <<https://www.hfsresearch.com/>> Erişim Tarihi 07 April 2023.

⁵⁸ Stanislav Ivanov and Craig Webster, 'Robots in Tourism: A Research Agenda for Tourism Economics' (2020) 26(7) *Tourism Economics*, 1065 1068.

şirketin işçilik maliyetleriyle doğrudan karşılaştırmasını kolaylaştırır.⁵⁹ Robotların bu maliyetleri karşısında aynı zamanda benimsenmelerinin kuruluşlara önemli finansal faydalar sağlayacağı açıktır. Robotlar belirli görevleri insan çalışanlar yerine getirdiklerinde işçilik maliyetini düşürürler. Çünkü robotlar 24/7 çalışabilir ve tekrarlayan ve 3D (tehlikeli, sıkıcı ve kirli) görevleri şikayet etmeden yapabilirler. Ayrıca, kuruluşun hizmet kapasitesini artırarak satışlara katkıda bulunabilirler. Hizmet sürecini eğlenceli ve eğlendirici hale getirerek müşterilerin robot tarafından sunulan hizmetleri kullanmalarını teşvik ederler.⁶⁰ Robotların söz konusu maliyetleri ya da kuruluşa finans getirileri, benimsenen robotik otomasyon süreçlerinin ne kadar etkin, rasyonel ve verimli kullanımıyla doğrudan etkilidir.

Son yıllarda robotik otomasyon süreçleriyle ilgili çok sayıda araştırma yapılmaktadır. Çalışmaların odağında robotların kısa sürede insanların yerini alacağı ve bu durumun geniş kitlelerin işsiz kalmalarına yol açacağı yer almaktadır. Otomasyon süreçlerinde görevlerin otomatikleştirilmesi, görelî robot ve insan üretkenliği ve hizmet kapasitesi ile kullanım düzeyi olmak üzere üç faktöre bağlı olarak değişmektedir. Bugün yaygın bir şekilde kuruluşlarda robotlar işlerin tamamının otomasyonu yerine görevlerin otomasyonu için kullanılmaktadırlar. Görevlerin otomasyonu, insan çalışanların gerçekleştirmesi gereken görevler küçülmektedir; bu nedenle, belirli bir iş düşük ücretli, daha az eğitilmiş, eğitim ve becerileri daha düşük olan bir insan çalışan tarafından yerine getirilebilmektedir.⁶¹

İkinci olarak, robotların insan işçilerine göre görelî verimliliği üzerine kurulu olan denge, yerine göre insanların yerini alması ya da insanların işini kolaylaştırması şeklinde değişkenlik göstermektedir. Robotlar insan işçilerinden daha verimli olduğunda kuruluşlar insan işçileri yerine robotları kullanmak için ekonomik teşviklere sahip olacaklardır. Üçüncü olarak ise robotlar, daha fazla insan işçisi işe almaya gerek olmadan hizmet kapasitesini genişletebildiğinde veya robotların ek gelirleri, insan çalışanların ek maliyetlerinden daha fazla olduğunda, robotların hizmet verme maliyetleri düşecektir.⁶²

Robotlar, bir yüzyıl önce bilimkurgu dünyasında soyut bir kavram iken, günümüzde robotik otomasyon süreçlerinin katkısıyla, etkili ve önemli bir şekilde ekonomide yer alan gerçek bir aktör haline gelmişlerdir. Ancak, beklendiği gibi, robotların etkisinin ölçülmesi ve iş modellerinin, hükümetlerin ve toplumun robonomik bir ekonomiye uyum sağlamak için nasıl değişmesi gerektiğinin kavramsallaştırılması, robotik yeteneklerdeki teknik sıçramaların gerisinde

⁵⁹ Ivanov and Webster, (n 67) 1065 1071.

⁶⁰ ibid 1072.

⁶¹ ibid 1077.

⁶² ibid 1083.



kalmıştır. Robotlar, tüketicilere, endüstriye, hükümete ve tüketicilere ürün ve hizmet sağlama konusundaki yeteneklerinde ilerlerken, endüstri, hükümet ve tüketiciler, bunları ekonomiye nasıl entegre edeceklerini tam olarak çözememişlerdir.⁶³ Bu nedenle robotik otomasyon süreçlerinin uygulanması sürekli takip edilmeli ve aktif bir şekilde değerlendirilmelidir. Bunun için gerekli iyi temellendirilmiş analize dayanan yönergeler de çıkarılmalıdır.⁶⁴

Uygulamada robotik otomasyon süreçlerinin yaygınlaşması, temel değer konularının tasarımını sorgulamak, yansıtmak ve açıklığa kavuşturmak için vurgulanmış bir ihtiyacı da beraberinde getirmiştir. Değer yaratan otomasyonda, öncelikle yasal kesinlik, kişisel bütünlük, şeffaflık ve otomatik kararlara etki etme fırsatları gibi birçok etik gereklilikle ilgili yönergeler güvence altına alınmalıdır. Aksi halde literatürde betimlenen “kara kutu sorunu” ortaya çıkacaktır. Kara kutu sorunu, sistemlerin teknik olarak karmaşık olmasından kaynaklanır. Yazılım geliştirme genellikle özel şirketler tarafından sahiplenilir ve kendi iş gizlilikleri nedenleriyle algoritmaların tasarımını yayınlamak istemezler. Bu nedenle, robotik otomasyon süreçlerinin içeriği ile ilgili şeffaflık konularını nasıl yönetileceği planlanmalıdır.⁶⁵

Esasında robotik otomasyon süreçleri birçok sektörde görevlerin ele alınma şeklini dönüştüren, fakat yıkıcı olmayan bir teknolojidir. Yazılım robotlarının, kullanıcılarının normalde gerçekleştireceği eylemleri taklit etmesine izin verir. Ancak bunu daha hızlı ve potansiyel insan hatası olmadan gerçekleştirebilir. Bu nedenle personeli sıkıcı ve tekrarlayan görevleri yerine getirmek yerine gerçekten önemli olan hususlara odaklanmaları için motive eder.⁶⁶

Bu kapsamda robotik otomasyon süreçlerinin özellikleri şu şekilde özetlenebilir:⁶⁷

- Düşük bilişsel gereksinimler: Çok sayıda tekrarlayan görev içeren süreçler, robotik otomasyon süreçleri için ideal adaylardır. Ancak **çok sayıda** farklı, karmaşık görev içeren karmaşık süreçlerin robotik otomasyon kapsamında ele alınması oldukça zordur.
- Birden fazla sisteme erişimin gerekli olmadığı durumlar: Robotik otomasyon süreçleri mevcut uygulamaların üzerine uygulanır ancak genellikle tek bir uygulama veya bilgi sistemi içindeki görevleri veya işlemleri otomatikleştirirler.

⁶³ ibid 1085.

⁶⁴ Jörgen, Thomsen and Åkesson, (n 13) 2.

⁶⁵ ibid 13-14.

⁶⁶ Serap Seçkiner, Metehan Atay and Yunus Eroğlu, ‘Robotik Süreç Otomasyonlarının Pandemi Dönemi Havacılık Sektörü Uygulamaları ve Geleceği’ (2021) 5 (2) Journal of Aviation. 290 296.

⁶⁷ Seçkiner, Atay and Eroğlu (n 75) 293.

- Yüksek hacimli süreçler: Önceden oluşturulmuş ve sıklıkla kullanılan süreçler ve görevler, robotik otomasyon süreçleri için en uygun adaylardır.
- Yüksek insan hatası olasılığı olan işler: Tipik olarak operatörler tarafından gerçekleştirilen ve insan hatası olasılığının yüksek olduğu süreçler ve görevler robotik otomasyon süreçlerinin seçilmesinde ilk seçenek olmalıdır.
- Düşük toleranslı işlemler: Bazı istisnai durumlar hariç çok fazla tolerans olasılığı olmayan robotik otomasyon süreçleri, ileri düzeyde otomatikleştirilecek potansiyel adaylardır.

III. TEKNOLOJİK ADALET YÖNETİMİ VE YAPAY ZEKÂ YÖNETİŞİMİ

21. yüzyılın simge kavramları teknolojik devrim ve dijitalleşme, bilgi ve iletişim teknolojilerini bireylerin emrine sunma işlevi üslenmeleri nedeniyle günümüzde oldukça önemli hale gelmişlerdir. Bu nedenle günümüzde adeta dijitalleşme sonucunda yapıların dönüşümü yaşanmaktadır. Dördüncü sanayi devrimi olan Endüstri 4.0'ın ortaya çıkması ile birlikte örgütlerdeki dijitalleşme artık devasa boyutlara taşınmıştır.⁶⁸ Bilgi iletişim teknolojilerine kapsamlı yatırımlar yapılmasına rağmen dijitalleştirilmiş kamu kuruluşlarında teknolojik devrim süreci hala sorunludur.⁶⁹

Çalışmanın bu kısmında söz konusu kapsamda teknolojik devrimle ilgili genel bilgiler verilip, makine bürokrasiler irdelenecek ardından yapay zeka yönetişimi ile ilgili ayrıntılı bilgiler verilecektir.

A. Teknolojik Gelişmeler ve Dijitalleşme

Dünya genelinde son yılların en önemli küresel gelişmesi olarak kabul edilen COVID-19 krizi, küresel sağlığın, ekonomik büyümenin, sosyal refahın ve siyasi istikrarın korunması için benzeri görülmemiş zorluklar gündeme getirmiştir. Bu bağlamda özellikle gelişmiş ülkeler, dijital uçurumları kapatmak ve dijital dönüşümle ilerlemek, hızlı toparlanma ve ilerici yapısal değişim için yoğun çaba harcamışlardır. Bazıları nesnelerin interneti gibi belirli teknolojilere odaklanırken, yerel rekabet avantajlarıyla ilişkili teknolojik dikey sektörel yaklaşımı benimseyenler olmuştur. Ama bu farklı yaklaşımlara rağmen hemen hemen hepsi sensörler, robotik teknolojilerin benimsenmesi,⁷⁰ yapay zeka yönetişimi gibi yeni teknolojik alanlarda öne çıkmak için yoğun bir rekabet içindedirler.

⁶⁸ Demet Dönmez, 'Kamu Yönetiminde Dijital Dönüşüm' in M. Akif Özer (ed), Kamu Yönetiminde Yeni Yönelimler (Ekin Yayınları 2023), 219 221-222.

⁶⁹ Robin Bauwens and Kenn Meyfroot, 'Debate: Towards a More Comprehensive Understanding of Ritualized Bureaucracy in Digitalized Public Organizations' (2021) 41(4), Public Money & Management, 281 281.

⁷⁰ ECLAC (Economic Commission for Latin America and the Caribbean), Digital Technologies for a New Future (LC/TS. United Nations Publication 2021/43) 66.



Teknolojik devrimle birlikte gündeme gelen dijital otomasyon ve yapay zeka, artan verimlilik ve tarafsız kararlar, yeni demokratik katılım biçimleri, süreçlere kullanıcıların dahil edilmesi ve çalışanlar için iyileştirilmiş çalışma koşulları gibi alanlar kamu değeri yaratımı konularında büyük bir potansiyele sahiptir. Ancak bu süreçte, kamu yönetiminde dijitalleşme, bütünlük, şeffaflık, hukukun üstünlüğü ve hukuki belirlilik, sivil haklar, demokratik meşruiyet, karar alma kalitesi ve meşruiyeti, ahlaki ikilemler ve meslek temelli belirsizlikler gibi riskler de bulunmaktadır. Dijital teknolojilerin geliştirilmesinin verimlilik, adalet, güven ve meşruiyet gibi kamu değerlerini güçlendirmek için potansiyele olduğuna dair artan beklentiler⁷¹ olduğu da unutulmamalıdır.

Günümüzde dijitalleşmeyle birlikte tartışılmaya başlanan dijital yönetim “bilgisayarın uygun şekilde geliştirilmesi, kullanılması ve yönetilmesi için politikalar, prosedürler ve standartlar oluşturma ve uygulama uygulaması” olarak tanımlanmaktadır.⁷² Bu süreçte dijital teknolojiler katlanarak büyümekte ve kullanımları da küreselleşmektedir. Akıllı telefonların yaygınlaşması ve bunun sonucunda bilgiye, sosyal ağlara ve görsel-işitsel eğlenceye erişim sayesinde, her yerde ve sürekli bağlantı toplumun geneline yayılmıştır. Dijital alandaki teknik ilerlemenin hızlanması; bulut depolama, büyük veri analizi, blok zincirler ve yapay zeka uygulamalarını adeta zorunlu hale getirmiştir.⁷³ Bu süreçte internetin kitlesel olarak benimsenmesi ve geniş bant ağların yayılmasıyla birlikte teknolojiyle bağlantılı bir ekonominin gelişimi gözlenmiştir. Bunu dijital platformların mal ve hizmet tedariki için iş modelleri olarak artan kullanımı yoluyla dijital bir ekonominin gelişimi izlemiştir. Gelişmiş dijital teknolojilerin (beşinci nesil 5G, mobil ağlar, nesnelerin interneti, bulut depolama, yapay zeka, büyük veri analizi, robotik otomasyon süreçleri gibi) benimsenmesi ve toplumsal yaşama entegrasyonu, hiper bağlantılı bir dünyada dijital toplumu ve ekonomiyi gündeme getirmiştir. Dijital ekonomiye geçiş, tüketicilerin ihtiyaçlarının, genellikle son derece özelleştirilmiş gelişmiş hizmetlerle ilişkilendirilen akıllı ürünlerle karşılanabileceği anlamına gelir. Bütün bunlar, beraberinde vatandaş/tüketici refahında ciddi bir artışı getirecektir.⁷⁴

Teknolojik gelişmeler kapsamında; beşinci nesil mobil ağlar (5G), bulut tabanlı çözümler, üst düzey teknik özellikler (20 Gb/sn’ye kadar daha yüksek iletim hızları), ultra güvenilir düşük gecikme süresi (bir milisaniyeden az), artırılmış ağ güvenliği, makine tipi iletişim ve geliştirilmiş cihaz/enerji verimliliği, kablosuz geniş bant hizmetlerinin mobil internetin ötesinde karmaşık nesnelerin interneti sistemlerine genişletilmesi, gelişmiş geniş bant deneyimleri,

⁷¹ Jörgen, Thomsen and Åkesson, (n 13) 1-2.

⁷² Uzun, (n 47) 125-126.

⁷³ ECLAC, (n 79) 7.

⁷⁴ ibid 11.

büyük ölçekli nesnelerin interneti ve görev açısından kritik hizmetler, uç bilgi işleminin 5G ağları ve yapay zeka ile birleştirilmesi, Endüstri 4.0 modellerinin benimsenmesi önemli yenilikler olarak belirtilebilir. Bu süreçte 5G ağları, akıllı fabrikalar kurmayı ve değer zincirinin farklı aşamalarında otomasyon ve robotik, yapay zeka, artırılmış gerçeklik ve nesnelerin interneti gibi teknolojilerden yararlanmayı mümkün kılacaktır. Tüm değer zinciri boyunca karar vermek için bilgiye gerçek zamanlı erişim kolaylaşacak, kaynakların verimli kullanımı ve talebin daha iyi karşılanması geçmişe göre çok daha hızlı ve kaliteli olacak ve böylece rekabet avantajı da sağlanacaktır. Ayrıca yapay zekanın karar verme sürecine dahil edilmesiyle, doğal kaynak kullanımı, üretim, lojistik ve nakliye ve tüketim gibi alanlarda çevresel ayak izini azaltmak suretiyle kaynak yönetiminin optimize edilmesi de sağlanacaktır.⁷⁵

Teknolojik gelişmeler ve dijitalleşme sürecinde yönetim alanını etkileyen/ etkileyecek yeni gelişmeler şu şekilde özetlenebilir:

- **Büyük Veri:** Depolanması ve yönetilmesi bilinen klasik veri tabanları ile sağlanamayan, hacmi oldukça geniş, çeşitli kaynaklar aracılığı ile elde edilen gerçek veriler aracılığı ile değer üreten veri kümeleridir. Kullanıcıların internet üzerinde gerçekleştirdikleri her bir uygulama ve etkinliği kapsar. Karar verme süreçlerinde etkinliği ve şeffaflığı sağlayan, ihtiyaçları doğru tespit edebilen algoritmalar sayesinde bireylere destek olur.⁷⁶ Günlük hayatta kullanılan her tür nesnenin içinde bulunabilecek sensörler veya çipler veyahut benzer aygıtlar vasıtasıyla çeşitli bilgilerin toplanması ve adeta bir veri patlaması sonucu oluşurlar.⁷⁷

- **Nesnelerin İnterneti:** Milyonlarca insanı ve nesnelere birbirine bağlayan, bilginin düzenli bir biçimde üretildiği, analizinin yapıldığı ve farklı amaçlarla kullanılmak üzere paylaşımının sağlandığı dünyayı ifade eder. Sağlık ve güvenlik başta olmak üzere akıllı kent, akıllı ev cihazları gibi birçok alanda uygulaması olan teknolojik bir ilerlemedir.

- **Yapay Zekâ:** Makine ve sistemlerin algılama, öğrenme, karar verme, bilgi edinme ve tahminlerde bulunma gibi bilişsel birtakım görevlerini yerine getiren ve bunu gerçekleştirirken de tahminlerde bulunma kabiliyetine sahip, kararlar verebilen ve bağımsız bir biçimde de çalışabilen makine tabanlı sistemlerdir. Güçlendirilmiş düşünce ve veri analizi yeteneğine sahip son derece değerli kabul edilen varlıklardır.

⁷⁵ ibid 16-17.

⁷⁶ Dönmez (n 77) 221-222.

⁷⁷ Emrah Ayhan and Duygu Nur Emlek, 'Kamu Yönetiminin Yapay Zekâ Paradigmasıyla Dönüşümü: Ulusal Güvenlik Politikaları', in M. Akif Özer (ed), Kamu Yönetiminde Yeni Yönelimler (Ekin Yayınları 2023), 309 311-312.



- **Bulut Bilişim:** Ortak bilgi paylaşımına izin veren, web servisleri aracılığı ile internet üzerinde veri depolanmasını sağlayan bir hizmettir. Kişisel bilgisayarlar üzerindeki yükü büyük ölçüde hafifleten bu teknoloji sayesinde çeşitli nedenlerle bilgisayarlarda depolanması istenmeyen veriler saklanır ve işlenir. İhtiyaç duyulması halinde verilere dijital ortamda kolaylıkla erişilebilir.
- **Blok Zincir:** Herhangi bir merkezi otorite tarafından kontrol veya onaylanma ihtiyacı gerektirmeyen, dağıtık bir ağ üzerinden yetkilendirme ve kimliklendirme yolu ile veri paylaşımına ve kayda izin veren bir teknolojidir. Buraya kaydı yapılan veriler kripto şifreleme ile güvence altına alınır, kimlik doğrulaması yapılır ve onaylanır. Dijital deftere girişi yapılan verilerin değiştirilmesi mümkün değildir.⁷⁸ Bu şekilde sahte işlemlerin önüne geçilir.

B. Makine Bürokrasiler

Günümüzde “dijital refahın genişlemesi” olarak değerlendirilen ve vatandaşların refah devletiyle karşılaşmalarının giderek dijitalleştiği bir dönem yaşanmaktadır. Bu süreçte bilgisayar sistemlerinin yaygın kullanımıyla, “ekran seviyesi bürokrasi” (makine bürokrasi) olarak tanımlanan vatandaşla temasların bilgisayar ekranı aracılığıyla gerçekleştirildiği⁷⁹ bir yönetim modeli yaygınlaşmaktadır. Bu dönemin ana unsuru kabul edilen makine bürokrasileri makine öğrenimi üzerinden süreci şekillendirmektedir. Makine öğrenimi, bir bilgisayar programının kullanıcı verilerinden yola çıkarak kendi başına tamamen yeni bir bilgiye varmasını ifade etmektedir. Geleneksel olarak makinelerin bilgisi geliştiricisinin yükledikleri ile sınırlıdır. Geleneksel yöntemde, bir makineye veya yazılıma sınırlı sayıda soruların cevabı yüklenir. Makine öğrenmesinde ise, makine veriye eriştiği sürece ilk başta yüklenenden daha fazlasını öğrenebilmektedir.⁸⁰ Makine öğrenmesi, bir fenomen olarak insani düşünme tarzının mühendislik uygulamalarında kullanılması yöntemidir. Burada insan makineye örnek teşkil etmekte ve nasıl ki insan, kendi deneyimlerinden öğrenme çıktısı elde ediyorsa makine de aynı yöntemle öğrenmektedir. Bunu gerçekleştirebilmek amacıyla insan beynindeki nöronların makinelerdeki taklidi olan yapay sinir hücrelerini kullanmaktadır.⁸¹

Bu yönüyle makine öğrenimi, temel olarak karmaşık işlevleri istatistiksel olarak tahmin etmek için bilgisayarların kullanımına vurgu yapan bir uygulamalı istatistik biçimidir. Bu son derece güçlü bir yetenektir. Arama motorları,

⁷⁸ Dönmez (n 77) 221-222.

⁷⁹ Mark Considine, Michael McGann, Sarah Ball and Phuc Nguyen, ‘Can Robots Understand Welfare? Exploring Machine Bureaucracies in Welfare-to-Work’ (2022) 51 (3), Jnl. Soc. Pol. 519 521-522.

⁸⁰ Oğuz Gökhan Yılmaz, ‘Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı – Yapay Zekâ Hâkim Cübbesini Giyebilecek Mi?’ (2021) 66(1), Adalet Dergisi 377 383.

⁸¹ Ayhan and Emlek, (n 86) 311-312.

yüz tanıma, çevre değişikliklerinin algılanması, devlet gözetimi ve birçok diğer yetenek, demografik, ekonomik, fiziksel ve diğer özellikleri karşılaştırma ve ilişkilendirme yeteneğinden inşa edilebilir. Buradan hareketle söz konusu yeteneklerden başarılı bir şekilde programlanmış makineler oluşturulmaktadır. Bu makineler her hangi bir konuda görüntüler, haber makaleleri ve olası denemeler oluşturabilirler. Çok çeşitli etkinlikleri birbirleriyle ve bireysel kimliklerle ilişkilendirebilirler.⁸² Bu unsurların yaygınlaştığı yönetim uygulamalarında etkinlik yüksek olur.

Makine bürokrasileri ilk olarak; bilgi yönetim sistemleri aracılığıyla program kararlarını ve uygunluk kriterlerini daha hesap verebilir hale getirerek, yerel süreçlerin denetimine açarlar. Böylelikle, veriye dayalı yönetim, alt düzeyde çalışanların kararlarını program kurallarına uygun hale getirmeleri için bir baskı unsuru oluşturur. İkinci olarak, değerlendirme protokolleri ve profil oluşturma araçları “hedef” hizmetler sunmak için kullanılır. Bu profil araçları işgücü hizmetlerinde yaygın olarak kullanılmaktadır ve genellikle geniş yönetim veri kümeleri ve “gerçek zamanlı” işgücü piyasası bilgisi üzerinde eğitilmiş algoritmalarla giderek daha sofistike hale gelmektedir. Son olarak, bilgi iletişim teknolojilerinin işlevsel kullanımı, COVID-19 sürecinde görüldüğü gibi uzaktan, sıklıkla yüz yüze olmayan hizmet karşılaşmalarını kolaylaştırarak için bir araç haline dönüşmektedir.⁸³

Bilindiği gibi tüm zeki sistemler veriye bağlıdır. Bürokrasiler tarihsel olarak veriyi komuta yoluyla elde ederken, pazarlar ikna yoluyla, makine sistemleri ise simülasyon veya toplama yoluyla elde etmektedirler. Bu farklılıklar sistemler arasında işbirliği ve melezleşmeyi sürekli teşvik etmektedir. Ancak söz konusu bu ortamda pazarlar, bürokrasiler ve makineler arasında yeni ilişkiler ve bunların bireysel ve kolektif olarak düzenlenmesi konusunda sorunlar çıkabilmektedir.⁸⁴ Kararların verimliliği ve tutarlılığı olumsuz etkilenmekte, işlemler açısından çeşitli eleştiriler gündeme gelmektedir. Açıklama, empati, güvence verme ve problem çözüme içeren ve kodlaması zor olan formalize kurallardan ve genel işlem prosedürlerinden sapmalar⁸⁵ ortaya çıkabilmektedir.

Günümüzde teknolojik gelişim paralelinde yeni makine bürokrasileri, sabit bütçeler dahilinde daha fazla hizmetin verilebilmesine olanak tanıyarak, Covid-19 Pandemisi döneminde görüldüğü gibi işsizlik krizlerine de çözümler geliştirebilmektedir. Bu yeni teknoloji destekli yönetim anlayış; kıt kaynakla-

⁸² Richard Danzig, ‘Machines, Bureaucracies and Markets as Artificial Intelligences’ (2022 CSET Issue Brief, Center for Security and Emerging Technology) 13-14 <<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>> Erişim Tarihi 07 April 2023.

⁸³ Considine, McGann, Ball and Nguyen, (n 92) 521-522.

⁸⁴ Danzig, (n 91) 29.

⁸⁵ Considine, McGann, Ball and Nguyen, (n 92) 525-527.



rın, en karmaşık ihtiyaçlara sahip olanlara dahi verimli bir şekilde tahsis edilmesi, iş arayanların randevulara gitmek ve sıraya girmek için periyodik olarak seyahat etmek zorunda kalmalarının engellenmesi, imkanları sınırlı olan uzak bölgelerde yaşayanlara kadar hizmetlerin götürülebilmesi, göçmenlerin dahi çevrimiçi hizmetlerden yararlanabilmeleri gibi sayıları artırılabilir bir çok imkan sunmaktadır.⁸⁶ Yapay zeka yönetişi uygulamalarıyla bu gelişmeler daha da ivme kazanmaktadır.

C. Yapay Zeka Yönetişi

Literatürde çok hızlı bir şekilde yaygınlık kazanan yapay zeka kavramının olumsuzluklarına karşı yapay zeka yönetişi kuramlaştırılmaya çalışılmaktadır. Yapay zekanın getireceği zorlukların üstesinden gelme çabasının bir sonucu olarak Dijital Çağ Yönetişiminin bir parçası olan yapay zeka yönetişi artık başta gelişmiş ülkelerde olmak üzere hükümetlerin gündeminin “olmazsa olmaz” larından⁸⁷ biri haline gelme yoluna girmiştir.

Bilindiği gibi dijital yönetim anlayışı, vatandaşların bilgi ve hizmetlere teknolojik araçlarla doğrudan erişimini tanımlamaktadır. Buna göre vatandaşlara devlet işlerinde müşteri olarak hizmet etmekten çok onları ortak olarak görmek esas alınmaktadır. Ayrıca ağlar arası iletişimi sağlayan bir “ağ yönetişi” üzerinden yatay bir koordinasyon yapısı kurulmakta, yerel bilgi ağları ile tüm taraflar ağ tipi organizasyonlarda kamu yönetimine katılmaya teşvik edilmektedir.⁸⁸ Bu kapsamda yeni gündeme gelen çok disiplinli bir alan olarak yapay zeka yönetişi, yapay zeka üzerine yapılan araştırmaların artmasıyla kuramlaştırılmıştır. Bilim ve teknoloji çalışmaları, kamu politikası, bilgisayar mühendisliği, felsefe, güvenlik çalışmaları, sosyoloji, hukuk ve uluslararası ilişkiler⁸⁹ gibi çok sayıda farklı disiplinin ortak alanlarında hızla gelişmiştir.

Yapay zeka yönetişi, yapay zekanın gelişimini ve uygulamalarını etkileyen çeşitli araçlar, çözümler ve kaldıraçlardan oluşmaktadır. Bu yönetim çerçevesinde bilgi dünyasının uygun şekilde geliştirilmesi, kullanılması ve yönetilmesi için politikalar, prosedürler ve standartlar, dijital yönetim liderliğinde biraraya getirilmektedir. Yapay zeka yönetişi; bir kuruluşun yapay zeka teknolojilerini kullanımının, kuruluşun stratejileri, hedefleri ve değerleri ile uyumlu olmasını sağlamak için kullanılan kurallar, uygulamalar, süreçler ve teknolojik araçlar bütünüdür. Yasal gereklilikleri yerine getirir ve kuruluşun takip ettiği etik yapay zeka ilkelerini ortaya koyar.⁹⁰

⁸⁶ Mannes, (n 10) 23.

⁸⁷ Uzun, (n 47) 99.

⁸⁸ ibid 125-126.

⁸⁹ ibid 111-112.

⁹⁰ Matti Mäntymäki, Matti Minkkinen, ‘Defining Organizational AI Governance’ (2022) 2, AI Ethics 603 609.

Yapay zekanın ortaya koyduğu riskleri anlamak ve yönetmek, teknolojinin faydalarını somutlaştırabilmek için çok önemlidir. Mal ve hizmetlerin sunumunda artan verimlilik ve kalite, yaşlılar ve engelliler için daha fazla ve uygun hizmet sunumu, sağlık, ulaşım ve acil durum müdahalesi gibi güvenlik açısından kritik operasyonlarda yapay zeka kullanımının sağladığı gelişmiş güvenlik, yapay zekanın sunabileceği birçok sosyo-ekonomik faydadan bazılarıdır. Bu nedenle, yapay zeka sistemleri geliştikçe ve karmaşıklığı arttıkça, riskleri ve diğer akıllı cihazlar ve sistemlerle ara bağlantıları da artacak ve bu da sağlık hizmetleri, ulaşım ve otonom silahlar gibi alanlarda yapay zeka için daha geniş bir küresel yönetim çerçevesinin oluşturulmasını gerektirecektir.⁹¹

Yapay zekâ, kavramsal olarak ilk kez 1956 yılında John McCarthy tarafından insanların doğal olarak sahip olduğu problem çözme yetisine sahip olan makine olarak tanımlanmış ve kavramı Dartmouth Üniversitesinde bir araştırma projesinde kullanmıştır. Burada yapay zekânın erken dönem uygulamalarının fabrikalardaki endüstriyel robotlar olduğunu da belirtmek gerekir. Oysaki güncel yapay zeka uygulamaları öncülerinden çok daha ileri seviyededir. Literatürde yapay zeka; insanca düşünme, insanca davranma, rasyonel düşünme ve rasyonel davranma olarak dört grupta sınıflandırılmaktadır. Bu kapsamda yapay; zeka genellikle insanların yerine getirdiği işlemlerin nasıl yapılacağını, insansı robottan otonom araca kadar çeşitli makinelerle öğretilmesine yönelik bir teknolojidir.⁹² Esasında yapay zekâ; satranç oynamak, kişisel sağlık verileri oluşturmak, matematiksel teoremleri kanıtlamak, şiir yazmak, kalabalık bir sokakta araba kullanmak ve hastalıkları teşhis etmek gibi genelden özele doğru çok çeşitli alt alanları kapsayan öğrenme ve algılama sürecinin var olduğu bir teknolojiye de atıf yapmaktadır. Evrensel bir alan olan yapay zekâ teknolojisi, bilgisayar teknolojisi ile icat edilen robotların insan gibi düşünüp hareket etmesini gerçekleştirmek amacıyla oluşturulmuştur.⁹³

Yapay zekâ; görevleri gerçekleştirmek için insan zekasını taklit eden ve bilgilerine göre yinelemeli olarak kendilerini geliştiren sistemler veya makineler anlamına gelir. Yani makine öğrenimi kullanın veya kullanmasın, herhangi bir tahmin veya karar sürecini gerçekleştiren teknolojilerin genel adıdır.⁹⁴ Her ne kadar 1950’li yıllarda ciddi bir gelişim gösterememiş olsa 2010 yılı sonrası dönem yapay zekâ açısından önemli atılımların gerçekleştiği bir teknoloji çağını başlatmıştır. Bu tarihten sonra, yapay zekâ teknolojisi alanında yapılan yatırımlar hızla artarak önemli seviyelere ulaşmıştır.⁹⁵

⁹¹ Araz Tæeihagh, ‘Governance of Artificial Intelligence’ (2021) 40 Policy and Society 137-157.

⁹² Yılmaz, (n 89) 381-382.

⁹³ Ayhan and Emlek, (n 86) 311-312.

⁹⁴ Uzun, (n 47) 22.

⁹⁵ Ayhan and Emlek, (n 86) 314-315.



Bugün yapay zeka sayesinde yönetim alanında tahmine dayalı analizler yapılmaya başlanmıştır. Sağlıktan suç potansiyeline kadar yapılan bu analizler hem politika yapımcıların hem de diğer çalışanların daha kapsamlı ve insan önyargısına daha az tabi olacak şekilde tahminler yapmasına yardımcı olmaktadır. Yapay zeka ile özellikle kriz anlarında krizlerin tanınması ve karmaşık veri kümelerindeki sorunları da tespit etmek daha kolay olmuştur. Bilgisayarla görü uygulamalarıyla yapay zeka sistemleri, uydu ve CCTV görüntülerinin analizini ve işlenmesini sağlamıştır. Doğal dil işleme (NLP) uygulamalarıyla kamu politikasının çeşitli aşamalarında vatandaş dilekçeleri ve kamu belgeleri sohbet robotlarıyla çevrimiçi sistemlere taşınabilmiştir. Çeviri, etkileşimli diyalog ve duygu analizi gibi görevler otomatikleştirilerek makinelerin ses ve metin verilerini işlemesi ve anlaması sağlanabilmiştir.⁹⁶ Bilgisayar görüşü, çeşitli endüstriyel ve tıbbi uygulamalarda, örneğin hastalıkları teşhis etmek için kullanılan görsel verileri işleyerek ve örüntü tanımda kullanılarak doktor ve araştırmacılara önemli katkı sunmuştur. Ayrıca sürücüsüz araçlar, robotlar, dronlar ve benzerleri otonom sistemler ile güvenlik ve biyometrik doğrulamaya kadar pek çok uygulamada görsel veri tespiti ve yorumlaması yapılmıştır. Ayrıca dronlar, uzay araçları, Mars ve Ay yüzeylerine gönderilen araçlar ve sürücüsüz arabalar bilgisayarlı görü uygulamalarını kullanarak ortamdaki nesnelere⁹⁷ tespit ve analiz edebilmişlerdir.

Günümüzde akıllı robotların yaratılması, kesinlikle yapay zekanın en heyecan verici ve zorlu hedeflerinden biridir. Bir robot, her şeyden önce motorları ve sensörleri olan cansız bir makineden başka bir şey değildir. Makineye hayat verebilmesi için, donanım bileşenlerini aktif olarak kullanacak şekilde programlanması gerekir. Bu, bir makineyi otonom bir robota dönüştürür. En son teknolojiye sahip robotlar, iç mekanlarda kendilerini yönlendirebilir ve serbestçe hareket edebilir veya zorlu dış arazilerde ilerleyebilir, nesnelere tanımak için stereo vizyon kullanabilir ve yapay uzuvlar yardımıyla basit nesne manipülasyonu yapabilirler. Akıl yürüten bir robot, karmaşık ve uzun vadeli stratejileri takip etme, yüksek düzeyde rasyonel kararlar alma gibi daha yüksek bilişsel yetenekler sergiler.⁹⁸

Yapay zeka yönetişimi kapsamında gündeme gelen “Chatbot” olarak da anılan sohbet robotları, uzman kamu çalışanlarının yokluğunda veya basit konularda soru soran vatandaşları bilgilendiren yapay zekâ temelli sanal memurlardır. Robotik süreç otomasyonu, gönderilen belgeleri ön işleme tabi tutan ve akabinde temel içerik bilgilerini uzman sisteme veren bir yapay zekâ uygulamasıdır. Böylece yakın geçmişte memurlar tarafından yapılan yüksek hacimli

⁹⁶ Uzun, (n 47) 53-54.

⁹⁷ ibid 32.

⁹⁸ Michael Thielscher, Reasoning Robots The Art and Science of Programming Robotic Agents, (3300 AA Dordrecht, Netherlands 2005) 1.

ve tekrarlanabilir işler otomatikleştirilmiştir. Dolayısıyla süreç daha hızlı ve verimli şekilde işler bir hal almıştır. İdari kayıtları kategorize eden robotlar ise yapay zekânın yönetimdeki rolüne vurgu yapmaktadır. Söz konusu robotlar idari kayıtları uygun ve kategorize şekilde tutabilecek robotlardır. Kayıtlarda saklanan bilgiler karar verme açısından gereklidir ve verilen kararlar neticesinde meydana gelen değişiklikler kaydedilmektedir.⁹⁹

Esasında zeka her şeyi bilemez. Bilgi olmadan zeka çaresizdir. Hatta süper zeka uygulamalarına bile gerçek dünya ile uyumlu veri sağlanmadıkça, rastgele veya bir modelden veri simülasyonu yapılmadıkça, yapay zeka yönetiminden beklenen katlı alınamaz. Örneğin en gelişmiş silahların kontrolünü ele geçerseniz bile, onları etkili bir şekilde kullanmak için silahlar hakkında bilgi ve hedefleme bilgisine ihtiyaç duyarsınız.¹⁰⁰ Bu nedenle yapay zeka sistemlerinin etkili ve istikrarlı veri destekleriyle uygulamaya alınması gerekmektedir.

Günümüzde yapay zeka ile ilgili gelişmeler, sürecin bir yönetim çerçevesine oturtulmasını zorunlu kılmaktadır. Düzenleyici yapay zeka yönetimi için gerekli bileşenlerden ilki belirli bir yapay zeka yasasıdır. Yapay zeka ile ilgili gelişmeler çok hızlı bir şekilde devam ederken yasal çerçevenin bu duruma eşlik etmesi gerekmektedir. Sürücüsüz arabalar, otonom araçlar gibi yapay zeka sistemlerinin yaygınlaşmasıyla birlikte yapay zekanın yol açabileceği olası zararlar için yasal sorumluluğun düzenlenmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Ancak yapay zekanın yasal sorumluluğunun düzenlenmesi hassas bir konudur. Çünkü yanlış hazırlanmış yasal düzenlemeler, birçok faydalı uygulamayı da sektete uğratabilecektir. Ayrıca yapay zekanın neden olduğu zararların veya zararların nasıl değerlendirileceğinin belirlenmesi gerekmektedir.

Bilim kurgu edebiyatının önde gelen temsilcisi Isaac Asimov, 1950’de yazdığı bilim kurgu romanı “Ben Robot” ta, robotların insanlarla önemli ölçüde çatışacağını öngörerek yeni insan-robot ilişkisini tasavvur etmişti. Asimov çalışmasında robotların uyması gereken üç kanunu şu şekilde belirlemiştir:- Bir robot, bir insana zarar veremez veya eylemsiz kalarak bir insanın zarar görmesine izin veremez.-Bir robot, Birinci Yasa ile çalışmadığı sürece, insanlar tarafından kendisine verilen emirlere uymak zorundadır.-Bir robot, Birinci veya İkinci Kanun ile çalışmadığı sürece varlığını korumak zorundadır. Asimov’un bilimkurgu tarihine kazınmış bu robot yasaları birçok yazar ve akademisyen tarafından benimsenmiştir. Bu yasanın önemi, değişmez ve açık olmasından kaynaklanmaktadır. Asimov, insanların ancak çok kısa bir sürede inşa edebileceği çok karmaşık bir robot beyin tasavvur etmiştir. Ancak matematiksel terimlerle doğrudan robot beyninin çekirdeğine kodlamıştır. Bu kodlama, bir robotun ömrü boyunca önemli ölçüde değişmeyecektir. Asimov’un yaklaşımı

⁹⁹ Ayhan and Emlek, (n 86) 315-316.

¹⁰⁰ Danzig, (n 91) 33-34.



teknik olarak günümüzün yapay zeka mühendisleri için uygun olmasa da yine de robot felsefesinin mihenk taşıdır.¹⁰¹

Yapay zeka yönetişimi kapsamında muhtemel sorunları en aza indirebilmek için yapay zekânın; kapsayıcı büyüme, sürdürülebilir kalkınma ve refahı teşvik ederek insanlara ve gezegene fayda sağlaması esas olmalıdır. Yapay zekâ sistemleri; hukukun üstünlüğüne, insan haklarına, demokratik değerlere ve farklılıklara saygı duyacak şekilde tasarlanmalı, adil ve dürüst bir topluma erişmek için - gerektiğinde insan müdahalesini mümkün kılan uygun önlemleri içermelidir. İnsanların yapay zekâ tabanlı sonuçları anlaması ve bunlarla başa çıkabilmesi için yapay zekâ sistemlerinin şeffaflığı ve sorumlu açıklamaları sağlanmalıdır. Yapay zekâ sistemleri; yaşam döngüleri boyunca sağlam, güvenli ve emniyetli bir şekilde işlemeli ve potansiyel riskler sürekli olarak değerlendirilmeli ve yönetilmelidir. Yapay zekâ sistemlerini geliştiren, dağıtan veya çalıştıran kişi ve kuruluşların¹⁰² hesap verebilirliği ve sorumluluğu esas olmalıdır.

D. Yapay Zeka ve Adalet Yönetimi

Günümüzde yapay zeka yalnızca teknolojik veya mühendislik inovasyonunu değil, aynı zamanda sosyolojik, politik ve yönetim alanını da dönüştürmektedir. Bu kapsamda son yıllarda adalet yönetiminde de yapay zeka uygulamalarından yararlanılmaya başlanmıştır. Yapay zekanın mevcut gelişimi, optimum faktörler sunarak değişen teknolojik koşullar tarafından desteklenmektedir. Yapay zeka teknolojilerinin değişen yapısı artık sosyal etkileşimleri, insan-devlet ilişkilerini ve iş sistemlerini kapsayan toplumun geniş kesimlerini etkilemekte ve ayrıca kamu politikası algısında çok çeşitli fırsatlar sunmaktadır. Yapay zeka ve veri analitiği gibi gelişmekte olan teknolojilerin kullanılmasıyla, kamu politikasının yönleri süreçten doğrudan etkilenmektedir.¹⁰³

Bundan dolayı yapay zekânın birçok sektör üzerinde değiştirci bir etkisinin olacağı açıktır. Hukuk da, diğer sektörlere göre daha az ve sonra etkilenecek olsa da bu süreçten payına düşeni alacaktır. Hukuki pratik farklı aktörler tarafından yürütüldüğünden yapay zekanın yargı uygulamasını etkilemesi farklı derecelerde olacaktır. Örneğin, IBM tarafından avukatlara yönelik olarak geliştirilen ve yaygınlaşarak kullanılmaya başlayan 'Ross' adlı yapay zekâ bazı hukuki konularda da avukatlara yardım etmektedir. Fakat hâkimlere yönelik olarak benzeri bir uygulama henüz tam olarak geliştirilmemiştir. İnsanlarla aynı pozisyonu paylaşan ilk örnek 2014 yılında Vital adlı bir robotun İngiltere'de bir şirkette yönetim kurulu üyesi olarak atanmasıdır. 2016'da ise vatandaşlık verilen ve tüm dünyada en meşhur robot olan Sophia ortaya çıkmıştır.

¹⁰¹ Mehmet Metin Uzun, (n 47) 125-126.

¹⁰² Yılmaz, (n 89) 398.

¹⁰³ Uzun, (n 47) 32.

Yapay zekanın bu şekilde hızlı gelişimi; hukuken tanınabilirlik, kişilik, hukuki sorumluluk, fikri mülkiyet hakları gibi¹⁰⁴ hukuki sorunları gündeme getirmiştir.

Doğal olarak akıllı teknolojiadaki hızlı dönüşümler, akıllı yasal düzenlemeleri gerektirmektedir. Gelişen teknolojinin öngörülen hukuki sonuçlarına göre tedbir almak gerekmektedir. Yapay zekayı düzenlemek, sonuçta çeşitli sektörlerdeki tüm yapay zeka tabanlı çözümlerin kısıtlanmasını gerektirebilecektir. Veri güvenliği ve siber güvenlik her zamankinden daha belirgin hale gelecektir.¹⁰⁵

Yapay zekânın kamu hizmeti alanlar arasında kullanılması ve yaygınlaşması birçok sektörü etkilediği gibi adalet yönetimi süreçlerinde de payını sürekli artırmaktadır. Bu alanda da görülen kırtasiyecilik, bürokrasi, hızlı sonuç alamama, zaman, masraf, emek kaybı gibi istenmeyen durumlara yapay zekânın çare olması umulmaktadır. Bu şekilde internet kullanım imkânına ve dijital okuryazarlık bilgisine sahip olanlar bakımından oldukça kolay, işlevsel, geleneksel adalet hizmeti sunumundan daha hızlı, daha az masraflı, daha kesintisiz, daha verimli kamu hizmeti alma imkânı doğmaktadır.¹⁰⁶

Yapay zekânın adalet sisteminde kullanılmasıyla; insanlara özgü olan önyargı, fiziksel etkenler (yorgunluk, hastalık, açlık, duygusal durum bozukluğu, psikolojik sorunlar gibi) yeterli bilgi arşivine ve güncel gelişmelere vâkıf olamama gibi hatalı kararlar verilmesine yol açacak risklerin önlenmesi, muhakeme farklılıkları dolayısıyla çelişkili kararlar ortaya çıkmasının engellenmesi ve yapay zekâ sayesinde herkese aynı kalitede ve eşit olarak uygulanacak hızlı ve etkili bir adalet sistemine ulaşılması mümkün olabilecektir. Gerçekten de yapay zekâ yazılımlarından oluşan robo hâkimlerin insan hâkimler karşısında daha güvenilir olup olmadığı yönünde yapılan araştırmalarda, insanların açlık seviyesinin karar verme eğilimini olumsuz etkilediği ve daha sert kararlar verilmesine sebep olduğu, insanların vakianın tüm ayrıntısını incelemek için yeterli zamanı bulamadığı ve teknik bilgi gerektiren uzmanlık alanlarının tümüne vâkıf olamayacağı gibi son teknoloji ile gelişen teknik bilgileri takip etmesinin de her zaman mümkün olamayacağı ifade edilmektedir. Bunlara karşılık robo hâkimlerin açlık ve yorgunluk gibi fizyolojik ihtiyaçları olmayacağından verilecek kararların herkese eşit şekilde uygulandığı konusunda şüphe bulunmayacağı, zaman bakımından ise her davanın kendisine ait bir robo hâkime sahip olabileceği ve dosyaların hızlıca taranarak gerekli verilerin işlenebileceği, bunun yanında sınırsız bellek ve öğrenme kapasitesine sahip robo hâkimler ile en güncel teknik imkânların bile takip edilerek bu imkânlardan faydalanılabileceği, ayrıca robo hâkimlerin tecrübeli avukatlar tarafından manipüle edilmesinin de söz konusu olamayaca-

¹⁰⁴ Yılmaz, (n 89) 380-381.

¹⁰⁵ Uzun, (n 47) 125-126.

¹⁰⁶ Ayşe Almıla Tanrıverdi, 'Yapay Zekânın Kamu Hizmetinin Sunumuna Etkileri' (2021) 66(1), Adalet Dergisi, 293 311.

ğı öngörülmektedir. Böylece yargılama prosedürleri azaltılarak hız kazanmanın yanı sıra dava maliyetlerinin de düşürülebileceği tahmin edilmektedir.¹⁰⁷

Hâkimlik mesleği araştırma, mantık, muhakeme, güçlü bir analiz ve kavrayış gibi çeşitli entelektüel ve sosyal becerileri gerektirir. Buradaki önemli nokta yapay zekanın bu becerilerin hepsine aynı anda sahip olup olamayacağıdır. Hâkimin duruşma yönetiminin yanında yaptığı yazılı evrak işlerinde yapay zekanın üstün bir veri işleme/anlama kapasitesine sahip olduğu açıktır. Örnek vermek gerekirse, IBM'in geliştirdiği Watson adlı yapay zeka bir dakika içerisinde bir milyon sayfayı okuyup analiz edebilecek kapasitededir ki bu insanın zihin sınırlarının çok üzerindedir.¹⁰⁸

Yapay zekânın yargı sahnesinde büründüğü önemli rollerden birisi avukatlar için olacaktır. Avukat robotlara yüklenecek veriler sayesinde veri setlerinin kapsadığı hukukî konularda hukukî danışmanlık hizmeti verebildikleri, tüketiciler tarafından bilgisayar üzerinden girilen soruları mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde yanıtlayabildikleri, bir sözleşme inceleme ve değerlendirme üzerine programlanmış bir yapay zekâ yazılımının ise deneyimli avukatlara kıyasla daha etkili sonuçlara ulaşabileceği açıktır.¹⁰⁹ Mahkemelerde, dosyaların muhafazası ve ikincil yazışmalar gibi yargılamayı tamamlayıcı görevlerin yapılması sürecinde de yapay zeka çok başarılı olacaktır. Ayrıca duruşmadaki sözel beyanların doğrudan sestene yazıya dönüştürülmesi ve duruşmaların uzaktan yapılabilmesi de mahkeme yönetiminde hâkimin iş yükünü oldukça azaltacaktır. Yapay zekâ mahkemedeki karar aşamasından önce de iki şekilde kullanılabilir. Birincisi mahkemeye başvurmadan önce kararı tahmin etmek ve ikincisi ise mahkeme aşamasında hâkime davaya ilişkin bir karar taslağı/önerisi sunmaktır. Yapay zeka buradaki işlevini makine öğrenmesi ve doğal dil işleme teknolojilerini kullanarak yerine getirir. Ayrıca, makine öğrenmesine dayanan sistemlerde prensip olarak daha fazla veri daha iyi tahmin sağlar. Yapay zeka hâkimin çok karmaşık olmayan internet kaynaklı ve teknik yanı ağır basan konular ya da bazı tüketici uyuşmazlıkları hakkında karar verebilmesi¹¹⁰ de yakın zamanda mümkün olacaktır.

SONUÇ

Çalışmada genel olarak ele alındığı gibi son yıllarda dünya genelinde yönetim alanında çok hızlı bir değişim ve dönüşüm süreci yaşanmakta ve durum doğrudan adalet yönetimini etkilemektedir. Weber bürokrasisinin sürekli yıpranması ve yaşanan hızlı değişime cevap verememesi, bu alanda teknoloji odaklı yeni arayışları gündeme getirmiştir. Adalet yönetimine özellikle dijital-

¹⁰⁷ Yılmaz, (n 157) 43-44.

¹⁰⁸ Yılmaz, (n 89) 402.

¹⁰⁹ Yılmaz, (n 157) 43-44.

¹¹⁰ Yılmaz, (n 89) 403-407.

leşme, robotik bürokrasiler ve yapay zekâ yönetişimi uygulamaları üzerinden yansıyan bu gelişmeler, etkinlik ve verimlilik odaklı olarak kamu hizmeti sunum sürecini olumlu yönde etkilemektedir.

Günümüz yönetim anlayışında kamu hizmet sunumunda sağlayıcıların rahatlığı değil, vatandaşın ihtiyaçlarının karşılanması esas alınmaktadır. Hukuk düzeninin istenilen seviyeye kavuşturulabilmesi, vatandaşın güveninin yeniden sağlanabilmesi için yeni bir anlayışa, vatandaşa odaklı kalite yönetimi anlayışının hukuk düzeninde de uygulanmasına ihtiyaç duyulmaktadır.¹¹¹ İyi yönetilen bir adalet sisteminin sunulan kamu hizmetlerinin kalitesini artıracığı açıktır. Doğal olarak bu durum insanların refahını yükseltecek, yaşam kalitesini artıracak ve ülkenin sosyal ve ekonomik gelişimine katkı sağlayacaktır. Bu nedenle adalet yönetimi tüm topluma hizmet sunan ve hizmet kalitesi beklentilerinin en yüksek olduğu alandır.

Bu alanda yapılacak reform ve uygulamaların, hizmet kalitesini artırmaya yönelik girişimlerin olumlu etkileri genel olarak tüm devlet yönetim mekanizmasında hissedilecektir. Adalet yönetiminde yeni teknolojilerden yararlanılması ise bu duruma yeni ivmeler kazandıracak adli süreçlerde etkinlik ve verimlilik artışına yol açacaktır. Bu durumun artarak devam etmesini ise dijitalleşmenin önemli bir bileşeni olan robotik süreç otomasyonu, robotik bürokrasiler ve yapay zeka yönetişimi uygulamaları sağlayacaktır.

Bilindiği gibi yapay zekânın insanlığa hizmet edebileceği alanlardan biri de adaletin sağlanması için gerçekleştirilen yargılama faaliyetidir. Çalışmada genel olarak belirtildiği gibi yapay zekânın zamandan tasarruf ederek sağladığı fayda ve bilgiye erişimi kolaylaştırması, yargı sistemini yöneten avukat, hâkim ve savcılarının daha az yorulmasına ve işlerini daha kaliteli yapmalarına olanak sağlamaktadır. Bunun için yargının adil, tarafsız ve bağımsız yapısının zarar görmemesini sağlamaya yönelik güvenilir yapay zekâ sistemleri oluşturmak gerekmektedir. Yapay zekânın kötüye kullanımının ve zararlı sonuçlarının önlenmesi, temel insan haklarına saygının sağlanması ve ayrımcılığın önlenmesi, şeffaflık ve tarafsızlık ile veri işleme metotlarının anlaşılabilir, açıklanabilir ve denetlenebilir olması sağlanarak yargı sisteminde güvenilir yapay zekâ uygulamaları yapılabilir.¹¹²

Devlet, bireylerin haklarını etkin bir adalet sistemi ile korumalıdır. Bu kapsamda davaların düşük maliyetle çözülmesi, gecikmelerin önlenmesi, mahkemelerdeki duruşma takviminde kesinlik ve öngörülebilirliğin artırılması, mahkemelere erişim, çeşitli yönlerden zayıf olan grupların adalet erişim haklarına saygı duyulması, etkin ve verimli bir yargının temel dayanağı olacak şekilde hukuk, ticaret, idare ve ceza davalarında âdil yargılama yapılması, kamuoyu-

¹¹¹ Sezer and Sarı, (n 44) 209.

¹¹² Yılmaz, (n 157) 49-50.



nun gecikmelere ilişkin algısı, tutukluluk süreleri, haczedilen malların âdil ve hızlı bir şekilde satılması, âdil ve şeffaf yargı sistemi ve ağır suçlar ile etkin bir şekilde mücadele edilmesi gibi öncelikler çerçevesinde etkin bir adalet sisteminin ulaştırılması büyük önem taşımaktadır. Mahkemelerin performansının etkinliği ve verimliliğinin ölçülmesinde standart teşkil eden göstergelerin oluşturulması, adalete erişim, tahkikat ve yargılama takvimine uyulması, eşitlik, adalet ve bütünlüğün sağlanması, yargının tarafsızlık, bağımsızlık, şeffaflık ve hesap verebilirliği ile adalete duyulan kamu güveni ve inancının artırılması şeklinde özetlenebilir.¹¹³

Ayrıca adalet kavramının somutlaştığı adliye binaları ve mahkeme salonlarının işlevlerini azami düzeyde yerine getirecek şekilde düzenlenmesi, bu kapsamda adli faaliyetlerin hızlandırılması ve iyileştirilmesi amacıyla da yeni teknolojilerden yararlanılması büyük önem taşımaktadır.¹¹⁴ Bu süreçte adalet sisteminin modernizasyonu sürekli kılınmalı, mahkemelerin fiziksel altyapısının geliştirilmesinden adaleten sorumlu çeşitli kurumlar arasındaki koordinasyonun iyileştirilmesine¹¹⁵ kadar soruna geniş kapsamlı ve bütüncül bir bakış açısıyla yaklaşılmalıdır.

KAYNAKÇA

Abel C, and Sementelli A, Justice and Public Administration (The University of Alabama Press USA 2007) 2.

Arya N, 'Concept and Theories of Criminal Justice Administration' (2019) 8(5) International Journal of Science and Research 1410 1410.

Ayhan E, and Emlek D, 'Kamu Yönetiminin Yapay Zekâ Paradigmasıyla Dönüşümü: Ulusal Güvenlik Politikaları', in M. Akif Özer (ed), Kamu Yönetiminde Yeni Yönelimler (Ekin Yayınları 2023), 309 311-312.

Bauwens R, and Meyfrootd K, 'Debate: Towards a More Comprehensive Understanding of Ritualized Bureaucracy in Digitalized Public Organizations' (2021) 41(4), Public Money & Management, 281 281

Bozeman B, and Youtie J, Robotic Bureaucracy (PAR Published 2020) 158.

¹¹³ Kalkınma Bakanlığı, On Birinci Kalkınma Planı (2019-2023) (Adalet Hizmetlerinde Etkinlik Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara 2018) <<https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2020/04/AdaletHizmetlerindeEtkinlikOzelIhtisasKomisyonuRaporu.pdf>> V-VI.

¹¹⁴ Abdurrahman Topraklı, 'Türkiye Mahkeme Yönetim Sistemine Uyumlu Adliye Tasarımı: Ordu Ek Adliyesi Örneği' (2019) 5(44) International Social Sciences Studies Journal, 4924 4925.

¹¹⁵ Rass-Masson and Rouas, (n 4) 133.

Brickhill J, Corder H, Dennis D, and Marcus G, 'The Administration of Justice' (Yearbook of South African Law 1 Juta, 2020) 1 <<http://dx.doi.org/10.47348/ysal/v1/i1a22>> Erişim Tarihi 07 April 2023.

Brunet J, 'Social Equity in Criminal Justice. Justice for All Promoting Social Equity in Public Administration' in Norman J. Johnson and James H. Svara (eds), Transformational Trends in Governance and Democracy (M.E. Sharpe Armonk USA 2011) 165 173.

Buker H, Gultekin S, and Akgul A, 'Expected Functions of an Effective Child Justice System Administration? A Framework Developed Through A Qualitative Study in Turkey' (2019) 16(1) Journal of Human Sciences, 87 97-99.

CAJTW (The Committee for Administrative Justice and Tribunals), 'Wales Administrative Justice' (A Cornerstone of Social Justice in Wales, Reform Priorities for the Fifth Assembly 2015), <<https://ukaji.org/>> 5 Erişim Tarihi 10 April 2023.

Coleman V, 'Technology in Criminal Justice Administration', in Morales DuPont, Michael K. Hooper and Judy H. Schmidt (eds), Handbook of Criminal Justice Administration (Marcel Dekker, USA 2001) 473 486.

Considine M, McGann M, Ball S, and Nguyen P, 'Can Robots Understand Welfare? Exploring Machine Bureaucracies in Welfare-to-Work' (2022) 51 (3), Jnl. Soc. Pol. 519 521-522.

Danzig R, 'Machines, Bureaucracies and Markets as Artificial Intelligences' (2022 CSET Issue Brief, Center for Security and Emerging Technology) 13-14 <<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>> Erişim Tarihi 07 April 2023.

Deflem M, and Swygart A, 'Comparative Criminal Justice', in Morales DuPont, Michael K. Hooper and Judy H. Schmidt (eds), Handbook of Criminal Justice Administration (Marcel Dekker, USA 2001) 51 59.

Dönmez, D, 'Kamu Yönetiminde Dijital Dönüşüm' in M. Akif Özer (ed), Kamu Yönetiminde Yeni Yönelimler (Ekin Yayınları 2023), 219 221-222.

ECLAC (Economic Commission for Latin America and the Caribbean), Digital Technologies for a New Future (LC/TS. United Nations Publication 2021/43) 66.

Emmanuel Y, Kwame A, and Kyeremeh T, 'Therefore, Is Bureaucracy Dead? Making a Case for Complementarity of Paradigms in Public Administrative Thinking and Discourse' (2016) 39(5) International Journal of Public Administration, 382 389.



Gooden S, 'Assessing Agency Performance: The Wisconsin Experience' in Norman J. Johnson and James H. Svara (eds), *Transformational Trends in Governance and Democracy* (M.E. Sharpe Armonk USA 2011) 228 229.

Gören H, and Övgün B, 'Adalet Yönetiminde Dönüşüm' (2020) 11(2), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 131 135.

Guimarães T, Adalmir G, Edson F, 'Administration of Justice: An Emerging Research Field' (2018) 53(3) RAUSP Management Journal 476 476.

Johansson J, Michel T, and Åkesson M, *Public Value Creation and Robotic Process Automation: Normative, Descriptive and Prescriptive Issues in Municipal Administration, Transforming Government: People, Process and Policy* (Emerald Publishing Limited USA 2022) 3-4.

Kalkınma Bakanlığı, *On Birinci Kalkınma Planı (2019-2023) (Adalet Hizmetlerinde Etkinlik Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara 2018)* <<https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2020/04/AdaletHizmetlerindeEtkinlikOzelIhtisasKomisyonuRaporu.pdf>> V-VI.

Landry C, and Caust M, *The Creative Bureaucracy & Its Radical Common Sense*. (Gloucestershire: Comedia Gloucestershire NL 2017) 24 <<https://culturalplacemaking.com/wp-content/uploads/2022/078>> Erişim Tarihi 07 April 2023.

Mannes A, 'Institutional Options for Robot Governance' (WeRobot Conference Miami 2016) <https://www.robots.law.miami.edu/2016/wpcontent/uploads/2015/07/Mannes_RobotGovernance-Final.pdf> 1 3. Erişim Tarihi 10 April 2023.

Mäntymäki M, Minkkinen M, 'Defining Organizational AI Governance' (2022) 2, *AI Ethics* 603 609

Monell J, 'Administrative Justice' in A. Farazmand (ed.), *Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy and Governance* (2016) 1 4.

National Audit Office, *Efficiency in the criminal justice system*, Comptroller and Auditor General, (Ministry of Justice, Victoria London 2016) <<https://www.nao.org.uk/>> Erişim Tarihi 12 April 2023.

ODIHR (Office for Democratic Institutions and Human Rights), 'Handbook for Monitoring Administrative Justice' (Folke Bernadotte Academy, Poland 2013), <www.osce.org/odihr> Erişim Tarihi 12 April 2023.

OECD, *Understanding Effective Access to Justice* (OECD 2016) <<https://www.oecd.org/gov/Understanding-effective-access-justice-workshop-paper-final.pdf>> 3 Erişim Tarihi 30 March 2023.

Pound R, 'The Administration of Justice in the Modern City' (1913) 26(4) Harvard Law Review, 302 324-325 <<https://www.jstor.org/stable/1326317>> Erişim Tarihi 30 March 2023.

Rass-Masson N, and Rouas V, 'Effective Access to Justice, Policy Department C: Citizens Rights and Constitutional Affairs' (European Union 2017), 135 <<http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>> Erişim Tarihi 28 March 2023.

Seçkiner S, Atay Metehan and Eroğlu Yunus, 'Robotik Süreç Otomasyonlarının Pandemi Dönemi Havacılık Sektörü Uygulamaları ve Geleceği' (2021) 5 (2) Journal of Aviation. 290 296.

Sezer Ö, and Sarı C, 'Yeni Kamu Yönetimi Anlayışının Türk Yargı Sistemine Etkileri' (2017) 9(20) Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 196 212.

Slaby J, Robotic Automation Emerges as a Threat to Traditional Low-Cost Outsourcing (HfS Research Ltd, 2012), 10-12 <<https://www.hfsresearch.com/>> Erişim Tarihi 07 April 2023.

Stanislav I, and Webster C, 'Robots in Tourism: A Research Agenda for Tourism Economics' (2020) 26(7) Tourism Economics, 1065 1068.

Stojkovic S, Kalinich D, and Klofas J, Criminal Justice Organizations: Administration and Management (Sixth Edition, Cengage Learning USA 2015) 58-59.

Taeihagh A, 'Governance of Artificial Intelligence' (2021) 40 Policy and Society 137 157.

Tanrıverdi A, 'Yapay Zekânın Kamu Hizmetinin Sunumuna Etkileri' (2021) 66(1), Adalet Dergisi, 293 311.

Thielscher Mi, Reasoning Robots The Art and Science of Programming Robotic Agents, (3300 AA Dordrecht, Netherlands 2005) 1.

Topraklı A, 'Türkiye Mahkeme Yönetim Sistemine Uyumlu Adliye Tasarımı: Ordu Ek Adliyesi Örneği' (2019) 5(44) International Social Sciences Studies Journal, 4924 4925.

Uzun M, Big Questions Of Artificial Intelligence (AI) In Public Administration and Public Policy (Master's Thesis, Hacettepe University Ankara: 2021) 67-68.

Wilson D, Olaghere A, and Kimbrell C, Effectiveness of Restorative Justice Principles in Juvenile Justice: A MetaAnalysis (U.S. Department of Justice, George Mason University, USA 2017) 4.



Yılmaz G, ‘Yapay Zekânın Yargı Sistemlerinde Kullanılmasına İlişkin Avrupa Etik Şartı’, (2020) 28(1) Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi 27 31.

Yılmaz O, ‘Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı – Yapay Zekâ Hâkim Cübbesini Giyebilecek Mi?’ (2021) 66(1), Adalet Dergisi 377 383.

ÖZEL HUKUK

EŞYA TAŞIMA HUKUKUNDA HASAR, ZIYA VE GECİKMEDEN DOĞAN BİLDİRİM SÜRELERİ

*Notification Period Caused by Damage,
Loss and Delay According to the Law of Transportation*

Merve UYAROĞLU*

ÖZET

Bu çalışma altı bölümden oluşmaktadır. Çalışmamızın ilk bölümünde taşıma hukuku kapsamında bildirim kavramının hukuki niteliğine değinilerek hasar ziya ve gecikme kavramları açıklanmıştır. Ardından sırasıyla kara taşıma hukuku, hava taşıma hukuku, deniz taşıma hukuku, demiryolu ile taşıma hukuku ve multimodal taşıma hukuku; ulusal ve uluslararası mevzuat kapsamında ayrı ayrı değerlendirilmiştir. Çalışma boyunca görüleceği üzere ulusal mevzuatta düzenlenen bildirim süreleri uluslararası konvansiyonlarla belirlenen süreler birbiriyle örtüşmektedir. Şüphesiz bu durum taşıma hukuku pratiğini açık ve belirgin kılmaktadır. Meydana gelen bir zarardan dolayı hak sahibinin taşıyıcıya süresinde bildirimde bulunmaması, tüm taşıma sistemleri yönünden taşıyıcının eşyayı sözleşmeye uygun olarak taşıdığına karine oluşturmaktadır. Öte yandan taşıtan veya eşya üzerinde hak sahibi olan göndericinin süresinde bildirim yapma külfetinin yanında eşyanın hasar, ziya ve gecikmeden dolayı zarara uğradığı hallerde ispat hukuku açısından birtakım tedbirler alması elzemdir. Çalışmamızda sadece eşya taşıma hukukundan doğan bildirim sürelerine yer verilmiştir. Bu kapsamda zamanaşımı ve hak düşürücü süre yönünden belirlenen süreler konumuz dışında kaldığından bunlara çalışmamızda yer verilmemiştir.

Anahtar Kelimeler : Hasar, ziya, gecikme, bildirim, taşıma.

ABSTRACT

This study consist of six chapters. In the first part of our study, the legal nature of the concept of notification within the scope of transportation law is mentioned. Then, respectively, land transportation law, air transportation law, maritime transportation law, rail transportation and multimodal transportation law; evaluated separately within the scope of national and international legislation. As can be seen throughout the study, the notification periods regulated in the national legislation coincide with the periods determined by the international conventions. Undoubtedly, this situation makes the practice of transport law clear and distinct. Failure of the right holder to notify the carrier in due time for a damage; It constitutes the presumption that the carrier carries the goods in accordance with the contract in terms of all transportation systems. In our study, only the notification periods arising from the law of transportation of goods are included. Therefore, the statute of limitations and period of prescription are out of our scope.

Keywords: Damage, loss, delay, notification, transportation.

➤ Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 15.08.2022

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 13.06.2023

* Serbest Avukat, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Yüksek Lisans Öğrencisi, avukat.merveuyaroglu@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-5497-1230>.

GİRİŞ

Taşıma sürecinde eşyanın hasara uğraması, zıyaı veya gecikmesinden ötürü meydana gelebilecek zararlardan dolayı hak sahibine ulusal ve uluslararası mevzuatta süreye bağlı olarak dava hakkı tanınmıştır. Taşımadan doğan zararın tazmin edilebilmesinin süreye bağlanmış olması, hukukun belirlilik ilkesine hizmet etmektedir. Zira bildirim süreleri ile hak sahibine yüklenen külfet sayesinde taşıma konusu eşya vakit kaybetmeksizin incelenmekte, eşyanın incelenmesi sürüncemede bırakılmamaktadır. Hak sahibi böylece eşyada zarar meydana geldiyse zararın ne sebepten kaynaklandığını deliller kaybolmadan tespit etme imkanına kavuşmaktadır. Öte yandan taşıyıcı, bu süreler zarfında kendisine bildirim yapılmadığı takdirde eşyayı tam teslim ettiği kabul edileceğinden avantajlı konumda olacaktır. Bildirimin süreye bağlanmış olması taşıyıcının taşıma işlevini daimi bir tazminat tehdidi altında yerine getirmesinin de önüne geçmektedir. Tüm taşıma sistemleri itibariyle hak sahibine benzer külfetlerin getirilmesi taşıma hukukunun belli disiplin altında yürütmesine hizmet etmektedir.

Çalışmamızda salt hasar, zıya ve gecikmeden doğan bildirim süreleri yönünden incelenecek olup ulusal ve uluslararası kanunlarda belirlenen zamanasını süreleri ve hak düşürücü sürelere değinilmeyecektir.

I. BİLDİRİM SÜRESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE HASAR, ZIYA, TESLİM KAVRAMLARININ AÇIKLANMASI

A. HASAR, ZIYA VE TESLİM KAVRAMI

Hasar kavramı eşyanın değerini sürekli olarak etkileyen kötüleşme halidir¹. Örneğin bir tır çamaşır makinesinin taşınma esnasında hatalı istifleme sebebiyle çamaşır makinelerinin kapağının kırılması veya gövdesinin yamulması halinde hasar söz konusudur. Bir grup eşyanın bir kısmında meydana gelen hasar, artık yüke konu tüm eşyanın değerini etkiliyorsa bu sefer tam hasar hali söz konusu olur².

Zıya ise; taşıyıcının taşınmak üzere teslim aldığı eşyayı telef etmesi veya kaybetmesi sebebiyle teslim edememesi halini açıklamaktadır³. Yük tamamen veya kısmen zayi olabilir⁴. Kısmen zıya ise taşıyıcının yükü eksik teslim etmesidir. üç konteyner çilek taşımada gerekli ısı sağlanmadığı için emtianın bozulması hali zıyaya örnektir.

¹ Ülgen, “Hava Taşıma Sözleşmesi”, s. 181.

² Sözer, “Türk Hukukunda Ve Uluslararası Hukukta Havayolu İle Yük Taşıma Sözleşmesi”, s.210.

³ Hüseyin Ülgen, “Hava Taşıma Sözleşmesi”, İstanbul, 1987, s.179.

⁴ Bülent Sözer, “Türk Hukukunda Ve Uluslararası Hukukta Havayolu İle Yük Taşıma Sözleşmesi”, Vedat yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, 2009, s.210.

Taşıma hukukunda taşıyıcının sorumluluğu eşyanın taşıyıcı tarafından teslim alınmasıyla başlamaktadır. Eş deyişle taşıyıcı taşımak üzere teslim aldığı eşyanın zilyedi konumundadır⁵. Türk Medeni Kanunu⁶ m. 973 düzenlemesine göre “şey” üzerindeki fiili hakimiyet zilyetliği oluşturur. Taşıma hukukunda taşıyıcı, taşıma sözleşmesinin konusunu oluşturan eşyayı başka bir taşıyıcıya taşıtabilir. Taşıyıcının ifa yardımcısı kullanması meydana gelen hasar veya zıyadan sorumlu tutulmasını engellemez. Şu halde taşıyıcının eşyaya dolaylı ya da doğrudan zilyet olmasının sorumluluk açısından bir önemi yoktur⁷. Şüphesiz gönderen veya taşıtanın yükü araca yüklemesi ve istiflemesi söz konusu ise taşıyıcının sorumluluğunun başlangıcının tayini yükleme ve istiflemenin sona ermesiyle yapılabacaktır⁸.

Taşıyıcının taşıma borcunu yerine getirerek eşyayı teslim almaya yetkili kişiye devretmesi eşyanın teslimini oluşturur⁹. Dolayısıyla zilyetliği devir ilişkisi sinallagmatik bir hukuki işlem olduğundan yetkili kişiye teslim etmeksizin salt eşyayı kapıya bırakmakla zilyetliği devir işlemi gerçekleşse de teslim etme gerçekleşmez¹⁰. Eşyanın teslim edilme anı yükün boşaltılmasını üstlenen kişiye göre belirlenecektir. Buna göre yükün boşaltılmasını taşıyıcı üstlenmişse boşaltmayı takiben; hak sahibi üstlenmişse bu sefer hak sahibinin yükü boşaltılmasıyla teslim edilme gerçekleşecektir¹¹.

B. BİLDİRİM KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Taşıma hukukunda bildirim; taşıyıcıya taşımayı üstlendiği eşyada meydana gelen nitelik eksikliğine dair hak sahibince açıklamada bulunulmasına yarayan bir hukuki kurumdur¹². Terminoloji yönünden ulusal mevzuatımızda bildirim yerine ihbar kelimesinin kullanıldığı da görülmektedir¹³. Bildirim ile murat

⁵ Kübra Yetiş Şamlı, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Taşıyanın Zıya, Hasar Ve Geç Teslimden Sorumluluğu”, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2013, s. 46.

⁶ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG, T. 08.12.2001, S. 24607.

⁷ Arslan Kaya, “Taşıyıcının Kara Yolu İle Eşya Taşımaya İlişkin Uluslararası Sözleşmemde (CMR) Öngörülen Sorumluluğunun Esasları(II)”, İÜHF, 1998, c. 56, S. 1-4, s. 241.

⁸ Aksoy Yavaş, “Kara Yolunda Konteyner ile Yapılan Yük Taşımada Kayıp veya Hasardan Doğan Sorumluluk”, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 76.

⁹ Yetiş Şamlı, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Taşıyanın Zıya, Hasar Ve Geç Teslimden Sorumluluğu”, s. 53.

¹⁰ Sabih Arkan, “Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu”, Ankara, Türkiye İş Bankası Tesisi, 1982, s. 55;

¹¹ Yetiş Şamlı, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Taşıyanın Zıya, Hasar Ve Geç Teslimden Sorumluluğu”, s. 54-55.

¹² Kübra Yıldız, “Satış Sözleşmesinde Ayıp Bildirimi” 12 Levha Yayıncılık, 1. Bası, 2020, s.7.

¹³ Türk Borçlar Kanunu’nda bildirim kelimesi tercih edilmişken; Türk Ticaret Kanunu’nda

edilen karşı tarafa bilgi vermek, beyanda bulunmaktır. Eşya taşıma hukuku bağlamında hak sahibi, uğradığı zarardan ötürü taşıyıcıya bildirimde bulunmaz ise ilerleyen bölümlerde değinileceği üzere dava hakkını kaybedebilecektir. Şu halde bildirim, hak sahibinin zararını tazmin edebilmesi için izlemesi gereken prosedürün ilk maddesini oluşturmaktadır. Öte yandan eşyanın niteliğinde bir kayıp meydana gelip gelmediğine ilişkin taşıyıcı, hak sahibini bildirimde bulunması için zorlayamaz. Dolayısıyla hak sahibinin yapacağı bildirim külfet niteliğindedir¹⁴.

Bildirim ne zaman sonuç doğuracağı hususu yeri geldikçe her bir taşıma yolu açısından ayrı ayrı irdelenecektir. Bildirim süreleri, taşıyıcıyı daimi tazminat tehdidi altında bırakmaması yönüyle taşıyıcı lehine sorumluluktan kurtulma karinesi teşkil etmektedir. Öte yandan taşıyıcının eşyayı uygun surette taşımadığı durumda ise hasar ve zıyanın ispatı yönünden belirlenmiş kısa bildirim süreleri ispat vasıtalarının zayıflamasının önüne geçerek gönderen/gönderilenin korunmasına hizmet etmektedir¹⁵.

II. KARA TAŞIMA HUKUKUNDA BİLDİRİM SÜRELERİ

A. Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Karayolu ile Taşıma Hukukunda Bildirim Süreleri

Kara taşıma hukuku mevzuatımızda Türk Ticaret Kanunu¹⁶ dördüncü kitap, ikinci kısım, m. 850- m. 930 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu başlık altında konumuz itibariyle TTK m. 889 düzenlemesi ele alınacaktır.

TTK m. 889/1 düzenlemesine göre eşyanın zıyaı veya hasara uğradığı açıkça tespit edilebiliyorsa; gönderen veya gönderilen söz konusu zıya veya hasarı en geç teslim anında taşıyıcıya bildirmekle mükelleftir. Yine eşyanın teslimi her zaman ani edimli olarak gerçekleşmemektedir. Yükün varma yerinde boşaltılması belli bir süreci kapsadığından bildirim de en geç bu sürecin sonunda yapılabileceğinin kabulü gerekir¹⁷. Zira TTK m. 889/1 son cümlesinde

bildirim ve ihbar kelimeleri birlikte kullanılmıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu 'nda ise ihbar kelimesi tercih edilmiştir.

¹⁴ Haluk Tandoğan, “Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri” Cilt I, 6. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 176; Aydın Zevkliler/ K. Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, 18. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018, s. 124; Saibe Oktay Özdemir, “Ticari Satış Sözleşmesinde Ayıp Kavramı”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C. I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 57; İpek Yücer Aktürk, “Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2012, s. 72.

¹⁵ Burak Adıgüzel, “Karayolu ile Yapılan Taşımalarda Taşıyıcının Zıya ve Hasardan Doğan Sorumluluğu” 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s.29.

¹⁶ Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG, T.14.02.2011, S. 27846.

¹⁷ Dursun Al, “Eşya Taşıma Hukukunda Süreler”, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s.47.

zıya ve hasara dayalı olarak yapılacak bildirim yeterince açık ve anlaşılır olması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla teslim anının boşaltma sürecini de kapsamı yapılacak bildirim kapsamı açısından elzemdir. TTK m. 889/5 uyarınca teslim sırasında yapılacak bildirim teslim edene yapılması yeterlidir. Öte yandan taşıyıcı şirketin yetkilisine, taşıyıcının yardımcılara da bildirim yapılması mümkündür¹⁸. Süresi içinde bildirim yapılmadığı halde veya süreye uyulmadığı takdirde taşıyıcının eşyayı uygun olarak teslim ettiği karinesi gündeme gelecektir. Ancak bu karine zıya ve hasardan doğan dava ve talep hakkının düşmesine neden olmaz¹⁹.

TTK m. 889/2 düzenlemesi ise zıya ve hasarın açıkça belli olmadığı ve ancak detaylı inceleme ile ortaya çıkarılabileceği hallerde bildirim eşyanın tesliminden itibaren yedi gün içinde yapılmasını aksi halde taşıyıcının tam teslim karinesinden yararlanacağını hüküm altına almıştır. Bildirimin süresinde yapılıp yapılmadığını gönderen veya gönderilen ispat edecektir. TTK m. 889/4 uyarınca teslimden sonra yapılacak bildirim yazılı olmalıdır. Düzenlemede bildirim ne şekilde yapılacağı ve bildirim varma anı öngörülmemiştir. Şu halde bildirim TTK m. 21/3²⁰ uyarınca yapılması ispat kolaylığı açısından yerinde olacaktır²¹. TTK m. 889/4-c.2’de bildirim telekomünikasyon yoluyla da yapılabileceği düzenlenmiştir. Bize göre bu hüküm hatalı ve maddenin ruhuna uygun değildir. Zira bildirim; telekomünikasyon aracı ile yapılsa bile yazılılık şartı yerine getirilmek zorundadır. Dolayısıyla telefon araması ile bildirim yapılamayacağından düzenlemenin uygulama alanı lafzı itibarıyla oldukça geniştir. Ayrıca bazı yabancı ülkelerde telefon sim kart hattı için abonelik kaydı oluşturma gerekliliği bulunmamakta ve temin edilen hat, hemen kullanıma açılmaktadır. Böyle bir ülkeye yapılan taşımadan kaynaklı hasar, zıya veya gecikmeden ötürü hak sahibinin örneğin whatsapp uygulaması üzerinden bildirimde bulunması her ne kadar yazılılık koşulunu taşısa da bildirim yetkili kişiye karşı yerine getirildiğinin ispatı oldukça güç olacaktır.

TTK m. 889/3 düzenlemesi uyarınca eşyanın süresinde teslim edilmemesi halinde, gönderilenin teslim edilmesi gereken tarihten itibaren yirmi bir gün içinde taşıyıcıya teslim süresinin aşıldığına ilişkin bildirimde bulunması gere-

¹⁸ Gönen Eriş, “Açıklamalı-Gereççeli-İçtihatlı Türk Ticaret Kanununa Göre Taşıma Hukuku”, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s.825.

¹⁹ Türkay Özdemir, “Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku: Ziya ve/veya Hasar Sorumluluğu”, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s.295.

²⁰ TTK m. 21/3 “Telefonla, telgrafla, herhangi bir iletişim veya bilişim aracıyla veya diğer bir teknik araçla ya da sözlü olarak kurulan sözleşmelerle yapılan açıklamaların içeriğini doğrulayan bir yazıyı alan kişi, bunu aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde itirazda bulunmamışsa, söz konusu teyit mektubunun yapılan sözleşmeye veya açıklamalara uygun olduğunu kabul etmiş sayılır.”

²¹ Eriş, “Açıklamalı-Gereççeli-İçtihatlı Türk Ticaret Kanununa Göre Taşıma Hukuku”, s.824.

kir. Bu süre içinde bildirim yapılmaması gönderilenin gecikmeden doğan haklarını kullanmasını engelleyecektir. Eşya hiç teslim edilmezse artık gecikmeye dair hükümler değil tam zıya haline ilişkin hükümler uygulanacaktır²². Tam zıya halinde bildirimde gerek yoktur.

Anılan süreler taşıyıcıyı koruma amacı güttüğünden TTK m. 854 uyarınca taşıyıcı aleyhine kısaltılamaz²³. Görüldüğü üzere bildirim; süresinde, zıya ve hasardan sorumlu kişiye yapılması; yazılılık şekil şartının ve bildirim için kullanılan iletişim aracının ispatı açık ve kolay kılmasına özen gösterilmesi, taşıyıcıya yöneltilecek taleplerin sıhhati açısından dikkat edilmesi gerekli esaslı unsurlardır.

B. Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR) Konvansiyonu Kapsamında Bildirim Süreleri

1956 tarihli CMR Konvansiyonu²⁴ bugün 58 ülkenin taraf olduğu²⁵ uluslararası kara taşıma hukuku uygulamalarını büyük ölçekte yeknesaklaştırmasıyla hukuki güven ve belirliliğe katkı sağlamaktadır²⁶. Bir önceki başlıkta incelediğimiz TTK Taşıma İşleri kitabının düzenlenmesinde büyük etkisi bulunan Konvansiyonun²⁷, Yargıtay pratiği oldukça fazladır. CMR Konvansiyonu kısaca şu şartlarda uygulama alanı bulmaktadır²⁸:

- Uluslararası taşıma sözleşmesinin varlığı,
- taşıma sözleşmesinin taraflarından birinin CMR'ye taraf olması,
- taşıma sözleşmesiyle eşya taşınması
- karayolunda kullanılan bir eşya taşıma aracıyla taşınması olarak özetlenebilir.

²² TTK m. 874/1 “Eşya, taşıma süresini izleyen yirmi gün içinde teslim edilmezse, hak sahibi ona zayi olmuş gözüyle bakabilir. Sınır ötesi taşımalarda bu süre otuz gündür.

²³ TTK m. 854 “Kanunun, taşıyıcıya, taşıma işleri komisyoncusuna ve faaliyetleri Devlet iznine bağlı taşıma işletmelerine yüklediği sorumlulukların, önceden hafifletilmesi veya kaldırılması sonucunu doğuran tüm sözleşme hükümleri geçersizdir. Bu hükümlerin, işletme tüzüklerinde, genel işlem şartlarında, biletlerde, tarifelerde veya benzer diğer belgelerde öngörülmüş olmaları hâlinde de hüküm aynıdır.

²⁴ Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR), Konvansiyonun orijinal metinlerinden İngilizce metni için bkz: (Çevrimiçi) <https://www.jus.uio.no/lm/un.cmr.road.carriage.contract.convention.1956/doc.html> ET: 10.04.2022, Onaylama Kararnamesi, RG, T. 04.01.1995, S. 22161.

²⁵ https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XI-B-11&chapter=11&clang=_en (Çevrimiçi), E.T. 10.04.2022

²⁶ Arkan, “Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu”, s.8; Alihan Aydın, “CMR’ye Göre Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu”, İstanbul, Beta Yayınevi, 2002, s. 22.

²⁷ TTK gerekçesi metn için bkz: (Çevrimiçi) <https://www.muglabarosu.org.tr/Upload/files/pdf/TTK%20Madde%20Gerek%C3%A7leri.pdf> E.T. 10.04.2022.

²⁸ Muktedir Lale, “CMR Konvansiyonu’nun Uygulama Alanı”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 5, S.51, Kasım-2010, s. 63-72.

CMR m. 30 ile bildirim süreleri düzenlenmiştir. Buna göre gönderilen, teslim anında eşyanın açıkça hasar veya zıyaa uğradığını tespit edebiliyorsa teslimle birlikte hasar ve zıyayı taşıyıcıya bildirmelidir. CMR m.30/1'e göre yükün durum kontrolünü taşıyıcı ve gönderilen birlikte yapmalıdır. Yükte hasar veya zıya olması halinde teslim anında tarafların tutanağı birlikte tanzim ederek imza altına alması bildirim süresine uyulduğunu ispat edecektir²⁹. CMR m. 30/5 yükün teslim anında durum kontrolünün yapılması esnasında gönderilen ve taşıyıcının makul kolaylığı birbirine göstermesi gerektiğini düzenlemiştir. Teslim sırasında hasar ve zıya açıkça tespit ediliyor ancak taşıyıcının tutanağı imzadan kaçınması halinde zararın ispatı açısından bağımsız bir ekspertiz şirketi aracılığı eşliğinde, resmi makamların gözetiminde yahut teknolojik imkanlar vasıtasıyla yükün boşaltma anının kayıt altına alınması gönderilenin ispat külfeti açısından önem taşıyacaktır.

Gönderilen, yükte hasar ve zıya olduğu hallerde bildirim külfetini usulüne uygun olarak yerine getirdiği takdirde ispat yükü taşıyıcı aleyhine yer değiştirir. Artık yükün sözleşmeye uygun olarak teslim edildiğinin ispatı taşıyıcıya ait olur³⁰.

Gönderilen, yükteki hasar ve zıyayı belli bir inceleme ile zarar tespit edilebiliyorsa taşıyıcıya yedi gün içinde hasar ve zıyayı bildirmelidir. Aksi halde yükün sevk mektubunda yazıldığı gibi teslim alındığı kabul edilir. CMR m.30/2'ye göre yedi günlük sürenin hesabında pazar ve resmî tatil günleri dikkate alınmaz.

CMR m. 30/3 gönderilene, yükün geç teslim edilmesi sebebiyle istenecek tazminat için yirmi bir günlük süre içinde yazılı bildirim külfeti yüklemiştir. Geç teslimden doğan bildirim süresinin hesabında hasar ve zıyadan doğan bildirim aksine pazar ve resmi tatil günleri süre hesabında dikkate alınacaktır. Yükün taşıma süresinin veya teslim tarihinin CMR m. 6/2-f doğrultusunda sevk mektubuna derç edilmesi geçerlilik şartı değildir. Ancak sevk mektubunda teslim süresinin yer alması şüphesiz geç teslimden doğan zararın ispatını kolaylaştırır. Yükün teslim tarihinin sevk mektubunda yer alan diğer kayıtlar-

²⁹ Yargıtay 11. HD, E. 2016/3487, K. 2017/5340, T. 16.10.2017 “Somut olayda, davacı, taşınan emtianın gönderilene teslimi esnasında emtianın hasarlandığına ilişkin tutanak tutulduğunu, bu tutanağın taşımayı yapan aracın sürücüsü tarafından da imzalandığını iddia etmiş ve üzerinde “24 Karton Defekt 07.08.2014” meşruhatı bulunan ... imzalı tutanağı sunmuştur. Bu durumda, mahkemece hasar tutanağını imzalayan ...'ın kim olduğunun araştırılması, dava konusu taşınanın gerçekleştirildiği aracın sürücüsü olduğunun tespiti halinde davalının hasardan sorumlu olduğunun kabulü ile tarafların sunduğu deliller değerlendirilerek hasar miktarının tayini gerekirken tutanakta imzası bulunan ...'ın kimliği hakkında bir araştırma yapılmaksızın eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.” (Yargıtay Karar Arama E.T. 10.04.2022)

³⁰ Demet Yürük Yeniocak, “CMR Hükümleri Uyarınca Taşıyıcının Sorumluluktan Kurtulması”, Seçkin Yayıncılık 1. Bası, 2019, s.167.



dan anlaşılabilmesi halinde ticari teamülün nasıl işlediğine bakılır³¹. Örneğin uluslararası karayollarında izin verilen sürüş saatleri, hava koşulları, gümrük bekleme süreleri, gönderen tarafından verilen talimat, aracın türü gibi birçok etken makul taşıma süresini tespit için ölçüt olarak kullanılmaktadır³². CMR m. 19 düzenlemesiyle de gayretli bir taşımacının ihtiyacı olan süreyi aşan hal varsa taşımada gecikmenin gerçekleştiği kabul edilmiştir.

CMR m. 30/4 uyarınca hem hasar ve zıyadan hem de gecikmeden kaynaklı bildirim süre hesabında teslim, kontrol ve yükün alıcıya verildiği tarihlerin dikkate alınmayacağını düzenlemiştir.

III. HAVA TAŞIMA HUKUKU KAPSAMINDA BİLDİRİM SÜRELERİ

A. Genel Olarak

Havayolu ile taşıma düzenlemeleri mevzuatımızda 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu³³ (TSHK) 'nda yer almaktadır. TSHK m. 106 uyarınca bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler, uluslararası sözleşmelerde de hüküm yoksa TTK hükümleri uygulanır.

1999 tarihli Montreal Konvansiyonu³⁴ (MK), 137 ülkenin taraf³⁵ olduğu, hava taşıma hukukunu yeknesaklaştırma amacı güden Varşova Konvansiyonu'nun tadil edilmiş güncel versiyonudur³⁶. MK m.1/2 uyarınca bu konvansiyonun uygulanabilmesi için hava taşıma aracının hareket ülkesi ve varma ülkesinin konvansiyona taraf olması gerekmektedir. Konvansiyona taraf ülkeler, taraf olmayan üçüncü bir ülke içinde hava taşıma aracının durmasını kararlaştırmışsa yine konvansiyon hükümleri uygulanacaktır. Şu halde sözleşmeye taraf ülkeler arasında, hava aracı ile yapılacak bagaj, yük, yolcu taşımaları için taşıma sözleşmesinin ücreti içerir şekilde düzenlenmesi halinde Montreal hükümleri uygulanır.

B. Türk Sivil Havacılık Kanunu ve Montreal Konvansiyonu Kapsamında Bildirim Süreleri

TSHK m. 128 hasar ihbarı başlığı altında bildirim süreleri düzenlenmiştir. Montreal Konvansiyonu'nda bildirim süreleri m. 31'de düzenlenmiştir. TS-

³¹ Arkan, Taşıyıcının Sorumluluğu, s. 63.

³² Ziya Akıncı, s.95, Arkan, s.63.

³³ Türk Sivil Havacılık Kanunu, Kanun Numarası: 2920, Kabul Tarihi: 14.10.1983, RG, T. 19.10.1983, S. 18196.

³⁴ Montreal Konvansiyonu, RG, T. 01.10.2010, S. 27716.

³⁵ https://www.icao.int/secretariat/legal/list%20of%20parties/mtl99_en.pdf, E.T. 16.04.2022.

³⁶ Konu kapsamını genişleteceğinden hava taşıma hukukunun uluslararası alandaki tarihçesine yer verilmeyecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Tuba Birinci Uzun, "Uluslararası Hava Taşımacılığında Taşıyıcının Sorumluluğu", Ankara, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, 2020.

HK’da bildirim süreleri Montreal Konvansiyonu m.31’e paralel olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple her iki düzenleme birlikte ele alınacaktır.

Bagaj veya yükün teslim almaya yetkili kişi tarafından teslim alınırken herhangi bir itirazda bulunulmaması yükün/bagajın teslim belgesine uygun olarak teslim edildiği karinesi doğacaktır (TSHK m.128/1, MK m.31/1). Hasar söz konusu ise karinenin aksini ispat için yolcu bagajı ve yük açısından ayrıma gidilmiştir. Buna göre bagaj hasarında teslimle birlikte hasar açıkça görülüyorsa taşıyıcıya derhal bildirilmeli, belli bir incelemeden sonra hasar tespit edilebiliyorsa teslimden itibaren en geç yedi gün içinde taşıyıcıya bildirimde bulunulmalıdır. Yükün hasara uğradığı hallerde hasar açıkça tespit edilebildiği hallerde derhal, inceleme ile tespit ediliyorsa teslimden itibaren bildirim on dört gün içinde bildirim yapılmalıdır. Kanuna göre gecikme söz konusu ise ayrıma gidilmeksizin teslimden itibaren yirmi bir günlük bildirim süresi belirlenmiştir (TSHK m.128/2, MK m.31/2). Anılan bu süreler dikkat edileceği üzere bagaj veya yükün salt hasara uğraması hali için belirlenmiştir. Bagaj veya yükün zıyayı halinde ise bildirim süresine tabi olmaksızın taşıyıcı zıyadan sorumludur³⁷.

Taşıyıcıya yapılacak bildirim için yazılılık şekli şartı öngörülmüş olup taşıma belgesine işlenecek kayıt da bildirim için yeterlidir (TSHK m.128/3, MK m.31/1-3). Belirlenen süreler uyulmaması halinde taşıyıcının hileli davranması hali saklı tutularak taşıyıcıya dava açılmayacağı düzenlenmiştir (TSHK m.128/4, MK m.31/4). Bildirimde sürenin aşılması halinde açıkça dava açma hakkının kaybedilmesi söz konusu olduğundan bize göre süreler hak düşürücü süre niteliğindedir.

Taşıma, akdi taşıyıcı yerine fiili taşıyıcı(lar) tarafından yerine getirilmişse bildirim taşımayı gerçekleştiren diğer taşıyıcılara karşı da yapılabilir (TSHK m.129, MK m.42).

IV. DENİZYOLU İLE TAŞIMA HUKUKU KAPSAMINDA BİLDİRİM SÜRELERİ

A. TTK Uyarınca Bildirim Süreleri

TTK’nın 5. Kitabı olan Deniz Ticareti m. 931-1400 arasında düzenlenmiştir. Denizyolu ile yapılan taşımalarından kaynaklı bildirim süresi m.1185 ile düzenlenmiştir. TTK m.1885/1’e göre ziya ve hasar gündeme gelmişse gönderilen, en geç eşyanın teslimi sırasında taşıyana³⁸ yazılı olarak bildirmekle

³⁷ Nurdan Orbay Ortaç, “Havayolu İle Taşımalarda Bagajın Zıyayı Veya Hasara Uğraması Nedeniyle Doğan Âkdi Sorumluluk” TBB Dergisi, S.114, 2014, s.160.

³⁸ Diğer taşıma türlerinde taşıyıcı ifadesi kullanılırken taşıyan kavramı, mevzuatımızda terminolojik olarak deniz ticaret hukuku yönünden kullanılmaktadır. Ayrıntılı Bilgi için bkz. Burak Adıgüzel, Multimodal Taşımalarda Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 8.



yükümlüdür. Eşyada meydana gelen zıya veya hasar ilk bakışta tespit edilemiyorsa, gizli bir hasar söz konusuysa bu sefer eşyanın gönderilene tesliminden itibaren aralıksız olarak hesaplanacak üç günlük süre içinde taşıyana bildirim yapılmalıdır. Taşıyana yapılacak ihbarnamede zıya ve hasarın sebebine ilişkin genel bir açıklama yapılması yeterli sayılmıştır. Uygulamada eşya gemiden boşaltılırken kargo zaptı tanzim edilmekte olup düzenlenen bu tutanakta zıya veya hasarın sebebine ve niteliğine yer verilmektedir³⁹. TTK m. 1184 düzenlemesi uyarınca da gönderilen, inceleme giderini karşılamak kaydıyla yetkili makam veya uzmanlara eşyanın vaziyetini tespit ettirebilir. Mümkün olduğu müddetçe inceleme sırasında taşıyan veya temsilcisi de hazır bulundurulur. Yapılan inceleme sonucunda yükte zıya veya hasar tespit edilirse yapılan inceleme gideri taşıyana yükletilebilir. TTK m. 1185/2 uyarınca eşyanın incelenmesi sırasında taşıyan veya temsilcisinin hazır bulunduğu hallerde bildirim gerek olmadığı düzenlenmiştir⁴⁰. Yine TTK m. 1185/3 uyarınca yapılacak inceleme sırasında gönderilen ve taşıyan gerekli kolaylığı sağlamakla yükümlüdür. TTK m. 1885/4 uyarınca gönderilen inceleme yapmadan yükü kabul etmişse veya taşıyana süresinde bildirimde bulunmamışsa yükün usulüne uygun teslim edildiği karinesi uygulama alanı bulacaktır⁴¹.

³⁹ Ezgi Hepgülerler, “Denizyolu ile Gerçekleştirilen Konteyner Taşımacılığının Yükleme, İstif, Boşaltma ve Teslim Aşamalarında Görev Alanların Hukuki Sorumlulukları”, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011, s. 100.

⁴⁰ İstanbul BAM 12. HD, E. 2017/663, K. 2018/908, T. 10.07.2018, “ 20.02.2014 tarihli Tarafından tanzim edilen teslim kuponuna göre ;(teslim kuponunda yüke ait tüm özellikler yazılıdır.)” alıcı acentesi ...,tarafından teslim alındığı ve teslim tutanağına “boşaltma anında kabuksuz antep fıstığı içeren 80 adet çuvalda belirgin küf izleri ve çuvalların ıslak olduğu tesbit edilmiştir. Malların maruz kaldığı tüm hasarları değerlendirmek hakkını saklı tutarız” denilmiştir. Buna göre alıcı tarafından mallar TTK nun 1185 maddesine uygun şekilde hasar ihbarı yapılmış olup ;sorumluluğa ilişkin karinelerin buna göre değerlendirilmesi gerekmektedir.” (emsal.uyap.gov.tr)

⁴¹ Yargıtay 11. HD. E. 2015/1650, K. 2015/8644, T. 23.06.2015 “Somut olayda yargılama sırasında görüşüne başvurulmuş ve konusunda uzman bilirkişi heyetinin raporunda da belirttikleri gibi, taşıma sırasında kullanılan konteynırların hasarlı olup olmadığına ilişkin bir tespit bulunmadığı gibi, söz konusu konteynırlar üzerinde de bir inceleme yapılamamıştır. Bununla beraber, dava konusu yükün dava dışı sigortalıya limanda teslim tarihi 10/08/2010 tarihi olup, hasara ilişkin tutulan 31/08/2010 tarihli tutanak ise sigortalı alıcının deposunda tutulmuştur. Bu tutanakta davalı veya temsilcisinin imzası olmadığı gibi, yükün limandan dava dışı sigortalının deposuna kadar olan kara taşımasının da anılan davalı tarafından yapılmadığı da sabittir. Yine, davalıya yapılan hasar ihbarı da 08/10/2010 tarihli olup, süresinde yapılmadığı aşikardır. Hal böyle olunca TTK’nın 1066/3 maddesi uyarınca zararın taşıyanın mesul olmayacağı bir sebepten ileri geldiği sonucu doğmaktadır. Bu durumda davalı A. Taşıma Hizmetleri A.Ş. lehine oluşan karinenin aksinin ispatı noktasında ortaya çıkan durum dosya kapsamı itibarıyla değerlendirildiğinde, yükte meydana gelen ıslanmanın deniz suyu ile olmadığı tartışmasız olmakla beraber, hasarın taşımanın hangi aşamasında olduğu davacı tarafından açıkça ortaya konabilmiş değildir. TTK’nın 1066/ son maddesi anlamında taşıyanın da hazır bulunduğu bir hasar tespiti olmadığı hususu sabit

TTK m. 1185/5'e göre taşıyanın eşyayı teslimde gecikmesi halinde; gönderilen, kararlaştırılmış teslim tarihinden itibaren başlayacak altmış günlük süre içinde taşıyana yazılı bildirim yapılmalıdır. Aksi halde gönderilen, gecikmeden doğan zararın tazminini taşıyandan isteyemez. TTK m. 1185/6'e göre eşya fiili taşıyan tarafından teslim edilmişse bildirim fiili taşıyana yapılabileceği gibi asıl taşıyana da yapılabilir. Dolayısıyla taşıyan ad ve hesabına çalışan herkese karşı yapılacak hasar, zıya ve gecikmeden kaynaklı bildirim aynı sonucu doğurur. TTK m. 1185 düzenlemesi özetle bir bütün halinde değerlendirildiğinde bildirim süreleri tam zıya halinde uygulanamayacağı görülür. Zira tam zıya halinde artık eşyadan ekonomik bir menfaat beklenmemekte olup gönderilene yükletilen bildirim külfeti işlevini yitirmektedir.

B. Lahey Kuralları Kapsamında Bildirim Süreleri

Deniz Ticaret Hukuku'nun uluslararası düzeyde yeknesaklaştırılması ve lojistik sektöründe yaşanan gelişmeler doğrultusunda meydana gelen yeni hukuki sorunlara çözüm bulma adına birçok çalışma yapılmıştır. Türkiye, bu çalışmalardan ilki olarak sayılabilecek ve 25.08.1924 tarihli Lahey Kuralları olarak anılan sözleşmeye "Konişmentoya Müteallik Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkında Milletlerarası Sözleşme"⁴² ile taraf olmuştur. Lahey Kuralları, m. 10 uyarınca sözleşmeye taraf devlet sınırları içinde yapılan tüm konişmentolu taşımalar için uygulama alanı bulur. Değişen ihtiyaçlar sebebiyle Visby Protokolü⁴³, Hamburg Kuralları⁴⁴, Rotterdam Kuralları⁴⁵ düzenlenmiş ve bu antlaşmalara Türkiye taraf olmamıştır. Lahey Kuralları m. 3/6 uyarınca eşya, boşaltma limanında tahliye edilirken, teslim almaya yetkili taraf eşya üzerinde

olduğuna göre, mahkemece, taşımanın kara ayağı esnasında meteoroloji raporlarına göre yağmur olmadığının tespitinin anılan karinenin aksini ispat hususunda yeterli olmayacağı nazara alınmadan yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir." (Yargıtay Karar Arama)

⁴² RG, T. 22.02.1955, S. 8937.

⁴³ Brüksel'de 19.02.1968 - 23.02.1968 tarihleri arasında yapılan konferans ile Lahey Kuralları'nda Visby Protokolü ((Protocol to amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading, signed at Brussels on 25th August 1924) ile değişiklik yapılmıştır. Kübra Yetiş Şamlı, "Lahey-Lahey/Visby, Hamburg Ve Rotterdam Kuralları'nda Sefere Elverişlilik" "ÜHF-LXXI-2" , 2013, s.479.

⁴⁴ 31.03.1978 tarihli The United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea". Konvansiyon 1.11.1992'de yürürlüğe girmiştir. <https://uncitral.un.org/E.T.11.05.2022>.

⁴⁵ "United Nations Convention On Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea". Aralık 2008'de kabul edilen ve Rotterdam Kuralları olarak bilinen, Malların Tamamen veya Kısmen Deniz Yoluyla Uluslararası Taşımacılığına İlişkin Sözleşmelerle İlişkin BM Sözleşmesi. 1924 tarihli Lahey Kuralları, 1968 tarihli Lahey-Visby Kuralları ve 1978 tarihli Hamburg Kuralları gibi bu alandaki daha önceki uluslararası sözleşmelerin modern bir halefidir. <https://uncitral.un.org/E.T.11.05.2022>.



açıkça görülebilen hasar veya zıya halinde bu durumu koniştirmento üzerine not düşerek taşıyıcıya derhal bildirimde bulunmalıdır. Söz konusu hasar bildirimini, şüphesiz yazılı olmak kaydıyla gönderilen tarafından her şekilde yapılabilir. Eşyanın niteliğinden açıkça anlaşılamayan hasar veya zıya halinde ise, gönderilen üç gün içinde durumu yazılı olarak taşıyana bildirmekle mükelleftir. Anılan sürelele uygun bildirim yapılmaması veya bildirim geç yapılması halinde ise taşıyanın koniştirmentoya uygun bir taşıma gerçekleştirdiği karinesi gündeme gelecektir. Lahey Kuralları m. 3/5 düzenlemesine göre eşyanın gemiye yüklenmesi sırasında taşıyanın sorumluluğu yoksa, yükletenin koniştirmentoya aykırı davranmasından doğan zarar sebebiyle taşıyana yükletilemez. Ayrıca Lahey Kuralları m. 4/5 uyarınca kasıt ve ağır kusur sebebiyle gönderilenin zarara uğraması halinde de yine aynı bildirim süreleri uygulanmaya devam edilir. Lahey Konvansiyonu'nda gecikmeye ilişkin bildirim süresi düzenlenmemiştir.

V. DEMİRYOLU İLE TAŞIMA HUKUKU KAPSAMINDA BİLDİRİM SÜRELERİ

A. TTK Kapsamında Demiryolu ile Taşıma Hukukunda Bildirim Süreleri

Demiryolu ile taşıma hukukundan kaynaklı uyuşmazlıklara TTK ulusal mevzuat kapsamında TTK hükümleri uygulanır⁴⁶. TTK m. 852 düzenlemesi uyarınca demiryolu taşımasına ilişkin özel düzenleme varsa öncelikle özel düzenleme uygulanacak; özel düzenlemede hüküm bulunmaması halinde ise TTK hükümleri (m. 850-930) uygulanacaktır. Osmanlı Devleti zamanında yürürlüğe giren 1872 tarihli “Rumeli Demiryollarının Umur-u Nakliyesi Hakkında Nizamname”⁴⁷ günümüzde halen yürürlükte olmasına rağmen Yargıtay kararlarında uygulama alanı bulmamaktadır⁴⁸. Dolayısıyla ulusal kapsamda meydana gelen demiryolu taşımacılığında kaynaklı uyuşmazlıklarda genel düzenleme olan TTK hükümleri uygulama alanı bulmaktadır. Çalışmamızın I. Bölümünde kara taşıma hukuku kapsamında TTK m. 889 düzenlemesine değinildiğinden bu bölümde ayrıca yer verilmeyecektir.

⁴⁶ TTK m. 852 gerekçesi: “Bu maddenin uygulamasında, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerin, şartları oluşmuşsa, öncelikle uygulanacağı sabittir. Dolayısıyla, demiryolu taşımalarında da 250 COTİF/CIM-CIV'in uygulama alanı bulunduğu hallerde doğrudan o milletlerarası sözleşmeler, aksi halde Tasarının Dördüncü Kitabı hükümleri uygulanacaktır. “ <https://www.muğlabarosu.org.tr/Upload/files/pdf/TTK%20Madde%20Gerek%C3%A7leri.pdf> E.T. 11.05.2022.

⁴⁷ Padişah Fermanı ile yayınlandığı tarih: 6 Mayıs 1288; 18 Mayıs 1872 Takvimi Vakayı , 1 Cilt: 4 Sayfa: 483; RG, T. 31.05.1927, S. 598 ile yayınlanan 1042 sayılı kanun geçici m.4 uyarınca nizamname halen yürürlüktedir.

⁴⁸ Gülfer Meriç, “Demiryolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik'in Uygulama Alanı ve Yönetmelik Uyarınca Demiryolu Tren İşletmecisinin Sorumluluğu” , İstanbul Hukuk Mecmuası , 79(3), 2021, s. 841.

B. COTIF-CIM Uyarınca Bildirim Süreleri

Uluslararası demiryolu taşımacılığında temel ve ortak hukuk düzeni oluşturmak amacıyla 09.05.1980 tarihinde COTIF⁴⁹ Konvansiyonu kabul edilmiştir. Demiryolu yük taşımacılığı özelinde ise COTIF konvansiyonu ek-B olarak CIM⁵⁰ sözleşmesi kabul edilmiştir. COTIF konvansiyonuna toplam 52 ülke taraf⁵¹ olup, Türkiye 21.03.1985 tarihinde Bakanlar Kurulunca 3172 sayılı Kanun ile kabul edilmiş olup, 01.05.1985 günü yürürlüğe girmiştir⁵².

CIM m. 1 uyarınca sözleşmenin uygulama alanı aşağıdaki gibidir:

- Taşımanın üye devlet demiryolları arasında gerçekleşmesi ve bu demiryollarının konvansiyonu yürüten merkez ofis⁵³ tarafından listeye alınmış olması⁵⁴
- Taşınan eşyanın üye devlet demiryollarından geçerken yasaklanmamış türde olması (kamu düzeni, kamu sağlığı açısından tehlike barındıran eşyalar, niteliği sebebiyle ilgili devletin posta teşkilatının görevine giren eşyalar, taşınması yasak olan veya taşımaya elverişli olmayan eşyalar bu kapsamdadır) Tehlike eşya taşımacılığına konu eşyalar için COTIF-RID sözleşmesi uygulama alanı bulur.
- Taşınması için özel koşul belirlenmiş eşyaların bu şartlara uygun taşınması
- Demiryolu taşınmasına ilişkin tüm süreci içeren nitelikte yük senedi düzenlenmiş olması⁵⁵
- Taşıma başlamadan önce eşya ile birlikte yük senedinin de demiryoluna teslim edilmiş olması
- Taşımanın ücret karşılığında yapılması

⁴⁹ Fransızca adı “La Convention relative aux transports internationaux ferroviaires”, İngilizce adı ise “The Convention Concerning International Carriage By Rail”, Türkçe çevirisi ise “Uluslararası Demiryolu Taşımalarına İlişkin Sözleşme”, otif.org, E.T. 12.05.2022

⁵⁰ Appendix B - Uniform Rules concerning the Contract for International Carriage of Goods by Rail , Türkçe çevirisi “Uluslararası Demiryolu Eşya Taşıma Sözleşmesi” , otif.org, E.T. 12.05.2022

⁵¹ otif.org, E.T. 12.05.2022.

⁵² RG, T. 27.03.1985, S. 18707.

⁵³ Merkez ofis, CIM m. 9 uyarınca sekreteryaya görevi görmektedir.

⁵⁴ CIM m.2, m.9 m.10 uyarınca üye devletler tamamlayıcı hükümler düzenleyebilir. Konumuz kapsamına girmediğinden detaylı değinilmeyecektir.

⁵⁵ Demiryolu taşınmasında CIM m.11 düzenlemesinden görüleceği üzere taşıma sözleşmesi akdedilmesi diğer konvansiyonlardan farklı olarak zorunlu değildir. Asıl olan yük senedinin düzenlenmiş olmasıdır. Birden çok yük senedi düzenlenmesi halinde COTIF-CIM sözleşmesi uygulama alanı bulmayacaktır. Özdemir, s.55.



COTIF-CIM m. 57 hükmü; hak sahibi tarafından gecikme, hasar, kayıp halinde süresinde demiryoluna bildirimde bulunulmazsa talep ve dava hakkının düşeceğinin düzenlenmesiyle başlamaktadır. COTIF-CIM m. 57 düzenlemesinin devamında talep ve dava hakkının sona ermeyeceği haller düzenlenmiştir. Buna göre hak sahibi tarafından eşyayı teslim almadan önce kayıp ve hasar açıkça saptanabiliyorsa bildirim süresine tabi olmaksızın demiryolu sorumlu tutulur. COTIF-CIM m. 52 uyarınca kayıp ve hasar halinde demiryolu tarafından inceleme ve tespit yapılmalı ayrıca buna ilişkin tutanağın bir sureti hak sahibine verilmelidir. Bu hususa demiryolu hatası sebebiyle uyulmamış ise hak sahibi talep ve dava yolunu kullanabilir. Yine COTIF-CIM m. 57 uyarınca hak sahibi tarafından demiryolunun ağır kast ve kusuru sebebiyle eşyanın zarara uğradığı ispat edilirse talep ve dava hakkı bildirim süresine tabi olmaksızın ileri sürülebilir.

Eşya üzerindeki hasar ve kayıp, hak sahibince teslim alındıktan sonra yapılacak inceleme neticesinde anlaşılabilirse bu sefer demiryoluna en geç eşyanın teslim alınmasını takip eden yedi gün içinde COTIF-CIM m. 52 uyarınca inceleme yapılması için başvuru yapılmalıdır. Hasar, kayıp ve gecikme hallerinde yapılacak süre hesabında tatil günleri dikkate alınacak olup sürenin son günü tatil gününe rastlarsa ilk iş günü süre dolmuş sayılır⁵⁶. Zararın demiryolu taşıması esnasında gerçekleştiğine ilişkin ispat külfeti, düzenleme ile hak sahibi üzerindedir.

COTIF-CIM m. 38 uyarınca eşya ayrı hükümlere tabi bir sevk işlemleri sırasında kısmi kayıp veya hasara uğrarsa ve zararın hangi sevk sırasında gerçekleştiği belirlenemez ise ikinci sevk işlemi sırasında zarara uğradığı karinesi gündeme gelir. Bildirim süresinin başlangıcı hak sahibine teslim anıdır⁵⁷.

Eşyanın geç teslim edilmesi durumunda hak sahibi almış gün içinde alıcı demiryolu /gönderici demiryolu /gecikmeye sebep olan demiryollarından birine karşı bildirimde bulunmalıdır. COTIF-CIM m. 55 uyarınca alıcı demiryolu eşyayı ve yük senedini teslim almamış olsa dahi sorumluluktan kurtulamayacaktır. Gecikme hükümlerinin uygulanabilmesi için eşya geç de olsa hak sahibine teslim edilmelidir. COTIF-CIM m. 39 uyarınca eşya teslim edilmesi gereken tarihten itibaren sayılacak otuz gün içinde teslim edilmezse demiryoluna yapılacak bildirim ile kaybolmuş sayılabilir. Bu durumda geç teslim ile ilişkin hükümler değil, tam zıya ile ilişkin hükümler uygulanır. COTIF-CIM sözleşmesinde bildirim şekline ilişkin düzenleme bulunmamakla birlikte ispat kolaylığı açısından bildirim yazılı yapılması isabetli olacaktır.

⁵⁶ Özdemir s. 295.

⁵⁷ Al, "Eşya Taşıma Hukukunda Süreler" s.117.

VI. MULTİMODAL TAŞIMALARDA UYGULANACAK HUKUK KAPSAMINDA BİLDİRİM SÜRELERİ

A. TTK Kapsamında Bildirim Süreleri

Multimodal taşımalar, bir taşıma işinin birden fazla taşıma sistemi ile ve bu sistemlere uygun taşıtlar kullanılarak gerçekleştirilen taşıma şeklidir⁵⁸. TTK Değişik Tür Araçlarla Taşıma başlığı altında düzenlenen m.902- m.905 hükümleri bu taşıma modu açısından uygulama alanı bulacaktır. TTK m. 902 uyarınca bir taşımanın multimodal sayılabilmesi için aşağıdaki şartların bir arada bulunması gerekir.

- Eşya taşınmasına ilişkin sözleşmenin tüm taşıma sürecini içeren bütünlükte olması
- Taşımaya konu eşyanın değişik tür araçlarla taşınması
- Taraflar taşımanın farklı ayakları için ayrı sözleşmeler kuracak olsaydı tüm bu taşımalar açısından farklı hükümler uygulama alanı bulmalı
- TTK hükümleri ile milletlerarası sözleşmelere ilişkin hükümlerin paralel olması.

Multimodal taşımalar yönünden uygulanacak bildirim süreleri TTK m. 904 düzenlemesi doğrultusunda belirlenir. Şu halde multimodal taşıma sürecinde TTK m. 904/1 uyarınca zararın hangi aşamada meydana geldiği önemsenmeksizin yapılacak bildirimlerin süresi TTK m. 889'a tabidir⁵⁹. TTK m. 904/2 uyarınca multimodal taşımanın son kısmı için ayrı bir sözleşme yapılıyorsa o taşıma sözleşmesinin tabi olduğu hükümler doğrultusunda bildirim yapılırsa zarar bildirim süre ve şekle uygun olarak yapılmış sayılır.

B. BM Cenevre Konvansiyonu Uyarınca Bildirim Süreleri

Uluslararası nitelikteki multimodal taşımaların ayrı bir taşıma yöntemi olarak değerlendirilmesine dayalı ortak hukuk düzeni oluşturmak amacıyla farklı çalışmalar yapılmış; ancak gerek ihtiyaçları tam karşılamaması gerek yürürlük şartları yerine getirilmediği için bu çalışmalar uygulama alanı bulamamıştır⁶⁰. Her ne kadar uygulama alanı bulamasa da bu çalışmalardan Birleşmiş Milletler Multimodal Taşımalar Hakkında Cenevre Konvansiyonu⁶¹ ve UNCTAD/ICC

⁵⁸ Süleyman Kıran, "Karayoluyla Gerçekleştirilen Taşımalarda TTK'nın Taşıma İşleri Kitabı'nda İhdas Edilen Hükümlerin Uygulanması Açısından Taşıt Kavramının Etkisi" YBHD, C.1, S.1 , 2016, s.303.

⁵⁹ Bkz. I. Bölüm.

⁶⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir, s. 82-83

⁶¹ "United Nations Conference on a Convention on International Multimodal Transport "24.05.1980 günü imzacı devletlerin onayına sunulmuş ancak yürürlük kazanamamıştır. https://unctad.org/system/files/official-document/tdmtconf17_en.pdf E.T. 12.05.2022.

kuralları⁶² günümüzde yol gösterici niteliğini korumaktadır⁶³.

Multimodal taşımalar özelinde taraflar, taşıma sözleşmesini uygulanmakta olan uluslararası sözleşmeleri baz alarak kurabilir veya sözleşme serbestisi çerçevesinde yukarıda saydığımız yürürlükte olmayan kuralları sözleşmeye dahil edebilir⁶⁴. Multimodal taşıma sözleşmesinin tarafları hukuk seçimi yapabilir. Hukuk seçimi yapılmazsa Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun⁶⁵ m. 29 düzenlemesi uygulama alanı bulur.

Yol gösterici olarak benimsenen BM Cenevre Konvansiyonu'nda bildirim süreleri m. 24/ ile düzenlenmiştir. BM-CK m.24/1-2'ye göre açıkça tespit edilebilen kayıp ve hasarlar teslimi takip eden ilk iş gününde yazılı olarak taşıyıcıya bildirilmelidir. Açıkça belli olmayan kayıp ve hasarlar yönünden altı gün içinde yazılı bildirim yapılmalıdır. Süresinde yapılmayan bildirimler taşıyıcı lehine karine oluşturur. BM-CK m. 24/3 uyarınca taraflar eşya üzerinde ortak ekspertiz incelemesi yaptırmışsa ayrıca yazılı bildirim gerek yoktur. BM-CK m.24/4 uyarınca taraflar eşyada mevcut olabilecek zararın tespiti için birbirlerine gerekli kolaylığı sağlamakla mükelleftir. BM-CK m.24/5 uyarınca eşyanın tesliminde gecikme halinde gecikmenin başladığı günden itibaren 60 gün içinde yazılı olarak taşıyıcıya bildirim yapılmazsa gecikmeden kaynaklı tazminat istenemez. BM-CK m.24/6 uyarınca meydana gelen zarardan taşıyıcı, gönderen veya hak sahibi kusurlu ise kusurlu olan tarafa zararın meydana geldiği günden itibaren , doksan gün içinde rücu talebi yöneltilmelidir.

SONUÇ

Tüm taşıma sistemleri yönünden bildirim sürelerine uyulmaması, taşıyıcının eşyayı sözleşmeye uygun olarak taşıdığına karine oluşturmaktadır. CMR Konvansiyonu yönünden bildirim sürelerine uyulmaması talep ve dava hakkının kullanılmasına engel olmamakta ise de hasar, zıya ve gecikmenin ispatı güçleşmektedir.

Lahey Konvansiyonu ve Montreal Konvansiyonu anılan sürelerle uyulmamasının hak düşürücü süre niteliğinde olduğunu düzenlemiştir. Şu halde anılan konvansiyonlar kapsamında yapılan taşımalar itibariyle süreye uyulmaması dava hakkının kaybına neden olacaktır. COTIF-CIM sözleşmesinde bildirim sürelerine uyulmaması talep hakkının düşmesi olarak düzenlenmiştir.

⁶² 07.06.1992 tarihli "Rules for Multimodal Transport Documents ICC Publication No: 481" yalnızca İngilizce olarak yayınlanmıştır. Bkz. https://unctad.org/system/files/official-document/tradewp4inf.117_corr.1_en.pdf, E.T. 12.05.2022.

⁶³ Özdemir, s. 82-83.

⁶⁴ Al, "Eşya Taşıma Hukuku'nda Süreler" s.228.

⁶⁵ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG, T. 12.02.2007, S. 26728.

Multimodal taşımalar yönünden taraf bulmayan konvansiyonlar her ne kadar yol gösterici nitelik taşısa da bağlayıcı değildir. Dolayısıyla multimodal taşımalar yönünden uluslararası hukukta yeknesak bir uygulama benimsenememesi uygulamanın belirsiz işlemesine sebep olmaktadır.

Bazı hallerde örneğin ağır kast ve kusur halinde bildirim sürelerinin işletilmeyeceği, talep ve dava hakkının düşmeyeceği istisnai olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla böylesi ağır bir yaptırımın istisnalar barındırması bildirim külfetinin derecesinin tespiti açısından dikkate değerdir. Bu sebeple hak sahibinin eşyada hasar, zıya veya gecikme meydana geldiğinde inceleme ve bildirim yükümünü usulüne uygun ve süresinde yerine getirmesi, hem dava hakkının korunması hem zararın ispatı açısından oldukça önem taşımaktadır.

KAYNAKÇA

Adıgüzel, B, “Karayolu ile Yapılan Taşımalarda Taşıyıcının Zıya ve Hasardan Doğan Sorumluluğu” 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.

Al D, “Eşya Taşıma Hukukunda Süreler”, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020.

Akıncı Z, “Karayolu İle Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR” , Ankara, 1999.

Arkan, S, “Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu”, Ankara, Türkiye İş Bankası Tesisi, 1982.

Aydın, A, “CMR’ye Göre Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu”, İstanbul, Beta Yayınevi, 2002.

Aydın, DC, “Eşya Taşıma Hukuku’nda Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler”, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 9 Eylül Üniversitesi, 2017. (Yöktez)

Birinci T, “Uluslararası Hava Taşımacılığında Taşıyıcının Sorumluluğu”, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, 2020.

Eriş, G, “Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı Türk Ticaret Kanununa Göre Taşıma Hukuku”, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.

Hepgülerler, E, “Denizyolu ile Gerçekleştirilen Konteyner Taşımacılığının Yükleme, İstif, Boşaltma ve Teslim Aşamalarında Görev Alanların Hukuki Sorumlulukları” , Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011.

Lale, M, “CMR Konvansiyonu’nun Uygulama Alanı”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 5, S.51, Kasım-2010, s. 63-72.

Kaya, A, “Taşıyıcının Kara Yolu İle Eşya Taşımaya İlişkin Uluslararası Sözleşmemde (CMR) Öngörülen Sorumluluğunun Esasları(II)”, İÜHFİM, 1998, c. 56, S. 1-4, s. 239-267.



Kıran, S, “Karayoluyla Gerçekleştirilen Taşımalarda TTK’nın Taşıma İşleri Kitabı’nda İhdas Edilen Hükümlerin Uygulanması Açısından Taşıt Kavramının Etkisi” YBHD, C.1, S.1 , 2016, s.299-318.

Meriç, G, “Demiryolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik’in Uygulama Alanı ve Yönetmelik Uyarınca Demiryolu Tren İşletmecisinin Sorumluluğu” , İstanbul Hukuk Mecmuası , 79(3), 2021, s.837-879.

Oktay, S, “Ticari Satış Sözleşmesinde Ayıp Kavramı”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C. I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007.

Orbay N, “Havayolu İle Taşımalarda Bagajın Zıyayı Veya Hasara Uğraması Nedeniyle Doğan Ākdi Sorumluluk” TBB Dergisi, S.114, 2014, s.143-178.

Özdemir T, “Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku: Ziya ve/veya Hasar Sorumluluğu”, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006.

Tandoğan, H, “Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri” Cilt I, 6. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.

Ülgen, H, “Hava Taşıma Sözleşmesi”, İstanbul, 1984.

Yavaş, A, Kara Yolunda Konteyner ile Yapılan Yük Taşımada Kayıp veya Hasardan Doğan Sorumluluk, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.

Yetiş Şamlı, K, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Taşıyanın Zıya, Hasar Ve Geç Teslimden Sorumluluğu, İstanbul, On İki Levha, 2013.

Yetiş Şamlı, K, “Lahey-Lahey/Visby, Hamburg Ve Rotterdam Kuralları’nda Sefere Elverişlilik” “İÜHF-LXXI-2” , 2013, s.479-496.

Yıldız, K, “Satış Sözleşmesinde Ayıp Bildirimi”, 2019, , <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> E.T. 31.03.2022.

Yücer Aktürk, İ, “Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2012.

Yürük Yeniocak, D, “CMR Hükümleri Uyarınca Taşıyıcının Sorumluluktan Kurtulması”, Seçkin Yayıncılık 1. Bası, 2019.

Zevkliler, A, Gökyayla E, Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, 18. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018.

EN ÇOK KAYRILAN MÜŞTERİ ŞARTLARININ REKABETE ETKİLERİ

-Dar EKM Şartlarına Özel Bakış-

*Effects of Most Favoured Nation Clauses on Competition
-A Closer Look at Narrow Most Favoured Nation Clauses-*

Necla SÜMER ÖZDEMİR*

ÖZET

Sağlayıcının alternatif alıcılara ya da satış kanallarına daha avantajlı şartlar sunmasını yasaklayan en çok kayrılan müşteri şartları, çevrim içi platformların ticarete daha yoğun kullanımıyla rekabet otoritelerinin gündeminde önemli bir yer almaya başlamıştır. Çevrim içi pazarlardaki yirmi yıldan uzun süreli uygulamasına bakıldığında, EKM şartlarının rekabet hukukuna aykırı olup olmadığının tespitinde olay bazında etki analizinin belirleyici olduğu görülmektedir. Bu analizler sonucunda, zamanla geniş ve dar EKM şartları şeklinde ikili bir ayırım gelişmiştir. ABD, AB ve Türkiye gibi farklı pazarlardan örnekler incelendiğinde, alternatif platformlarda daha avantajlı şart sunulmasını kısıtlayan geniş EKM şartlarının rekabet karşıtı etkilerinin daha belirgin bir şekilde ortaya konulduğu; bu şartları konu edinen incelemelerin daha istikrarlı bir şekilde rekabet hukukuna aykırılık tespiti ile sonuçlandığı görülmektedir. Diğer yandan, sağlayıcının kendi kanallarında daha avantajlı şart sunmasını kısıtlayan dar EKM şartlarını konu edinen davalar benzer bir tutarlılık sağlayamamaktadır. Almanya ve Türkiye’de bu şartlara yönelik daha müdahaleci kararlar görülmektedir. Buna karşın, diğer ülkelerdeki davalar rekabet hukukuna aykırılık yönünde bir tespit yapılmaksızın sonlandırılmıştır. Ancak bu ülkelerin bir kısmında daha sonra yürürlüğe giren düzenlemelerde dar EKM şartlarının da yasaklandığı gözlemlenmektedir. Açıklanan sebeplerle, işbu makalede geniş ve dar EKM şartlarının rekabete etkileri geçmiş davalar, yasal düzenlemeler, öğretilerdeki görüşler çerçevesinde kronolojik sıralama esas alınarak incelenecek, çoğunlukla dar EKM şartlarına haklı gerekçe olarak öne sürülen bedavacılık sorununun ne şekilde ele alınması gerektiği çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: En çok kayrılan müşteri şartı, EKM, MFN, rekabet, çevrim içi platform.

➤ Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 08.12.2022

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 13.06.2023

* LL.M., Rekabet Uzmanı, Rekabet Kurumu, n.sumerozdemir@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-6934-8174>. “Makalede yer alan görüşler yazarın şahsi görüşleri olup Rekabet Kurumu’nu bağlayıcı değildir.”

ABSTRACT

Most favoured nation clauses, that prohibit the seller from providing better conditions on alternative channels, have been a hot subject on competition authorities' agendas with the increased use of online platforms by businesses. Over more than twenty years of investigation history, the question whether MFN clauses contradict with competition law, depended up on their effects on each specific case. As a result of these investigations, a classification of wide and narrow MFN clauses has been emerged. When analysing cases from different jurisdictions like the USA, the EU and Türkiye, it can be noticed that anticompetitive effects of wide MFN clauses, which restrict more favourable conditions on alternative platforms, have been unveiled more clearly. Vast majority of investigations regarding wide MFN clauses resulted in infringement decisions. Contrarily, same clarity cannot be asserted for the cases regarding narrow MFN clauses, which restrict more favourable conditions on direct channels of sellers. German and Turkish Competition Authorities have more interventionist decisions about the narrow MFN clauses. In contrast, cases in other countries resulted in non-intervention. Yet, following these cases, in some of those countries, MFN clauses including narrow ones were banned with the legislation. According to the writer, a direct assumption of whether being competitive or anti-competitive regarding narrow MFN clauses may be misleading. Therefore, in this article, it is aimed to research the competitive effects of wide and narrow MFN clauses by studying cases, legislations and literature; and how to evaluate the free-riding problem, which is claimed as objective justification against narrow MFN clauses.

Key Words: Most favored nation clause, MFN, parity clause, competition, digital platform.

GİRİŞ

En çok kayrılan müşteri (EKM) şartları¹, rekabet otoritelerince incelenmesi çok geçmişe dayanıyor olmakla birlikte, özellikle günümüz çevrim içi dünyasında kullanımının giderek artmasıyla, dünya genelinde hem rekabet davalarının hem de rekabet hukuku düzenlemelerinin odağı haline gelmiştir.² Söz konusu şartlar temel olarak bir sağlayıcının (satıcının) müşterisine bir başka müşteriye daha avantajlı şartlar sunmayacağını temin etmesini ifade etmektedir.³ Çevrim içi ortamda uygulanan EKM şartlarında ise, çevrim içi platform, sağlayıcıdan kendi platformunda sunulan ürünleri/hizmetleri için rakip platformlarda veya alternatif diğer kanallarda daha avantajlı şartlar sunmayacağı garantisini edinmektedir.

¹ *Best price clause, parity clause, most favoured nation/customer (MFN) clause* gibi terimlerle de anılmaktadır.

² Richard Whish ve David Bailey, *Competition Law* (9th edn, OUP 2018) 663; Ariel Ezrachi, 'The Competitive Effects of Parity Clauses on Online Commerce' (2015) 11 *European Competition Journal* 488, <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17441056.2016.1148870>> Erişim Tarihi 07.05.2020.

³ Justin Coombs, 'Most Favored Customer Clause and Competition Law: An Overview of EU and National Case Law' [2014] e-Competitions-Institute of Competition Law <www.concurrences.com> Erişim Tarihi 12.06.2022

Bu açıdan, geleneksel EKM ile çevrim içi EKM şartları arasındaki ayrıma dikkat edilmesi gereklidir. Geleneksel EKM şartları teşebbüsün kendi taraf olduğu alım/satım işleminin fiyatını düzenlemeyi amaçlarken, çevrim içi EKM şartları⁴, teşebbüsün tarafı olmadığı bir başka ticari işlemdeki fiyatları denetim altına almayı amaçlamaktadır. Diğer deyişle, çevrim içi pazarlarda EKM şartları, teşebbüslerin kendi platformları üzerinde, rakip platformlar veya sağlayıcının kendi internet sitesi gibi diğer kanallara kıyasen fiyat veya diğer unsurlar bakımından en avantajlı tekliflerin sunulmasını sağlamak için kullanılmaktadır. Çift taraflı pazarlarda sağlayıcı ile müşteri arasında aracı özelliği gösteren çevrim içi platformlarda, sağlayıcı, müşteriye değil, platforma garanti sağlamaktadır. Dolayısıyla bu hallerde, EKM şartına ilişkin taahhüdü platformlar almaktayken, ilgili ürünler platform müşterileri tarafından satın alınmakta, bu açıdan müşteriler EKM şartından dolayı olarak faydalanmaktadır. Platform sağlayıcısının söz konusu şarttan faydası ise komisyon ve/veya reklam ücreti aldığı platformu üzerinden satış oluşturarak tüketici çekmek şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Dolayısıyla çevrim içi EKM şartları özellikle (i) odak noktasının aracının (platformun) sağlayıcıdan aldığı fiyattan ziyade sağlayıcının ürününü sunduğu diğer satış kanallarında yayınladığı fiyatlar üzerinde olması, (ii) nihai müşterilere sunulan fiyata karar vericinin sağlayıcının kendisi olması, (iii) sağlayıcının nihai müşterilere doğrudan da satış yapabilmesi, böylelikle sağlayıcı ile platform arasında bir rekabetin söz konusu olabilmesi, (iv) aracının sağlayıcıdan daha fazla pazar gücüne sahip olabilmesi bakımından geleneksel EKM şartlarından farklılaşmaktadır.⁵

⁴ *Retail (price) MFN, platform MFN, across platform parity agreements* gibi terimlerle de anılmaktadır. Margherita Colangelo, 'Competition Law and Most Favoured Nation Clauses in Online Markets' içinde Klaus Mathis ve Avishalom Tor (eds), *New Developments in Competition Law and Economics* (Springer International Publishing 2019) 296 <http://link.springer.com/10.1007/978-3-030-11611-8_14> Erişim Tarihi 08.10.2020

⁵ Avrupa Komisyonu, *Support Studies for the Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation: Support Study and Study on Consumer Purchasing Behaviour in Europe: Final Report*. (Publications Office 2020) 93 <<https://data.europa.eu/doi/10.2763/771951>> Erişim Tarihi 08.06.2020 EKM şartları destekledikleri dağıtım modeli bakımından da iki şekilde isimlendirilmektedir. Geleneksel modelde (*merchant/wholesaler model*), anlaşma üst pazardaki sağlayıcının platforma sattığı fiyatı düzenlemekte, ancak platformda yayınlanan nihai fiyatı serbest bırakmaktadır. Bu hallerde, EKM şartı platformun rekabetçi bir maliyet yapısı elde etmesi amacıyla kullanılmaktadır. Acente modelinde ise, platformdaki nihai fiyatı üst pazardaki sağlayıcı belirlemekte, platform ise her bir satış üzerinden belirli komisyon almaktadır. Bu hallerde, platform, ürünü yeniden satmak yerine sağlayıcının satışına aracılık etmektedir. EKM şartı platformun maliyet yapısına etki etmemekte, bunun yerine platform üzerindeki ürün/servislerin rekabetçi seviyelerle fiyatlandırılması amacıyla kullanılmaktadır. Bir de her iki modeli de içeren karma modeller, örneğin sağlayıcının toptan satış fiyatını belirlediği ve üzerine perakendeci için yine üzerinde anlaşılmış sabit bir marjın eklendiği modeller de söz konusu olabilecektir. Ezrachi (n 2) 489. Çevrim içi EKM şartlarının çoğunlukla acente modeli üzerinden uygulandığı söylenebilecektir.



Bu farklılaşma, rekabete etkileri bakımından çevrim içi EKM şartlarının daha olumsuz sonuçlara yol açmasına sebep olabilmektedir.⁶ Nitekim geleneksel EKM şartı ile alıcı sağlayıcıdan satın aldığı ürün/hizmetin fiyat ve diğer şartlarını düzenlemektedir. Alıcılar söz konusu ürün/hizmetin nihai tüketicilere hangi fiyat veya şartlarda sunacağına serbest kaldıklarından, nihai tüketicilere sunulan fiyat ve diğer şartlar üzerinde rekabet de serbest olmaktadır. Buna karşın çevrim içi EKM şartı ile platformlar, sağlayıcıların doğrudan tüketicilere sunacağı fiyat ve diğer şartları düzenlemektedir. Böylece nihai tüketicilere sunulan fiyat ve diğer şartlardaki farklılaşma daha sınırlı kalmaktadır.

Çevrim içi EKM şartları da kapsam ve etkisi bakımından kendi içinde dar ve geniş EKM şeklinde iki sınıfa ayrılmaktadır. Dar EKM (*narrow MFN*) şartı, temel olarak platform üzerinde yayımlanan fiyatların (veya fiyat dışı unsurların) sağlayıcının kendi internet sitesinde yayımlanandan daha dezavantajlı olmamasını sağlamaktayken, geniş EKM (*wide MFN*) şartı, benzer korumayı rakip platformları ve/veya telefon satışları, doğrudan/yüz yüze satışlar gibi çevrim dışı kanalları da içermek üzere her türlü kanalda sağlayarak daha geniş bir kapsama yaymaktadır.⁷

İlk kez İngiltere’de motorlu taşıtlara ilişkin yürütülen bir davada ayrıma dikkat çekilen geniş ve dar EKM şartlarının söz konusu tanımlarının esasen Avrupa Birliği’nde (AB) EKM şartlarının rekabet hukuku bakımından soruşturulduğu çevrim içi otel rezervasyon pazarındaki uygulamalardan yola çıkılarak oluşturulduğu anlaşılmaktadır.⁸ Ancak bu şartların kapsamı, kullanılan satış ve pazarlama kanallarındaki farklılıklar (çevrim içi/çevrim dışı veya doğrudan/dolaylı satış kanalları gibi) sebebiyle incelenen pazara göre farklılık arz edebilmektedir. Nitekim kimi pazarlarda söz konusu şartların sağlayıcının yalnız çevrim içi kanalını (kendi web sitesini) değil, telefon, mağaza gibi geleneksel kanallarını da ihtiva ederek daha geniş uygulandığı görülebilmektedir.⁹

⁶ Kerem Cem Sanlı ve Cihan Doğan, ‘Rekabet Hukuku ve İktisadi Bağlamında Dar Platform EKM Koşulları’ (2022) İstanbul Hukuk Mecmuası, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, 6

⁷ Ezrachi (n 2) 489; Avrupa Komisyonu (n 5) 93

⁸ Avrupa Komisyonu (n 5) 93 dn.74

⁹ BKartA, HRS-Hotel Reservation Service Robert Ragge GmbH, B.9–66/10 (Bundeskartellamt’ın HRS kararı); Booking.com B.V., Booking.com France SAS, Booking.com Customer Service France SAS, Decision 15 D-06 21 Nisan 2015 (Fransa Rekabet Otoritesi’nin (CNIL’in) Booking.com kararı), Kararın basın duyurusu için CNIL, ‘Online hotel booking sector’ (2015) <<https://www.autoritedelaconurrence.fr/en/communiqués-de-presse/21-april-2015-online-hotel-booking-sector>> Erişim Tarihi 10.10.2020

Tanımlında ve uygulamasındaki farklılıklar kadar, EKM şartlarının rekabet hukuku kurallarına uygunluğu bakımından da yeknesak bir değerlendirmeden söz edilememektedir. Geniş EKM şartları pek çok dava ve düzenlemede tutarlı bir şekilde rekabeti sınırlayıcı bulunmuştur. Buna karşın dar EKM şartları bakımından kimi ülkelerde ve hatta aynı ülkede görülen benzer davalarda farklı değerlendirme ve yaptırımlarla karşılaşmıştır. Dar EKM şartları çoğu ülkede bireysel muafiyet şartlarını sağlaması gibi sebeplerle ihlal sayılmamışken, kimi ülkelerde rekabet hukukuna aykırı bulunup ihlal sayılmıştır. Diğer yandan, dar EKM şartlarının ihlal sayılmadığı ülkeler de dâhil pek çok ülkede, gerek sektöre özgü gerekse genel düzenlemelerde, salt geniş değil dar EKM şartlarına yönelik olarak da çeşitli kısıtlamaların getirildiği gözlemlenmektedir.

Çalışmada çevrim içi pazarlarda uygulanan EKM şartlarının hangi hallerde rekabeti sınırladığı incelenecek, bu çerçevede, öncelikle, ülkemiz de dâhil dünya rekabet hukuku uygulamalarında karşılaşılan EKM şartlarına yönelik vakalar geniş ve dar EKM özelinde analiz edilerek bu şartların somut olarak hangi rekabet zararlarına yol açtığı karşılaştırmalı olarak ortaya konulacak, akabinde EKM şartlarına yönelik getirilen yasal düzenlemelere ve bu düzenlemelerdeki farklılıklara değinilecek, sonrasında teoride söz konusu şartların rekabet yanlısı ve rekabet karşıtı etkileri incelenecek ve nihayetinde Fransa, İsveç, İtalya gibi üye ülkelerdeki davalarda müdahale edilmeyen, buna karşın Almanya ve Türkiye’de müdahale edilen, bu bakımdan rekabet otoritelerince hakkında yeknesak bir uygulamadan söz edilemeyen dar EKM şartlarının hangi şartlarda rekabet karşıtı etkilere yol açabileceği değerlendirilecektir. Çalışma böylece dar EKM şartlarının rekabete etkilerine yönelik genellemelerin hatalı olabileceğine dikkat çekmeyi amaçlamaktadır.

I. ÇEVİRİM İÇİ EKM ŞARTLARININ UYGULAMA ÖRNEKLERİ

EKM şartları, daha çok son yıllardaki çevrim içi EKM şartlarını içeren davalar ile gündeme gelmiş, öğretide çevrim içi EKM şartlarına yönelik yaklaşımlar da karşılaşılan her bir dava ile evrilegelmiştir. Her ne kadar hakkında yerleşik bir öğreti bulunmasa da, hem rekabet yanlısı hem rekabet karşıtı etkilere yol açması sebebiyle, EKM şartlarının şartın kapsamına, uygulanma şekline, tedarik zincirinin farklı seviyelerindeki rekabet seviyesine, pazarın özelliklerine, tarafların pazardaki konumlarına göre incelenmesi gerekliliği ortaya çıkmıştır. Gerek öğretide gerekse uygulamada bu şartlar şekilci bir yaklaşımla doğrudan ihlal sayılmamış, şartın rekabete etkilerinin olay bazında değişiklik arz ettiği kabul edilmiştir.¹⁰ Bu sebeple, EKM içerikli davalar dikkatli bir

¹⁰ Gönenç Gürkaynak vd., ‘Most-Favored-Nation Clauses in Commercial Contracts: Legal and Economic Analysis and Proposal for a Guideline’ (2016) 42 European Journal of Law and Economics 129 <<http://link.springer.com/10.1007/s10657-015-9515-y>> Erişim Tarihi 21.09.2021

inceleme ve şartların olumlu olumsuz etkileri arasında bir denge analizi gerektirmiştir.

Bu bakımdan, rekabet otoritelerinin kararlarının EKM şartlarının ne şekilde değerlendirildiği, platformun ve sağlayıcıların pazardaki konumu, sağlayıcıların kendi kanallarında daha avantajlı teklifler sunma motivasyonları, şartın incelemeye tabi tutulduğu kanun maddesi, olay özelinde incelenen zarar teorileri, ilgili şarta karşı alınan tedbirlerin kapsamı, incelenen pazarın koşulları, otoritelerin geniş ve özellikle dar EKM şartlarına ilişkin yaklaşımları gibi unsurlara odaklanılarak incelenmesi gerekliliği doğmuştur. Bu çerçevede, EKM şartlarının konu olduğu sektörler özelinde, AB, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve Türkiye'den önde gelen karar örneklerine kronolojik sıralamayla aşağıda yer verilmektedir.

A. Çevrim İçi Seyahat Acenteliği Pazarında EKM Şartlarının İncelendiği Davalar Öncesinde Görülen Gelişmeler

Çevrim içi seyahat acenteliği pazarı incelemeleri öncesinde, geleneksel model bakımından bir örnek 2010'da ABD'de tek taraflı davranışlar çerçevesinde ele alınan *Blue Cross Blue Shield of Michigan* (BCBSM) davası ile karşımıza çıkmaktadır. Dava konusu olayda, özel kurumsal ve bireysel sağlık sigortası sunan BCBSM, hastanelere rakip sigortacılara kendisine sağlanandan daha düşük fiyatla hastane hizmeti sağlamamalarını şart koşmuş, kimi hallerde hastanelerin kendisine daha düşük fiyat uygulamalarını sağlamış, kimi hallerde rakiplerden kendisinden alınandan %40 daha yüksek fiyat almalarını garanti ettirmiştir. Bunun üzerine Bölge Mahkemesi teşebbüsün sahip olduğu %60 pazar payının ve sigortaladığı kişi sayısı bakımından en yakın rakibinden dokuz kat daha fazla kullanıcıya erişmesinin teşebbüse önemli derecede pazarlık gücü verdiğini, anılan eylemlerle sigorta ücretlerinin yükseldiğini, rakiplerin maliyetlerinin artırıldığını ve dışlandığını değerlendirmiştir.¹¹ Bu sırada, Michigan eyaletinin çıkardığı yasal düzenlemeler ile sağlık sektöründe EKM şartlarını yasaklaması üzerine dava düşmüştür.¹²

Çevrim içi EKM şartı uygulamaları ise ilk olarak hem ABD, hem AB'de incelemeye tabi tutulan *Apple-iBooks* davaları ile dikkat çekmiştir. Davada, perakende seviyesinde Amazon ile rekabetten kaçınmayı arzu eden Apple ile Amazon'un e-kitaplardaki 9.99 dolarlık fiyat seviyesini yükseltmeyi arzu eden beş büyük yayıncının bir araya gelmesi ve e-kitapların perakende fiyatlarını sabitlemek ve artırmak üzerine anlaşması incelenmiştir. Davanın esas konusu-

¹¹ United States v Blue Cross Blue Shield of Michigan, 809 F. Supp. 2d 665 (E.D. Mich. 2011)

¹² Benzer bir zarar teorisi yine sağlık sektörüne ilişkin *Delta Dental* davasında incelenmiştir. United States v. Delta Dental of R.I., 943 F. Supp. 172, 172-182 (D.R.I. 1996); Jonathan B. Baker ve Fiona Scott Morton, 'Antitrust Enforcement Against Platform MFNs' (2018) 127(7) The Yale Law Journal 2176, 2181

nu fiyat rekabetini kısıtlamak üzerine anlaşmak oluştursa da, Apple tarafından sunulan şartlar aynı zamanda geniş EKM şartlarını ihtiva etmiştir. Bu şartlar en uygun e-kitap fiyatının Apple mağazasında sunulmasını garanti etmesinin yanı sıra, yayıncıların Amazon’u ve diğer perakendecileri satış modellerini değiştirmek yönünde baskılamalarını, aksi halde yayıncıların para cezasına tabi tutulmasını sağlamıştır. Apple’nin bu şartlarla, perakendecilerin satışını yaptıkları kitap fiyatlarını kendilerinin belirlediği toptan satış modelinden kitap fiyatlarını yayıncının belirlediği acente modeline geçilmesi için yayıncıları yönlendirdiği tespit edilmiştir. Dolayısıyla Mahkeme, EKM şartlarının doğrudan rekabet yanlısı etkilerine değinmemiş, bunun yerine Apple tarafından yayıncılara uygulanan geniş EKM şartları ve acente modeli içeren anlaşmaların, yayıncıların danışıklı hareket etmelerini kolaylaştırdığını, yayıncıların perakende fiyatlarını kontrol etmelerine ve e-kitap fiyatlarını yükseltmelerine yol açtığını değerlendirmiş ve söz konusu şartları yasaklanmıştır.¹³

Aynı uygulamalar Avrupa Komisyonunca da incelenmiştir. EKM şartlarının yayıncılar tarafından Amazon’u acente modeline geçmesi için zorlamak üzere bir araç olarak kullanıldığı, Amazon’un aksi halde e-kitaplara erişiminin reddedilmesi riskiyle karşı karşıya bırakıldığı değerlendirilmiştir. Dava Apple ve yayıncıların acente anlaşmalarının sonlandırılması ve yayıncıların iki yıl süreyle perakendecilerin fiyatlarını kısıtlamasının veya perakendecilerin indirimlerine müdahale etmesinin ve ayrıca beş yıl süreyle EKM şartının yasaklanması taahhütleri ile sonlanmıştır.¹⁴

EKM şartının doğrudan incelemeye konu olduğu dosyalar bakımından ilk örnek *Amazon* davalarıdır. EKM şartları vesilesiyle Amazon tarafından sağlayıcıların rakip platformlara fiyat ve fiyat dışı unsurlarda daha uygun şartlar sağlaması engellenmiştir. 2013’te *İngiltere Rekabet Otoritesi (Competition and Markets Authority-CMA)* ve *Almanya Rekabet Otoritesi (Bundeskartellamt)* bu şartların çevrim içi platformların ücretlerini artırdığı ve potansiyel girişleri engellediği yönündeki zarar teorilerini incelemiştir. İnceleme karşısında Amazon AB’de EKM şartlarını kaldırmıştır.

Ardından, 2015’te bu kez Avrupa Komisyonu tarafından Amazon’un geniş EKM şartı içeren e-kitap dağıtım anlaşmalarına karşı soruşturma açılmış, soruşturma Amazon’un EKM şartını kaldırma taahhüdü ile son bulmuştur. Bu kararda teşebbüsün Avrupa Ekonomik Alanı’nda (AEA) İngilizce ve Almanca e-kitaplarının perakende dağıtım pazarında hâkim durumda olduğu tespit edilmiş, teşebbüsün pazar payının Birleşik Krallık ve İrlanda’da 2010-2015 döneminde istikrarlı bir şekilde %[70-90] arasında, AEA’da 2011-2015 döne-

¹³ United States v Apple Inc, 952 F. Supp. 2d 638, 15 647 (S.D.N.Y. 2013). United States v Apple Inc, No 13-3741-cv (2d Cir. 2015) kararı ile onanmıştır.

¹⁴ Case COMP/AT-39.847-E-Books, Commission Decision of 25.07.2013



minde yaklaşık %[80-100] aralığında olduğu tespit edilmiş, Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın (ABİDA) 102. maddesi çerçevesinde bir değerlendirme yapılmıştır.¹⁵

CMA söz konusu Amazon davaları sürerken başlattığı ve 2014'te sonlandırdığı kasko sigortası pazarına ilişkin sektör araştırmasında, fiyat karşılaştırma sitelerince kasko sigortası sağlayıcılarına uygulanan EKM şartlarının rekabet karşıtı etkilerini detaylı bir şekilde analiz etmiştir. Sektör araştırmasında geniş EKM şartları sonucu, fiyat karşılaştırma siteleri arasındaki rekabetin sınırlandırıldığı, yeni girişlerin ve inovasyonun engellendiği, böylelikle sağlayıcıların ödediği komisyon oranlarının yükseldiği, sağlayıcıların karşılaştığı bu maliyet artışının da bir kısmını prim fiyatlarının artmasına yol açacağı, artan komisyon ve prim fiyatları sonucu bir noktada sağlayıcıların fiyat karşılaştırma sitesini terk ederek müşterileri çekmek için rakip sitelere ve/veya direk satış kanallarına geçeceği değerlendirilmiş, ilgili pazarda geniş EKM şartları yasaklanmıştır.¹⁶

Sektör araştırmasında dar EKM şartlarına ilişkin zarar teorileri üzerine de kapsamlı bir analiz gerçekleştirilmiştir. İlk olarak, sağlayıcının satışlarında kendi kanalının önemli bir paya sahip olduğu, bunun sonucunda sağlayıcıların kendi kanalları ile platform arasında önemli bir rekabetin olduğu hallerde, dar EKM şartlarıyla da geniş EKM şartlarına benzer rekabet karşıtı etki meydana gelebileceği değerlendirilmiştir. Bunun kimi zaman bir sağlayıcı için bile olsa geçerli olabileceği belirtilmiştir. Nitekim bu hallerde sağlayıcının kendi kanalındaki prim fiyatlarını -daha düşük komisyon ile çalışıyor dahi olsa- rakip platformlarda sunduğu fiyatlardan daha yüksek tutmak istemeyeceği, bu bakımdan yerleşik platformun komisyon artışlarının sağlayıcının maliyetini ve dolayısıyla kendi kanalındaki primleri artıracacağı, kendi kanalını diğer platformlardan daha dezavantajlı konumda bırakmak istemeyen sağlayıcının bu kez rakip platformlarda da primleri artıracacağı ifade edilmiştir. Ancak somut olayda kasko sigortası sağlayıcılarının daha az maliyetli olması sebebiyle direkt kanallarından ziyade platformlar üzerinden rekabet ettiği, dar EKM şartlarının olmadığı senaryoda dahi sağlayıcıların platform üzerindeki fiyatları düşürme saiklerinin olmadığı ortaya konulmuş, bu sebeple dar EKM şartlarının platformlar arası rekabeti etkilemesinin muhtemel olmadığı sonucuna varılmıştır.

¹⁵ CASE AT.40153 E-book MFNs and related matters (Amazon), Commission Decision of 04.04.2017, <https://ec.europa.eu/competition/elojade/iseif/case_details.cfm?proc_code=1_40153> Erişim Tarihi 20.05.2020

¹⁶ UK Competition and Markets Authority (CMA), 'Private Motor Insurance Market Investigation: Final Report', September 2014, para.8.32-8.43 <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5421c2ade5274a1314000001/Final_report.pdf> Erişim Tarihi 20.08.2021

İkinci olarak, dar EKM şartlarının sağlayıcının kendi kanalına yatırım yapmasını ve dolayısıyla platformun sağlayıcının kendi kanalından gelecek rekabeti engellediği zarar teorisi de araştırılmış, ancak ilgili pazarda platform üzerindeki markalar arası rekabetin sağlayıcının direk kanalı ile platform arasında marka içi rekabetten daha güçlü olduğu, direk kanallardaki fiyatlamanın platform fiyatlarında **güçlü bir** baskı oluşturmadığı, dar EKM şartları olmasa dahi, rekabetin esas olarak platformlar arası rekabetten geleceği tespit edilmiştir.¹⁷

Son olarak, CMA, dar EKM şartlarının platformun faaliyetlerini yürütmesi için gerekli olup olmadığını sorgulamıştır. Bunun için ilk olarak, platformun tüketiciye sağlayıcının kendi web sitesinde daha uygun fiyatları bulamayacağını garanti etmemesi halinde, platformun güvenilirliğinin ve tüketici talebinin düşeceği savı incelenmiştir. Platformun sağlayıcının kendi sitesindeki fiyatları yansıtabilme garantisini dar EKM şartına alternatif açık bir yol tespit edilmemiştir. İkinci olarak, sağlayıcıların platformu reklam aracı olarak kullandığı, ancak satışları daha uygun şartlar sunduğu kendi kanallarından gerçekleştirdiği hallerde ortaya çıkan bedavacılık sorunu savı incelenmiştir. CMA bu sava karşı (i) platformların sağlayıcılar için alternatif ödeme yöntemleri geliştirebileceğini ya da (ii) platformun sağlayıcıya hem platformdan hem de sağlayıcının kendi kanalından fiyat teklifi alan müşteri için farklı/daha düşük teklif sunmayacağı yönünde şart getirebileceğini değerlendirerek bedavacılık sorununa alternatif olarak geliştirilebilecek yöntemler olduğunu belirtmiştir. CMA ayrıca bedavacılık sorununun her zaman pazar aksaklığına yol açmıyabileceğini eklemiştir.¹⁸

B. Çevrim İçi Seyahat Acenteliği Pazarında Görülen Gelişmeler

EKM şartlarının rekabet hukuku kapsamında meydana getirdiği sorunlar başta Apple ve Amazon davalarıyla gündeme gelmiştir. Ancak geniş ve dar EKM şartları ayırımında zarar teorileri özellikle Avrupa'da çevrim içi konaklama hizmetleri pazarında görülen davalarla dikkat çekmiştir. Bu ayırımında her ne kadar geniş EKM şartlarına müdahalede görece daha tutarlı bir yaklaşım sergilense de, gerek üye devletler arasında gerekse üye devletlerin kendi içlerinde görülen ayrı davalar bakımından dar EKM şartlarına yönelik farklı yaklaşımlar sergilenmiştir.

¹⁷ ibid para.8.46-8.68.

¹⁸ *Quote-poaching agreements.Platformlar müşteriye verecekleri teklifleri müşteri bilgilerini girdikten sonra sağlayıcının web sitesinden elde etmektedir. Bu halde müşteri bilgileri sağlayıcıda depolanmakta, sağlayıcı bir müşterinin platform üzerinden ya da kendi kanalı üzerinden sorgulama yapıp yapmadığını takip edebilmektedir. <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/53d223ba40f0b60b9f000005/AA_Saga_Response_to_Provisional_Decision_on_Remedies.pdf> para.46, Erişim tarihi 22.08.2021.*



Bu çerçevede Avrupa’da öncü olarak nitelendirilebilecek kararlardan ilki, 2013’te otel platformu pazarında Almanya’da Bundeskartellamt’ın ABİ-DA’nın 101. maddesinin ihlal edildiği tespiti yaparak ceza öngörmemekle birlikte, EKM şartının bütünüyle kaldırılmasına karar verdiği HRS kararıdır.¹⁹ Karara göre, pazarda %30’un üzerinde payı olan HRS, kendisine en azından diğer internet platformlarında veya doğrudan otel resepsiyonunda yapılan rezervasyonlarda veya otellerin internet siteleri de dâhil olmak üzere otellerin kendi çevrim içi-dışı kanallarında verilen fiyat ve diğer şartları kadar avantajlı şartların uygulanmasını garantilemektedir. HRS incelenen şarta uyulup uyulmadığını internetten arama robotu²⁰ gibi araçlarla aktif olarak izlemekte, uyulmaması halinde yazılı veya sözlü olarak otelleri platformundan çıkarmakla tehdit etmektedir.

Kararda, bahse konu uygulamaların marka içi rekabet bakımından otel platformları ile oteller arasındaki rekabeti kısıtladığı, [aynı şartların booking.com ve expedia.com tarafından da uygulanması ve otellerin bir kanalda yaptıkları indirimini tüm piyasaya yansıtmaları gerekliliği sonucu] rakiplerin HRS’den daha düşük komisyon alarak daha düşük fiyata oda sağlamalarının engellendiği, bunun komisyon oranlarını artırabileceği ve pazara girişleri engelleyebileceği sonucuna varılmıştır. HRS’nin otellerin farklı kanallarda farklı fiyatlara sunulmasının platforma yatırım motivasyonlarını ve hizmetlerinin kalitesini düşüreceği yönündeki savunmaları reddedilmiş, bedavacılık riskinin ilgili olayda düşük kaldığı değerlendirilmiştir. HRS tarafından teklif edilen beş yıl boyunca geniş EKM şartının kaldırılması yönündeki taahhütler reddedilmiş, otorite EKM şartının geçici olarak kaldırılmasını yeterli bulmamıştır. EKM şartları tamamıyla yasaklanmıştır. 2015’te Düsseldorf Yüksek Bölge Mahkemesi de HRS’nin kararın platformun bedavacılık sorunu sebebiyle yatırım motivasyonunu zedelediği savını reddetmiş, kalite, özel teklifler ve promosyon gibi araçların platformun pazardaki konumunu güçlendireceğini, dolayısıyla bu araçların kullanmanın platformun kendi çıkarına olacağını, EKM şartı olmaksızın da platformların yatırım motivasyonu olacağını belirtmiş, kararı onamıştır.²¹

Söz konusu karar sonrasında, AB’de pek çok üye ülkede incelemeye tabi tutulan booking.com davaları ile rekabet otoritelerinin dar ve geniş EKM şartlarına yönelik yaklaşımlarındaki farklılık iyice belirgin hale gelmiştir. Almanya’da booking.com geniş EKM şartının kapsamının daraltılarak yalnızca otellerin kendi kanallarında daha avantajlı teklifler sunmamasını içeren dar EKM

¹⁹ Bundeskartellamt’ın HRS kararı (n 9)

²⁰ *Web crawler/spider(bot)*. Web sitelerini sistematik olarak ziyaret edip istenilen bilgileri listeleyen yazılımları ifade eder. Çoğunlukla arama motorları veya web siteleri tarafından web sitelerinin içeriğini indekslemek amaçlı kullanılır. https://en.wikipedia.org/wiki/Web_crawler, <https://tr.wikipedia.org/wiki/Arama_robotu>, Erişim Tarihi 05.08.2021.

²¹ OLG Düsseldorf, 9 January 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS. Karar nihaidir.

şartının uygulanmasını taahhüt etmiş, ancak Bundeskartellamt, HRS davasında olduğu gibi, bunu reddederek EKM şartının tamamını rekabet hukukuna aykırı bulmuştur.²² Bunun aksine, Avrupa Rekabet Ağı (*European Competition Network-ECN*) çatısı altındaki işbirliği sonucunda, Fransa, İsveç ve İtalya Rekabet Otoriteleri EKM şartının yalnızca otellerin kendi web sitelerinde uygulanması yönündeki taahhüdü kabul ederek, otellerin kendi web siteleri özelinde dar EKM şartının uygulanmasına izin vermişlerdir. Otoriteler bu yolla bedavacılık riskini önlediklerini ve zarar teorilerine karşılık dengeleyici bir formül oluşturduklarını belirtmişlerdir.²³

Fransa'da verilen taahhütlere göre²⁴, geniş EKM şartlarının kaldırılmasının yanında, kahvaltı, spor alanları, spa, internet erişimi veya iptal şartlarındaki farklılıklara müdahale edilmeyeceği, otellerin telefon üzerinden satışları da içeren çevrim dışı kanallarında fiyatları serbestçe belirleyebilecekleri, otellerin oda müsaitliği bakımından platforma kendi kanallarında sağladıkları sayıdan daha az sayıda oda sağlayabilecekleri, booking.com'un platformu üzerinde otellerin kendi web sitesindeki oda müsaitliği seçeneğini de kullanıcılarına sunacağı, sadakat programı üyeleri veya müşterinin hangi kanaldan edinildiğinden bağımsız olarak eski müşteriler gibi seçilmiş müşteri grupları ile iletişim kurabilecekleri ve bu gruplara indirim teklif edebilecekleri öngörülmüştür. Fransa Rekabet Otoritesi böylece booking.com ile rakip çevrim içi seyahat

²² Söz konusu karar Haziran 2019'da Düsseldorf Mahkemesi tarafından booking.com lehine bozulmuştur. Kronolojik silsileyi takiben mahkeme kararına ilişkin açıklamalara aşağıda yer verilecektir.

²³ İtalya'da şikâyetçiden gelen ek beyanlar doğrultusunda, taahhütler daha da geliştirilmiştir. Bunlar diğerlerinin yanında kalite şartının kaldırılmasını, şirket iletişim politikasının taahhütler paralelinde uyumlaştırılmasını, geniş EKM şartına bağlı olarak teşvik uygulamasının yasaklanmasını içermektedir. <[https://www.agcm.it/dotcms-Custom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/660E-E2E99780F7B5C1257E350039D1CD/\\$File/p25422.pdf](https://www.agcm.it/dotcms-Custom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/660E-E2E99780F7B5C1257E350039D1CD/$File/p25422.pdf)> Erişim Tarihi 10.10.2020. Expediadabooking.comilebenzertaahhütlerüzerindeanlaşmıştır.<[https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/4AC063DE04DC3DB1C1257F92003FE656/\\$File/p25940.pdf](https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/4AC063DE04DC3DB1C1257F92003FE656/$File/p25940.pdf)> Erişim Tarihi 10.10.2020. *Çekya'da da 2018 kararında booking.com tarafından uygulanan geniş EKM şartları ihlal olarak değerlendirilmiş ve ceza verilmiş, dar EKM ve minimum oda tahsisi, minimum uygunluk, oda uygunluğuna ilişkin makul yaklaşım gibi diğer şartların rekabet endişesi uyandırmadığı kanaatine varılmıştır. Avrupa Komisyonu* (n 5) 160. İrlanda'da ise dava Fransa, İsveç ve İtalya'daki taahhütlerin paralelinde sonlandırılmıştır. *ibid* 181; Competition and Consumer Protection Commission and Booking.com, Decision of 25.09.2015 <<https://www.ccpc.ie/business/wp-content/uploads/sites/3/2017/02/Booking-comSignedCommitmentsSeptember2015.pdf>> Erişim Tarihi 08.10.2020

²⁴ CNIL'in Booking.com kararı (n 9)



acenteleri arasında rekabetin gelişerek komisyon oranlarını düşüreceğini, otellere ticari ve fiyatlandırma özgürlüklerinin kazandırılarak dengeleyici alıcı gücü sağlanacağını, aynı zamanda platformlar için tüketicilere güçlü arama-karşılaştırma hizmetleri sunabilecekleri bir ekonomik modelin devam edeceğini değerlendirmiştir.²⁵

Benzer şekilde, Avrupa genelinde booking.com'un takipçisi konumunda olan expedia.com da resmi bir taahhüt olmaksızın Avrupa'da geniş EKM şartı uygulamasını dar EKM şartı ile değiştirmiştir.²⁶ Geniş ya da dar EKM şartlarına karşı daha müdahaleci tutumuyla dikkat çeken Almanya'da ise, 2017 yılında, expedia.com'un geniş EKM şartlarının ABİDA'nın 101. maddesine aykırı olduğu, ancak teşebbüsün pazar payının dikey anlaşmalara ilişkin grup muafiyeti eşiği olan %30'un altında kalması sebebiyle geçerli olduğu kabul edilmiştir.²⁷

Türkiye'de de 2017 yılında sonuçlandırılan booking.com soruşturmasında²⁸, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin ihlal edildiğine hükmedilmiş, soruşturma cezai yaptırım ve geniş EKM şartının kaldırılması ile sonuçlanmıştır. Booking.com dosya sürecinde sadece dar EKM hükümlerinin uygulamasına devam edeceği ve dar EKM yükümlülüğünün de sadece konaklama tesislerinin kendi internet sitelerinden doğrudan yapacakları satışlarla sınırlı kalacağı taahhüdünde bulunmuştur. Yapılan değerlendirmede dar EKM hükümlerinin, geniş EKM uygulamasında olduğu gibi fiyat farklılaştırmasını bütünüyle engeller nitelikte olmamakla birlikte yine de konaklama tesislerinin perakende seviyede sunacağı fiyata ilişkin bir kısıtlama getirdiği, fiyatlandırma bağımsızlığını etkilediği vurgulanırken dar EKM altında halen, konaklama tesislerinin, kendi internet sitelerini dezavantajlı konuma getirmenin bedeline katlanmak şeklinde, pratikte rakip platformlara daha düşük fiyat verme güdülerini zayıflatıcı bir etkisinin mevcut olduğu belirtilmiştir.

Süreçte booking.com tarafından dar EKM hükümleri ile tüketicilerin güvenilir bir fiyat şeffaflığına ulaşarak hızlı ve kolay fiyat karşılaştırması yapabildiği ve önemli bir arama faydasına ulaşıldığı, konaklama tesislerinin ise çevrim içi platformların yaptığı yatırımlar sayesinde yeni müşteri gruplarına erişim sağladığı ve tek başlarına bütçelerinin yetmeyeceği pazarlama imkânlarına erişerek önemli ölçüde maliyet tasarrufu elde ettiği savunulmuştur. Bu etkinlik kazanımlarının ise ancak dar EKM şartları aracılığıyla bedavacılık riskinin engellenmesi sayesinde sunulabildiği belirtilmiştir. Yapılan değerlendirmeler

²⁵ Avrupa Komisyonu (n 5) 164

²⁶ Avrupa Komisyonu (n 5) 111

²⁷ LG Cologne, 16 February 2017, 88 O (Kart) 17/16 – expedia; OLG Düsseldorf Bölge Yüksek Mahkemesi, temyiz mercii olarak kararı onamıştır. OLG Dusseldorf, 4 December 2017, VI-U (Kart) 5/17 – expedia.

²⁸ 05.01.2017 tarih ve 17-01/12-4 sayılı Rekabet Kurulu (Kurul) kararı.

neticesinde, dar EKM hükümlerini içerecek şekilde değiştirilmesi öngörülen sözleşmelerin, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca beş yıl süreyle bireysel muafiyetten yararlanabilecek nitelik gösterdiği ve ilgili pazarın ne yönde bir gelişme göstereceğinin belirsizliği dikkate alındığında, dar EKM hükümlerini içeren sözleşmelere tanınabilecek muafiyetin beş yıllık bir süre sonrasında yeniden gözden geçirilmesinin uygun olacağı kanaatine varılmıştır.

Diğer yandan, 2019 yılından günümüze değin booking.com hakkında görülen iki davaya ilişkin gelişmeler, geniş ve dar EKM şartlarına ilişkin yaklaşımlar farklılıklarının salt farklı ülkeler arasında değil, aynı ülke içinde alınan kararlar arasında da ortaya çıktığını göstermektedir.

İlk olarak, booking.com'un dar EKM şartlarını da ihlal olarak değerlendiren Bundeskartellamt'ın kararının temyiz süreci dar EKM şartlarının rekabet karşıtı etkilerinin ne denli tartışmaya açık olduğunu ortaya koymaktadır. Bundeskartellamt'ın kararını geçici tedbir aşamasında kabaca takip eden Düsseldorf Mahkemesi²⁹, daha sonra booking.com lehine bozmuş ve dar EKM şartının ABİDA'nın 101. maddesi kapsamında ihlal sayılmadığını belirtmiştir. Ancak bozma gerekçesi şimdiye kadarki gerekçelerden farklılaşmıştır. Mahkeme, dar EKM şartının yan sınırlama teşkil ettiğini, bu sebeple 101(1). madde kapsamından muaf olduğunu belirtmiş, Türkiye'de ve diğer Avrupa ülkelerinde olduğu gibi şartı bir sınırlama olarak kabul edip sonrasında bireysel muafiyet alabilme durumunu incelememiştir.³⁰

Söz konusu bozma kararı için temyize gidilmesi üzerine, Federal Adalet Divanı (Bundesgerichtshof) booking.com'un dar EKM uygulamalarının kanuna aykırı olduğunu değerlendirmiş, Düsseldorf Mahkemesi'nin bozma kararını iptal etmiştir.³¹ Adalet Divanı'nın kararı üzerine, dar EKM şartlarının hukuka uygunluğuna yönelik soru işaretleri bir nebze giderilmiş, bu şartların rekabeti sınırlayıcı etkilerinin varlığına yönelik etkileri kabul edilmiş ve Almanya'nın bu şartlara karşı uygulaması kendi içinde tutarlı hale gelmiştir. Hem HRS ve hem de booking.com davalarının nihayetinde Almanya'nın diğer üye ülkelere nazaran dar EKM şartlarına yönelik daha sert ve müdahaleci bir tutum sergilediği söylenebilecektir.

İkinci dava, İsveç Rekabet Otoritesinin booking.com'un dar EKM şartları-

²⁹ OLG Düsseldorf, 4 May 2016, VI-Kart 1/16 (V) – booking.

³⁰ OLG Düsseldorf, 4 June 2019, VI-Kart 2/16 (V) – booking.

³¹ Bundeskartellamt, 'Courtesy translation of Press Release No 099/2021 published by the Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice) on 18/05/2021 provided by the Bundeskartellamt' (18.05.2021) <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2021/18_05_2021_BGH_KVR_54-20_Booking.com.html?nn=3591568> Erişim Tarihi 20.06.2021. Kararın gerekçesinin henüz yayımlanmaması sebebiyle mahkemenin bozma kararına dayanak olan unsurlar hakkında bilgi edinilememektedir.



na izin verdiği kararın³² aksine, İsveç Patent ve Pazar Mahkemesi'nin yürüttüğü davaya ilişkindir. Mahkeme, booking.com'un dar EKM şartlarının otellerin kendi internet sitelerinde daha düşük fiyat sunmalarını engellediğini ve ayrıca diğer platformlarda da daha düşük fiyat sunma motivasyonlarını engellediğini vurgulayarak muafiyet alamayacağını değerlendirmiştir. Mahkeme, Almanya'da Düsseldorf Mahkemesi'nin bozma kararındaki değerlendirmelerin aksine, söz konusu şartların yan sınırlama doktrininden faydalanamayacağını belirtmiştir.³³

İsveç Mahkemesi'nin bu yaklaşımı dar EKM şartlarının rakipleri dışlayıcı etkilerine yönelik aynı ülke içinde de farklı yaklaşımlar olduğunu ortaya çıkarmıştır. Ancak, söz konusu karar 2019'da, İsveç Temyiz Mahkemesi tarafından davacının şartların rekabete etkisini yeteri kadar kanıtlayamaması sebebiyle bozulmuştur.³⁴ Temyiz Mahkemesi çevrim içi seyahat acenteliği pazarında³⁵ booking.com'un %50, expedia.com'un yaklaşık %25 pazar payının olduğunu kabul etmiş, pazarın kalanının diğer oyuncular arasında paylaşıldığını değerlendirmiştir. Söz konusu mahkeme, EKM şartlarının etkisi itibarıyla rekabet hukukuna aykırı olabileceğinin ve şartların kayda değer bir süredir uygulanageldiğinin kabulü altında, davacının yalnızca olası ekonomik zararlar rekabet karşıtı etkiyi kanıtlayamayacağını, fiili bir delil sunması gerektiğini belirtmiştir. Davacı, dar EKM şartının bir sonucu olarak otellerin alternatif kanallarda farklı fiyat uygulamasına gitmediğini iddia etmiştir. Ancak Temyiz Mahkemesi, otellerin farklı kanallarda fiyat indirimine gitmemesinin tek sebebinin dar EKM şartlarıyla açıklanamayacağını belirtmiştir. Temyiz Mahkemesi'nin bu kararı ile de İsveç sınırları içinde incelenen benzer davalardaki farklı sonuçlar giderilmiş ve booking.com'un uyguladığı dar EKM şartları nihayetinde serbest bırakılmış olsa da, teoride dar EKM şartlarının rakipleri dışlayıcı etkisinin olabileceğinin kabul edildiği anlaşılmaktadır.

C. Çevrim İçi Yemek Siparişi Platform Hizmetleri Pazarında Görülen Gelişmeler

Yemek siparişi platform hizmetleri pazarının, konaklama sektörünün ardından, EKM şartları dolayısıyla rekabet endişelerinin en sık gündeme geldiği pazar olduğu söylenebilecektir.³⁶ Aşağıda AB'de ve Türkiye'de bu alanda görülen gelişmeler yine kronolojik sıralamayla aktarılmaktadır.

³² Konkurrensverket, 15 April 2016, Ref. No. 596/2013 – booking (taahhüt kararı)

³³ Stockholms Tingsrätt, 20 July 2018, PMT 13013-16 – booking

³⁴ Svea Hovrätt, 9 May 2019, PMT 7779-18 – booking. Karar nihaidir. Kararın tercümesi için, Consortia 'Booking.com Sweden' (SpringerLink, 31.10.2019) <<https://doi.org/10.1007/s40319-019-00884-z>> Erişim Tarihi 12.05.2020

³⁵ Mahkeme, bölge mahkemesinin aksine meta arama motorlarını pazara dâhil etmiştir.

³⁶ Avrupa Komisyonu (n 5)

Çevrim içi yemek siparişi platform hizmetleri pazarındaki EKM şartlarına ilişkin ilk örnek karara Türkiye’de rastlanmaktadır. Rekabet Kurulunun yürüttüğü soruşturmada Yemek Sepeti tarafından restoranlara uygulanan EKM şartları incelenmiş, Yemek Sepeti’nin restoranların rakip platformlar üzerinden kullanıcılara sunduğu, maliyetine bizatihi rakip platformların katlandığı avantajları engellemesinin, restoranları bu avantajları Yemek Sepeti’ne de sağlamaya zorlamasının ve rakip platformların ürün ve hizmet farklılaştırmasını engelleyecek diğer davranışlarının nihai karara kadar durdurulması yönünde geçici tedbir kararı alınmıştır. Kurulun geçici tedbir kararıyla EKM şartlarının rakip platformlar üzerindeki dışlayıcı etkilerini ciddi ve telafi olunmayacak nitelikte bulduğu anlaşılmaktadır.

Soruşturma neticesinde ise Yemek Sepeti’nin faaliyete başladığı 2001 yılından itibaren ülke genelinde etkili bir rakibinin bulunmadığı, 50 ilde alternatifsiz olduğu, en az bir rakibinin bulunduğu 12 ilin 11’inde siparişlerin tamamına yakınının yine anılan teşebbüs üzerinden verildiği değerlendirmeleriyle teşebbüsün pazar gücüne dikkat çekilmiş, EKM uygulamalarının, pazara girişi ve pazarda tutunmayı zorlaştırdığı, rakip platformların farklı menüler sunmasının ve farklı/daha geniş bir gönderim alanına hizmet sunmasının da olanaksız hale geldiği değerlendirilmiştir. Para cezası uygulanan soruşturma sonucunda, sözleşmelerde restoranların rakip platformlarda daha iyi/farklı koşullar sunabileceğinin açıkça ifade edilmesi gerektiğine karar verilmiştir. Bu vesile ile geniş EKM şartları yasaklanmışken, restoranların telefon ve web siteleri gibi satış kanallarını da kapsayan dar EKM şartına müdahale edilmemiştir.³⁷

Çevrim içi yemek siparişi platform hizmetleri pazarına ilişkin AB’de görülen iki karardan ilki Hollanda’da 2016’da alınan *Takeaway (Thuisbezorgd.nl)* kararıdır. Restoranlara uygulanan aynı fiyat garantisi şartının şikâyet edildiği vakada, Rekabet Otoritesi, muhtemel tüketici zararının olmadığı gerekçesiyle şikâyeti ön incelemede reddetmiştir. Otorite söz konusu şartın teoride muhtemel dezavantajlarından ilki olarak platformun sağlayıcılara uyguladığı komisyonu artırma eğiliminde olacağını, fiyatların platform ve direkt kanallarda aynı tutulması zorunluluğundan dolayı bunun tüm satış kanallarında fiyat artışına yol açacağını, bunun sonucunda sağlayıcıların platform üzerindeki rekabetçi baskısının azalacağını değerlendirmiştir. İkinci olarak ise, şartın sonucunda platformun daha fazla kullanıcı çekebilmek için kaliteye ideal olandan daha fazla yatırım yapabileceği, ancak aynı fiyat garantisinin bu yatırımların maliyetine yalnız platform kullanıcılarının değil, restoranların direkt kanallarını kullanan tüketicilerin de katlanmasına sebebiyet vereceği, bu halde platform kullanıcıları durumdan memnun olacakken toplam tüketici refahı bakımından optimum sonuçtan uzaklaşılacağı vurgulanmıştır.

³⁷ 09.06.2016 tarih ve 16-20/347-156 sayılı Kurul kararı



Ancak pazarın fiili durumuna ilişkin yapılan analiz teoride dile getirilen söz konusu tüketici zararlarını doğrulamamıştır. Zira Hollanda’da Takeaway’ın haricinde (6.000 anlaşmalı restoran) aktif olan hungry.nl (2.300 anlaşmalı restoran), sneleten.nl (1.800 anlaşmalı restoran) gibi rakiplerin olduğu, hungry.nl’nin Eylül 2015’te pazara girmesine rağmen güçlü bir pozisyon elde ettiği, pazarda platform hizmetlerine ek olarak dağıtım hizmetleri de sunan Deliveroo ve Foodora gibi firmaların da bulunduğu, UberEats’in de pazara gireceğinin duyurulduğu, temel olarak rakiplerin dar EKM şartını uygulamadığı, yalnız JustEat’in Ağustos 2016 sonrasında menüler için aynı fiyat garantisini uyguladığı, indirimlerin bu şarttan hariç tutulduğu tespit edilmiştir. Ülkede 2015’te 23.000 restoran olduğu, bunların 9.500-13.000 aralığında bir kısmının paket servis sağladığı, dolayısıyla paket servis restoranlarının önemli bir kısmının platformlarla işbirliği içinde bulunduğu, sipariş tutarı bakımından gel-al servisin %64, paket servisin %36 paya sahip olduğu, bir pazar araştırmasına göre paket serviste tüketicilerin %63’ünün çevrim içi sipariş, %35’inin telefon ile sipariş verdiği açıklanmıştır. Pazardaki bu şartlar altında, tüketicilerin Takeaway’a karşı yetersiz sayıda alternatifi olsaydı restoranların platformu disiplin edemeyeceği ve artan fiyatlardan tüketicilerin zarar göreceği değerlendirilmiştir. Ancak aynı fiyat garantisine rağmen restoranların aktif olarak kendi kanallarını geliştirme fırsatlarının olduğu, zincir restoranların doğrudan siparişlerde indirim ve promosyonlarla farklılaşabildiği, bu bakımdan gerek doğrudan gerekse dolaylı yoldan platforma rekabetçi baskı oluşturduğu, şartın tüketicilerin paket servisten daha çok tercih ettiği gel-al fiyatlarını kapsamadığı değerlendirilmiş ve olay özelinde tüketici zararının muhtemel olmadığı sonucuna varılmıştır.³⁸

AB’deki ikinci dava ise Bulgaristan’da yürütülmüştür. Bulgaristan’ın en büyük yemek sipariş platformu Netpincer, restoranları web sitesi, telefon, broşür gibi hem çevrim içi hem çevrim dışı kanallarındaki şartların aynısını platformunda da sağlamakla zorunlu kılmıştır. Her ne kadar bu şartlar rakip platformları içermese de, Rekabet Otoritesi, restoranların tüm dağıtım kanallarında aynı fiyat ve şartları sunduğunu tespit etmiştir. Otoritenin endişelerine göre, kendi kanallarından ziyade platformların tercih edilmesinden korkan restoranlar, diğer platformlarda da fiyat başta olmak üzere kendi kanallarında uyguladıkları şartlardan farklı şartlar sunmama eğilimine girmişlerdir. Zira platform üzerinden verilen siparişler komisyon ödemeleri sebebiyle restoranların finansal yükünü artırmaktadır. Bu bakımdan teşebbüsün sözleşmelerinin, platformlar arası rekabeti ve yeni girişleri sınırladığı gerekçesiyle rekabet karşıtı etkiler doğurduğu öngörülmüştür. 2018’de yayınlanan basın duyurusuna

³⁸ Decision of Netherlands Authority for Consumers and Markets, 15.1073.53 (18.11.2016) <https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/16836_besluit-thuisbezorgd-english-new.pdf> Erişim Tarihi 09.10.2020

göre, soruşturma Netpincer'in restoranların çevrim dışı kanallarda veya özel promosyonlarda serbest bırakılması taahhüdü üzerine sonlanmıştır.³⁹

Son olarak, Türkiye'de Yemek Sepeti hakkında diğerlerinin yanında dar EKM uygulamaları iddiasıyla yürütülen ikinci bir soruşturma 2021'de taahhütle sonuçlanmıştır.⁴⁰ Kararda, restoranların Yemek Sepeti komisyon ödemelerinden kaçınmak adına kendi kanallarını geliştirmeye, kendi kanallarında daha uygun fiyata ürün sunmaya çabaladıkları, buna karşın dar EKM uygulaması sonucu, tüketicilerin restoranların kendi kanalından sunulabilecek daha avantajlı tekliflerden faydalanamayabileceği değerlendirilmiştir. Bunun yanında, dar EKM şartının yalnız fiyatlara yönelik değil, menü içeriği, promosyonlar, gönderim bölgesi vb. unsurlar bakımından da uygulanmasının, tüketici refahını yalnız daha uygun fiyatta ürüne erişimin engellenmesi bakımından değil çeşitlilik gibi diğer unsurlar bakımından da kısıtlayabildiği belirtilmiştir. Dahası, söz konusu şarta riayet edilip edilmediğinin broşürler üzerinden kontrol edilmesinin ve broşürlerin genelde salon menüleriyle aynı olmasının, şartın yalnız paket servisi değil restoranların salon içi fiyatlarını da etkileyebildiği ifade edilmiştir. Restoranların kendi kanallarında uygulayacağı düşük fiyatların aynısını Yemek Sepeti'ne de uygulayacaklarını bilmelerinden dolayı şartın genel olarak yemek fiyatlarını da artırabilecek nitelikte olduğu belirtilmiştir. Yemek Sepeti'nin sahip olduğu restoran ve kullanıcı ağı vesilesiyle paket serviste bir geçit bekçisi (*gatekeeper*) niteliğinde olması, bu restoranların paket servislerinin büyük çoğunluğunun Yemek Sepeti üzerinden sunulması ve ayrıca pazarda Yemek Sepeti'ne karşı etkin bir rakibin bulunmaması dolayısıyla restoranların Yemek Sepeti'ne bağımlı olduğu tespit edilmiştir. Dar EKM şartlarının restoranların kendi kanallarını geliştirmelerine engel olacağı, Yemek Sepeti'nin kullanıcı ağını daha da güçlendireceği ve dolayısıyla restoranların Yemek Sepeti'ne olan mevcut bağımlılığını daha da artırabileceği ihtimali üzerinde durulmuştur. Rakip platformların da, söz konusu etkiler sonucu oluşan bu kullanıcı ve restoran ağı karşısında Yemek Sepeti'ne karşı dezavantajlı konuma düşebileceği, bu bakımdan dar EKM uygulamasının, rakip platformlara giriş engeli oluşturabilecek nitelikte olduğu değerlendirilmiştir.

Söz konusu soruşturma, 2016'da sonuçlanan Yemek Sepeti soruşturmasında olduğu gibi, yukarıda incelenen vakalardan hâkim durumun kötüye kullanılması kapsamında yürütülmesi bakımından farklılaşmaktadır. Soruşturma ayrıca, dar EKM şartlarının yalnız tüketiciler ve sağlayıcılar üzerindeki etkisini

³⁹ Bulgaristan Rekabet Otoritesi, 'Netpincer undertook to modify its contracts signed with restaurants' (27.04.2018) <https://www.gvh.hu/en/press_room/press_releases/press_releases_2018/netpincer_undertook_to_modify_its_contracts_signed.html> Erişim Tarihi 09.10.2020 Soruşturma 2015 yılından dosya numarası almıştır. Avrupa Komisyonu (n 5) 180.

⁴⁰ 28.01.2021 tarih ve 21-05/64-28 sayılı Kurul kararı



değil, rakipler üzerindeki etkisini de konu edinmiştir. Kararda, dar EKM şartı ile teşebbüsün elde ettiği restoran ve kullanıcı ağının, rakip platformlar için giriş engeli teşkil ettiği belirtilmiştir. Bu bakımdan karar Hollanda'nın *Takeaway* kararı ile farklılık, Bulgaristan'ın *Netpincer* kararı ile benzerlik arz etmektedir.

D. Çevrim İçi EKM Şartlarının Uygulama Örneklerinin Genel Değerlendirmesi

Yukarıda yer verilen davalar ışığında, EKM şartlarının geleneksel dikey pazarların yanı sıra çevrim içi platform sağlayıcılığında da (görece düşük pazar paylarının söz konusu olması durumunda dahi) rekabeti sınırlayıcı bir olgu olarak değerlendirilebildiği, şartın etki değerlendirmesine tabi tutulduğu, bu çerçevede rekabet karşıtı etkilerin tarafların pazardaki konumları, pazarın özellikleri, şartın kapsamı ve uygulanma şekli, tedarik zincirinin farklı seviyelerindeki rekabet seviyesi gibi unsurların incelenmesiyle ortaya konulduğu görülmektedir.

Uygulamada, EKM şartlarına ilişkin kararların çoğunun, özellikle çevrim içi konaklama hizmetleri pazarındaki kararların, Türkiye'de incelenen Yemek Sepeti dosyalarındaki gibi hâkim durumun kötüye kullanılmasından ziyade, dikey anlaşmalar yoluyla rekabetin kısıtlanması incelemelerine konu olduğu dikkat çekicidir. ABD'de geleneksel EKM şartı yasaklanan BCBSM'nin %60 pazar payına sahip olduğu tespit edilmiştir. Ayrıca verdiği taahhütle tüm Avrupa'da EKM uygulamalarını kaldıran Amazon'un AB'de yaklaşık %70-100 aralığında bir pazar payına sahip olduğu açıklanmıştır. Ancak söz konusu iki örnekte de dar EKM uygulaması gündeme gelmemiş, geniş EKM uygulamaları incelenmiştir. Dar EKM şartlarının incelendiği çevrim içi yemek sipariş hizmetleri pazarındaki davalardan ise, Hollanda'da *Takeaway* her ne kadar rakiplerine nazaran güçlü bir konumu olsa da, ilgili rekabet kanununun rekabeti sınırlayan anlaşmaları yasaklayan maddesi kapsamında incelenmiştir. Bulgaristan'dan *Netpincer*'in ise pazardaki en büyük oyuncu olduğu bilinmekle birlikte, taahhüt ile sonuçlanan davanın hangi madde kapsamında yürütüldüğü hakkında bilgi edinilememektedir.

Avrupa'da dar EKM uygulamasının gündeme geldiği çevrim içi seyahat acenteleri davalarının ise tümü ABİDA'nın 101. maddesi çerçevesinde incelemeye tabi tutulmuştur. Bunlardan *expedia.com*'un kimi ülkelerde pazar payı grup muafiyeti eşiği %30'un da altında kalmıştır. Diğer kararlarda ise, *booking.com* davaları da dâhil olmak üzere, gerek teşebbüslerin pazar gücünün hâkim durum eşiğine varmaması, gerekse yenilik oranı yoğun, yatırım maliyeti düşük görülebilecek dijital piyasalarda hâkim durum tespitinin güçlüğü sebepleriyle ABİDA'nın 101. maddesi incelemesi ile yetinilmiştir.

Fransa, İtalya, İsveç gibi AB ülkelerinde rekabet otoritelerinin çoğunlukla taahhütle sonuçlanan *booking.com* kararlarında, dar EKM şartının yalnızca

otellerin kendi internet sitelerinde fiyat eşitleme bakımından uygulanmasının serbest bırakıldığı dikkat çekmektedir. Telefon kanalı da olmak üzere dâhil çevrim dışı kanallarda bu uygulamaya izin verilmediği, keza oda sayısı, odanın yanında sunulan yan hizmetler bakımından farklılaştırmanın serbest bırakıldığı, otellerin hangi kanaldan edinilmiş olursa olsun eski müşterileri ile iletişime geçmelerinin ve bu müşterilere özel indirim sunmalarının mümkün kılındığı, dolayısıyla otellere kendi kanalları üzerinden rekabet için daha geniş alan sağlandığı görülmektedir.

Dar EKM şartları Almanya’da gerek HRS, gerekse booking.com kararlarında rekabeti sınırlayıcı bulunmuştur. Almanya’da dar EKM şartlarının tüketicilere düşük fiyatla ürün sunulmasına engel olduğu ve bu şartlar olmadan da teşebbüslerin yatırım güdüsünün devam edeceği değerlendirilmiştir. Nitekim booking.com itiraz gerekçesi olarak yasaklama kararının ardından otellerin kendi kanallarında fiyat farklılaştırma yoluna gitmediği yönünde bir çalışmaya dayanmıştır. Ancak karara göre otellerin fiyat farklılaştırma saikleri bulunmuyorsa, zaten bedavacılık sorunu da söz konusu olmayacaktır ya da bedavacılık sorunu fiyat farklılaştırmasına gidildiği senaryodakiyle aynı derecede ortaya çıkmayacaktır. Bu karar 2019’da Düsseldorf Mahkemesi tarafından şartın yan sınırlama sayıldığı ve 101. madde yasaklamasından muaf olduğu gerekçesiyle bozulsada, 2021’de bu karar da bozulmuş, Federal Adalet Divanı dar EKM şartlarının rekabeti sınırlayıcı etki gösterdiğini kabul etmiş, böylelikle Almanya uygulaması en azından kendi içine tutarlı bir hale gelmiştir.

İsveç’te ise bir booking.com kararı, dar EKM şartına izin verilen taahhütlerle sonuçlanırken, aynı konuya ilişkin bir başka mahkeme tarafından yapılan incelemede dar EKM şartları da yasaklanmıştır. Ancak 2019’da, dar EKM şartlarının yasaklandığı söz konusu karar, davacının şartların rekabete etkisini yeterince ortaya koyamaması gerekçesine dayandırılarak bozulmuştur. Söz konusu davada booking.com’un pazar payının %50, en yakın takipçisi expedia.com’un pazar payının %25 olduğu tespit edilmiştir.

Çevrim içi seyahat acentelerine yönelik bu davalara nazaran, çevrim içi yemek sipariş pazarlarında dar EKM şartlarının değerlendirildiği kararlarda kurulan zarar teorilerinin daha tutarlı olduğu söylenebilecektir. Bu kararlarda zarar teorisi olarak gerek rakip platformlarda gerekse restoranların direkt kanallarında fiyat artışına yol açılacağı, restoranların platformlar üzerindeki rekabetçi baskısının zayıflayacağı, platform üzerinde ideal olandan fazla yatırımın platformu geliştirirken bunun maliyetine diğer kanalların ve tüm tüketicilerin katlanacağı ve bunun toplam refahı azaltacağı üzerinde durulmuştur. Hollanda’da rakiplerin olması, çevrim içi platformların paket servis içindeki payını gel-al’dan daha az olması, restoranların kendi kanallarını geliştirebilecek alanlarının var olması gibi sebeplerle pazardaki fiili durumun zarar teorisini desteklemediğine kanaat getirilmiştir. Ancak Bulgaristan’da ve Türkiye’de



dar EKM şartlarının çevrim dışı kanalları da içerecek şekilde geniş uygulandığı tespit edilmiş, restoranların kendi kanallarının platformlara göre geri planda kalmasından endişelenmesi ve dolayısıyla rakip platformlara kendi kanallarından farklı şartlar sunmaması sonucu platformlar arası rekabetin sınırlandığı, dar EKM şartlarının rakip platformları dışlayıcı etki meydana getirdiği değerlendirilmiştir.

Nihayetinde, incelenen davaların tümünde geniş EKM şartları genel olarak rekabeti sınırlayıcı bulunmuştur. Buna karşın, dar EKM şartlarına ilişkin farklı yaklaşımlar sergilenmiştir. Çevrim içi seyahat acenteliği pazarında dar EKM şartları Almanya'da rekabeti sınırlayıcı bulunmuştur. AB'ye üye diğer ülkelerde taahhülle sonuçlanan davalarda geniş EKM şartlarına son verilirken sağlayıcıların yalnız çevrim içi kanallarına uygulanması taahhüdüyle dar EKM şartları rekabeti dengeleyici bulunmuştur. Türkiye'de ise geniş EKM şartı için ihlal tespit edilmekle birlikte dar EKM şartlarına beş yıllığına muafiyet verilmiştir.

Görece daha yoğunlaşmış olduğu anlaşılan çevrim içi yemek siparişi pazarında ise, Bulgaristan'da ve Türkiye'de dar EKM uygulamalarına taahhülle son verilmiştir. Hollanda'da ise dar EKM şartlarının rekabet hukukuna aykırı zarar teorileri işlenmekle birlikte, rekabet karşıtı etki tespit edilmediğinden söz konusu şartlara müdahale edilmemiştir. Son olarak İngiltere'de kasko sigortası pazar araştırması özelinde dar EKM şartlarının da rekabeti sınırlayıcı etkileri teorik olarak işlenmiş, ancak sektör özelinde bu yönde fiili bir etki tespit edilmemiştir.

Bu açıklamalardan hareketle, EKM şartlarının daha çok çevrim içi seyahat acenteleri hakkında yürüyen davalarla gündeme geldiği, çoğunlukla taahhülle son bulan bu davalarda geniş EKM şartlarının uygulamasına son verilirken dar EKM şartlarının uygulamasının çoğunlukla serbest bırakıldığı görülmektedir. Ancak salt bu gelişmelere dayanarak dar EKM şartlarının doğrudan rekabet yanlısı olduğu söylenemeyecektir. Zira bu davalarda dar EKM şartlarının esasında rekabet karşıtı etkilerinin ortaya konulamaması gerekçesiyle serbest bırakıldığı, ancak Almanya'da çevrim içi seyahat acenteliği pazarı için, Türkiye'de ve Bulgaristan'da çevrim içi yemek sipariş hizmetleri pazarı için rekabeti sınırlayıcı/dışlayıcı etkinin ortaya konulması sonucu dar EKM şartlarının ihlal olarak değerlendirildiği söylenebilecektir.

II. EKM ŞARTLARINA YÖNELİK YASAL DÜZENLEMELER

Önceki bölümde incelenen EKM şartlarına ilişkin davalar sonrasında, zaman içinde, çeşitli ülkelerde bu şartları yasaklayan düzenlemeler yürürlüğe girmiştir. Bunlardan ilki, ABD'nin Michigan eyaletinde BCBSM davası sırasında çıkarılan düzenlemedir. Buna göre, sigortacıların hizmet sözleşmelerinde EKM şartı 2013 itibarıyla söz konusu dönemde geçerli olan sözleşmeleri de

ihativa edecek şekilde yasaklanmıştır.⁴¹ Bu düzenlemenin sağlık alanına ilişkin olduğu, düzenlemeye konu EKM şartının geleneksel EKM şartını konu etmesi sebebiyle hususi olarak dar EKM şartlarını ihativa etmediği belirtilmelidir.

Çevrim içi EKM şartlarına gelince, ilk olarak, AB’de taahhülle sonuçlanan booking.com davalarının ardından 2017’de Fransa, İtalya, Belçika ve Avusturya’da rekabet mevzuatı dışındaki yasal düzenlemeler ile çevrim içi seyahat acenteleri tarafından dar ya da geniş her tür EKM şartı yasaklanmıştır.⁴² Burada da dikkat çeken ilk husus, düzenlemelerin belirli bir pazara özgü olarak getirilmesidir. İkinci husus ise, daha önce rekabet otoritelerince dar EKM şartlarına muafiyet verilen bu ülkelerde, dar ya da geniş ayırımına gidilmeksizin çevrim içi seyahat acentelerinin tüm EKM şartı uygulamalarının yasaklanmasıdır. Ancak, düzenlemelerin yürürlüğe girmesi sonrasında söz konusu ülkelerin bir kısmında yapılan geriye dönük çalışmalar, her iki tür EKM şartının yasaklanmasının da tüketicinin faydasına olduğunu ortaya koymuştur.⁴³

Türkiye’de Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz’un (Kılavuz) 2018’de güncellenmesiyle EKM şartlarına ilişkin hüküm getirilmiştir.⁴⁴ Kılavuz’da EKM şartının kullanımının, rekabet açısından pazarda her zaman aynı sonuçları doğurmadığı vurgulanmakta, bu yüzden, EKM şartına ilişkin incelemelerde, şarttan yararlanan tarafın ve rakiplerin pazardaki konumuna, bu şartın sözleşmeye ne amaçla konulduğuna, pazarın ve koşulun özelliklerine detaylı bir şekilde bakılması öngörülmektedir. Bununla beraber, EKM şartı ilke olarak, sözleşmede lehine bu şartın tesis edildiği tarafın pazar payının %40’⁴⁵ aşmadığı ve Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği’nde⁴⁶ belirtilen diğer şartların sağlandığı hallerde grup muafiyetinden yararlanabilmektedir. Diğer hallerde, lehine EKM şartı tesis edilen tarafların rakiplerine kıyasla pazar gücüne sahip oldukları durumlarda, bu koşulların rekabete daha çok zarar vereceği; yoğunlaşmış pazarlarda bu şartların kullanılmasının, yoğunlaşmamış pazarlarda kullanımına göre daha çok endişe verici olduğu görülmüştür. Zira yoğun-

⁴¹ Buna önceden Komisyoner’den onay alma istisnası getirilmiştir. R. Kevin Clinton, Commissioner of the Office of Financial and Insurance Regulation, Order No. 12-035-M, Bulletin 2013-04-INS <https://www.michigan.gov/-/media/Project/WebSites/difs/Bulletins/2013/Bulletin_2013-04-INS.pdf?rev=fffc6478896842f4a6799f974f2481d5> Erişim Tarihi 12.06.2022

⁴² Benzer şekilde, İsviçre’de, 2022 yılında, Haksız Rekabet Yasası’nın 8a maddesi ile konaklama hizmetlerine yönelik platform hizmeti sağlayıcılarının EKM şartı uygulamaları haksız rekabet olarak tanımlanarak yasaklanmıştır. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/223_223_223/en, Erişim Tarihi: 18.03.2023.

⁴³ Avrupa Komisyonu (n 5) 96; Baker ve Morton (n 12) 2189; Whish ve Bailey (n 2) 663–664

⁴⁴ Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, 29.03.2018 18-09/179-RM(1) para 223-225

⁴⁵ 05.11.2021 tarih ve 31650 sayılı değişiklikle bu eşik %30’a indirilmiştir.

⁴⁶ 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, RG 14.7.2002/24815



laşmış pazarlarda bu şartların tarafı olmayan rakip alıcıların alternatif sağlayıcı bulabilme olasılığı daha düşüktür. Öte yandan Kılavuz'da EKM şartları, pazar gücü olmayan küçük alıcılar tarafından kullanıldığında, bu alıcıların da pazardaki uygun fiyat ve koşullardan yararlanmasına imkân sağlandığından, şartların pazardaki rekabete olumlu katkısının olabileceği değerlendirilmiştir. Pazarın şeffaf olmadığı durumlarda da EKM şartlarının pazarda uygulanıp uygulanmadığının takibi etkin bir şekilde yapılamadığından, şartların rekabet üzerindeki olumsuz etkilerinin görece olarak düşük kalacağı öngörülmüştür.

Kılavuz'da söz konusu değerlendirmeler için dar ya da geniş EKM ayrımına gidilmemiş olmakla birlikte, Komisyonun 2019 tarihli "Dijital Çağ İçin Rekabet Politikası" başlıklı çalışmasında⁴⁷ dar EKM şartı özelinde değerlendirmelere yer verilmiştir. Raporda öncelikle yerleşik teşebbüs avantajının öneme, çift taraflı pazarlarda güçlü ağ dışsallıklarının olması nedeniyle EKM koşullarının sıkı bir şekilde incelenmesi gerekliliğine, hâkim durumdaki teşebbüsün yatırımlarını korumayı amaçlayan kısıtlamaların asgari düzeyde ve amaca yönelik olmasının beklendiğine değinilmiştir. Ardından platformlar arası rekabetin yeterince güçlü olduğu durumlarda dar EKM şartlarının serbest bırakılabileceği, platformlar arası rekabetin zayıf olduğu durumlarda hâkim durumdaki platform üzerindeki rekabetçi baskı, diğer platformlardan değil, platformu kullanan sağlayıcıların kendi satış kanallarından gelebileceğinden bu şartların da yasaklanabileceği belirtilmiştir. AB'nin Dikey (Anlaşmalara İlişkin) Grup Muafiyeti Tüzüğü'nü güncelleme çalışmaları çerçevesinde de benzer değerlendirmelere yer verilmiştir. Buna göre, dar EKM şartları altında teoride komisyon oranları üzerinden platformlar arası rekabet hala devam etmektedir. Ancak bu şartlar her ne kadar platformları geniş EKM şartları gibi korumasa da, sağlayıcının kendi kanallarının satışları içerisinde önemli bir payı olması halinde platformlara bir koruma sağlamaktadır. Dar EKM uygulayan platformun pazarda çok güçlü bir konuma sahip olması halinde, rakip platformlardaki daha düşük komisyon ücretleri satış hacimleri üzerinde çok sınırlı etki oluşturabilir.⁴⁸

Söz konusu çalışmaların ardından, Komisyon 15 Aralık 2020'de Dijital Pazarlar Yasası Tasarısı'nı yayımlamıştır⁴⁹. Tasarının gerekçesinde, geçit bekçilerinin geniş EKM şartlarına denk gelen uygulamalarının sağlayıcıların al-

⁴⁷ Avrupa Komisyonu Rekabet Genel Müdürlüğü, *Competition Policy for the Digital Era*. (Publications Office 2019) 57 <<https://data.europa.eu/doi/10.2763/407537>> Erişim Tarihi 02.12.2020

⁴⁸ Avrupa Komisyonu (n 5) 102–103

⁴⁹ Proposal for a regulation of The European Parliament and of The Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act) [2020] COM/2020/842 final. Söz konusu tasarı 14.09.2022 tarihinde kabul edilerek yasalamaştır. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R1925>, Erişim Tarihi: 18.03.2023

ternatif çevrim içi aracılık hizmetlerini kullanımı üzerinde ciddi bir caydırıcı etki yaparak platformlar arasındaki rekabeti sınırlandırabileceğinden, bunun da son kullanıcıların alternatif çevrimiçi aracılık kanalı seçeneklerini sınırlandıracağından bahsedilmiştir. Dolayısıyla bu uygulamalara ve bu uygulamalara benzer şekilde komisyon oranının yükselmesi veya ticari kullanıcıların tekliflerinin listelenmemesi sonucunu doğuran hiçbir eyleme izin verilmemesi gerektiği vurgulanmıştır.⁵⁰

Akabinde tasarının 5(b) maddesinde geçit bekçilerinin yükümlülükleri arasında “*Ticari kullanıcıların son kullanıcılara aynı ürün ve hizmetleri, üçüncü taraf çevrimiçi aracılık hizmetleri yoluyla, kapı bekçisinin çevrimiçi aracılık hizmetleri yoluyla sunulandan farklı fiyat ve koşullarda sunmasına izin vereceği*” düzenlenmiştir. Böylelikle geçit bekçilerinin geniş EKM uygulamaları yasaklanmıştır. Tasarının bu halinde dar EKM şartlarına yönelik bir sınırlandırma görülmemekteyken, 18 Kasım 2021’de yayımlanan Parlamento görüşmeleri sonrası üzerinde uzlaşılan ve 18 Temmuz 2022’de kabul edilen versiyonunda dar EKM şartları da yasaklanan uygulamalar arasına girmiştir.⁵¹ Buna karşın, Almanya’da dijital gelişmeler karşısında güncellenen rekabet yasası EKM şartlarına ilişkin bir hüküm ihtiva etmemektedir.⁵²

Ardından, Mayıs 2022’de yayımlanan yeni AB Dikey Grup Muafiyeti Tüzüğü’nde⁵³, çevrim içi aracılık hizmetleri sağlayıcıları ile diğer teşebbüsler arasındaki anlaşmalar açıkça dikey anlaşma olarak kabul edilmiştir. Ancak söz konusu sağlayıcıların hizmet sundukları teşebbüslerle aynı zamanda rakip olarak faaliyet gösterdikleri karma bir yapı sergilemeleri halinde grup muafiyetinden yararlanamayacakları belirtilmiştir.⁵⁴ ABİDA’nın 101(3). maddesindeki muafiyet şartlarını sağladığı yeterli kesinlikte varsayılabilen sınırlamaların grup muafiyetinden faydalanmasını engellemek, özellikle ilgili pazarlara erişimi sağlamak ya da ilgili pazarlarda rekabeti sınırlayıcı anlaşmaları engellemek amacıyla grup muafiyetinde bazı koşulların düzenlenmesi gerektiği açıklan-

⁵⁰ ibid dibace 37

⁵¹ Andreas Schwab, Digital Markets Act Version of 18-11-2021 <https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/IMCO/DV/2021/11-22/DMA_Compromise_Ams_EN.pdf> Art. 5(b), <<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/07/18/dma-council-gives-final-approval-to-new-rules-for-fair-competition-online/>> Erişim Tarihi 27.07.2022

⁵² Act Against Restraints of Competition [05.06.2018] <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Others/GW.html?jsessionid=0E041494EEFBEBD704B-B0011617A4552.2_cid371?nn=4136442> Erişim Tarihi 27.05.2022

⁵³ Commission Regulation (EU) 2022/720 of 10 May 2022 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices (VBER) [11.5.2022] OJ L 134, p. 4–13

⁵⁴ ibid dibace 10-11



mıştır. Bu çerçevede, çevrim içi aracılık hizmetlerinin alıcılarının rakip çevrim içi aracılık hizmeti sağlayıcıları üzerinde daha avantajlı şartlarda ürün veya hizmet sunmalarının, sağlamalarının ya da yeniden satmalarının yasaklanmasına yol açan [geniş] EKM şartlarının grup muafiyeti düzenlemesinden faydalanamayacağı ifade edilmiştir.⁵⁵ Ayrıca, benzer nitelikteki dikey sınırlamaların oluşturduğu paralel ağlar sonucu rekabet karşıtı etkilerin oluşması halinde de grup muafiyetinin geri alınacağı vurgulandıktan sonra, bu şekilde kümülatif rekabet karşıtı etkilerin EKM şartları için de ortaya çıkabileceği belirtilmiştir.⁵⁶ Böylece geniş EKM şartları, amaç bakımından ihlal teşkil eden bir uygulama sayılmamakla birlikte, bireysel muafiyet şartlarını net olarak sağladığı kabul edilemediği için grup muafiyeti dışına çıkarılmıştır. Bununla birlikte, birikimli negatif etki meydana getirenler hariç olmak üzere dar EKM şartları grup muafiyeti kapsamında kalmıştır.

Aynı şekilde, Brexit sonrası CMA, kendi güncel dikey kılavuzunu yayımlayacağını ilan etmiş ve bu yönde çalışmalara başlamıştır.⁵⁷ Ancak CMA, görüşe açtığı taslakta, geniş EKM şartlarına ilişkin Komisyon'a kıyasla daha sert denilebilecek bir yaklaşım sergilemiştir. Öncelikle çalışmanın girişinde değinildiği gibi, CMA de geniş ve dar EKM şartlarının tanımlarına ilişkin belirsizliğe dikkat çekmiş, bu belirsizliği gidermek adına satış kanalı bazlı bir tanım önermiştir. Bu bakımdan rakip platformlardaki daha avantajlı şartların sunumunu engelleyen [geniş] EKM şartlarının dolaylı satış kanallarına yönelik EKM şartları (*indirect sales channel parity obligations*), sağlayıcının kendi kanallarında daha avantajlı şartların sunumunu engelleyen [dar] EKM şartlarının doğrudan satış kanallarına yönelik EKM şartları (*direct sales channel parity obligations*) olarak tanımlanabileceğini öngörmüştür. Paydaşların görüşlerine başvurması sonrasında CMA, dolaylı satış kanallarına yönelik EKM şartlarının dolaylı satış kanalları arasındaki rekabeti zayıflattığı, çevrim içi platformlar gibi araçlar arasında fiyat, inovasyon, giriş ve penetrasyon motivasyonunu azalttığı endişelerini dile getirmiştir. Ardından, bu şartların yalnız grup muafiyeti kapsamı dışına çıkarılan hallerden mi, yoksa ağır ihlallerden mi sayılacağı hususunu değerlendirmiş, bu tür şartların, olası etkinlik gerekçelerine ilişkin ikna edici bir kanıt bulunmadığından, ağır ihlal sayılması gerektiği kanısına varmıştır. Bu yaklaşımın bireysel muafiyet alabilenler hariç olmak üzere söz konusu şartları caydırmasının en muhtemel yol olduğunu değerlendirmiştir. Diğer yandan, potansiyel etkinlik gerekçeleri dikkate alındığında doğrudan satış kanallarına yönelik EKM şartlarının ağır ihlal ya da grup muafiyeti dışına çıkan sınırlamalar

⁵⁵ ibid dibace 16

⁵⁶ ibid dibace 18

⁵⁷ The National Archives, 'Commission Regulation (EU) No 330/2010' ([legislation.gov.uk](https://www.legislation.gov.uk/eur/2010/330/contents#)) <<https://www.legislation.gov.uk/eur/2010/330/contents#>> Erişim Tarihi 12.08.2021

listesine dâhil edilmesinin uygun olmayacağını belirtmiştir. Bununla birlikte, dolaylı satış kanallarına yönelik EKM şartlarınınkine benzer etkiler doğurması halinde, doğrudan satış kanallarına yönelik EKM şartlarının da incelenebileceğini ve bu şartlara verilen muafiyetin geri alınabileceğini eklemiştir.⁵⁸

Son olarak, konuya ilişkin 2022'nin ikinci yarısında, ülkemizde iki önemli gelişme görülmüştür. İlk olarak, 7416 sayılı E-Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da yapılan değişiklik (Ek Madde 2/3(c)), net işlem hacmi otuz milyar Türk lirasının ve iptal ve iadeler hariç işlem sayısı yüz bin adedin üzerinde olan 'elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıları', diğerlerinin yanında, elektronik ticaret hizmet sağlayıcının ticari ilişkilerini, alternatif kanallardan aynı ya da farklı fiyattan mal veya hizmet sunmasını kısıtlamamakla yükümlü kılınmışlardır. Benzer şekilde, 2022'de kamuya açıklanan 4054 sayılı Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi Taslağı'nda, önemli pazar gücüne sahip teşebbüslerin, ticari kullanıcıların kendi kanalları veya farklı kanallar üzerinden veya rakip teşebbüsler ile çalışırken belirli bir mal veya hizmet için farklı fiyat veya koşullar sunmalarını engelleyemeyeceği düzenlenmektedir (Madde 6A(f)). Böylelikle, ilk düzenlemede, e-ticaret platformlarının, ikinci düzenlemede ise dijital pazarlara ilişkin daha geniş bir kümeyi kapsayan temel platform hizmetlerinde⁵⁹ önemli pazar gücüne sahip teşebbüslerin geniş veya dar EKM şartı uygulamasının yasaklanması amaçlanmıştır.

Yukarıdaki düzenlemelere topluca bakıldığında üç temel husus dikkat çekmektedir. Öncelikle EKM şartlarına yönelik ilk yasal düzenlemeler ABD, İngiltere ve AB'nin kimi üye devletlerinde sağlık, kasko sigortası veya çevrim içi seyahat acenteleri gibi sektörlerde gerçekleştirilen rekabet hukuku incelemelerinin ardından bu sektörlerde özgü olmakla sınırlı kalmıştır. Buna karşın yakın zamanda AB'de ve İngiltere'de dijital pazarlara veya dikey anlaşmalara ilişkin daha genel düzenlemeler gündeme gelmiştir. Dijital Pazarlar Yasası bakımından bu yöndeki sınırlamalar geçit bekçilerinin faaliyet gösterdiği sektörlerde geçerli olmakla birlikte, Grup Muafiyeti Tüzüğü'nde tüm dikey anlaşmaları kapsamaktadır.

İkinci olarak, geniş EKM şartları özelinde gelişen düzenlemelerin giderek daha müdahaleci olduğu göze çarpmaktadır. İlk sektöre özgü düzenleme-

⁵⁸ CMA, 'The Retained Vertical Agreements Block Exemption Regulation Consultation Document' 17.06.2021 <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/994552/VBER_recommendation_2021_consultation_with_annexes_170621_FINAL.pdf> para.4.71-4.76, Erişim Tarihi:25.08.2022

⁵⁹ Çevrim içi aracılık hizmetleri, çevrim içi arama motorları, çevrim içi sosyal ağ hizmetleri, video/ses paylaşımı ve yayını hizmetleri, numaradan bağımsız kişiler arası iletişim hizmetleri, işletim sistemleri, internet tarayıcıları, sanal asistanlar, bulut bilişim hizmetleri ile bu hizmetlerin herhangi birinin sağlayıcısı tarafından sunulan çevrim içi reklamcılık hizmetlerini kapsamaktadır (Madde 3).



lerde geniş EKM şartları doğrudan yasaklanmıştır. Ardından dijital pazarlara özgü yasal düzenlemelerle geniş EKM şartlarının genel olarak yasaklanması gündeme getirilmiştir. Dahası, AB’de yeni Dikey Grup Muafiyeti Tüzüğü geniş EKM şartlarını yalnız grup muafiyetinden çıkarmak ve bireysel muafiyet almasının yolunu açık bırakmak şeklinde güncellenirken İngiltere’de geniş EKM şartları doğrudan ağır ihlal sayılarak amaç bakımından ihlal kategorisine dâhil edilmiştir. Esasında, yukarıda aktarılan geniş EKM şartlarına ilişkin vakaların tümünün rekabeti sınırlayıcı bulunduğu dikkate alındığında, bu yaklaşımın isabetli olmadığını söylemek güç görünmektedir.

Son olarak, dar EKM şartlarına yaklaşımın seyri incelendiğinde tutarlı bir yönelimden söz etmek mümkün gözükmemektedir. Zira ilkin çevrim içi seyahat acenteliği pazarında taahhülle sonuçlanan davalarda, üye ülkelerin çoğunda dar EKM şartları serbest bırakılmışken aynı ülkelerde aynı pazarlarda yasal düzenlemelerle bu şartların uygulanması yasaklanmıştır. Daha sonra dijital pazarlara yönelik yasal düzenlemelerde, bünyesindeki davalarda dar EKM şartlarının rekabeti sınırlayıcı bulunduğu Almanya’da dar EKM şartları konu edilmemişken, AB’de Parlamento’yla görüşmeler sonrasındaki versiyon ile dar EKM şartları da ihlal sayılan uygulamalar arasında yerini almıştır. Buna karşın, hem AB’de hem İngiltere’de grup muafiyetine ilişkin düzenlemelerde dar EKM şartları grup muafiyetinin kapsamı dâhilinde bırakılmıştır. Ülkemizde de çeşitli dijital pazarlarda belirli eşikleri aşan platformlar bakımından hem geniş hem dar EKM şartlarının yasaklanması yoluna gidildiği görülmektedir. Bu gelişmeler karşısında dar EKM şartlarının kimi ülkelerde belirli sektörler özelinde topyekûn yasaklandığı, ancak genel olarak etki değerlendirmesine tabi bırakıldığı değerlendirilebilecektir.

III. EKM ŞARTLARININ REKABETE ETKİLERİ

A. EKM Şartlarının Rekabet Yanlısı Etkileri

Platformların gerek tüketicilere gerekse pazardaki rekabete katkılarının olduğu açıktır. Özellikle farklılaştırılmış ürün/hizmetlerin yaygın olduğu pazarlarda, sağlayıcılar, tarih, yer gibi pek çok niteliksel ve niceliksel bilgiyi bir yerde toplamakta, bu sayede tüketicilere fiyat, kalite gibi özellikleri karşılaştırma ve en uygun teklifi tespit etme imkânı sunmaktadır. Platformlar, sağlayıcıların tüketicilerin bilgi asimetrisinden faydalanmalarının önüne geçmekte, erişimi kolay ve ücretsiz bilgi ile tüketicilerin arama maliyetlerini düşürmekte, sağlayıcıların satışlarını artırabilmek amacıyla fiyat ve kalite rekabetlerini artırmakta, böylelikle sosyal refaha katkı sağlamaktadır.⁶⁰

⁶⁰ Ingrid Vandendorre ve Michael J Frese, ‘Most Favored Nation Clauses Revisited’ (2014) 35 ECLR

Bunların yanında platformlar, sağlayıcılar açısından da çeşitli faydalar oluşturmaktadır. Tek başlarına çevrim içi reklam ve satışların maliyetini ve riskini karşılayacak ölçek ekonomisine sahip olmayan ya da özellikle tıklanma başına ödeme bazlı reklamcılık modeline dayanan arama sitelerindeki anahtar kelimeler üzerinden reklam vermek için gerekli yetkinliği ve güçlü mali yapısı bulunmayan küçük ve orta ölçekli işletmelere, bu hizmetleri mali açıdan daha etkin bir şekilde alma imkânı sunmaktadır. Bunun yanında, sağlayıcıların tıklanma yerine yalnızca satışa çevrilen işlemler için komisyon ödemesini, özellikle pazara yeni giren sağlayıcıların tüketicilere güvenilebilecekleri bir ödeme sistemi kullandırmalarını, tüketicilerin arama sürelerini kısaltarak satışların daha kısa süre içinde gerçekleşmesini, özellikle küçük işletmelerin platformun olmadığı hallerde erişemeyeceği kadar geniş bir kullanıcı kitlesine erişimini ve bilinirliğini sağlamaktadır.⁶¹

Platformlar yukarıda sayılan etkinlikler karşısında yatırımlarını korumak adına EKM şartlarına başvurabilmektedir. Nitekim diğer dikey sistemlerin çoğunda olduğu gibi platformlar da bedavacılık sorunu ile karşılaşabilmektedir. çevrim içi ortamlarda, sağlayıcının fiyat veya diğer satış şartlarında platformlarda listelediğine nazaran daha avantajlı teklifler sunması tüketicilerin platformları yalnızca arama, bilgi edinme, kullanıcı tavsiyeleri, harita, ipuçları vs. gibi diğer hizmetlerden faydalanmasına ve fakat alım işlemini sağlayıcının daha avantajlı teklif sunduğu kanal üzerinden gerçekleştirmesine yol açabilecektir.⁶²

Çevrim içi EKM şartları, platformda sunulan ürünlerin daha uygun fiyatla başka bir yerde bulunmamasını sağlayarak platformun en iyi fiyat garantisi sunmasına müsaade etmesi bakımından platform tüketicisi açısından da çekici görülebilecektir. Ancak bu rekabet yanlısı faydalar rekabet karşıtı etkiler sebebiyle aldatici da olabilecektir. Bu bakımdan geniş ve dar EKM şartlarının olası rekabet karşıtı etkilerinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

B. Geniş EKM Şartlarının Rekabet Karşıtı Etkileri

Yukarıda anılan rekabet yanlısı etkilerinin yanında, geniş EKM şartlarının farklı pazar koşulları altında ortaya çıkabilecek rekabet karşıtı dört temel etkisinden söz edilmektedir. İlk olarak, geniş EKM şartları, sağlayıcıların kendilerine daha düşük fiyat vermesini engellemesi sebebiyle, düşük maliyet modeliyle pazara girmek isteyen platformlar için giriş engeli oluşturmaktadır. Sağlayıcılar aynı fiyat veya diğer şartları yerleşik platforma da sunmak zorunda kaldıklarından, ya sağlayıcı yeni giriş yapan platforma daha avantajlı şartlar sağlamayacak ya da sağlasa da aynı şartlar yerleşik platformda da olacağından bunun yeni giriş yapan firmaya bir avantajı olmayacaktır. Benzer şekilde, yeni

⁶¹ Ezrachi (n 2) 492–496

⁶² ibid 491–492



giriş yapacak platform, sağlayıcılarından daha düşük komisyon talep etse de, geniş EKM şartları sağlayıcının ürün/hizmetlerini söz konusu platforma daha düşük fiyata sunmasına engel olacaktır.⁶³

İkinci olarak, özellikle kayda değer alternatiflerin olmadığı, sağlayıcıların alıcı gücünün bulunmadığı, sağlayıcı için platformda listelenmekten vazgeçmenin bir alternatif olmadığı, yeni bir platformun pazara giriş ihtimalinin düşük olduğu hallerde komisyon oranları rekabetçi dengenin üzerine çıkarılabilecektir. Bu da pazarda aracılık hizmetlerinin şişirilmesine (*excessive intermediation*) yol açmış olacaktır.⁶⁴

Üçüncü olarak, pazar genelinde uygulanan geniş EKM şartları, aracılık yapılan ürünlerin/hizmetlerin fiyatında ve diğer unsurlarında katılığa yol açabilecektir. Özellikle markalar arası rekabetin güçlü olduğu, buna karşın marka içi rekabetin zayıf olduğu hallerde bu etki daha şiddetli olacaktır. Bu hallerde oluşan tablo sağlayıcılar arasında kartel kurulmuş gibi etkiye sahip olabilecektir.⁶⁵

Son olarak, yenilikçi platformlar, sağlayıcıların kendilerine daha uygun şartlar sağlamayacağını veya daha fazla kullanıcı çekemeyeceklerini düşünebileceklerdir. Bunun sonucunda alternatif platformların, geniş EKM şartını uygulayan bir platforma karşı yenilikçi ürün/hizmet geliştirme ve bu yönde yatırım yapma güdülleri düşebilecektir.⁶⁶

C. Dar EKM Şartlarının Rekabet Karşıtı Etkileri

Dar EKM şartları temel olarak sağlayıcının kendi çevrim içi kanalları ile platformda sunduğu fiyat ve şartları düzenlemekle birlikte, kimi pazarlarda sağlayıcının çevrim dışı fiyat ve şartlarını da içermekte, kimi zaman da, belirli grup müşterilerin şartın kapsamından hariç tutulması sonucu daha sınırlı uygulanabilmektedir. Ancak bu şartlar her şekilde doğrudan “sağlayıcı” ile “bir platform” arasındaki ilişkiyi düzenlemektedir. Bu bakımdan öğretilerde çoğunluk tarafından dar EKM şartlarının rekabet karşıtı etkileri, sağlayıcı ile alternatif platformlar arasındaki ilişkiyi düzenleyen geniş EKM şartlarına nazaran daha az sınırlayıcı bulunmaktadır.

Bunun başta gelen sebebi, platform komisyon oranlarını artırdığında, dar EKM şartının platformun rakip platformlara karşı dezavantajlı konuma girmesini engellemeyecek olmasıdır. Diğer deyişle dar EKM şartını uyguluyor olsa dahi, platform, diğer platformlarla rekabete devam edecektir. Benzer şekilde sağlayıcı da farklı platformlarda listelenmek adına diğer platformlarda daha

⁶³ Ezrachi (n 2) 498; Rekabet Kurumu, ‘E-Pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Nihai Raporu’, 2022, 202-214; CMA (n 16) 8.69-8.72

⁶⁴ Ezrachi (n 2) 496; Rekabet Kurumu (n 63); CMA (n 63)

⁶⁵ Ezrachi (n 2) 499; Rekabet Kurumu (n 63); CMA (n 63)

⁶⁶ Ezrachi (n 2) 500; Rekabet Kurumu (n 63); CMA (n 63)

uygun şartlar sunma motivasyonuna sahip olabilecektir. Dar EKM şartlarının uygulanması halinde rekabetin devam edeceği bir diğer boyut ise markalar arası rekabettir. Lehine dar EKM şartı uygulanan platform üzerinde sağlayıcılar arasındaki fiyat ve diğer şartlar üzerinden rekabet de devam edecektir.⁶⁷ Bunun karşısında, platformlar bedavacılık sorununa karşı önlem almış olacak, sağlayıcılara daha kapsamlı ve kaliteli hizmet için yatırım yapma güdülerini devam ettirebileceklerdir.

Bununla birlikte, dar EKM şartlarının da rekabet karşıtı bazı etkileri bulunmaktadır. Bunlardan ilki⁶⁸, sağlayıcının satışlarının önemli bir kısmının kendi kanalı üzerinden gerçekleştiği ve iş birliği yaptığı platformların (yalnız bir platform bile olsa) önemli bir kısmının sağlayıcıya dar EKM şartını uyguladığı hallerde, sağlayıcının kendi kanalındaki fiyat ve diğer şartların çekiciliğini koruyabilmesi için farklı platformlar üzerinde daha avantajlı şart sunma motivasyonunu yitirmesi riskidir. Nitekim bu hallerde, sağlayıcının herhangi bir platforma daha uygun şart sunması tüketici gözünde kendi kanalını dezavantajlı konuma düşürecek, sağlayıcı tüm platformlarda aynı şartları sunmaya daha meyilli olacaktır. Bunun sonucunda, düşük komisyon ile pazara girmek isteyen bir rakip, platformunda daha düşük fiyat sunulmasını sağlayamayacağı için rakibin önünde giriş engeli oluşacaktır. Keza dar EKM şartı uygulayan bir platformdaki komisyonların artmasıyla meydana gelen maliyet artışını platformdaki fiyatlara yansıtan sağlayıcı, aynı artışı kendi kanalındaki fiyatlara da yansıtmak zorunda olacak, bu hallerde kendi kanalını daha dezavantajlı konuma düşürmemek adına, aynı değişikliği diğer platformlara da uygulayacaktır. Oluşan bu *hub-and-spoke*⁶⁹ etkisi altında, farklı platformlardaki belirli bir ürün/hizmet için sunulan tüm fiyat ve diğer şartlar sağlayıcının kanalında sunulana eşitlenmiş olacaktır.

Komisyon da çeşitli raporlarında platformlar arası rekabetin görece düşük olduğu pazarlarda dar EKM şartlarının olası rekabeti sınırlayıcı etkilerine dikkat çekmiştir. Nitekim dar EKM uygulayan platformun çok yüksek pazar payına sahip olması halinde, rakip platformların daha düşük komisyon ücretleri ile satış hacimlerini artırması daha güç olacaktır.⁷⁰ Komisyona göre, platformlar arası rekabetin yeterince güçlü olduğu durumlarda, dar EKM şartlarına izin verilerek yalnızca geniş EKM şartlarının yasaklanması uygun olabilmektedir. Ancak, platformlar arası rekabetin zayıf olduğu durumlarda hâkim durumdaki platform üzerindeki rekabetçi baskı, diğer platformlardan değil, platformu kul-

⁶⁷ Ezrachi (n 2) 507; Rekabet Kurumu (n 63); CMA (n 63)

⁶⁸ Ezrachi (n 2) 507

⁶⁹ Rekabet Kurumu, 'Rekabet Terimleri Sözlüğü' 2019 <<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/geneldosya/rk-terimleri-sozlugu-2018-pdf>> 148, Erişim Tarihi: 27.08.2022

⁷⁰ Avrupa Komisyonu (n 5) 102–103

lanan sağlayıcıların kendi satış kanallarından gelebilmektedir. Bu durumda rekabet otoritelerinin dar EKM uygulamalarını da yasaklaması gerekebilecektir.⁷¹

Dar EKM şartının rekabeti sınırlayıcı ikinci etkisi ise, sağlayıcı ile platform arasındaki rekabetin sınırlanmasına ilişkindir.⁷² Zira dar EKM şartı sağlayıcının kendi web sitesinde platformdakinden daha avantajlı şart sunarak tüketiciyi fiyat, çeşitlilik vb. yönlerden çekmesini engellemektedir. Sağlayıcıların temel olarak platformlar üzerinden rekabet ettiği pazarlarda, dar EKM şartının getirdiği sınırlama markalar arası rekabeti önemli derecede kısıtlamayacaktır. Ancak dar EKM şartı, “sağlayıcıların rakipleriyle rekabette kendi web siteleri/kanallarını önemli bir araç olarak kullandığı pazarlarda” marka içi rekabeti sınırlayıcı endişeler meydana getirebilecektir.

Söz konusu zarar teorileri CMA tarafından kasko sigortası sağlayıcıları sektör araştırmasında sorgulanmıştır. Ancak sigortacıların platformlar üzerinden müşteri rekabetini tercih ettiği, bunu kendi kanallarına yatırım yapmaktan daha uygun bulduğu tespit edilmiştir.⁷³ Bulgaristan’da *Netpincer* kararı ile Kurulun 2021 tarihli *Yemek Sepeti* kararında da, platformlar arası rekabetin görece düşük olması, restoranların Yemek Sepeti platformuna karşı kendi kanallarını geliştirme motivasyonu işlenmiş, nihayetinde dar EKM şartlarının restoranların kendi kanallarındaki rekabeti geliştirmesini engellediği sonucuna varılmıştır.⁷⁴

AB’de vuku bulan EKM şartlarına ilişkin davaları inceleyen Akman da, şartın platformun ticari ortaklarının olduğu seviyedeki rekabeti sınırlayabileceğini vurgulamıştır. Örneğin EKM şartlarını kabul etmeyen veya bu şartlara uymayan ticari ortakların platformun kullanıcı tabanına erişiminin kısıtlanması sonucu bu ortakların dışlanabileceğini, bunun sonucunda ticari ortaklarla platformun rekabet ettiği seviyede rekabetin kısıtlanabileceğini öne sürmektedir. Bu gibi eylemlerin ABİDA’nın 102(b) maddesinde (4054 sayılı Kanun’un da 6(2)(e) maddesinde) anılan tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanmasının kapsamına gireceğini ifade etmektedir.⁷⁵

Sonuç itibarıyla, önceki bölümlerde incelenen davaların çoğunda, dar EKM şartlarının getirdiği sınırlamaların, dar EKM şartlarının varlığı halinde devam edecek olan rekabet ve platformların karşılaşacağı bedavacılık riskiyle dengelendiği öngörülmüştür. Ancak, platformlar arası rekabetin sınırlı olduğu, sağlayıcının satışları içerisinde kendi kanalının önemli bir paya sahip olduğu

⁷¹ Avrupa Komisyonu Rekabet Genel Müdürlüğü (n 47)

⁷² Ezrachi (n 2) 509

⁷³ CMA (n 16) 8.55–8.68

⁷⁴ Kurul (n 40)

⁷⁵ Pinar Akman, “A Competition Law Assessment of Platform Most-Favoured- Customer Clauses”, *Journal Competition Law & Economics*, 2016, 1-53, 47.

hallerde dar EKM şartlarının da göz ardı edilmeyecek boyutta rekabet sınırlayıcı etkilere yol açabileceği savunulmaktadır. Bu hallerde, geçmiş davalara dayanarak söz konusu dengenin her zaman her türlü pazar koşuluna genellenmesi hataya yol açabilecektir.

Bu sebeple tıpkı diğer dikey sınırlamalarda olduğu gibi, dar EKM şartlarının ve buna karşı haklı gerekçe olarak öne sürülen temel savunmalardan bedavacılık sorununun detaylı bir incelemeden geçirilerek değerlendirilmesi gerekmektedir. Aşağıda dar EKM şartlarına karşı haklı gerekçe olarak öne sürülen bedavacılık sorunu detaylıca incelenecek, dar EKM şartlarının rekabet karşıtı etkileri ile rekabet yanlısı etkileri arasında bir denge analizi yapılırken dikkate alınabilecek hususlara değinilecektir.

D. Bedavacılık Sorunu ve Dar EKM Şartlarına Özel Bakış

Platformlar tarafından dar EKM uygulamasına haklı gerekçe olarak öne sürülen temel savunmalardan biri olan bedavacılık sorunu çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Bunun bir şekli tüketicilerin geleneksel mağazalardan (veya sağlayıcının kendi web sitesinden) araştırma yaparak bilgi toplamasının ardından çevrim içi kanallardan alışveriş yaptığında ortaya çıkmaktadır. Geleneksel mağazalar mağazanın kurulumu ve personelin eğitimi için önemli derecede kaynak harcamaktadır. Ancak çoğu zaman çevrim içi platformlar geleneksel mağazalardaki fiyatların altında fiyat sunmaktadır. Bu sorunun önüne geçmek için geleneksel perakendeciler bilinçli olarak satış öncesi destek eğitimi sağlamaktan vazgeçebilmekte ya da pazardan çıkma pahasına da olsa kendilerini agresif bir fiyat rekabetinin içinde bulabilmektedirler. Kısa vadede tüketicilerin faydasına gibi görünen bu durum uzun vadede tüketici tercihlerinin kısıtlanmasına ve rekabetin azalmasına yol açabilmektedir.⁷⁶

Bedavacılık sorununun vuku bulduğu bir diğer şekil, tüketicilerin çevrim içi araştırmalarından elde ettikleri bilgi sonrası geleneksel kanallardan ya da sağlayıcının kendi web sitesinden alışveriş yaptığında ortaya çıkmaktadır. Tüketicinin tüm bilgiyi platformdan elde ettiği, ancak daha düşük fiyat sunması dolayısıyla satın alma işlemini fiziki mağaza ya da web sitesi gibi sağlayıcının kendi kanalından yaptığı senaryoda, platform, işlem merkezinden ziyade yalnızca bir veri karşılaştırma merkezi haline dönüşebilmektedir.⁷⁷ Buna karşın platformlar çoğunlukla kullanıcının platform üzerindeki deneyimini geliştirmek için önemli yatırımlar yaptıklarını öne sürmektedir. Örneğin çevrim içi seyahat acenteleri, otellerin platform üzerindeki profillerini geliştirmek, platformun fonksiyonelliğini ve çevrim içi görünürliğini artırmak için yatırım yaptıklarını, dar EKM

⁷⁶ Paul Hughes, 'Bright Line or Barbed Wire? The Classification of Supplier Influence over Resale Prices under EU Competition Law' (2017) 38 ECLR 272

⁷⁷ *Showrooming* ya da *billboard effect* terimleriyle de anılmaktadır.



şartlarının uygulanmadığı bir senaryoda, tüketicileri platforma çekmek için yaptıkları yatırımları karşılayamayacaklarını öne sürmüştür.

Ancak, Komisyonun Dikey Kısıtlamalar Rehberi'ne (Rehber) göre⁷⁸ bu yönde bir sorunun oluşması için gerçek bir bedavacılıktan söz etmek gerekir. Bu çerçevede, alıcılar arasında bedavacılık ancak satış öncesi hizmetlerde veya diğer tanıtım faaliyetlerinde oluşabilir, satıcının müşteri özelinde ücretlendirme yapabileceği satış sonrası hizmetlerde ise bedavacılık söz konusu değildir. Bedavacılıktan söz edebilmek için ürünün genellikle yeni, teknik olarak karışık olması veya ürünün bilinirliğinin (*reputation*) ürüne yönelik talebi oluşturan temel etken olması gerekmektedir. Aksi senaryoda müşteri, geçmiş alışverişlere dayanarak ne alacağını iyi biliyor olacaktır. Keza bedavacılık sorununun ortaya çıkması için ürünün makul derecede yüksek bir değere sahip olması gereklidir. Aksi halde müşterinin ürünü alması için bir mağazadan diğerine giderek bilgi toplaması anlamlı olmayacaktır. Bedavacılık sorununa konu tanıtım faaliyetlerinin toplam tüketici refahını artırıp artırmayacağı, diğer deyişle genel olarak tüketicilerin söz konusu tanıtım faaliyetlerinden fayda sağlayıp sağlamadığı, bu tanıtımların bilgilendirme, ikna etme yoluyla fayda sağlanacak çok sayıda yeni müşteriye mi, yoksa temel olarak zaten ne alacağını bilen ve ekstra tanıtım faaliyetlerinin fiyat artışı anlamına geleceği müşterilere mi yapıldığına bağlıdır.⁷⁹

Bedavacılık sorununu genel olarak işlese ve özel olarak çevrim içi pazarlardaki bedavacılık sorununa yoğunlaşmasa da, Rehber'deki bu açıklamalar paralelinde, bedavacılık sorununun daha ziyade müşterinin ne alacağını bilmediği hallerde söz konusu olacağı, aksi halde müşterinin zaten bir arama hizmeti ihtiyacından ve dolayısıyla sağlayıcının satış öncesi sunduğu tanıtım hizmetlerinden bahsetmenin anlamlı olmayacağı söylenebilecektir.

Otel örneği üzerinden yola çıkarak Vezzoso dar EKM şartlarının olmadığı bir senaryoda bedavacılık sorununun oluşup oluşmadığını değerlendirmiştir.⁸⁰ Vezzoso, bu senaryoda, her ne kadar ilk bakışta otellerin kolaylıkla kendi kanallarında daha uygun fiyatlar sağlayarak platformları bedava kullanma riskinin yüksek olduğu görülse de, daha derin ve kapsamlı bir incelemenin bedavacılık sorunun kapsamının çok daha belirsiz olduğunu açığa çıkardığını belirtmektedir. Bu bakımdan Vezzoso, neyin bedava kullanılacağını anlamasının önemli olduğunu vurgulamaktadır. İlk olarak, oteller, çevrim içi görünürlüklerini ve çekiciliklerini (*attraction*) artırmak amacıyla reklam, pazarlama, (platformun sahip olduğu büyük verilerden türetilen) web/mobil analizi gibi platform üzerindeki bazı hizmet ve araçlardan faydalanabilirler. Benzer

⁷⁸ Guidelines on Vertical Restraints [2010] OJ C 130, 19.5.2010, p. 1–46 para.107

⁷⁹ ibid dn. 38

⁸⁰ Simonetta Vezzoso, 'Online Platforms, Rate Parity, and the Free Riding Defence' 38, 25

şekilde, oteller platformun marka ve imajını da bedava kullanabilir. Bu hallerde otellerin yukarıda değinildiği gibi, platformu yayınlanma/teşhir alanı olarak kullanarak doğrudan satışlarını önemli derecede artıracakları savı ön plana çıkmaktadır. Ancak Vezzoso, bu savın platformların baskın bir bilgi kaynağı olduğu varsayımını içerdiğini, gerçekte ise tüketicilerin bloglar, çevrim içi/çevrim dışı gazete ve dergi eleştirileri, meta arama motorları, arkadaş çevresi vs. gibi sayısız yoldan bilgi edindiğine dikkat çekmektedir. Kanımızca bu sav, çevrim içi yemek sipariş pazarı vb. başka pazarlarda daha çarpıcı hale gelebilecektir.

Dolayısıyla, Rehber’de işaret edildiği gibi, kullanıcının ne alacağını bildiği hizmetlerde dar EKM şartlarının uygulanmasıyla, (otel, restoran gibi) sağlayıcıların kendi kanallarındaki fiyatlarını düşüremediği, böylelikle ne alacağını bilen kullanıcıların ne alacağını bilmeyen kullanıcıları sübvans etmek zorunda bırakıldığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Dar EKM şartları sadece bu yönde bir kaldıraç etkisi oluşturmamaktadır. Sağlayıcı fiyatlarının platform fiyatlarına eşitlenmesiyle sağlayıcının doğrudan kanallarını ve hatta fiziki işletmelerini kullanan tüketiciler de, ne alacağını bilsin ya da bilmesin platform kullanıcılarını sübvans etmek durumunda kalabilecektir. Bu durum da Hollanda’nın *Takeaway* kararında tespit edilen zarar teorileri ile benzer sonuç doğurmaktadır. Buna göre dar EKM şartının dezavantajlarından biri, şartın sonucunda platformun daha fazla kullanıcı çekebilme için kaliteye ideal olandan daha fazla yatırım yapması, ancak dar EKM şartının bu yatırımların maliyetine yalnız platform kullanıcılarının değil, restoranların direkt kanallarını kullanan tüketicilerin de katlanmasına sebebiyet vermesi, böylece bir kısım platform kullanıcıları durumdan memnun olacakken toplam tüketici refahı bakımından optimum sonuçtan uzaklaşılmasıdır.

Dahası bedavacılığın hangi yönde gerçekleştiği ya da çift taraflı olup olmadığı da ayrıca dikkat edilmesi gereken bir husustur. Sağlayıcıların dar EKM şartlarının olmadığı halde çevrim içi teşhir hizmetini bedava kullanmaları riski karşısında, sağlayıcıların yatırımlarının çevrim içi platformlar tarafından bedava kullanılması da risk dâhilindedir. Nitekim otel veya restoran gibi sağlayıcılar da kendi kanallarını, mağazalarını vs. tanıtmak üzere pek çok yoldan pazarlama/tanıtım faaliyetleri yürütmektedir. Söz konusu sağlayıcılar platform üzerinden listelenmek ve satış gerçekleştirmek üzere de ayrıca komisyon ücreti, listeleme ücreti gibi maliyetlere katlanmaktadır. Buna ek olarak sağlayıcılar üzerine yüklenen dar EKM şartları sağlayıcıların platform harici kanallardaki söz konusu yatırımlarının üzerinde de bedavacılık sorunu oluşturabilecektir. Diğer deyişle, bedavacılık sorunu salt platformdan sağlayıcı yönüne değil, sağlayıcıdan platform yönüne de gerçekleşebilecektir.

Platform üzerinde bir bedavacılık sorununun oluşup oluşmadığının analizinde, dar EKM şartının uygulanmadığı halde platformun yatırım motivasyonunun gerçekten zedelenip zedelenmeyeceği veya yatırım motivasyonunun



tüketicinin toplam refahını azaltacak derecede düşüp düşmeyeceği hususunun sorgulanması gerekmektedir. Vezzoso'ya göre bedavacılık ancak platformun harcamalarını gerçekçi şekilde telafi etmesinin engellenmesi halinde yatırım motivasyonunu olumsuz etkilemektedir. Platformların otellere sunduğu sözleşme özelinde, reklam amaçlı ve tek seferlik hizmetlerde olduğu gibi yatırımların düşük olması ve kısa vadede karşılığının alınması hallerinde bedavacılığın sorun olması düşük ihtimaldir. Otellerin komisyon ödemelerine gönülsüz oldukları, komisyon yerine kendi çevrim içi kanallarına yatırımı tercih ettikleri derecede, platformların hizmet kalitesine yönelik yatırımlarının kısıtlanacağı savı makul sayılabilir. Ancak Bundeskartellamt, bir kısım müşteri kaybına karşın, platformların kaliteli hizmet yatırımı için motivasyonlarının olumsuz etkilenmeyeceğini ifade etmiş, çift taraflı pazarlardaki dolaylı ağ etkilerinin önemi dolayısıyla, kaliteli hizmet için yapılan yatırımların önemli bir rekabet aracı olduğunu vurgulamıştır. Platformun fonksiyonelliği ve kullanım rahatlığı hem tüketicilerin hem de otellerin platform tercihinde önemli bir etkidir. Aslında, EKM şartının uygulanmadığı halde dahi, kullanıcıların alternatif kanalları tercihini engelleyeceği için platformların çekiciliğini ve kullanım rahatlığını artırmak üzere yatırımlarını artırabileceği öngörülmektedir. Sanlı ve Doğan da, AB'de çevrim içi seyahat acentelerinin dar EKM şartlarını yasaklayan ve serbest bırakan üye ülkelerde karşılaştırmalı yapılan ampirik çalışmalara dayanarak dar EKM şartı uygulanmasına gerekçe olarak ileri sürülen etkinliklerin, dar EKM şartlarının yasaklandığı hallerde de ortadan kalkmadığını ya da yasaklamanın sosyal maliyete neden olmadığını değerlendirmektedir.⁸¹

Yine, Rehber'de değinildiği gibi sağlayıcı için tüm alıcılara sözleşme ile etkin tanıtım ve hizmet yükümlülükleri getirmenin mümkün olmadığı hallerde bedavacılık sorunundan bahsedilebilecektir. Ancak, Bundeskartellamt bedavacılık sorununun platformu kullanan sağlayıcılara uygulanacak sabit veya iki parçalı tarife gibi alternatif ödeme modelleri veya platformu bilgi edinmek amacıyla kullanan tüketicilere uygulanacak hizmet bedeli ile aşılabileceğini belirtmiştir. OECD de platformu platform dışında gerçekleştirilen satışlar karşısında tazmin edecek alternatiflere örnek olarak görünürlük sistemleri karşılığında ödeme modelini⁸² veya tüketicilerin *premium* servislere erişim için (ek) ödeme yaptıkları ücretsiz (*freemium*) modelini vermiştir.⁸³

Sonuç olarak, dar EKM şartları karşısında ileri sürülen bedavacılık sorununun kapsamının detaylı bir değerlendirmeye tabi tutulması gereklidir. İlk olarak bu sorun, salt platformlar bakımından değil sağlayıcılar bakımından da ortaya çıkabilmektedir. Bu sebeple hangi tarafın ne seviyede yatırım yaptığı

⁸¹ Sanlı ve Doğan (n 6) 19

⁸² *pay-for-visualisations system*

⁸³ OECD, 'Implications of E-Commerce for Competition Policy - Background Note' (2019) 25

göz ardı edilmemelidir. İkinci olarak, bu sorun daha çok kullanıcının ne alacağını bilmediği hallerde ortaya çıkmaktadır. Kullanıcıların (büyük çoğunluğunun) ne alacağını bildiği hallerde sağlayıcıya dar EKM şartının uygulanması, ne alacağını bilen kullanıcıların ne alacağını bilmeyen kullanıcıları sübvans etmek zorunda bırakılması sonucunu ortaya çıkarabilecektir. Üçüncü olarak, sağlayıcı fiyatlarının platform fiyatlarına eşitlenmesiyle sağlayıcının doğrudan kanallarını ve hatta fiziki işletmelerini kullanan tüketiciler de, ne alacağını bilsin ya da bilmesin platform kullanıcılarını sübvans etmek durumunda kalabilecektir. Dördüncü olarak, dar EKM şartının koruması dolayısıyla platforma ideal seviyenin üzerinde (gereksiz) yapılacak yatırımların maliyetine de yine platformu kullanan veya kullanmayan diğer kullanıcılar katlanmış olacaktır. Son olarak, bedavacılık sorunu oluşsa dahi, buna dar EKM şartı dışında önlem almak mümkün olabilecektir. Sağlayıcılara uygulanacak alternatif ödeme yöntemleri bu çerçevede kabul görmüş bir alternatiftir.

SONUÇ

EKM şartları, rekabet hukuku bağlamında incelenmesi geçmişe dayanıyor olmakla birlikte, çevrim içi platformların kullanımının artmasıyla rekabet otoritelerinin gündeminde yer tutan önemli konulardan biri haline gelmiştir. Dünya genelinde bu uygulamalara yönelik yeknesak bir yaklaşımın olmaması EKM şartlarına yönelik müdahaleleri de tartışmalı hale getirmiştir.

Geleneksel EKM şartlarında olduğu gibi kendi taraf olduğu alım işlemini düzenlemekten ziyade, sağlayıcının platform üzerinden kullanıcılara sunduğu fiyat ve diğer şartları düzenleyen çevrim içi EKM şartlarının, tüketicilere sunulan nihai fiyat ve diğer şartları sınırlaması sebebiyle rekabet üzerinde görece daha fazla olumsuz etkiye yol açtığı değerlendirilmektedir.

Çevrim içi EKM şartlarının rekabete olumlu ve olumsuz etkileri konusunda farklı ülkelerde farklı değerlendirmeler ve yaptırımlar görülmektedir. Bu bakımdan, ABD, AB ve Türkiye rekabet otoritelerinin kararları incelendiğinde, rakip platformlarda daha avantajlı şartlar sunulmamasını düzenleyen geniş EKM şartlarının farklı ürün ve coğrafi pazarlarda dahi olsa benzer rekabet karşıtı etkilerinin ortaya çıktığı söylenebilecektir. Öğretide geniş EKM şartlarının, pazara girişleri engellemesi, yoğunlaşmış pazarlarda sağlayıcı için alternatif platformun bulunmaması halinde komisyon oranlarının artması, yine yoğunlaşmış pazarlarda ürünlerin/hizmetlerin fiyat ve diğer şartlarında rekabetin azalması, bu şartların pazarın genelinde uygulanması halinde kartel benzeri etki oluşturması ve yenilikçi ürün/hizmet geliştirme motivasyonunun düşmesi şeklinde sonuçlar doğurabildiği değerlendirilmektedir. Nitekim seyahat acenteleri veya yemek siparişi platform hizmetleri gibi pek çok pazarda istikrarlı şekilde bu şartların rekabeti ihlal ettiği tespit edilmiştir. Bu bakımdan geniş EKM şartlarının son düzenlemelerle AB’de grup muafiyeti kapsamından çıkma-



rilmasının, hatta İngiltere’de bu şartların ağır ihlal sayılmasının isabetli olduğu, Türkiye’de de mevzuatta geniş EKM şartlarının grup muafiyeti kapsamında çıkarılması yönünde bir güncellenmenin gerekli olduğu düşünülmektedir.

Buna karşın dar EKM şartlarının rekabet karşıtı etkilerine ilişkin kararlarda aynı istikrardan bahsedilememektedir. Bu şartları konu eden davalar incelendiğinde, çevrim içi seyahat acenteliği pazarı bakımından çoğu AB ülkesinde ve Türkiye’de dar EKM şartlarına müdahale edilmemiş ya da muafiyet verilmiştir. Diğer yandan bir İsveç mahkemesinde booking.com hakkında yürüyen dava dar EKM şartlarına müdahale edilmeksizin taahhülle sonlandırılırken bir başka mahkemede yürüyen dava rekabet karşıtı etkisinin doğmaması sebebiyle müdahalesiz sonuçlanmıştır. Almanya’da ise rekabet karşıtı etkilerinin varlığı kabul edilerek dar EKM şartları ihlal sayılmıştır.

Çevrim içi seyahat acenteleri kadar AB otoritelerinin ve akademisyenlerin gündemine oturma da, dar EKM şartlarının konu edildiği çevrim içi yemek sipariş hizmetlerine yönelik davalarda daha yeknesak değerlendirmelerin orta çıktığı gözlemlenmektedir. Hollanda’da Takeaway dosyası soruşturma açılmaksızın kapatılsa da, dar EKM şartlarının hangi hallerde rekabet karşıtı etki göstereceğine işaret edilmiş, ancak somut davada bu etkilerin muhtemel olmaması sebebiyle şarta müdahale edilmemiştir. Buna karşın, Bulgaristan’da Netpincer’in çevrim dışı kanalları da kapsayan aynı fiyat şartının, restoranların teşebbüse bağımlılığı ve şartların restoranların kendi kanallarını geliştirmesine engel olması, bunun ayrıca yeni girişleri caydırarak platformlar arası rekabeti sınırlaması sebebiyle rekabet hukukuna aykırı olduğu kabul edilmiştir. Türkiye’de ise 2016 Yemek Sepeti kararında dar EKM şartlarına müdahale edilmez ve yalnız geniş EKM şartları yasaklanırken 2021 Yemek Sepeti kararı ile rekabet karşıtı etkiler doğurması sebebiyle dar EKM şartı uygulaması da sonlandırılmıştır. Bulgaristan ve Türkiye örnekleri dar EKM şartlarının salt sağlayıcılar veya tüketiciler üzerindeki etkisini değil, şartların doğrudan tarafı olmayan rakip platformlar üzerindeki etkisini de ortaya koyması bakımından diğer örnek kararlardan farklılaşmaktadır.

Dar EKM şartlarına yönelik davalar üzerine gelişen öğretide, bu şartların salt bir platform ile sağlayıcıları arasındaki ilişkiyi düzenlemesi, platformların komisyon oranları üzerindeki veya sağlayıcının faaliyet gösterdiği ürün/hizmet pazarındaki rekabeti doğrudan etkilememesi sebebiyle daha sınırlı etkiye yol açtığı kabul edilmiştir. Bununla birlikte, öğretide de dar EKM şartlarının olası rekabet karşıtı etkileri dile getirilmiştir. Özellikle platformlar arası rekabetin düşük olduğu veya sağlayıcının satışlarında kendi kanallarının önemli bir paya sahip olduğu hallerde bu etkiler belirgin hal almaktadır. Platformlar arası rekabetin düşük olduğu yoğunlaşmış pazarlarda dar EKM şartları sonucu, sağlayıcının rakip platformlara daha avantajlı şartlar sunma motivasyonu düşebilecektir. Özellikle sağlayıcının kendi satış kanallarının önemli bir paya

sahip olması halinde bu etki daha kuvvetli olacaktır. Böyle bir durumda, platformların büyük çoğunluğunun dar EKM şartı uygulaması, sağlayıcının faaliyet gösterdiği ürün/hizmetler pazarında fiyat katılığı meydana gelebilecektir. Bulgaristan ve Türkiye örneklerinde pazar özellikleri bu zarar teorilerini doğrular niteliktedir.

Bu bakımdan AB’de ve İngiltere’de dar EKM şartlarının grup muafiyeti alabilen uygulamalar kapsamında bırakılmasının isabetli olduğu düşünülmektedir. Ancak, AB’de seyahat acenteliği pazarına ilişkin davalarda dar EKM şartlarına müdahale edilmezken davaların ardından bu pazardaki dar EKM şartlarının yasaklanması çelişki doğurmaktadır. Bu yasal düzenlemeler sonrasında yapılan çalışmaların dar EKM şartı uygulamasının kaldırılması sonucu (doğrudan satış kanallarının geliştirilmesi veya satılan ürün/hizmetlerdeki fiyat rekabeti ve hatta platform kullanım miktarı bakımından) tüketici faydasının arttığını göstermesi, dar EKM şartlarının rekabeti sınırlayıcı etkilerinin azımsanmış olabileceği ihtimali ortaya çıkmaktadır. Hal böyle iken dar EKM şartlarına yönelik gelecekteki davalarda, bu şartların ihlal sayılmayacağı veya doğrudan muafiyet alabileceği yönünde genel yaklaşımların hatalı sonuç verebileceği düşünülmektedir. Bu bakımdan dar EKM şartlarının ihlal teşkil edip etmediğinin tespiti için detaylı bir analiz şarttır.

Bu yönde bir analizde EKM şartlarının şartın kapsamı, uygulanma şekli, tedarik zincirinin farklı seviyelerindeki rekabetin boyutu, alıcı gücü, pazarın özellikleri, sağlayıcıların satış kanalı tercihleri gibi özelliklere dikkat edilmelidir. Bu özellikler bakımından pazar gücüne sahip olan platformların, esasında 4054 sayılı Kanun’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi Taslağı’nda önemli pazar gücüne sahip teşebbüs niteliğini de haiz olmasının bekleneceğinden hareketle, ilgili Kanun Teklifi’nde geniş EKM şartlarının yanında dar EKM şartlarının da yasaklanmasının yerinde olduğu düşünülmektedir.

Ek olarak, dar EKM şartları karşısında ileri sürülen bedavacılık sorununun kapsamının da detaylı bir değerlendirmeye tabi tutulması gereklidir. Nitekim bu sorun, salt platformlar bakımından değil sağlayıcılar bakımından da ortaya çıkabilmektedir. Keza, platformun getirdiği dar EKM şartı koruması, ne alacağını bilen ve dolayısıyla arama hizmetinden faydalanmayan kullanıcıların ne alacağını bilmeyen kullanıcıları sübvans etmek zorunda bırakılması ya da sağlayıcının doğrudan kanallarını ve hatta fiziki işletmelerini kullanan kullanıcıların platform kullanıcılarını sübvans etmesi gibi sonuçlar ortaya çıkarabilecektir. Bu hallerde platforma optimum seviyenin üzerinde yapılacak yatırımların maliyetine de yine platformu kullanan veya kullanmayan diğer kullanıcılar katlanmak durumunda kalacaktır. Analiz sonucunda bedavacılık sorununun varlığı tespit edilse dahi, bu sorunun dar EKM şartı dışındaki diğer önlemlerle giderilebilir giderilemeyeceği de değerlendirmeye alınması gereken önemli bir husustur.

KAYNAKÇA

Akman P., “A Competition Law Assessment of Platform Most-Favoured- Customer Clauses”, *Journal Competition Law & Economics*, 2016, 1-53

Avrupa Komisyonu Rekabet Genel Müdürlüğü, *Competition Policy for the Digital Era*. (Publications Office 2019) 57 <<https://data.europa.eu/doi/10.2763/407537>> Erişim Tarihi 02.12.2020

Avrupa Komisyonu, *Support Studies for the Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation: Support Study and Study on Consumer Purchasing Behaviour in Europe: Final Report*. (Publications Office 2020) 93 <<https://data.europa.eu/doi/10.2763/771951>> Erişim Tarihi 08.06.2020

Baker JB ve Morton FS, ‘Antitrust Enforcement Against Platform MFNs’ (2018) 127(7) *The Yale Law Journal* 2176

CMA, ‘The Retained Vertical Agreements Block Exemption Regulation Consultation Document’ 17.06.2021 <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/994552/VBER_recommendation_2021_consultation_with_annexes_170621_FINAL.pdf, Erişim Tarihi:25.08.2022

Colangelo M, ‘Competition Law and Most Favoured Nation Clauses in Online Markets’ içinde Klaus Mathis ve Avishalom Tor (eds), *New Developments in Competition Law and Economics* (Springer International Publishing 2019) 296 <http://link.springer.com/10.1007/978-3-030-11611-8_14> Erişim Tarihi 08.10.2020

Coombs J, ‘Most Favored Customer Clause and Competition Law: An Overview of EU and National Case Law’ [2014] e-Competitions-Institute of Competition Law <www.concurrences.com> Erişim Tarihi 12.06.2022

Ezrachi A, ‘The Competitive Effects of Parity Clauses on Online Commerce’ (2015) 11 *European Competition Journal* 488 <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17441056.2016.1148870>> Erişim Tarihi 07.05.2020

Gürkaynak G vd., ‘Most-Favored-Nation Clauses in Commercial Contracts: Legal and Economic Analysis and Proposal for a Guideline’ (2016) 42 *European Journal of Law and Economics* 129 <<http://link.springer.com/10.1007/s10657-015-9515-y>> Erişim Tarihi 21.09.2021

Hughes P, ‘Bright Line or Barbed Wire? The Classification of Supplier Influence over Resale Prices under EU Competition Law’ (2017) 38 *ECLR* 272

OECD, ‘Implications of E-Commerce for Competition Policy - Background Note’ (2019) 25

Rekabet Kurumu, 'E-Pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Nihai Raporu', 2022

'Rekabet Terimleri Sözlüğü' 2019 <<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/genel-dosya/rk-terimleri-sozlugu-2018-pdf>> Erişim Tarihi: 27.08.2022

Sanlı KC ve Doğan C, 'Rekabet Hukuku ve İktisadı Bağlamında Dar Platform EKM Koşulları' (2022) İstanbul Hukuk Mecmuası, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, 6

UK Competition and Markets Authority (CMA), 'Private Motor Insurance Market Investigation: Final Report', September 2014, para.8.32-8.43 <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5421c2ade5274a1314000001/Final_report.pdf> Erişim Tarihi 20.08.2021

Vandenborre I ve Frese MJ, 'Most Favoured Nation Clauses Revisited' (2014) 35 ECLR

Vezzoso S, 'Online Platforms, Rate Parity, and the Free Riding Defence' 38, 25 Whish R ve Bailey D, *Competition Law* (9th edn, OUP 2018)

Yararlanılan İnternet Siteleri

<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/53d223ba40f0b60b9f000005/AA_Saga_Response_to_Provisional_Decision_on_Remedies.pdf> Erişim tarihi 22.08.2021

https://en.wikipedia.org/wiki/Web_crawler, <https://tr.wikipedia.org/wiki/Arama_robotu> Erişim Tarihi 05.08.2021.

<[https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/660EE2E99780F7B-5C1257E350039D1CD/\\$File/p25422.pdf](https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/660EE2E99780F7B-5C1257E350039D1CD/$File/p25422.pdf)> Erişim Tarihi 10.10.2020

<[https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/4AC063DE04DC3DB-1C1257F92003FE656/\\$File/p25940.pdf](https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/4AC063DE04DC3DB-1C1257F92003FE656/$File/p25940.pdf)> Erişim Tarihi 10.10.2020

Competition and Consumer Protection Commission and Booking.com, Decision of 25.09.2015 <<https://www.ccpc.ie/business/wp-content/uploads/sites/3/2017/02/Booking-comSignedCommitmentsSeptember2015.pdf>> Erişim Tarihi 08.10.2020

<https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Others/GWB.html;jsessionid=0E041494EEFBEBD704BB0011617A4552.2_cid371?nn=4136442> Erişim Tarihi 27.05.2022

<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/07/18/dma-council-gives-final-approval-to-new-rules-for-fair-competition-online>
Erişim Tarihi 27.07.2022

KARARLAR

ABD

United States v. Delta Dental of R.I., 943 F. Supp. 172, 172-182 (D.R.I. 1996)

United States v Blue Cross Blue Shield of Michigan, 809 F. Supp. 2d 665 (E.D. Mich. 2011)

United States v Apple Inc, 952 F. Supp. 2d 638, 15 647 (S.D.N.Y. 2013).

United States v Apple Inc, No 13-3741-cv (2d Cir. 2015)

AB

Case COMP/AT-39.847-E-Books, Commission Decision of 25.07.2013

CASE AT.40153 E-book MFNs and related matters (Amazon), Commission Decision of 04.04.2017, <https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40153> Erişim Tarihi 20.05.2020

AB Üye Ülkeleri

BKartA, HRS-Hotel Reservation Service Robert Ragge GmbH, B.9–66/10

Booking.com B.V., Booking.com France SAS, Booking.com Customer Service France SAS, Decision 15 D-06 21 Nisan 2015

Decision of Netherlands Authority for Consumers and Markets, 15.1073.53 (18.11.2016) <https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/16836_besluit-thuisbezorgd-english-new.pdf> Erişim Tarihi 09.10.2020

Konkurrensverket, 15 April 2016, Ref. No. 596/2013 – booking

LG Cologne, 16 February 2017, 88 O (Kart) 17/16 – expedia

OLG Düsseldorf, 9 January 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS

OLG Dusseldorf, 4 December 2017, VI-U (Kart) 5/17 – expedia

OLG Düsseldorf, 4 May 2016, VI-Kart 1/16 (V) – booking

OLG Düsseldorf, 4 June 2019, VI-Kart 2/16 (V) – booking

Stockholms Tingsrätt, 20 July 2018, PMT 13013-16 – booking

Svea Hovrätt, 9 May 2019, PMT 7779-18 – booking

Türkiye

Rekabet Kurulu Kararları

09.06.2016 tarih ve 16-20/347-156 sayılı Yemek Sepeti kararı

05.01.2017 tarih ve 17-01/12-4 sayılı Booking.com kararı

28.01.2021 tarih ve 21-05/64-28 sayılı Yemek Sepeti (taahhüt) kararı

KADASTRO KANUNU'NUN TAKSİM VE KISMİ İKTİSAP BAŞLIKLILIK 15. MADDESİNİN BELİRLİLİK İLKESİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

*Evaluation of Provisions of Article 15 of the Cadastre Law Titled Partition
and Partial Acaustion within the Framework of the Principle*

Hayriye ŞEN DOĞRAMACI*

ÖZET

Türk Medeni Kanunu'nda yer alan aynı haklara ilişkin düzenlemeler, aynı haklara hâkim olan temel ilkelere dayanır. Aynı haklara hâkim olan temel ilkeler Türk Medeni Kanunu'nun yanı sıra aynı haklara ilişkin her türlü düzenlemenin de esasını oluşturur. Ancak kimi zaman özel hukuk kökenli bazı kanunlarda aynı haklara ilişkin hükümler getirilirken aynı haklara hâkim olan ilkelere uymaktan ödün verildiği görülmektedir. Sözü edilen duruma örnek teşkil eden kanunlardan biri de 3402 sayılı Kadastro Kanunu'dur. Anılan Kanun'un bazı hükümlerinde aynı haklara egemen olan ilkelere bağdaşmayan çözümlerin benimsendiği görülmektedir. Bu çalışmada inceleme konusu edilen düzenleme Kadastro Kanunu'nun Kısmi İktisap ve Taksim başlıklı on beşinci maddesidir. Anılan madde aynı haklara hâkim olan ilkelere biri olan belirlilik ilkesi çerçevesinde incelenecektir. Belirlilik ilkesi, aynı hak konusu şeyin mevcut ve belirli olmasını ve aynı zamanda bütünüyle aynı hakka konu edilmesini gerektirir. Buradan hareketle aynı hak konusu şeyin taşınmaz olması halinde İmar Kanunu uyarınca taşınmazdan ayrılan her bir parçaya tapuda ayrı bir sayfa açılarak devrinin yapılması gerekir. Ancak Kadastro Kanunu'nun on beşinci maddesinde taşınmazların kısmi iktisap ve paylaşılmasında farklı bir usul benimsenmiştir.

Anahtar Kavramlar: Kadastro, aynı hak, belirlilik ilkesi, taşınmaz, paylaşma

ABSTRACT

The regulations on real rights in rem in the Turkish Civil Code are based on the fundamental principles governing real rights in rem. The basic principles governing the rights in rem constitute the basis of the Turkish Civil Code, as well as all other regulations regarding the rights in rem. However, it is sometimes observed that some laws of private law origin compromise the principles governing in rem rights while introducing provisions on in rem rights. One of the laws that constitutes an example of the aforementioned situation is the Cadastral Law No. 3402. It is observed that

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 14.11.2022*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 13.06.2023*

* Dr. Öğr. Üyesi, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, hayriyes@anadolu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-9186-4407>.

some provisions of the aforementioned Law adopt solutions that are incompatible with the principles governing real rights in rem. The regulation analysed in this study is the fifteenth article of the Cadastral Law titled Partial Acquisition and Partition. The aforementioned article will be analysed within the framework of the principle of certainty, which is one of the principles governing the real rights in rem. The principle of definiteness requires that the thing subject to the right in rem must be present and definite and at the same time be subject to the right in rem in its entirety. From this point of view, if the thing subject to the right in rem is immovable, each parcel separated from the immovable in accordance with the Zoning Law must be transferred by opening a separate page in the title deed. However, in the fifteenth article of the Cadastral Law, a different procedure has been adopted for the partial acquisition and distribution of immovables.

Key Words: Cadastre, real right, principle of clarity and definiteness, real property, partition

GİRİŞ

Türk Medeni Kanunu'nun Eşya Hukuku kitabında, zilyetlik ve tapu sicili- nin yanı sıra aynı haklara ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Aynı haklar Türk Medeni Kanunu'nda ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Bu kapsamda aynı hak- ların kazanılması, hükümleri ve sona ermesi konularına yer verilmiştir. Türk Medeni Kanunu'nda söz konusu düzenlemeler yapılırken aynı hakların ya- zılı olmayan ilkelerinden yararlanılmıştır. Söz konusu ilkeler tarih boyunca toplumsal gelişmeler ve doktrindeki tartışmalarla şekillenmiştir. Aynı hakkı karakterize eden ilkeler aynı haklara konu alan düzenlemelerinde temelinde yer alır. Aynı haklara hâkim olan ilkelerden biri belirlilik ilkesidir. Belirlilik ilkesinin ilk nüvelerine Roma hukukunda rastlamak mümkündür¹. Belirlilik ilkesi, aynı hak konusu şeyin mevcut ve belirli olmasını yine hak konusu şeyin bütünüyle aynı hakka konu edilmesini gerektirir².

Aynı haklara egemen olan ilkelerden zaman zaman çeşitli gerekçelerle uzak- laşıldığı bilinmektedir. Kadastro sırasında da belirlilik ilkesine aykırı düzenle- melerle karşılaşılmaktadır. Kadastro, çeşitli şekillerde tanımlanmakla birlikte, geniş anlamda veya hukuki anlamda kadastro denildiğinde, bir taşınmazın sı- nırlarının, türünün yüz ölçümünün belirlenmesinin yanı sıra taşınmazlar üye-

¹ Özcan Çelebican Karadeniz, *Roma Eşya Hukuku*, Ankara, (Turhan 2015) 26; Özlem Söğütü, *Roma Özel Hukuku*, (Seçkin 2021) 615.

² Mehmet Akçaal, *Eşya Hukuku*, (Yetkin 2021) 35; Jale G. Akipek, *Türk Eşya Hukuku, Zilyetlik ve Tapu Sicili*, (AÜHF Yayınları 1972) 16; Gökhan Antalya/Murat Topuz, *Eşya Hukuku C. IV/1*, (Seçkin 2019) 567 s. 157; Jürgen F. Baur/ Rolf Stürner, *Sachenrecht*, (C.H. Beck 2009) 39; Çelebican Karadeniz, s. 26; Fikret Eren/Veyysel Başpınar, *Toprak Hukuku*, (Savaş 2017) 243; Manfred Wolf/Marine Wellenhofer, *Sachenrecht*, (C. H. Verlag 2011) 17; Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, (Filiz 2021) 32; Hanns Prütting, *Sachenrecht*, (C. H. Beck, 2010) 11; Söğütü/Erişgin, s. 615; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, (Yetkin 2021) s. 34.

rindeki hakların tespiti ve tapuya yazılması anlaşılır³. Kadastro kanununda yer alan özellikle mülkiyet hakkının tespitine ilişkin hükümler kadastro öncesinde mevcut olan fiili durumun hukuki bir zemine kavuşturulması amacına hizmet eder. Kadastro faaliyeti bir süreçtir. Bir bölgede kadastro faaliyetine başlanacağı ilan edildiği andan itibaren başlayan bu süreçte mümkün olduğunca doğru tespit ilkesine bağlı kalınarak hak sahipliğinin gecikmeksizin belirlenmesi amaçlanır⁴. Kadastro Kanunu hükümleri incelendiğinde kadastro ekibi tarafından yapılacak tespitler, bu tespitlere yapılacak itirazlar için belirlenen sürelerin oldukça kısa tutulduğu⁵ yine, kadastro mahkemesinde görüleceği belirlenen uyuşmazlıkların çözümünde yazılı yargılama usulünün yerine basit yargılama usulünün benimsendiği görülür⁶.

Kadastro faaliyetini karakterize eden bu özellikler nedeniyle, Kadastro Kanunu'nda aynı haklara egemen olan ilkelerle bağdaşmayan çözümlere başvurulduğu görülür. Taşınmazların kısmen iktisabını ve paylaşılmasını konu alan Kadastro Kanunu'nun 15. maddesinde yer alan düzenleme belirlilik prensibi bakımından getirdiği farklılıklar nedeniyle incelemeye değer görülmüştür. Gerçekten de Kadastro Kanunu'nda taşınmazların kısmi iktisabı ve paylaşılmasında Türk Medeni Kanunu'ndan farklılık gösteren çözümlere yer verilmiştir.

I. TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN KAZANILMASI

A. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu'nda taşınmaz mülkiyetinin kazanılması bakımından esas alınan ayırım, taşınmaz mülkiyetinin tescille veya tescilden önce kazanımı şeklindedir. TMK m. 705/I' de "*Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, tescille olur*" denilerek taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında tescilin kural

³ Akçaal, 220; Antalya/Topuz, 596; Sirmen, 155.

⁴ Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku C. I.*, (Seçkin 2016) 299; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 192; Ünal/Başpınar, 329.

⁵ KK m. 4/II "Kadastro müdürü, kadastrosuna başlanacak mahalleyi veya köyü en az 15 gün önce bölge merkezi ile çalışma alanı ve komşu köy, mahalle ve belediyelerde alışılmış vasıtalarla duyurur". KK m. 4/XI "Kadastro müdürü, bu itirazı inceleyerek yedi gün içerisinde karara bağlar. İlgililer hazırsa tefhim, değilse derhal tebliğ edilen bu karara karşı yedi gün içerisinde kadastro mahkemesine itiraz edilebilir. Bu itiraz, duruşmasız ve gerektiğinde mahallinde inceleme yapılarak, on beş gün içinde kesin karara bağlanır. Ancak; tespit edilen bu sınıra karşı kesinleşmiş mahkeme kararı var ise aynı konuda itirazda bulunulamaz".

⁶ Süleyman Sapanoğlu, *Yenileme ve Kullanım Kadastrosu*, (Adalet Yayınevi) 117; Yazar Kadastro kanununun uygulamasından kaynaklanan uyuşmazlıklarda basit yargılama usulünün davaların uzamaması için tercih edildiğini belirtmekle birlikte, seçilen usulün bizzat yargılamanın uzamasına yol açtığını ifade etmektedir: Hüseyin Turan, 'Kadastro Davalarının Kadastro Kanunu Dolayısıyla Uzamasının Nedenleri ve Bir Öneri', Terazi Hukuk Dergisi, C. 6, S. 61, s. 69-72, 2011, s. 71.



olduğu hüküm altına alınmıştır (mutlak tescil ilkesi)⁷ Bu nedenle taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanıma yol açan sebepler, ancak Kanunun bu yolla kazanıma işaret ettiği durumlarla sınırlıdır (nisbi tescil ilkesi)⁸ Taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanımına yol açan sebeplerin bir kısmı TMK m. 705/II' de sayılmıştır. Anılan hükme göre, “*miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma hâlleri ile kanunda öngörülen diğer hâllerde, mülkiyet tescilden önce kazanılır.* Taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanımına yol açan sebepler TMK m. 705/II' de sayılanlarla sınırlı değildir. Türk Medeni Kanunu'nun başka hükümlerinde, Türk Ticaret Kanunu'nda ve hatta bazı özel Kanunlarda taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanım hallerine yer verilmiştir⁹.

Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması bakımından Türk Medeni Kanunu'nda yapılan tescille ve tescilsiz kazanım ayrımının yanı sıra doktrinde taşınmaz mülkiyetinin kazanılması aslen ve devren kazanım başlığı altında incelenir. Mülkiyetin aslen ve devren kazanımı ayrımı hakkın kazanılmasının bir önceki malikin mülkiyet hakkına dayanıp dayanmadığı esas alınarak yapılır. Taşınmaz mülkiyetinin önceki malikin mülkiyet hakkına dayanılarak kazanılmadığı durumlarda taşınmaz mülkiyetinin aslen kazanıldığından söz edilir¹⁰. Bir taşınmazın aslen kazanılmasına yol açan sebeplere örnek olarak, işgal, cebri artırma, ihale, kazandırıcı zamanaşımı gösterilebilir¹¹. Taşınmaz mülkiyetinin

⁷ Akçaal 388; Akipek 353; Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Eşya Hukuku*, (Beta 2018), 463; Antalya/Topuz 567; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku C. II*, (Seçkin 2016) 157; Breitschmid, Peter/Alexandra Jungo, *Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, (Schulthess Juristische Medien AG 2016) Art. 656, Rn. 1; Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku*, (Yetkin 2011) 199; Fikret Eren/Veyssel Başpınar, *Toprak Hukuku*, (Savaş 2017) 243; Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku*, (Bariş 2018) 272; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 409.

⁸ Akçaal 388; Akipek 353; Akipek/Akıntürk/Ateş, 463; Antalya/Topuz, 568; Ayan, C.II 157; Breitschmid/Jungo, Art. 641-977 ZGB, Art. 656, Rn. 15; Eren/Başpınar, 243; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir 409; Mehmet Ünal/Veyssel Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, (Savaş 2017) 288, 335.

⁹ TMK m. 54 gereğince, kişiliği sona eren bir tüzel kişinin mallarının kamu kurum veya kuruluşuna geçmesi, TMK m. 105 gereğince, vakfa özgülünen taşınmazın mülkiyetinin vakfa özgülünmesi, TMK m. 257 uyarınca, mal rejimi sözleşmesi sonucu meydana gelen mülkiyet değişikliği, TMK m. 708'e göre yeni arazi oluşması, TTK m. 127 ve m.128 gereğince, ticaret ortaklıklarına sermaye olarak taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak kazanılması, TTK m. 11/III ve TTK m. 153/I uyarınca, ticaret ortaklıklarının birleşmesi ve ticari işletme devri, 5543 sayılı İskan Kanunu uyarınca tahsis. TMK m. 705/II dışında sayılan tescilden önce taşınmaz mülkiyetinin kazanıldığı durumları örnekler.

¹⁰ Akçaal 388; Ayan C.II 156; Eren, 198; Turhan Esener/Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, (Yetkin 2017) 237; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir 407; Sirmen 340.

¹¹ Esener/Güven 234; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir 407; Taşınmazın aslen kazanılması Medeni Kanun ile sınırlı değildir. Belediye Kanunu'nun 159. maddesi, 3621 sayılı Kıyı Kanunu'nun 7. maddesi aslen kazanımı örnekler.

önceki malikin mülkiyet hakkına dayanılarak kazanılması halinde ise mülkiyetin devren kazanıldığından söz edilir¹². Taşınmaz mülkiyetinin devren kazanıldığı durumlarda cüz'i halefiyetten veya külli halefiyetten söz edilir¹³. Taşınmaz mülkiyetinin aslen ve devren kazanılmasının yanı sıra taşınmaz mülkiyetinin kanunda belirtilen belirli süre ile devam eden nitelikli zilyetliğe dayanılarak kazanılması halinde zamanaşımı ile kazanımdan söz edilir¹⁴. Türk Medeni Kanunu'nda taşınmaz mülkiyetinin zamanaşımı yoluyla kazanılması iki farklı hükümle düzenlenmiştir. Bunlardan ilki "Olağan Zamanaşımı" başlığını taşıyan TMK m.712 diğeri "Olağanüstü Zamanaşımı" başlığını taşıyan TMK m. 713'dür.

B. Taşınmaz Mülkiyetinin Kazanılmasında Belirlilik İlkesi

1. Kural

Belirlilik ilkesi, aynı haklara hâkim olan temel ilkelere biridir¹⁵. Aynı haklara egemen olan diğer ilkeler gibi belirlilik ilkesi de uzun yıllar devam edegelen uygulamaların ve bilimsel tartışmaların bir sonucudur¹⁶. Anılan ilke aynı haklara egemen olan diğer ilkelerle birlikte aynı hakların doğumu, kazanılması ve devri sırasında esas alınır. Belirlilik ilkesi aynı haklara egemen olan ilkelere açıklık ilkesinin, tamamlayıcısı ve uzantısıdır¹⁷.

Belirlilik ilkesi, mevcut ve belirli bir şeyin, bütünüyle aynı hak konusu olmasını ifade eder¹⁸. Aynı haklar alanında belirlilik ilkesinin kabulü borçlandırıcı işlemlerden farklı olarak, mevcut olmayan bir şeyin aynı hakka konu edilmesine engel olur¹⁹. Yine belirlilik ilkesi nedeniyle kural olarak malvarlığının

¹² Akçaal 388; Ayan C.II, 156; Esener/Güven 213; Eren198; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir 407; Sirmen 340.

¹³ Akçaal 388; Ayan C.II, 156; Eren 198; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 407.

¹⁴ Akçaal 426; Eren 256; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir 487; Sirmen 393.

¹⁵ Akçaal, 34; Antalya/Topuz, 132; Ayan C.I, 57; Breitschmid/Jungo, Art. 641-977 ZGB, Art. 641, Rn. 22; Eren/Başpınar, 244; Karl Larenz/Manfred Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, (C.H. Beck, 2004), § 15, Rn. 12; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir 31; Söğütlü Erişgin 615; Rona Serozan *Eşya Hukuku I*, (Filiz 2014) 62.

¹⁶ Serozan 62

¹⁷ Faruk Acar, *Rehin Hukuku Dersleri*, (Vedat 2017), 44; Faruk Acar, *Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi*, (Turhan 2008) 145-146; Serozan 67.

¹⁸ Acar, *Rehin Hukuku Dersleri*, 44; Akçaal 35; Akipek 16; Antalya/Topuz 157; Jürgen F. Baur/Rolf Stürmer, *Sachenrecht*, (C.H. Beck, 2009) 39; Çelebican Karadeniz 26; Eren/Başpınar 244; Manfred Wolf/Marine Wellenhofer, *Sachenrecht*, (C. H. Verlag 2011) 17; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir 32; Hanns Prütting, *Sachenrecht*, (C. H. Beck 2010) 11; Söğütlü Erişgin, 615; Sirmen 34.

¹⁹ Baur/Stürmer 40; Çelebican Karadeniz 26; Eren/Başpınar 244; Söğütlü Erişgin 615; Serozan 223; Prütting, 137.



tümü üzerinde tek bir işlemle tasarrufta bulunmak mümkün değildir²⁰. Anılan kuralın istisnası niteliğindeki düzenlemelere hem Türk Medeni Kanunu, hem 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nda ve Türk Ticaret Kanunu'nda rastlanmaktadır.

Belirlilik ilkesi bir yandan yukarıda sözü edildiği gibi aynı hak konusu şeyin mevcut ve belirli olmasını diğer yönüyle bir şeyin bütünüyle aynı hak konusu olmasını gerektirir. Bu nedenle bir şeye ilişkin tasarruflar onun bütünüyleyi parçalarını da kapsar²¹. Bütünüyleyi parça TMK m. 684'te şu şekilde tanımlanmıştır: “Bir şeye malik olan kimse, o şeyin bütünüyleyi parçalarına da malik olur. Bütünüyleyi parça, yerel âdetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parçadır”. Bütünüyleyi parça ile asıl şey arasında sıkı bir maddi ve ekonomik bağıllık söz konusudur²². Bu nedenle kanunu koyucu hiçbir istisna gözetmeksizin bütünüyleyi parçayı aslın kaderine tabi kılmıştır²³ (accessio cedit principali)²⁴.

Belirlilik ilkesi, Türk Medeni Kanunu'nda genel bir hükümlerle düzenlenmemiştir. Böyle olmakla birlikte anılan ilke taşınmazlar açısından TMK m. 854/I'de hüküm altına alınmıştır. Anılan hükme göre, “Rehin kurulurken, konusu olan taşınmazın belirtilmesi gerekir”. TMK m. 854/I'de belirlilik ilkesi taşınmazlar bakımından ve rehin hakkı çerçevesinde düzenlenmiştir. Anılan hükümde her ne kadar rehin hakkından söz ediliyorsa da taşınır veya taşınmaz eşyanın her türlü aynı hakka konu edilmesi sırasında belirlilik ilkesine riayet edilmesi genel ilkedir.

²⁰ Eren/Başpınar 244; Prütting 11.

²¹ Acar, *Rehin Hukuku Dersleri*, 44; Akçaal 35; Antalya/Topuz 158; Ayan C.I, 57; Eren/Başpınar 244; Larenz/Wolf, §15, Rn. 12; Prütting 11; Söğütlü 615.

²² Akçaal 331; Breitschmid/Jungo, Art. 641-977 ZGB, Art. 642, Rn. 4,6; Eren, 56; Esener/Güven, 251; Serozan, 222; Sirmen 286, karşı. bütünüyleyi parçanın kabulü için ayrıca ekonomik açıdan da işlevsel bir bağlantı aranmasının kanunun amacı içinde olmadığını kabul etmek gerekir. Böylece bir duvarın içine herhangi bir ekonomik amaç olmaksızın yerleştirilmiş bir tablonun bütünüyleyi parça olduğunu kabul etmek gerekir: Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir 328.

²³ Akçaal 334; Breitschmid/Jungo, Art. 641-977 ZGB, Art. 642, Rn. 11; Esener/Güven 254; Serozan 223.

²⁴ Diegesta 34.2.19.13. Ulpianus “Şimdi altın ve gümüşten yapılmış şeylere takılan değerli taşları tartışalım. Sabinus, küçük şeyin büyük şey tarafından kapsanması nedeniyle, mücevherlerin altın ve gümüşün bütünüyleyi parçası olduğunu söyler. Bu doğru bir biçimde ifade edilmiştir. Bazen iki eşyadan hangisinin bütünüyleyi parça olduğunu belirleyemiyoruz. Bütünüyleyi parça ana malı takip ettiği için bunlardan hangisinin diğerini süslemek amacıyla kullanıldığını dikkate almalıyız. Bu nedenle bardaklara, altın ya da gümüş tabaklara takılan mücevherler bütünüyleyi parçadır”. Cengiz Koçhisarlıoğlu/Özlem Söğütlü Erişgin, *Roma Hukukundan Günümüz Hukukuna Işık Tutan İlkeler, Kavramlar ve Digesta Metinleri*, (Seçkin 2022) 30.

2. Türk Medeni Kanunu'na Göre Belirlilik İlkesinin İstisnaları

Her ne kadar belirlilik ilkesinin aynı haklar alanında hâkim olan temel ilkelere biri olduğu kabul edilse de kanunlarda sözü geçen kuralın istisnalarına rastlamak mümkündür. Belirlilik ilkesine istisna teşkil eden durumların önemli bir bölümü Türk Medeni Kanunu'nda ve Türk Ticaret Kanunu'nda yer alır²⁵. Yine Türk Borçlar Kanunu'nda da belirlilik ilkesine aykırılık teşkil eden durumlarla karşılaşmaktadır²⁶.

a. Kat Mülkiyeti

Bir şeyin bütünüyle aynı hakka konu olabileceğini ifade eden belirlilik ilkesinin istisnalarından biri Kat mülkiyetidir²⁷. Kat mülkiyetine ilişkin düzenlemeler Kat Mülkiyeti Kanunu'nda yer alır. Kat Mülkiyeti Kanunu'nun birinci maddesinde kat mülkiyeti düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, tamamlanmış bir yapının kat, daire, iş bürosu, dükkân, mağaza, mahzen, depo gibi bölümlerinden ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olanları üzerinde, kat mülkiyeti adıyla bağımsız bir mülkiyet hakkından söz edilir. Kat mülkiyeti adı verilen bağımsız mülkiyet hakkı, paylı mülkiyet esaslarına göre o bağımsız bölümün değeri ile orantılı olarak özgülenen arsa payı ile paylı maliklerin ortak yerler üzerinde sahip oldukları pay ile ayrılmaz bir bütün oluşturur²⁸. Şöyle ki, bağımsız bölüm üzerinde tasarruf edilmekle kendiliğinden arsa payı ve ortak yerlerdeki paylı mülkiyet payı üzerinde de tasarruf edilmiş olunur.

²⁵ Ticaret hukuku alanında belirlilik ilkesinin istisnasını oluşturan durumların başlıcalarını şu şekilde sıralamak mümkündür. 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu m. 5/II "Ticari işletme ve esnaf işletmesinin tamamı üzerinde rehin kurulması hâlinde, rehlin kuruluşu anında işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan her türlü varlık; bir işletmenin belirli bir taşınır varlık grubunun bir bütün olarak rehnedilmesi hâlinde ise bu gruba dahil varlıkların tamamı rehnedilmiş sayılır". TTK m. 11/III'e göre, "Ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir...", TTK m. 136/IV "Birleşmeyle, devralan şirket devrolunan şirketin malvarlığını bir bütün hâlinde devralır. Birleşmeyle devrolunan şirket sona erer ve ticaret sicilinden silinir". Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Erman Benli, 'Aynı Haklarda Belirlilik İlkesinin İstisnaları' *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 25, S. 1, 2019, s. 280 vd.

²⁶ Türk Borçlar Kanunu'nun 202 ve 203. maddelerinde belirlilik ilkesine aykırılık teşkil eden durumlardan söz edilir. TBK m. 202 "Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtım yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur". TBK m. 203 "Bir işletme, başka bir işletme ile aktif ve pasiflerin karşılıklı olarak devralınması ya da birinin diğerine katılması yoluyla birleştirilirse, her iki işletmenin alacaklıları, bir malvarlığının devralınmasından doğan haklara sahip olup, bütün alacaklarını yeni işletmeden alabilirler".

²⁷ Akçaal 35; Acar 339; Benli, s. 282; Karadeniz Çelebicin 27; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir 689.

²⁸ Benli, s. 282; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir 690; Sirmen 495.

Kat mülkiyeti kanunu'nda yer alan düzenleme tarzı eşyanın bütünüyle aynı hak konusu olacağını ifade eden belirlilik ilkesine aykırılık teşkil eder.

İsviçre Medeni Kanunu'nda kat mülkiyeti düzenlenirken ülkemizden farklı bir yol izlenmiştir²⁹. İsviçre kanun koyucusu kat mülkiyetini düzenlerken belirlilik ilkesini göz ardı etmemiş; kat mülkiyetine konu yapının tamamı üzerinde tek bir mülkiyet hakkı olduğunu, kat maliklerinin sözü edilen tek mülkiyet hakkına konu yapı üzerinde paylı mülkiyet hakkının bulunduğu kabul etmiştir³⁰. İsviçre'de yapılan kanuni düzenleme ile kat malikleri kendilerine ayrılan bağımsız bölüm üzerinde münhasır yararlanma sağlayan özel bir paylı mülkiyet statüsüne tabi kılınmıştır.

Tatil ihtiyacının karşılanmasında bir taşınmazdan dönemli yararlanmayı konu alan devre mülk hakkı, gerek yurt içinde gerek yurt dışında sunduğu yeni olanaklarla kendisine önemli bir yer edinmiştir. Devre mülk hakkına ilişkin düzenlemeler Kat mülkiyeti Kanunu içerisinde yer alır. Devre mülk hakkı Kat Mülkiyeti Kanunu içerisinde yer almakla birlikte, düzenlenmesi bakımından kat mülkiyetinden ayrılır.

Devre mülk hakkı, KMK m. 57'de hüküm altına alınmıştır. Anılan hükme göre, “*Mesken olarak kullanılmaya elverişli bir yapı veya bağımsız bölümün ortak maliklerinden her biri lehine bu yapı veya bağımsız bölümden yılın belli dönemlerinde istifade hakkı, müşterek mülkiyet payına bağlı bir irtifak hakkı olarak kurulabilir. Bu hakka devre mülk hakkı denir*”. Devre mülk hakkı sayesinde taşınmazın paylı maliklerine, devre mülke konu taşınmazdan dönemli yararlanma hakkı sağlanmıştır³¹.

Devre mülk hakkının niteliği konusunda doktrinde ileri sürülen farklı görüşler³² olmakla birlikte kanımızca burada devre mülk hakkına elverişli bir

²⁹ İsviçre'de Kat mülkiyetine ilişkin düzenlemeler, ayrı bir kanunla değil, ZGB içerisinde 712a-712t maddeleri arasında düzenlenmiştir.

³⁰ Amédéo Wermelinger, *Das Stockwerkeigentum Kommentar der Artikel 712a bis 712t des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, (Schulthess 2014), Rn. 5; Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir 690 vd; Kemal Oğuzman, Kat Mülkiyeti Hakkında İsviçre'de ve Türkiye'de Hazırlanan Kanun Tasarıları, Tahlil ve Tenkidi, Journal of Istanbul University Law Faculty, 1960, dergipark.org.tr.22.10.2022.

³¹ Baur/Stürner, 400; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir 835; Serozan 5; Sirmen 535.

³² Devre mülk hakkının hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda doktrinde savunulan bir görüşe göre devre mülk hakkı kanunda her ne kadar irtifak hakkı şeklinde nitelendirilmişse de burada teknik anlamda bir irtifaktan söz etmek mümkün değildir. Devre mülk hakkını irtifak hakkı olarak nitelendirmeyen görüşün yanı sıra, söz konusu hakkın bir irtifak hakkı olduğunu kabul eden ancak bu defa da irtifak hakkının niteliği konusunda farklılık gösteren görüşler mevcuttur. Devre mülk hakkını irtifak hakkı olarak nitelendiren yazarlardan bir kısmı devre mülk hakkını kendine özgü olumlu bir irtifak hakkı şeklinde nitelendirirken diğerleri bu hakkı düzensiz irtifak şeklinde nitelendirmektedir. Son olarak devre mülk hakkının paylı mülkiyet temelinde dayalı bir irtifak hakkı olduğu da savunulmuştur: Devre

taşınmazın paylı malikleri lehine tanınan kendine özgü bir irtifak bulunduğu şeklinde ifade edilen doktrin görüşüne katılmak mümkündür. Devre mülk hakkını bu şekilde nitelendirdiğimizde ise ülkemizdeki kat mülkiyetine ilişkin yasal düzenlemeden farklı olarak devre mülk hakkına ilişkin düzenlemenin belirlilik ilkesine aykırı düştüğü ifade edilemez.

b. Taşkın İnşaat

TMK m. 725 'de hüküm altına alınan taşkın inşaat üst arza tabidir³³ şeklinde ifade edilen hukuk ilkesinin istisnalarından biridir. Üstün arza tabi olması diğer bir ifadeyle tasarruf işlemleri bakımından üstün kaderinin arzın kaderine tabi kılınması, bütünleyici parçanın aslın kaderine tabi olacağı yönündeki kuralın bir yansımasıdır³⁴. Bu nedenle TMK m. 684'e göre bütünleyici parça sayılan şeyler ile kanun gereği bir taşınmazın bütünleyici parçası olduğu kabul edilen, yapılar, bitkiler, kaynaklar ve doğal ürünler arzın konu edildiği tasarruf işlemlerine dahil kabul edilirler.

Taşkın yapı, yapının bir bölümünün yapıyı yapan malike ait taşınmazda bir bölümünün ise komşu taşınmazda bulunması hali olarak ifade edilebilir³⁵. Söz konusu taşkınlık, komşu taşınmazın yüzeyine, toprak ve hava tabakasına ilişkin olabilir³⁶. Sözü geçen taşkınlığın bir hava tabası taşkınlığında ziyade toprak arza etkili bir taşkınlık olması halinde belirlilik ilkesine ilişkin problem daha açıklık kazanır³⁷.

TMK m. 725'te iki farklı olasılık düzenlenmiştir. Bir taşınmaz malikinin komşu taşınmazda bulunan taşkın yapı üzerindeki hak sahipliği taşkın yapı sahibi ile komşu taşınmaz maliki arasındaki bir irtifak sözleşmesinden kaynaklanmış olabilir³⁸. TMK m. 725/I'de bu olasılıkta, taşkın yapı kısmının taşkın yapıyı yapan malike ait taşınmazın bütünleyici parçası olduğu ifade edilmiştir. TMK m. 725/II'de düzenlenen ikinci halde ise komşu taşınmaza taşan yapı kısmı üzerinde yapının sahibine tanınan bir irtifak hakkı mevcut değildir. Bu durumda komşu taşınmazın maliki tarafından süresi içerisinde-taşkın yapıyı

mülk hakkının niteliğine ilişkin farklı görüşler için bkz. Eren 183; Esener/Güven 315; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir 837; Sirmen 535.

³³ Üst arza tabidir kuralının kökeni Roma Hukukuna dayanır. Gaius Institutiones 2. 73: "Bizim toprağımıza inşa edilen şey, başkasının adına inşa edilse dahi doğal hukuk gereğince zira üstün mülkiyeti toprağın mülkiyetini izler": Koçhisarlıoğlu/Söğütü Erişgin 77.

³⁴ Rona Serozan, 'Komşunun Arsasına Taşan Yapı', *Journal of Istanbul University Law Faculty*, (dergiparkorg.tr) (12.11.2022), 360.

³⁵ Eren 348; Serozan *Komşu* 360.

³⁶ Akçaal 466; Eren 348; Sirmen 436.

³⁷ Yazar taşkınlığın arza etkili bir taşkınlık olması halinde adeta taşınmazın görünmez bir ipele ikiye bölündüğünden söz eder: Serozan *Komşu* 362.

³⁸ Akçaal 466; Eren 349; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir 583; Sirmen 437.



öğrendiği tarihten itibaren 15 gün- yapının yıktırılması talebinde bulunulabilir. Eğer komşu taşınmaz sahibi süresi içerisinde yıktırma talebinde bulunmamış veya talebi reddedilmişse, taşkın yapının sahibi iyiniyetli olmak koşuluyla uygun bir bedel karşılığında kendisine bir irtifak hakkı tanınması ya da taşan kısmın mülkiyetinin kendisine devrini isteyebilir.

TMK m. 725'te düzenlenen her iki olasılıkta da taşan yapı kısmı üzerinde arazi maliki dışında bir başkasının aynı hak sahibi olacağı kabul edildiğinden belirlilik ilkesine istisna teşkil eder.

c. Üst Hakkı

Üst hakkı, TMK m. 726, m. 826, m. 836'da düzenlenmiştir. TMK m. 826/1'göre, “Bir taşınmaz maliki, üçüncü kişi lehine arazisinin altında veya üstünde yapı yapmak veya mevcut bir yapıyı muhafaza etmek yetkisi veren bir irtifak hakkı kurabilir. Hükmün lafzından da anlaşılacağı üzere üst hakkının konusunu bir başkasına ait arazinin altında veya üstündeki yapıda mülkiyet hakkı sahipliği oluşturur³⁹. Üst hakkına konu taşınmaz üzerinde arazi malikinin mülkiyet hakkı devam eder⁴⁰. Üst hakkını karakterize eden bu özellik TMK m. 726/1'de şu şekilde ifade edilmiştir. “Bir üst irtifakına dayalı olarak başkasına ait bir arazinin altında veya üstünde sürekli kalmak üzere inşa edilen yapıların mülkiyeti, irtifak hakkı sahibine ait olur”. Bu özelliği nedeniyle de üst hakkı aynı haklara hâkim olan ilkelerden belirlilik ilkesinin istisnasını oluşturur. Üst hakkı da yukarıda sözünü ettiğimiz taşkın yapı gibi üst arza tabidir şekilde ifade edilen kuralın istisnalarından biridir⁴¹.

ç. Mecra Hakkı

Mecra hakkı TMK m. 727'de, m. 726'da hüküm altına alınan üst hakkının hemen ardından düzenlenmiştir. İkisinin de ortak noktası bir arazideki yapının o arazinin mülkiyetine tabi olması kuralının istisnasını oluşturmalarıdır. Mecra, doktrinde kuvvet ve maddeleri taşımaya ve aktarmaya yarayan yapı şeklinde tanımlanır⁴². Yine öğretilde mecra hakkından söz edebilmek için söz konusu maddelerin akıcı nitelikte olması gerektiği kabul edilir⁴³. Mecra içinde

³⁹ Akipek/Akıntürk/Ateş 539; Esener/Güven 446; Göksu Tarkan, *Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, CHK - Handkommentar zum Schweizerisches Privatrecht*, Art. 675, Rn. 3, 2016.

2016 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir 575, 990; Sirmen 613

⁴⁰ Akipek/Akıntürk/Ateş 539; Esener/Güven 446; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir 575; Sirmen 613; Tarkan, CHK Art. 675, Rn. 6.

⁴¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 572; Sirmen, 433; Tarkan, CHK Art. 675, Rn. 1.

⁴² Akçaal, 470; Akipek/Akıntürk/Ateş 540; Ayan, C.II, 336; Eren 355; Esener/Güven, 266; Sirmen, 434; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 578; Tarkan, CHK Art. 676, Rn. 2; Haluk Tandoğan, ‘Türk Hukukunda Mecralar’, *AHFD*, C. IX, S. 3-4, (135-165), 142.

⁴³ Eren, 355; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 578; Mecralar neden akıcı maddelerle

bulunduğu taşınmazın ihtiyaçlarını karşılamak için kurulmuş olabilir bu durumda dahili mecradan söz edilir⁴⁴. Dahili mecralar dışında mecra bazen başka bir taşınmazın ihtiyaçları için kurulmuş olabilir bu durumda transit mecradan bahsedilir⁴⁵. Belirlilik ilkesi bakımından önem arz eden transit mecralardır. Mecra hakkı bir kişiye irtifak sözleşmesine dayalı olarak tanınabileceği (TMK m. 727/II-III), komşuluk hukukunun gerektirdiği hallerde kanun hükmüyle zorunlu olarak mecra hakkı tanınması gerekebilir (TMK m. 744 vd.). Üstün arza tabi olduğu yönündeki kuralın istisnasını oluşturan mecra hakkı, bir eşyanın bütünüyle aynı hakka konu edileceğini buyuran belirlilik ilkesinin istisnasını oluşturur⁴⁶.

d. Taşınır Yapı/Taşınır Bitki

Türk Medeni Kanunu'nun "Taşınmaz Mülkiyetinin İçeriği/Kapsam" başlıklı 718/II hükmüne göre, "Bu mülkiyetin kapsamına, yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere yapılar, bitkiler ve kaynaklar da girer". Maddenin başlığı her ne kadar taşınmaz mülkiyetinin içeriği şeklindeyse de taşınmaz denilerek kastedilen arazidir. Anılan hüküm uyarınca yapılar, bitkiler ve kaynaklar arazinin bütünleyici parçasıdır. Söz konusu unsurların arazinin bütünleyici parçası sayılabilmesi için kanun hükmü yeterlidir. Ayrıca TMK m. 684'te yer alan bütünleyici parça sayılmaya ilişkin koşulların gerçekleşmesine ihtiyaç yoktur.

TMK m. 718/II uyarınca yapılar ve bitkilerin arazinin bütünleyici parçası olarak kabul edilebilmesi için bunların taşınır yapı ve taşınır bitki olarak nitelendirilmemesi gerekir⁴⁷. Taşınır yapı TMK m. 728'de hüküm altına alınmıştır. Anılan hükme göre, "Başkasının arazisi üzerinde kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılan kulübe, büfe, çardak, baraka ve benzeri hafif yapılar, bunların malikine aittir. Bu tür yapılar, taşınır mal hükümlerine tâbi olur ve tapu kütüğünde gösterilmez".

Bir yapının ne zaman taşınır yapı olarak kabul edilmesi gerektiği konusunda TMK m. 728'de bir ölçüte yer verilmiştir. Anılan hükme göre taşınır yapı, kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılmış olmalıdır⁴⁸. Yapının kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılmak istendiği sonucuna varabilmek için birkaç hususun

sınırlanması gerekliliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan 143-145.

⁴⁴ Akçaal 470; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir 579; Yazarlar dahili mecra yerine bağımlı mecra deyimini kullanmaktadır; Ayan, C.II 336; Eren, 355.

⁴⁵ Akçaal 470; Akipek/Akıntürk/Ateş, 541; Ayan, C.II 336; Eren, 355; Esener/Güven, 267; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 579; Tarkan, CHK Art. 676, Rn. 2.

⁴⁶ Ayan, C.II, 332; Eren, 346; Esener/Güven, 266; Tandoğan, 157.

⁴⁷ Akipek/Akıntürk/Ateş, 534; Ayan, C.II 334; Eren 346; Sirmen, 442; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir 548, 593; Tarkan CHK Art. 677, Rn. 2.

⁴⁸ Ayan C.II, 332; Eren, 346; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir 548.



değerlendirilmesi gerekir. Bu konuda yapıda kullanılan malzemenin niteliği, yapının arzla bağlantısı esas alınır⁴⁹.

Taşkın bitki konusunda taşkın yapıda olduğu gibi kanuni bir tanıma yer verilmemiştir. Bu konuda da taşkın yapıda olduğu gibi taşkın yapının da arzla olan bağlantısı, taşınır bitkinin dikilmesindeki ekonomik amaç esas alınır. Bitki toprakta temelli kalmak amacıyla dikilmemişse taşınır bitki olarak nitelendirilir⁵⁰ ve üzerinde bulunduğu arazinin bütünleyici parçası sayılmaz. Taşkın yapı ve taşkın bitki bu haliyle belirlilik ilkesinin istisnasını oluşturur.

e. Toplu Rehin

Tüm aynı haklar bakımından olduğu gibi taşınmaz rehni söz konusu olduğunda da belirlilik ilkesi kuraldır. Ancak bu alanda da ihtiyaçlar nedeniyle kanunla anılan ilkeye istisna getirilmiştir. Taşınmaz rehni söz konusu olduğunda belirlilik ilkesine iki yönden istisna getirilmiştir. Bunlardan ilki alacağa⁵¹ diğeri ise taşınmaza ilişkindir. İstisnalardan ilki araştırma konumuzun kapsamı dışındadır. Taşınmaz rehinde belirlilik ilkesinin taşınmaz bakımından istisnası doktrinde “toplu rehin” olarak isimlendirilir⁵². Kural olarak bir alacağı teminat altına almak için bir taşınmaz üzerinde rehin tesis edilirse de aynı alacak için birden çok taşınmaz üzerinde rehin tesis edilmesi mümkündür⁵³. Bu halde teminat yükü taşınmazlar üzerinde paylaşılır (TMK 855/II). Taşınmazlar üzerindeki rehinli değer parçalarının alacağın miktarını geçmeyeceği kabul edilir⁵⁴. Alacağın birden çok taşınmazla teminat altına alındığı ancak ne taşınmazın ne rehin yükünün paylaşıldığı durumlarda toplu rehinden söz edilir⁵⁵. Türk Medeni Kanunu'nda iki halde toplu rehine izin verilmiştir. Eğer üzerinde rehin kurulacak taşınmaz-

⁴⁹ Akipek/Akıntürk/Ateş 520; Ayan C.II 333; Eren 346; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir 548; Tarkan, CHK Art. 677, Rn. 6

⁵⁰ Akipek/Akıntürk/Ateş 534; Ayan C.II 334; Eren, 342; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir 593; Sirmen, 442.

⁵¹ TMK m. 851/II “Yurt içinde veya dışında faaliyette bulunan kredi kuruluşlarınca yabancı para üzerinden veya yabancı para ölçüsü ile verilen kredileri güvence altına almak için yabancı para üzerinden taşınmaz rehni kurulabilir. Bu hâlde her derecenin ifade ettiği miktar, rehin konusu alacağın tespit edildiği para türü üzerinden gösterilir. Ancak, aynı derecede birden fazla para türü kullanılarak rehin kurulamaz”.

⁵² Doktrinde “toplu rehin” yerine, “kolektif rehin”, “müşterek rehin”, “müteselsil rehin” kavramları kullanılmaktadır; Acar 243; Esener/Güven 500; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir 1035.

⁵³ Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku C. III*, (Seçkin 2016) 171; Baur/Stürner 557; Esener/Güven 500; Harm Peter Westermann, *BGB Sachenrecht*, (C.F. Müller 2002) 224.

⁵⁴ Ayan C.III 171; Baur/Stürner 557; Esener/Güven 500; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir 1034.

⁵⁵ Ayan C.III 172; Baur/Stürner 561; Fasel Urs, *Sachenrecht Art. 641-977 ZGB CHK - Handkommentar zum Schweizerisches Privatrecht*, Art. 798 Rn. 2, 2016.

ların mülkiyeti aynı kişiye aitse veya üzerinde rehin tesis edilecek taşınmazların mülkiyeti aynı kişiye ait olmamakla birlikte, taşınmazların malikleri teminat altına alınmak istenen borçtan müteselsilen sorumlu iseler her iki taşınmazda borcun tamamının teminatı teşkil eder (TMK m. 855/I).

Doktrinde toplu rehin halinde tek bir rehin hakkının mı yoksa taşınmaz sayısı kadar rehin hakkının mı bulunduğu hususu tartışmalıdır. Doktrinde bir grup yazar aynı alacağın bütünüyle birden çok taşınmazla güvence altına alındığı bu durumda ortada tek bir rehmin bulunduğu görüşündedir⁵⁶. Bu görüş karşısında başka bir grup yazar toplu rehmin söz konusu olduğu durumda birden çok rehmin bulunduğunu savunmaktadır⁵⁷. Bu görüşü savunan yazarlara göre, aynı hakkın konusunu bağımsız varlık ve niteliği olan tek bir nesne oluşturur. Diğer aynı haklar bakımından geçerli olan bu kuraldan rehin söz konusu olduğunda vazgeçmeye gerek yoktur. Her ne kadar eşya hukukuna hâkim olan ilkelerden biri olan belirlilik ilkesine aykırı düşse de kanımızca bu hususta savunulan görüşlerden ilkinde katılmak daha isabetli görünmektedir.

f. Mirasın İntikali

Mirasbırakanın ölümü ile birlikte mirasbırakana ait olan tereke, mirasçılarına diğer ifadeyle miras ortaklığına intikal eder (TMK m. 640/I). Miras bırakanın ölümüyle mirasçılara intikal eden özel hukuk ilişkilerinin tümüne tereke denir⁵⁸. Mirasbırakanın terekesi malvarlığının özel bir görünümü teşkil eder⁵⁹. Bir kimsenin ekonomik değere sahip haklarının ve borçlarının tümüne malvarlığı denir⁶⁰. Malvarlığı aktif ve pasifleriyle bir bütündür.

Mirasbırakanın terekesine dahil değerlerin neler olduğu TMK m. 599/II'de sayılmıştır. Anılan düzenlemeye göre, “*Kanunda öngörülen ayırık durumlar saklı kalmak üzere mirasçılar, mirasbırakanın aynî haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazanırlar ve mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olurlar*”. TMK m. 599/II'deki sayım sınırlayıcı değildir. Yukarıdakilere ek olarak, fikri haklar, yenilik doğuran haklar ile beklenen haklar da tereke içerisinde yer alır⁶¹.

⁵⁶ Ayan C.III 173; Esener/Güven 500; Fasel Urs, CHK Art. 798, Rn. 6; Sirmen 641.

⁵⁷ Acar 251; Acar, *Rehin Hukuku Dersleri* 51; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir 1036.

⁵⁸ Mehmet Ayan, *Miras Hukuku* (Seçkin 2016) 39; Ali Naim İnan/Şeref Ertaş/Hakan Albaş, *İnan Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku*, (Seçkin 2022) 74; Mustafa Dural/Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku C. IV Miras Hukuku*, (Filiz sekizinci baskı, 2015, s. 8; Rona Serozan/Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku*, (Seçkin 2021) 70.

⁵⁹ Gökhan Antalya/İpek Sağlam, *Marmara Hukuk Yorumu Miras Hukuku C. III*, (Seçkin 2021) 70; Yazara göre tereke ve malvarlığı eş anlamlıdır: Dural/Öz 8.

⁶⁰ Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. V/1,1*, (Seçkin 2019) 161.

⁶¹ Dural/Öz 405; İnan/Ertaş/Albaş 76; Serozan/Engin 107.

Mirasbırakana ait olan bazı hak ve borçlar mirasbırakanın ölümü ile sona erer, mirasçılara intikal etmez. Örneğin, vekalet sözleşmesi, tarafların ölümü ile sona erer, hizmet sözleşmesi işçinin ölümü ile sona erer. Eser sözleşmesi müteahhidin kişiliği nazara alınarak yapılmışsa müteahhidin ölümü ile sona erer. Kişiler ve aile hukukuna ilişkin haklar kişinin ölümü ile sona erer. Mutlak biçimde kişiye bağlı irtifak hakları mirasçılara intikal etmez. Manevi tazminat talep hakkı, mirasbırakan tarafından ileri sürülmemişse mirasçılara intikal etmez⁶² (TMK m. 25/IV).

Terekenin mirasçılara geçiş usulü “Kazanma” başlıklı TMK m. 599/I’de hüküm altına alınmıştır. Anılan hükme göre, “*Mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanırlar*”. Terekenin bütünüyle ve tek bir olayla (mirasbırakanın ölümüyle) mirasçılara intikaline “külli halefiyet⁶³” denir⁶⁴. Külli halefiyet ilkesi, mirasbırakanın ölümüyle terekenin sahipsiz kalmaması fikrine dayanır. Temelini Cermen hukukunda bulur⁶⁵.

Külli halefiyette tereke bütün olarak, bir işlem yapılmasına, herhangi bir talebe ve sürenin geçmesine ihtiyaç bulunmaksızın mirasçılara intikal eder⁶⁶. Tereke üzerindeki farklı nitelikteki eşyalar üzerindeki aynı hakların kazanılmasında, zilyetliğin intikalinde her biri için öngörülen nakil şekline uyulmasına gerek yoktur. Bu haliyle külli halefiyet ilkesi, belirlilik ilkesine istisna oluşturur.

II. KADASTRO KAVRAMI, KADASTRO SIRASINDA TAŞINMAZLARIN KISMEN KAZANILMASI VE PAYLAŞILMASI, MİRASÇILARIN PAY DEVRİ VE TEMLİKİ

A. Genel Olarak Kadastro

Kadastro kavramının amacı ve kapsamı tarihsel süreç içerisinde değişmiş; bu değişime paralel olarak farklı kadastro tanımları ortaya çıkmıştır.

⁶² Mirasçılara intikale elverişli olmayan diğer hususlar için ayrıntılı bilgi için bkz. Antalya/Sağlam, s. 71-75; Serozan/Engin 108 vd.

⁶³ Mirasın geçişinde külli halefiyet kural olmakla birlikte istisnaları da bulunmaktadır. Külli halefiyetin en önemli istisnalarından biri cüz’i halefiyettir. Bu nedenle vasiyet alacaklısı her ne kadar mirası kendiliğinden kazansa da külli halef değildir. Külli halefiyetin ikinci istisnası TBK m. 356 hükmüdür. TBK m. 356’e göre, “Ölen kiracının ortakları veya bu ortakların aynı meslek ve sanatı yürüten mirasçıları ve ölen kiracı ile birlikte aynı konutta oturanlar, sözleşmeye ve kanun hükümlerine uydıkları sürece, taraf olarak kira sözleşmesini sürdürebilirler”.

⁶⁴ Antalya/Sağlam 92; Ayan C.III 38; Dural/Öz 403; İnan/Ertaş/Albaş 73; Serozan/Engin 70.

⁶⁵ Dural/Öz 403; Roma hukukunda yukarıda sözü edilen prensipten farklı olarak, “hereditas iaccedens” (bekleyen tereke) kurumu kabul edilmiştir. Buna göre eş, çocuk, sui heredes şeklinde bir yakını bulunmuyorsa, tereke kendiliğinden mirasçılara geçmez; Antalya/Sağlam 91.

⁶⁶ Antalya/Sağlam 91; Ayan C.III 38; Dural/Öz 403; İnan/Ertaş/Albaş 74; Serozan/Engin 70.

Ülkemizde kadastro faaliyetinin ilk amacı Almanya ve İsviçre ‘de olduğu gibi taşınmaza ilişkin vergi yüklerinin belirlenmesi idi⁶⁷. Zaman içerisinde kadastro faaliyeti bu esnada edinilen bilgilerin tapu kaydına işlenmesiyle farklı bir görev üstlenmiştir⁶⁸. Ülkemizde, kadastronun amacı kanunun amaç başlıklı 1. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan hüküm şu şekildedir: “*Bu Kanunun amacı, ülke koordinat sistemine göre memleketin kadastral veya topoğrafik kadastral haritasına dayalı olarak taşınmaz malların sınırlarını arazi ve harita üzerinde belirterek hukukî durumlarını tespit etmek suretiyle 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun öngördüğü tapu sicilini kurmak, mekânsal bilgi sisteminin alt yapısını oluşturmaktır*”.

Günümüzde kadastro, dar anlamda kadastro, geniş anlamda kadastro şeklinde ikili bir ayrım ile açıklanır⁶⁹. Dar anlamda kadastro, kadastro bölgesindeki taşınmazların, türünü, sınırlarını, yüzölçümü ve hukuki durumu belirleyip plana bağlama faaliyetini ifade eder⁷⁰. Kadastro geniş anlamda veya hukuki anlamda kullanıldığı zaman, bir taşınmazın hukuki ve fiili durumunun tespiti ile başlayıp, o taşınmazın tapu kütüğünün ayrı sayfasına kaydedilmesine kadar devam eden faaliyetleri konu alır⁷¹. TMK’nin *plan* başlıklı 1003. maddesinde “*bir taşınmazın kütüğe kaydı ve belirlenmesinde resmî bir ölçüme dayanan plân esas alınır*” denilerek kadastro faaliyeti araziye ilişkin kayıtların tapuya yazılmasının ön koşulu haline getirilmiştir.

Kadastroya hâkim olan ilkelerden biri “doğru tespit” ilkesidir. Doğru tespit ilkesi, hem taşınmazın geometrik biçimi ve yüzölçümünün tespitinde hem de taşınmazlar üzerindeki hakların belirlenmesinde esas alınır⁷². Bu sayede ancak doğru tespit ilkesine göre hazırlanan ve kesinleşen kadastro tutanaklarındaki bilgiler tapu siciline kaydedilir.

⁶⁷ Westermann, 136.

⁶⁸ Şebnem Yürükler Akça/Ali Kazım Telli/Ertuğrul Eyüboğlu/Hülya Karşlı/Osman Gülcan/Sezai Koç, ‘Lisanslı Harita ve Kadastro Mühendislik Bürolarının İsviçre Türkiye Karşılaştırmalı Sorunları ve Çözüm Önerileri’, *İBD*, S. 3-4, 2011, (288-296) 294; Westermann 140.

⁶⁹ Doktrinde dar anlamda kadastro, geniş anlamda kadastro ayrımının yanı sıra, Geometrik anlamda kadastro, genel anlamda kadastro, hukuki anlamda kadastro ayrımı da yapılmaktadır: Eren/Başpınar 263.

⁷⁰ Akçaal 220; Akipek/Akıntürk/Ateş 230; Antalya/Topuz 596; Ayan C.I 274.

⁷¹ Akçaal 220; Antalya/Topuz 596; Sirmen 153; Westermann 136; Geniş anlamda kadastro yerine geniş anlamda tapulama deyimi tercih edilmiştir. Bu ayrımda taşınmazın ayrı sayfaya kaydedilmesi dar anlamda tapulama şeklinde isimlendirilmiştir: Sapanoğlu 7; Ünal/Başpınar 309.

⁷² Akipek/Akıntürk/Ateş 256; Ayan C.I 299; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir 192; Ünal/Başpınar 329.



Kadastroya ilişkin hükümler sayılı 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nda düzenlenmiştir⁷³. Kadastro Kanunu'nda kadastro faaliyetinin işleyişine yönelik kuralların yanı sıra taşınmazların hukuki durumunun belirlenmesini konu alan hükümler yer alır. Kadastro Kanunu'nda yer alan mülkiyet hakkının tespitine ilişkin hükümlere örnek olarak KK m. 13, m. 14, m. 15 m. 17 gösterilebilir. Söz konusu hükümlerin pek çoğu belirli bir süre devam eden nitelikli zilyetliğe dayanılarak zamanaşımı ile hakkın kazanılmasını konu alır. Kadastro Kanunu'nda yer alan mülkiyetin tespitine ilişkin hükümler kadastro öncesinde mevcut olan fiili durumun hukuki bir zemine kavuşturulması için bir olanak olarak değerlendirilebilir. Kadastro Kanunu uyarınca taraflar arasında yapılan haricen satış sözleşmeleri ile sağlanan mülkiyet geçişlerine geçerlilik tanınmıştır⁷⁴. KK m. 15'te Kanununun içerdiği tasfiye hükümlerine örnek teşkil eder. Taşınmazların kısmi iktisabı ve paylaşılmasında Türk Medeni Kanunu'ndan farklılık gösteren çözümlere yer verilmiştir.

B. Kadastro Kanunu'na Göre Tapu Dışı Paylaşma Nedeniyle Mülkiyetin Kazanılması

Paylaşma⁷⁵ya dayanılarak paydaşların veya mirasçılarının mülkiyet hakkı kazanmasına ilişkin düzenleme Türk Medeni Kanunu ve Tapu Kanunu'nda yer alır. Tapu Kanunu m. 26/I' e göre, "*Mülkiyete, mülkiyetin gayri aynı haklara ve müşterek bir arzın hissedarları veya birbirine muttasıl gayrimenkullerin sahipleri arasında bunlardan birinin veya bir kaçının o gayrimenkul üzerinde*

⁷³ 21/6/1987 tarih ve 3402 sayılı Kadastro Kanunu Cumhuriyetimizin ilk kadastro kanunu değildir. Tapulamaya başlandığı dönemde il ve ilçelerin merkez belediye sınırları içindeki arazinin kadastrounda 15.12.1934 tarihli 2613 sayılı Kadastro ve Tapu Tahriri hükümleri uygulanmıştır. Bu kapsamın dışında kalan arazi için 16.0.1950 5602 sayılı Tapulama Kanunu yürürlüğe konulmuştur. Yürürlükteki kanunun yarattığı sıkıntılar neticesinde 17.7.1964 tarihine yeni bir Tapulama Kanunu hazırlanmıştır. Ancak Sözü geçen Kanun Anayasa ve İç tüzüğe riayet edilmediği gerekçesi ile iptal edilmiştir: Tapu ve Kadastro Teşkilatının Tarihi Gelişimi Hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akipek/Akıntürk/Ateş 232 vd.; Eren/Başpınar 265 vd.

⁷⁴ KK m. 13/Bb hükmü yukarıda sözü edilen durumu örnekler. Anılan hüküm şu şekildedir: "Zilyet, taşınmaz malı, kayıt malikinden veya mirasçılarından veya mümessillerinden tapu dışı bir yolla iktisap ettiğini, onların beyanı veya herhangi bir belge ile veya bilirkişi veyahut tanık sözleriyle ispat ettiği ve ayrıca en az on yıl müddetle çekişmesiz, aralıksız ve malik sıfatıyla zilyet bulunduğu takdirde zilyet adına... tespit edilir".

⁷⁵ Paylaşma kavramı İsviçre ve Türk Hukuklarında geniş ve dar olmak üzere iki ayrı anlamı karşılayacak şekilde kullanılmaktadır. Geniş anlamda mirasın paylaşılması miras ortaklığının sona ermesine yönelik tasfiye işlemlerinin tümünü ifade eder. Dar anlamda mirası paylaşılması ise, tasfiye işlemleri sonunda o ana kadar tüm mirasçıların üzerinde elbirliği ile hak sahibi oldukları tereke değerlerinin mirasçıların tek başlarına hak sahipliğine geçirilmesini ifade eder: Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: H. Tolunay Ozanemre Yayla, Mirasın Paylaşılması, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011, s.18 vd.

mevcut veya inşa edilecek binanın, muayyen bir katından veya dairesinden yahut müstakillen istimale elverişli bir bölümünden munhasıran istifadesini temin gayesiyle Medeni Kanununun 753 üncü maddesi hükümlerine göre irtifak hakkı tesisine veya tesisini vadine mütedair resmi senetler tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından tanzim edilir". Hükmün lafzına göre, tapuya kayıtlı bir taşınmazın paydaşları arasında paylaşılması için yazılı şekilde hazırlanan bir paylaşma sözleşmesi yapılması (TMK m. 676/III) ve her bir malike düşen pay için tapuda ayrı sayfa açılması gerekir.

Kadastro Kanunu'nun 15. maddesinin birinci fıkrasında paylaşmaya dayanılarak mülkiyet hakkının paydaşlar ve mirasçılara adına tespitinde Türk Medeni Kanunu ve Tapu Kanunu'ndan farklı bir çözüm benimsenmiştir. KK m. 15/I'e göre, "*Tapuda kayıtlı taşınmaz malların malikleri veya bunların mirasçılarında, tapuda kayıtlı olmayan taşınmaz malların ise ondördüncü madde gereğince belirlenen zilyetleri arasında taksim edildikleri belgelerle veya bilirkişi veyahut tanık beyanları ile sabit olduğu takdirde bu mallar taksim gereğince zilyetleri adına tespit olunur".*

KK m. 15/I uyarınca paylaşmaya dayanarak adına mülkiyet hakkının tespitini isteyebilecek olanlar, taşınmazın paylı malikleri veya mirasçılardır. Anılan hüküm kapsamında paydaşlar veya mirasçılar arasında kararlaştırıldığı şekilde paylaşmanın yapılabilmesi için öncelikle paylaşmanın kadastrodan önceki bir tarihte yapılmış olması gerekir⁷⁶. Daha önceden yapılmış bir paylaşmaya dayanmadan kadastro sırasında maliklerin paylaşma isteği kabul edilmez. Yine KK m. 15/I kapsamında paylaşma istenebilmesi için o taşınmaz açısından kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar paydaşlar veya mirasçılarının paylaşma sözleşmesi ile bağdaşmayan davranışlardan kaçınması gerekir. Paydaşlardan birinin payını satması veya paylaşma davası açması doktrinde paylaşma ile bağdaşmayan davranışlara örnek olarak gösterilir⁷⁷. Son olarak paydaş veya mirasçılarının paylaşma uyarınca mülkiyet hakkının adlarına tespitini isteyebilmeleri için taşınmaza zilyet olmaları gerekir. KK m. 15/I hükmünden yararlanacak olanlar paylaşma sırasında o taşınmaza zilyet olan kişilerdir. Paydaşlardan veya mirasçılardan birinin paylaşma sonrası kendisine düşen taşınmazı tapu dışı bir yolla satarak zilyetliğini devretmesi halinde üçüncü kişi KK m. 15/I hükmünden yararlanamaz⁷⁸.

KK m. 15/I'de tapuya kayıtlı taşınmazların paydaşları veya mirasçılarının adına paylaşmaya dayanılarak mülkiyet hakkının tespiti için zilyetliğin belirli bir

⁷⁶ Antalya/Topuz 645; Eren/Başpınar 318.

⁷⁷ Sirmen 169.

⁷⁸ Eren/Başpınar 318; Bu olasılıkta üçüncü kişinin KK m. 13/Bb gereğince satın alma tarihinden itibaren taşınmaza on süreyle zilyet olmak kaydıyla adına mülkiyet hakkının tespitini isteyebileceği kabul edilir.



süre devam etmesi şartı aranmamıştır. Ancak tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar bakımından bu esastan vazgeçilmiş, KK m. 14'e yapılan atıfla bu olasılıkta paylaşmaya dayanan zilyedin mülkiyet hakkının adına tespiti için yirmi yıldan beri söz konusu taşınmaza çekişmesiz, aralıksız ve malik sıfatıyla zilyet olması şartı getirilmiştir.

Paydaşlar, mirasçılar veya tapuya kayıtlı olmayan taşınmazın zilyetleri arasında yapılan taksim anlaşması, ifrazı da kapsıyorsa ifraz sonucu oluşan taşınmazların sınırlarının da belirlenmiş olması gerekir. Taşınmazın sınırlarının belirlenmesi, araziye sınırların belirlenmesine yönelik doğal ve yapay işaretler konulması yoluyla sağlanır⁷⁹.

Kadastro sırasında paylaşma uyarınca paydaşlar veya mirasçılar adına paylar belirlenirken imar planları esas alınır. Kadastro Kanunu'nun 15/IV'de imar planı bulunmayan yerlerde tespit ne şekilde yapılacağına ilişkin bir hükme yer verilmiştir. Anılan hüküm şu şekildedir. *“Kadastrodan önce hissedarlar veya mirasçılar arasında ayırma veya birleştirme suretiyle taksime konu edilmiş ve sınırları doğal veya yapay işaret ya da tesislerle belirlenmiş taşınmaz malların, imar plânı bulunmayan yerlerde zeminde fiilen oluşmuş sınırlarına göre tespiti yapılır”*.

KK m. 15/I hükmüyle iktisaba elverişli bir taşınmazın bulunup bulunmadığı hususu değerlendirilirken 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun hükümlerini de göz önünde bulundurmak gerekir. Anılan Kanuna çeşitli tarihlerde eklenen hükümlerle tarım arazilerinin sınıflandırılması, asgari tarımsal arazi büyüklüklerinin belirlenmesine çalışılmıştır. Bu amaçla özellikle 2014 yılında kanuna eklenen hükümler dikkat çekicidir. 30.04.2014 tarihinde 6537 sayılı kanunun ikinci maddesiyle 5403 sayılı kanunun 8. maddesine eklenen ikinci fıkra hükmü ile asgari tarım arazisi büyüklüğünün belirlenmesinde hangi esastan hareket edileceği hüküm altına alınmıştır. Sözü edilen hükme göre, *“Asgari tarımsal arazi büyüklüğü, bölge ve yörelerin toplumsal, ekonomik, ekolojik ve teknik özellikleri gözetilerek Bakanlık tarafından belirlenir. Belirlenen asgari büyüklüğe erişmiş tarımsal araziler, bölünemez eşya niteliği kazanmış olur”*. Aynı kanunla 8. maddeye eklenen üçüncü fıkra hükmü ile getirilen sınırlamalar somutlaştırılmıştır. *“Asgari tarımsal arazi büyüklüğü; mutlak tarım arazileri, marjinal tarım arazileri ve özel ürün arazilerinde 2 hektar, dikili tarım arazilerinde 0,5 hektar, örtü altı tarımı yapılan arazilerde 0,3 hektardan küçük belirlenemez. Bakanlık asgari tarımsal arazi büyüklüklerini günün koşullarına göre artırabilir. Tarım arazileri Bakanlıkça belirlenen büyüklüklerin altında ifraz edilemez, hisselendirilemez, Hazine taşınmazlarının satış işlemleri hariç olmak üzere pay ve paydaş adedi artırılamaz...”*.

⁷⁹ Antalya/Topuz 644.

Tarım arazilerine ilişkin bu kısıtlamalar içerisinde bizim konumuz açısından önem taşıyan değişiklik 2020 tarihinde yapılmıştır. Anılan Kanun'un 8/B maddesine 28.1.2020 tarihinde 7255 sayılı kanunun 18. maddesi ile eklenen fıkra hükmü şu şekildedir: *“Tarım arazilerinde; ifraz, hisselendirme, pay temlik, elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi, elbirliği mülkiyetinin devri, paylı mülkiyet olarak intikal, taksim ve vasf değişikliği işlemleri Bakanlığın izni ile yapılır”*. İlgili hükmün KK m. 15/I'de düzenlenen iktisaplara olan etkisi şu şekildedir. Yukarıda belirtilen tarihten sonra yapılacak kadastrolarda KK m. 15/I uyarınca iktisabın gerçekleştirilebilmesi için yalnızca paydaşlar arasında yapılan paylaşmaya ilişkin anlaşma yeterli olmayacak bakanlığın bu konuda onay vermesi gerekecektir.

KK m. 15/I 'e göre, taşınmazların paylaşmaya dayanılarak paydaşlar ve mirasçılar arasında tespitinde Türk Medeni Kanunu ile Tapu Kanunu hükümlerinden farklı olarak sözü edilen kişiler arasında yapılan ve geçerlilik şekli olarak benimsenmiş bir sözleşmenin varlığına ihtiyaç duyulmamıştır. Bu durumda anlaşmazlık halinde paydaşların ve mirasçıların zilyetliklerinde bulunan taşınmaz kısmının kendilerine ait olduğunu ispatlamak için Kadastro Kanunu'nda yer alan diğer olanaklardan yararlanması gerekir.

Paydaşlar, mirasçılar veya tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların zilyetleri arasında yapılan taksim anlaşması, KK m. 15/I'de belirtilen vasıtalarla sabit bulununca, söz konusu taşınmaz hakkında kadastro tutanağı hazırlanır. Hazırlanan kadastro tutanağı kesinleşmek üzere otuz gün süre ile ilan edilir (KK m. 11). Askı süresi içinde kadastro tespitine itirazda bulunulmazsa tutanak kesinleşir. Kesinleşen tutanaklar, kesinleşme tarihleri tescil tarihi olarak gösterilmek suretiyle en geç üç ay içinde tapu kütüklerine kaydedilir (KK m. 12/II). Kesinleşen kadastro tutanaklarına karşı tutanakların kesinleştiği tarihten itibaren on yıl içerisinde dava açılabilir (KK m. 12/III). Açılacak olan dava yolsuz tescilin düzeltilmesi davasıdır. Kesinleşen kadastro tutanaklarının tapuya ne şekilde aktarılacağı Taşınmaz Malların Sınırlandırma Tespit ve Kontrol İşleri Hakkında Yönetmeliğin 11. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Anılan fıkra hükmü şu şekildedir: *“Hissedarlar arasındaki taksimlerde, taksim sonucu hissedara hangi taşınmaz malın isabet ettiği, mirasçılar arasındaki taksimlerde ise her mirasçının miras payına karşılık aldığı taşınır ve taşınmaz mallar, kadastro tutanağının edinme sebebinde hiçbir tereddüte yer vermeyecek şekilde açıklanır”*.

Tapu Kanunu ile Kadastro Kanunu arasında paylaşmaya dayanılarak aynı hakka konu edilecek taşınmazlar bakımından önem arz eden farklılıklardan biri de paylaşmaya konu eşyanın belirlenmiş olup olmamasıdır. Aynı haklar alanında hâkim ilkelerden biri olan belirlilik ilkesi, aynı hak konusu şeyin mevcut ve belirli olmasını ve aynı zamanda bütünüyle aynı hakka konu edilmesini ifade



eder. Aynı hak konusu taşınmazlar bakımından belirlilik taşınmazların imar planlarında gösterilen ölçüler dahilinde parçalara ayrılması ve taşınmazdan ayrılan her bir parçaya tapuda sayfa açılması suretiyle sağlanır. Oysa kadastro sırasında paylaşma sonucu ortaya çıkan taşınmazlar belirlilik ilkesine uygun bir biçimde taşınmazdan ayrılan parçalar değildir. Kadastro Kanunu'ndaki bu düzenleme, kanunda yer alan pek çok düzenleme gibi mevcut durumun hukuki bir zemine oturtulması amacına hizmet eder⁸⁰.

C. Kadastro Kanunu'na Göre Taşınmazların Kısmen Kazanılması

Kadastro Kanunu'nda taşınmazların kısmen kazanılması KK m. 15/II 'de düzenlenmiştir. Anılan hüküm şu şekildedir. *“Taşınmaz mal tapuda kayıtlı olsun veya olmasın, onun ayrılması mümkün bir kısmının veya belirli bir payının, bu Kanunda zilyet lehine kabul edilen sebeplerle iktisabı caizdir”*.

KK m. 15/II uyarınca, zilyetliğe dayanılarak kısmen kazanılacak taşınmazlar hem tapulu hem tapusuz taşınmazlardır. Sözü geçen hükümde birbirinden farklı iki duruma işaret edilmiştir. Bunlardan ilki, zilyetlik hükümlerine dayanılarak taşınmazın kısmen edinilmesidir. Taşınmazın mülkiyetinin bu yolla kazanılabilmesi edinmeye konu taşınmaz parçasının taşınmazdan ayrılabilir olmasına bağlanmıştır. Ayırmanın mümkün olup olmadığı imar kanunlarına ve toprağın durumuna bağlı olarak belirlenir⁸¹. Bu hususta KK m. 15/I'den söz edilirken yapılan açıklamalar aynen geçerlidir. Arazinin tarımsal arazi olması halinde asgari arazi büyüklüğünün belirlenmesi ve payların oluşturulmasında Arazi Koruma ve Toprak Kullanımı Kanunu'ndaki hükümler esas alınır.

KK m. 15/II'de hüküm altına alınan ikinci hal, taşınmazın belirli bir payının zilyet adına tespitidir. Burada sözü edilen paylı mülkiyet payıdır. Paylı mülkiyette paydaşlardan her biri eşyanın her zerresinde hak sahibidir⁸². Bu nedenle payın KK m. 15/II uyarınca kazanılabilmesi için taşınmazın tümü üzerinde zilyetliğin devam ediyor olması gerekir⁸³.

KK m. 15/II gereğince taşınmazın bir kısmı veya payı üzerinde zilyetlik hükümlerine dayanılarak taşınmazın mülkiyetinin kazanılabilmesi için KK m. 13 ve m. 14'te yer alan koşulların gerçekleşmesi gerekir. KK m. 13 ve 14 Kadastro Kanunu'nun “Mülkiyet Hakkının Tespitine İlişkin Esaslar” başlıklı dördüncü bölümünde düzenlenmiştir. KK m. 13'te tapuda kayıtlı taşınmaz malların tespiti, KK m. 14'te tapuda kayıtlı olmayan taşınmaz malların tespiti hüküm altına alınmıştır.

⁸⁰ Sirmen 169.

⁸¹ Antalya/Topuz 644; Ayan C.I 484.

⁸² Esener/Güven 191; Sirmen 301.

⁸³ Sirmen 168.

1. Tapuya Kayıtlı Taşınmazların Kısmen Kazanılması

Kadastro Kanunu'nda tapuda kayıtlı taşınmazların zilyetleri adına tespitinde birbirinden farklı olasılıklar hüküm altına alınmıştır. Sözü edilen olasılıkların bir kısmında Kanunda sayılan koşullarla mülkiyetin kazanılması için taşınmaza zilyet olmak yeterli iken kanunda yer alan diğer olasılıklara dayanılarak mülkiyetin kazanılmasında zilyetliğin belirli bir süre devamı aranmıştır.

KK m. 13 hükmü şu şekildedir: *“Tapuda kayıtlı taşınmaz mal: A) Kayıt sahibi veya mirasçuları zilyet bulunuyorsa; a) Kayıt sahibi adına, b) Kayıt sahibi ölmüş ise mirasçuları adına, c) Mirasçılar tayin olunamazsa, ölü olduğu yazılmak suretiyle kayıt sahibi adına, B) Kayıt sahibi veya mirasçularından başkası zilyet bulunuyorsa; a) Kayıt sahibi veya mirasçularının kadastro teknisyeni huzurunda muvafakatlari halinde zilyet adına, b) Zilyet, taşınmaz malı, kayıt malikinden veya mirasçularından veya mümessillerinden tapu dışı bir yolla iktisap ettiğini, onların beyanı veya herhangi bir belge ile veya bilirkişi veyahut tanık sözleriyle ispat ettiği ve ayrıca en az on yıl müddetle çekişmesiz, aralıksız ve malik sıfatıyla zilyet bulunduğu takdirde zilyet adına, c) Kayıt sahibinin yirmi yıl önce gaipliğine hüküm verilmiş veya tapu sicilinden malikin kim olduğu anlaşılammış ise çekişmesiz ve aralıksız yirmi yıl müddetle ve malik sıfatıyla zilyet bulunan kimse adına tespit olunur. Noter tarafından tespit ve tevsik edilen muvafakat beyanı veya düzenlenen satış vaadi senedi teknisyen huzurunda yapılmış muvafakat sayılır”*.

Anılan hüküm incelendiğinde, KK m. 13/A'da taşınmazın zilyedi veya mirasçuları adına tespiti, KK m. 13/B'de ise üçüncü kişi adına tespiti hüküm altına alınmıştır. KK m.13/Ba'da taşınmaza zilyet olan üçüncü kişinin taşınmazın zilyedi veya onun mirasçularının kadastro memurları önündeki muvafakatlari ile zilyet adına tespiti hüküm altına alınmıştır. Zilyet adına tespit yapılabilmesi için zilyetliğin belirli bir süre ile devamı aranmamıştır. Taşınmazın zilyet adına tespiti için kadastro teknisyeni huzurunda verilen muvafakatin yanı sıra noter tarafından tespit ve tevsik edilen muvafakat beyanı veya düzenlenen satış vaadi senedi teknisyen huzurunda yapılmış muvafakat sayılır. KK m. 13/Bb haricen satış sözleşmesi ve belirli bir süre devam eden nitelikli zilyetliğe dayanılarak mülkiyetin zilyet adına tespitini konu alır. KK m. 13/Bc'de ise tapuda kayıtlı, maliki hakkında yirmi yıl önce gaiplik kararı verilen taşınmazlarla ve tapudaki kayıttan malikin kim olduğu anlaşılammayan taşınmazların yirmi yıl süre ile devam eden nitelikli zilyetliğine dayanılarak kazanılmasını düzenler.

2. Tapusuz Taşınmazların Kısmen Kazanılması

Kadastro sırasında tapusuz taşınmazların kazanılması Kadastro Kanunu'nun 14. maddesinde düzenlenmiştir. KK. m. 14 uyarınca kazanıma elverişli bulunan taşınmazların mülkiyeti anılan hüküm uyarınca ancak kanunda öngörülen zamanaşımı koşulları gerçekleştiğinde mümkün olur.



KK m. 14/I hükmü şu şekildedir: *“Tapuda kayıtlı olmayan ve aynı çalışma alanı içinde bulunan ve toplam yüzölçümü sulu toprakta 40, kuru toprakta 100 dönüme kadar olan (40 ve 100 dönüm dahil) bir veya birden fazla taşınmaz mal, çekişmesiz ve aralıksız en az yirmi yıldan beri malik sıfatıyla zilyetliğini belgelerle veya bilirkişi veyahut tanık beyanlarıyla ispat eden zilyedi adına tespit edilir”*. Tapuda kayıtlı olmayan taşınmazların kadastro sırasında tespitini konu alan bu hükümde kazanıma konu taşınmazların niteliğine esas alınarak bir ayırım yapılmıştır. Söz konusu ayırım sulu ve kuru toprak ayırımıdır. KK m. 14/II'de sulu ve kuru toprak ayırımının Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu hükümlerine göre yapıldığı belirtilmiştir. Anılan Kanun'un “Tanımlar” başlıklı üçüncü maddesinin j bendine göre, *“Sulu tarım arazisi: Tarımı yapılan bitkilerin büyüme devresinde ihtiyaç duyduğu suyun, su kaynağından alınarak yeterli miktarda ve kontrollü bir şekilde karşılandığı arazileri”* şeklinde tanımlanmıştır. Tanımın tersinde hareketle sulu tarım arazisinin özelliklerini taşımayan tarım arazileri kuru tarım arazisi şeklinde nitelendirilir. Zilyet aynı çalışma alanı içerisinde 40 dönüme kadar sulu arazinin veya 100 dönüme kadar kuru arazinin adına tespitini isteyebilir. Kadastro çalışma alanları mahalle veya köyler esas alınarak belirlenir. Zilyet, kanunda⁸⁴ sayılan birtakım belgelere dayanılarak, çalışma alanı içerisinde belirlenen yüzölçümü miktarının fazlasının adına tespitini isteyebilir.

Türk Medeni Kanunu'nda taşınmazın ayrılabilir bir parçasının veya payının yalnızca olağanüstü zamanaşımı hükümlerine dayanılarak kazanılabileceği hüküm altına alınmıştır. TMK. m. 713/I ve II hükmü şu şekildedir: *“Tapu kütüğünde kayıtlı olmayan bir taşınmazı davasız ve aralıksız olarak yirmi yıl süreyle ve malik sıfatıyla zilyetliğinde bulunduran kişi, o taşınmazın tamamı, bir parçası veya bir payı üzerindeki mülkiyet hakkının tapu kütüğüne tesciline karar verilmesini isteyebilir”*.

Aynı koşullar altında, maliki tapu kütüğünden anlaşılamayan veya yirmi yıl önce (...) hakkında gaiplik kararı verilmiş bir kimse adına kayıtlı bulunan taşınmazın tamamının veya bölünmesinde sakınca olmayan bir parçasının zilyedi de o taşınmazın tamamı, bir parçası veya bir payı üzerindeki mülkiyet hakkının tapu kütüğüne tesciline karar verilmesini isteyebilir”.

⁸⁴ Taşınmaz malın, yukarıdaki fıkranın kapsamı dışında kalan kısmının zilyedi adına tespit edilebilmesi için, birinci fıkra gereğince delillendirilen zilyetliğin ayrıca aşağıdaki belgelerden birine dayandırılması lazımdır. A) 31/12/1981 tarihine veya daha önceki tarihlere ait vergi kayıtları, B) Tasdikli irade suretleri ile fermanlar, C) Muteber mütevellî, sipahi, mültezim temessük veya senetleri D) Kayıtları bulunmayan tapu veya mülga hazinesi hassa senetleri veya muvakkat tasarruf ilmühaberleri E) Tasdiksiz tapu yoklama kayıtları F) Mülkname muhasebatı atika kalemi kayıtları G) Mubayaa, istihkam ve ihbar hüccetleri H) Evkaf idarelerinden tapuya devredilmemiş tasarruf kayıtları.

TMK m. 713 hükmü pek çok açıdan KK m. 14 hükmüyle benzerlik taşır. Her iki hükümde de kazanıma konu taşınmazlar, zilyetlikte geçirilecek süre aynıdır. TMK m. 713'te KK m.14'ten farklı olarak ilan süresi ile mirasçılara açılan davadan söz edilmiştir. Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların zamanaşımı yoluyla kazanılmasında kadastro sırasında KK m. 14, kadastrodan önce veya sonra ise TMK m. 713 hükmü uygulanır. Her iki hüküm bu çalışma bakımından ilginç kılan ise aynı haklara egemen olan belirlilik ilkesi ile bağdaşmayan bir çözümü öngörmüş olmalarıdır. Bir taşınmaz açısından belirlilik taşınmazdan ayrılması mümkün olan kısmın tapuda ayrı bir sayfaya kaydedilmesi ile sağlanır. Oysa ne KK m. 15/I'de ne KK m. 15/II ve TMK m. 713 'te henüz belirlilik kazanmamış bir taşınmazın kimi zaman yalnızca zilyetliğe kimi zaman zamanaşımı koşullarının gerçekleşmesiyle kazanımına imkan tanınmıştır.

D. Mirasçıların Pay Devri ve Temliki

Kadastro Kanunu'nun m. 15/III mirasçılardan birinin veya birkaçının taşınmaz maldaki diğer iştirakçi ve iştirakçilere devrini düzenlemektedir. Anılan hüküm şu şekildedir: *"İştirak halinde mülkiyet hükümlerinin söz konusu olduğu hallerde, iştirakçilerinden biri veya birkaçının belirli bir taşınmaz maldaki hissesinin diğer iştirakçilere devir ve temliki; tapulu taşınmaz mallarda yazılı, tapusuzlarda ise her türlü delille ispat edilebilir"*. KK. m.15/III'de, miras payının devri düzenlenmiştir. Mirasçılar arasındaki pay devrinin konusunu hem tapuya kayıtlı taşınmazlar hem tapusuz taşınmazlar oluşturur. Tapuya kayıtlı taşınmazların bu yolla devralan adına tespiti için yazılı delil gösterilmesi gerekir. Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlarda ise adına tespit yapılması istenilen kişi hisse devrini her türlü delille ispatlayabilir.

KK m. 15/III'de yer alan düzenlemeye bakıldığında hükümde sözü edilen devrin miras haklarının tümünün devrini kapsamasının gerekmediği; terekede yer alan belirli bir taşınmazdaki miras payının geçerli olarak devredilebileceği anlaşılır⁸⁵. KK m. 15/III'de öngörülen çözüm tarzı TMK m. 677/I'de yer alan düzenlemeden farklıdır. TMK m. 677/I'de mirasçıların kendi aralarında yapacakları devirler hüküm altına alınmıştır. Anılan hükme göre, mirasçılar aralarında yaptıkları yazılı devir sözleşmesi ile miras payının devrini kararlaştırabilirler. Miras payının devri sözleşmesi, tereke malları üzerindeki hakların münferit devrine yönelik olmayıp, mirasçılık sıfatına bağlı hakların devrini konu alır⁸⁶. Miras ortaklığı devam ederken, mirasçılar terekeye elbirliği şeklinde maliktir. Bu nedenle mirasçılar tereke malları üzerinde serbestçe tasarruf

⁸⁵ Sirmen, s. 170.

⁸⁶ Ayan C.III, s. 299; Dural/Öz, 383; Serozan/Engin 557.



edemezler⁸⁷. Ancak Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile mirasçılar arasında olmak koşuluyla terekede yer alan münferit hakların devre konu edilebileceği kabul edilmiştir⁸⁸. Kadastro Kanunu'nda yer alan düzenleme sözü geçen içtihadı birleştirme kararı ile uyumludur.

Anılan düzenleme ile bir taşınmazdaki miras payının haricen devrine geçerlilik kazandırılmıştır. Kadastro sırasında bir taşınmaza ilişkin miras payının devredildiği tapuya kayıtlı taşınmazlarda yazılı delille, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlarda her türlü delille ispatlanabilir.

KK m.15/III'e konu edilen taşınmaz bir tarım arazisi ise devredilecek pay karşılığı taşınmazdan ayrılacak kısmın belirlenmesinde Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun ilgili hükümlerine uyulmalıdır.

Mirasçılar arasında münferit bir taşınmazı konu alan pay devri anlaşmalarına konu edilen tapulu ve tapusuz taşınmazların, belirlenen payı ya da payları Kadastro Kanunu'nda öngörülen ispat koşullarına dayanılarak devralan taşınmaz sahibinin adına tespit edilir. Kadastro tespiti sırasında münferit bir taşınmazdaki payın adına devredilmesini isteyen mirasçı, bu hususu kanunda belirtilen şekilde belgelendirmiş olması gerekir. Kadastro tutanaklarının kesinleşmesine ilişkin askı süresi boyunca bu tespite itiraz edilebilir (KK m. 11). Otuz günlük askı süresi içerisinde itiraz edilmeyen kadastro tutanağı kesinleşir (KK m. 12/I). Kesinleşen tutanaklar, kesinleşme tarihleri tescil tarihi olarak gösterilmek suretiyle en geç üç ay içinde tapu kütüklerine kaydedilir (KK m. 12/II). Kesinleşen kadastro tutanaklarına karşı tutanakların kesinleştiği tarihten itibaren on yıl içerisinde dava açılabilir (KK m. 12/III). Açılacak olan dava yolsuz tescilin düzeltilmesi davasıdır. Kesinleşen tutanaklarda belirtilen hususların tapuya nasıl kaydedileceği Taşınmaz Malların Sınırlandırma Tespit ve Kontrol İşleri Hakkında Yönetmeliğin 11. maddesinin ikinci fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir *“İştirak halinde mülkiyet olarak tasarruf edilen taşınmaz mallarda, iştirakçilerden biri veya birkaçının hissesinin diğer bir iştirakçi veya iştirakçilere devir-temlik mümkündür. Bu durum, tutanağın edinme sebebinde açıklanarak, mülkiyet sütununda iştirak hali çözülmeyen hissesini devreden mirasçının ismi yerine devralan mirasçının ismi tekrar yazılmak suretiyle tespit yapılır”*. Yönetmelik hükmünden de anlaşılacağı gibi taraflar arasındaki elbirliği mülkiyeti ilişkisi yapılan devre rağmen çözülmeyecektir. Devreden ve devralan arasında yalnızca pay değişikliğinin gerçekleştiği bu olasılıkta belirlilik ilkesine istisna oluşturan bir durumun varlığından söz edilemez.

⁸⁷ Ayan C.III, s. 297; Dural/Öz, 383; Serozan/Engin 550.

⁸⁸ Sözü edilen İçtihadı Birleştirme Kararı 24.05.1985 tarih, E. 1984/2 K. 1985/5 sayılı karardır.

SONUÇ

Aynı haklara ilişkin kanuni düzenlemeler yapılırken büyük ölçüde aynı haklara egemen olan ilkelerden yararlanılır. Sözü edilen ilkelerden biri de belirlilik ilkesidir. Belirlilik ilkesi aynı hak konusu şeyin mevcut ve belirli olmasını ve bütünüyle aynı hakka konu edilmesini ifade eder. Taşınmazlar söz konusu olduğunda belirlilik, taşınmazın tapuda ayrı bir sayfaya kaydedilmesi ile sağlanır. Paylı mülkiyette belirlilik ilkesi gereği paylı mülkiyet konusu şey bütün olarak tek mülkiyete konu olur. Aynı haklar belirlilik ilkesi bakımından temel ilke ise de söz konusu ilkenin hem Türk Medeni Kanunu hem de diğer kanunlarda istisnası bulunur. Kadastro Kanunu'nda yer alan taksim ve kısmi iktisaba ilişkin on beşinci madde hükümleri, belirlilik ilkesine istisna teşkil eder.

Kadastro, araziye ilişkin hem fiziksel hem hukuki bilgilerin doğru bir biçimde tespit edilip tapuya doğru biçimde kaydedilmesini konu alır. Kadastro, bir tasfiye süreci olarak nitelendirilir. Bu nedenle kadastro sırasında haricen satış işlemleri ile Türk Medeni Kanunu'nda şekle uyulmadan yapılan paylaşımlara geçerlilik tanınmıştır. Yine bu esnada kimi zaman Türk Medeni Kanunu'nun temel ilkeleri ile bağdaşmayan çözümler öngörülmüştür. Kadastro Kanunu'nun on beşinci maddesi, burada sözü edildiği şekliyle Türk Medeni Kanunu'nun temel ilkelerinden biri olan belirlilik ilkesi ile çelişen çözüm tarzı ile dikkati çeker.

Kadastro Kanunu'nun on beşinci maddesi "Taksim ve Kısmi İktisap" başlığını taşır. KK m. 15/I'de kadastro sırasında taşınmazların paydaşları veya mirasçıları arasında yapılan paylaşma esas alınarak, tapulu ve tapusuz taşınmazların zilyetleri adına tespiti düzenlenir. Paylaşma sonrası taşınmazdan ayrılacak kısmın ayrılmasına imkân olup olmadığı İmar Kanunu hükümlerine göre belirlenir. Paylaşmaya konu arazi tarım arazisi ise bu defa Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu hükümlerinden yararlanılır.

Kadastro Kanunu'nun on beşinci maddesinin ikinci fıkrası kısmi iktisap başlığını taşır. Anılan fıkra hükmüyle kadastro sırasında hem tapulu hem tapusuz taşınmazların kısmi iktisabına imkân tanınmıştır. KK m. 15/II hükmüyle taşınmazların kısmi iktisabı kanunda öngörülen zamanaşımı koşullarının gerçekleşmesi ile mümkündür. Taşınmazların bu yolla kazanılmasında KK m. 15/II'de tapulu taşınmazların ve tapusuz taşınmazların kazanılmasını konu alan KK m. 13 ile KK m. 14'e atıfta bulunulmuştur. Taşınmazların zamanaşımı koşullarının tamamlanmasıyla kısmen iktisabını konu alan bir hükme TMK m. 713'te yer verilmiştir. Kadastro Kanunu m. 15/II'de ve TMK m. 713'te yer alan düzenleme bütünden ayrı bir parçanın belirlilik ilkesine uyulmadan kazanımını düzenler. Taşınmazlar söz konusu olduğunda her bir taşınmaza tapuda ayrı sayfa açılması ile belirliliğin gerçekleşmesi sağlanır. Oysa her iki düzenlemede de bu husus göz ardı edilmiştir.



Kadastro Kanunu'nun on beşinci maddesinin üçüncü fıkrası miras payının devrini konu alır. Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen miras payının devrinden farklı olarak mirasçılardan miras payı içerisinde yer alan münferit bir taşınmaz devre konu edebilecekleri hüküm altına alınmıştır. Miras payı içerisinde yer alan münferit bir taşınmazın devri konusundaki anlaşmaya dayanarak taşınmazın bütününden ayrılan bir kısmı üzerinde mülkiyet kazanılması yukarıda değerlendirilen iki fıkra hükmü ile birlikte belirlilik ilkesi ile çelişen bir durum yaratmıştır.

Çalışmamızda pek çok kez ifade ettiğimiz gibi aynı haklara ilişkin temel ilke niteliğindeki belirlilik ilkesinin istisnasına pek çok kanunda bu anlamda Türk Medeni Kanunu'nda da rastlamak mümkündür. Örneğin eşya hukuku alanında bütünleyici parça kuralının istisnası olarak ifade edilen durumlar belirlilik ilkesine de istisna oluşturur. Kadastro Kanunu'nda belirlilik ilkesine aykırılık teşkil eden durumların ayrıca incelenmesi gerekliliği; kadastro sürecinin karakteristik özelliklerinin yanı sıra geniş anlamda kadastro tapu sicili kayıtlarının oluşturulmasının öncülü olarak kabul edilmesindedir.

KAYNAKÇA

Acar F, Rehin Hukuku Dersleri, ikinci bası, (Vedat Kitapçılık, 2017).

Acar F, Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi, (Tuhan Kitabevi, 2008).

Yürükler Akça Ş, Telli A K, Eyüboğlu E, Karlı H, Gülcan O, Koç S, 'Lisanslı Harita ve Kadastro Mühendislik Bürolarının İsviçre Türkiye Karşılaştırmalı Sorunları ve Çözüm Önerileri', *İBD*, S. 3-4, 2011.

Akcaal M, Eşya Hukuku, (Yetkin, 2021).

Akipek J, Akıntürk T, Derya Ateş, Eşya Hukuku, (Beta 2018).

Akipek J G, Türk Eşya Hukuku, Zilyetlik ve Tapu Sicili, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1972).

Antalya G, Sağlam İ, Marmara Hukuk Yorumu Miras Hukuku C. III, (Seçkin 2021).

Antalya G, Topuz M, Eşya Hukuku C IV/1, (Seçkin 2019).

Antalya G, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. V/1,1 (Seçkin 2019).

Ayan M, Eşya Hukuku C. I, (Seçkin 2016).

Ayan M, Eşya Hukuku C. II, (Seçkin 2016)

Ayan M, Eşya Hukuku C. III, (Seçkin 2016).

Ayan M, Miras Hukuku, (Seçkin 2016).

- Baur J F, Stürner R, Sachenrecht, (C.H. Beck, 2009).
- Benli, Erman ‘Ayni Haklarda Belirlilik İlkesinin İstisnaları’ *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 25, S. 1, 2019.
- Breitschmid P, Jungo A, Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, (Schulthess 2016).
- Dural M, Öz T, Türk Özel Hukuku C. IV Miras Hukuku, (Filiz 2015).
- Eren F, Başpınar, V, Toprak Hukuku, (Savaş 2017).
- Eren F, Mülkiyet Hukuku, (Yetkin 2011).
- Esener T, Güven K, Eşya Hukuku, (Yetkin 2017).
- Gürpınar D, ‘Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninin Teslime Bağlı Taşınır Rehni Kurallarından Ayrılan Yönleri’, *Dokuz Eylül University Law Review*, (s.111-159), 2017.
- İnan, A N, Ertuş Ş, Albaş H, İnan Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, (Seçkin 2022).
- Karadeniz Çelebican Ö, Roma Eşya Hukuku, (Turhan 2015).
- Koçhisarlıoğlu C, Söğütlü Erişgin, Ö, Roma Hukukundan Günümüz Hukuku-na Işık Tutan İlkeler, Kavramlar ve Digesta Metinleri, (Seçkin 2022).
- Larenz K, Wolf M, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, (C.H. Beck, 2004).
- Oğuzman K, Seliçi Ö, Oktay-Özdemir S, Eşya Hukuku, (Filiz 2021).
- Oğuzman K, Kat Mülkiyeti Hakkında İsviçre’de ve Türkiye’de Hazırlanan Kanun Tasarıları, Tahlil ve Tenkidi, *Journal of Istanbul University Law Faculty*, 1960 (dergiparkorg.tr) (12.11.2022).
- Prütting H Sachenrecht, (C. H. Beck, 2010).
- Serozan, R, “Komşunun Arsasına Taşan Yapı”, *Journal of Istanbul University Law Faculty*, s. 360 (dergiparkorg.tr) (12.11.2022).
- Serozan R, Eşya Hukuku I (Filiz 2014).
- Serozan R, Engin B İ Miras Hukuku, Seçkin Yayınevi 2021)
- Söğütlü Ö, Roma Özel Hukuku (Seçkin 2021).
- Tandoğan H, ‘Türk Hukukunda Mecralar’, *AHFD*, C. IX, S. 3-4, (135-165), 1953.
- Tarkan G, Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, CHK - Handkommentar zum Schweizerisches Privatrecht, dritten auflage, Art. 675, Rn. 3, 2016.



Turan, H, “Kadastro Davalarının Kadastro Kanunu Dolayısıyla Uzamasının Nedenleri ve Bir Öneri”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 6, S. 61, s. 69-72, 2011, s. 71.

Urs F, Sachenrecht Art. 641-977 ZGB CHK - Handkommentar zum Schweizerisches Privatrecht, dritte auflage, Art. 798 Rn. 2, 2016.

Ünal M, Başpınar V, Şekli Eşya Hukuku, (Savaş, 2017).

Wermelinger A, Das Stockwerkeigentum Kommentar der Artikel 712a bis 712t des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2014.

Westermann, H P BGB Sachenrecht, (C.F. Müller 2002).

Wolf M, Wellenhofer M, Sachenrecht, (C. H. Verlag 2011).

Yayla, Ozanemre, H.T, Mirasın Paylaşılması, (Turhan Kitabevi, 2011).

YARGITAY KARARLARI İŞİĞİNDA ECZANELERDE KİMLİK TESPİT YÜKÜMLÜLÜĞÜ ve SÜRECİN TBK m.23 ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

*Obligation of Authentication in Pharmacies in the Light of Court
of Appeals Decisions and Evaluation of the Process within the Framework
of Article 23 of Turkish Code of Obligations*

İbrahim ANKARA*

Şebnem AKİPEK ÖCAL**

ÖZET

5510 sayılı Kanun ve Sağlık Uygulama Tebliği ilgili hükümlerince sağlık hizmet sunucuları tarafından kişilerin müracaatı aşamasında, acil hallerde ise acil halin sona ermesinden sonra; nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, evlenme cüzdanı, pasaport veya verilmiş ise Kurum sağlık kartı belgelerinden biri ile kimlik tespiti ve biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulaması yapılması zorunludur. Kimlik tespiti yükümlülüğünü ihlal eden sağlık hizmet sunucuları hem idari mevzuat hem de idarenin özel hukuk sözleşmeleri kapsamında yaptırıma tabi tutulmuştur.

Uygulamada sigortalı adına düzenlenen sahte reçete içerikleri sigortalıdan habersiz bir şekilde eczanelerden temin edilebilmektedir. Bu sürecin temel sebebi Medula sisteminin güvenlik açığıdır. Bunun yanında sahteciliğin faili ve/veya iştirakçisi olan kişinin sağlık hizmet sunucularında kimlik tespit/kontrolünün usule uygun yapılmaması da Kurum zararına yol açmaktadır.

SGK, eczanelerle akdettiği İlaç Temin Sözleşmesi kapsamında sahte reçete bedellerini “yersiz ödeme” adı altında tahsil etmekle birlikte, sözleşmeden kaynaklanan cezai koşulu uygulamaktadır. SGK, uygulanan cezai koşulunun sebebini, eczacının kimlik tespit/kontrol yükümlülüğünü ihlal etmesi şeklinde gerekçelendirmektedir.

SGK, tip sözleşme 5.3.2 maddesini kimlik tespit yükümlülüğünün ihlaline dayanak oluşturmaktadır. Doktrinde ve bazı Yüksek Yargı kararlarında bu durum “kimlik tespit yükümlülüğünden” ziyade “imza kontrol yükümlülüğü” olarak değerlendirilmektedir.

➤ Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 12.01.2023

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 13.06.2023

* Eczacı, Sağlık Bakanlığı, ibrahimankara22@hotmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-3324-758X>.

** Prof. Dr., TED Üniversitesi Öğretim Üyesi, sebnem.akipekocal@tedu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-4216-405X>.



Söz konusu cezai koşul; eczane ticarethanesinin mahvına ve hatta sözleşmenin feshine sebep olacak niteliktedir. Madde lafzından çıkan bu yorum farkından dolayı taraflar arasında akdedilen tip sözleşmede genel işlem koşulları denetiminin uygulanıp uygulanamayacağı tartışma konusudur.

Genel mevzuat hükümlerince yaptırma tabi tutulan kimlik tespit/kontrol yükümlüğünün ihlalinin ayrıca yoruma dayalı olarak sözleşmesel ceza koşuluna tabi tutulması da tartışmalıdır. Mezkûr yükümlülüğün ihlalinin esasa müessir bir sonuç ortaya çıkarıp çıkarmayacağı, reçetenin şekli, hasta yakını kavramı ve kapsamı, kimlik tespiti ve kimlik kontrolü kavramlarının çelişkisi ve eczanede uygulanabilirliği en temel sorunların başında gelmektedir.

Anahtar Kelimeler: Eczane, kimlik, yargıtay, cezai şart, reçete.

ABSTRACT

In accordance with the relevant provisions of the Law No. 5510 and the Communiqué on Healthcare Practices, during the application process of the individuals by the health service providers, in case of emergency, after the end of the emergency; identity card, driver's license, marriage certificate, passport or, if given, one of the Institution's health card documents, and identity verification by biometric methods is mandatory. Health service providers who violate the identification obligation have been sanctioned under both administrative legislation and private law contracts of the administration.

In practice, the contents of fake prescriptions issued on behalf of the insured can be obtained from pharmacies without the insured's knowledge. The main reason for this process is the security vulnerability of the Medula system. In addition, the failure of the identity detection/control of the person who is the perpetrator and/or participant of the fraud in the health service providers in accordance with the procedure also leads to the loss of the Institution.

While the Social Security Institution collects the cost of fake prescriptions under the name of "undue payment" within the scope of the Drug Supply Agreement it has concluded with pharmacies, it applies the penal clause arising from the contract. SGK justifies the reason for the penal clause applied as the pharmacist's violation of the identification/control obligation.

The Social Security Institution bases the article 5.3.2 on the type contract for the violation of the identification obligation. In the doctrine and in some Supreme Court decisions, this situation is considered as "signature control obligation" rather than "identification obligation". The penal clause in question; It is of such a nature as to cause the destruction of the pharmacy business and even the termination of the contract. Due to this difference in interpretation arising from the wording of the article, it is a matter of debate whether the general transaction conditions control can be applied in the type contract concluded between the parties.

It is also controversial that the violation of the identity detection/control obligation, which is sanctioned by the provisions of the general legislation, is also subject to the contractual penalty condition based on interpretation. Whether the violation of the aforementioned obligation will lead to a substantive result, the form of the prescription, the concept and scope of the patient's relative, the contradiction of the concepts of identification and identity control, and its applicability in pharmacies are among the most fundamental problems.

Key Words: Pharmacy, identity, Supreme Court, penal clause, prescriptions.

GİRİŞ

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve bağlı mevzuat kapsamında sağlık hizmet sunucularına kimlik tespit yükümlülüğü getirilmiştir. Bu yükümlülüğün getiriliş amaçlarının başında kamu zararını önleme saiki yer almaktadır. Zira ülkemizde gerek sahte kimlik gerekse üçüncü kişilerin kimlikleriyle tedavi olan kişiler bu yasa dışı tedavinin külfetini Sosyal Güvenlik Kurumu'na (SGK) yüklemektedirler.

Sahte kimlik ve/veya üçüncü kişi kimlikleriyle mağdur edilen sağlık hizmet sunucularının başında eczaneler gelmektedir. Eczaneler; birinci basamak sağlık hizmet sunucu olup SGK ile akdettiği İlaç Temin Sözleşmesi kapsamında sigortalıların reçetelerini karşılamaktadır. Söz konusu özel hukuk sözleşmesi, perakende ilaç tedarikine yönelik usul ve esasları belirlemektedir. Sözleşmede yer alan ceza koşulu ise birçok kez ihtilafa konu olmaktadır.

Güncel Yargı içtihatlarında, sözleşmede yer alan 5.3.2 maddesinin¹, eczacılara kimlik tespit yükümlülüğü getirdiği şeklinde bir yorum bulunmaktadır. Bu konuya ilişkin ayrık yargı kararları da mevcut olup söz konusu madde, Türk Borçlar Kanunu m.23 kapsamında da değerlendirilmeye muhtaçtır.

Bu kapsamda sözleşmenin 5.3.2 maddesinin; “kimlik tespit yükümlülüğü” mü yoksa “imza kontrol yükümlülüğü” olarak mı yorumlanacağı işbu çalışmamızın konusu oluşturmaktadır. Söz konusu çekişmeli yorum; Yargıtay içtihatları ve TBK m.23 kapsamında değerlendirilecektir.

Çalışmamız Sosyal Güvenlik Kurumu'na fatura edilen reçetelerle sınırlı tutulmuştur.

I. SÜREÇ İLE İLGİLİ TEMEL TANIM VE KAVRAMLAR

A. Kimlik Tespiti/Kimlik Kontrolü Kavramı²

Bir insanın tanınmasında, tanımlanmasında ve diğer insanlardan ayırt edilmesinde etkin olan özelliklerin tümüne kimlik adı verilir. Yaşayan ya da ölü bir kişinin bu özelliklerinin ortaya konulmasına ise kimlik tespiti denir.³ Mevzuat-

¹ Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol, 2020, Madde 5.3.2 “Eczacının Kuruma fatura ettiği reçetelerde (e-reçete olarak düzenlenenler hariç) bulunması gereken ve reçete muhteviyatı ilaçların reçete sahibine ya da ilacı alana teslim edildiğine ilişkin imzanın, reçete sahibine veya ilacı alana ait olmadığının denetim ile tespitinin kesinlik kazanması halinde, reçete bedelinin 2 (iki) katı tutarında cezai şart uygulanarak eczacı yazılı olarak uyarılır; tekrarı halinde reçete bedelinin 5 (beş) katı tutarında cezai şart uygulanarak sözleşme feshedilir ve 1 (bir) ay süre ile sözleşme yapılmaz. Ancak hastanın veya ilacı teslim alan kişinin ilacı aldığı beyan etmesi durumunda bu madde hükmü uygulanmaz.”

² İbrahim Ankara, ‘İlaç ve Eczacılık Hukuku’ (2nd, Dora Yayınları, 2022) 324 vd.

³ Yıldırım Zeyfelioglu, İ. Hamit Hancı, ‘İnsanlarda Kimlik Tespiti’ (2001) 10(10) Türk Tabipler Birliği STED Dergisi 375, 375.

ımızda kimlik kontrol/tespitine yönelik usul ve esaslar daha çok adli makamların mevzuatında düzenlenmiştir.

Kimlik tespit işlemleri, kimlik sormaya göre kişiler yönünden daha ağır bir tedbir olduğundan hukukumuz, bu durumu daha sıkı şartlara bağlamıştır. Nitekim konu 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu 4/A ve 5. maddeleri ile CMK'nın 81. ve 86. maddelerinde açık bir şekilde düzenlenmiştir. Kolluğun, kimlik sorması ile kimlik tespiti arasında fark vardır⁴ Doktrinde de genel olarak bu görüşün kabul edildiği görülmektedir.

ERDAĞ'a göre “Ancak bu arada gözden kaçırmamak gerekir ki; kolluğun “kimlik sorması” ile “kimlik tespit etmesi” kurumları birbirinden esasen farklı işlemlerdir. Kimlik sorma işlemi sırasında kimliği sorulan kişi kayıtlara geçirilemezken, kimlik tespit etme işlemi, bir kişinin kayıtlara geçirilmesi, yaygın ifadesiyle ile “fişlenmesi” anlamına gelmektedir.”⁵

KAYGUSUZ'a göre “Kimlik sorma işlemi, durumundan şüphe edilen ya da belirli yerlerde yapılan araştırma ve kontrollerde kişilerin kimlik bilgilerine ulaşmak, belge düzenlemek, işlem yapmak, geçişine izin vermek gibi amaçlarla yapılır. Kimlik tespiti ise, kişinin kimliğinin belirlenmesi ve tespit edilmesi amacıyla, kimlik bilgileri ile fizik kimliği özelliklerinin kayda alınması ve mevcut veri sistemi tabanından karşılaştırma yapılması olarak ifade edilebilir”⁶

METLİ'ye göre de “.....kimlik tespiti, içeriği ve niteliği itibariyle bir üst kavram olarak kabul edilmesi gerekir. Zira kimlik tespiti hem adli hem de idari amaçla yapılabileceği gibi hem ölü hem de yaşayan kişiler üzerinde uygulanabilir. Kişinin kimliği tespit edilene kadar basitten başlayarak gerektiği ölçüde daha detaylı inceleme ve araştırma yapılması gerekebilir.”⁷

Her ne kadar mevzuatta; kimlik tespiti, kimlik kontrolü ve kimlik doğrulaması kavramları birbirlerine ikame olarak kullanılsa da uygulamada; teknik imkanların çeşitliliği sebebiyle birtakım farklılıklar olduğu açıktır. Burada; “salt kontrol” ve “bir veri tabanı üzerinden kontrol” farklı şeyleri ifade etmektedir. Bununla ilgili Türk Dil Kurumu sözlüğü incelendiğinde;

Tespit: Bir durumu kuşkuya düşürmeyecek biçimde gösterme, belirleme,

Kontrol: Bir şeyin gerçeğe ve aslına uygunluğuna bakma, denetleme, yoklama

⁴ Feridun Yenisey, ‘Hazırlık Soruşturması Ve Polis’ (3rd, Beta Yayınevi, 1993) 10.

⁵ Ali İhsan Erdağ, ‘Kolluğun Durdurma ve Kimlik Sorma Yetkisi (PVSK m.4/A)’ (2010) (4) Ankara Barosu Dergisi 37,45.

⁶ Ziyaettin Kaygusuz, ‘Kimlik Sorma ve Kimlik Tespiti’ (2008) 10(1) Polis Bilimleri Dergisi 81,82.

⁷ Osman Metli, ‘Kolluk Görevlilerinin Durdurma Kontrol Kimlik Sorma ve Kimlik Tespiti Yetkileri’ (Yüksek Lisans Tezi, Zirve Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015) 36.

Doğrulama: Doğrulamak işi, teyit, tasdik, konfirmasyonu ifade etmektedir.

Aynı kavramsal karışıklık Yüksek Yargı kararlarında da tespit edilmiştir. “....kişilerin **kimlik tespitinin** usulüne uygun yapılmadığı belirlenmiş ve bu eczanelerin sahtecilik eylemine iştirakleri olmadığından protokolün (6.3.19) maddesinden değil, yalnızca **kimlik kontrol** yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle..... eczanenin 5510 sayılı Kanun, ilgili Yönetmelik ve SUT hükümleri gereğince yapmakla yükümlü olduğu **kimlik tespit ve kontrol** işlemini yerine getirmemesi...”⁸

METLİ, kimlik tespit işleminin amacını;

- 1- Ceza muhakemesi bakımından kişinin kimliğinin tespit edilmesi,
- 2- Önleme amaçlı olarak kişinin kimliğinin tespit edilmesi,
- 3- Verilecek hizmetle ilgili kişinin kimliğini doğrulama olarak üç başlık altında toplamıştır.⁹

Eczanelerde kimlik tespitinin temel amacı sahte reçete ve sahte ilaç tedarikini önlemektir. Kimliğin usule uygun tespit edilmesi çoklu menfaate hizmet eder. Şöyle ki; olası sahtecilik faaliyetinde hem eczane hem SGK hem de hasta mağdur olmaktadır. Dolayısıyla eczanenin kimlik kontrolü yapması üçlü ilaç tedarik zincirinin (hasta, SGK, eczane) menfaatindedir.

Uygulamada sağlık hizmet sunucularından böyle farklı yaklaşım ve eylemler (*kontrol veya tespit*) beklenmiyor olsa bile dilin yeknesak kullanması mevzuat tekniği açısından önemlidir.

Tüm bu genel gerekçelerden yola çıkarak kimlik kontrolünün, kimlik tespite göre daha basit bir usul olduğu belirtilebilir . Zira kimlik tespiti için arka planda bir veri tabanının varlığı gerekmektedir. Eczanelerde ise kimlik karşılaştırma ve doğrulama yapabilecek teknik bir altyapı yoktur. Söz gelimi ilacı alan kişinin kimliğini doğrulayacak teknik bir sistem olmadığı için eczacı ve eczane çalışanları sadece kimliği kontrol etmekle yetinecektir.

Uygulamada eczanelerin tüketici sirkülasyonu yüksek ticari işletmeler olması sebebiyle zaman zaman kimlik kontrolünde ihmali davranışlar sergilediğini gözlemlenmektedir. Bu ihmali davranışın altında yatan en önemli sebeplerden biri de kimlik tespitinin ilk başvurduğu sağlık hizmet sunucusunda yapıldığı inancıdır.

Çalışmamızda, katılmamakla birlikte, mevzuat diline uygun olarak “*kimlik tespiti*” ifadesi kullanılacaktır.

⁸ Yargıtay HGK, E 2017/1977 K 2021/1346, 04.11.2021

⁹ Metli (n 9) 34.

B. Kimlik Tespitinin Yasal Dayanağı

Sağlık hizmet sunucularından hizmet alan kişilere yönelik kimlik tespitinin yasal dayanağını 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu oluşturmaktadır. Anılan Kanun'un "Sağlık hizmetlerinden yararlanma Şartları" başlıklı 67. maddesinin üçüncü fıkrasına göre "...genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanabilmeleri için sağlık hizmet sunucularına başvurduklarında acil haller hariç olmak üzere (acil hallerde ise acil halin sona ermesinden sonra); biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulamasının yapılması ve/veya nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, evlenme cüzdanı, pasaport veya Kurum tarafından verilen resimli sağlık kartı belgelerinden birinin **gösterilmesi** zorunludur".

Bu husus Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m. 71'de "Sağlık hizmeti sunucuları, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilere sağlık hizmeti sunumu aşamasında (acil hallerde ise acil halin sona ermesinden sonra), 67 nci maddenin üçüncü fıkrasında sayılan belgeleri (biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulamasının yapılması ve/veya nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, evlenme cüzdanı, pasaport veya Kurum tarafından verilen resimli sağlık kartı belgelerinden biri) ve bu belgelerin başvuran kişiye ait olup olmadığını **kontrol etmek** zorundadır." şeklinde ifade edilmiştir.

Sağlık Uygulama Tebliği'nde "Kimlik Tespiti" başlıklı m.1.6'ya göre "Sağlık hizmeti sunucularınca, kişilerin müracaatı aşamasında, acil hallerde ise acil halin sona ermesinden sonra, nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, evlenme cüzdanı, pasaport veya verilmiş ise Kurum sağlık kartı belgelerinden biri ile **kimlik tespiti** ve biyometrik yöntemlerle **kimlik doğrulaması** yapılması zorunludur. Kimlik tespiti, biyometrik kayıt işlemi veya biyometrik kimlik doğrulama işlemini **usulüne uygun yapmayan ve bu nedenle bir başka kişiye sağlık hizmeti sunulması nedeniyle Kurumun zarara uğramasına sebebiyet veren sağlık hizmeti sunucularından ödenen tutar geri alınır.**"

Tüm hükümler birlikte incelendiğinde hem kavramsal hem de usul ve ispatla yönelik birtakım çelişkilerin olduğu görülmektedir. Bununla birlikte ilgili maddeler birlikte değerlendirildiğinde hem sigortalıya hem de sağlık hizmet sunucusuna bazı yükümlülükler getirmektedir. Buna göre madde 67 kapsamında sigortalının yükümlülüğü ilgili belgeleri **göstermek** iken, madde 71 kapsamında sağlık hizmet sunucusunun yükümlülüğü ise **kimlik tespit ve/veya kimlik doğrulaması** yapmaktır.

Sağlık Uygulama Tebliği hükümlerince kimlik tespitinin usule uygun yapılması gerekliliği ifade edilmiş olup bu usulün nasıl bir süreç olduğu ortaya konmamıştır. Özellikle kimlik kontrolü şeklinde yapılan tespitlerde ispat yöntemlerinin ne olacağı belirsizdir. Zira eczanelerde yapılan kimlik kontrolleri salt fiziki olup herhangi bir kimlik fotokopisi vb. belge teslim alınmamaktadır.

Bu sebeple kimlik kontrolünün yapıp yapılmadığı noktasında belirsiz bir alan oluşmaktadır. Bu alan ise karine ve yorumlarla doldurulmaktadır.

GÜLCÜ'ye göre kimlik sorma sonucu kişilerin kimlik göstermesi, anlık bir gösterip çekme değil, kimliğin görülüp anlaşılması için gerekli olan belli bir süreyi kapsayabilir.¹⁰ Bu sebeple eczaneden; ilacı alan kişi kimliğinin eczane çalışanlarının geçici zilyetliğinde olması ve gerekli kontrollerin yapılması beklenebilmektedir. Fakat adli makamlara kimlik ibraz etmeyenlere yasal yaptırımlar düzenlenmişken, eczane işletmeciliğinde bunun bir yaptırımı yoktur. Öyle ki ilacı alan kişiden kimlik talep etmek çoğu zaman mobbinge zemin hazırlamaktadır.

Kanımızca; aşağıda açıklanacağı üzere, sağlık hizmet sunucusu rolüne haiz eczanelerin kimlik tespit yükümlülüğü olup bunun usulü ve ispatı belirsizliğini korumaktadır. Bu belirsizlik uygulamada eczacılara yersiz ödeme, ceza koşulu uygulaması ve yaptırım olarak yansımaktadır.

C. Eczanelerin Sağlık Hizmet Sunucusu Rolü

Kimlik tespit yükümlülüğünün irdelenebilmesi için eczanelerin sağlık sistemi içerisindeki rolünün belirlenmesi gerekir.

T.C. Sağlık Bakanlığı tarafından 31.05.2019 tarihinde yayımlanan 2019/10 sayılı “*Sağlık Hizmeti Sunucularının Basamaklandırılması*” başlıklı genelgede, eczaneler birinci basamak sağlık hizmet sunucusu olarak tanımlanmış idi. Bu sınıflandırmanın genelge ile düzenlenmesi mevzuat tekniği açısından hukuki güvenlik sağlamıyor idi. Bu sebeple de 10.02.2022 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanan *Sağlık Hizmet Sunucularının Basamaklandırılmasına Dair Yönetmelik* m.5/2-k ile 6197 sayılı kanun kapsamında serbest faaliyet gösteren eczaneler, birinci basamak sağlık hizmet sunucusu olarak nitelendirilmiştir.

Aynı husus Sağlık Uygulama Tebliği 1.4 maddesinde de düzenlenmiş olup mezkur madde kapsamında eczaneler birinci basamak özel sağlık hizmet sunucusu olarak nitelendirilmiştir.

Mevzuat hükümlerinden de anlaşılacağı üzere eczaneler birinci basamak sağlık hizmet sunucusu olup kimlik tespiti yapma yükümlülüğü altındadır.

D. Reçete Şekilleri

Çalışmamızda; reçetelerin esasa ilişkin türlerinden (*beyaz, kırmızı, yeşil, turuncu, mor*) ziyade düzenlendiği şekil olarak ele alacağız.

Reçetelerin usûli olarak düzenlenebileceği şekiller Sağlık Uygulama Tebliği’nde ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Genel olarak; “*elektronik reçete*” ve “*ma-*

¹⁰ Mustafa Gülcü, ‘Özel Güvenlik Görevlilerinin Kimlik Sorma, Arama ve Elkoyma Yetkileri’ (2003) (34) Polis Dergisi 184,197.



“*manuel/matbu/kâğıt reçete*” olarak iki farklı şekil öngörülmüştür. Bunun istisnası olan “*devam reçeteleri*” adıyla anılan reçete grubunun incelemesi aşağıda detaylı olarak yapılacaktır. SUT terminolojisinde “*manuel*” tabiri kullanıldığı için uygulama birliği adına çalışmamızda matbu/kâğıt reçete tabiri yerine “*manuel reçete*” tabiri kullanılacaktır. Buna rağmen SGK tarafından yayımlanan duyurularda “*kağıt reçete*”¹¹ kavramının kullanıldığı da görülmekte olup mevzuat yeknesaklığı açısından bu ikilemin giderilmesi gereklidir.

Elektronik reçetelerle ilgili usûl ve esasları düzenleyen SUT m.4.1.5.2’ye göre “*Sağlık kurum/kuruluşları tarafından düzenlenecek reçeteler SGK Hekim Şifresi ile düzenlenecektir. Kurumca belirlenecek istisnalar haricinde manuel reçetelerin bedelleri karşılanmayacaktır. Kurum tarafından gerekli düzenlemelerin yapılması sonrasında ise reçeteler Kurum tarafından belirlenecek tarihten itibaren elektronik imza ile imzalanacaktır. Eczaneler tarafından manuel giriş yapılan reçetelerin bedelleri karşılanmayacaktır.*” Görüldüğü üzere eczaneye gelen bir elektronik reçetenin “sahte” olarak düzenlenebilmesi için mutlaka hekimin SGK şifresi ve elektronik imzasının ele geçirilmesi gerekmektedir. Hekimin güvenlik bilgileri olmadan elektronik reçete düzenlenmesi imkansızdır.

Sağlık raporlarını düzenleyen SUT m.4.1.3.2’ye göre de “*MEDULA hasta-ne sistemini kullanan sağlık hizmeti sunucuları raporları elektronik ortamda düzenleyecek ve bu raporlar başhekimlik tarafından elektronik ortamda onaylanacaktır.*” Söz konusu elektronik raporların oluşturmasında başhekimlik onayı aranarak ikincil bir güvenlik mekanizması getirilmiştir. Aynı mekanizma elektronik reçete düzenleme aşamasında yoktur. Dolayısıyla hekimin e-imzasının ele geçirilmesi sahte reçete oluşturmak için yeterlidir.

Elektronik reçeteler günümüzde daha ziyade kullanılan reçete şeklini oluşturmaktadır. Elektronik reçeteye geçişin temel nedeni kamuya yönelik dolandırıcılığın önlenmesidir. Zira manuel reçetelerin sahte olarak hazırlanması elektronik reçetelere göre daha kolaydır. Çünkü sahte e-reçete oluşturabilmek için hekime zimmetli ve hekim sorumluluğunda olan bir takım güvenlik veri ve aygıtlarına erişmek gerekmektedir. Sahte manuel reçetelerde ise böyle bir zorunluluk yoktur.

ÖZDEMİR’e göre hastaların elektronik reçeteleri belli bir veri bankasında saklanıp korunmaktadır. Bu bilgiler kişisel bilgiler olduğundan bunların korunması için gerekli tedbirler alınmalıdır. Aksi halde hastalara ait kişisel bilgiler kötü niyetli kişilerin ellerine geçerek başka alanlarda ve kötüye kullanıma yol açabilir. Bu tür istenmeyen sonuçların doğmaması için gerekli tedbirler

¹¹ <http://eski.sgk.gov.tr/wps/portal/sgk/tr/kurumsal/merkez-teskilati/ana_hizmet_birimleri/gss_genel_mudurlugu/anasayfa_duyurular/duyuru_20201603_20> (Erişim Tarihi 01.12.2022)

alınmalıdır.¹² Bizim de katıldığımız bu görüş kapsamında gerekli tedbirleri alma noktasında asli yükümlülük hekime ve dolaylı olarak İdare'ye aittir. Yine de İdare her ne önlemi alırsa alsın hekim ihmalinden kaynaklı güvenlik açıkları, kamu zararının doğmasına yol açabilir.

Elektronik reçete ve manuel reçete dışında pandemi dönemine özgü yeni bir reçete şekli daha ortaya çıkmıştır. SGK tarafından yayımlanan ve daha sonra kapsam genişletilerek devam eden duyurular ile¹³ hekime başvurmadan, salt ilaç kullanım raporu ile eczaneden ilaç temin dönemi başlamıştır. Bu model için; “418 – Kronik hastalıklarda reçetesiz ilaç tedavisi”, “reçetesiz ilaç temini” ve “devam reçetesi” gibi kavramlar kullanılmıştır. Bu modelin temel amacı; pandemi döneminde oluşan hasta yükünü hafifletip, kronik hastaların hastaneye ve hekime başvurmadan kendilerine haiz raporlarla eczaneye başvurup ilacını temin etmesidir. Böylece pandemi döneminde kronik hastalar doğrudan eczaneye başvurarak ilaçlarını temin etmişlerdir.

Elbette bu modelde de birtakım sahtecilik faaliyetleri ortaya çıkmış olup eczacılar, hastalar ve SGK sürecin mağduru olmuşlardır.

Söz konusu reçeteler şekli anlamda klasik reçetelerden farklılık arz etmektedir. Dolayısıyla bu reçete şeklinin, e-reçete mi yoksa manuel reçete mi olduğu tartışmalıdır. Çünkü iki farklı reçete şekline uygulanan sözleşmesel cezai şartlar farklı olup, bu farklılık konumuz temelini oluşturan kimlik tespiti noktasında da kendini göstermektedir. Bu reçetelerin niteliği değerlendirildiğinde; elektronik ortamda eczacılar tarafından oluşturulan ve manuel reçetelerdeki sözleşmesel teslim usûlleri uygulanan kendine özgü (*sui generis*) bir reçete şekli olduğu belirtilebilir.

Son olarak belirtmek gerekir ki; hekimin iradesi, bilgisi ve dahil olmadan sahte manuel reçete ve sahte devam reçetesi düzenlenebilecektir. Fakat elektronik reçete için bunu söylemek biraz zor olacaktır. Zira e-reçete için mutlaka hekim güvenlik bilgileri ve e-imzasının ele geçirilmesi gerekmektedir. E-imza muhafaza yükümlülüğü hekime ait olup söz konusu süreçte hekimin ihmali, kusuru var ise oluşabilecek kamu zararından da sorumlu tutulması gerekmektedir. Çünkü hekimin kusuru hem eczaneleri hem SGK'yı hem de hastaları mağdur etmektedir.

¹² Hayrunnisa Özdemir, 'Tele Tıp ve İlaç Kullanımı' in Hakan Hakeri and İbrahim Ankara and Rezzan Günday and Cahid Doğan(eds), I.İlaç ve Eczacılık Hukuku Kongresi Kitabı (Seçkin Yayınları 2021) 114.

¹³ <<https://www.eskisehireo.org.tr/duyuru/sgknin-kronik-hastaligi-nedeniyle-saglik-raporu-olan-hastalarin-ilac-teminine-iliskin-18032020-tarihli-duyurusu-hakkinda-63714>>
<<https://ordueczaciodasi.org.tr/sgknin-kronik-hastalıklarda-recetesiz-ilac-temini-icin-medulada-yaptigi-duzenlemeler-hakkinda/>> (Erişim Tarihi 01.12.2022)

II. YÜKÜMLÜLÜK İHLALİNİN SÖZLEŞMESEL SONUÇLARI

A. Reçete Şekillerine Göre Kimlik Tespit Usûlleri

5510 sayılı Kanun ve SUT kapsamında birtakım belgeler ile kimlik tespit yükümlülüğü getirilmiştir(*kimlik, ehliyet, pasaport vd.*). Bununla birlikte reçete şekillerine göre de eczane işletmeciliği özelinde birtakım kontrol/teyit usûlleri belirlenmiştir.

1. Manuel reçetelerde kimlik tespiti

İlaç Temin Protokolü m.3.2.1'e¹⁴ göre genel olarak; reçete önü ve reçete arkasında birtakım bilgilerin kontrolü eczacı tarafından sağlanacaktır. Bu süreç , manuel sahte reçeteler kapsamında bir ön güvenlik tespiti olarak nitelendirilebilir. Şeklen uygunluğu tespit edilen reçetelerin kaydı ile birlikte reçete içeriğini teslim alacak kişinin kimlik tespiti aşamasına geçilecektir. Bu iki zaman dilimi arasında; manuel reçetelerin şeklen usule uygun olması, e-reçetelerin ise Medula sisteminden provizyon alması sebebiyle eczacıda, reçetelerin sahte olmadığına yönelik makul güven sağlanmış olacaktır. Bu makul güven, uygulamada, kimlik tespitinin ihmallerine zemin hazırlamaktadır. Fakat kimlik tespit yükümlüğünün ihlali halinde sadece kamu zararının mı karşılanacağı, yoksa bununla birlikte cezai şartın da uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır.

Manuel reçetelerde protokolden kaynaklanan kimlik tespiti m.3.2.2'de düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre *“Reçetelerin arka yüzünde; reçete sahibi ya da ilacı/ilaçları alan kişinin adı, soyadı, imzası ve “... kalemkutu ilacı aldım” ibaresi, T.C. Kimlik Numarası, T.C. Kimlik Numarası olmaması halinde ibraz edilen kimlik belge numarası yer alacaktır. Okuma yazma bilmeyen reçete sahibi veya ilacı/ilaçları alan kişinin reçeteye parmak izi alınır.”* Görüldüğü üzere ilacı; reçetenin sahibi veya üçüncü kişiler teslim alabileceklerdir. Manuel reçetenin sahte olması halinde reçeteyi düzenleyen failin eczaneye

¹⁴ Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol, 2020, Madde 3.2.1., *“Reçetelerde, hekimin adı soyadı, kuruluş/kurumun adı, hekimin ana uzmanlık dalı ile birlikte var ise yan uzmanlık dalı, asistanlar için ihtisas yaptığı uzmanlık dalı, hekimin diploma numarası veya Sağlık Bakanlığınca verilen doktor diploma tescil numarası bilgileri ve hekimin ıslak imzası mutlaka yer alacaktır. Ayrıca reçetelerde hasta adı soyadı, T.C. Kimlik Numarası, reçete tanzim tarihi ile MEDULA takip numarası veya protokol numarası yer alacaktır. İmza dışındaki bilgiler, el yazısı ile yazılabileceği gibi kaşe veya bilgisayar ortamında veya hastane otomasyon sistemleri tarafından basılan etiketin/barkodun yapıştirılması veya bilgisayardan yazılmış reçete şeklinde olabilir. Hastane bilgi etiketinde yer alan tarih ile hekimin yazdığı reçete tarihi arasında farklılık bulunması halinde hekimin reçeteye yazmış olduğu tarih esas alınır. Reçetelerde, kurum başhekiminin onayı ve mühür aranmayacaktır. Kurumla sözleşmeli resmi sağlık kurumlarınca temin edilemeyen yatan hastalara ait reçetelerde “Eczanemizde Yoktur. Yatan Hasta” kaşesi ve başhekimlik onayı aranacaktır.”*

başvurarak reçete arkası bilgileri doldurması halinde şekilsel gerçeklik sağlanacaktır. Dolayısıyla burada eczacının kimlik tespiti yapması da sahte reçetenin karşılanmaması için yeterli olmayacaktır. Yine ilacı alan kişinin okuma yazma bilmemesi iddiasında parmak izi alınacaktır. Bu durumda da ilacı alan kişinin okuma-yazma bilip bilmediği eczane işletmesinde tespit edilebilecek bir durum değildir.

2. Elektronik reçetelerde kimlik tespiti

Elektronik reçetelerde de protokolden kaynaklı kimlik tespiti m.3.2.15.2’de düzenlenmiştir. Maddeye göre “*Reçete muhteviyatı, bu Protokol hükümlerine göre reçete sahibi/ilacıları alana teslim edilecektir. Bu işlem, eczaneden ilaçları alan kişinin T.C. Kimlik Numarasının ve istenmesi halinde ilacı alan kişi ile ilgili diğer ek doğrulama bilgilerinin MEDULA eczane provizyon sistemine kayıt edilmesi ile tamamlanmış olacaktır. Bu şekilde yapılan işlemlerden sonra eczacı hastaya ilaçlarını teslim etmiş sayılacaktır. Teslime ilişkin herhangi bir belge aranmayacaktır.*” Söz konusu reçeteler tıpkı manuel reçetelerde olduğu gibi hem reçete sahibine hem de üçüncü kişiye teslim edilebilecektir. Fakat manuel reçetelerden farklı olarak reçete sahibi/ilacı alanın imzası aranmayacaktır. Bunun dışında herhangi bir belge talep edilmeyecektir. Söz konusu maddede yer alan “ek doğrulama” bilgilerinin ne olduğu konusunda sözleşmede herhangi bir tanımlama yapılmamıştır.

3. Devam reçetelerinde kimlik tespiti

Kronik Hastalıklarda Reçetesiz İlaç Temini bakımından devam reçetelerinde de özel kimlik tespit yöntemleri belirlenmiştir. 14.03.2020 tarihli SGK duyurusuna istinaden “*Kronik hastalıklarda reçetesiz ilaç temini kapsamında kayda alınan reçeteler için reçete arkası çıktısı alınarak, çıktıya, ilaçları teslim alan kişinin T.C. kimlik numarası, adı, soyadı yazılmalı ve çıktı teslim alan kişi tarafından imzalanmalıdır.*” Görüldüğü üzere bu reçete şeklinde de manuel reçete teslim gerekliliklerine benzer süreç işletilmiştir.

B. Reçete İçeriğinin Teslim Edilebileceği “Hasta Yakını” Ve “İlacı Alan” Kişi Kavramları

Uygulamada; reçete içeriği sadece reçete sahibi hastalara teslim edilmemektedir. Bu durum; hastaların özel halleri, lojistik problemler, hastanın lokasyon dışında olması vb. nedenlere dayanabilecektir. Bu ihtimalleri değerlendiren SGK, eczanelerle yaptığı İlaç Temin Sözleşmesinde reçete içeriklerinin “*hasta yakınlarına*” ve “*ilacı alanlara*” teslim edebileceğini akit altına almıştır.

2009 ve 2012 yıllarında yapılan İlaç Temin Protokolünde ilaçların reçete sahibine ve “*hasta yakınına*” teslim edilebileceği hükmü düzenlenmişti. Uygulamada yaşanan problemler sebebiyle 2016 ve sonrası Protokollerde “*hasta*



yakını” ibaresi “ilacı alan” olarak değiştirilmiştir. Bu durumda artık “ilacı alan” kişinin hasta yakını olması şartı kaldırılmış söz gelimi ilaç teslim edilebilecek kişilerin kapsamı belirsiz şekilde genişletilmiştir.¹⁵

Reçete içeriğinin teslim edilebileceği kişiler “ilacı alan” kişi olarak belirlenmiş olup bu kavram belirsizlik arz etmektedir. Bu durumda “ilacı alan” kişiler; hasta yakınları, birinci derece yakınları, yasal temsilcileri, mirasçıları olabileceği gibi komşuları ve hatta arkadaşları da olabilecektir. Kanımızca eczacı ve eczane çalışanları dahi hasta adına “ilacı alan” kişi olabilecektir. Bu durumda eczacı ve eczane çalışanları “ilacı alan” sıfatı ile reçete arkasına imza atabileceklerdir. Çünkü eczacı ve eczane çalışanlarının “ilacı alan” kişiler olamayacağına dair bir kısıtlama ilgili Protokolde yer almamaktadır.

Aslında “hasta yakını” kavramının “ilacı alan” şeklinde değiştirilmesi kanımızca teknik anlamda bir değişiklik yaratmayacaktır. Zira “hasta yakını” kavramı da hukukumuzda aynen “ilacı alan” kadar belirsizdir. Hastanın komşusu, arkadaşı ve hatta eczacısının da hasta yakını olmasını engelleyen bir mevzuat hükmü hukukumuzda yoktur. Fakat Yüksek Yargı’nın bu konuda katılmadığımız kararları da mevcuttur.

Yüksek Yargı’nın¹⁶ “...Cezaî işlem uygulanan iki adet reçetenin hastaların **dayısının damadı** ... tarafından alındığı yapılan ceza soruşturmasında anlaşılmıştır. Bu kişi hastaların **birinci derece yakını olmadığına** göre davacı eczacının reçete arkasına ...ün bilgilerini yazıp bu kişiden teslim alan olarak imzasını alması ve SUT’un 67/3 ve 71. maddeleri gereğince de kimlik kontrolünü yapması gerekirdi. Ancak bu yükümlülüklerini yerine getirmeyerek ilaçların hastalar dışında başka kişilere teslim edilmesine sebebiyet vererek..” şeklindeki içtihadı tartışmaya açıktır. Zira Yüksek Yargı, hangi kriterleri ve yasal düzenlemeleri ele alarak “birinci derece hasta yakını” tanımını yaptığını gerekçelendirmemiştir.

Hukukumuzda “hasta yakını” ibaresinin bu kadar geniş ve belirsiz olduğu bir durumda Yüksek Yargı’nın¹⁷ “...şayet ilaçları teslim etmek için reçeteyi

¹⁵ Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol, 2020, Madde 5.3.2., “...reçete muhteviyatı ilaçların reçete sahibine ya da **ilacı alana** teslim edildiğine ilişkin imzanın, reçete sahibine veya **ilacı alana** ait olmadığının denetim ile tespitinin kesinlik kazanması halinde...”

Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol, 2009, Madde 6.3.3., “...reçete muhteviyatı ilaçların reçete sahibine yada **yakınına** teslim edildiğine ilişkin imzanın, reçete sahibine veya **ilaçların teslim edildiği yakınına** ait olmadığının tespit edilmesi halinde...”

¹⁶ Yargıtay 3 HD, E 2020/2595 K 2021/3490, 01.04.2021.

Yargıtay 3.HD, E 2020/886 K 2020/5528, 07.10.2020.

¹⁷ Yargıtay 13.HD, E 2015/11301 K 2015/30911, 21.10.2015.

Yargıtay 13.HD, E 2015/7144 K 2015/30906, 21.10.2015.

*ibraz eden kişilerden kimlik bilgilerini sormuş olsa idi bu kişilerin ilaçları teslim almaya **yetkili** olmadıklarının anlaşılacağını,..”* şeklindeki içtihadına da katılmak mümkün değildir . Zira ilaçları teslim almaya yetkili/yetkisiz kişilerin kim olduğuna dair gerekçelendirilme yapılmamasının Anayasa'nın 141. maddesine de aykırılık teşkil edeceği kanaatindeyiz.

Hasta Hakları Yönetmeliği m.24/7'de “...mümkünse hastanın orada bulunan **yakını veya kanuni temsilcisi**; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın **yakını veya kanuni temsilcisi** bilgilendirilir.” ifadesiyle “hasta yakını” ve “kanuni temsilci” ayrımının yapıldığı görülmektedir. Dolayısıyla buradan hasta yakını ifadesinin kanuni temsilciyi de kapsayan geniş bir tanımlama olduğu sonucu çıkarılabilir.

DOĞRAMACI'ya göre de¹⁸ uygulamada, hasta yakınının belirsizliği konusu sağlık personeli açısından da zorluk teşkil etmektedir. Hasta yakınının mevzuatla açıkça belirlenmemesine karşın, sağlık personelinin de doğrudan

Yargıtay 13.HD, E 2016/8299 K 2019/4992, 16.04.2019.

Yargıtay 13.HD, E 2015/31129 K 2016/8849, 29.03.2016.

“...5.3.2.ve 6.3.3 maddeleri uyarınca cezai işlem tesis edildiği,; davacı eczanenin ibraz edilen reçetelerin arkasına ilaçları teslim alan kişilerin kimlik bilgilerini yazması gerektiği, davacının kendisinin de taraf olarak imzaladığı protokol hükümlerine göre kendisine yüklenen kimlik tespiti yapma yükümlülüğünü yerine getirmedeği, **şayet ilaçları teslim etmek için reçeteyi ibraz eden kişilerden kimlik bilgilerini sormuş olsa idi bu kişilerin ilaçları teslim almaya yetkili olmadıklarının anlaşılacağını**, davaya ve davalının işlemine konu reçetelerin sahteliği sabit olup, bilirkişi raporu ile belirlenen iğfal kabiliyeti hususunun ceza yargılaması yönünden sonuç doğuracağı, davacının kimlik tespiti yapma yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması nedeniyle sorumluluğunun ortadan kalkmayacağı, davacı eczanenin eylemi sabit olup, yapılan işlemin protokole uygun olduğu dolayısıyla uygulanan cezai işlemin hukuka uygun olduğu, tereddüte ya da duraksamaya mahal bırakmayacak şekilde sabittir. Dava konusu para cezasına ilişkin işlemin dayanağı olan taraflar arasındaki sözleşmenin 6.3.3. maddesinde;” eczanenin kuruma fatura ettiği reçetelerden bulunması gereken ve reçete muhteviyatı ilaçların reçete sahibine yada yakınına teslim edildiğine ilişkin imzanın, reçete sahibine veya ilaçları teslim edildiği yakınına ait olmadığına tespit edilmesi halinde, reçete bedelinin 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak eczacı yazılı olarak uyarılır, tekrarı halinde reçete bedelinin 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak sözleşme feshedilir ve 1 (bir) ay süre ile sözleşme yapılmaz” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Dosya kapsamı ve özellikle dava dışı sigortalının şikayet dilekçesi içeriği itibarıyla ilaçların dava dışı davalı kurum sigortalısına teslim edilmediği halde bu kişiye teslim edilmiş gibi reçete arkasının imzalandığı sabit olup, davacının bu şekilde sözleşmenin 6.3.3.maddesine aykırı davranması nedeniyle davacı hakkında uygulanan cezai işlemin yerinde olduğu, gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken aksi düşüncelerle yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz edilen hükmün davalı yararına BOZULMASINA, 21/10/2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.”

¹⁸ Yakup Gökhan Doğramacı and Zehra Zerrin Erkol, ‘Hasta ‘Yakını’ Kimdir?’ in Hamit Hancı and Yener Ünver (eds), IV. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi Kitabı (Seçkin Yayınları 2018) 794.

hasta yakınıni belirleme görev, yetki ve imkânı bulunmamaktadır. Bu sebeple hastayı getiren kişi bile hasta yakını olarak görülebilmektedir. Bu durum yanlış kişinin hasta yakını olarak kabul edilmesine, hastanın hak ihlaline, sağlık personelinin yasal sorumluluğuna ve tarafların zarar görmesine neden olabilecek ciddi bir belirsizliktir.

COŞKUN'a göre hasta yakını, kişinin hastalık sürecinde yüklerini paylaştığı alt-üst soyu veya sosyal paylaşım içinde olduğu kişilerdir.¹⁹

DERYAL'a göre kişinin beden bütünlüğü ve ruh sağlığı gibi en temel kişilik değerlerini yakından ilgilendiren sağlık hakkının kullanılması da “*şahsen kullanılacak haklar*” kapsamında bir hak kullanımı olarak temsil yasağına tabi olacaktır. Fakat yine de sağlık hizmeti alımına yönelik bir kısım işlemlerin kişilikle yakından ilgili görülmeyle temsilde konu edilebilmesi tartışmaya açıktır.²⁰ DERYAL'ın söz ettiği istinasların kapsamına ilaç tedarik sürecinin de dahil edilebileceği kanaatindeyiz.

DOĞRAMACI'nın da katıldığımız görüşüne göre hasta yakını kavramının belirsizliği, ciddi hak ihlalleri ve yasal sorumluluklara neden olabileceği için kavramın açıkça tanımlanması ve düzenlenmesi gerekmektedir. Ancak bu düzenlemenin yönetmelik ile yapılması yeterli olmayıp Anayasa m.13'ün amir hükmü doğrultusunda ve Kanun düzeyinde yapılması şarttır.²¹

Böyle belirsiz bir tanım üzerinden Yargıtay'ın²² reçete karşılama sürecinde “*..hasta ya da yakını olduğunu gösterir belgenin ibrazını istemesi..*” görüşüne de katılmak mümkün değildir. Zira hukukumuzda “*hasta yakını olduğunu gösterir belge*” diye bir belge bulunmamaktadır.

C. Reçete Şekillerine Göre Sahte Reçete Senaryoları, Cezai Şart ve Eczacının Kusuru

Uygulamada halen üç farklı reçetelendirme usulü olup, üç farklı şekilde

¹⁹ Yuzarsif Selçuk Coşkun, ‘Tıp Hukukunda Hasta Yakını’ (2022) (154,155,156) Leges Hukuk Dergisi, 79, 99.

²⁰ Yahya Deryal, ‘Hasta Yakını Kavramı Üzerine Bir Tanım Denemesi’ *Sağlık Hukuku Problemleri* (1st edn Seçkin Yayıncılık 2012) 257.

²¹ Doğramacı and Erkol (n 20) 795.

²² Yargıtay 3.HD, E 2020/920 K 2020/5529, 07.10.2020. “*Somut olayda, reçetenin sahte olduğu, ilaçların hasta ya da yakınına teslim edilmediği, Protokolün 5.3.5. maddesindeki sorumluluğu bilerek sözleşmeyi imzalayan ve basiretli bir tacir gibi davranması beklenen eczacının ilaçların tesliminde kendisinden beklenen özeni göstermesi ve ilaçların teslim edildiği kişinin hasta ya da yakını olduğunu gösterir belgenin ibrazını istemesi gerektiği, anılan maddelerin uygulanabilmesi için hasta ya da yakınına teslim edilmeyen ilaçlara ait reçetelerin Kuruma fatura edilmiş olmasının yeterli olduğu, eczacı ya da çalışanlarının kastı veya dahili aranmadığı da değerlendirildiğinde, Kurum işlemi usul ve yasaya uygundur.*”

sahtecilik fiili ortaya çıkabilir. Manuel reçetelerde sahtecilik genel olarak hekimin kaşe ve imzası taklit edilerek ortaya çıkar. Bu durumda herhangi bir provizyon sistemi devreye girmediği için sahte reçete şeklen usûle uygunluk arz eder. Bu sahte reçete ise eczacı ve eczane çalışanları için aldatma yeteneği (iğfal kabiliyeti) yüksek bir belgedir. Söz konusu reçetenin üçüncü kişilere teslim edilmesi halinde yapılacak kimlik tespiti reçeteyi karşılamaya engel teşkil etmeyecektir. Zira reçete içeriğini üçüncü bir kişi de (*ilacı alan vasfı ile*) teslim alabilecektir. Üçüncü kişi ile reçete sahibi arasındaki yakınlık/tanışıklık ilişkisi eczane şartlarında tespit edilebilecek bir durum değildir. Bu durumda şeklen usule uygun reçeteyi kaydederek ilacı alan kişiye teslim edilen ürünler sadece kamu zararı oluşturacaktır.

Elektronik reçetelerde sahtecilik ise aldatma yeteneği (iğfal kabiliyeti) en yüksek olan süreçtir. Zira söz konusu reçeteler hekim e-imzası ile oluşturulmakta ve Medula sisteminden provizyon almaktadır. Bu durum; eczacı ve eczane çalışanları için makul güvenin sağlanması adına yeterlidir. Çünkü uygulamada, e-reçetede yer alan e-imzanın hekimin iradesi doğrultusunda oluşturulup oluşturulmadığının tespiti mümkün değildir. Yine e-reçetelerde teslimine ilişkin herhangi bir belge, söz gelimi imza, aranmayacağı için güvenlik açığı daha da artmış olacaktır.

Uygulamada; Medula'ya kaydı yapılan bu reçete içeriklerinin teslim edildiği kişi bölümüne, örneğin "*ilacı alan*" kısmına, sehven ve/veya yoğunluktan "*hastanın kendisi*" şeklinde kayıtlar yapılmaktadır. Bu durumda; manuel reçetelerde reçete arkasındaki imza üçüncü kişiye ait olmasına rağmen, Medula kaydında ilacın hastaya teslim edildiği, e-reçetelerde ise fiilen ilacı alan üçüncü kişi olmasına rağmen Medula sisteminde ilacı alanın reçete sahibi olarak kayıt altına alındığı görülmektedir. SGK tarafından sorgulanan hastalar imzalarının kendilerine ait olmadığını söyleyerek bu tespiti gerekçe oluşturmaktadır. Hal böyle iken aşağıda incelenecek yargı kararlarında da izah edildiği üzere eczacıya İlaç Temin Sözleşmesinden kaynaklanan m.5.3.2²³ ve m.5.3.10²⁴

²³ Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol, 2020, Madde 5.3.2. "*Eczacının Kuruma fatura ettiği reçetelerde (e-reçete olarak düzenlenenler hariç) bulunması gereken ve reçete muhteviyatı ilaçların reçete sahibine ya da ilacı alana teslim edildiğine ilişkin imzanın, reçete sahibine veya ilacı alana ait olmadığına denetim ile tespitinin kesinlik kazanması halinde, reçete bedelinin 2 (iki) katı tutarında cezai şart uygulanarak eczacı yazılı olarak uyarılır; tekrarı halinde reçete bedelinin 5 (beş) katı tutarında cezai şart uygulanarak sözleşme feshedilir ve 1 (bir) ay süre ile sözleşme yapılmaz. Ancak hastanın veya ilacı teslim alan kişinin ilacı aldığı beyan etmesi durumunda bu madde hükmü uygulanmaz.*"

²⁴ Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol, 2020, Madde 5.3.10. "*Eczacı ya da eczane çalışanlarınca Kurumu zarara uğratmak amacıyla kasıtlı olarak Kuruma sahte ilaç fiyat kupürü/sahte karekod, sahte reçete veya sahte rapor fatura edildiğinin tespiti halinde reçete*



hükümleri uygulanabilmektedir. Bu iki maddenin temelini; kimlik tespit yükümlülüğünün ihlali ile sahte reçeteye müdahillik kastı oluşturmaktadır. Fakat bu uygulama kanımızca doğru değildir. Zira eczacı bu durumda kimlik kontrolü yapmış olsaydı ve “ilacı alan” kısmına failin kimlik numarasını işleseydi bile kurum zararı ortaya çıkacak idi. Çünkü reçete başından itibaren sahtelik unsuru içermektedir. Eczacı ve çalışanlarının genel olarak sehven ve/veya yoğunluktan yaptığı, SGK ve Yüksek Yargı’nın “*kimlik tespit yükümlülüğünün ihlali*” olarak nitelendirdiği bu usûli hata, kamu zararının oluşması için bir neden olmayacaktır. Çünkü kimlik tespiti yapılsaydı dahi kamu zararı oluşacak idi.

Devam reçeteleri ise hekimden bağımsız salt eczacı ve hasta iradesine dayanan bir reçeteleme sürecidir. Söz konusu süreçte hastanın talebi halinde eczacı tarafından devam reçetesi oluşturulur. Akabinde bu reçeteler teslim esnasında reçete sahibi ve/veya ilacı alan kişiye imzalatılacaktır. Uygulamada; üçüncü kişi faillerce kronik hastalığı bilinen kişilerin reçeteleri, hastadan habersiz olarak eczanelerden tedarik edilmektedir. Bu durumda da üçüncü kişi failin hastanın T.C. Kimlik numarasını ve kronik hastalığı olduğunu bilmesi, eczacı ve eczane çalışanları nezdinde makul güven oluşturmaktadır. Zira bu reçetelerde tıpkı diğerleri gibi üçüncü kişiye teslim edilebilecektir. Bu durumda da reçete arkası üçüncü kişi fail tarafından imzalanacaktır. Yukarıda izah ettiğimiz Medula kaydı ve reçete arkası imzanın farklı olması hususları burada da geçerlidir. Reçete arkası teslim alan kişi ile Medula sistemi nazarında teslim alan kişinin farklı olması kamu zararı oluşumuna engel olmayacaktır.

D. Sahte Kimlik

Bu süreçte cezai yaptırım uygulanabilmesi için eczacının kimlik tespiti yapıp yapmadığının somut olarak ortaya konulması gerekmektedir. Sahte reçete ve rapor oluşturacak kişilerin sahte kimlik de oluşturabileceği değerlendirilmelidir. Uygulamada; hastanın kimliğini failin kendi fotoğrafı ile oluşturmak zor bir işlem değildir. Günümüzde sahte pasaport ile onlarca ülkenin güvenlik önlemlerinin aşıldığı düşünüldüğünde basit bir renkli yazıcı ile hazırlanabilecek kimlik belgesi ile ilaç tedarikinin ne kadar kolay olabileceği akıldan çıkarılmamalıdır. Örneğin; hasta Ahmet Duman adına oluşturulacak sahte kimliğe failin fotoğrafı eklendiğinde bu belgenin iğfal kabiliyeti eczacı açısından yüksek

bedelinin 10 (on) katı tutarında cezai şart uygulanarak eczacı uyarılır. Tekrarı halinde reçete bedelinin 20 (yirmi) katı tutarında cezai şart uygulanarak sözleşme feshedilir ve 1 (bir) yıl süreyle sözleşme yapılmaz. Ancak, söz konusu sahte ilaç fiyat kupürü/sahte karekod, sahte reçete veya sahte raporun eczacı ya da eczane çalışanları dışında üçüncü kişilerin dahil ile Kuruma fatura edildiğinin yapılacak araştırma ve/veya inceleme sonucunda tespit edilmesi halinde, bu madde hükmü uygulanmaz.”

olacaktır. Medula yazılımında hastanın fotoğrafı da olmadığı için eczacının kimlik tespiti yapmış olsa bile bunu ortaya çıkarması mümkün değildir. Zira eczacı için sadece T.C. No ve e-reçete numarası gerekli olacaktır.

Uygulamada zamanla görüldüğü gibi sürücü belge fotoğrafının değiştirilmesi veya yüzün fotoğrafta ki şahsa benzetilmesi suretiyle resmi veya özel makamlara sunulması yöntemleriyle ehliyet sahteciliği gerçekleşmektedir.²⁵

YOSUNTAŞ'ın çalışmasında yer alan onlarca örnekten birkaçını sunarak aslında bu sürecin ne kadar kolay olabileceğine de dikkat çekilebilir.²⁶

- Adana Nüfus Müdürlüğü'nde görevli memurun, vatandaşların değiştirmek için verdiği kimlikleri imha etmeyerek, üzerine başkasına ait fotoğrafı yapıştırmak suretiyle 300 YTL'ye sattığı ve İstanbul'dan gelen bir kişi için sahte işlem yaparken suç üstü yakalandığı belirtilmiştir.
- Fenerbahçe'nin tribün lideri olarak tanınan "Amigo Sefa"nın aslında yıllardır "Nihat ÖZPOLAT" isimli sahte kimlik kullandığı, asıl adının S. K. olduğu tespit edilmiştir.
- Çöpte bulunduğu A.S.Ş. isimli kadına ait kimlik fotokopisini kullanmak suretiyle kendisine yeni bir kimlik çıkarttığını, bu kimlikle bankalardan kredi kartı alarak binlerce YTL harcama yaptığını belirten H.A. asayiş ekiplerine yaptığı açıklamada; "Önce kimlikteki kadının isminden telefonunu buldum. Daha sonra oturduğu yeri öğrenerek bağlı olduğu muhtarlığa gittim. Burada kendi resmimi vererek aldığım kimlik değiştirme belgesiyle nüfus müdürlüğünden sahte bir nüfus cüzdanı çıkarttım." diyerek suçunu itiraf etmiştir.

E. Yüksek Yargı Uygulamaları

Sahte reçete süreçlerinde iki husus yaptırıma tabi tutulmaktadır. Bunlarda ilki sahte reçete süreçlerinde eczacının kurumu zarara uğratma kastının varlığıdır. Diğer ise eczacının kimlik tespit yükümlülüğünü ihlal etmesidir. Kanımızca kimlik tespit yükümlülüğü, Yüksek Yargı tarafından aşağıda gerekçelendirileceği üzere doğru bir şekilde uygulanmamaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E. 2017/1977, K. 2021/1346 ve 4.11.2021 tarihli kararında eczacının kimlik tespit yükümlülüğüne atf yapılarak "....*Bu çerçevede yapılan incelemede davacının da aralarında bulunduğu bazı eczanelerde söz konusu sahte belgeleri sunarak ilaç isteyen kişilerin kimlik tespitinin usulüne uygun yapılmadığı belirlenmiş ve bu eczanelerin sahtecilik eylemine iştirakleri olmadığından protokolün (6.3.19) maddesinden değil,*

²⁵ Çiğdem Yosuntaş, 'Sahte Kimlik' (Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008) 42.

²⁶ Yosuntaş (n 27) 58-63.



yalnızca kimlik kontrol yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle (6.3.3) maddesi çerçevesinde cezai işlem uygulanmıştır... Ne var ki dava konusu işlemin sahtecilik eylemi ile ilgisi bulunmamaktadır. Zira protokolün (6.3.3) hükmü şekli bir sözleşmeye aykırılık hâlini düzenlemekte ve eczanenin 5510 sayılı Kanun, ilgili Yönetmelik ve SUT hükümleri gereğince yapmakla yükümlü olduğu kimlik tespit ve kontrol işlemini yerine getirmemesine cezai sonuç bağlamaktadır. Söz konusu yaptırımın uygulanması için eczacı veya eczane çalışanlarının zarar kastı yahut Kurumun zarara uğraması gerekmez.”

Görüldüğü üzere Yüksek Yargı, Protokolün m.5.3.2 (eski hali 6.3.3) maddesini kimlik tespit yükümlülüğünün ihlaline sonuç bağlayan şekli bir aykırılık olarak nitelendirmiştir. Yüksek Yargı bu içtihadı ile eczacının kimlik tespit yükümlülüğünü yerine getirmediğini, eğer kimlik tespiti yapsa idi sahteciliği anlayacağını iddia etmiştir. Yüksek Yargı somut olayda ilacı alan üçüncü kişi failin kendisini hasta olarak tanıttığını ve bu bilgileri reçete arkasına işlediğini, eğer eczacı kimlik tespiti yapmış olsaydı failin hasta olmadığını anlayacağını ileri sürmektedir. Öncelikle belirtmek isterim ki eczacı bu durumda kimlik kontrolü yapmış olsaydı bile kamu zararı engellenemeyecek idi. Zira reçete içeriği üçüncü kişilere de teslim edilebilecektir.

Bununla birlikte Yüksek Yargı'nın kimlik tespit yükümlülüğünün ihlaline sonuç bağladığı Protokol 5.3.2 (eski hali 6.3.3) maddesi de kanımızca eksik yorumlanmaktadır. Söz konusu maddenin uygulanabilmesi için “reçete sahibine ya da ilacı alana teslim edildiğine ilişkin imzanın, reçete sahibine veya ilacı alana ait olmadığına denetim ile tespitinin kesinlik kazanması halinde” eyleminin gerçekleşmesi gerekmektedir. Yüksek Yargı'nın incelediği somut olayda reçete içeriği üçüncü kişi faile teslim edilmiş, reçete arkası imza da üçüncü kişi fail tarafından hasta adına atılmıştır. Dolayısıyla somut olayda, ilacı alan ve imzalayan kişi aynıdır. Denetim ile de bu tespit edilebilecektir. İmzanın hasta adına atılmış olması, ilacı alan tarafından atılmış olma gerçeğini değiştirmeyecektir. Bunu kimlik tespit yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirmek zorlama bir yorumdur. Örnekle açıklanacak olursa; A hastası adına ilaç alan B faili, reçete arkasına A adına imza atmıştır. Bu durumda ilacı alan A kişisi, şeklen imzayı atan da A kişisidir. Bununla birlikte B faili, A'nın bilgilerini ve kendi fotoğrafını taşıyan sahte kimliği de kullanmış olabilir. Bu durumda her ne kadar B faili A adına imza atmış olsa da sahte kimlik sebebiyle eczacı, A failinin B hastası olmadığını anlayamayacaktır. Bu sebeple m.5.3.2 uygulama alanı bulamayacaktır. Süreç kavramın zıddından çıkarım yapmak suretiyle yorumlandığında; ilacı alanın A veya B olması halinde reçete arkası C tarafından imzalanmışsa bu durumda m.5.3.2 uygulanabilecektir. Bu örnekleme ülkemizde yıllardan beri gelen bir süreçten ibarettir. Reçete sahibi ve/veya ilacı alan kişi teslim anında reçete arkasını çeşitli nedenlerden (*unutma, yoğunluk, imzadan imtina vb.*) dolayı imzalamamaktadır. Bu durumda eczacı

tarafından yapılan ay sonu kontrollerinde reçete arkası imza eksik olduğu için çoğu zaman bu eksik imza eczacı tarafından tamamlanabilmektedir. Böylece tam da 5.3.2 lafzında geçen reçete arkasındaki imzanın reçete sahibi veya ilacı alana ait olmama durumu ortaya çıkmaktadır. Söz gelimi Yüksek Yargı'nın ifadesiyle “*şekli bir sözleşmeye aykırılık*” meydana gelmektedir.

Bu yorum sözleşme taraf iradeleri dikkate alınarak şu şekilde de gerekçelendirilebilir. Söz konusu m.5.3.2'ye şekli aykırılık sebebiyle birçok eczacıya cezai şart uygulanmakta iken eczacılar bu konuda mağdur olmaktadır. Öyle ki reçetenin sahte olmadığı ve ilaç tesliminin yapıldığı bir ortamda imzanın farklı olmasından dolayı fahiş cezalar uygulanabiliyordu. Bu durumu ekarte edebilmek adına 2012 İlaç Temin Sözleşmesi ile ek fıkra getirilmiş ve imza üçüncü kişiye ait olsa bile hastanın ilacı aldığını beyan etmesi durumunda bu maddeyi uygulanmayacağı akit altına alınmıştır.²⁷ Görüldüğü üzere ilgili madde saha uygulamalarına yönelik olup (*eczacı tarafından atılan imza*) kimlik tespit yükümlülüğünün ihlalinin bu maddeye gerekçe oluşturması mümkün değildir.

Yine söz konusu 5.3.2 maddesinin hükmünün lafzında da yer aldığı üzere e-reçete olarak düzenlenen reçetelere bu cezai şart uygulanmamaktadır. E-reçete kaydı esnasında ilacın üçüncü kişi faile teslim edilmesi, fakat Medula kaydının “*hastanın kendisine teslim edildi*” şeklinde işaretlenmesi halinde sonuç ne olacaktır? Bu durumda da üçüncü kişi fail kendini hasta olarak tanıtır reçete içeriğini teslim almıştır. Eczacı kimlik tespiti yapmış olsa idi failin hasta olmadığını anlayabilecekti. Bu sebeple reçetelerin salt elektronik olması m.5.3.2'nin uygulanmasına engel olacağı için kimlik tespitinin ihlali yaptırıma tabi olamayacaktır. İki reçete şeklinde de meydana gelen aynı irade yanılması farklı yaptırımlara tabi olacaktır. Bu bile kimlik tespit yükümlülüğünün cezai şartta konu olamayacağını açık göstergesidir.

Bununla birlikte 5.3.2 maddesinde reçete sahibi veya ilacı alan kişinin imzasının sahteliğinin hasta beyanları ile değil “*denetim*” ile tespit edilmesi önemlidir.²⁸ Söz konusu imza; hasta/ilacı alan kişi iradesinin somut yansımasıdır. Burada imzanın şekli vasfından ziyade hasta/ilacı alan kişinin iradesi önemlidir. Dolayısıyla madde hükmü; hastanın/ilacı alan kişinin iradesinin yokluğunu aramaktadır. Öyle ki 2020 İlaç Temin Protokolünde yer alan ikinci fıkrafta “*Ancak hastanın veya ilacı teslim alan kişinin ilacı aldığını beyan etmesi durumunda bu madde hükmü uygulanmaz.*” hükmü amirdir. Bu lafızdan, reçete arkası imzanın hasta/ilacı alana ait olmasa bile söz konusu kişilerin ilaçları aldığına yönelik

²⁷ Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol, 2020, Madde 5.3.2/2 “*Ancak hastanın veya ilacı teslim alan kişinin ilacı aldığını beyan etmesi durumunda bu madde hükmü uygulanmaz.*”

²⁸ Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol, 2020, Madde 5.3.2 “*.....imzanın, reçete sahibine veya ilacı alana ait olmadığına denetim ile tespitinin kesinlik kazanması halinde,*”



beyan vermesi halinde bu hükmün uygulanmayacağı akit altına alınmıştır. Dolayısıyla bu hüküm hasta/ilacı alan kişinin iradesi dışında atılan imzalar için uygulanabilecektir. Uygulamada; hasta/ilacı alan adına atılan imzalar; eczacı ve eczane çalışanları tarafından atılabilmektedir. Bu sürecin temel sebebi; hasta/ilacı alan ile eczacı arasındaki güven ilişkisi, hasta/ilacı alanın lojistik problemleri olarak gösterilebilmektedir. Bu durumda ilgili madde hükmü uygulanacaktır. Fakat istisnai cümle ile sonradan hasta/ilacı alan kişinin ilacı aldığını beyan etmesi durumunda imza bu kişilere ait olmasa bile cezai şart uygulanamayacaktır. İşbu amaçla getirilen cezai şartın “kimlik tespit yükümlülüğünün ihlali yaptırımı” şeklinde yorumlanması sözleşme hukukuna aykırıdır.

Yargıtay ilginç bir kararında²⁹; ilk derece mahkemesinin ilaç temin sözleş-

²⁹ Yargıtay 3.HD, E 2021/4888 K 2021/9190, 28.09.2021.

“Mahkemece; 04/12/2014 tarihli bilirkişi raporu hükme esas alınarak, davaya konu **reçetelerdeki imzaların hasta veya hasta yakınına ait olmadığı** sabit olduğu, bu nedenle kurum işleminin **2009 yılı Eczane Protokolünün** (6.3.3.) maddesine uygun olarak tesis edildiği gerekçesiyle, davanın reddine dair verilen hüküm, davacı tarafın temyizi üzerine; Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 24/09/2018 tarihli ve 2016/2955 E. 2018/8248 K. sayılı kararıyla; **2016 yılı Eczane Protokolünün** (5.3.2.) maddesi çerçevesinde değerlendirme yapılarak hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle bozulmuştur.

Bozmaya uyan **mahkemece**; 2009 yılı Eczane Protokolünün (6.3.3.) maddesi gereği, **ilaçların tesliminde hasta veya hasta yakınının imzası aranırken**; 2016 yılı protokolünün (5.3.2.) maddesi uyarınca, **ilaçların teslim edildiği kişi, hasta ya da hasta yakını olmasa da**, bu kişiye ait imzanın yeterli olduğu, davaya konu reçetelerdeki imzanın ise ilaçları teslim alan kişiye ait olduğu hususunda uyumsuzluk bulunmadığı gerekçesiyle; davanın kabulüne, kurum işleminin iptali ile davacının davalı kuruma 59.676,15 TL’den borçlu olmadığı tespitine karar verilmiş; hüküm, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden; davalı kurum tarafından 2009 yılı protokolünün (6.3.3.) maddesi dayanak gösterilerek davacı eczacı hakkında toplam 59.676,15 TL cezai şart uygulandığı ve davacının uyarıldığı; davaya konu reçetelerin sahte olduğu, **sahte reçetelerin dava dışı Gürdal ve Uğur tarafından düzenlendiği**, bahse konu kişilerin sanık olarak yargılandığı ceza dosyası incelendiğinde ise; kuruma fatura edilen reçeteler ve reçetelere dayanak raporlar sahte olup işgal kabiliyetinin bulunduğu, sahte reçetelere konu **ilaçların sanıklardan Uğur’a teslim edildiği** ve reçetede imzanın da yine bu kişinin eli ürünü olduğu, sanık Uğur’un ilacı almakla görevlendirildiği, diğer sanık Gürdal’ın ise pahalı ilaçları düşük bedelle piyasaya sürerek haksız menfaat temin ettiği gerekçesiyle, sanıkların sahtecilik ve dolandırıcılık suçlarından cezalandırılmalarına karar verildiği anlaşılmaktadır.

Hal böyle olunca, mahkemece; yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular çerçevesinde, **davaya konu sahte reçetelerdeki imzalar, ilaçların teslim edildiği şahsa ait olsa da; reçete muhteviyatı ilaçların kurum sigortalısı hastalar tarafından kullanılmadığı sabit olduğundan**, davacı eczacının sözleşmenin ilgili madde hükmünü ihlal ettiği dikkate alınarak, 2016 yılı protokolünün (5.3.2.) madde hükmü değerlendirilmek suretiyle yeniden rapor alınıp, hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yanılığılı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir. SONUÇ: Yukarıda birinci bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının REDDİNE, ikinci bentte açıklanan nedenlerle hükmün HUMK’nın 428. maddesi gereğince davalı yararına BOZULMASINA,”

mesinde yer alan “hasta yakını” ifadesinin “ilacı alan” şeklinde değişmesinin 5.3.2 (eski hali ile 6.3.3) maddesinin yorumunu da değiştireceği şeklindeki kararını bozmuştur. Kanımızca ilk derece mahkemesinin “2009 yılı Eczane Protokolünün (6.3.3.) maddesi gereği, ilaçların tesliminde hasta veya hasta yakınunun imzası aranırken; 2016 yılı protokolünün (5.3.2.) maddesi uyarınca, ilaçların teslim edildiği kişi, hasta ya da hasta yakını olmasa da, bu kişiye ait imzanın yeterli olduğu” kanaati, olması gereken içtihatır.

F. Yersiz Ödeme/Cezai Şart Ayrımı

5510 sayılı Kanun m.103/e-2’ye göre “kimlik tespiti yükümlülüğünü yapmayan ve bu nedenle bir başka kişiye sağlık hizmeti sunulması nedeniyle Kurumun zarara uğramasına sebebiyet veren sağlık hizmeti sunucularından uğranılan zarar geri alınır.”

Yine SUT m.1.6’ya göre “...başka kişiye sağlık hizmeti sunulması nedeniyle Kurumun zarara uğramasına sebebiyet veren sağlık hizmeti sunucularından ödenen tutar geri alınır.”

Görüldüğü üzere Protokolün dayanak aldığı 5510 sayılı Kanun ve SUT hükümleri, kimlik tespit yükümlülüğünün ihlali halinde uğranılan zararın/ödenen tutarın geri alınacağını ön görmüştür.

Kamu zararı kavramı ise İlaç Temin Protokolü m.4.3.6’da “Protokolün (5.3) numaralı maddesindeki fiillerin tespit edildiği reçetede fiili ilgilendiren reçete veya ilaç bedelleri ödenmez (5.3.3, 5.3.6 ve 5.3.14 maddeleri hariç). Kurumca yapılan yersiz ödemeler varsa, ödeme tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faizi ile birlikte eczacının Kurumda tahakkuk etmiş alacağından mahsup edilir. Eczacının alacağına yersiz ödeme tutarını karşılamaması veya alacağına olmaması halinde, genel hükümlere göre tahsil edilir.” şeklinde “yersiz ödeme” olarak düzenlenmiştir. Kanun ve tebliğ hükümlerinde görüldüğü üzere SGK tarafından kimlik tespit yükümlülüğünün ihlalinin tespiti halinde sadece kamu zararı olan reçete bedeli talep edilebilecektir. Uygulanan cezai şart kamu zararı niteliğinde olmayıp özel hukuk sözleşmesinden kaynak alır.

Uyuşmazlık Mahkemesi ve Yargıtay her defasında İlaç Temin Sözleşmesinin; özel hukuk sözleşmesi olduğu, tarafların serbest iradelerine dayandığı, ticari nitelikli olduğu, kamu hukukunun ve dolayısıyla kamu gücünün bu sözleşmede yerinin bulunmadığı, taraflar arasında eşitlik olduğu, basiretli tacir yükümlülüklerinin ön plana çıktığı gibi hususlara atıf yapmıştır.³⁰ İşbu kapsamda İlaç Temin Sözleşmesi’nin 5.3.2 maddesinde açıkça “kimlik tespit yükümlülüğünün ihlali” yorumu çıkmadığı halde ilgili maddenin bu şekilde yorumlanması Anayasa Mahkemesi ve Yüksek Yargı içtihatlarıyla da çelişmektedir. Zira yukarıda da gerekçelendirildiği üzere kimlik tespit yükümlülüğünün ihlali, kamu zararının tahsili sonucunu doğururken, bunun ayrıca söz-

³⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi, E 2019/269 K 2019/304, 29.04.2019.

leşmesel cezai şarta tabi tutulması mümkün değildir. Aksi durum SGK lehine sebepsiz zenginleşme durumu oluşturacaktır. Öyle ki bu sürecin genel işlem koşulları çerçevesinde sözleşmenin zayıf tarafı olan eczacı lehine yorumlanması gerekebilir.

Kanımızca; kimlik tespit yükümlülüğü ihlalinin, kamu zararı/yersiz ödeme/ uğranılan zarar/ödenen tutar şeklinde tanımlandığı bir mevzuatta ayrıca cezai şarta konu edilmesi hakkaniyete uygun değildir.

III. -KİMLİK TESPİT YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN TBK M.23 KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Genel işlem koşulunun hâkim tarafından denetimi; yürürlük, yorum ve içerik denetimi olarak yapılmaktadır³¹. İşbu kapsamda konumuz gereği yorum denetiminin yapılabilmesi için öncelikle ilgili sözleşme hükümlerinin genel işlem koşulu olarak kabul edilmesi ve TBK m.23 kapsamında yorum şartlarının oluşması gerekmektedir.

SGK ve eczaneler arasında akdedilen İlaç Temin Sözleşmesi SGK'nın tek tarafı hazırladığı ve karşı taraf olan eczanelere imzalatılan tip sözleşme³² niteliğindedir. Doktrinde ve Yargı kararlarında eczanelerin tacir vasfından dolayı genel işlem koşullarının tacirlere uygulanıp uygulanamayacağı tartışılmaktadır.

Eczanelerin bir ticari işletme, eczacıların da bir tacir olduğu Yargıtay'ın da yerleşmiş içtihatları arasındadır.³³ Eski tarihli bir kararda “... eczacı da

³¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Şebnem Akipek Öcal, ‘Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Yer Alan Haksız Sözleşme Şartları ile Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Genel İşlem Koşullarının Bankacılık Sektörü Açısından Değerlendirilmesi’ (2. Tüketici Hukuk Sempozyumu, İstanbul, 2013) 331-340.

³² Yargıtay 13.HD, E 2011/17970 K 2012/3322, 20.02.2012.
“...Taraflar arasında 2009 yılı Sosyal Güvenlik Kurumu Protokolü kapsamında imzalanan tip sözleşmenin...”

³³ Yargıtay HGK, E 2003/13-599 K 2003/599, 15.10.2003.
“6197 Sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un 19. maddesinde, eczacıların eczacılıktan başka ticaretle bizzat edemeyecekleri öngörülmek suretiyle, eczacıların tacir oldukları benimsenmiştir. Yargıtay uygulamasında da, eczacılar T.T.K.nun 14/1. maddesi anlamında tacir olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, T.T.K.nun tacir olmanın sonuçlarını düzenleyen 20. maddesi ve özellikle bu maddenin 2. fıkrasındaki, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü, eczacılar için de söz konusudur.”

Yargıtay 3. HD, E 2020/943 K 2020/3379, 24.06.2020.
“..Kaldı ki, kabul şekli bakımından da eczane ticari işletme eczacılarda tacir olup taraflar arasındaki sözleşmeden kaynaklanan uyumsuzluk 6102 Sayılı TTK m.3 ve 19/2 uyarınca ticari iş sayılırsa da; davalı taraf tacir olmadığına göre 6102 Sayılı TTK m.4 uyarınca uyumsuzluk 6102 Sayılı TTK m.5 gereğince Asliye Ticaret Mahkemesi'nin görevine girmediğinden uyumsuzluğa bakmakla asliye hukuk mahkemesi görevli iken yargılamaya Asliye Ticaret Mahkemesi sıfatıyla devam edilerek hüküm kurulmuş olması hatalıdır.”

iktisadi faaliyeti nakdi sermayesinden ziyade bedeni çalışmasına dayanmadığı ve kazancı da ancak geçimini sağlamaya yetecek derecede az bulunamayacağı cihetle ... eczaneler TTK.nun 12/1 ve 11. maddeleri gereğince ticari işletme sayılırlar"³⁴ bu ifade edilmiş olup günümüzde de aynı içtihat devam etmektedir.

Doktrinde genel işlem koşullarının TTK m.55 özel hükmüne rağmen tacirlere uygulanamayacağı yönündeki görüşler³⁵ olduğu gibi, TBK genel nitelikteki hükümlerin hem tacir hem de tüketicilere uygulanabileceği yönünde görüşler³⁶ de mevcuttur. Her ne kadar doktrinde ikinci kısım görüş ağırlıkta olsa da Yargıtay eczaneler özelinde ilk görüşü dikkate almakta ve eczanelerin tacir vasfından dolayı genel işlem koşullarına tabi olmadığı düşüncesindedir.

Aynı şekilde Yargıtay bazı kararlarında tacirin basiretli hareket etme yükümlülüğüne atıfla genel işlem koşullarının uygulanamayacağı yönünde içtihat geliştirirken³⁷ bazı kararlarında da TBK ilgili hükümlerinin tacir/tüketici ayırımı yapmadığından bahisle mezkur hükümlerin tacirlere de uygulanabile-

³⁴ Yargıtay 11.HD, E 1976/4293 K 1977/4545, 01.11.1976. (Karar için bkz. Gönen Eriş, Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme ve Şirketler, (1st edn Seçkin Yayınevi 1987) 207.

³⁵ Oğuz Ersöz, 'Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı ve Tacirler Hakkında Uygulanması' (2017) 3(1) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3 (1), 2017, 69, 99. "*Haksız rekabet niteliği taşımayan genel işlem şartları içeren ticari sözleşmeler yönünden ise tacirlerin basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülükleri nedeniyle TBK m.20-25'in haklarında uygulanamayacağı görüşündeyiz. Ancak tacirin her ihtimalde bu korunmadan yoksun bırakılması da doğru değildir. Somut olaya göre sınırlı hallerde özgü istisna niteliğinde olmak üzere tacirin de (örneğin küçük ölçekli tacirin orta ve büyük ölçekli tacirler karşısında olduğu haller vb.) TBK m.20-25'in öngördüğü korunmadan yararlanabilmesini mümkün görmekteyiz.*" Kerim Atamer, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2017) 26. "*Özgür iradesiyle tercihini kullanan basiretli tacir, pazarlık etmesinin bulunmamasına rağmen, bilinçli bir tercih doğrultusunda sözleşmesini kurmuşsa, sonradan mahkemeye başvurup GİK denetimi istemesi, ticaret hayatının büyük ihtiyaç duyduğu güveni temelden sarsar.*"

³⁶ Şebnem Akipek Öcal, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Koşulları Hükümlerinin Konu Bakımından Uygulama Alanı' (2015) (3) İzmir Barosu Dergisi 187,188; Murat Aydoğdu, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı' (2011) 13(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1,35; İlknur Serdar, 'TBK'nun Genel İşlem Şartları Hükümlerinin Kişi Bakımından Uygulama Alanı' (2015) 80(3) İzmir Barosu Dergisi 226,230; Ezgi Kutluay, 'Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları' (2017) 19(Özel Sayı) D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan 1369,1419.

³⁷ Yargıtay 13.HD, E 2014/24046 K 2015/28127, 01.10.2015. "*... Kaldı ki, davacı eczacı tacir olup, davalı ile arasında yapılan sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olduğu gözetildiğinde, anılan sözleşme hükmünün genel işlem koşulu olarak kabulü de mümkün değildir.*"

ceğine hükmetmiştir.³⁸ Özellikle Yargıtay 3.H.D'nin karşı oy şerhlerinde İlaç Temin Sözleşmesi'ne genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin uygulanabileceğine dikkat çekilmiştir.³⁹

Aynı şekilde AKİPEK ÖCAL'a göre de genel işlem koşulları, bir sözleşme hükmü olmalıdır, bu hükümler sözleşme kurulmadan önce kaleme alınmış olmalıdır, sözleşmeyi düzenleyen bu hükümleri birden fazla sözleşmede kullanma niyeti bulunmalı, sözleşmede kullanılmak niyetiyle karşı tarafa sunulmalı, genel işlem koşullarının pazarlık edilme imkânı olmamalı ve karşı tarafın bu koşulları değiştirme şansı bulunmamalıdır.⁴⁰ Söz konu süreçte İlaç Temin Sözleşmesi, 81 ilde eczaneler tarafından pazarlık ve koşul değiştirme imkanı olmadan imzalanan bir tip sözleşmedir. Eczacı bu sözleşmeyi imzalarken TBK gerekçesinde yer alan ifadeyle “evet, ama” seçeneğinden yoksundur.

TBK m. 20-25'in kişi bakımından sınırlandırıcı bir hüküm içermemesi; TTK, TBK ve TMK'nın bağlayıcı hükümlerinin varlığı; yine TTK'nın ticari işletmeleri ölçeklendirerek korumaya alan hükümleri dikkate alındığında; genel işlem koşullarının tacirler nezdinde basiretli hareket etme yükümlülüğüne hanel getirmemek kaydıyla uygun şartların varlığı halinde SGK ile Eczaneler arasındaki özel hukuk sözleşmelerinde uygulanabileceği kanaatindeyiz. İşbu gerekçe ile sözleşme hükümlerinin hâkim denetimine tabi olduğu, bu denetimin ise sırayla; yürürlük, yorum ve içerik denetimi şeklinde yapılacağı açıktır. Çalışma kapsamında sadece yorum denetimi üzerinde durulacaktır.

Birden çok anlama gelme kuralında esas olan, genel işlem koşulundan birden fazla olası anlam çıkarılabilmekle birlikte, hangi anlam üzerinde tarafların iradelerinin uyumuş olduğunun net ve tam olarak anlaşılabilmesidir.⁴¹

³⁸ Yargıtay 11.HD, E 2016/13015 K 2018/4858, 27.06.2018.

Yargıtay 11.HD, E 2016/13425 K 2018/4484, 18.06.2018.

“...Bir sözleşmedeki genel işlem koşulunun niteliğinin, objektif unsurlara göre belirlenmesi gerekemekte olup, bu hususta tarafların icra ettikleri meslekleri ve sıfatları, tacir veya tüketici olup olmadıkları önem taşımaz.”

³⁹ Yargıtay 3.HD, E 2020/8466 K 2021/2665, 15.03.2021.

“...Bu sözleşmelerin imzalanması öncesinde sigortalya ilaç temin ile yükümlenen eczacı ile bu ilacın bedelini ödeme borcunu üstlenen SGK kurumu arasında sözleşme hükümleri üzerinde TEB in daha önce protokole bağladığı şartlara ilave olarak eczacının sözleşme yapma özgürlüğü kapsamında pazarlıkta bulunma ve tasarruf yetkisi yoktur. Eczanelerin en büyük ilaç alıcısı olan SGK ile anlaşma yapmaksızın ekonomik olarak hayatta kalma şansı bulunmadığına göre ilaç temin sözleşmesinin zayıf tarafı eczanelerdir. Eczacıların bu sözleşmelerde doğrudan karşılıklı müzakere yapmaksızın SGK'nın lehine eczacı aleyhine ağır şartlar içeren, tamamen aleyhlerine olan hükümlerin kabul edilmesi **genel işlem kosulu olarak değerlendirilmelidir**...”

⁴⁰ Akipek Öcal, ‘6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Koşulları Hükümlerinin Konu Bakımından Uygulama Alanı’ (n 38) 193.

⁴¹ Fahri Erdem Kaşak, ‘Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması (TBK m. 23)’ (2019) 23(3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 195,213.

TBK m. 23'e göre genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır. Dolayısıyla burada İlaç Temin Sözleşmesi m. 5.3.2 kapsamında birden çok anlam çıktığı/çıkarılabildiği kanaatindeyiz. İşbu anlamlardan hangisi karşı taraf eczacı lehine ise o uygulama alanı bulacaktır. Zira genel işlem koşuluna maruz kalan bu ilişkide eczacıdır.

Öncelikle TBK m. 23 kapsamında yorumun nasıl yapılacağı doktrinde de tartışılan bir durumdur. Objektif görüş; genel işlem koşullarını bir kanun maddesi gibi karşı taraftan bağımsız olarak yorumlamaya dayanırken, subjektif görüş; genel işlem koşullarını bir sözleşme maddesi gibi karşı tarafın somut halini de dikkate alarak yorumlamaya çalışır.⁴² İlaç Temin Sözleşmesi m.5.3.2 kapsamında değerlendirilen kimlik tespit yükümlülüğü, ülke genelinde tüm eczacılara uygulanması sebebiyle eczacıdan bağımsız olarak objektif görüş çerçevesinde yorumlanabileceken, eczacılık hizmetinin sosyolojik faktörler ve sağlık okuryazarlığı seviyesi dikkate alınarak, subjektif görüşe göre de yorumlama yapılabilecektir. Kanımızca bu maddenin yorumlanmasında objektif görüş kriterlerinin uygulanması daha doğru olacaktır.

A. Çalışma Konusu Maddenin Birden Çok Anlama Gelen Yorumları

1. Kimlik Tespit Yükümlüğünün İhlali Anlamı

Genel işlem koşullarını kullananın, yani bunları kaleme alan veya hazırlatan kişinin, sahip olduğu tek taraflı belirleme imkânı sebebiyle genel işlem koşullarını hiçbir anlam karışıklığına yer vermeyecek özenli bir şekilde düzenlemesi gerekir.⁴³ Öncelikle belirtmek gerekir ki madde lafzında asla bir kimlik tespitinden söz edilmemektedir. Çünkü kimlik tespitinin ihlali hem 5510 sayılı Kanun hem de SUT hükümlerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu ihlalin yaptırımını ise kamu zararının geri alınması şeklindedir.

Yüksek Yargı “eğer kimlik tespiti yapılsaydı ilacı almaya yetkili olmayan kişi tespit edilecekti” kanaatiyle içtihat geliştirmektedir. İşbu kimlik tespit yükümlülüğünün dayanağı olarak ise Sözleşmenin 3.3.2⁴⁴ maddesi gösterilmektedir. İlgili maddeye göre ilacı alan kişinin reçete arkasına birtakım verileri işlenmesi istenmektedir. Bu kapsamda Yüksek Yargı, reçete arkasına işlenmeyen verilerin tespiti halinde bu ihlalin yaptırımının m.5.3.2 olacağı şeklinde yanıl-

⁴² Detaylı bilgi için bkz. Kaşak (n 43) 202-205.

⁴³ Yeşim Atamer, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi (2nd Beta Yayınları 2001) 135.

⁴⁴ Reçetelerin arka yüzünde; reçete sahibi ya da ilacı/ilaçları alan kişinin adı, soyadı, imzası ve “... kalem ...kutu ilacı aldım” ibaresi, T.C. Kimlik Numarası, T.C. Kimlik Numarası olmaması halinde ibraz edilen kimlik belge numarası yer alacaktır. Okuma yazma bilmeyen reçete sahibi veya ilacı/ilaçları alan kişinin reçeteye parmak izi alınır.

gılı bir yorum çıkarmaktadır. Oysaki m.3.3.2 kapsamında reçete arkasında yer alması gereken belgelerin eksikliği halinde sözleşmenin 3.3.1-b⁴⁵ maddesinin atfıyla eczacıya eksiklerin düzeltilmesi amacıyla iadesi gündeme gelecektir. Söz gelimi sözleşme 3.3.2’de istenen bilgilerin eksikliği 5.3.2 maddesinde yer alan cezai şarta konu olmayıp 3.3.2 maddesinde yer alan eksikliğin giderilmesi yaptırımına tabidir.

Bununla birlikte SGK’nın özel sağlık hizmeti sunucuları ile yaptığı sözleşmelerde⁴⁶ “kimlik tespiti” hususu ayrıca düzenlenmiştir. Bu düzenleme İlaç Temin Sözleşmesinde bulunmamaktadır. Buradan sözleşme düzenleyen tarafın kimlik tespit yükümlülüğünün ihlaline yönelik sözleşmesel cezai şart uygulama iradesi olmadığını, yaptırımın genel mevzuat şeklinde uygulanacağı yönünde iradesi olduğu söylenebilir. Zira düzenleyenin kimlik tespit ihlalini sözleşmesel cezai şarta bağlamaya yönelik açık bir iradesi olsa idi bu husus sözleşme görüşmelerinde veya hükmün lafzında açıkça ortaya konabilirdi.

2. İmza Kontrol Yükümlülüğünün İhlali Anlamı

Madde lafzını incelediğimizde “....reçete muhteviyatı ilaçların reçete sahibine ya da ilacı alana teslim edildiğine ilişkin imzanın, reçete sahibine veya ilacı alana ait olmadığından denetim ile tespitinin kesinlik kazanması....” halinde cezalandırmanın gerçekleşeceği anlaşılmaktadır. İşbu kapsamda reçeteyi getiren kişi sahtecilik eyleminin faili olsa da attığı imza kendisine ait olacaktır. Madde lafzında imzanın sahtelik tespitinde bahsedilmemekte, tam tersi imzanın olup olmadığından bahsedilmektedir. Bu kapsamda sözleşme hükmü eczacıya imzanın varlığının olup olmadığına yönelik bir kontrol yükümlülüğü getirmiştir.

Bu yükümlülüğün getiriliş amacı; imzasız şekilde karşılanan reçetelerin ay sonu kontrollerde SGK’na fatura edilmeden önce eczacı tarafından imzalanmasının engellenmesidir. Hal böyle olunca tam da hükmün lafzında belirtilen reçete arkası imzanın hasta/ilacı alana ait olmama durumu ortaya çıkmaktadır. Zira burada reçete muhteviyatı hasta/ilacı alan kişi tarafından tedarik edilmesine rağmen imza eczacıya ait olacaktır. Eksik imzayı tespit eden eczacı; reçete sahibi ve/veya ilacı alana ulaşarak imzasını tedarik etmelidir. Bu takip, eczacı tarafından ikincil denetim oluşturacaktır. Bu denetimden imtina eden eczacının hasta/ilacı alan adına imza atması/attırması cezalandırılmaktadır.

⁴⁵ b) Reçete arkasında; 1. İlaç/ilaçları alan kişinin adı, soyadı, reçete sahibi veya birinci derece yakını dışındaki kişilerce alınmış ise T.C. Kimlik Numarası, T.C. Kimlik Numarası olmaması halinde ibraz edilen kimlik belge numarası ve imzasının “...kalem/kutu ilacı aldım.” İbaresinin olmaması reçete iade sebebidir.

⁴⁶ 2022 Yılı Sosyal Güvenlik Kurumu Özel Sağlık Hizmeti Sunucularından Sağlık Hizmeti Satın Alım Sözleşmesi m.8.1.1.

Uygulamada bu süreç ile çokça karşılaşılmaması mümkündür. Zira karşılanan reçetelerin imzasız olması halinde hastaya veya yakınına ulaşmak zor olabilmektedir. Bununla birlikte hasta ile yakın ilişkisine güven duyan eczacı, hastadan habersiz imza atabilmektedir.

3. Çelişkinin Ortaya Konulması

a. Yargıtay içtihatlarında yer alan çelişki

Yukarıda değinilen Yüksek Yargı kararlarını dikkate alındığında Yüksek Yargının da ayrık kararlar ortaya koyarak aslında tam olarak bu konuda net bir içtihat oluşturmadığı görülmektedir. Yüksek Yargı hakimlerinin dahi net olarak ortaya koyamadığı bir yorumun varlığı apaçık ortada iken, ilgili hükmün karşı taraf eczane aleyhine geniş yorumlanması hakkaniyete uygun değildir.

Yüksek Yargının ilginç bir ayrık kararında⁴⁷ “...eczacının kimlik kontrolü yaptığına dair iddiası ve dinlettiği tanıkların beyanlarının aksinin Kurumca ispatlandığının kabulü mümkün değildir. Zira 3. bir şahıs, ...'in ehliyetini kullanarak kişileri ve kurumları yanıltmaktadır. Davacı tarafın sözleşmeye aykırı bir eylemi bulunmadığı gibi, davacının eylemi ile Kurumun uğradığı zarar arasındaki illiyet bağı 3. kişinin ağır kusuru ile kesilmiştir...” şeklinde gerekçelendirme yapılmıştır. Katıldığımız bu kararda, sahte kimlik/fail eyleminin eczacı ve Kurum zararı arasındaki illiyet bağı kestigi belirtilmiştir.

Söz konusu süreçte oluşan kamu zararı genel mevzuat hükümlerince tahsil edilebilecek iken yukarıda gerekçelendirildiği üzere sahtecilik eyleminde kusuru olmayan eczacıya sözleşmesel cezai şart uygulanmamalıdır. Fakat hatalı yorumlarla eczacıya cezai şart uygulanmaktadır. Hastanın “*almadım, imza bana ait değil*” ifadesini içerir reçete, aklen ve mantıken sahte reçetedir. Dolayısıyla İlaç Temin Sözleşmesi’nde sahte reçetenin düzenlendiği 5.3.10⁴⁸ maddesi gündeme gelecektir. Eczacının sahteciliğe iştiraki ispatlanmadığı müddetçe ilgili madde de uygulanamayacaktır. Öyle ki bu konuda Yargıtay’ın da ikilemede kaldığı kanaatindeyiz. Zira Yüksek Yargı bir kararında⁴⁹ hasta adına

⁴⁷ Yargıtay 3.HD, E 2021/797 K 2021/11623, 18.11.2021.

⁴⁸ Eczacı ya da eczane çalışanlarının Kurumu zarara uğratmak amacıyla kasıtlı olarak Kuruma sahte ilaç fiyat kupürü/sahte karekod, sahte reçete veya sahte rapor fatura edildiğinin tespiti halinde reçete bedelinin 10 (on) katı tutarında cezai şart uygulanarak eczacı uyarılır. Tekrarı halinde reçete bedelinin 20 (yirmi) katı tutarında cezai şart uygulanarak sözleşme feshedilir ve 1 (bir) yıl süreyle sözleşme yapılmaz. Ancak, söz konusu sahte ilaç fiyat kupürü/sahte karekod, sahte reçete veya sahte raporun eczacı ya da eczane çalışanları dışında üçüncü kişilerin dahil ile Kuruma fatura edildiğinin yapılacak araştırma ve/veya inceleme sonucunda tespit edilmesi halinde, bu madde hükmü uygulanmaz.

⁴⁹ Yargıtay 3.HD, E 2021/792 K 2021/11621, 18.11.2021.

“Kurum mensubu ...'e ait dava konusu 1 adet reçete nedeniyle davacı eczacı ve çalışanları tarafından **kimlik kontrolü yapılmadığı için**, ilaçları almaya gelen kişi yerine, reçete sahibinin bizzat kendisi tarafından ilaçların alındığının reçete arkasına yazıldığı, oysaki



atılan imza sürecinde m.5.3.2'nin (eski hali ile m.6.3.3) değil m.5.3.5'in⁵⁰ uygulanacağı, diğer bir kararında⁵¹ iki maddenin birlikte uygulanacağı, başka bir

reçetelerin yazıldığı tarihte ...'ün yurt dışında olduğunun, yurt dışı giriş çıkış kayıtları ile sabit olduğu, her ne kadar reçete arkasındaki imza; reçete sahibinin yakını tarafından atılmışsa da, reçetenin arkasında ilaçları alanın "... " kaydı oluşturulup, altının imzalanmış olması ve hastanın söz konusu reçetede ilaçları almadığı şeklindeki beyanları birlikte değerlendirildiğinde; cezai işlemin dayanağı olan 1 adet reçete muhteviyatı ilaçların adı geçen sigortalıya teslim edilmediği, teslim edilen kişinin de kimlik tespiti yapılmadığı halde sigortalının kendisine teslim edilmiş gibi kayıt oluşturulduğu anlaşılmuştur. Hal böyle olunca, davacının 2012 protokolü 5.3.5 ve 3.2.2. maddelerine aykırı davranışı sabit olduğundan, davanın reddi yönünde karar verilmesi gerekirken yanılığılı değerlendirme ile davanın kabulüne karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir."

⁵⁰ Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminin İlişkin Protokol, 2020, Madde 5.3.5., "Kurum, İl Sağlık Müdürlüğü veya Eczacı Odası tarafından eczanede yapılan denetimde, reçete sahibi veya ilacı alan kişiye teslim edilmeyen ilaçlara ait reçetelerin Kuruma fatura edildiğinin tespiti halinde ilaç bedelinin 2 (iki) katı tutarında cezai şart uygulanarak eczacı uyarılır. Tekrarı halinde ilaç bedelinin 10 (on) katı tutarında cezai şart uygulanarak sözleşme feshedilir ve 3 (üç) ay süre ile sözleşme yapılmaz. Ancak, Kurum tarafından yapılacak soruşturma neticesinde hastaya teslim edilmek üzere hastanın ilaç alım tarihinden itibaren 60 (altmış) gününü geçmeyecek sürede ilaçların eczanede bekletildiğinin saptanması halinde bu madde hükümü uygulanmaz."

⁵¹ Yargıtay 13.HD, E 2015/25571 K 2015/30908, 21.10.2015.

"6.3.3,6.3.10 ve 6.3.19 maddeleri uyarınca ceza uygulaması yapılmıştır. Dava konusu reçetelerin, 3. kişiler tarafından sahte olarak tanzim olunduğu ve bedellerinin kuruma fatura edilmesinden dolayı idare tarafından cezai işlem tesis edildiği; davacı eczanenin ibraz edilen reçetelerin arkasına ilaçları teslim alan kişilerin kimlik bilgilerini yazması gerektiği, davacının kendisinin de taraf olarak imzaladığı protokol hükümlerine göre kendisine yüklenen **kimlik tespiti yapma yükümlülüğünü yerine getirmediği**, şayet ilaçları teslim etmek için reçeteyi ibraz eden kişilerden kimlik bilgilerini sormuş olsa idi, bu kişilerin ilaçları teslim almaya yetkili olmadıklarının anlaşılacağını, davaya ve davalının işlemine konu reçetelerin sahteliği sabit olup, bilirkişi raporu ile belirlenen işgal kabiliyeti hususunun ceza yargılaması yönünden sonuç doğuracağı davacının kimlik tespiti yapma yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması nedeniyle; sorumluluğunun ortadan kalkmayacağı; davacı eczanenin eylemi sabit olup, yapılan işlemin porotokole uygun olduğu dolayısıyla uygulanan cezai işlemin hukuka uygun olduğu, tereddüte ya da duraksamaya mahal bırakmayacak şekilde sabittir. Dava konusu para cezasına ilişkin işlemin dayanağı olan taraflar arasındaki sözleşmenin 6.3.3. maddesinde; "eczanenin kuruma fatura ettiği reçetelerden bulunması gereken ve reçete muhteviyatı ilaçların reçete sahibine ya da yakınına teslim edildiğine ilişkin imzanın reçete sahibine veya ilaçların teslim edildiği yakınına ait olmadığının tespit edilmesi halinde, reçete bedelinin 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak eczacı yazılı olarak uyarılır; tekrarı halinde reçete bedelinin 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak sözleşme feshedilir ve 1 (bir) ay süre ile sözleşme yapılmaz" şeklinde düzenleme yapılmıştır. Dosya kapsamı ve özellikle dava dışı sigortalının şikayet dilekçesi içeriği itibarıyla ilaçların dava dışı davalı kurum sigortalısına teslim edilmediği halde, bu kişiye teslim edilmiş gibi reçete arkasının imzalandığı sabit olup, davacının bu şekilde sözleşmenin 6.3.3. maddesine ve 6.3.10 maddesine aykırı davranması nedeniyle; davacı hakkında uygulanan cezai işlemin yerinde olduğu gözetilerek, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, aksi düşüncelerle

kararında⁵² ise sadece 5.3.2'nin (*eski hali ile m.6.3.3*) uygulanacağı şeklinde karar vermiştir.

Tüm bunlarla birlikte Yargıtay ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, sahte reçete sürecinde eczacının sahteciliğe iştiraki yok ise m.5.3.2'nin (*eski hali ile m.6.3.3*) de uygulanmayacağına yönelik kararları vardır. Yargıtay bir kararında⁵³ ise sahteciliği organize edenlerin eczanelerle işbirliği yaptığına dair bir kanıt bulunmadığı, sahte reçeteler kullanılarak eczaneden ilaç alınması sebebiyle gerek 2009 yılı protokolünün 6.3.3. maddesi gerekse 2016 yılı protokolünün aynı fiile ilişkin 5.3.2. maddesi uyarınca ceza düzenlenmesinin yerinde olmadığını ve sadece kamu zararı adı altında yersiz ödeme sürecini düzenleyen 4.3.6 maddesinin uygulanması gerektiğini savunmuştur. Yargıtay bu kararında diğer kararlarının aksine bir içtihat geliştirmiştir. Biz de bu görüşe katılıyoruz.

yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.”

⁵² Yargıtay 13.HD, E 2014/48324 K 2015/30909, 21.10.2015.

“Dosya kapsamı ve özellikle dava dışı sigortalının şikayet dilekçesi içeriği itibariyle ilaçların dava dışı davalı kurum sigortalısına teslim edilmediği halde bu kişiye teslim edilmiş gibi reçete arkasının imzalandığı sabit olup, davacının bu şekilde sözleşmenin 6.3.3.maddesine aykırı davranması nedeniyle davacı hakkında uygulanan cezai işlemin yerinde olduğu, gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken aksi düşüncelerle yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.”

⁵³ Yargıtay 3.HD, E 2020/1118 K 2020/6631, 16.11.2020.

“Davalı kurum tarafından davacı aleyhine 2009 yılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokole dayalı olarak sahte olduğu tespit edilen 4 adet reçete bakımından protokolün 4.3.6. maddesi uyarınca yersiz ödeme yapıldığı gerekçesiyle toplam reçete bedeli 3.831,94 TL'nin ve yine protokolün 6.3.3. maddesi uyarınca reçetelerde bulunması gereken imzanın reçete sahibine ya da ilaçların teslim edildiği yakınına ait olmadığı ve eczanenin kimlik kontrol yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle reçete bedelinin beş katı tutarında 19.159,70 TL ceza bedelinin tahsiline dair işlem yapılmış ve davacıya 16.09.2013 tarihli 3379392 sayılı yazıyla bildirilmiştir. Davacı tarafça ilk derece mahkemesi kararı istinaf edilmemiştir. Her ne kadar davalının istinaf başvurusu üzerine bölge adliye mahkemesince; davalının istinaf talebi kısmen kabul edilerek 2016 yılı Sosyal Güvenlik Kurumu kapsamındaki kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol uygulanarak cezai işleme konu edilen fiil bakımından öngörülen 5.3.2. maddesi gereğince reçete bedelinin 2 katı tutarında cezai şart uygulanarak kurumun uyguladığı ceza bedeli indirilmiş ise de kurum müfettişi tarafından hazırlanan 12.04.2013 tarihli soruşturma raporunda sahteciliği organize edenlerin eczanelerle işbirliği yaptığına dair bir kanıt bulunmadığı, sahteciliğe aracı kişilerin eczanelere gidip bir iki reçete karşılığı ilacı aldıktan sonra eczaneye bir daha uğramadıkları belirtildiği gibi ceza uygulanmasına konu olan reçeteler sahte olup, sahte reçetelerin hak sahiplerinden de bahsedilemez. Bu durumda mahkemece, cezai işleme konu eylem bakımından protokol hükmünde yer alan unsurların gerçekleşmediği, sahte reçeteler kullanılarak eczaneden ilaç alınması sebebiyle gerek 2009 yılı protokolünün 6.3.3. maddesi gerekse 2016 yılı protokolünün aynı fiile ilişkin 5.3.2. maddesi uyarınca ceza düzenlenmesinin yerinde olmadığı gözetilerek bu işlem bakımından talebin kabulüne karar verilmesi gerekirken yanlışlığı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir.”

Bu görüşümüzü destekleyen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında yerel mahkemenin “*eczacının eylemi nedeniyle davalı kurumun zarara uğramadığı, davacı hakkında uygulanan para ve uyarı cezasının, eczanenin kapatılmasına kadar gidecek ağırlıktaki sonuçlara neden olabileceği, sözleşme ve protokol maddelerine göre eczacıya imza kontrolü yükümlülüğü getirilmesine rağmen imzanın gerçekliğini araştırma zorunluluğunun bulunmadığı, hakkaniyet gereği davacının talebinin yerinde olduğu*” şeklindeki direnme gerekçesini onamıştır.⁵⁴

⁵⁴ Yargıtay HGK, E 2017/560 K 2018/755, 04.04.2018.

“...Davacı, eczacı olduğunu, davalı kurum çalışanlarına ilaç verdiğini, davalının aralarındaki sözleşmenin 6.3.3. maddesi gereğince reçetelerdeki ilaçların hasta veya yakınına teslim edildiğine ilişkin imzanın hasta veya yakınına ait olmadığı gerekçesiyle 8.120,98.TL para cezası verildiğini ileri sürerek haksız olarak verilen bu kararın iptali ve sözleşmenin aynı şartlarda devamı istenilmiştir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir. Toplanan delillerden ve dosya kapsamından davacı tarafından, davalı kuruma fatura edilen reçete arkasındaki imza hak sahibi ...'na ait olmayıp, resmi evrakta sahtecilik suçundan mahkum olan dava dışı Hasan Yangın isimli şahsın ilacı teslim alan ve ilacın teslimine ilişkin imzayı atan kişi olduğu görülmektedir. Hak sahibi ...'na teslim edilmiş gibi imzanın alındığı, bu şahıstan kimlik sorulması halinde hak sahibi olmadığını anlaşılabileceği dikkate alındığında davacı eczacının ilaç teslim ettiği kişinin gerçek hasta olmadığını tespit imkanı mevcut olduğu anlaşılmaktadır. Somut olaya ilişkin yukarıda açıklanan aşamalar dikkate alındığında davacının sözleşme ile üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmediği ve sözleşmeye aykırı davrandığı görülecektir. Hal böyle olunca mahkemece davalı tarafından uygulanan cezai işlemin hukuka uygun olduğu gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın kabulüne ilişkin hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir,” gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda **direnilmiştir**.

Mahkemece, davacı eczacının eylemi nedeniyle davalı kurumun zarara uğramadığı, davacı hakkında uygulanan para ve uyarı cezasının, eczanenin kapatılmasına kadar gidecek ağırlıktaki sonuçlara neden olabileceği, sözleşme ve protokol maddelerine göre eczacıya imza kontrolü yükümlülüğü getirilmesine rağmen imzanın gerçekliğini araştırma zorunluluğunun bulunmadığı, hakkaniyet gereği davacının talebinin yerinde olduğu gerekçesiyle davanın kabulü ile cezai işlemin iptaline karar verilmiştir.

Yerel Mahkemece, davacının ibraz ettiği mahkeme kararları ve Yargıtay kararları karşısında, davacı ile aynı nedenlerle davalıya yönelik açılan benzer davalarda toplanan deliller, gerekçe ve temyiz sonuçları ile ceza yargılamasında cezalandırılmasına karar verilen dava dışı üçüncü kişi olan sanıkların davacı arasında eylem ve fikir birliği içinde olduklarına dair delil ya da kesinleşmiş yargı kararı bulunmadığı, davalının davacı aleyhine uyguladığı işlemin hukuka aykırı ve dayanaksız olduğu gerekçesi ile direnme kararı verilmiş, direnme kararı davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, yerel mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenlere, taraflar arasında geçerli olan protokolün 6.3.3. maddesi dikkate alındığında, davalı kurum tarafından uygulanan cezai işlemin yerinde olmadığını anlaşılmasına göre yerel mahkeme kararı usul ve yasaya uygun olup direnme kararının onanması gerekir.

S O N U Ç: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile **direnme kararının ONANMASINA,**”

b. Sözleşme tadillerinden kaynaklanan çelişki

ÖĞUZ'a göre sözleşme beyanlarının yorumunda, beyana yol açan tüm şartların gözden geçirilmesi gerekliliğidir. Genel işlem şartlarının metinleriyle sınırlı yorumlanacağı ilkesine, sözleşmenin kurulması esnasında mevcut hal ve şartlardan bir sonuç çıkarılamıyorsa gidilmelidir.⁵⁵

İlgili sözleşme hükmü (m.5.3.2) imza kontrol yükümlüğünün ihlalini cezalandırmaktadır. Bunun ispatı ise sözleşmeye daha sonra eklenen “*Ancak hastanın veya ilacı teslim alan kişinin ilacı aldığını beyan etmesi durumunda bu madde hükmü uygulanmaz.*” ibaresidir. Bu süreçlerde eczacı tarafından atılan imzaların tespiti halinde eğer hastadan müspet beyan alınırsa bu hüküm uygulanmayacaktır. Tarafların iradesi mevcut hal ve şartlara göre değerlendirilerek eczacı lehine düzenlenmiştir. Lafza atfedilecek yorumun da bu çerçevede değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu bile aslında tek başına madde hükmünün kimlik tespiti ile ilgili olmadığına açık göstergesidir. Zira eczacı kimlik tespiti yapmadan reçete muhteviyatını karşılasa bile hasta beyanının eczacı lehine olması durumunda kimlik tespitinin ihlali nedeniyle cezai şart uygulanamayacaktır. Bu husus Yüksek Yargı'nın “*kimlik tespit yükümlülüğünün ihlaline sonuç bağlayan şekli bir aykırılık*” olarak niteliğindeki görüşünü boşa düşürmektedir. Çünkü olayda eczacı kimlik tespitini yapmasa dahi hastanın müspet beyanı sayesinde cezai şarta maruz kalmayacaktır.

Bununla birlikte reçete muhteviyatı kimlik tespiti yapılmadan faile teslim edilmiş olsa bile hasta sırf eczacı zarar görmesinde diye müspet beyan vermesi halinde dahi bu madde hükmü uygulanamayacaktır.

c. E-Reçete kaynaklı çelişki

Yukarıda da izah edildiği ve madde lafzında da açıkça geçtiği üzere m.5.3.2, sadece manuel reçetelerde uygulanabilmektedir. Bu kapsamda e-reçetelerde kimlik tespit yükümlülüğünün ihlalinde hangi cezai madde uygulanacaktır? Görüldüğü üzere e-reçete sürecinde kimlik tespit yükümlülüğünün ihlali halinde sadece mevzuattan kaynaklı kamu zararı giderilecektir. Zira sözleşmede ayrıca bir cezai şart öngörülmemiştir. Yüksek Yargı'nın m.5.3.2'ye bağladığı kimlik tespit yükümlülüğü, m.5.3.2'nin e-reçetelere uygulanmasının mümkün olmadığı için e-reçetelerde kimlik tespit yükümlülüğü ihlali sözleşmesel anlamda cezasız kalacaktır. Sırf bu durum dahi kendi içerisinde çelişki oluşturmaktadır. Bu durum Yüksek Yargı'nın m.5.3.2'ye atfettiği geniş yorumun neticesidir.

karar verilmiştir.”

⁵⁵ Cemal Oğuz, ‘Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları’(Doktora tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1993) 79.

B. Kanaatimiz

Belirsizlik ilkesi olarak adlandırılan kural uyarınca bir genel işlem koşulunun yorumunda hükmün içeriğine ilişkin tereddüt yaşanması halinde muhtemel yorumlardan en fazla karşı taraf lehine olanı, yani genel işlem koşullarını kullanan aleyhine sonuç doğurana tercih edilir.⁵⁶

Yukarıdaki yorumların yapılması halinde ortaya çıkan sonucun İlaç Temin Sözleşmesi'ni düzenleyen SGK'nın aleyhine ve eczacı lehine yorumlanması gerekecektir. Bu sebeple m.5.3.2'nin kimlik tespit yükümlülüğünün ihlalini değil, imza kontrol yükümlülüğünün ihlalini düzenlediği sonucuna varılmalıdır. Süreç içerisinde ayrıca bir kimlik tespit ihlali gündeme gelirse bunun yaptırımını genel mevzuata tabi olup sözleşmenin konusu değildir.

KAŞAK'a göre de genel işlem koşullarının yorumlanmasında daraltıcı yorum yoluna başvurulabilir. Özellikle tamamlayıcı kanun hükümlerinden sapan genel işlem koşullarının dar yorumlanması ve anılan koşulların anlamının muhatabın lehine olacak şekilde sınırlandırılması yerinde olur.⁵⁷ Bu çerçevede emredici ve tamamlayıcı mevzuat hükümlerinde açıkça kimlik tespit yükümlülüğüne atfedilen yaptırımın kamu zararının tahsili olması sebebiyle İlaç Temin Sözleşmesinde bu hususun geniş yorumlanarak ayrıca cezai koşula bağlanması şeklinde yorum TBK m. 23 kapsamında mümkün olmayacaktır.

SONUÇ

Kimlik tespit yükümlülüğünün ihlaline sonuç bağlanan madde hükmü saha uygulamalarına aykırı yorumlanmaktadır. Zira Yüksek Yargı'nın yorumuna göre;

- İlacı alan kişiye kimlik tespiti yapmayan eczacı cezalandırılmakta,
- İlacı alan kişiye kimlik tespiti yapmayan fakat ilacın hasta tarafından alındığı beyan edilen durumda eczacı cezalandırılmamakta,
- İlacı alan kişiye kimlik tespiti yapan, fakat ispatlayamayan eczacı cezalandırılmaktadır.

Kimlik tespiti, 5510 sayılı Kanun başta olmak üzere birçok alanda sağlık hizmet sunucularının temel görevi olarak düzenlenmiştir. Bu yükümlülüğün ihlali neticesinde ortaya çıkan kamu zararı, ihlali yapan sağlık hizmet sunucularınca giderilmektedir.

SGK ve eczacı arasında akdedilen özel hukuk sözleşmesinde yer alan 5.3.2 maddesi uzun yıllardır kimlik tespit yükümlülüğünün ihlali olarak yorumlanmaktadır. Kimlik tespit yükümlülüğünün ihlalinin tespiti halinde temel mevzuat

⁵⁶ Kutluay (n 38) 1406.

⁵⁷ Kaşak (n 43) 215.

kapsamında sadece kurum zararı (reçete bedeli) karşılanacaktır. Bu bedelin üzerinde eczacının mahvına sebep olacak ve mesleki hayatını riske sokacak cezai şartın salt yoruma dayalı uygulanması hukuken kabul edilebilir bir durum değildir.

Kanımızca ilgili madde lafzının açık ve net anlaşılır olmaması sebebiyle TBK m. 23 kapsamında yorum denetimine tabi olması gerekir. Düzenleyenin aleyhine ve eczacı lehine çıkan yorumlar uygulamaya konu edilmelidir. Bu kapsamda İlaç Temin Sözleşmesi 5.3.2. maddesinin “kimlik tespit yükümlülüğü” olarak değil “imza kontrol yükümlülüğü” şeklinde yorumlanması gerekmektedir.

Yine hükmün lafzında yer alan “Denetim ile tespiti” kavramının etkin şekilde uygulanması, salt hasta beyanlarının esas alınmaması gerekmektedir.

Hükmün lafzında yer alan “..imzanın, reçete sahibine veya ilacı alana ait olmaması..” hususunun da açıklığa kavuşturulması gerekir. Zira “ilacı alan” kişinin eczacı veya eczane çalışanı olmasını yasaklayan bir sözleşme hükmü yoktur. Söz gelimi, hasta adına “ilacı alan” kişi eczacı veya çalışanları olabilecektir. Bu noktada da eczacı ve çalışanları reçete arkasını “ilacı alan” olarak imzalayabilecektir. Fakat bu durumda Medula sistemine “ilacı alan” kısmına mutlaka eczacı/ çalışanların T.C. Kimlik No’larının da işlenmesi önem arz edecektir.

Uygulamada sigortalıların salt beyanının cezaya esas alınarak işlem yapılması da uygun değildir. Zira sigortalıların ifadesi alınırken “sigortam iptal olur, kamu zararı bana yansıtılır” kaygısının ön planda olacağı ihtimali her zaman düşünülmelidir. SGK’na verilen ifadelerin aksinin mahkemelere verildiği uygulamada görülmektedir.

Bununla birlikte 5510 sayılı Kanun madde 67 kapsamında kimlik göstermek hastanın temel yükümlülüğü iken uygulamada birtakım zorluklar ortaya çıkmaktadır. Eczaneler, adli makamlar veya hastaneler kadar etkin karşılaştırmalı sistemlere sahip olmadığı için mağdur olabilmektedir. Hastalardan kimlik talep edilmesi zaman zaman mobbinge de zemin hazırlayabilmektedir.

Günümüzde yaygın olan ve birçok eczanenin mağdur olduğu “sahte kimlik” süreci de bertaraf edilmeden cezalandırmaya tabi tutulması hakkaniyete uygun olmayıp, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin ihlali niteliğindedir. Sahte kimlik sürecini dikkate almayan Yargıtay’ın “.....davacı eczanenin eylemi sabit olup, yapılan işlemin protokole uygun olduğu dolayısıyla uygulanan cezai işlemin hukuka uygun olduğu, tereddüte ya da duraksamaya mahal bırakmayacak şekilde sabittir...”⁵⁸ şeklindeki içtihatına da katılmak mümkün değil-

⁵⁸ Yargıtay 13.HD, E 2015/18488 K 2015/30912, 21.10.2015.

“Davacının sahibi olduğu eczane ile birlikte 31 eczane hakkında yapılan şikayet ve soruşturma neticesinde düzenlenen müfettiş raporu doğrultusunda davacıya ait eczanede usulüne uygun olarak düzenlenmemiş 4 adet reçetenin bulunduğu belirlendiği, bu

dir. Zira sahte kimlik sürecinin bu kadar yoğun olduğu günümüzde tek başına bu şüphe bile “tereddüt” ve “duraksama” için makul bir nedendir.

Sözleşmeyi düzenleyen taraf olan SGK, sözleşmenin geliştirilmesi ve mağduriyetlerin azaltılmasına yönelik tedbirleri de almakla yükümlüdür. Bugün birçok sektörde kullanılan SMS Doğrulama Sistemi'nin kullanılması SGK nezdinde zor olmayacaktır. Bu uygulama ile SGK, hasta ve eczane mağdur olmayacak; olası kamu zararı kaynağında önlenecektir.

KAYNAKÇA

Akipek Öcal Ş, ‘6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Koşulları Hükümlerinin Konu Bakımından Uygulama Alanı’ (2015) (3) İzmir Barosu Dergisi 187-206.

Akipek Öcal Ş, ‘Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Yer Alan Haksız Sözleşme Şartları ile Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Genel İşlem Koşullarının Bankacılık Sektörü Açısından Değerlendirilmesi’ (2. Tüketici Hukuk Sempozyumu, İstanbul, 2013) 331-340.

reçetelerin 3.kişiler tarafından sahte olarak tanzim olunduğu ve bedellerinin kuruma fatura edilmesinden dolayı idare tarafından sözleşmenin 5.3.2.ve 6.3.3 maddeleri uyarınca cezai işlem tesis edildiği,; davacı eczanenin ibraz edilen reçetelerin arkasına ilaçları teslim alan kişilerin kimlik bilgilerini yazması gerektiği, davacının kendisinin de taraf olarak imzaladığı protokol hükümlerine göre kendisine yüklenen kimlik tespiti yapma yükümlülüğünü yerine getirmediği, şayet ilaçları teslim etmek için reçeteyi ibraz eden kişilerden kimlik bilgilerini sormuş olsa idi bu kişilerin ilaçları teslim almaya yetkili olmadıklarının anlaşılacağını, davaya ve davalının işlemine konu reçetelerin sahteliği sabit olup, bilirkişi raporu ile belirlenen iğfal kabiliyeti hususunun ceza yargılaması yönünden sonuç doğuracağı, davacının kimlik tespiti yapma yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması nedeniyle sorumluluğunun ortadan kalkmayacağı, davacı eczanenin eylemi sabit olup, yapılan işlemin protokole uygun olduğu dolayısıyla uygulanan cezai işlemin hukuka uygun olduğu, tereddüte ya da duraksamaya mahal bırakmayacak şekilde sabittir. Dava konusu para cezasına ilişkin işlemin dayanağı olan taraflar arasındaki sözleşmenin 6.3.3. maddesinde;” eczanenin kuruma fatura ettiği reçetelerden bulunması gereken ve reçete muhteviyatı ilaçların reçete sahibine yada yakınına teslim edildiğine ilişkin imzanın, reçete sahibine veya ilaçları teslim edildiği yakınına ait olmadığı tespit edilmesi halinde, reçete bedelinin 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak eczacı yazılı olarak uyarılır; tekrarı halinde reçete bedelinin 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak sözleşme feshedilir ve 1 (bir) ay süre ile sözleşme yapılmaz” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Dosya kapsamı ve özellikle dava dışı sigortalının şikayet dilekçesi içeriği itibarıyla ilaçların dava dışı davalı kurum sigortalısına teslim edilmediği halde bu kişiye teslim edilmiş gibi reçete arkasının imzalandığı sabit olup, davacının bu şekilde sözleşmenin 6.3.3.maddesine aykırı davranması nedeniyle davacı hakkında uygulanan cezai işlemin yerinde olduğu, gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken aksi düşüncelerle yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz edilen hükmün davalı yararına BOZULMASINA” karar verilmiştir.”

Ankara İ, *İlaç ve Eczacılık Hukuku* (2nd edn, Dora Yayınları 2022).

Aydoğdu M, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı' (2011) 13(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-50.

Atamer Y, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi* (2nd edn, Beta Yayınları, 2001).

Atamer K, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2017) 25-26.

Coşkun Y S, 'Tıp Hukukunda Hasta Yakını' (2022) (154,155,156) Leges Hukuk Dergisi 79-100.

Deryal Y, 'Hasta Yakını Kavramı Üzerine Bir Tanım Denemesi' *Sağlık Hukuku Problemleri* (1st edn Seçkin Yayıncılık 2012) 236-257.

Doğramacı Y G and Erkol Z Z, "Hasta 'Yakını' Kimdir?" in Hamit Hancı and Yener Ünver (eds), IV. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi Kitabı (Seçkin Yayınları 2018) 793-796.

Erdağ A İ, 'Kolluğun Durdurma ve Kimlik Sorma Yetkisi (PVSK m.4/A)' (2010) (4) Ankara Barosu Dergisi 37-60.

Ersöz O, 'Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı ve Tarcirler Hakkında Uygulanması' (2017) 3(1) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 69-104.

Gülcü M, 'Özel Güvenlik Görevlilerinin Kimlik Sorma, Arama ve Elkoyma Yetkileri' (2003) (34) Polis Dergisi 184-214.

Kaşar F E, 'Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması (TBK m. 23)' (2019) 23(3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 195-222.

Kaygusuz Z, 'Kimlik Sorma ve Kimlik Tespiti' (2008) 10(1) Polis Bilimleri Dergisi 81-116.

Kutluay E, 'Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları' (2017) 19(Özel Sayı) D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi 1369-1422.

Metli O, 'Kolluk Görevlilerinin Durdurma Kontrol Kimlik Sorma ve Kimlik Tespiti Yetkileri' (Yüksek Lisans Tezi, Zirve Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015).

Oğuz C, 'Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları' (Doktora tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1993).

Özdemir H, 'Tele Tıp ve İlaç Kullanımı' in Hakan Hakeri and İbrahim Ankara and Rezzan Günday and Cahid Doğan(eds), I.İlaç ve Eczacılık Hukuku Kongresi Kitabı (Seçkin Yayınları 2021) 109-116.



Serdar İ, 'TBK'nun Genel İşlem Şartları Hükümlerinin Kişi Bakımından Uygulama Alanı' (2015) 80(3) İzmir Barosu Dergisi 226-240.

Yenisey F, Hazırlık Soruşturması ve Polis (3rd, Beta Yayınevi, 1993)

Yosuntaş Ç, 'Sahte Kimlik' (Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008)

Zeyfelioglu Y, and Hancı H İ, 'İnsanlarda Kimlik Tespiti' (2001) 10(10) Türk Tabipler Birliği STED Dergisi 375-377.

ICSID TAHKİMİNDE HAKEM HEYETLERİNİN TÜRKİYE'DE YÜRÜTÜLEN CEZA YARGILAMALARINI DURDURMA YETKİSİ

The Authority of ICSID Tribunals for Suspension of Turkish Criminal Proceedings

Ahmet Sefa DİNLEYİCİ*

ÖZET

ICSID Sözleşmesi 47.maddesinde hakem heyetlerinin geçici tedbir tavsiyesinde bulunabilmeleri düzenlenmiş ancak geçici tedbirlere uyulmamasına bir yaptırım öngörülmemiştir. Tavsiye niteliğinde olduğu açıkça öngörülmüş olsa da bu tedbirler ICSID hakem heyetlerince bağlayıcı olarak kabul edilmekte ve uyulmaması halinde çeşitli yaptırımlar uygulanmaktadır. Geçici tedbirler içerisinde ise devletlerin egemenlik alanlarına önemli bir müdahale niteliğinde olan ulusal mahkemeler nezdinde yürütülen ceza yargılamalarının durdurulması yönündeki geçici tedbirler önemli bir yer kaplamaktadır. İlk kez *Libananco* tahkiminde benzer bir geçici tedbire muhatap olan Türkiye, son olarak *İpek Investment* tahkiminde hakem heyetinin Türkiye'de yürütülen bazı ceza davalarının durdurulması geçici tedbiriyle karşılaşmıştır. Türk mahkemeleri söz konusu geçici tedbirin tavsiye niteliğinde olduğunu belirterek geçici tedbir kararına uymamıştır. Her ne kadar *İpek Investment* tahkiminde hakem heyeti geçici tedbire uyulmamış olmasına bir yaptırım uygulamamış olsa da geçici tedbirlere uyulmamasının önemli sonuçları söz konusu olabilmektedir. ICSID hakem heyeti geçici tedbirlerine uymamanın sonuçlarının neler olduğunun Türk hukuk literatüründe yeterince incelenmediğinden hareketle bu çalışmada temel olarak ICSID hakem heyetlerinin Türkiye'de yürütülen ceza yargılamalarını geçici tedbir ile durdurabilmesinin mümkün olup olmadığı konusu ele alınacaktır. Bu kapsamda ilk olarak ICSID Sözleşmesi 47. maddesi ve 2022 ICSID Tahkim Kuralları çerçevesinde hakem heyetlerinin verdikleri geçici tedbirler ve bunların hukuki niteliği üzerinde durulacak ve geçici tedbirlerin bağlayıcı olup olmadığı, verilebilme şartları, geçici tedbir kararlarının icrası ve uyulmamasının olası sonuçları incelenecektir. Daha sonra ise *İpek Investment* tahkim yargılamasında verilen geçici tedbir tavsiyesi incelenecek ve devamında bundan sonraki tahkim yargılamalarında ceza yargılamalarını ilgilendiren geçici tedbirler söz konusu olduğunda Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin nasıl bir tutum sergilemesi gerektiği hususunda görüşler belirtilecektir.

Anahtar Kelimeler: ICSID, geçici tedbirler, ipek investment, ceza yargılamalarının durdurulması, tenfiz.

➤ Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 31.01.2023

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 13.06.2023

* LL.M, Hukuk Müşaviri, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, asafadinleyici@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-6538-4258>.

ABSTRACT

The authority of tribunals for recommending provisional measures is provided in the Article 47 of ICSID Convention without any consequence in case of non-compliance. Though provisional measures are advisory in terms of the Convention, tribunals consider as if they are binding, and non-compliance is sanctioned. Suspension of national criminal proceedings which interfere with sovereignty of states comprises significant part of provisional measures. The Republic of Türkiye was first subjected to a provisional measure in the Libananco case suspending some criminal proceedings in Türkiye, recently faced similar provisional measure in Ipek Investment case. Turkish courts ignored the provisional measures stating that they are only recommendation. Though there was not any consequence in Ipek Investment case, non-compliance with provisional measures may cause significant consequences. Considering the possible consequences in case of non-compliance with provisional measures of ICSID tribunals are not adequately examined in the Turkish legal literature, this research will be mainly dealing with the possibility of the suspension of criminal proceedings in Türkiye by provisional measures of ICSID tribunals. In this regard, firstly, provisional measures and their nature in terms of ICSID Convention and 2022 ICSID Arbitration Rules will be examined and bindingness of provisional measures, requirements for granting provisional measures and possible consequences of non-compliance will be questioned. After that, the provisional measure granted in Ipek Investment case will be specifically dealt with and then some observations will be made regarding how the Republic of Türkiye should react if provisional measure suspending national criminal proceedings is granted in the future.

Key Words: ICSID, provisional measures, ipek investment, suspension of national criminal proceedings, enforcement.

GİRİŞ

Türkiye’nin 24 Haziran 1987 tarihinde imzaladığı ve 2 Nisan 1989 tarihinde yürürlüğe giren Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi (ICSID) Sözleşmesinin 47. maddesine göre hakem heyetleri gerekli gördükleri durumlarda taraflardan birisinin haklarını korumak için geçici tedbir tavsiyesi verebilmektedir. Sözleşmede açıkça geçici tedbirlerin tavsiye niteliğinde olduğu belirtilse de ICSID hakem heyetleri bazı istisnalar haricinde ısrarla geçici tedbirlerin bağlayıcı nitelikte bir karar olduğunu kabul etmektedirler. Geçici tedbirlerin türleri konusunda ise hangi tür geçici tedbirlerin verilebileceği özel olarak belirlenmediği ve hakemlere geniş bir takdir hakkı verildiği için hakem heyetlerinin bu konuda tahkim davasının ihtiyaçlarına göre çok farklı nitelikte geçici tedbirler tavsiye etmeleri söz konusu olabilmektedir.¹ Bu kapsamda davacılar özellikle son yıllarda artan bir şekilde hakem heyetlerinden ulusal mahkemelerde yürütülen ve tahkim sürecini etkileyen ceza yargılamalarını

¹ Chester Brown, ‘Article 47’ in Stephan W. Schill and others (eds), *Schreuer’s Commentary on the ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* (3rd Ed, Cambridge University Press 2022) para 103.

durdurma kararı şeklinde geçici tedbir talep verilmesini talep etmektedirler.² Özellikle Türkiye ve bazı diğer ülkeler hakem heyetlerinin devletlerin egemenlik alanına giren ulusal ceza yargılamalarını durdurma konusunda geçici tedbir tavsiyesi verebilme yetkisinin olmadığını savunsalar da³ ICSID hakem heyetlerinin ceza yargılamalarını durdurmaya yönelik geçici tedbir verebileceklerini kabul ettikleri görülmektedir.⁴ Ancak hakem heyetleri diğer geçici tedbir kararlarından daha özel ve hassas bir durum gösteren bu tedbir tavsiyesi taleplerinde devletlerin ceza yargılaması yürütmelerinin egemenlik haklarından olduğuna vurgu yaparak bu yönde bir geçici tedbir tavsiyesinde bulunmak konusunda daha hassas bir şekilde davranmakta ve bunun için daha yüksek bir eşik aranması gerektiğini kabul etmektedirler.⁵

Her ne kadar hakem heyetleri bu konuda hassas bir şekilde hareket ettiklerini belirtse de en temel egemenlik alanlarından biri olan ceza yargılamasına uluslararası tahkim hakem heyetleri tarafından müdahale edilmesine devletler yoğun bir şekilde itiraz etmekte ve bu itirazlar geniş perspektifte uluslararası yatırım tahkimi sisteminin meşruiyetinin de sorgulanmasına neden olmaktadır.⁶ Özellikle ICSID Sözleşmesinin ilgili maddesinde geçici tedbirlerin ancak tavsiye niteliğinde olduğu belirtilmesine rağmen ICSID hakem heyetlerinin büyük çoğunluğu tarafından geçici tedbirlerin bağlayıcı olarak kabul edilmesi geçici tedbirlere uyum konusunda devletlerin endişelerini artırmaktadır.⁷ Bunun yanında verilen geçici tedbir kararlarına uyulmamasının hem devletlerin ICSID Sözleşmesi hükmünü yerine getirmeme kapsamında uluslararası sorumluluğunu doğurabilmesi⁸ hem de tedbir kararına uyulmamasının hakem

² Yarık Kryvoi, David Goldberg and Ivan Philippov, 'Empirical Study: Provisional measures in investorstate arbitration' (BIICL and White & Case 2023) <<https://www.whitecase.com/sites/default/files/2023-01/empirical-study-provisional-measures-in-investor%E2%80%91state-arbitration-2023.pdf>> erişim tarihi 22.01.2023

³ ICSID, 'Compendium of State and Public Comments' (*Working Paper #4* 2021) <<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/Compendium%20of%20State%20Comments%20on%20Proposed%20Amendments%20to%20the%20ICSID%20Rules%20-WP%20%23%204%20-%20As%20of%202021.03.23.pdf>> erişim tarihi 22.01.2023

⁴ Brown (n 1) 1096.

⁵ Nelson Goh, 'The Power of Tribunals to Enjoin Criminal Proceedings: A Widening Power or Converging High Bar? *Italba Corporation v Oriental Republic of Uruguay Hydro Srl and others v Republic of Albania Teinver and others v Argentine Republic*' (2018) 33(1) ICSID Review 88, 98.

⁶ Giovanni Zarra, 'The Interference of ICSID Provisional Measures With National Criminal Proceedings' (2017) 26(1) *The Italian Yearbook of International Law Online* 83, 107.

⁷ Tarcisio Gazzini and Robert Kolb, 'Provisional Measures in ICSID Arbitration from Wonderland's Jurisprudence to Informal Modification of Treaties' (2017) 16 *Law & Prac Int'l Cts & Tribunals* 159, 171.

⁸ Donald McRae, 'State Responsibility and Compliance with Provisional Measures under



heyetleri tarafından tazminatın hesabı, tahkim masraflarının paylaşımı veya menfi çıkarım (*adverse inference*) yapma gibi konularda dikkate alınabilmesi hususları devletlerin bu konudaki endişesini daha da artırmaktadır.⁹

Türkiye Cumhuriyeti Devleti, ilk defa *Libananco* tahkim sürecinde¹⁰ ICSID hakem heyetinin Türkiye’de yürütülen soruşturma aşamasında ortaya çıkan delillerin gizli tutulması ve soruşturma aşamasında Cumhuriyet Savcılığının edindiği bazı delillerin imha edilmesi yönünde verdiği geçici tedbir¹¹ ile egemenlik alanına müdahale niteliği taşıyan bir geçici tedbirin muhatabı olmuştur. Yakın zamanda ise *İpek Investment* tahkim davasında hakem heyeti bu sefer daha da ileri giderek Türkiye’de yürütülen bir ceza davasının durdurulmasını tavsiye etmiştir.¹² Ankara 4. Ağır Ceza Mahkemesi söz konusu geçici tedbir kararının bağlayıcı olmayan bir tavsiye kararı olduğundan hareketle tedbir kararını dikkate almamıştır.¹³ İstinaf aşamasında da davacı avukatları bu tavsiye kararına uymamanın hukuka aykırılığını ileri sürmüş olsa da itiraz yüksek mahkemece kabul edilmemiştir.¹⁴

ICSID hakem heyeti geçici tedbirlerine uymamanın sonuçlarının Türk hukuk literatüründe yeterince incelenmediğinden hareketle bu çalışmada temel olarak ICSID hakem heyetlerinin Türkiye’de yürütülen bir ceza yargılamasını geçici tedbir ile durdurabilmesinin mümkün olup olmadığı konusu ele alınacaktır. Bu kapsamda ilk olarak ICSID Sözleşmesi 47. maddesi ve 2022 yılında yenilenmiş ICSID Tahkim Kuralları çerçevesinde hakem heyetlerinin verdikleri geçici tedbirler ve bunların hukuki niteliği üzerinde durulacak ve geçici tedbirlerin bağlayıcı olup olmadığı, verilebilme şartları ve tedbir kararlarının icrası ve uyulmamasının olası sonuçları incelenecektir. Daha sonra ise *İpek Investment* tahkim yargılamasında verilen geçici tedbir tavsiyesi incelenecek ve devamında bundan sonraki tahkim yargılamalarında ceza yargılamalarını ilgilendiren geçici tedbirler söz konusu olduğunda Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin nasıl bir tutum sergilemesi gerektiği hususunda görüş ve öneriler be-

ICSID’ (2022) 37(1-2) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal 232, 240.

⁹ ibid 244.

¹⁰ Ziya Akıncı, ‘Yurtdışındaki Yatırımcılarımızın Korunması Açısından ICSID Tahkimi’ (Marmara Hukuk Fakültesi Sempozyum Yayınları, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu 2009) 277, 281.; İnci Ataman- Figenmeşe, ‘Son On Yıl İçinde Türkiye’nin Muhatap Olduğu ICSID Davaları’ (Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğler Kitabı 2012) 18, 21.

¹¹ *Libananco Holdings Co. Limited v The Republic of Turkey* ICSID Case No. ARB 06/08 ICSID Decision on Preliminary Issues. (23.06.2008)

¹² *İpek Investment Limited v Republic of Turkey* ICSID Case No. ARB 2018/18, ICSID Procedural Order No.5.

¹³ Ankara 24. Ağır Ceza Mahkemesi Esas No:2017/44 Karar No:2020/5

¹⁴ Ankara 4 BAM Esas No: 2020/786 Karar No: 2021/749

lirtilecektir.

I. ICSID TAHKİMİNDE GEÇİCİ TEDBİRLER

ICSID tahkimi kapsamında geçici tedbirlere ilişkin temel düzenleme IC-SID Sözleşmesi 47. maddesindeki “Tarafklar başka biçimde anlaşmadığı takdirde, Heyet şartların böyle gerektirdiğini düşünerek, her iki tarafın karşılıklı haklarını korumak için ihtiyatî tedbirler tavsiye edebilir.” hükmü olmakla birlikte¹⁵ geçici tedbirlerin verilmesine ilişkin ayrıntılı düzenleme ICSID Tahkim Kurallarının 2022 değişiklikleri sonrası 47. maddesinde yer almaktadır. Bu kapsamda hakem heyetleri taraflardan birisinin haklarını veya tahkim sürecinin bütünselliğini korumak için geçici tedbir tavsiyesinde bulunabilmektedir. Söz konusu geçici tedbirler esas olarak taraflardan birinin bir şeyi yapmaması ile ilgilidir.¹⁶ Geçici tedbirler henüz hakem heyeti kurulmadan önce de istenebilmekle birlikte en geç hakem heyeti kararı verilene kadar talep edilmesi gerekmektedir.¹⁷ 2022 yılı değişiklikleri ile birlikte geçici tedbir talebi konusunda hakem heyetlerinin karar verme sürelerine ilişkin sınırlamalar getirilerek bir an önce karar verilmesini sağlamak hedeflenmiştir.¹⁸ Geçici tedbirler çoğu zaman taraflarca talep edilmekle beraber hakem heyetlerinin de resen geçici tedbir kararı verebilmesi söz konusu olmakta ancak her halükarda taraflara bu konudaki görüşlerini sunmaları için imkan verilmesi gerekmektedir.¹⁹ Bu kapsamda geçici tedbirlerin verilmesi söz konusu olduğunda çoğu zaman dilekçe teatisi aşaması ve bazı hallerde de duruşma yapılması gündeme gelmektedir.²⁰

Gerek geçici tedbir tavsiyesi verebilme gerek hangi tür geçici tedbir tavsiyesinde bulunabileceği konularında hakem heyetlerinin geniş bir takdir hakkı bulunmaktadır.²¹ 2006 yılında yürürlüğe giren Tahkim Kurallarında geçici tedbirlerin mahiyetine ilişkin herhangi bir düzenleme söz konusu değilken 2022 değişiklikleri ile birlikte örnek kabilinden hangi tür geçici tedbirler verilebileceği düzenlenmiştir.²² Bu kapsamda hakem heyetlerinin en çok verdikleri geçici tedbirler arasında tahkim süreci durumunun daha da kötüleştirilmemesi (*non-aggravation*) ve statükonun muhafazasına yönelik tedbirler yer almak-

¹⁵ Ziya Akıncı, *Millîterarası Tahkim* (5. Baskı, Vedat Kitapçılık 2020)

¹⁶ Gazzini and Kolb (n 7) 161.

¹⁷ ICSID Arbitration Rules 2022, m. 47

¹⁸ ICSID Arbitration Rules 2022, m. 47/2.

¹⁹ Sam Luttrell, ‘ICSID provisional measures ‘in the round’’ 2015 (31) Arbitration International 393, 396.

²⁰ ibid.

²¹ Nuray Ekşi, ‘ICSID Hakem Heyetinin Geçici ve Koruyucu Tedbir Kararı Verme Yetkisi’ (2012) I (2) Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi 3, 9.

²² ICSID Arbitration Rules (2022) m.47/1



tadır.²³ Bunun yanında hakem heyetlerinin tahkim süreci ile ilgili bir delilin güvence altına alınması, tahkim sürecinin gizliliğinin korunması veya masraflar için teminat yatırılması konularında da geçici tedbir kararı alabilmeleri mümkündür.²⁴ Ayrıca ICSID hakem heyetlerinin tahkim ile bağlantılı olabilecek ulusal yargılamaların durdurulmasına yönelik verdikleri geçici tedbirler de hakem heyetlerin verdiği geçici tedbir tavsiyeleri arasında önemli bir yer kaplamaktadır.²⁵

Ulusal yargılamaların durdurulmasına yönelik verilen ICSID hakem heyeti geçici tedbirleri içerisinde özellikle ulusal mahkemelerde yürütülen ceza davalarının durdurulmasına yönelik geçici tedbirler devletlerin egemenliğine müdahale etmeleri bakımından önemli tartışmaları beraberinde getirmektedir. Bu kapsamda devletlerin zaman zaman egemenlik haklarından kaynaklı olarak tahkim konusunu ilgilendiren kişiler veya potansiyel tanıklar hakkında ceza yargılamaları başlatmaları, tahkim sürecini başlatan yabancı yatırımcılar tarafından devletlerin tahkim sürecine karşı intikam duygusuyla başlattıkları politik ve kötü niyetli davalar olarak değerlendirilmektedir.²⁶ Her ne kadar zaman zaman devletlerin bu tür ceza yargılamalarını kötü niyetli olarak başlatmaları ve doğrudan tahkim sürecini etkilemek istemeleri söz konusu olabilese de tahkim süreci başladıktan sonra tahkim ile ilgili herhangi bir kişi hakkında yapılan ceza yargılamalarının bütünüyle politik ve hukuka aykırı addetmek kabul edilmezdir. Zira tahkim süreci yabancı yatırımcılara veya ilgili kişilere cezai bir dokunulmazlık veya sorumsuzluk bahşetmemektedir. Devletler ICSID Sözleşmesine taraf olmakla tahkim sürecini başlatan yatırımcılar veya onların muhtemel tanıkları hakkında ceza yargılaması yapma hakkından feragat etmemektedirler.

Ceza yargılamalarının devletin en temel egemenlik haklarından biri olduğuna vurgu yapan ve saygı duyulması gerektiğini birçok yargı kararında dile getiren hakem heyetleri²⁷ yine de bazı hallerde tahkim süreci başladıktan sonra ulusal mahkemelerce yürütülen ceza davalarını durdurma konusunda geçici tedbir kararı verebileceklerini kabul etmektedirler.²⁸ Her ne kadar Türkiye, ICSID Tahkim Kuralları değişiklikleri görüşmelerinde ısrarla hakem heyetleri-

²³ Ekşi (n 21) 9.

²⁴ Benoit Le Bars, ‘Interim Measures in International Investment Arbitration’ 2019 6(2) E-Publica 55, 66.

²⁵ ibid.

²⁶ *Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia* ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, Procedural Order No.9 (08.07.2014) para 89.

²⁷ *Lao Holdings N.V. v The Lao People’s Democratic Republic* ICSID Case No. ARB(AF)/12/6, Ruling on Motion to Amend The Provisional Measures Order (02.09.2013) para 21.

²⁸ *City Oriente Limited v The Republic of Ecuador* ICSID Case No. ARB/06/21, Decision on Provisional Measures (19.11.2007) para 62.

nin ceza yargılamalarını durdurma kararı veremeyeceklerinin kabul edilmesi gerektiğini savunmuş olsa da 2022 yılı değişikliklerinde bu yönde bir adım atılmamıştır.²⁹ Ulusal ceza yargılamalarını durdurma yönünde verilen geçici tedbirlerin devletlerin egemenlik haklarını etkilediği kabul edilmekle beraber bazı durumlarda geçici tedbir kararı verilmezse tahkim sürecinin de zarar görebileceği nedeniyle bu yönde geçici tedbir kararı verilebileceği genel olarak kabul görmektedir.³⁰ Bu doğrultuda ilk defa 2005 yılında *Tokios Tokoles v Ukraine*³¹ tahkim davası kapsamında hakem heyeti Ukrayna'da yürütülen ceza yargılamasının durdurulması kararını vermiş ve bu tarihten itibaren hakem heyetleri artan bir şekilde ulusal ceza yargılamalarını durdurma konusunda geçici tedbir verilmesi talepleri ile ilgilenmektedir.³²

ICSID tahkiminde diğer tahkim merkezlerine nazaran hakem heyetlerinin daha düşük oranda geçici tedbir verdikleri görülmekte,³³ yine hakem heyetleri geçici tedbir verme hususunda yüksek bir eşik aramaktadır.³⁴ Söz konusu geçici tedbirler içinde de ceza yargılamalarının durdurulmasına yönelik geçici tedbirler konusunda bu tarz geçici tedbirlerin devletlerin egemenlik haklarını ciddi bir biçimde ilgilendirmesi dolayısıyla daha yüksek bir eşik aranmaktadır.³⁵ Hakem heyetleri özellikle ceza yargılamalarını durdurma geçici tedbirlerinde başvuruçunun haklarını ve tahkim sürecinin bütünlüğünü korumak ile söz konusu geçici tedbirin devletin egemenlik haklarına verdiği zarar arasında bir dengeleme yapmaktadır.³⁶ Bu sebeple yabancı yatırımcıların bu yöndeki geçici tedbir taleplerinde red oranı diğer tedbir taleplerine göre daha yüksek orandadır.³⁷ Ceza yargılamasını durdurmaya yönelik geçici tedbirler konusunda

²⁹ ICSID (n 3)

³⁰ *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplın v Plurinational State of Bolivia* ICSID Case No. ARB/06/2, Decision on Provisional Measures, (26.02.2010) para 141.

³¹ *Tokios Tokelés v. Ukraine* ICSID Case No. ARB/02/18, Order No.1 (01.07.2003)

³² Emilie Gonin, 'How Effective are ICSID Provisional Measures at Suspending Criminal Proceedings before Domestic Courts: The English Example?' (Kluwer Arbitration Blog, 30.09.2017) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/09/30/effectiveicsidprovisional-measures-suspending-criminal-proceedingsdomesticcourts-english-example/>> erişim tarihi 19.12.2022

³³ Kryvoi, Goldberg and Philippov (n 2) 19.

³⁴ *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain* ICSID Case No. ARB/97/7, Procedural Order No.2 (28.10.1999) para 10.

³⁵ *Caratube International Oil Company LLP & Mr. Devincci Salah Hourani v Republic of Kazakhstan* ICSID Case No. ARB/13/13, Decision on the Claimant's Request for Provisional Measures (04.12.2014)

³⁶ *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplın v Plurinational State of Bolivia* para.158

³⁷ Kryvoi, Goldberg and Philippov (n 2) 23.



hakem heyetlerinin bu hassasiyeti özellikle yatırım tahkiminin bizatihi meşruiyetinin sorgulandığı son yıllarda önemli bir tutum olarak görülmektedir.³⁸ Ancak zaman zaman bazı hakem heyetlerinin *İpek Investment* tahkiminde veya *Hydro S.l.r and others v Republic of Albania*³⁹ tahkim davasında olduğu gibi bu hassasiyetlere yeterince dikkat etmeden ve geçici tedbir kararı verirken tarafların üzerindeki etkileri yeterince hesap etmeden ceza yargılamasını durdurma şeklinde geçici tedbirlere başvurması devletlerin yatırım tahkimine duydukları güvenin azalmasına ve yatırım tahkimi sistemine ilişkin endişelerin artmasına yol açmaktadır.

A. ICSID Geçici Tedbirlerinin Bağlayıcılığı

Uluslararası Adalet Divanı (UAD) Statüsünün 41.maddesi esas alınarak hazırlanan ICSID Sözleşmesinin 47. maddesinde UAD Statüsündeki geçici tedbir ‘belirtebilme’ (*indicate*) ifadesinden daha yumuşak bir ifade kullanılmış ve açıkça hakem heyetlerinin geçici tedbir ‘tavsiyesinde’ (*recommendation*) bulunabilecekleri ifade edilmiştir.⁴⁰ Ancak ICSID hakem heyetleri özellikle UAD davalarında da tartışma konusu olan geçici tedbirlerin bağlayıcılığı konusunda Divanın 2001 yılında *LaGrand*⁴¹ davasında geçici tedbirlerin bağlayıcı olduğu yönünde verdiği karar sonrasında UAD ile benzer yönde karar vermeye başlamışlardır.⁴² Bu kapsamda ICSID hakem heyetleri *Caratube v Kazakhstan*⁴³ tahkim davası ve *RSM Production Corporation* tahkim davasında bir hakemin muhalif görüşü⁴⁴ dışında artık geçici tedbirlerin bağlayıcı olduğunun kabul edilmesini dikkate alarak 47. maddedeki açık ifadeye rağmen istikrarlı bir biçimde geçici tedbirlerin bağlayıcı bir karar olduğunu kabul etmektedirler.⁴⁵ ICSID hakem heyetlerinin Sözleşmenin açık ifadesine rağmen kabul ettikleri görüşe dayanak olarak ilk kararlarında UAD içtihadına ve çeşitli yorum yöntemlerine atıf yaparken daha sonraki kararlarında herhangi bir tartışmaya

³⁸ Zarra (n 6) 95.

³⁹ *Hydro S.r.l. and others v. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/15/28, Order on Provisional Measures (03.03.2016)

⁴⁰ Brigitte Stern, ‘Interim/Provisional Measures’ in Meg Kinnear and others(eds) *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID* (Wolters Kluwer 2016) 862.

⁴¹ *LaGrand Case* (Germany v United States of America) ICJ Judgment of 27 June 2001

⁴² *Gazzini and Kolb* (n 7) 172.

⁴³ *Caratube International Oil Company LLP & Mr. Devincci Salah Hourani v Republic of Kazakhstan* ICSID Case No. ARB/13/13, Decision on the Claimant’s Request for Provisional Measures (04.12.2014)

⁴⁴ *RSM Production Corporation v Saint Lucia* ICSID Case No.ARB/12/10, Decision on Saint Lucia’s Request for Security for Costs (13.08.2014) Dissenting Opinion of Edward Nottingham

⁴⁵ *Gazzini and Kolb* (n 7) 171.

yer vermeden sadece önceki kararlara atıf yapmak suretiyle verdikleri geçici tedbirlerin tavsiye niteliğinde değil bağlayıcı karar niteliğinde olduklarını kabul ettikleri görülmektedir.⁴⁶ Geçici tedbirlerin bağlayıcı olup olmadıkları hususunda ise doktrinde farklı görüşler mevcuttur.

Doktrinde ICSID hakem heyetlerinin verdiği geçici tedbirlerin bağlayıcı olmadığını savunanlar ilk olarak bir uluslararası sözleşme olan ICSID Sözleşmesinin uluslararası anlaşmaların yorumlanması konusunda özel düzenleme getiren 1969 tarihli Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 31. maddesinin 1. fıkrasına göre yorumlanması gerektiğini belirtmektedirler.⁴⁷ Buna göre bir uluslararası anlaşma hükmü iyi niyetli bir biçimde o hükmün bağlamı ve amacı dikkate alınmak suretiyle verilecek olağan manasına uygun olarak yorumlanır. Bu kapsamda ICSID Sözleşmesi 47. maddesinde kullanılan “tavsiye edebilir” ifadesinin olağan manası geçici tedbirlerin bağlayıcı bir karar olmadığı şeklinde yorumlanmalıdır. Buna rağmen birçok ICSID hakem heyetinin vermiş oldukları kararlarda⁴⁸ geçici tedbirlerin bağlayıcı olduğu noktasında UAD kararlarına atıf yapmaları ve benzer amaçsal yorumu benimsemeleri UAD Statüsü 41. maddesinden daha yumuşak bir ifade kullanan ICSID Sözleşmesi dikkate alındığında doğru bir yorum olarak gözükmemektedir.

Geçici tedbirlerin bağlayıcı olmadığı görüşü kapsamında ayrıca Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 31. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendi gündeme gelmekte ve bu çerçevede ICSID Sözleşmesi 47. maddesindeki “tavsiye edebilir” ifadesinin yorumunda “anlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bir veya daha fazla tarafça yapılan ve diğer taraflarca anlaşmayla ilgili bir belge olarak kabul edilen herhangi bir belge” olarak kabul edilebilecek olan ICSID Tahkim Kurallarının 47. maddesi de dikkate alınmalıdır.⁴⁹ ICSID Tahkim Kurallarında geçici tedbirler konusunda getirilen detaylı düzenlemede de aynı şekilde “tavsiye edebilir” ifadesinin tercih edilmesi anlaşmanın yorumunda dikkate alınmalı ve geçici tedbirlerin bağlayıcı olmadığı sonucuna varılmalıdır.

Son olarak Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 31. maddesi çerçevesinde yapılan yorum neticesinde varılan anlamın muğlak olması halinde yine aynı sözleşmenin 32. maddesinde öngörülen tamamlayıcı yorum araçlarına başvurulmalı ve bu noktada ICSID Sözleşmesinin 47. maddesinin hazırlık çalışmaları incelenmelidir.⁵⁰ Geçici tedbirlerin hukuki mahiyeti hususunda ICSID hakem heyetleri ile doktrin arasındaki keskin görüş ayrılığı da dikkate alındı-

⁴⁶ Gazzini and Kolb (n 7) 174.

⁴⁷ Gazzini and Kolb (n 7) 177.

⁴⁸ *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2, Decision on Provisional Measures (25.09.2021) para 49.

⁴⁹ Gazzini and Kolb (n 7) 177.

⁵⁰ *ibid* 178.



ğında gerçekten de aynı ifadenin yorumu konusunda ortada bir anlaşmazlık olduğu açıktır. ICSID Sözleşmesi 47. maddenin hazırlık çalışmalarına bakıldığında UAD statüsünü esas alan ICSID Sözleşmesinde devletlerin egemenlik haklarına saygı duyulması ve devletlerden geçici olarak bir şeyin yapılmasını veya yapılmamasının istenmemesi gerektiği düşüncesiyle Statüdeki ifadeden farklı bir şekilde bilinçli olarak tavsiye edebilir ifadesinin tercih edildiği ortaya çıkmaktadır.⁵¹ Bu sebeple Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 32. maddesi çerçevesinde yapılan yorum da ICSID hakem heyetlerin aldıkları geçici tedbirlerin ancak tavsiye mahiyetinde olduklarını açıkça ortaya koymaktadır.

Doktrinde ICSID hakem heyetlerinin vermiş oldukları geçici tedbirlerin bağlayıcı nitelikte olduğunu savunanlar da benzer şekilde Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 31. maddesini ön plana çıkarmakta ancak bu kapsamda ICSID Sözleşmesinin 47. maddesindeki “tavsiye edebilir” ifadesinin sadece olağan manasına bağlı kalınmadan konu ve amacına uygun bir biçimde yorumlanması gerektiğini ifade etmektedirler.⁵² Geçici tedbirlerin bağlayıcı olmadığı halde anlamsız ve işlevsiz bir hale geleceği ve bu sebeple amaçsal bir yorum yapılarak geçici tedbirlerin bağlayıcı olarak kabul edilmesi gerektiğini savunanlar temelde ICSID Sözleşmesi 47. maddesinin UAD Statüsü 41. maddesi örnek alınarak hazırlanmış olması nedeniyle UAD *LaGrand* davasında yapılan amaçsal yorum neticesinde UAD geçici tedbirlerinin bağlayıcı olduğu sonucuna varılmasını esas almaktadırlar.⁵³

Bununla birlikte Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin yine 31.maddesinin 3.fıkrasında anlaşmanın bütünüünün yorumunda esas alınması gereken unsurlar bakımından ortaya konulan “ tarafların anlaşmanın yorumu konusundaki mutabakatını tespit eden anlaşmanın uygulanması ile ilgili daha sonraki herhangi bir uygulaması”nın da dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir.⁵⁴ Buna göre devletlerin ICSID hakem heyetlerinin ısrarla geçici tedbirleri bağlayıcı olarak kabul etmesine sessiz kalmaları ile aslında gayri resmi bir biçimde sözleşmenin hükmü değişmiş ve geçici tedbirlerin bağlayıcı olduğu kabul edilmiştir.⁵⁵

Geçici tedbirlerin bağlayıcılığı konusunda ICSID hakem heyeti kararları ve doktrinindeki görüşler değerlendirildiğinde ilk olarak her iki görüşün de argümanlarını Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin anlaşmaların yorumu

⁵¹ ibid 179.

⁵² Safar Safarli, ‘Enforcement of Provisional Measures Rendered Under Article 47 of The ICSID Convention: A State’s Prerogative?’ (8 August 2022) s.14. <<https://ssrn.com/abstract=4184368>> erişim tarihi 28.12.2022.

⁵³ ibid.

⁵⁴ Gazzini and Kolb (n 7) 182.

⁵⁵ ibid.

maddelerine dayandırdıkları görülmektedir. İlgili sözleşmenin anlaşmaların yorumu konusunda getirdiği düzenlemelerin uluslararası örfi hukuk olarak kabul edilmiş olması karşısında bu ilkelerin Türkiye gibi söz konusu sözleşmenin tarafı olmayan ülkeler bakımından da uygulanabileceği belirtilmelidir.⁵⁶ Her iki görüşün argümanları konusunda ise öncelikle geçici tedbirlerin bağlayıcılığı konusunda salt amaçsal yorum sonucu varılan neticenin kabulünün mümkün olmadığı görülmektedir. Zira amaçsal yorumda yalnızca ilgili 47.maddenin amacından ziyade ICSID Sözleşmesinin amacı dikkate alınmalı ve bu sözleşmenin de temel amaçlarından birisinin yabancı yatırımcılar ile devletler arasındaki dengenin korunması olduğu dikkate alınarak yorum yapılmalıdır. Bu sebeple ICSID Sözleşmesinin genel amacı ve madde metnindeki açık ifade göz ardı edilerek geçici tedbirlerin sınırlı amaçsal yorum yapılarak bağlayıcı olduklarının kabul edilmesi mümkün değildir. Bunun yanında Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 31.maddesinin 3.fıkrası çerçevesinde devletlerin sessiz kalmak suretiyle ICSID Sözleşmesinin 47.maddesini gayri resmi olarak değiştirmiş olmaları da mümkün değildir. Bu noktada öncelikle belirtilmesi gereken nokta geçici tedbirlerin bağlayıcı oldukları konusunda yapılan uygulamanın esas olarak devletlerden ziyade hakem heyetlerinin uygulamasından ileri geldiğidir.⁵⁷ Devletlerin bu uygulamaya tamamen sessiz kaldıklarını da söylemek mümkün olmayıp, başta Türkiye olmak üzere bazı devletlerin geçici tedbirler konusunda birçok kez hakem heyetlerine karşı çıktıkları⁵⁸ veya bazı durumlarda sadece zorunluluk duygusundan ileri gelen bir nedenle sessiz kaldıkları müşahede edilmektedir.⁵⁹

ICSID tahkiminde verilen geçici tedbirlerin bağlayıcı olmadığı yönünde yapılan değerlendirmeden sonra bu değerlendirmeyi destekler mahiyette belirtilmesi gereken son husus da 2022 yılında ICSID Tahkim Kurallarında yapılan değişikliklerde geçici tedbirlerin verilme şartları başta olmak üzere yapılan çeşitli değişikliklere rağmen “tavsiye edebilir” hükmünün muhafaza edilmiş olmasıdır. ICSID Sözleşmesinin açık hükmüne rağmen zaten böyle bir radikal değişikliğin yapılmasının mümkün olmadığı görülse de Tahkim Kurallarında herhangi bir değişikliğin olmaması ICSID tahkimi sisteminde ceza yargılamalarını durdurma başta olmak üzere verilen bütün geçici tedbirlerin bağlayıcı nitelikte olmayan tavsiyelerden ibaret olduğunu bir kez daha göstermiştir.

⁵⁶ Ylli Dautaj and Bruno Gustafsson, ‘Provisional Measures in Investor-State Arbitration: States Playing Games in Local Courts by Invoking the Trump Card (Police Powers)’ 2019 4(1) University of Bologna Law Review 27, 36.

⁵⁷ Safarli (n 52) 24.

⁵⁸ *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplin v Plurinational State of Bolivia*

⁵⁹ Safarli (n 52) 24.

B. Geçici Tedbir Verilmesinin Şartları

ICSID tahkiminde geçici tedbir verilmesi hususunu düzenleyen asıl hüküm olan sözleşmenin 47.maddesinde geçici tedbirlerin hangi durumlarda hakem heyetleri tarafından verileceğine dair şartlar yer almamaktadır. Geçici tedbirlerin nasıl verileceğinin daha detaylı olarak düzenlendiği 2006 yılı ICSID Tahkim Kurallarında da benzer şekilde geçici tedbirlerin verilmesine ilişkin şartların neler olacağı yer almamaktaydı. Ancak ICSID tahkim heyetleri sözleşmenin ve tahkim kurallarının yorumlanması yoluyla geçici tedbirlerin hangi şartların gerçekleşmesi halinde verilebileceği konusunda uygulamada temel olarak bir içtihat birliği geliştirmiştir.⁶⁰ Aranılan söz konusu şartlar konusunda uygulama incelendiğinde tahkim taraflarının çoğu zaman bu şartlar konusunda herhangi bir ihtilafa düşmedikleri görülmektedir.⁶¹ Buna göre hakem heyetleri taraflardan birisinin geçici tedbir talebi hakkında karar vermeden önce esas olarak 3 şartın gerçekleşmesi gerektiğini kabul etmektedir.

ICSID hakem heyetlerinin geçici tedbir uygulanabilmesi için aradıkları şartlardan ilki geçici tedbir talep eden tarafın bu geçici tedbirle korunacak bir hakkının olduğunu ortaya koyması gerektirir.⁶² Korunacak hakkın bu bakımdan tahkim konusunun esasına ilişkin olması zorunlu olmayıp tahkim usulüne ilişkin olması da mümkündür.⁶³ Bu kapsamda tarafların geçici tedbir taleplerinde sıklıkla korunmasını istedikleri hakların başında tahkim süreci ile oluşan durumun muhafazası ve durumun daha da ağırlaştırılmaması hakkı, tanıkların veya belgelerin korunmasına ilişkin usuli bütünlük hakkı (*right to procedural integrity*) ve tahkimin münhasırlığı hakkı (*right to exclusivity*) gelmektedir.⁶⁴

ICSID Tahkim Kurallarından ziyade geçici tedbirlerin verilmesi şartları bakımından UAD içtihatlarından referans alınarak uygulanan diğer iki şart ise aciliyet (*urgency*) ve gereklilik (*necessity*) şartlarıdır.⁶⁵ Aciliyet şartı açısından hakem heyetleri geçici tedbirle korunması istenen hakkın hakem heyeti kararını bekleyemeyecek durumda olması gerektiğini aramaktadır.⁶⁶ Geçici tedbir verilebilmesi için sıklıkla aranan bir diğer şart da geçici tedbirin gerekliliğidir.⁶⁷ Bu bakımdan geçici tedbir verilmediğinde telafi edilemeyecek zarar (*irreparable harm*) meydana geleceği ve bu zararın hakem kararı neticesinde verilebilecek tazminat ile karşılanamayacak olması durumunda gereklilik şartının yerine

⁶⁰ *Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia* para 69.

⁶¹ Zarra (n 6) 90.

⁶² Brown (n 1) para 106.

⁶³ Stern (n 40) 861.

⁶⁴ Brown (n 1) para 106.

⁶⁵ Luttrell (n 19) 397.

⁶⁶ Stern (n 40) 862-863.

⁶⁷ ibid 862.

gelmiş olacağını genellikle kabul edilmektedir.⁶⁸ Geçici tedbir verilebilmesi için aranan gereklilik şartı bağlamında hakem heyetlerinin aramış olduğu telafi edilemez zarar unsurunun geçici tedbiri talep eden açısından karşılanması zor bir şart olduğunu ifade eden bazı hakem heyetleri nadiren de olsa gereklilik şartı bakımından daha düşük bir eşik benimsemiş ve gereklilik şartının yerine getirilmiş sayılabilmesi için talep edenin geçici tedbir talebi kabul edilmezse önemli zarara (*substantial harm*) uğrayacağını ortaya koyması halinde bu şartın yerine geldiğini kabul etmişlerdir.⁶⁹ Bazı hakem heyetlerince ‘telafi edilemez zarar’ yerine ‘önemli zarar’ın gerçekleşmesinin aranması ICSID tahkimi bakımından geçici tedbirlerin etkinliğini korumak bakımından önemli bir adımdır. Zira tahkim süreci bakımından geçici tedbir talebinde bulunan taraflardan çoğunun söz konusu talepleri kabul edilmediğinde uğrayacakları zarar telafi edilmez olmayıp bir şekilde tazminatla telafi edilebilecek boyutta kalmaktadır. Bu sebeple hakem heyetlerince telafi edilemez zarar şartının katı bir biçimde aranması birçok geçici tedbir talebinin reddine yol açmakta ve uzun vadede ICSID tahkiminde diğer tahkimlere nazaran daha yüksek oranda geçici tedbir talebi reddi oranı çıkmasına yol açmaktadır.

Öte yandan, bahse konu üç şarta ilave olarak son zamanlarda bazı hakem heyetlerince ölçülülük (*proportionality*) şartının da arandığı görülmektedir.⁷⁰ Geçici tedbirin ölçülü olup olmadığı bağlamında hakemler geçici tedbirin verilmesi halinde talep eden tarafın elde edeceği menfaatle bu tedbir neticesinde diğer tarafın uğrayacağı zarar arasında bir dengeleme yapmaktadır. Özellikle ulusal ceza yargılamalarının durdurulmasını öngören geçici tedbirler bakımından hakem heyetleri bu şartı daha fazla oranda uygulamakta ve devletlerin en temel egemenlik alanına müdahale niteliği taşıyan bu geçici tedbirlerde diğer tarafın elde edeceği menfaatin bu müdahaleden dolayı oluşan zarardan daha fazla olması gerektiğini kabul etmektedirler.⁷¹

Hakem heyetlerinin uygulamalarıyla benimsenen söz konusu şartlar 2022 yılında ICSID Tahkim Kurallarında yapılan değişikliklerle yeni Tahkim Kurallarının 47.maddesinin içerisinde yer almıştır. Böylelikle hakem heyetlerinin geçici tedbirlerin verilebilmesi konusunda aradıkları şartların neler olacağını netleştirilmiş ve tutarsız olabilecek uygulamaların önüne geçilmesi hedeflenmiştir. 2022 ICSID Tahkim Kurallarının 47.maddesinde geçici tedbirlerin ve-

⁶⁸ *Occidental Petroleum Corporation v. the Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11, Decision on Provisional Measures, (17.08.2007) para 59.

⁶⁹ *City Oriente Limited v. The Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petroleos Del Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/21, Decision on Revocation of Provisional Measures and Other Procedural Matters, (13.05.2008) para 72.

⁷⁰ Brown (n 1) para 101.

⁷¹ *Hydro S.r.l. and others v. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/15/28, Order on Provisional Measures, (03.03.2016) para 3.16.



rilebilmesi için aranan şartlar örnek olarak sayılmıştır. Anılan madde uyarınca hakemlerin geçici tedbir taleplerini aciliyet, gereklilik ve ölçülülük şartları bakımından incelemeleri gerektiği düzenlenmiştir. Son yıllarda verilen geçici tedbirlerde artan bir şekilde aranan ölçülülük şartının yeni madde metnine dahil edilmesi özellikle ceza yargılamalarını durduran geçici tedbirlerin verilmesinde hakemlerin bu tedbirlerin devletlere olan etkisini daha dikkatli bir biçimde ele alması zorunluluğu getirmiştir. Böylelikle hakemlerin yeterli bir şekilde inceleme yapmadan devletlerce yürütülen ceza davalarını durdurmaya karar vermelerinin ve uzun vadede yatırım tahkiminin meşruiyetinin sorgulanmasının önüne geçilmeye çalışıldığı görülmektedir.

C. Geçici Tedbirlerin İcrası ve Uyulmamasının Sonuçları

ICSID tahkiminde hakem heyetlerinin verdikleri geçici tedbirlerin bağlayıcı olup olmadıkları tartışmasının ötesinde söz konusu geçici tedbirlerin nasıl icra edileceği hususu da netleştirilmiş değildir. ICSID Sözleşmesinin 54.maddesinde düzenlenen tenfiz usulü kapsamına sadece nihai hakem kararları (*award*) dahil edilmiş olup geçici tedbirlerin bu bakımdan 54.madde çerçevesinde icrası mümkün olmamaktadır.⁷² Öte yandan ICSID tahkimi kapsamında verilen geçici tedbirlerin yine sadece nihai hakem kararlarının tenfizini düzenleyen 1958 tarihli “Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi” çerçevesinde de icrası söz konusu olmamaktadır.⁷³ Geçici tedbirlerin ICSID Sözleşmesi veya New York Sözleşmesi kapsamında tenfizinin mümkün olmayacağı belirtildikten sonra incelenmesi gereken konu verilen geçici tedbirlere uyulmamasının bir sonucu olup olmadığı ve eğer bir sonucu olacaksa bunların neler olduğudur.

Tahkim taraflarının ve bilhassa geçici tedbirlerin muhatabı olan devletlerin geçici tedbirlerin bağlayıcı olduklarını kabul etmeseler dahi büyük ölçüde hakem heyetlerinin ICSID tahkim yargılamaları sırasında verdikleri geçici tedbirlere uydukları görülmektedir.⁷⁴ ICSID Sözleşmesi bağlamında geçici tedbirlere uymamanın açıkça düzenlenen bir yaptırımı olmamasına rağmen devletlerin bu geçici tedbirleri yerine getirmelerinde ICSID tahkiminin Dünya Bankası nezdinde kurulmuş olması ve devletlerin geçici tedbirlere uymayarak Dünya Bankası veya diğer önemli kredi kuruluşlarından ileride alabilecekleri kredileri riske atmak istememelerinin önemli bir rol oynadığı düşünülmektedir.⁷⁵ Bunun yanında devletlerin geçici tedbirlere uymayarak hakem heyetleri nezdinde olumsuz bir intiba bırakmaktan ve uzun vadede potansiyel yatırımcı-

⁷² Safarlı (n 52) 30.

⁷³ ibid 33.

⁷⁴ Luttrell (n 19) 395.

⁷⁵ Ekşi (n 19) 7.

larca tahkim dostu olmayan bir ülke olarak görülmekten endişe duymalarının da bu konuda bir etkisinin olabileceği görülmektedir.⁷⁶ Buna karşılık ulusal mahkemelerce yürütülen ceza yargılamalarını durdurmaya yönelik geçici tedbirler söz konusu olduğunda devletlerin bu mülahazaları çoğu zaman geride bırakarak egemenlik haklarına vurgu yapmak suretiyle söz konusu geçici tedbirlere daha az oranda riayet ettikleri görülmektedir.⁷⁷

Doktrinde geçici tedbirlere uyulmamasının yaptırımın neler olacağı konusunda görüş birliği bulunmamakta ve özellikle geçici tedbirlerin bağlayıcı olarak kabul edilip edilmemesine dayalı olarak farklı görüşler ileri sürülmektedir. ICSID hakem heyetlerinin vermiş oldukları geçici tedbirlerin UAD içtihatlarından hareketle Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 31.maddesinin 1.fıkrasındaki amaçsal yorum sonucunda bağlayıcı olduklarını savunanlar ICSID Sözleşmesi 47.maddesi uyarınca verilen geçici tedbirlerin devletler bakımından uluslararası yükümlülük (*international obligation*) oluşturduğunu kabul etmektedirler.⁷⁸ Özellikle ceza yargılamalarının durdurulmasına ilişkin geçici tedbirlerin ulusal mahkemelerce yerine getirilmemesi halinde mahkemelerin eylemlerinin devlete atfedilebilir eylemler olması nedeniyle geçici tedbirleri yerine getirmemek devletlerin uluslararası sorumluluğunu doğuran uluslararası yükümlüğün ihlali (*internationally wrongful act*) anlamına gelmektedir.⁷⁹ Bu ihlal neticesinde yapılması gereken ilk şey ihlalin durdurulması (*cessation*) olup daha sonra zararın giderilmesi (*reparation*) konusu devreye girecektir.⁸⁰

Geçici tedbirlerin tavsiye niteliğinde olduğunu savunanlar ise temel argüman olarak ICSID Sözleşmesinin hazırlık aşamasında geçici tedbirlere uymamaya yaptırım getirilmesi önerisinin kabul edilmemesini ileri sürmektedirler.⁸¹ Bu sebeple ICSID Sözleşmesinde yaptırma bağlanmayan geçici tedbirlere uyulmamasının devletler açısından uluslararası sorumluluk doğurması mümkün değildir. Her ne kadar geçici tedbirlere uymamaya somut bir yaptırım getirilmiş olmasa da Sözleşme görüşmeleri sırasında geçici tedbirlere uyulmaması halinde hakem heyetlerince menfi çıkarım yapılabileceğine, zararın hesabında veya masraf paylaşımında tedbirlerin yerine getirilmemesi durumunun dikkate

⁷⁶ Zannis Mavrogordato and Gabriel Sidere, ‘Nature of Enforceability of ICSID Provisional Measures’ (2009) 3 (4) Rom Arb J 29, 41-42.

⁷⁷ Le Bars (n 24) 71.

⁷⁸ *Nova Group Investments, B.V. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/16/19, Expert Statement of Stephen M. Schwebel (UK Proceedings) (03.06.2017) para 61.

⁷⁹ *Certain Activities Carried Out By Nicaragua In The Border Area (Costa Rica v Nicaragua)* Judgment (16.12.2015) para 121-129

⁸⁰ McRae (n 8) 239.

⁸¹ Brown (n 1) para 44.

alınabileceğinin genel olarak kabul gördüğü görülmektedir.⁸²

Geçici tedbirlere uyulmamasının sonuçlarının neler olabileceği konusundaki görüşler incelendiğinde öncelikle geçici tedbirlere uyulmamasının devletlerin uluslararası sorumluluğunu doğuracağı görüşünün kabul edilemez olduğu açıkça ortaya çıkmaktadır. Zira ICSID Sözleşmesinde açıkça tavsiye niteliğinde olduğu belirtilen ancak hakem heyetlerinin yetkilerini aşan bir yorumu yoluyla bağlayıcı olduğu kabul edilen ve yine uyulmamasına bir yaptırım getirilmeyen geçici tedbirlere uyulmamasının bir uluslararası sorumluluk oluşturması mümkün değildir. Ancak geçici tedbirlere uymamanın hiçbir sonucu olmayacağını da söylemek aynı şekilde mümkün değildir. Her ne kadar sadece delillerin sunulması aşaması bakımından özel olarak öngörülen menfi çıkarım yapılabilmesi yolunun⁸³ geçici tedbirlere uymamada gündeme gelmesi mümkün değilken hakemlerin masrafların paylaşımı ve zararın hesabı gibi konularda geçici tedbirlere uyulmadığında takdir haklarını devletler aleyhine kullanabilmeleri mümkündür. Bu bakımdan geçici tedbirlerin yerine getirilmemesinin hakem heyetince çeşitli araçlarla dikkate alınabileceği ve bunların önemli sonuçlar doğurabileceği unutulmamalıdır.

II. İPEK INVESTMENT TAHKİMİNDE CEZA YARGILAMASININ DURDURULMASINA YÖNELİK VERİLEN GEÇİCİ TEDBİRİN ANALİZİ

Davacı İpek Investment şirketi Türkiye Cumhuriyeti Devletine karşı başlatmış olduğu tahkim davasında, verdiği dilekçe⁸⁴ ile ICSID hakem heyetinden diğer iddialarının yanında şirket hissedarları, potansiyel tanık olabilecek bazı aile üyeleri ve avukatlarından oluşan bazı kişiler hakkında Türkiye’de yürütülen ceza davalarının askıya alınmasını öngören bir geçici tedbir verilmesini talep etmiştir.⁸⁵ Bu dilekçede davacı geçici tedbir ile korunmasını istediği haklarının tahkim sürecinin doğru bir şekilde yürütülmesi hakkı ve tahkim süreci ile oluşan durumun korunması haklarına dayandırmıştır.⁸⁶ Davacı bazı muhtemel tanıklarının tahkim davasında ifade vermelerinin engellenmesi ve ceza yargılamalarının tahkim davasını açan davacıya karşı kötü niyetli olarak yürütülmesi gibi durumları korunması gereken haklar kapsamında ileri sürmüştür.⁸⁷

⁸² Le Bars (n 24) 71.

⁸³ Michael Polkinghorne and Charles B. Rosenberg, ‘The Adverse Inference in ICSID Practice’ 2015 30 (3) ICSID Review 741, 743.

⁸⁴ *İpek Investment Limited v Republic of Türkiye* ICSID Case No.ARB/18/18, Claimant’s Request for Provisional Measures (15.11.2018)

⁸⁵ *İpek Investment Limited v Republic of Türkiye* ICSID Case No.ARB/18/18, Provisional Order No.5 (19.09.2019) para 1.2.

⁸⁶ ibid para 51.

⁸⁷ ibid

Davalı Türkiye Cumhuriyeti Devleti ise ceza yargılamalarının önemli bir terör tehdidi nedeniyle başlatıldığını, ceza yargılamalarının devletin en temel egemenlik yetkilerinden olduğunu, kaldı ki ceza yargılamalarının tahkim sürecinden evvel başladığını ve son olarak da ceza yargılamalarının durdurulması için aşılması gereken yüksek eşğin bu talepte aşılmadığını belirtmiştir.⁸⁸

Her iki tarafın ikiye tur vermiş olduğu dilekçeleri inceleyen hakem heyeti 19 Eylül 2019 tarihinde verdiği kararda öncelikle Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ICSID Sözleşmesine taraf olarak egemenlik hakkına müdahale niteliğinde olabilecek geçici tedbirlerin hakem heyetlerince verilebilmesine rıza gösterdiğini ifade etmiştir.⁸⁹ Hakem heyeti daha sonra geçici tedbir verilebilme şartlarını incelemeyen önce davacının ilk görünüşte (*prima facie*) hakem heyetinin yetkili olduğunu ortaya koyması gerektiğini belirtmiş ve yaptığı inceleme neticesinde henüz yetkili olup olmadığı konusunda kesin karar verilmemiş olsa da ilk görünüşte yetkili olduğunun ortaya konulduğunu ifade ederek geçici tedbir verilebilmesi şartlarını incelemeye başlamıştır.⁹⁰

Hakem heyeti geçici tedbir kararı verebilmesi için davacının öncelikle korunması gereken bir hakkı olması gerektiğini, ulusal mahkemelerde yürütülen ceza davalarının kural olarak tahkimin münhasırlığı hakkını ihlal etmediğini zira tahkim yargılaması ile ceza davasının konularının birbirinden farklı olduğunu ifade etmiştir.⁹¹ Ancak Türkiye’de yürütülen ceza yargılamalarının muhtemel tanıkların ifade vermesini engellemesi ve delil ikamesi sürecinde taraflar arasında eşitsizliğe yol açması gibi nedenlerden ötürü tahkimin bütünlüğüne zarar verdiğini ve bu noktada davacının korunması gereken bir hakkı olduğunu kabul etmiştir.⁹²

Geçici tedbirlerin verilebilme şartları konusunda hakem heyeti daha sonra istenen geçici tedbirin acil olma ve gerekli olma şartlarını sağlaması gerektiğini belirtmiştir.⁹³ Bu kapsamda hakem heyeti bazı avukatlar aleyhinde yürütülen ceza yargılamalarının davacının Türkiye’de hukuki destek alacak avukatlar bulmasına mani olmasını, ceza yargılamalarında elde edilen delillerin davalı tarafından kullanılarak taraflar arasındaki eşitliğin bozulabilecek olmasını ve muhtemel tanıkların ifade vermesinin zorlaştırılmasını telafi edilemez zararlar olarak değerlendirmiştir.⁹⁴ Geçici tedbir istenen konunun ulusal mahkemelerde yürütülen ceza yargılamasının durdurulması olması nedeniyle geçici tedbir

⁸⁸ ibid para 52.

⁸⁹ ibid para 3.

⁹⁰ ibid para 16-30.

⁹¹ ibid para 53.2.

⁹² ibid.

⁹³ ibid para 8.2-8.3.

⁹⁴ ibid para 68.



verilebilmesi eşiğinin yüksek olacağını⁹⁵ ortaya koyan hakem heyeti ölçülülük analizinin de yapılması gerektiğini ifade etmiş⁹⁶ ve ceza davalarının durdurulmasının sadece hakem kararı verilene kadar olan süreci etkilemesi nedeniyle etkilerinin sınırlı olacağından hareketle bu şartın da yerine getirildiği sonucuna varmıştır.⁹⁷ Tüm bu sebeplerle hakem heyeti Türkiye’de yürütülen ceza davalarının hakem kararı verilene kadar durdurulması şeklinde geçici tedbir kararı vermiştir.⁹⁸

Söz konusu geçici tedbir kararının verilmesi üzerine davacı avukatları bu kararı Ankara Ağır Ceza Mahkemesine sunarak yürütülen ceza yargılamaların durdurulmasına karar verilmesini talep etmişlerdir. Ancak mahkeme söz konusu karara uymayacağını belirtmiş ve yargılamaya devam etmiştir.⁹⁹ Öte yandan 8 Aralık 2022 tarihinde *İpek Investment* tahkim davası sonuçlanmış ve hakem heyeti tahkim yargılaması bakımından yetkisiz olduğuna karar vermiştir. Tahkim davasında esasa girilmemiş olması nedeniyle hakem heyeti Türk mahkemelerinin ceza davalarının durdurulmasına yönelik verilen geçici tedbirlere uymamasına ilişkin herhangi bir sonuç öngörmemiştir.¹⁰⁰

ICSID hakem heyetinin vermiş olduğu söz konusu geçici tedbir ile ilgili belirtilmesi gereken ilk husus hakem heyetinin bu kararı verme süresinin geçici tedbir verilme ortalama süresi olan 3-4 aydan farklı olarak yaklaşık 10 ay olmasıdır.¹⁰¹ Söz konusu sürenin uzamasında tarafların ikişer tur dilekçe vermesi, bir duruşma yapılması ve ilave konular bakımından tekrardan ikişer tur dilekçe verilmesinin etkili olduğu açıkça görülmektedir. Hakem heyetinin bu kararda geçici tedbir kararı veren diğer hakem heyetlerinden büyük ölçüde ayrılarak geçici tedbirlerin bağlayıcı olup olmadığı tartışmasını hiç yapmadığı, önceki tahkim davalarına atıf yapma şeklinde bir yolu dahi tercih etmediği görülmektedir. Hakem heyetinin herhangi bir tartışma yapmadan geçici tedbirlerin bağlayıcı olduğunu ön kabul olarak ele alması bu kapsamda bir eksiklik olarak değerlendirilmektedir.

Geçici tedbir verilmesine ilişkin hakem heyetinin uyguladığı şartlar incelendiğinde hakem heyetinin geçici tedbirin gerekli olması gerektiği ve bu sebeple ‘telafi edilemez zararın’ oluşacak olması gerektiğini kabul ettiği görülmüştür. Ancak buna rağmen bu standardın altında kalan ‘önemli zarar’ kri-

⁹⁵ ibid para 53.4.

⁹⁶ ibid para 53.5

⁹⁷ ibid para 70.

⁹⁸ ibid para 121.2.

⁹⁹ Ankara 24. Ağır Ceza Mahkemesi Esas No:2017/44 Karar No:2020/5

¹⁰⁰ *İpek Investment Limited v Republic of Türkiye* ICSID Case No.ARB/18/18, Award (08.12.2022)

¹⁰¹ Luttrell (n 19) 396.

terini tatbik etmiş olması geçici tedbire hükmetmesini kolaylaştırmıştır. Bunun yanında hakem heyetinin ceza yargılamalarını durdurmaya yönelik geçici tedbirler söz konusu olduğunda ölçülülük kriterinin uygulanmasını kabul etmesi genel uygulama ile örtüşse de hakem heyetinin ölçülülük analizini yüzeysel bir şekilde yaptığı ve bu geçici tedbirin Türkiye aleyhine sonuçlarını yeterli ölçüde dikkate almadığı görülmektedir. Benzer şekilde hakem heyetinin bu tür geçici tedbirlerin verilmesi için yüksek eşik aranması hususunu ifade etmesine rağmen analizinde geçici tedbir verilmesini gerektiren durumların yüksek eşiği aştığını gösteren durumları ortaya koymadığı görülmektedir. Son olarak Türkiye’de başlatılan ceza davalarının esasında tahkim süreci başlamadan evvel başlatılmasının aslında bu ceza davalarının tahkim sürecine karşı intikam duygusundan ileri gelmediğini açıkça göstermesine rağmen bu durumun hakem heyetince yeterince önemsemediği görülmektedir.

III. TÜRKİYE CUMHURİYETİ DEVLETİNE KARŞI İLERİDE AÇILCAK TAHKİM DAVALARINDA VERİLEBİLECEK GEÇİCİ TEDBİRLER HUSUSUNDA İZLENMESİ GEREKEN YOL

Libananco tahkiminde sadece bazı delillerin yok edilmesi ve bazı kişiler aleyhinde yapılan takibin durdurulması ile ilk kez bir tahkim heyetinin verdiği geçici tedbirle egemenlik alanına müdahale edilen Türkiye Cumhuriyeti, *İpek Investment* tahkiminde ceza yargılamasının durdurulmasına yönelik verilen geçici tedbirle daha ileri bir seviyede bir müdahale ile karşılaşmıştır. ICSID tahkiminde ceza yargılamalarının durdurulması yönünde talep edilen geçici tedbirlerin son yıllarda artması bu konunun Türkiye bakımından ileride tekrar gündeme gelebilme ihtimalini de artırmaktadır. Bu noktada Türkiye’nin ICSID Tahkim Kuralları reform çalışmalarında olduğu gibi geçici tedbirlerin sadece tavsiye niteliğinde olduğu hususunun altını ısrarla çizmeye ve ICSID hakem heyetlerinin ulusal mahkemelerde yürütülen ceza davaları durdurmaya yönelik geçici tedbirler başta olmak üzere devletlerin egemenlik haklarına müdahale eden geçici tedbirlere karar veremeyeceğini savunmaya devam etmesi yerinde bir tutum olarak görülmektedir. Zira Türkiye başta olmak üzere ICSID tahkimi açısından önemli olan ülkelerin bu konuda ısrarlı ve kararlı bir tavır göstermeleri birçok hakem heyetinin yeterli analizi yapmadan ve kolaylıkla bu yönde geçici tedbir vermelerine engel olacaktır.

Türkiye açısından geçici tedbirlerin bağlayıcı olmadığı savunmasını sürdürmek ve ceza yargılamalarını durduran geçici tedbirlerin verilmemesi gerektiğinde ısrar etmek önemli olsa da hakem heyetlerinin mevcut ve istikrarlı uygulamaları karşısında verilmiş olan geçici tedbirlere riayet edilmemesinin yaratabileceği sonuçlar da dikkatle değerlendirilmelidir. Bu noktada her ne kadar *İpek Investment* kararında hakem heyeti davayı yetkisiz olmasından hareketle reddettiği için daha önce vermiş olduğu geçici tedbir kararına Türkiye’nin



uymamasının sonuçları hakkında herhangi bir görüş ileri sürmese de Türkiye geçici tedbir kararının gereklerini yerine getirmeyerek riskli bir karar almıştır. Olası bir hakem kararında hakem heyetinin devletin verilen geçici tedbire uymamasını dikkate alarak zararın hesabında artışa gitmesi veya tahkim masraflarının paylaşımında devlet aleyhine takdir hakkını kullanmasının Türkiye aleyhinde doğuracağı zararın daha kötü sonuçlar doğurabileceği görülmektedir. Bu nedenle hakem heyetleri ceza davalarını askıya alan geçici tedbirler vermekten vazgeçene kadar Türkiye’nin ileride verilmesi olası ceza davalarını durdurmaya yönelik geçici tedbirlerin gerekliliklerini yerine getirmesi olası ağır riskler dikkate alındığı daha makul bir yol olarak görülmektedir.

SONUÇ

ICSID hakem heyetlerince verilen geçici tedbirlerin, bu tedbirler içerisinde önemli bir yer kaplayan ceza yargılamaların durdurulmasına yönelik geçici tedbirlerin niteliğinin ve bu tedbirlere uyulmamasının sonuçlarının incelendiği bu çalışmada varılan sonuçlardan ilki hakem heyetlerinin yetkilerini aşan bir yorumla geçici tedbirleri bağlayıcı olarak kabul ettikleridir. Geçici tedbirlerin bağlayıcı olduğu sonucunu doğuran yorum tekniklerinin Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesine aykırı bir şekilde uygulandığı kanaatindeyiz. Hakem heyetlerinin geçici tedbirlerin bağlayıcı olduğuna dayanak olarak UAD içtihatlarını doğrudan iktibas etmeleri de ICSID Sözleşmesi ve UAD Statüsü arasında önemli farklar olması nedeniyle kabul edilemezdir. Tüm bunların yanında 2022 yılında ICSID Tahkim Kurallarında yapılan değişikliklerde geçici tedbirlerin tavsiye niteliğinde olduğu düzenlemesinin korunması hakem heyetlerinin istikrarlı uygulamasına rağmen geçici tedbirlerin bağlayıcı olduğu sonucunun kabul edilmediğinin en açık göstergesidir.

Bu çalışmada ortaya çıkan sonuçlardan birisi de hakem heyetlerinin geçici tedbirlerin verilebilmesi için genellikle aradıkları şartların 2022 Tahkim Kurallarında örnek kabilinden sayılmasının ilerleyen yıllarda verilecek geçici tedbirler konusunda daha tutarlı kararların ortaya çıkmasını sağlayacak olmasıdır. Bu noktada özellikle ceza yargılamalarının durdurulması geçici tedbirlerinde hakem heyetlerinin aradıkları bir şart olan ölçülülük şartının artık tüm geçici tedbirlerde aranması gereken şartlardan biri olarak sayıldığı belirtilmelidir. Ancak hakem heyetlerinin ölçülülük şartını *İpek Investment* tahkiminde olduğu gibi yüzeysel olarak değil, geçici tedbirin her iki tarafa olan etkisinin detaylı olarak tartışılması şeklinde uygulaması düzenlemenin ruhuna daha uygun bir tutum olarak gözükmektedir.

Bağlayıcılığı konusunda zıt görüşler bulunan geçici tedbirlerin gereğinin yerine getirilmemesi halinde sonuçların ne olacağı konusunda da tartışmaların olduğu bu çalışmada ortaya çıkan sonuçlardan birisidir. Bu kapsamda devletlerin her ne kadar kredi kuruluşlarını, hakem heyetlerini veya ileride yatırım

yapabilecek kişileri ürkütmemek adına genellikle geçici tedbirlerin gereğini yerine getirmelerine rağmen ceza yargılamalarını durduran geçici tedbirler söz konusu olduğunda **İpek Investment** tahkiminde olduğu gibi daha az oranda bu tedbirlere uydukları ortaya çıkmaktadır. Söz konusu geçici tedbirlere uyulmaması halinde bu tedbirler bağlayıcı olarak kabul edilemeyeceği için devletlerin uluslararası sorumluluğu doğmayacak olsa da hakem heyetlerinin zararın hesabında veya tahkim masraflarının paylaşımında bu durumu dikkate alabilmeleri mümkündür.

Çalışma kapsamında özel olarak incelenen **İpek Investment** tahkiminde verilen geçici tedbirde hakem heyetinin geçici tedbirlerin bağlayıcı olup olmadığını dahi tartışmadığı, özellikle ölçülülük standardını çok yüzeysel olarak uyguladığı ve ceza yargılamasını durdurmak için yüksek eşik araması gerekmesine rağmen bu eşğin aşıldığını ortaya koyamadığı görülmüştür. Bu bakımdan verilen bu geçici tedbir hakem heyetlerinin devletlerin egemenlik alanlarına kolayca müdahale edebildiğini göstermekte ve bu nedenle ICSID tahkim sisteminin meşruiyetinin sorgulanmasına sebep olmaktadır. Ancak devletlerin hakem heyetlerinin yetkileri aşan bir şekilde ve yanlış bir değerlendirmeyle verdikleri ceza yargılamalarının durdurulması tedbirin yanlışlığından ziyade uymamanın olası ekonomik sonuçlarına odaklanmaları gerekmektedir. Bu noktada ceza yargılamalarının yalnızca tahkim davasında karar verilene kadar askıya alınmasını öngören geçici tedbirler söz konusu olduğunda devletlerin bu geçici tedbirin sınırlı etkisi karşısında uymama halinde çok ciddi meblağların söz konusu olduğu tahkim masrafları veya zararları dikkate alarak bu geçici tedbirleri yerine getirmeleri daha uygun bir çözüm olarak gözükmektedir.

KAYNAKÇA

Davalar

Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain ICSID Case No. ARB/97/7, Procedural Order No.2 (28.10.1999)

LaGrand Case (Germany v United States of America) ICJ Judgment of 27 June 2001

Tokios Tokelés v. Ukraine ICSID Case No. ARB/02/18, Order No.1 (01.07.2003)

Occidental Petroleum Corporation v. the Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11, Decision on Provisional Measures, (17.08.2007)

City Oriente Limited v The Republic of Ecuador ICSID Case No. ARB/06/21, Decision on Provisional Measures (19.11.2007)

Libananco Holdings Co. Limited v The Republic of Turkey ICSID Case No. ARB 06/08 ICSID Decision on Preliminary Issues. (23.06.2008)



Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v Plurinational State of Bolivia ICSID Case No. ARB/06/2, Decision on Provisional Measures, (26.02.2010)

Lao Holdings N.V. v The Lao People’s Democratic Republic ICSID Case No. ARB(AF)/12/6, Ruling on Motion to Amend The Provisional Measures Order (02.09.2013)

Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, Procedural Order No.9 (08.07.2014)

RSM Production Corporation v Saint Lucia ICSID Case No.ARB/12/10, Decision on Saint Lucia’s Request for Security for Costs (13.08.2014) Dissenting Opinion of Edward Nottingham

Caratube International Oil Company LLP & Mr. Devincti Salah Hourani v Republic of Kazakhstan ICSID Case No. ARB/13/13, Decision on the Claimant’s Request for Provisional Measures (04.12.2014)

Certain Activities Carried Out By Nicaragua In The Border Area (Costa Rica v Nicaragua) Judgment (16.12.2015)

Hydro S.r.l. and others v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/15/28, Order on Provisional Measures (03.03.2016)

Nova Group Investments, B.V. v. Romania, ICSID Case No. ARB/16/19, Expert Statement of Stephen M. Schwebel (UK Proceedings) (03.06.2017)

İpek Investment Limited v Republic of Türkiye ICSID Case No.ARB/18/18, Claimant’s Request for Provisional Measures (15.11.2018)

İpek Investment Limited v Republic of Türkiye ICSID Case No.ARB/18/18, Provisional Order No.5 (19.09.2019)

Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2, Decision on Provisional Measures (25.09.2021)

İpek Investment Limited v Republic of Türkiye ICSID Case No.ARB/18/18, Award (08.12.2022)

Ankara 24. Ağır Ceza Mahkemesi Esas No:2017/44 Karar No:2020/5

Ankara 4 BAM Esas No: 2020/786 Karar No: 2021/749

Kitap ve Makaleler

Akıncı Z, ‘Yurtdışındaki Yatırımcılarımızın Korunması Açısından ICSID Tahkimi’ (Marmara Hukuk Fakültesi Sempozyum Yayınları, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu 2009) 277-287.

Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim* (5. Baskı, Vedat Kitapçılık 2020)

Ataman-Figenmeşe İ, ‘Son On Yıl İçinde Türkiye’nin Muhatap Olduğu ICSID Davaları’ (Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğler Kitabı 2012) 18-35.

Brown C, ‘Article 47’ in Stephan W. Schill and others (eds), *Schreuer’s Commentary on the ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* (3rd Ed, Cambridge University Press 2022)

Dautaj Y and Gustafsson B, ‘Provisional Measures in Investor-State Arbitration: States Playing Games in Local Courts by Invoking the Trump Card (Police Powers)’ 2019 4(1) *University of Bologna Law Review* 27-71.

Ekşi N, ‘ICSID Hakem Heyetinin Geçici ve Koruyucu Tedbir Kararı Verme Yetkisi’ (2012) I(2) *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi* 3-47.

Gazzini T and Kolb R, ‘Provisional Measures in ICSID Arbitration from Wonderland’s Jurisprudence to Informal Modification of Treaties’ (2017) 16 *Law & Prac Int’l Cts & Tribunals* 159-184.

Goh N, ‘The Power of Tribunals to Enjoin Criminal Proceedings: A Widening Power or Converging High Bar? *Italba Corporation v Oriental Republic of Uruguay Hydro Srl and others v Republic of Albania Teinver and others v Argentine Republic*’ (2018) 33(1) *ICSID Review* 88-102.

Gonin E, ‘How Effective are ICSID Provisional Measures at Suspending Criminal Proceedings before Domestic Courts: The English Example?’ (Kluwer Arbitration Blog, 30 September 2017) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/09/30/effective-icsid-provisional-measures-suspending-criminal-proceedings-domestic-courts-english-example/>> erişim tarihi 28.12.2022.

ICSID, ‘Compendium of State and Public Comments’ (*Working Paper #4* 2021) <<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/Compendium%20of%20State%20Comments%20on%20Proposed%20Amendments%20to%20the%20ICSID%20Rules%20-WP%20%23%204%20-%20As%20of%202021.03.23.pdf>> erişim tarihi 22.01.2023

Kryvoi Y, Goldberg D and Philippov I, ‘Empirical Study: Provisional measures in investorstate arbitration’ (BIICL and White & Case 2023) <<https://www.whitecase.com/sites/default/files/2023-01/empirical-study-provisional-measures-in-investor%E2%80%91state-arbitration-2023.pdf>> erişim tarihi 22.01.2023

Le Bars B, ‘Interim Measures in International Investment Arbitration’ 2019 6(2) *E-Publica* 55- 72.

Luttrell S, ‘ICSID provisional measures ‘in the round’’ 2015 (31) *Arbitration*

International 393-412.

Mavrogordato Z and Sidere G, ‘Nature of Enforceability of ICSID Provisional Measures’ (2009) 3 (4) Rom Arb J 29-44.

McRae D, ‘State Responsibility and Compliance with Provisional Measures under ICSID’ (2022) 37(1-2) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal 232-246.

Polkinghorne M and Rosenberg C, ‘The Adverse Inference in ICSID Practice’ 2015 30 (3) ICSID Review 741-751.

Safarli S, ‘Enforcement of Provisional Measures Rendered Under Article 47 of The ICSID Convention: A State’s Prerogative?’ (8 August 2022). <<https://ssrn.com/abstract=4184368>> erişim tarihi 28.12.2022.

Schwebel M S, ‘Expert Statement of Stephen M. Schwebel’ (Nova Group Investments, B.V. v. Romania, ICSID Case No. ARB/16/19, 3 July 2017) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9745.pdf>> erişim tarihi 28.12.2022.

Stern B, ‘Interim/Provisional Measures’ in Meg Kinnear and others(eds) *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID* (Wolters Kluwer 2016)

Zarra G, ‘The Interference of ICSID Provisional Measures With National Criminal Proceedings’ (2017) 26(1) The Italian Yearbook of International Law Online 83-108.

ANAYASA MAHKEMESİNİN TMK m. 187’NİN İPTALİNE İLİŞKİN KARARININ ANALİZİ VE DÜZENLEME ÖNERİSİ

Analysis of the Constitutional Court’s Annulment Decision Regarding Art. 187 of the Turkish Civil Code and Regulation Proposal

Zeynep GÜLER ÖZER*

ÖZET

Kişinin soyadı üzerindeki hakkı, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’yla ve Türkiye’nin de taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerle koruma altına alınmış, vazgeçilemez, devredilemez, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak niteliği taşımaktadır. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi döneminden bu yana evlilik birliği içindeki kadının, kocasının soyadını taşıması yasal bir zorunluluk olarak düzenlenmiştir. Kadınların evlilik birliği içinde doğumla kazandıkları soyadlarını kullanabilmek için bu düzenlemeye karşı uzun yıllardır verdikleri mücadele, Anayasa Mahkemesinin 22.02.2023 tarihli, evli kadının soyadını düzenleyen 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 187. maddesinin iptaline ilişkin kararıyla başarıya ulaşmış, Türk Hukuku’nda kadın-erkek eşitliğine bir adım daha yaklaşmıştır. Çalışmamızda ilk olarak Türk Hukuku’nda kadının soyadına ilişkin yargısal süreç kısaca açıklandıktan sonra Anayasa Mahkemesinin, iptal kararı değerlendirilecek, bu kararın Kanun’daki diğer hükümlere etkisine değinilecektir. Son kısımda ise soyadı düzenlemelerine ilişkin olarak öğretilerde daha önce sunulmuş görüşler değerlendirilerek, kadın-erkek eşitliği ve özellikle çocuğun soyadına ilişkin olarak uygulamada yaşanan sıkıntılar da gözetilerek Kanun’da, soyadına ilişkin olarak yapılması gerekli değişiklikler için düzenleme önerisi sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kadının soyadı, kadın-erkek eşitliği, çocuğun soyadı, Türk Medeni Kanunu, Anayasa Mahkemesi.

ABSTRACT

The right to one’s surname is a personal right that is protected by the Constitution and international agreements to which Turkey is a party. It is an inalienable and non-transferable right that is strictly linked to the individual. Since the Turkish Civil Code No. 743, it has been a legal requirement for a married woman to take her husband’s surname. Women have been fighting against this regulation for many years to be able to use the surnames they acquire through birth during marriage. With the annulment

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 19.05.2023*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 13.06.2023*

* İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Fakültesi Özel Hukuk Doktora Programı öğrencisi, zeynepgulerozer@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-6477-1291>.



decision of the Constitutional Court on 22.02.2023 regarding Art. 187 of the Turkish Civil Code No. 4721 which regulates the surname of married woman, this struggle has been successful and Turkish law has taken a step closer to gender equality. In this study, after explaining the judicial background regarding woman's surname in Turkish law, the annulment decision will be evaluated, and the impact of this decision on other provisions of the Code will be discussed. In the final section, a proposal for the necessary changes to the Code regarding surnames will be presented.

Key Words: Woman's surname, gender equality, child's surname, Turkish Civil Code, Constitutional Court.

GİRİŞ

Kişinin isim hakkı, devredilemeyen, vazgeçilemeyen ve kişiye sıkı sıkıya bağlı bir kişilik hakkıdır¹. İsim üzerindeki kişilik hakkı hem Anayasa hem de Türkiye'nin de taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerle güvence altına alınmıştır². Evli kadına kocasının soyadını taşıma zorunluluğu getiren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun³ (TMK) 187. maddesi, kadınların kişiliklerinin bir

¹ Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku* (20. Bası, Filiz Kitabevi 2021) 118; Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku* (22. Bası, Filiz Kitabevi 2021) N. 825; Nazan Moroğlu, 'Kadının Soyadı' Prof. Dr. Necla Arat'a Armağan (1. Bası, Beta Yayıncılık 2004) 281, 281; Yıldız Abik, *Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı* (1. Bası, Seçkin Yayıncılık 2005) 38; Serap Helvacı, *Gerçek Kişiler* (8. Bası, Legal Yayıncılık 2017) 173; Merve Yılmaz, 'Evli Kadının Soyadı' (2012) 3(10) TAAD 129, 131; Saibe Oktay Özdemir, 'Soyadı ve ile İlgili İsviçre Medeni Kanunu'nda 2013 Yılında Yürürlüğe Giren Değişiklikler ile Türk Hukukundaki Durumun Karşılaştırılması' (2016) 22(3) MÜHFHAD-Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan (Cilt II) 2017, 2019; Zeynep Güler, *Türk Hukuku'nda Kadının Soyadına İlişkin Gelişmeler Çerçevesinde Çocuğun Soyadı* (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2019) 20. Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2011/51, K. 2012/32, 01.03.2012, RG 21.07.2012-28360, Anayasa Mahkemesi, E. 2022/155, K. 2023/38, 22.02.2023, RG 28.04.2023-32174, Yargıtay HGK, E. 2014/889, K. 2015/2011, 30.09.2015.

² Kişinin ismi üzerindeki hakkı kişinin dokunulmazlığını, maddi ve manevi varlığını koruma altına alan AY m. 17 ve özel hayatın gizliliğini düzenleyen AY m. 20 ile Türkiye'nin de taraf olduğu AİHS'nin özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8. maddesi kapsamında koruma altındadır. Bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2022/155, K. 2023/38, 22.02.2023, RG 28.04.2023-32174; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Burghartz-Switzerland*, Başvuru no:16213/90, 22.02.1994; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Ünal Tekeli-Türkiye*, Başvuru no: 29865/96, 16.11.2004; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Leventoğlu Abdulkadiroğlu/Türkiye Davası*, Başvuru numarası: 7971/07, 28.05.2013; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Tuncer Güneş/Türkiye Davası*, Başvuru numarası: 26268/08, T. 03.09.2013; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Tanbay Tüten/Türkiye Davası*, Başvuru numarası: 38249/09, T. 10.12.2013. Ayrıca bkz. Bertil Emrah Oder, 'Eşitlik İlkesi ve Temel Hakların Norm Alanlarının Somutlaşması Bakımından Evli Kadının Soyadı' Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012) (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2013) 1, 4.

³ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607.

parçası olan soyadlarına Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı olarak müdahale etmesi sebebiyle yıllardır eleştirilmektedir⁴.

⁴ Lale Sirmen, 'Medeni Hukuktaki Son Gelişmelerin Işığında Evlenme ve Boşanma Alanında Yeniden Düzenlenmesi Gereken Konular' Hukukta Kadın Sempozyumu 30 Eylül – 1 Ekim 1999 (1. Bası, Yiğit Ofset ve Tipo Tesisleri 2000) 82, 86; Haluk N. Nomer, 'Avrupa Birliği'ne Üye Devletlerde ve Türkiye'de Evlenen Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı' (2002) 22(2) MHB 421, 447 vd.; Pinar Özlem Demir, Yeni Medeni Kanunda Evli Kadınların Hukuki Durumu ile İlgili Yenilik ve Değişiklikler (1. Bası, Vedat Kitapçılık 2004) 21; Abik (n 1) 59 ve 93 vd.; Saibe Oktay Özdemir, 'Aile Hukukunda Eşitliğe Aykırı Hükümler' Prof. Dr. Zahit İmre'ye Armağan (Der Yayınları 2009) 289, 291 vd.; Oktay Özdemir, Soyadı (n 1) 2027; Deniz Ergene, 'İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medeni Kanun'da Değişiklik Önerisi' (2011) 31(2) MHB 123, 131; Serkan Ayan, 'Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar ile Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi, Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi' (2012) 16(4) GÜHFD 19, 41; Nazan Moroğlu, 'Kadının Kimlik Sorunu "Kadının Soyadı"' (2012) Mart-Nisan TBBĐ, 245, 246 vd.; Gülşah Sinem Aydın, 'Türk Medeni Kanunu m.187 (Anayasa Mahkemesinin 187. maddenin İptal İstemini Red Kararı ve Gerekli Görülen Yeni Düzenleme Hakkında Bir Değerlendirme)' Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan (Filiz Kitabevi 2013) 246, 264 ve 265; Kumru Kılıçoğlu Yılmaz, 'Kadının Bitmeyen Soyadı Sorunu' (2014) 72(4) Ankara Barosu Dergisi 581, 585 vd.; Gülmelek Doğanay, 'Eril Yargıya Karşı Kadının Soyadı Mücadelesi Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi' (2015) 18(2) Sosyoloji Araştırmaları Dergisi 46, 48 ve 59; Bahar Öcal Apaydın, 'Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözümüne Kavuşturulmuş Mudur?' (2015) 6(2) İnÜHFD 425, 426; Özden Melis Uluğ, "'Soyadım kimliğimdir, evlenince kaybolmamalıdır" Hegemonik Erkeklik ile Medeni Kanun'un 187. maddesi Arasındaki İlişkiye Eleştirel Bir Bakış' (2015) 7(2) Fe Dergi 48, 50 vd.; Hakan Atasoy, 'Evli Kadının Soyadı Sorunu "Anayasal" Mı? "Bireysel" Mi?' (2015) (5) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 131, 156 vd.; Özge Erbek Odabaşı, 'Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Evli Kadının Soyadı' (2017) 19(1) DEÜHFD 43, 63; Serap Helvacı ve Gediz Kocabaş, 'Fransız, Alman, İsviçre ve Türk Hukuklarında Kadının Soyadı' (2015) 21 (2) MÜHFHAD- Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın'a Armağan 615, 641; Serap Helvacı, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ve Anayasa Mahkemesinin Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı' (2015) 35(1) MHB 157, 165; Burak Özen, 'Evli Kadının Soyadı' Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi 10-11 Haziran 2016) (Seçkin Yayıncılık 2016) 163, 163 vd.; Burak Özen, 'Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kadının Soyadı' Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk ve Kadın Sempozyumu 06.03.2015 (Der Kitabevi 2015) 93, 93 vd.; Gediz Kocabaş, 'Evlenmenin Kadının Soyadı Üzerindeki Etkisine İlişkin Güncel Gelişmeler' Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk ve Kadın Sempozyumu 06.03.2015 (Der Kitabevi 2015) 135; Murat Oruç 'Evli Kadının Münhasıran Bekârlık Soyadını Kullanabilmesi' (2016) 7(27) TAAD 451, 452; Başak Başoğlu "'Adın Ne Değeri Var?" – Evliliğin Kadının Soyadına Etkisi' (2017) 15 (176) LHD 3881, 3883; Ebru Karaman, 'Türk Hukukunda Evli Kadının Soyadı' (2017) 5(49) Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi 42, 44; Esra Dursun, Türk Medeni Hukukunda Kadın ve Çocuğun Soyadı (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2018) 30 vd.; Güler (n 1) 62 vd.; Özgün Çelebi, 'Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Bağlamında Kadının Soyadı ve Soyadının Çocuğa Aktarımı' (2019) 18 (2) GSÜHFD 537, 552; Gediz Kocabaş, Evlenmenin Kadının Soyadına Etkisi (1. Bası, Legal Yayıncılık, 2022) 151 vd. 743 sayılı Kanun döneminde aynı hükme ilişkin eleştiriler için bkz. Nazan Moroğlu,



Kadının yıllardan beri doğumla kazanmış olduğu soyadını evlilik birliği içerisinde tek başına kullanma çabası sonunda sonuçlanmış ve Anayasa Mahkemesi (AYM), İstanbul 8. Aile Mahkemesi'nden gelen itiraz üzerine somut norm denetimiyle ele aldığı TMK m. 187'yi Anayasa'ya aykırı bularak oy çokluğuyla iptal etmiştir⁵. Söz konusu hükmün iptali, Türk Hukuku'nda kadın-erkek eşitliği açısından büyük bir adım olmakla birlikte, aile soyadının ve aile soyadıyla bağlantılı hükümlerin de yeniden düzenlenmesi ihtiyacını doğurmuştur. Çalışmamızda kadının soyadına ilişkin yargısal süreç aktarıldıktan sonra AYM'nin iptal kararı değerlendirilecektir. Bu kararın diğer hükümlere etkisi açıklandıktan sonra öğretide, olması gereken hukuk bakımından sunulmuş görüşler incelenerek, düzenleme önerimiz sunulacaktır.

I. KADININ SOYADINA İLİŞKİN YARGISAL SÜREÇ⁶

743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin⁷ (eMK) 153. maddesi, evli kadının yalnızca kocasının soyadını taşıyacağını düzenlemekteydi. Kadına yalnızca kocasının soyadını taşıma imkânı sunan ve kendi soyadını -kocasının soyadıyla birlikte de olsa- kullanmasına izin vermeyen bu düzenleme, kadın-erkek eşitliğine aykırı olması sebebiyle eMK döneminde de eleştirilmekteydi⁸. Söz konusu hüküm 14.05.1997 tarih ve 4248 sayılı Kanun'la değiştirilerek "*Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuru ile kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir*" şeklinde yeniden düzenlenmiştir.

TMK'nın kabul edilmesiyle birlikte, medeni haklar anlamında büyük ölçüde kadın-erkek eşitliği sağlanmış olsa da kadının soyadına ilişkin olan eMK m. 153 hükmü aynen korunarak "kadının soyadı" kenar başlığıyla yürürlüğe girmiş, aile soyadı ve buna bağlı olarak çocuğuna soyadını verebilme hakkı bağlamında kadın-erkek eşitliğini sağlama şansı kaçırılmıştır⁹.

Kadının Soyadı (1. Bası, Beta Yayınları 1999) 81 vd.; Ece Göztepe, 'Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evli Kadınların Soyadı' (1999) 54(2) AÜSBFD 101, 102 vd.

⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 2022/155, K. 2023/38, 22.02.2023, RG 28.04.2023-32174.

⁶ Kadının soyadına ilişkin olarak verilmiş yargı kararlarının değerlendirmesi için bkz. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, 'Ad ve Soyada İlişkin Kararlar Bireyin Kimlik Hakkı' (2014) 3(5) Anayasa Hukuku Dergisi 11, 12 vd.; Karaman (n 4) 52 vd.; Dursun (n 4) 80 vd.; Güler (n 1) 91 vd.; Çelebi (n 4) 557 vd.; Kocabaş, Evlenmenin Kadının Soyadına Etkisi (n 4) 155 vd.

⁷ 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1028. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

⁸ Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop ve Samim Ünan, 'Çağdaş Aile ve Sorunları' (1983) 3(7) Manisa Barosu Dergisi 4, 24; Zafer Gören, Türk-Alman-İsviçre Hukukuna Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması (2. Bası, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları 1998) 94.

⁹ Bazı kadın derneklerince evli kadının, kocasının soyadını almayarak kendi soyadını

Gerek eMK gerekse TMK döneminde söz konusu soyadı düzenlemesi sebebiyle sorun yaşayan kadınlar, evlilik birliği içinde kendi soyadlarını tek başına kullanma taleplerini yargıya taşımışlardır. Bu doğrultuda ilk olarak AYM tarafından somut norm denetimine tabi tutulan eMK m. 153 düzenlemesinde aile soyadı olarak erkeğin soyadının tercih edilmiş olmasının, kamu yararı, kamu düzeni ve “kimi zorunluluklar”dan kaynaklandığı ve eşitlik ilkesinin, herkese her durumda aynı şekilde davranılmasını gerektirmediği belirtilerek, söz konusu düzenleme eşitlik ilkesine ve bunun sonucu olarak Anayasa’ya aykırı bulunmamış ve iptal talebi reddedilmiştir¹⁰.

AYM’nin bu kararından sonra 2004 yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kadının soyadı düzenlemesine ilişkin Ünal Tekeli başvurusunda, ihlal kararı vererek Türkiye’yi mahkûm etmiştir¹¹. Bu dava, AİHM’nin Türk Hukuku’ndaki bu düzenlemeye ilişkin ihlal kararı verdiği ilk dava sıfatıyla hem daha sonraki AİHM kararlarına hem de 2011 yılı itibarıyla AYM bireysel başvuru kararlarına emsal nitelikte olması açısından büyük önem taşımaktadır. AİHM bu kararında kişinin soyadı üzerindeki hakkının, Avrupa İnsan Hakları Sözleş-

muhafaza etmesi önerilmişse de bu öneri Komisyon’ca kabul edilmemiştir. Bkz. Turgut Akıntürk, ‘Medeni Kanun Tasarısında Kadın-Erkek Eşitliği’ Hukukta Kadın Sempozyumu 30 Eylül-1 Ekim 1999 (Yiğit Ofset ve Tipo Tesisleri 2000) 73, 77. TMK’da kadın-erkek eşitliğine verilen öneme rağmen kadının soyadı düzenlemesinin eMK dönemindeki şekliyle kabul edilmiş olması öğretilerde eleştirilmiştir. Bkz. Demet Özdamar, Türk Hukukunda, Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu (1. Bası, Seçkin Yayıncılık 2002) 271; Demir (n 4) 21; Abik (n 1) 93; Karaman (n 4) 44; Serap Helvacı, ‘Son Yargı Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı’ Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu 1926’dan Günümüze Türk-İsviçre Hukuku 17-18-19-20 Şubat 2016 (II Cild) (Yetkin Yayınları 2017) 771, 771; Hamide Tacir, ‘Evli Kadının Kendi Soyadını Kullanması Konusunda Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımının Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Değerlendirilmesi’ (2017) 5(1) KHÜHFD-Prof. Dr. Mustafa DURAL Anısına Özel Sayı-I, 50; Oruç (n 4) 452; Kılıçoğlu Yılmaz (n 4) 584; Güler (n 1) 52. Kadının soyadına ilişkin bu düzenlemenin erkek egemen toplum düzenini destekler nitelikte ve 2000’li yılların başından itibaren Anayasa’da kadın-erkek eşitliğini sağlamaya yönelik olarak yapılan değişikliklerin işlevini yitirmesine sebep olduğu yönünde bkz. Seda İrem Çakırca, ‘Evli Kadının Soyadına İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi’ (2012) 70(2) İÜHFM 145, 152.

¹⁰ Bkz. AYM, E. 1997/61, K. 1998/59, 29.09.1998, RG 15.11.2002-24937. Yalçın Acargün, Mustafa Bumin ve Fulya Kantarcıoğlu karşı oy sunan üyelerdir. Bu üyeler gerekçelerinde, evlilik birliği içinde aynı hukuki durumda bulunan kadın ve erkekte, erkeğin soyadı bakımından üstün tutulduğunu ve bu durumun kamu yararı gibi soyut bir kavramla açıklanamayacağını belirtmişler, Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerin Taraf Devletler’in kadın-erkek eşitliğini sağlama yükümlülüklerini düzenleyen hükümlerine dikkat çekmişlerdir. Anayasa Mahkemesinin bu kararı öğretilerde eleştirilmiştir. Bkz. Nomer (n 4) 447; Tahmazoğlu Üzeltürk (n 6) 12 vd.; Abik (n 1) 102 vd.; Erbek Odabaşı (n 4) 65 vd.; Ergene (n 4) 131.

¹¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Ünal Tekeli-Türkiye, Başvuru no: 29865/96, 16.11.2004. Kararın değerlendirmesi için bkz. Abik (n 1) 120 vd.



mesi'nin (AİHS) özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8. maddesi kapsamında olduğunu belirterek, davayı AİHS'nin 8. maddesi ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesi çerçevesinde incelemiştir. Evlilik birliği içinde aynı hukuki durumda bulunan kadın ve erkek arasından erkeğin soyadının aile soyadı olarak düzenlenmiş ve kadına dayatılmış olması, AİHM tarafından cinsiyet temelli farklı muamele olarak değerlendirilmiş ve Türkiye tarafından öne sürülen, nüfus kayıtlarının düzenli tutulmasındaki kamu yararı ve Türk toplumunun gelenekselleşmiş yapısı, bu muamele için haklı ve makul bir sebep olarak kabul edilmemiştir. AİHM ortak soyadı uygulamasının erkeğin soyadının kadına dayatılmasından farklı yollarla da sağlanabileceğini belirtmiş, bireylerin istedikleri isimle saygın şekilde yaşayabilmeleri için devletin nüfus kayıtlarının tutulmasında çıkabilecek zorluklara katlanması gerektiğini ifade ederek Türkiye aleyhinde ihlal kararı vermiştir¹².

AİHM'nin vermiş olduğu ihlal kararı, kanun koyucunun ilgili hükümde değişikliğe gitmesini sağlayamamıştır. Bunun sonucunda kadının soyadına ilişkin hüküm, bir kez daha cinsler arası eşitlik ilkesine aykırılık iddiasıyla AYM önüne getirilmiştir¹³. AYM iptal talebini incelerken AY m. 10 ile koruma altına alınmış olan eşitlik ilkesinin eylemli eşitliği değil, hukuksal eşitliği öngördüğünü belirtmiş, farklı hukuksal durumda bulunan kişilere farklı muamele yapılmasının eşitlik ilkesini zedelediğini ifade etmiştir¹⁴. TMK m. 187'nin kamu yararı ve ailenin korunması amacıyla bu şekilde düzenlendiğini belirten AYM¹⁵, bu amaçla kadının soyadı üzerindeki hakkına yapılan müdahalenin ka-

¹² AİHM'nin sonraki kararları için bkz. Leventoğlu Abdulkadiroğlu/Türkiye Davası, Başvuru numarası: 7971/07, T. 28.05.2013; Tuncer Güneş/Türkiye Davası, Başvuru numarası: 26268/08, T. 03.09.2013; Tanbay Tüten/Türkiye Davası, Başvuru numarası: 38249/09, T. 10.12.2013. Tuncer Güneş-Türkiye davasının ayrıntılı tahlili için bkz. Murat Tümay ve Gökçe Altınel, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Gunes v. Turkey Kararının Türk Anayasa Hukuku Açısından Tahlili' (2015) (33) SÜSBED, 167, 167 vd.

¹³ AYM, E. 2009/85, K. 2011/49, 10.03.2011, RG 21.10.2011-28091.

¹⁴ AYM'nin cinsiyet temelli ayrımcılık içeren düzenlemeler konusunda karar verirken, -temel hak ve özgürlüklerle çatışsa dahi- toplumsal ve kültürel değer yargılarını gerekçe gösterdiği; kalıplaşmış cinsiyetçi toplumsal ve kültürel düşünceleri ve kadın-erkek eşitsizliğini Anayasa'ya uygun bulma eğiliminde olduğu yönünde bkz. Oder (n 2) 5. AYM'nin kabul ettiği bu eşitlik kavramının, eşitlik ilkesinin ihlal edilmesini destekler nitelikte olduğu yönünde bkz. Erkan Duymaz, 'Anayasa Mahkemesinin Soyadına İlişkin Kararları Üzerine Düşünceler' (2014) 3(5) Anayasa Hukuku Dergisi 37, 40. AYM'nin cinsiyet temelli bu ayrımcılığı, kamu yararı, ailenin kutsallığı, gelenek ve görenekler gibi ideolojik gerekçelere dayandırarak verdiği bu kararıyla kadın ve erkeğin eşit olmadığını kabul etmiş olduğu yönünde bkz. Rona Serozan, 'Anayasa Mahkemesinin Yeni Medeni Kanun Kurallarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi' Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012) (On İki Levha Yayıncılık 2013) 135, 151.

¹⁵ Mahkeme'nin sunduğu gerekçelerin ideolojik olması öğretide eleştirilmiştir. Bkz. Özen, Evli Kadının Soyadı (n 4) 164 vd.; Özen, Anayasa Mahkemesi Kararları (n 4) 96.

nun koyucunun yetkisi dahilinde yer aldığını ve kadına kocasının soyadının yanında kendi soyadını kullanma imkânının verilmesiyle “adil bir denge”nin sağlanmış olduğunu söylemiştir. Bu doğrultuda AYM, iptali istenen hükmün Anayasa’ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşarak iptal talebini reddetmiştir¹⁶. Anayasa’nın, Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazete’de yayımlanmasından itibaren on yıl geçmediği sürece aynı kanun hükmünün Anayasa’ya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulmayacağına ilişkin 152. maddesi uyarınca, söz konusu kararın 21.10.2011 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanmasından itibaren 10 yıl boyunca TMK m. 187’nin Anayasa’ya aykırılığı iddiasıyla somut norm denetimi talep edilmesi mümkün olmamıştır.

TMK m. 187’nin her ne kadar somut norm denetimine tabi tutulması mümkün olmasa da 2011 yılında AYM’ye bireysel başvuru yolunun açılmasıyla¹⁷ söz konusu düzenleme bireysel başvurulara konu olmuştur¹⁸. Mahkeme bu başvuruları değerlendirirken soyadı üzerindeki hakkı, kişinin dokunulmazlığını, maddi ve manevi varlığını güvence altına alan AY m. 17 kapsamında ele almıştır. AİHM’nin bu konuda verdiği ihlal kararlarına da değinen AYM, AY m. 17’yle güvence altına alınmış bu hakka gerek idare gerekse yargı makamlarınca yapılan müdahalenin, temek hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını düzenleyen AY m. 13’e uygun olup olmadığını değerlendirmiştir. Bu doğrultuda, AY m. 90/f. 5 hükmü uyarınca usulüne göre yürürlüğe konularak iç hukukun parçası haline gelmiş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası sözleşme hükümleriyle kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde, milletlerarası sözleşme hükümleri esas alınacaktır. Türkiye’nin taraf olduğu AİHS’nin özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8. maddesi ile ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesi ve Taraf Devletler’e eşlerin eşit haklara sahip olması için gereken önlemleri alma yükümlülüğü getiren Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin 23. maddesi ve Kadın-

¹⁶ Osman Alifeyyaz Paksüt, Fulya Kantarcıoğlu, Fettah Oto, Serdar Özgüldür, Serruh Kaleli, Zehra Ayla Perктаş, Recep Kömürcü ve Engin Yıldırım karara karşı oy sunmuşlardır. Bu üyeler gerekçelerinde aynı hukuksal durumda bulunan kadın ve erkeğe iptali istenen hükümdeki düzenlemeyle farklı muamele edilmesinin eşitlik ilkesine aykırı olduğunu belirtmişlerdir. Bu kararın eleştirisi için bkz. Oder (n 2) 1 vd.; Tahmazoğlu Üzeltürk (n 6) 15 vd.; Tacir (n 9) 55 vd.; Serozan (n 14) 151 vd.; Çakırca, Evli Kadının Soyadı (n 9) 150 vd.; Aydın (n 4) 248 vd.; Erbek Odabaşı (n 4) 70 vd.; Ergene (n 4) 132 vd.; Duymaz (n 14) 39 vd.; Doğanay (n 4) 84 vd.

¹⁷ 07.05.2010 tarihinde kabul edilen 5982 sayılı Kanun’un 18 ve 19. maddeleriyle Anayasa’nın 148 ve 149. maddelerinde değişiklik yapılarak AYM’ne bireysel başvuru imkânı getirilmiştir.

¹⁸ Anayasa Mahkemesi, Sevim Akat Ekşi Başvurusu, Başvuru numarası: 2013/2187, 19.12.2013; Anayasa Mahkemesi, Gülsim Genç Başvurusu, Başvuru numarası: 2013/4439, 06.03.2014; Anayasa Mahkemesi, Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu, Başvuru numarası: 2014/5836, 16.04.2015.



lara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme'nin 16. maddesi karşısında TMK m. 187'nin uygulanabilirliğinin ortadan kalkmış olduğunu belirten Mahkeme, yargı organlarının iç hukukun parçası haline gelmiş milletlerarası sözleşme hükümleri yerine TMK m. 187 çerçevesinde başvuru sahiplerinin kendi soyadlarını kullanma taleplerini reddetmelerini hukuki dayanaktan yoksun bulmuş, AY m. 17'nin ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁹.

AYM'nin bireysel başvurular kapsamında bir kanun hükmüyle ilişkili olarak vermiş olduğu ihlal kararlarının ilgili hüküm üzerinde bir etkisi olmamakta, verilen kararın etkisi başvuru üzerinde doğmaktadır²⁰. Buna karşın AYM'nin vermiş olduğu bu kararlar sonucunda Yargıtay da içtihadını bu yönde değiştirmiş ve başlangıçta kanun hükmüne açıkça aykırılık bulunduğu gerekçesiyle yerel mahkemelerin kadınların kendi soyadlarını tek başına kullanmalarına izin veren kararlarını bozarken, AYM'nin ihlal kararından sonra AY m. 90/f. 5 uyarınca TMK m. 187 yerine milletlerarası sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirterek yerel mahkeme kararlarını onamaya başlamıştır²¹.

Bu yargısal gelişmelerin sonucunda kadınlar, dava yoluna başvurarak evlilik birliği içinde kendi soyadlarını tek başına kullanma imkanını elde etmiştir. Söz konusu kararlara rağmen kanun koyucunun ilgili hükmü değiştirmemiş olması sebebiyle kadınların, soyadları üzerindeki haklarını Anayasa'da öngörülmesi gibi erkeklerle eşit şartlarda kullanabilmeleri için dava yoluna başvurmak zorunda olmaları, Türk Hukuku'nda soyadı anlamında kadın-erkek eşitliğinin sağlanamamış olduğunun bir göstergesiydi. Bu sorunun her bir evli kadının açacağı dava yoluyla değil, AYM'nin somut norm denetimiyle hükmü iptal etmesi veya kanun koyucunun hükmü değiştirmesi yoluyla çözülebilmesi mümkündür²². Sonunda AYM'nin 2022/155 esas, 2023/38 karar sayılı, 22.02.2023 tarihli kararıyla TMK m. 187 hükmünün iptaline karar verilmiş, kanun koyucunun yıllardan beri tartışılan soyadı meselesini kadın-erkek eşitliğini gözeterek çözümlenebilmesi için bir fırsat doğmuştur.

¹⁹ AYM'nin bireysel başvurulara ilişkin verdiği kararların değerlendirmesi için bkz. Erbek Odabaşı (n 4) 83 vd. Sevim Akat Eksi Başvurusuna ilişkin kararın değerlendirmesi için bkz. Duymaz (n 14) 48 vd.; Doğanay (n 4) 84 vd. AYM'nin verdiği ihlal kararlarında, eşitlik ilkesi (AY m. 10) kapsamında değerlendirme yapmamış olması öğretide eleştirilmiştir. Bkz. Oya Boyar, 'Anayasa'da Kadın' Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk ve Kadın Sempozyumu 06.03.2015 (Der Kitabevi 2015) 73, 78; Duymaz (n 14) 48; Tacir (n 9) 65; Seda İrem Çakırca, 'Evli Kadının Bitmek Bilmeyen Soyadı "Zaferi"' (2014) 122 (2) Güncel Hukuk Dergisi 60, 60; Doğanay (n 4) 91; Güler (n 1) 111.

²⁰ Tahmazoğlu Üzeltürk (n 6) 28; Tumay ve Altınel (n 12) 175; Erbek Odabaşı (n 4) 83; Helvacı, Anayasa Mahkemesi Kararları (n 4) 166; Tacir (n 9) 66.

²¹ Yargıtay HGK, E. 2014/2-889, K. 2015/2011, 30.09.2015. Yargıtay'ın kadının soyadına ilişkin olarak verdiği kararların değerlendirmesi için bkz. Atasoy (n 4) 148 vd.; Erbek Odabaşı (n 4) 91 vd.

²² Atasoy (n 4) 166.

II. ANAYASA MAHKEMESİNİN TMK M. 187'NİN İPTALİNE İLİŞKİN KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

2011 yılında AYM tarafından verilen kararın üzerinden 10 yıl geçmesinin ardından, evlenmeden önceki soyadının tek başına kullanılmasına izin verilmesi talebiyle açılan davada İstanbul 8. Aile Mahkemesi'nin, Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürerek evli kadının soyadını düzenleyen TMK m. 187'nin iptali için başvurması üzerine AYM, söz konusu hükmü tekrar somut norm denetimine tabi tutmuştur.

Aile Mahkemesi bu başvurusunda soyadının, kadının kişiliğinin bir parçası olduğunu, erkeklerin doğumla kazandıkları soyadlarını ömür boyu kullanabilmesi mümkünken kadınların böyle bir hakka sahip olmadığını ve evlenmeden önceki soyadlarını kullanmalarına getirilen bu sınırlamanın meşru bir amacı bulunmaması sebebiyle eşitlik ilkesine aykırı olduğunu vurgulamıştır²³. AİHM'nin ve bireysel başvurularda AYM'nin verdiği ihlal kararlarının varlığına rağmen, Kanun'da yer alan hükmün değişmemesi sebebiyle uygulamada evli kadının hala kocasının soyadını almaya mecbur bırakılmasının, AYM kararlarının bağlayıcılığı ilkesine de aykırı olduğunu ileri süren yerel mahkeme, ilgili hükmün iptalini talep etmiştir.

Hükmü Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenmiş eşitlik ilkesi çerçevesinde ele alan AYM, eşitlik ilkesinin eylemli değil, hukuksal eşitliği öngördüğünü ve bu doğrultuda yapılacak olan denetimde öncelikle aynı veya benzer hukuksal durumda bulunan kişilere farklı bir muamele yapılıp yapılmadığının belirlenmesi gerektiğini, sonrasında ise bu muamelenin nesnel ve makul bir sebebe dayanıp dayanmadığının araştırılması gerektiğini belirtmiştir. Nesnel ve makul bir sebebe dayanan farklı muamelenin ölçülülük ilkesine uyup uymadığı ise en son değerlendirilecektir²⁴.

AYM, var olan hukuki düzenlemelerin ekonomik, sosyal, demografik ve teknolojik gelişmeler sonucunda değişen toplumsal ihtiyaçlara cevap verememesi ve Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin niteliklerinden sayılmış olan "insan haklarına saygılı devlet" ilkesinin gereği olarak insan hakları konusundaki gelişmelerin dikkate alınması sonucunda, kanun değişikliği ihtiyacının doğabileceğine işaret etmiştir²⁵. Bu doğrultuda Türk Hukuku'nda kadın-erkek eşitliğini sağlamaya yönelik hukuki gelişmelerin altını çizen AYM, Türk Medeni Kanunu'nda kadın-erkek eşitliği büyük ölçüde sağlanmış olsa da kadının soyadına ilişkin TMK m. 187 hükmünün değiştirilmeden, mülga 743 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi aynen korunduğunu belirtmiştir²⁶.

²³ Anayasa Mahkemesi, E. 2022/155, K. 2023/38, 22.02.2023, III C § 16.

²⁴ Anayasa Mahkemesi, E. 2022/155, K. 2023/38, 22.02.2023, III Ç § 19

²⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 2022/155, K. 2023/38, 22.02.2023, III Ç § 23

²⁶ Anayasa Mahkemesi, E. 2022/155, K. 2023/38, 22.02.2023, III Ç § 29.



Soyadının kişiliğin ayrılmaz bir parçasını oluşturduğunu ve kişilerin soyadı üzerindeki hakkının AY m. 20 ve AİHS m. 8'de düzenlenen özel hayata saygı hakkı kapsamında yer aldığını belirten Mahkeme²⁷, öncelikle, kadın ve erkeğin aynı ya da benzer hukuksal bir durumda olup olmadığını tespit etmeye çalışmıştır.

Anayasa'da 2000'li yılların başından beri yapılan değişikliklerle hem kadın-erkek eşitliğinin hayata geçirilmesinin gerekliliğinin, hem de bu ilkenin aile hukuku alanında, eşler arasındaki görünümünün önemini vurgulandığının altını çizen Mahkeme²⁸, Türkiye'nin de tarafı olduğu AİHS'ne Ek (7) Numaralı Protokol'ün, eşlerin evlilik birliği içinde ve evlilik sona erdikten sonra birbirlerine karşı ve çocuklarıyla ilişkilerine ilişkin olarak eşit hak ve sorumluluklara sahip olduğunu düzenleyen 5. maddesine atıf yaparak, kadın ve erkeğin evlilik birliği içerisinde, buna bağlı olarak evlilik birliği içinde soyadı kullanımını konusunda benzer hukuki durumda olduklarını ve TMK m. 187 hükmüyle eşlere, cinsiyete dayanan farklı muamele yapıldığını tespit etmiştir²⁹.

Mahkeme her ne kadar AİHM'nin ve AYM'nin bireysel başvurulara ilişkin olarak verdiği ihlal kararları ile Yargıtay'ın kadının tek başına evlenmeden önceki soyadını kullanabilmesine izin veren kararları bulunsa da kadın-erkek eşitliğinin hayata geçirilmesi hususunda önemli olanın, kadınların yargı yoluna başvurmalarına gerek kalmaksızın erkeklerle eşit haklardan yararlanabilmeleri olduğunu belirtmiştir³⁰. Bu doğrultuda soyadı anlamında kadın-erkek eşitliğinin de yalnızca içtihatlar yoluyla değil, olması gerektiği gibi, kanunda yapılacak düzenlemelerle sağlanması gerektiği vurgulanmıştır³¹.

Evlilik birliği içerisinde aynı hukuksal durumda bulunan kadın ve erkeğe soyadı hususunda cinsiyet temelli farklı muamele yapıldığını tespit eden Mahkeme, bu muamelenin nesnel ve makul bir sebebinin bulunup bulunmadığını incelemiştir. Eşler arasındaki eşitlik ilkesinin önemi sebebiyle, kanun koyucunun cinsiyete dayalı farklı muamele öngören düzenlemeler bakımından son derece sınırlı bir takdir yetkisinin bulunduğunu ifade eden AYM, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması amacının söz konusu farklı muamele açısından makul bir neden teşkil etmediği sonucuna ulaşmıştır³². Zira T.C. kimlik numarası sistemi ve nüfus hizmetlerinde kullanılan bilişim teknolojileri göz önüne alındığında nüfus kayıtlarının düzenli tutulmasının tek yolunun, kadının kocasının soyadını taşımak zorunda bırakılması olduğu söylenemeyecektir. Mahkeme bunun yanı sıra aile bağlarını korumak için ortak soyadının zorunlu olduğunu sor-

²⁷ Anayasa Mahkemesi, E. 2022/155, K. 2023/38, 22.02.2023, III Ç § 30, 31.

²⁸ Anayasa Mahkemesi, E. 2022/155, K. 2023/38, 22.02.2023, III Ç § 32, 33 ve 34.

²⁹ Anayasa Mahkemesi, E. 2022/155, K. 2023/38, 22.02.2023, III Ç § 35, 36.

³⁰ Anayasa Mahkemesi, E. 2022/155, K. 2023/38, 22.02.2023, III Ç § 40.

³¹ Anayasa Mahkemesi, E. 2022/155, K. 2023/38, 22.02.2023, III Ç § 41.

³² Anayasa Mahkemesi, E. 2022/155, K. 2023/38, 22.02.2023, III Ç § 44.

gulamakla birlikte, ortak soyadı kullanımının eşlerden birinin soyadının veya bunların dışında bir soyadının seçilmesi veya iki eşin soyadlarının birleşiminden ortak soyadının oluşturulması yoluyla da sağlanabileceğini belirtmiştir³³. Mahkeme bu sebeple, aile bağlarını güçlendirme amacının da TMK m. 187'de öngörülen cinsiyete dayalı farklı muameleye nesnel ve makul bir sebep teşkil etmediği sonucuna ulaşmıştır.

AYM tarafından yapılan inceleme sonucunda TMK m. 187 ile öngörülmuş olan düzenlemenin eşler arasında cinsiyete dayalı farklı muamele teşkil etmesi ve bu muamelenin nesnel ve makul bir nedene dayanmaması sebebiyle söz konusu hüküm, Anayasa'ya aykırı bulunmuş ve oyçokluğuyla³⁴ iptaline karar verilmiştir³⁵. Hükümün iptali sebebiyle doğacak kanun boşluğunun uygulamada yaratacağı problemler göz önünde tutularak kararın, Resmî Gazetede yayımlanmasından itibaren 9 ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir³⁶.

AYM bu kararında 2011 yılında verilen karardan³⁷ farklı olarak, kadın ve erkeğin evlilik birliği içinde aynı veya benzer bir hukuki durumda bulunduğunu tespit etmiş, kamu yararı, ailenin korunması gibi ideolojik ve erkek egemen toplum yapısının izlerini taşıyan gerekçeleri, kadın aleyhine yapılan farklı muamelenin haklı sebebi olarak kabul etmemiştir. Ancak bu karar ne yazık ki oybirliğiyle alınmamıştır. Karşı oy sunan Mahkeme üyelerinin ileri sürmüş oldukları gerekçeler AYM'nin 2011 yılında verdiği kararın, 2011 yılında verdiği kararın gerekçeleri ise Mahkeme'nin, 1998 yılında vermiş olduğu kararın³⁸ gerekçeleriyle aynıdır. Yani AYM'nin 1998 yılından 2011 yılına kadar değişmeyen bakış açısının³⁹ bazı Mahkeme üyeleri nezdinde hala varlığını koruduğu görülmektedir.

İlk karşı oya bakıldığında⁴⁰, iptal talebinin reddedilmesi gerektiğini savunan Mahkeme üyeleri, Türk Hukuku'nda ailenin önemini ve soyadının, soyun belirlenmesi, aile birliğinin korunması ve aile bağlarının güçlenmesine ilişkin işlevini vurgulamışlardır. Soyadı üzerindeki hakkın bir kişilik hakkı olmasının ona müdahalede bulunulamayacağı anlamına gelmediğini, kaldı ki kanun koyucunun aile birliğini ve bütünlüğünü korumak adına "kamu yararı

³³ Anayasa Mahkemesi, E. 2022/155, K. 2023/38, 22.02.2023, III Ç § 45.

³⁴ Kadir Özkaya, Muammer Topal, Yıldız Seferinoğlu, Selahaddin Menteş, İrfan Fidan ve Muhterem İnce karşı oy kullanmışlardır.

³⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 2022/155, K. 2023/38, 22.02.2023, III Ç § 48, 49.

³⁶ Anayasa Mahkemesi, E. 2022/155, K. 2023/38, 22.02.2023, V § 53.

³⁷ Anayasa Mahkemesi, E. 2009/85, K. 2011/49, 10.03.2011.

³⁸ Anayasa Mahkemesi, E. 1997/61, K. 1998/59, 29.09.1998.

³⁹ Aynı yönde bkz. Öcal Apaydın (n 4) 442.

⁴⁰ Kadir Özkaya, Yıldız Seferinoğlu, Selahaddin Menteş, İrfan Fidan ve Muhterem İnce'nin karşı oy yazısı.

ve kamu düzeninin gerektirdiği kimi zorunluluklar nedeniyle” kocanın soyadını aile soyadı olarak belirlemiş olmasının eşitlik ilkesine aykırı olmadığını ileri sürmüşlerdir. Zira kadına, kocasının soyadıyla birlikte kendi soyadını da kullanma imkânı verilmesi kadının kişilik hakkı ve kamu yararı arasında “adil bir dengenin” kurulmasını sağlamaya yetmektedir. İptal kararına katılmayan üyeler TMK m. 187 ile getirilen düzenlemenin soyadı bağlamında kadın ve erkek arasında cinsiyet temelli farklı bir muameleye sebep olduğu görüşüne katılmamışlar, durum ve konuları sebebiyle kişilerin farklı kurallara tabi olmasının söz konusu olabileceğini ve kanun koyucunun aile soyadı olarak kocanın soyadını seçmiş olmasının takdir yetkisi dahilinde kalarak, eşitlik ilkesini ihlal etmediği sonucuna varmışlardır.

Karşı oy sunan Mahkeme üyelerinin gerekçe olarak öne sürdüğü hususlar, iptal kararının gerekçesinde değerlendirilmiş ancak kadının soyadına yapılan müdahale bakımından haklı sebep olarak kabul edilmemiştir. Anlaşıldığı kadarıyla karşı oy sunan üyelere göre, ailenin kutsallığını ve bütünlüğünü koruma görevi yalnızca kadının soyadı üzerindeki hakkın ihlal edilmesiyle kadınların omuzlarına yüklenmiştir. Hatırlatmak gerekir ki bu birliği kurarken, sürdürürken ve gerektiğinde sona erdirirken kadın ve erkek, eşit haklara sahip olduğu gibi, aile birliğini korumak yalnızca kadının görevi değildir. Bununla birlikte iptal kararı gerekçesinde de belirtildiği gibi, kanun koyucunun takdir yetkisini ailenin ortak soyadına sahip olması gerekliliği yönünde kullanmış olması, bunun yalnızca erkeğin soyadının, kadına dayatılması şeklinde uygulanmasını gerektirmemektedir⁴¹.

Soybağının takibi ve nüfus kayıtlarının doğru şekilde tutulmasına yönelik ileri sürülen kaygı açısından da iptal kararının gerekçesinde de ifade edildiği gibi, günümüzde T.C. kimlik numarası sisteminin kullanımının bu sakıncayı büyük ölçüde ortadan kaldırdığı söylenebilecektir⁴². Zira her bir vatandaşımızın sahip olduğu bu özel numaralar, isim benzerlikleri gibi durumlarda ortaya çıkan karışıklıkları önlemekte, ortak soyadı kullanımından çok daha işlevsel şekilde nüfus kayıtlarının tutulmasını sağlamaktadır. Kaldı ki, Anayasa'nın 2., 10., 17. ve 41. maddeleri ile Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümlerinin hayatın her alanında cinsler arası eşitlik ilkesi üzerine yaptıkları vurgu göz önüne alındığında kanun koyucunun bu ilkeyi yalnızca söz konusu düzenlemelerde bırakmaması ve hayata geçirecek önlemleri alması insan haklarına saygılı hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Bu noktada kanun koyucu-

⁴¹ Evlilik birliği içinde erkeğin soyadını kadına dayatan bu düzenlemeyle, erkeğin kanunlar önünde kadına göre daha ön planda tutulduğu ve toplumdaki kadın ve erkek arasındaki hiyerarşinin kanun koyucu tarafından da desteklendiğini gösterdiği yönünde bkz. Uluğ (n 4) 54.

⁴² Bu husus öğretide de defalarca dile getirilmiştir. Bkz. Çakırca, Evli Kadının Soyadı (n 9) 154; Uluğ (n 4) 55; Dursun (n 4) 89, 90; Tumay ve Altınel (n 12) 178, 179; Güler (n 1) 103.

nun ataerkil bir topluma sahip olan ülkemizde takdir yetkisini erkekten yana kullanmasını meşru kılan bir sebep bulunmamaktadır. Olması gereken, takdir yetkisinin herhangi bir cinsten yana kullanılması değil, cinsler arası eşitlik ilkesinin sağlanması için gereken adımların atılmasıdır.

İptal kararına sunulan diğer karşı oy yazısında⁴³ ise yine ailenin kutsallığına ve soyadının kamu düzeni açısından önemine vurgu yapıldıktan sonra⁴⁴, kadın ve erkeğin her ne kadar “eşdeğer” olsalar da cinsiyet farklılıklarından ötürü eşit kabul edilemeyecekleri, kadın-erkek eşitliği “fikrinin” toplumda ve ailede erkek egemenliğinin hüküm sürdüğüne, kadınların sömürüldüğüne ve şiddet gördüğüne dair “tezlere” karşı bir cevap olarak sunulduğu; oysa ki kadın-erkek eşitliğinin “modern bir hurafeden” ibaret olup topluma ve aileye huzur, adalet ve mutluluk getiremeyeceği ileri sürülmüştür. Bu sebeple söz konusu üye eşitlik ilkesi yerine “eşdeğerlik” ilkesini önermiş⁴⁵ ve bunun kadın ve erkeğin fitratına daha uygun olduğunu belirtmiştir. TMK m. 187'nin getirdiği kuralın cinsiyet temelli farklı muamele teşkil etmediği ve eşitlik ilkesine aykırı olmadığı sonucuna ulaşarak, iptal kararına katılmamıştır. Bununla birlikte, bireysel başvuruda soyadı konusunda verilecek ihlal kararları da dahil olmak üzere, aile soyadı meselesinin toplumdaki talebe göre yasama organınca belirlenmesi gerektiği, yargı kararlarıyla sürecin yönlendirilmesinin uygun olmadığı ileri sürülmüştür⁴⁶.

Son olarak belirtilmesi gereken bir diğer nokta, karşı oy sunan AYM üyelerinin kendi savlarını güçlendirmek amacıyla AİHM kararlarına atıf yaparak AİHM'nin, verdiği kararlarda soyadı üzerindeki hakkı AİHS m. 8 kapsamında değerlendirmekle birlikte kamu yararının gerektirdiği hallerde bu hakkın sınırlanabileceğini ve kanun koyucunun takdir yetkisinin bulunduğunu belirtmiş olmasına dikkat çekmeleridir. Üyeler -aslında AYM'nin 2011 tarihli kararında

⁴³ Bu karşı oy, Mahkeme üyesi Muammer Topal'a aittir.

⁴⁴ “Kutsal aile” ve “kamu düzeni” kavramlarının kadınların soyadı üzerindeki hakkının sınırlandırılması için yeterli olmadığı yönünde bkz. Tahmazoğlu Üzeltürk (n 6) 17.

⁴⁵ “... birtakım yapay kategorilerin oluşturulması suretiyle ayrımcı muamelelerin meşrulaştırılması, tam da kanun önünde eşitlik ilkesinin yasakladığı davranış modeline tekbül etmektedir.” Bkz. Duymaz (n 14) 40. Yazar bu eleştiriyi 2014 yılında Anayasa Mahkemesinin soyadına ilişkin kararları için getirmiş olsa da söz konusu karşı oy yazısı için de geçerli olduğu kanaatindeyiz.

⁴⁶ Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 27. Dönem'inde TMK m. 187'ye ilişkin olarak sunulmuş Kanun tekliflerine bakıldığında, yasama organında da AYM'nin verdiği iptal kararına paralel bir iradenin varlığı görülmektedir. Bkz. Bkz. 27/5, E. 2/3932, 09.11.2021; 27/5, E. 2/3865, 08.10.2021; 27/4, E. 2/3846, 17.03.2021; 27/4, E. 2/3343, 21.01.2021; 27/4, E. 2/3108, 24.09.2020; 27/3, E. 2/2831, 23.04.2020; 27/2, E. 2/1205, 22.10.2018; 27/2, E. 2/902, 31.07.2018; 27/2, E. 2/663, 09.07.2018; 27/2, E. 2/570, 09.07.2018; 27/2, E. 2/116, 02.07.2018; 27/2, E. 2/117, 02.07.2018, <<https://www.tbmm.gov.tr/Yasama/Gecmis-Kanun-Teklifleri-Sonuc>> erişim tarihi 16 Mayıs 2023.



da yapıldığı şekliyle- AİHM kararının ilgili kısmını almış ancak AİHM'nin kanun koyucunun takdir hakkını kabul etmekle birlikte, soyadına ilişkin farklı muamelede sadece cinsiyete dayanan sebepleri haklı sebep olarak kabul etmediğinden söz etmemişlerdir⁴⁷.

III. VERİLEN KARARIN ETKİSİ

AYM'nin TMK m. 187 hükmünü iptal kararıyla evli kadının, kocasının soyadını taşıma zorunluluğu ortadan kalkmıştır⁴⁸. Şu hâlde kadın dilediği takdirde evlenmeden önceki soyadını muhafaza edebilecektir. Buna karşın kanun koyucunun aile soyadına yönelik olarak nasıl bir düzenleme getireceği henüz bilinmemektedir. Kanun koyucu ailede ortak soyadını zorunlu kılacağı gibi, ortak soyadı kullanımını eşlerin tercihine de bırakabilir. Ancak hangi sistemi benimserse benimsesin, Türk Hukuku'nda soyadı meselesinin toplu şekilde ele alınması gerekmektedir. Zira boşanmış kadının soyadı ve çocuğun soyadı, iptal edilen kadının soyadı hükmünden bağımsız düşünülemeyecek hükümlerdir. İptal kararının yürürlüğe girmesiyle birlikte boşanmış kadının soyadını düzenleyen TMK m. 173 ve çocuğun soyadını düzenleyen TMK m. 321 hükmüne ilişkin de boşluklar ortaya çıkacak, bu hususları düzenleyen yeni hükümlere ihtiyaç duyulacaktır.

Evlilik birliği içinde eşlerin kendi soyadlarını muhafaza etme seçeneklerinin dışında, ortak aile soyadının eşlerden birinin soyadı olabileceğine ilişkin bir düzenleme yapılması halinde⁴⁹ boşanan kadının soyadını düzenleyen TMK m. 173 hükmünün, eşinin soyadını aile soyadı olarak almış erkekleri de kapsayacak şekilde, boşanan eşlere yönelik olarak yeniden düzenlenmesi gerekecektir⁵⁰. Bununla birlikte TMK m. 173, boşanma halinde kadının evlenme ile kazandığı kişisel durumunu koruyacağını düzenlemektedir. Hükümde her ne

⁴⁷ “Taraflar Devletlerin, AİHS uyarınca, aile birliğini yansıtmaya yönelik önlemlere ilişkin bir takdir hakkına sahip olmalarına rağmen AİHM, farklı muameleyi haklı çıkartacak ikna edici gerekçeler gösterilmediği müddetçe 14. madde ile bu tür önlemlerin, ilkesel olarak, erkek ve kadına eşit şekilde uygulanmasının öngörüldüğünü yineler. Söz konusu davada AİHM böyle bir neden olduğuna ikna olmamıştır.” Bkz. Ünal Tekeli-Türkiye davası, § 58. Aynı yönde bkz. Ayan (n 4) 41, 42; Tahmazoğlu Üzeltürk (n 6) 18.

⁴⁸ İptal kararı, Resmî Gazete’de yayımlanmasından itibaren 9 ay sonra yürürlüğe girecektir.

⁴⁹ Kanun koyucunun getireceği yeni düzenlemeyle ortak soyadı olarak kadının soyadının seçilmesine izin vermemesi kadın-erkek eşitliğine aykırı olacak ve hükmün iptali istenebilecektir.

⁵⁰ TMK m. 173’te de değişiklik yapılarak modern ve eşitliğe uygun bir düzenleme getirilmedikçe TMK m. 187’de yapılacak değişikliğin kadın ve erkek arasındaki eşitliği sağlama noktasında eksik kalacağı yönünde bkz. Tacir (n 9) 68. TMK m. 173 hükmü de kadın-erkek eşitliğine ve hakkaniyete aykırı olması sebebiyle öğretide eleştirilmektedir. Bkz. Moroğlu, Kimlik Sorunu (n 4) 256. TMK m. 173’e yöneltilen eleştiriler için ayrıca bkz. Abik (n 1) 246 vd.; Kılıçoğlu Yılmaz (n 4) 589 vd.; Karaman (n 4) 50 vd.; Dursun (n 4) 36 vd.; Güler (n 1) 56 vd.; Çelebi (n 4) 567 vd. Çok benzer bir düzenleme içeren eMK m. 141’in eleştirisi için bkz. Moroğlu, Kadının Soyadı (n 4) 103 vd.

kadar sadece kadından bahsedilse de söz konusu hükmün erkekleri de kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiği öğretide kabul edilmektedir⁵¹. Yapılacak yeni düzenlemenin yalnızca kadına değil eşlere ilişkin olması bu konuya da açıklık kazandıracaktır.

Kadının soyadı meselesi, kaçınılmaz olarak çocuğun soyadını da etkilemektedir. Zira çocuğun soyadını düzenleyen TMK m. 321 uyarınca çocuk, anne ve baba evli ise aile soyadını taşıyacaktır. Hükümde geçen ancak tanımlanmamış olan “aile soyadı” TMK m. 187’yle birlikte okunduğu takdirde anlam kazanmaktadır⁵². Bu doğrultuda aile soyadı olarak erkeğin soyadı seçilmiş olduğundan çocuk, babasının soyadını taşıyacaktır. Ancak TMK m. 187’nin iptaliyle birlikte ortak aile soyadı zorunluluğu ortadan kalkmıştır. Kanun koyucunun yeni düzenleme yaparken ortak aile soyadını zorunlu tutup tutmayacağını henüz bilmemekle birlikte, ortak aile soyadı kullanma zorunluluğu bulunmaması halinde çocuğun hangi soyadını alacağı sorusu gündeme gelecektir.

IV. YENİ DÜZENLEME YAPILMASI GEREĞİ VE ÖNERİMİZ

AYM’nin iptal kararından dolayı ortaya çıkacak olan kanun boşluğunun sebep olacağı sorunlar, kararda da belirtildiği gibi kamu yararını ihlal edebilecek niteliktedir. Bu sebeple iptal kararının yürürlüğe girmesine kadar geçecek 9 aylık sürede yeni bir düzenlemenin yapılması büyük önem arz etmektedir. Önceden de belirttiğimiz gibi kanun koyucunun yalnızca kadının soyadına ilişkin iptal edilen hükmün yerine bir düzenleme getirmesi yeterli olmayacak, soyadı meselesini bir bütün olarak ele alması gerekecektir. Kanaatimizce verilen iptal kararı kanun koyucunun, soyadı meselesini tüm yönleriyle ele alarak, kadın-erkek eşitliğini ve çocuğun üstün yararını ön planda tutarak yeniden düzenleme fırsatı olarak değerlendirilmelidir. Bu doğrultuda yeni düzenlemelerin, diğer modern hukuk sistemlerinde olduğu şekliyle, eşlerin kişisel haklarına en az müdahalede bulunan, esnek yapıda olmasına ve uygulamadaki sorunların çözümüne hizmet etmesine özen gösterilmelidir. Bu konuda modern hukuk sistemlerinde kabul edilen düzenlemeler⁵³ ve öğretide ileri sürülen görüşler yol gösterici nitelikte olacaktır.

⁵¹ İpek Sağlam, *Turkish Family Law* (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2019) 178; Kocabaş, *Evlenmenin Kadının Soyadına Etkisi* (n 4) 181.

⁵² Dural ve Ögüz (n 1) 173; Yeliz Yücel, *Türk Medeni Hukukunda Boşanma Halinde Velayet, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Çocuğun Soyadı* (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2018) 204; Güler (n 1) 151.

⁵³ Soyadına ilişkin tartışmalar sebebiyle yıllar boyunca çeşitli hukuk sistemlerindeki soyadı düzenlemeleri incelenmiştir. Bu incelemeler için bkz. Göztepe (n 4) 120 vd.; Nomer (n 4) 424 vd.; Moroğlu, *Kadının Soyadı* (n 4) 53 vd.; Moroğlu, *Armağan* (n 1) 288 vd.; Abik (n 1) 144 vd. ve 206 vd.; Oktay Özdemir, *Soyadı* (n 1) 2020 vd.; Ayan (n 4) 32 vd., 43 vd. ve 52 vd.; Moroğlu, *Kimlik Sorunu* (n 4) 248 vd.; Öcal Apaydın (n 4) 429 vd.; Erbek Odabaşı (n 4) 55 vd.; Tuba Birinci Uzun, ‘Aile Soyadı Çıkmazı’ (2016) (4) *Ankara Barosu Dergisi* 99, 119 vd.; Seda İrem Çakırca, ‘Kadın Erkek Eşitliği Açısından MK. m. 187’nin Değerlendirilmesi’ Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan (Cilt I) (On İki Levha Yayıncılık 2010) 703, 731 vd.;

A. Eşlerin Soyadına İlişkin Düzenleme Önerisi

Kararda da belirtildiği gibi iptale konu hüküm, Anayasa ve Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümlerine aykırı olduğundan yeni hükmün, kadın-erkek eşitliği göz önünde tutularak formüle edilmesi gerekmektedir.

1. Öğretideki Görüşlerin Değerlendirilmesi

Yıllardan beri tartışılan TMK m. 187 düzenlemesinde yapılacak değişikliğe ilişkin öğretide çeşitli görüşler öne sürülmüştür. Bazı yazarlar⁵⁴ evlilik birliğinde ortak soyadı kullanımını benimserken, bazı yazarlar⁵⁵ soyadının değişmezliğini kural kabul ederek eşlere, dilerlerse ortak soyadı seçme imkânı tanıyan düzenlemeler önermişlerdir. Kanun koyucunun da ilk aşamada vermesi gereken karar, ortak soyadı uygulamasına devam edilip edilmeyeceğidir.

Evlilikte soyadı birliğini kabul eden görüşlere baktığımızda, bir görüş⁵⁶ evli kadının kural olarak kocasının soyadını alacağını ancak evlendirme memuruna veya nüfus müdürlüğüne yapılacak bir bildirimle kendi soyadını kocasının soyadının yanına ekleyebileceği gibi, tek başına kendi soyadını da kullanabileceğine ilişkindir. Bu öneri aile soyadı olarak -TMK m. 187'de olduğu gibiyalnızca erkeğin soyadını kabul etmektedir. Bu doğrultuda kadının soyadının aile soyadı olarak seçilmesi ve bu soyadını çocuklarına verebilme imkânı da bulunmamaktadır. Kanımızca bu durum yine kadın-erkek eşitliğini sağlamaktan uzaktır⁵⁷. Bu öneriyi bir adım öne taşıyarak eşlerin, dilerlerse içlerinden birinin soyadını aile soyadı olarak seçebilmeleri ancak seçim yapmadıkları takdirde evlilikte soyadı birliği ilkesine bağlı kalınarak kadının, kocasının soyadını alacağına ilişkin bir görüş⁵⁸ ileri sürülmüştür. Bu görüş öğretide, seçim yapılmaması halinde erkeğin soyadına üstünlük tanınması sebebiyle eşitliğe aykırı görülerek, kanımızca da haklı olarak eleştirilmektedir⁵⁹.

Helvacı ve Kocabaş (n 4) 617 vd.; Başoğlu, Kadının Soyadı (n 4) 3906 vd.; Başak Başoğlu, 'Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi' (2017) 8 (1) İnÜHFD 351, 369 vd.; Dursun (n 4) 111 vd. ve 128 vd.; Güler (n 1) 23 vd.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 1) N. 385 ve dn. 425; Çelebi (n 4) 590 vd.

⁵⁴ Gören (n 8) 103; Moroğlu, Kadının Soyadı (n 4) 147; Abik (n 1) 100; Yılmaz (n 1) 149.

⁵⁵ Nomer (n 4) 448; Çakırca, Kadın Erkek Eşitliği (n 54) 747, 748; Aydın (n 4) 272; Uluğ (n 4) 55; Ergene (n 4) 166; Doğanay (n 4) 89; Dursun (n 4) 119.

⁵⁶ Yılmaz (n 1) 149.

⁵⁷ Aynı yönde bkz. Ergene (n 4) 165

⁵⁸ Moroğlu, Kadının Soyadı (n 4) 147.

⁵⁹ Dursun (n 4) 118. Moroğlu, bu eserinden sonra yayınlanan makalelerinde önerdiği kanun metninde, eşlerin kendi soyadlarını kullanmaya devam edebileceklerini ancak ortak aile adı seçilmemesi halinde kadının kocasının soyadını alacağını belirterek birbiriyle çelişen ifadelere yer vermiştir. Bkz. Moroğlu, Armağan (n 1) s. 307; Moroğlu, Kimlik Sorunu (n 4) 268.

Ortak soyadı ilkesini benimseyen görüşe⁶⁰ göre ise, eşler aile soyadı olarak içlerinden birinin soyadını seçebilirler. Böyle bir belirleme yapmamaları halinde aile soyadı ikisinin soyadının birleşiminden oluşur. Bu görüş, eşlerin seçim yapmamaları halinde herhangi bir cinse üstünlük sağlamadan aile soyadının iki isimden oluşacağını önerdiğinden kanımızca kadın-erkek eşitliğine daha uygundur. Buna karşın öğretilerde ortak soyadının dayatılmaması gerektiği, eşlerin dilerlerse içlerinden birinin soyadını ortak aile soyadı olarak seçebilmeleri ancak seçim yapmadıkları takdirde kendi soyadlarını muhafaza etmeleri gerektiği ileri sürülmektedir⁶¹. Bu şekilde eşlere hem seçim hakkı tanınmakta hem de seçim yapmadıkları takdirde soyadı üzerindeki haklarına müdahale edilmemiş olmaktadır.

Öğretilerdeki bir başka görüş⁶² kanun koyucunun ailede ortak soyadını zorunlu tutup tutmamasına göre farklı çözümler önermektedir. Kanun koyucunun tercihini ortak soyadından yana kullanması halinde eşlere, evlenme başvurusu sırasında içlerinden birinin soyadını aile soyadı olarak seçme zorunluluğu getirilmesi önerilmiştir. Bu şekilde seçim yapılmaması ihtimali ortadan kaldırılacak ve kanun koyucunun kadın veya erkek arasında bir seçim yapmasına

⁶⁰ Gören (n 8) 103; Abik (n 1) 100. Eşlerin aralarından birinin soyadını aile soyadı olarak belirleyebilmesi gerektiği yönünde bkz. Burcuoğlu, Altop ve Ünan (n 8) 24; Sirmen (n 4) 86. AYM incelememize konu kararında eşlerin içlerinden birinin soyadının dışında, farklı bir soyadı da ortak soyadı olarak belirleyebileceklerini belirtmiştir. Ancak kanımızca eşlerin ikisinin de sahip olmadıkları bir soyadı ortak soyadı olarak belirlemeleri sakıncalı olabilecektir. Örneğin, önceki evliliklerinden çocukları olan bir kadın ve erkek evlendiğinde, yeni bir aile soyadı seçme imkanının verilmesi halinde çocuklar ile ebeveynlerinin soyadları farklı olacaktır. Soyadının soybağına bağlı olması sebebiyle çocukların da soyadlarının değişmesi, kanımızca çocukların kişisel hakkına müdahale edilmesi açısından sorun yaratacaktır. Çalışmamızın devamında görülebileceği gibi çocuğun soyadı değişikliklerinde, 12 yaşının üzerinde olması halinde çocuğun da bu konudaki görüşünün alınması tarafımızca savunulmaktadır. Bu sebeple hem eşlerin hem de çocukların kişilik haklarına en az müdahalede bulunabilecek yolu seçmek fikrimizce en uygun çözüm yolu olacaktır.

⁶¹ Nomer (n 4) 448; Çakırca, Kadın Erkek Eşitliği (n 54) 747, 748; Aydın (n 4) 272; Uluğ (n 4) 55; Ergene (n 4) 166; Doğanay (n 4) 89; Süleyman Mortaş, 'Evlenen Kadın ile Velayeti Kadına Bırakılan Çocuğun Soyadının Belirlenmesinde "Kocanın Soyadı" Parametresi' (2016) 20(2) GÜHFD 311, 355; Başoğlu, Çocuğun Soyadı (n 54) 373; Başoğlu, Kadının Soyadı (n 4) s. 3911; Dursun (n 4) 119. Buna ek olarak eşlerin soyadlarından oluşan çift soyadının da ortak soyadı olarak seçilebilmesi yönünde bkz. Göztepe (n 4) 129. Eşlerin isterlerse soyadlarını tek başına kullanabilmeleri, isterlerse seçecekleri ortak soyadını kullanabilmeleri gerektiği yönünde bkz. Oktay Özdemir, Eşitliğe Aykırı Hükümler (n 4) 293; Tacir (n 9) 68. Ortak aile adı seçmemiş eşlere ilk çocukları doğmadan önce olmak üzere bir kereye mahsus aile adı seçme imkânı verilmesi gerektiği yönünde bkz. Esra Dursun, 'Anayasa Mahkemesinin Kadının Soyadı ile Alakalı İptal Kararı: Neticeler ve Meselenin Yarını Bakımından Öneriler' (Lexpera Blog, 12.05.2023) <https://blog.lexpera.com.tr/anayasa-mahkemesinin-kadının-soyadı-ile-alakalı-iptal-kararı-neticeler-ve-meselenin-yarını-bakımından-öneriler/> 22.05.2023.

⁶² Ayan (n 4) 77.

gerek kalmaksızın sorun çözülmüş olacaktır. Kanun koyucunun ortak soyadı zorunluluğundan vazgeçmesi ihtimalinde ise eşler, içlerinden birinin soyadını aile soyadı olarak seçebilir veya kendi soyadlarını muhafaza edebilir.

Soyadı kanunen veya iradi olarak aile soyadı olarak seçilmeyen eşin kendi soyadını aile soyadının önüne ekleyebileceği, öğretide sunulan bütün önerilerde kabul edilmektedir. Öğretide ayrıca aile soyadı seçmemiş eşlerden birinin daha sonra, eşinin soyadını kendi soyadına eklemek istemesi halinde, buna da izin verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁶³.

2. Önerimiz

Biz de eşlere ortak soyadının dayatılmamasının ve soyadları konusunda belirli kurallar çerçevesinde karar verme yetkisi tanınmasının yerinde olacağı⁶⁴ kanaatindeyiz. Bu doğrultuda soyadının değişmezliği ilkesinin kabul edilerek eşlere ortak soyadı seçme imkanının tanınması uygun olacaktır.

Öncelikle yeni hükmün kenar başlığının “Eşlerin soyadı” olarak değiştirilmesi yerinde olacaktır. Hükmün içeriğine ilişkin önerimiz ise şu şekildedir⁶⁵:

“Eşler birlikte seçtikleri ortak aile adını taşırlar. Eşler ortak bir aile adı seçmemeleri halinde önceki soyadlarını muhafaza ederler.

Eşler ortak aile adını evlilik anında evlendirme memuruna veya evlendikten sonra nüfus müdürlüğüne yapacakları bildirim ile belirleyebilirler. Ortak aile adı, kadın veya erkeğin doğumla kazandıkları soyadı olabileceği gibi, bildirim anında taşıdıkları soyadı da olabilir. Eşler her ikisinin soyadını birleştirerek de ortak aile adını oluşturabilir. Bu halde farklı bir anlaşma yapılmadıkça eşlerin soyadı alfabetik sıra ile yazılır. Ortak aile adı en fazla iki isimden oluşabilir.

Soyadı ortak aile adı olarak seçilmeyen eş önceki soyadını, evlenme anında evlendirme memuruna veya evlendikten sonra nüfus müdürlüğüne yapacağı bildirimle aile adının önüne veya arkasına ekleyebilir. Ortak aile adının iki isimden oluşması halinde bu uygulanmaz. Ortak aile adı tek isimden oluşsa dahi, soyadı ortak aile adı olarak seçilmeyen eşin önceki soyadı iki isimden oluşuyorsa, bunlardan yalnızca biri ortak aile adına eklenebilir.”

Önerdiğimiz düzenlemeyle ortak soyadı seçme zorunluluğunun kaldırılması amaçlanmaktadır. Kanımızca eşlere seçim hakkı vermek ve bu konuda esnek bir düzenleme getirmek, eşlerin kişilik haklarının da korunması açısından önem taşımaktadır.

Önerdiğimiz hüküm çerçevesinde eşler, eşlerden birinin doğumla kazandığı veya evlenme anında taşımakta olduğu soyadını aile adı olarak belirleyebilir-

⁶³ Ergene (n 4) 166.

⁶⁴ Kanun koyucunun soyadı düzenlemesini ana hatlarıyla yapması ve eşlere serbesti tanınması yönünde bkz. Kocabaş, Evlenmenin Kadının Soyadına Etkisi (n 4) 205.

⁶⁵ Güler (n 1) 214.

ler. Evlenme anında taşıdıkları soyadı bekârlık soyadı olabileceği gibi, önceki evlilikleri yoluyla kazandıkları soyadı da olabilir. Bunun dışında eşler soyadlarını birleştirerek çift isimli aile adı da oluşturabilirler. Çift isimli aile adı kullanımında hangi soyadının önce yazılacağına ilişkin anlaşmaya varılmaması halinde, objektif ve cinsler arası eşitlik ilkesine uygun olması açısından soyadlarının alfabetik sırada yazılması tarafımızca önerilmiştir.

Çift isimli aile adını taşıyan bir sonraki neslin evlenmesi halinde ise, eşlerin seçebileceği ortak aile adının en fazla iki isimden oluşabileceği sınırlaması, aile adının sonraki nesillerde çok fazla uzayarak karışıklık yaratmasının önüne geçecektir⁶⁶. Bu kurala birlikte çift aile adına sahip iki kişi evlendiği takdirde ortak aile adı, taşıdıkları dört isimden tercih ettikleri en fazla iki isimle oluşturulabilecektir⁶⁷. Soyadı aile adı olarak seçilmeyen eşe evlendirme memuruna veya nüfus müdürlüğüne yapacağı bir bildirimle, doğumla kazandığı soyadını veya bildirim anında taşımakta olduğu soyadını aile adıyla birlikte kullanma imkânı getirmek gerekir. Bu soyadı aile adının önüne veya arkasına eklenebilir. Ancak kişilerin taşıyacakları aile adının en fazla iki isimden oluşacağı kuralı bu noktada devreye girecek, soyadı aile adı olarak seçilmeyen eşin bu hakkı sınırlandırılacaktır. Aksi halde kişilerin soyadının dört isimden oluşması durumu ortaya çıkabilecek ve bu durum, karışıklığa sebep olabilecektir. Bu nedenle ortak aile adının iki isimden oluşması halinde, soyadı aile adı olarak seçilmeyen eşin, aile adına soyadını ekleme hakkı bulunmamaktadır. Benzer şekilde ortak aile adının tek bir isimden oluşması halinde soyadı aile adı olarak seçilmeyen eşin soyadı iki isimden oluşuyorsa, aile adına bunlardan yalnızca birini ekleyebilecektir. Bu şekilde aile adının en fazla iki isimden oluşabileceği kuralı da korunmuş olacaktır.

Ortak aile adının karışıklıklara sebep olabileceği kaygısıyla iki isimden oluşmasına izin verilmemesi gerektiği ileri sürülse⁶⁸ de 1997 yılından beri kadınların iki soyadı kullanabildikleri ve uzun süredir var olan bu uygulamanın bir sorun yaratmadığı görülmektedir. T.C. kimlik numarası sisteminin de kullanımıyla çift isimli aile adının rahatlıkla uygulanabileceği kanaatindeyiz.

Eşlerin soyadına ilişkin bir seçim yapmamaları halinde ise fikrimizce en uygun çözüm, soyadının değişmezliği ilkesinin kabul edilerek eşlerin taşıdıkları soyadlarını korumaları olacaktır. Zira ortak aile adının kullanımı Anayasal bir zorunluluk değil, kanun koyucunun takdir yetkisinin bir getirisidir⁶⁹. Zira

⁶⁶ Soyadının en fazla iki isimden oluşabilmesi sınırlaması öğretide önerilmektedir. Bkz. Abik (n 1) 144; Başoğlu, Kadının Soyadı (n 4) 3911.

⁶⁷ İki isimden oluşan aile soyadına sahip iki kişinin evlenmesi halinde nişanlıların birer soyadını seçerek aile soyadını oluşturmaları gerektiği yönünde bkz. Abik (n 1) 143, 144.

⁶⁸ Nomer (n 4) 449; Karaman (n 4) 63; Dursun (n 4) 118; Dursun (n 64).

⁶⁹ Gören (n 8) 97; Göztepe (n 4) 118.

Anayasa'nın herhangi bir maddesinde buna ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Aksini belirtmedikleri sürece eşlerin soyadlarını muhafaza etmeleri, kişilik haklarının korunması açısından da önem taşımaktadır.

B. Boşanan Eşlerin Soyadına İlişkin Düzenleme Önerisi

Aile soyadının kadın erkek-eşitliğine uygun şekilde düzenlenmesi, TMK m. 173 hükmünde de değişiklik yapılmasını gerektirecektir. Bu bağlamda aile soyadının kadının soyadı olarak da belirlenebilecek olması sebebiyle hükmün kenar başlığının "Boşanan eşlerin kişisel durumu" olarak değiştirilmesi gerekmektedir. Hükmün içeriğine ilişkin önerimiz ise şu şekildedir⁷⁰:

"Boşanma halinde eşler, evlenme ile kazandıkları kişisel durumu korur ve evlilikle kazanmış oldukları aile adını muhafaza ederler. Bunun için bir bildirim veya diğer eşin rızası aranmaz.

Eşler, nüfus müdürlüğüne yapacakları bir bildirimle evlilik öncesi taşıdıkları soyadlarını kullanmaya devam edebilir."

Eşler ortak aile adı kullanmayı tercih etmişlerse eşin/eşlerin evlenme yoluyla kazandıkları bu aile adı, kişiliğinin bir parçası haline gelmektedir⁷¹. Bu sebeple kazanılan bu aile adının da kişilik hakkı kapsamında korunmasına yönelik bir düzenleme getirilerek, boşanma halinde eşlerin evlenmeye kazandıkları aile adını muhafaza edecekleri kabul edilmelidir⁷². Bunun için eşler, TMK m. 173'teki düzenlemenin aksine herhangi bir izne ihtiyaç duymamalı, soyadı kullanımının engellenmesi yönünde herhangi bir tehditle karşılaşmamalıdır⁷³. Evlenmeden önceki soyadını nüfus müdürlüğüne yapacakları bir bildirimle⁷⁴ tekrar alıp almamak eşlerin tercihine bırakılmalıdır.

C. Çocuğun Soyadına İlişkin Düzenleme Önerisi

Kadınların çocuklarına soyadını aktaramaması eşitliğe aykırı olduğu gibi, uygulamada da sorunlara yol açmaktadır. Babalarının soyadını taşıyan ancak annelerinin velayeti altında olan çocukların soyadı, dava açılarak velayet hak-

⁷⁰ Güler (n 1) 217.

⁷¹ Sirmen (n 4) 86; Dursun (n 4) 37.

⁷² Aynı yönde bkz. Abik (n 1) 246; Başoğlu, Kadının Soyadı (n 4) 3887; Dursun (n 4) 37.

⁷³ Aynı yönde bkz. Sirmen (n 4) 86; Oktay Özdemir, Eşitliğe Aykırı Hükümler (n 4) 297, 298; Ayan (n 4) 49.

⁷⁴ Öğretide bu bildirim boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren bir yıllık süre içinde yapılabileceğinin düzenlenmesi gerektiği yönünde bkz. Ayan (n 4) 76. Bildirim için belirli bir süre öngörülmesi gerektiği yönünde bkz. Sirmen (n 4) 86. Biz evlilikle kazanılan soyadının da kişinin doğumla kazandığı soyadı gibi korunması gerektiğini düşündüğümüzden eşlerin kullanacakları soyadlarına ilişkin bildirimlerinin böyle bir süreye bağlanmaması gerektiği kanaatindeyiz.

kını haiz annenin soyadıyla değiştirilmektedir⁷⁵. Çocuğun soyadının velayet hakkına dayanarak değiştirilmesi, özel korumaya muhtaç olan çocuğun kişilik haklarına müdahale edilmesi anlamına gelmektedir. Bu noktada çocuğun soyadının yalnızca TMK m. 27 kapsamında haklı sebep varsa değiştirilmesine karar verilmesi ve durumu anlayabilecek durumdaysa çocuğun da bu konudaki görüşünün alınması gerekmektedir. Buna karşın babasının soyadını taşıyan çocukların, farklı soyadı taşıyan anneleriyle birlikte büyümesinin ve soyadı farklılığının çocuğun sosyal çevresinde soru işaretlerine sebep olmasının, çocuğun psikolojisi üzerindeki etkileri de göz ardı edilmemeli ve ilgili hüküm değiştirilerek bu soruna da çözüm getirecek şekilde yeniden düzenlenmelidir.

1. Öğretideki Görüşlerin Değerlendirilmesi

Öğretide ileri sürülen baskın görüşe göre ortak aile soyadı varsa çocuk, aile soyadını alacaktır⁷⁶. Ortak soyadının bulunmaması halinde ise, bir görüşe göre⁷⁷, annenin veya babanın soyadı çocuğa verilebilecek, anlaşamazlarsa çocuğun soyadı, nüfus memurunca anne ve babanın soyadı arasında çekilecek kura yoluyla belirlenebilecektir. Bir diğer görüş⁷⁸ ise ortak soyadı yoksa çocuğun, babanın soyadını alacağını ancak 18 yaşından sonra çocuğun talebiyle ya da eşlerin bildirimine üzerine annenin soyadının çocuğa verilebileceğini

⁷⁵ Yargıtay 2. HD., E. 2018/1306, K. 2018/4719, 09.04.2018; Yargıtay 2. HD., E. 2017/1097, K. 2018/12772, 12.11.2018. Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi, Hayriye Özdemir Başvurusu, Başvuru no: 2013/3434, 25.06.2015; Anayasa Mahkemesi, Gülbu Özgüler Başvurusu, Başvuru no: 2013/7979, 11.11.2015; Anayasa Mahkemesi, Nurcan Yolcu Başvurusu, Başvuru no: 2013/9880, 11.11.2015; Anayasa Mahkemesi, Ayten Yıldırım Başvurusu, Başvuru no: 2014/1826, 20.07.2017; Anayasa Mahkemesi, Deniz Altınbaş ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru no: 2014/2033, 26.10.2017. Velayeti annesine bırakılan çocuğun soyadının, annenin soyadıyla değiştirilmesine ilişkin verilen kararlara ilişkin değerlendirme için bkz. Birinci Uzun (n 54) 101 vd.; Mortaş (n 62) 325 vd.; Pelin Taşkın, 'Çocuğun Soyadı ile İlgili Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi' (2018) 51(2) AÜEBFD 69, 78 vd.; Yücel (n 53) 230 vd.; Güler (n 1) 177 vd.; Çelebi (n 4) 570 vd. Ayten Yıldırım Başvurusuna ilişkin değerlendirme için bkz. Ceren Yıldız ve Nazlı Hilal Demir, 'Ayten Yıldırım Başvurusu Işığında Babanın veya Annenin Soyadı Karşısında 'Çocuğun Üstün Yaranı' Hakkında Kısa Bir Değerlendirme' (2018) 10(100), İstanbul Kültür Üniversitesi Fasikül Aylık Hukuk Dergisi-Fahmettin Akingüç Armağanı 429, 429 vd.

⁷⁶ Nomer (n 4) 449, 450; Abik (n 1) 143, 144; Ayan (n 4) 77; Doğanay (n 4) 89; Mortaş (n 62) 355; Başoğlu, Çocuğun Soyadı (n 54) 373; Başoğlu, Kadının Soyadı (n 4) s. 3911; Dursun (n 4) 130.

⁷⁷ Nomer (n 4) 449, 450.

⁷⁸ Doğanay (n 4) 89. Yazar boşanma halinde farklı bir düzenleme getirilmesini önermiştir. Buna göre ebeveynler boşandıktan sonra ortak soyadını kullanmaya devam ederlerse çocuğun soyadı aynı kalacak, eski soyadlarına dönerlerse çocuk babasının soyadını alacaktır. 18 yaşından sonra çocuk annenin soyadını almak istediğini bildirebilecektir. Bkz. Doğanay (n 4) 90. Çocuğun soyadının kural olarak babadan gelmesi düzenlemesinin eşitlik ilkesini ihlal ettiği ve çocuğun soyadının haklı sebep ve kendi rızası olmadıkça değişmemesi gerektiği düşüncesinde olduğumuzdan bu görüşe katılmıyoruz.



ileri sürmektedir. Kanımızca kanun koyucu tarafından erkeğin soyadının tercih edilmesi kadın-erkek eşitliğinin gözetildiği bir çözüm yolu olmayacaktır. Öğretideki eşitlik anlayışına daha uygun bir başka görüşe göre ise, nişanlılar ortak aile soyadı seçmemişlerse çocuklarına verilmek üzere içlerinden birinin soyadını seçerek bildirimde bulunmak zorundadırlar⁷⁹. Bu bildirim evliliğin şartlarından biri olarak kabul edilmesi gerektiği savunulsa da⁸⁰ aynı yönde bir düzenleme getirmeyi önermekle birlikte nişanlıların böyle bir bildirimde bulunmaması halinde evlenmelerine izin vermemek yerine çocuğun annenin soyadını alacağına düzenlenmesi gerektiği de ileri sürülmektedir⁸¹. Bildirim yapılmaması halinde anne ve babanın soyadlarından alfabetik olarak önce gelenin nüfus memuru tarafından çocuğa verilmesi de bir başka çözüm olarak ileri sürülmektedir⁸².

Evlilik birliğinin sona ermesi halinde ise çocuğun, nüfus müdürlüğünce re'sen yapılacak bir işlemle velayetinin bırakıldığı ebeveyninin soyadını alması gerektiğine ilişkin bir görüş⁸³ öğretide ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre çocuğun üstün yararı, soyadını muhafaza etmesini gerektiriyorsa velisinin bildirimini veya diğer ebeveyninin aile mahkemesine itirazıyla soyadının değişmesi engellenebilecektir. Kanımızca soyadının değişmezliği ilkesi çocuk bakımından da geçerli bir ilkedir. Çocuğun üstün yararının velayetinin bırakıldığı ebeveyninin soyadını taşımaya gerektirmesi halinde TMK m. 27 çerçevesinde soyadı değişikliğinin yapılması zaten mümkündür. Bu sebeple bu görüşe katılmamaktayız.

Evlilik dışında doğan çocuğun soyadı⁸⁴ konusunda ise bir görüşe göre⁸⁵ çocuk, annesinin bekarlık soyadını alır ve babasıyla soybağı kurulmuş olsa dahi velayeti annesinde olduğu sürece annesinin soyadını taşır. Bu görüş doğrultusunda soybağı kurulduğu sırada ergin olan çocuğun, bir yıllık süre içerisinde babasının soyadını almak istediğini nüfus müdürlüğüne bildirebilmesi imkânının da tanınması gerektiği savunulmaktadır. Bir diğer görüş⁸⁶ ise evlilik dışında doğan çocuğun soyadını kazanması açısından ilk belirlemenin, velayete göre

⁷⁹ Ayan (n 4) 79. Aynı yönde bkz. Dursun (n 4) 130.

⁸⁰ Ayan (n 4) 79.

⁸¹ Ergene (n 4) 167, 168 ve 170; Dursun (n 4) 131.

⁸² Mortaş (n 62) 355.

⁸³ Mortaş (n 62) 355.

⁸⁴ Öğretide bir görüş evlilik birliği dışında doğan çocukların ve anne-babası evli çocukların soyadına ilişkin düzenlemelerin farklı hükümlerde düzenlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. Yücel (n 53) 251. Biz önerimiz çerçevesinde getirilecek düzenlemeyle hem evlilik içinde hem de evlilik dışında doğan çocukların soyadı benzer kurullarla belirleneceğinden aynı hükümde düzenlenmesinde bir sakınca görmemekteyiz.

⁸⁵ Ayan (n 4) 77.

⁸⁶ Dursun (n 4) 131.

yapılması gerektiği yönündedir. Ancak bu görüş doğrultusunda da soyadının kazanılmasının ardından velayete bağlı olarak soyadının değiştirilmesi kabul edilmemekte, ancak TMK m. 27'deki şartlar mevcutsa ve çocuğun üstün yararı bunu gerektiriyorsa, çocuğun soyadının değiştirilebileceği savunulmaktadır⁸⁷.

2. Önerimiz

Çocuğun soyadına ilişkin bir düzenleme yapılırken göz önünde tutulması gereken en önemli ilke, çocuk hukukunun da üzerine inşa edildiği, çocuğun üstün yararı ilkesidir. Gerek Anayasa m. 41 gerekse Türkiye'nin de taraf olduğu Çocuk Hakları Sözleşmesi (ÇHS) m. 3, olası bir menfaat çatışmasında çocuğun menfaatinin üstün tutulması gerektiğini belirtmektedir. Bu sebeple çocuğun soyadının, öncelikle çocuğun üstün yararının gözetilerek, eşler arasında eşitlik ilkesine uygun olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Çocuğun soyadına ilişkin hükmün içeriğine yönelik önerimiz şu şekildedir⁸⁸:

“Eşler ortak bir aile adı seçmiş ise çocuk, soyadı olarak ortak aile adını alır. Ortak aile adının bulunmaması halinde çocuk, annesinin ve babasının taşıdığı soyadını birlikte alır. Anne ve babadan en az birinin soyadının iki isimden oluşması halinde anne ve baba, soyadlarını oluşturan isimlerden birer tanesini seçer. Seçim yapılmaması halinde çocuk, anne ve babanın soyadındaki ilk isimleri birlikte alır. Farklı bir anlaşma yapılmadıkça iki soyadı alfabetik sıraya göre yazılır.

Evlilik dışında doğan çocuk annesinin soyadını alır. Babası ile arasında soybağının kurulması ile birlikte babasının soyadını da alır. Soyadının yazımında birinci fıkra hükmü uygulanır.

Soyadı iki isimden oluşan çocuk, ergin olduğunda nüfus müdürlüğüne yapacağı bildirimle soyadını oluşturan iki isimden birini bırakabilir.

Çocuğun 12 yaşını doldurmuş olması halinde soyadının değişmesi, ancak onun rızası ile mümkün olur.”

Öğretide de kabul edildiği üzere ortak bir aile adı bulunması durumunda çocuk, aile adını almalıdır. Ortak aile adı olarak eşlerden birinin adının seçilmesi halinde çocuk, kanunen bu aile adını alacaktır. Eşlerin boşanması halinde çocuğun velayeti, soyadı farklı olan eşte olsa dahi, çocuğun soyadının, çocuğun üstün yararı bunu gerektirmedikçe velayet hakkına dayanılarak değiştirilmesi mümkün olmamalıdır⁸⁹. Zira soyadının TMK m. 27 kapsamında haklı sebebe dayanılarak değiştirilmesi mümkündür⁹⁰. Ancak çocuğun ismi üzerindeki

⁸⁷ Dursun (n 4) 132.

⁸⁸ Güler (n 1) 218.

⁸⁹ Öğretide bu hususun çocuğun soyadını düzenleyen hükme alınarak açıklığa kavuşturulması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Yücel (n 53) 251.

⁹⁰ Soyadının velayete bağlı olarak değiştirilmemesi ancak haklı sebebin varlığı halinde TMK m. 27 uyarınca değiştirilebileceği yönünde bkz. Yücel (n 53) 251.

kişilik hakkına müdahale edilmesi sebebiyle, bu konuda çocuğun da fikrinin alınması gerekmektedir. Çocuğun soyadına ilişkin bir işlemde rızasının aranması, ÇHS'nin 12. maddesinde koruma altına alınmış olan, çocuğun kendisine dair işlemlere katılma hakkının da bir gereğidir. Çocuğun, soyadı değişikliği için rızasının aranması gerektiği öğretide de savunulmaktadır⁹¹. Tarafımızca bu yaş sınırı İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi, 12 olarak önerilmiştir⁹².

Ortak aile adının bulunmaması halinde eşlerin velayet hakkını birlikte kullandıkları da esas alınarak çocuğun anne ve babasının soyadını birlikte alması tarafımızca önerilmiştir. Bu durumda hem anne hem de baba çocuğa soyadını verebilmektedir ve çocuğun her iki ebeveyniyle de soybağı gösterilmiş olmaktadır⁹³. Öğretide de ileri sürüldüğü gibi⁹⁴ ilk çocuğa verilen aile adının doğacak diğer çocuklar açısından da geçerli olması kanımızca da yerinde olacak, kardeşler arasında aile adı farklılığının önüne geçecektir.

Evlilik dışı çocuğun ise doğumla annenin soyadını kazanacağı öngörülmelidir⁹⁵. Zira çocuğun anneyle arasındaki soybağı, doğumla kurulmaktadır. Bu durumda çocuğun annenin soyadını kazanması doğaldır. Çocuğun tanıma, anne ile evlilik veya babalık hükmü yoluyla⁹⁶ babasıyla arasında soybağının kurulması halinde ise babasının da soyadını alması, her iki ebeveyniyle soybağını gösterecek; bu düzenleme, evlilik birliği içindeki çocuklar için öngörülmesi önerilen düzenlemeye de paralel olacaktır. Bu şekilde her iki ebeveyninin soyadını taşıyan çocuğun velayetinin bir ebeveyninden diğerine verilmesi halinde dahi, soyadı hususunda bir problem yaşanmayacaktır.

Çocuk, iki ebeveynin de soyadını alırken de aile adının en fazla iki isimden oluşması gerektiği kuralı uygulanacaktır. Annenin ve/veya babanın soyadının iki isim içermesi halinde çocuğa hangisini verecekleri nüfus müdürlüğüne ço-

⁹¹ Taşkın (n 77) 88; Başoğlu, Çocuğun Soyadı (n 54) 366.

⁹² Çocuğun rızası için yaş sınırı Alman Hukuku'nda 5 yaş ve İsviçre Hukuku'nda 12 yaş olarak düzenlenmiştir. Avusturya Hukuku'nda ise açık bir düzenleme olmamakla birlikte öğretide 14 yaş olarak kabul edilmektedir. Bkz. Güler (n 1) 32 vd. Öğretide Alman Hukuku'nda olduğu gibi 5 yaş sınırı da önerilmiştir. Bkz. Başoğlu, Çocuğun Soyadı (n 54) 374.

⁹³ Aynı düzenleme öğretide de önerilmiştir. Buna ek olarak eşlerin kendi soyadlarından birini de çocuğa verebilecekleri yönünde bkz. Başoğlu, Çocuğun Soyadı (n 54) 373; Başoğlu, Kadının Soyadı (n 4) 3911.

⁹⁴ Başoğlu, Çocuğun Soyadı (n 54) 373; Başoğlu, Kadının Soyadı (n 4) 3911.

⁹⁵ Evlilik dışı doğan çocukların soyadlarını kazanmaları bakımından ilk aşamada velayete dayanan bir belirleme yapılması gerektiği, ancak daha sonra çocuğun üstün yararı gerektiriyorsa TMK m. 27 çerçevesinde soyadının, babasının soyadıyla değiştirilebileceği yönünde bkz. Dursun (n 4) 131, 132.

⁹⁶ Çocuğun soybağının dava yoluyla kurulması halinde çocuğun kendisinin ya da yasal temsilcisinin talebi olmadıkça bu ebeveyninin soyadını taşıması gerektiği yönünde bkz. Başoğlu, Çocuğun Soyadı (n 54) 374.

çuğun doğumuyla birlikte bildirilmelidir⁹⁷. Böyle bir bildirim yapılmadığı takdirde ebeveynlerin soyadını oluşturan ilk isimler esas alınarak çocuğun soyadı belirlenecektir. Bu sayede çocuğun soyadının en fazla iki isimden oluşması sağlanacaktır. Bu isimlerin yazımında, aile adında olduğu gibi, ebeveynler aksine bir bildirimde bulunmadıkça alfabetik sıranın esas alınması, ebeveynler arasında yaşanabilecek tartışmaların da önüne geçecektir. Çocuğun ergin olmasıyla velayet hakkı kural olarak sona ermektedir. Bu nedenle iki isimden oluşan soyadı taşıyan çocuğa ergin olmasından sonra nüfus müdürlüğüne yapacağı başvuru yoluyla bu isimlerden birini bırakma imkânı verilmesi kanımızca yerinde olacaktır⁹⁸.

D. Geçiş Hükümü Önerisi

Yeni aile adı düzenlemesinin kabul edilmesiyle bu imkândan, yalnızca hükmün yürürlüğe girdiği tarihten itibaren evlenecek olan çiftlerin değil, bu tarihten önce evlenmiş olan çiftlerin de kolaylıkla faydalanabilmesi ve varsa çocuklarının soyadını da değiştirebilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda Nüfus Hizmetleri Kanunu'na getirilecek bir hükümle kişilere, nüfus müdürlüğüne yapılacak başvuruyla yeni düzenlemelere göre bir aile adı seçme imkânı verilmelidir.

Bu doğrultuda getirilebilecek hükme ilişkin olarak önerimiz şu şekildedir:

“Bu düzenlemenin yürürlüğe girmesinden önce evlenmiş olan çiftler aile adlarında değişiklik yapmak istedikleri takdirde, düzenlemenin yürürlüğe girmesinden itibaren 2 yıl içinde Nüfus Müdürlüğü'ne yapacakları başvuruyla yeni bir aile adı seçebilirler. Varsa çocuklar da bu aile adını alır.

Evli kadın düzenlemenin yürürlüğe girmesinden itibaren 2 yıl içinde Nüfus Müdürlüğü'ne yapacağı başvuruyla kocasının soyadını bırakarak evlenmeden önceki veya doğumla kazandığı soyadını alabilir.

⁹⁷ Sonraki nesillerin dört isimden oluşan soyadına sahip olmalarının önüne geçilmesi amacıyla çocuğun ergin olduktan sonra taşıdığı soyadlarından birini seçmek durumunda kalmasının çocuğa genç yaşta ağır bir yük yükleyeceğine ve aile dramlarına yol açabileceğine ilişkin bkz. Ergene (n 4) 168, dn. 137. Yazar bu eleştirisini, çocuğa ergin olduktan sonra seçim yapma yükümlülüğünün getirilmesi hali için yapmışsa da benzer bir kaygı, çocuğuna vereceği soyadı bakımından seçim yapmak zorunda olan ebeveynler için de dile getirilebilir. Buna karşın kanımızca her geçiş süreci beraberinde bazı sorunları getirebilmekte ve sancılı geçebilmektedir. Bundan 20 yıl önce -ve hatta daha az da olsa günümüzde- kadınların evlilik birliği içinde kocalarının soyadını almak istememeleri aile içinde büyük sorunlara yol açabilmekteyken bugün, birçok kadın soyadını korumak istemektedir. Benzer şekilde çocuğa verilecek soyadlardan birinin seçimi başlangıçta aile bireylerini üzecek olsa da bu uygulamanın oturmasıyla yıllar içinde bu durum da normal kabul edilecek, çocuğun üstün yararı gözetilerek seçim yapılması uygun olacaktır.

⁹⁸ 18 yaşından sonra çocuğun, taşıdığı soyadlarından birini bırakabilmesi veya sırasını değiştirebilmesi yönündeki öneri için bkz. Göztepe (n 4) 129.

Velayeti annede olan çocuğun soyadı anneden farklıysa, annenin Nüfus Müdürlüğü'ne yapacağı taleple soyadı, çocuğun soyadına eklenebilir.

Çocuğun 12 yaşını doldurmuş olması halinde soyadının değişmesi, ancak onun rızası ile mümkün olur."

Bu geçiş hükmüyle, yeni düzenlemelerin yürürlüğe girmesinden itibaren 2 yıllık süre verilerek, söz konusu tarihten önce evlenmiş çiftler açısından da getirilen kurallar çerçevesinde yeni bir aile adı seçme hakkı tanınmış olacaktır. Velayeti annede olan çocuklar bakımından ise annenin soyadını çocuğun soyadına ekleme imkânı tanınmış olacaktır. Bu hak annenin, çocuktan farklı bir soyadı kullanması halinde veya önerimiz dikkate alınarak yeniden düzenlenen TMK m. 173/f. 2 uyarınca kadının yapacağı bir bildirimle evlenmeden önceki soyadını kullanmayı tercih etmesi sebebiyle soyadının çocuktan farklılaşması halinde kullanılabilir. Gerek yeni bir aile adı seçimiyle gerekse annenin soyadının çocuğun soyadına eklenmesiyle çocuğun kişilik hakkına müdahalede bulunulacağından, 12 yaşını dolduran çocuk bakımından bu değişiklik ancak rızası dahilinde geçerli olacaktır.

SONUÇ

Kadının doğumla kazandığı soyadını evlilik birliği içinde de tek başına kullanabilme mücadelesi AYM'nin TMK m. 187 hükmünün iptaline yönelik olarak verdiği kararla başarıya ulaşmış, Türk Hukuku'nda evli kadının kocasının soyadını taşıma zorunluluğu ortadan kalkmıştır. TMK m. 173'te yalnızca boşanmış kadının soyadının düzenlenmiş olması ve çocuğun soyadını düzenleyen TMK m. 321 hükmünde "aile soyadı" kavramına yer verilmiş olması, bu hükümleri anlamlı kılan TMK m. 187'nin iptaliyle yeni düzenlemelerin yapılmasını gerekli kılmıştır. Kanımızca AYM'nin bu kararı Türk Medeni Hukuku alanında kadın-erkek eşitliğine ilişkin son noktanın çözümlenebilmesi ve bu alanda kadın-erkek eşitliğinin sağlanabilmesi için bir fırsat olarak görülmeli ve kanun koyucu tarafından bu şekilde değerlendirilmelidir. Bu doğrultuda yol gösterici nitelikte olduğuna inandığımız değişiklik önerileri sunulmuştur.

AYM'nin vermiş olduğu bu iptal kararı karşı oyların varlığına rağmen çok mutluluk vericidir. Dileğimiz kadınların yalnızca medeni haklar açısından değil, hayatın her alanında erkeklerle eşit haklara ve eşit fırsatlara sahip olabilmeleridir. Bunun için kanun koyucuya ve yargı organlarına çok büyük görevler düşmektedir. Zira Anayasa'da koruma altına alınmış olan kadın-erkek eşitliği ilkesini hayata geçirmek ve buna uygun davranılmasına yönelik gereken önlemleri almak onların görevidir.

KAYNAKÇA

Abik Y, Kadının Soyadı Ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı (1. Bası, Seçkin Yayıncılık 2005).

Akıntürk T, 'Medeni Kanun Tasarısında Kadın-Erkek Eşitliği' Hukukta Kadın Sempozyumu 30 Eylül – 1 Ekim 1999 (Yiğit Ofset Ve Tipo Tesisleri 2000) 73-81.

Atasoy H, 'Evli Kadının Soyadı Sorunu "Anayasal" Mı? "Bireysel" mi?' (2015) (5) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 131-170.

Ayan S, 'Anayasa Mahkemesi Kararları Ve Çocuklar İle Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi, Kendiliğinden Değişmesi Ve Değiştirilmesi' (2012) 16 (4) GÜHFD 19-90.

Aydın G S, 'Türk Medeni Kanunu m.187 (Anayasa Mahkemesinin 187. maddenin İptal İstemini Red Kararı ve Gerekli Görülen Yeni Düzenleme Hakkında Bir Değerlendirme)' Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan (Filiz Kitabevi 2013) 246-275.

Başoğlu B, 'Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi' (2017) 8(1) İnÜHFD 351-378.

Başoğlu B, "'Adın Ne Değeri Var?'" – Evliliğin Kadının Soyadına Etkisi' (2017) 15(176) LHD 3881-3918.

Birinci Uzun T, 'Aile Soyadı Çıkmazı' (2016) (4) Ankara Barosu Dergisi 99-137.

Boyar O, 'Anayasa'da Kadın' Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk ve Kadın Sempozyumu 06.03.2015 (Der Kitabevi 2015) 73-81.

Burcuoğlu H, Altop A ve Ünan S, 'Çağdaş Aile Ve Sorunları' (1983) 3(7) Manisa Barosu Dergisi, 4-49.

Çakırca S İ, 'Evli Kadının Bitmek Bilmeyen Soyadı "Zaferi"', (2014) 122(2) Güncel Hukuk Dergisi 60-61.

Çakırca S İ, 'Evli Kadının Soyadına İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi' (2012) 70(2) İÜHFM 145-164.

Çakırca S İ, 'Kadın Erkek Eşitliği Açısından MK. m. 187'nin Değerlendirilmesi' Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan (Cilt I) (On İki Levha Yayıncılık 2010) 703-748.

Çelebi Ö, 'Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Bağlamında Kadının Soyadı Ve Soyadının Çocuğa Aktarımı' (2019) 18(2) GSÜHFD 537-614.

Demir P Ö, Yeni Medeni Kanunda Evli Kadınların Hukuki Durumu İle İlgili Yenilik Ve Değişiklikler (1. Bası, Vedat Kitapçılık 2004).



Doğanay G, 'Eril Yargıya Karşı Kadının Soyadı Mücadelesi Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi' (2015) 18(2) Sosyoloji Araştırmaları Dergisi 46-107.

Dural M ve Öğüz T, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku (22. Bası Filiz Kitabevi 2021).

Dursun E, Türk Medeni Hukukunda Kadın ve Çocuğun Soyadı (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2018).

Dursun E, 'Anayasa Mahkemesinin Kadının Soyadı ile Alakalı İptal Kararı: Neticeler ve Meselenin Yarını Bakımından Öneriler' (Lexpera Blog, 12.05.2023) <https://blog.lexpera.com.tr/anayasa-mahkemesinin-kadinin-soyadi-ile-alakali-iptal-karari-neticeler-ve-meselenin-yarini-bakimindan-oneriler/> 22.05.2023.

Duymaz E, 'Anayasa Mahkemesinin Soyadına İlişkin Kararları Üzerine Düşünceler' (2014) 3(5) Anayasa Hukuku Dergisi 37-52.

Erbek Odabaşı Ö, 'Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Evli Kadının Soyadı' (2017) 19(1) DEÜHFD 43-110.

Ergene D, 'İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medeni Kanun'da Değişiklik Önerisi' (2011) 31(2) MHB 123-176.

Göztepe E, 'Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evli Kadınların Soyadı' (1999) 54(2) AÜSBFD 101-131.

Gören Z, Türk-Alman-İsviçre Hukukuna Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması (2. Bası, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları 1998).

Güler Z, Türk Hukuku'nda Kadının Soyadına İlişkin Gelişmeler Çerçevesinde Çocuğun Soyadı (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2019).

Helvacı S, Gerçek Kişiler (8. Bası, Legal Yayıncılık 2017).

Helvacı S, 'Son Yargı Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı' Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Hukuku 17-18-19-20 Şubat 2016 (II Cild) (Yetkin Yayınları 2017) 771-788.

Helvacı S ve Kocabaş G, 'Fransız, Alman, İsviçre ve Türk Hukuklarında Kadının Soyadı' (2015) 21(2) MÜHFHAD-Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın'a Armağan 615-644.

Helvacı S, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ve Anayasa Mahkemesinin Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı' (2015) 35(1) MHB 157-169.

Karaman E, 'Türk Hukukunda Evli Kadının Soyadı' (2017) 5(49) Akademik

Sosyal Araştırmalar Dergisi 42- 66.

Kılıçoğlu Yılmaz K, 'Kadının Bitmeyen Soyadı Sorunu' (2014) 72(4) Ankara Barosu Dergisi 581-592.

Kocabaş G, 'Evlenmenin Kadının Soyadı Üzerindeki Etkisine İlişkin Güncel Gelişmeler' Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk ve Kadın Sempozyumu 06.03.2015 (Der Kitabevi 2015) 135-140.

Kocabaş G, Evlenmenin Kadının Soyadına Etkisi (1. Bası, Legal Yayıncılık 2022).

Moroğlu N, Kadının Soyadı (1. Bası, Beta Yayınları 1999).

Moroğlu N, 'Kadının Soyadı' Prof. Dr. Necla Arat'a Armağan (Beta Yayıncılık 2004) 281-307.

Moroğlu N, 'Kadının Kimlik Sorunu "Kadının Soyadı"', (2012) Mart-Nisan TBBD 245-268.

Mortaş S, 'Evlenen Kadın İle Velayeti Kadına Bırakılan Çocuğun Soyadının Belirlenmesinde "Kocanın Soyadı" Parametresi' (2016) 20(2) GÜHFD 311-369.

Nomer H N, 'Avrupa Birliği'ne Üye Devletlerde ve Türkiye'de Evlenen Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı' (2002) 22(2) MHB 421-450.

Oder B E, 'Eşitlik İlkesi ve Temel Hakların Norm Alanlarının Somutlaşması Bakımından Evli Kadının Soyadı' Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012) (On İki Levha Yayıncılık 2013) 1-18.

Oğuzman K, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, Kişiler Hukuku (20. Bası, Filiz Kitabevi 2021).

Oktay Özdemir S, 'Aile Hukukunda Eşitliğe Aykırı Hükümler' Prof. Dr. Zahit İmre'ye Armağan (Der Yayınları 2009) 289-305.

Oktay Özdemir S, 'Soyadı ve ile İlgili İsviçre Medeni Kanunu'nda 2013 Yılında Yürürlüğe Giren Değişiklikler ile Türk Hukukundaki Durumun Karşılaştırılması' (2016) 22(3) MÜHFHAD-Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan (Cilt II) 2017-2032.

Oruç M, 'Evli Kadının Münhasıran Bekârlık Soyadını Kullanabilmesi' (2016) 7(27) TAAD 451-465.

Öcal Apaydın B, 'Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözümüne Kavuşturulmuş Mudur?', (2015) 6(2) İnÜHFD 425-458.



Özdamar D, Türk Hukukunda, Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu (1. Bası, Seçkin Yayıncılık 2002).

Özen B, 'Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kadının Soyadı' Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk ve Kadın Sempozyumu 06.03.2015 (Der Kitabevi 2015) 93-104.

Özen B, 'Evli Kadının Soyadı' Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi 10-11 Haziran 2016) (Seçkin Yayıncılık 2016) 163-170.

Serozan R, 'Anayasa Mahkemesinin Yeni Medeni Kanun Kurallarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi' Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012) (On İki Levha Yayıncılık 2013) 135-165.

Sirmen L, 'Medeni Hukuktaki Son Gelişmelerin Işığı Altında Evlenme Ve Boşanma Alanında Yeniden Düzenlenmesi Gereken Konular' Hukukta Kadın Sempozyumu 30 Eylül-1 Ekim 1999 (Yiğit Ofset ve Tipo Tesisleri 2000) 82-90.

Tacir H, 'Evli Kadının Kendi Soyadını Kullanması Konusunda Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımının Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Değerlendirilmesi' (2017) 5(1) KHÜHFD-Prof. Dr. Mustafa Dural Anısına Özel Sayı-1 49- 70.

Tahmazoğlu Üzeltürk S, 'Ad ve Soyada İlişkin Kararlar Bireyin Kimlik Hakkı' (2014) 3(5) Anayasa Hukuku Dergisi 11-36.

Taşkın P, 'Çocuğun Soyadı ile İlgili Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi' (2018) 51(2) AÜEBFD 69-94.

Tumay, M ve Altınel G, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Gunes v. Turkey Kararının Türk Anayasa Hukuku Açısından Tahlili' (2015) (33) SÜSBED 167-180.

Uluğ, Ö M, "'Soyadım Kimliğimdir, Evlenince Kaybolmamalıdır" Hegemonik Erkeklik İle Medeni Kanun'un 187. maddesi Arasındaki İlişkiye Eleştirel Bir Bakış' (2015) 7(2) Fe Dergi 48-58.

Yıldız, C ve Demir N H, 'Ayten Yıldırım Başvurusu Işığında Babanın Veya Annenin Soyadı Karşısında 'Çocuğun Üstün Yararı' Hakkında Kısa Bir Değerlendirme' (2018) 10(100) İstanbul Kültür Üniversitesi Fasikül Aylık Hukuk Dergisi-Fahmettin Akingüç Armağanı 429-435.

Yılmaz M, 'Evli Kadının Soyadı' (2012) 3(10) TAAD 129-151.

Yücel Y, Türk Medeni Hukukunda Boşanma Halinde Velayet, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Çocuğun Soyadı (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2018).





KAMU HUKUKU

1. İMAR HUKUKU YÖNÜNDEN SERALI ŞEHİRLEŞME
Greenhouse Urbanization By Zoning Law

Yunus ERASLAN

2. CEZAYA DEĞER HAKSIZLIĞIN FORMEL
TESPİTİNDE PARÇA HAREKET TEORİSİ
(TEIL-/ZWISCHENAKTSTHEORIE)
VE HUKUKUMUZ BAKIMINDAN
UYGULANABİLİRLİĞİ
Fragmentary or Intermediate Movement Theory
(Teil-/Zwischenaktstheorie) in the Determination
of the Concept of "Directly Commencement of
Execution" and Its Applicability in Terms of Turkish
Criminal Law

Hasan ÇATAKLI

3. TÜRK HUKUKUNDA REFAKATSİZ
ÇOCUKLARIN HUKUKİ DURUMU
The Legal Situation of Unaccompanied Minors in
Turkish Law

İlyas ARSLAN

4. SUÇA SÜRÜKLENEN ÇOCUĞUN CEZA VE
GÜVENLİK TEDBİRİ SORUMLULUĞU
Responsibility of Crime and Security Measure
of the Juvenile Offender

Süleyman ÖZAR

5. İNGİLTERE, ABD, ALMANYA VE FRANSA'DA
VERGİ SUÇLARI VE YARGILAMA SÜRECİNİN
DEĞERLENDİRİLMESİ
Evaluation of Tax Crimes and Jurisdiction in England,
USA, Germany and France

Ersan ÖZ, Cansu SEVİNÇ CEYHAN

6. TEHDİT VE ŞARTLI TEHDİT KAVRAMLARI
BAĞLAMINDA TEHDİT SUÇUNUN BİR ŞARTA
BAĞLI OLARAK İŞLENMESİ
Committing of the Offense of Threat with
a Condition in the Context of the Concepts
of Threat and Conditional Threat

Faruk Y. TURINAY

7. FRANSTZ VE TÜRK İDARE HUKUKUNDA
KİŞİSEL KUSUR KAVRAMI
The Concept of Personal Fault in Turkish and French
Administrative Law

Seyithan KAYA

8. KANUN-CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ
İKİLEMİNDE İDARİ İŞLEMLERİN YARGISAL
DENETİMİ
Judicial Review of Administrative Acts
in the Law-Presidential Decree Dichotomy

Müzeyyen EROĞLU DURKAL

9. USULSÜZ HALKA ARZ SUÇUNDA SATIŞ
KAVRAMININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE KAPSAMI
The Legal Nature and Scope of the Concept of Sale
in the Offence of Irregular Public Offering

Neslihan GÖKTÜRK

10. AVRUPA PARLAMENTOSU SEÇİMLERİNDE
REFORM İHTİYACI
The Need to Modernize European Parliament Elections

A. Aslı BİLGİN

11. ADALET YÖNETİMİNDE ETKİNLİK ARAYIŞLARI:
ROBOTİK BÜROKRASİ VE YAPAY ZEKÂ YÖNETİŞİMİ
The Search for Efficiency in the Administration
of Justice: Robotic Bureaucracy and Artificial
Intelligence Governance

Mehmet Akif ÖZER

ÖZEL HUKUK

12. EŞYA TAŞIMA HUKUKUNDA HASAR, ZIYA VE
GECİKMEDEN DOĞAN BİLDİRİM SÜRELERİ
Notification Period Caused by Damage, Loss and
Delay According to the Law of Transportation

Merve UYAROĞLU

13. EN ÇOK KAYRILAN MÜŞTERİ ŞARTLARININ
REKABETE ETKİLERİ
-Dar EKM Şartlarına Özel Bakış-
Effects of Most Favoured Nation Clauses on
Competition -A Closer Look at Narrow Most
Favoured Nation Clauses-

Necla SÜMER ÖZDEMİR

14. KADASTRO KANUNU'NUN TAKSİM VE KİSMİ
İKTİSAP BAŞLIKLILIK 15. MADDESİNİN BELİRLİLİK
İLKESİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ
Evaluation of Provisions of Article 15 of the Cadastre
Law Titled Partition and Partial Acquisition within the
Framework of the Principle

Hayriye ŞEN DOĞRAMACI

15. YARGITAY KARARLARI İŞİĞİNDE ECZANELERDE
KİMLİK TESPİT YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE SÜRECİN TBK
m.23 ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ
Obligation of Authentication in Pharmacies in the
Light of Court of Appeals Decisions and Evaluation
of the Process within the Framework of Article 23 of
Turkish Code of Obligations

İbrahim ANKARA, Şebnem AKIPEK ÖCAL

16. İCSİD TAHKİMİNDE HAKEM HEYETLERİNİN
TÜRKİYE'DE YÜRÜTÜLEN CEZA
YARGILAMALARINI DURDURMA YETKİSİ
The Authority of ICSID Tribunals for Suspension
of Turkish Criminal Proceedings

Ahmet Sefa DİNLEYİCİ

17. ANAYASA MAHKEMESİNİN TMK m. 187'NİN
İPTALİNE İLİŞKİN KARARININ ANALİZİ VE
DÜZENLEME ÖNERİSİ
Analysis of the Constitutional Court's Annulment
Decision Regarding Art. 187 of the Turkish Civil Code
and Regulation Proposal

Zeynep GÜLER ÖZER

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

