

TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

YARGITAY BAŞKANI İSMAİL RÜŞTÜ CİRİT'E ARMAĞAN



OCAK 2020

SAYI:41

YIL:11



www.taa.gov.tr



TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

Yargıtay Başkanı
İsmail Rüştü CİRİT'e
Aramağan

“Adalet İçin Bilgi”

41

YIL: 11 - SAYI: 41 - OCAK 2020

www.taa.gov.tr

ISSN: 1309-6826

SAHİBİ / OWNER
Muhittin ÖZDEMİR

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

EDİTÖR / EDITOR
Dr. Musa TANRISEVEN / Hâkim

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

YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD
Muhittin ÖZDEMİR
Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

Fethullah SOYUBELLİ
Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Dr. Musa TANRISEVEN
Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Editörü

Süleyman KAYNAR
Law and Justice Review Dergisi Editörü

Adnan DÖNDERALP
Akademi Kürsü Dergisi Editörü

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

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

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

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

YAYIN TASARIM / PUBLISHING DESIGN
Hüseyin ÖZTÜRK

YAYIN YÖNETİM MERKEZİ / PUBLICATION MANAGEMENT CENTER
Türkiye Adalet Akademisi
Ahlatlıbel Mah. 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.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

1. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Hakemli bir dergi olup, dergide Türkçe ulusal hakemli makaleler yayımlanmaktadır.
 2. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi üç ayda bir (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim aylarında) yayımlanır.
 3. Dergiye gönderilen yazıların daha önce bir başka yayın organında yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir. Bu konudaki sorumluluk yazarlara aittir.
 4. Çevirilerin bilimselmakale@taa.gov.tr e-posta adresine gönderilmesi gerekmektedir.
 5. Gönderimde herhangi bir sorun yaşanması durumunda, editörler ya da site yöneticisi ile iletişim kurulabilir.
 6. Makalelerde 12 kelimeyi aşmayan Başlık, 150-250 kelime arası Özet ve 5-8 kelime arası Anahtar Kelimeler bulunmalıdır. Hakemli makalelerde Başlığın, Özeti ve Anahtar Kelimelerin Türkçe'nin yanı sıra İngilizce, Fransızca veya Almanca lisanlarından birinde yazılması zorunludur.
 7. Yazının ana bölümleri ve kaynakça 11, dipnotlar ise 9,5 punto yazılmalı, 1 satır aralığı ile "Calibri" karakteri kullanılmalı, metin iki yana yaslanmalı, sayfanın tüm kenarlarında 2,5 cm boşluk bırakılmalıdır.
 8. Dergiye gönderilen makaleler "Giriş", "Gelişme" ve "Sonuç" bölümlerinden oluşmalı ve yazıda dipnot atfı sistemi kullanılmalıdır.
 9. Makale, kaynakça dâhil 3.000 kelimeden az ve 10.000 kelimeden çok olmamalıdır.
 10. Yazarın akademik ünvanı, adı ve soyadı, baş harfleri büyük olmak üzere makale başlığının altında ortalı olarak yazılmalıdır. Yazarın mesleği, ünvanı, elektronik posta adresi adına ilişkin dipnotta belirtilmelidir.
 11. Makalelerin Yayın Kurulu ve en az 2 hakem tarafından olumlu bulunması gerekmektedir.
 12. Yazarlara ve hakemlere "Türkiye Adalet Akademisi Yayın ve Yayın Kurulu Çalışma Yönetmeliği" kapsamında telif ve inceleme ücreti ödenmektedir. Dergide yazısı yayımlanmış olan yazarlara iki adet dergi ücretsiz olarak gönderilmektedir.
- Dergide yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir.
 - Dergide yayımlanan yazılar kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.
 - Derginin elektronik versiyonuna <http://yayin.taa.gov.tr> adresinden ulaşılabilir.

DANIŞMA KURULU*/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Abdurrahman EREN
Prof. Dr. Adem SÖZÜER
Prof. Dr. Ahmet BİLGİN
Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN
Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ
Prof. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL
Prof. Dr. Ali Şafak BALI
Prof. Dr. Arzu OĞUZ
Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ
Prof. Dr. Aydın GÜLAN
Prof. Dr. Ayhan DÖNER
Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA
Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ
Prof. Dr. Bilge ÖZTAN
Prof. Dr. Bülent KENT
Prof. Dr. Cem BAYGIN
Prof. Dr. Cemal ŞANLI
Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN
Prof. Dr. Çiğdem KIRCA
Prof. Dr. Doğan SOYASLAN
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN
Prof. Dr. Ejder YILMAZ
Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ
Prof. Dr. Emine AKYÜZ
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY
Prof. Dr. Enver BOZKURT
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR
Prof. Dr. Ersan ÖZ
Prof. Dr. Faruk TURHAN
Prof. Dr. Feridun YENİSEY
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ
Prof. Dr. Fügen SARGIN
Prof. Dr. Halil AKKANAT
Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU
Prof. Dr. Hamide ZAFER
Prof. Dr. Hasan AYRANCI
Prof. Dr. Hasan BACANLI
Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU
Prof. Dr. Hasan TUNÇ
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ
Prof. Dr. İbrahim AYDINLI
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Prof. Dr. İsmail KAYAR
Prof. Dr. İsmail KIRCA
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ

Prof. Dr. Kadir ARICI
Prof. Dr. Kamil Ufuk BILGIN
Prof. Dr. Kayıhan İÇEL
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK
Prof. Dr. Kudret GÜVEN
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN
Prof. Dr. Mehmet DEMİR
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK
Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE
Prof. Dr. Mahmut KOCA
Prof. Dr. Melikşah YAŞIN
Prof. Dr. Metin TOPÇUOĞLU
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN
Prof. Dr. Murat ATALI
Prof. Dr. Murat DOĞAN
Prof. Dr. Musa Kazım ARICAN
Prof. Dr. Mustafa AKKAYA
Prof. Dr. Mustafa ATEŞ
Prof. Dr. Mustafa AVCI
Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN
Prof. Dr. Mustafa Fadil YILDIRIM
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK
Prof. Dr. Nevzat KOÇ
Prof. Dr. Nihat BULUT
Prof. Dr. Nuray EKŞİ
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR
Prof. Dr. Osman DOĞRU
Prof. Dr. Osman İSFEN
Prof. Dr. Ömer ANAYURT
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN
Prof. Dr. Mehmet Refik KORKUSUZ
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
Prof. Dr. Sururi AKTAŞ
Prof. Dr. Süha TANRIVER
Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI
Prof. Dr. Şafak NARBAY
Prof. Dr. Turan YILDIRIM
Prof. Dr. Vahit BIÇAK
Prof. Dr. Vahit DOĞAN
Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK
Prof. Dr. Veynel BAŞPINAR
Prof. Dr. Yaşar Hakan PEKCANITEZ
Prof. Dr. Yavuz ATAR
Prof. Dr. Yener ÜNVER
Prof. Dr. Yılmaz ÇOLAK
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ
Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN

* Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

Sunuş .	IX
Biyografi .	XIII

TEŞEKKÜR YAZILARI

Adalet Bakanı Abdulhamit GÜL .	XIX
Danıştay Başkanı Zerrin GÜNGÖR .	XXI
Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Mehmet AKARCA .	XXIII

KAMU HUKUKU

Doç. Dr. Uğur ERSOY	27
Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları <i>Die Grauzone des Strafrechts: Die Gefährdungsdelikte</i>	
Dr. Ali Osman KARAOĞLU	65
Ali Edip'in 'Hukuk-u Düvel' Eseri Işığında 19. Yüzyıl Osmanlı Uluslararası Hukuk Düşüncesinde Vatandaşlık Kavramının Dönüşümü <i>Transformation of the Concept of Citizenship according to Ottoman Perception of International Law in the 19th Century in the Light of 'Hukuk-u Düvel' By Ali Edip</i>	
Arş. Gör. Dr. iur. Rahime ERBAŞ, Büşra Hazel ATEŞ SARIDAĞ, Prof. Dr. A. Coşkun YORULMAZ	95
15-18 Yaş Arası Gebeliklerde Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü <i>Mandatory Reporting Duty of Healthcare Professionals in Pregnancies Among 15–18 Years Old</i>	
Dr. Sacit YILMAZ	113
Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının İtirazı (CMK Md. 308) <i>Objection of the General Prosecution Office of the Supreme Court of Appeal (Article 308 of the Law of Criminal Procedure)</i>	
Dr. Yunus ERASLAN, Dr. Ayşegül ÇOBAN ATİK	151
Yargı Kararları Işığında İdari Yaptırımlarda Görevli Yargı Yeri Sorunu <i>The Problem of the Judiciary Jurisdiction in Administrative Accounts in the Light of Judiciary Decisions</i>	

Dr. Öğretim Üyesi Hakan KIZILARSLAN187

Hekim ve Özel Hastanelerin Cezai Sorumlulukları

Criminal Responsibilities of Medical Doctors and Private Hospitals

**Prof. Dr. Adil ATASOY, Dr. Öğr. Üyesi Püren AKÇAY,
Dr. Öğr. Üyesi Emre KIYAK213**

Hukuk Fakültelerinde Öğretim Sürecinin Yeniden Yapılandırılması ve
Bir Ders Programı Önerisi

*Reconstruction of Education Process in Law Schools and a Curriculum
Proposal*

AB Uzmanı Doğan DURNA243

Türk Yargı Kararları Işığında Takviye Edici Gıdaların Denetimi

Inspection of Dietary Supplements in the Light of Turkish Court Jurisprudence

ÖZEL HUKUK

Ar. Gör. Hakan KOÇAK277

TRIPS Anlaşması'nda İlaç Patentlerinin Zorunlu Lisansı

Compulsory Licensing of Pharmaceutical Patents in TRIPS Agreements

Doç. Dr. Cenk AKİL307

Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hakkında
Usûl Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirmeler

*Some Evaluations about Mediation as a Case Condition in Commercial
Disputes in Terms of Procedural Law*

Dr. Raziye AKSU ÖZKAN325

Yargıtay Kararları Işığında Anonim Şirkette Olağanüstü Yedek Akçe Ayırma
Koşullarının İncelenmesi

*Investigation of Extraordinary Spare Reservation Conditions in the Joint Stock
Company in the Light of the Court Decisions*

Salim Yunus LOKMANOĞLU347

Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesinin Kurucu Unsurları ve Geçerlilik Şartları
*Constituent Elements of the Arbitration Agreement and Validity Conditions
in Turkish Law*

Doç. Dr. İştâ CENGİZ369

İşyerinin İşveren Tarafından Kesin ve Sürekli Olarak Kapatılması ile 4857 Sayılı
İş Kanunu M.29 Arasındaki İlişki

*The Relation Between the Closing of Workplace Permanently and Definetely
by Employer and the art.29 of Labour Law No.4857*

Ebru YILMAZSOY.....	389
----------------------------	------------

Tahkim ve Hâkem Sözleşmeleri

Arbitration and Arbitrator Agreements

Dr. İlhan DİNÇ.....	427
----------------------------	------------

Genel (Âdi) İflâs Yoluyla Takibe İtirazın Kaldırılması ve İflâs Davasının Tahkime Elverişliliği

The Arbitrability of the Action for Annulment of Objection and Bankruptcy in Ordinary Bankruptcy Procedure

Orhan GÜRGEN	463
---------------------------	------------

Trafik Sigortası Genel Şartlarının Hukuki Mahiyeti ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararının Eleştirisi

The Legal Nature of the General Conditions for the Compulsory Financial Liability Insurance of Motor Vehicles and Comment on the Decision of the Court of Cassation

Arş. Gör. Büşra ŞAHİN, Arş. Gör. Dr. Özgü ALCALI.....	483
--	------------

Defansif Tıp Kavramı ve Defansif Tıbbi Uygulamaların Hekimin Hukuki Sorumluluğu Kapsamında Değerlendirilmesi

Defense Medical Concept and the Effect of Defensive Medical Applications on the Legal Liability of the Physician

Adem ALBAYRAK	511
----------------------------	------------

Hukuk Yargılamasında Ön İnceleme

Preliminary Examination in Civil Procedures

Dr. Öğr. Gör. Mehmet Çelebi CAN.....	543
---	------------

Üç Boyutlu Şekillerin Marka Olarak Görünümü

Three-dimensional Shapes as a Trademark

HAKEMSİZ MAKALELER

Ömrü YILMAZ.....	579
-------------------------	------------

Kumar Oynanması için Yer ve İmkan Sağlama Suçu

Crime of Providing a Gambling Place or Facility

Ahmet Haşim BARDAKÇI.....	623
----------------------------------	------------

Tefecilik Suçu

Usury

Fotoğraflar	683
--------------------------	------------

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

SUNUŞ

150 yılı aşkın bir geçmişe sahip olan, kurumsal tarihi boyunca yargı teşkilâtına öncülük ve kılavuzluk yapan, hukuk sistemimizin kapasite inşasına ve yargı kültürüne büyük katkılarda bulunan, hâkim ve savcı adaylarının meslek öncesi, hâkim ve savcılarının da meslek içi eğitimlerinde önemli görevler üstlenen Yargıtay; Türkiye Adalet Akademisinin en önemli paydaşlarından biridir.

Türkiye Adalet Akademisi tarafından yayımlanan, adalet ve hukuk alanındaki en nitelikli akademik dergilerinden biri olan Türkiye Adalet Akademisi Dergisi'nin (TAAD) 41. sayısını, Türkiye Adalet Akademisi ile Yargıtay arasındaki iş birliğinin gelişmesine büyük katkılarda bulunan ve Akademi faaliyetlerine desteklerini esirgemeyen Yargıtay Başkanı Sayın İsmail Rüştü Cirit'e armağan olarak yayınlamanın gurur ve mutluluğunu yaşıyoruz.

Hâkim adaylığından Yargıtay başkanlığına kadar uzanan meslek hayatı boyunca insanlarla iyi iletişim içerisinde olan, kendini başkalarının yerine koyarak düşünebilen, herkesin hak ve hukukuna saygı gösteren, adaleti ruhunun derinliklerine kadar hissedenden ve kendini adaletin tecellisine adanmış İsmail Rüştü Cirit, engin tecrübelerini bizden esirgememiş, daima yanımızda olmuş ve bize yol göstermiştir.

Çok iyi bir hukukçu olmanın yanı sıra, yüreği sevgi dolu, tevazu ve erdem sahibi olan İsmail Rüştü Cirit'e yargı dünyamıza yaptığı önemli katkılar nedeniyle teşekkür ediyor, sağlıklı ve uzun bir ömür diliyoruz.

Muhittin ÖZDEMİR
Türkiye Adalet Akademisi Başkanı



İsmail Rüştü CİRİT

BİYOĞRAFI

23 Mart 1955 tarihinde Balıkesir ili, Burhaniye ilçesinde doğmuştur. İlk ve orta öğrenimini Burhaniye’de, lise öğrenimini İzmir Namık Kemal Lisesinde tamamlamıştır. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1978 yılı Şubat ayında mezun olmuştur. 1979 yılı haziran ayında Burhaniye Adalet Komisyonu nezdinde stajına başlamış olup, Haziran 1980 yılında ilk görev yeri olan Hakkari’de hakim yardımcısı olarak göreve başlamıştır. Daha sonra askerliğini Şavşat Askerlik Şubesi Başkan Vekili olarak tamamlamıştır.

Sırasıyla 1982 yılında Araklı hakimliği, 1986 yılında Ahlat hakimliği, 1989 yılında Zile Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı, 1994 yılında İnegöl Ceza Hakimliği, 1996 yılında Kadıköy Ceza Hakimliği ve 1999 yılında Üsküdar Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur. Üsküdar Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı görevini yürüttüğü esnada 19 Temmuz 2004 tarihinde Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından Yargıtay üyeliğine seçilmiştir.

2004-2011 yılları arasında Yargıtay 2. ve 3. Ceza Dairesi üyelikleri görevinde bulunmuş olup, Yargıtay Büyük Genel Kurulunun teveccühü ile 2011 yılında kurucusu olduğu Yargıtay 13. Ceza Dairesi Başkanlığına, bu görevi yaparken 10 Şubat 2015 tarihinde ilk kez, 11 Şubat 2019 tarihinde ikinci kez Yargıtay 1. Başkanlığına seçilmiştir.

23 Şubat 1983 tarihinde Fatime Hanım’la evlenmiş olup, Zeynep, Hasan Hüseyin ve Muzaffer Enes isimli 3 çocuğu ve 4 torunu vardır.

Ceza Hukukuyla ilgili hakemli dergilerde yayınlanan makaleleri mevcuttur.

10.02.2015 tarihinde Yargıtay Birinci Başkanlığına seçilen Cirit, ilk olarak 6 farklı binada ve uygun olmayan fiziksel koşullarda görev yapan Yargıtay'ın idari ve mali yapısını ele almıştır. Bu çerçevede, günün ihtiyaçlarına uygun olarak güncel şartlara uygun ve modern bir Yargıtay binasının gerekliliği üzerinde durmuş, yapılan yoğun ve özverili çalışmalar neticesinde Yargıtay'ın 150. Kuruluş Yılı dönümü olan 6 Mart 2018 günü Cumhurbaşkanı Sayın Recep Tayyip Erdoğan'ın da katılımlarıyla yeni hizmet binasının temeli atılmıştır. 2021 yılında tamamlanması planlanan 416.000 m2 kapalı alana sahip yeni hizmet binası, fiziksel koşullardan kaynaklanan sorunları kesin şekilde çözecek ve bu şekilde Yargıtay'ın hizmet kalitesini ve verimliliğini artıracaktır.

Yargıtay'ın 150. kuruluş yıl dönümünde "Tarihte Yargıtay" konulu konferans ve meslekte 30 yılını dolduran personele plaket takdimi suretiyle tüm personel için "Vefa Gecesi" yapılmıştır. Ayrıca 150. yıl hatıra ormanı oluşturularak tüm Yargıtay üyeleri adına fidan dikilmiştir.

Sayın Cirit'in, ayrıca Yüksek Mahkemeler arasındaki mali ve sosyal haklar bakımından oluşan adaletsizliği gidermek için yaptığı çalışmalar neticesinde; Yüksek Yargı Üyeleri arasındaki sağlık ve tedavi imkanları bakımından yeknesaklık sağlanmış ve özellikle Onursal Üyelerin tedavi süreçlerinde karşılaştıkları sorunlar aşılmıştır.

Göreve geldiği günden beri Yargıda şeffaflık ve hesap verebilirlik ilkeleri üzerinde önemle durulmuş, bu kapsamda; Yargıtay Başkan ve Üyeleri, Yargıtay Cumhuriyet Savcıları, Yargıtay Tetkik Hâkimleri ve Yargıtay Personeli için etik ilkeler oluşturulmuştur. Bu etik ilkeler tasarım, içerik ve uygulama açısından Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisinin ve Avrupa Konseyinin kriterlerini karşıladığı gibi halen dünyanın en yüksek etik standartlarını ve sistemini temsil etmektedir. Bu ilkeler akademik çevrelerde kısa sürede yüksek kabul görmüş ve Yükseköğretim Kurulu tarafından Yargıtay Etiği dersinin hukuk fakültelerinde okutulması tavsiye edilmiştir. Halen bu ilkeler 30'u aşkın hukuk fakültesinde kaynak eser olarak gösterilmektedir. Ayrıca Birleşmiş Milletlere üye 192 devlet tarafından oy birliğiyle "Yargıda Şeffaflığa İlişkin İstanbul Bildirgesi" kabul edilmiştir. 23 Temmuz 2019 tarihinde de bu bildirge Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyince onaylanmıştır. Bu belge yargıda şeffaflığa ilişkin ilk ve tek kapsamlı insan hakları metni özelliği taşımaktadır.

Yargıtay Başkanı İsmail Rüştü Cirit, yargıdaki iş yükünün azaltılması, hızlı, adil ve etkin işleyen bir yargı sisteminin tesisi amacıyla değişik platformlarda çözüm önerileri sunmuştur. Bu çözüm önerilerinden en önemlisi olan alternatif çözüm yöntemleri, Adalet Bakanlığının çalışmaları ile kanunlaşarak geliştirilmiş ve bugün yargı sisteminde birçok alanda uygulanır hale gelmiştir.

Antalya ili Manavgat ilçesi Çengerköy mevkiinde bulunan Yargıtay ve Danıştay Başkanlıklarınca ortaklaşa kullanılan Turizm amaçlı Eğitim, Araştırma ve Dinlenme Tesislerinin ihalesi yapılarak işletim hakkı üçüncü kişilere verilmiş olup tesis, mensuplarımıza hizmet vermektedir.

Ankara ili, Çankaya ilçesi, Oran mahallesinde bulunan irtifak hakkı ve ruhsatı Yargıtay Hizmetlerini Güçlendirme Vakfına ait olan Yargıtay Evi, 13.09.2017 tarihinde OALTIN Otelcilik Turizm ve Ticaret Anonim Şirketine işletmecisi olarak verilmiştir. İşletmecisi tarafından binanın tüm tadilat işlemleri yapılarak modern bir işletme haline getirilmiştir. Ayrıca Yargıtay mensuplarına konaklama ve restaurant bölümünde özel indirimler sağlanmıştır.

Yargıtay Hizmetlerini Güçlendirme Vakfı, Yargıtay Başkanının eşi Fatime Hanım ile birlikte etkin hale getirilmiş olup, ihtiyaç sahipleri yararına sürekli olarak kermesler yapılmış ve yemekler verilmiştir. Faaliyetlerden elde edilen gelirlerin tamamı Yargıtay personelinden yeni evlenenlere beyaz eşya alınması ve ihtiyaç sahibi olanların çocuklarına burs ve nakdi yardımda bulunulması, yeni çocuk sahibi olanlara altın alınması suretiyle dağıtılmıştır.

23 Mart 2020 tarihinde yaş haddinden emekliye ayrılacak olan Sayın Cirit, 5 yıl boyunca büyük bir heyecanla ve severek yaptığı Yargıtay Birinci Başkanlığı görevinin her zaman ağır sorumluluğunun bilinci ile hareket etmiş ve bu görevde bulunmaktan dolayı gurur, onur ve memnuniyet duymuştur.

TEŞEKKÜR YAZILARI

İyi İnsan, İyi Hukukçu İsmail Rüştü CİRİT

Hukuk literatürümüze önemli katkılar sunan Türkiye Adalet Akademisi Dergisi'nin bu sayısının, değerli hukukçu "İsmail Rüştü Cirit'e Armağan" olarak, kütüphanelerimizde yer alacak olmasını çok anlamlı buluyorum.

Hâkim adaylığından Yargıtay Başkanlığına dek geçen süre içerisinde ülkemizin dört bir köşesinde hâkimlik yapan, yargının birçok kademesinde görev alan ve varlığıyla adalet teşkilatımıza her daim güç veren Sayın Başkan hakkında duygu ve düşüncelerimi ifade etmek fırsatını bulmaktan memnuniyet duyuyorum.

Toplumun yargıya güveni ve adalete olan inancı, iyi ve doğru kanunların hayata geçirilmesi kadar, bunların iyi ve doğru uygulanmasıyla mümkündür. Sayın Cirit, hem iyi bir uygulamacı olarak, hem de adil ve dürüst kişiliğiyle adalet duygusunun gelişmesinde öncü bir yargıç ve kendisinden sonra gelen meslektaşları için de emsal bir hukukçu olarak bilinecektir.

Kırk yılı aşan meslek hayatı boyunca insan hak ve hürriyetlerini, insan onurunu hukuk perspektifinin merkezine oturtan, meslek yaşamını yalnızca adaletin tecellisine adanmış İsmail Rüştü Cirit, yoğun iş yüküne rağmen engin tecrübelerini ve bilgi birikimini her fırsatta paylaşmaktan da imtina etmemiştir.

Görev yaptığı her yerde meslektaşları ve çalışma arkadaşları tarafından yıllar sonra bile derin bir sevgi ve hürmetle anılan İsmail Rüştü Cirit, sadece iyi bir hukukçu olarak değil, aynı zamanda çalışkan, dürüst ve iyi bir insan, iyi bir dost olarak hatırlanacaktır.

Hep iyilik düşünen, hiç kimseyi kırmayan, tam bir gönül insanı olan hukuk ve adalet abidesi İsmail Rüştü Cirit'in adalet hizmetine mesleki ve şahsi katkıları unutulmayacak, hukuk dünyasındaki yerini doldurmak da kolay olmayacak. Onun yargı camiamıza bırakacağı tevazu, erdem ve hakkaniyet mirası bütün uygulamacılar için izi sürülecek bir kılavuz niteliğinde olacaktır.

Bu duygularla Sayın İsmail Rüştü Cirit'e Türk Yargısına olan hizmetlerinden ötürü şahsım ve aziz milletimiz adına teşekkür ediyor, bundan sonraki hayatında sağlık, huzur ve mutluluklar diliyorum.

Abdulhamit GÜL
Adalet Bakanı

Yargıtay Başkanı Sayın İsmail Rüştü CİRİT'e

2015 yılından itibaren Yargıtay Başkanlığı görevini yürüten Sayın İsmail Rüştü Cirit, hâkim olarak yargının her kademesinde önemli görevlerde bulunmuş; kişiliği, azmi ve kararlılığıyla yeni nesillere örnek teşkil edecek şekilde bu görevleri icra etmiştir.

Bir ülkede; toplumu ve ihtiyaçlarını doğru gözlemleyip değerlendirebilen, hukukun evrensel değerlerini takip eden, hiçbir etki altında kalmadan objektif kararlar verebilen, mesleğini seven, hukukun üstünlüğüne inanan, idealist, mesleki ideallerini şahsi çıkarlarının üstünde tutan birikimli hâkimlerin varlığı önem arz etmektedir. Zira uluslar, seçkin ve üstün nitelikler taşıyan yargıçlarla güçlenirler. Sayın Cirit tüm bu özelliklere sahip olup, yargı alanında Türkiye'ye değer katmış muhterem bir hâkim; nezaketi, insancılığı ve verdiği hizmetlerle hafızalara kazınmış kıymetli bir Yargıtay Başkanıdır.

Değerli meslektaşına hukuk dünyasına sunduğu katkılar nedeniyle teşekkür ediyor; emeklilik sürecini ailesiyle sağlıklı, mutlu ve huzurlu geçirmesini temenni ediyorum.

Zerrin GÜNGÖR
Danıştay Başkanı

Ülkemiz Hukuk Tarihine İz Bırakan Yargıtay Birinci Başkanımıza

Zaman zaman düşüncelerin kalemle ifade edilemeyeceği, yapılan çalışmaları anlatacak edecek kelimelerin bulunmayacağı ve fedakarlıkların ortaya koyacak cümlelerin kurulamayacağı anlar olur. Şu an bunları hissediyorum ve hayatını Devletine ve Milletine adanmış hukuk insanı İsmail Rüştü Cirit bey ile ilgili duygu ve düşüncelerim ile hatıralarımı paylaşırken kelimelerin yetersiz kaldığını görüyorum.

Ülkemizin çeşitli yerlerinde hakimlik, Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı görevinde bulunduktan sonra 09.07.2004 tarihinde Yargıtay Üyeliğine, Yargıtay Büyük Genel Kurulunca 10.03.2011 tarihinde Yargıtay On üçüncü Ceza Dairesi Başkanlığı'na, bu görevini sürdürürken 10.02.2015 tarihinde ilk kez, 11.02.2019 tarihinde ikinci kez Yargıtay Büyük Genel Kurulunca Yargıtay Birinci Başkanlığına seçilen Sayın İsmail Rüştü Cirit bey ile yargıtayımızda uzun yıllar birlikte yakın çalışma imkanına sahip olduk.

Sayın Yargıtay Birinci Başkanımızla; yargının sorunlarının belirlenmesi, bunların çözümü, yargıtayımızın verdiği kararlar ile toplumun önünü açması, çok güçlü güven duyulan ve hızlı yargı sisteminin oluşturulması için ilgili tüm kurumlarla toplantılar yaptık, çalıştaylar ve seminerler düzenledik. Bu çalışmaları sürdürürken Ülkemizin hukuk birikimi ve tecrübesini paylaşmak amacıyla çok sayıda yurtdışı seminer ve konferanslarda sunumlar gerçekleştirdik, mevkiidâşlarımızla görüşmeler yaptık.

Şeyh Edebali'nin "İnsanı Yaşat ki Devlet Yaşasın" anlayışını çalışmalarında temel ilke olarak benimseyen sayın Başkanımız, meslek hayatı süresince, hukukun üstünlüğü, adil yargılama, savunma hakkı, masumiyet karinesi, lekelenmeme hakkı gibi hukukun temel ilkelerinin içselleştirilmesi, bu değerleri kapsayan bir hukuk bilincinin oluşturulması konusunda yoğun bir gayret içinde olmuştur.

Bu çalışmalarının yanında Sayın Başkanımızın girişimleri ve çabaları ile; halen altı ayrı binada çalışmalarını sürdüren Yargıtayımızın bir kampüste çalışmalarını daha etkin sürdürebilmesi, yeterli seminer ve konferans salonları oluşturabilmesi amacıyla 416.000 metrekare alana sahip Yargıtay Kampüsümüzün inşaatına başlanmıştır.

Hukuk insanlığın var olduğu tarihten itibaren hep var olmuş, sürekli gelişmiş ve gelişmeye devam etmiştir. Tarih, bu süreçte yer alanları hiç bir zaman unutmayacaktır. Ülkemiz hukuk tarihinde iki kez Yargıtay Birinci Başkanlığı görevini yerine getiren Sayın İsmail Rüştü Cirit beyi her zaman saygıyla anacaktır.

Bu vesile ile Sayın Başkanımıza emeklilik hayatında sağlık, huzur ve mutluluklar diliyorum.

Mehmet AKARCA
Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı

KAMU HUKUKU

CEZA HUKUKUNUN GRİ ALANI: TEHLİKE SUÇLARI

Die Grauzone des Strafrechts: Die Gefährdungsdelikte

Doç. Dr. Uğur ERSOY*

Geliş Tarihi: 17.06.2019 Kabul Tarihi: 28.01.2020

ÖZET

Çalışmada tehlike suçlarının dogmatikliği, suç teorisi bakımından sergilediği özellikler, doktrinde sıklıkla kullanılan soyut ve somut tehlike suçlarının ve bunların alt ayrımlarında kullanılacak kıstasların neler olacağı, potansiyel tehlike suçlarından neyin anlaşılması gerektiği gibi hususlar üzerinde durulmuştur. Bununla birlikte, çalışmanın kapsamını aşmamak amacıyla tehlike suçu olarak nitelendirilen suç tipleri hakkında kapsamlı açıklamalarda bulunulmamış, yalnızca konuyla ilgili hususlara temas edilmiştir. İnceleme sırasında ağırlıklı olarak Türk Ceza Hukuku sistemi esas alınacak olsa da Alman Hukukundaki konuyla ilgili görüşlerden ve yüksek mahkeme içtihatlarından da yeri geldikçe yararlanılması, böylelikle ceza hukukunun gri alanı olarak nitelendirdiğimiz tehlike suçları hakkında açıklamalarda ve çözüm önerilerinde bulunulması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Tehlike suçları, soyut tehlike suçları, somut tehlike suçları, potansiyel tehlike suçları, zarar suçları.

ZUSAMMENFASSUNG

In diesem Beitrag werden die Dogmatik der Gefährdungsdelikte, ihre Eigenschaften und die Kriterien für die Unterscheidung zwischen abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte sowie das Verständnis der potenziellen Gefährdungsdelikte diskutiert. Um den Umfang des Beitrages nicht zu überschreiten, wurden jedoch keine umfassenden Erläuterungen zu den Arten von Straftaten abgegeben, die als Gefährdungsdelikt gelten, sondern nur relevante Themen angesprochen. Obwohl das türkische Strafrechtssystem als Grundlage für die Prüfung herangezogen wird, das Ziel dieses Beitrages ist es, die Meinungen des deutschen Rechts und die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zu diesem Thema zu analysieren und daraus kommende Erklärungen Lösungsvorschläge für die von uns als Grauzone des Strafrechts definierten Gefährdungsdelikte zu nutzen.

Schlüsselwörter: Gefährdungsdelikte, abstrakte Gefährdungsdelikte, konkrete Gefährdungsdelikte, potentielle Gefährdungsdelikte, Verletzungsdelikte.

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, e-posta: avugurersoy@gmail.com, ORCID ID: 0000-0003-3770-0353.

GİRİŞ

Alman Hukuku'nda tehlike suçları ile ilgili yapılan önemli çalışmalardan birine imza atmış yazarlardan biri olan *Zieschang*, konuyla ilgili monografik eserinin giriş kısmında önemli tespitlerde bulunmuştur. Yazara göre Almanya'da son yıllarda tehlike suçlarının sayısında çok önemli bir artış meydana gelmiştir. Bu artışın temelinde Alman kanun koyucusunun, soyut ve somut tehlike suçlarını, failin hareketini bir ihlal meydana gelmeden önce cezalandırmak için kullanması yatmaktadır. *Zieschang* somut tehlike suçlarının, ceza hukuku sistemine “*bir yağ lekesi gibi bulaşmış olduğunu*” ve “*kanun koyucunun neredeyse en sevdiği çocuğu haline geldiğini*” ifade etmektedir¹.

Zieschang tarafından dile getirilen bu görüşlerin temelinde, Alman Ceza Hukuku'nun son yıllarda gösterdiği eğilim yatmaktadır. Bu nedenle tehlike suçlarıyla ilgili açıklamalara geçmeden önce Türk Ceza Hukuku açısından da önemli ipuçları barındıran Alman Hukuku'ndaki tartışmalara kısaca değinmekte yarar görülmektedir.

Almanya'da yakın geçmişte ceza hukukunda yapılması planlanan reformun temel düşüncesini biçimlendirmiş hukukçulardan birisi olan *Werner Maihofer*'e göre, o döneme kadar yürütülen reform çabalarının hepsi eski çağların tekrarından öteye geçememiştir. *Maihofer*, Federal Alman Anayasası'nın ruhuna uygun, sosyal ve hukuk devleti ilkesi ile eşgüdümlü bir ceza hukukuna ihtiyaç olduğunu ve böyle bir ceza hukuku için de iki ilkenin asla unutulmaması gerektiğini ifade etmiştir. Bu ilkelerden birincisi, ceza hukukunun vatandaşların *Magna Carta*'sı olduğu, ikincisi ise ceza hukukunun sosyal politikanın *ultima ratiosu*² olduğudur³.

Hilgendorf, Alman Ceza Hukuku'nun son yıllardaki gelişiminde ana eğilimin, yeni suçların ihdas edilmesi ve cezaların ağırlaştırılması olduğunu ifade etmektedir⁴. Alman Hukuku açısından bakıldığında yeni suçların ihdas

¹ **Zieschang, Frank**, Die Gefährdungsdelikte, Berlin 1998, s.13-14. Benzer tespitler için bkz. **Roxin, Claus**, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, München 2006, §11 Rn.146; **Ostendorf, Heribert**, “Grundzüge des konkreten Gefährdungsdelikts”, JuS 1982, s.428.

² Hilgendorf'a göre devletin en kuvvetli aracı olan ceza hukuku, dün olduğu gibi bugün de daima *ultima ratio* olmalıdır. Başka bir ifadeyle ceza hukuku uygulamaları ancak başka hiçbir araç kullanma imkanı kalmamışsa hukuka uygundur. Ancak modern kanun koyucuların bu temel prensibi çiğnediği de gözden uzak tutulmamalıdır. Zira ceza hukuku yalnızca *ultima ratio* olarak değil daha çok *prima ratio* olarak duruma göre de *sola ratio* olarak kullanılmaktadır. Özellikle ekonomi hukukunda, terör suçları ve organize suçlarla mücadelede bu tür önlemlere sıkça rastlanabilmektedir. Bkz. **Hilgendorf, Eric**, “Ceza Düşüncesi 1975-2005”, (Çev.: Başak Özay), in: Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Beiträge zur Rechtsvergleichung, Cilt: I, İstanbul 2010, s.185.

³ **Hilgendorf**, Ceza Düşüncesi, s.177-178.

⁴ **Hilgendorf**, Ceza Düşüncesi, s.184, 187, 191. Yazara göre toplumda büyük sansasyonlara yol

edilmesi sorunu, hafif ve orta ağırlıktaki suçlarda verilen düşme ve takipsizlik kararları ile büyük ölçüde dengelenmektedir⁵.

Yeni suçların ihdas edilmesinin yanı sıra ceza hukukunda genişleme gösteren bir başka hususun da “*cezalandırılabilirliğin öne çekilmesi*” (*Vorverlagerung der Strafbarkeit*) olduğu görülmektedir. Her ne kadar suç teşebbüsün cezasının artırılmasının bu sorunu çözebilecek bir araç olduğu belirtilmekteyse de öncelikle soyut tehlike suçlarının belirlenmesinin sorunun esas çözümü olduğu ifade edilmektedir. Çünkü soyut tehlike suçlarında, somut

açan çocuk istismarı, çevre felaketleri ya da ekonomide şaibeli görünen hareketlenmeler gibi olaylar kanun koyucuyu adeta bu olaylara müdahale etmeye davet eder. Kanun koyucu bu tip suçların cezalarını ağırlaştırmak istediğini ifade ederek, kamuoyunun düşüncelerini kendi lehine çekmeye çok istekli ve hazırdır. Zira suç olmaktan çıkarma yoluyla bir seçim kazanmak neredeyse imkansızdır! Özellikle cinsel suçlar hukuku, yapay olarak oluşturulmuş kamuoyu tavrına yönelik modern ceza hukukuna örnek olarak görülebilir. Reform düşüncesinin ortaya çıkışı ile o reformun uygulanması arasındaki süre çok kısalmış olduğundan, ceza hukuku yasamasındaki popülizm kolay yol haline gelmiştir. Bu nedenle iyi niyetle gerçekleştirilen pek çok reform çok hızlı bir şekilde yapılmış ve bunun doğal sonucu olarak da sorunların çözülmesi bir yana pek çok alanda daha birçok sorun yaratılmıştır. (bkz. aynı eser, s.186-187.) Hilgendorf çalışmasının devamında başka önemli tespitlerde de bulunmaktadır. Buna göre ceza hukuku, toplum ve politikanın çok büyük bir kesimi tarafından istenmeyen her türlü gelişmenin önünü kesmek için kullanılan bir silah gibi görülmektedir. Buna paralel olarak toplumun sözde yükselen suç eylemlerinden doğan korkuları da dikkate değer bir biçimde giderek artmaktadır. Kitle iletişim araçları da bu konuyu sürekli gündemde tutmakta ve toplumda oluşan irrasyonel korkuları güçlendirmektedir. Bu nedenle de genelde popüler kaygılarla hareket eden kanun koyucu, hızlıca hazırlanmış kanunlarla *ultima ratio* prensibini ihlal ederek yeni suçlar oluşturmakta, cezaların miktarını artırmakta ve tabiatıyla ceza hukukunun görev alanını genişletmektedir. Bütün bunların neticesinde, ceza kanunları bütün bu görevlerin yerine getirilebilmesi amacıyla zorunlu olarak esnekleştirilmektedir. Yazara göre yeni ceza unsurlarının oluşturulması ve cezaların ağırlaştırılması yoluyla meydana gelen “*ceza hukukunun genişlemesi*” ile açık ve bağlayıcı düzenlemelerin ortadan kaldırılması ile oluşan “*ceza hukukunun esnekleşmesi*” birbirleriyle kesişmekte ve birbirlerini karşılıklı olarak etkilemekle birlikte temelde birbirlerinden ayırırlar; zira ceza hukukunun genişlemesi ancak daha sert ve sıkı bir yasama yoluyla mümkün olur; buna karşılık ceza hukukunun esnekleşmesi, genişlemeye ters olarak, hükümleri genişletmeden, esnekleştirme ile oluşur. Ceza hukukunu bu derece zorlayan bir ceza hukuku politikası, liberal hukuk devletinin özgürlükçü yapısını tehdit etmekte ve toplum içinde benimsenen, itibar gören ceza hukukunun bu özelliklerini kaybetmesine yol açmaktadır. Yazara göre gelecek yıllarda daha fazla değil, daha az ceza hükmüne ihtiyacımız olacaktır. Ceza hukuku sadece akılcı bir hukuk politikasının *ultima ratiosudur*; ceza hukuku yalnızca suçlularla mücadele ile uğraşmamalı aynı zamanda özgürlükçü hukuk devletinin *Magna Carta’sı* olma niteliğini de her zaman korumalıdır. (bkz. Hilgendorf, Ceza Düşüncesi, s.195-196.)

⁵ Alman Hukuku’nda yerindelik ilkesi gereğince verilen düşme kararlarının sayısı 1981 ile 1998 yılları arasında %161,4 oranında artış göstermiştir. Benzer şekilde Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (StPO) 153 ve 153b maddelerine göre verilen düşme kararları da %260,5 oranında artmıştır. Bu sonuçlardan hareketle, Alman Hukuku’nda yerindelik ilkesinin geniş bir alanda mecburilik ilkesinin yerini aldığı tespiti de yapılmaktadır. Bkz. Hilgendorf, Ceza Düşüncesi, s.187.

tehlike suçlarında olduğu gibi suçun konusuna yönelmiş somut bir tehlike söz konusu değildir; kanun koyucu tarafından tehlikeli olarak nitelendirilmiş olan bir eylemin gerçekleştirilmesi yeterlidir⁶.

Zieschang ve *Hilgendorf* ile benzer görüşleri paylaşan *Öztürk/Erdem*'e göre de günümüzde, “suçu bastırma” anlayışının yerini, “suçla mücadele” anlayışının almasından kaynaklanan kaçınılmaz sonuç, somut ve özellikle de soyut tehlike suçlarına kanunlarda yer verilmesi şeklinde ortaya çıkmıştır. Bu durum salt suçun konusu üzerinde bir tehlike yaratılmış olması nedeniyle failin cezalandırılmasını ve bu nedenle de cezalandırılabilirlik alanlarının belirsiz ve tehlikeli biçimde genişlemesi sonucunu doğurmuştur. “*Riziko ceza hukuku*” olarak da nitelendirilebilecek bu durum, hukuk devleti açısından önemli sakıncaları bünyesinde barındırmaktadır⁷.

Türk ve Alman Ceza Hukuku sistemleri açısından yapılan bu tespit ve eleştirilerin tamamına katılmakta ve bunların tehlike suçları bakımından önemli ipuçları barındırdığını düşünmekteyiz. Özellikle son yıllarda Dünya'nın çoğu ülkesinde yaşanan başta terör saldırıları ve çevre felaketleri olmak üzere birçok olay sonrasında *özgürlük-güvenlik dengesinin* güvenlikten yana kaydığı bilinen bir gerçektir. İnceleme konusunu oluşturan tehlike suçları da kanun koyucular tarafından bu tartışmalar ekseninde şekillendirilen önemli bir kurum olarak kendisini göstermektedir. Bu nedenle tehlike suçlarının altında

⁶ *Hilgendorf*, Ceza Düşüncesi, s.184.

⁷ **Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 18. Baskı, Ankara 2018, Kn.364. Yazarlar özellikle 1970'li yıllardan bu yana Alman Hukuku'nda çeşitli alanlarda yapılan reformların ceza muhakemesi hukukunda da önemli sonuçları olduğunu ifade etmektedirler. Yazarlar soyut tehlike suçlarına yer vermek suretiyle fiilin ispatını kolaylaştırma, gizli soruşturma yöntemlerine başvurma şeklinde kendisini gösteren ve bu şekilde ceza muhakemesini *formal gerekliliklerden* kurtarma eğilimine dikkat çekmektedirler. Yazarlara göre “*ön alanı kriminalize etme*” olarak değerlendirilebilecek düşüncenin altında, ispat güçlüklerini aşma amacı yatmaktadır. Zira bir suç soyut tehlike suçu olarak formüle edildiğinde zararın ya da meydana gelen zararlar failin davranışı arasında nedensellik bağının ispatına da gerek kalmaz. Terör, yolsuzluk, kaçakçılık, bilişim gibi alanlarda çıkarılan kanunların adında “*mücadele*” ifadesinin geçmesi de bu anlayışın bir yansımasıdır. Modern ceza hukuku bir nevi “*tehlikeyi önleme hukuku*”na dönüşmüş bulunmaktadır. Bkz. aynı eser Kn.364. Benzer eleştirilere yer veren Centel/ Zafer/Çakmut da soyut tehlike suçlarının ceza hukukunun genel ilkeleriyle bağdaşmadığını, bu nedenle bu suçlara TCK'da yer verilmemesinin doğru olacağını savunmaktadırlar. Bkz. **Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem Yenerer**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Bası, İstanbul 2017, s.267. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe de kanun koyucunun tehlike suçlarına yer vermek suretiyle ceza hukukunun müdahale olanağını genişletmiş olduğunu, ceza kanunlarındaki bu tür suçların artmasının demokratik hukuk devletinin ilkelerine ve ceza hukukunun son çare olması niteliğine uygun olmadığını; bu durumun özellikle soyut tehlike suçlarında kendisini daha net bir şekilde gösterdiğini ifade etmektedirler. Bkz. **Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2018, s.227.

yatan motifleri doğru şekilde tespit etmeden konuyla ilgili sağlıklı sonuçlara varılmasının mümkün olmadığını düşünmekteyiz.

§1. Genel Olarak

Suçlar, fail tarafından gerçekleştirilen fiilin, suçun konusu üzerinde bir zarar veya tehlike meydana getirmesine, başka bir ifadeyle fiilin, suçun konusu üzerindeki etkisine göre *zarar suçları* (*Verletzungsdelikte*) ve *tehlike suçları* (*Gefährdungsdelikte*) olarak iki ana başlığa ayrılmakta; tehlike suçları da kendi içerisinde *soyut* ve *somut tehlike suçları* şeklinde sınıflandırılmaktadır⁸.

Zarar suçlarında haksızlık teşkil eden fiilin işlenmesiyle birlikte suçun konusu üzerinde gerçek bir zarar meydana gelmektedir⁹. Kasten öldürme, kasten yaralama, mala zarar verme gibi suçlar zarar suçu olarak nitelendirilmektedir.

Zarar suçları aynı zamanda neticeli suçlardır; buna karşın her neticeli suç zarar suçu değildir¹⁰. Çünkü suçun kanuni tanımında belirtilen netice her zaman suçun konusunun zarar görmesi şeklinde gerçekleşmek zorunda değildir. Örneğin somut tehlike suçlarında, kanuni tanımda gösterilen netice, somut bir tehlikenin ortaya çıkması şeklinde olabilmektedir¹¹.

⁸ **Roxin**, AT, §10 Rn.123; **Zieschang**, Die Gefährdungsdelikte, s.15; **Otto, Harro**, Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Auflage, Berlin 2004, s.41; **Schmidt, Jürgen**, Untersuchung zur Dogmatik und zum Abstarktionsgrad abstrakter Gefährdungsdelikte–Zugleich ein Beitrag zur Rechtgutlehre, Marburg 1999, s.1; **Wessels, Johannes/Beulke, Werner**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 41. Auflage, Heidelberg 2011, §1 Rn.26-27; **Öztürk/Erdem**, Genel Hükümler, Kn.363; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s.227; **Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 2018, s.214-215; **Koca, Mahmut/Üzülmmez, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2018, s.119; **Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, İstanbul 2018, s.318; **İçel, Kayıhan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, İstanbul 2018, s.286; **Centel/Zafer/Çakmut**, Ceza Hukuku, s.267; **Demirbaş, Timur**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2018, s.250; **Önder, Ayhan**, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s.175; **Hakeri, Hakan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara 2017, s.183; **Zafer, Hamide**, “Halkın Bir Kısmını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (765 sayılı TCK m.312/3)”, İÜHF, C:62, S:1-2, 2004, s.231 (Yazar, somut tehlike suçlarında hareketin, maddi konuya; soyut tehlike suçlarında ise konunun hukuki yarara zarar verebilme ihtimalinin/uygunluğunun cezalandırıldığını ifade etmektedir. bkz. aynı eser, s.235).

⁹ **Öztürk/Erdem**, Genel Hükümler, Kn.363; **Özgenç**, Genel Hükümler, s.214; **Koca/Üzülmmez**, Genel Hükümler, s.120; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Genel Hükümler, s.318; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s.227; **Önder**, Ceza Hukuku, s.175; **Roxin**, AT, §10 Rn.123; **Otto**, Grundkurs Strafrecht, s.41; **Wessels/Beulke**, Strafrecht AT, §1 Rn.26.

¹⁰ **Öztürk/Erdem**, Genel Hükümler, Kn.363; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Genel Hükümler, s.318; **Zafer**, Genel Hükümler, s.204; **Heinrich, Bernd**, Ceza Hukuku Genel Kısım – I, (Ed.: Yener Ünver), Ankara 2014, §8 Rn.161.

¹¹ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Genel Hükümler, s.318; **Heinrich**, Genel Kısım-I, §8 Rn.161.

Tehlike suçlarında ise icra edilen fiilin, suçun konusu üzerinde *az ya da çok yoğun* bir zarar meydana getirme tehlikesi söz konusudur ki somut ve soyut tehlike suçları arasındaki ayırım da işte bu noktaya dayanmaktadır¹².

Tehlike suçları, kanun koyucunun bazı hukuki değerleri daha etkin bir şekilde korumak için, bunları ihlal eden davranışı gerçekleştiren faili cezalandırabilmek amacıyla herhangi bir zararın gerçekleşmesini gerekli görmediği suç tipleri olarak nitelendirilmektedir¹³.

Zarar suçlarında, failin gerçekleştirdiği hareket dolayısıyla bir zararın netice olarak meydana gelmesi¹⁴ ve failin hareketi ile gerçekleşen netice arasında nedensellik bağının bulunması aranmaktadır. Başka bir ifadeyle netice suçlarında, hareketin yönelmiş olduğu konuda bir zararın meydana gelmiş olması aranırken, tehlike suçlarında ise suçun konusu üzerinde bir zarar tehlikesinin meydana gelmesi neticenin kabulü için yeterli olup, hareketin yönelik olduğu konunun gerçekten zarara uğramış olması şart değildir¹⁵.

Zarar suçu nitelendirmesi sadece suçun kanuni tanımında neticenin arandığı suçlar bakımından yapılabilir; buna karşılık, hakaret veya iftira gibi fiilin işlenmesiyle tamamlanan ve ayrıca başka bir neticenin gerçekleşmesinin aranmadığı suçlarla¹⁶ ilgili olarak zarar suçu nitelendirmesi yapılamaz¹⁷.

Tehlike suçlarında, söz konusu suçun tamamlanmış sayılabilmesi için suçun konusunun tehlikeye düşürülmüş olması yeterli olup, bu konunun zarara uğratılmış olması şart değildir¹⁸; başka bir ifade ile suçun konusunun zarar tehlikesi ile karşılaşmış olması suçun gerçekleşmesi yeterlidir¹⁹. Kanun koyucu

¹² **Roxin**, AT, §10 Rn.123; **Wessels/Beulke**, Strafrecht AT, §1 Rn.27; **Otto**, Grundkurs Strafrecht, s.41; **Öztürk/Erdem**, Genel Hükümler, Kn.364; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.120; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Genel Hükümler, s.318; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s.227; **Önder**, Ceza Hukuku, s.175.

¹³ **Otto**, Grundkurs Strafrecht, s.41; **Özgenç**, Genel Hükümler, s.215; **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, s.120; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Genel Hükümler, s.318; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s.227; **Demirbaş**, Genel Hükümler, s.250; **Daragenli, Vesile Sonay**, Tehlike Suçları, İstanbul 1998 (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü yayımlanmamış yüksek lisans tezi) s.59; **Bekar, Elif**, Objektif Cezalandırılabilme Koşulları Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Suçlar, İstanbul 2016 (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü doktora tezi) s.228.

¹⁴ **Fischer, Thomas**, Beck'sche kurz Kommentare, 61. Auflage, München 2014, Vor §13 Rn.18.

¹⁵ **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s.227.

¹⁶ Çalışmanın devamında açıklanacağı üzere, bu tip suçları ifade etmek için Türk doktrininde “neticesiz suç” veya “neticesi harekette bitişik suç” terimleri de kullanılmaktadır.

¹⁷ **Özgenç**, Genel Hükümler, s.215.

¹⁸ Jescheck'e göre tehlike kavramından anlaşılması gereken şey, olaydaki somut durumlar değerlendirildiğinde, bir zarar doğma tehlikesinin yakın bir ihtimal olarak ortaya çıkmasıdır. Bkz. **Jescheck, Hans-Heinrich**, Alman Ceza Hukukuna Giriş-Kusur İlkesi-Ceza Hukukunun Sınırları (Çev.: Feridun Yenisey), İstanbul 2007, s.128.

¹⁹ **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s.227; **Özen, Muharrem**, Genel Tehlike Yaratan Suçlar, Ankara 2010, s.7.

burada, kimi fiillere henüz zarar meydana gelmeden müdahale etmeyi gerekli görmüş ve buna uygun olarak suç tipleri ihdas etmiştir²⁰.

Zarar suçu-tehlike suçu ayrımı konusunda doktrinde bazı yazarlar kıstas olarak suçla korunan hukuki/hukuksal değeri/menfaati/yararı baz almakta ve korunan hukuksal değer in ihlal biçimine göre tehlike suçlarını soyut ve somut olmak üzere ikiye ayırmaktadırlar. Bu görüştekilere göre zarar suçlarında korunan hukuki yararara zarar verilmekteyken, tehlike suçlarında ise korunan hukuki yarar açısından sadece tehlike doğmaktadır²¹.

Buna karşın doktrindeki diğer ayrımla ilgili olarak suçla korunan hukuksal değer değil suçun konusu kıstası esas alınmalıdır. Bu görüşteki yazarlardan *Özgenç*, suç teşkil eden fiilin ihlal ettiği hukuki değer ile maddi unsurlardan birisini oluşturan suçun konusu kavramlarının birbirine karıştırılmaması gerektiğini ifade ettikten sonra ister zarar ister tehlike suçu olsun, korunan hukuki değer in suçun işlenmesiyle birlikte gerçek anlamda zarara uğramayacağı yalnızca ihlal edilmiş olacağını, buna karşın suçun işlenmesiyle suçun konusuna ya zarar verileceğini ya da suçun konusunun tehlikeye maruz bırakılacağını ifade etmektedir²². Benzer görüşü savunan yazarlardan *Koca/Üzülmez*'e göre de hukuki değerler soyut, ideal, manevi nitelikte olduklarından bu değerlerin gerçekten zarara uğratılması söz konusu olamaz. Her suç en az bir hukuki değeri koruma amacıyla ihdas edildiğine göre ister tehlike suçu ister zarar suçu olsun, söz konusu suçun işlenmesiyle o suçla korunan hukuki değer ihlal edilmiş olur. Hukuki değeri ihlal etmeyen bir fiilin cezalandırılabilmesi mümkün değildir²³.

Kanaatimizce gerek zarar suçu-tehlike suçu ayrımında, gerek soyut tehlike suçu-somut tehlike suçu ayrımında korunan hukuki değerden hareketle bir sonuca varmak doğru değildir; burada benimsenmesi gereken, fiilin, suçun konusu üzerinde yarattığı etkiden (zarar veya tehlike) hareketle sonuca varılması olmalıdır. Zira yukarıda da belirtildiği üzere, suçla korunan hukuki değer in zarar veya tehlikeye uğratılması mümkün değildir; suçla korunan hukuki değer yalnızca ihlal edilebilir.

Son olarak değinilmesi gereken bir husus da zarar suçları-tehlike suçları şeklindeki ayrımın hangi başlık altında ele alınacağıyla ilgilidir. Türk doktrinde bu konuda farklı görüşlerin bulunduğu görülmektedir. Bazı yazarlar²⁴ neticesiz

²⁰ Kanun koyucu bu tip düzenlemeler yapıp yapmamakta anayasa hukukunun sınırları çerçevesinde tamamen serbesttir. Bkz. *Ostendorf*, Gefährdungsdelik, s.427.

²¹ *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Genel Hükümler, s.227 (Ancak yazarlar çalışmanın bazı yerlerinde suçun konusu üzerinden de değerlendirmelerde bulunmaktadır.); *Daragenli*, Tehlike, s.32; *Centel/Zafer/Çakmut*, Ceza Hukuku, s.265, 267-268; *Soyaslan, Doğan*, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2018, 262-263; *Zafer, Hamide*, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, 6. Baskı, İstanbul 2016, s.203, 207.

²² *Özgenç*, Genel Hükümler, s.214-215.

²³ *Koca/Üzülmez*, Genel Hükümler, s.118-119 dn.167.

²⁴ *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Genel Hükümler, s.226; *Centel/Zafer/Çakmut*, Ceza Hukuku, s.264; *İçel*, Genel Hükümler, s.285; *Soyaslan*, Genel Hükümler, s.262; *Zafer*, Genel Hükümler, s.207; *Hakeri*, Ceza Hukuku, s.182.

suç olamayacağını kabul etmekte, bunun sonucunda da neticesi harekete bitişik suç (şekli suç) / neticesi hareketten ayrı suç (maddi suç) ayrımını benimsemektedirler. Bu görüştekiler neticeyi zarar veya tehlike şeklinde kabul etmekte ve zarar suçu / tehlike suçu ayrımını netice başlığı altında incelemektedirler. Buna karşın bizim de katıldığımız diğer görüşteki yazarlar²⁵ ise her suçta mutlaka bir netice vardır şeklindeki düşünceye karşı çıkmakta, neticeli suçtan bahsedebilmek için suçun kanuni tanımında neticeye unsur olarak açık bir şekilde yer verilmiş olması gerektiğini, bunun sonucunda da neticesi harekete bitişik suç veya neticesi hareketten ayrı suç ayrımından söz edilemeyeceğini; suçun kanuni tanımında neticenin bulunup bulunmamasına göre suçların sırf hareket suçları ve neticeli suçlar olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmasının mümkün olduğunu savunmakta ve açıklamalarını ağırlıklı olarak suçun konusu başlığı altında yapmaktadırlar.

Çalışmada, tehlike suçlarının tasniflendirilmesi konusunda Türk ve Alman ceza hukuku sistemlerinde en fazla taraftar toplamış ve “*geleneksel ikili ayrım*”²⁶ (*herkömmliche Zweiteilung*) olarak da nitelendirilen “*soyut ve somut tehlike suçu*” (*abstrakte und konkrete Gefährdungsdelikte*) ayrımı²⁷ takip edilecek, bu kapsamda çalışmanın devamında tehlike suçları, somut tehlike suçları ve soyut tehlike suçları olarak iki ana başlık altında ayrı ayrı ele alınıp incelenecektir²⁸.

§2. Somut Tehlike Suçları (konkrete Gefährdungsdelikte)

Somut tehlike suçlarının varlığından söz edebilmek için fiilin, suçun kanuni tanımında belirtilen konu²⁹ bakımından gerçek bir *zarar tehlikesi* (*somut tehlike*) yaratmış olması gereklidir³⁰. Bu suçlarda bir “*zarar neticesi*”

²⁵ Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku, Kn.354; Özgenç, Genel Hükümler, s.184-185; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.128-129; Akbulut, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2018, s.310-311.

²⁶ Zieschang, Die Gefährdungsdelikte, s.15.

²⁷ Zieschang, Die Gefährdungsdelikte, s.15; Schmidt, abstrakter Gefährdungsdelikte, s.1; Ostendorf, Gefährdungsdelikte, s.426; Schröder, Horst, “Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht”, ZStW 81 (1969), s.7; Gallas, Wilhelm, “Abstrakte und konkrete Gefährdung”, in: Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag, 1972, s.171 vd.; Hoyer, Andreas, “Zum Begriff der abstrakten Gefahr”, JA 1990, s.183.

²⁸ Tasnif için bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s.215; Öztürk/Erdem, Genel Hükümler, Kn.304; Özen, Genel Tehlike Yaratma Suçlar, s.10; Hakeri, Genel Hükümler, s.184.

²⁹ Daha önce de ifade edildiği üzere aksi görüşteki yazarlara göre zarar suçu-tehlike suçu ayrımında suçun konusu değil, suçla korunan hukuki yarar esas alınmalıdır. Buna göre zarar suçlarında korunan hukuki yarara zarar verilmekteyken, tehlike suçlarında ise korunan hukuki yarar açısından sadece tehlike doğmaktadır. Bkz. Centel/Zafer/Çakmut, Ceza Hukuku, s.265, 267-268.

³⁰ Roxin, AT, §10 Rn.124, §11 Rn.147; Otto, Grundkurs Strafrecht, s.41; Zieschang, Die Gefährdungsdelikte, s.15; Ostendorf, Gefährdungsdelikte, s.426; Schröder, Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht, s.7; İçel, Genel Hükümler, s.286; Önder, Ceza Hukuku,

değil, “*tehlike neticesi*” (*Gefahrerfolg*) veya “*netice tehlikesi*” (*Erfolgsgefahr*) yaratılmaktadır³¹ ki bundan dolayı somut tehlike suçları neticeli suçlardan kabul edilmektedir³². Burada fail, gerçekleştirdiği davranış dolayısıyla suçun konusunu maddi olarak bir ihlal tehdidiyle karşı karşıya bırakmış olmaktadır.

Somut tehlike suçlarında tehlikenin varlığı bir varsayıma dayandırılmaz; hakim somut olayın şartlarını değerlendirmek suretiyle, gerçekleştirilen hareketin suçun konusuna zarar verme ihtimalini doğurup doğurmadığını araştırmak zorundadır³³. Örneğin bir gemiyi batıran kişi, gemiyi batırmadan önce gemi adamlarını ve yolcuları filikalara bindirerek hayatlarını garanti altına almış olursa, söz konusu kişilerin hayatları bakımından bir tehlike mevcut olmayacağından somut bir tehlikenin varlığından da bahsedilemeyecektir³⁴.

Somut tehlike suçları neticeli suçlardan kabul edildiğinden gerçekleştirilen hareket ile somut tehlike arasında nedensellik bağının mevcut olması gerektiği de ifade edilmektedir³⁵.

Bu suçlara örnek olarak şu suç tipleri gösterilebilir³⁶: Genel güvenliğin tehlikeye sokulması (TCK m.170), trafik güvenliğini tehlikeye sokma (TCK m.179), bozulmuş ve değiştirilmiş gıda ve ilaçların ticareti (TCK m.186), kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye koyacak biçimde ilaç yapma veya satma (TCK m.187), zehirli madde imal ve ticareti (TCK m.193), sağlık için tehlikeli madde temini (TCK m.194), suçu ve suçluyu övme (TCK m.215), halkı kin ve düşmanlığa tahrik (TCK m.216).

s.175; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Genel Hükümler, s.319. Söz konusu değerlendirme yargılamayı yapan hakim tarafından yapılacaktır. Bkz. **Özgenç**, Genel Hükümler, s.215; **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, s.121; **Öztürk/Erdem**, Genel Hükümler, Kn.364; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s.227; **Zafer**, Tahkir Etme Cürmü, s.232; **Hakeri**, Genel Hükümler, s.184. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kindhäuser, Urs**, *Gefährdung als Straftat – Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Frankfurt am Main 1989, s.189 vd.

³¹ **Öztürk/Erdem**, Genel Hükümler, Kn.364; **Roxin**, AT, §11 Rn.147.

³² **Öztürk/Erdem**, Genel Hükümler, Kn.364; **Centel/Zafer/Çakmut**, Ceza Hukuku, s.268; **Zafer**, Genel Hükümler, s.210; **Roxin**, AT, §11 Rn.147.

³³ **Heinrich**, Ceza Hukuku, §8 Rn.163; **Wessels/Beulke**, Strafrecht AT, §1 Rn.28; **Öztürk/Erdem**, Genel Hükümler, Kn.364; **Özgenç**, Genel Hükümler, s.215; **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, s.121; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Genel Hükümler, s.319; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s.227; **Centel/Zafer/Çakmut**, Ceza Hukuku, s.268; **Zafer**, Genel Hükümler, s.205; **İçel**, Genel Hükümler, s.286; **Toroslu, Nevzat/Toroslu, Haluk**, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2018, s.144-145.

³⁴ **Önder**, Ceza Hukuku, s.175.

³⁵ **Roxin**, AT, §11 Rn.147; **Özgenç**, Genel Hükümler, s.215; **Öztürk/Erdem**, Genel Hükümler, Kn.364; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Genel Hükümler, s.319; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s.227; **Daragenli**, Tehlike, s.55; **Akbulut**, Genel Hükümler, s.311; **Centel/Zafer/Çakmut**, Ceza Hukuku, s.268; **Zafer**, Genel Hükümler, s.205, 210; **Önder**, Ceza Hukuku, s.176.

³⁶ **Öztürk/Erdem**, Genel Hükümler, Kn.364; **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, s.121.

Alman Ceza Kanunu'nda (Al.CK) da çok sayıda somut tehlike suçuna yer verildiği görülmektedir. Bu kapsamda somut tehlike suçlarının en güzel örneği olarak, Al.CK'nın 315c maddesinde düzenlenmiş bulunan karayolu trafiğini tehlikeye düşürme suçu gösterilmektedir. Burada failin hareketi olan tehlikeli bir şekilde araç sürme sonucu, *diğer bir insanın vücudu veya hayatı açısından tehlike yaratması veya önemli değer taşıyan başkasına ait eşyayı tehlikeye düşürmesi* gerekmektedir. Bir diğer örnek olarak Al.CK'nın 221. maddesinde düzenlenmiş bulunan terk suçu gösterilmektedir. Söz konusu maddede belirtilen *“ölüm veya sağlığının ağır bir şekilde bozulması tehlikesine maruz bırakırsa”* ifadesi de somut tehlike olarak değerlendirilmektedir. Somut tehlike suçuna verilen bir başka örnek ise Al.CK'nın 328. maddesinde düzenlenmiş olan radyoaktif ve diğer tehlikeli madde ve eşyayı izinsiz işleme suçudur³⁷.

Somut tehlike suçlarında bir tehlikeye neden olma tipikliğin objektif unsuru (objektives Tatbestandsmerkmal) kapsamında değerlendirilmektedir³⁸. Bu kapsamda somut tehlike suçunun varlığından söz edebilmek için ön koşul, failin, yasaklanmış olan tehlikenin gerçekleşmesini amaçlamış olmamasıdır³⁹.

Somut tehlike suçları hem toplumun genelinin hukuki menfaatlerine hem de bireysel hukuki menfaatlara karşı söz konusu olabilmektedir⁴⁰.

Alman doktrinde somut tehlike suçlarında tipik eylemin suçun konusu üzerinde zarar meydana getirme tehlikesini doğurmasının veya doğurmamasının tamamen tesadüfi olaylara bağlanmış olması da zaman zaman eleştirilere neden olmaktadır⁴¹.

Alman yüksek mahkeme içtihatlarına bakıldığında somut tehlike suçlarının belirlenmesi noktasında *“yakın tehlike”* (*nahe liegenden Gefahr*) veya *“bir zarar olasılığı”* (*der Wahrscheinlichkeit einer Verletzung*) şeklindeki formülasyonların kullanıldığı ancak bunların zayıf noktasının bu belirlemelerin yapılmasının hakim in yaşam tecrübesine bağlı olması ve hiçbir objektif kriterle dayanmaması olduğu ifade edilmektedir⁴². Benzer şekilde somut tehlike suçlarındaki *“tehlike”* kavramının da bir ikilemi bünyesinde barındırdığı ileri sürülmüştür⁴³. Buna göre tehlike bir yandan bir ihlalin varlığını şart koşmaksızın

³⁷ **Roxin**, AT, §10 Rn.124, §11 Rn.147.

³⁸ **Wessels/Beulke**, Strafrecht AT, §1 Rn.28.

³⁹ **Kindhäuser**, Gefährdung als Straftat, s.189.

⁴⁰ **Ostendorf**, Gefährdungsdeltikt, s.428.

⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ostendorf**, Gefährdungsdeltikt, s.432-433. Kaufmann tarafından, somut olayda nedensellik bağının ispatlanmasının, failin sorumluluğu için zorunlu olduğu yolundaki doktrinde savunulan görüş, ceza hukukunda korunan hukuki menfaatlerin temini için bir engel olarak değerlendirilmektedir. Bkz. **Kaufmann, Armin**, “Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht”, in: Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, Berlin-New York 1974, s.413.

⁴² **Roxin**, AT, §11 Rn.150.

⁴³ **Ahn, Won-Ha**, Zur Dogmatik abstrakter Gefährdungsdeltikte, 1995, s.55 vd. özellikle s.61.

mevcut olurken, öte yandan bir tehlikenin meydana gelmesinin, bir hukuki menfaatin ihlalinin oluşmasına bağlanması hakkaniyete aykırı görülmektedir⁴⁴.

Hem bu sıkıntıları hem subjektiviteyi ortadan kaldırabilmek hem de teorik bir altyapı oluşturabilmek amacıyla Alman literatüründe değişik görüşlerin ileri sürüldüğü görülmektedir.

Bu kapsamda *Horn*'a göre somut tehlike suçlarındaki tehlike, genel tecrübe kurallarına göre belirli bir ihlale yol açacak bir durumdur. *Horn* tarafından gerekçelendirilen ve “*doğa bilimlerine uygun tehlike neticesi teorisi*” olarak da adlandırılan teoriye göre şayet gerçekleştirilen hareket, normal şartlar altında suçun konusuna zarar verme ihtimali taşıyorsa somut tehlikenin varlığından bahsedilmelidir. Buna karşın suçun konusunun zarar görmemesi *doğa bilimleri* (*Naturwissenschaft*) tarafından açıklanamayacak nedenlerden kaynaklandığı (örneğin bir mucize veya esrarengiz bir rastlantı) somut tehlikenin gerçekleştiğinden bahsedilecektir. *Horn*'a göre zarar neticesinin gerçekleşmesi, doğa bilimleri tarafından açıklanabilecek bir olay nedeniyle engellenmiş ise somut tehlikeden söz etmek de mümkün olmayacaktır. Başka bir ifade ile şayet ihlalin gerçekleşmemesinin nedeni doğa bilimleri tarafından açıklanamıyor ise o zaman ortada bir tehlike vardır denilmelidir. *Horn*'a göre hiç kimse somut olayda belirli bir hukuki menfaatin ihlalinin niçin meydana gelmediğini asla açıklayamaz. Örneğin çok dar bir dağ yolunda hatalı sollama yapan şoför, hatalı sollama yaptığı sırada karşıdan bir araç gelmesi halinde araca ve araçta bulunan kişilere zarar verebilecektir. Ancak karşıdan hiçbir araç gelmemesi halinde zarar tehlikesine maruz kalacak kişi veya şey olmadığından hatalı sollama yapan şoför cezalandırılmayacaktır. Buna karşın bu örnek olayda, hatalı sollama yapıldığı sırada hiç beklenmeyen ani ve çok şiddetli bir rüzgar çıksa ve karşıdan gelen aracı yana savursa ve bundan dolayı da çarpışma gerçekleşmese, rüzgar ve etkileri doğa bilimleri ile açıklanabileceğinden, *Horn* tarafından savunulan görüşe göre tehlike neticesinin ortaya çıkmadığı kabul edilecektir⁴⁵.

Horn'un görüşünü eleştiren *Roxin*'e göre günümüzde neredeyse bütün olayların doğa bilimlerince açıklanabildiği dikkate alındığında, *Horn* tarafından ileri sürülen teoremin uygulama alanı da oldukça daralmıştır. Zira bu dağ yolundaki hatalı sollama örneğinde, hiç beklenmeyen ve öngörülmeyen ani ve şiddetli bir fırtına araçları savursa ve bu savurma nedeniyle çarpışma gerçekleşmemiş olsa, fırtına ve fırtınanın etkileri doğa bilimleri ile açıklanabileceğinden somut tehlikenin ortaya çıkmadığının kabul edilmesi gerekecektir ki bu da mümkün değildir⁴⁶.

Somut tehlike suçlarına teorik bir altyapı oluşturmaya çalışan yazarlardan bir diğeri olan *Schünemann* tarafından ortaya atılan ve yüksek mahkeme

⁴⁴ **Ahn**, abstrakter Gefährdungsdelikte, s.61.

⁴⁵ **Horn, Eckhard**, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973, s.115 vd., 161, 175, 212.

⁴⁶ Bkz. **Roxin**, AT, §11 Rn.150.

kararlarında sıklıkla atıf yapılan “*normatif tehlike neticesi teorisi*” olarak da adlandırılan teori, temelde *Horn* tarafından savunulan teoriyle benzerlik göstermekte ve somut tehlikenin, tehlike neticesinin ancak zararın tesadüf eseri ortaya çıkmadığı durumlarda mevcut olduğu görüşünden hareket etmektedir. Ancak *Horn*’dan farklı olarak *Schünemann*’ın teorisinde, *tesadüf* (*Zufall*) doğa bilimlerinde açıklanamayacak bir olay olarak değil, gerçekleşmeyeceği beklenen bir durum olarak tanımlanmaktadır. Olağanüstü bir yetenek veya hiç beklenmeyen bir şans sonucunda zararın meydana gelmediği bütün durumlarda zarar tehlikesinin ortaya çıktığı ve dolayısıyla da somut tehlike suçunun gerçekleştiğinden bahsedilecektir. Yukarıdaki dağ yolu örneğinde, sürücünün, normal bir sürücünden beklenemeyecek üstün bir şoförlük yeteneği sergilediği veya aniden çıkan şiddetli fırtına sonucu araçların çarpışmadığı durumlarda bile tehlike neticesinin ortaya çıktığının kabul edilmesi gerekmektedir. Bu gibi durumların varlığı halinde fail Al.CK m.315c’de düzenlenen ve somut tehlike suçu olan karayolu trafiğini tehlikeye düşürme suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır. Çünkü bu örnekte olduğu gibi üstün şoförlük yeteneği veya birden çıkan şiddetli fırtına beklenebilir olaylar olarak kabul edilemez⁴⁷.

Bir ceza normunun somut tehlike suçu olup olmadığını anlamak için yararlanılabilecek kıstasların ne olacağı da cevaplandırılması gereken bir diğer önemli sorudur. Bu konuda doktrinde çeşitli kıstaslardan yararlanıldığı görülmektedir. Söz gelimi madde metninde “*tehlike*” (*Gefahr*) veya “*tehlikeye neden olma*” (*Gefährdung*) ifadesinin kullanılması somut tehlike suçuna işaret edildiği şeklinde değerlendirilebilir⁴⁸. Ayrıca *ex ante* bir bakışla failin durumunda bulunan objektif bir üçüncü kişinin bütün benzer durumlarda zararın gerçekleşmesini olası görmesi halinde de somut tehlike suçu vardır denilebilir⁴⁹. Örneğin TCK’nın 170. maddesinin birinci fıkrasına göre yangın çıkartmak, suçun oluşması veya cezalandırılabilme bakımından yeterli değildir. Burada hakim failin hareketi sonucunda kanunda bahsedilen “*kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından*” bir tehlikenin doğup doğmadığını veya “*kişilerde korku, kaygı veya panik*” yaratılıp yaratılmadığını somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak tespit edecektir⁵⁰; bu ise hareketle tehlike arasında nedensellik bağının varlığını zorunlu kılmaktadır⁵¹.

⁴⁷ **Schünemann, Bernd**, “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte”, JA 1975, s.793 vd. akt. **Roxin**, AT, §11 Rn.151.

⁴⁸ **Ostendorf**, Gefährdungsdelikte, s.426; **Satzger, Helmut**, “Die Anwendung des deutschen Strafrechts auf grenzüberschreitende Gefährdungsdelikte”, NSTz 1998, s.114.

⁴⁹ **Roxin**, AT, §11 Rn.147; **Ostendorf**, Gefährdungsdelikte, s.429; **Hirsch, Hans Joachim**, “Konkrete und abstrakte Gefährdungsdelikte”, in: Festschrift für Kazimierz Buchala, Krakau 1994, s.151, 158.

⁵⁰ **Schröder**, Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht, s.17, 22; **Ahn**, abstrakter Gefährdungsdelikte, s.126; **Satzger**, NSTz, s.114.

⁵¹ Alman doktrininde ağırlıklı görüş nedensellik bağının varlığını gerekli görmektedir. Bkz.

Somut tehlike suçlarında, zarar suçlarının aksine suçun neticesinin gerçekleşmesi, gerçek bir zararın meydana gelmesini değil bilakis suçun kanuni tanımında belirtilen netice olarak tehlikeyi gerekçelendirmektedir⁵². Bundan dolayı “*tehlikeye neden olma*” gerçek bir suç unsurudur; bu nedenle Alman doktrinde somut tehlike suçları, zarar suçları gibi neticeli suç (*Erfolgsdelikte*) olarak nitelendirilmektedir⁵³.

Alman Hukuku’nda içtihatlarla ve hakim doktrine göre somut tehlike suçlarında tehlikenin gerçekleştiği yer, Al.CK’nın 9. maddesi⁵⁴ bağlamında suçun işlendiği yer olarak kabul edilmekte ve böylelikle somut tehlikenin gerçekleşmesi Al.CK’nın uygulanması için bağlantı noktası olarak anlaşılmaktadır⁵⁵. Somut tehlike suçları gerçek zarar suçu oldukları için somut tehlike sadece tipe uygun davranışın herhangi bir sonucu değil, daha ziyade bu suçun tipe uygun olmasını sağlayan neticedir; bu nedenle de somut tehlike Al.CK’nın 9. maddesi bağlamında “*tipikliğe ait netice*” olarak kabul edilmektedir⁵⁶.

Somut tehlike suçlarında kanun koyucu, suçun konusu üzerinde zarar sonucunu doğurmaya uygun olan fakat zarar sonucunu doğurmamış olan bir hareketi cezalandırmaktadır⁵⁷. Bu nedenle olacak ki doktrinde bazı yazarlar tarafından, somut tehlike suçlarının zarar suçları içinde mütalaa edildiğine de rastlanılmaktadır⁵⁸. Burada dikkat edilmesi gereken önemli bir husus vardır o da somut tehlike suçlarında, tehlikede bulunan suçun konusunun zarar görüp

Ostendorf, Gefährdungsdelikt, s.427-428 ve dn.44’teki yazarlar. Ostendorf’a göre hem soyut hem de somut tehlike suçlarında nedensellik bağının varlığı zorunludur. Oysa ki özel hukuktaki tehlike sorumluluğu bakımından durum tam tersidir; başka bir ifadeyle burada fiili gerçekleştiren kişi nedensellik bağı bulunmasa bile özel hukuk açısından sorumlu tutulabilmektedir. Buna karşın somut tehlikenin hukuki niteliğini objektif cezalandırılabilme şartı olarak değerlendiren yazarlar nedensellik bağının varlığının aranmasını gerekli görmemektedirler. Bkz. **Horn**, Konkrete Gefährdungsdelikte, s.101, 104; **Kaufmann, Armin**, “Das fahrlässige Delikt”, ZfRV, 5. Jahrgang (1964), s.54.

⁵² **Zafer**, Tahkir Etme Cürmü, s.232.

⁵³ **Satzger**, NSTZ, s.114 ve dn.40’daki yazarlar.

⁵⁴ Alman Ceza Kanunu’nun “*Suçun işlendiği yer*” (*Ort der Tat*) başlıklı 9. maddesinin birinci fıkrası şu şekildedir: “*Bir suç, failini gerçekleştirdiği veya ihmâl suretiyle işlenen suç söz konusuysa fiili yapmak zorunda olmasına rağmen yapmadığı veya kanundaki suç tipinde belirtilen tipikliğe ait neticenin gerçekleştiği veya failin düşüncesine göre gerçekleşmesi gereken yerde işlenmiş sayılır.*”

⁵⁵ **Satzger**, NSTZ, s.114 ve dn.41.

⁵⁶ **Satzger**, NSTZ, s.114.

⁵⁷ **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s.228.

⁵⁸ **Ostendorf**, Gefährdungsdelikt, s.433; **Schmidt**, abstrakter Gefährdungsdelikte, s.1-2; **Zieschang**, Die Gefährdungsdelikte, s.35 ve dn.75’teki yazarlar. Ancak Alman Federal Yüksek Mahkemesi, somut bir tehlikeye sebebiyet vermenin netice olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmektedir. Yüksek Mahkeme’ye göre somut tehlike, neticenin ilk aşaması olarak dikkate alınmalıdır. Bkz. BGHSt. 26, 176, 181. Söz konusu kararın eleştirisi için ise bkz. aynı eser, s.35 dn.75 ikinci paragraf.

görmemesinin tamamen tesadüflere bağlı bulunmasıdır⁵⁹. Bu nedenle somut olayda, genel yaşam tecrübesine dayanan objektif ve sonradan *-ex post-* yapılan bir tahmine göre zarar meydana gelmiyor olmalıdır⁶⁰.

Yukarıda ifade edildiği üzere somut tehlike suçlarının varlığından bahsedebilmek için failin hareketinin, suçun konusu açısından gerçek bir tehlike yaratmış olması gerekmektedir.

Burada inceleme konusuyla alakalı olduğu için cevaplandırılması gereken önemli bir soru daha bulunmaktadır: Failin gerçekleşen somut tehlike açısından kastının varlığı zorunlu mudur? Alman doktrininde hakim görüş, failin tehlikeli davranışa yönelik kastının aynı zamanda somut tehlikeyi de kapsadığı yönündedir⁶¹. Bu görüşe göre, örneğin trafik güvenliğini tehlikeye sokacak bir şekilde bir başkasının hayatını kasten somut tehlikeye düşürmek (Al.CK m.315c), aynı şekilde kasten öldürme suçunu düzenleyen Al.CK m.212'ye (ve dolayısıyla teşebbüs hükümlerine) göre kasten öldürmeye teşebbüs olarak da ifade edilebilir⁶². Ancak söz konusu görüşün hatalı olduğunu ifade eden ve bizim de katıldığımız diğer görüşe göre failin tehlikeli davranışa yönelik kastı ile somut tehlikeye yönelik kastını aynı önemde görmek, örneğin trafik güvenliğini tehlikeye sokmaya ilişkin suçların ceza kanunlarında düzenlenmesinin prensip olarak gereksiz olduğu sonucunu doğurur; çünkü halihazırda kasten öldürmeye teşebbüs kanunda suç olarak düzenlenmiştir⁶³.

Tam bu noktada somut tehlike suçlarıyla ilgili çözüme kavuşturulması gereken bir diğer soru ise somut tehlikenin hukuki niteliğinin ne olduğudur. Bu soruya verilecek cevap mevcut ve müstakbel birçok sorunun çözümünde kilit rol oynayacaktır.

Her şeyden önce gerek Türk gerek Alman doktrininde, somut tehlikenin hukuki niteliğinin ne olduğu konusunda görüş birliği bulunmadığı söylenebilir.

Horn'a göre somut tehlike suçlarında gerçekleşen neticenin objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Zira somut tehlikenin gerçekleşmesi suretiyle, kanun koyucunun söz konusu somut tehlike suçunu ihdas etmekte ne kadar haklı olduğu da görülmüş olmaktadır. Ayrıca *Horn*, son zamanlarda doktrinde, somut tehlike suçlarında gerçekleşen

⁵⁹ **Roxin**, AT, §11 Rn.147; **Zieschang**, Die Gefährdungsdelikte, s.31-32.

⁶⁰ Alman doktrininde de hakim görüş bu yöndedir. Bkz. **Ostendorf**, Gefährdungsdelikte, s.429, 433; **Zieschang**, Die Gefährdungsdelikte, s.34 ve bu görüşteki diğer yazarlar için bkz. aynı eser s.34 dn.70.

⁶¹ **Zieschang**, Die Gefährdungsdelikte, s.122 ve bu görüşteki diğer yazarlar için bkz. aynı eser s.122 dn.251.

⁶² **Zieschang**, Die Gefährdungsdelikte, s.122-123 ve bu görüşteki diğer yazarlar için bkz. aynı eser s.122 dn.251.

⁶³ **Zieschang**, Die Gefährdungsdelikte, s.123.

sonucun öncelerde olduğu gibi haksızlık unsuru içinde değil, bilakis objektif cezalandırılabilme şartı olarak değerlendirilme yönünde bir eğilim olduğunu da belirtmektedir⁶⁴.

Özgenç'e göre somut tehlike suçlarında, kanuni tanıma uygun gerçekleştirilen fiilin suçun konusu açısından somut bir tehlike meydana getirmesi, bu suçlar açısından bir unsur olarak değil, objektif cezalandırılabilme şartı olarak anlaşılmalıdır. Zira bu tür suçlarda, kanuni tanıma uygun fiilin işlenmesi başlı başına bir haksızlık teşkil etmektedir. Bu haksızlığın oluşumu için, gerçekleştirilen fiilin suçun konusu açısından somut bir tehlikeye sebebiyet vermesi gerekmez. Ancak ceza hukukunun müdahalesi, somut bir tehlikenin meydana gelmesi halinde mümkün olabilecektir. Özetle Özgenç, somut tehlike suçları bakımından aranan somut tehlikenin gerçekleşmesinin hukuki niteliğini, objektif cezalandırılabilme şartı olarak değerlendirmektedir⁶⁵.

Demirbaş ile Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır da somut tehlikenin hukuki niteliğini objektif cezalandırılabilme şartı olarak değerlendiren yazarlardır⁶⁶.

Koca/Üzülmüş'e göre somut tehlikenin gerçekleşmesi, haksızlık tipine ait bir unsur olarak kabul edilmemelidir. Bunun sonucu olarak failin kastının somut tehlikeyi kapsamaması gerekmeyecek ve bu suçlara teşebbüs cezalandırılmayacaktır. Buna göre yazarların da somut tehlikenin hukuki niteliğini objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul ettikleri söylenebilir⁶⁷.

Üzülmüş/Akkaş'a göre objektif cezalandırılabilme şartlarının konuluş amacının altında suç siyasetine ve ceza ekonomisine ilişkin çeşitli gerekçeler yatmaktadır. Bu nedenle gerçekleştirilen haksızlığın yol açtığı zararın, objektif cezalandırılabilme şartının gerektirdiği boyuta varmadığı müddetçe failin cezalandırılmayacağı kabul edilmelidir. Bunun tipik örneğini ise somut tehlike suçları oluşturmaktadır. Yazarlara göre somut tehlike suçlarında, işlenen fiilin, suçun konusu açısından somut bir tehlike meydana getirmesi objektif cezalandırılabilme şartını oluşturmaktadır⁶⁸.

Akbulut, neticenin zarar şeklinde olabileceği gibi somut tehlike şeklinde de olabileceğini ifade etmektedir. Yazara göre hukukumuzda somut tehlike suçlarında araştırılması gereken husus, tehlikenin bir netice mi yoksa objektif cezalandırılabilme şartı mı olduğudur. Akbulut'a göre somut tehlike suçlarında aranan tehlike ile kastedilmek istenen neticedir. Yazar savunduğu görüşün

⁶⁴ Horn, Konkrete Gefährdungsdelikte, s.4-5, 101-104, 212. Bu görüşün değerlendirmesi için bkz. Ahn, abstrakter Gefährdungsdelikte, s.62-63.

⁶⁵ Özgenç, Genel Hükümler, s.216.

⁶⁶ Demirbaş, Genel Hükümler, s.213; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.320.

⁶⁷ Koca/Üzülmüş, Genel Hükümler, s.121.

⁶⁸ Üzülmüş, İlhan/Akkaş, Ahmet Hulusi, "Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilme Şartları", EÜHFD, C:II, S:1-2, Yıl:2007, s.73.

gerekeçesi olarak TCK'nın 22. maddesini göstermektedir. Buna göre kanuni tanımda tehlikenin arandığı fiillerin objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmesi mümkün değildir⁶⁹.

Türk Hukuku'ndan farklı olarak Alman Hukuku'ndaki hakim görüş, somut tehlike suçlarındaki tehlikeyi, tipikliğin maddi/objektif unsurlarından birisi olan netice kapsamında değerlendirmektedir⁷⁰. Türk doktrinde de az sayıdaki yazar tarafından somut tehlikenin hukuki niteliğinin netice olarak değerlendirildiği görülmektedir. Bu görüşteki yazarlardan *Ozansü*'ye göre somut tehlike suçları bakımından tehlikenin gerçekleşmesinin objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmesi, geniş anlamda netice kavramının içinde görülmesi gereken tehlike kavramını iradenin kapsamı dışına çıkartılması anlamına geleceği için somut tehlike suçlarını, soyut tehlike suçlarına dönüştürmektedir⁷¹.

Kanaatimizce, Türk doktrinde hakim görüş tarafından savunulan ve somut tehlikenin hukuki niteliğinin objektif cezalandırılabilme şartı olduğunu ifade eden görüşün temel dayanak noktasını, failin gerçekleştirmiş olduğu fiilin, somut tehlike gerçekleşmeksizin de bir haksızlık oluşturduğu şeklindeki argüman oluşturmaktadır. Ancak bu görüş kanaatimizce amaca uygun değildir. Zira kanun koyucunun somut tehlike suçlarını ihdas etmekteki asıl amacı, belirsiz ve çok muğlak olan tipe uygun davranışın nasıl sınırlandırılacağını göstermek, başka bir ifadeyle, hangi somut neticenin gerçekleşmesi halinde söz konusu haksızlığın oluşacağını ifade etmektir. Bundan dolayı kanun koyucu her türlü neticenin değil sadece belli neticelerin suçun oluşumuna sebebiyet vereceğini kabul etmiştir. Örnek vermek gerekirse, TCK'nın 170. maddesi somut tehlike suçu olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Söz konusu maddeye göre failin maddede sayılan seçimlik hareketlerden (yangın çıkarma, bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına neden olma, silahla ateş etme veya patlayıcı madde kullanma) birini gerçekleştirmiş olması suçun oluşumu için yeterli görülmemiştir. Çünkü bunların başlı başına bir haksızlık oluşturduğunu söylemek mümkün değildir. Bu nedenle kanun koyucu,

⁶⁹ **Akbulut**, Genel Hükümler, s.310.

⁷⁰ **Fischer**, Beck'sche kurz Kommentare, Vor §13 Rn.18; **Ostendorf**, Gefährdungsdeltikt, s.429, 433 (Yazara göre Alman Federal Mahkemesi aksi görüşte olmasına rağmen -BGHSt 26, 176, 181- tehlikeli sonuç, dış dünyada fark edilebilen bir olgudur. Bkz. aynı eser s.429); **Ahn**, abstrakter Gefährdungsdeltikt, s.126; **Kindhäuser**, Gefährdung als Straftat, s.190, 192 (Kindhäuser'e göre Horn tarafından somut tehlike suçlarında gerçekleşen neticenin objektif cezalandırılabilme şartı teşkil ettiği şeklindeki yorum ikna edici değildir.); **Schmidt**, abstrakter Gefährdungsdeltikt, s.2; **Wohlers, Wolfgang**, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdeltikt, Berlin 2000, s.284.

⁷¹ **Ozansü, Mehmet Cemil**, Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk, Ankara 2007, s.130 dn.25. Somut tehlikenin hukuki niteliğini netice olarak değerlendiren diğer görüşler için bkz. **Özen**, Genel Tehlike Yaratan Suçlar, s.18; **Daragenli, Vesile Sonay**, "Tehlike Suçları", in: Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, s.184.

bu fiillerin hangi durumda haksızlık olarak ifade edilebileceğini göstermek için somut neticeleri (kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olabilecek biçimde ya da kişilerde korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda olma) ayrıca belirtme ihtiyacı duymuştur. Kanaatimizce kanun koyucunun buradaki amacı, failin haksız yere ve aşırı bir şekilde cezalandırılmasının önüne geçmektir. Ayrıca doktrindeki çoğu çalışmada somut tehlike suçlarının netice başlığı altında incelemeye tabi tutulmuş olması da savunduğumuz görüşü destekler niteliktedir.

Kabul ettiğimiz sistemde, somut tehlike suçlarında aranan somut tehlikenin suçun bir unsuru olarak kabul edilmesinin en önemli sonucu, failin kastının bu şartları kapsamamasının zorunlu olmasıdır. Başka bir ifadeyle fail, somut tehlike suçlarında aranan somut tehlikenin gerçekleşebileceğini en azından “öngörmüş” olmalıdır. Aksi takdirde haksızlığın gerçekleşmesi mümkün olmayacaktır.

Savunduğumuz görüşün bir diğer sonucu da fail bakımından mevcut bilinmezliklerin ve risklerin en aza indirileceği gerçeğidir. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere tehlike suçlarının kabul ediliş gayesinin cezalandırılabilmenin öne çekilmesi olduğu düşünüldüğünde, bir yandan cezalandırılabilmeyi öne çekip bir yandan da failin kastının kapsamı dışında kalan objektif cezalandırılabilme şartlarının varlığını kabul etmenin, kusuru temel prensip olarak esas almış bir ceza hukuku sistemine ters düşeceğini düşünmekteyiz. Bu nedenle mevcut çalışmada savunulan görüşün yani somut tehlike suçlarında aranan somut tehlikenin hukuki niteliğinin, tipikliğin maddi unsurlarından birisi olan netice olarak kabul edilmesi, failin somut tehlikenin gerçekleşmesinden dolayı sorumluluğu yoluna gidilebilmesi için somut tehlikenin gerçekleşebileceğini en azından öngörmüş olmasının aranmasını zorunlu kılması ve failin fiili ile gerçekleşen netice arasında nedensellik bağının varlığını şart koşması, modern ceza hukukunun *Magna Carta*’sı olarak nitelendirilen kusur prensibine de uygun olacaktır diye düşünmekteyiz.

Somut tehlikenin hukuki niteliğini bu şekilde belirledikten sonra doktrinde bazı yazarlar⁷² tarafından savunulan ve failin fiiliyle meydana gelen somut tehlike arasında nedensellik bağının kurulması gerektiği şeklindeki görüşe de kısaca değinmekte yarar vardır. Somut tehlikeyi suçun bir unsuru olarak görenler⁷³ için fiil ve somut tehlike arasında nedensellik bağının

⁷² **Özgenç**, Genel Hükümler, s.215; **Daragenli**, Tehlike Suçları, s.163 vd.; **Zafer**, Tahrir Etme Cürmü, s.232-233 (Yazara göre somut tehlike suçları, maddi konu üzerinde yaratılacak tehlikeye yasal metinde yer verildiği için nedensellik bağı bakımından neticeli suçlardır. Bu nedenle de fail, hareketinden doğacak olan suçun konusuna yönelik tehlikeyi öngörmüş olmalıdır. Neticenin, suçun konusuna yönelik tehlike olarak tanımlandığı hallerde suç, yasa da belirtilen maddi konu hakkında tehlikenin doğduğu yerde ve zamanda işlenmiş sayılır).

⁷³ **Daragenli**, Tehlike Suçları, s.184.

bulunması görüşü savunulabilir kabul edilse de somut tehlikenin varlığını objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edenler⁷⁴ için böyle bir tespitle bulunulması kanaatimizce savunulabilir değildir. Zira suçun unsurları dışında bulunan ve failin cezalandırılabilmesi için kanun koyucu tarafından varlığı aranan objektif cezalandırılabilme şartlarının, tipikliğin maddi unsurlarından birisini oluşturan nedensellik bağıyla bağlantı kurarak açıklamak suç teorisi bakımından mümkün gözükmemektedir.

§3. Soyut Tehlike Suçları (Abstrakte Gefährdungsdelikte)

Soyut tehlike suçları, suçun kanuni tanımında yer alan icrai (veya ihmalî)⁷⁵ bir fiilin varlığının yeterli sayıldığı, bu hareketin yapılmasıyla birlikte tipik tehlikenin de gerçekleştiği varsayılan, suçun konusu üzerinde gerçekten bir tehlikenin (somut tehlikenin) meydana gelmesinin aranmadığı suç tipleridir⁷⁷. Kanun koyucu burada, tipik hareketin gerçekleştirilmiş olmasının suçun konusu bakımından bir tehlike ortaya çıkardığı varsayımından hareket etmektedir⁷⁸. Başka bir ifadeyle kanun koyucu soyut tehlike suçlarında, belirli bir davranış biçimini baştan o kadar tehlikeli kabul etmektedir ki, bu suçlarda somut bir tehlikenin ortaya çıkmasına gerek görmemektedir; bu nedenle yalnızca tehlike

⁷⁴ Özgenc, Genel Hükümler, s.216.

⁷⁵ Öztürk/Erdem, Genel Hükümler, Kn.364; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s.228; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.320; Centel/Zafer/Çakmut, Ceza Hukuku, s.267; Önder, Ceza Hukuku, s.175-176.

⁷⁶ Doktrinde farklı görüşteki yazarlar bulunsun da TCK'nın genel hükümler kitabında ihmal suretiyle icra suçlarına ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiş olduğundan, bütün suç tiplerinin ihmal suretiyle icra şeklinde de işlenebileceği görüşünü kabul etmemekteyiz. Başka bir deyişle TCK'da ihmal suretiyle icra şeklinde işlenebileceği açıkça belirtilen üç suç tipinin (kasten öldürme, kasten yaralama ve işkence) dışındaki suç tiplerinin ihmal suretiyle icra şeklinde işlenebilmesini mümkün görmemekteyiz. Bu hususu vurgulamak için ihmal kelimesi parantez içerisinde gösterilmiştir.

⁷⁷ Zieschang, Die Gefährdungsdelikte, s.15; Roxin, AT, §10 Rn.124, §11 Rn.153; Otto, Grundkurs Strafrecht, s.42; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, §1 Rn.29; Fischer, Beck'sche kurz Kommentare, Vor §13 Rn.19; Schmidt, abstrakter Gefährdungsdelikte, s.2; Schröder, Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht, s.7; Hoyer, Zum Begriff der abstrakten Gefahr, s.183 vd.; Frisch, Cezalandırılabilirliğin Esaslı Şartları, s.104; Öztürk/Erdem, Genel Hükümler, Kn.364; Özgenc, Genel Hükümler, s.215; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.320; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.120; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s.228; Centel/Zafer/Çakmut, Ceza Hukuku, s.267; İçel, Genel Hükümler, s.286; Önder, Ceza Hukuku, s.175; Hakeri, Genel Hükümler, s.184; Zafer, Tahkir Etme Cürmü, s.233 (Yazara göre bu tür suçlardaki tehlikelilik, netice olarak fiilin bir unsurunu oluşturmayıp ceza tehdidinin yasal bir dayanağıdır).

⁷⁸ Özgenc, Genel Hükümler, s.215; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.120; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.320; Önder, Ceza Hukuku, s.175; Schmidt, abstrakter Gefährdungsdelikte, s.2; Satzger, NSTz, s.114; Otto, Grundkurs Strafrecht, s.42; Frisch, Cezalandırılabilirliğin Esaslı Şartları, s.104. Frisch'e göre soyut tehlike suçlarının mevcut olduğu durumlarda, ihlalin ihtimal dışı olabildiği hallerde cezalandırılabilirliğin ortadan kaldırılması doğru bir yol olacaktır. Bkz. aynı eser s.105.

arz eden bir faaliyette bulunma bile failin cezalandırılabilmesi için yeterli görülmektedir⁷⁹.

Özellikle Alman doktrininde, somut olayda insanların hayatı bakımından tehlikeli bir durumun ortaya çıkması şartı aranmaksızın başka bir ifadeyle hiçbir tehlike neticesi/netice tehlikesi meydana gelme bile salt fiilin gerçekleştirilmiş olmasının cezalandırma için yeterli kabul edilmesi, soyut tehlike suçlarının kusur prensibine aykırı olup olmadığı tartışmasını da beraberinde getirmektedir⁸⁰.

Bu bağlamda Alman doktrininde failin hiçbir tehlike neticesi doğurmayan hareket dolayısıyla cezalandırılabilmesinin kusur prensibiyle uyumlu hale getirilebilmesi noktasında çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Savunulan bu görüşlerin ortak paydasını, failin gerçekleştirdiği fiilin, normun koruma alanına yani suçla korunan hukuksal değere müdahale etmesi oluşturmaktadır. Buna göre şayet korunan hukuksal değere yönelik bir saldırı mevcut değilse, tipik hareketi gerçekleştiren failin de cezalandırılmaması gerekecektir; aksine bir davranış kusur prensibini ihlal eder. Bu konuyla ilgili değerlendirme yapacak hakimlerin, kanunun lafzının dışına çıkmak suretiyle korunması amaçlanan hukuksal değeri tespit etmeleri ve failin hareketinin bu alana müdahale niteliği taşıyıp taşımadığını belirlemeleri gerekmektedir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin önüne gelmiş bir olayda, ölümcül bir hastalığa yakalanmış bulunan bir kadına anestezi bir ilaç türü olan "*barbitürat*" temin ederek intihar etmesine yardım eden bir papaz, Uyuşturucu Maddeler Kanunu'nun (BtMG-Betäubungsmittelgesetz) 29. maddesini ihlal ettiği iddiasıyla yargılanmış ve mahkum olmuştur. Oysa papaz, gerçekleştirdiği fiille söz konusu normun koruduğu hukuki alana hiç müdahale etmemiştir. Söz konusu normun konuluş amacı yani koruduğu hukuki değer toplum sağlığıdır. Papaz, gerçekleştirdiği hareketle ne toplum sağlığını ne de hasta kadını uyuşturucuya alıştırarak bahse konu kadının sağlığını tehlikeye atmıştır. Aslında burada olması gerekenin, normun koruduğu hukuksal değere yönelik herhangi bir ihlal olmadığından başka bir ifadeyle soyut bir tehlikenin bile bulunmadığından hareketle sınırlandırıcı bir yorum yapılarak beraat kararı verilmesi olduğu savunulmaktadır⁸¹.

Bu konuyla ilgili görüş bildiren yazarlardan *Satzger*'e göre salt fiilin gerçekleştirilmiş olmasının cezalandırma için yeterli kabul edilmesi hem kusur prensibinin hem de orantılılık ilkesinin açık bir ihlali anlamına gelmektedir⁸².

Benzer görüşteki yazarlardan bir diğeri olan *Jakobs*'a göre de hukuksal bir menfaatin ihlal edilmesi öncesinde gerçekleştirilecek bir cezalandırma

⁷⁹ **Heinrich**, Ceza Hukuku, §8 Rn.164; **Roxin**, AT, §11 Rn.153.

⁸⁰ **Roxin**, AT, §11 Rn.153.

⁸¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Roxin**, AT, §11 Rn.154-159.

⁸² **Satzger**, NSTZ, s.115.

ve özellikle soyut tehlike suçları, özgürlükçü bir devlette asla meşru kabul edilemez⁸³.

Türk Hukuku'nda konuyla ilgili açıklamalarda bulunan *Ozansü*'ye göre soyut tehlike suçlarının cezalandırmanın kapsamı dışında bırakılması veya en azından söz konusu suç tiplerinin herhangi bir harici özgürlüğü ihlale somut olarak imkan sunan bir düzeyde tehlikelilik yaratması halleriyle sınırlandırılarak uygulanması gerekmektedir. Bu nedenle yazara göre soyut tehlike suçlarından dolayı cezalandırılma, kusur prensibine aykırılık teşkil etmektedir; zira soyut tehlike suçları, kabahatler düzeyindeki bir sorumluluk kalıbının ceza normu derecesine yükseltilmesi anlamına gelmektedir. Başka bir ifadeyle soyut tehlike suçlarının varlığı kabul edildiği takdirde, eylemin faile subjektif olarak isnat edilmesinden vazgeçilmiş olacaktır ki bu durum hem Anayasa'nın hem de TCK'nın irade kusuruna dayanan sorumluluk anlayışına ters düşecektir. Yazar çözüm olarak, soyut tehlike suçlarının somutlaştırılmasını, yani somut tehlike suçlarına dönüştürülerek yorumlanması gerektiğini ileri sürmektedir⁸⁴.

Soyut tehlike suçları, somut tehlike suçlarından farklı olarak neticeli suç değil, salt hareket suçudurlar⁸⁵. Bu nedenle Alman doktrinde somut tehlike suçlarından farklı olarak soyut tehlike suçlarındaki *tehlikelilik* (*Gefährlichkeit*) sadece kanunda tanımlanan hareketin bir *vasfı* yani *ayırıcı özelliği* (*Attribut*) olarak değerlendirilmektedir. Bu nedenle soyut tehlike suçlarında Al.CK'nın 9. maddesi bağlamında tipikliğe ait olmayan neticenin, neticesiz suç olarak düşünülmesi gerektiği Alman doktrinde savunulan hakim görüş konumundadır⁸⁶.

Soyut tehlike suçlarında fiilin gerçekleştirilmesi haksızlığın oluşumu için yeterli sayıldığından, hareketle tehlike arasında nedensellik bağının varlığının ortaya konmasına da gerek bulunmadığı ifade edilmektedir⁸⁷. Bu nedenle hakim doktrin tarafından savunulduğu üzere, somut tehlike suçlarından farklı olarak burada hakim, suçun hukuki konusu bakımından somut bir tehlikenin meydana gelip gelmediğini araştırmayacaktır⁸⁸. Bunun gerekçesi olarak da soyut tehlike suçlarında fiilin tehlikeliliğinin, somut tehlike suçlarından farklı

⁸³ **Jakobs, Günther**, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", ZStW 97 (1985), s.769.

⁸⁴ **Ozansü**, Kasttan Doğan Subjektif Sorumluluk, s.74.

⁸⁵ **Öztürk/Erdem**, Genel Hükümler, Kn.364.

⁸⁶ Bu görüşteki yazarlar için bkz. **Satzger**, NSTZ, s.114 ve dn.46'daki yazarlar.

⁸⁷ **Öztürk/Erdem**, Genel Hükümler, Kn.364; **Centel/Zafer/Çakmut**, Ceza Hukuku, s.267; **Zafer**, Tahkir Etme Cürmü, s.234; **Zafer**, Genel Hükümler, s.207.

⁸⁸ **Özgeç**, Genel Hükümler, s.215; **Centel/Zafer/Çakmut**, Ceza Hukuku, s.267; **Toroslu/Toroslu**, Ceza Hukuku, s.145; **Zafer**, Tahkir Etme Cürmü, s.233-234 (Çünkü burada tehlikenin varlığı yasa koyucu tarafından farazi olarak kabul edilmiştir. Hareketin varlığının tespiti yeterli olup, nedensellik bağının varlığının ayrıca araştırılması gerekmez).

olarak, tipikliğin bir unsuru değil yalnızca hükmün konuluş amacını oluşturduğu; bundan dolayıdır ki hakimın somut olayda bir tehlikenin gerçekten meydana gelip gelmediğini araştırmakla yükümlü olmadığı savunulmaktadır⁸⁹.

Kanaatimizce doktrinde savunulduğunun aksine, hakimın soyut tehlike suçlarında da somut tehlike suçlarındakine benzer bir araştırma yükümlülüğü bulunmaktadır. Zira yargılamayı yapan hakim hem ceza muhakemesinin amacı olan gerçeğe ulaşma noktasında bu araştırmayı yapmalı hem de somut olayda tehlikenin gerçekten meydana geldiğini tespit etmişse bu durumu TCK'nın 61. maddesi bağlamında temel cezanın belirlenmesinde ve daha da önemlisi fikri/gerçek içtima kurumuyla ilgili yapacağı değerlendirmede dikkate almalıdır. Aksi takdirde tehlikenin meydana gelmediği durumlarla tehlikenin meydana geldiği durumlarda aynı cezaya hükmedilmesi söz konusu olacaktır ki bu da kusur prensibinin ihlali sonucunu doğurabilen bir uygulamaya kapı aralayacaktır.

Soyut tehlike suçlarının birçok örneğine TCK'da rastlanmaktadır. Örneğin terk (TCK m.97), yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi (TCK m.98), suç işlemeye alenen tahrik (TCK m.214), suçu ve suçluyu övme (TCK m.215), iftira (TCK m.267), yalan tanıklık (TCK m.272) gibi suçlar soyut tehlike suçu olarak nitelendirilmektedir⁹⁰. Söz gelimi, TCK'nın 170. maddesinin ikinci fıkrasında *“yangın, bina çökmesi, toprak kayması, çığ düşmesi, sel veya taşkın tehlikesine neden olan”* kimsenin cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Böylece söz konusu fiillerin cezalandırılması için kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikenin gerçekleşmesi aranmaz; sadece yangın, sel veya bina çökmesi tehlikesine sebebiyet vermek yeterlidir. Başka bir ifade ile bina çökmese, yangın çıkmasa bile eylem bu sonuçlara yol açabilecek *elverişlilik*te ise cezalandırılacaktır⁹¹. Benzer şekilde TCK m.220'de düzenlenmiş bulunan suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu da soyut tehlike suçu niteliğindedir. Zira bu suçun oluşması için, kanunda öngörülen koşullara uygun bir örgütün kurulması yeterli olup, örgüt mensuplarının cezalandırılmaları için örgütün faaliyeti çerçevesinde fiilen bir suç işlenmiş olması gerekmemektedir⁹².

⁸⁹ Wessels/Beulke, Strafrecht AT, §1 Rn.29; Özgenç, Genel Hükümler, s.215; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.120-121; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s.228; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.320; Önder, Ceza Hukuku, s.175.

⁹⁰ Öztürk/Erdem, Genel Hükümler, Kn.364; Özgenç, Genel Hükümler, s.215; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.121; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.321.

⁹¹ Bkz. madde gerekçesi. Zafer'e göre soyut tehlike suçlarında suç tanımında genellikle konu belirtilmediğinden, hareketin belirtilmeyen bir konu açısından tehlike yaratıp yaratmadığı ile de ilgilenilmez. Ancak bu durum, hareketin, kanuni tanımda yer verilmemiş olan hukuki menfaat açısından tehlike yaratmaya uygun olup olmadığının soyut olarak araştırılmasına engel değildir. Başka bir ifadeyle yazara göre somut tehlike suçlarında hareketin suçun konusuna; soyut tehlike suçlarında ise korunan hukuki yarara zarar verebilme ihtimali (zarar vermeye uygunluğu) cezalandırılmaktadır. Bkz. Zafer, Genel Hükümler, s.210.

⁹² İçel, Genel Hükümler, s.287. İçel, TCK'nın 220. madde gerekçesinde her ne kadar bu suçun

Alman Ceza Kanunu'nda da soyut tehlike suçlarına yer verildiği görülmektedir. Alman Hukuku'nda soyut tehlike suçuna verilen klasik örnekler Al.CK'nın 306. maddesindeki kundaklama (Brandstiftung) suçu ile 316. maddesindeki alkollü şekilde trafikte araç kullanma suçudur⁹³.

Soyut tehlike suçları Alman doktrinde *Roxin* tarafından dört ana başlık altında ele alınmaktadır. Türk Ceza Hukuku bakımından da benimsenebilecek nitelikteki bu sınıflandırmada önemine istinaden daha ayrıntılı olarak incelenecek olanı potansiyel tehlike suçları olacaktır.

I. Klasik Soyut Tehlike Suçları

Klasik soyut tehlike suçları olarak nitelendirilen bu suçların prototipini Alman Ceza Kanunu'nun "*ağır kundaklama*" başlıklı 306a maddesinin birinci fıkrasının birinci bendinde düzenlenmiş bulunan "*insanların ikametine hizmet eden bir yapı, gemi, kulübe veya sair bir yer*"in kundaklanması fiili oluşturmaktadır⁹⁴.

II. Çok Sayıda İnsana Yönelik Soyut Tehlike Suçları (Massenhandlungen)

Bu suç tipinin en klasik örneği olarak içkili vaziyette trafikte araç kullanma suçu (Al.CK m.316) gösterilmektedir. Burada kanun koyucu, somut olayda tehlikenin meydana gelme ihtimali hiç olmasa bile failin cezalandırılmasını kabul etmiştir. Bu durumda failin cezalandırılmasının temelinde genel önleme düşüncesi yatmaktadır. Kanun koyucu burada belirli bir hareketin yapılmasını adeta bir *tabu* biçiminde değerlendirmiş ve kesin olarak yasaklamıştır⁹⁵.

III. Manevi Boyutu Olan Soyut Tehlike Suçları (vergeistigte Zwischenrechtsgut)

Kanun koyucu, suç tipiyle korunması amaçlanan hukuksal değer manevi nitelik arz ettiği durumlarda suçun oluşması için zarar veya tehlike şeklinde bir neticenin gerçekleşmesini gerekli görmemiş yalnızca yasaklanmış hareketin yapılmasını yeterli saymıştır. Örneğin yalan tanıklık suçunda (Al.CK m.151) failin cezalandırılabilmesi için zarar veya tehlike neticesinin ortaya çıkması şart değildir; kişinin gerçeğe aykırı tanıklık yapması veya kamu görevlisinin menfaat talep etmesi yeterlidir. Kanun koyucu burada, hareketin ifade ettiği değersizliği (Handlungsunwert) cezalandırma için yeterli görmüştür. Benzer şekilde Al.CK m.331'deki irtikap suçunda da korunan hukuksal menfaat, toplumun, kamusal

somut tehlike suçu olduğu belirtilmişse de gerekçede yapılan açıklamaların soyut tehlike suçunun kastedildiği izlenimini yarattığını ifade etmektedir. Bkz. aynı eser, s.287 dn.62.

⁹³ *Roxin*, AT, §10 Rn.124.

⁹⁴ *Roxin*, AT, §11 Rn.154.

⁹⁵ *Roxin*, AT, §11 Rn.160.

işlemlerin düzgün bir şekilde işleyeceğine olan güvenidir ve bu değerlere yönelik fiiller de bu gruba girmektedir⁹⁶.

IV. Potansiyel Tehlike Suçları (potentielle Gefährdungsdelikte)

Potansiyel tehlike suçları, Alman Ceza Hukuku literatüründe ve yargı kararlarında, suçun kanuni tanımında “*elverişlilik*” (*Geeignetheit*) unsuruna yer veren suç tiplerinde özellikle cezanın belirlenmesi noktasında dikkate alınan önemli bir kavramdır. Bununla birlikte elverişlilik unsuruna yer veren suç tiplerinin hukuki niteliğinin ne olduğu hususu doktrinde çok tartışmalıdır⁹⁷. Söz konusu tartışmaların Türk Hukuku bakımından da önem taşıdığı ortadadır. Bu nedenle diğer soyut tehlike suçu kategorilerinden farklı olarak potansiyel tehlike suçları üzerinde daha ayrıntılı olarak durulacaktır.

Alman doktrini açısından bakıldığında, potansiyel tehlike suçları konusunda kavram kargaşası olduğu görülmektedir. Bu kavramı karşılamak için literatürde sıklıkla kullanılan kavramlardan bazıları şunlardır: Özel soyut tehlike suçları; soyut potansiyel tehlike suçları; somutlaştırılmış soyut tehlike suçları; soyut elverişlilik suçları; elverişlilik suçları; soyut-somut tehlike suçları; somut-soyut tehlike suçları⁹⁸. Mevcut çalışmada kurumu daha iyi karşıladığı düşünüldüğünden potansiyel tehlike suçları terimi kullanılacaktır.

Alman literatüründe potansiyel tehlike suçlarının, soyut tehlike suçlarının bir alt türü olarak değerlendirildiği ve bu kapsamda açıklamalarda bulunulduğu görülmektedir. Bu suç türünde fiil, her ne kadar somut bir tehlike meydana getirmemekteyse de en azından somut bir tehlike meydana getirmeye *elverişli* olmaktadır⁹⁹.

Hirsch’e göre şayet kanun koyucu, madde metninde “*elverişlilik*” ifadesini kullanmışsa bu durumda somut tehlike suçunun kabul edildiği akla gelebilir. Ancak yazara göre bu durum sadece bir ihtimaldir, yani kesinlikle somut tehlike suçu vardır denilemez¹⁰⁰.

Satzger ve *Schröder*’e göreyle tehlike suçları doktrinde genel olarak iki ana gruba ayrılmaktadır: Soyut ve somut tehlike suçları. Ancak sıklıkla bu bağlamda olmak üzere “*soyut-somut tehlike suçları*” daha doğrusu “*potansiyel tehlike suçları*” olarak da bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Bu tip “*potansiyel*” tehlike suçlarını ifade etmek için suçun kanuni tanımına unsur olarak “*elverişli/uygun*

⁹⁶ **Roxin**, AT, §11 Rn.161.

⁹⁷ **Zieschang**, Die Gefährdungsdelikte, s.162.

⁹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Zieschang**, Die Gefährdungsdelikte, s.162 vd.

⁹⁹ **Wessels/Beulke**, Strafrecht AT, §1 Rn.30; **Fischer**, Beck’sche kurz Kommentare, Vor §13 Rn.19. Potansiyel tehlike suçlarında failin hareketi somut tehlike suçlarına göre daha az, soyut tehlike suçlarına göre daha fazla tehlikelilik içermektedir. Bkz. **Bekar**, s.233.

¹⁰⁰ **Hirsch**, Konkrete und abstarke Gefährdungsdelikte, s.151, 156 vd.

olma” sözcüğü eklenmektedir. Yazara göre tehlike ifadesi netice olarak kabul edilemeyeceğinden, burada soyut tehlike suçunun bir “*alt formu*” (*Unterform*) söz konusudur¹⁰¹.

Hoyer’e göre elverişlilik şartını taşıyan suçlar “*kamufle edilmiş*” somut tehlike suçları olarak anlaşılabilir; fakat kanun koyucunun elverişlilik ifadesine farklı bir anlam yüklemek istemiş olması da mümkündür¹⁰².

Genel anlamıyla “*elverişlilik*” (*Geeignetheit*) ceza hukuku bağlamında “*her zaman*” veya “*tüm özel durumlar için istisnasız*” anlamlarına gelmektedir. Öte yandan söz konusu kavram “*genellikle*”, “*normal olarak*”, “*tipik olarak*” anlamlarında da kullanılmaktadır. Bu kavramı kelime anlamıyla “*aslında tek bir olaya ait*” şeklinde nitelendirme imkanı da mevcuttur¹⁰³. Kavramın bu son şekliye “*genel elverişlilik*” olarak yorumu, genel nedensellik bağının zorunluluğu anlamına gelmektedir. Buna uygun olarak da doktrinde birçok yazar, elverişlilik koşulunu genel nedensellik bağının dolaylı bir ifadesi olarak yorumlamaktadır¹⁰⁴.

Alman doktrininde ağırlıklı görüş madde metninde kullanılan “*elverişli olma*” unsurunun tehlike suçuna işaret ettiğini savunmaktaysa da bizim de katıldığımız diğer görüşteki yazarlar, “*elverişli olma*” unsurunun bir normu, tehlike suçu olarak yorumlamak için tek başına yeterli olmadığını ifade etmektedirler¹⁰⁵. Zira Alman Ceza Kanunu’nda da Türk Ceza Kanunu’ndaki gibi birçok maddede “*elverişli olma*” ifadesine yer verildiği görülmektedir¹⁰⁶. Ancak sırf madde metninde “*elverişli olma*” ifadesine yer verildiği için bu suçları tehlike suçu olarak nitelendirmek doğru değildir. Aksi takdirde “*elverişli olma*” ifadesine yer verilmeyen suçları da tehlike suçu olarak nitelendirmemek gerekecektir. Alman doktrininde bu duruma örnek olarak suların kirletilmesi suçunun düzenlendiği Al.CK’nın 324. maddesi gösterilmektedir. Madde metninde her ne kadar “*elverişli olma*” şartına yer verilmiş olmasa da doktrinde oybirliğiyle kabul edildiği üzere söz konusu suç bir tehlike suçudur¹⁰⁷.

Peki o zaman bazı suçların kanuni tanımında kullanılan *elverişli olma* ifadesi ile kastedilmek istenen acaba nedir?

Suç genel teorisi bakımından, bir suça teşebbüsten bahsedebilmek için, icrasına başlanan fiilin kanuni tarifte yer alan neticeyi gerçekleştirmeye *elverişli*

¹⁰¹ **Satzger**, NStZ, s.113-114; **Schröder**, Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht, s.17-18.

¹⁰² **Hoyer**, Zum Begriff der abstrakten Gefahr, s.184.

¹⁰³ **Zieschand**, Die Gefährdungsdelikte, s.198.

¹⁰⁴ Bu görüşteki yazarlar için bkz. **Zieschand**, Die Gefährdungsdelikte, s.198 dn.161.

¹⁰⁵ **Gallas**, Abstrakte und konkrete Gefährdung, s.181; **Zieschand**, Die Gefährdungsdelikte, s.160 ve dn.395.

¹⁰⁶ Maddeler için bkz. **Zieschand**, Die Gefährdungsdelikte, s.161 dn.395.

¹⁰⁷ **Zieschand**, Die Gefährdungsdelikte, s.161 dn.395.

olması gerekmektedir. Şayet icra edilen fiil, neticeyi gerçekleştirmeye *elverişli değilse* ortada “işlenemez suç”^{108 109} söz konusu olacaktır. TCK bütün maddeleri itibarıyla incelendiğinde, altı farklı suç tipinde “*elverişli olma*”¹¹⁰ kistasına açıkça¹¹¹ yer verildiği görülmektedir (TCK m.172, 183, 216/3, 217, 220/1, 302).

Bu tür potansiyel tehlike suçlarına özellikle çevre ceza hukukunda sıkça yer verildiği görülmektedir¹¹².

¹⁰⁸ “İşlenemez suç, bir ceza kanunu hükmünü ihlale yönelmiş olmasına rağmen, ya hareketin (vasitanın) ihlal edilmek istenen suç karakterize eden zarar veya tehlikeyi meydana getirmeye elverişli olmaması yahut hareketin mevzuunun bulunmaması sebebiyle başarısız kalmağa mahkum bir davranış olarak tanımlamak mümkündür.” Bkz. **Alacakaptan, Uğur**, İşlenemez Suç, Ankara Tarihsiz, s.1-2. Alacakaptan çalışmasının devamında, işlenemez suç konusunun, teşebbüs doktrininin dar sınırları içinde değil, tipiklik unsuruna olan etkisi bakımından ele alınması gerektiğini ifade etmektedir. Çünkü tipik hareket, kanunda gösterilen modele yalnızca dış görünüşü bakımından değil aynı zamanda içkin nitelikleri bakımından da uyan, kanunen korunan hak veya menfaati tehlikeye maruz bırakma imkanına sahip olan harekettir. Başka bir ifadeyle, yalnız elverişli olan hareket tipik sayılabilir. Bir fiilin tipe uygun olup olmadığı hakkında bir hüküm verilirken, söz konusu fiilin o suçu gerçekleştirme bakımından elverişli olup olmadığının araştırılmasından vazgeçilemez. Bu nedenle elverişlilik, teşebbüsün bir unsuru ve sadece o konuyla sınırlı olarak değil, cezalandırılabilir fiilin ana yapısına ilişkin genel bir ilke olarak, başka bir ifadeyle sadece teşebbüs halinde kalmış suçları değil, tamamlanmış suçları da ilgilendiren ve hukuka aykırı fiillerin suç sayılması için aranan temel bir şart olarak nitelendirilmelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. aynı eser, s.18-23.

¹⁰⁹ Alacakaptan’ın da ifade ettiği üzere, teşebbüs kurumu ile işlenemez suç arasında, maddi anlamda bir hareketin varlığından ötürü bir benzerlik bulunmaktadır. Ancak işlenemez suçtaki hareketin, hukuken korunan bir menfaati zarar veya tehlikeye maruz bırakması imkansızdır. Bu nedendir ki bir fiili durumun teşebbüs mü yoksa işlenemez suç mu olduğunu tespit edebilmek için neticenin meydana gelmemiş olmasını yeterli bir bağlantı noktası kabul etmek doğru değildir. Sonuç olarak neticenin meydana gelmesi imkansız ise ancak o zaman işlenemez suçtan söz edebilmek mümkün hale gelecektir. Bkz. **Alacakaptan**, İşlenemez Suç, s.24-25.

¹¹⁰ Elverişlilik en kısa tanımıyla, hareketin, kanunun suç saydığı neticeyi meydana getirebilme iktidarındır. Başka bir ifadeyle elverişlilik, hareketin, hukuken korunan hak veya menfaatin zarar veya tehlikeye maruz bırakılmaya uygun olmasıdır. Bkz. **Alacakaptan**, İşlenemez Suç, s.61, 64.

¹¹¹ Buna karşın TCK’daki bazı suç tiplerinde “elverişli olma” ifadesine açıkça yer verilmemesine karşın bu anlama gelebilecek başka ifadelerle yer verildiği de görülmektedir. Örneğin hakaret suçunu düzenleyen TCK’nın 125. maddesinde elverişli olma ifadesine açıkça yer verilmemesi olmasına karşın bu anlama gelebilecek “... *edebilecek nitelikte* ...” ifadesine yer verilmiş olup bunun da “*elverişli olma*” ile aynı anlama geldiği rahatlıkla söylenebilir.

¹¹² Taşkın’a göre çevre suçları çağdaş düzenlemelere uygun bir şekilde soyut tehlike suçu olarak düzenlenmeli, somut tehlike, suçun nitelikli hali olarak kabul edilmelidir. Yazara göre çevre suçlarının soyut tehlike suçu şeklinde düzenlenmesi halinde, nedensellik bağına ilişkin çözümü zor bazı zorluklar da kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Ceza hukukunun, teknoloji kullanımı neticesinde risk gibi karmaşık meselelerde, bastırıcı işlevinden ziyade önleyici işlevinin öne çıkması gerekir. Buna göre belli durumlarda, belirli bir davranışın salt gerçekleştirilmiş olması cezalandırma bakımından yeterli kabul edilmelidir. Zira ihlalin potansiyel mağdurlarının belirlenmesinin çoğu zaman imkansız olduğu hallerde, zarar ortaya çıktıktan sonra cezalandırmanın, cezanın amaçları bakımından işlevi çok sınırlı kalacaktır.

Bu suç türünde, belirli bir insan hareketinin kural olarak en azından belirli sonuçları ortaya çıkarmaya elverişli olması gerekmektedir¹¹³.

Kanun koyucu bazı suç tiplerinde, suçun kanuni tanımında, hareketin objektif olarak tehlike meydana getirmeye uygun olup olmadığının araştırılması gereğine işaret etmiş bulunmaktadır. Başka bir deyişle bu suç tiplerinde tehlike, hareketin bir özelliği olarak gösterilebilir. Örneğin, “*kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olacak biçimde ya da kişilerde korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda; yangın çıkaran...*” kişinin cezalandırılacağına belirtiltiği TCK’nın 170. maddesinde tehlike, hareketin neticesi olmayıp yalnızca hareketin niteliğini oluşturmaktadır¹¹⁴.

Tehlikeye netice olarak suç tipinde yer verilmesiyle hareketin özelliği olarak yer verilmesi birbirinden farklıdır. Tehlikenin hareketin özelliği olduğu hallerde tehlike, hareketin elverişliliği ile bağlantılı bir kavram olarak ortaya çıkar. Bu durum aynı zamanda hareketin, objektif olarak neticeyi meydana getirmeye uygun olması anlamına gelip, icra hareketlerine başlandığının da bir göstergesidir¹¹⁵.

Potansiyel tehlike suçlarında gerçekleştirilen tipik hareketin tehlikeyi meydana getirmeye elverişli olması aranmıştır. Potansiyel tehlike suçlarına Alman Hukuku’ndan verilebilecek en iyi örnek, Al.CK’nın 186. maddesinde düzenlenmiş bulunan kötüleme suçudur (Üble Nachrede). Bu suçun oluşabilmesi için failin sarf ettiği ifadenin mağduru aşağılamaya veya rencide etmeye *elverişli olması* gerekmektedir. Bir başka örnek ise Al.CK’nın 311. maddesinde düzenlenmiş bulunan radyasyon yayma suçudur. Bu suç tipinde de radyasyon yayan ışınların serbest bırakılmasının kişilerin vücuduna, hayatına veya eşyalarına zarar vermeye elverişli olması gerekmektedir. Burada hakim, hareketin tehlikeyi oluşturmaya elverişli olup olmadığını her somut olayın özelliğine göre araştırmak zorundadır. Buna karşın *Roxin* bu özelliğinden hareketle bu suçlara somut tehlike suçu muamelesi yapılamayacağına vurgu yapmaktadır. Ayrıca *Roxin*, kanuni tanımında “*elverişlilik*” ifadesine yer verilmesine rağmen somut tehlike suçu olarak nitelendirilen suç tiplerinin mevcut olduğuna da yerinde bir şekilde işaret etmektedir. Buna örnek olarak da Al.CK’da halkı kin ve düşmanlığa tahrik etme (Volksverhetzung) suçunu düzenleyen 130. maddede, gerçekleştirilen davranışın kamu barışını bozmaya

Soyut tehlike suçu düzenlemeleri, bugün ceza siyaseti tercihlerinin ve dolayısıyla çağdaş anlamda cezanın amaçlarının gerçekleşmesi açısından bir tercih değil, çevrenin korunması söz konusu olduğunda bir zarurettir. Bkz. **Taşkın, Ozan Ercan**, “Maddi ve Muhakeme Boyutuyla Çevre Ceza Hukukuna Dair Bazı Tespitler/Kısmi Öneriler”, CHKD, Cilt: 3, Sayı: 1, Yıl: 2015, s.133.

¹¹³ **Heinrich**, Ceza Hukuku-I, §8 Rn.165.

¹¹⁴ **Bekar**, s.234; **Zafer**, Genel Hükümler, s.208.

¹¹⁵ **Zafer**, Genel Hükümler, s.208.

elverişli olması aranmasına rağmen bu suçun somut tehlike suçu olduğu konusunda doktrinde hiçbir tartışma bulunmamasını göstermektedir¹¹⁶.

Kanaatimizce bazı suç tiplerinde yer verilen *elverişlilik/elverişli olma* ifadesinin, hareketin niteliği olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle kanun koyucu bu ifadeye yer verdiği suç tiplerinde, hareketin, tehlikeyi oluşturmaya elverişli olması gerektiğine açıkça vurgu yapmaktadır. Madde metninde bu ifadeye yer verilmesi, o suç tipini somut tehlike suçu haline getirmez; başka bir ifadeyle bu suç tiplerinin soyut tehlike suçu olduğu söylenebilir. Soyut tehlike suçlarından farklı olarak hakim burada gerçekleştirilen fiilin tehlikeyi oluşturmaya elverişli olup olmadığını araştırmak zorundadır. Potansiyel tehlike suçları bakımından fiilin niteliği olarak aranan elverişlilik gerçekleşmemişse, başka bir ifadeyle fiil tehlikeyi oluşturmak bakımından elverişli değilse o zaman işlenemez suç söz konusu olacaktır.

§4. TCK'daki Bazı Suç Tiplerinin Değerlendirilmesi

Tehlike suçlarıyla ilgili olarak yukarıda yapılan teorik açıklamalardan sonra bunların somutlaştırılabilmesi için TCK'da düzenlenmiş bulunan bazı suç tiplerine değinmekte yarar vardır. Gerçekten de tehlike suçu olduğu ifade edilen her bir suç tipinin arz ettiği özel durumlar dikkate alındığında bu suç tiplerinin ayrı ayrı ele alınmalarında fayda olduğu söylenebilir¹¹⁷.

Bu kapsamda TCK'nın ikinci kitabının üçüncü kısmının "*Genel Tehlike Yaratan Suçlar*" başlıklı birinci bölümünde 170 ila 180. maddelerde düzenlenen suç tipleri başta olmak üzere bazı suç tipleri ele alınacaktır. Genel tehlike yaratan suçlara ilişkin düzenlemelere bakıldığında bu suç tiplerinin ortak özelliklerinin, başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından zarar doğurabilecek kadar tehlikeli olmaları görülmektedir¹¹⁸. Söz konusu suçlar ile korunan hukuki menfaat, toplumun ve kamunun güvenliği ile esenliğidir. Bu nedenle suç olarak öngörülen fiiller ancak belirsiz sayıdaki kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı açısından tehlike yaratması durumunda cezalandırılabilir, buna karşılık hayatları, sağlıkları veya malvarlıkları tehlikeye sokulan kişilerin belirli olmaları ve fiilin bu belirli kişilere veya bunların malvarlıklarına yönelik olması halinde genel tehlike yaratan suçlar değil, kişilere veya malvarlığına karşı işlenen suçlar söz konusu olabilecektir¹¹⁹.

¹¹⁶ Roxin, AT, §11 Rn.162-163.

¹¹⁷ Benzer tespitler Alman Ceza Kanunu açısından da yapılabilir. O nedenle ki Almanya'da tehlike suçlarıyla ilgili yapılan bazı monografik çalışmalarda her suç tipindeki özel durumlara vurgu yapmak suretiyle ayrı bir değerlendirme yapılma ihtiyacı hissedildiği görülmektedir. Bkz. Zieschang, Die Gefährdungsdelikte, s.206 vd.

¹¹⁸ Özen, Genel Tehlike Yaratan Suçlar, s.18.

¹¹⁹ Memiş, Pınar, "Genel Tehlike Yaratan Suçlar", in: Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku – Beiträge zur Rechtsvergleichung, Cilt: III, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, İstanbul 2010, s.796-797.

1. Genel Güvenliğin Kasten Tehlikeye Sokulması Suçu (TCK m.170)

TCK m.170/1'de düzenlenmiş bulunan genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçunun birinci fıkrasında, failin hareketinin *“kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olabilecek biçimde ya da kişilerde korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda”* olması¹²⁰ gerektiği ifade edilmiştir. Bu suç tipinin doktrinde bazı yazarlarca somut tehlike suçu olarak nitelendirildiği görülmektedir¹²¹.

Buna karşın doktrinde savunulan diğer görüşe göre buradaki suç tipinde somut bir tehlikenin varlığı aranmamaktadır; zira somut tehlike suçlarında, hareketin sonucunda suçun konusunun somut bir tehlikeye maruz kalması gerekmektedir. Oysa ki maddede yalnızca hareketin tehlikeyi yaratmaya elverişli olması aranmıştır. Bu nedenle maddenin birinci fıkrasında yer alan suçun potansiyel tehlike suçu olduğu savunulmaktadır. Söz konusu düzenlemede kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikenin gerçekleşmesi değil, tehlikeli olabilecek biçimde ya da kişilerde korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda yangın çıkarma, bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına neden olma, silahla ateş etme veya patlayıcı madde kullanma suç olarak düzenlenmiştir¹²².

170. maddenin ikinci fıkrasında ise yangın, bina çökmesi, toprak kayması, çığ düşmesi, sel veya taşkın tehlikesine neden olma aranmaktadır. Bu açıdan bakıldığında bu suçun soyut tehlike suçu olduğu söylenebilir¹²³. İkinci fıkra da belirtilen suçun oluşması için bu sayılan durumlara neden olunması yeterli olup ayrıca kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından herhangi bir somut tehlikenin gerçekleşmesi aranmamıştır. Eğer bu durum kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlike doğuracak biçimde ya da kişilerde korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda işlenmiş veya yangın çıkmış, bina kısmen veya tamamen çökmüş veya toprak kayması, çığ düşmesi, sel veya taşkın gerçekleşmişse maddenin birinci fıkrası uygulama alanı bulacaktır¹²⁴.

¹²⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu vermiş olduğu kararlarda, şehir merkezinde seyreden aracın camından havaya ateş edilen kurusıkı tabancanın ateşli silah niteliğinde olmadığı gerekçesiyle TCK'nın 170/1-c maddesinde tanımlanan suçun oluşmadığını, sadece Kabahatler Kanunu'nun 36. maddesinde tanımlanan kabahatin olduğu içtihadında bulunmuştur. Bkz. CGK, 3.7.2007, 2007/8-156 E., 2007/163 K.; CGK, 3.7.2007, 2007/8-155 E., 2007/162 K.; CGK 3.7.2007, 2007/8-154 E., 2007/161 K.; CGK 3.7.2007, 2007/8-153 E., 2007/160 K.; CGK, 26.6.2007, 2007/8-143 E., 2007/155 K.; CGK, 29.5.2007, 2007/8-109 E., 2007/115 K. Ayrıca Yargıtay'a göre, yapılan atış “korku, kaygı veya panik yaratabilecek nitelikte olsa dahi” kurusıkı tabanca silah sayılmayacağından, TCK'nın 170. maddesinde tanımlanan suç oluşmaz. Bkz. CGK, 12.6.2007, 2007/8-127 E., 2007/144 K.; CGK, 12.6.2007, 2007/8-126 E., 2007/143 K.

¹²¹ Memiş, Genel Tehlike Yaratıcı Suçlar, s.797.

¹²² Bekar, s.240.

¹²³ Memiş, Genel Tehlike Yaratıcı Suçlar, s.802.

¹²⁴ Bekar, s.240.

Kanaatimizce 170. maddenin birinci fıkrasındaki düzenlemenin potansiyel tehlike suçu olduğu, ikinci fıkradaki düzenlemenin ise soyut tehlike suçu olduğu ifade edilebilir.

2. Genel Güvenliğin Taksirle Tehlikeye Sokulması Suçu (TCK m.171)

Genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması suçunun düzenlendiği TCK'nın 171. maddesine göre¹²⁵ taksirle, yangına, bina çökmesine¹²⁶, toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına neden olan kişi, fiilin, başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olması halinde¹²⁷ cezalandırılmaktadır. Bizim de katıldığımız görüşe göre söz konusu maddede işlenen fiilin başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından somut bir tehlike gerçekleştirmesi arandığından, bu suç tipinin somut tehlike suçu olduğu söylenebilir¹²⁸.

Bununla birlikte doktrinde bazı yazarlarca maddede bahsedilen somut tehlikenin (kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olma) objektif cezalandırılabilme şartı olduğu ifade edilmekteyse de¹²⁹ yukarıda açıklandığı üzere biz bu görüşe katılmamakta ve somut tehlikenin failin kastının kapsamında kaldığını düşünmekteyiz.

3. Radyasyon Yayma Suçu (TCK m.172)

Radyasyon yayma suçu TCK'nın 172. maddesinde üç fıkra halinde düzenlenmiştir¹³⁰. Maddenin birinci fıkrasında *"...elverişli olacak surette"*, üçüncü fıkrasında *"...elverişli olacak biçimde"*, dördüncü fıkrasında ise *"...elverişli olması halinde"* ifadelerine yer verilmiştir.

Maddenin birinci fıkrasına göre radyasyona tabi tutulan kişinin tabi tutulduğu radyasyon miktarının kişinin sağlığını bozmaya elverişli olması gerekmektedir. Madde gerekçesinde söz konusu suçun somut tehlike suçu olduğu ifade edilmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasına göre radyasyon yaymak veya atom çekirdeklerinin parçalanması sürecine etkide bulunmak fiilleri suç olarak tanımlanmıştır. Madde gerekçesine göre bu fiiller dolayısıyla cezaya hükmedebilmek için yapılan veya oluşturulan radyasyonun bir başkasının

¹²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Artuk, Mehmet Emin/Üzülmez, İlhan**, "Taksirle Tehlikeye Sebebiyet Verme Suçu (765 s. TCK m.383) Genel Güvenliğin Taksirle Tehlikeye Sokulması (5237 s. TCK m.171)", TBBD, Sayı:57, 2005, s.181-218.

¹²⁶ Bina çökmesinden ne kastedildiğiyle ilgili olarak bkz. **Saraç, Filiz**, Bina Çökmesine Neden Olmak Sureti İle Genel Güvenliğin Taksirle Tehlikeye Sokulması Suçu, İstanbul 2008, s.9 vd. (Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü yayımlanmamış yüksek lisans tezi).

¹²⁷ **Memiş**, Genel Tehlike Yaratan Suçlar, s.804.

¹²⁸ **Bekar**, s.241.

¹²⁹ **Artuk/Üzülmez**, s.214; **Saraç**, s.53-54; **Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2018, s.620.

¹³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özen**, Genel Tehlike Yaratan Suçlar, s.51-59.

hayatı, sağlığı veya malvarlığına önemli ölçüde zarar vermeye elverişli olacak miktarda olması gerekmektedir. Bu açıdan bakıldığında gerekçeye göre söz konusu suçun somut tehlike suçu olduğu söylenebilir. Maddenin dördüncü fıkrasında, taksirle gerçekleştirilen radyasyon yaymak veya atom çekirdeklerinin parçalanması sürecine etkide bulunmak fiilleri suç olarak tanımlanmıştır. Gerekçeye göre söz konusu suç da somut tehlike suçudur.

Madde gerekçesinde söz konusu suçun somut tehlike suçu olmasının dayanağı olarak kişinin maruz bırakıldığı radyasyon miktarının sağlığını bozmaya elverişli olması gerekmesi gösterilmiştir. Burada failin kastının kişiyi yalnızca radyasyona tabi tutmak değil aynı zamanda radyasyona tabi tutulan kişinin sağlığının bozulması olduğu açık bir şekilde ortadadır. Bu açıdan bakıldığında bu suçun potansiyel tehlike suçu olduğunu ifade edebiliriz.

4. Atom Enerjisi ile Patlamaya Sebebiyet Verme Suçu (TCK m.173)

Atom enerjisi ile patlamaya sebebiyet verme suçu TCK'nın 173. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında, atom enerjisini serbest bırakarak bir patlamaya ve bu suretle bir başkasının hayatı, sağlığı veya malvarlığı hakkında önemli ölçüde tehlikeye sebebiyet veren kişinin cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında ise söz konusu suçun taksirli haline yer verilmiştir.

Kanaatimizce söz konusu madde somut tehlike suçlarına verilebilecek güzel bir örnektir. Maddede bahsi geçen hareketin yapılması, suçun oluşabilmesi açısından tek başına yeterli olmamakta, bu hareketin yapılması neticesinde *“bir başkasının hayatı, sağlığı veya malvarlığı hakkında önemli ölçüde tehlikeye sebebiyet”* verilmesi gerekmektedir.

5. Akıl Hastası Üzerindeki Bakım ve Gözetim Yükümlülüğünün İhlali Suçu (TCK m.175)

Akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlali suçu TCK'nın 175. maddesinde düzenlenmiştir. Maddede akıl hastası üzerinde bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişinin bu yükümlülüğünü, başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde ihmal etmesi suç olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Madde gerekçesine göre söz konusu suç somut tehlike suçudur.

Kanaatimizce bu suç tipi potansiyel tehlike suçudur¹³¹.

6. Hayvanın Tehlike Yaratabilecek Şekilde Serbest Bırakılması Suçu (TCK m.177)

Hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması suçu TCK'nın 177. maddesinde düzenlenmiştir. Madde ile kişinin gözetimi altında bulunan

¹³¹ Aynı görüşte bkz. **Bekar**, s.244.

bir hayvanı başkalarının hayatı veya sağlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde serbest bırakması veya bunların kontrol altına alınmasında ihmâl göstermesi¹³² suç sayılmıştır. Madde gerekçesine göre söz konusu suç, somut tehlike suçudur.

Kanaatimizce bu suç tipi potansiyel tehlike suçudur¹³³.

7. Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu (TCK m.179)

Trafik güvenliğini tehlikeye sokma madde başlığı altında TCK'nın 179. maddesinde üç ayrı suç tipinin düzenlendiği görülmektedir¹³⁴. Bu üç suç tipiyle korunması amaçlanan ortak hukuksal değerler, bireylerin yaşamı, sağlığı ya da malvarlığı üzerindeki hakların ihlâl edilmesini önlemek ve bu hukuksal değerler bakımından tehlike yaratabilecek fiillerin işlenmesine engel olunmak suretiyle kamu güvenliğini sağlamaktır. Bu nedenle trafik güvenliğini (kasten veya taksirle) tehlikeye sokma suçunun işlenmesi ile tehlikeye maruz kalabilecek belli bir mağdur bulunmamakta, söz konusu suç toplumun tamamını ilgilendirmektedir¹³⁵.

Maddenin birinci fıkrasında, trafik düzenini sağlayan işaretlere saldırıda bulunmak suçu düzenlenmiştir. Buna göre seçimlik hareketlerden birinin yapılması sonucunda, başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeye neden olunması yaptırma bağlanmıştır. Bu nedenle burada somut tehlike suçu söz konusudur¹³⁶.

¹³² Gözetimi altında bulunan hayvanı, başkalarının hayatı veya sağlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde serbest bırakan veya bunların kontrol altına alınmasında ihmâl gösteren kişinin, bu fiillerinden dolayı bir zarar meydana gelmesi halinde, fiilin sebebiyet verdiği netice açısından kast veya taksirine göre cezalandırılması yoluna gidilecektir. Yargıtay, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı şekilde başıboş bıraktığı köpeğinin bahçeye giren mağduru ayaklarından ısırarak suretiyle yaralanmasına yol açması şeklinde gerçekleşen eylemde, sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 89/1 maddesinde düzenlenen taksirle yaralama suçunu oluşturacağı hükmüne varmıştır. Bkz. 9. CD, 28.1.2009, 2008/19726 E., 2009/7840 K.; 2. CD, 28.3.2007, 2007/2841 E., 2007/4525 K. Kararlar için bkz. **Özen**, Genel Tehlike Yaratıcı Suçlar, s.77 dn.181-182.

¹³³ Aynı görüşte bkz. **Bekar**, s.247.

¹³⁴ Suç tipiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Yenerer-Çakmut, Özlem**, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçları (TCK m.179-180)", in: Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku- Beiträge zur Rechtsvergleichung, Cilt: III, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, İstanbul 2010, s.771 vd.; **Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2018, s.751 vd.

¹³⁵ **Yenerer-Çakmut**, Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu, s.775.

¹³⁶ **Bekar**, s.248-249; **Yenerer-Çakmut**, Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu, s.780. Yazara göre yapılan hareket, kanun tarafından koruma altına alınmış olan hukuksal değer bakımından somut bir tehlike doğurmamış ise söz konusu suçun varlığından bahsetmek mümkün olmayacaktır. Buna göre yazarın somut tehlikeyi suçun bir unsuru olarak gördüğü söylenebilir. Yazar çalışmasının devamında bu hususu şöyle ifade etmektedir: "TCK m.179'da düzenlenmiş bulunan trafik güvenliğinin tehlikeye sokulması suçu tehlike suçudur, suçun oluşması için zarar sonucunun gerçekleşmiş olması aranmaz. Ancak birinci ve ikinci fıkra

Maddenin ikinci fıkrasında ulaşım araçlarını tehlikeli olacak biçimde sevk ve idare etme suçu düzenlenmiştir. Madde gerekçesine göre aracın sevk ve idaresinin salt trafik düzenine aykırılığı bu suçun oluşumuna neden olmayacaktır; bu suçun oluşabilmesi için aracın trafik düzenine aykırı olarak ve ayrıca kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde kullanılması gerekir¹³⁷. Gerekçeye göre söz konusu suç somut tehlike suçu niteliği taşımaktadır¹³⁸. Doktrinde ise bu suçun potansiyel tehlike suçu olduğu görüşü ileri sürülmektedir¹³⁹.

Maddenin üçüncü fıkrasında emniyetli bir şekilde sevk ve idare edecek durumda olmayarak araç kullanmak suçu düzenlenmiştir¹⁴⁰. Doktrinde bu suçun, soyut tehlike suçu olduğu ifade edilmektedir¹⁴¹. Ancak Yargıtay TCK

*bakımından gerçekleştirilen fiilin başkalarının yaşamı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlike yaratması suçun oluşumunu kabul için şarttır.” Bkz. aynı eser s.788. **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, s.758. Yazarlara göre birinci fıkra da belirtilen suç bakımından tartışılması gereken önemli bir husus, söz konusu trafik işaretinin örneğin değiştirilmesi sonucunda bir kişinin ölümüne ya da yaralanmasına neden olunması durumunda failin bu ikinci neticeden de sorumlu tutulup tutulamayacağıdır. Yazarlara göre burada akla gelen ilk kurum neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç kurumudur. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçta, failin ağır ya da başka neticeden sorumlu tutulabilmesi için bulunması gereken koşullardan birisi, temel suç ile başka ya da ağır neticeyi içeren suçun aynı mağdur üzerinde işlenmesi, diğeri ise netice sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin olarak kanunda açık düzenlemenin bulunması zorunluluğudur. Bu yönüyle TCK m.23 her ağır ya da başka netice bakımından uygulanabilir değildir. Söz konusu hüküm sadece TCK’da özel hükümler içinde netice sebebiyle ağırlaşmış suç hali açıkça düzenlenmiş ise uygulanabilecektir. TCK m.179/1’in mağduru toplumdur; başka bir ifadeyle mağdur kişi olarak belirlenebilir değildir. Halbuki ölüm ya da yaralama neticesinin gerçekleştiği suçlar bakımından mağdurun belli bir kişi olduğu görülür. Bu yönüyle netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda temel suç ile başka ya da ağır neticeyi içeren suçun aynı mağdur üzerinde işlenmesi gerektiği şartı gerçekleşmemektedir. Ayrıca TCK m.179/1’de ağır ya da başka netice konusunda bir açıklık bulunmadığına göre failin eylemi daha ağır ya da özellikle başka bir netice oluştursa da failin bu başka neticeden sorumlu tutulması mümkün değildir. Burada meydana gelen bu ikinci netice sadece TCK m.61 çerçevesinde cezanın belirlenmesi bakımından göz önünde bulundurulabilecektir. Bkz. aynı eser s.756-757.*

¹³⁷ **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, s.758.

¹³⁸ Söz konusu suçun somut tehlike suçu olduğu yolundaki görüşler için bkz. **Yenerer-Çakmut**, Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu, s.780; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, s.758. TCK’nın 179. maddesinin ilk iki fıkrasında düzenlenen suç tiplerine benzer düzenlemelerin, Alman Ceza Kanunu’nun 315 ila 315c maddelerinde düzenlendiğini görmekteyiz. Doktrindeki bir görüşe göre bu tür suçlarda netice, soyut bir tehlikeye sebebiyet vermekten ibaret bulunmaktadır. Bkz. **Schroeder, Friedrich-Christian**, “Taksirin Kanunen Tanımlanmasına İlişkin Problemler” (Çev.: İzzet Özgenç), in: Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya 1998, s.274 ve dn.51.

¹³⁹ **Bekar**, s.249.

¹⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, s.762 vd.

¹⁴¹ Benzer görüşler için bkz. **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, s.766; **Yenerer-Çakmut**, Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu, s.782; **Bekar**, s.249. Alman Ceza Kanunu’nda söz konusu maddenin karşılığı olarak 316. madde gösterilebilir. Söz konusu maddeye göre her kim alkol içeren içecek içtiği veya diğer sarhoş edici maddeleri kullandığı

m.179/3'te düzenlenmiş bulunan suçun, somut tehlike suçu olduğunu ve belirtilen maddeleri almış bulunan kişinin, gerçekleştirmiş olduğu hareket ile kanunla korunan hukuki değerler bakımından somut bir tehlike doğurduğu takdirde cezalandırılabilceğini kabul etmektedir¹⁴².

Kanaatimizce maddenin birinci fıkrasındaki suç somut tehlike suçu; ikinci fıkrasındaki suç potansiyel tehlike suçu; üçüncü fıkrasındaki suç ise soyut tehlike suçudur.

8. Trafik Güvenliğini Taksirle Tehlikeye Sokma Suçu (TCK m.180)

Trafik güvenliğini taksirle tehlikeye sokma suçunun düzenlendiği TCK'nın 180. maddesinde sırf hareket suçu söz konusudur ve bu suç aynı zamanda somut tehlike suçudur¹⁴³.

9. Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu (TCK m.216)

TCK'nın 216. maddesinin birinci fıkrasında *"Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu"* düzenlenmiştir. Buna göre cezalandırılabilirliğin söz konusu olabilmesi için maddede sayılan seçimlik hareketlerin yapılmış olması yetmemekte aynı zamanda tahrikin *"kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlike ortaya çıkarması"* da gerekmektedir. Bu nedenle söz konusu suç tipi somut tehlike suçu olarak nitelendirilmekte, maddede geçen tahrikin *"kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlike ortaya çıkarması"* şartı da objektif cezalandırılabilme şartı olarak yorumlanmaktadır¹⁴⁴. Buna göre suç aleni tahrikin yapılması ile tamamlanmakta ancak failin cezalandırılabilmesi için objektif cezalandırılabilme şartı olan kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlikenin ortaya çıkması aranmaktadır¹⁴⁵.

Maddenin üçüncü fıkrasına göre de halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde cezalandırılacaktır. Doktrinde bir görüş bu suçun somut tehlike suçu olduğunu savunurken, diğer görüş ise burada potansiyel tehlike suçu olduğunu ifade etmektedir¹⁴⁶.

için güvenli bir şekilde araç kullanabilecek durumda olmadığı halde trafikte bir araç sürerse cezalandırılmaktadır. Alman doktrininde burada soyut tehlike suçu olduğu kabul edilmektedir. Bkz. **Jescheck**, Alman Ceza Hukukuna Giriş, s.130.

¹⁴² Söz konusu kararlar için bkz. **Yenerer-Çakmut**, Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu, s.782-783 dn.24-25.

¹⁴³ **Yenerer-Çakmut**, Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu, s.784; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, s.771.

¹⁴⁴ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Özel Hükümler, s.811; ayrıca bakınız madde gerekçesi.

¹⁴⁵ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Özel Hükümler, s.811; ayrıca bakınız madde gerekçesi.

¹⁴⁶ Görüşler için bkz. **Bekar**, s.252.

Kanaatimizce maddenin birinci fıkrasında aranan “*kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması*” şartı doktrinde savunulduğunun aksine objektif cezalandırılabilme şartı olarak değil netice olarak ele alınmalıdır. Zira söz konusu ifade ile 765 sayılı TCK döneminde yaşanan bazı “*haksız ve aşırı*” uygulamaların önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Bu amacın sağlanabilmesi için söz konusu şartın suçun unsuru olarak yorumlanması ve failin kastının bu hususu da kapsamasının gerektiğini düşünmekteyiz. Maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen elverişli olma şartının ise potansiyel tehlike suçuna gönderme yaptığını düşünmekteyiz. Benzer bir yorum TCK m.217 için de pekala yapılabilir.

10. Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu (TCK m.220)

Doktrinde TCK m.220’de düzenlenmiş bulunan suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu¹⁴⁷ bakımından, madde metninde geçen “*...amaç suçları işlemeye elverişli olması...*” ifadesinin somut tehlike suçu¹⁴⁸ olarak yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir¹⁴⁹.

Kanaatimizce bu madde bakımından aranan “*amaç suçları işlemeye elverişli olma*” ile kastedilmek istenen, gerçekleştirilen hareketin suç tipi ile korunması amaçlanan hukuksal değer bakımından tehlike oluşturmaya elverişli olmasıdır. Bu açıdan bakıldığında bu suç tipinin potansiyel tehlike suçu olduğu ifade edilebilir.

SONUÇ

20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren sayılarında hızla artış görülen tehlike suçları, dün olduğu gibi bugün de ceza hukukunda önemli tartışmaların odağında yer almaktadır. Bu suç kategorisi kanun koyucular tarafından, suçla mücadele adı altında ceza ve ceza muhakemesi hukukunun birçok evrensel ilkesinin etrafından dolanılması için iyi bir enstrüman olarak kullanılmaktadır. Tehlike suçları yalnızca cezalandırılabilirliğin öne çekilmesi değil aynı zamanda cezalandırılabilirlik alanının belirsiz ve tehlikeli bir şekilde genişlemesi sonucunu da doğurduğundan, kusur prensibini merkezine almış modern ceza

¹⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Dursun, İsmail**, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu (TCK m.220), İstanbul 2008 (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü yayımlanmamış doktora tezi), s.1 vd.

¹⁴⁸ 765 sayılı TCK döneminde söz konusu suçun soyut tehlike suçu olduğu kabul edilmekteydi. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Dursun**, s.14-22.

¹⁴⁹ **Dursun**, s.166. Madde gerekçesinde de bu hususa vurgu yapılmıştır: “*Suç işlemek için örgüt kurulması bir somut tehlike suçudur. Her ne kadar en az üç kişinin belli amaç etrafında suç işlemek üzere devamlı surette fiilen birleşmesi suretiyle örgüt meydana gelebilirse de kurulan örgüt, güdülen amaç bakımından somut bir tehlike oluşturmaz. Bu nedenle, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından, amaçlanan suçları işlemeye elverişli olması aranmalıdır. Bu bakımdan, örneğin sadece üç kişinin bir araya gelmesi, devletin ülke bütünlüğünü bozmaya yönelik suçları işleme açısından somut bir tehlike taşıyabilir; buna karşılık, ekonomik çıkar sağlamaya yönelik suçlar açısından elverişli olabilir.*”

hukukuyla ve hukuk devleti ilkesiyle uyumsuzluk içerisinde bulunmaktadır. Mevcut çalışmada tehlike suçlarıyla ilgili teorik ve pratik alanda yaşanan sorunlarla ilgili çözüm önerileri ortaya konulmaya çalışılmış, tehlike suçu olduğu ifade edilen bazı suç tiplerinin hukuki niteliğiyle ilgili değerlendirmelerde de bulunulmuştur.

Doktrinde, gerek zarar suçu-tehlike suçu gerek soyut tehlike suçu-somut tehlike suçu ayrımı konusunda doktrinde farklı kıstasların kullanıldığı görülmektedir. Kanaatimizce gerek zarar suçu-tehlike suçu gerek soyut tehlike suçu-somut tehlike suçu ayrımında korunan hukuki değerden hareketle bir sonuca varmak doğru değildir; burada benimsenmesi gereken, fiilin, suçun konusu üzerinde yarattığı etkidir (zarar veya tehlike) hareketle sonuca varılması olmalıdır. Zira suçla korunan hukuki değer zarara veya tehlikeye uğratılması mümkün değildir; suçla korunan hukuki değer yalnızca ihlal edilebilir.

Türk doktrininde hakim görüş tarafından somut tehlike suçlarında aranan somut tehlikenin hukuki niteliğinin objektif cezalandırılabilme şartı olduğu savunulsa da kanaatimizce, somut tehlike suçlarında aranan somut tehlikenin suçun bir unsuru olarak kabul edilmesi daha doğru olacaktır. Böylelikle failin kastının bu şartları kapsamaması gerekecek, başka bir ifadeyle failin, somut tehlike suçlarında aranan somut tehlikenin gerçekleşebileceğini en azından “öngörmüş” olması aranacaktır. Aksi takdirde haksızlık da gerçekleşmemiş sayılacaktır.

Soyut tehlike suçlarında fiilin gerçekleştirilmesi haksızlığın oluşumu için yeterli sayıldığından, hareketle tehlike arasında nedensellik bağının varlığının ortaya konmasına gerek bulunmadığı savunulmaktadır. Buradan hareketle ağırlıklı görüş tarafından, hakim, somut tehlike suçlarından farklı olarak, suçun hukuki konusu bakımından somut bir tehlikenin meydana gelip gelmediğini araştırmayacağı ifade edilmektedir. Kanaatimizce, hakim, soyut tehlike suçları bakımından da somut tehlike suçlarındakine benzer bir araştırma yükümlülüğü bulunmaktadır. Zira yargılamayı yapan hakim hem ceza muhakemesinin amacı olan gerçeğe ulaşma noktasında bu araştırmayı yapmalı hem de somut olayda tehlikenin gerçekten meydana geldiğini tespit etmişse bu durumu TCK’nın 61. maddesi bağlamında temel cezanın belirlenmesinde ve daha da önemlisi fikri/gerçek içtima kurumlarıyla ilgili yapacağı değerlendirmede dikkate almalıdır. Aksi takdirde tehlikenin meydana gelmediği durumlarla tehlikenin meydana geldiği durumlarda aynı cezaya hükmedilmesi söz konusu olacaktır ki bu da kusur prensibinin ihlali sonucunu doğurabilen bir uygulamaya kapı aralayabilecektir.

KAYNAKÇA

- Ahn, Won-Ha, Zur Dogmatik abstrakter Gefährdungsdelikte, 1995.
- Akbulut, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2018.
- Alacakaptan, Uğur, İşlenemez Suç, Ankara Tarihsiz.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, İstanbul 2018.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2018.
- Artuk, Mehmet Emin/Üzülmez, İlhan, “Taksirle Tehlikeye Sebebiyet Verme Suçu (765 s. TCK m.383) Genel Güvenliğin Taksirle Tehlikeye Sokulması (5237 s. TCK m.171)”, TBBD, Sayı:57, 2005.
- Bekar, Elif, Objektif Cezalandırılabilme Koşulları Bağlamında Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Suçlar, İstanbul 2016 (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi).
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem Yenerer, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Bası, İstanbul 2017.
- Daragenli, Vesile Sonay, “Tehlike Suçları”, in: Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İstanbul 1999.
- Daragenli, Vesile Sonay, Tehlike Suçları, İstanbul 1998 (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü yayımlanmamış yüksek lisans tezi).
- Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2018.
- Fischer, Thomas, Beck’sche kurz Kommentare, 61. Auflage, München 2014.
- Gallas, Wilhelm, “Abstrakte und konkrete Gefährdung”, in: Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag, 1972.
- Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara 2017.
- Heinrich, Bernd, Ceza Hukuku Genel Kısım – I, (Ed.: Yener Ünver), Ankara 2014.
- Hilgendorf, Eric, “Ceza Düşüncesi 1975-2005”, (Çev.: Başak Özay), in: Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Beiträge zur Rechtsvergleichung, Cilt: I, İstanbul 2010.
- Hirsch, Hans Joachim, “Konkrete und abstrakte Gefährdungsdelikte”, in: Festschrift für Kazimierz Buchala, Krakau 1994.
- Horn, Eckhard, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973.
- Hoyer, Andreas, “Zum Begriff der abstrakten Gefahr”, JA 1990.
- İçel, Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, İstanbul 2018.

- Jakobs, Günther, “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, ZStW 97 (1985).
- Jescheck, Hans-Heinrich, Alman Ceza Hukukuna Giriş-Kusur İlkesi-Ceza Hukukunun Sınırları (Çev.: Feridun Yenisey), İstanbul 2007.
- Kaufmann, Armin, “Das fahrlässige Delikt”, ZfRV, 5. Jahrgang (1964).
- Kaufmann, Armin, “Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht”, in: Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, Berlin-New York 1974.
- Kindhäuser, Urs, Gefährdung als Straftat – Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte, Frankfurt am Main 1989.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2018.
- Memiş, Pınar, “Genel Tehlike Yaratan Suçlar”, in: Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku– Beiträge zur Rechtsvergleichung, Cilt: III, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, İstanbul 2010.
- Ostendorf, Heribert, “Grundzüge des konkreten Gefährdungsdelikts”, JuS 1982.
- Otto, Harro, Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Auflage, Berlin 2004.
- Ozansü, Mehmet Cemil, Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk, Ankara 2007.
- Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2018.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2018.
- Özen, Muharrem, Genel Tehlike Yaratan Suçlar, Ankara 2010.
- Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 2018.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 18. Baskı, Ankara 2018.
- Roxin, Claus, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, München 2006.
- Saraç, Filiz, Bina Çökmesine Neden Olmak Sureti İle Genel Güvenliğin Taksirle Tehlikeye Sokulması Suçu, İstanbul 2008 (Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü yayımlanmamış yüksek lisans tezi).
- Satzger, Helmut, “Die Anwendung des deutschen Strafrechts auf grenzüberschreitende Gefährdungsdelikte”, NSTz 1998.

- Schmidt, Jürgen, Untersuchung zur Dogmatik und zum Abstraktionsgrad abstrakter Gefährdungsdelikte–Zugleich ein Beitrag zur Rechtsgutlehre, Marburg 1999.
- Schroeder, Friedrich-Christian, “Taksirin Kanunen Tanımlanmasına İlişkin Problemler” (Çev.: İzzet Özgenç), in: Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya 1998.
- Schröder, Horst, “Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht”, ZStW 81 (1969).
- Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2018.
- Taşkın, Ozan Ercan, “Maddi ve Muhakeme Boyutuyla Çevre Ceza Hukukuna Dair Bazı Tespitler/Kısmi Öneriler”, CHKD, Cilt: 3, Sayı: 1, Yıl: 2015.
- Toroslu, Nevzat/Toroslu, Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2018.
- Üzülmüş, İlhan/Akkaş, Ahmet Hulusi, “Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları”, EÜHFD, C:II, S:1-2, Yıl:2007.
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 41. Auflage, Heidelberg 2011.
- Wohlers, Wolfgang, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik “moderner” Gefährdungsdelikte, Berlin 2000.
- Yenerer-Çakmut, Özlem, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçları (TCK m.179-180)”, in: Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku – Beiträge zur Rechtsvergleichung, Cilt: III, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, İstanbul 2010.
- Zafer, Hamide, “Halkın Bir Kısımını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (765 sayılı TCK m.312/3)”, İÜHFM, C:62, S:1-2, 2004.
- Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, 6. Baskı, İstanbul 2016.
- Zieschang, Frank, Die Gefährdungsdelikte, Berlin 1998.

ALİ EDİP'İN 'HUKUK-U DÜVEL' ESERİ İŞİĞİNDA
19. YÜZYIL OSMANLI ULUSLARARASI HUKUK DÜŞÜNÇESİNDE
VATANDAŞLIK KAVRAMININ DÖNÜŞÜMÜ

*Transformation of the Concept of Citizenship according to Ottoman
Perception of International Law in the 19th Century in the Light of
'Hukuk-u Düvel' by Ali Edip*

Dr. Ali Osman KARAOĞLU*

Geliş Tarihi: 01.08.2019 Kabul Tarihi: 28.01.2020

ÖZET

Osmanlı Devleti açısından 19. Yüzyıl, hukuk alanında büyük bir modernleşme dönemine sahne olmuştur. Bu anlamda temel hukuk kuralları Avrupa kanunları iktibas (reception) edilerek yeniden düzenlenmiş ve Osmanlı hukuk sistemi kapsamlı bir dönüşüm geçirmiştir. Modernleşme süreci sadece iç hukuk alanında yaşanmamış, Osmanlı Devleti aynı zamanda uluslararası hukuk açısından da Avrupa hukuk sistemine entegre olmaya çalışmıştır. Özellikle 1821 yılında Babıali Tercüme Odası'nın kurulması ile birlikte Vattel gibi Avrupalı yazarların uluslararası hukuk kitapları Osmanlı Türkçesi'ne tercüme edilmiş, diplomatlara yabancı dil ve Avrupa diploması hukuku dersleri verilmeye başlanmıştır. 1856 yılında, Islahat Fermanı'nın ilanından çok kısa bir süre sonra Osmanlı Devleti Paris Kongresi'ne davet edilmiş ve Avrupa devletlerince toprak bütünlüğü garanti altına alınmıştır. Böylece Avrupa uluslararası hukuk sistemine entegrasyon Osmanlı'da vatandaşlık kavramının da dönüşüme uğramasına neden olmuştur. 1869 tarihli Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi, Avrupa hukuk sistemlerinde olduğu gibi din eksensiz vatandaşlık kavramından soy ve toprak esaslı vatandaşlık kavramına geçişi sağlamıştır.

ABSTRACT

The Ottoman Empire went through a comprehensive period in terms of modernisation of law during the 19th century. In this sense, fundamental legal rules were reconceptualised through reception of the European law and the Ottoman legal system underwent an inclusive transformation. Modernisation did not take place only in the realm of domestic law. The Ottoman Empire also endeavoured to integrate themselves into the European legal system in terms of international law. Particularly in 1821, when the Imperial Translation Office was established, international law books of European scholars such as Vattel were translated into Ottoman Turkish, and lectures were delivered to diplomatic personnel on the subjects of foreign language and European diplomatic law. In 1856, shortly after proclamation of the Imperial Edict of Reform, the Ottoman Empire was invited to the Paris Peace Congress in which its territorial integrity was guaranteed by European states. Thus, integration into European international law system triggered transformation in the concept of citizenship in the Ottoman Empire. Ottoman Citizenship Law dated 1869 enabled the concept of citizenship to be re-interpreted, as in the European legal systems, based on birth and territory rather than religion which was formerly taken into account.

* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, e-posta: karaogluhukuk@gmail.com, ORCID ID:0000-0003-2979-7001

Bu açıdan değişim, dönemin hukuk öğretisine de sirayet etmiş ve hukuk-u düvel (devletler hukuku) eserlerinde de değişen uluslararası hukuk sistemi ile yeni vatandaşlık esasları incelenmiştir. Bu çalışmada Osmanlı uluslararası hukuk düşüncesinde vatandaşlık kavramı açısından yaşanan dönüşüm, tarihsel olaylar ve dönemin hukuki düzenlemeleri Ali Edip'in Hukuk-u Düvel adlı eseri ışığında izah edilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Hukuk, Vatandaşlık, Osmanlı Devleti, Avrupa, Modernleşme, İktibas, Hukuk-u Düvel.

In this regard, the aforementioned transformation process influenced then-current legal doctrine and new citizenship rules along with the novel international law system were examined in international law books (hukuk-u düvel). In this study, transformation of the citizenship concept in the Ottoman perception of international law will be examined in the light of Hukuk-u Düvel written by Ali Edip, relevant historical events and legal regulations of the date.

Key Words: International Law, Citizenship, Ottoman Empire, Europe, Modernisation, Reception, Hukuk-u Düvel.

Giriş*

Uluslararası hukuk açısından devletin unsurları toprak, insan topluluğu ve egemen iktidardır. Her egemen erkin kendisine bağlı olan kişileri ve bu kişilerin hukuksal statüsünü belirlemesi gerekmektedir. Bu belirleme vatandaşlık bağının tesis edilmesi yoluyla olur.¹ Zira *Nottebohm* kararında Uluslararası Adalet Divanı’nın da vurguladığı gibi vatandaşlık bağı sayesinde devlet diplomatik himaye hakkını kullanabilmektedir.² Vatandaşlık kavramı herhangi bir kişinin devlet ile olan ilişki biçimini ifade eder. Başka bir deyişle vatandaşlık bireyin belirli bir devletle kendi arasındaki karşılıklı hak ve ödev ilişkilerini düzenleyen hukuksal bir bağıdır.³ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi vatandaşlığı bir hak olarak kabul etmektedir.⁴ Birey vatandaşlık bağı sayesinde bağlı bulunduğu devletin ekonomik ve siyasal hayatına katılır. Kadim medeniyetlerden bu yana çeşitli isimlerle adlandırılan ve bir şekilde birey ile devlet arasındaki ilişkinin statüsünü ifade eden vatandaşlık benzeri kavramlara rastlayabilmekteyiz. Batı’da⁵ vatandaşlık kavramı Antik Yunan’da site devletini ifade eden “cite” veya “city” sözcüğünden türetilerek şehir devletine aidiyeti ifade eden “citizen” veya “citoyen” kelimeleri ile doğmuştur. Roma’da ise bir topluluğa mensubiyetin ifadesi olarak “civis” veya “civitas” kavramları kullanılmaktaydı.⁶ Ancak bu medeniyetlerde bugün rastladığımız manada vatandaşlık içeriğine rastlayamamaktayız. Bu anlamda örneğin; kadınlara oy hakkı verilmemesi ve sadece 20 yaşın üstündeki erkekler siyaset haklarının tanınması, toplumun sınıflara ayrılması ve bazı sınıflara diğerlerinden farklı haklar tanınması, köle diye adlandırılan bazı insanların eşya hükmünde sayılması ve hiçbir hakkının olmaması gibi günümüzün vatandaşlık anlayışı ile bağdaşmayacak durumlar söz konusu idi.⁷

Ortaçağ’da ise Hristiyanlığın yayılması ile birlikte hem vatan hem de vatandaşlık kavramı değişime uğramıştır. Artık Hristiyan olan ve olmayan

* Makalenin dördüncü bölümünde yararlandığım Ali Edip’in *Hukuk-u Düvel* adlı kitabına erişebilmemi sağlayan Prof. Dr. M. Macit Kenanoğlu hocama teşekkür ederim.

¹ Karakoç, İrem, “Hukuk Tarihinde Vatandaşlık-Yabancılık Statüsü”, Yetkin Yayınları, 2012, s.19.

² *Nottebohm Case*, (Liechtenstein v. Guatemala), Second Phase, Judgment of April 6th, 1955, s.23.

³ Aybay, Rona; Özbek, Nimet; Perçin, Gizem Ersen, “Vatandaşlık Hukuku”, Siyasal Kitabevi, İstanbul, 2019, s.4 vd.

⁴ Universal Declaration of Human Rights, m.15. https://www.un.org/en/udhrbook/pdf/udhr_booklet_en_web.pdf (erişim tarihi: 12.11.2019).

⁵ Batı kavramı ile benzer tarihsel süreçlerden geçmiş ve benzer dünyevi algılara sahip Avrupa ve benzeri toplumları kastetmekteyiz.

⁶ Güngör, Gülin, “Tabiiyet Hukuku”, Yetkin Yayınları, 2019, s.3-4. Polat, Ezgi Güzel, “Osmanlıdan Günümüze Vatandaşlık Anlayışı”, Ankara Barosu Dergisi, 2011/3, s.129.

⁷ Erdem, Fazıl Hüsnü, “Yeni Anayasaya Doğru: Vatandaşlık. Osmanlı-Türkiye Anayasalarında Ve Yeni Anayasada Vatandaşlık”, SETA Analiz, Nisan 2012, s.6.

ayrımı yapılmaya başlanmış, göklerin hakimiyetine boyun eğen ve yeryüzünde Hristiyanlığın hakim olması için çalışan Hristiyanlar diğer kimselerden farklı haklara sahip olmaktaydı. Bu durum Antik Yunan ve Roma'dan bu yana sosyal ve siyasal haklar bakımından dışlanan kitlelerin yığınlar halinde Hristiyanlığa geçmeleri ve bu yolla siyasal haklarını elde etmeleri sonucunu doğurmuştur. Böylelikle Ortaçağ'ın din eksenli vatandaşlık yaklaşımı Antik Yunan ve Roma vatandaşlık anlayışının temelden değişmesine ve dönüşmesine neden olmuştur. Ancak modern anlamıyla vatandaşlık kavramı yeniçağ sonrasında gelişmeye başlamış ve günümüze kadar dönüşüm geçirerek bugünkü halini almıştır.⁸

Modern anlamda vatandaşlık kavramı Fransız İhtilali'ne, modern vatandaşlık düşüncesi ise Rousseau, Locke gibi aydınlanma düşünürlerinin Toplum Sözleşmesi teorisine dayanmaktadır. Bu teori uyarınca insanlar doğal yaşam halindeyken bu yaşamlarını korumak maksadıyla bir araya gelerek Devlet adı verilen örgütü kurmuşlardır ve bazı haklarını bu örgüte devretmişlerdir.⁹ 1789 Fransız Devrimi sonrası vatandaşlık kavramı, sosyal sözleşme teorisine benzer şekilde, akla ve iradeye dayanan bir akit şeklinde düşünülmüştür. Devlet toplumdaki aldığı yetki ile sosyal düzeni sağlamakta ve devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olan yurttaşlar özgür bir biçimde hayatlarını devam ettirmektedir.¹⁰ Artık modern vatandaşlık bağı belirli bir dine mensubiyet üzerine tesis edilmemektedir. Vatandaşlık doğum, evlenme vb. gibi hukukun belirlediği hallerde kazanılmakta; yabancı devlet vatandaşlığına geçme, bazı durumlarda vatandaşlıktan çıkarma gibi yine hukukun öngördüğü hallerde kaybedilmektedir.¹¹ Modern vatandaşlık hukukuna esasen üç ilkenin hakim olduğu belirtilmektedir: 1) herkesin vatandaşlığı olmalıdır, 2) herkesin yalnızca bir vatandaşlığı olmalıdır, 3) herkes vatandaşlığını seçmede özgür olmalıdır.¹² Ancak küreselleşme ile birlikte günümüzde özellikle sonuncu ilkenin büyük oranda değiştiğini söylemek mümkündür.

Osmanlı hukuk tarihinde de Batı'dakine benzer olarak vatandaşlık kavramı dönüşüme uğramıştır. İmparatorluk olmanın getirdiği özelliklerden biri olarak Osmanlı devleti çok kültürlü ve çok dinli bir yapıya sahipti. Ayrıca Osmanlı devletinde temel olarak İslam hukuku uygulanmaktaydı. Bu nedenle klasik dönemde Osmanlı'da vatandaşlık (tabiiyet) dini mensubiyete göre kategorilere ayrılmaktaydı. Tabiiyet sistemi Osmanlı'da millet sistemi şeklinde tezahür etmişti. Buna göre toplum ilkin Müslümanlar ve Gayrimüslimler olarak ikiye ayrılmaktaydı. Gayrimüslimlerin ise hepsi topluluk olarak kabul edilmemekte

⁸ Nomer, Ergin, "Türk Vatandaşlık Hukuku", Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 17-26.

⁹ Berdufi, Nertil; Dushi, Desara, "Social Contract and the Governments Legitimacy", Mediterranean Journal of Social Sciences, Vol. 6, No. 6 S1, 2015, s.393.

¹⁰ Güngör, Gülin, a.g.e., s.5.

¹¹ Nomer, Ergin, a.g.e., s. 122-125.

¹² Erdem, B. Bahadır, "Türk Vatandaşlık Hukuku", Beta Yayınları, 2019, s.12-15.

Ermeniler, Rumlar ve Yahudiler gibi bazı azınlıklara Zimmi adı verilen bir hukuksal statü verilmekteydi. Bu anlamda kendileriyle zimmet akdi yapılan gayrimüslimler de Osmanlı vatandaşı sayılmakta ancak dini farklılıktan dolayı çeşitli hukuki düzenlemelere tabi olmakta ve cizye ödemekteydi.¹³ Sanayi Devrimi ve Fransız İhtilali’nden sonra milliyetçilik akımlarının artması, Dünya genelinde imparatorlukların yerini ulus devletlere bırakması Osmanlı Devleti’nde de etkilerini göstermiş ve son dönemlerde klasik vatandaşlık tanımı değişmeye başlamıştır. Özellikle Tanzimat sonrası gelişmeler Din ve Zimmet eksenli vatandaşlık ayrımını dönüştürmüş, bunun yerine modern Batı devletlerindeki soy ve toprak esasına dayanan vatandaşlık sistemi hakim olmaya başlamıştır. Bu anlamda en önemli vesikalardan birisi 1869 tarihli Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi’dir. Bu kanunname ile ilk defa vatandaşlık hukuku ayrı bir düzenlemeye kavuşmuş ve klasik İslam hukukundan gelen Din ve Zimmet eksenli vatandaşlık sistemi büyük ölçüde ortadan kaldırılmıştır.¹⁴

Esasen Osmanlı Devleti’nde yaşanan dönüşümün temel sebeplerinden biri 1820’lerden sonra ortaya çıkan Avrupa uluslararası hukuk sistemine entegrasyon sürecidir. Bu anlamda 1821’de Babiali Tercüme Odası kurulmuş ve Osmanlı diplomatlarına yabancı dil ve Avrupa diplomasi hukuku eğitimleri verilmiştir. Ayrıca Vattel’in eserleri gibi Avrupa’da yayımlanmış temel uluslararası hukuk kitapları Osmanlı Türkçesine tercüme edilmiştir.¹⁵ 1856 tarihli Islahat Fermanı’ndan kısa bir süre sonra Osmanlı Devleti’nin Paris Kongresi’ne davet edilerek Avrupa uluslararası hukuk sistemine entegre edilmesi, mevzubahis 1869 tarihli kanunnameye de zemin hazırlamıştır. Çalışmamızda faydalandığımız 1891 tarihli Ali Edip’e ait “Hukuk-u Düvel” (veya Hukuk-ı Düvel / devletler hukuku) adlı eser de büyük oranda bu entegrasyonun izlerini taşımakta ve bir bölümünde vatandaşlık kavramındaki dönüşümü incelemektedir. Daha açık ifadeyle diyebiliriz ki Osmanlı sadece temel kanunlarını Avrupa’dan iktibas yoluna gitmemiş aynı zamanda Avrupa uluslararası hukuk sistemine de entegre olmuştur. Bu durum da hem iç hukuk açısından bir dönüşümü beraberinde getirmiş hem de devletler hukuku kitaplarının içeriğini etkilemiştir.¹⁶ Çalışmamızın devamında öncelikle klasik

¹³ Kenanoğlu, M. Macit, “Zimmi (Osmanlılarda)”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Cilt 44, 2013, s.438-440. <https://cdn.islamansiklopedisi.org.tr/dosya/44/C44023695.pdf> (erişim tarihi: 09.11.2019).

¹⁴ Polat, Ezgi Güzel, a.g.e, s.134-135.

¹⁵ Balcı, Sezai, “Babiali Tercüme Odası”, Libra Kitapçılık ve Yayıncılık, 2013, s.139 vd..

¹⁶ Osmanlı Devleti’nin Avrupa merkezli uluslararası hukuka entegrasyonu hakkında bakınız: Palabıyık, Mustafa Serdar, “The Emergence of the Idea of ‘International Law’ in the Ottoman Empire before the Treaty of Paris (1856)”, Middle Eastern Studies, 2014, Vol.50:2, s.233-251; Palabıyık, Mustafa Serdar, “International Law For Survival: Teaching International Law in The Late Ottoman Empire (1859–1922)”, Bulletin of the School of Oriental and African Studies, 2015, Vol.78, s.271-292.

dönem Osmanlı Hukukundaki vatandaşlık ayrımı ile modern dönemde vatandaşlık kavramını mukayeseli olarak işlemeye çalışacağız. Daha sonra dördüncü bölümden itibaren özellikle Ali Edip'in Hukuk-u Düvel adlı eserinden yola çıkarak dönemin uluslararası hukuk düşüncesinde vatandaşlık kavramının dönüşümünü inceleyeceğiz. Ancak kitabın; savaşın henüz yasaklanmadığı, içişlerine karışma yasağının yerleşmediği ve sömürgeciliğin devam ettiği bir dönemde, Avrupamerkezci uluslararası hukuk anlayışı çerçevesinde kaleme alındığını unutmamak gerekir.¹⁷

1. Klasik Dönem Osmanlı Devleti'nde Vatandaşlık Anlayışı

İslam hukukuna göre vatandaşlık hukuku doğal olarak İslam ülkesinde cari olan hukuktur. Bu sebeple ilkin İslam ülkesinin neye göre belirlendiğini izah etmek gerekir. İslam hukukuna göre yeryüzü Dar'ül İslam ve Dar'ül Harb olmak üzere iki kısma ayrılır. Müslümanların ekseriyette olup olmadığına bakılmaksızın bir beldenin yönetiminde Müslümanlar hakim ise ve o belde İslam hukukuna göre idare olunuyorsa oraya Dar'ül İslam adı verilir.¹⁸ İslam siyasi hakimiyetinin dışında kalan, yönetim ve hukuk esasları İslama dayanmayan beldelere ise Dar'ül Harb adı verilir.¹⁹ Burada yönetimin merkezîyetçi olması da aranmaz. Örneğin aynı anda varlıklarını sürdüren Osmanlı Devleti, Memlukler ve Hindistan'daki Gurganiyye Devleti (Babürlüler) hepsi birden tek vatan gibi Dar'ül İslam kabul edilirdi. Dolayısıyla bir müslümanın bu ülkelerin sınırlarından içeri alınmaması mümkün değildi. Dar'ül Harb ise Dar'ül İslamın zıddı olup yönetimin Müslümanların elinde olmadığı ve İslam hukukunun uygulanmadığı beldelere denir. Müslümanlar bu beldelerde ekseriyette olsa dahi durum değişmez. Dar'ül Harb demek İslam ülkesinin el'an savaş içinde bulunduğu ülkeyi değil aralarında sulh anlaşması bulunmadığı için her an savaş edilebilecek ülkeyi ifade ederdi. İslam ülkesiyle aralarında anlaşma bulunan ülkeye Dar'üs Sulh denirdi ancak hukuken bunlar da Dar'ül Harb ile aynı statüde bulunmaktaydı.²⁰

Bazen Dar'ül Harb Dar'ül İslama, Dar'ül İslam da Dar'ül Harbe dönüşebilir. Dar'ül Harbin Dar'ül İslama dönüşmesi üç halde olabilir: 1) İslam ordusu bir yeri fetheder ve orada İslam ahkâmını icra etmeye başlarsa orası Dar'ül İslam olur. 2) Dar'ül Harb'te yaşayan gayrimüslimler (yönetimiyle birlikte) topyekün Müslüman olursa ülkeleri Dar'ül İslam olur. 3) Dar'ül Harb ahalisi vergi vererek Müslümanların hakimiyetini kabul ederse ülkeleri Dar'ül İslam olur.

¹⁷ Kennedy, David, "International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion", Nordic Journal of International Law, Vol.65, 1996, s.390-391.

¹⁸ Özel, Ahmet, "Darüİslam", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Cilt 8, 1993, s.542. <https://cdn.islamansiklopedisi.org.tr/dosya/8/C08003254.pdf> (erişim tarihi: 09.11.2019).

¹⁹ Özel, Ahmet, "Darülharp", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Cilt 8, 1993, s.536. <https://cdn.islamansiklopedisi.org.tr/dosya/8/C08003249.pdf> (erişim tarihi: 09.11.2019).

²⁰ Ekinci, Ekrem Buğra, "Osmanlı Hukuku", Arı Sanat Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul 2012, s.298.

Görüldüğü üzere bir yerin Dar’ül İslam kabul edilmesindeki asıl kriter şöyle ya da böyle müslümanların egemen güç olmasıdır. Dar’ül İslamın da Dar’ül Harbe dönüşmesi mümkündür ki bu tek şekilde olur: sonradan gayrimüslimlerin İslam ülkesini işgal edip müslümanların yönetimini ve İslam ahkâmını yürürlükten kaldırması. Ancak işgalci devlet İslam ahkâmına dokunmaz ise orası hala Dar’ül İslam addolunur.²¹ İşte bir beldede hem Müslümanların hem de gayrimüslimlerin yaşaması, din referanslı bir vatandaşlık ayırımını doğurmuş ve gayrimüslimlerle zimmet anlaşması yapılmıştır. Bu durum Osmanlı Devleti’nde de temel olarak devam etmiştir.

Özellikle 1453 yılında Osmanlı Devletinin imparatorluk olması ile daha çok etkisini gösteren farklı din ve kültürleri bir arada bulundurma özelliğinin bir neticesi olarak Osmanlıda adına “Millet Sistemi” denilen bir toplumsal yapılanmaya gidilmiştir. Böylelikle politik anlamda gayrimüslimler siyasal sistemin dışında değil içinde tutulmuştur.²² Buna göre temel olarak bireyin devlet ile olan ilişkilerini düzenleyen vatandaşlık hakları mensup olduğu din baz alınarak kurulacaktı. Bu yapılanmanın temel amacı farklı cemaat ve dini grupların kendi kültürlerini koruyarak Osmanlıya bağlanmalarını sağlamak ve neticede üst kimlik olarak Osmanlılık bilincini ortaya çıkarmaktır.²³ Bazı yazarlara göre Osmanlının son dönemlerinde yapılan düzenlemelere bakılarak klasik dönemden beri yekpare bir millet sistemi uyguladığını söylemek yanlıştır. Bu görüşte olan yazarlara göre Osmanlının en baştan veya Fatih döneminden başlayarak belirli bir millet sistemi uyguladığı genel bir kabulden ibarettir.²⁴ Ancak ekseriyet görüşü Osmanlıda, dönem dönem farklılaşsa da, bir millet sisteminin uygulandığı yönündedir. Hatta Osmanlı millet sisteminin tarihten gelen İslam millet sisteminin sui generis (kendine özgü) bir yorumu olduğunu, Osmanlının bunu gayrimüslim cemaatler şeklinde ortaya koyduğunu ifade edenler de olmuştur.²⁵ Nitekim Fatih Sultan Mehmet, saltanat döneminde Rum, Ermeni, Yahudi ve Ortodoks cemaatlerine kendi içlerinde özerklik vermiş ve bunların başlarının İstanbul’da oturmalarını uygun görmüştür.²⁶ Ortodoksların millet sistemine dahil olup olmadıkları ise tartışmalıdır. Ancak Rum Patrikhanesi etrafında toplanan Ortodoks Hıristiyanlar Osmanlı içerisindeki en önemli azınlık

²¹ Ekinci, Ekrem Buğra, a.g.e, s.299.

²² Adıyeke, Nuri, “Osmanlı Millet Sistemine Dair Tartışmalar ve Siyasal Bir Uzlaşma Modeli Olarak Osmanlı Millet Sistemi”, Yeni Türkiye Dergisi, Sayı 60, s.3.

²³ Polat, Ezgi Güzel, a.g.e, s.132.

²⁴ Kenanoğlu, M. Macit, “Tek Devlette Çok Hukuk Olabilir mi?”, Düşünen Siyaset, Ağustos-Eylül 1999, Sayı:7-8, s.124.

²⁵ Ortaylı, İlber, “Osmanlı’da Azınlıklar ve Millet Sistemi”, *Üç Kıtada Osmanlılar, Osmanlı’yı Yeniden Keşfetmek 3*, Timaş Yayınları, İstanbul, 2007, s.63.

²⁶ Kurtaran, Uğur, “Osmanlı İmparatorluğu’nda Millet Sistemi”, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı 8, 2011, s.4.

unsurlardan biri idi.²⁷ Bazı yazarlara göre ise Osmanlıda klasik İslam hukukuna benzer şekilde gayrimüslimler ile zimmet anlaşması yapılması onlara otonomi verildiği ve Osmanlının bu otonomi yoluyla bir millet sistemi uyguladığı anlamına gelmez. Gayrimüslimlerin zimmet akdi ile can, mal ve namuslarının güvence altına alınması, onlara özerklik gibi bir otonomi verildiğini göstermez.²⁸

Bazı yazarlar Osmanlı Millet sisteminin tarihsel kökenini Medine Vesikası'na kadar dayandırmaktadır. Hicret sonrası Medine'ye yerleşen İslam Peygamberi önce Medine'deki Evs ve Hazrec kabilelerini barıştırmış ardından gayrimüslim Ehli Kitap (kendilerine kitap gönderilenler) ve müşrikler ile bir sözleşme imzalamış ve kendilerine iç işlerinde özerklik tanımıştır. Buna göre sosyal meselelerde Ehli Kitap kendi içlerinde yine kendi dini kuralları doğrultusunda yaşayacak ancak dışarıdan gelen bir tehdide karşılık Müslümanlar ile birlikte hareket edeceklerdi.²⁹ Kimi yazarlar bu vesikayı ilk anayasa veya ilk toplum sözleşmesi olarak nitelendirmekte, bazıları ise vatandaşlık ve yönetim işlerini düzenleyen bir siyasal sözleşme olarak değerlendirmektedir.³⁰

Medine Vesikası ile başlayan ve sonradan daha çok gelişen İslam Vatandaşlık Hukukuna göre toplum öncelikle Müslümanlar ve Gayrimüslimler olmak üzere ikiye ayrılır. Gayrimüslimler de Ehli Kitap ve Müşrikler olarak ikiye ayrılmaktaydı. Ehli Kitap da Müslümanlar ile harb halinde bulunan Ehli Harb ve Müslümanlar ile savaş halinde bulunmayan, onlarla anlaşma yapmış olan Ehli Ahd olarak ikiye ayrılmaktaydı.³¹ Müslümanlar ile anlaşma yapmış olanlardan, İslam topraklarında devletin koruması altında sürekli yaşayanlara "zimmi", kendilerine geçici süreyle İslam topraklarında yaşama izni verilmiş olanlara "muhad", ticari faaliyet izni verilmiş olanlara da "müstemen" denilmekteydi. Zimmiler devletin korumasına karşılık "haraç" adı altında bir vergi öderlerdi ve ayrıca erkek zimmiler askerlik hizmetinden muaf olma karşılığında "cizye" adı altında bir vergi vermekteydi. Eğer zimmi şehirler veya ülkeler arası ticaret yapıyorsa, dış ticaretten alınan vergi kalemi olarak kendisinden "öşür" adı altında bir vergi alınırdı. Bu şartlar dahilinde her zimminin can ve mal güvenliği sağlanmış ve en yüksek siyasi görevler hariç olmak üzere devlet ve toplum hayatında Müslümanlarla benzer sosyal ve siyasal haklara sahip olmuşlardır.³²

²⁷ Mumyakmaz, Hatice Güzel, "Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Vatandaşlık", IQ Kültür Sanat Yayıncılık, 2013, s.33-40.

²⁸ Kenanoğlu, M. Macit, "Osmanlı Millet Sistemi: Mit ve Gerçek", Klasik Yayınları, İstanbul 2007, s.10-16.

²⁹ Ulugöl, Mehmet Cem, "Osmanlı Ve Türkiye'de Vatandaşlık Kavramı, Azınlıklar Üzerinde Etkisi Ve Uygulamaları", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.32.

³⁰ Sambur, Bilal, "Medine Vesikasının Özgürlük ve Çoğulculuk Açısından Tahlili", Liberal Düşünce, 2014, Sayı 76, s.179-186.

³¹ Özel, Ahmet, "Gayri Müslim", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Cilt 13, 1996, s.418. <https://cdn.islamansiklopedisi.org.tr/dosya/13/C13004850.pdf> (erişim tarihi: 09.11.2019).

³² Kaya, Önder, "Tanzimat'tan Lozan'a Azınlıklar", Yeditepe Yayınevi, İstanbul 2005, s.13-19.

Bazı yazarlara göre Osmanlı İmparatorluğunun bazı kendine has özellikleri doğal olarak İslam hukukundaki esasların da kendine has bir şekilde uygulanması neticesini doğurmuştur. Osmanlıda her millet, kendi iç yönetimi bakımından milletlerin başlarına tabi olmuş ve kendi miras, aile, evlenme, boşanma vs. hukukunu uygulamıştır. Şer’i hukuka sadece ceza hukuku alanında tabi olmuşlardır. Milletlerin başları padişah ile ilgili millet arasında düzenleyici bir rol oynamaktaydı. Milletlerin hem merkezi düzeyde hem de yerel düzeyde olan başları kendi din adamları arasından bağlı bulunduğu milletçe seçilir ve padişah tarafından ataması yapılırdı. Bu temsilciler kendi yönetimi altındaki köy ve şehirlerde padişaha bağlı olarak gerekli düzenlemeleri yapar, vergileri toplarlardı. Bu anlamda hem padişaha hem de Osmanlının yerel yöneticilerine karşı sorumlu bulunurlardı. Esasen müslüman milletini padişah temsil etmekteydi ancak yine de Müslümanlar için de dini liderlik anlamına gelen şeyhülislamlık makamı söz konusuydu. Şeyhülislam, yönetim ile Müslüman millet arasındaki iletişimi ve uyumu sağlamakla mükellef idi.³³

Osmanlıda zimmilerin mal ve can güvenlikleri sağlanmasına ve toplum çoğulcu olmasına rağmen zimmiler ile müslümanlar tamamiyle eşit sayılmamaktaydı. Bunun birinci sebebi İslam hukukunda müslümanlar ile gayrimüslimlerin bazı hususlarda farklı hükümlere tabi olması, ikinci sebebi de Osmanlı devletinde siyasal anlamda hakim milletin müslümanlar olmasıydı. Bu da doğal olarak Millet-i Hakime (müslümanlar) ve Millet-i Mahkume (tabi olan milletler) ayrımını doğurmuştu. Bu ayrımın bir neticesi olarak zimmiler bazı meselelerde kısıtlı bir özgürlük alanına sahipti. Örneğin; zimmi bir erkek, müslüman bir kadınla evlenemezdi, zimmiyi öldüren müslümana idam cezası verilmezdi, gayrimüslimler gayrimüslim olduklarını belli edecek şekilde bazı işaretler taşırlardı, gayrimüslimlerin evleri müslümanların evlerinden yüksek olamazdı, Mekke ve Medine gibi müslümanlarca kutsal sayılan yerlerin yakınlarında gayrimüslimler ikamet edemezlerdi, silah kuşanamaz ve ata binemezlerdi, yüksek sesle ibadet edemezlerdi, ramazan ayında müslümanların önünde yiyip içemezlerdi, haç ve domuz gösteremezlerdi, umumi mahallerde şarap içemezlerdi.³⁴ Lewis’e göre İslam toplumlarında zaten hiçbir zaman müslümanlar ile gayrimüslimlerin eşit olması düşünülemez. Ancak önemli olan bu eşitsiz durumun bir zulüm haline dönüşüp dönüşmediğidir. Nitekim ayrımcılık ile zulüm farklı neticeleri olan kavramlardır. Yazara göre Ortaçağ’daki veya Hindistan’daki Kast sistemi veyahut Avrupa’daki aristokratik sistemler göz önünde bulundurulduğunda İslam sisteminin daha eşitlikçi bir görüntü verdiği kabul edilmelidir.³⁵

³³ Karpat, Kemal H., “Osmanlı’da Değişim, Modernleşme ve Uluslaşma”, İmge Kitabevi, 2006, s.118.

³⁴ Kaya, Önder, a.g.e, s.16.

³⁵ Lewis, Bernard, “İslam Dünyasında Yahudiler”, İmge Yayınları, Ankara 1996, s.13-18; Ayrıntılı bilgi için bkz. Kenanoğlu, M. Macit, Osmanlı Millet Sistemi, s.4-5.

Bahsedilmesi gereken ilginç bir mesele de Osmanlı Devletinde yaşayan Şiilerin hukuki statüsüdür. Bilindiği üzere Osmanlının kuruluş dönemlerinde gerçekleşen Şeyh Bedreddin ayaklanması Osmanlı devletinin Şiiler konusundaki politikasının değişmesine ve Osmanlı'nın siyasi olarak Şiileri farklı statüde değerlendirmesine yol açmıştır.³⁶ Daha sonra Osmanlı-Safevi ilişkilerinin sürekli bir çatışma haline bürünmesi ve Osmanlı alimlerinin Şiiliği Sünnilik ile bağdaşmayan bir inanç sistemi olarak belirleyen fetvaları Şiilerin Osmanlı devletinde farklı hukuki statüye girmelerine sebep olmuştur. Şiiliğin siyasallaşma ve devlet statüsüne erişebilme potansiyeli Osmanlıyı her daim Şiilere birtakım kısıtlamalar yapmak durumunda bırakmıştır. Örneğin Şii-Sünni medreseleri Osmanlıda hep ayrı olagelmiş homojen bir eğitim sisteminin önüne geçilmiştir. 1822 tarihli buyruk ile Osmanlıda Şiilerle evlenme sakıncalı görülmüştür. 1874 tarihli bir nizamname ile Osmanlı tebası ile İran tebası arasındaki evlilikler kesin olarak yasaklanmıştır. Bu durum Resmi Mezhep olarak Sünnilik ve Hanefiliği benimsemiş olan Osmanlı devletinde, Şiilerin esasen Müslümanlar gibi sayılmaması gerektiğine dair bir karinedir ancak Şiilerin gayrimüslim sayılması gerektiğine dair açık bir düzenleme de mevcut değildir. Bu sebeple Osmanlı devletinde Şiilerin vatandaşlık durumu tartışmalı olmuştur. İleride inceleyeceğimiz üzere 19. Yüzyılın sonlarına doğru vatandaşlık esası değişince İranlılar herhangi başka bir devlet vatandaşı gibi ecnebi sayılmışlardır ve vatandaşlık statüleri buna göre belirlenmiştir.³⁷

2. Vatandaşlık Sisteminin Dönüşümüne Zemin Hazırlayan Faktörler

17. yüzyıla gelindiğinde Osmanlıda ekonomik sistemin temel gelir kaynaklarından biri olan ve köylü kesimi kontrol altında tutmak için kullanışlı bir sistem olan Tımar sisteminin zayıflamasıyla birlikte Osmanlı millet sisteminin değişim sürecine girmeye başladığına şahit olmaktayız. 18. yüzyıla doğru vergi toplama işi tümüyle aracılara bırakılınca merkezi yönetimin otoritesi iyice zayıflamaya başlamıştır. Bu durumun doğal bir sonucu olarak ise bir nevi toplumun feodalleri olan ayanlar daha güçlü bir konuma yükselmişlerdir. Bunun yanı sıra Fransızlara verilmiş olan kapitülasyonlar dış devletlerin baskısıyla 18. yüzyılda tüm Katolikleri ve Ortodoksları kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Bu da gayrimüslim tüccar sınıfının müslümanlardan daha avantajlı bir konuma yükselmesinde büyük rol oynamış, gayrimüslimlerin yargısal, ekonomik ve

³⁶ Şeyh Bedreddin'in şii olup olmadığı tartışmalıdır. Bu anlamda şii olduğunu belirten görüşler için bakınız: Bardakçı, Mehmet Necmettin, "Osmanlı Devleti'nin Fetret Dönemi ve Şeyh Bedreddin Hareketi", SDÜ Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı 4, 1999, s.60. Şii olmadığını belirten görüşler için bakınız: Dindar, Bilal, "Bedreddin Simavi", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Cilt 5, 1992, s.334. <https://cdn.islamansiklopedisi.org.tr/dosya/5/C05001982.pdf> (erişim tarihi: 09.11.2019).

³⁷ Çağ, Galip; Ural, Selçuk, "Osmanlı-İran İlişkileri ve Osmanlı Modernleşme Çabaları Bağlamında Osmanlı Kadınının İranlılarla Evlenme Yasağı ve Uygulamaları", Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, 3/13, 2010, s.59-64.

idari bakımdan birtakım imtiyazlar elde etmesini sağlamıştır.³⁸ Dış devletlerin azınlıkların hamiliğini üstlenmesi ve yeri geldiğinde Osmanlıya karşı bu kesimleri kışkırtması millet bilincinin ve Osmanlıya aidiyet duygusunun zayıflamasına neden olmuştur. Böylelikle 19. Yüzyıla gelindiğinde Rum, Ermeni, Ortodoks gibi azınlık cemaatlerinin etkinliğini iyice arttırıp birer güç odağı haline geldiğini görmekteyiz. Gayrimüslim unsurlar artık dış politikada Osmanlıya karşı politik bir silah olarak kullanılmaktaydı. Hatta bazı zimmiler başka ülke vatandaşı olan kişilerin geldiği avantajlı durumdan yararlanmak için Osmanlı vatandaşlığından çıkıp yabancı ülke uyruğuna dahi geçmeye başlamışlardır.³⁹

Osmanlı gayrimüslimleri Akdeniz ticaretinin artmasıyla birlikte batıdan daha çok etkilenir hale gelmişlerdir. Bu anlamda batıya giden diplomatların Avrupa’ya çok övmesi ile bazı Avrupa devletlerine 16. Yüzyıldan itibaren bazı kapitülasyonlar verilmesi ve batılı devletlerin bu imtiyazları kullanarak gayrimüslim azınlıkları himaye etmeye çalışması özellikle gayrimüslim cemaatler üzerinde bir özgüven yenilenmesine neden olmuştur. Yabancı devletlerin himayesi neticesi doğan “mahmilik” (himaye edilen) statüsü yabancı devlet vatandaşlığına geçmesi dahi kişinin Osmanlı topraklarında avantajlı bir şekilde yaşayıp ticaret yapmasına neden olmuştur. Belirtmek isteriz ki mahmilik (protege) modern uluslararası hukukta yer alan “diplomatik himaye” kurumundan farklı olarak sadece yabancılar için değil vatandaşlar için de söz konusu olabilmekteydi. Daha açık ifadeyle Osmanlı tebası olan gayrimüslimler yine Osmanlı vatandaşı kalmakla birlikte yabancı devletler tarafından himaye edilebilmekteydi.⁴⁰ Bu durumda mahmi, Osmanlı topraklarında yabancı devlet himayesinde olmanın getirdiği avantajlar neticesinde bazı hukuki ve cezai müeyyidelerden, vergilerden muaf tutulmuştur. İngiltere ve Rusya gibi yabancı devletler Osmanlı vatandaşlarına sürekli bir şekilde mahmilik beratı vererek Osmanlı içişlerinde politik bir güç elde etmek istiyorlardı. Hatta Osmanlı Devletinde bulunan Avrupa Devletlerinin konsolosluklarında görevlendirilen tercümanlar dahi zamanla yabancı devletlerin himayesi altına girerek ve berat alarak mahmi statüsü elde etmeye başlamışlardır. 18. yüzyılda himaye meselesi kontrolden çıkmış, defalarca mahmilere ve tercümanlara nota verilmiş ve vergilerini ödemeleri talep edilmiş ancak bu tür çabalar yetersiz kalmıştır.⁴¹ Hatta Osmanlı bazen çok sert önlemler almak zorunda kalmıştır. Örneğin 1821 yılında Sultan’ın izni olmadan Danimarka himayesinde olmak isteyen bir kişi hapsedilmiş ve bu talebinden vazgeçmesi istenmiş, vazgeçmeyince idam edilmiştir. Ancak bu durum yine de zimmilerin himaye beratı almalarını

³⁸ Çelikel, Aysel; Gelgel, Günseli Öztekin, “Yabancılar Hukuku”, Beta Yayınları, 2017, s.46-53.

³⁹ Karpat, Kemal H., a.g.e, s.144 vd..

⁴⁰ Konan, Belkis, “Osmanlı Devletinde Protege (Koruma) Sistemi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 58, Sayı 1, 2009, s.175-176.

⁴¹ Karakoç, İrem, a.g.e, s.187-193.

önlememiştir. Bazı yazarlara göre 18. Yüzyılın sonunda Avusturya 200.000 ve Rusya 120.000 kadar Osmanlı vatandaşını himayesi (protege/mahmi) altına almış idi. 1810'da Müslüman tüccarlara "hayriye tüccarı" statüsü verilerek gayrimüslimlere karşı olan avantajsız durumun dengelenmesi amaçlanmışsa da yeterli olmamıştır. Berat alan gayrimüslimlerin harac, avarız, kassabiye ve tekalif'i örfiye gibi vergilerden muaf tutulması dezavantajlı durumu daha da derinleştirmiştir.⁴²

Avrupa devletleri ile ardı ardına yapılan kapitülasyon anlaşmalarında gayrimüslimlere ticari kolaylıkların getirilmesi özellikle Rum cemaati başta olmak üzere bir ticari burjuva sınıfı oluşmasına neden olmuştu. Bu şekilde güçlenen azınlıklar Avrupa devletlerinin de desteğiyle bağımsızlık hareketlerine önderlik etmişler, 1821-1829 Yunan İsyanında Rumların başı çektiği gibi, Osmanlıda azınlıkların ayaklanmasına ivme kazandırmışlardır. Osmanlı'nın içerisinde bulunduğu siyasi çalkantıdan bağımsızlık elde edemeyen gayrimüslimler dahi kitleler halinde Avrupa devletlerinin uyuşuna geçmeye başlamışlardı.⁴³ Böylelikle ayrıcalıklardan faydalanan kesimler müslümanlara nazaran daha da güçlü bir konuma gelmeye başlamışlardır. Bu durumu önlemek amacıyla Osmanlı yönetimi vatandaşlık hukukunu yeniden düzenleyecek bir dizi sosyal ve siyasal reform yapmak zorunda kalmıştır.

3. 19. yüzyılda Osmanlı Vatandaşlık Anlayışının Dönüşümü

Kopma noktasına gelen toplum bağlarını yeniden güçlendirmek adına 1839 Tanzimat Fermanı'yla başlayan reformlar 19. Yüzyıl boyunca sürekli bir şekilde genişleme eğilimi göstermiştir. Özellikle Tanzimat Fermanı'nda yer alan "*Bu İmparatorluk ödünleri dini ya da mezhebi ne olursa olsun bütün uyruklarımızı kapsar*" ifadesi, Osmanlı tebasından herkesin kanun önünde eşitliği prensibini resmi politika haline getirmekteydi.⁴⁴ 1856 tarihli Islahat Fermanı da Rusya'nın Ortodoksların hamiliğine soyunmasını engellemek için gayrimüslimler hakkında devrim niteliği taşıyacak vaatlerde bulunuyordu. Ferman'da gayrimüslimler lehine yer alan düzenlemelerin bazıları şöyleydi: Osmanlı tebasına mensup hiç kimse dini ayın yapmaktan men edilmeyecek, memuriyete ve okullara kabulde din farkı gözetilmeyecek, vergiler herkesten eşit olarak tahsil edilecek, gayrimüslimlere hakaret edilmeyecek, cizye vergisi kaldırılıp gayrimüslimlerin de askerlik yapması sağlanacak, mahkemelerde gayrimüslimlerin şahitlikleri kabul edilecek ve kendi dinlerine göre yemin etmeleri sağlanacak, Eyalet ve Sancak meclislerinde gayrimüslim temsilcilere

⁴² Çizakça, Murat; Kenanoğlu, M. Macit, "Ottoman Merchants and The Jurisprudential Shift Hypothesis", In Faroqhi, Suraiya; Veinstein, Gilles (ed), "Merchants in the Ottoman Empire" Collection Turcica, Vol.XV, 2008, Peeters Publishers, s.195-215..

⁴³ Mumyakmaz, Hatice Güzel, a.g.e, s.38-40.

⁴⁴ Davison, Roderic H., "Osmanlı İmparatorluğu'nda Reform (1856-1876)", Agora Kitaplığı, 2005, s.42.

daha çok yer verilecek.⁴⁵ Görüldüğü üzere Osmanlı, Islahat Fermanı ile, Avrupa Devletlerince kuvvetle muhtemel istenecek olan gayrimüslim imtiyazlarını daha baştan kendisi vermek istemiştir.

Vatandaşlık anlayışının dönüşümü 1876 tarihli Kanun-i Esasi’yi de etkilemiştir. Kanun-i Esasinin 8. Maddesinde vatandaşlık tanımı şu şekilde yapılmıştır: *“Devlet-i Osmaniye tabiiyetinde bulunan efradın cümlesine herhangi din ve mezhepten olur ise olsun bilâ istisna Osmanlı tabir olunur ve Osmanlı sıfatı kanunen muayyen olan ahvale göre istihsal ve iza’ edilir”*.⁴⁶ *Görüldüğü üzere Kanun-i Esasi herhangi bir dini, etnik veya mezhebi kimlik üzere değil Osmanlılık referans alınarak vatandaşlık bağını belirlemiştir. Esasen buradaki Osmanlılık ile kültürel veya dini benzeşmeden ziyade politik olarak birlikte olma amaçlanmıştır.*⁴⁷

Osmanlı Devleti’nin vatandaşlık hakkında en önemli düzenlemesi 1869 tarihli Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi’dir. İlan edildiği tarihten Osmanlı Devletinin yıkılışına ve hatta Cumhuriyet sonrası 1928 tarihine kadar yürürlükte kalmış ve Vatandaşlık hükümleri bu kanunname baz alınarak uygulanmıştır. Bu sebeple Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi’nin geniş bir şekilde ele alınması gerekmektedir.

4. 1869 Tarihli Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi ve Vatandaşlık

Gayrimüslim Osmanlı tebasının kapitülasyonlardan faydalanarak sürekli bir şekilde yabancı ülke vatandaşlığına geçmesi zorunlu olarak Osmanlı mevzuatının dönüşümünü gerektirmişti.⁴⁸ 1869 tarihinde 9 madde olarak kabul edilen Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesinin gerekçesinde Osmanlı tebaasının; uzun bir süreden beri yabancı pasaport alarak, dış ülkelerin vatandaşlığında oldukları ve ecnebi oldukları iddiasında bulunmaları meselesinden yakınılmaktaydı. Bu nedenle mevzubahis kanunnamenin esasen zorunlu bir modernleşme örneği olarak elzem bir ihtiyaçtan doğduğunu söyleyebiliriz.⁴⁹ Bazı yazarlara göre Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi İslam dünyasındaki ilk seküler vatandaşlık kanunu olup 1851 Fransız Vatandaşlık Kanunu örnek alınarak hazırlanmıştır.⁵⁰

Tabiiyetten maksat bir şahsın hangi devlete bağlı olduğunun belirlenmesidir demiştik. Bu anlamda tabiiyet (vatandaşlık) devletler hukuku alanında esas meselelerden biridir. Her devlet kendi vatandaşlık esaslarını ortaya koymakta

⁴⁵ Mumyakmaz, Hatice Güzel, a.g.e, s.38-44.

⁴⁶ Gözler, Kemal, “Türk Anayasaları”, Ekin Yayınevi, 1999, s.30-63.

⁴⁷ Erdem, Fazıl Hüsnü, a.g.e, s.10.

⁴⁸ Doğan, Vahit, “Türk Vatandaşlık Hukuku”, Savaş Yayınevi, 2019, s.35.

⁴⁹ Serbestoğlu, İbrahim, “Zorunlu Bir Modernleşme Örneği Olarak Osmanlı Tabiiyet Kanunu”, OTAM, 29/2011, s.13.

⁵⁰ Aybay, Rona; Özbek, Nimet; Perçin, Gizem Ersen, a.g.e, s.61.

serbesttir. Medeni devletlerin vatandaşlık hükümleri arasında birçok farklar mevcuttur. Bu sebeple kanunnameye vatandaşlık sıfatının belirlenmesi, kazanılması ve kaybı gibi meseleler önem arz etmektedir. Kanunnameye göre Tabiiyet-i Asliye bir kimsenin dünyaya geldiği anda kanunca bahşedilen sıfatıdır. Tabiiyet-i Müktesebe ise şahsın sonradan hayatının bir evresinde kanuna uygun olarak sarıh veya zımni rızasıyla ve bazen rızası hilafına kazandığı vatandaşlık sıfatıdır. Biz bu kavramları ve tabiiyetin hukuki sonuçlarını dönemin yabancı devlet hukukları ile mukayeseli olarak ve çoğunlukla Ali Edip'in 1891 tarihli Hukuk-u Düvel adlı eserinden istifade ederek incelemeye çalışacağız. Bu anlamda belirtmeliyiz ki Ali Edip'in dönemin yabancı kanunlarından verdiği mukayeseli örnekler günümüzde değişmiş veya ortadan kalkmış hukuki düzenlemeler olabilir. Benzer şekilde Osmanlı kanunları da Cumhuriyet sonrası kısa bir süre yürürlükte kalmış ve daha sonra yeni düzenlemeler ile değiştirilmiştir. Dolayısıyla Ali Edip'in kitabının güncel durumların mukayesesi yerine dönemin uluslararası sistemi çerçevesinde aktarılan bir mukayese yaptığı unutulmamalıdır.⁵¹

4.1. Vatandaşlığın Aslen İktisabı (Tabiiyet-i Asliye)

Vatandaşlığın aslen iktisabı doğum yoluyla olur. Yani Asli Tabiiyet bir kimsenin doğum yoluyla kazandığı tabiiyettir. Aslen iktisapta bazen soy, bazen doğum yeri ve bazen hem soy hem de doğum yeri esas alınır. Örneğin; İsviçre, Almanya, İsveç, Avusturya-Macaristan, Meksika ve Kosta-Rika kanunları soyu; İngiltere, ABD, Portekiz, Danimarka, Brezilya ve çoğu Latin Amerika ülkesi doğum yerini aslen iktisapta esas kabul ederler. Fransa, Belçika, İtalya, Rusya, Yunanistan, Lüksemburg ve Hollanda ise hem soyu hem de doğum yerini aslen iktisapta şart koşmaktadırlar. Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesinin 1. maddesine göre anne ve babası veya yalnızca babası Osmanlı tabiiyetinde bulunan şahıs doğumla birlikte Osmanlı tabiiyetinde kabul edilir. Bu nedenle bir şahsın vatandaşlığının tespiti için annesinden çok babasının hangi sıfatı taşıdığı önem arz etmektedir. İleride açıklanacağı üzere kanunnameye göre Osmanlı tebasından biriyle evlenen kadın Osmanlı tabiiyetini kazanır. Kanunnamenin 2. maddesine göre anne ve babası ecnebi (yabancı) olan ve Osmanlı topraklarında doğan bir kimse rüşt yaşına erdikten itibaren 3 yıl içerisinde Osmanlı tabiiyetine geçmeyi talep edebilir ki bu durum devletçe bahşolunan bir imtiyaz niteliği taşır. Çünkü ileride açıklanacağı üzere Osmanlı tabiiyetini sonradan kazanmak için bazı şartlar gerekmektedir ancak bu tür şahıslar bu şartları yerine getirmeden rüşt tarihinden başlayarak 3 yıl içinde tabiiyetlerinin tescilini isteyebilmektedirler. Bu hususta kişinin rüşt yaşının

⁵¹ Dönemin diğer bazı devletler hukuku kitaplarının incelemesi için bakınız: Aral, Berdal, "The Ottoman 'School' of International Law as Featured in Textbooks", Journal of the History of International Law, Vol.18, 2016, s.70-97.

belirlenmesi de önem taşımaktadır. Örneğin, anne ve babası Fransız olan bir kimseye Mecelle’deki 15 yaş mı yoksa Code Civil’deki (Fransa Medeni Kanunu) 21 yaş mı rüşt yaşı olarak uygulanacaktır? Esasen her devlet mecbur olmadıkça başka devletlerin kanunlarına başvurmamakta özgürdür. Bu sebeple rüşt yaşına da Mecelle kurallarının uygulanması gayet normal kabul edilmelidir.⁵²

Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesinin 3. Maddesine göre bir yabancının Osmanlı tabiiyetini kazanması için rüşt yaşını tamamlamış ve Osmanlı ülkesinde aralıksız 5 yıl ikamet etmiş olması gerekir. Bu şartları sağlayan bir yabancı Hariciye Nezareti’ne (dışişleri bakanlığı) bir dilekçeyle başvurarak Osmanlı vatandaşlığını talep edebilir. Kanunnamenin 4. Maddesinde 3. Maddedeki 5 sene ikamet şartını yerine getirmemiş yabancılara dahi Osmanlı devletince vatandaşlık verilebileceğini düzenlemektedir ki bu istisnai vatandaşlık genelde Osmanlı hizmetinde emeği geçmiş yabancılara verilmektedir.⁵³

Kanunnamenin 5. Maddesine göre vatandaşlık değiştirmek (tebdil-i tabiiyet) için Osmanlı devletinin izni gerekir. Bu izni alan kimse başka bir devlet vatandaşlığına geçtiği anda artık yabancı (ecnebi) olarak kabul edilir. Ancak bu izni almaksızın yabancı devlet vatandaşlığına geçen kişinin tebdil-i tabiiyeti yok hükmünde kabul edilir ve kendisi Osmanlı tebaasından kabul edilir. Bir kimsenin sorunsuz bir şekilde başka bir devletin vatandaşlığına geçmesi için 3 şartın gerçekleşmesi gerekir: İlk olarak kişi Osmanlı Devletine bir dilekçe ile başvuruda bulunmalıdır, ikinci olarak Osmanlı Devletince izin verilmeli ve üçüncü olarak da vatandaşlığına geçmek istediği devletin muvafakatini alınmalıdır. Esasen bu üç şart bir arada bulunmadan da vatandaşlık değiştirmek mümkünse de bu durum bazı sorunlara neden olacaktır. Mesela bir devlet bir kimseye vatandaşlık vermek için kişiden vatandaşlığını terk ettiği devletin muvafakatini getirmesini istemeyebilir ve sadece dilekçe ile vatandaşlık talebinde bulunmasını yeterli görebilir. Bu durumda tabiiyeti terk olunan devletin bu yeni vatandaşlığı yok sayması doğaldır. Örneğin Fransız kanunlarına göre bir Osmanlı 1 sene Fransız ülkesinde ikamet ederse dilekçe vererek Fransız vatandaşlığını kazanabilir. Ancak bu şahıs Osmanlı topraklarına girdiğinde kendisinin Fransız vatandaşlığı tanınmayıp hakkında Osmanlı tebaası gibi muamele edilir.⁵⁴

Kanunnamenin 6. maddesine göre Osmanlı devletinden izin almaksızın başka bir devletin vatandaşlığına geçen veya başka bir devlette askerlik hizmeti yapan kişiler devlet tarafından Osmanlı vatandaşlığından çıkarılabilir. Bu durum esasen Osmanlının iznini almaksızın hareket eden şahıs için bir nevi cezai müeyyide olarak düzenlenmiştir. Tabi ki bu müeyyide kesin bir

⁵² Edip, Ali, “Hukuk-u Düvel”, 1891, s.953-957.

⁵³ Edip, Ali, a.g.e, s.958.

⁵⁴ Edip, Ali, a.g.e, s.958-960.

müeyyide olmayıp devletin bu cezayı verip vermemekte takdir hakkı vardır. Bu takdirin kullanılmasında şahsın başka bir devlet vatandaşlığına ve askeri hizmetine nasıl geçtiği değerlendirme ölçütü olarak kullanılır. Eğer bir şahıs kendi devletine karşı bir kötü niyet içerisinde olmadan tabiiyet değiştirirse veya başka devletin askeri hizmetine girmesine rağmen kendi devletine karşı olan bir amaca hizmet etmezse Osmanlı Devleti bu şahsa ceza vermekten sarf-ı nazar eder. 6. maddenin esasen tayin ettiği ceza Osmanlı topraklarına girişin yasaklanmasıdır. Zira başka bir devletin tabiiyetine izin almadan giren kişi için zaten Osmanlı vatandaşlığının iptalinin bir önemi yoktur.⁵⁵

Kanunnamenin 7. maddesine göre Osmanlı vatandaşı iken bir yabancı (ecnebi) ile evlenmiş kadın, eşi öldükten sonra dilekçe ile başvuruda bulunursa asli vatandaşlığı olan Osmanlı tabiiyetine geri döner. Ancak bu madde emlak ve arazi kanunnamelerinde yer alan tasarruf hakkını tekrar vermez. Bu durum Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesinin neşredildiği anda gayrimüslimlere böyle bir hakkın tanınmadığından kaynaklanmaktadır. Zira kanunnameden önce de gayrimenkul tasarrufunda bulunamayan gayrimüslimler eşlerini Osmanlı tebasından seçerek onlar adına gayrimenkul intikal ettirirlerdi ki bu durumu ilgili daire memurları dahi görmezden gelir ve işlemi onaylardı.⁵⁶

Kanunnamenin 8. Maddesine göre Osmanlı devleti tabiiyetinden çıkmış veya çıkarılmış kişinin çocuğu rüşd çağına ermemiş olsa dahi Osmanlı tabiiyetinde kalmaya devam eder. Bunun tersi olarak Osmanlı tabiiyetine girmiş bir ecnebinin çocuğu rüşd yaşına gelmemiş olsa dahi kendi tabiiyetinde kalır ve ecnebi olmaya devam eder. Kanunnamenin 9. maddesine göre Osmanlı topraklarında ikamet eden her şahsa Osmanlı tabiiyetindeymiş gibi muamele edilir. Zira Osmanlı topraklarında aslanan Osmanlı tebasından olmaktadır. Aslın ispatı değil istisnanın ispatı külli kaidedendir. Bu nedenle Osmanlı tebaası ile aynı muameleyi görmek istemeyen şahıs Osmanlı tabiiyetinde olmadığını ispat ile mükelleftir.⁵⁷

Vatandaşlık sıfatının tayininde kıstas olarak soy alındığında genelde bir sorun çıkmazken doğum yeri kıstası esas alındığında bazı meseleler gündeme gelebilmektedir. Örneğin Osmanlı tabiiyetinde bulunan bir şahsın çocuğu, ister Osmanlı topraklarında isterse de ecnebi topraklarında dünyaya gelsin Osmanlı tebasından kabul edilir. Ancak mesela İngiltere de kendi topraklarında doğan bir şahsı İngiliz tabiiyetinde kabul etmektedir. Bu durumda İngiltere'de doğan çocuk İngiltere'de İngiliz, Osmanlı topraklarında Osmanlı tabiiyetinde kabul edilecektir. 12 Mayıs 1870 tarihli bir İngiliz kanunu uyarınca her ne kadar çocuk İngiliz tabiiyetini reddederek ebeveyninin vatandaşlığında kalmak

⁵⁵ Edip, Ali, a.g.e, s.960-962.

⁵⁶ Edip, Ali, a.g.e, s.963.

⁵⁷ Edip, Ali, a.g.e, s.963.

istediğini beyan edebilse de bunu yapmasa dahi yukarıda açıklandığı üzere Osmanlı topraklarında zaten Osmanlı tebasından sayılacaktır. Bu halde kişinin çifte vatandaşlık taşıdığı varsayılacaktır.⁵⁸

Bazı hallerde İngiltere ile Osmanlı Devleti veya Fransa arasında akit yapılıp, bir Osmanlı veya Fransız'ın İngiltere'de doğan çocuğu İngiltere'nin diplomatik himayesine girebilmektedir. Esasen bu çocuk İngiltere kanunlarına göre İngiliz sayılıp diğer devletlere karşı da İngiliz kabul edilmektedir. Ancak Fransa veya Osmanlıya karşı bu çocuk diplomatik himaye yoluyla korunmaktadır. Diğer bir durum ise İngiltere devleti İngiliz vatandaşlığını, çocuk rüşt yaşına gelince tanımaktadır. Bu durumda da çeşitli problemler karşımıza çıkabilmektedir. Şöyle ki; yukarıda bahsettiğimiz gibi ecnebi bir şahsın Osmanlı topraklarında doğan çocuğu rüşt yaşına geldiğinde Osmanlı vatandaşlığına geçmeyi talep edebilir. Ancak her devletin tayin ettiği rüşt yaşı birbirinden farklı olduğundan bu durum bazı ihtilaflara neden olabilir.⁵⁹ Örneğin Avrupa devletlerinin çoğunluğunun mevzuatına göre kişi rüşt yaşına ermeden askere alınmaktadır. Bu durumda Osmanlı topraklarında doğmuş olsa dahi kişi ebeveyninin tabiiyeti uyarınca askeri hizmete alınacaktır. Bu halde de Osmanlı devletince rüşt yaşına geldiğinde kendisine verilecek imtiyazın bir anlamı kalmamış olmaktadır. Bu yüzden yazarların çoğunluğu devletlerin tabiiyet, rüşt ve askerlik yaşı gibi düzenlemeleri yaparken başka devletlerin kanunlarına da bakarak düzenleme yapmasını ve hatta devletlerarası ikili anlaşmalarla bu tip hususların açıklığa kavuşturulmasını faydalı görmekteyler.⁶⁰

4.2. Vatandaşlığın Sonradan İktisabı (Tabiiyet-i Müktesebe)

Bir kadının evlenme suretiyle kazandığı vatandaşlık ile bir şahsın yine evlenme suretiyle başka bir devlet vatandaşlığına geçmesi veya bir devletin diğer bir devlete iltihak olması ile birlikte iltihak olan devletin vatandaşlarının zaruri olarak tabiiyet değiştirmesine vatandaşlığın sonradan iktisabı veya tabiiyet-i müktesebe denir. Bu üç meselenin de ayrı ayrı incelenmesi gerekir ancak buna geçmeden önce bazı meseleleri mütalaa etmek gerekir. Kadının kocasının tabiiyetine tabi olması esası Avrupa kanunlarındakine benzese de gerçekte bazı farklar mevcuttur. Avrupa'da evlenmekle birlikte ister kadın olsun ister erkek birinin vatandaşlığı diğerine de geçer. Ancak bu durum Şer'i Osmanlı mevzuatına aykırıdır. Zira daha önce de bahsedildiği gibi ecnebler emlak tasarrufundan mahrum olduğu için eşlerini Osmanlı tebaasından seçip onlar adına emlak işlemi yaptırmaktaydılar. Bu durumun önünü almak için Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesinde bir düzenleme yapılmıştır. Esasen baştan söylemek gerekir ki kanunnamenin bu yoldaki düzenlemesi

⁵⁸ Edip, Ali, a.g.e, s.963-966.

⁵⁹ Rüşt yaşı Avrupa'nın birçok devletinde 21, Osmanlı Devletinde ise 15'tir.

⁶⁰ Edip, Ali, a.g.e, s.967-968.

Osmanlının esas kanunları olan Ahkam-ı Şer'îye'ye uygun değildir ancak bu alanda suiistimallerin artması üzerine böyle bir düzenleme yapılmasının zaruri olduğunu da kabul etmemiz gerekir. Bazı yazarlara göre Şer'î ahkâmın maslahat uyarınca yorumuna başvurulacak olursa eşlerin birinin hukukunun diğerinin önüne geçmesi için makul bir sebep de yoktur. Kadim düşünce gereği kadının yaratılış olarak erkeğin altında bir derecede bulunduğu ve akli olarak noksan bulundukları söylenmiş ise de bu zan her zaman geçerli değildir. Zira günümüzde Avrupa ve Amerika'da kadınlardan çok iyi doktor, mühendis, siyasetçi ve edebiyatçıların çıktığı inkar edilemez bir gerçektir. Avrupa'da kadınların cinsiyetleri dolayısıyla yüklenebileceği yükler ne olabileceği hususunda kadın hakları (l'emancipation de la femme)⁶¹ gündeme gelmektedir. Örneğin askeri hizmet kadının yapısına uygun olmadığı için kadına yüklenmemiştir. Ancak Katerina, Maria Teresa gibi kimselerin varlığına rağmen kadınların önemli devlet makamları ve siyasi görevlerde bulunması engellenmiştir. Erkeklerin üstünlük kurmalarından dolayı Avrupa'da kadın hareketleri başlamıştır ki bu hareketin çıkış noktası da kadınların kocalarına olan mahkumiyetidir. Esasen evliliğin vatandaşlığa etkisinin olmaması noktasındaki Şer'î ahkâm isabetli olsa da Avrupa devletlerinde yaşanan olayların etkilemesi sonucu Osmanlı devleti dahi evliliğin tabiiyet sıfatına tesir etmesine izin veren düzenlemelere gitmek zorunda kalmıştır.⁶²

Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi ve Avrupa'nın çoğunluk devletlerinin kanunlarına göre kadınlar evlilik suretiyle başkaca bir işleme gerek olmaksızın kocalarının vatandaşlık sıfatını elde ederler. Bu hususta ne dilekçe vermeye ne devletin iznine ne de başka bir devletin muvafakatine ihtiyaç vardır. Hatta evlilik akdi yapan kadının rüşt yaşına ermiş olup olmadığının dahi bir önemi yoktur. Ancak evlilik bağının tam olarak kurulması şarttır. Evlilik ile kazanılan vatandaşlık, eş vefat ettiğinde dahi devam eder. Ancak kadın eşinin vefatından sonra kendi rızasıyla eski tabiiyetine geri dönebilir. Bu durumda bir Osmanlı vatandaşı ile evlenmiş kadın eşinin vefatından sonra eski vatanına döner veya ikametgahını başkaca bir devlete alırsa Osmanlı vatandaşlığından çıkmış sayılır. Acaba bir Osmanlıyla evlenen kadının kocası, evlilikten sonra tabiiyet değiştirirse bu durum Osmanlı vatandaşlığını kazanmış kadına sirayet edebilecek midir? bu hususta ittifakla kadının bu durumdan etkilenmeyeceği, vatandaşlık değiştirmeye zorlanamayacağı ve Osmanlı tabiiyetinde kalacağı kabul edilmiştir. Kadın bir Osmanlı ile evlenmekle Osmanlı vatandaşlığına geçmeyi zımnen kabul etmiştir. Artık evlilikten sonra kadının rızası hilafına vatandaşlığının değiştirilmesi kanuna aykırıdır. Yazarlar evlilikle kazanılan vatandaşlığı öyle bir hak olarak görürler ki evliliğin bir şekilde sakat olduğu

⁶¹ Dönemin diploması hayatında Fransızcanın etkili olması nedeniyle Ali Edip de bazı kavramların Fransızcasını aktarmaktadır.

⁶² Edip, Ali, a.g.e, s.969-973.

ispatlansa dahi bu durum kazanılan vatandaşlık sıfatını etkilemez demişlerdir. Fakat bunun için geçersiz olan nikahın geçerli zannedilerek iyi niyetle akdedilmiş olması ve kadının bu durumun tersini gösterecek bir hareketinin bulunmaması gerekir. Hatta bazı yazarlar kadının aksi yönde hareketi bulursa dahi nikah yok hükmünde sayılmadıkça evlilik ile kazanılan tabiiyet sıfatı bakidir demişlerdir.⁶³

Bir ecnebi ile evlenerek kazanılan vatandaşlık (teehhül) meselesi devletlerin takdiri yoluyla mümkündür. Bu meselenin daha iyi anlaşılması için bazı yabancı devletlerin bu husustaki düzenlemelerine göz atmak faydalı olacaktır. Almanya'nın 1 Haziran 1870 tarihli vatandaşlığın kazanılması ve kaybı hakkındaki kanunu uyarınca Alman idareleri evlilik suretiyle bir kimseye vatandaşlık sıfatı verebilirler. Mahalli idareye sunulacak dilekçeye onay verilmesi için ilk olarak vatandaşlık sıfatını değiştirmek isteyen şahsın kendi devleti kanunlarının buna muktedir olup olmadığı, değilse veli ya da vasisinin icazetini alıp almadığına bakılır. İkinci olarak eşiyle gayrimeşru bir ilişki içerisinde olup olmadığı, namus ve istikamet dairesinde bir birlikliklerinin olup olmadığı araştırılır. Üçüncü olarak Almanya'da bir ikametgahının varlığına veya ikametgahı olan Almanların ikametgahına kabul edilmiş olup olmadığına bakılır. Son olarak da kendisi ve ailesinin geçimini sağlayacak kadar bir servete veya bunu sağlayacak bir zanaata sahip olup olmadığına bakılır. Ayrıca mevzu bahis kanun uyarınca bir kimse Almanya hizmetine kabul edilmesiyle beraber Alman vatandaşlığını kazanabilmektedir.⁶⁴

İngiltere'nin 12 Mayıs 1870 tarihli İngiliz Vatandaşlığı ve Yabancılar Kanunu uyarınca her yabancı İngiltere Dışişleri Bakanlığı'na bir dilekçe ile başvurup kendilerine evlilik suretiyle İngiliz vatandaşlığını kazandıklarına dair bir belgenin verilmesini talep edebilirler. Bu belgenin alınabilmesi için şahsın, dilekçenin takdiminden 8 sene öncesinden başlayarak 5 sene İngiltere topraklarında ikamet etmiş olması veya 5 sene İngiltere hizmetinde bulunmuş olması gerekir. İngiliz Dışişleri Bakanlığı şahsa vatandaşlık verme konusunda takdir yetkisini haiz olup, kabul veya red hakkında gerekçe göstermek zorunda da değildir. Kabul ederse başvuran kimsenin İngiltere kanunlarına uyacağına ve Kraliçenin sadık tebasından olacağına dair bir icazet daha imzalaması gerekir.

İtalya'da bir yabancıнын evlenme suretiyle vatandaşlık kazanması ya kanunen ya da hükümdarın emri ile olur. Bir kimse İtalya medeni kanunu uyarınca dilekçeyle vatandaşlık talebinde bulunduğu zaman bu talep önce İtalya Meclisi ve Senatosundan geçmek daha sonra da hükümdara onaylatılmak zorundadır. Bunun haricinde bir kimsenin doğrudan doğruya hükümdarın emriyle de İtalya vatandaşlığını kazanması mümkündür. Bu durumda şahsın hükümdarın emrini, ikametgah olarak belirlediği yerin belediye makamına

⁶³ Edip, Ali, a.g.e, s.973-975.

⁶⁴ Edip, Ali, a.g.e, s.975-977.

sunup bunu kaydettirmesi ve belediye memurları huzurunda İtalya hükümdarı ve kanunlarına sadakat dairesinde hareket edeceğine dair yemin vermesi gerekmektedir. Eğer bahsi geçen işlemler 6 ay içerisinde yerine getirilmez ise hükümdar emri yok hükmünde kabul edilir.

Macaristan'ın 24 Aralık 1879 tarihli Macar vatandaşlığının kazanılması ve kaybı hakkındaki kanununa göre bir şahsın Macar vatandaşlığını kazanması için evlilikname (teehhülname) elde etmesi ve Macar devletine sadık olacağına dair yemin etmesi gerekir. Bu evliliknamenin kazanılması için 6 şartın yerine getirilmiş olması gerekir: ilk olarak Macar vatandaşlığını elde etmek isteyen şahsın buna kanunen yetkili olması veya veli veyahut vasisinin iznin almış olması gerekir. İkinci olarak bu durumun bir mahalli idare tarafından kabul edilmiş olması üçüncü olarak 5 sene boyunca şahsın Macar topraklarında ikamet etmiş olması dördüncü olarak sabıka yönünden bir mahzurunun olmaması beşinci olarak ailesinin geçimini sağlayacak bir sanat veya servete sahip olması veya bu yoksa altıncı olarak 5 seneden beri devlet hizmetinde bulunmuş olması gerekir.

Avusturya'nın 1 Mart 1833 tarihli kanunu uyarınca Avusturya vatandaşlığını kazanması için 10 sene boyunca Avusturya topraklarında ikamet etmiş olması ve bu durumu mahalli idare önünde ispat ile Avusturya devletine sadakat içerisinde olacağına dair yemin etmiş olması gerekir. Ayrıca şahıs, eşiyile birlikte namuslu bir birlikteliklerinin olduğunu da ispatlamak mecburiyetindedir.

Rusya'nın 6 Mart 1869 tarihinde yayınlanmış bir hükümdar kararnamesi (ukase) uyarınca Rusya vatandaşlığını kazanmak isteyen bir şahıs kararnamenin yayımı tarihi öncesinde 5 sene boyunca Rusya topraklarında ikamet etmiş olması gerekir. Rusya'da ikamet etmek isteyen bir ecnebi ikamet edeceği yerin mahalli makamına ismini kaydettirir ve ikametgahını beyan eder. Bunun üzerine kendisine eski devletinde ne işle meşgul bulunduğu ve Rusya'da ne işle iştigal edeceği sorulur. Bundan sonra mahalli amir tarafından kendisine bir şahadetname verilir ki yukarıda bahsi geçen 5 senenin hesabı bu şahadetnamenin tarihi baz alınarak yapılır. Bu şartlar yerine getirildikten sonra şahsın işleri bakanlığına hitaben yazacağı dilekçede nerede ikamet ettiği, ne ile meşgul olduğu, ömrünü ne ile geçirdiği ve bunlarla ilgili hangi belgelere sahip olduğu, daha sonra hangi sınıf⁶⁵ esnafa dahil olmak istediği, hangi beldede faaliyet göstermek istediği ve sonrasında sürenin kısaltılmasını isteyip istemediği, istiyorsa hangi gerekçeyle dayandığı gibi bilgiler yer almalıdır. Bunlara ek olarak bir ecnebi kendi devletinde askeri hizmet ile yükümlüyse ve Rusya'nın o devletle askerlik hizmetinden kaçanların iadesine dair bir anlaşması varsa, kişinin Rusya'da kalabilmesi için önceki devletinde askerlik hizmetini tamamladığını veya bu hizmetten muaf olduğunu ispat etmesi gerekir.

⁶⁵ Rusya'da halk sınıflara ayrılmıştır. Bu sebeple sınıfın belirtilmesi önemlidir.

Amerika Birleşik Devletleri bilindiği üzere dış dünyaya karşı tek bir yapıdan iç yapılanması ise eyaletlerden oluşmaktadır. Bu sebeple vatandaşlık konusunda her eyaletin kendi yasasının mı olacağı yoksa federal devlete mi uyulacağı meselesi bir problem olarak karşımızda durmaktadır. Bu tip devletlerde içeride birden fazla küçük yönetim birimi bulunsun da dış dünyada tek devlet mevcuttur. Bu nedenle tabiiyet meselesi federal devletin yetki alanına giren bir husus teşkil eder. Federe devletlerin ayrı bir vatandaşlık düzenlemesi mevcut değildir. Federal devletin kanunlarınca evlilik suretiyle vatandaşlığı kazanma çok kolay hale getirilmiş ve böylece çoğulcu bir toplum meydana gelmiştir. Ancak sonraları bazı kurallar daha eklenmiştir. Buna göre ABD vatandaşlığına geçmek isteyen kişi bir süre Amerika'da ikamet etmek, uzun süre gaip⁶⁶ olmamak ve merkezi hükümete başvurarak Amerika'yı vatan eylediğini ispat etmek ile mükelleftir.⁶⁷

Kanunlarca düzenlenen başka bir mesele de şahsın vatandaşlığını değiştirmesinin eşi ve çocukları hakkında ne sonuç doğuracağı meselesidir. Bu hususta çok çeşitli düzenlemeler mevcuttur. Almanya'nın 1 Haziran 1870 tarihli kanunu uyarınca bir ecnebi vatandaşlık değiştirerek Almanya tabiiyetine geçerse, aksi kararlaştırılmadıkça eşi ve çocukları da Almanya tabiiyetine geçer. Eş ve çocuklar eski tabiiyetlerinde kalacaklarına dair bir fikir beyan etmedikleri müddetçe babanın vatandaşlığına tabi olurlar. Bunun tersi olarak baba eğer Alman vatandaşlığını kaybederse buna bağlı olarak eşi ve çocukları da Alman vatandaşlığını kaybeder. Örneğin, bir Alman vatandaşı 10 sene boyunca gaip olmak veya devletin izni olmadan başka bir devletin hizmetine girmek suretiyle tabiiyetini kaybetmişse eşi ve çocukları da o anda tabiiyetlerini kaybederler. Osmanlı Devleti ve Rusya kanunları uyarınca bir şahsın tabiiyetini değiştirmesi veya kaybetmesi o şahsın sadece eşini etkiler çocuklarını etkilemez. Fransa'da ise böyle bir durum ne eşe ne de çocuklara sirayet eder. Yazarların çoğunluğunca muhtelif düzenlemeler arasında en makul olanı Osmanlı ve Rusya devletlerinin düzenlemeleridir.⁶⁸

Bir devlet gerek barış yoluyla, gerek savaş yoluyla ve gerekse de ittifak yoluyla başka bir devlete iltihak edebilir. Bu durum bir kitlenin vatandaşlık değiştirmesi sonucunu doğurabilir. Başka bir devlete terk olunan bir yerde mukim ahali topluca yeni devletin vatandaşlığını kazanmış olur ancak o yerde yabancı statüsünde bulunan kimseler bundan etkilenmez. Esasen savaş ya da barış halinde bir toprak bir devletten diğerine geçerken burada yaşayanların vatandaşlık durumlarının ne olacağı sözleşmeyle karara bağlanır. Bazen de bir beldeyi cebir ve şiddet ile fetheden bir devletin belgelerinde vatandaşlık bahsi

⁶⁶ Örneğin 10 sene gaip olan kişi vatandaşlığını kaybeder.

⁶⁷ Edip, Ali, a.g.e, s.977-984.

⁶⁸ Edip, Ali, a.g.e, s.984-985.

geçmez. Bu durumda “galip olanın sözü geçer” prensibi gereği galip devlet aldığı topraklardaki vatandaşların kendi tabiiyetine geçtiklerini duyurmakla yetinir. Bu gibi durumlar toprakları elinden alınan hükümdarın topraklarını bırakmaya yanaşmadığı veya Avrupalı yazarların dediği gibi medeni bir devletin bedevi bir milleti kendi topraklarına iltihak ettiklerini açıkladıkları zamanlarda meydana gelir.⁶⁹ Halbuki genelde meseleler bu şekilde cereyan etmez, genelde devletler ya harb eder ve biri diğerini fetheder, ya da ittifak eder ve biri diğerine iltihak eder. Daha önce zikrettiğimiz üzere iki devlet arasındaki ittifad şahsi veya maddi olabilir. Esasen şahsi ittihadıda iç işlerinde iki bağımsız devlet vardır ancak bu devletler bir hükümdara tabidir. Maddi ittifad ise federe devletlerden oluşan bir federal devlettir. İttihad etmek her zaman tabiiyet değişimini gerektirmez. Örneğin İngiltere Kralı 1. George’un zamanından 4. Wilhelm’in zamanına kadar Hanover devleti İngiliz kralına bağlı idi ancak tabiiyet sıfatı bakımından herhangi bir neticesi yoktu. Hanover ve İngiltere farklı tabiiyette kalmaya devam etmiş ve kendi vatandaşlık kurallarını uygulamaya devam etmiş idi. İsveç ve Norveç devletlerinin ittifadı veya Felemenk ve Lüksemburg devletlerinin ittifadı da aynı şekilde birbirlerinin vatandaşlıklarına etki etmemektedir. Görüldüğü üzere ittifad ister şahsi olsun ister maddi olsun bu durum vatandaşlık sıfatına etki etmemektedir.⁷⁰

Bir devlet diğer bir devlete ilhak ettiği zaman oranın halkına eski vatandaşlıklarını korumak isteyip istemediklerine dair bir seçim hakkı verilir. Bu durumda halk mahalli idareye başvurarak eski vatandaşlıklarında kalmak istediklerini beyan edebilirler veya o beldeden hicret edebilirler. Eğer bir beyan yok ve sükut edilmiş ise tabiiyet değişikliğine rıza gösterdikleri kabul edilir. Hicret yoluyla bir kimsenin önceki vatandaşlığını korumasına 26 Nisan 1798 tarihinde Fransa ile Cenova arasında akdedilmiş bulunan andlaşmayı örnek gösterebiliriz. Bu andlaşma uyarınca Cenova Fransa’ya iltihak etmiş ve eski vatandaşlıklarında kalmak isteyenler hicrete mecbur tutulmuş idi. Bu durum istinai olmuştur. Genelde ahalinin eski tabiiyetlerini korumak isteyip istemedikleri hakkında beyanı istenir. Örneğin, 10 Kasım 1859 yılında Fransa ile Avusturya arasında akdedilen bir sözleşmeye göre Lombardiya toprakları Fransa’ya terk edilmiş ve sözleşmenin 12. Maddesine göre Lombardiya ahalisine 1 yıl içerisinde beyanda bulunmak suretiyle tüm menkul eşyalarını alıp ülkeyi terk ederek eski tabiiyetlerine dönme hakkı tanınmış idi. Sözleşmede ayrıca taşınma anında götürdükleri eşyalardan vergi alınmayacağı ve sahip oldukları mülkler üzerinde eskiden olduğu gibi tasarruf haklarının olabileceği düzenlenmekteydi. Bazen bir devlet diğerine iltihak olduğunda hicret mecburiyeti getirmeden ahaliye eski tabiiyetlerine dönme imkanı

⁶⁹ 19. Yüzyıl’da Avrupamerkezci ve sömürgeci anlayışın bir neticesi olarak devletler Medeniyet düzeylerine göre sınıflandırılmaktaydı.

⁷⁰ Edip, Ali, a.g.e, s.985-989.

getirilir. Bu durumda eski tabiiyetlerine dönenler o devlet içinde ecnebi kabul edilirler. Bu duruma örnek olarak 8 Aralık 1860 gününde İsviçre'nin Bern şehrinde imzalanan ve Dad Vadisi'nin Fransa'ya terkini düzenleyen andlaşmayı sunabiliriz. Buna göre Dad ahalisi, bu topraklar Fransa'ya terk edildiğinden kural olarak Fransız kabul edilecekler ancak 1 sene içerisinde yetkili makamlara İsviçre tabiiyetini muhafaza etmek istediklerini beyan ederlerse Fransa'da yaşayan ecnebi İsviçreli olarak kabul edileceklerdir.⁷¹

Tabiiyet değiştirmenin sonuçları hakkında devletlerin mevzuatları çok geniş olsa da kanaatimizce bu hususta bazı ilkeler belirlenebilir. Vatandaşlık değiştirmenin birinci neticesi eski devleti ile olan bağının kesintiye uğraması, ikinci neticesi ise yeni devletin medeni kanunlarından tamamıyla faydalanabilmesidir.

Tabiiyet değişikliği geriye yürümez ve geçmiş işlemleri etkilemez. Yani bir şahıs bir devlet tabiiyetindeyken bir mukavele imzalamışsa, daha sonra yapacağı tabiiyet değişikliği bu durumu değiştirmez. Bu kaide özel hukukta cari ise de kamu hukukunda her zaman aynı sonucu vermeyebilir. Malum olduğu üzere Osmanlı Devleti ve diğer İslam topraklarında çok evlilik mümkündür. Avrupa'da birden fazla evlilik yasak ise de çoğu Avrupalı yazar insanların başka kimselerle gayrimeşru birlikteliklerinin çok fazla olduğundan hareketle Avrupa'da fiilen çok evliliğin mevcut olduğunu kabul ederler. Avrupa ahalisinin gayrimeşru münasebette bulundukları kişi kaç olursa olsun bunlardan dolayı kınanmadıkları ancak iki kadını nikahı altına almak istediğinde buna izin verilmediği bilinmektedir. Bu durumda mesela üç eşi bulunan bir Osmanlı vatandaşı Fransa tabiiyetine geçtiğinde kendisine nasıl muamele edileceği hususu açıklığa kavuşturulmalıdır. Müslüman bir tebaya sahip olan Avrupa devletleri bu hususta bir ayrıma gitmiştir. İngiltere ve Fransa devletlerinin genel itibarıyla Müslüman ahalinin özel hukukuna karışmadığı Fransa'nın Cezayir'de, İngiltere'nin de Hindistan'daki uygulamalarıyla bilinmektedir. Diyebiliriz ki Avrupa devletlerinde çok eşlilik yasak ise de Müslüman ahaliye bir istisna getirilmekte ve onların bu yoldaki uyuşmazlıkları da devletçe bulundurulmuş şer'i hakimler tarafından çözüme kavuşturulmaktadır. Bu mesele hakkında başkaca bir sorunu daha dile getirebiliriz. Bilindiği üzere bir Hristiyan tebadan bir kişi şer'i mahkemeye başvurup da bir kadını nikahladığını beyan eder ve kadın da buna muvafakat gösterirse bunlar arasında evlilik bağı kurulur. Şer'i kanunlarda çok evlilik geçerli olduğu için bir Hristiyan kilisece yasaklanmış olan çok evliliğe bu yolla ulaşılabilir. Acaba bu şekilde kendi dini kanunlarını çiğneyerek ve şer'i kanunlardan faydalanarak birden fazla eş alan bir Hristiyan acaba tabiiyet değiştirse yeni ülkede eşlerini de meşru kabul ettirebilecek midir? Avrupa müelliflerinin fikirleri ve kanunlarının gerekçeleri göz önünde

⁷¹ Edip, Ali, a.g.e, s.989-992.

bulundurulursa tabiiyet sıfatının geriye yürümeyeceği ve kişinin yeni devlette çok eşlilik iddiasında bulunamayacağı sonucuna varmamız gerekir. Tabiiyet değişikliğinden sonra bazı devletlere göre şahıs yeni devletin özel hukukundan faydalanır ancak kamu hukukundan faydalanamaz. Belçika gibi bazı devletlere göre ise her ikisinden de faydalanır.⁷²

4.3. Vatandaşlığın İadesi (İade-i Tabiiyet)

Osmanlı tabiiyetini kaybetmiş bir kimseye tabiiyetinin tekrar iadesi hakkında Osmanlı kanunlarında sarih bir hüküm yoktur. Bu durumda ne yapılabileceği hakkında Avrupa devletlerindeki düzenlemelerden yola çıkılarak bir sonuca ulaşılabilir. Örneğin, Fransa kanunlarına göre tekrar Fransız vatandaşlığına dönmek isteyen şahsın 3 şartı yerine getirmesi gerekir: ilk olarak Adalet Bakanlığına dilekçe ile müracaatta bulunacak daha sonrasında Fransa'da ikamet edeceğine dair beyanda bulunacak ve en sonunda da Fransa kanunlarına aykırı olan diğer tüm hukuklardan feragat ettiğini taahhüt edecektir. İtalya kanunlarına göre İtalya tabiiyetine yeniden dönmek isteyen şahıs İtalya devletinden aldığı izin ile İtalyan topraklarına dönecek, tabiiyetinde bulunduğu devletin vatandaşlığını, askeri ve devlet hizmetlerini terk edecek ve daha sonrasında aynı sene içerisinde ikametgahını İtalya'ya taşıyacağını nüfus memuruna taahhüt edecektir. Ayrıca İtalya'dan başka bir devletin tabiiyetine geçmiş olan şahsın çocuğu istediği takdirde hiçbir şarta gerek olmaksızın İtalyan vatandaşlığını kazanabilir. Almanya kanunlarına göre 10 yıl Almanya topraklarından ayrılan şahıs Alman vatandaşlığını kaybeder. Ancak başka devlette ikamet eden bu şahıs bir dilekçe ile Alman vatandaşlığında kalmak istediğini talep edebilir. Bunlardan başka Avrupa devletlerinin ekserisine göre bir ecnebi ile evlenen kadın eşinin vefatı üzerine eski tabiiyetine geri dönebilir.⁷³

4.4. Vatandaşlık Sıfatının Tespiti ve Hukuki Sonuçları (Sıfat-ı Tabiiyetin Derece-i Sübuta İsali)

Tabiiyet sıfatı kişiler hakkında bazı hukuk kurallarından yararlanmak, bazı mükellefiyetler ile bağlı olmak gibi hem kamu hukukunda hem de özel hukukta bazı sonuçlar doğurabilir ve kimi zaman bu durum tartışmalı olabilir. Mesela aile reisi olmakla elde edilen evlenme, miras, akit yapmak gibi hususlara vatandaşlık sıfatının etkisi çok önemlidir ve hatta bir devletin siyasi haklarından yararlanmak veya bazı yükümlülüklerinden muaf tutulmak için dahi tabiiyet durumunun etkisi büyüktür. Örneğin seçme ve seçilme hakkına sahip olmak, askerlik hizmetinden muaf olmak, savaş esnasında savaş vergisinden varest

⁷² Edip, Ali, a.g.e, s.992-999.

⁷³ Edip, Ali, a.g.e, s.999-1001.

tutulmak⁷⁴ gibi durumlar vatandaşlık sıfatı ile yakından ilişkilidir. Osmanlı devletinde ister mahkemede isterse bir devlet dairesinde bir kişinin tabiiyet sıfatı ihtilafı hale gelsin, bu husus hakkında dışişleri bakanlığından görüş alınır ve bakanlığın verdiği bilgiye göre kişinin tabiiyeti belirlenir. Bakanlığın verdiği bilgi de her zaman gerçek durum ile örtüşmeyebilir. Bu durumda aksini iddia eden kişi Danıştay’a (Şura’yı Devlet) başvurabilir. Danıştay’ın kararından da memnun kalmayan kişi Bakanlar kuruluna müracaat edebilir. Taşrada ise tabiiyet sıfatı Vali yanında bulunan siyasi işler memuru tarafından verilecek bilgiye göre tayin edilir. Ancak şu bir gerçektir ki milyonlarca insanın kaydının çok sınırlı kimselerce yapılmasından dolayı memurlar veya dışişleri bakanlığının kayıtları her zaman gerçeğe uymayabilir. Bu durumda tahkikatın genişletilmesi ve kişinin gerçek vatandaşlığının ortaya çıkartılması elzemdir.⁷⁵

Tabiiyet sıfatı kamu hukukundan sayılıp bu sıfatın sağladığı hukuktan şahsen feragat mümkün değildir. Mesela bir İngiltere vatandaşı ile Osmanlı vatandaşı aralarında akit yapsa ve akde “bu akitten doğan uyuşmazlıklarda İngiliz vatandaşı olan kimseye Osmanlı tebası gibi muamele edilir” şeklinde bir hüküm dercedilse esasen bu hüküm geçersiz olur. Çünkü tabiiyet sıfatının sağladığı haklardan devletin izni olmaksızın feragat mümkün değildir. Böyle bir akdin geçerli olabilmesi devletin veya konsolosunun tasdiki gerekir. Avrupa’da ise tabiiyet sıfatı özel hukuktan sayılıp bu gibi hususlar hakkındaki uyuşmazlıklar mahkemelerce görülür ki kanaatimizce en uygunu budur. Çünkü taraflar alenen yargılanıp, delillerini açık bir şekilde sunarak tabiiyetlerini ispatlama imkanına sahiptir. Hatta mahkemenin vereceği karardan memnun kalmayan taraf için istinaf ve temyiz yolları dahi mevcuttur.

SONUÇ

Uluslararası hukuka göre vatandaşlık kişi ile devlet arasında hukuksal bir bağıdır ve bireyin hangi hakları kullanıp hangilerinden yasaklı olacağı veya devletin diplomatik himaye hakkı vatandaşlık statüsüne göre belirlenmektedir. Bu nedenle vatandaşlığın hangi hususlar referans alınarak düzenleneceği meselesi önem arz etmektedir. Vatandaşlığın belirleyici unsurları değiştiği ölçüde bireyin haklarında da bir genişleme veya daralma yaşanacaktır. Vatandaşlık hem Avrupa’da hem de Osmanlı Devleti’nde dönüşüme uğramıştır. Avrupa devletlerinin vatandaşlık sistemindeki dönüşümün etkisine paralel olarak benzer dönemde Osmanlı vatandaşlık sistemi de ister istemez dönüşüme uğramıştır. Mesela ortaçağ döneminde Avrupa’da din kriterine göre vatandaşlık ayrımı yapılırken aynı dönemde Osmanlı’da da din ve zimmet kriteri baz alınarak vatandaşlık statüsü belirlenmekteydi. 18 ve 19. Yüzyıllara

⁷⁴ Bir devlet diğer bir devleti işgal ettiğinde işgal edilen topraklarda yaşayan halktan bazıları tabiiyet durumuna göre savaş vergisinden muaf tutulurlar.

⁷⁵ Edip, Ali, a.g.e, s.1001-1004.

gelindiğinde Avrupa'da din eksenli vatandaşlık ayrımının yavaş yavaş terk edilmesi ve vatandaşlık ayrımında doğum ve toprak esasının hakim olmaya başlaması ile birlikte Osmanlı içerisinde çifte vatandaşlık veya himaye (protege) sahibi gayrimüslim sayısının gittikçe çoğaldığını görmekteyiz. Yabancı devletlere verilen kapitülasyonlarda vatandaşlık veya vatandaşlık hakları konusunda bazı istisna durumların yaratılması, yabancı devletlerin bu durumu kendi lehine kullanarak esasen Osmanlı vatandaşı olan gayrimüslimleri himayesi altına almasına ve netice itibarıyla Osmanlı vatandaşlık sisteminin çökme noktasına gelmesine neden olmuştur.

Toplum sistemini Avrupa devletlerine uyumlu bir biçimde yeniden tanzim etmek ve sürekli yabancı pasaport alarak Osmanlı vatandaşlığından kopmak isteyen kimselerin durumunu netleştirmek ve toplumda oluşan adaletsiz durumu tersine çevirmek amacıyla 19. yüzyılda Osmanlı Devleti bir dizi siyasal ve sosyal reformlar yaparak vatandaşlık sistemini yeniden düzenlemek zorunda kalmıştır. Artık din ve zimmet eksenli vatandaşlık ayrımı yerini doğum, evlenme ve istisnai hallerde toprak eksenli ayrıma bırakmıştı. Böylelikle hem yabancı devletlerin diplomatik himaye mekanizmasının etkisi azaltılmaya hem de avantajlı konuma yükselen gayrimüslimlerin toplum içerisinde yarattığı rahatsızlık önlenmeye çalışılmıştır. Anlaşılabilir bir şekilde Avrupa Devletleri ve Rusya kendi çıkarlarını etkilemesine rağmen genel itibarıyla Osmanlı'nın bu alandaki yeni düzenlemelerine olumsuz tepki vermemişlerdir. Mesela 1869 tarihli Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi hakkında Avrupa devletleri, bunun Osmanlı'nın egemenlik hakkı olduğunu ve böyle bir düzenlemeye gitmesinin gayet mantıklı olduğunu söylemişlerdir.

Esasen Osmanlı'da vatandaşlık hukukundaki dönüşüm, son üç yüz seneden beri dünyanın artık keskin sınırlara sahip olmadığı, başka devletlerde yapılan değişikliklerin er ya da geç içinde yaşadığınız devleti de etkileyeceği gerçeğine güzel bir örnek olarak karşımızda durmaktadır. Nitekim Osmanlı bu düzenlemeleri modernleşmek adına yapmamış, bir ihtiyaca binaen yapmıştır. Günümüzün küresel dünyasında ise artık başka devletlerin düzenlemeleri dikkate alınmadan neredeyse hiçbir kanun yapılamamaktadır. Osmanlı'nın Avrupa'da oluşan uluslararası hukuk sistemine 1800'lerden başlayarak entegre olmaya çalışması da modernleşmenin ortaya çıkardığı doğal ihtiyaçlardan bir tanesi olarak görülmektedir. Bu anlamda Osmanlı bir yandan Batı kanunlarını iktibas ederken diğer yandan iç hukukunu da yeni oluşan uluslararası hukuka göre yeniden düzenlemiştir.

KAYNAKÇA

- Adıyeke, Nuri, "Osmanlı Millet Sistemine Dair Tartışmalar ve Siyasal Bir Uzlaşma Modeli Olarak Osmanlı Millet Sistemi", Yeni Türkiye Dergisi, Sayı 60, s.3.
- Aral, Berdal, "The Ottoman 'School' of International Law as Featured in Textbooks", Journal of the History of International Law, Vol.18, 2016, s.70-97.
- Aybay, Rona; Özbek, Nimet; Perçin, Gizem Ersen, "Vatandaşlık Hukuku", Siyasal Kitabevi, İstanbul, 2019, s.4 vd.
- Balcı, Sezai, "Babialı Tercüme Odası", Libra Kitapçılık ve Yayıncılık, 2013, s.139 vd.
- Bardakçı, Mehmet Necmettin, "Osmanlı Devleti'nin Fetret Dönemi ve Şeyh Bedreddin Hareketi", SDÜ Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı 4, 1999, s.60.
- Berdufi, Nertil; Dushi, Desara, "Social Contract and the Governments Legitimacy", Mediterranean Journal of Social Sciences, Vol. 6, No. 6 S1, 2015, s.393.
- Çağ, Galip; Ural, Selçuk, "Osmanlı-İran ilişkileri ve Osmanlı Modernleşme Çabaları Bağlamında Osmanlı Kadınının İranlılarla Evlenme Yasağı ve Uygulamaları", Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, 3/13, 2010, s.59-64.
- Çelikel, Aysel; Gelgel, Günseli Öztekin, "Yabancılar Hukuku", Beta Yayınları, 2017, s.46-53.
- Çizakça, Murat; Kenanoğlu, M. Macit, "Ottoman Merchants and The Jurisprudential Shift Hypothesis", In Faroqhi, Suraiya; Veinstein, Gilles (ed), "Merchants in the Ottoman Empire" Collection Turcica, Vol.XV, 2008, Peeters Publishers, s.195-215.
- Davison, Roderic H., "Osmanlı İmparatorluğu'nda Reform (1856-1876)", Agora Kitaplığı, 2005, s.42.
- Dindar, Bilal, "Bedreddin Simavi", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Cilt 5, 1992, s.334. <https://cdn.islamansiklopedisi.org.tr/dosya/5/C05001982.pdf> (erişim tarihi: 09.11.2019).
- Doğan, Vahit, "Türk Vatandaşlık Hukuku", Savaş Yayınevi, 2019, s.35.
- Edip, Ali, "Hukuk-u Düvel", 1891, s.953-957.
- Ekinci, Ekrem Buğra, "Osmanlı Hukuku", Arı Sanat Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul 2012, s.298.
- Erdem, B. Bahadır, "Türk Vatandaşlık Hukuku", Beta Yayınları, 2019, s.12-15.

- Erdem, Fazıl Hüsnü, “Yeni Anayasaya Doğru: Vatandaşlık. Osmanlı-Türkiye Anayasalarında Ve Yeni Anayasada Vatandaşlık”, SETA Analiz, Nisan 2012, s.6.
- Gözler, Kemal, “Türk Anayasaları”, Ekin Yayınevi, 1999, s.30-63.
- Güngör, Gülin, “Tabiiyet Hukuku”, Yetkin Yayınları, 2019, s.3-4.
- Karakoç, İrem, “Hukuk Tarihinde Vatandaşlık-Yabancılik Statüsü”, Yetkin Yayınları, 2012, s.19.
- Karpat, Kemal H., “Osmanlı’da Değişim, Modernleşme ve Uluslaşma”, İmge Kitabevi, 2006, s.118.
- Kaya, Önder, “Tanzimat’tan Lozan’a Azınlıklar”, Yeditepe Yayınevi, İstanbul 2005, s.13-19.
- Kenanoğlu, M. Macit, “Osmanlı Millet Sistemi: Mit ve Gerçek”, Klasik Yayınları, İstanbul 2007, s.10-16.
- Kenanoğlu, M. Macit, “Tek Devlette Çok Hukuk Olabilir mi?”, Düşünen Siyaset, Ağustos-Eylül 1999, Sayı 7-8, s.124.
- Kenanoğlu, M. Macit, “Zimmi (Osmanlılarda)”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Cilt 44, 2013, s.438-440. <https://cdn.islamansiklopedisi.org.tr/dosya/44/C44023695.pdf> (erişim tarihi: 09.11.2019).
- Kennedy, David, “International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion”, Nordic Journal of International Law, Vol.65, 1996, s.390-391.
- Konan, Belkis, “Osmanlı Devletinde Protege (Koruma) Sistemi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 58, Sayı 1, 2009, s.175-176.
- Kurtaran, Uğur, “Osmanlı İmparatorluğu’nda Millet Sistemi”, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı 8, 2011, s.4.
- Lewis, Bernard, “İslam Dünyasında Yahudiler”, İmge Yayınları, Ankara 1996, s.13-18.
- Mumyalmaz, Hatice Güzel, “Osmanlı’dan Cumhuriyet’e Vatandaşlık”, IQ Kültür Sanat Yayıncılık, 2013, s.33-40.
- Nomer, Ergin, “Türk Vatandaşlık Hukuku”, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s.17-26.
- Nottebohm Case, (Liechtenstein v. Guatemala), Second Phase, Judgment of April 6th, 1955, s.23.
- Ortaylı, İlber, “Osmanlı’da Azınlıklar ve Millet Sistemi”, Üç Kitada Osmanlılar, Osmanlı’yı Yeniden Keşfetmek 3, Timaş Yayınları, İstanbul, 2007, s.63.

- Özel, Ahmet, "Darülharp", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, 1993, Cilt 8, s.536. <https://cdn.islamansiklopedisi.org.tr/dosya/8/C08003249.pdf> (erişim tarihi: 09.11.2019).
- Özel, Ahmet, "Darülislam", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, 1993, Cilt 8, s.542. <https://cdn.islamansiklopedisi.org.tr/dosya/8/C08003254.pdf> (erişim tarihi: 09.11.2019).
- Özel, Ahmet, "Gayri Müslim", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Cilt 13, 1996, s.418. <https://cdn.islamansiklopedisi.org.tr/dosya/13/C13004850.pdf> (erişim tarihi: 09.11.2019).
- Palabıyık, Mustafa Serdar, "International Law For Survival: Teaching International Law in The Late Ottoman Empire (1859–1922)", Bulletin of the School of Oriental and African Studies, 2015, Vol.78, s.271-292.
- Palabıyık, Mustafa Serdar, "The Emergence of the Idea of 'International Law' in the Ottoman Empire before the Treaty of Paris (1856)", Middle Eastern Studies, 2014, Vol.50:2, s.233-251.
- Polat, Ezgi Güzel, "Osmanlıdan Günümüze Vatandaşlık Anlayışı", Ankara Barosu Dergisi, 2011/3, s.129.
- Sambur, Bilal, "Medine Vesikasının Özgürlük ve Çoğulculuk Açısından Tahlili", Liberal Düşünce, 2014, Sayı 76, s.179-186.
- Serbestoğlu, İbrahim, "Zorunlu Bir Modernleşme Örneği Olarak Osmanlı Tabiiyet Kanunu", OTAM, 29/2011, s.13.
- Ulugöl, Mehmet Cem, "Osmanlı Ve Türkiye'de Vatandaşlık Kavramı, Azınlıklar Üzerinde Etkisi Ve Uygulamaları", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.32.
- Universal Declaration of Human Rights, m.15. https://www.un.org/en/udhrbook/pdf/udhr_booklet_en_web.pdf (erişim tarihi: 12.11.2019).

15-18 YAŞ ARASI GEBELİKLERDE SAĞLIK MESLEĞİ MENSUPLARININ SUÇU BİLDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Mandatory Reporting Duty of Healthcare Professionals in Pregnancies Among 15–18 Years Old

Arş. Gör. Dr. iur. Rahime ERBAŞ* Büşra Hazel ATEŞ SARIDAĞ**

Prof. Dr. A. Coşkun YORULMAZ***

Geliş Tarihi: 02.08.2019 Kabul Tarihi: 28.01.2020

ÖZET

15-18 yaş grubu çocukların cinsel dokunulmazlığının ihlalinin mevcudiyetine dair şüphenin oluşması halinde sağlık mesleği mensuplarının durumu adli vaka olarak bildirme yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu durum TCK 279 maddesi gereği, kamu kurumlarında çalışanların; TCK'nın 280. maddesi gereği de özel sağlık kuruluşlarında çalışan sağlık mesleği mensuplarının bir yükümlülüğüdür. Nitekim Sağlık Bakanlığı Hukuk Müşavirliği'nin de 2008 yılında bildirdiği görüşünde TCK'nın söz konusu hükümlerine uygun olarak "18 yaş altındaki gebeliklerde resmi nikahı olmayan gebelerin sağlık kurum ve kuruluşlarına başvurduklarında tespiti halinde adli mercilere bildirimi gerektiği" belirtilmiştir. Ancak 2009 yılına gelindiğinde "18 yaş altındaki resmi nikahı olmayan gebeler, kamusal kurum ve kuruluşlarına başvurduklarında, bu ayrıma dikkat edilerek 15 yaşını tamamlamamış olanların (rıza olsun veya olmasın) tamamının ve 15 yaşını tamamlamış olanlar da ise cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen herhangi bir emarenin varlığı mevcut ise adli mercilere bildiriminin gerektiği" şeklinde farklı yönde bir görüş bildirmiştir.

ABSTRACT

Healthcare professionals are legally obliged to report the cases to the judicial authorities, when they come across to some clues which shows any suspicion of sexual exploitation and abuse of children aged 15-18 years. This is a legal duty for all healthcare professionals that is stipulated in art. 279 of the Turkish Penal Code for those who working in state health institutions and in art. 280 for the healthcare professionals working in private health institutions. As a matter of fact, in 2008, the legal department of the Ministry of Health expressed an opinion upon request in a manner consistent with these provisions by saying that "pregnancies under 18 years' old who have no formal marriage is to be reported by the healthcare professionals, when they apply to healthcare institutions". However, one year after, in 2009, the same legal department gave an opposite opinion by mentioning that "healthcare providers are obliged to report to the judicial authorities, only when either the child has not yet completed the age of 15 regardless of sexual intercourse is consensual or not is or the 15 years old child is exposed to sexual intercourse with the force, threat, deception or any other means affecting her will".

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, e-posta: rerbas@istanbul.edu.tr / ORCID ID: 0000-0002-6257-4312.

** T.C. Adalet Bakanlığı Cumhuriyet Savcısı Adayı, İstanbul Üniversitesi Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı, e-posta: hazel.ats8@gmail.com / ORCID ID: 0000-0002-0232-4629.

*** Koç Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı, e-posta: cyorulmaz@ku.edu.tr / ORCID ID: 0000-0003-4359-2395.

Bu nedenle özellikle kadın doğum ihtisasında çalışan sağlık mesleği mensuplarının gebelik kontrolüne gelmiş, gebe kalma tarihi 15-18 yaş arasına tekabül eden hastalarda bildirim yapma noktasında çekinceleri ortaya çıkmaktadır.

Bu tereddütleri sağlık mesleği mensupları açısından ortadan kaldırmak amacıyla bu çalışmada ilk olarak, Sağlık Bakanlığı Hukuk Müşavirliği'nin 2008 ve 2009 yıllarına ait görüşlerinin TCK ile uyumlu olup olmadığı değerlendirilecektir. Sonrasında TCK'daki sağlık mesleği mensuplarının suç bildirmelerini öngören düzenlemeleri, çocukların cinsel dokunulmazlığına ilişkin suçlar (özellikle TCK m.103 ve 104) ekseninde incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Suç bildirme, çocuk, cinsel suçlar, gebelik, sağlık mesleği mensupları, hekim.

For this reason, health care professionals particularly in the field of gynecology experience an uncertainty about whether they are legally obliged to report the cases in which the date of conception of the patient corresponds to the age between 15 and 18.

For the purpose of elimination of uncertainties in terms of mandatory reporting, this study will firstly indicate whether the opinions of Ministry of Health Legal Consultancy in 2008 and 2009 are compatible with the provisions of the Penal Code. Subsequently, mandatory reporting statues in Penal Code will be analyzed in in connection with the crimes against sexual integrity of the children such as art. 103 and art. 104 of the Code.

Keywords: Mandatory reporting, children, sexual crimes, pregnancy, healthcare professionals, physicians.

GİRİŞ

2018 yılında İstanbul'da bir Devlet hastanesinde 39'unun Suriyeli olduğu toplamda 115 çocuğun hamile olduğu saptanmış olmasına rağmen adli makamlara durumun bildirilmediği tespit edilmiş olup adli soruşturma başlatılmıştır. *"115 hamile çocuk skandalı"* olarak basında anılan bu olayda, durumu yetkili mercilere bildirmeyen kişilerin, suçu bildirmeme suçu (TCK md. 279) nedeniyle cezai sorumlulukları ortaya çıkmıştır. Zira çocukların cinsel dokunulmazlığının ihlalinin mevcudiyetine dair şüphenin oluşması halinde sağlık mesleği mensuplarının durumu derhal adli vaka olarak TCK'nın 279. ve 280. maddeleri gereğince bildirme yükümlülükleri bulunmaktadır. Cinsel dokunulmazlığı ihlal edilen suç mağdurunun çocuk olması halinde çocuk hangi yaş grubunda olursa olsun Devlet'in suç mağduru çocukları koruma yükümlülüğü kapsamında daha dikkatli olması gerekmektedir. Bu nedenle çocuğa yönelik cinsel suçlarda, her ihtimal özelinde değerlendirme yapılmak zorundadır.

Çocuklara yönelik işlenen cinsel dokunulmazlığa karşı suçların soruşturulması ve kovuşturulması için kural olarak şikayet aranmaz. Ancak 15-18 yaş grubundaki çocukla, TCK 104. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında sayılı olan yakınlık ilişkisi bulunmaksızın çocuğun rızasıyla cinsel ilişkide bulunulması, şikayete tabidir (md. 104/1). Bu hüküm ile kanun koyucu, belirtilen yaş grubu çocukların cinsel dokunulmazlıkları ile ilgili rızasına önem atfetmiştir. Bu nedenle 15-18 yaş grubu çocukların cinsel dokunulmazlığının ihlalinin mevcudiyetine dair şüphenin oluşması halinde sağlık mesleği mensuplarının durumu adli vaka olarak bildirme yükümlülüğünün olup olmadığı noktasında çekinceler ortaya çıkmaktadır. Bu çekinceler ile ilgili olarak Sağlık Bakanlığı Hukuk Müşavirliği de, 2008 ve 2009 yıllarında farklı iki görüş bildirmiştir.

Bu çalışmada söz konusu tereddütleri sağlık mesleği mensupları açısından ortadan kaldırmak amacıyla ilk olarak, Sağlık Bakanlığı Hukuk Müşavirliği'nin 2008 ve 2009 yıllarına ait görüşleri TCK hükümleri ile birlikte değerlendirilecektir. Sonrasında TCK'daki sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmelerini öngören düzenlemeleri, çocukların cinsel dokunulmazlığına ilişkin suçlar (özellikle TCK m.103 ve 104) ekseninde incelenecektir.

A. MESELENİN TAKDİMİ

Hekimler, mesleki etik ilkelerinin gereği olarak hastalarına ilişkin sırlarını saklamakla yükümlüdür¹. Bu yükümlülük, gelişen zaman içerisinde tıbbi hizmetleri sunan meslek gruplarının artmasıyla kapsamı genişleyerek tüm sağlık

¹ Gürkan Sert, Tıp Etiği ve Mahremiyet Hakkı, Babil Yayınları, Erzurum, 2008, s.113-114.

mesleği mensupları için geçerli hale gelmiştir. Ancak sağlık mesleği mensupları, mesleklerini sadece tıp ve tıp etiği bilgileri doğrultusunda değil; aynı zamanda hukuk kuralları doğrultusunda da yerine getirmekle yükümlüdürler. Hukuk kuralları içerisinde de en ağır sorumluluk ceza kanunlarından doğmaktadır. Temel suçların düzenlendiği Türk Ceza Kanunu(TCK)'nda da sağlık mesleği mensuplarına yükümlülük öngören suç tipleri bulunmaktadır. Bunlar arasından sağlık mesleği mensuplarının sır saklama yükümlülüğü ile ilişkisi nedeniyle önem arz eden bir yükümlülükleri de TCK'nın 279 ile 280. maddeleri nedeniyle suçu bildirme yükümlülüğüdür². Kamu görevlisi sıfatına haiz sağlık mesleği mensupları için TCK 279. maddesi, serbest olarak mesleğini icra eden ve özel hastanelerde çalışan kişiler açısından TCK 280. maddesinin uygulanması söz konusu olacaktır³. Bu hükümler şöyledir;

Madde 279- (1) “Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”.

Madde 280- (1) “Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”.

Suç bildirme yükümlülüğünün hasta profilleri bakımından değerlendirilmesinde önemli konulardan birisi de 15-18 yaş aralığındaki çocukların gebeliklerinin tespitinde hekimlerin sorumluluğudur. Hatta çocuğun yaşının ve cinsiyetinin önemi olmaksızın tüm cinsel ilişki bulguları (bilhassa zorlanma, yaralama ve darp gibi) ve emareleri, hekimlere adli vakayı

² Rahime Erbaş, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.184-185. Ayrıca bkz.: Rahime Erbaş, “Die ärztliche Schweigepflicht und die Anzeigepflicht von Straftaten im türkisch en Recht”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, Cilt:5, Sayı: 1, 2017, s.118.

³ A. Batuhan Baytaz, “Hekimlerin Tanıklıktan Çekinme Hakkı ile TCK Madde 280'deki Suçu Bildirmeme Suçu Çelişiyor mu?”, *Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı*, Cilt:2-3, Sayı:2-3, 2009-2010, s.172; Ali Parlar/Mustafa Öztürk, Adliye Karşı Suçlar, Aristo Yayınevi, İstanbul 2018, s. 297. Ayrıca bkz.:Yargıtay, 4. CD., Esas: 2012/13441, Karar: 2012/30482, Tarih: 17.12.2012, aktaran: Tuba Özalp/Faruk Özalp, Hekimin Cezai Sorumluluğu, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.269. Ayrıca bkz.: A. Burak Karahan, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)”, Cilt:25, Sayı: 2, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, s.973-974.

düşündürmelidir⁴. Bu bağlamda bu yaş grubundaki çocuk hastalar açısından gebelik, hususiyet arz etmektedir.

15-18 yaş grubu çocukların cinsel dokunulmazlığının ihlalinin mevcudiyetine dair şüphenin oluşması halinde sağlık mesleği mensuplarının durumu adli vaka olarak bildirme yükümlülükleri bulunmaktadır⁵. Bu durum TCK'nın 279. maddesi gereği, kamu kurumlarında çalışanların; TCK 280 maddesi gereği de özel sağlık kuruluşlarında çalışan sağlık mesleği mensuplarının bir yükümlülüğüdür⁶. Nitekim Sağlık Bakanlığı Hukuk Müşavirliği'nin de 2008 yılında bildirdiği görüşünde TCK'nın söz konusu hükümlerine uygun olarak *"18 yaş altındaki gebeliklerde resmi nikahı olmayan gebelerin sağlık kurum ve kuruluşlarına başvurdıklarında tespiti halinde adli mercilere bildirim gerektiği"* belirtilmiştir⁷. Ancak 2009 yılına gelindiğinde *"18 yaş altındaki resmi nikahı olmayan gebeler, kamusal kurum ve kuruluşlarına başvurdıklarında, bu ayrıma dikkat edilerek 15 yaşını tamamlamamış olanların (rıza olsun veya olmasın) tamamının ve 15 yaşını tamamlamış olanlar da ise cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen herhangi bir emarenin varlığı mevcut ise adli mercilere bildiriminin gerektiği"* şeklinde farklı yönde bir görüş bildirmişti⁸. Bu nedenle özellikle kadın doğum ihtisasında çalışan sağlık mesleği mensuplarının gebelik kontrolüne gelmiş, gebe kalma tarihi 15-18 yaş arasına tekabül eden hastalarda bildirim yapma noktasında çekinceleri ortaya çıkmaktadır⁹. Söz konusu bildirim yükümlülüğüne ilişkin yapılan bir anket çalışması da

⁴ Parlar/Öztürk,s.298; Gökhan Taneri, Hasta ve Hekim Hakları ile Uygulamadan Örnek Hükümlerle Hekim Ceza Sorumluluğu, Bilge Yayınevi, Ankara 2015, s.1023. Sadece beyana dayalı bilgiler doğrultusunda mesleğiyle bağlantılı şekilde öğrenilen suç hakkında bildirimde bulunulmaması halinde hekimlerin sorumluluğu TCK 279 yahut 280. maddelere göre değil herkes için geçerli suçu bildirmeme maddesi olan TCK 278. maddeye göre olacaktır (İlhan Üzülmaz, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu", Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 5. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 28 Şubat-1 Mart, Ankara 2008, s. 832).

⁵ Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, 13.bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.1184;Erbaş,Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü, s.72.

⁶ Ayşe Nuhoğlu, "Sağlık Mesleği Mensubunun Suçu Bildirme Yükümlülüğü (TCK m.280)", Sağlık Hukukunda Dünyadaki Son Gelişmeler, İstanbul, 2009, s.20-21; Erbaş, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü,s.184-185.

⁷ Sağlık Bakanlığı Hukuk Müşavirliği, B.10.0.HKM./647.03.01/07.45/13814 sayılı, "18 yaş altı resmi nikahı olmayan gebelerin adli mercilere bildirim" Konulu, 2008 Tarihli, Ana Çocuk Sağlığı ve Aile Planlaması Genel Müdürlüğü'ne Görüş Yazısı.

⁸ Sağlık Bakanlığı Hukuk Müşavirliği, B.10.0.HKM./647.03.01/07.45/25312 sayılı, "18 yaş altı resmi nikahı olmayan gebelerin adli mercilere bildirim" Konulu, 2009 Tarihli, Ana Çocuk Sağlığı ve Aile Planlaması Genel Müdürlüğü'ne Görüş Yazısı.

⁹ Canan Kuygun Karıcı/Ayşe Avcı/ Ayşegül Yolga Tahiroğlu/Özge Metin/Gonca Gül Çelik, "Bir Adli Bildirim Çelişkisi: Çocuk Yaşta Evlilik ve Gebelik", Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, Cilt:42, Sayı:4, 2017, s. 683.

sağlık mesleği mensuplarının bu çekincelerini göstermektedir¹⁰. Bilhassa kamuoyuna yansıyan ve basın tarafından “115 hamile çocuk skandalı”¹¹olarak isimlendirilen, hastaneye başvurmuş çocuk gebeliklerinin adli vaka olarak bildirilmemesi, konunun açıklığa kavuşturulmasını gerektirmektedir.

Sağlık mesleği mensuplarının, çocuk veya yetişkin olan hastaların rızası dışında kendilerine yönelik bir cinsel davranışta bulunulduğu beyanı ile karşılaştığında zaten tereddüt etmeksizin durumu adli vaka olarak bildirdikleri görülmektedir. Bununla birlikte özellikle mülteci ve göçmen sayısının artışı ile sıklıkla görülen resmi nikah olmaksızın birlikte yaşayan ya da yalnızca dini tören yapılmak suretiyle fiili (*de facto*) evlilik ilişkisine dahil olan çocuklardaki gebelik vakalarında¹² rıza dahilinde hamile kaldığını beyan eden 15-18 yaş arası çocuklarla karşılaşan sağlık mesleği mensuplarının adli birimlere karşı nasıl bir yol izlemesi gerektiği, mesele teşkil etmektedir. Bilhassa, mültecilerin ve göçmenlerin kimlik bilgilerine erişilemediği, fakat bu kişilere zorunlu tıbbi hizmetin sağlandığı haller dikkate alındığında aslında durumun daha çok yaşandığı ancak, bahsedilen sebeplerle kayıtlara girmemesi nedeniyle tespit edilemediği düşünülmektedir.

B. CİNSEL SUÇ MAĞDURU OLARAK 15-18 YAŞ ARASI ÇOCUK

15-18 yaş arası çocuklara yönelik cinsel davranışlar TCK 103 ve 104. maddeleri kapsamında suç teşkil etmektedir. Bu suçlar, ikisi *cinsel istismar* (md.103) ve birisi de *reşit olmayanla cinsel ilişki suçu* (md.104) olarak, üç şekilde işlenir. *Birincisi*; rızaları olsa bile bu yaş grubunda olup da söz konusu cinsel fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara yönelik gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, cinsel istismar suçunu oluşturur (md. 103/1-a). Örneğin 16 yaşındaki zeka geriliğine sahip bir çocuğa karşı cebir, şiddet ve hile uygulanmaksızın rızasıyla (karşı koyması olmaksızın) cinsel ilişki yaşanmış olması, cinsel istismar suçunu oluşturacaktır.İkincisi; yine cinsel istismar suçu olarak nitelendirilen, bu yaş grubundaki çocuklara yönelik cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen başka bir vasıtayla gerçekleştirilen cinsel davranışlardır (md. 103/1-b). Bu iki halde de aynı maddeye göre suç işleyen kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Yine bu iki halde şikayet koşulu aranmaksızın ihbarı ile fail hakkında derhal (re’sen) ceza muhakemesi soruşturması başlatılır.

¹⁰ Karacı/Avcı/Tahiroğlu/Metin/Çelik, s.684-685.

¹¹ *Basın İlan Kurumu*, “‘115 hamile çocuk’ olayına kamu davası açıldı”, (çevrimiçi) <https://www.bik.gov.tr/115-hamile-cocuk-olayina-kamu-davasi-acildi/> (Erişim Tarihi:11.05. 2019).

¹² Abulfez Süleymanov/Pelin Sönmez/Fatma Demirbaş Ünver/ Selami Mete Akbaba, *International Migration andChildren - Uluslararası Göç ve Çocuklar*, Londra, Transnational Press London, 2017, s.240.

Üçüncü durum ise reşit olmayanla cinsel ilişki suçu olarak nitelendirilen, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği olan söz konusu çocuklarla rızasıyla cinsel ilişkide bulunulmasıdır (md. 104). Ancak bu hal içerisinde suçun *şikayete bağlı olup olmamasına göre* 104. maddede ikili bir ayırım yapılmaktadır. 15-18 yaş arası çocuklarla cinsel ilişkide bulunan kişinin çocuk ile arasında evlenme yasağı bulunan, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen, koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi halinde şikayet aranmaksızın kamu adına soruşturma başlatılır (md. 104/2,3). Bu halde, suç işleyen kişi on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu yaş grubundaki çocukla, maddede sayılı yakınlık ilişkisi bulunmaksızın çocuğun rızasıyla cinsel ilişkide bulunulması yine 104. madde kapsamında suç oluşturur. Ancak bu kez ceza muhakemesi soruşturması, çocuğun şikayetinin varlığı koşuluna bağlıdır (md. 104/1). Cezası ise iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıdır.

C. ADLİ VAKA OLARAK NİTELENDİRME TEREDDÜTÜ

Sağlık Bakanlığı Hukuk Müşavirliği'nin 2009 yılına ait olup halihazırdaki son görüşünde 15-18 yaş aralığındaki gebeliklerin adli vaka bildirimini *"cebiri, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen herhangi bir emarenin varlığı mevcut ise adli mercilere bildiriminin gerektiği"* koşuluna bağlaması nedeniyle bildirimle ilişkin tereddüt ortaya çıkmıştır. Kanuni düzenlemelere bakıldığında; kanun koyucu 15-18 yaş aralığında olan çocukların cinsel ilişkiye ilişkin rızalarına değer atfetmiştir. Ancak bu yaş grubu çocuklar, rızası ile cinsel ilişkide bulunsun dahi şikâyet hakları, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu TCK 104. madde kapsamında devam etmektedir. Suça ilişkin şikayet hakkı veli veya vasisine değil, doğrudan suç mağduru çocuğa aittir¹³. Vekili, veli veya vasisi ile mağdurun şikayeti hususunda farklılık ortaya çıkarsa mağdurun iradesi esasa alınır¹⁴. Bununla birlikte hasta, hekimden suçu bildirmemesini isteyemeyeceği gibi; hekimin TCK'nın düzenlemesine aykırı olarak bildirmemeyi seçmesine de rıza gösteremez¹⁵. Ancak dikkat edilmelidir ki söz konusu yaş aralığındaki mağdur çocuğun, şikayetinin olup olmadığına ilişkin irade açıklaması, gebeliği tespit eden ve suçu bildirme yükümlülüğü bulunan sağlık mesleği mensubuna karşı değil; adli mercilere karşı yapılması gereken bir hukuki beyandır. Nitekim bu husus Türk Tabipler Birliği tarafından da sağlık mesleği mensuplarının dikkatine sunulmuştur¹⁶. Keza, mağdurun çocuk olması özelinde, CMK 236.

¹³ Murat Aydın, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, 3. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.109.

¹⁴ Çetin Akkaya, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.380.

¹⁵ Ümit Kocasakal, *Suç Bildirmeme Suçu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s.207.

¹⁶ *Türk Tabipler Birliği*, "Çocuk Gebeliklerin Bildirimi Zorunludur", 18.07.2018, (çevrimiçi) http://www.ttb.org.tr/haber_goster.php?Guid=713f2eb0-8a65-11e8-855e-02bcac27bd3f, (Erişim Tarihi:11. 05.2019).

maddesi ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu gereği mağdur çocuğun sadece adli merciler önünde şikayet hakkını kullanıp kullanmadığına dair beyanda bulunması dahi yeterli olmayıp, mağdurun dinlenilmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulması gerekir¹⁷.

1. Suç Vafının Belirlenmesi ve Şikayet

Bir suçun şikâyet tabi olup olmaması hukuki bir değerlendirme hatta kanun koyucuya ait bir tercih olup, tespiti yargı mercilerince yapılır. Keza şikayet hakkı, kullanımı altı ay ile sınırlandırılmış bir haktır (TCK 73/1). Şikayetin olup olmasının veya geçerli olup olmasının cinsel davranışın suç olmasını etkilediği düşünülürse, örneğin gebeliğinin 9. ayında gelen 17 yaşındaki çocuğun rıza ile cinsel ilişkiye girmesine rağmen mevcut durumda şikayetçi olduğunu belirttiği halde, 6 aylık şikayet süresi geçmiş olduğu için hekimin suçu bildirme yükümlülüğünün olmadığını kabul etmek gerekir. Ancak bu kabul hekimlerin tamamıyla hukukçu gibi davranması gerekliliğini doğuracaktır. Dolayısıyla hukuki bir kurum olan şikayet, yine hukuk içerisinde şartlara bağlı olması nedeniyle ancak yargı sistemi içerisinde çözülebilecek bir meseledir¹⁸. O halde sağlık mesleği mensubundan şikayete tabi suç ile re'sen soruşturulan ve kovuşturulan suç ayırımı yapması beklenemez¹⁹. Bu nedenle Türk ceza hukuku öğretisinde kanun koyucunun, sağlık mesleği mensuplarına suçu bildirim yükümlülüğü yükledikten sonra bu meslek grubuna bir de suçun şikayete tabi bir suç olup olmadığını tespit etme yönünde ek bir külfet getirmek istememiş olduğuna dikkat çekilmektedir²⁰. Ayrıca kanun koyucu, çocuğun cinsel dokunulmazlığının ve yüksek menfaatinin esas olduğu bu suçta, şikayete tabi bir suç olmasına rağmen suçu CMK md. 253/3 kapsamında uzlaştırma müessesesi dışında bırakmış ve bu konuyu uzlaştırmacıya dahi yasaklayarak kapalı tutmuştur²¹. Hatta öğretilde, kanuni düzenlemede karşılığı bulunmasa da fail veya mağdur statülerinde çocuklar söz konusu olduğunda uzlaştırma kurumuna başvurulamayacağını savunan bir görüş de mevcuttur²².

¹⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Esas: 2008/5-56, Karar: 2008/156, Tarih: 03.06.2008, (çevrimiçi) http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/ictihat_yargitay/kucukmagdur.pdf (Erişim Tarihi: 11.05.2019).

¹⁸ Özalp/Özalp, s. 272.

¹⁹ Faruk Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, Cilt:3, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1993, s.2583; Erbaş, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü, s.72-73, Sağlık mesleği mensuplarının ihbar yükümlülüğüne ilişkin re'sen takibi gereken suçlar ayırımı yapılmasının sağlık görevlilerine külfet getireceği yönünde bkz.; Taneri, s. 1020.

²⁰ Mahmut Koca/İlhan Üzülmaz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.989; Üzülmaz, s. 831. Ayrıca bkz.: Baytaz, s.173. Aksi yöndeki görüş için bkz.: Karahan, s.975-976.

²¹ Yener Ünver/ Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.723.

²² Bahri Öztürk ve diğerleri, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.65.

Bu bağlamda sağlık mesleği mensuplarından, kamu görevlisi olup olmadığı fark etmeksizin söz konusu şikayete tabi bir suçun mevcudiyetine ilişkin bir değerlendirme beklenemez²³. Bu nedenle, TCK'nın sağlık mesleği mensuplarına suç bildirimini emreden 280. maddesinde bildirilmesi gereken suçlarla ilgili bir ayırım yapmamış iken²⁴; kamu görevlilerine 279. maddesinde *“kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suç”* ile ilgili bildirimin emredilmiş olması, bunu değiştirmez²⁵. Örneğin X Devlet Hastanesi'nde çalışan kadın hastalıkları ve doğum uzmanı Dr. A'nın görev yaptığı esnada gebelik kontrolü için gelen 17 yaşında, bekar, 24 haftalık gebeliği bulunan hasta B'nin, gebeliğin rızasıyla akranı C ile gerçekleştiğini beyan ettiği, hekimin bu nedenle bir adli vaka bildiriminde bulunmadığı vakada; gebeliğin gerçekte dayısı ile olan ilişkisi sonucu meydana geldiğinin tespiti halinde, hekimin sorumluluğu doğacaktır. Ancak hekim aynı durum hakkında adli vaka bildiriminde bulunsaydı ve adli soruşturma neticesinde gerçekten cinsel ilişkinin B'nin rızasıyla akranı C ile gerçekleştiği tespit edilseydi, *“kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suç”* olmadığından bahisle hekime herhangi bir sorumluluk yüklenemeyeceği aşikardır.

Mağdur kimi zaman rızasıyla cinsel birliktelik yaşadıktan sonra resen soruşturulması gereken bir hal olmasa da çeşitli nedenlerle şikayet hakkını kullanabilmektedir. Bir yargı kararına yansıyan vakada 16 yaş içerisinde bulunan A'nın telefonla tanışarak arkadaşlık kurduğu sanık B ile mağdurenin köyündeki tarlada cinsel ilişkiye girdiği, sanığın ikinci eyleminden sonra tek başına doktora gittiği, gebe olduğunu öğrendiği, muayene esnasında rıza ile cinsel ilişkiye girdiğini beyan ettiği bu nedenle adli bildirimde bulunulmadığı ve kayıt dışı muayenesinin yapıldığı, gebeliğinin ilerleyen sürecinde mağdurenin annesinin tedavisi için geldiği ...Devlet Hastanesi'nde mağdurenin muayenesinde hamile olduğunun tespit edilmesi nedeniyle hastane polisine ihbarda bulunulması üzerine mağdurenin alınan beyanında, sanığın önce çocuğu düşürmesini istediğini, mağdurenin kabul etmemesi üzerine aldırmaı teklif ettiğini, sanıktan şikayetçi olduğunu belirtmiştir²⁶. Mağdur çocuğun, fail tarafından gerçekleştirilen eylemin suç olduğunu bilmemesi nedeniyle şikayette bulunmaması da görülen bir durumdur. Hatta doktrinde suç olduğunu bilmemesi nedeniyle şikayet süresinin de başlamayacağını belirten görüşler

²³ Hamide Zafer, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM)*, Cilt:71, Sayı:1, 2013,s.1341;Erbaş,Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü, s.134.

²⁴ Türk ceza hukuku öğretisinde bir görüşe göre, tıpkı 279. maddede olduğu gibi 280. maddeye göre sağlık mesleği mensupları sadece re'sensoruşturulan ve kovuşturulan suçları bildirmekle yükümlüdür. Bkz.: Kocasakal, s.183.

²⁵ Erbaş,Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü, s.133.

²⁶ Yargıtay 14 C.D., Esas: 2014/8443, Karar: 2015/1144, Tarih: 17.02.2015.

mevcuttur²⁷. Somut olayda yapılan yargılama sonucunda sanık hakkında zincirleme suretle reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan hüküm kurulmuş olup, çocuk olan mağdurenin ancak adli bildirimden sonra adli mercilere şikayetçi olduğunu belirtebildiği, çocuk adalet sisteminin işleyebilmesi ve çocukların etkin korunmasının sağlanabilmesi için bildirimin bir zorunluluk olduğu görülmektedir.

Ayrıca muayene esnasında anlaşılamamış olup, aslında suçun şikayete tabi reşit olmayanla cinsel ilişki suçu değil, resen soruşturma gerektiren cinsel istismar suçu olması da mümkündür. Örneğin bir kararda *“suç tarihinde mağdurenin 17 yaş içerisinde sanığın ise 19 yaş içerisinde olduğu, mağdure ve sanığın olay öncesinde en az 2-3 ay duygusal arkadaşlıklarının bulunduğu, 2012 yılı ocak ayında sanık ile mağdurenin birden fazla kez cinsel ilişkiye girdikleri, mağdurenin vücudunda meydana gelen değişiklikleri farkederek ve tanık olarak da dinlenen teyzesi ...’nin mağdureyi hastaneye götürerek test yaptırması üzerine mağdurenin 5 ay 1 haftalık hamile olduğunun anlaşıldığı, bu tarihten 2 ay sonra tekrar hastaneye gidildiğinde hastanede zorla cinsel istismara maruz kaldığının söylenmesi üzerine hastane yetkililerinin suç duyurusunda bulunduğu...”* belirtilmiş olup, mağdurenin ilk gebelik tespitinde korktuğu için söyleyemediği, sanığın mağdureyi her seferinde darp ederek ve olayı babasına anlatmakla tehdit ederek toplamda dört defa cinsel yönden istismar ettiği anlaşılmıştır²⁸. Bahsi geçen kararda mağdurenin, hamileliğin ailesi tarafından öğrenilmesi sonrası kendisini korumak için aslında cinsel ilişkisinin kendisinin rızası ile gerçekleşmesine rağmen, cebir tehdit kullanılarak cinsel ilişkisinin gerçekleştiğini beyan ettiğini belirten karşı görüş bulunmaktadır. Yargıya yansıyan birçok olayda karşı oyda belirtildiği gibi, mağdur rızası ile cinsel ilişkiye girse de *“çevresine mazur gösterme”* amacıyla, eylemin zorla gerçekleştiğini beyan edebilmektedir²⁹. Eğer somut olayda karşı görüş doğrultusunda karar verilecek olsa idi, mağdurenin ilk muayenesi sonrası adli bildirimde bulunulmaması nedeniyle, toplamda eylemden 7 ay sonra ikinci muayenede bildirim yapılması ile mağdurenin beyanı alındığından, yasal 6 aylık şikayet süresi geçmiş olacak ve dava hakkında düşme kararı verilecekti.

Vurgulanmalıdır ki; şikâyet tabi olduğu kısım kapsamında 15-18 yaş aralığındaki çocukların cinsel ilişkiye yönelik rızalarının bulunması davranışı suç olmaktan çıkarmamaktadır. Şikayetin varlığı ya da yokluğu hali suç olma vasfını etkilemez; sadece bir muhakeme şartı ve suçun adli makamlarca

²⁷ Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 386; Fahri Gökçen Taner, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s.392.

²⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Esas: 2015/425, Karar: 2016/61, Tarih: 16.02.2016.

²⁹ Mustafa Arslantürk, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 4. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s.541; Yargıtay 14. CD., Esas: 2012/8319, Karar: 2014/6548, Tarih: 13.05.2014., aktaran: Taner, s. 378.

“öğrenilme şekli”³⁰ olarak işlev görür. Buna göre ceza soruşturması makamları, şikâyet konusu fiil ile ilgili yaptıkları soruşturmada suçun işlendiğine yönelik yeterli şüpheye ulaşabilir veya ulaşmayabilir³¹. Bu nedenle soyut olarak bir suçun kanunda şikâyet tabi kılınmış olmasından hareketle, somut olaydaki değerlendirme hekime bırakılamaz. Bu nedenle bildirim de TCK 279 ve 280 gereği zorunludur³². Bu noktada dikkat çekilmelidir ki; cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar arasında bazılarında şikâyet şartı olduğundan bahisle bildirim yükümlülüğünün varlığında kanunlar nedeniyle bir çelişki olduğu görüşü³³, hukuki bir görüş açıklaması değildir.

Başka bir husus, 15-18 yaş aralığında rızası doğrultusunda cinsel ilişki gerçekleşmiş olması ve bu eylem için çocuğun şikâyetçi olmaması halinde dahi gebe kalan çocuk ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından yahut evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi halinde şikâyet dahi aranmamaktadır. Davranışın kim tarafından gerçekleştirildiğinin muayene kapsamında sağlık mesleği mensuplarınca tespit edilmesi mümkün olmayıp, bu durumun kapsamlı bir ceza soruşturması ve kovuşturması ile belirlenmesi mümkündür. Halihazırda çocukların dahil olduğu yargılamalarda hem çocukların örselenmesinin önlenmesi hem de çocukla görüşmenin özel eğitim gerektiren daha teknik bir konu olması ve davranışlarının anlaşılabilir beyanın güvenilir bir şekilde alınabilmesi için adalet sistemimiz içerisinde çocuk izlem merkezleri ve adli görüşme odaları kurulmuştur³⁴. Ayrıca mağdur çocuğun rızasını göstermeye ehliyetinin olmadığı durumlar da söz konusu olabilir. Örneğin şizofreni hastalığına sahip ya da bipolar bozukluğun manik döneminde olan yahut da mental retardasyona sahip bir çocuğun rızasının varlığı ayrıca psikiyatri uzmanları tarafından değerlendirilmelidir³⁵.

³⁰ Nur Centel/ Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. bs., Beta Basım Yayın, İstanbul, 2018, s.97.

³¹ Cumhur Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku- I-, 9.bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.66.

³² Nuhoğlu, s.21. Ayrıca bkz. Sert, s.151.

³³ Karcı/Avcı/Tahiroğlu/Metin/Çelik, s.685.

³⁴ Aygül Nalbant, “Soruşturma ve Kovuşturma Aşamasında Mağdur Çocuğun İfadesinin Alınması Ve Dinlenmesinde Yaşanan Sorunların Değerlendirilmesi”, *Uluslararası Çocuklar İçin Adalet Sempozyumu Yargılama Oturumları*, Ankara, 2012, s. 255.; Başbakanlık’ın 2012/20 sayılı Genelgesi ile kurulan Çocuk İzlem Merkezleri, 17/10/2019 tarihli ve 7188 sayılı Kanunun 22. maddesiyle Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 236. maddesi 4. vd. fıkralarda düzenlenerek kanuni bir zemin kazanmıştır. Bkz.:*Resmi Gazete*, Sayı: 30928 Tarih: 24.10.2019, (çevrimiçi), <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/10/20191024-25.htm>, (Erişim Tarihi: 26.01.2020).

³⁵ Erhan Temel, “Alman Hukukunda Psikiyatri Hastası- Hekim İlişkisi”, 4. *Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara, 2012, s. 116.

Sağlık mesleği mensuplarına zımni bir tespit yükümlülüğü getiren bir diğer hal ise 15-18 yaş aralığındaki çocukların cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedenle ortadan kalktığı hallerin tespittir. Bu mesleklerin icrası kapsamında asli yükümlülükleri tıbbi tanı, tedavi ve bakımı sağlamak kapsamındadır³⁶. Bilhassa sağlık mesleği mensuplarının hasta ile ilgilenme sürelerinin kısıtlı olması, yalnızca hastalığa dair bir araştırmaya yetecek bir zaman ayırabilmeleri ek bir yükümlülüğe izin vermemektedir. Bu bağlamda suç bildirimini hâlihazırda zaten mesleki faaliyet dışı ek bir yükümlülüktür³⁷.

2. 15-18 Yaş Arasındaki Mülteci ve Göçmen Çocuklar

15-18 yaş arası çocukların evliliğinin kabul edildiği bir ülkeden geldiği için Türkiye’de dini tören yapılmak suretiyle fiili (*de facto*) evlilik ilişkisine dahil olmuş mülteci veya göçmen çocuklar ile ilgili sağlık mesleği mensuplarının durumu adli vaka olarak bildirme yükümlülükleri mevcuttur. Eğer mültecilerin ve göçmenlerin kimlik bilgilerine erişilememesi nedeniyle gebe kişinin yaşı bilinmemekte ise; sağlık mesleği mensuplarının bu türden bir araştırma yapma yükümlülüklerinden bahsedilemeyeceği için fiziki bulgularından açıkça çocuk olduğunun anlaşıldığı durumlar hariç bildirim yükümlülüğü mevcut değildir.

Bahsedilen çocuklarla ilgili diğer bir husus ise Suriye’de evlenme yaşının Türkiye’den farklı olmasıdır. Suriye’de resmi evlenme yaşı Medeni Hal Yasası’nda erkekler için 18, kadınlar için ise 17 olmakla birlikte erkeklerin 15, kadınların 13 yaşını doldurması ile birlikte mahkeme kararı ile evlenebilmektedirler. Ancak bazı durumlarda hakim çocuğun hamile kalması durumunda 13 yaşından küçük olması halinde dahi evlilik kararı verebilmektedir³⁸. Bu nedenle Suriye vatandaşlarının çocuk yaşta Türkiye’de dini nikah ile fiili evlilik yaşadıkları görülmektedir. Konumuz kapsamındaki 15-18 yaş aralığındaki çocuklar açısından karşılıklı rızaları olmaları durumunda, eğer şikayetleri yok ise fail hakkında soruşturma aşamasında kovuşturmaya yer olmadığı, kovuşturma aşamasında ise düşme kararı verilmektedir. Bu kişiler 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun 91’nci maddesi kapsamında geçici koruma kapsamında olup, madde uyarınca çıkarılan Geçici Koruma Yönetmeliği’nin³⁹ 21’nci maddesine göre Yönetmelik kapsamındaki yabancıların kayıtları sırasında kimliğine ilişkin belge sunamaması halinde aksi ispat edilinceye

³⁶ Hasan Tahsin Gökcan, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, 3. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s.148; Üzülmüş, s. 830.

³⁷ Stephanie A. Wolfson, “Screening for Violence and Abuse through the Lens of Medical Ethics”, *DePaul Journal of Health Care Law*, Cilt: 11, Sayı:1, 2007, s.12.

³⁸ *The Norwegian Country of Origin Information Centre (LANDINFO)*, “Syria: Marriage Legislation and Traditions”, (çevrimiçi) <https://landinfo.no/wp-content/uploads/2018/10/Report-Syria-Marriage-legislation-and-traditions-22082018.pdf> (Erişim Tarihi: 13.06.2019).

³⁹ Resmi Gazete, Sayı: 29153 Tarih: 22.10.2014, (çevrimiçi), <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/10/20141022-15.htm>, (Erişim Tarihi: 24.12.2019).

kadar beyanının esas alınacağı belirtilmiştir. Göç İdaresi Genel Müdürlüğüne bildirilen yabancıların evlilik halleri de kayıt altına alınır ve güncellenebilir. Beyan esaslı geçici koruma kimlik belgesinden 15 yaşından büyük olduğu anlaşılmaktaysa da gerçekte yaş tayini ile anlaşılabilecek bir cinsel istismar vakası ortaya çıkabilmektedir. Yapılacak olan yargılamada TCK 8. maddesinde belirtildiği üzere, mülkilik- ülkesellik sistemi gereği Türkiye’de işlenen suçlar bakımından fail hangi ülke vatandaşı olursa olsun, ceza hukukuna ilişkin Türk kanunları uygulanır⁴⁰. Ayrıca çocuğun korunmasındaki yüksek menfaat de bunu gerektirir. Zira suçu bildirmeme suçu ile yalnızca adliyenin menfaati korunmaz, çocuğun da başta cinsel dokunulmazlığı hukuki değeri de korunmuş olur⁴¹.

TCK 4. maddesinde yer alan “*Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz*” hükmü gereği bu kişilerin fail olduğu eylemlerde, fiilinin suç teşkil etmediği inancıyla hareket etmesi cezai sorumluluklarını kaldırmayacaktır. Bu durumda TCK 30. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan, “haksızlık yanılığı” nedeniyle failin cezalandırılmamasını öngören hüküm değerlendirilebilir. Maddenin uygulanabilmesi için işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda failin kaçınılmaz bir hataya düşmesi gerekir. Bu tespit ise ancak hakim tarafından kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları gibi kriterlerin temelinde kapsamlı bir yargılama sonucunda yapılabilir⁴². Eğer mülteci ve göçmen çocukların yaşı hususunda fail tarafından hataya düşülürse, yine hakim tarafından tespit edilecek şartların varlığı halinde, TCK 30. maddesinin birinci fıkrasında yer alan suçun maddi unsurlarında hata hükmü kapsamında değerlendirilebilecektir⁴³.

3. Eşitlik İlkesine Aykırı Uygulamalara Yol Açma Tehlikesi

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçların hukuki yapısının her yönüyle sağlık mesleği mensupları tarafından bilinmesi ve değerlendirmesi mümkün değildir. Hal böyle olunca sadece suçun bir unsuruna ilişkin farklı değerlendirmeden hareketle sağlık mesleği mensuplarına uygulama zorunluluğu getirilmesi durumu daha karmaşık hale getirecektir ki bu da hem sağlık mesleği mensuplarına hem de yargı mensupları için durumu zorlaştıracaktır. Bu durum ise farklı uygulamaların ortaya çıkmasına sebep olacaktır. Örneğin, 16 yaşındaki çocuğun rızasıyla dayısı ile cinsel ilişki yaşadığı ve hekimin bunu bilmeyerek ve bilme yükümlülüğü olmayarak Sağlık Bakanlığı Hukuk Müşavirliği görüşüne uygun olarak cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen herhangi bir emare olmadığı için bildirimde bulunmadığı durumda suçun faili hakkında bir soruşturma yürütülmeyecektir. Ancak başka bir hekimin

⁴⁰ Yargıtay 5 CD., Esas: 2014/4078, Karar: 2014/5200, Tarih: 08.05.2014.

⁴¹ Karahan, s.951.

⁴² Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Esas: 2015/7, Karar: 2018/480, Tarih: 25.10.2018.

⁴³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Esas: 2013/563, Karar: 2014/95, Tarih: 25.02.2014.

de evlenme yasağı ihtimalini düşünerek suç olarak bildirmesi durumunda iki hekim için de bir sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Ancak bu durumda suç mağduru çocuk korunamayıp, diğer durumda gerekli işlemler yapılacaktır. Bu da en başta Anayasa'nın 10. maddesinde garanti altına alınan eşitlik ilkesine aykırı uygulamalara zemin hazırlayacaktır. Ayrıca vurgulanmalıdır ki; ceza hukukunun temel prensiplerinden "suçta ve cezada kanunilik ilkesi" ve bu ilkenin doğal sonucu olan belirlilik ilkesi gereği hangi fiillerin, hakkında adli vaka bildiriminde bulunulması gereken bir suç oluşturacağını kanun koyucu belirlemelidir. Hukuk devletinin gereği olarak yasama organının suç ve cezaya ilişkin kapsamı belirgin bir şekilde belirlemesi, yürütme organının ise sınırları kanunda belirlenmiş bir hükme ve yetkiye dayanmaksızın işlem tesis etmemesi gerekir⁴⁴. Sağlık Bakanlığı'nın hukuki görüş yazısının, kanun koyucunun belirlemiş olduğu haksızlık içeriğini ve kanunun uygulama alanını daraltması hukuk devletinin sağlamış olduğu güvenceleri zedeleyecektir.

SONUÇ

Cinsel dokunulmazlığı ihlal edilen suç mağdurunun çocuk olması halinde Devlet'in suç mağduru çocukları koruma yükümlülüğü kapsamında daha dikkatli olması gerekmektedir. Buna göre çocukların korunmasına yönelik sorumluluk bilinci ile hareket edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle çocuğa yönelik cinsel suçlarda, her ihtimal özelinde değerlendirme yapılmak zorundadır. Kanun koyucu tarafından belirlenen suç unsurlarının varlığının, hukuki nitelendirme yapma yetkisi olan yargı mensuplarınca değerlendirilmesinin yapılması halinde konuya gerekli ihtimam sağlanabilecektir. Dolayısıyla çocukların ihmal ve istismarının önüne geçilebilmesi için mevcut hukuk sistemi içerisindeki tüm dikkat ve özen gösterilmelidir.

Kanun koyucu, herhangi bir sınırlama yapmaksızın söz konusu maddelerde suçu bildirme yükümlülüğü öngörmüş olduğundan artık suç tipleri düzeyinde şu veya bu şartlarda bu yükümlülüğün olmadığı söylenmesi imkansızdır. Mesele, bizzat kanun koyucuya ait bir tercih meselesidir. En başta kanun koyucunun tercihi bu şekilde iken; sağlık mesleği mensupları karşılaştıkları suçları, şikayete tabi olup olmadığı fark etmeksizin bildirmekle yükümlüdür. Şikayete tabi bir suç olarak öngörülmüş olan TCK md. 104/1 için bildirim yükümlülüğü olması anlaşılabilir. Ancak kanun koyucu, aynı Kanun'un 279. ve 280. maddelerde tercihini açıkça yapmıştır. Kanun'un tercihi bu olunca; ne norm uygulayıcısı olarak hakim veya savcının ne de normun muhatabı olan sağlık mesleği mensuplarının kanunu iyileştirerek yorumlama yükümlülüğü söz konusudur. Herkes kanunla bağlıdır. Ancak olması gereken hukuk açısından- *de lege ferenda*- kanunda suçu bildirme yükümlülüğünün

⁴⁴ Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, Karis A.Ş. Başvurusu, No:2013/849, Karar Tarihi: 15.04.2014, Resmi Gazete, Tarih: 12.06.2014, Sayı:29028.

sınırlandırılarak tekrar ele alınması gerektiği görüşünde olduğumuzu özellikle belirtmeliyiz. Bu noktada korunan hukuki değerlere göre bir sınırlama ölçütü belirlenebileceği gibi; mağdurun ve failin özellikleri veya belirtinin türleri dikkate alınabilir⁴⁵.

Yine nihai olarak vurgulanması gerekir ki, sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmeleri için suçun şikayete tabi olup olmadığını; tabi ise şikayet şartının gerçekleşip gerçekleşmediğini ne araştırma yükümlülüğü ne de yetkisi mevcuttur.

15-18 yaş arası çocukların evliliğinin kabul edildiği bir ülkeden geldiğinden bahisle Türkiye’de dini tören yapılmak suretiyle fiili (*de facto*) evlilik ilişkisine dahil olmuş mülteci veya göçmen çocuklar ile ilgili sağlık mesleği mensuplarının durumu adli vaka olarak bildirme yükümlülükleri mevcuttur.

Sonuç olarak, kanun lafzından sağlık mesleği mensuplarının 15-18 yaş aralığındaki çocukların gebeliklerinden haberdar olmaları halinde bu çocukların rızası olup olmadığına bakılmaksızın adli vaka olarak bildirim yükümlülüğünün mevcut olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Aksi yöndeki yorum, halihazırda yürürlükte bulunan TCK’nın 279 ve 280. maddelerinde düzenlenen suçu bildirmeme suçuna karşı bir uygulama niteliğinde olacaktır.

KAYNAKÇA

- **Akkaya, Çetin:** Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- **Arslantürk, Mustafa:** Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 4. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- **Aydın, Murat:** Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 3. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- **Basın İlan Kurumu:** “‘115 hamile çocuk’ olayına kamu davası açıldı”, (çevrimiçi) <https://www.bik.gov.tr/115-hamile-cocuk-olayina-kamu-davasi-acildi/> (Erişim Tarihi:11.05. 2019).
- **Baytaz, A. Batuhan:**“Hekimlerin Tanıklıktan Çekinme Hakkı ile TCK Madde 280’deki Suçu Bildirmeme Suçu Çelişiyor mu?”, *Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı*, Cilt:2-3, Sayı:2-3, 2009-2010, s.169-176.
- **Centel, Nur/ Zafer, Hamide:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. bs., İstanbul, Beta Basım Yayın, 2018.
- **Erbaş, Rahime:** Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

⁴⁵ Karşılaştırmalı hukukta başvuru olan ölçütler için bkz.: Erbaş, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü, s.74-121.

- **Erbaş, Rahime:** “Die ärztliche Schweigepflicht und die Anzeigepflicht von Straftaten im türkisch en Recht”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, Cilt:5, Sayı: 1, 2017, s.99-123.
- **Erem, Faruk:** Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, Cilt:3, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1993.
- **Gökcan, Hasan Tahsin:** Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, 3. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- **Hakeri, Hakan:** Tıp Hukuku, 13. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- **Karahan, A. Burak:** “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)”, Cilt:25, Sayı: 2, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, s.948-978.
- **Karcı, Canan Kuygun/Avcı, Ayşe/ Yolga Tahiroğlu, Ayşegül / Metin, Özge/ Çelik, Gonca Gül:** “Bir Adli Bildirim Çelişkisi: Çocuk Yaşta Evlilik ve Gebelik”, *Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, Cilt:42, Sayı:4, 2017, s.682-686.
- **Koca, Mahmut/ Üzülmüş, İlhan:** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- **Kocasakal, Ümit:** Suçu Bildirmeme Suçu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- **Nalbant, Aygül:** “Soruşturma ve Kovuşturma Aşamasında Mağdur Çocuğun İfadesinin Alınması Ve Dinlenmesinde Yaşanan Sorunların Değerlendirilmesi”, *Uluslararası Çocuklar İçin Adalet Sempozyumu Yargılama Oturumları*, Ankara, 2012, s. 255-269.
- **Nuhoglu, Ayşe:** “Sağlık Mesleği Mensubunun Suçu Bildirme Yükümlülüğü (TCK m.280)”, Sağlık Hukukunda Dünyadaki Son Gelişmeler, İstanbul, 2009, s. 17-32.
- **Özalp, Tuba/ Özalp, Faruk:** Hekimin Cezai Sorumluluğu, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- **Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar:** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- **Öztürk, Bahri ve diğerleri:** Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- **Parlar, Ali/ Öztürk, Mustafa:** Adliye Karşı Suçlar, Aristo Yayınevi, İstanbul 2018.
- **Resmî Gazete:** Sayı: 29153 Tarih: 22.10.2014, (çevrimiçi), <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/10/20141022-15.htm>, (Erişim Tarihi: 24.12.2019).
- **Resmî Gazete:** Sayı: 30928 Tarih: 24.10.2019, (çevrimiçi), <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/10/20191024-25.htm>, (Erişim Tarihi: 26.01.2020).

- **Sağlık Bakanlığı Hukuk Müşavirliği:**B.10.0.HKM./647.03.01/07.45/13814 sayılı, “18 yaş altı resmi nikahı olmayan gebelerin adli mercilere bildirimini” Konulu, 2008 Tarihli, Ana Çocuk Sağlığı ve Aile Planlaması Genel Müdürlüğü’ne Görüş Yazısı.
- **Sağlık Bakanlığı Hukuk Müşavirliği:**B.10.0.HKM./647.03.01/07.45/25312 sayılı, “18 yaş altı resmi nikahı olmayan gebelerin adli mercilere bildirimini” Konulu, 2009 Tarihli, Ana Çocuk Sağlığı ve Aile Planlaması Genel Müdürlüğü’ne Görüş Yazısı.
- **Sert, Gürkan:** Tıp Etiği ve Mahremiyet Hakkı, Babil Yayınları, Erzurum, 2008.
- **Süleymanov, Abulfaz/Sönmez, Pelin/ Ünver, Fatma Demirbaş/ Akbaba, Selami Mete:** International Migration and Children - Uluslararası Göç ve Çocuklar, Londra, Transnational Press London, 2017.
- **Şahin, Cumhur:** Ceza Muhakemesi Hukuku- I-, 9.bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- **Taner, Fahri Gökçen:** Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- **Taneri, Gökhan:** Hasta ve Hekim Hakları ile Uygulamadan Örnek Hükümlerle Hekim Ceza Sorumluluğu, Bilge Yayınevi, Ankara 2015.
- **Temel, Erhan:** “Alman Hukukunda Psikiyatri Hastası- Hekim İlişkisi”, 4. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2012, s. 109-135.
- **The Norwegian Country of Origin Information Centre (LANDINFO):** “Syria: Marriage Legislation and Traditions”, (çevrimiçi) <https://landinfo.no/wp-content/uploads/2018/10/Report-Syria-Marriage-legislation-and-traditions-22082018.pdf> (Erişim Tarihi: 13.06.2019).
- **Türk Tabipler Birliği:** “Çocuk Gebeliklerin Bildirimi Zorunludur”, 18.07.2018, (çevrimiçi) http://www.ttb.org.tr/haber_goster.php?Guid=713f2eb0-8a65-11e8-855e-02bcac27bd3f, (Erişim Tarihi:11.05.2019).
- **Ünver, Yener/ Hakeri:** Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- **Üzülmez, İlhan:** “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 5. *Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 28 Şubat-1 Mart, Ankara 2008, s. 823-844.
- **Zafer, Hamide:** “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHF)*, Cilt:71, Sayı:1, 2013, s. 1327-1352.
- **Wolfson, Stephanie A.:** “Screening for Violence and Abuse through the Lens of Medical Ethics”, *De Paul Journal of Health Care Law*, Cilt: 11, Sayı:1, 2007, s. 1-21.

YARGITAY CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞININ İTİRAZI (CMK md. 308)

Objection of the General Prosecution Office of the Supreme Court of Appeal (Article 308 of the Law of Criminal Procedure)

Dr. Sacit YILMAZ*

Geliş Tarihi: 28.08.2019 Kabul Tarihi: 28.01.2020

ÖZET

CMK md. 308, olağanüstü kanun yolu olarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazına yer vermiştir. Yargıtay ceza dairelerinin kararına karşı gidilebilen bir kanun yolu olması bakımından, itiraz yolu önemlidir. İtiraz yoluyla Yargıtay ceza daireleri arasındaki içtihat farklılıklarını gidermek de mümkündür. Uygulamada itiraz yoluyla, sorunlu konular Ceza Genel Kurulu önüne götürülmekte, bu konularda çözümlere ulaşılması ve hukukun gelişmesi sağlanmaktadır. Makale içeriğinde, CMK md. 308’de belirtilen itiraz yolu tüm yönleriyle anlatılmaya çalışılacak, doktrinde tartışılan konuların değerlendirilmesi yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: İtiraz, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, içtihat birliği, infaz, zamanaşımı, sirayet, bireysel başvuru.

ABSTRACT

Article 308 of the CPL contains the appeal of the Chief Public Prosecutor of the Court of Cassation as an extraordinary remedy. The way of appeal is important as it is a remedy which can be challenged against the decision of the penal chambers of the Supreme Court. It is also possible to remedy the differences in case-law between the criminal chambers of the Supreme Court of Cassations. In practice, the problematic issues are brought before the General Assembly of Criminal Chambers through objection, solutions to these issues and the development of law are ensured. In the content of this article all aspects of the appeal remedy mentioned in CMK 308 will be explained, and the issues discussed in doctrine will be evaluated.

Key Words : Opposition, Chief Public Prosecutor at the Court of Cassation, Jurisprudence union, execution, prescription, spread, individual applications.

* Yargıtay Cumhuriyet Savcısı, e-posta: sacit73@yahoo.com, ORCID ID:0000-0001-9576-6073.

GİRİŞ

Günümüz Yargıtay'ın temeli olan Meclis-i Vala-yı Ahkam-ı Adliye 2. Mahmud tarafından 1837 yılında atılmış, 6 Mart 1868 yılında Sultan Abdülaziz döneminde bu Yüksek Mahkeme Meclis-i Ahkam-ı Adliye adıyla temyiz mahkemesi olmuş, 10.01.1945 gün ve 4695 sayılı Kanun ile temyiz mahkemesinin adı “Yargıtay” olarak değiştirilmiştir¹.

Yargıtay teşkilatı içinde yapılandırılmış olan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, kuruluşundan bugüne kadar mensuplarının hukuk alanındaki çalışmaları ve bilgi birikimleri ile adli yargıya yön vermiş ve ülke genelinde ceza adaletinin gerçekleştirilmesinde ve uygulama birliğinin sağlanmasında etkin bir rol oynayarak Türk hukuk sistemimizin vazgeçilmez unsurlarından biri olmuştur².

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının görevleri arasında temyiz incelemesi yapmak, kanun yararına bozma yoluna gitmek³, üst düzey memur soruşturması yapmak⁴, Uyuşmazlık Mahkemesi ile ilgili görevlerini ifa etmek⁵ ve siyasi partiler ile ilgili görevlerinin yanı sıra⁶, olağanüstü kanun yolu olan itiraz

¹ Gürsel Mol, **Türk Hukuk Tarihi Sürecinde Yargıtay**, Yargıtay yayınları No:28, Ankara, 2004, syf: 50

² <https://www.yargitaycb.gov.tr/kategori/70> Erişim Tarihi: 24/07/2019

³ 5271 sayılı CMK madde 309: “(1) Hâkim veya mahkeme tarafından verilen ve istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksiz keskinleşen karar veya hükümde hukuka aykırılık bulunduğunu öğrenen Adalet Bakanlığı, o karar veya hükmün Yargıtayca bozulması istemini, yasal nedenlerini belirterek Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı olarak bildirir.

(2) Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, bu nedenleri aynen yazarak karar veya hükmün bozulması istemini içeren yazısını Yargıtayın ilgili ceza dairesine verir.”

⁴ 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun madde 12: “Hazırlık soruşturması genel hükümlere göre yetkili ve görevli Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yapılır. Ancak Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreteri, Bakan yardımcılar ve valiler ile ilgili olarak yapılacak olan hazırlık soruşturması Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya Başsavcivekili, kaymakamlar ile ilgili hazırlık soruşturması ise il Cumhuriyet başsavcısı veya başsavcivekili tarafından yapılır.”⁽¹⁾

Hazırlık soruşturması sırasında hâkim kararı alınmasını gerektiren hususlarda; Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreteri, Bakan yardımcılar ve valiler için Yargıtayın ilgili ceza dairesine, kaymakamlar için il asliye ceza mahkemesine, diğerleri için ise genel hükümlere göre yetkili ve görevli sulh ceza hâkimine başvurulur.”

⁵ 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun madde 6: “İlgili Başsavcılar veya görevlendirecekleri yardımcılar, gerekli gördüklerinde veya Mahkemece gerekli görülen durumlarda yazılı olarak düşüncelerini bildirirler veya toplantılarda sözlü açıklamalarda bulunurlar, oya katılmazlar.”

⁶ 2797 sayılı Yargıtay Kanunu madde 27: “Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının görevleri şunlardır: 4. Bizzat veya Cumhuriyet Başsavcı Başyardımcısı, Cumhuriyet Başsavcı yardımcılar marifetiyle siyasi partilerin tüzük ve programlarını ve kurucularının hukuki durumlarının Anayasa ve kanun hükümlerine uygunluğunu, kuruluşlarını takiben ve öncelikle denetlemek, faaliyetlerini takip etmek, gerektiğinde siyasi parti, siyasi parti üyesi veya kuruluşu hakkında mahallinde denetleme, inceleme ve soruşturma yapmak,yaptırmak, 5. Siyasi partilerin kapatılması hakkında dava açmak”

incelemesi yapmak da bulunmaktadır. Bu kapsamda, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Yargıtay ceza dairelerinin temyiz incelemesi sonrasında verdikleri kararlara karşı re'sen veya istem üzerine tespit ettiği hukuka aykırılığın veya daireler arasındaki içtihat farklılığının giderilmesi için CMK'nun 308. maddesi uyarınca "itiraz" kanun yoluna başvurabilmektedir.

Bu makalede, CMK md. 308'de yer alan itiraz yolu tüm detaylarıyla incelenmeye çalışılacaktır.

A. GENEL OLARAK

Konuya başlamadan önce CMK md. 308'i bilmekte yarar var. Yasa hükmü şu şekildedir; "**Madde 308** - (1) Yargıtay ceza dairelerinden birinin kararına karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, re'sen veya istem üzerine, ilâmın kendisine verildiği tarihten itibaren otuz gün içinde Ceza Genel Kuruluna itiraz edebilir. Sanığın lehine itirazda süre aranmaz.

(2) (Ek fıkra: 02/07/2012-6352 S.K./99.md.) İtiraz üzerine dosya, kararına itiraz edilen daireye gönderilir.

(3) (Ek fıkra: 02/07/2012-6352 S.K./99.md.) Daire, mümkün olan en kısa sürede itirazı inceler ve yerinde görürse kararını düzeltir; görmezse dosyayı Yargıtay Ceza Genel Kuruluna gönderir."

Yasa metnini gördükten sonra, öncelikle itiraz yoluna neden gerek duyulduğu açıklanmalıdır. Şöyle ki, bilindiği üzere hukuk devleti ilkesi temelinde ortaya çıkan modern ceza muhakemesi, hukukun çizdiği sınırlar içerisinde, bireylerin temel haklarına saygı göstererek maddi gerçeği aramalı, maddi gerçeği bulduktan sonra da, hukukun öngördüğü şekilde cezai uyumsuzluğu çözüme kavuşturmalıdır⁷. Maddi ve hukuki gerçeği muhakeme kurallarına uyarak ortaya çıkarmak zorunda olan bu süreçte, yapılan işlemlerin her zaman maddi ve hukuki gerçeğe uygun olması beklenemez⁸. Amaç maddi gerçeği bulmak olunca, gerektiğinde Yargıtay ceza dairelerinden verilen kararların kesinleşmesi ile yetinilmemeli, bu kararlar yeniden ele alınabilmelidir.

Bu doğrultuda Ceza Usul Kanunu'nda, gerçeğin açığa çıkarılması için üç tür olağanüstü kanun yolu benimsenmiştir. Bunlar Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın itirazı (CMK md. 308), kanun yararına bozma (CMK md. 309-310) ve yargılamanın yenilenmesi (CMK md. 311-323)'dir⁹.

Hukuka aykırı olduğu iddiasıyla, Yargıtay Ceza Dairelerinden birinin kararının Ceza Genel Kurulunda incelenmesi için, Yargıtay Cumhuriyet

⁷ Hakan Karakehya, **Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğin Tespiti**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016, syf: 18

⁸ Serdar Talas, Ceza Muhakemesi Hukukunda Başsavcılığın İtirazı, İÜHFİM, C: LXX, S:1, , 2012, syf: 155

⁹ Doğan Soyaslan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yetkin Yayınları, 6.Baskı, Ankara, 2016, syf: 591

Başsavcısı tarafından, ilgili daireye yapılan başvuruya olağanüstü itiraz (davası); bu başvuru üzerine yapılan muhakemeye de olağanüstü itiraz muhakemesi denmektedir¹⁰.

Mehaz kanunda bulunmayan bu yol, önce 1926 yılında 834 sayılı Mahkeme-i Temyiz Teşkilatının Tevsiine Dair Kanun'un 5. maddesiyle kabul edilmiş, daha sonra bu kanun yerine 1928 yılında kabul edilen 1221 sayılı Temyiz Mahkemesi Teşkilatına Dair Kanun'un 10. maddesinde yer almış ve oradan da 1936 yılında 3006 sayılı yasayla yapılan değişiklikle 1412 sayılı CMUK'nun 322. maddeye geçmiş¹¹. 5237 sayılı CMK 308. maddeyle de uygulanmaya devam etmiştir.

B. İTİRAZA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

Mehaz kanunda bulunmayan ve bize özgü olan itiraz yolu doktrinde hep tartışılır olmuştur. Kimileri düzenlemenin yerinde olduğunu belirtirken, kimileri ise düzenlemeden vazgeçilmesini savunmaktadır.

1. Aleyhte Olan Görüşler

İtiraz yolunun aleyhinde olan görüş sahipleri şu hususları dile getirmektedirler. Yargıtay Daire ve Genel Kurulunun temyiz yargılaması sonunda verdikleri kararlar dünyanın her yerinde kesindir. Bu kararların hukuka uygunluğunu kabul etmek pratik bakımdan zorunludur. Kanunumuz, Yargıtay Başsavcısına hukuka aykırı gördüğü daire kararlarına itiraz yetkisi tanımakla, Yargıtay Ceza Genel Kurulunu hakem yapmak istemektedir. Ancak Başsavcı dairenin görüşünü beğenmedi diye aynı işe Ceza Genel Kurulunun bakması, Yargıtay'ın işini artırmakta ve bu da Yargıtay'ın asıl işini hakıyla görememesine yol açmaktadır. Genel Kurulun görüşünü öğrenmek elbet faydasız değildir ancak fayda ve zarar karşılaştırıldığında, zarar tarafı çok ağır basmaktadır¹².

Bu yetkinin sadece Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'na tanınmış olması ve sanığa bu hakkın tanınmamış olması, silahların eşitliği ilkesine aykırılık oluşturmaktadır¹³.

Bu kurumun amacı maddi gerçeği bulmaya yönelik olmasına rağmen, dosyaların hiçbir zaman kapatılmaması sorununu da beraberinde getirmektedir¹⁴.

¹⁰ Bahri Öztürk / Mustafa Ruhan Erdem / Özge Sırma / Yasemin Saygılar, **Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Kavramlar**, Turhan Kitabevi, 4. Bası, Ankara, 2006, syf: 608

¹¹ Kunter / Yenisey / Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınları, 16. Bası, İstanbul, 2006, syf: 1513; Öztekin Tosun, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri**, C:2, 2.Bası, İstanbul, 1976, syf: 253

¹² Nurullah Kunter, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Sermet Matbaası, 5. Bası, 1955, syf: 750

¹³ Nur Centel / Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınları, 16.Bası, İstanbul, 2019, syf: 916

¹⁴ Doğan Soyaslan, age, syf: 594

Her istendiği zaman Yargıtay kararları aleyhine gidilmesi, bu mahkemenin saygınlığını kırııcı olduğu gibi, hukukta güvence olan değişmezliği de bozabilir¹⁵.

Bu yetki Başsavcının şahsına verilmemelidir. Bütün işleri Başsavcının bizzat görmesi hem imkansız hem de gereksizdir. İtiraz yetkisi makama verilmeli, o makamı temsile yetkili olan herkes bu davayı açabilmelidir. Nitekim Yargıtay Kanunu'n 28. maddesi buna olanak sağlamaktadır¹⁶.

İtiraz davası olağanüstü kanun yolu olarak değil, olağan kanun yolu olarak kabul edilmelidir. Çünkü bu yola başvurmak için, Başsavcıya ilamın kendisine verildiği tarihten başlayarak 30 günlük bir süre tanınmıştır. Bu sürenin geçmesiyle ancak Yargıtay ceza dairesinin kararı yerine getirilebilecek ve bu karar kesin hüküm kuvvetine sahip olabilecektir. Otuz günlük süre geçmeden, kararın yerine getirilmesi mümkün değildir. Bu nedenle itiraz yolu, olağan kanun yolu olarak kabul edilmelidir¹⁷.

Benzer bir görüşe göre, CMK'nda itirazın olağanüstü kanun yolu olarak gösterilmesi, yanlış bir tasniftir. Zira bu kanun yoluna başvurulduğunda, henüz yerel mahkemece verilen ve Yargıtay Ceza Dairesi ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı önünde bulunurken, Yargıtay CGK'na götürülen hüküm kesinleşmemiştir ve kesin hüküm sonuçlarını doğurmaz. O nedenle bu bir olağan kanun yoludur¹⁸.

Bu konuda bir başka görüş, Başsavcılığın itirazının karma yapılı bir kanun yolu olduğuna yöneliktir. Bu görüşe göre, sanık aleyhine itirazda kabul edilen otuz günlük sürede hüküm kesinleşmeyecek, süre sonunda hüküm kesinleşecektir. Bu süre içerisinde itiraza gidilmesi halinde itiraz, olağan kanun yolu olarak kabul edilmelidir. Ancak sanık lehine itiraz başvurusunda süre sınırlamasının olmaması karşısında, kesinleşmiş hükümlere yönelik olarak itiraza gidilmesi halinde, itiraz, olağanüstü kanun yolu olarak kabul edilmelidir. Bu bakımdan karma bir yapıdan söz edilmelidir¹⁹.

İtiraz yolunun olağanüstü kanun yolu olduğunu farklı gerekçeyle kabul eden görüşler de vardır. Bu görüşe göre, Yargıtay daire ve genel kurullarının temyiz yargılaması sonunda verdikleri kararlar kesindir, o davada son söz sayılırlar. Sadece Başsavcı için açılmış olan ve bu nedenle "Başsavcının itirazı"

¹⁵ Öztekin Tosun, age, syf:254

¹⁶ Nurullah Kunter / Feridun Yenisey, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınları, 10.Bası, İstanbul, 1988, syf: 1126

¹⁷ Erdener Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, Adalet Yayınları, 15.Bası, Ankara, 2018, syf: 595

¹⁸ Yener Ünver / Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku - III**, Adalet Yayınları, 15.Baskı, Ankara, 2019, syf: 1992

¹⁹ Cumhur Şahin / Neslihan Göktürk, **Ceza Muhakemesi Hukuku - II**, Seçkin Yayınları, Ankara, 9. Baskı, 2019, syf: 296; Hakan Karakehya, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş yayınevi, 2. Bası, Ankara, 2016, syf: 649; Serdar Talas, agm, syf: 164

denen bu yol, kesin bir karara karşı tanındığından olağanüstü sayılmalıdır. Bu olağanüstülük bu yola gidişin istisnai olduğunu hatırlatır²⁰.

Bu arada itiraz kanun yoluna başvurulmasında, dava zamanasını süresinin dolması kaygısı da söz konusu olabilir. Ancak ceza yargılamasının amacı maddi gerçeğe ulaşmak ise, bu kaygıdan uzak hareket edilmeli ve dosyanın gereği yapılmalıdır.

2. Lehte Olan Görüşler

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itiraz yetkisini savunan görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşler özet olarak şu hususları içermektedir. İtiraz yoluyla, adli hataların önlenmesine ve adaletin gerçekleşmesine katkı sağlanır. Muhakemenin yenilenmesi yoluna duyulan ihtiyaç azalır. Yargıtay ceza daireleri, kararlarına karşı bu yola gidilebileceğini ve bu şekilde hatalarının görüleceğini düşünerek daha dikkatli karar verirler. İtiraz sonucu Genel Kurul son kararı vereceğinden, hükmün daha kolektif olması sağlanır²¹.

Ayrıca itiraz yoluyla, özel ceza daireleri arasındaki içtihat farklılıkları ortaya konarak, Ceza Genel Kurulu tarafından bu farklılıkların giderilmesi sağlanır ve bu şekilde içtihat birliği sağlanır²². Örnek vermek gerekirse, olası kastla insan öldürme veya yaralama halinde, Yargıtay 1. Ceza Dairesi iştirak hükümlerinin uygulanmasını kabul etmemektedir. Yargıtay 3. Ceza Dairesi ise, bu durumda iştirak hükümlerinin uygulanabileceğini kabul etmektedir²³. Her iki ceza dairesinin uygulamasının, sanıklar hakkında farklı sonuçlar doğuracağı açıktır.

²⁰ Feridun Yenisey / Ayşe Nuhoglu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin yayınları, 7. Baskı, Ankara, 2019, syf: 940; Veli Özer Özbek / Koray Doğan / Pınar Bacaksız, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınları, 12.Baskı, Ankara, 2019, syf: 787; Mustafa Özen, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2019, syf: 1313

²¹ Çetin Arslan, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı İtirazı, **Ceza Hukuku Dergisi**, C:2, S:5, Aralık 2007, syf: 110

²² Ahmet Gökçen / Murat Balcı / M.Emin Alşahin / Kerim Çakır, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2018, syf: 709

²³ **Yrg. 1 CD, 29/12/2014 gün, 2014/4898 esas, 2014/6720 karar:** “Dosya içeriği ve kabule göre,hakkındaki hüküm kesinleşen asli fail Ramazan’ın, mağdur Hakan’ı olası kastla yaralama eylemine sanık Hacıeli’nin yardım ettiğinden dolayı cezalandırılmasına karar verilmiş ise de; olası kasıtlı yaralama eyleminde, oluşan neticeye göre karar verilmesi gerekmesine ve bu nevi suçlara yardımın, yasal zeminde mümkün görülmemesine karşın, suça sürüklenen çocuk hakkında beraat yerine, yazılı şekilde mahkûmiyet kararı verilmesi,” UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 23/01/2020

Yrg. 3 CD, 27/11/2019 gün, 2019/13501 esas, 2019/21804 karar: “Yapılan yargılamaya, toplanan ve karar yerinde açıklanan delillere, mahkemenin kovuşturma sonucunda oluşan inanç ve takdirine, gösterilen gerekçeye ve uygulamaya göre sanıkların müdafilerinin temyiz sebeplerinin reddiyle hükümlerin ONANMASINA,” (onanan hüküm sanıkların olası kasıtlı yaralama suçundan TCK’nin 37. maddesi delaletiyle aynı Kanun’un 86/1, 86/3-e, 87/1-d, 87/1-son, 21/2, 62/1 ve 53. maddeleri uyarınca ayrı ayrı 2 yıl 1 ay hapis cezası ile mahkûmiyetlerine iliskindir) UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 23/01/2020

Bu konu Yargıtay C. Başsavcılığı tarafından itiraz konusu yapılmış ve sorunun çözümü için Ceza Genel Kuruluna konunun götürülmesi sağlanmıştır. Genel Kuruldan bu konuda halen karar çıkmamıştır.

Bir başka örnek, Yargıtay 15. Ceza Dairesi ve 23. Ceza Dairesi arasında yaşanan görüş ayrılığında gösterilebilir. Alışveriş siteleri aracılığıyla yapılan dolandırıcılık eylemlerinde 15. Ceza Dairesi eylemi TCK 158/1-f md.sinin ihlali olarak nitelendirirken, 23. Ceza Dairesi eylemi TCK 158/1-g md.sinin ihlali olarak nitelendirmekteydi²⁴. Aynı eylem hakkında farklı kararlar verilmesi üzerine, konu itiraz yoluyla Ceza Genel Kuruluna götürülmüştür. Genel Kurul konuyla ilgili kararında, eylemin TCK 158/1-f md.sini ihlal ettiğini belirterek, konuyu çözüme kavuşturmuştur²⁵.

Bir diğer örnek, karşılıksız yararlanma suçuyla ilgilidir. Bir başka kullanıcının elektrik sayacından kablo çekerek kendi evinde elektrik enerjisi kullanan sanığın eylemi Yargıtay 2. ve 13. Ceza Daireleri tarafından TCK 163/3 md.si uyarınca suç kabul edilirken; Yargıtay 17. Ceza Dairesi bu eylemi hukuki ihtilaf olarak değerlendirerek beraat kararı verilmesi gerektiğini belirtiyordu²⁶. Bu

²⁴ **Yrg. 23 CD, 14/05/2015 gün, 2015/14 esas, 2015/1602 karar:** “5237 sayılı TCK’nın 6/g maddesinde “Basın ve yayın yolu ile deyiminden; her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlar anlaşılır.” hükmü gereğince, internet yoluyla yapılan yayınların, basın ve yayın aracı kullanılarak yapıldığının kabul edildiği, somut olayda ise, sanıkların internet sitesine vermiş oldukları ilanda söz konusu aracın özelliklerini yazıp piyasa değerinden daha düşük bir miktarla satılık olduğunu belirtmeleri nedeniyle, yanıltıcı ve hile unsuru barındıran bu ilanı gören katılanın, ilandaki numarayı arayarak sanıklarla irtibata geçmiş olması karşısında, sanıkların eyleminin 5327 sayılı TCK’nın 158/1-g maddesinde düzenlenen “basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle nitelikli dolandırıcılık” suçunu oluşturacağı gözetilmeden, suç vasfında yanılığa düşülerek aynı Kanun’un 158/1-f maddesinde düzenlenen nitelikli dolandırıcılık suçundan hüküm kurulması suretiyle fazla ceza tayini” UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 23/01/2020

Yrg. 15 CD, 05/02/2015 gün, 2013/7793 esas, 2015/3613 karar: “Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 11.06.2013 tarih ve 2013/15-239 esas, 2013/289 sayılı kararında açıklandığı ve dairemiz uygulamalarında da anlaşılabileceği üzere, sanığın ‘www.makinaburada.net’ adlı internet sitesine satış ilanı vererek bu sistem üzerinden katlıandan menfaat temin etmesine göre, bilişim sistemi olan interneti araç olarak kullanılmış olduğundan, TCK’nın 158/1-f maddesi uyarınca cezalandırılması gerektiği gözetilmeden suç vasfında hataya düşülerek yazılı şekilde 158/1-g maddesi uyarınca hüküm kurulması,” UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 23/01/2020

²⁵ **Yrg. CGK. 08/03/2016 gün, 2015/23-1100 esas, 2016/110 karar.** UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 02/08/2019

²⁶ **Yrg. 13 CD, 10/12/2014 gün, 2013/30057 esas, 2014/35164 karar:** “Abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisi ise karşılıksız yararlanma suçunun konusunu oluşturmaktadır. Somut olayımızda da sanığın, müşterinin evine girerek balkondaki prizden kablo ile sayaçtan geçen elektriğini aldığı, suçun konusunun bir yerden bir yere aktarılabilir özellikteki enerji olduğu ve bu şekildeki eylemin bina içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeden kanıtların takdirinde ve suçun nitelendirmesinde yanılığa düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi,” UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 23/01/2020

konu da itiraz yoluyla Ceza Genel Kuruluna götürülmüş ve eylemin TCK 163/3 md.si kapsamında suç teşkil ettiği belirtilmiş ve Daireler arası görüş ayrılığı giderilmiştir²⁷.

Bir başka örnek, lehe kanun değişikliğinin yürürlüğüne ilişkin aynı suç tipine bakmakla görevli iki Yargıtay ceza dairesinin farklı uygulamasına yöneliktir. Şöyle ki, bilindiği üzere uyuşturucu madde kullanan kişiler hakkında TCK 191/3 md.si uyarınca denetimli serbestlik kararı verilmekte ve daha sonra Denetimli Serbestlik Şube Müdürlüğü'nce sanığa tebligat çıkartılarak, Müdürlüğe gelmesi ihtar edilmektedir. Sanık belirlenen sürede Müdürlüğe gitmediği takdirde, dosya yeniden mahkemeye gönderilerek yargılama yeniden başlatılmakta ve tedbire uymayan sanık hakkında hapis cezası verilmektedir. Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 28/06/2014 tarihinde yürürlüğe giren 6545 sayılı yasayla TCK 191/1 maddesine eklenen "denetimin gereklerine uymakta ısrar" düzenlemesinin, yasadan önceki ihlalleri kapsamayacak şekilde uygulanmasını kabul ederken; Yargıtay 20. Ceza Dairesi kanun değişikliğinin bu tarihten önceki ihlalleri de kapsadığını kabul etmiştir²⁸. İki daire arasındaki görüş ayrılığı yine itiraz yoluyla

Yrg. 17 CD, 06/07/2017 gün, 2015/20511 esas, 2017/9095 karar: "Sanığın, katılan Fadime Onar'a ait elektrik sayacından kablo çekerek kendi evinde elektrik enerjisi kullanmak şeklinde gerçekleştiği kabul edilen eyleminde; sanık ile katılan arasında 5237 sayılı TCK'nın 163/3. maddesinde belirtildiği şekilde abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisi kullanımı söz konusu olmadığı gibi, 05/07/2012 tarihinde yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanun'un 105. maddesi ile TCK'nın 141/2. maddesindeki "ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerji de taşınır mal sayılır" hükmünün de yürürlükten kaldırıldığı dikkate alındığında, sanığın eyleminin hukuki ihtilaf niteliğinde olduğu gözetilmeden beraati yerine yazılı şekilde karar verilmesi" UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 23/01/2020

²⁷ **Yrg. CGK. 07/02/2019 gün, 2017/17-1124 esas, 2019/73 karar.** UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 02/08/2019

²⁸ **Yrg. 20 CD, 03/05/2017 gün, 2015/7854 Esas, 2017/2837 Karar:** "28.06.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, TCK'nın 191. maddesinin 4. fıkrasının (a) bendinde yer alan, "kişinin, erteleme süresi zarfında; kendisine yüklenen yükümlülüklerle veya uygulanan tedavinin gereklerine uygun davranmamakta ısrar etmesi hâlinde, hakkında kamu davası açılır" hükmü gereğince sanığa Niğde Denetimli Serbestlik Şube Müdürlüğü'nün 09/09/2013 tarihli uyarı davetnamesi ile 10 gün içerisinde adı geçen müdürlüğe gelmesi konusunda ihtarla bulunulduğu; ancak sanığın yasal sürede müracaat etmemesi üzerine, sanığa tekrar yeni bir süre verilerek başvuru yapması konusunda ihtarlat gönderilmediğinin anlaşılması karşısında; sanığın ilk ihtarata uymamasının, kendisine yüklenen yükümlülüklerle uygun davranmamakta ısrar etmesi olarak kabul edilemeyeceği gözetilmeden mahkûmiyet kararı verilmesi," UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 23/01/2020

Yrg 10. CD, 12/06/2017 gün, 2013/3857 Esas, 2017/2595 Karar: "Yargılama sürecindeki işlemlerin yasaya uygun olarak yapıldığı, delillerin gerekçeli kararda gösterilip tartışıldığı, vicdanî kanının dosya içindeki belge ve bilgilerle uyumlu olarak kesin verilere dayandırıldığı, eylemin sanık tarafından gerçekleştirildiğinin saptandığı, eyleme uyan suç tipi ile yaptırımların doğru biçimde belirlendiği anlaşıldığından; sanığın yerinde görülmeleyen temyiz itirazlarının reddiyle, hükmün ONANMASINA," UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 23/01/2020

Ceza Genel Kuruluna götürülmüş ve Genel Kurulda değişikliğin geçmişe yürümeyeceği kabul edilerek uygulama birliği sağlanmıştır²⁹.

Bu örnekler, itirazın, içtihat birliğini sağlamak konusundaki etkisini göstermesi bakımından önemlidir.

Bu yetkinin kullanılması silahların eşitliği ilkesine de aykırı değildir çünkü savcının kamusal konumu ve itiraz yetkisinin tali yeni bir dava açmak yetkisi olarak düşünüldüğünde, silahların eşitliğine aykırı bir durumdan bahsedilemez³⁰.

İtiraz kanun yolunun olağan kanun yolu olması gerektiği görüşü de doktrinde eleştirilmiş, kesin bir karara karşı itiraz edildiğinden, bu yolun olağanüstü sayılması gerektiği, sürenin öneminin olmadığı belirtilmiştir³¹.

Kanaatimize göre, itiraz kanun yolu gereklidir ve uygulamada pek çok yararı da görülmektedir. Günümüzde Yargıtay ceza daireleri yoğun bir tempoyla çalışmakta, arşivlerinde bekleyen binlerce dosyayı bitirmek için çaba sarf etmektedirler. Bu arada Yargıtay ceza dairelerine yeni üyeler seçilmekte, genç tetkik hakimleri atanmaktadır. Gerek iş yoğunluğu ve gerekse yeni yapılan atamalar karşısında, hatalar yapılabilmektedir. Bu hataların en aza indirilmesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı filtre rolü üstlenmekte ve bu hataların azaltılması için çalışmaktadır. Ayrıca bazı hukuksal sorunlarda, ceza daireleri arasında görüş ayrılıkları olabilmektedir. Bu durum ise, hukuk güvenliği bakımından çok sakıncalı sonuçlar doğurmaktadır. Aynı olaya farklı uygulamalar yapılması, adalet duygusunu zedelemektedir. İtiraz yolu, bu durumların önüne geçebilmek için çok önemli bir rol üstlenmektedir. Uygulayıcıların takip ettiği üzere pek çok tartışma içeren konu, itiraz yoluyla çözüme kavuşturulmaktadır.

İtiraz yoluna çok sıklıkla da gidilmemektedir. Bu nedenle Yargıtay'ın iş durumunu artıran bir duruma da yol açılmamaktadır.

İtiraz yolunun olağan kanun yolu mu, yoksa olağanüstü kanun yolu mu olduğu tartışmasındaki görüşümüz, bu yolun olağanüstü kanun yolu olduğu yönündedir. Çünkü bu yol sadece Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'na tanınmıştır. Başsavcı itiraza gidilmesine gerek olmadığına karar verirse, itiraza gidilmez. Tarafların yapabilecekleri hiçbir şey yoktur. Bu durumu daha net bir şekilde ortaya koymak bakımından, şu örnek verilebilir: Ceza dairesinin kararı açıkça hukuka aykırı olabilir, hukuka aykırılık çok net bir şekilde görünüyorsa olabilir. Bu durumda dahi, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, itiraza gitmeyebilir. Elbette ki, bir yüksek yargı mensubu olan Başsavcıdan bu beklenmez ancak itirazın olağanüstülüğünü göstermek bakımından, bu örnek çarpıcıdır.

²⁹ Yrg. CGK. 02/05/2019 gün, 2018/10-172 esas, 2019/373 karar. UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 03/08/2019

³⁰ Serdar Talas, agm, syf: 158

³¹ Nurullah Kunter / Feridun Yenisey, age, syf: 1129

Yargıtay ceza dairelerinin sadece “onama” kararlarına karşı değil, “bozma” kararlarına karşı da itiraz yoluna gidilebilir. Bu durumda kesinleşmemiş olan bir karara itiraz edildiğinden, itiraz yolu, olağan kanun yolu gibi düşünülebilirse de, yine burada Başsavcının tek yanlı bir irade beyanı vardır ve bu durum itiraz yolunu, olağanüstü kanun yolu yapmaktadır. Pratikte bu konu şu açıdan önemlidir: Gerek Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda ve gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmakta aranan temel kriter, iç hukuk yollarının tüketilmesidir. Eğer itiraz yolu, olağan kanun yolu olarak kabul edilirse, tarafların Anayasa Mahkemesi veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne başvurmadan önce, itiraz yoluna başvurmaları ve sonucuna göre hareket etmeleri gerekecektir. Ancak kanaatimizce, itiraz yolu olağanüstü kanun yolu olduğundan, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne gidilmesinde, bu yola başvurmaya ve başvuru sonucunu beklemeye gerek yoktur.

C. İTİRAZ YOLUNA BAŞVURMA YETKİSİ

İtirazı sadece Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı yapabilmektedir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı olabilmek için, 2797 sayılı Yargıtay Kanunu’nun 30. maddesine göre, en az 5 yıl Yargıtay üyesi olarak görev yapmak gerekmektedir. Yargıtay Kanunu’nun 32. maddesine göre, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Yargıtay Büyük Genel Kurulunun, kendi üyeleri içinden göstereceği adaylar arasından Cumhurbaşkanı tarafından seçilir. Yargıtay Büyük Genel Kurulu, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı adaylarını belirlemek için üye tamsayısının çoğunluğu ile toplanır. Her üye, ancak bir adaya oy verebilir. Adaylar gizli oyla tespit edilir. İlk oylamada en çok oy alan beş üye, aday gösterilmiş olur. Başsavcının görev süresi dört yıl olup, süre sonunda yeniden seçilmek mümkündür.

Yargıtay Kanunu’nun 6. maddesine göre Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı; Cumhuriyet Başsavcısı, Cumhuriyet Başsavcivekili, Cumhuriyet Başsavcı Başyardımcısı ile Cumhuriyet Başsavcı yardımcılarının oluşur. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, CMK 308. maddede yazılı itiraz görevini, bizzat yapabileceği gibi, Başsavcı yardımcılarını eliyle de yapabilir. Nitekim Yargıtay Kanunu’nun 28/2. Md.si bu durumu açıkça belirtmektedir: “Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı yardımcılarını, kendilerine verilen dosyaların tebliğnamelerini, karar düzeltme ve itiraz yoluna başvurma işlemlerini Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı adına düzenler ve onun yerine imza ederler. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’nın vereceği diğer işleri görürler”. Uygulamada da itiraz yoluna Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Yardımcılarının, Yargıtay C. Başsavcısı’nın bilgisi ve izni dahilinde itiraz yoluna gittikleri görülmektedir. Halen Yargıtay C. Başsavcı Yardımcısı sayısı 199 olup, bu kadro yasaların verdiği görevleri yapmaya gayret göstermektedir.

D. İTİRAZA BAŞVURU USULÜ

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, bu yetkisini re'sen veya istem üzerine kullanabilir. Bu istemin kimler tarafından yapılabileceği açıkça belirtilmemiş olduğundan, genel olarak denetim muhakemesine başvurma yetkisine sahip olanların, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nı harekete geçirebileceği kabul edilir³². Bunlar sanık, katılan, Cumhuriyet Savcısı, sanığın yasal temsilcisi, eşi ve avukatlarıdır. Bu kişiler yazılı olarak doğrudan Yargıtay C. Başsavcılığına başvurarak veya kararı veren yerel mahkemeye başvurarak itiraz talebinde bulunabilirler. Başvuru bir defayla sınırlandırılmamıştır. Dolayısıyla birden fazla itiraz başvurusu yapmak mümkündür.

Uygulamada Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tüm itiraz taleplerini değerlendirmekte, dosya üzerinden inceleme yaparak, itiraza gidilmeye gerek olup olmadığı konusunda karar vermektedir. Verilen karar, itiraz talep eden kişiye de bildirilmektedir.

Doktrinde sanık aleyhine itiraza gidilmemesi talep edilmişse de, yasal düzenlemede bir ayrıma gidilmemiş ve sanık aleyhine itiraza gidilmesi de mümkün kılınmıştır. Sanık aleyhine itirazda hak düşürücü bir süre kabul edilmiş ve 30 günlük süre sınırı getirilmiştir. Aleyhe itirazda otuz günlük sürenin başlangıcı, Yargıtay Ceza Dairesinin kararının Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının UYAP ekranına düştüğü an iken, bu andan itibaren 30 gün içerisinde Yargıtay C. Başsavcılığının itiraz dilekçesini elektronik imza ile imzalaması gerekir. Bu sürenin geçirilmesi halinde, itiraz talebi reddedilir.

Sanık lehine itiraza gidilmesi durumunda ise, herhangi bir süre aranmamıştır³³. Ceza dairesinin kararından sonra, uzun yıllar geçse de sanık lehine şartları varsa itiraza gidilebilir. Otuz günlük hak düşürücü süre geçtikten sonra, sadece sanık lehine itiraza gidilebilir; sanık aleyhine hukuka aykırılık nedenleri ileri sürülemez³⁴.

Yargıtay Ceza dairelerinden birinin kararına karşı Başsavcılığın itirazı, kararda hukuki hata bulunması nedeniyle yapılır. Yasada açıklık bulunmadığından, Başsavcı gerek maddi hukuk ve gerekse yargılama hukuku ihlallerini ileri sürerek itiraz yoluna gidebilmektedir³⁵. Bu yola başvurulurken, dairenin kararının hangi yönden hukuka aykırı bulunduğu itirazda açıkça belirtilmelidir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının Tebliğnamesine uygun karar verilmişse, Başsavcılığın önce ileri sürmediği bir sebeple itiraz etmesinin yasanın amacına aykırı düşeceğinden itiraza gidilmemesi gerektiği ileri sürülmüştür³⁶. Aksi

³² Bahri Öztürk / Mustafa Ruhan Erdem / Özge Sırma / Yasemin Saygılar, age, syf: 609

³³ Doğan Soyaslan, age, syf: 592

³⁴ Bahri Öztürk / Mustafa Ruhan Erdem / Özge Sırma / Yasemin Saygılar, age, syf: 610

³⁵ Erdener Yurtcan, age, syf: 596

³⁶ Nurullah Kunter / Feridun Yenisey, age, syf: 1131

görüŖe göre, itiraz, Tebliğnameden bağımsızdır. Dolayısıyla, hem itiraz hazırlanırken Tebliğnamede belirtilen hususların dışına çıkılabilir, hem de daire Tebliğnameye uygun karar vermiş olsa bile itiraz denetim yoluna başvurulabilir³⁷. Bu duruma çok sık rastlanmasa da, yasal bir engel bulunmamaktadır. Dosya içeriği, kararı son kez inceleyen Yargıtay Cumhuriyet Savcısının başka bir gözle dosyaya yaklaşması, sanık veya avukatının itiraz talepli dilekçelerinde dikkate değer hususlara değinmesi halinde, Tebliğname ile örtüşen ceza dairesi kararı aleyhine itiraza gidilebilir. Ayrıca Yargıtay Kanunu’n 28/3. maddesine göre, Tebliğname düzenlenmeksizin ilgili daireye gönderilen suçlarla ilgili olarak verilen daire kararlarına karşı da itiraza gidilebilir³⁸.

Uygulamada Ceza Genel Kurulunun iş yoğunluğu ve önemli konulara yoğunlaşmasının sağlanması bakımından, her konuda itiraza gidilmediğinden, her Tebliğnameye aykırılıkta da itiraz yolu işletilmemektedir³⁹.

E. İTİRAZ KONUSU OLAN CEZA DAİRESİ KARARLARIN MAHİYETİ

Yasada Yargıtay ceza dairelerinin kararlarına karşı itiraza gidileceği yazılmaktadır. Bu durumda ceza dairelerinin her kararının itiraz konusu olacağı sonucuna varılmamalıdır. Aşağıda itiraz edilebilecek ve edilmeyecek kararlara yer verilmiştir.

1. İtiraz Konusu Olabilecek Kararlar

Yasada açıkça yazıldığı üzere itiraz edilen karar, Yargıtay Ceza Dairesi tarafından verilmiş bir karar olmalıdır. Ceza dairesinin verdiği onama kararına, düzeltilerek onama kararına, bozma kararına veya temyiz reddi kararına karşı itiraz yoluna gidilebilir. Bölge Adliye Mahkemesi tarafından verilen veya yerel mahkeme tarafından verilen kararlara karşı itiraza gidilemez.

İcra-ıflas işleriyle uğraşan Yargıtay Hukuk Dairesinin cezai nitelikteki kararlarına karşı da itiraz yoluna gidilebilir. İcra İflas Kanunu’n 366/3. maddesi buna olanak sağlamaktadır. Nitekim Ceza Genel Kurulu, 19/01/2016 günlü, 7-911/1 esas-karar sayılı ilamında, bu kararlara karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’nın itiraz yetkisini kabul etmiştir.

Kunter’e göre, Ceza Dairesinin “bozma” kararına karşı itiraza gidilmemelidir, çünkü esas mahkemenin bu karara uymama yetkisi vardır⁴⁰. Ayrıca yeni Ceza

³⁷ Vahit Bıçak, **Suç Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, syf: 645

³⁸ Yargıtay Kanunu 28/3. fıkra: “(Ek fıkra: 14/7/2004-5219/13 md.) Zamanaşımı Türk Ceza Kanununun 102 nci maddesinin birinci fıkrasının (5) ve (6) numaralı bentleri kapsamında olan suçlara ilişkin dava dosyaları temyiz üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca tebliğname düzenlenmeksizin ilgili daireye gönderilir. Daire kararına karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının karar düzeltme ve itiraz kanun yollarına başvurma yetkisi vardır.”

³⁹ Erdener Yurtcan, age, syf: 596

⁴⁰ Nur Centel / Hamide Zafer, age, syf: 915; benzer görüşte Nurullah Kunter, age, syf: 751; Bahri Öztürk / Mustafa Ruhan Erdem / Özge Sırma / Yasemin Saygılar, age, syf: 609

Muhakemesi Kanunu'nun sistemi içinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın itiraz yetkisinin sadece kesinleşen kararlara karşı açık tutulduğunun kabul edilmesi gerektiği, bu nedenle, Cumhuriyet Başsavcısı'nın itiraz yetkisinin bozma kararlarına karşı kullanılamayacağı ileri sürülmektedir.

Kanaatimizce, itiraz yolunda amaç maddi gerçeği ortaya çıkarmak ise, Ceza Dairesinin bozma kararına karşı da itiraza gidilebilmelidir. Nitekim yasa da buna engel bir durum da bulunmamaktadır. CMK md. 308/1 'deki ifade şöyledir; "Yargıtay ceza dairelerinden birinin kararına karşı... itiraz edebilir."

Yargıtay uygulaması da kanaatimizi desteklemektedir. Örnek vermek gerekirse, Fethiye Ağır Ceza Mahkemesi 2017/145 karar sayılı ilamı ile sanık F'nin çocuğa basit cinsel istismar ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından cezalandırılmasına karar vermiştir. Bu kararın temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 14. Ceza Dairesi, 2017/6254 karar sayılı ilamıyla mahkumiyet hükmünü bozmuştur. Bozma gerekçesinde, sanığın üzerine atılı suçları işlediği hususunda her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilmediği ve sanığın beraati gerektiği açıkça belirtilmiştir. Bu hükme Yargıtay 14. Ceza Dairesinin beş üyesinden ikisi muhalif kalmış ve karar oy çokluğuyla alınmıştır. Muhalif üyeler, suçların sabit olduğu görüşünde olduklarını da karşı oy şerhlerinde belirtmişlerdir. Bu karara karşı Yargıtay C. Başsavcılığı tarafından 30 günlük süre içerisinde sanığın aleyhine itiraza gidilmiş ve itiraz başvurusunda sanığın suçlarının sabit olduğu belirtilmiştir. Yargıtay 14. Ceza Dairesi kararında ısrar ederek, dosyayı Ceza Genel Kuruluna göndermiştir. Genel Kurul 22/01/2019 günlü, 2018/14-429 esas, 2019/33 karar sayılı ilamında, dosyadaki kanıtların değerlendirilmesinde, sanığın hileyle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve çocuğun basit cinsel istismarı suçlarını işlediğinin anlaşıldığına, bu itibarla Yargıtay C. Başsavcılığının itirazının kabulünün gerektiğine, Yargıtay 14. Ceza Dairesinin bozma kararının kaldırıldığına karar vermiştir.

Bu örnek dosya üzerinden şu tespitleri yapmak mümkündür. Dosyanın geçirdiği aşamalar dikkate alındığında, suçların sübutunda kuşkuların olduğu görülmektedir. Yargıtay 14. Ceza Dairesinin iki üyesinin karara muhalif olması bunun bir göstergesidir. Bu tür davalarda, alınabilecek cezaların yüksekliği de dikkate alındığında, Ceza Genel Kurulu gibi bir kurulun karar alması önemlidir ve gereklidir. Kurulun yapısı gereği en az 21 Yargıtay üyesinin kararın verilmesinde etkin rol oynaması kolektif karar verilmesini sağlamakta ve dosyanın tüm yönleriyle tartışılması imkanını vermektedir. Yargıtay C. Başsavcılığının itiraz yetkisi, bu imkanı sağladığı için ayrıca önemlidir.

Ceza dairesinin bozma kararına yönelik bu itirazda yargılama ekonomisi bakımından da önemli avantajlar elde edilmiştir. İtiraz sonrası Genel Kuruldan karar çıkartılmak suretiyle, bozma sonrası yerel mahkemede yeniden yargılama yapılmasının ve yeniden temyiz incelemesine gidilmesinin önüne geçilmiş ve yargılama süreci kısaltılmıştır.

2. İtiraz Konusu Olamayacak Kararlar

Yukarıda ne tür kararlara karşı itiraza gidilebileceği belirtilmişti. Yargıtay C. Başsavcısı'nın Yargıtay ceza dairelerinin kararlarına karşı itirazı, olağanüstü bir yasa yolu olup, hangi hallerde bu yola başvurulacağı yasa da açıklanmamakla beraber gerek yerleşmiş yargısal kararlarda, gerekse öğretilerde ancak sınırlı hallerde bu yola başvurulabileceği kabul edilmiştir.

Örneğin, dairenin yetki uyuşmazlığını çözen kararlarına karşı itiraza gidilemez⁴¹.

Yargıtay daireleri arasındaki görev uyuşmazlığına ilişkin kararlara karşı, itiraza gidilemez⁴². Buna ilişkin Yargıtay CGK, 20/02/2007 günlü, 2007/38-44 esas-karar sayılı ilamında, bu sorunun iç mesele olduğu ve itiraz konusu olmayacağı belirtilmiştir.

Yargıtay Ceza Dairesi tarafından verilen “sanığın tutukluluk halinin devamına” ilişkin karara karşı, yasa da açık bir hüküm bulunmaması nedeniyle, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın itiraz yasa yoluna başvurma yetkisinin olmadığı CGK 29/03/2011 gün, 3-49/28 esas-karar sayılı kararında belirtilmiştir⁴³.

Ayrıca “eleştiriye ilişkin düşüncelerin reddine dair daire kararlarının itiraz olunabilecek nitelikte kararlardan olmadıkları” (CGK'nun 16.11.1964 gün ve 470-464), “görev konusunun Yargıtayca inceleme konusu dahi yapılamayacağı bir durumda, Yargıtay C. Başsavcılığının kesin nitelikteki merci tayini kararını hükümsüz kılacak bir sonuç doğmasına neden olacak şekilde itiraz yasa yoluna başvurma olanağının bulunmadığı”, (CGK'nun 27.12.2011 gün ve 1-158/296) kabul edilmek suretiyle Yargıtay C. Başsavcısı'nın itiraz yetkisinin belirli yönlerden sınırlandırılması gerektiğine karar verilmiştir.

Özel Dairelerce öğretici ve yol gösterici nitelikte yapılan “kabule göre” bozmalara Yargıtay C. Başsavcısı'nın itiraz yetkisinin bulunmadığı da kabul edilmiştir⁴⁴.

Ayrıntıları Ceza Genel Kurulunun 10.03.2009 gün ve 43-56 sayılı kararı başta olmak üzere yerleşik kararlarda vurgulandığı üzere, 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi gereğince halen uygulanma zorunluluğu bulunan ve hüküm tarihinde yürürlükte olan 1412 sayılı CYUY md. 305 uyarınca, ceza mahkemesince verilen hükümler temyiz yasa yoluna tabidir.

⁴¹ Nurullah Kunter / Feridun Yenisey, age, syf: 1130

⁴² Süheyl Donay, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, syf: 506

⁴³ Centel / Zafer, age, syf: 915

⁴⁴ **Yrg CGK, 07/02/2012, 2011/2-297 esas, 2012/22 karar sayılı ilam.** UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 15/08/2019

Ancak;

- 1- İkimilyar liraya kadar (ikimilyar dahil) para cezalarına dair olan hükümler,
 - 2- Yukarı sınırı onmilyar lirayı geçmeyen para cezasını gerektiren suçlardan dolayı verilen beraat hükümleri,
 - 3- Bu Kanun ile sair kanunlarda kesin olduğu yazılı bulunan hükümler,
- Kesin olup, bu hükümler hakkında temyiz yasa yoluna başvurulamaz.

(14/04/2011 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe giren 6217 sayılı Kanun'un 26. maddesi ile 5320 sayılı Kanun'a eklenen ek 2. madde uyarınca doğrudan verilen 3.000. TL'ye kadar olan adli para cezalarından ibaret mahkumiyet hükümleri kesindir, temyiz yoluna başvurulamaz)

Temyiz edilemeyen bu tür kararlardaki hukuka aykırılıklarda, itiraz yasa yoluna gidilemez, ayrıca bu konuda sonuçta 1412 sayılı CYUY md. 317 uyarınca temyiz isteminin reddine karar verilmesi gerektiğinden, hukuki yarar da bulunmamaktadır⁴⁵.

Ceza mahkemelerinde çeşitli ayrık düzenlemeler nedeniyle, sanığın bir taraf olarak bulunmadığı yargılamalar sonucundaki hükümlerin temyizi üzerine verilen Yargıtay ceza dairesi kararlarına da itiraz edilemez. CMK md. 308'de itiraz yolunda "sanığın" esas alınması bizi bu sonuca ulaştırmaktadır. Örneğin, malen sorumlunun soruşturma sırasında el konulmuş eşyasının iadesi talebi hakkında verilen hüküm bu kapsamdadır⁴⁶.

F. İTİRAZIN KAPSAMI

CMK md. 308/1, Yargıtay ceza dairelerinin kararlarına karşı itiraza gidilebileceğini belirterek, her türlü maddi ve usul hukukuna aykırılığa karşı itiraz edilebilmesinin önünü açmıştır. Örneğin 2018 yılı içerisinde 757 ceza dairesi kararına karşı itiraza gidilmiş olup, bu itirazlar incelendiğinde, pek çok hususun itiraz konusu olduğu görülmektedir⁴⁷. Aşağıda, 2018 yılı içerisinde yapılan itirazlardan derlenen bazı itiraz gerekçelerine kısa başlıklar halinde yer verilerek, konunun anlaşılmasına çalışılacaktır.

1. Usul hükümlerine aykırılık hallerine dayanan itirazlar

Usul hükümlerine aykırılık nedeniyle yapılan itirazlara örnek vermek gerekirse şu itirazlar dikkat çeker. Ceza dairesinin süreden sonra temyiz edildiği gerekçesiyle temyiz isteminin reddi kararına yönelik itiraz (İtiraz gerekçesi,

⁴⁵ Yrg CGK, 30/11/2010, 2-233/241 Esas-Karar sayılı ilam. UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 15/08/2019

⁴⁶ Bahattin Azizağaoğlu, **Ceza Muhakemesi Kanununda Kanun Yolları**, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2018, syf: 97

⁴⁷ Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı Yılsonu Değerlendirme Toplantısı (21-24 Şubat 2019, Afyonkarahisar) Yayınlanmamış Rapor, syf: 3

temyizİN sürede olduğuna ilişkindir)(2016/348980 Tebliğname No); davanın düşmesi halinde sanık lehine vekalet ücretine hükmedilmesi gerektiğine ilişkin karara yönelik itiraz (İtiraz gerekçesi, düşme halinde vekalet ücreti verilmemesi gerektiğine ilişkindir)(2014/227287 Teb.); iddianame ile bağıllık kuralına aykırı verilen karara yönelik itiraz (İtiraz gerekçesi, iddianamede yazılı olmayan suçtan ceza verilemeyeceğine ilişkindir) (2015/171888 Teb.); tutuklu sanığın duruşmada hazır bulundurulması gerektiğine yönelik itiraz (İtiraz gerekçesi, tutuklu sanığın duruşmada hazır bulundurulması gerektiğine ilişkindir) (2014/127376 Teb.); ceza yönünden kazanılmış hakka aykırı verilen karara yönelik itiraz (İtiraz gerekçesi, kazanılmış hakkın korunması gerektiğine ilişkindir)(2018/15814 Teb.); uzlaştırma işlemi yapılması gerektiğine yönelik itiraz (İtiraz gerekçesi, uzlaştırma işlemi yapılmadan mahkumiyet hükmü kurulmayacağına ilişkindir)(2018/24224 Teb.); şikayetten vazgeçmeye rağmen mahkumiyet hükmünün verildiği karara yönelik itiraz (İtiraz gerekçesi, şikayetten vazgeçme halinde düşme kararı verilmesi gerektiğine ilişkindir) (2018/12049 Teb.); mükerrer yargılama yapıp iki ayrı mahkumiyet hükmü kurulduğuna yönelik itiraz (İtiraz gerekçesi, mükerrer yargılama nedeniyle ret kararı verilmesi gerektiğine ilişkindir)(2017/73787 Teb.); sanığın savunması alınmadan hüküm kurulduğuna yönelik itiraz (İtiraz gerekçesi, sanığın savunması alınmadan hüküm kurulamayacağına ilişkindir)(2017/67633 Teb.).

Örnekleri çoğaltmak mümkündür. Bu arada her usule aykırılık halinde itiraz yoluna gidilmemektedir. Sonuca etki eden, savunma hakkını kısıtlayan aykırılık hallerinde itiraz yoluna gidilmektedir.

2. Maddi hukuk hükümlerine aykırılık hallerine dayanan itirazlar

Yargıtay C. Başsavcılığının usul hükümlerine yönelik olarak yaptığı itirazlar, genellikle ceza daireleri tarafından kabul görmekte ve dosyalar Ceza Genel Kuruluna gönderilmemektedir. Çünkü usule aykırılıklar çok fazla tartışma içermeyen, üzerinde genelde mutabık kalınan konuları içermektedir. Maddi hukuka yönelik itirazların bir kısmı suçların sübutuna yöneliktir. Genellikle ceza daireleri tarafından bu itirazlar reddedilmekte ve dosyalar Ceza Genel Kuruluna gönderilmektedir. Bu nedenle içtihat oluşturmaları bakımından bu itirazlar önemlidir.

Maddi hukuka yönelik itirazlara örnekler şunlardır; ceza dairesinin zamanaşımı nedeniyle düşme kararı vermesi gerekirken, mahkumiyet hükmünü onamasına yönelik itiraz (2014/193064 Teb.); tekerrür hükümlerinin sanık aleyhine yanlış uygulandığına yönelik itiraz (2017/70030 Teb.); hüküm kurulurken hesaplama hatası yapılarak fazla cezaya hükmolünmesine yönelik itiraz (2017/71700 Teb.); iki ayrı mahkumiyet hükmüne rağmen, zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğine yönelik itiraz (2018/4256 Teb.); hırsızlık suçunda sanık lehine TCK 145. maddede yazılı değer azlığının

uygulanması gerektiğine yönelik itiraz (2017/41147 Teb.); sanık lehine etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerektiğine yönelik itiraz (2018/7519 Teb.); sanık hakkında cezanın ertelenmemesine yönelik gerekçenin yasal olmadığına yönelik itiraz (2017/74184 Teb.); zamanaşımı dolduğu gerekçesiyle düşme kararı verilmişse de, dava zamanaşımının dolmadığına yönelik itiraz (2016/363094 Teb.); suç tarihinde sanığın cezaevinde olduğu ve suçu işleyemeyeceğine yönelik itiraz (2018/12576 Teb.); insan öldürme suçunda suçun sabit olmadığına yönelik itiraz (2015/60945 Teb.); uyuşturucu madde ticaretinde suçun sabit olmadığına yönelik itiraz (2017/43582 Teb.); cinsel saldırı suçunda suçun sabit olmadığına yönelik itiraz (2018/4436 Teb.); resmi belgede sahtecilik suçunun sabit olmadığına yönelik itiraz (2018/7237 Teb.); insan öldürme suçunda tahrik indiriminin az olduğuna yönelik itiraz (2015/92998 Teb.).

Yukarıda örnek olarak verilen ve sanık lehine yapılan itirazlardan görüleceği üzere, maddi hukuka aykırı olduğu düşünülen geniş bir yelpazede kararlara itiraz edilebilmektedir.

Yargıtay C. Başsavcılığı'nın sanık aleyhine 30 günlük süre içerisinde itiraza gidebileceği belirtilmişti. Bunlara örnek vermek gerekirse; ceza dairesi mahkumiyete esas alınan kanıtların hukuka aykırı elde edildiğini belirterek hükmü bozmuş ise de, bu kanıtların hukuka uygun elde edildiğine yönelik itiraz (2013/381526 Teb.); cinsel saldırı suçundan ceza dairesi delil yokluğundan sanığın beraatini isterken, suçun sabit olduğuna yönelik itiraz (2015/1832 Teb.); ceza dairesi sanığın eylemini TCK 314/2 md.si olarak nitelerken, eylemin TCK 302/1 md.sini ihlal ettiğine yönelik itiraz (2017/22666 Teb.); ceza dairesinin eksik soruşturma nedeniyle hükmü bozmasına rağmen, mevcut kanıtların mahkumiyete yeter derecede olduğuna yönelik itiraz (2017/51791 Teb.); terör örgütü üyeliğine ilişkin suçun yargılamasında, tutuklu yargılanan sanığın kovuşturma aşamasında müdafî yardımından yararlandırılmasına gerek olmadığına yönelik itiraz (2017/21009 Teb.) örnek olarak verilebilir.

3. Maddi hatalara yönelik itirazlar

Yargıtay ceza daireleri ve Genel Kurul tarafından verilen hükümlerde, çeşitli gerekçelerle maddi hatalar yapılabilmektedir. Davanın taraflarının isimlerinin hatalı yazılması; dosya numaralarının yanlış yazılması; suç isimleri ve suç tarihlerinin yanlış yazılması; ilamda dosya ile ilgili olmayan ifadelere yer verilmesi gibi hataların mutlaka düzeltilmesi gerekir. Düzeltme yapılmadığı takdirde, dosyanın infazında sorunlar yaşanabilmektedir.

Bu sorunun çözümünde, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunu'n 8. maddesinde bir hüküm bulunmaktadır. Maddeye göre, "**Madde 8- (Ek cümle: 6/12/2006-5560/29 md.)** ...Yargıtay ceza daireleri ile Ceza Genel Kurulu kararlarındaki yazıma

ilişkin maddi hataların düzeltilmesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, ilgili ceza dairesi veya Ceza Genel Kuruluna başvurabilir.” Yani, maddi hatalara yönelik olarak da itiraz yolu açıktır.

Bu hüküm doğrultusunda itirazların yapıldığı da uygulamada görülmektedir. 2018/6642 ve 2018/16684 Tebliğname nolu itirazlar bu amaçla yapılmış itirazlardır.

Bilindiği üzere 2017 yılında 21 Yargıtay Ceza Dairesi görev yapmaktaydı. Her dairenin verdiği karara karşı itiraza gidilebilmektedir. Aşağıdaki tablo 2017 yılında hangi dairenin, kaç kararına karşı itiraz edildiğini göstermektedir⁴⁸.

1. Ceza Dairesi	46	2. Ceza Dairesi	35	3. Ceza Dairesi	36
4. Ceza Dairesi	22	5. Ceza Dairesi	8	6. Ceza Dairesi	59
7. Ceza Dairesi	19	8. Ceza Dairesi	53	9. Ceza Dairesi	18
10. Ceza Dairesi	31	11. Ceza Dairesi	28	12. Ceza Dairesi	37
13. Ceza Dairesi	55	14. Ceza Dairesi	65	15. Ceza Dairesi	53
16. Ceza Dairesi	66	17. Ceza Dairesi	26	18. Ceza Dairesi	40
19. Ceza Dairesi	18	20. Ceza Dairesi	31	21. Ceza Dairesi	4

Özellikle insan öldürme suçlarına bakan Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 46 kararına karşı, yine terör suçlarına bakan Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 66, yağma suçlarına bakan Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 59, cinsel suçlara bakan Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 65 kararına itiraz edilmiş olması ve dosyaların tekrar gözden geçirilmelerinin sağlanması, itirazın öneminin açık göstergesidir.

G. İTİRAZ YARGILAMASI VE YARGITAY CEZA GENEL KURULU

1. İtiraz Yargılaması

Yargıtay C. Başsavcılığının itirazı üzerine yapılan yargılama süreci de özellik arz etmektedir. Şöyle ki, 02/07/2012 günlü 6352 sayılı Kanun’un 99. maddesi ile yapılan değişiklik ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’nın itirazı üzerine

⁴⁸ Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı Yılsonu Değerlendirme Toplantısı Yayınlanmamış Raporu, syf: 4

dosya önce kararı veren ceza dairesine gitmektedir. Daire, en kısa sürede itirazı incelemektedir. Bu sürenin ne kadar olacağı konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Uygulamada ceza dairelerinin birkaç aylık süre içerisinde bu incelemeyi yaptıkları gözlemlenmektedir. Bazen benzer dosyalara yönelik itirazlarda, dairelerin bir dosyayı Genel Kurula gönderip, diğer dosyaları beklettikleri, Genel Kuruldan çıkan karara göre diğer dosyalar hakkında karar verebildiği de vakidir.

İnceleme sonucunda daire itirazı haklı görürse, verdiği kararını düzeltir ve yeni hüküm kurarak, dosyayı mahalline gönderilmek üzere Yargıtay C. Başsavcılığı'na gönderir. Daire verdiği kararında ısrar ederse, dosyayı Yargıtay Ceza Genel Kuruluna gönderir.

İtiraz üzerine harekete geçen Genel Kurul, incelemesini önce davanın kabule şayan olup olmadığı açısından yapar. Örneğin süre geçirildikten sonra itiraz başvurusu yapılmışsa, itirazın reddine karar verir. Nitekim Yargıtay CGK, 30/09/2014 günlü, 2014/211-412 esas-karar sayılı ilamında, sürenin geçmiş olması nedeniyle itiraz talebini reddetmiştir⁴⁹. İtiraz kabule şayan görülür ise, esastan incelemeye geçilir. Yapılacak inceleme dosya üzerinden yapılır, duruşmalı inceleme yapılmaz. Nitekim Yargıtay CGK, 02/06/1986 günlü, 1-157/332 esas-karar sayılı ilamında, duruşmalı inceleme istemini reddetmiştir⁵⁰.

Genel Kurul inceleme sonucunda, Başsavcı'nın iddiasını haklı bulmazsa itirazı esastan reddeder, gereği için dosyayı Yargıtay C. Başsavcılığı'na gönderir. İtirazı haklı görürse, ret, düzelterek onama, düşme veya bozma kararı verir⁵¹.

CMK md. 307/4'e göre, Ceza Genel Kurul kararlarına karşı direnilemez, dolayısıyla ceza dairesi ve esas mahkemesi tarafından karara uyulmalıdır.

Yapılan yasal değişiklikle, itirazın doğrudan Ceza Genel Kurulun önüne gitmesinin engellenmesi doktrinde eleştirilmiştir. Bu görüşe göre, Yargıtay ceza dairesi kendi düşüncesine göre kararı düzeltmiş olsa da, verilen karar Yargıtay C. Başsavcılığı'nın itirazını tüm yönleriyle karşılayamamış olabilir. Bu nedenle Genel Kurula doğrudan başvurma olanağı tekrar sağlanmalıdır⁵². Bu eleştirinin haklılık payı olsa da, yasal düzenlemenin yapıldığı tarihte Ceza Genel Kurulunun iş yükü nedeniyle istenen hızda ve verimlilikte çalışmadığı unutulmamalıdır. Nitekim bu düzenleme yapıldığında, pek çok kesim tarafından memnuniyetle karşılanmıştır ki, kanaatimizce bu düzenleme yerinde olmuştur. Ayrıca ceza dairesinin verdiği yeni karar, yeni bir itiraz başvurusunun konusu

⁴⁹ Feridun Yenisey / Ayşe Nuhoğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara, 2019, syf: 942

⁵⁰ Doğan Soyaslan, age, syf: 593

⁵¹ Vahit Bıçak, age, syf: 645

⁵² Ahmet Gökçen / Murat Balcı / M.Emin Alşahin / Kerim Çakır, age, syf: 711

olabildiğinden, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, karşılanmayan taleplerini yeniden itiraz davası yoluyla yerine getirme olanağına sahiptir.

Son olarak bu konuda akla şu soru gelebilir. Ceza Genel Kurulu kararına karşı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itiraz yoluna gidebilir mi? Bu konuda mevzuatta bir açıklık bulunmamaktadır. Yakın zaman önce bir Ceza Genel Kurulu kararına karşı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazda bulunmuş ve kararın yeniden gözden geçirilmesi istenmiş ise de, Yargıtay Ceza Genel Kurulu 19/01/2016 gün, 7-911/1 esas-karar sayılı kararında, “Ceza Genel Kurulunca verilen kararlara karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’nın itiraz yetkisi olduğuna dair kanuni bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’nın CMK’nun 308. maddesi uyarınca itiraz kanun yoluna başvurma yetkisinin bulunmadığı kabul edilmelidir” diyerek, konuyu sonuçlandırmıştır.

2. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Yapısı

Yargıtay C. Başsavcılığı’nın itirazından bahsederken, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun yapısından da bahsetmek gerekir. Genel Kurulun yapısının bilinmesi, itirazın daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır.

Yargıtay Kanunu’nun 7. maddesine göre, Ceza Genel Kurulu, ceza dairelerinin başkan ve üyelerinden oluşur. Ceza Genel Kurulunun işi görüşme konusu olan daireden üçten fazla üyenin katılmaması koşuluyla, bu kurula bağlı her daireden en az bir üyenin bulunması zorunludur. Genel Kurul toplantısına katılan üye sayısının çift olması hâlinde, ilgili kurul başkanı tarafından belirlenecek daireden bir üye daha Kurula katılır. Toplantılarda daire başkanlarının en az yarısından fazlasının bulunması zorunludur. İtiraz ettiği konularda görüşünü açıklamak, müzakere ve oya katılmamak koşuluyla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekili, Ceza Genel Kuruluna bizzat katılabilir.

Bu kanun hükmünün uygulanmasında, Genel Kurul üyeleri aynı zamanda kendi dairelerinde görev yaptıkları için, haftada sadece bir gün Genel Kurul toplanabiliyor ve her toplantıda ortalama 25 dosya hakkında karar verilebiliyordu.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun gündeminin yoğunluğu dikkate alındığında, daha hızlı karar verebilmek amacıyla, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun oluşumu ve çalışma şekli, 20/11/2017 günlü 696 sayılı KHK’nin 45. maddesi ile Yargıtay Kanunu’na eklenen Geçici 16. maddeyle köklü olarak değiştirildi. Bu değişiklik, 31/12/2022’ye kadar geçerli olup, süre sonunda yeniden uzatılması yasa koyucunun takdirindedir. İş yoğunluğunu azaltmak dışında, bu değişikliğin bir diğer amacı da, içtihat farklılıklarını gidermeye yöneliktir. Çünkü her Genel Kurul toplantısına farklı üyelerin katılıyor olması, benzer konularda farklı kararların çıkmasına neden olabiliyordu. Sabit üyelerden kurulu bir Genel Kurulda bu tarz içtihat farklılıklarının olmayacağı öngörülmektedir. Ayrıca

sabit üyelerin tüm mesailerini sadece Genel Kurul gündemine harcamaları sayesinde, daha nitelikli kararların çıkacağı düşünülmektedir.

696 sayılı KHK ile getirilen düzenleme ile yeni Yargıtay Ceza Genel Kurulu, her ceza dairesinden en az bir üye olmak kaydıyla Birinci Başkanlık Kurulu tarafından görevlendirilen yirmişer üyeden oluşur. Bu kurula, Birinci Başkan veya ilgili başkanvekili, bunların bulunmaması halinde kurulun en kıdemli üyesi başkanlık eder. Üyeler, Ceza Genel Kurulunda sürekli olarak görev yaparlar. Ancak, iş durumu göz önüne alınmak suretiyle üyelerin kendi daire çalışmalarına katılmalarına Büyük Genel Kurul tarafından karar verilebilir. Kurulda toplantı ve görüşme yeter sayısı onbeştir. Toplantıda bulunanların üçte ikisinin oyu ile karar verilir. Birinci toplantıda üçte iki oy çoğunluğu sağlanamazsa, ikinci toplantıda bulunanların çoğunluğuyla karar verilir.

Bu yasal düzenlemenin yürürlüğe girmesiyle, haftada bir gün toplanan Ceza Genel Kurulu, haftada iki gün toplanmaya başlamış ve çıkarılan iş sayısında bir artış görülmüştür. Genel Kurulun iş yüzdesi de bize bu durumu göstermektedir⁵³.

	2015	2016	2017	2018
ESAS	1259	1460	1202	629
KARAR	523	2156	564	698

Bilindiği üzere, Ceza Genel Kurulu iki kanaldan beslenmektedir. Biri CMK 308 mad.si uyarınca Yargıtay C. Başsavcılığının itirazı, diğeri ise yerel mahkemelerin direnme kararlarıdır. Genel Kurul gündeminde karar verilmeyi bekleyen dosya sayısı dikkate alındığında, Genel Kurul gündeminin oldukça yoğun olduğu ve bu durumun hızlı karar verilmesinin önünde engel teşkil ettiği de görülmektedir.

3. Yargıtay Ceza Genel Kurulu itiraz gerekçesiyle bağlı mıdır?

Yargıtay C. Başsavcılığı itirazında, ceza dairesinin kararına karşı itiraz gerekçelerini detaylı ve anlaşılır şekilde yazmak durumundadır. Burada akla şu soru gelmektedir. Ceza Genel Kurulu, Başsavcılığın belirttiği itiraz gerekçeleri dışına çıkarak, kendi tespit ettiği gerekçelerle sonuca varabilir mi? Bir görüşe göre, bu yol olağanüstü ve dolayısıyla istisnai bir yol olduğundan, Genel Kurul, Başsavcılığın ileri sürdüğü nokta ve gerekçeleri incelemeli, bunların dışına çıkmamalıdır⁵⁴. Bir diğer görüşe göre ise, yasanın amacı maddi ve hukuki gerçeğe ulaşmaktır. Durum bu olunca, Yargıtay Ceza Genel Kurulu hukuka

⁵³ Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı Yılsonu Değerlendirme Toplantısı Yayınlanmamış Raporu, syf: 4

⁵⁴ Nevzat Toroslu / Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş yayınları, Ankara, 2013, syf: 378; Nurullah Kunter / Feridun Yenisey, age, syf: 1131

uygunluğu değerlendirirken itiraz dilekçesinde gösterilen gerekçelerle bağlı olmamalıdır⁵⁵. Esasen Yargıtay C. Başsavcısı'nın itirazının düzenlendiği 308. maddede itiraz dilekçesinin bağlayıcılığına ilişkin bir kayıt da yoktur⁵⁶.

Yargıtay uygulaması da, Genel Kurulun itiraz gerekçeleriyle bağlı olmadığı yönündedir. YCGK, 22/10/2013, 16-1298/418 Esas/Karar sayılı ilamında bu durumu açıkça ortaya koymuştur; “Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca gösterilen itiraz nedeniyle bağlı olunup olunmadığı hususunda gerek 1412 sayılı CMUK’nda, gerekse 5271 sayılı CMK’nda herhangi bir açıklık bulunmamakla birlikte, Ceza Genel Kurulunun 24.03.2009 gün ve 212-67, 11.04.2006 gün ve 55-115 ile 22.02.1988 gün ve 18 karar sayılı kararlarında vurgulandığı gibi, bugüne kadar istikrarlı olarak sürdürülen uygulamaya göre, Ceza Genel Kurulu, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca gösterilen itiraz nedenleri ile bağlı olmadan, itiraza gelinen sanık ve suç ile ilgili olarak inceleme yapmakta ve tespit ettiği tüm hukuka aykırılıkları bozma nedeni yapabilmektedir”.

Kanaatimiz de bu yöndedir.

Genel Kurul itiraz nedeniyle bağlı değildir ancak Genel Kurul itiraz edilen sanık ve itiraz edilen suç ile bağlıdır. İtiraza konu olan ceza dairesi kararında, birden fazla sanık ve her sanığın işlemiş olduğu birden fazla suç olabilir. Yargıtay C. Başsavcılığı, hangi sanık ve hangi suç için itiraza gitmişse, Genel Kurul o sanık ve o suçla bağlı olarak incelemesini yapmalıdır.

4-İtiraz üzerine dosyayı inceleyen Genel Kurul, zamanaşımı nedeniyle düşme kararı verebilir mi?

Bu konu, ikili ayrımla çözümlenebilir. İlk ayırım ceza dairesinin hükmü onaması veya reddetmesi kararlarına karşı zamanaşımı sorununun çözülmesi; ikinci ayırım ise, ceza dairesinin hükmü bozması kararlarına karşı zamanaşımı sorununun çözülmesidir.

İlk ayırım ele alınırsa, Yargıtay ilgili ceza dairesince bir hüküm onanmakla veya reddedilmekle kesinleşmekte ve kesinleşme anına kadar işleyen dava zamanaşımı, bu aşamada sona ermektedir. 09/05/1956 gün, 6-4 sayılı İçtihadı Birleştirme kararında da onama ile hükmün kaziyeyi muhkem hale geleceği yani kesin hüküm olacağı açıkça belirtilmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı üzerine yapılan incelemede, eğer itirazın kabulüne karar verilirse dosya yeniden derdest hale geleceğinden, zamanaşımı da işlemeye devam edecektir. Ancak Ceza dairesinin onama kararı ile itirazın kabul edildiği tarih arasında zamanaşımı işlemeyecektir⁵⁷.

⁵⁵ Cumhuriyet Şahin / Neslihan Göktürk, age, syf: 294

⁵⁶ Doğan Soyaslan, age, syf: 592

⁵⁷ Osman Yaşar, **Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu**, Seçkin Yayınları, 8.Baskı, C:3, Ankara, syf: 3609; aynı görüşte Murat Kayaççek, Aynı Fiilden Dolayı Yeniden Yargılama Yapılan Hallerde Dava Zamanaşımı Süresinin Tespiti, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y: 15; S: 18, 2014; syf: 464

Ceza Genel Kurulu itirazı haklı bulur ve davanın esasen incelenmesinde dava zamanaşımı süresinin dolduğu belirlenirse, Ceza Genel Kurulu zamanaşımından düşme kararı vermelidir. Nitekim Ceza Genel Kurulunun 31/03/2019 günlü, 2016/17-1168 esas, 2019/245 karar sayılı ilamı bu yöndedir. Bu ilamı özetlemek gerekirse, sanık A, 05/04/2004 günü işlemiş olduğu hırsızlık suçu nedeniyle 1 yıl 2 ay hapis cezasıyla cezalandırılmış, bu hüküm Yargıtay 17. Ceza Dairesinin 2015/10853 karar sayılı ilamıyla onanmış ve hüküm kesinleşmiştir. Yargıtay C. Başsavcılığı bu hükme itiraz etmiş ve eylemin dava zamanaşımının dolduğunu belirtmiş; 17. Ceza Dairesi ise kararının yerinde olduğunu belirterek 2016/9308 karar sayılı ilamıyla dosyayı Genel Kurula göndermiştir. Genel Kurul verdiği kararında, hırsızlığın yapıldığı yerin muhkem olmadığını, eylemin 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 493. maddesini değil, aynı kanunun 492. maddesini ihlal ettiğini kabul etmiş ve dava zamanaşımı süresinin dolduğunu kabul ederek, düşme kararı vermiştir.

İkinci ayrıma gelince; Yargıtay ceza dairesi, yerel mahkeme hükmünü bozmuş ise, hüküm kesinleşmeyeceğinden ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yapılan itirazda, yargılama süreci devam ettiğinden, dava zamanaşımı işlemeye devam edecektir. Bu durumda dosya Yargıtay Ceza Genel Kurulu önüne geldiğinde, dava zamanaşımı dolmuşsa zamanaşımından dolayı düşme kararı verilmelidir. Nitekim uygulamada bu yönde kararlar verilmektedir⁵⁸.

Bilindiği üzere itiraz üzerine dosya öncelikle, ilgili Yargıtay ceza dairesine gönderilmektedir. Dosya bu aşamada zamanaşımına uğramışsa, ceza dairesi de zamanaşımından dolayı düşme kararı verir. Nitekim Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 08/10/2018 günlü, 2018/5441-10435 esas – karar sayılı ilamı bu yöndedir.

⁵⁸ **Yrg. CGK 19/12/2017, 2014/8-414 Esas, 2017/554 Karar:** “Yargıtay Ceza Genel Kurulunun süreklilik gösteren birçok kararında açıkça vurgulandığı üzere, yargılama yapılmasına engel olup davayı düşüren hâllerden biri olan dava zamanaşımının yargılama sırasında gerçekleşmesi hâlinde, yerel mahkeme ya da Yargıtay, resen zamanaşımı kuralını uygulayarak kamu davasının düşmesine karar verecektir. Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının değişik gerekçe ile kabulüne, Özel Daire bozma kararının kaldırılmasına, yerel mahkeme hükmünün gerçekleşen dava zamanaşımı nedeniyle bozulmasına, ancak yeniden yargılamayı gerektirmeyen bu konuda, 1412 sayılı CMUK'nun 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi gereğince karar tarihi itibarıyla uygulanması gereken 322. maddesi uyarınca karar verilmesi mümkün bulunduğundan, sanık hakkındaki kamu davasının TCK'nun 66/1-e ve 5271 sayılı CMK'nun 223/8. maddeleri uyarınca düşmesine karar verilmelidir.” Karara konu olayda, sanık N, husumetli olduğu kişiyle elinde silah olduğu halde boğuşmaya başlar, bu sırada silah ateş alır ve olayla ilgisi olmayan yakındaki mağdur M'yi yaralar. Yerel mahkeme eylemi olası kastla yaralama olarak kabul eder. Yargıtay 8.Ceza Dairesi, eylemin taksirle yaralama olduğunu kabul ederek hükmü bozar. Yargıtay C. Başsavcılığı eylemin olası kastla yaralama olduğunu iddia eder. Ceza Genel Kurulu da eylemin olası kastla yaralama olduğunu kabul eder ve dava zamanaşımı süresini hesaplayarak düşme kararı verir. UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 12/08/2019

5-İtiraz Üzerine Karar Veren Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararının Sirayeti

Ceza Genel Kurulu kararının sirayet meselesi de önemlidir. Sirayetin mahiyeti yasada düzenlenmiştir. CMK md. 306 göre, “Hüküm, sanık lehine bozulmuşsa ve bu hususların temyiz isteminde bulunmamış olan diğer sanıklara da uygulanması olanağı varsa, bu sanıklar da temyiz isteminde bulunmuşçasına hükmün bozulmasından yararlanırlar.” Sirayetle, aynı durumda olan sanıkların farklı uygulamalara tabi olmasının önüne geçilmeye çalışılmaktadır.

CMK md. 306’nın uygulanma koşulları şunlardır;

1. Aynı mahkemece aynı kararlar birden çok sanığın cezalandırılması,
2. Sanıkların fiilinde CMK md. 8’de tanımlanan nitelikte bağlantı bulunması,
3. Hükmün Cumhuriyet savcısı, katılan veya sanıklardan bir veya birkaçınca ve sanıkların tümünü kapsamayacak şekilde temyiz edilmiş olması,
4. Hükmün cezanın belirlenmesinde hukuka aykırılık nedeniyle sanık yararına bozulması,
5. Bu bozmanın hükmü temyiz etmeyen veya kendileriyle ilgili temyiz bulunmayan sanıklara da uygulanma olanağına sahip olması gerekmektedir. Temyiz etmeyen deyimine; temyiz yoluna hiç başvurmayan, süresinden sonra başvuran, temyiz istemi reddolunanlar dâhildir.

Görüldüğü gibi, CMK md. 306’da düzenlenen sirayet kurumunun; “aynı hükümle cezalandırılan sanıklar hakkında birbirleriyle çelişen hükümlerin verilmesinin önlenmesi ve temyiz yoluna başvurmamış bulunanlar aleyhine doğabilecek adaletsizliklerin önlenmesi” olmak üzere başlıca iki amacı bulunmaktadır.

Ancak CMK md. 306’da yer alan düzenleme sadece temyize ilişkindir. Temyiz için kabul edilen sirayetin, itiraz için kabul edildiğine dair yasada açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, istisnai hükümlerde kıyas yasağı gereği, söz konusu hükmün olağanüstü itiraz bakımından uygulanabilmesi mümkün değildir⁵⁹.

Kanaatimizce itiraz olağanüstü bir kanun yoludur ve Yargıtay C. Başsavcılığı tarafından çok sık gidilen bir yol değildir. Dolayısıyla Başsavcılığın bir ceza dairesi kararına karşı itiraz ederken, gerekli özeni göstermesi, verilen hükümden sirayet gerektiren bir durum olması halinde, sirayetten faydalanan sanıkları da itiraz dilekçesine yazması ve bu nedenle Genel Kurulun sirayet konusunda karar vermesine gerek olmaması gerekir.

İtiraz başvurusunda sirayet konusu atlanmış ise, Genel Kurulun sirayet konusunda karar vermesine yönelik bir düzenleme yoksa da, Genel Kurulun bu konuda karar vermesini engelleyen bir düzenleme de yoktur. Genel Kurul kararlarının bağlayıcılığı düşünüldüğünde, sirayet kararı veren Genel Kurul

⁵⁹ Veli Özer Özbek / Koray Doğan / Pınar Bacaksız, age, syf: 790

kararı da bağlayıcı olacak ve sanıklar lehine sonuç doğuracaktır. Özellikle suçun sübutuna yönelik yapılan bozmalarda, bir sanık yönünden “beraatı gerekir” kararı verildikten sonra, aynı konumdaki diğer sanığın yararlandırılmaması adalet duygusuna zarar verir.

Sirayetin gerekli olduğu ancak hem itirazda, hem de Genel Kurul kararında bu hususa değinilmediği takdirde, kanaatimizce CMK md. 311’de yazılı olan yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilir. CMK md. 311/1-e göre, “Yeni olaylar veya yeni deliller ortaya konulup da bunlar yalnız başına veya önceden sunulan delillerle birlikte göz önüne alındıklarında sanığın beraatini veya daha hafif bir cezayı içeren kanun hükmünün uygulanması ile mahkûm edilmesini gerektirecek nitelikte olursa.” yargılamanın yenilenmesi talep edilebilir. Sirayetten yararlanması gerektiğini düşünen sanık, Genel Kurul kararını “yeni bir delil olarak” hükmü veren yerel mahkemeye sunabilir⁶⁰ ve yeni bir hüküm verilmesini sağlayabilir.

H. İTİRAZIN CEZANIN İNFAZINA YÖNELİK ETKİLERİ

Bilindiği üzere yerel mahkemenin ve Bölge Adliye Mahkemesinin kararının temyizi üzerine, dosyanın infazı durmaktadır ve temyiz sonucu beklenmektedir. İtiraz durumunda infazın durup durmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, itiraza gidildiğinde, Yargıtay’ın kararı yerine getirilmemeli ve itirazın sonucu beklenmelidir⁶¹. Zira verilen karar niteliği bakımından kesin olmasına rağmen, itiraz için 30 günlük süre tanınması, sürenin ve itirazın sonuna kadar yerine getirmenin geri bırakılmasını kanunun kabul ettiği anlaşılır⁶².

Bir diğer görüşe göre, olağanüstü itiraz Yargıtay ceza dairesi tarafından verilen kararlara karşı gidilebilen bir yol olduğuna göre, olağan kanun yolları tükenmekte ve karar kesin hüküm halini almaktadır. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu’n 4. maddesine göre infaz, hükmün kesinleşmesi ile başlar. İnfazın ne şekilde durup erteleneceği de bu kanunda açıkça belirtilmiştir. Bunların arasında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’nın itirazı sayılmış değildir. O halde itiraz yoluna başvurulmuş olması, infazı durdurmaz⁶³.

Ayrıca sanığın lehine itirazda süre aranmamaktadır ki, bu durumda itiraz halinde hükmün kesinleşmemiş sayılması düşünülemez. Bu nedenle itiraz, hükmün infazını engellememelidir⁶⁴.

⁶⁰ Ahu Karakurt, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Muhakemenin Yenilenmesi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, syf: 58

⁶¹ Erdener Yurtcan, age, syf: 596

⁶² Feridun Yenisey / Ayşe Nuhoglu, age, syf: 942; Uğur Alacaktan, Temyiz Mahkemesi Başsavcılığı’nın Yaptığı İtiraz Hükmün Kesinleşmesine Mani Olur mu?, **AÜHFD**, Cilt 24, Sa.1–4, 1967, sayf: 289

⁶³ Veli Özer Özbek / Koray Doğan / Pınar Bacaksız, age, syf: 469; Yener Ünver / Hakan Hakeri, age, syf: 1997; Cumhuriyet Şahin / Neslihan Göktürk, age, syf: 295; Hakan Karakehya, age, syf: 649

⁶⁴ Centel / Zafer, age, syf: 917

Kanaatimizce de itiraza gidilmesi infazı durdurmaz veya infazı ertelemes. Ancak uygulamada, dosyanın infaza verilmesi için yerel mahkemeler fiziki olarak dosyanın kayıtlarına girmesini beklemektedirler. Fiziki dosya üzerinden kararın kesinleştirme işlemi yapılmakta ve infaz savcılığına dosya gereği için havale edilmektedir. Dosya, Yargıtay C. Başsavcılığı'nda beklerken, mahalline gönderilmeden itiraz edildiği takdirde, dosya Yargıtay ceza dairesi ve Genel Kurulda işlem göreceğinden, fiili olarak infaz işlemi ertelenmiş olmaktadır.

Ayrıca itiraza gidildiği takdirde, sanık savunmasının itiraz dilekçesini infaz savcılığına sunarak, infazın durdurulmasını talep etmesi, itiraz dilekçesinin içeriğine göre, yerel mahkemenin infazın durdurulması yönünde karar verebilmesi mümkündür.

Bu arada her ne kadar itiraza gidilmesi infazı durdurmaz ise de, itiraz üzerine Genel Kurul, hükmen tutuklu olan sanığın tahliyesine karar verebilir. Verilen kararın mahiyeti gereği, sanığın tutuklu olması açık bir mağduriyete neden olacaksa, Genel Kurul bu duruma son verebilir. Nitekim Isparta 1. Ağır Ceza Mahkemesi 2015/245 karar sayılı hükmüyle sanık A'yı kasten insan öldürmeye teşebbüs suçundan 11 yıl 8 ay hapis cezasıyla cezalandırmış ve sanığın tutukluluk halinin devamına karar vermiştir. Yargıtay 1. Ceza Dairesi 13/12/2017 günlü, 2017/5021 karar sayılı ilamıyla hükmü onamış ve karar kesinleşmiştir. Yargıtay C. Başsavcılığı bu hükmü 16/03/2018 günü itiraz etmiş ve sanığın cezalandırılması için yeterli delil bulunmadığını belirtmiştir. Yargıtay 1. Ceza Dairesi 10/04/2018 günlü, 2018/1702 karar sayılı ilamıyla, dosyanın Genel Kurula gönderilmesine karar vermiştir. Genel Kurul 09/04/2019 günlü, 2018/1-223 esas, 2019/293 karar sayılı ilamıyla, "sanığın nitelikli kasten öldürme suçuna teşebbüs ettiğine dair her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı, bu şekilde sanığın beraati yerine mahkûmiyetine karar verilmesinde isabet olmadığı kabul edilmelidir." diyerek itirazı kabul etmiş ve Yargıtay 1. Ceza Daire kararını kaldırarak, Isparta 1. Ağır Ceza Mahkemesinin mahkûmiyet hükmünü bozmuş ve "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazının kabul edilerek Özel Daire onama kararının sanık hakkında nitelikli kasten öldürme suçuna teşebbüsten kurulan mahkûmiyet hükmü yönünden kaldırılıp Yerel Mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmesi nedeniyle, sanığın bu suça ilişkin cezasının İNFAZININ DURDURULMASINA ve TAHLİYESİNE, başka bir suçtan hükümlü veya tutuklu olmadığı takdirde derhâl saliverilmesi için YAZI YAZILMASINA,⁶⁵" hükmünü vermiştir.

I. İTİRAZA ÖZGÜ SORUNLAR

1. İtiraz Geri Alınabilir mi?

İtiraz yoluna başvurulduktan sonra, gerek ceza dairesi aşamasında ve gerekse Ceza Genel Kurulu aşamasında Başsavcı tarafından itirazdan

⁶⁵ UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 02/09/2019

vazgeçilebilir ve itiraz geri alınabilir. Bu durum tamamıyla Başsavcının takdirindedir. Vazgeçmenin çeşitli sebepleri olabilir. Benzer hukuksal sorun içeren itirazlardan biriyle ilgili olarak, Genel Kurul tarafından bir karar verilmişse ve bu karar sonrası yapılan diğer itirazların bir anlamı kalmamışsa, itiraz hakkında farklı bir karar çıkmayacağı için, Genel Kurul’un gündemini boş yere meşgul etmemek amacıyla itirazdan vazgeçilir. Yine itirazı boşa çıkartan bir yasal düzenlemeye gidilmişse, itirazdan vazgeçilir. İtiraz sonuçlanmadan dava zamanaşımı süresi dolmuşsa veya itiraz süjesi olan sanık ölmüşse yine itirazdan vazgeçme yoluna gidilir. Aşağıdaki tablo itirazdan vazgeçmeleri istatistiksel olarak göstermektedir⁶⁶.

YILLAR	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Ceza Dairelerinde	6	1	395	1	1	-
Ceza Genel Kurulunda	110	105	84	80	17	24

Görüldüğü üzere, itirazdan vazgeçmeler gerektiği takdirde Yargıtay C. Başsavcılığı tarafından uygulanmaktadır ki, 2013 ile 2018 yılları arasında toplam 824 itiraz geri çekilmiştir. Bu durumdan da, Yargıtay C. Başsavcılığı’nın sürekli olarak Ceza Genel Kurul kararlarını takip ettiği ve itirazların boş yere gündemde kalmasını önlediği anlaşılmaktadır.

İtirazın geri alınmasında, sanığın muvafakatının gerekli olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, Başsavcının itirazı sanık lehinde ise, sanığın onayı olmadan itiraz geri alınamaz. İtiraz sanığın aleyhinde ise, hiçbir koşula bağlı olmadan her zaman geri alınabilir⁶⁷. CMK md. 266/1’de “Kanun yoluna başvurulduktan sonra bundan vazgeçilmesi, mercii tarafından karar verilmeye kadar geçerlidir. Ancak, Cumhuriyet savcısı tarafından sanık lehine yapılan başvurudan onun rızası olmaksızın vazgeçilemez.” şeklinde yer alan hükmün, itiraz kanun yolu için de uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür.

Kunter’e göre, Başsavcının davasını geri almasında sanığın muvafakati aranmaz⁶⁸. Sanığın doğrudan olağanüstü itiraz yoluna başvurması mümkün olmadığı göz önünde bulundurulduğunda, geri alma için ayrıca sanığın onayının alınmasına da gerek yoktur⁶⁹.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da verdiği bir kararında, bu konuyu tartışmış ve şu karara varmıştır: “İtiraza başvurma yetkisi sadece Yargıtay C. Başsavcısı’na

⁶⁶ Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı Yılsonu Değerlendirme Toplantısı Yayınlanmamış Raporu, syf: 5

⁶⁷ Centel / Zafer, age, syf: 918

⁶⁸ Nurullah Kunter, age, syf: 752

⁶⁹ Semih Mutlu, **Ceza Muhakemesi Kanununda Kanun Yolları**, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2018, syf: 118; Cumhuriyet Şahin / Neslihan Göktürk, age, syf: 294

tanınmış olup, Başsavcı dışındaki tarafların bu kanun yoluna başvurma imkanı bulunmamaktadır. Dolayısıyla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın kanunen tek başına kullanmaya yetkili kılındığı bu olağanüstü kanun yolundan vazgeçmesi noktasında ister aleyhe, isterse lehe itiraz olsun herhangi bir tarafın onayına gerek olmaksızın vazgeçebileceğinin kabulü gerekmektedir. Aksi takdirde yalnızca temyiz kanun yolunda, Cumhuriyet savcısının sanık lehine yaptığı başvuru için kabul edilen ve olağan kanun yolu için kabul edilmiş olan bu istisnai düzenlemenin kanun koyucunun amacına aykırı şekilde genişletilmesi söz konusu olacaktır⁷⁰.

Kanaatimizce de, itiraz kanun yoluna başvurma yetkisi sadece Yargıtay C. Başsavcısı'na ait olduğundan, itirazdan vazgeçmede sanığın muvafakatına gerek yoktur. İtirazın sanık lehine veya aleyhine yapılmış olması önem arz etmemelidir.

2. İtirazın tebliği gerekir mi?

Yargıtay C. Başsavcısı sanık aleyhinde veya lehinde itiraza gidebilmektedir. İtirazın davanın taraflarına tebliğ edilip edilmeyeceği bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Halen uygulamada gerek aleyhe olsun, gerekse lehe olsun, itirazlar davanın taraflarına tebliğ edilmemektedir. Esasen itirazı düzenleyen CMK md. 308'de buna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla olağanüstü kanun yolu olması, dosya üzerinde karar verilecek olması ve yasal zorunluluk bulunmaması nedenleriyle, itirazların tebliğine gerek olmadığı görüşü hakimdir.

İtirazın tebliği ile ilgili benzer bir sorun, Yargıtay C. Başsavcılığı'nın düzenlediği Tebliğname ile ilgili de olmuştur. Şöyle ki, 1412 sayılı CMUK'nun ilk halinde Tebliğnamenin taraflara tebliğine ilişkin bir düzenleme yoktu. Bu durum, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne bir sorun olarak götürülmüş ve 9 Kasım 2000 günlü, Göç & Türkiye kararı olarak bilinen karar ile Mahkeme kararını bildirmiştir: "Mahkeme, Başsavcının tebliğname içeriğinin dikkate alınıp başvuruca Tebliğnameye karşı farklı bir görüş sunma olanağının sağlanmamasını, hak ihlali olarak değerlendirmiştir. Hızlı bir süreç içerisinde çabuk sonuçlandırılması amaçlanan davalarda, ulusal yargılama düzeninin bağımsız bir üyesince ileri sürülmüş bile olsa (örneğin; Cumhuriyet Başsavcısı gibi) adil yargılanma hakkı, ilkesel olarak hukuk ya da ceza yargılamasının yanlarına, sunulan tüm görüşler ve gösterilen tüm kanıtlar hakkında bilgi sahibi olma ve yorumda bulunma olanağının verilmesini amaçlamaktadır. Aslında başvuruca ulusal mahkemeler önünde duruşma hakkına sahip olmadığı dikkate alınacak olursa, bu tür bir mütalaanın kendisine iletilmesi, adil yargılanmanın doğal gereğidir. Açıklanan nedenlerle başvuruca, Yargıtay

⁷⁰ Yrg. CGK 01/10/2013 günlü, 7-314/394 Esas-Karar sayılı ilam. UYAP Karar Arama, Erişim Tarihi: 12/08/2019

önündeki yargılamada, başarı olanaklarını zayıflatacak her tür sunumdan bilgi edinmek hakkına sahiptir. Bu nedenlerle Cumhuriyet Başsavcısı'nın Yargıtay'a sunduğu Tebliğnamesinin başvurucuya tebliğ edilmemesi, Sözleşme'nin 6/1. maddesinin ihlalidir.⁷¹

Esasen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 17 Ocak 1970 günlü Del Court & Belçika davasında, Başsavcılığın Tebliğnamesinin taraflara tebliğ edilmemesini, adil yargılanma hakkının ihlali olarak görmemişti. 2 Mart 1978 günlü Monnel ve Morris & İngiltere davasında da, aynı anlayışı sürdürmüştür. Mahkeme daha sonra bu içtihadından dönmüş ve Tebliğnamenin tebliğ edilmemesini hak ihlali olarak görmüştür. 28 Ağustos 1991 günlü Brandstetter & Avusturya ve 22 Haziran 1993 günlü Borgers & Belçika kararları, ihlal kararlarının çıktığı davalardır⁷².

Tebliğnamenin tebliğ edilmesi gerektiğine ilişkin Göç & Türkiye davasında verilen ihlal kararının iç hukuka yansıması olmuş ve 19/03/2003 günlü, 4829 sayılı yasanın 20. maddesi ile CMUK 316. maddeye üçüncü fıkra eklenmiş ve şu hüküm getirilmiştir. "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen tebliğname, hükmü temyiz etmeleri veya aleyhlerine sonuç doğurabilecek görüş içermesi halinde sanık veya müdafii ile müdahil, şahsi davacı veya vekillerine dairesince tebliğ olunur. İlgili taraf tebliğden itibaren yedi gün içinde yazılı olarak cevap verebilir".

Benzer düzenlemeye 5271 sayılı CMK md. 297/3'te yer verilmiştir.

09/05/1956 gün, 6-4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, olağan bir kanun yolu olan temyiz kanun yoluna hasren kabul edilen bir usulün, olağanüstü ve istisnai bir kanun yolu olan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın itirazına kıyas yoluyla uygulanmasının imkan dahilinde olmadığı kararlaştırılmıştır. Dolayısıyla Yargıtay C. Başsavcılığı'nın itirazının içerik ve doğurduğu sonuçlar bakımından Tebliğname ile benzerlik gösterdiği kabul edilse de; kıyas yoluyla itirazın tebliği sorunu çözülemez.

Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Göç & Türkiye kararı ve silahların eşitliği ilkesi gereği, yasal düzenleme olmasa bile, özellikle sanığın aleyhine itiraz halinde, itiraz başvurusunun sanığa veya vekiline tebliğ edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olan silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarının usuli haklar bakımından aynı koşullara tabi tutulması ve taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip

⁷¹ Güney Dinç, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Silahların Eşitliği, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S:57, 2005, syf: 290

⁷² Güney Dinç, agm, syf: 289

olması anlamına gelir⁷³. Bu anlamda Yargıtay C. Başsavcılığı'nın itirazında belirttiği argümanlar ve iddialar hakkında, sanık kendisini savunabilmelidir. İtirazda dile getirilen hususlar hakkında, sanık da gerekirse karşı savunma dilekçeleri sunabilmelidir. Esasen sanığın bu şekilde ek savunma yapmasının, belge veya rapor göndermesinin önünde bir yasal engel de bulunmamaktadır. Bu nedenle özellikle aleyhe itirazlarda, sanığa itirazın tebliğinin yapılması görüşünderiz.

Ayrıca günümüzde dosyanın tarafları UYAP üzerinden ceza dairesinin verdiği kararı görebilmektedirler. Ceza Genel Kurulun karar alma süreci ise birkaç yılı bulmaktadır. Lehine sonuçlanan ceza dairesinin kararını öğrenen sanığın, savunma yapmadan, birkaç yıl sonra aleyhine bir sonuç doğduğunu öğrenmesi hukuk güvenilirliği bakımından sorunlu bir duruma yol açacaktır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi 09/10/2019 günlü, B.No: 2017/14871 sayılı kararında, itirazın ilgisine tebliğ edilmemesinin, Anayasa'nın 36. maddesinde korunan adil yargılanma hakkı kapsamında hakkaniyete uygun yargılanma hakkının güvencelerinden olan gelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerini ihlal ettiğine karar vermiştir⁷⁴.

3. İtirazın Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruya Etkisi

Bilindiği üzere 07/05/2010 günlü, 5982 sayılı yasanın 18. maddesiyle Anayasamızın 148. maddesine, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru olanağı getirilmiştir. Düzenlemeye göre, herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.

Bireysel başvuruda bulunmak için, kanun yollarının tüketilmiş olması arandığından, itiraz yolunun tüketilip tüketilmemesi gerektiği bir sorun olarak Anayasa Mahkemesi önüne götürülmüştür. Anayasa Mahkemesi, 16/05/2013 günlü, 2013/2001 Başvuru nolu dosyada şu hükmü vermiştir: "Ceza yargılamasında tüketilmesi gereken son başvuru yolu temyiz aşaması olup, temyiz incelemesinden geçen kararlara karşı itiraz yolu, 5271 sayılı Kanun'un 308. maddesi gereğince Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'na tanınmıştır. Dolayısıyla başvurunun itiraz yoluna gidilmesi istemi, sadece Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın takdirini harekete geçirmeye yönelik bir taleptir. Bu kapsamda yapılan başvurular bireysel başvuru öncesinde tüketilmesi gereken bir yol olarak kabul edilmediğinden, bu yola gidilmesinin bireysel başvuru

⁷³ Anayasa Mahkemesinin 2013/1386 Başvuru Nolu, 16/04/2015 tarihli kararı.<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1386?BasvuruNoYil=2013&BasvuruNoSayi=1386> Erişim Tarihi: 02/08/2019

⁷⁴ <https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/bireysel-basvuru-basin-duyurulari/?page=2> Erişim Tarihi: 21/01/2020

süresi üzerinde herhangi bir etkisi olmayacaktır.” Kararda açıkça yazıldığı üzere, bireysel başvuruda bulunmak için itiraz yolunun tüketilmesine gerek yoktur⁷⁵.

Bu karar doktrinde tartışılmaktadır. İtiraz yolunun kanun yolu olduğunu savunan görüşe göre, itiraz yolu tüketilmesi gereken bir yoldur. Zira Başsavcı’nın itiraz yetkisinin, kanun yolunun ayırt edici niteliklerinden olan erteleyici ve aktarıcı etkiyi bünyesinde barındırdığı ileri sürülmektedir⁷⁶. Bu görüşe göre, ilgili tarafından Yargıtay C. Başsavcısı’nın itiraz yetkisini kullanması için başvuruda bulunulmuşsa, mahkeme kararının kesinleşmesi için ya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’nın bu yola başvurmayacağını açıklamış olması ya da yapılan itirazın Yargıtay Ceza Genel Kurulunca reddedilmesi gerekmektedir. Ancak bu durumda kanun yollarının tüketilmiş olduğundan söz edilebilir.⁷⁷

Bu konuyla ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Akçiçek - Türkiye kararı da önemlidir. Mahkeme bu kararda Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’nın itiraz yetkisine kısaca değinmiştir. AİHM özetle, başvuru hakkında ilk derece mahkemesince verilen mahkumiyet kararının 1 Aralık 2009 tarihinde Yargıtay tarafından onandığını, 31 Aralık 2009 tarihinde ise başvurusunun Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’na müracaatta bulunarak Yargıtay onama kararının kaldırılması için başvuruda bulunduğunu ancak başvurusunun reddedildiğini belirtmiştir. AİHM, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’na tanınmış bu yetkinin, Yargıtay ceza dairesinin kararını ortadan kaldırmayı amaçlayan olağanüstü bir kanun yolu/hukuki çare olduğunu (extraordinary remedy); bu yola gidilmesi yetkisinin Başsavcıya ait olduğunu ve bundan dolayı bu yolun bireylerin doğrudan kullanabilecekleri bir yol olmadığını belirtmiş; Başvurucular karar düzeltme yolunun kullanılması konusunda kendiliklerinden bir karar veremediklerinden bu yol, başvuru bakımından erişilebilir, dolayısıyla da mevcut ve etkili bir başvuru yolu olarak değerlendirilmemiştir. Bundan dolayı da Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’nın itirazının, AİHS m.35/1 anlamında tüketilmesi gereken iç hukuk yollarından birisi olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiş bulunmaktadır. Akçiçek - Türkiye davasında başvuru süresi, itirazda harcanan süre dikkate alınmaksızın nihai Yargıtay kararından itibaren başlatılmış ve başvuru altı aylık süre şartına uyulmaması nedeniyle kabul edilemez bulunmuştur⁷⁸.

⁷⁵ Uğur Ersoy, Anayasa Mahkemesine Yapılacak Bireysel Başvurularda Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtiraz Yetkisinin Etkileri ve Sonuçları, **Ankara Barosu Dergisi**, Y: 74, 2016/2, syf:129

⁷⁶ Uğur Ersoy, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuki Çare ve Kanun Yolu Kavramları Bağlamında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtiraz Yetkisi, **Ceza Hukuku Dergisi**, Y: 10, S: 29, Aralık 2015, syf: 93

⁷⁷ Uğur Ersoy, agm, syf: 147

⁷⁸ Hüseyin Ekinci, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurularda Bir Kabul Edilebilirlik Koşulu Olarak Başvuru Yollarının Tüketilmesi Sorunu, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y: 3, S: 11, Ekim 2012, syf: 34

Daha önceki sayfalarda, itiraz konusuyla ilgili kanaatimizi açıklarken, bu yolun olağanüstü kanun yolu olarak kabul ettiğimizi belirtmiştik. Bu pencereden bakıldığında, gerek Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmak için ve gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmak için, Yargıtay C. Başsavcılığı'na itiraz talebinde bulunmaya ve buradan bir sonuç alınmasına gerek yoktur. Temyiz sonucu verilen karar ile iç hukuk yollarının tüketildiği kabul edilmelidir.

J- RAKAMLARLA İTİRAZ YOLU

Tüm makale boyunca Yargıtay C. Başsavcılığı'nın itiraz yolu hakkında detaylı bilgiler verilmeye çalışıldı. Akla şu soru gelebilir. Bir adli yıl içerisinde kaç dosya hakkında itiraza gidilmektedir ve bunların isabet oranı ne kadardır? Aşağıda 2013 yılından 2018 yılına kadar itiraza ilişkin rakamlar verilerek konu hakkında bir görüşe varılmasına çalışılacaktır⁷⁹.

İtiraza gidilmesi için Yargıtay C. Başsavcılığı'ndan sanık, sanık savunmanı, yerel mahkeme, infaz savcılığı, katılan ve katılan vekillerinin talepte bulunabildikleri belirtilmişti. Aşağıda bu taleplerin sayısı verilmektedir:

YILLAR	2013	2014	2015	2016	2017	2018
GELEN DOSYA	8653	11638	9493	10505	6434	6075

Görüldüğü üzere her yıl binlerce kesinleşmiş dosya hakkında, yeniden inceleme talep edilmekte, Yargıtay ceza dairelerinin verdiği kararların tekrar irdelenmesi istenmektedir. Her talep Yargıtay C. Başsavcılığı'nda dikkatle ele alınmakta, dosyanın mahal mahkemesinden istenerek, tümü üzerinde yeniden inceleme yapılmaktadır. İddia edildiği gibi bir hukuka aykırılığa rastlanırsa, itiraz yoluna da gidilmektedir. Aşağıdaki tablo yıllar içerisinde kaç dosya için itiraza gidildiğini göstermektedir:

İTİRAZLAR	2013	2014	2015	2016	2017	2018
İtiraz Edilen Dosya	1426	1541	1504	1140	750	757

Verilen bu rakamlar, yıldan yıla farklılık göstermektedir. Bunda aynı mahiyetteki seri dosyaların varlığı önemli rol oynamaktadır. Ayrıca usul kurallarına aykırılıklara ilişkin itirazlarda, soruna çözüm bulunduktan sonra, diğer yıllarda tekrar aynı konuyla alakalı itiraza gidilmeye gerek bulunmamaktadır.

Yargıtay C. Başsavcılığı'nın yaptığı itirazların isabetli olup olmadığı ayrı ve önemli bir sorundur. Çünkü isabet oranı düşük olan itiraz yolunun işlerliği ve

⁷⁹ Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı Yıllonu Değerlendirme Toplantısı Yayınlanmamış Raporu, syf: 7

ciddiyeti hakkında soru işaretleri doğacaktır. Rakamlarla bu durumu irdelemek gerekirse;

YILLAR	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Dairelerde Kabul Edilen	1044	1051	688	701	470	376
Dairelerde Reddedilen	376	489	421	436	276	339
Dairelerde Bekleyen	-	-	-	2	3	42
Dairelerde İtirazdan Vazgeçilen	6	1	395	1	1	-

İtirazın dairede kabul edilmesi, ceza dairesinin yapılan itirazı haklı bulduğu, itirazın Ceza Genel Kuruluna gönderilmesine gerek görülmediği anlamına gelir. Yıllara bakıldığında, 2013 yılında 1426 itirazın, 1044 tanesinin; 2014 yılında 1541 itirazın 1051 tanesinin; 2015 yılında 1504 itirazın 688 tanesinin; 2016 yılında 1140 itirazın 701 tanesinin; 2017 yılında 750 itirazın 470 tanesinin ve 2018 yılında 757 itirazın 376 tanesinin dairelerde kabul edildiği görülmektedir. Bu oranların yüksekliği Yargıtay C. Başsavcılığı'nın itirazlarının isabetli olduğunu göstermesi bakımından değerlidir.

İtirazların bir kısmı ceza daireleri tarafından kabul edilmeyerek, Ceza Genel Kuruluna da gönderilmektedir. Genel Kurulda itirazlara ilişkin kararlardaki isabet konusu da fikir vericidir.

YILLAR	2013	2014	2015	2016	2017	2018
CGK Kabul Edilen	167	222	173	137	53	39
CGK Reddedilen	99	113	94	68	36	10
CGK Bekleyen	-	49	70	151	170	266
CGK aşamasında vazgeçilen	110	105	84	80	17	24

İtirazın Genel Kurulda kabul edilmesi demek, ceza dairesinin verdiği kararın usul veya maddi hukuka aykırı olduğu, dairenin verdiği hükmün kaldırılarak yeni bir hüküm verilmesi gerektiği anlamına gelmektedir. Yıllara bakıldığında,

2013 yılında 266 itirazın, 167 tanesinin; 2014 yılında 335 itirazın 222 tanesinin; 2015 yılında 267 itirazın 173 tanesinin; 2016 yılında 205 itirazın 137 tanesinin; 2017 yılında 89 itirazın 53 tanesinin ve 2018 yılında 49 itirazın 39 tanesinin Ceza Genel Kurulda kabul gördüğü anlaşılmaktadır. Kabul ve ret oranları kıyaslandığında, kabul oranının yüksek olduğu ve Yargıtay C. Başsavcılığı'nın itirazlarının isabetli olduğu anlaşılmaktadır.

Bu aşamada farklı bir istatistiğe yer vermek gerekecektir. Uygulamada itirazların iki ayrı kanaldan beslendiği görülmektedir. İlk kanal, dosyanın taraflarının, yerel mahkemenin, infaz savcılığından gelen itirazların beslediği kanaldır. Diğer kanal ise, Yargıtay C. Başsavcılığı bünyesinde görev yapan Yargıtay Cumhuriyet Savcılarının re'sen itiraza gidilmesine yönelik görüşlerinden kaynaklanan itiraz kanalıdır. Bilindiği üzere, Yargıtay ceza dairelerince verilen kararlar, mahal mahkemesine gönderilmesi için Yargıtay C. Başsavcılığı'na teslim edilir ve Yargıtay C. savcısı ceza dairesinin verdiği kararı okuyarak, dosya içeriği ile karşılaştırma olanağına sahip olur. Dosya içeriğiyle verilen karar arasında sorun gördüğü takdirde, Yargıtay C. Başsavcısı'nın onayıyla itiraza gider. Bu arada ceza dairesinin verdiği karar, oy birliğiyle çıkmamış ise, karara muhalif olan ceza dairesi üyelerinin gerekçeli muhalefet şerhlerinin, Yargıtay C. savcısının itiraz yolunu düşünmesini tetiklediği de uygulamada sıkça görülmektedir.

Bu durumda akla şu soru gelmektedir. İtirazların ne kadarı Yargıtay C. savcısının re'sen tespitiyle, ne kadarı dosyanın taraflarının ve yerel mahkemenin talebinin tetiklemesiyle ortaya çıkmaktadır. 2018 yılına ait rakamlar bu açıdan ufuk açıcıdır:

2018 Yılı İtiraz Talebi	6075
Doğrudan İtiraz	427
Talep Üzerine İtiraz	330

Tabloyu kısaca anlatmak gerekirse, dosyanın tarafları, infaz savcılığı veya yerel mahkeme tarafından 6075 dosya hakkında itiraza gidilerek, yeni bir karar çıkarılması istenmiş ve bu taleplerden sadece 330 tanesi hakkında itiraza gidilmiştir. Kalan 5.745 talep yerinde görülmemiş ve itiraz yoluna gidilmemiştir. Görülmektedir ki, taleplerin çoğu kabul görmemekte ve itiraz talepleri reddedilmektedir. Herhangi bir talebe bağlı kalmaksızın, Yargıtay C. savcıları tarafından itiraz edilen dosya sayısının daha fazla olduğu (427) dikkatten kaçmamalıdır. Bu durum, Yargıtay C. Başsavcılığı'nın ceza dairelerinin verdiği kararları ciddi biçimde irdelediği, adeta bir filtre görevi gördüğü, mevcut usul ve maddi hukuka aykırı görülen kararların düzeltilmesi için çalıştığının göstergesidir.

SONUÇ

Ceza yargılamasında son aşamada olağan kanun yolu olarak Yargıtay ceza dairesinin kararıyla maddi gerçeğe ulaşılması, ceza adaletinin sağlanması amaçlanır. Bir ceza dosyasının Yargıtay ceza dairesi önüne kadar geçirdiği evreler dikkate alındığında, bu haklı bir beklentidir. Bu anlamda toplumun yargıya güvenmesinde Yargıtay'a önemli bir görev de düşmektedir.

Bu beklenti kapsamında Yargıtay ceza daireleri kararlarının bir kısmında, hukuka aykırılıklar bulunması halinde, bunların düzeltilmesi için olağanüstü kanun yolu olarak kabul edilen Yargıtay C. Başsavcılığı'nın itirazı, ceza adalet sisteminin kritik bir parçasıdır. İtiraz yoluyla, temyiz yolundan seken hatalı kararların önüne geçilebilmek mümkün olmaktadır. Elbette her itirazın haklı olduğu veya isabetli olduğu söylenemez. Ancak bazı dosyaların üzerinden yeniden geçilmesi, Ceza Genel Kurulu tarafından kolektif olarak karar verilmesinin sağlanması ve ceza daireleri arasındaki içtihat farklılıklarının giderilmesi, hukuka olan güveni arttırmakta ve ceza adaletinin sağlanmasında önemli bir rol üstlenmektedir.

Ceza muhakemesi kanunumuzda itiraz yolu, olağanüstü kanun yolu olarak kabul edilmiştir. Doktrinde itiraz yolunun, olağan kanun yolu olarak kabul edilmesi yönünde görüşler taraftar da bulmaktadır. Kanaatimizce yasal düzenleme yerindedir ve itiraz yolu, olağanüstü bir yoldur. Çünkü itiraza gidilmesi sadece Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'na tanınmıştır. Dosyanın tarafları itiraza gidilmesini isteyebilir, dosyada açık hukuka aykırılıklar da olabilir ancak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı itiraza gitme iradesini göstermezse, itiraza gidilmez. Yargıtay C. Başsavcısı'nın iradesiyle sınırlandırılmış bu yetkiye olağan kanun yolu demenin doğru olmayacağı düşüncesindeyiz.

Yine doktrinde, ceza dairelerinin bozma kararlarına karşı itiraza gidilemeyeceği, bozma kararı sonrası yerel mahkemenin karara direnebileceği, bu nedenle itiraza gerek olmadığı savunulmuştur. Kanaatimizce, maddi gerçeği bulmak amacıyla, ceza dairelerinin onama kararları itiraza konu oluyorsa, bozma kararları da itiraza konu olmalıdır.

Yargıtay C. Başsavcılığı'nın itirazı, yasada bu yolda bir düzenleme olmaması nedeniyle ilgili taraflara tebliğ edilmemektedir. Ancak kanaatimizce, özellikle sanığın aleyhine gidilen itirazlarda, sanık veya vekili itirazdan haberdar edilmelidir. Yargıtay C. Başsavcılığı'nın itirazında öne sürdüğü iddialar karşısında, sanık veya vekiline savunma hakkı tanınmalı, iddialar karşısında yeni dilekçeler, raporlar veya kanıtlar sunma olanağı sağlanmalıdır. Çünkü itiraz üzerine Ceza Genel Kurulunda sanık aleyhine sonuç doğması halinde, sanık kendini savunamadan cezalandırılmış olacaktır. Bu nedenle silahların eşitliği ilkesi gereği, itirazdan tarafların bilgilendirilmesi ve uygulamanın bu yönde değişmesi gerektiği düşüncesineyiz. Ayrıca yasada tebligat

yapılması konusunda zorunluluk yoksa da, tebligatı yasaklayan bir durum da bulunmamaktadır.

İtiraz yoluna gidilmesi, infazı durdurmaz veya ertelemes. Ancak itiraz dilekçesinin içeriği kapsamında, mahkemesince infazın durdurulması kararı verilebilir. Özellikle hükmen tutuklu dosyalara yapılan itirazlarda, hak kaybına yol açmamak için dosyanın öncelikli olarak ele alınması ve karara bağlanması önemlidir. Uygulamanın da bu yönde geliştiği görülmektedir.

Yargıtay istatistiklerine göre, 2018 yılında ceza daireleri toplam 243.632 dosya hakkında karar vermiştir. 2018 yılında Yargıtay C. Başsavcılığı ise 757 dosya hakkında itiraz başvurusu yapmıştır. Bilinen bir sözdür : “Bir masum bir tek gün haksız yatacağına, bin suçlu aramızda dolaşsın”. Bu doğrultuda yüz binlerce dosya içerisinde 757 dosyaya itiraz edilmesi az görülebilir ama bu itirazların, 757 dosyada insanımızın hayatına dokunduğu ve daireler arasında içtihat birliğini sağladığı göz önüne alındığında, çok değerli olduğu görülmelidir.

KAYNAKÇA

- Ahmet Gökçen / Murat Balcı / M.Emin Alşahin / Kerim Çakır, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2018
- Ahu Karakurt, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Muhakemenin Yenilenmesi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009
- Bahattin Azizağaoğlu, **Ceza Muhakemesi Kanununda Kanun Yolları**, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2018
- Bahri Öztürk / Mustafa Ruhan Erdem / Özge Sırma / Yasemin Saygılar, **Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Kavramlar**, Turhan Kitabevi, 4. Bası, Ankara, 2006
- Cumhur Şahin / Neslihan Göktürk, **Ceza Muhakemesi Hukuku - II**, Seçkin Yayınları, Ankara, 9. Baskı, 2019
- Çetin Arslan, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı İtirazı, **Ceza Hukuku Dergisi**, C:2, S:5, Aralık, 2007
- Doğan Soyaslan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yetkin Yayınları, 6.Baskı, Ankara, 2016
- Erdener Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, Adalet Yayınları, 15.Bası, Ankara, 2018
- Feridun Yenisey / Ayşe Nuhoglu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara, 2019
- Güney Dinç, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Silahların Eşitliği, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S: 57, 2005
- Gürsel Mol, **Türk Hukuk Tarihi Sürecinde Yargıtay**, Yargıtay yayınları No:28, Ankara, 2004

- Hakan Karakehya, **Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğin Tespiti**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016
- Hakan Karakehya, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş yayınevi, 2. Bası, Ankara, 2016
- Hüseyin Ekinci, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurularda Bir Kabul Edilebilirlik Koşulu Olarak Başvuru Yollarının Tüketilmesi Sorunu, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y: 3, S: 11, Ekim 2012
- Kunter / Yenisey / Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınları, 16. Bası, İstanbul, 2006
- Murat Kayaççek, Aynı Fiilden Dolayı Yeniden Yargılama Yapılan Hallerde Dava Zamanaşımı Süresinin Tespiti, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y: 15; S: 18; 2014
- Mustafa Özen, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınları, 3. Bası, Ankara, 2019
- Nevzat Toroslu / Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş yayınları, Ankara, 2013
- Nur Centel / Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınları, 16.Bası, İstanbul, Eylül 2019
- Nurullah Kunter, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Sermet Matbaası, 5. Bası, 1955
- Nurullah Kunter / Feridun Yenisey, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınları, 10.Bası, İstanbul, 1988
- Osman Yaşar, **Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu**, Seçkin Yayınları, 8.Baskı, C:3, Ankara
- Öztekin Tosun, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri**, C:2, 2.Bası, İstanbul, 1976
- Semih Mutlu, **Ceza Muhakemesi Kanununda Kanun Yolları**, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2018
- Süheyl Donay, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, Beta Yayınları, İstanbul, 2009
- Serdar Talas, Ceza Muhakemesi Hukukunda Başsavcılığın İtirazı, **İÜHFM**, C: LXX, S:1, 2012
- Uğur Alacakaptan, Temyiz Mahkemesi Başsavcılığı'nın Yaptığı İtiraz Hükmün Kesinleşmesine Mani Olur mu?, **AÜHFD**, Cilt 24, Sa.1-4, 1967
- Uğur Ersoy, Anayasa Mahkemesine Yapılacak Bireysel Başvurularda Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtiraz Yetkisinin Etkileri ve Sonuçları, **Ankara Barosu Dergisi**, Y: 74, 2016/2

- Uğur Ersoy, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuki Çare ve Kanun Yolu Kavramları Bağlamında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtiraz Yetkisi, **Ceza Hukuku Dergisi**, Y: 10, S: 29, Aralık 2015
- Vahit Bıçak, **Suç Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010
- Veli Özer Özbek / Koray Doğan / Pınar Bacaksız, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınları, 12. Baskı, Ankara, 2019
- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı Yılsonu Değerlendirme Toplantısı (21-24 Şubat 2019, Afyonkarahisar) Yayınlanmamış Raporu, Ankara
- Yener Ünver / Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku - III**, Adalet Yayınları, 15. Baskı, Ankara, 2019
- <https://www.yargitaycb.gov.tr/kategori/70> Erişim Tarihi: 24/07/2019
- <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1386?BasvuruNoYil=2013&BasvuruNoSayi=1386> Erişim Tarihi: 02/08/2019

YARGI KARARLARI IŞIĞINDA İDARİ YAPTIRIMLARDA GÖREVLİ YARGI YERİ SORUNU

*The Problem of The Judiciary Jurisdiction in Administrative Accounts
in the Light of Judiciary Decisions*

Dr. Yunus ERASLAN* Dr. Ayşegül ÇOBAN ATİK**

Geliş Tarihi: 04.11.2019 Kabul Tarihi: 28.01.2020

ÖZET

5326 sayılı Kabahatler Kanununun 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmesiyle, kabahatler suç olmaktan çıkarılmış ve idari yaptırım gerektiren haksızlık olarak düzenlenmiştir. Kabahatler Kanununda öngörülen idari yaptırımlar, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesidir. Kabahatler Kanununda, diğer kanunlarda yer alan tedbirlerin de idari yaptırım olduğu belirtilmiştir. Diğer kanunlarda idarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi türünde idarî yaptırımlar öngörüldüğü gibi; meslekten ve sanattan men, ehliyet ve ruhsatın geri alınması, aracın seferden alıkonulması vb. diğer tedbir niteliğindeki idari yaptırımlar da öngörülmüştür. Kabahatler Kanununda, idarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi idarî yaptırımlarına karşı sulh ceza mahkemesine başvurulacağı ve bu kanun yoluna ilişkin hükümlerin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı hükmüne bağlanmıştır. Bu çalışmada Kabahatler Kanununda öngörülen kanun yoluna ilişkin hükümlerin, diğer kanunlardaki hangi yaptırım türleri yönünden geçerli olduğu ya da olması gerektiği, kapsam ve sınırının ne olduğu sorunu yargı kararları ışığında incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: İdari Yaptırım, Uyuşmazlık Mahkemesi, Kanun Yolu, Kabahatler Kanunu, Görevli Yargı Yeri.

ABSTRACT

With the entry into force of the Infringement Law #5326 on June 1, 2005, the infringements were no longer regarded as crime and were regulated as unjust actions requiring administrative sanctions. Administrative sanctions provided in the Infringement Law are administrative fines and transfer of ownership to the state. The Infringement Law states that the measures included in other acts are also administrative sanctions. In other acts, administrative sanctions such as administrative fines and the transfer of ownership to the state, as well as the suspension from practice and trade, the withdrawal of the license, the arrest of the vehicle etc. are regulated. The Infringement Law stipulates that judicial remedy against administrative sanctions in the form of administrative fines and the transfer of ownership to the state shall be sought in front of the criminal court of peace and the provisions of this remedy shall be applied in the absence of any contrary provisions in other acts. In this study, the question to which types of sanctions in other acts the remedy provided in the Infringement Law applies and the scope and limits of these provisions will be examined in the light of judicial decisions.

Keywords: Administrative Sanction, Court of Disputes, legal remedy, Infringement Law, place of jurisdiction.

* Konya Bölge İdare Mahkemesi Üyesi, e-posta:ab97707@adalet.gov.tr, ORCID ID: 0000-0002-9660-5519.

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Doktor Öğretim Üyesi, e-posta: aysegulcoban2005@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-3849-3504.

GİRİŞ

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanununda, kabahatler suç olarak kabul edilmekte ve karşılığında ceza öngörülmekteydi. 2004 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı (yeni) Türk Ceza Kanunu ile suç kategorisinden çıkarılan kabahatler, 2005 yılında yürürlüğe giren 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile idari yaptırım gerektiren haksızlık olarak düzenlenmiştir.

Kabahatler Kanununda iki tür idari yaptırım öngörülmüş olup bunlar idarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesidir. Kanunun 27. maddesinin 1. fıkrasında, bu yaptırımlara karşı sulh ceza mahkemesine başvurulabileceği düzenlenmiştir. Kabahatler Kanunu dışında kalan diğer bazı kanunlarda da çeşitli haksız davranışlar karşılığı çeşitli idari yaptırımlar düzenlenmiş olup, bu idari yaptırımlara karşı yapılabilecek itirazlar ve yargı yolları konusunda kimi kanunlarda farklı hükümler öngörülmüş, kimi kanunlarda ise hiçbir kural öngörülmemiştir.

Kabahatler Kanununun 3. maddesinde düzenlenen *“Bu Kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanır”* hükmü, Anayasa Mahkemesi’nin 01.03.2006 tarih ve E. 2005/108. K. 2006/35 sayılı kararıyla iptal edilmiş ve 5560 sayılı Kanun değişikliğiyle 3. madde yeniden düzenlenmiştir. Kabahatler Kanununun 19. maddesinde ise, belirli süre için öngörülen bir kısım yaptırımların saklı olduğu kurala bağlanmıştır.

Kabahatler Kanununun 3. maddesinin 5560 sayılı Kanunla değiştirilmesinden sonra, özellikle diğer kanunlarda öngörülen ve idari para cezası ile mülkiyetin kamuya geçirilmesi haricindeki idari yaptırımlarda, görevli yargı merciinin tespiti sorunu ortaya çıkmıştır. Kabahatler Kanununda öngörülen kanun yoluna ilişkin hükümlerin, diğer kanunlardaki hangi yaptırım türlerini kapsadığı ve sınırının ne olduğu, 19. maddenin hangi hallerde uygulanması gerektiği noktasında yargı kararlarında çelişkili tutumlar ortaya çıkmıştır. Çalışmamızda konusu ve türüne göre idari yaptırımlarda, görevli yargı merciinin adli yargı mı yoksa idari yargı mı olduğu hususu yargı kararları ışığında incelenecektir.

I. GENEL OLARAK İDARİ YAPTIRIMLAR

A. İdari Yaptırımın Tanımı ve Türleri

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanununda suçlar “kabahatler” ve “cürümler” olarak iki başlık altında toplanmıştı. Bu Kanunda cürümlerin karşılığı olarak ağır hapis, hapis ve ağır para cezaları öngörülmüşken kabahatlerin karşılığı olarak hafif hapis, hafif para cezası ve bir meslek ve sanatın tatili icrası cezası öngörülmüştü¹.

¹ CANDAN Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, İstanbul 2015, s. 543; GÜÇLÜ Yaşar, İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar, Ankara 2016, s. 21.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 765 sayılı Kanunda yer alan suçların cürüm ve kabahat olarak ayrımı kaldırılmış ve suç tanımı yeniden yapılarak bazı kabahatler suç olarak tanımlanmış, bazıları ise suç olmaktan çıkarılmıştır². Bunun üzerine Ceza Kanununun kapsamından çıkarılan kabahatlerle ilgili yeni bir kanuni düzenleme yapılması ihtiyacının ortaya çıkmasıyla, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu düzenlenerek 01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe konulmuştur.

Kabahatler Kanununda kabahatlere ilişkin genel ilkeler, kabahat karşılığında uygulanacak yaptırım çeşitleri, idari yaptırımlara karşı kanun yolları, idari yaptırımların yerine getirilmesine ilişkin esasları ve çeşitli kabahatler düzenlenmiştir.

Kabahatler Kanununda kabahat deyiminden; kanunun, karşılığında idarî yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır tanımına yer verilmiştir (m. 2). Kabahatler karşılığında uygulanacak olan idarî yaptırımlar, idarî para cezası ve idarî tedbirlerden ibarettir. İdarî tedbirler, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirlerdir (m. 16).

Doktrinde idari yaptırım; kanunun verdiği yetkiye dayanılarak veya kanun koyucu tarafından yasaklanmayan durumlarda, mahkeme kararına ihtiyaç duyulmaksızın doğrudan bir idari işlemle ve idari usullere uygun şekilde verilen cezalar olarak tanımlanmıştır³. Doktrinde idari yaptırımlar bireysel ve ekonomik yaptırımlar olarak sınıflandırılmaktadır⁴.

İdari yaptırımlarda idare, kamu gücüne dayanarak yargı mercilerine başvurmadan kendi işlemiyle ceza uygulamaktadır⁵. Bu yaptırımlara idare tarafından öngörülmesi ve uygulanmaları nedeniyle idari yaptırımlar denilmektedir⁶. İdari yaptırımların asıl belirleyici özelliği, yargı kararına gerek olmaksızın idare tarafından doğrudan uygulanmalarıdır⁷.

Herhangi bir kabahat karşılığında idari yaptırım uygulanması yetkisi idareye münhasır değildir. Mahkemeler ve savcılar da soruşturma ya da kovuşturma konusu fiilin suç değil de kabahat oluşturduğunu tespit ederlerse idari yaptırım

² CANDAN, s. 543; GÜÇLÜ, s. 21.

³ ÖZAY İlhan, İdari Yaptırımlar, Kuramsal Bir Deneme, İstanbul 1985, s. 35; KARABULUT Mustafa, "İdari Yaptırımların Hukuki Niteliği ve AYM'nin Kabahatler Kanunu Hakkındaki Kararı", Terazi Hukuk Dergisi, S. 3, Kasım 2006, s. 64; MAHMUTOĞLU Fatih Selami, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda Yaptırım Rejimi, İstanbul 1995, s. 53 vd.

⁴ ÇAĞLAYAN Ramazan, İdari Yaptırımlar Hukuku, Ankara 2006, s. 48; DARENDELİ Vahap, Adli Yargı Yerlerinde Görülen İdari Uyuşmazlıklar ve Davalar, Ankara 2004, s. 126.

⁵ ÇAĞLAYAN, s. 23.

⁶ DERDİMAN R. Cengiz, "Belediyelerin Kolluk Fonksiyonlarına İlişkin Genel Bir Deneme", Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, C. 6, S. 3, Temmuz 1997, s. 116.

⁷ OĞURLU Yücel, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, Ankara 2001, s. 42.

kararı verebilmektedirler. Kabahatler Kanununun 27. maddesine göre, idari yaptırımın mahkeme tarafından verilmesi ve soruşturma konusu fiilin suç değil de kabahat oluşturduğu gerekçesiyle idari yaptırım uygulanması hallerinde de, adli yargı mercileri itiraz başvurularını inceler⁸.

İdari yaptırımlar, gelişen toplum düzeninde devlet aygıtının büyümesi ve bazı eylemlerin suç olmaktan çıkarılması eğilimi⁹ sonucunda hızlı ve yerinde müeyyide uygulama ihtiyacından doğmuştur¹⁰. Bu sayede devlet idaresi, kamu düzenini sağlamaya yönelik olarak mahkeme sürecinin devreye girmedeği bir enstrümanı elinde bulundurmaktadır.

İdari yaptırımların hukuki dayanağı Anayasanın 38. maddesidir. Bu maddeye göre ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur. Kabahatler Kanununun 4. maddesinde de, kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarının ancak kanunla belirlenebileceği kuralına yer verilmiştir. Bu düzenleme ile idari yaptırımlarda da, suç ve cezalar için öngörülen ve temelini Anayasadan alan kanunilik ilkesinin geçerli olduğunu söylemek mümkündür¹¹. Diğer bir anlatımla bir idari yaptırım, normlar hiyerarşisinde kanunun altında yer alan yönetmelik veya diğer düzenleyici işlemlerle belirlenemez¹². Öte yandan 16 Nisan 2017 tarihinde yapılan referandumla yapılan Anayasa değişiklikleri kapsamında hukukumuzda giren bir başka norm çeşidi Cumhurbaşkanlığı Kararnameleridir. İdari yaptırımların bu kararnamelerle düzenlenip düzenlenemeyeceği sorusuna yine kanunilik ilkesi çerçevesinde olumsuz yanıt vermek gerekir. Anayasa’da bu kararnamelerin düzenleme alanı konusunda sınırlar belirlenmiş ve temel hak ve hürriyetlere ilişkin konularda düzenleme yapılamayacağı belirtilmiş olduğundan idari yaptırımların kararnamelerle düzenlenemeyeceği düşüncesindeyiz.

İdari yaptırımları, idari ceza ve idari tedbir olarak iki başlık altında gruplandırmak mümkündür. İdari cezalara örnek olarak; idari para cezaları, faaliyete süreli veya süresiz olarak son verme, kabahatler karşılığında öngörülen cezalar, disiplin cezaları gösterilebilir. İdari tedbirlere ise, geçici engelleme, geçici el koyma, sınavlarda belli bir süre geçmeden dışarı çıkmama vb. durumlar örnek gösterilebilir¹³.

Kabahatler Kanununda öngörülen idari yaptırımlar, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesidir. Bu Kanunda, diğer kanunlarda yer alan idari

⁸ YALÇIN İsmail, *Tüm Yönleriyle Kabahatler Hukuku*, Ankara 2007, s. 133 v.d; Kanunun 27. maddesinde yer verilen itirazın “dava şeklinde itiraz” olduğu yönünde ÖZKAYA ÖZLÜER İlgin, “İdari Yaptırımların Özellikleri ve Çevre Kanunu”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2015/1, s. 155.

⁹ YALÇIN, s. 87.

¹⁰ GÜÇLÜ, s. 95.

¹¹ KARAGÜLMEZ Ali, *Adli ve İdari Para Cezaları*, Seçkin Yayınları, Ankara 2001, s. 445.

¹² GÜÇLÜ, s. 29.

¹³ ULUSOY Ali, *İdari Yaptırımlar*, İstanbul 2013, s. 11.

tedbirlerin de idari yaptırım olduğu belirtilmiştir (m. 16). Diğer kanunlarda öngörülen idari yaptırımlar, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi türünde olabileceği gibi, bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi, işyerinin kapatılması, ruhsat veya ehliyetin geri alınması, ruhsatın iptali, kara, deniz veya hava nakil aracının trafikten veya seyrüseferden alıkonulması, disiplin cezası, geçici engelleme, geçici el koyma olarak sayılabilir¹⁴.

B. İdari Yaptırımlarla İlgili Yasal Düzenlemeler

Türk hukukunda tüm idari yaptırımların bir arada düzenlendiği bir kanun mevcut değildir. İdari yaptırım türünden olan kabahat cezaları Kabahatler Kanununda düzenlenmiştir. Kabahatler ve bu kabahatler karşılığı uygulanacak idari yaptırımlara ilişkin genel kanun 5326 sayılı Kabahatler Kanunudur. Bu kanunda emre aykırı davranış, dilencilik, gürültü, sarhoşluk, çevreyi kirletme, yasaklanan yerlerde tütün mamullerinin tüketilmesi, kimlik bildirmeme, afiş asma gibi kabahatler ve karşılığında uygulanacak idari yaptırım çeşitleri düzenlenmiştir.

Kabahatler Kanunundaki kabahat tanımı, sadece bu kanundaki haksızlıklar için değil diğer kanunlardaki idari yaptırım gerektiren haksızlıkları da kapsayacak biçimde yapılmıştır. Nitekim Kanunun 3. maddesinde de, *“Bu Kanunun; kanun yoluna ilişkin hükümleri dışındaki diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün filler hakkında uygulanır.”* kuralına yer verilmek suretiyle, kanunun genel hükümlerinin diğer kanunlardaki benzer kabahat ve idari yaptırımları da kapsamına alacağı belirtilmiştir¹⁵.

Diğer kanunlarda düzenlenen idari yaptırımları tek tek saymaya hukuken olanak yoktur. Diğer kanunlarda öngörülen yaptırımlar, idari ceza niteliğinde olabileceği gibi idari tedbir niteliğinde olması da mümkündür.

C. İdari Yaptırımları Sınıflandırmanın Önemi

İdari yaptırımlar, idari ceza ve idari tedbir olarak iki başlık altında sınıflandırılabilir. İdari yaptırımlarda; para cezası, faaliyet izninin, ruhsatın veya lisansın iptali ya da disiplin cezası gibi caydırma ve bastırma tarzında cezalandırma amacı ön plana çıktığında idari cezadan bahsedilir¹⁶. İdari cezalara örnek olarak; idari para cezaları, faaliyete süreli veya süresiz olarak son verme, kabahatler karşılığında öngörülen cezalar, disiplin cezaları gösterilebilir.

¹⁴ İdari para cezaları, faaliyet izni veya lisansın iptali caydırıcı yaptırımlar grubunda, meslek veya sanatın geçici tatili, iş yerinin süreli kapatılması ise idari tedbir niteliğindeki telafi edici yaptırımlar olarak gruplandırılmaktadır. ULUSOY, s. 17.

¹⁵ GÜÇLÜ, s. 33; CANDAN, s. 544.

¹⁶ ULUSOY, s. 17.

İdari tedbirler, idari cezalar dışında kalan ve esas olarak cezalandırmak yerine kamu hizmetinin aksamasını veya kamu düzeninin bozulmasını önlemek amacıyla öngörülen idari yapıtlımlardır¹⁷. İdari tedbirlere ise geçici engelleme, geçici el koyma, sınavlarda belli süre geçmeden dışarı çıkmama vb. durumlar örnek gösterilebilir.

Bir idari yapıtlımın idari ceza mı yoksa idari tedbir mi niteliğinde olduğu, yapıtlımın hukuk rejiminin belirlenmesi bakımından önem taşır. Şayet idari yapıtlım idari ceza niteliğinde kabul edilirse, bu yapıtlıma suç ve cezaların kanuniliği, lehe kanun uygulaması, savunma hakkı, soruşturma yapılması gibi ceza hukuku ilkelerinin uygulanması zorunlu hale gelecektir¹⁸. İdari tedbirler bakımından ise böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır.

İdari yapıtlımları idari ceza ve idari tedbir olarak sınıflandırma, Kabahatler Kanununda da bu sınıflandırmanın esas alınması ve özellikle diğer kanunlarda öngörülen idari tedbirlerin de idari yapıtlım olarak kabul edilmesi nedeniyle önemlidir.

Kabahatler Kanununun 16. maddesine göre, *“kabahatler karşılığında uygulanacak olan idarî yapıtlımlar, idarî para cezası ve idarî tedbirlerden ibarettir. İdarî tedbirler, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirlerdir.”*

Bu çerçevede Kabahatler Kanununun “idarî yapıtlım” ifadesiyle neyi kastettiğinin, bu kavramın nasıl anlaşılması gerektiğinin ve kapsamının belirlenmesi bir gereklilik olarak ortaya çıkar. Zira *“Kabahatler Kanununun idarî yapıtlım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacaktır”* (m. 3/a). Kabahatler Kanununun sistematüğini anlamak ve idari yapıtlımlarda kanun yoluna ilişkin hükümleri daha rahat çözümlemek için, idari ceza ve idari tedbir ayrımının yapılması yerinde olacaktır. Diğer kanunlardaki her idari yapıtlım, Kabahatler Kanununun tanımladığı nitelikte bir idari yapıtlım değildir.

Kabahatler Kanununda öngörülen temel yapıtlım, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesidir. Her iki idari yapıtlım genel idare hukuku anlamında idari ceza olduğu halde, mülkiyetin kamuya geçirilmesi, kanunda idari tedbir olarak öngörülmüştür. Kanunun 18. maddesine göre, idari suçun konusunu oluşturan “işlenmesi suretiyle elde edilen eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesi” idari tedbir değil idari ceza niteliğinde iken, bu yapıtlım kanunda idari tedbir olarak sınıflandırılmıştır¹⁹. Buna karşılık söz konusu kanun diğer kanunlarda öngörülen idari yapıtlımlar için bir sınıflandırma yapmamış, sadece diğer kanunlarda öngörülen idari tedbirlerin de idari yapıtlım olduğu

¹⁷ ULUSOY, s. 175.

¹⁸ ULUSOY, s. 26.

¹⁹ Aynı görüşte ULUSOY, s. 183.

kabul edilmiştir. Diğer kanunlarda düzenlenen idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi ile idari tedbir niteliği taşımayan idari cezalar, Kabahatler Kanununda sayılan bir idari yaptırım türü değildir. Örneğin disiplin cezaları, ruhsat veya lisansın iptali gibi idari yaptırımlar, idari ceza niteliğindedir. Bu tür idari cezalar, Kabahatler Kanunu kapsamında bir idari yaptırım türü olmadığından, kanundaki genel hükümlerin onlar hakkında uygulanmayacağı söylenebilir.

Öte yandan Kabahatler Kanununun 19. maddesinde de, diğer kanunlarda öngörülen idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi niteliğinde olmayan idari cezalarla ilgili kanundan istisna niteliğinde bir düzenleme yapılmıştır. Bu maddede, *“Diğer kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen belirli bir süre için; a) Bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi, b) İşyerinin kapatılması, c) Ruhsat veya ehliyetin geri alınması, d) Kara, deniz veya hava nakil aracının trafikten veya seyrüseferden alıkonulması gibi yaptırımlara ilişkin hükümler, ilgili kanunlarda bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapılmıyaya kadar saklı olduğu”* belirtilmiştir. Bu hüküm, diğer kanunlarda düzenlenmiş ve idari para cezası ile mülkiyetin kamuya geçirilmesi türünde olmayan idari cezaların Kabahatler Kanunu kapsamında bulunmadığını açıkça teyit etmektedir. Yine sözü geçen hükmün (tasarı halindeki) genel gerekçesinde de bu bilgiyi destekler nitelikte şu açıklamalara yer verilmiştir:

“Çeşitli kanunlarda idarî yaptırımı gerektiren fiiller bağlamında, meslek ve sanatın yerine getirilmemesi, işyerinin kapatılması, ruhsat ve ehliyetin geri alınması gibi yaptırımlara belli bir süre için karar verilebileceğine dair hükümler bulunmaktadır. Dikkat edilmelidir ki, bu yaptırımlara, meslek ve sanatın yerine getirilmesinin, işyerinin çalışmasının veya ruhsat ve ehliyetle dayanarak faaliyette bulunulmasının bir tehlike oluşturmaması aranmamaktadır. Bu bakımdan belirtilen yaptırımlar, ilgili kanunlarda bir idarî tedbir olarak değil, bir idarî ceza olarak öngörülmüşlerdir.

Meslek ve sanatın yerine getirilmesinin, işyerinin çalışmasının veya ruhsat ve ehliyetle dayanarak faaliyette bulunulmasının genel güvenlik, genel sağlık veya genel ahlâk açısından zararlı ve hatta tehlikeli olması dolayısıyla uygulanması halinde, belirtilen yaptırımların bir idarî tedbir niteliğinde oldukları kuşkusuzdur.

Belirli bir süre için uygulanmaları ve bu nedenle idarî ceza niteliğini taşımaları dolayısıyla; söz konusu yaptırımlar, bu Tasarıda benimsenen idarî yaptırım sistemiyle bağdaşmamaktadırlar.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, özel kanunlarda yer alan belli bir süre için bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi, işyerinin kapatılması, ruhsat ve ehliyetin geri alınması gibi yaptırımların ceza sorumluluğunun şahsîliği kuralıyla bağdaştığını söylemek de her zaman mümkün değildir. Örneğin çalışmasının herhangi bir zarar veya tehlike ifade etmemesine rağmen, işyerinin kapatılması, geçimini bu işten sağlayan kişilerin belli bir süre de olsa, işsiz kalmasını sonuçlayacak ve bu işyerinde sunulmakta olan hizmetten başkalarının yararlanmasını engelleyecektir.

Genel bir kanun niteliğinde olan bu Tasarının kanunlaşması halinde, ilgili kanunlarda yer alan bu yaptırımların etkisiz kalmasının uygulamamız açısından ortaya çıkarabileceği muhtemel sakıncaları giderebilmek için bu madde hükmü kabul edilmiştir. Ancak, bilahare, bu kanunlardaki idarî yaptırım rejimlerinin bu Tasarıda benimsenen genel kurallarla uyumunun sağlanması gerekmektedir.”²⁰.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere 19. maddede sayılan yaptırımlar, hem idari tedbir hem de idari ceza niteliğinde tesis edilebilecektir. Ancak bu yaptırımların belirli bir süre için uygulanmaları ve bu nedenle idarî ceza niteliğini taşımaları dolayısıyla, kanunda benimsenen idarî yaptırım sistemiyle bağdaşmadığından, ilgili kanunlarda Kabahatler Kanunu hükümlerine uygun değişiklik yapıncaya kadar saklı veya istisna tutulmuştur. Çünkü Kabahatler Kanunu, diğer kanunlarda yer alan yaptırımlardan sadece idari tedbirleri idari yaptırım kapsamında görmektedir. Gerekçede “kanunda benimsenen idarî yaptırım sistemiyle bağdaşmadığından” ifadesinden maksatla, diğer kanunlardaki idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi dışındaki idari cezaların Kabahatler Kanunu kapsamında olmaması nedeniyle, bu tür idari cezalara Kabahatler Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağıнын teyidi yapılmıştır. Bu tür idari cezalara, 19. madde hükmü olmasaydı dahi Kabahatler Kanunu uygulanmayacaktı. Çünkü ilgili kanunlardaki idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi haricindeki idari cezalar, Kabahatler Kanununun kabul ettiği anlamda bir idari yaptırım değildir. 19. madde düzenlemesiyle, maddede sayılan yaptırımların idari ceza niteliğinin ağır basması nedeniyle ister idari ceza ister idari tedbir niteliğinde olsun bu yaptırımlara Kabahatler Kanununun uygulanmasının engellenmesi amaçlanmıştır. Temel kıstas ise, bu yaptırımların idari tedbir olarak görülmeyip idari ceza olarak kabul edilmesidir.

²⁰ <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss840m.htm>, erişim tarihi 10.10.2019.

II. İDARİ YAPTIRIMLARDA GÖREVLİ YARGI YERİ

A. İdari Yaptırımlarda Görevli Yargı Yeri Konusundaki Yasal Düzenlemeler ve Tarihsel Süreç

Kabahatler Kanununun yürürlüğe girmesinden önce 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanununda kabahatler bir suç türü idi ve cezası mahkemelerce verilmekteydi. Diğer kanunlarda öngörülen idari yaptırımlarda ise, idari yaptırımın düzenlendiği bazı kanunlarda idari yargı bazı kanunlarda ise adli yargı görevli kılınmıştı.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu 01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmesiyle kabahatin genel tanımı yapılmış ve bu tanım, bütün kanunlarda idari yaptırım gerektiren haksızlıkları kapsayacak şekilde düzenlenmiştir²¹. Kanunun 3. maddesinde *“Bu Kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanır”* şeklinde düzenlemeye, 27. maddesinin 1. fıkrasında da, *“İdarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir.”* kuralına yer verilmiştir.

Kabahatler Kanununun 19. maddesinde ise, *“Diğer kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen belirli bir süre için; a) Bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi, b) İşyerinin kapatılması, c) Ruhsat veya ehliyetin geri alınması, d) Kara, deniz veya hava nakil aracının trafikten veya seyrüseferden alıkonulması gibi yaptırımlara ilişkin hükümler, ilgili kanunlarda bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapıncaya kadar saklı olduğu”* belirtilmiştir. Kanunda yer verilen bu düzenlemelerle, idari yaptırımlara ilişkin çok başlılığın ve karmaşıklığın giderildiği düşünülmüştü²².

Ne var ki 3. madde ile 27. maddenin 1. fıkrasının Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla yapılan itiraz başvuruları üzerine Anayasa Mahkemesinin 01.03.2006 tarih ve E: 2005/108, K: 2006/35 sayılı kararıyla 3. madde, Anayasanın 125. ve 155. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir²³.

İptal kararı sonrasında 5560 sayılı Kanun değişikliğiyle 3. madde *“(1)Bu Kanunun; a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında, uygulanır”* şeklinde yeniden düzenlenmiştir²⁴.

²¹ GÜÇLÜ, s. 33.

²² GÜÇLÜ, s. 34.

²³ 22.07.2006 tarih ve 26236 tarih ve 27418 sayılı Resmi Gazete; Konu hakkında bilgi için GÜZEL Oğuzhan, *“Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdari Yargının Görev Alanına Yönelik Müdahalelerin Değerlendirilmesi”*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, S. 1-2, Y. 2013, s. 1505.

²⁴ İdari para cezalarında sulh ceza hakimliklerini görevli kılan kanun hükmünün Anayasa

Aynı Kanun değişikliğiyle 27. maddesine 8 numaralı fıkra eklenmiştir. Bu fıkra “ *İdari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idarî yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idarî yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddiaları bu işlemin iptali talebiyle birlikte idarî yargı merciinde görülür*” hükmü yer almıştır.

5560 sayılı Kanun değiştirilen 5326 sayılı Kanun’un 3. maddenin 1. fıkrasının ve eklenen 27. maddenin 8. fıkrasının Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla yapılan itiraz başvuruları üzerine, Anayasa Mahkemesinin 26.11.2009 tarih ve E. 2007/115. K. 2009/80 sayılı kararıyla reddedilmiştir²⁵.

Tüm bu kanuni düzenlemeler ve sonrasında yaşanan iptal süreci ve yeni düzenlemeler sonrasında ortaya çıkan tabloda kesin olarak söylenebilir ki; idari yaptırım kararları yargı denetimine tabidir. Bu denetim adli ve idari yargı kollarının belli bir işbölümüne göre her ikisinde de yapılabilir²⁶.

Kabahatler Kanununun Anayasa Mahkemesinin verdiği iptal kararı sonrasında düzenleniş şekli ve idari yaptırımlara karşı yapılacak yargı yolu başvuruları bakımından, hangi yargı kolunun görevli olduğu hususunun açıklığa kavuşturulduğu düşüncesini oluşturabilir. Ancak uygulamada idari yaptırımlar açısından hangi yargı kolunun görevli olduğu konusunda, idari yargı ile adli yargı mercileri arasında çok sayıda görev uyuşmazlığı çıkmaktadır²⁷.

İdari yargı ile adli yargı merci arasındaki görev uyuşmazlıkları idari para cezalarına ilişkin olduğu gibi, diğer idari yaptırımlara ilişkin olarak da çıkabilmektedir. Bu uyuşmazlıklar iki farklı yargı kolu arasında çıkmasından dolayı Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından çözümlenmektedir. Belli bir idari yaptırım konusuna ilişkin olarak Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından adli yargının görevli olduğu yönünde çok sayıda kararlar verilmesine karşın²⁸ aynı

Mahkemesince iptaline ilişkin karar gerekçesi göz önüne alınmadan Sulh ceza hakimliklerini başvuruda yeniden görevli kılınması eleştirilmektedir; ÇELİK A. Ufuk, “*Kabahat Kimde? (Kabahatler Kanunu’na Yargı Yolu)*”, Hukuk Gündemi, S. 4, 2006/Mart, Nisan, Mayıs, s. 28-31.

²⁵ 26.11.2009 tarih ve 27418 sayılı Resmi Gazete.

²⁶ ASLAN M. Yasin, “*İdari Yaptırımlar*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 85, 2009, s. 187; İdari yaptırımlarda, etkili bir yargısal yol düzenlenmesinin teminat oluşturacağı, yargısal yolun ise açık bir mevzuat hükmü ile belirlenmesi gerektiği hususuna ilişkin bkz. TAN Turgut, “*İdari Yaptırımlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ndeki Güvenceler*”, Prof. Dr. A. Şeref GÖZBÜYÜK’e ARMAĞAN, Ankara 2005.

²⁷ Görev uyuşmazlığı hakkında geniş bilgi için bkz. DARENDELİ Vahap, Adli Yargı Yerlerinde Görülen İdari Uyuşmazlıklar ve Davalar, Ankara 2004; GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.I-II, Bursa 2009; GÖZBÜYÜK A.Şeref/TAN Turgut, İdare Hukuku, C. II (İdari Yargılama Hukuku), Ankara 2012; YAŞİN Melikşah, “*Anayasa Mahkemesinin İdari Yargının Görev Alanı Sorununa Yaklaşımı*”, Yıldızhan Yayla’ya Armağan, İstanbul 2002.

²⁸ 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 48/5. maddesi uyarınca verilen idari para cezası ile sürücü belgesi geri alma tutanağına karşı yapılan itirazın, aynı Kanun’un 112. maddesinde yapılan değişiklik nedeniyle adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği hakkında; Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 26.09.2016, E. 2016/400, K. 2016/433 sayılı kararı, www.

konuda Danıştay, idari yargının görevli olduğu yönünde kararlar vermeye devam edebilmektedir²⁹.

Görevli yargı kolu bakımından Uyuşmazlık Mahkemesi'nin ve Danıştay'ın aynı konudaki idari yaptırımlarda, ısrarla farklı kararlar verme nedeninin ortaya konulması gerekmektedir.

Bu çalışmamızda idari yaptırımlarda hangi yargı kolunun görevli olduğu hususu, idari yaptırımın türü esas alınarak incelenecektir. Bu çerçevede Kabahatler Kanununda düzenlenen idari para cezaları ile mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımı ayrı, bunlar dışında kalan idari yaptırımlar ise ayrı bir başlık altında değerlendirilecektir.

B. İdari Para Cezaları ve Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi Yaptırımlarında Görevli Yargı Yeri

Kabahatler karşılığında uygulanacak idari yaptırımların başında, idari para cezaları gelmektedir. İdari para cezası, uygulama alanı geniş olan bir idari yaptırımdır. İdari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımının düzenlendiği temel mevzuat Kabahatler Kanunudur. Bu kanun dışındaki birçok kanunda da, bu yaptırımlara yer verilebilmektedir. Bu nedenle görevli yargı yeri bakımından, Kabahatler Kanununda öngörülen idari para cezaları ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımları ile Kabahatler Kanununda öngörülmeyen idari para cezaları ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımlarının ayrı ayrı değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

1. Kabahatler Kanununda Öngörülen İdari Para Cezaları ve Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi Yaptırımlarında

Kabahatler Kanununda, tüm kanunlarda yer alan kabahat ve idari yaptırımlara ilişkin genel ilkelere yer verilmiştir. Bu kanunda bazı kabahatler ve bu kabahatler karşılığı uygulanacak idari para cezaları ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin yaptırımlar ile bu yaptırımlara karşı hangi yargı merciine başvurulacağı özel olarak düzenlenmiştir.

Kanunun 27. maddesinin 1. fıkrasında, *“İdari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir”* kuralına yer verilmiştir. Bu hükme göre, Kabahatler Kanununda

<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr>, erişim tarihi 05.07.2019; Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 29.04.2019, E. 2016/239, K. 2016/287 sayılı kararı; Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 28.01.2019, E. 2018/896, K. 2019/1 sayılı kararı, [www. http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr](http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr), erişim tarihi 05.07.2019.

²⁹ D15D, 24.10.2017, E. 2017/2184, K. 2017/5951 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 15.07.2019; D15D, 23.01.2019, E. 2018/4881, K. 2019/240 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 15.07.2019.

yer verilen idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırımlara karşı adli yargı mercii olan sulh ceza mahkemeleri görevlidir. Kabahatler Kanununda düzenlenen bu yaptırımlarda görevli yargı mercii konusu açık olarak düzenlendiğinden, bu yaptırımlarla ilgili doktrinde görüş ayrılığı bulunmadığı gibi³⁰, bu konuda adli ve idari yargı mercileri arasında görev uyuşmazlığı da çıkmamıştır.

2. Özel Kanunlarda Öngörülen İdari Para Cezaları ve Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi Yaptırımlarında

Kabahatler Kanunu dışında özel kanunlarda da, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımları öngörülmüştür³¹. Bu yaptırımlara karşı hangi yargı merciiine başvurulacağı, özel kanunda kanun yoluna ilişkin düzenleme bulunup bulunmamasına göre belirlenmektedir.

a. Özel Kanunda Düzenleme Bulunması Halinde Görevli Yargı Yeri

Kabahatler Kanununun 3. maddesinde *“(1)Bu Kanunun; a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde ... uygulanır”* hükmüne yer verilmiştir. Buna göre Kabahatler Kanununda düzenlenmiş olan yargı yerine ilişkin hükümlerin özel kanunda öngörülen idari yaptırımlarda uygulanabilmesi için, özel kanunda aksine bir düzenlemenin bulunmaması gerekir.

Özel kanunlarda, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımlarına ilişkin olarak görevli yargı mercii idare mahkemesi, Danıştay veya sulh ceza mahkemeleri gösterilebilmektedir. Örneğin 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna göre, Kanunda düzenlenen para cezalarına karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir (m. 26/2). 4634 Sayılı Şeker Kanununa göre, idari para cezalarına karşı tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir (m. 11/10). 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanununa göre, 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanununa göre, idari yaptırım kararlarına karşı yetkili idare mahkemesinde dava açılabilir (m. 21/3).

Özel kanunlarda idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımlarına ilişkin olarak görevli yargı mercii idare mahkemesi veya Danıştay gösterilmiş ise, bu uyuşmazlıkta Kabahatler Kanununun yargı yoluna ilişkin hükümlerinin uygulanma ihtimali bulunmaz. Bu tür yaptırımlara karşı, özel kanunun gösterdiği idari yargı mercilerine başvurulması gerekir³². Bu, hem

³⁰ CANDAN, s. 560; GÜÇLÜ, s. 36; KANGAL Zeynel T., Kabahatler Hukuku, İstanbul 2011, s. 286.

³¹ Özel kanunlarda düzenlenen idari para cezası yaptırımlarında görevli yargı yeri hakkında geniş bilgi için bkz. BİLGİN Hüseyin/ÇELİK Barış, “5728 Sayılı Kanun ile Birlikte İdari Yargının Görev Alanındaki Değişikler Üzerine Bir İnceleme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 82, 2009, s. 281-323.

³² ÖZEN Mustafa, İdari Ceza Hukuku, Ankara 2013, s. 160; OTACI Cengiz/KESKİN İbrahim, Türk Kabahatler Hukuku, Ankara 2010, s.115.

özel kanun hükmünün hem de Kabahatler Kanununun 3. maddesinin 1. fıkrası hükmünün sonucu olarak ortaya çıkar.

Özel kanunda görevli yargı merciiine ilişkin hüküm, belirli bir idari yaptırım türüne özgülenmiş olabileceği gibi, “idari yaptırımlar” gibi genel bir ifadeyle tüm idari yaptırım türlerine teşmil edilmiş de olabilir. Örneğin 4733 sayılı Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkol Piyasasının Düzenlenmesine Dair Kanunun 8. maddesinin 10. fıkrası hükmü bu kanun uyarınca verilecek tüm idari yaptırımlar için idare mahkemelerinde dava açılabilceğini düzenlemiştir³³. Uyuşmazlık Mahkemesi önüne gelen bir görev uyuşmazlığında İdare Mahkemesi, bu hükümde idari yaptırımlar için idari yargı yeri belirlemesi yapıldığı ancak idari para cezaları için herhangi bir düzenlemenin yer almadığı gerekçesiyle görevsizlik kararı vermişse de Uyuşmazlık Mahkemesi, isabetli biçimde özel kanunda görevli yargı merciiinin belirtildiği gerekçesiyle idari yargının görevli olduğuna karar vermiştir³⁴.

Özel kanunlarda idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımlarında görevli yargı mercii olarak sulh ceza mahkemesi açık bir biçimde belirlenmişse, bu yaptırımlara karşı sulh ceza mahkemesine başvurulur. Esasen bu tür idari yaptırımlarda sulh ceza mahkemesinin görevli yargı mercii olarak kabul edilmesi için özel kanunda bu yönde açık bir düzenleme bulunmasına da ihtiyaç bulunmamaktadır. Aksi hali özel kanunda düzenlenmemiş olmak kaydıyla, bu yaptırımlarda Kabahatler Kanununun 3. maddesinin 1. fıkrası gereğince sulh ceza mahkemeleri görevli yargı mercii sayılacaktır³⁵.

Kabahatler Kanununun 3. maddesinin Anayasa Mahkemesince iptal edilmeden önceki hali³⁶, özel kanunlarında bu yaptırımlara ilişkin görevli yargı mercii olarak açıkça idari yargı gösterilse dahi, başvurulması gereken yargı merciiinin sulh ceza mahkemesi olacağı biçiminde anlaşılabilmekte ya da böyle bir yoruma müsaade edebilmekteydi.

5560 sayılı Kanunla yeniden düzenlenen Kabahatler Kanununun 3. maddesinin son halinde ise, açık bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Bu maddenin gerekçesine ilişkin meclis adalet komisyon raporunda, “*Kabahatler Kanunun kanun yoluna ilişkin hükümleri diğer kanunlarda yer alan idari para cezasını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanabileceği, ancak bu*

³³ “Bu Kanun hükümlerine göre verilen idarî yaptırım kararlarına karşı 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabilir. Ancak, idare mahkemesinde dava, işlemin tebliği tarihinden itibaren onbeş gün içinde açılır. İdare mahkemesinde iptal davası açılmış olması, kararın yerine getirilmesini durdurmaz.”

³⁴ Uyuşmazlık Mahkemesi, 29.04.2019, E: 2019/302, K: 2019/300, RG. 23.05.2019, 30782.

³⁵ BİLGİN Hüseyin, “İdari Yargının Görev Alanında 5728 Sayılı Kanun ile Birlikte Oluşan Değişiklikler”, Terazi Hukuk Dergisi, S. 28, Y. 2008, s. 82; BİLGİN/ÇELİK, s. 282.

³⁶ 5326 sayılı Kabahatler Kanunun 3. maddesinin ilk hali, “Bu Kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanır” şeklinde idi.

*uygulamanın üst kurullar tarafından verilen idari para cezalarına ilişkin yargı yolu bakımından bir tartışmaya neden olduğu, yeni madde metniyle özellikle üst kurullara ilişkin kanunda bu kurulların vereceği idari para cezalarına karşı ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'a gidilebilmesine imkân tanıyan bir düzenleme yapıldığı*³⁷ açıklamasına yer verilmiştir.

b. Özel Kanunda Düzenleme Bulunmaması Halinde Görevli Yargı Yeri

Özel kanunlarda düzenlenen idari para cezaları ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımlarında yargısal denetimi yapacak görevli yargı mercii gösterilmemiş olabilmektedir. Böyle bir durumda genel kanun niteliğindeki Kabahatler Kanununun uygulanması gerekir.

Kabahatler Kanununun 27. maddesinin 1. fıkrasındaki, para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımları için sulh ceza mahkemesine başvurulacağını düzenleyen hükmün, diğer kanunlardaki aynı tür idari yaptırımlar için uygulanabilme kabiliyeti, özel kanunda başka bir yargı mercisinin gösterilmemiş olması şartına bağlıdır. Özel kanunlarda idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımları için ayrı bir yargı merci gösterilmemişse, Kabahatler Kanununda gösterilen yargı mercii olan sulh ceza mahkemelerine başvurulması gerekir³⁸. Bu uyuşmazlıklarda sulh ceza mahkemelerinin görevli olduğu noktasında, yüksek mahkeme kararları arasında herhangi bir ihtilaf bulunmamaktadır³⁹.

Bu kuralın tek istisnası vergi ve benzeri yükümlülöklere ilişkin idari yaptırım kararlarıdır. Kabahatler Kanununun ek 1. maddesine göre, *"4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununda yer alan vergi mahkemelerinin görevine ilişkin hükümler saklıdır"*. Genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davalarda görevli mahkeme vergi mahkemesidir (2576 SK m.6) . Genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlere ilişkin idari yaptırımlarda, kendi kanununda görevli yargı yeri gösterilmemiş olsa dahi Kabahatler Kanununun ek 1. maddesine göre vergi mahkemesinde dava açılması gerekmektedir. Vergi mahkemelerinin görev alanına giren yaptırımlar Kabahatler Kanununun kapsamı dışında tutulmuş olduğundan, bu yaptırımlara ilişkin olarak herhangi bir görev sorunu yaşanmamaktadır⁴⁰.

³⁷ <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1255m.htm>.

³⁸ CANDAN, s. 558; AKTAŞ Gülsüm, *"Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarında İdari Yargının Görev Alanı Ölçütleri(Belirlenebilir mi?)*, Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Dergisi, S. 5, 2017, s. 30.

³⁹ D10D, 29.11.2017, E. 2016/10579, K. 2017/5163 sayılı kararı.

⁴⁰ SOYCAN Ahmet, *"İdari Yaptırımlarda Görevli Mahkeme Sorunu"*, Türk Hukuk Sitesi (<http://www.turkhukuksitesi.com>), İdari Yaptırımlarda Görevli Mahkeme Sorunu - Hukuki İncelemeler Kütüphanesi.html, erişim tarihi, 04.05.2019.

C. Diğer İdari Yaptırımlarda Görevli Yargı Yeri

İdari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımı dışında, birçok kanunda, bir haksızlığın karşılığı olarak öngörülen idari yaptırımlar düzenlenmiştir. Bu idari yaptırımlara ilişkin olarak kanunların bir kısmında yargı yolu gösterilmekle birlikte bir kısmında gösterilmemiştir. Bu idari yaptırımlara karşı hangi yargı merciine başvurulacağı ve Kabahatler Kanununda düzenlenen kanun yollarına ilişkin hükümlerin bu yaptırımlar için de geçerli olup olmadığı, yargı kararları ışığında irdelenmesi gereken önemli bir meseledir. Bu başlık altında incelenecek diğer idari yaptırımlar, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi haricindeki idari yaptırımlardır. Bu yaptırımlarda görevli yargı merciinin belirlenmesi, özel kanununda yargı yoluna ilişkin düzenleme bulunup bulunmamasına göre incelenmesi gerekir.

1. Özel Kanunda Düzenleme Bulunması Halinde Görevli Yargı Yeri

İdari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımı haricindeki idari yaptırımlarda, yaptırımı düzenleyen kanun hükmünde, başvurulacak yargı mercii gösterilmiş olabilmektedir. Örneğin 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 53. maddesine göre, yabancı veya yasal temsilcisi ya da avukatı, sınır dışı etme kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde idare mahkemesine başvurabilir. Yine 657 sayılı Kanuna göre, disiplin cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabilir (m. 135).

İdari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımı haricindeki diğer idari yaptırımı düzenleyen kanun hükmünde, başvurulacak yargı mercii gösterilmiş olması halinde bu yargı merciine başvurulması gerekir. İdari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi haricindeki idari yaptırımlarda, görevli yargı merciine ilişkin özel kanununda düzenleme bulunması halinde ihtilaf ortaya çıkmamaktadır.

2. Özel Kanunda Düzenleme Bulunmaması Halinde Görevli Yargı Yeri

İdari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımı haricindeki tedbir niteliğindeki bazı idari yaptırımlarda, yaptırımı düzenleyen kanun hükmünde, başvurulacak yargı mercii gösterilmemiş olabilmektedir. Esasen idari yaptırımlar arasında görevli yargı yeri sorununun en fazla görüldüğü ve mahkemeler arasında ihtilafların yoğunlukla çıktığı durum da budur. Bu idari yaptırımlarda Kabahatler Kanununda yer alan kanun yoluna ilişkin hükümler uygulanacak mıdır?

İdari ve adli yargı arasında idari yaptırımlara ilişkin olarak ortaya çıkan görev uyuşmazlıklarının çoğunluğunu teşkil eden bu soruna, doktrin ve yüksek mahkemelerin yaklaşımları incelenmek suretiyle bir çözüm aranacaktır.

a. Doktrinin Yaklaşımı

Doktrinde, idari yaptırımlarda kanun yolu başvurusunun kapsamı bakımından Kabahatler Kanununda sulh ceza mahkemesi olarak öngörülen

başvuru yolunun, özel yasalarda ayrı yargı merci gösterilmeyen idari para cezaları ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırım kararlarına ilişkin olduğu, bunlar dışında kalan idari yaptırım kararlarını kapsamadığı görüşü savunulmaktadır⁴¹. Bu görüşe göre bu tür idari yaptırımlarda, özel kanunlarda yargı yolu açıkça düzenlenmese dahi idari yargı mercileri görevlidir. Çünkü Kabahatler Kanununda sulh ceza hâkimlikleri, idari yaptırımlardan sadece idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi cezalarını incelemekle görevli kılınmıştır⁴².

Konuya ilişkin olarak ÇINARLI tarafından ortaya konulan görüşe göre, Kabahatler Kanunu 19. maddesinde öngörülen idari yaptırımlar saklı tutulmak kaydıyla, idari yaptırımların yargısal denetimlerinde, diğer kanunlarda aksine hüküm yoksa Kabahatler Kanununda öngörülen kanun yoluna ilişkin hükümler uygulanacak, diğer kanunlarda görevli mahkeme gösterildiyse Kabahatler Kanunu uygulanmayacaktır⁴³. Yazar, görevli yargı mercisinin tespiti konusunda, kanunda sayılan ve sayılmayan yaptırım ayırımına gitmemekte ve tüm yaptırımlar için aynı yöntemi benimsemektedir.

ULUSOY'a göre ise, diğer kanunlarda öngörülen idari yaptırımlar yönünden, idari tedbir ve idari ceza ayırımı yapılmalıdır. Bu görüşe göre diğer kanunlardaki idari para cezası, mülkiyetin paraya geçirilmesi ve idari tedbirler dışında kalan idari ceza niteliğindeki idari yaptırımlar hakkında Kabahatler Kanunu uygulanmaz. Dolaylı olarak, bu tür idari cezalarda sulh ceza mahkemesine başvurulması mümkün değildir. Örneğin disiplin cezaları bu kapsamdadır⁴⁴.

b. Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesi, idari yaptırım konusuyla ilgili önüne gelen bazı uyuşmazlıklarda, idari veya adli yargının görevli olduğuna ilişkin kanun hükümlerinin Anayasaya uygun olup olmadığı hususunda saptamalarda bulunmaktadır.

Örneğin İş Kanununda yapılan bir değişiklikle, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürünce verilen idari nitelikteki para cezalarına karşı tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine itiraz edileceği düzenlenmiştir. Bu hükmün Anayasa'nın 141., 154. ve 155. maddelerine aykırılığı iddiası ile itiraz yoluna başvurulması sonucunda konuyu inceleyen

⁴¹ CANDAN, s. 560.

⁴² GÜÇLÜ, s. 305; YALÇIN, s. 102; UĞUR Hüsamettin, "Yüksek Mahkeme Kararları Işığında Kabahatler Kanunu'na Göre Kanun Yolları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 89, 2010, s. 412; EROL Atanur, İdari Yaptırımların Hukuki Nitelikleri ve İdari Yaptırım Kararlarına Karşı Başvuru Yolları, Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2009, s. 55.

⁴³ ÇINARLI Serkan, "Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Işığında İdari Yaptırımlarda Görevli Yargı Kolu Sorunu", Terazi Hukuk Dergisi, C. 14, S. 151, s. 497.

⁴⁴ ULUSOY, s. 205.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya aykırılık olmadığına karar vermiştir⁴⁵. Kararın gerekçesinde; itiraza konu yasa ile mahkemelerin işini azaltmak için diğer ülkelerde başvurulmuş bir önlem olan ve "idarenin ceza belirlemesi" olarak tanımlanabilecek bir "ceza kararnamesi" kurumunun düzenlendiği, toplumlar geliştikçe ve nüfus arttıkça yaptırım uygulanacak eylemler de artacağından yeni düzenlemelere aykırılıkları önlemek için kimi durumlarda uyuşmazlıkları çözümlmek amacıyla yeni yargısal yöntemlerin öngörülmesinin doğal olduğuna değinerek, uyuşmazlıkların adli yargı yerinde çözümlenmesinin Anayasa'nın yargı ile ilgili genel ilkelerine ve dolayısıyla 154. ve 155. maddelerine aykırı bir yönü bulunmadığı sonucuna varmıştır.

3194 sayılı İmar Kanununun 42. maddesinin 5. fıkrasının 1. cümlesinde, bu kanun uyarınca kesilen imar para cezalarına karşı cezanın tebliğinden itibaren 7 gün içinde sulh ceza mahkemesine itiraz edileceğinin ve idarî nitelikte bir uyuşmazlığı adli yargının görev alanına dâhil edilmesine ilişkin hükmün iptali istemiyle yapılan iptal başvurusunda Anayasa Mahkemesi, aynı yapı içinde alınan farklı imar yaptırımlarının bir kısmının idarî yargıda bir kısmının adli yargıda görülmesinin yargının bütünlüğünü bozacağı, imar para cezalarına ilişkin uyuşmazlıkların adli yargıda görülmesinde haklı neden ve kamu yararının bulunmadığına gerekçesiyle, itiraza konu hükmü Anayasa'nın 2., 125., 142., ve 155. maddelerine aykırı bularak oyçokluğu ile hükmün iptaline karar vermiştir⁴⁶.

01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren Kabahatler Kanununun 3. maddesindeki *"Bu Kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanır"* şeklindeki düzenlemenin ve aynı Kanunun 27. maddesinin 1. fıkrasında da, *"İdarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir."* hükmünün iptali istemiyle yapılan başvuruda ise Anayasa Mahkemesi, kanunun 3. maddesinin Anayasa'nın 125. ve 155. maddelerine aykırı olduğu görüşüyle iptaline, 27. maddenin 1. fıkrasının iptali isteminin ise reddine karar vermiştir⁴⁷.

Bu iptal kararı sonrasında 5560 sayılı Kanun ile değiştirilen Kabahatler Kanununun 3. maddesinin 1. fıkrası ve 27. maddesinin 8. fıkrasının Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla yapılan itiraz başvuruları, Anayasa Mahkemesinin 26.11.2009 tarih ve E: 2007/115. K: 2009/80 sayılı kararıyla reddedilmiştir⁴⁸.

⁴⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 10.7.1990 gün ve E. 1989/28, K.1990/18 sayılı kararı, 28.07.1993 tarihli ve 21651 sayılı Resmî Gazete.

⁴⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 15.05.1997 gün ve E. 1996/72, K.1997/51 sayılı kararı, 01 Şubat 2001 tarihli ve 24305 sayılı Resmî Gazete.

⁴⁷ Anayasa Mahkemesinin 01.03.2006 tarih ve E. 2005/108. K. 2006/35 sayılı kararı, 22.07.2006 tarih ve 26236 tarih ve 27418 sayılı Resmi Gazete.

⁴⁸ 26.11.2009 tarih ve 27418 sayılı Resmi Gazete.

Anayasa Mahkemesi'nin İş Kanunu ve İmar Kanununa ilişkin kararları, bu kanunlarda düzenlenen idari yaptırımların hangi yargı merciinde görülmesi gerektiğine ilişkin olup, bu kararlar tüm idari yaptırımlara emsal olacak nitelikte değildir. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi'nin Kabahatler Kanununun 3. maddesinin iptali istemiyle yapılan başvurularda ortaya koyduğu gerekçe, idari yaptırımlarda hangi yargı yerinin görevli olduğunun belirlenmesine katkıda bulunacak niteliktedir.

İdari yaptırımlarda görevli yargı merciinin belirlenmesi için, Kabahatler Kanununun 3. maddesinin 1. fıkrası ile 27. maddesinin 1. fıkrasının hangi idari yaptırımları kapsadığının ortaya konulması gerekmektedir. Özellikle idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımı dışındaki idari yaptırımların Kabahatler Kanununun 3. maddesinin 1. fıkrası kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği önem arz etmektedir. Çünkü bu yaptırımların bahse konu madde kapsamında değerlendirilmesi halinde, özel kanunda başkaca bir düzenleme yoksa başvurulacak yargı mercii sulh ceza mahkemesi, aksi durumda ise idari yargı mercileri olacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin 01.03.2006 tarih ve E. 2005/108. K. 2006/35 sayılı kararının bu konuya açıklık getirdiğini söylemek mümkündür. 01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren Kabahatler Kanununun 3. maddesindeki düzenlemenin⁴⁹ ve aynı Kanunun 27. maddenin 1. fıkrasının ilk cümlesinin⁵⁰ iptali istemiyle yapılan başvuruda Anayasa Mahkemesi şu değerlendirmelerde bulunmuştur: *"3. maddede "Bu Kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanır" denilmektedir. Bu kuralın 2. maddedeki tanımla birlikte incelenmesinden, 5326 sayılı Kanun'un idari yargının görev alanını da kapsadığı anlaşılmaktadır. Ancak, Yasa'nın 19. maddesiyle bu kapsamın daraltılarak, diğer kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen belirli bir süre için; bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi, işyerinin kapatılması, ruhsat veya ehliyetin geri alınması, kara, deniz veya hava nakil aracının trafikten veya seyrüseferden alıkonulması gibi yaptırımlara ilişkin hükümler, ilgili kanunlarda bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapıncaya kadar saklı tutulmaktadır."*

Anayasa Mahkemesi 5326 sayılı Kanunun idari yargının görev alanını kapsadığını belirtmekle birlikte, 19. madde ile kanunun kapsamının daraltıldığını belirtmiştir. Bu yoruma bakılırsa yüksek mahkemenin, 19. maddede belirtilen ve diğer kanunlarda öngörülen bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi, işyerinin kapatılması, ruhsat veya ehliyetin geri alınması, kara,

⁴⁹ "Bu Kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanır".

⁵⁰ "İdarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir."

deniz veya hava nakil aracının trafikten veya seyrüseferden alıkonulması gibi yaptırımlarda, görevli yargı mercii olarak idari yargıyı kabul ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Mahkeme aynı kararında, *“Yasa’nın 27. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ise, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabileceği belirtilmektedir. Bu kuralın, ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirler dışındaki, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararları için uygulanacağı açıktır... idare hukuku esaslarına göre tesis edilen bir idari işlemin, sadece para cezası yaptırımı içermesine bakılarak denetiminin idari yargı alanından çıkarılarak adli yargıya bırakılması olanaklı değildir.”* açıklamasında bulunmuştur. İdari para cezasıyla alakalı olarak yapılan bu açıklamada, mahkemelerce, ilgili kanunlarda idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi dışındaki tedbir niteliğindeki idari yaptırımlarda, 27. maddenin 1. fıkrasında belirtilen sulh ceza mahkemesine başvuru yolu kuralının zaten uygulanmayacağını, yaptırımı düzenleyen kanunda açık bir hüküm bulunmaması halinde dahi idari yargı mercilerinin görevli olacağını kabul ettiğini söylemek mümkündür.

Anayasa Mahkemesi’nin bu kararında yer alan gerekçe ve açıklamalar, idari yaptırımlarda başvurulacak yargı kolu açısından Kabahatler Kanununun kapsam ve sınırının çizilmesinde temel alınacak niteliktedir.

c. Danıştay’ın Yaklaşımı

Danıştay, idari yaptırımlarda görev konusuyla ilgili olarak verdiği kararlarda, Kabahatler Kanunu hükümleri kapsamında idari yaptırımlara karşı genel başvuru yerinin sulh ceza mahkemesi olduğunu kabul etmekle birlikte, bazı hallerde idari yargının görevli olduğunu belirtmeyi de ihmal etmemektedir. Bu hallerin ilki özel kanunda idare mahkemelerine başvurulacağına ilişkin bir hüküm bulunması, diğeri idari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi hakkında idari yargının görev alanına giren kararların verilmiş olmasıdır. Bununla birlikte Danıştay bu istisnalara Kabahatler Kanununun 19. maddesi kapsamında bir yaptırımın söz konusu olması halini de eklemekte ve bu hallerde uyuşmazlığın görüm ve çözümünde idari yargının görevli olduğuna karar vermektedir⁵¹.

Danıştay’a göre sürücü belgesinin süreli olarak geri alınması, 2918 sayılı Kanunun Ek 2. maddesi uyarınca aracın trafikten geçici olarak men edilmesi, işyerinin 4207 sayılı Kanunun 5. maddesi uyarınca süreli olarak kapatılması, 1608 sayılı Kanun uyarınca süreli araç bağlama yaptırımları 19. maddede

⁵¹ D10D, 22.09.2016, E. 2016/1866, K. 2016/3488 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 15.08.2019.

sayılan istisnalar içinde bulunmaktadır. Bu nedenle bahse konu yapıtlımlarda idari yargı mercilerinin görevli olduğu görüşündedir⁵².

Danıştay, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yapıtlımı dışındaki idari yapıtlımlarda, yapıtlımı düzenleyen kanun hükmünde başvurulacak yargı mercii gösterilmemiş olması durumunda, mutlak olarak idari yargının görevli olduğu görüşünde değildir. Bu idari yapıtlımları düzenleyen kanun hükmünde, başvurulacak yargı mercii gösterilmemiş olması durumunda, şayet idari yapıtlım Kabahatler Kanununun 19. maddesinde sayılan konulardan değilse ve 27. maddesinin 8. fıkrası kapsamına giren idari işlem de yoksa adli yargının görevli olduğuna karar vermektedir. Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta, *“davacı şirket tarafından üretilen dikişsiz çelik çekme tüplerin mevzuata aykırı olduğundan bahisle düzenlenen 768 ile 829 nolu tutanaklar ile tespit edilen aykırılığın giderilmesi için 180 gün süre verilmesine ilişkin 09/12/2011 tarihli işlemin iptali istemiyle açılan davada ... idari yapıtlımın; 5326 sayılı Kanun’un 16. maddesinde sözü edilen ilgili kanunlarda yer alan tedbirler kapsamında olduğu, 5326 sayılı Kanun’un 19. maddesi ve 27. maddesinin 8. fıkrası kapsamına giren idari işlemlerden de olmadığı... 4703 sayılı Kanun’da ve bu Kanun’a dayanılarak çıkartılan Yönetmelik’te kanun yolu gösterilmediği dikkate alındığında; ... 5326 sayılı Kabahatler Kanununun genel hükümlerinin uygulanması ve bu yapıtlıma karşı açılan davanın sulh ceza hakimliğinde görülmesi gerektiğinden davanın görev yönünden reddine karar verilmesi gerekirken, işin esasının incelenmesi suretiyle dava konusu işlemin iptali yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmadığı”* yönünde karar verilmiştir⁵³. Başka bir uyuşmazlıkta *“davacının kontrollü hayvan olarak koruyuculuğunu üstlendiği 230 kadar hayvana el konması ve başka yere nakledilmesine ilişkin İl Hayvanları Koruma Kurulu kararının iptali istemiyle açılan davada, idari yapıtlımın; 5326 sayılı Kanun’un 16. maddesinde sözü edilen ilgili kanunlarda yer alan tedbirler kapsamında olduğu; 5326 sayılı Kanun’un 19. maddesi ve 27. maddesinin 8. fıkrası kapsamına giren idari işlemlerden de olmadığı, dolayısıyla, 5199 sayılı Kanun’da kanun yolu gösterilmediği dikkate alındığında; idari tedbir niteliğindeki idari yapıtlıma, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun genel hükümlerinin uygulanması ve bu yapıtlıma karşı açılan davanın sulh ceza hakimliğinde görülmesi gerektiğine”* karar verilmiştir⁵⁴.

⁵² D10D, 22.09.2016, E. 2016/1866, K. 2016/3488 sayılı kararı; D15D, 16.01.2017, E. 2016/5476, K. 2017/211 sayılı kararı, 15.07.2019; DİDDK, 25/05/2015, E. 2013/136, K. 2015/2033 sayılı kararı; D8D, 19.02.2014, E. 2013/5835, K. 2014/1082 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 25.08.2019.

⁵³ D10D, 14.05.2019, E. 2014/977, K. 2019/3832 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 29.08.2019.

⁵⁴ D10D, 29.04.2019, E. 2019/975, K. 2019/3397 sayılı kararı; *“davacının, Bakanlık onayı olan yerlerde onaylı olmayan veteriner tıbbi ürün ürettiğinin tespit edildiğinden bahisle,*

Bu kararlardan hareketle Danıştay'ın görüşü, diğer kanunlardaki idari yaptırımların idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi olup olmadığına bakılmaksızın, kanun yolu bakımından Kabahatler Kanununa tabi olduğu yönündedir. İdari yaptırımlarda görevli yargı yeri konusunda, Danıştay'ın zımnen idari ceza-idari tedbir ayrımını da kullandığını söylemek mümkündür. Danıştay'ın Kabahatler Kanununun 19. maddesi kapsamındaki idari yaptırımlarda idari yargıyı görevli görmesi, adli yargıyı görevli gördüğü diğer idari yaptırımlarda ise, yaptırımın idari tedbir niteliğinde olduğunu özellikle belirtmesi, zımnen idari ceza-idari tedbir ayrımını kullanıldığını göstermektedir.

Danıştay, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımı dışında idari yaptırım kararı alınması ve yaptırımı düzenleyen kanun hükmünde, başvurulacak yargı mercii gösterilmemiş olması durumunda, yaptırımın Kabahatler Kanununun 19. maddesinde sayılan istisnalar içinde bulunması veya 27/8 maddesi kapsamında kalması halinde idari yargı yerlerinin görevli olduğu görüşündedir⁵⁵. İdari yaptırımlarda görevli yargı yeri konusunda, Danıştay kararları kendi içinde istikrar göstermektedir.

d. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin Yaklaşımı

İdari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımı dışındaki idari yaptırımlarda, yaptırımı düzenleyen kanunda görevli yargı merciiine ilişkin bir hükmün bulunmamasına halinde, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin verdiği kararlarda uygulama birliği ve tutarlılık bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Yüksek mahkeme bu uyuşmazlıklarla ilgili kararlarında kimi zaman sulh ceza hâkimliklerinin, kimi zaman da idari yargının görevli olduğuna karar verebilmektedir. Örneğin Danıştay'ın aksine, sürücü belgesinin süreli olarak geri alınması, işyerinin 4207 sayılı Kanunun 5. maddesi uyarınca süreli olarak kapatılması, 1608 sayılı Kanun uyarınca süreli araç bağlama yaptırımlarında sulh ceza hâkimliklerinin görevli olduğuna karar vermektedir⁵⁶. Bu kararlarında,

5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu'nun 37. maddesinin (b) bendi gereğince üretim yerinin onayının 1 yıl süreyle askıya alınmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle" açılan davada da benzer yönde verilen D10D, 09.04.2019, E. 2014/5223, K. 2019/2731 sayılı kararı; *"muhtelif sokaklarında ruhsatsız kazı yapılarak toprak zeminin tahrip edildiğinden bahisle, Alt Yapı Koordinasyon Merkezi Müeyyideler Yönetmeliği hükümleri uyarınca cezalı zemin tahrip ücreti uygulanmasına ilişkin karar ile bu karar doğrultusunda, söz konusu bedelin 30 gün içerisinde ödenerek kazı ruhsatı alınması, aksi takdirde yasal işlem başlatılacağına ilişkin ...sayılı işleminin iptali"* istemiyle açılan davada bezer yönde verilen DİDDK, 21.03.2019, E. 2018/2763, K. 2019/1242 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 29.08.2019.

⁵⁵ D10D, 29.04.2019, E. 2019/975, K. 2019/3397 sayılı kararı; verilen D10D, 09.04.2019, E. 2014/5223, K. 2019/2731 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 05.09.2019.

⁵⁶ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 24.10.2016, E. 2016/24, K. 2016/449, sayılı kararı, Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 28.12.2015, E. 2015 / 868, K. 2015 / 903, sayılı

söz konusu yaptırımları düzenleyen özel kanunlarda görevli mahkemenin gösterilmediğini, Kabahatler Kanununun 5560 sayılı Kanunla değişik 3. maddesinde idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağını belirtildiğini, bu nedenle Kanunun 27. maddesinin 1. fıkrası uyarınca adli yargı yerinin görevli olduğunu belirtmektedir.

Ehliyetin geri alınmasına ilişkin kararlarında yüksek mahkeme, Kabahatler Kanununun “Saklı tutulan hükümler” başlığını taşıyan 19. maddesine de gerekçede yer vermektedir. Bu maddede yer alan, *“Diğer kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen belirli bir süre için, ... ehliyetin geri alınması, ... gibi yaptırımlara ilişkin hükümler, ilgili kanunlarda bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapılmıyca kadar saklıdır”* cümlesinde geçen ve istisna olarak sayılan, ehliyetin süreli olarak geri alınması yaptırımını düzenleyen 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 112. maddesinin, 12.7.2013 tarih ve 6495 sayılı Kanunun 20. maddesiyle değiştirilerek yeniden düzenlendiği ve maddenin yeni halinde kanun yoluna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediğini belirtmektedir⁵⁷. Uyuşmazlık Mahkemesi bu gerekçesinde, ehliyetin geri alınması yaptırımını düzenleyen kanunda Kabahatler Kanununun 19. maddesinde belirtildiği şekilde, bu kanuna uygun değişiklik yapıldığını, bu nedenle Kabahatler Kanununda öngörülen kanun yolunun uygulanması gerektiğini açık değilse de dolaylı olarak belirtmektedir.

Buna karşılık 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun Ek 2. maddesi uyarınca aracın trafikten geçici olarak men edilmesi yaptırımına ilişkin görev uyuşmazlıklarında ise, idari yargının görevli olduğuna karar vermektedir⁵⁸. Konuyla ilgili kararlarında, *“5326 sayılı Kabahatler Kanununun “Saklı tutulan hükümler” başlığını taşıyan 19. maddesinde ise, “(1) Diğer kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen belirli bir süre için; a) Bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi, b) İşyerinin kapatılması, c) Ruhsat veya ehliyetin geri alınması, d) Kara, deniz veya hava nakil aracının trafikten veya seyrüseferden alıkonulması, gibi yaptırımlara ilişkin hükümler, ilgili kanunlarda bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapılmıyca kadar saklıdır” denildiği, aracın altmış gün süre ile trafikten men edilmesine ilişkin karar, 2918 ve 5326 sayılı Kanunlar uyarınca incelendiğinde, idari davaya konu edilebilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu*

kararı, Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 10.07.2017, E. 2017/454, K. 2017/505, sayılı kararı, Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 24.05.2013, E. 2013/1656, K. 2013/1869 sayılı kararı, [www. http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr](http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr), erişim tarihi 05.09.2019.

⁵⁷ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 27.01.2014, E. 2013/1897, K. 2014/31 sayılı kararı, [www. http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr](http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr), erişim tarihi 05.09.2019; Uyuşmazlık Mahkemesi, 24.09.2018, E: 2018/569, K: 2018/506, RG, 24.10.2018, 30575.

⁵⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 26.09.2016, E. 2016/399, K. 2016/432 sayılı kararı; [www. http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr](http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr), erişim tarihi 05.09.2019.

idari bir işlem olduğu, 2918 sayılı Kanun'un 112. maddesinde aracın geçici olarak trafikten men edilmesi hususunun sulh ceza mahkemelerinin görevine dâhil edilmediği ve 5326 sayılı Kanun'un 19. maddesinde, diğer kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen belirli bir süre için kara nakil aracının trafikten alıkonulmasına ilişkin hükümlerin geçici istisnalar içinde sayıldığı dikkate alındığında; aracın altmış gün süre ile trafikten men edilmesine ilişkin davaya bakma görevi idare mahkemesine ait olduğu" gerekçesine yer vermektedir⁵⁹. Uyuşmazlık Mahkemesi, bu idari yaptırımın, Kabahatler Kanununun 19. maddesinde yer alan geçici istisnalar kapsamında olduğunu kabul etmektedir.

Sürücü belgesinin süreli olarak geri alınması yaptırımı ile aracın trafikten geçici olarak men edilmesi yaptırımı, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre uygulanan yaptırımlardır. Sürücü belgesinin süreli olarak geri alınması yaptırımında adli yargının, aracın trafikten geçici olarak men edilmesi yaptırımında ise idari yargının görevli görülmesi, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin aynı kanuna tabi olan benzer yaptırımlara ilişkin verdiği kararların birbiriyle çeliştiğini göstermektedir.

İdari para cezası ile mülkiyetin kamuya geçirilmesi dışında kalan ve 19. maddede sayılan durumlar haricindeki idari tedbir niteliğindeki yaptırımlarda görevli yargı yeri konusunda da, Danıştay'ın aksine, Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarının istikrar arz etmediği görülmektedir. Örneğin bir uyuşmazlıkta, "belirli bir süre verilmeden, geminin süresiz seferden men edilmesine ilişkin kararın, idari davaya konu edilebilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu idari bir işlem olduğu ve 5326 sayılı Kanun'un 19. maddesinde belirli bir süre için kara, deniz veya hava nakil aracının trafikten veya seyrüseferden alıkonulmasına ilişkin hükümlerin geçici istisnalar içinde sayıldığı hususu da dikkate alındığında; geminin seferden men edilmesine ilişkin olarak açılan davaya bakma görevi idare mahkemesine ait olduğu" yönünde karar verilmiştir⁶⁰. Yüksek mahkeme yukarıda da belirtildiği üzere, Kabahatler Kanununun 19. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gereken uyuşmazlıkları, bu kapsamda değerlendirmeyerek adli yargıyı görevli görmesine karşın, Kabahatler Kanununun 19. maddesi kapsamında olmadığı açık olan süresiz seferden men yaptırımını ise 19. madde kapsamında değerlendirerek idari yargıyı görevli görmüştür. Süresiz seferden men yaptırımı 19. madde kapsamında sayılan ve belirli süre için öngörülen bir yaptırım değildir. Aksine süresiz men yaptırımıdır. Bu yaptırımın 19. madde kapsamında kabul edilmesi kanuna açıkça aykırıdır.

⁵⁹ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 26.09.2016, E. 2016/399, K. 2016/432 sayılı kararı, Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 04.05.2015, E. 2015/270, K. 2015/289 sayılı kararı, www. http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr, erişim tarihi 05.09.2019.

⁶⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 26.03.2018, E. 2018/68, K. 2018/154 sayılı kararı, www. http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr, erişim tarihi 05.10.2019.

Uyuşmazlık Mahkemesi, 5149 sayılı Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'un 11. maddesinin birinci fıkrasına muhalefet edildiğinden bahisle aynı Kanun'un 18. maddesi uyarınca, davacının 6 ay spor müsabakalarını seyirden men ve idari para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin uyuşmazlıkta, dava konusu edilen idari para cezası ile 6 ay spor müsabakalarını seyirden men cezasının 5326 sayılı Kanun'un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu ve Kabahatler Kanununun 5560 sayılı Kanun'la değişik 3. maddesinde belirtildiği üzere, idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı nedeniyle, görevli mahkemenin belirlenmesinde 5326 sayılı Kanun hükümleri dikkate alınacağından, davanın görüm ve çözümünde, anılan Kanunun 27. maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca adli yargı yerinin görevli olduğuna, karar vermiştir⁶¹. Bu kararda diğer tedbir niteliğinde bir yaptırım olan *"davacının 6 ay spor müsabakalarını seyirden men"* cezası yönünden, Kabahatler Kanununun 19. maddesi kapsamında bir değerlendirme dahi yapılmaksızın adli yargının görevli olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Başka bir uyuşmazlıkta ise, idare tarafından talep edildiği halde, iptal edilen iddia biletlerinin ibraz edilmemesi nedeniyle, Spor Müsabakalarına Dayalı Sabit İhtimalli ve Müşterek Bahis Oyunları Uygulama Yönetmeliğinin 13/2 ve 24 üncü maddenin birinci fıkrasının (p) bendi hükümlerine istinaden, davacı adına kayıtlı... Spor Toto Sayısal Bayiliğinin iptal edilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, dava konusu işlemin, hem bayilik sözleşmesine, hem de Spor Müsabakalarına Dayalı Sabit İhtimalli ve Müşterek Bahis Oyunları Uygulama Yönetmeliği hükümleri uyarınca tesis edildiği; idarece, kamu gücüne dayanılarak tek yanlı düzenlenen bayilik sözleşmesinde yer alan yaptırımların uygulanmasına ilişkin işlemin iptali isteminden doğan uyuşmazlığın çözümünde, idari yargı yerinin görevli olduğu sonucuna

⁶¹ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 02.05.2011, E. 2010/331, K. 2011/77 sayılı kararı; benzer yönde *"idari para cezası ve "üretim ile ilgili faaliyetin durdurulacağına" ilişkin idari tedbir kararının, 5326 sayılı Kanun'un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu, 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu'nda da idari para cezasına ve idari tedbirlere itiraz konusunda görevli mahkemenin gösterilmediği anlaşılmıştır. Bu durumda, Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinde belirtildiği üzere, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacak olması nedeniyle, görevli mahkemenin belirlenmesinde 5326 sayılı Yasa hükümleri dikkate alınacağından, idari para cezasına ve üretim ile ilgili faaliyetin durdurulacağına ilişkin idari tedbir kararına karşı açılan davanın görüm ve çözümünde, anılan Kanunun 27. maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varıldığına"* dair Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 28.12.2015, E. 2015/842, K. 2015/878 sayılı kararı, [www. http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr](http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr), erişim tarihi 05.10.2019.

varılmıştır⁶². Bu kararda dava konusu işlemin, diğer tedbir niteliğindeki yaptırım olduğu kabul edilmekle birlikte, Kabahatler Kanunu kapsamında bir irdeleme yapılmaksızın, yaptırımın “idari işlem” olduğundan hareketle idari yargının görevli olduğu sonucuna varılmıştır. Gerçekten de idari yaptırım kararları idari işlem niteliğindedir. Ancak bu nitelik tüm idari yaptırımlar için söz konusudur. Görev uyuşmazlığı konusu yapılan diğer idari yaptırımlar için “idari işlem” kıstasından hiç yararlanmayan yüksek mahkeme, bu yaptırımda dava konusunun “idari işlem” niteliğinde olduğundan hareketle görevli yargı yerini belirlemektedir. İdari yaptırımlar konusunda görevli yargı yerinin tespitinde idari işlem kıstasının kullanılması tüm idari yaptırımların idari yargıda görülmesi gerektiği sonucunu ortaya çıkarır. Yüksek mahkeme bu ölçütü uygulayacaksa tüm idari yaptırımlar için uygulamalı, birinde uygulayıp bir diğerinde uygulamama yoluna gitmemelidir. Ancak dava konusu idari işlem idari yaptırım olarak kabul edilmiyorsa, bu durum kararda açıkça belirtilmek suretiyle “idari işlem” kıstasından hareket edilerek görevli yargı yerinin belirlenmesi mümkün olabilir. Bu nedenle Spor Toto Sayısal Bayiliğinin iptal edilmesine ilişkin işlemin iptaline ilişkin uyuşmazlıkta, Kabahatler Kanunu kapsamında bir inceleme yapılmadan “idari işlem” kıstasından hareketle idari yargının görevli kılınmasına ilişkin karara katılmıyoruz.

Bu kararlardan da anlaşılacağı üzere, para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi dışındaki idari yaptırımlarda görevli yargı yeri konusunda, Uyuşmazlık Mahkemesinin bir ölçüt geliştirmediği görülmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesi, idari ceza - idari tedbir ölçütünden ise hiç yararlanmamıştır. Uyuşmazlık Mahkemesi idari ceza - idari tedbir ölçütünden yararlanması halinde, Kabahatler Kanununda öngörülen idari yaptırım kapsamında olmayan “idari ceza” niteliğindeki idari yaptırımlarda idari yargının görevli olduğunu çok daha rahat söyleyebilirdi. Örneğin yukarıda belirtilen geminin süresizseferden men edilmesine ilişkin karar ile Spor Toto Sayısal Bayiliğinin iptal edilmesine ilişkin işlem, Kabahatler Kanunu anlamındaki idari yaptırımın kapsamında olmayan “idari ceza” niteliğinde bir yaptırımdır. Bu idari yaptırımlar, idari işlem niteliğinde olduğundan ve Kabahatler Kanunu kapsamında bulunmadığından idari yargının görevindedir.

e. Bölge İdare Mahkemelerinin Yaklaşımı

İdari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi dışındaki idari yaptırımlarda, yaptırımı düzenleyen kanun hükmünde başvurulacak yargı merciinin gösterilmemiş olması durumunda, görevli yargı merciinin hangisi olduğu konusunda Uyuşmazlık Mahkemesi ile Danıştay arasında görüş birliği

⁶² Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 14.01.2013, E. 2012/124, K. 2013/3 sayılı kararı, [www. http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr](http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr), erişim tarihi 12.10.2019.

bulunmaması nedeniyle, bölge idare mahkemeleri de aynı konuda farklı kararlar vermektedir. Örneğin sürücü belgesinin geçici olarak geri alınması işleminin iptali istemiyle açılan davalarda, bölge idare mahkemelerince hem görev yönünden ret kararları⁶³ hem de davanın esasının incelenmesi yönünde kararlar⁶⁴ verilmektedir.

Yine 4207 sayılı Kanun uyarınca işyerinin belli süre ile kapatılmasına ilişkin idari yaptırım kararlarına karşı açılan davalarda da, bölge idare mahkemelerince hem görev yönünden ret kararları⁶⁵, hem de davanın esasının incelenmesi yönünde kararlar⁶⁶ verilmektedir.

Bölge idare mahkemelerince verilen kararlarda, benimsenen görüş doğrultusunda Danıştay veya Uyuşmazlık Mahkemesi'nin konuya ilişkin gerekçesine yer verilmektedir. Bu şekilde, aynı konudaki idari yaptırımlarda yargısal denetiminin hem idari hem de adli yargı tarafından gerçekleştirilmesi uygulamada karmaşaya sebep olmakta ve bu durum dolaylı da olsa mahkemeye erişim sorununu ortaya çıkarmaktadır⁶⁷.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

1- İdarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararlarında hangi yargı merciinin görevli olduğu hususunda doktrinde ve yargı kararlarında bir ihtilaf bulunmamaktadır. Kabahatler Kanununda düzenlenen bu yaptırımlar için görevli yargı mercii sulh ceza hâkimliğidir. Özel kanunlarında düzenlenenler için ise yargı yeri ayrıca gösterilmişse bu mercii, gösterilmemiş ise sulh ceza hâkimlikleri görevli yargı merciidir.

İdarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi dışındaki diğer idari yaptırımlarla ilgili özel kanunlarında başvurulacak yargı mercii açık olarak gösterilmiş ise, bu yargı merciiine başvurulması gerekeceği tabiidir. Ancak bu yaptırımlarla ilgili özel kanunlarında başvurulacak yargı yeri gösterilmemesi

⁶³ İzmir Bölge İdare Mahkemesi 7İDD, 18.07.2019, E. 2019/643, K. 2019/623 sayılı kararı; Samsun Bölge İdare Mahkemesi 3İDD, 11.04.2019, E. 2019/587, K. 2019/549 sayılı kararı; Konya Bölge İdare Mahkemesi 5İDD, 12.12.2018, E. 2018/1545, K. 2018/1773 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 15.10.2019.

⁶⁴ Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 4İDD, 25.06.2019, E. 2019/682, K. 2019/1170 sayılı kararı; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8İDD, 25.06.2019, E. 2019/708, K. 2019/758 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 15.08.2019.

⁶⁵ Konya Bölge İdare Mahkemesi 5İDD, 25.12.2018, E. 2018/1511, K. 2018/1935 sayılı kararı; Samsun Bölge İdare Mahkemesi 3İDD, 22.05.2019, E. 2019/576, K. 2019/720 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 15.08.2019.

⁶⁶ Ankara Bölge İdare Mahkemesi 9İDD, 27.06.2019, E. 2019/587, K. 2019/783 sayılı kararı; İzmir Bölge İdare Mahkemesi 6İDD, 20.06.2019, E. 2019/967, K. 2019/1111 sayılı kararı; ; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 10İDD, 16.05.2019, E. 2019/622, K. 2019/1370 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi, 15.08.2019.

⁶⁷ ULUSOY, s. 189.

halinde hangi yargı merciine başvurulacağına açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Çünkü bu konuda adli ve idari yargı mercileri arasında çok sayıda görev uyuşmazlığı çıkmaktadır. Bu idari yaptırımlara ilişkin görev uyuşmazlıklarında Uyuşmazlık Mahkemesinin çelişkili kararlar verdiği hususu da dikkate alındığında, konunun önemi daha da artmaktadır.

İdarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi dışındaki diğer idarî yaptırımlarda, görevli yargı yerinin tespiti noktasında Kabahatler Kanununda çok açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kabahatler Kanununun maddesinin 1. fıkrasının a bendinde, bu Kanunun; idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı kuralına yer verilmiştir. Yasa'nın başvuru yolu başlıklı 27. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ise, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabileceği hükmü yer almaktadır.

Kabahatler Kanununun 3. maddenin 1. fıkrasının a bendini, 27. maddenin 1. fıkrasından bağımsız olarak değerlendirmemek gerekir. Çünkü her iki maddede de, idari yaptırımlara karşı yargı yoluna ilişkin hükümler getirilmiştir. Kanunun 3. maddenin 1. fıkrasının a bendinde, 27. maddenin 1. fıkrasına atıfta bulunulmuştur. Kabahatler Kanununun idari yaptırım kararlarına karşı kanun yollarına ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacaktır. Kabahatler kanununun idari yaptırım kararlarına karşı kanun yollarına ilişkin hükümleri ise, sadece idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi idari yaptırım kararına ilişkindir. Kanunun 3. maddenin 1. fıkrasının a bendinde, idarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi dışındaki diğer tedbirler niteliğindeki idarî yaptırımları da kapsadığından bahsedilmemektedir.

Şayet Kanunun 3. maddenin 1. fıkrasının a bendi, *“Bu Kanunun; idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlardaki idari yaptırımlar hakkında aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanır”* şeklinde olsaydı, kanun koyucunun diğer kanunlardaki tüm idari yaptırımlar açısından 3. maddenin 1. fıkrasının a bendinin uygulanmasını arzu ettiği söylenebilirdi. Fakat bu maddede kanun koyucu, *“diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde”* ibaresine yer vermek suretiyle, diğer kanunlardaki idari yaptırımların konusuna ve türüne hiç değinmemektedir. Kanun koyucu tarafından bahse konu maddede, diğer kanunlardaki hangi tür idari yaptırımlar için kanun yolu gösterildiğini belirlemek için maddedeki *“Bu Kanunun; idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri”* ifadesinin esas alınması gerekir. Bu kanunda, kanun yoluna ilişkin hükümlerde yalnız idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımları

bakımından normatif düzenlemenin bulunduğu, diğer idari yaptırımlar bakımından herhangi bir kanun yolu düzenlemesine yer verilmediği şüpheden uzaktır. Bu durum dikkate alınarak *“Bu Kanunun; idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri”* ifadesi esas alındığında ise kanun koyucunun 3. maddenin 1. fıkrasının a bendini, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırımlarla sınırlı tuttuğu görülecektir.

Kanunun 3. maddenin 1. fıkrasının a bendine, bu maddede atf yapılan 27. maddenin 1. fıkrasındaki hükmü yerleştirerek okumak konunun daha net anlaşılmasını sağlayacaktır. *“Bu Kanunun; idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri”* ifadesi yerine, *“Bu Kanunun, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, sulh ceza mahkemesine başvurulacağı hükmü”* ifadesinin yerleştirdiğimizde 3. maddenin 1. fıkrasının a bendi, *“Bu Kanunun, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı sulh ceza mahkemesine başvurulacağı hükmü, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacaktır”* biçimine dönüşür. 3. maddenin bu şekilde anlaşılması gerekmekte olup, bu yorumlama biçimi kanun koyucunun amacına da uygun düşecektir.

Öte yandan Kabahatler Kanununun 3. maddenin 1. fıkrasının a bendi, *bu Kanunun; idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı yönünde iken*, aynı fıkranın b bendinde ise, *kanun yolu dışındaki diğer genel hükümlerin, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacağı*, hükmüne yer verilmiştir. 3. maddenin 1. fıkrasının a bendi ile b bendi birlikte değerlendirildiğinde, diğer kanunlardaki idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesinde kanun yolu hükümleri bakımından, diğer kanunlarda aksine hüküm varsa kendi kanun hükümleri uygulanacak, bu iki yaptırım için Kanunun diğer genel hükümleri bakımından ise, kendi kanununda aksine hüküm olsa bile Kabahatler Kanunu uygulanacaktır. Bu haliyle, Kabahatler Kanununun 3. maddenin 1. fıkrasının b bendindeki düzenleme, a bendinin sadece idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırımları kapsadığını teyit etmektedir.

Kabahatler Kanununun 3. maddesinin değişiklik gerekçesi de bu görüşü destekler niteliktedir. 3. maddenin değiştirilmesine ilişkin 5560 sayılı kanun gerekçesinde, yasanın kanun yoluna ilişkin hükümlerinin 3. maddenin değiştirilmeden önceki haliyle, diğer kanunlarda yer alan idarî para cezasını gerektiren bütün fiiller açısından da uygulanabileceği, bu uygulamanın, üst kurullar tarafından verilen idarî para cezalarının yargı yolu bakımından bir tartışmaya neden olduğu, yeni madde metninde özellikle üst kurullara ilişkin kanunlarda bu kurulların vereceği idarî para cezalarına karşı ilk derece mahke-

mesi olarak Danıştay'a gidilebilmesine imkân tanıyan bir düzenleme yapıldığı belirtilmiştir⁶⁸.

Kanun koyucu tarafından 3. maddenin değişiklik gerekçesinde, sadece bir kısım idari para cezaları açısından idari yargı mercilerine başvurulması amaçlanmıştır. Bu para cezaları ise, kendi kanunlarında idari yargı mercilerine başvurulacağı açıkça düzenlenmiş olanlardır. Diğer bir deyişle, kanun koyucu 3. madde değişikliğiyle, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi bakımından, Kabahatler Kanunundaki kanun yollarına ilişkin hükmün kapsamının sınırlandırılmasını amaçlamıştır. Diğer kanunlardaki idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi dışındaki tedbir niteliğindeki idari yaptırımlar hakkında, 3. maddenin 1. fıkrasının a bendinin uygulanması gerektiğini ileri sürmek, Kabahatler Kanunundaki kanun yollarına ilişkin hükmün kapsamının genişletilmesi anlamına gelir. Bu durum ise kanun koyucunun amacına ters düşecektir.

Anayasa Mahkemesi Kabahatler Kanununun 3. maddesine ilişkin 01.03.2006 tarihli iptal kararında⁶⁹, *Yasa'nın 27. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabileceğinin belirtildiği, bu kuralın, ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirler dışındaki, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararları için uygulanacağı açıklamasına yer vermiştir. Anayasa Mahkemesi bu açıklamasında "diğer tedbirler"i hariç tutmak suretiyle, Kabahatler Kanunundaki kanun yollarına ilişkin hükümlerin ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirler hakkında uygulanmayacağını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu görüşü, 5560 sayılı kanunla yeniden düzenlenen 3. maddenin 1. fıkrasının a bendinin, ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirleri (idari yaptırımlar) kapsamadığı yönündeki görüşümüzü ve kanun koyucunun bu yöndeki amacını destekler niteliktedir.*

⁶⁸ 3. maddenin değişiklik gerekçesi "*Kabahatler Kanununun 3 üncü maddesinin yürürlükte olan metnine göre, bu Kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacaktır. Bunun sonucu olarak Kabahatler Kanununun kanun yoluna ilişkin hükümleri diğer kanunlarda yer alan idarî para cezasını gerektiren bütün fiiller açısından da uygulanabilecektir. Ancak, bu uygulama, üst kurullar tarafından verilen idarî para cezalarına ilişkin olarak yargı yolu bakımından bir tartışmaya neden olmuştur. Üst kurullar tarafından belli sektörlerdeki faaliyetlerin denetlenmesi bağlamında yüksek meblağlarda idarî para cezaları verilebilmektedir. Bu itibarla, madde metninde, özellikle üst kurullara ilişkin kanunlarda bu kurulların vereceği idarî para cezalarına karşı ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'a gidilebilmesine imkân tanıyan bir düzenleme yapılmıştır*" şeklindedir; <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1255m.htm>.

⁶⁹ Anayasa Mahkemesinin 01.03.2006 tarih ve E. 2005/108, K, 2006/35 sayılı kararı, 22.07.2006 tarih ve 26236 tarih ve 27418 sayılı Resmi Gazete.

Bu açıklamalar ışığında, kanun yolu açısından Kabahatler Kanununun 3. maddesi, diğer kanunlarda düzenlenip de kanun yolu gösterilmeyen idari yaptırımlardan sadece idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımlarında uygulanması gerekmektedir.

Aksi bir yorum işyerinin mühürlenmesi, görevden uzaklaştırma gibi Kabahatler Kanununun 19. maddesi kapsamında olmamakla birlikte sınırsız sayıda idari tedbir niteliğindeki idari yaptırımın, adli yargıda görülmesine neden olabilecektir. Bu durum ise kanun yolunun, normatif bir düzenlemeye dayanmaksızın yorumla veya mahkeme kararıyla belirlenmesine yol açacaktır.

Gerek idari yargı uygulaması ve gerekse de Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarının, idarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi dışındaki tedbir niteliğindeki idari yaptırımlarda, Kabahatler Kanununun 3. maddesinin 1. fıkrasının a bendinin uygulanması gerektiği yönündedir. Yukarıda belirtildiği üzere, konuya ilişkin olarak doktrindeki birçok görüşün aksine gelişen yargı uygulamasının sebebi, Kabahatler Kanununun 3. maddenin 1. fıkrasının a bendinin ele alınış tarzından ve lafzının bu tür yorumlara mahal vermesinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle Kabahatler Kanununun 3. maddenin 1. fıkrasının a bendi, kanun koyucunun amacına uygun olacak şekilde ve farklı yorumlara mahal vermeyecek şekilde yeniden ele alınmalıdır. Ya da kanun koyucunun amacına aykırı olarak idari tedbir niteliğindeki birçok işlemin uygulamada adli yargıya bırakılması ve bu duruma Kabahatler Kanununun 3. maddenin 1. fıkrasının a bendinin ifade tarzının sebebiyet vermesi nedeniyle, kanunun bu hükmünün iptali için Anayasa Mahkemesine somut norm denetim yoluyla başvurulabilir.

2- Kabahatler Kanununun “Saklı tutulan hükümler” başlığını taşıyan 19. maddesinde, *“(1) Diğer kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen belirli bir süre için; a) Bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi, b) İşyerinin kapatılması, c) Ruhsat veya ehliyetin geri alınması, d) Kara, deniz veya hava nakil aracının trafikten veya seyrüseferden alıkonulması, gibi yaptırımlara ilişkin hükümler, ilgili kanunlarda bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapılmıyca kadar saklıdır”* kuralına yer verilmiştir.

Bu hüküm de, Kabahatler Kanununda yer verilen kanun yolunun hangi idari yaptırımlarda uygulanması gerektiği konusunda yol göstericidir. Anayasa Mahkemesi’nin, *“19. maddeyle kanunun kapsamının daraltıldığı”* açıklamasına yer vermekle⁷⁰, bu maddede belirtilen yaptırımlarda idari yargının görevli yargı mercii olduğunu kabul ettiğini söylemek mümkündür.

Öte yandan 19. maddede yer verilen diğer idari yaptırımların geçici istisnalar içinde sayılması, 3. maddenin 1. fıkrasının a bendinin, idari para

⁷⁰ Anayasa Mahkemesinin 01.03.2006 tarih ve E. 2005/108. K. 2006/35 sayılı kararı, 22.07.2006 tarih ve 26236 tarih ve 27418 sayılı Resmi Gazete.

cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırımlarla sınırlı tutulduğunun diğer bir göstergesidir.

Uyuşmazlık Mahkemesi de, Kabahatler Kanununun 19. maddesinde yer verilen idari yaptırımlara ilişkin hükümlerin geçici istisnalar olduğu, bu kapsamdaki idari yaptırımlara ilişkin davaya bakma görevinin idari yargıya ait olduğu görüşündedir⁷¹. Ancak Uyuşmazlık Mahkemesi, sürücü belgesinin geri alınmasına ilişkin uyuşmazlıklarda, 19. maddede yer verilen, *diğer kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen bazı idari yaptırımlara ilişkin hükümlerin, ilgili kanunlarda bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapıncaya kadar saklı olduğu* kuralından hareketle, bu istisnalar içinde sayılan “ehliyetin geri alınması”na ilişkin hükmün, 12.7.2013 tarih ve 6495 sayılı Kanunun 20. maddesiyle 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 112. maddesinde yapılan değişiklik ile yeniden düzenlendiği ve bu karara karşı kanun yoluna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediğini belirterek, bu yaptırımdan doğan uyuşmazlıklarda adli yargının görevli olduğuna karar vermektedir⁷². Bu kapsamda Kabahatler Kanununun 19. maddesinde yer verilen, *diğer kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen bazı idari yaptırımlara ilişkin hükümlerin, ilgili kanunlarda bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapıncaya kadar saklı olduğu* hükmünün ne şekilde anlaşılması gerektiği, mahkemenin kararlarındaki gerekçelerin, çelişkilerin ve bu kararların isabetli olup olmadığının değerlendirilmesi için gereklidir⁷³.

Kabahatler Kanununun 19. maddesi ve bu kanuna ilişkin tasarının genel gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde, maddede sayılan yaptırımların idari ceza niteliğinin ağır basması nedeniyle bu yaptırımların idari ceza olarak kabul edildiği ve bunlara Kabahatler Kanunu hükümlerinin uygulanmasının engellenmek istendiği görülmektedir. Temel kıstas ise, bu yaptırımların idari tedbir olarak görülmeyip idari ceza olarak kabul edilmesidir. Bu tür idari cezalara, 19. madde hükmü olmasaydı dahi Kabahatler Kanunu uygulanmayacaktı. Çünkü ilgili kanunlardaki idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi haricindeki idari cezalar, Kabahatler Kanunu kapsamında bir idari yaptırım değildir. 19. maddede sayılan idari yaptırımlara, Kabahatler Kanununun sadece kanun yoluna ilişkin hükümleri değil genel hükümlerinin tümü uygulanmayacaktır.

⁷¹ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 26.09.2016, E. 2016/399, K. 2016/432 sayılı kararı, www. http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr, erişim tarihi 16.10.2019.

⁷² Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 10.07.2017, E. 2017/436, K. 2017/491 sayılı kararı, www. http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr, erişim tarihi 16.10.2019.

⁷³ Kanunun 19. madde gerekçesinde “belirli bir süre için uygulanmaları ve bu nedenle idari ceza niteliğini taşımaları dolayısıyla; söz konusu yaptırımların tasarıda benimsenen idari yaptırım sistemiyle bağdaşmadığı, ilgili kanunlarda yer alan bu yaptırımların etkisiz kalmasının uygulama açısından ortaya çıkarılabileceği muhtemel sakıncaları giderebilmek için bu madde hükmünün kabul edildiği” belirtilmiştir. ÇINARLI, s. 497.

19. maddede öngörülen ve saklı tutulan yaptırımların kanun yoluna ilişkin olarak ilgili kanununda değişiklik yapılması, bu idari yaptırımların Kabahatler Kanununa tabi olması için yeterli değildir. Yapılan değişikliğin Kabahatler Kanununa uygun bir değişiklik olması gerekir. Kabahatler Kanununa uygun değişiklik yapılması, bu idari yaptırımların kanun yolu bakımından, Kabahatler Kanununa tabi olduğunun kendi yasasında açık olarak belirtilmesiyle veya bu yaptırımlara karşı sulh ceza mahkemesine başvurulacağına ilişkin açık hüküm getirilmesiyle olacaktır. Bu nedenle, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 112. maddesinde 2013 yılında değişiklik yapılmış ise de⁷⁴, maddenin yeniden düzenlenmiş halinde, bu yaptırıma karşı kanun yoluna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği dikkate alındığında, yapılan bu değişikliğin Kabahatler Kanununa uygun bir değişiklik olarak kabul edilmesine olanak bulunmamaktadır. Öte yandan 2918 sayılı Kanunun 112. maddesindeki yapılan değişiklik ile idari makamlarca tesis edilen yaptırımlarda, kanun yoluna ilişkin herhangi bir düzenleme yapmayarak susmayı tercih eden kanun koyucunun bu susmasını, Kabahatler Kanununa uygun değişiklik olarak yorumlamasına ve bu suskunluğa böyle bir anlam yüklenmesine katılmıyoruz.

Uyuşmazlık Mahkemesi Danıştay'ın aksine, sürücü belgesinin süreli olarak geri alınması, işyerinin 4207 sayılı Kanunun 5. maddesi uyarınca süreli olarak kapatılması, 1608 sayılı Kanun uyarınca süreli araç bağlama yaptırımlarında sulh ceza hâkimliklerinin görevli merci olduğuna karar vermekte iken, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun Ek 2. maddesi uyarınca aracın trafikten geçici olarak men edilmesi yaptırımına ilişkin çıkan görev uyuşmazlıklarında idari yargının görevli olduğuna karar vermektedir.

⁷⁴ 2918 sayılı Kanun'un Adli Kuvuşturma ve Cezaların Uygulanması başlıklı Dokuzuncu Kısım'a dahil "Bu Kanundaki suçlarla ilgili davalara bakacak mahkemeler ve yetkileri " başlığı altında düzenlenen 112. maddesinin ilk paragrafında; sürücü belgelerinin geçici olarak geri alınması hariç olmak üzere bu Kanundaki hafif para cezasını veya bu kanundaki hafif hapis cezasını, belgelerin geri alınması ve iptali veya işyerlerinin kapatılması cezasını gerektiren suçlarla ilgili davalara trafik mahkemelerinde, bunların bulunmadığı yerlerde yetki verilen sulh ceza mahkemelerinde bakılacağı ifade edilmiş iken; 12.7.2013 tarihli 6495 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle yapılan değişiklik ile 112. maddenin başlığı, "Sürücü belgelerinin geri alınmasında ve iptalinde yetki"; şeklinde, madde ise, "Bu Kanunun 6 ncı maddesinde sayılan görevlilerin ve trafik tescil kuruluşlarının yetkilendirildiği haller hariç olmak üzere, sürücü belgelerinin geri alınmasına ve iptaline sulh ceza mahkemeleri karar verir. Bu Kanunun 51 inci maddesinin ihlali ve 118 inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında yazılı "100 ceza puanını doldurmak" eylemi nedeniyle sürücü belgelerinin geri alınmasına yine bu Kanunun 6 ncı maddesinde sayılan görevliler yetkilidir. Sürücü belgelerinin geçici olarak geri alınması veya iptaline dair verilen kesinleşmiş mahkeme kararı örnekleri, sürücülerin sicillerine işlenmek üzere mahkemelerce ilgili trafik birimlerine gönderilir. Bu Kanuna göre görülen davalar, diğer kanunlara göre görülen davalarla birleştirilemez... " denilerek yeniden düzenlenmiştir.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nce, çözümünde idari yargının görevli olduğuna karar verdiği idari yaptırım ile adli yargının görevli olduğuna karar verdiği idari yaptırımlar, Kabahatler Kanununun 19. maddesi kapsamında kalan ve aynı nitelikteki idari yaptırımlardır. Özellikle sürücü belgesinin süreli olarak geri alınması yaptırımları ile aracın trafikten geçici olarak men edilmesi yaptırımları 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre uygulanan yaptırımlardır. Ancak Uyuşmazlık Mahkemesi, aynı kanundan kaynaklanan bu yaptırımlarda farklı yargı mercilerinin görevli olduğuna karar vermektedir.

Anayasanın 158. maddesine göre Uyuşmazlık Mahkemesi, adli ve idari yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözümlemeye yetkilidir. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin görev uyuşmazlıklarında verdiği kararların kesin olduğu da dikkate alındığında, benzer konularda farklı kararlar vermemesi gerektiği daha da önem arz etmektedir.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre uygulanan aracın trafikten geçici olarak men edilmesi yaptırımlarında, Uyuşmazlık Mahkemesi'nce verilen ve idari yargının görevli olduğuna ilişkin kararlar, Kabahatler Kanununun kanun yoluna ilişkin hükümlerine ve kanun koyucunun amacına uygun olan kararlardır. Bu kararlarda yer verilen gerekçe, diğer idari yaptırımların hangi yargı merciinde görülmesi gerektiğine ışık tutabilecek niteliktedir.

Bu açıklamalardan Uyuşmazlık Mahkemesi'nin, idari yaptırımlarda görevli yargı yeri konusunda çıkan görev uyuşmazlıklarında yeterli bir ölçüt geliştirmedeği görülmektedir. Yine bu tür uyuşmazlıklarda, idari ceza-idari tedbir ayrımına ilişkin ölçütten de yararlanmamaktadır.

Kabahatler Kanununda idari ceza- idari tedbir ayrımının zımnen de olsa kullanıldığı, özellikle 19. madde kapsamındaki yaptırımların idari ceza niteliği ağır basması nedeniyle kanundan istisna tutulduğu açıktır. Diğer kanunlardaki idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi ile idari tedbir niteliği taşımayan idari cezalar, Kabahatler Kanunu tanımına uygun bir idari yaptırım değildir. İdari yaptırımlarla ilgili görev uyuşmazlıklarında, Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından idari ceza - idari tedbir ölçütünün kullanılması ve geliştirilmesinin görev uyuşmazlıklarının çözümüne katkı sağlayacağını düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

- **AKTAŞ Gülsüm**, “Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarında İdari Yargının Görev Alanı Ölçütleri(Belirlenebilir mi?)”, Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Dergisi, S. 5, 2017, s. 1-35.
- **ASLAN M. Yasin**, “İdari Yaptırımlar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 85, 2009, s.173-188.
- **BİLGİN Hüseyin**, “İdari Yargının Görev Alanında 5728 Sayılı Kanun ile Birlikte Oluşan Değişiklikler”, Terazi Hukuk Dergisi, S. 28, Y. 2008, s. 67-83.
- **BİLGİN Hüseyin/ÇELİK Barış**, “5728 Sayılı Kanun ile Birlikte İdari Yargının Görev Alanındaki Değişiklikler Üzerine Bir İnceleme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 2, Y. 2009, s. 281-323.
- **CANDAN Turgut**, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, İstanbul 2015.
- **ÇAĞLAYAN Ramazan**, İdari Yaptırımlar Hukuku, Ankara 2006.
- **ÇELİK A. Ufuk**, “Kabahat Kimde? (Kabahatler Kanununa Yargı Yolu)”, Hukuk Gündemi, S. 4, 2006/Mart, Nisan, Mayıs, s. 28-31.
- **ÇINARLI Serkan**, “Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Işığında İdari Yaptırımlarda Görevli Yargı Kolu Sorunu”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 14, S. 151, s. 490-503.
- **DARENDELİ Vahap**, Adli Yargı Yerlerinde Görülen İdari Uyuşmazlıklar ve Davalar, Ankara 2004.
- **DERDİMAN R. Cengiz**, “Belediyelerin Kolluk Fonksiyonlarına İlişkin Genel Bir Deneme”, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, C. 6, S. 3, Temmuz 1997.
- **EROL Atanur**, İdari Yaptırımların Hukuki Nitelikleri ve İdari Yaptırım Kararlarına Karşı Başvuru Yolları, Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2009.
- **GÖZLER Kemal**, İdare Hukuku, C.I-II, Bursa 2009.
- **GÖZÜBÜYÜK A.Şeref/ TAN Turgut**, İdare Hukuku, Cilt II (İdari Yargılama Hukuku), Ankara 2012.
- **GÜÇLÜ Yaşar**, İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar, Ankara 2016.
- **GÜÇLÜ Yaşar**, “İdari Yaptırımlara Karşı Başvuru Yolları” Beklenen Mahalli İdareler Dergisi, Aralık Ocak 2009, S. 173.
- **GÜZEL Oğuzhan**, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdari Yargının Görev Alanına Yönelik Müdahalelerin Değerlendirilmesi” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, , S. 1-2, Y. 2013, s. 1483-1524.

- **KANGAL Zeynel T.**, Kabahatler Hukuku, İstanbul 2011.
- **KARABULUT Mustafa**, “İdari Yapıtlımların Hukuki Niteliği ve AYM’nin Kabahatler Kanunu Hakkındaki Kararı”, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı 3, Kasım 2006, s. 63-68.
- **KARAGÜLMEZ Ali**, Adli ve İdari Para Cezaları, Ankara 2001.
- **MAHMUTOĞLU Fatih Selami**, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda Yapıtlım Rejimi, İstanbul 1995, s. 53 vd.
- **MAHMUTOĞLU Fatih Selami**, “Suç-Kabahat Ayrımı— İdari Ceza Hukukunun Temelleri”, İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, s. 27-42.
- **OĞURLU Yücel**, İdari Yapıtlımlar Karşısında Yargısal Korunma, Ankara 2001.
- **ONAR Sıddık Sami**, İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1966.
- **OTACI Cengiz/KESKİN İbrahim**, Türk Kabahatler Hukuku, Ankara 2010.
- **ÖZAY İlhan**, İdari Yapıtlımlar, Kuramsal Bir Deneme, İstanbul 1985.
- **ÖZEN Mustafa**, İdari Ceza Hukuku, Ankara 2013.
- **ÖZKAYA ÖZLÜER İlgin**, “İdari Yapıtlımların Özellikleri ve Çevre Kanunu”, Ankara Barosu Dergisi, 2015/1.
- **SANCAKDAR Oğuz**, “İdari Cezaların Yapıtlımlar Teorisindeki Yeri ve Türk Hukukundaki Anayasal Temelleri”, İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, s. 59-109.
- **TAN Turgut**, “İdari Yapıtlımlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ndeki Güvenceler”, Prof. Dr. A. Şeref GÖZÜBÜYÜK’e ARMAĞAN, Ankara 2005.
- **UĞUR Hüsamettin**, “Yüksek Mahkeme Kararları Işığında Kabahatler Kanununa Göre Kanun Yolları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 89, 2010.
- **ULUSOY Ali**, İdari Yapıtlımlar, İstanbul 2013.
- **YALÇIN İsmail**, Tüm Yönleriyle Kabahatler Hukuku, Ankara 2007.
- **YASİN Melikşah**, “Anayasa Mahkemesinin İdari Yargının Görev Alanı Sorununa Yaklaşımı”, Yıldızhan Yayla’ya Armağan, İstanbul 2002.

HEKİM ve ÖZEL HASTANELERİN CEZAİ SORUMLULUKLARI

Criminal Responsibilities of Medical Doctors and Private Hospitals

Dr. Öğr. Üyesi Hakan KIZILARSLAN*

Geliş Tarihi: 05.12.2019 Kabul Tarihi: 28.01.2020

ÖZET

Temel insan haklarından olan yaşam ve vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı hakları, insan vücudu üzerinde uygulanan tıbbi amaçlı tedavi ve girişimlerde, hekimin kusurluluğu halinde, hekimin kusurunun derecesinin tespiti ve uygulanacak cezai yaptırımlar tıbbi malpraktisin çalışma alanını oluşturmaktadır.

Çalışmamız, “özel hastanelerin tıbbi hatalarda sorumluluklarını araştırmak ve bu konuda fütürist öneriler getirmek amacıyla hazırlanmıştır. Çoğunluğu ticari işleme niteliğinde olan özel hastanelerin, yanlarında çalıştırdıkları mesul müdür ve hekimlerin kusuru hallerinde ve birebir kendilerinin işletme sahibi olarak kusurlarının bulunduğu alanlarda mevcut hukuki yapı anlatılmaya çalışılmıştır. Bu aşamada, kusur ve taksir kavramları ceza hukuku açısından genel hatlarıyla anlatılarak, hastane mesul müdürlerine ve “Hususi Hastaneler Kanunu” hükümlerine değinilerek, özel hukuk tüzel kişisi olan hastane sahip ve işletmelerinin ceza hukukunda tüzel kişilerin sorumluluğu konusundaki güncel anlayışlarla bağlantılı hükümler getirilip-getirilemeyeceği tartışılmıştır.

ABSTRACT

The rights of immunity of life and body integrity that are the basic human rights, medical treatments and interventions on the human body, in case of deficiency of the physician, determination of the degree of the physician's defect and criminal sanctions to be applied constitute the fields of this study of the medical malpractice.

Our study has been designed and prepared to investigate the responsibilities of private hospitals in medical errors mistakes and to provide futurist recommendations. It has been tried to explain what kind of legal structure exists in the areas where private hospitals, most of which are in the nature of commercial entities, will have flaws with the fault of the responsible managers and physicians employed by them and individually as the business owner. At this stage, while the concepts of defect and negligence taxation have been explained in general framework in terms of criminal law, by addressing the responsible managers of hospitals and the provisions of the “Private Hospitals Law”, whether the hospital owners and enterprises, which are private legal entities, whether the provisions regarding the liability of legal persons in private law legal entities can be introduced in the criminal law in connection with the current understanding of the liabilities of legal entities.

* Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Öğretim Üyesi, e-posta:hkizilarслан@ufuk.edu.tr, hakankizilarслан@gmail.com, ORCID ID; 0000-0002-5620-4234.

Çalışmamızda, mesul müdürlere getirilen sorumluluğun mevcut günümüz hastanelerin in yapıları ve çalışma şartlarında çok fazla olduğu, bu sorumluluğun hastane sahibi ve işletmecilerine dağıtılması, hastane yönetimlerindeki uzman yöneticilerin de sistemde sorumluluk almalarının sağlanması önerilerimiz de yer almaktadır. Ceza hukukunun, tıp alanında hacim ve etki alanları gittikçe genişleyen özel hastane sahibi tüzel kişilerin sorumluluklarıyla ilgili çözüm üretmesinin zamanı gelmiştir.

Anahtar Kelimeler: Taksir, Tıpta Taksir, Hekim, Tıbbi Malpraktis, Özel Hastaneler, Kusur, Hekimin Cezai Sorumluluğu, Özel Hastaneler Kanunu.

In our study, we suggest that the responsibility brought to the responsible managers is very much within the structure and working conditions of today's hospitals, that this responsibility is distributed to the owners and operators of the hospitals, and that the specialist managers in the hospital administrations take responsibility in the system. It is time for the criminal law to find solutions to the responsibilities of private hospital owners whose scale and influence are considerably expanding in the field of medicine.

Keywords: Negligence, Medical Negligence, Physician, Medical Malpractice, Private Hospitals, Defect, Criminal Liability Of Physician, Private Hospitals Law.

GİRİŞ

Tıbbi müdahalelerle ilgili sorumluluk konusu, hukuk ve tıp bilimleri ilgili disiplinler arası alanda en çok üzerinde konuşulan konulardan birini oluşturmaktadır.

Tıbbi deontoloji, tıp biliminin zorunlulukları, tıbbi müdahalelerdeki ana referans noktalarını belirlemekte ve bu referans noktaları ceza hukuku açısından da tıbbi nitelikli müdahalelerdeki cezai sorumluluğun ana çerçevesini oluşturmakta, bu müdahalelerin yasalarda suç olarak adlandırılan bir nitelik alması hallerinde ise, ceza hukukunun ana kuralları devreye girmektedir.

Çalışmamızın konusu olan alan, genel hatlarıyla sağlık sisteminin önemli bir sorun alanını oluşturmaktadır. Özel hastanelerde, tıbbi malpraktis olaylarında ve keza sağlık sisteminin diğer alanlarıyla ilgili konularda hukuki ve cezai sorumluluğun kimlere yükletilebileceği ve bu haliyle gerek gerçek kişi olan mesul müdür veya hastane sahibinin ve gerekse hastanenin bir tüzel kişiye ait olması durumunda, bu tüzel kişiliğin organ ve temsilcilerinin nereye kadar cezai sorumluluklarının olabileceği bu çalışmada dile getirilmek istenmektedir.

Cezai sorumluluk doğurduğu iddia edilen tıbbi müdahalelerin, bir tüzel kişiliğin sahibi ve işletmeciliğindeki hastanelerde yapılması hallerde, hangi ölçütlerle sorunun çözülmesi gerektiği ve bu noktada tüzel kişi olan hastanelere ne şekilde bir cezai yaptırım uygulanabileceği çalışmamızın ana konusunu oluşturacaktır. Biz, bu çalışmada, hastane yönetimlerinin malpraktis noktasındaki kuramsal sorumluluklarını incelemekle yetinerek, malpraktisin o geniş ve kıvrımlı alanlarına girmekten kaçınacağız.

Özel hukuk, neticenin meydana gelmesi sonrasında, yaşama ve vücut bütünlüğüne verilen zararların mağdur noktasında giderilmesi tazmin nitelikli olarak devreye girerken, ceza hukuku kendi anlayış ve kuralları çerçevesinde, henüz suç işlenmeden caydırıcılık sağlayarak hukuka aykırılık yoluna hiç girilmemesini sağlamaya çalışmaktadır. Ancak, her iki sistem de kusurluluğun belirlenmesi noktasında, benzeşen kural ve anlayışları kullanmaktadır.

Bu nedenle, konunun net olarak belirlenebilmesi, tıbbi müdahalelerin niteliklerinin tıp bilimi açısından ortaya konulması konusundaki mevcut bilgilerle yetinilerek, taksir konusunda açıklamalar yapılacak, devamında hastane yönetimlerinin, özel hastaneler kanunun ve yönetmeliklerde düzenlenen idari ve hukuki sorumluluklarıyla, “vücut bütünlüğüne ve yaşama el uzatan karakterli tıbbi müdahalelerde” ceza hukuku açısından kusurluluk kriterlerini ortaya koymaya çalışacak, aynı zamanda kamuya ait ve özel kişilere ait hastanelerle ilgili kuruluş kanunlarında yer alan sorumluluk hallerinin belirtilmesine ve bu alanda tüzel kişi hastanelerin ceza sorumluluklarının aktarılmasına gayret edilecektir.

1. Temel Haklar ve Ceza Hukuku Açısından Kusurluluk;

1.1. Temel negatif statü hakları olarak yaşam ve vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı hakları;

“Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi” ve “Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi” kapsamında yaşam, vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı ve sağlık hakları, doğuşla gelen ve insanın kendisinin bile üzerinde tasarruf edemeyeceği negatif statü hakları niteliğindedir. Bu nedenle, insanın yaşamını ve sağlığını tehlikeye sokacak veya vücut bütünlüğünün korunmasına tehlike oluşturacak her türlü fiil ve girişim yasalar tarafından şiddetle korunma altına alınmış bulunmaktadır. Bu alanda da insan haklarıyla yakın ilişki içinde olan sağlık hakkı¹ haklar sıralamasında en önde gelen haklardan birisini oluşturmaktadır. Bu hak, günümüze kadar gelişmeler göstererek gelmiş bir hak niteliğinde olup, gelişme süreciyle birlikte normlara ve pozitif hukuka da yansımıştır.

1.2. Suçların şahsiliği ilkesi ve tüzel kişilerde ceza sorumluluğu;

Ceza hukukunun en önemli temel ilkelerinden olan ve “TCK. nun 20. maddesinde tanımlanmakta olan bu ilke *“ceza sorumluluğunun şahsi olduğunu ve kimsenin başkasının fiilinden dolayı cezalandırılmayacağını”* belirtmektedir. Suçların şahsiliği ilkesi; *“her bireyin kendi fiilinin sorumluluğunu kendisinin taşımasını ve fiilde sorumsuz olan kişilerin başkalarının hukuka aykırı eylem ve fiillerinin yaptırımlarına maruz bırakılarak mağdur edilmemelerini”* belirten temel bir ceza hukuku ilkesidir.² Bu nedenle, hastane yönetimlerinin tıbbi malpraktis olaylarında sorumluluklarının tespiti, *“yönetimi oluşturan organ ve temsilcilerin nereye kadar bu kusurdan sorumlu tutulabileceklerinin belirlenmesiyle”* mümkün olabilecektir.

TCK. m. 20 ikinci fıkrasında; *“tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamayacağı, ancak suç hallerinde kanunda öngörülen güvenlik tedbiri nitelikli yaptırımların saklı olduğu”* belirtilmektedir.³ Hukukumuzda, güvenlik tedbirleri uygulanması sadece özel hukuk tüzel kişilerine özgü olup, kamu tüzel kişileri için güvenlik tedbiri yaptırımları ve idari cezalar öngörülmemiştir.

¹ BOZKURT Enver; “İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı”, *“Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007 Ankara”*, Ankara Barosu Yayınları, 2008, sh. 13

² “Bu ilke cezanın verilmesini, failin isnat edilebilir durumda olması yani fiili işlediği sırada isnat yeteneğine sahip bulunması ile bağlantılı kılınmıştır.” HAFIZOĞULLARI Zeki-ÖZEN Muharrem; *“Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”*, 4. Baskı, Eylül-2011, U-S-A- Yayıncılık, sh. 401

³ Tüzel kişilere uygulanacak güvenlik ve koruma tedbirleri için Bkz. KIZILARSLAN Hakan, *“Türk Ceza Hukukunda Tüzel Kişilere Uygulanacak Koruma ve Güvenlik Tedbirleri”*, Seçkin yayınevi, Ocak-2020

Ancak bu konu kamu tüzel kişisi hastane yönetimleri için tazminat davası açılmasına engel bir konu değildir.⁴

AY m. 129/5 *“memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kötüye kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, -kendilerine rücu edilmek kaydıyla- kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olmak şartıyla, idare aleyhine yani devlete karşı açılabilceğini”* düzenlemektedir. Aynı şekilde AY’nın 40/3 madde ve fıkrası da *“kişinin resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradıkları zararların da devlet tarafından tazmin edileceğini, devletin ilgililere rücu hakkı olduğunu”* belirtmektedir.

Kamu tüzel kişileri hakkında uygulanan bu hükümlerin, özel hukuk tüzel kişisi hastaneler bünyesinde kişilere karşı verilen zararlar konusundaki yansıması Borçlar Kanunu’nun kusursuz sorumluluk kuralları bünyesinde olacaktır. Hastane yöneticisi ve diğer sorumlularıyla ilgili olarak ise (gene suçların şahsiliği ilkesi gereği) dolaylı veya dolaysız bir şekilde cezai sorumluluklarının söz konusu olduğu durumlarda ceza hukuku anlamında bir sorumluluk halinden bahsedilebilecektir.

1.3. Ceza Hukukunda Kusurluluk,

Ceza hukuku anlamında bir suçtan bahsedilebilmesi için, tipiklikte belirtilen hareketin *“iradi bir şekilde gerçekleştirilmesi yani hareketin bilerek ve istenerek yapılması”* gereklidir.⁵ Kişinin isnat kabiliyetinin bulunması, başka bir deyişle *“algılayabilme ve davranışlarına yön verme kabiliyetinin olması”*, yaptığı fiilin anlam ve önemini bilebilecek akli yeterliliğinin ve olgunluğunun bulunması kusurluluk için gereklidir.⁶

Ceza hukukunda aynı zamanda suçun ana unsurlarından olan *“manevi unsur”* olarak da adlandırılmakta olan kusurluluğun oluşmadığı yerde suçun da oluşmayacağı kabul edilmektedir.^{7,8} Genel anlamıyla kusur, *“failin eylemiyle, hukuk düzenine sadakatsizlik göstermesinden dolayı kınanabilirliğidir.”*⁹

Ceza hukukunda kusur kast ve taksir olarak iki ana dala ayrılmakta, aralarındaki fark manevi unsurdan,¹⁰ (taksirde iradenin neticeye yönelik olmamasından¹¹) kaynaklanmaktadır. Kast, *“kanunda yaptırımı belirlenmiş tipik hareketin kanunda belirtilen neticeyi gerçekleştirmek amacıyla bilerek ve isteyerek yapılması”* demek olup,¹² *“normal kast”* ve *“dolaylı kast”*¹³ olarak

¹⁰ ÖNDER Ayhan; **“Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II”**, Beta yayınevi, 1. Bası Eylül-1989, sh. 330 APAYDIN Cengiz, **“Ceza Hukukunda Kusurluluk”**, Seçkin yayınevi, Temmuz-2018, sh.13

¹¹ CENTEL Nur; ZAFER Hamide, ÇAKMUT Özlem; **“Türk Ceza Hukukuna Giriş”**, 5237 s. TCK ile ilgili mevzuata göre yenilenmiş ve gözden geçirilmiş Altıncı bası, Ekim 2010, sh.398

¹² TCK m. 21; (1) *Suçun oluşumu kastın varlığına bağlıdır. Kast suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.*

¹³ TCK m. 21/(2) *Kişinin suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleştirebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır.*

kanunda düzenlenmiş,¹⁴ gene TCK'da kastın yoğun hali olarak "tasarlamak-teammüd" birtakım maddelerde suça etki eden veya suçun unsuru olan haller şeklinde düzenlenmiştir.

Taksir ise, TCK'nın 22. maddesinde tanımlanmış olan bir kusurluluk halidir.¹⁵ Taksir; failin neticeyi istememesine karşın kendisinden beklenen ve göstermek zorunda olduğu özeni göstermemek suretiyle suç tipinde gösterilen neticenin gerçekleşmesine sebebiyet vermesidir.¹⁶

Taksir halleri 22. maddede ayrı ayrı sayılmıştır.¹⁷ Aynı şekilde, taksir genel bir kusurluluk hali olmayıp sadece kanunda taksirle işlenebileceği belirtilen suçlarda geçerlidir. Taksir hukukumuzda 5327 s. TCK sonrasında "Basit Taksir" ve "Bilinçli Taksir" olarak ikiye ayrılmış olup, bilinçli taksir "*kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın neticenin meydana gelmesi*" halinde söz konusu olan ve olası kasta yaklaşan¹⁸ taksir halidir. (TCK m. 22/(3) ileriki anlatımlarımızda konuların üzerinde ayrıntılı olarak durulacaktır.

2. Tıbbi Malpraktis 'in Hukuki Anlamı- Taksirin Hukuki Niteliği,

2.1. Taksir Kavramı ve Unsurları;

Önceden de belirtildiği gibi, taksir ceza hukukunda, sadece kanunda düzenlenen hallerde söz konusu olan bir kusurluluk çeşididir.¹⁹ Taksir sorumluluğunun kaynağı, "*topluma karşı bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi*" olarak belirtilmektedir.²⁰ Kanunkoyucu, kişilerin ihmale ve acemiliğe düşerek, topluma zarar vermemelerini sağlamak istemekte, kişi suç işlemeyi ve dolayısıyla hukuka aykırılık sınırına girmeyi istemediği için taksirli suçların cezası kasti suçlara göre daha az belirlenmektedir. Başka bir anlatımla taksir; "*özen gösterme zorunluluğu oluşturan normu ihlalle gerçekleştiren, bu normu bilme mecburiyetine rağmen fark etmeyen veya norm ihlalinin olası olduğunun görülmesine karşın zorunluluklarına da aykırı şekilde neticenin*

¹⁴ Olası kasta fail unsurların gerçekleşebileceğini kabullenmektedir. (YN)

¹⁵ ÖZBEK-KAMBUR-DOĞAN-BACAĞIZ-TEPE taksirin suçun özel görünüş hallerinden biri olduğunu savunmaktadırlar. Bkz. ÖZBEK-KAMBUR-DOĞAN-BACAĞIZ-TEPE, a.g.e., sh. 508 vd.

¹⁶ ÖZBEK-KAMBUR-DOĞAN-BACAĞIZ-TEPE, a.g.e., sh. 508

¹⁷ 765 s. Mülga TCK m. 45; Kast kuralının istisnası olarak, "failin bir şeyi yapmasının veya yapmamasının neticesi olan bir fiilden dolayı kanunun o fiile ceza tertip ettiği ahval müstesnadır" diyerek taksiri tanımlamaktaydı. (YN) Bkz. DÖNMEZER Sulhi-ERMAN Sahir, "**Nazarı ve Tatbiki Ceza Hukuku, II.**" Cilt, sh. Fakülteler Matbaası, 9. Baskı İstanbul, 283

¹⁸ ÖZBEK-KAMBUR-DOĞAN-BACAĞIZ-TEPE, a.g.e., sh. 520

¹⁹ "Taksir denilince objektif olarak öngörülen özen yükümlülüğünün ihlal edilmesi suretiyle işlenen suçlar anlaşılmaktadır." KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan; "**Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**" Seçkin Yayınevi, Gözden geçirilmiş ve güncellenmiş 4. Baskı, Ankara-2011, sh. 161, "Taksir sadece bir kusurluluk değildir, aynı zamanda başlı başına bir haksızlığı da ifade eder." ÖZTÜRK Bahri; ERDEM M. Ruhan; "**Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**" TCK değişikliklerine göre yenilenmiş 15. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara -Ekim-2015, sh. 314

²⁰ SOYASLAN, a.g.e., sh. 438

*gerçekleşmeyeceğine güvenen failin hareketi*²¹ veya *“istenen bir davranışın istenmeyen sonucu”* olarak da doktrinde tanımlanmaktadır.²²

Taksir, TCK m. 22’ye göre karşımıza, tedbirsizlik, dikkatsizlik ve meslek ve sanatta acemilik olarak çıkmaktadır. Taksirin esası örf-adet gibi yaşam normları ve yetkili makamların koyduğu kurallara aykırılıktır.²³ Yargıtay bir kararında taksirli suç; *“insanı daha basiretli ve başkalarının haklarına daha fazla koruyucu davranmaya zorlayan kuralların ihlali”* olarak tanımlamaktadır.²⁴

Tedbirsizlik; ortak tecrübenin yüklediği tedbir görevini ihlal ederek belli bir neticenin gerçekleşmesini engelleyecek tedbirleri almamak şeklinde ihmali bir hareketi

Dikkatsizlik; ortak bir tecrübenin yüklediği dikkat ve özen görevine aykırı icrai bir hareketi,

Meslek ve sanatta acemilik; belirli bir meslek üyesinin kanun, düzen ve örf Adet kuralları gereği icra ettiği meslek ve sanatla ilgili sahip olması gereken bilgi ve tecrübelerle sahip olmamasını,

Nizamât, evamir ve talimatlara riayetsizlik ise; bireysel veya sosyal bir faaliyeti düzene sokmak için yetkili mercilerce konulmuş olan kurallara aykırı davranmayı tanımlanmaktadır.²⁵

Kısaca; hekimin meslek ve sanatında acemiliği, dikkatsizliği, talimatlara ve yetkili mercilerin emirlerine hareket etmesi ve tedbirsizliği taksirini göstermektedir.

Taksirin var olabilmesi için; *“failin yasa da taksirle işlenebileceği belirtilen fiillerden biri olması, hareketin iradi bir hareket olması,²⁶ neticenin iradi olmaması,²⁷ hareketle netice arasında nedensellik bağı ve neticenin öngörülebilmesi”²⁸ şartlarının oluşması gereklidir.²⁹*

²¹ JESCHECK Hans-Heinrich-SIEBER Ulrich, **“Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş- Ceza Hukukunun Sınırları”**, (Tercüme Eden; Feridun YENİSEY), Beta Yayınevi, İstanbul-2007, sh. 47

²² HAFIZOĞULLARI Zeki- ÖZEN Muharrem; **“Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”**, 4. Baskı, Eylül-2011, U-S-A- Yayıncılık, sh. 286

²³ SOYASLAN, a.g.e., sh. 443

²⁴ YCGK, 13.12.1993 tarih, 221-317 Bkz. DÜZGÜN-ELMACI, a.g.e., sh. 64

²⁵ ÖZBEK-KAMBUR-DOĞAN-BACAĞIZ-TEPE, a.g.e., sh.520

²⁶ *“Kişi objektif özen yükümlülüğünün mevcudiyetini ve muhtevasını anlayabilecek ve bu doğrultuda davranabilecek durumda olmalıdır.”* ÖZGENÇ İzzet; **“Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”**, Seçkin yayınevi, Gözden geçirilmiş ve güncellenmiş 11. Bası, Eylül-2015, sh. 389, JESCHECK, a.g.e., sh.51

²⁷ KOCA-ÜZÜLMEZ, a.g.e., sh.181

²⁸ YCGK, 11.05.2004 tarih, 2/97/115, DÜZGÜN Nuri, ELMACI Şerafettin, **“5237 s. Türk Ceza Kanunu’na Göre Olası kast- Bilinçli Taksir ve Taksirle İşlenen Suçlar”**, Adalet yayınevi, Ankara-2007, sh. 63, DEMİRBAŞ Timur; **“Ceza Hukuku Genel Hükümler”**, 13. Baskı Seçkin Yayınevi, Eylül-2018

²⁹ DÖNMEZER-ERMAN, a.g.e., sh. 295-305, ÖZBEK-KAMBUR-DOĞAN-BACAĞIZ-TEPE, a.g.e., sh.514, DÜZGÜN-ELMACI, a.g.e., sh. 63 vd.

Taksirli suçlara iştirak ve teşebbüs mümkün değildir.³⁰ Birlikte taksirli suçun işlenmesi halinde, her fail kendi takdiri ölçüsünde cezalandırılmaktadır. Birlikte ameliyat yapan birden fazla hekimin veya aynı hastaya el uzatmış birden çok hekimin her birinin taksiri ayrı ayrı derecelendirilip o saptamaya göre ayrı ayrı cezalandırılacaklardır. Aynı şekilde, hastane yöneticilerinin birden fazlasında taksirin bulunması halinde de her yönetici taksiri derecesinde ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

Hekimin veya hastanelerin ceza sorumluluğu bu taksir öğretisi üzerinde değerlendirilmesi gereken konulardır. Hekimin meslek ve sanatında yeterliliğinin bulunmaması, tedbir ve özen göstermemesi ve keza hastane yönetiminin de bu şekilde davranmamaları sonrasında, meydana gelen neticelerden sorumlu tutulacaklardır.

2.2. Taksirin ve derecesinin belirlenmesi

Hekimin taksirinin olup-olmadığı ve varsa derecesinin belirlenmesi tıbbi malpraktisin en önemli alanlarından birini oluşturmaktadır. Hekimin tedavi sürecinin ve dolayısıyla hekimin becerisi ve mesleğini ifadaki yeterliliğinin belirlenmesi, bir diğer anlatımla malpraktiste bilirkişilik süreci bu alanın en önemli tartışma alanlarından birini oluşturmaktadır. İşin içine hastanelerin yönetici ve organlarının sorumluluklarının da belirlenmesi girdiğinde, iş daha da karmaşıklaşan ve çözümü tıp ve ceza hukuku bilimlerinin multidisipliner alanında çözülmesi gereken bir sorun halini almaktadır.

Taksirin derecesinin belirlenmesinde, taksirin ana unsurlarını oluşturan hallerin, yani hekimin meslek ve sanatta acemiliğinin, dikkatsizi ve özensizliğinin, merci emir ve talimatlarına aykırılığının bir bütün halinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Hekim ve hastanelerin taksirlerinin olup-olmadığı konusunda bu aşamada uygulama ve doktrinde önemli zorluklar yaşanmaktadır. Zorluklardan en önemlisi bu konuda halâ açık ve net bir şekilde otorite bir bilirkişilik kurumunun kurulamamış olmasıdır.

1219 s. Kanun'un 75. maddesiyle tıbbi malpraktis olaylarında ceza davalarında resmi ve tek yetkili bilirkişiliği olarak görev yapmakta olan tek sesli ve otoriter bir inceleme yeri olarak Yüksek Sağlık Şurası görevliken, Anayasa Mahkemesinin 22.10.2010 tarihli Resmî Gazete 'de yayımlanan 3/6/2010 tarih ve E. 2009/69, K. 2010/79 sayılı kararı ile ceza mahkemelerini Yüksek Sağlık Şûrasından rapor almakla zorunlu tutan madde iptal edilmiştir. AYM; *"ceza davasında amaç maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. İtiraz konusu kuralla, bu amaca hizmet edecek şekilde 1930'lu yıllarda Yüksek Sağlık Şûrasına resmi*

³⁰ HEINRICH Bernd, *"Ceza Hukuku Genel Kısım II"* (Editör Yener ÜNVER), Adalet yayınevi, Ankara-2015, sh. 79

bilirkişilik görevi verilmiştir. Söz konusu kuralda, mahkemelerin görüşünü alabileceği üniversitelerin tıp fakülteleri, eğitim veren devlet hastaneleri veya Adli Tıp Kurumu gibi donanımlı tıbbi kurumlara başvuru olanağının bulunmasına karşın, belirtilen yapısıyla faaliyet gösteren Yüksek Sağlık Şûrasının görüşünü almaya mahkemelerin zorlanması ve söz konusu Kurulun görüşünün alınması için belli bir süre de öngörülmemesi davaların gereksiz yere uzamasına neden olabilecektir. Bu durumun Anayasadaki “mahkemelerin bağımsızlığı ve adil yargılama” ilkeleriyle bağdaşmadığı açıktır, kuralın iptali gerekir.” gerekçesini kullanmıştır.³¹ Halen bu konularda “adli tıp kurumu ve hakem hastaneler” bilirkişilik görevi üstlenmiş bulunmaktadır.³²

2.3. Tıbbi malpraktis kavramının hukuki karşılığı ve hekimin cezai sorumluluğunun temeli;

Malpaktis, “bir meslek grubunun, mesleğini uyguladığı alanlarda hatalı hareketleriyle kişi kurum ve kuruluşlara zarar vermesi” olarak tanımlanmakta, tıbbi malpraktis ise, “hekimin tıp uygulamaları sırasında, standart uygulamalar yapmayarak (taksiri nedeniyle) hastada oluşturduğu zarar halleri” için kullanılmakta olan bir kavramdır. Uygulamada, “malpraktis” kavramıyla yerleşmiş olan ve “hekimin tedavi nedeniyle ceza sorumluluğu”³³ anlamını taşımakta olan bu kavramın özü, doğrudan doğruya ceza hukukunda kusurluluğun alt dallarından olan “taksir” kavramına dayanmaktadır. Bu nedenle, malpraktis kavramının temel anlamı ve hukuktaki sınırlarının belirlenebilmesi, doğrudan doğruya taksir kavramı ve olayda taksirin ve derecesinin belirlenmesi konularıyla ilintilidir.

Tıpta “komplikasyon” olarak belirtilen ve “beklenmeyen gelişmeler” olarak özetlenebilecek durumlar, eğer bir kusur neticesinde meydana gelmediyse, taksir veya tıbbi malpraktis olarak değerlendirilmemekte, ceza hukukundaki kaza,³⁴ hata, tesadüf gibi kusursuzluk halleri kapsamında sayılmaktadır. Uygulamada çoğu zaman komplikasyonla tıbbi malpraktis birbirlerine karışmaktadır.

Hekimin tıbbi nitelikli muayene ve tedavi amaçlı işlemlerinde uyması gereken kuralları, öncelikle tıp bilimi (tıbbi propedötik) ve devamında tıp etiği (tıbbi deontoloji) belirlemektedir. Tıbbın sadece bir bilim dalı olmadığı, tıp sanatı olarak adlandırılan bir tür sanat dalı ve hekimin de bu sanatı icra

³¹ HAKERİ Hakan, Yüksek Sağlık Şûrasının Resmi Bilirkişilik Görevi Sona Erdi, <https://www.medimagazin.com.tr/authors/hakan-hakeri/tr-yuksek-saglik-srasinin-resmi-bilirkişilik-gorevi-sona-erdi-72-64-2592.html>, Erişim tarihi, 28.10.2019, Çevrimdışı

³² POLAT, ag.e., sh. 293-295

³³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz. BAYRAKTAR Köksal: “Hekimin Tedavi Nedeni ile Cezai Sorumluluğu”, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 768, 1972

³⁴ “Kaza zararlı sonuç doğuran dış olaydır ve aniden gelişir” Ayrıntılı bilgi için Bkz. EREN Fikret; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Fikret Eren)**, Yetkin Yayınevi, Ekim 2019

eden kişi olduğu insanlık tarihiyle birlikte dile getirilmektedir.³⁵ Hekim tıp biliminin gerektirdiği bilimsel pozitif değerlerle tedavi işlemlerini yapmalı, ama bu işlemlerde her zaman tıp etiğince kabul edilen ana değerlere uygun hareket etmelidir.³⁶ Hekim öncelikle hastasına zarar vermemeli (**primum non nocere**), hastasına yararı olmalı (**primum nihil nocere**) ve tıbbi işlem ve müdahalelerinde pek çok uluslararası sözleşme ve temel tıp normlarıyla da belirlenmiş olan kural ve kaidelere uygun hareket etmelidir.³⁷

Bu nedenle, tıbbi alandaki malpraktis, hekimin tedavisi sırasında sadece bilgi ve birikimiyle mesleğinde yeterli olup-olmaması ve yeterli dikkat ve özeni gösterme derecesinin yanı sıra, hekimin tıp sanatının genel kurallarına uyup-uymadığı ve hastasıyla ilişkilerinde önceliği hastasının menfaatlerine verip-vermediğiyle de ilgili bir değerlendirmedir. Son dönemlerde, pek çok bildirge, sözleşme, kanun ve yönetmeliklerle hekime getirilen aydınlatma yükümlülüğü vs. gibi konular artık hem hekim hem de hekimi istihdam eden hastane yönetimlerinin de en çok üzerinde titizlikle durmaları gereken konular arasında yer almaktadırlar.

Tıbbi müdahalenin³⁸ hukuki niteliği ve tıbbi müdahalede tedavi nitelikli işlemlerle adli nitelikli müdahale işlemler arasındaki farklar pek çok yazarca ele alınmış ve alınmaktadır.³⁹

Hekim ve hastane yönetiminin bu sorumlulukları, sadece ceza hukuku alanında değil özel hukukta tazminata ilişkin olan konularda da öncelikle kusurluluğun olup-olmadığının ve devamında tazmini sorumluluk doğup-doğmadığının belirlenmesi konularında önem taşımaktadırlar.

3. Hukukumuzda Hastanelerle İlgili Düzenlemeler

Ülkemizde tıpla ilgili temel kanun 1219 s. “*Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun*”⁴⁰ dur. Bu kanun, tıp sanatıyla ve hekimlikle ilgili temel konuları düzenlemekte ve hasta hekim ilişkisiyle muayene süreçlerine, tıp görevlilerinin görev ve sorumluluklarına dair temel düzenlemeleri içermektedir.

³⁵ KIZILARSLAN Hakan; “**Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma**”, Çetin Ofset, 2007, sh. 14

³⁶ POLAT Oğuz; “**Tıbbi Uygulama Hataları**”, Seçkin Yayınevi, Ankara-2005, sh.31 vd.

³⁷ Ayrıntılı bilgi için Bkz. UYGUR Atiye B., “Hekimin Kusurunun Değerlendirilmesi (*Evaluation Of Physician’s Defect*)”, **TBB Dergisi**, S. 144, 2019 Eylül-Ekim, sh. 355-381

³⁸ “**Tıbbi müdahale; kişinin bedensel, fiziksel, ruhsal yönden oluşan bir eksikliği gidermeye yönelik, teşhis, tedavi ve bakım süreçlerinden oluşan ve tıp bilimi kurallarına gere icra edilen her türlü uğraştır.**” KICALIOĞLU Mustafa, “**Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları**”, Adalet Yayınevi, Ankara-2011, sh.3, “**Tıbbi müdahale; insan üzerinde tıp biliminin uygulanması ile bağlantılı her türlü müdahale**” HAKERİ Hakan; “**Tıp Hukuku**”, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara-Kasım, 2013, sh.38

³⁹ Adli muayeneye ilgili ayrıntılı bilgilendirme için Bkz. KIZILARSLAN; a.g.e

⁴⁰ RG, 14.04.1928 Sayı 863

Bu temel yasanın yanında çok sayıda kanun ve diğer norm düzenlemeleri bulunmaktadır. 1987 tarihli 3359 s. “Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu”⁴¹ idari açıdan sağlık teşkilatının yapılanmasını içermektedir. Süreç içerisinde, bu kanunun pek çok hükmü kaldırılmış ve tadil edilmiş bulunmaktadır. Özel hastanelerle ilgili 2219 s. 24.05.1933 tarihli “Hususi Hastaneler Kanunu”⁴² özel hastanelerle ilgili temel kanun niteliğindedir. Aynı şekilde “Özel Hastaneler Tüzüğü”⁴³ de özel hastanelerin işleyişi ve hastalarla ilişkiler konusunda ayrıntılı düzenlemeler içermektedir.⁴⁴ Bunun yanında 5258 s. “Aile Hekimliği kanunu”, Adli Tıp Kanunu gibi yasal metinlerde temel hükümler içermektedir.

Sağlık hizmeti veren yataklı, yataksız sağlık kurum ve merkezleriyle ilgili olarak çok sayıda yönetmelik mevcut olmakla birlikte, konumuzla ilgili olarak iki önemli yasal metin bize yol gösterici olmaktadır. Bunlardan ilki; 1983 tarihli “Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği”,⁴⁵ diğeri ise 2002 tarihli “Özel Hastaneler Yönetmeliği”⁴⁶ dir. Bunlara ek olarak “Ayakta Tedavi Yönetmeliği” de sayılabilir. Yataklı tedavi kurumları yönetmeliği tüm yatarak tedavi görülen sağlık birimlerine ait temel düzenlemeleri içerirken, özel hastaneler yönetmeliği sadece gerçek kişilere veya özel hukuk tüzel kişilerine ait olan hastanelere ilişkin düzenlemeler içermektedir.

2219 s. “Hususi Hastaneler Kanunu”; “özel hastanelerin gerçek kişilerce veya özel hukuk tüzel kişilerin kurulabilmelerine izin veren” bir kanundur. Bu Kanunun 1. maddesinde; “Devletin resmi hastanelerinden ve hususi idarelerle belediye hastanelerinden başka, yatırılarak hasta tedavi etmek veya yeni hastalık geçirmişlerin zayıfları yeniden eski kuvvetlerini buluncaya kadar sıhhi şartlar içinde beslenmek ve doğum yardımlarında bulunmak için açılan ve açılacak olan sağlık yurtları “hususi hastaneler” den sayılır.” denilmek suretiyle özel hastaneler tanımlanmaktadır. Bunların dışında kalan ve aynı kanunun ikinci maddesinde belirtilen yerler bu kanun kapsamında sayılmamaktadır.

4. Özel Hastane Yönetimlerinin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu

4.1. Hukukumuzda özel hastanelerle ilgili düzenlemeler

Hukukumuzda, kamu hastaneleriyle özel hastaneler farklı hukuki yapılarda düzenlenmiş ve her iki kurumun da genel denetim ve gözetimleri T.C. Sağlık Bakanlığı’na verilmiştir. Devlet hastaneleri doğrudan devletin hiyerarşik

⁴¹ RG 15.05.1987 Sayı; 19461

⁴² RG 05/06/1933 Sayı: 2419

⁴³ RG 10.01.1983 Sayı; 17924

⁴⁴ Özel hastanelerin yasal gelişim için Bkz. KARAN GÖZPINAR Gülşah, “Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu”, Seçkin yayınevi, Nisan-2015sh. 29 vd.

⁴⁵ RG 13.01.1983, Sayı; 17927

⁴⁶ RG 27.03.2002, Sayı; 24708

kuralları çerçevesinde kendi iç düzen ve anlayışlarıyla yönetilmektedir. Önceden de belirttiğimiz ve ileriki bölümlerde de belirteceğimiz gibi; TCK ve “Kabahatler Kanunu” kapsamında kamu hukuku tüzel kişilerinin cezai sorumlulukları ve kamu tüzel kişilerine cezai yaptırım ve güvenlik tedbirleri uygulanması kabul edilmemektedir. Ancak bu, tazminat taleplerinde bulunulmasına engel değildir. Tazminat talepleri Devlet’e karşı açılmak zorundadır. Devlet’in de sorumlulara rücu hakkı vardır.

Özel hastaneler ise hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiler tarafından kurulabilmektedir.

4.2. Özel Hastanelerde Hukuki Sorumluluk;

“Hususi Hastaneler Kanunu” en önemli sorumluluk yükünü hastane mesul müdürleri için getirmektedir. 2219 s. Kanun 9. maddesiyle “her özel hastanenin bir *“mesul müdürü”* olması zorunluluğunu” getirmektedir. Mesul müdür, Türkiye’de hekimlik yapabilme vasfına sahip, 5 yıl hekimlik yapmış, sabıkasız ve yasaklı olmayan biri olmalıdır. Mesul müdür, özel hastanelerin tüm idari ve tıbbi işleyişinden sorumlu olan ve kamu otoritesi olan bakanlık ve uzantılarına karşı doğrudan kişisel ve kurumsal sorumluluk altında olan kişidir.

Mesul müdürün hukuki sorumluluğuyla ilgili olarak 2219 s. Kanun m. 23; *“hususî hastanelerin müdürleri her türlü mali ve idari işlerinden mes’ul ve hastaların fennî şekilde tedavi ve istirahatlerini temine mecburdurlar”* demektedir. Bu hüküm mesul müdüre idari ve mali işlerinin yanında bir hekim olarak da sorumluluklar getirmektedir.

Özel hukukta özel hastanelerle hasta arasındaki sözleşme hizmet sözleşmesi olarak kabul edilmekte, estetik amaçlı işlemler ise eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmektedir.⁴⁷

Mesul müdür aynı zamanda özel hukuk tüzel kişilerine ait özel hastanelerde fiili ehliyet ayağını oluşturan ve söz konusu hastane tüzel kişiliğinin temsilcisi konumunda da olan bir kişidir. Genel olarak medeni, idare ve ticaret hukuklarında, tüzel kişiliğin organlarını yönetim kurulu oluşturmaktadır. Eğer, mesul müdür aynı zamanda tüzel kişiliğin organı durumundaysa, yine mesul müdürlükten doğan sorumlulukları öne geçecektir. Genel hukuk anlayışı içinde, mesul müdür yönetim kurulu üyesi olmasa da hastane sahibi özel hukuk tüzel kişisinin aynı zamanda bir temsilcisi sıfatındadır.

⁴⁷ Özel hukuk yönünden hasta hakları ve hasta hekim ilişkilerinin niteliği için Bkz. KICALIOĞLU Mustafa, *“Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları”*, Adalet Yayınevi, Ankara-2011, YÜCEL Özge, *“Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kişiler Adına Alınan Tıbbi kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları”*, Seçkin Yayınları, Şubat-2018, Ankara, KARAN, a.g.e., sh. 37, EROL Gültezer HATIRNAZ, *“Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları”*, 3. Baskı, Seçkin yayınları, Ağustos-2013, Ankara, sh. 97 vd.

2219 s. Kanun'a göre, *"mesul müdürün sorumluluğu, tüzel kişi temsilcilerinin sorumluluklarından daha farklı ve daha öznel (tanımlanmış) bir sorumluluk niteliğindedir."* Mesul müdür, hastane faaliyetleri kapsamında, sadece bir yönetici olarak değil, aynı zamanda bir tıp mesleği mensubu hekim olarak da kendi yetki ve sorumluluk alanına giren konulardan sorumludur. Burada mesul müdürün sorumluluk alanı içinde tıbbi müdahalelerin işleyişiyle bağlantılı olarak ortaya çıkan taksir hallerinde sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Örneğin, hastanenin genel veya tıbbi cihazlarının bakım ve kalibrasyonları, sterilizasyonu konularında ihmal göstererek, kişilerin yaşam veya vücut bütünlüklerine zarar veren olan mesul müdür, sadece bir yönetici sıfatıyla değil şahsi olarak bir hekim sıfatıyla da sorumlu olacaktır.

Mesul müdürün sorumluluğunun hukuki temeli, hizmet nedeniyle sorumluluk ve şahsi sorumluluk esaslarıyla bir arada izah edilebilir. Bir hastane mesul müdürünün görevi dahilinde olup ihmal ettiği alanlarda oluşan zararlardan, hizmet nedeniyle sorumluluğu olduğu gibi, bir tıp mesleği mensubu kimliğiyle tıbbi işlemler sırasındaki işlem ve kararlarından da şahsen cezai sorumluluğu bulunmaktadır.

4.3. Mesul Müdürün Sorumluluğunun kapsamı ve buna ilişkin düzenleme;

Özel hastaneler kanununda "Dördüncü Fasl" da belirtilen 34, 36, 37, 38, 39, 40 ve 41. maddelerde mesul müdürleri için idari yaptırımlar ve ruhsat iptaline kadar varan tedbirler öngörülmüş, 42. maddede hastane işleticisi için idari para cezası, 42 ve 43. maddelerde de uzman hekimler için yaptırımlar düzenlenmiştir. Bu fasılda düzenlenen cezai hükümlerin genel olarak hastanelerin işleyişi ve hastalara yeterli bakımın gösterilmesiyle ilgili zorlayıcı hükümler niteliğinde oldukları, 42 ve 43. maddelerin özellikle uzman cerrah ve diğer hekimlerin tedavi sırasındaki kusurlarına ve özellikle ihmallerine yönelik önleyici amaçlı düzenlemeler niteliğinde oldukları görülmektedir. Özellikle 43. madde, ön incelemeleri yapmadan cerrahi ameliye icra eden hekimlere öncelikle idari para cezası verileceğini, eğer bu suretle ve bu nedenle cerrahi ameliye yapılan hastanın ölmesi durumunda icra eden tabip hakkında TCK'nun ilgili maddelerinin uygulanacağını belirtmektedir.

4.4. Hususi Hastaneler Kanununda Düzenlenen Cezai Hükümler;

2219 s Kanun, özel hastanelerle ilgili cezai hükümlerini düzenlerken, hem hastane mesul müdürünün, hem hastane işleticisi gerçek veya özel hukuk tüzel kişinin, hem de hastane çalışanı olup tıbbi müdahaleyi icra eden hekimin cezai sorumlulukları şeklinde üç ayrı yönde düzenleme yapmıştır. Aynı şekilde, özel hastanelerin tıbbi işlemlerle ilgili konularda sorumlulukları olduğu kadar, idari ve mali konulardaki sorumluluklarıyla ilgili de cezai hükümler getirilmiştir.

4.4.1. Sağlık Bakanlığı teftiş zorunluluğu;

2219 s. Kanun 34. maddesi; Sağlık Bakanlığı müfettişlerince aynı kanunun 33. maddesi gereğince fenni kayıtlar, malzeme, aletler, eşya ve binaların sıhhi şartları konusunda yapılacak teftişte belirlenecek eksiklikleri, yazıyla hastane mesul müdürüne ihtar etmesini emretmektedir.

4.4.2. “Hasta Kabulünün” yasaklanması;

2219 s. Kanun’un 36. maddesinde, yapılan denetimlerde;

- 22. madde gereği hastanenin tüm hususlarını altı ay mesul müdür bu kanuna ve diğer mevzuata uygun hale getirmemişlerse,
- 20 yataktan fazla kapasiteli hastanelerde 2219 s. Kanun’un 13. Maddesi gereği zorunlu olan hasta bakıcılar ve diğer işler için kullanılan adamlardan başka bir hasta bakıcı hemşire (doğum evleri için ebe) istihdam etmedilerse,
- Mesul müdür bir haftadan daha uzun süreyle iş yerini terketmişse veya işten ayrılması veya ölümü sonrasında bir ay içinde yerine yeni bir hastane mesul müdürü atanmamışsa,
- Hastane binalarında sıhhi ve fenni şartlarda önemli ölçüde eksiklikler olur veya hastaların tedavi ve dinlenmelerini etkileyecek ölçüde sıhhi ve fenni hizmetlerde noksanlıklar görülürse,
- Bu Kanun’un 16. maddesinde⁴⁸ belirtilen tıbbi cihazlar veya ameliyathaneler mevcut bulunmazsa

Özel hastanelerin hasta kabullerinin yasaklanmasına karar verilebilecektir. Bu hüküm özel hastanelerin ticari kazançla dayalı çalışma tempoları içinde önemli derecede caydırıcı bir hüküm niteliğindedir. 37. madde; bu yasağa rağmen hasta kabulüne devam ettiği belirlenen özel hastanelerin ruhsatlarının sağlık Bakanlığı tarafından geri alınacağını da belirtmektedir.

4.4.3. Özel hastane ruhsatının geri alınması;

2219 s. Kanun, 37. maddedeki hal dışında, bazı ağır ihlal hallerinde özel hastanelere verilen çalışma iznin tamamen iptal edileceğini de düzenlemektedir. Kanun’un 38. maddesinde belirtilen bu hallerin gerçekleşmesi durumunda, hastane ruhsatları geri alınarak mesul müdürlerin görevlerine son verilecektir.

⁴⁸ 2216 s. Kanun **Madde 16** – Her hususi hastanede yatak sayısına uygun şekilde seririyat laboratuvarı ve arıtma etüvü, verem sanatoryumlarında her türlü teşhis yapılacak kuvvette bir röntgen cihazı, cerrahi ve doğum ameliyelerini yapan hastanelerde muntazam ameliyathaneler bulunur. Bu tesisat bulunmayan hastaneler hasta alamazlar. Verem sanatoryumları, doğum evleri ve bulaşıcı hastalıklar kabul edenlerden başka hususi hastanelerde, yatak sayısı yirmi beşten noksan olduğu ve yakınında şehre ait temizleme istasyonu bulunduğu halde, arıtma etüvleri bulundurmamak mecburi değildir.

Bu haller 38. maddede;

- İki kez mesul müdüre yapılan ihtarla rağmen mesul müdürün görevini ihmal etmesi,
- Mesul müdürün (9. maddede belirtildiği şekilde) herhangi bir suçtan dolayı ağır hapse veya şeref ve haysiyeti bozan suçlar yüzünden hapse mahkum olması veya hastanelerin veya hastane nezahat ve şerefini bozan yasak işler yapılmasına göz yumması veya bu işleri bizzat kendisinin yapması,
- Sağlık sorunları ve nedenleri dışına mesul müdürün bir sene içinde iki kere izinsiz olarak birer haftadan veya bir defada on beş günden fazla hastaneyi terk etmesi

olarak belirtilmiştir.

Görüldüğü gibi, 2219 s. Kanun özel hastaneler konusunda mesul müdürün sürekli hastanede bulunması ve mesul müdürün niteliklerinin ya da belirtilen şartları taşıması zorunluluklarının ihlalini ruhsat iptaline varan şekilde bir cezai müeyyideyle yaptırım altına almaktadır.

Bu nedenlerle 38. madde gereği işten çıkarılan ve hastane ruhsatının iptaline neden olan mesul müdürün, başka bir özel hastanede mesul müdür, Devlet hastanelerinde hususi idare ve belediye hastanelerinde baştabip veya müdür olamayacağı da 39. maddeyle hüküm altına alınmıştır. Mesul müdürün görev yaptığı özel hastanenin ruhsatının iptaline sebebiyet verecek şekilde olan ağır ihmal veya 38. madde 2. bendinde belirtilen fiilleri, aynı zamanda kendisinin de özel veya kamu hastanelerinde benzer bir görev alamamasına neden olacak bir hukuki sonuç doğurmaktadır.

Özel hastanelerin ruhsatlarının geri alınması sonrasında, öncelikle hasta kabulünün yasaklanması sonrasında kabul edilen hastalar ve mevcut hastalar Sağlık Bakanlığı tarafından tespit edilecek, bu hastaların tedavileri tamamlandıktan sonra veya başka hastanelere nakilleri yapıldıktan sonra hastane fiilen kapatılacaktır. (Madde 40) Bu durumlar sonrasında da eğer bir mesul müdür hasta kabulüne devam ederse, 40. madde bu mesul müdür için bin Türk lirası (5728 s. Kanun 71. maddeyle değişik) idari para cezası tayin edileceğini düzenlemektedir.

Bu hükmün doğrudan mesul müdüre para cezası tayini şeklinde olması, hastane sahibi gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi hakkında herhangi bir ceza öngörülmemesi doğru olmamıştır kanaatindeyiz. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, 2219 s. Kanunun doğrudan mesul müdürlere ağır sorumluluk yükleyen hukuki yapısı, günümüzde artık hacim olarak çok genişlemiş ve mesul müdürlerin kontrol edemeyecekleri noktaya gelmiş özel hastaneler için mesul müdürler aleyhine ağır bir hukuki sorumluluk yaratmaktadır.

Aynı şekilde, ruhsat iptali veya hasta kabulünün yasaklanmasına rağmen, hasta kabulüne devam edilmesinin, en çok hastane sahibi veya işletmecisine yararına olduğu, mesul müdürün elde edilecek menfaatten çoğu kez çok az bir oranda yararlanmakta olduğu düşünüldüğünde, sadece mesul müdüre sorumluluk ve müeyyide öngörülüp, asıl menfaati elde eden hastane sahibi veya işletmecisinin sorumluluğunun bulunmaması, bizce hukuka aykırı bir düzenleme olmuştur.

4.4.4. İzin verilenden fazla hasta yatırma ve harice ilaç satma;

2219. s. Kanun 41. maddesi, izin verilenden daha fazla hasta yatıran veya dışarıya ilaç satan özel hastanelerin mesul müdürlerine iki bin Türk lirası (5728 s. Kanun 72. maddeyle değişik) idari para cezası öngörmüştür. Madde burada, ani bir arıza veya kaza neticesinde müracaat eden veya nakil olunan hastalar veya acilen (*müstacelen*) tıbbi veya cerrahi müdahaleye muhtaç hastalar için bu hükmün uygulanmayacağını belirtmektedir.

Bu maddede de yukarıda belirttiğimiz şekilde, sorumluluğun sadece mesul müdüre yükletilmesi kanaatimizce doğru değildir. Kanun müşterek-müteselsil sorumluluk öngörseydi daha doğru olurdu kanaatindeyiz.

4.4.5. Fazla ücret alma;

Hususi Hastaneler Kanunu, 26 ve 27. maddelerinde yatan hastalardan ücret alınması konularında hükümler getirmektedir.⁴⁹ Aynı şekilde 28. madde muayene Sağlık Bakanlığının ücret tarifesi düzenleyeceğini ve bu tarife göre ücret alınmasını, 29. madde de acil ameliyatlardaki yöntemleri belirtmektedir. Kanun'un 42. maddesi sadece yatan hastalarla ilgili olarak ve 26 ve 27. maddelerde belirtilen haller için, bu maddelere aykırı olarak ücret alan özel hastane işletenlerine on bin Türk lirası idari para cezası koymuştur. Bu madde hükmüne göre, aynı zamanda fazla alınan ücretler de işletmeciden alınarak ilgisine iade edilecektir.

Bu hükmün sadece 26 ve 27. maddeleri kapsamı ve fazla ücret alınan haller, özellikle 28. maddede belirtilen Sağlık Bakanlığı tarifeleri dışında ücret alınan haller veya acil muayene veya ameliyatlar için hastane işletenine idari

⁴⁹ 2219 s. Kanun; **Madde 26** – Hususi hastanelerde para ile yatan hastalardan sınıflarına göre alınacak gündelik ücrette; ikamet, iâşe ve hastalığın icaplarına göre yapılması lazım gelen bütün bakım ve hastanede yapılan basit laboratuvar muayeneleri ve 12 nci maddede yazılı hastanenin muvazzaf mütehasıs hekimleri ücretleri dahildir. Ancak cerrahi ameliyât ile hastanın istemesiyle dışarıdan çağrılacak hekimin muayene ve tedavi paralarıyla ilaç ve pansumanlarına sarf olunan malzeme ve röntgen muayenelerinin paraları hastalar tarafından ayrıca ödenir.

Fakat verem sanatoryumlarında röntgen muayenesi için hiçbir ücret alınmaz.

Madde 27 – Hususi hastanelerde mütehasıslar tarafından kullanılan ve mahsus kanunlarındaki vasıflarda bulunan röntgen ve sesiriyat laboratuvarlarında hastanede yatmayanlara ait muayeneler yapılabilir

para cezası öngörülmemesi bizce eksiklik olarak kalmıştır. Özel hastanelerce fazla ücretlerin genellikle ayakta tedavilerde alındığı ve alınmaması gerekmesine karşın acil muayene ve tedavilerden de para istenmekte olduğu sıkça dile getirilen ayrıcalıklardır.⁵⁰

4.4.6. Tedavi eden hekimlere ilişkin cezai hükümler;

2219 s. Kanun 43 ve 44. maddelerinde tedaviye katılan ve bizzat hastaya el atan hekimler için iki ayrı sorumluluk hali düzenlemiştir. Bu konuda taksirle ilgili anlatımlarımızda da belirttiğimiz şekilde, 43. madde yeterli tetkik ve tedavileri yapmadan cerrahi işlem yapan hekimlere

- Fiilleri suç oluşturmadığı takdirde beşbin Türk lirası idari para cezası verilmesine,
- Bu fiilleri nedeniyle hasta ölür ve hastanın ölümünün ameliyattan önce yapılması gereken tetkik ve tedavilerin yapılmamasından kaynaklandığı anlaşılırsa TCK ilgili maddelerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

Kanun, bu kanunun 29. maddesinde belirtilen acil hallerde bu hükümlerin uygulanmayacağını belirtmektedir. 29. madde acil durumlarda tetkik ve laboratuvar incelemelerinin nasıl yapılacağıyla ve ertelenmesi sebepleriyle ilgili olarak Sağlık Bakanlığı'nın çıkaracağı yönetmeliğe atıf yaparak, sorumluluk halinin bu yönetmeliğin hükümlerine göre belirleneceğini belirtmektedir.

44. madde (Değişik: 23/1/2008-5728/75 md.) ise; *“tedavisini üstlendiği hastaları yerine vekil bırakmadan izinsiz olarak ve kendi arzularıyla terk ederek tedavisiz kalmalarına sebep olan uzman hekimler için ikibin Türk Lirası idarî para cezası verileceğini, eğer bu suretle tedavisiz bırakılmak neticesi olarak hasta kişinin hastalığının ağırlaşması veya ölmesi halinde sorumlu uzman hekim hakkında Türk Ceza Kanununun ilgili maddeleri tatbik olunacağını”* hüküm altına almaktadır.

2219 s. Kanun'un 43 ve 44. maddelerindeki her iki hüküm de özel hastaneler kanununda, işletmeci ve mesul müdür dışında yer alan ve doğrudan hastaya el uzatan hekimler için belirlenmiş cezai yaptırımlardır.

5. Hastane Sahibi ve İşleticisi Gerçek ve Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin Cezai Sorumlulukları;

Başlangıçta da kısmen değinildiği gibi, hukukumuzda tüzel kişilerin fiil ehliyetleri olmadığı kabul edildiğinden, ceza hukuku anlamında sorumlulukları olmadığı TCK. madde 20' de açıkça belirtilmektedir. Tüzel kişilerin soyut nitelikte kişilikleri olduğu ve organ ve temsilcileri eliyle hukuki ve fiili ehliyete

⁵⁰ <https://www.haberturk.com/saglik/haber/922817-acilde-para-isterlerse-bu-numarayi-arayin>, <https://www.sozcu.com.tr/2018/gundem/ozel-hastanelerde-acil-servis-oyunlari-2234592/>, <https://www.sikayetvar.com/medical-park-hastanesi/acil/muayene-ucreti>

sahip olabildikleri kabul edilmekte, tüzel kişiler bünyesinde işlenen suçlarda tüzel kişilerin doğrudan cezai sorumluluk sahibi olamayacakları, suça karışan organ veya temsilcilerinin ceza muhakemesinin sùjeleri olabilecekleri kabul edilmekte, aynı maddenin ikinci fıkrasında ise tüzel kişilere TCK m. 60. da öngörülen güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceğı belirtilmektedir.

Konumuzla ilgili açısından önemli olan husus ise, TCK'da güvenlik tedbiri uygulanabilecek tüzel kişilerin sadece özel hukuk tüzel kişileri olabileceğı ve yalnızca kastı suçlarda bu tedbirlerin uygulanabilmesi kuralıdır. TCK m. 60 *"sadece kasıtlı suçlarda tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerinin özel hukuk tüzel kişilerine uygulanabileceğı"* şeklinde bir düzenleme içermektedir.

Bu noktada, taksir anlamında olan tıbbi malpraktis konularında, özel hastane sahibi olan özel hukuk tüzel kişilerine TCK m. 60 kapsamında tüzel kişilere özgü güvenlik tedbiri uygulanması mümkün değildir. TCK. da kamu tüzel kişilerinin ceza sorumlulukları kabul edilmediğı için zaten kamuya ait hastaneler nedeniyle bu tedbirlerin uygulanması olanaksızdır. Her iki halde de mağdur tarafın yönetime ve hastane sahibi gerçek, kamu hukuku tüzel kişisi ve özel hukuk tüzel kişilerine ve ayrıca tıbbi müdahaleyi yapan kusurlu hekime karşı borçlar hukuku kapsamında tazminat talepli dava açma hakkı bulunmaktadır.⁵¹

Bu aşamada ileride oluşacak tazminat kararlarının infazı noktasında, hastane sahibi özel hukuk tüzel kişisinin malvarlığının muhafazası özel hukuk alanında kalmakla birlikte, bu noktada ve bu amaçla ceza muhakemesi araçlarının da kullanılabilirliğinin tartışılması da bir başka konu başlığı olmalıdır.

- Eğer, özel hastane bir gerçek kişiye aitse, bu durumda, özel hastane sahibi gerçek kişinin taksir oluşturan eylemle ilgili olarak herhangi bir kusurunun bulunup-bulunmadığının saptanması gerekmektedir. Burada aranması gereken kusur, mesul müdürün sorumluluğı kapsamı dışında olan ve işletmeci sıfatıyla oluşan kusur olmalıdır.
- Özel hastane sahibi kişi, aynı zamanda suçlamaya konu oluşturan tıbbi işlemi yapmış bir hekim de olabilir. Bu halde hekim olarak taksirinin belirlenmesi öne çıkacak ve hastane sahibi kimliğinin önüne geçecektir. Eğer olayda aynı zamanda hastane sahibi olarak da sorumluluğına ilişkin kusur halleri mevcutsa, bu kusurluluk halleri de taksirin derecesini belirlerken göz önüne alınmalıdır.
- Tıbbi müdahaleyi yapan hekim aynı zamanda hastane mesul müdürü de olabilir. Bu halde de yukarıdaki fıkrada belirttiğimiz kurallara göre

⁵¹ YILMAZ Yasemin, "Özel Hastane İşleticisinin Hastaneye kabul Sözleşmesi Çerçevesinde Yürütülen Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluğı", Onikilevha Yayınları, İstanbul-Eylül-2019, sh. 39 vd.

hareket edilmeli, kusurun belirlenmesinde öncelikle tıbbi müdahale-den sorumlu bir hekim olarak sorumluluğu belirlenip, mesul müdür de olmasının getirdiği sorumluluk halleri oluşmuşsa bunlarda taksirin de-recesini belirlemede dikkate alınmalıdır.

Her ne kadar kasıtlı işlenen suçlara ilişkin olsalar ve konumuzla teorik olarak birebir örtüşen yanları tam olmasa da, tüzel kişilerin cezai sorumluluklarını belirleme konularındaki gelişmelerle paralel olarak, son dönemde uluslararası hukukta özel hukuk tüzel kişisi ticari şirketlerin, küresel suçlarda ceza sorumluluklarını belirlemek amacıyla konuşulmakta olan ve özellikle terör ve uluslararası suçlarda BM “Güvenlik Konseyince” alınan malvarlıklarının dondurulması kararlarının alınmasında dikkate alınmaya başlayan bir anlayış gelişmektedir.⁵²

Üzerine düşen denetim ve gözetim yükümlülüğünü yeterli şekilde ifa etmeyerek, organ ve temsilcilerinin suç işlemelerine olanak tanıyan özel hukuk tüzel kişileri için “*Avrupa Birliği’nde Suç Gelirlerinin Dondurulması ve Müsaderesi Konulu Avrupa Konseyi ve Parlamentosu Direktifi*”nin 5. maddesinde kabul edilmiş bulunan “mahkumiyete dayalı olmayan müsadere (*Non Conviction-Based Confiscation in Europe (NCBC)*” hallerinin⁵³ ve benzeri bir şekliyle, hekim üzerinde yeterli denetim oluşturmeyen ve hastane şartlarını yeterli hale getirmemesi nedeniyle, tıbbi müdahale öncesi, sırası ve sonrasında zarara ve komplikasyonlara veya sair kusurluluk hallerine sebep olan hastane yönetimlerinin de dolaylı faillik olarak da adlandırılabilir⁵⁴ olaylarda taksir noktasında sorumluluk yükletilebilmesinin olanaklı olup-olamayacağı, hekime tıbbi müdahalelerde hangi oranda risk alma izni verildiği ve hastane yönetiminin bu konudaki belirleyiciliğinin niteliği ve sorumluluk doğurup-doğurmadığı⁵⁵ konularının tartışmaya açılmasında fayda bulunmaktadır.⁵⁶

⁵² KIZILARSLAN Hakan; “Tüzel Kişi Hastane Yönetimlerinin Tıbbi Müdahalelerde Ceza Sorumluluğu”, Bedensel Zararlardan Dolayı Hukuki Sorumluluk Uluslararası Kongresi 1-2 Kasım 2019 (*International Congress on Liability of Physical Damages November, 1-2 2019*, Tebliğ sunum tarihi 02.10.2019, Bu paragraf ve devamı Tebliğden birebir naklen

⁵³ Ayrıntılı bilgi için Bkz.; RUI Peter Jon, SIEBER Ulrich, Bringing the Picture Together- Chapter 10, NCBC in Europe” **“Non Conviction-Based Confiscation in Europe, Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction-**, Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht Strafrechtliche Forschungsberichte, Herausgegeben von Ulrich Sieber, Duncker & Humblot, Berlin, 2015

⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için Bkz. ÖNOK R. Murat, “**Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hakimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri**”, Seçkin yayınevi, Mart-2019

⁵⁵ Benzer yaklaşım ar için Bkz. ÜNVER Yener, “Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk”, Beta Yayınevi, İstanbul-1998, sh. sh.168 vd., Ayrıca denetim eksikliğinden doğan sorumluluk halleri için Bkz. ÖNOK R. Murat, “Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hakimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri”, Seçkin yayınevi, Mart-2019

⁵⁶ Ayrıntılı tartışmalar için Bkz. “**AKİT DIŞI KUSURSUZ SORUMLULUKTA BEDENSEL ZARARLAR (Uluslararası Kongre)** Editörler; Sema UÇAKHAN GÜLEÇ, Necdet BASA), Ankara- 2018

Halen, büyük çoğunluğu özel şirketlere ait ve özel ticari şirketlerce yönetilen özel hastanelerin, daha fazla para kazanabilmek amacıyla bir takım tıbbi zorunlulukları yerine getirmekten kaçınarak tıbbi müdahalelerde hastaların zarar görmesine neden oldukları olaylarda, -yukarıda kısaca aktardığımız hukuki yapı içinde- isnadın taksirli suçu kapsıyor olması nedeniyle, TCK m. 60'ta belirtilen güvenlik tedbirlerine muhatap olamayacakları açıktır. 2219 s. Kanun 34-43. maddeleri arasında getirilen idari para cezaları ve ruhsatın iptali yaptırımları bir yere kadar caydırıcı sayılsa da bu hükümler daha çok mesul müdür gerçek kişi üzerinde etkili olması ve tüzel kişiliğin tamamına etkili olmaması nedeniyle asıl yönetici olan tüzel kişiliğin organları ve devamında mal sahibi paydaşları üzerinde etkisi bulunmadığı açıktır. Bu maddelerde yer alan para cezası miktarları zaten caydırıcılık taşımayacak miktarlardadır. Günümüzde tazminat davalarını ne denli yavaş işlediği ve sorunu çözmekte uzak ve caydırıcılığı olmayan bir yol olduğu da bellidir.

Bu nedenlerle, özellikle büyük ölçekli özel hastaneler zinciri işletmekte olan küresel ticari şirketlerin, tıbbi malpraktis hallerinde de cezai yaptırımlar noktasında sorumluluklarını getiren yasal düzenlemeler yapılması konularında tartışma başlığı açılarak bu yönde harekete edilmesinde fayda bulunmaktadır. Özellikle uluslararası sözleşmelerle tanınan hasta haklarına aykırı hareket ettiği belirlenen küresel ölçekli hastane sahibi ticari şirketlerin bu noktada mercek altına alınması doğru olacaktır.

SONUÇ

Tıbbi müdahalede kusuru bulunan hekimler ve tıp personeliyle ilgili olarak, TCK kapsamındaki taksirin derecesiyle ve neticesiyle orantılı işlem ve anlatımlar çalışma konumuzun dışında olduğundan, çalışmamızda bu konulara ayrıntılı şekilde yer verilmemiştir.

Hukukumuzda, hastane yönetimlerinin tıbbi müdahaleden doğan kusurluluk hallerinde sorumlulukları daha çok tazminat talepleriyle muhataplık noktasında kalmaktadır. Ceza hukukumuzda tüzel kişilerin ceza sorumlulukları kabul edilmediği gibi, TCK m. 60'ta öngörülen güvenlik tedbirleri, sadece özel hukuk tüzel kişilerinin organ veya temsilcilerinin tüzel kişi lehine kanunda gösterilen kasti suçlara karışmış olmaları halinde söz konusudur. Ceza muhakemesi hukukunda, CMK 128 ve 133. maddelerde söz konusu olan söz konusu olan elkoyma, kayyım atanması gibi koruma tedbirleri de aynı şekilde sadece bu hallerde söz konusu olabilmektedir. Kamuya ait hastanelerle ilgili olarak zaten hukukumuzda devlete karşı tazminat dışında tanımlanmış bir ceza veya idari yaptırım bulunmamaktadır.

Özel hastanelerle ilgili kanunlar ve yönetmeliklerde, *“mesul müdür”* ve *“mesul müdürün sorumlulukları”* ön plana çıkmakta, aslen mesul müdür, hastane yönetimi sırasında, kanun ve yönetmelikte belirtilen durumlarda idari

yaptırımlarla muhatap olmakta, hastane işletmecisinin de bir iki durumda sorumlulukları kabul edilmektedir. Özel hastanelerle ilgili en kuvvetli idari yaptırımlar *“ruhsatın geçici veya kalıcı olarak iptali ve hastane faaliyetinin durdurulması”* olarak karşımıza çıkmaktadır.

Mesul müdürün tıbbi müdahalelerde oluşan kusurluluk hallerinde şahsi olarak tıbbi müdahaleye el attığı ve karıştığı haller dışında ceza sorumluluğu kanunda yer almamaktadır. Ancak, hastane yönetimindeki bir takım tıbbi hatalar veya genel hasta hekim ilişkilerinin doğru yürümemesi, hastane sterilizasyonuna riayet edilmemesi, kabul ve sevk işlemlerinde ihmal gösterilmesi gibi sebeplerle ölüm veya vücutsal zararların oluşması hallerinin de tıbbi kusur kabul edilerek hastane yönetiminin bu eylemleri nedeniyle de taksiri olup-olmadığı ve derecesi araştırılmalıdır.

Günümüzde özel hastaneler genellikle ticari şirketler ve vakıfların sahibi oldukları devasa ticari işletmeler niteliğini almışlardır. Tıp biliminin gelişimi ve uzmanlık alanlarının artmasıyla beraber, tıpta kullanılan tedavi ve tetkik amaçlı cihazların çeşidi artmış, nitelikleri karmaşıklaşmıştır. Tetkik ve tedavi amaçlı her cihazın kalibrasyonu, statifikasyonu ve sürekli bakımlarının yapılarak güncel tutulmaları zorunlulukları vardır.

Aynı şekilde hasta ve yatak sayıları artmış, uygulanan tedavilerdeki risk alıcı tedavi yöntemleri çoğalmış, hastanelerin sterilizasyonu her gün ortaya çıkan yeni bir virüs veya mikrobik yapı nedeniyle daha da önemli hale gelmiştir. Hastaneler sadece tıbbi işlem yapan değil aynı zamanda konaklama hizmeti veren yerler de olduğundan, özellikle özel hastanelerde hasta ve yakınlarının konaklamalarında çok ayrıntılı sorun ve çabalar gündeme gelmiştir. Mesul müdürlerin tüm bu karmaşık yapı içinde tek başlarına sistemi kontrol edebilmeleri mümkün gözükmemektedir. Zaten bunu böyle olmaması da gereklidir.

Mesul müdürlere, 2219 s. Kanun, Tüzük ve Yönetmelikle getirilen fazla sorumluluğun mesul müdürlerin eğitimleri ve tek başlıklarıyla çözülmesi zor olmaktadır. Özellikle, özel hastanelerin idari ve mali işleri konusunda sorumluluğun, hastane sahibi ve işletmecilerine dağıtılması, hastane yönetimlerindeki uzman yöneticilerin de sistemde sorumluluk almalarının sağlanması gerekmektedir. Günümüzde diğer gelişmiş ülkelerde, özel hastanelerin idari işleri için ayrı bir yönetici tayin edilmekte, tıbbi işlemlerle ilgili ise hekim nitelikli bir yönetici atanmaktadır.

Özel hukuk tüzel kişilerine son dönemlerde uluslararası ceza hukukunda kasti suçlarda getirilen, “yeterli denetim ve gözetim sorumluluğunu yerine getirmeyerek organ veya temsilcilerinin tüzel kişilik bünyesinde işledikleri suçlardan dolayı tüzel kişilik olarak cezai sorumluluk yüklenebilmesi” halinin taksirli suçlarda da söz konusu olup-olamayacağının tartışılmasında yarar görmekteyiz.

Çünkü; tıbbi müdahalelerde hekimin taksiri ve bu taksirinin derecesi üzerinde çok tartışılan ve artık genel hatları belirlenmişse de hastane yönetimlerinin gerek hastane sahibinin özel kişi olması ve gerekse özel hukuk tüzel kişisi olması halinde hizmetten soğan sorumlulukları konusu tam olarak bilinmemekte ve bu konuda yasal yaptırımlarda yeterlilik bulunmamaktadır. Özellikle yönetimin ihmali veya ekonomik nedenlerle risk alarak bir takım tıp biliminin gereklerini yerine getirmemesi, hekim hasta ilişkilerinde kanunlar ve uluslararası metinlerdeki yükümlülöklere aykırı etmesi hallerinde, hekim kadar kusurlu olacağı, bu konuda hizmet nedeniyle kusursuz sorumluluk gibi özel hukuk kavramının ceza hukuku temel ilkelerine aykırı olmayan bir şekilde bu alana özgü olmak üzere kabul edilmesinde fayda olduğu kanaatindeyiz.

Ticari kaygılarla temel yaşam hakkını ve sağlık haklarını hiçe sayan küresel ticari şirketlerin sadece tek başlarına çalıştırdıkları hekimlerin sorumlu tutulmalarıyla taksirlerinden sorumsuz bırakılmaları doğru değildir. Elbette ki gerçek kişilere uygulanan fiili yaptırımların muhatabı olamasalar da idari para cezaları artırılmak ve TCK m. 60'ta belirtilen "iznin iptali" gibi güvenlik tedbirlerine de hükmedilebilmesinin sağlanması doğru olacaktır. Bu noktada hastane sahibi ticari şirketin kusurluluğunun "bilinçli taksirle olası kast arasında kalan noktaya gelmiş olması" şartını aramak ceza hukuku sistematığıne de aykırılık oluşturmayacaktır.

Hukukumuzda, mesul müdüre verilen sorumluluklar ne kadar çok olsa da ileri ki aşamalarda, bir tazminat talebi noktasında, mesul müdürün şahsi yeterliliğıyle birtakım zararların karşılanamayacağı açıktır. Aynı şekilde mesul müdürle ilgili yetkilerle sorumluluk arasında bir oran mevcut görölmemektedir. Özel hukuk tüzel kişisinin yönetim kurulunun takdiriyle atanan ve bütün varlığı ticari şirket yönetiminin takdirinde olan mesul müdürün, bir takım yönetsel taleplere karşı koyamaması ve ticari nitelikli taleplerde yönetimin güdümüne girmesi ve bunun tıbbi gerekliliklerle çatışması doğaldır. Zaten uygulamada bu tür yapılara sıkça rastlanmaktadır. Bu gerçeklikle bir arada düşünöldüğünde, ticari şirket tüzel kişilerine ait hastanelerde, tüzel kişi organ veya temsilcilerinin de sebep oldukları kusura dayalı zararlardan sorumlulukları söz konusu olmalı, bu sorumluluk özel hukuk tüzel kişisine de teşmil edilebilir bir hukuki yapı oluşturulmalıdır.

KAYNAKÇA;

- **“2. Yargıtay-Adli Tıp Sempozyumu, Yaralama Suçlarının Adli-Tıbbi Açısından Değerlendirilmesi, 10-11 Şubat 2005 Ankara”, Adli Tıp Kurumu Yayınları, No 14, Ankara-2005**
- **“AKİT DIŞI KUSURSUZ SORUMLULUKTA BEDENSEL ZARARLAR (Uluslararası Kongre) Editörler; Sema UÇAKHAN GÜLEÇ, Necdet BASA), Ankara- 2018**
- APAYDIN Cengiz, **“Ceza Hukukunda Kusurluluk”,** Seçkin yayınevi, Temmuz-2018
- BAYRAKTAR Köksal: **“Hekimin Tedavi Nedeni ile Cezai Sorumluluğu”,** İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 768, 1972
- CENTEL Nur; ZAFER Hamide, ÇAKMUT Özlem; **“Türk Ceza Hukukuna Giriş”,** 5237 s. TCK ile ilgili mevzuata göre yenilenmiş ve gözden geçirilmiş Altıncı bası, Ekim 2010
- DEMİRBAŞ Timur; **“Ceza Hukuku Genel Hükümler”,** 13. Baskı Seçkin Yayınevi, Eylül-2018
- DÜZGÜN Nuri, ELMACI Şerafettin, **“5237 s. Türk Ceza Kanunu’na Göre Olası kast- Bilinçli Taksir ve Taksirle İşlenen Suçlar”,** Adalet yayınevi, Ankara-2007
- DÖNMEZER Sulhi– ERMAN Sahir, BAYRAKTAR Köksal, KİZİROĞLU Serap Keskin, ZAFER Hamide, SINAR Hasan, ÖNOK R. Murat, ERMAN Barış; **“Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt I Giriş-Tarihçe-Kaynaklar-TCK’ nun Uygulaması”,** DER Yayınları, 14. Baskı İstanbul.
- DÖNMEZER Sulhi– ERMAN Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, II. Cilt,** sh. Fakülteler Matbaası, 9. Baskı İstanbul.
- EREN Fikret; **“Borçlar Hukuku Genel Hükümler”,** Yetkin Yayınevi, Ekim 2019
- EROL Gültezer HATIRNAZ, **“Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları”,** 3. Baskı, Seçkin yayınları, Ağustos-2013, Ankara
- HAFIZOĞULLARI Zeki- ÖZEN Muharrem; **“Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”,** 4. Baskı, Eylül-2011, U-S-A- Yayıncılık
- HAKERİ Hakan; **“Tıp Hukuku”,** 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara-Kasım, 2013

- HAKERİ Hakan, “**Yüksek Sağlık Şûrasının Resmi Bilirkişilik Görevi Sona Erdi**”, <https://www.medimagazin.com.tr/authors/hakan-hakeri/tr-yuksek-saglik-srasinin-resmi-bilirkişilik-gorevi-sona-erdi-72-64-2592.html>, Erişim tarihi, 28.10.2019, Çevrimdışı
- HEINRICH Bernd; “**Ceza Hukuku Genel Kısım I**” (Editör Yener ÜNVER), Adalet yayınevi, Mart, 2014
- HEINRICH Bernd; “**Ceza Hukuku Genel Kısım II**” (Editör Yener ÜNVER), Adalet yayınevi, Ankara-2015
- İÇEL Kayıhan; DONAY Süheyl: “**Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku- Genel Kısım**”, İstanbul, Beta Yayınevi, Mayıs-1987
- JESCHECK Hans-Heinrich-SIEBER Ulrich, “**Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş- Ceza Hukukunun Sınırları**”, (Tercüme Eden; Feridun YENİSEY), Beta Yayınevi, İstanbul-2007
- KARAN GÖZPINAR Gülşah, “**Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu**”, Seçkin yayınevi, Nisan-2015
- KAYMAZ Seydi, GÖKCAN Hasan Tahsin, “**5237 s. Türk Ceza Kanunu’nda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları**”, Seçkin Yayınevi, Ankara-2006
- KICALIOĞLU Mustafa, “**Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları**”, Adalet Yayınevi, Ankara-2011
- KIZILARSLAN Hakan; “**Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma**”, Çetin Ofset, 2007
- KIZILARSLAN Hakan, “**Türk Ceza Hukukunda Tüzel Kişilere Uygulanacak Koruma ve Güvenlik Tedbirleri**”, Seçkin Yayınevi, Ocak-2020
- KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan; “**Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**” Seçkin Yayınevi, Gözden geçirilmiş ve güncellenmiş 4. Baskı, Ankara-2011
- MERAKLI Serkan, “**Ceza Hukukunda Kusur**”, Seçkin Yayınevi, Ankara-Ekim-2017
- ÖNDER Ayhan; “**Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II**”, Beta yayınevi, 1. Bası Eylül-1989
- ÖNOK R. Murat, “**Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hakimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri**”, Seçkin yayınevi, Mart-2019
- ÖZBEK Ö. Veli, KAMBUR M. Nihat, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, TEPE İlker; “**Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**”, Seçkin Yayınevi, 6. Baskı, Eylül-2015

- ÖZGENÇ İzzet; **“Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”**, Seçkin yayınevi, Gözden geçirilmiş ve güncellenmiş 11. Bası, Eylül-2015
- ÖZKAN Hasan, AKYILDIZ Sunay (ÖNER), **“Açıklamalı İçtihatlı Hasta Hekim Hakları ve Davaları”**, Seçkin yayınevi, Ankara-2008
- ÖZTÜRK Bahri; ERDEM M. Ruhan; **“Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku”** TCK değişikliklerine göre yenilenmiş 15. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara -Ekim-2015
- ÖZTÜRK Bahri; ERDEM M. Ruhan; **“Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku”** TCK değişikliklerine göre yenilenmiş 18. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara -Eylül-2018
- SAVAŞ Halide, **“Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları- Tıbbi Malpraktis-Tıbbi Davaların Seyri ve Sonuçları”**, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara-2011
- POLAT Oğuz; **“Tıbbi Uygulama Hataları”**, Seçkin Yayınevi, Ankara-2005
- RUI Peter Jon, SIEBER Ulrich, Bringing the Picture Together- Chapter 10, NCBC in Europe” **“Non Conviction-Based Confiscation in Europe, Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction-”**, Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht Strafrechtliche Forschungsberichte, Herausgegeben von Ulrich Sieber, Duncker & Humblot, Berlin, 2015
- SOYASLAN Doğan; **“Ceza Hukuku Genel Hükümler”**, Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara-2012
- **“Tıp ve Ceza Hukuku”**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi-2, (Proje Yöneticisi; Kayıhan İÇEL, Yayına Hazırlayan Yener ÜNVER), Seçkin Yayınevi, Ankara-2004
- **“Tıp ve Sağlık Hukuku”**, Hakan HAKERİ’ye Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi-14, (Editör; Yener ÜNVER), Seçkin Yayınevi, Ankara-Mart, 2014
- UYGUR Atiye B., **“Hekimin Kusurunun Değerlendirilmesi (Evaluation Of Physician’s Defect)”**, **TBB Dergisi**, S. 144, 2019 Eylül-Ekim, sh. 355-381
- ÜNVER Yener, **“Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk”**, Beta Yayınevi, İstanbul-1998
- YILMAZ Yasemin, **“Özel Hastane İşleticisinin Hastaneye kabul Sözleşmesi Çerçevesinde Yürütülen Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluğu”**, Onikilevha Yayınları, İstanbul-Eylül-2019

- YÜCEL Özge, “**Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kişiler Adına Alınan Tıbbi kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları**”, Seçkin Yayınları, Şubat-2018, Ankara
- www.tdk.gov.tr, Erişim tarihi, 06.11.2019
- <https://www.medimagazin.com.tr/authors/hakan-hakeri/tr-yuksek-saglik-srasinin-resmi-bilirkisilik-gorevi-sona-erdi-72-64-2592.html>, Erişim tarihi, 28.10.2019, Çevrimdışı
- <https://www.mevzuat.gov.tr/Kanunlar.aspx>, Erişim tarihi, 22.10.2019
- <https://www.haberturk.com/saglik/haber/922817-acilde-para-isterlerse-bu-numarayi-arayin>
- <https://www.sozcu.com.tr/2018/gundem/ozel-hastanelerde-acil-servis-oyunlari-2234592/>
- <https://www.sikayetvar.com/medical-park-hastanesi/acil/muayene-ureti>

HUKUK FAKÜLTELERİNDE ÖĞRETİM SÜRECİNİN YENİDEN YAPILANDIRILMASI VE BİR DERS PROGRAMI ÖNERİSİ

Reconstruction of Education Process in Law Schools and a Curriculum Proposal

Prof. Dr. Adil ATASOY* - Dr. Öğr. Üyesi Püren AKÇAY**

Dr. Öğr. Üyesi Emre KIYAK***

Geliş Tarihi: 25.05.2019 Kabul Tarihi: 28.01.2020

ÖZET

Ülkemizin birçok alanda olduğu gibi hukuk öğretimi alanında da önemli atılımların beklendiği bir süreç içindeyiz. Hukuk öğretimi sürecine ilişkin düzenleme ve uygulamalar, kademeli olarak yürürlüğe gireceği açıklanan “Yargı Reformu Paketi” kapsamında yeniden gözden geçirmeyi gerektiren bir zorunluluk haline gelmiş bulunmaktadır. Günden güne sayıca artan hukuk fakülteleri ve bu fakültelerde artmaya devam eden kontenjanlar, kaliteli bir hukuk öğretimi sunmak, özellikle yeterli bir ölçme ve değerlendirme sistemi oluşturmak ve meslekte uzmanlaşmak noktalarında yetersiz kalmaktadır. Günümüz dünyasında hukuki meseleler karmaşık ve disiplinler arası bir mahiyete bürünmüş bulunmaktadır. Birçok alanda olduğu gibi hukuk alanında da uzmanlaşma sürecinin lisans öğretiminden başlatılması zorunlu hale gelmiş bulunmaktadır. Hukuk öğretimine yönelik sorunlarımızın önemli bir kısmının bilimsel ve mesleki çalışmalarla ortaya konmaya çalışıldığını memnuniyetle görüyor ve çözüm önerilerinin büyük ölçüde ortaya konulduğunu gözlemliyoruz.

ABSTRACT

We are in a process in which our country is prone to important breakthroughs in the field of legal education as in many areas. Regulations and implementations related to the process of law teaching have become a necessity that needs to be revised within the scope of the “Judicial Reform Package” which has been announced to come into force gradually. The increasing number of faculties of law and the quota that continues to increase in these faculties remains incapable of providing a high quality legal education, especially building an efficient assessment and evaluation system and providing professional specialization. The legal issues of today's world have a complex and interdisciplinary nature. It is obligatory to start the professionalization process in the field of law beginning from undergraduate education as in many other fields. We are pleased to see that a significant portion of our problems related to law teaching have been tried to be put forward through scientific and professional studies and we observe that the solution proposals have been put forward to a great extent.

* İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: omeratasoy@aydin.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-8203-050X.

** İstanbul Aydın Üniversitesi Eğitim Fakültesi, Eğitim Denetimi ve Yönetimi Anabilim Dalı, e-posta: purenakcay@aydin.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-0087-7561.

*** Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: emre.kiyak@erdogan.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-9795-8642.

Bu çalışmada başlıca şu konular ele alınmaya çalışılmıştır: 1- Öğrencileri hukuk öğretimine hazırlamada ilköğretim ve orta-öğretimin önemi. 2- Üniversite lisans programlarına öğrenci seçme ve yerleştirme sisteminde hukuk fakültelerinin durumu ve yeri. 3- Teori ve uygulamada dile getirilen çözüm önerileri dikkate alınarak hukuk fakültelerinde öğretim faaliyetini daha üst seviyeye taşımak amacıyla, uzmanlaşmaya öncelik tanıyan örnek bir müfredatın nasıl oluşturulabileceği. 4- Hâkimlik, savcılık, avukatlık, noterlik gibi hukuk meslekleri açısından ön plana çıkan bazı sorunlar ve bu sorunlara yönelik çözüm önerileri.

Anahtar Kelimeler: Hukuk eğitimi, hukukta uzmanlaşma, hukuk mesleklerine giriş sınavı, idari yargı ön sınavı

In this study, the following main issues were tried to be addressed: 1- The importance of primary and secondary education in preparing students for law teaching. 2- The status and place of law faculties in the system of student selection and placement for undergraduate programs. 3- How to build a model curriculum that gives priority to specialization in order to improve teaching activities in law faculties by taking into consideration the solution proposals expressed in theory and practice. 4- Some problems that come into prominence for judges, prosecutors, lawyers, and notaries and solutions for these problems.

Keywords: Legal education, specialising in law, entrance exam to legal professions, pre-exam of administrative justice

GİRİŞ

Hukukçu kimdir? Hangi özelliklere sahip olmalıdır? Hukukçu nasıl yetişmelidir? Sorularının cevabı her zaman ve her yerde önemli olmuştur. Hukukçu, kanunları uygulama ve adaleti sağlama mesleğinin önemini kavramış; olayları hukukçu olmanın temeli olan adalet, hakkaniyet, eşitlik, insan haklarına saygı gibi değerler açısından yorumlayabilme becerisi kazanmış, evrensel insani değerleri benimsemiş, bilgi edinmeye ve kendini geliştirmeye açık; belirli bir düzeyde bilgi birikimi, araştırma yapabilme kabiliyeti ve kendine özgüveni olan; vicdani sorumluluk, bağımsızlık, tarafsızlık gibi kavramları özümsemiş; hayatı, dünyayı ve içinde bulunduğu toplumu tanıyan, iradesi kuvvetli, başı dik, yanlışlık karşısında eğilmeyen onurlu, aydın bir kişi olarak tanımlanabilir¹.

“Hukukçu” için yapılabilecek böyle bir nitelendirme; diğer bir deyişle, hukukçu olma amacına yönelik bir tanımlama; sadece teknik kanun bilgileri ile donatılmaya yönelik bir süreci ifade etmemektedir². Hukukçu kişiliğinin, hukuk fakültesi lisans öğretiminden çok önce, küçük yaşlarda başladığını kabul etmek gerekir. Bu nedenle iyi bir hukuk öğretiminden bahsedebilmek için, öncelikle iyi bir aile içi eğitimden, nitelikli bir ilk ve orta eğitim sürecinden geçmek gerekir. İyi hukukçulara sahip olmak, sadece teoriyi ve mevzuatı çok iyi bilen hukukçulara sahip olmak anlamına gelmeyip aynı zamanda değer yargıları gelişmiş, medeni, olgun, dürüst, toplumda saygınlığı yüksek, ahlaklı, devlet adabını, meslek etiğini bilen ve şahsında yaşayan fertlere sahip olmak anlamına da gelmektedir.

Hukukçuluk mesleğinin gerektirdiği ahlaki düzeye ulaşmanın ne derece önemli olduğunu anlatmak, bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Ancak şunu vurgulamak gerekir ki, ahlaki kazanım sadece müfredata konulacak derslerle sağlanamaz. Toplumun geleceği konumundaki gençlerin içinde bulundukları

¹ Bu hususta küreselleşmenin beraberinde getirdiği yeni ihtiyaçları da göz ardı etmemek gerekir. Gerçekten klasik eğitimden geçerek *mahkeme hukukçusu* olup alternatif uyumsuzluk çözüm yöntemlerinden –özellikle müzakere tekniklerinden- bihaber olmak, sadece uluslararası çapta değil, iç uyumsuzlukların çözümünde dahi yabancı hukukçuların istihdam edilmesini gerekli kılabilmektedir. Bir misal olarak *Bursa Ray Davası* için bkz. Gözler, Kemal, “Küreselleşme Sürecinde Türkiye’de Hukuk Eğitimi”, *Legal Hukuk Dergisi*, 6(69), 2008, ss. 3021-3030, s. 3022 vd. Ayrıca Bkz. Atasoy, Ömer Adil, “İmam-ı Azam Ebu Hanife Hazretlerinin Çağdaş Hukuk Eğitimi ve Bilimine Katkıları”, *Devirleri Aydınlatan Meş’ale İmam-ı Azam Ebu Hanife, Ulusal Sempozyumu Tebliğler Kitabı*, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi, 28-30 Nisan 2015, (Hazırlayanlar: Ahmet KARTAL; Hilmi ÖZDEN), Eskişehir, s. 117 vd. Son olarak hâkimlik mesleği bağlamında bir hukukçunun taşıması gerektiği vasıflar için ayrıca bkz. Mecelle –i Ahkâm-ı Adliyye, Kitab-ül Kazâ, hâkimin vasıflarına ilişkin madde 1792 vd. (Sancak, Yusuf/ Kıyak, Emre, “Günümüz Türkçesiyle Mecelle’nin On Altıncı Kitabı: Kitâbü’l Kazâ”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 22 (2), 2014, ss. 45-105, s. 55 vd).

² Bkz. Atar, Yavuz, “Adalet Bilinci ve Hukuk Eğitimi”, *Adalet Şûrası (10 – 11 Ocak 2018)*, T.C. Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayın No: 58, Ankara 2018, s. 184.

ortamın, nelere önem verdiği, diğer deyişle öncelikleri ve değer algısı geleceğimizin de öncelik sıralamasının değişmesinde etkili olacaktır.

Lisans düzeyindeki hukuk öğretimi konusunda, öncelikle şu soruları kendimize sormamız gerektiği düşüncesindeyiz: Sorunlarımızı ve nasıl çözüme kavuşturacağımızı net ve açık olarak biliyor muyuz? Asıl önemlisi, var olan sorunları çözmek için ne kadar gönüllüüz?

Bu çalışma, hukuk öğretimine yönelik sorunlarımızın önemli bir kısmının farkında olduğumuz ve çözüm önerilerinin de büyük ölçüde ortaya çıktığını³ gösteren tespitlerimiz doğrultusunda kaleme alınmıştır. Çalışmada, çeşitli akademik ortamlarda ortaya konulan çözüm önerilerinin, hukuk fakülteleri için yeni bir ders programı yapılandırması çerçevesinde daha da somutlaştırılması amaçlanmaktadır.

Çalışmamızda ilk olarak, öğrencileri hukuk öğrenimine hazırlamada ilköğretim ve ortaöğretimin önemi ve öğrenci seçme ve yerleştirme sisteminde hukuk fakültelerinin durumu üzerinde durulacaktır. Daha sonra hukuk fakültelerinin mevcut durumu ve hukuk öğretiminde yapılması gerekenler ortaya konulmaya çalışılacaktır. Çalışmamız kapsamında, hukuk fakültelerinde dört yıllık lisans öğrenimi için yeni bir ders programı yapılandırması ve önerisi sunulacak, son olarak da bazı hukuk meslekleri; hâkimlik, savcılık, avukatlık, noterlik açısından ön plana çıkan sorunlar ve bu sorunlara yönelik çözüm önerilerimiz ortaya konulmaya çalışılacaktır.

³ Gerçekten gerek ülkemizde hukuk öğretiminin tarihsel süreçteki değişimi gerek şu andaki durumunun yabancı ülkelerdeki hukuk öğretimi ile karşılaştırılmasına yönelik hatırı sayılır bir literatüre sahip olduğumuzu söylemek çok yanlış olmayacaktır. Sadece birkaç misal: Yüksel, Mehmet, “Bilim Felsefesi ve Sosyal Teori Bağlamında Hukuk Öğretimine Bakmak” *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(2), 2013, ss. 1-13; Can, Ozan, “Hukuk Eğitiminde Farklı Bir Yaklaşım: Bir Banka Hukuku Dersinin Ardından”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012/101, ss. 407-424; Kaplan, İbrahim, “Türk ve İsviçre Hukuk Fakültelerinde Hukuk Öğretimi, Ders Programları ve Sınav Sistemleri” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2018/139, ss. 347-400; Bozkurt, Kutluhan/Türe, Murat, “Avusturya ve İsviçre Sistemlerinde Hukuk Eğitimi” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2011/93, ss. 82-107; Songur, Haluk, “Fıkıh Usulü Dersinin Kaldırılması Bağlamında Darülfünundan Cumhuriyete Hukuk Müfredatı Üzerine”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(1), 2013, ss. 1-28; Koyuncu, Nuray, “Hukuk Mektebinin Doğuşu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16 (3), 2012 ss. 163-183; Çakılcı, Diren, “Bir Hukuk Mektebi: Medresetü'l-Kuzât”, *Mediterranean Journal of Humanities*, 3(1), 2013, ss. 89-110; Uyumaz, Alper/Erdoğan, Kemal, “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Hukuk Eğitimi ve Hukuk Kliniği”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 64 (2), 2015, ss. 459-505, s. 488 vd; Karasu, Rauf, “Türkiye ve Almanya’da Hukuk Eğitimi – Diplomaların Denkliği”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20(1), 2016, ss. 3-26; Oğuz, Arzu, “Hukuk Eğitimindeki Son Gelişmeler ve Karşılaştırmalı Hukukun Hukuk Eğitimindeki Rolü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 52(4), 2003, ss. 1-40; Uyumaz/Erdoğan, “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Hukuk Eğitimi ve Hukuk Kliniği”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 64 (2), 2015, ss. 459-505; Özen, Muharrem, “Adalet Bilinci ve Hukuk Eğitimi”, *Adalet Şûrası (10 – 11 Ocak 2018)*, T.C. Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayın No: 58, Ankara 2018, s. 191 vd; Atar, s. 184 vd.

I. HUKUK EĞİTİMİ AÇISINDAN İLK VE ORTAÖĞRETİMİN ÖNEMİ

Ülkemizde mesleğe hazırlayıcı hukuk öğretimi, “Hukuk Fakültelerinde” ve sadece lisans düzeyinde verildiğinden, ilk ve ortaöğretimde öğrencilere sunulan eğitim ve öğretim hizmetlerinin kalitesi son derece önem arz etmektedir.

Vurgulamak gerekir ki, Milli Eğitim Bakanlığı’nın teknolojik gelişmeleri eğitim öğretim ortamına yansıtmak noktasındaki çabaları göz ardı edilemez⁴. Ders programı açısından temel kaynak niteliğindeki ders kitaplarının öğrencilerin sorgulayıcı bakış açısını destekleyecek bir formata bürünmesiyle⁵ düşünmeyi ve çözüm üretmeyi destekleyen eğitim anlayışına bir nebze yaklaşıldığını söylemek mümkündür. Bu anlayışı tamamlayıcı olarak, ortaöğretimden mezun olma aşamasına gelen öğrencilere, seçecekleri meslekleri gerçek anlamda tanıyabilmelerini kolaylaştıracak seçimlik derslere ve seminerlere ağırlık verilmeli, tarih, sosyoloji, psikoloji, felsefe gibi derslerin⁶ birer ezber dersi olmak yerine, sorgulayıcı ve araştırmacı bakış açısını destekleyecek şekilde yapılandırılmalıdır⁷. Ders programının öğrencilerin ilgi alanlarını derinleştirebilecekleri bir yapıya kavuşturulacağının altı yetkililer tarafından da çizilmiştir⁸. Böylelikle öğrenciler, erken dönemde ilgi alanlarına odaklanabilecek ve bu şekilde ileri dönemlerde meslek tercihlerine yönelik tereddütleri azalacaktır.

Her ne kadar, ilk ve ortaöğretim düzeyinde okutulan ders kitapları geçmişe nazaran daha modern, sorgulayıcı ve araştırmacı bakış açısını desteklemeye elverişli ise de, bu düzeylerde okutulan ders kitapları meselesi Milli Eğitim Bakanlığının temel meselelerinden biri olarak kabul edilip konuya geniş

⁴ Bu noktada bkz. T.C. Milli Eğitim Bakanlığı Fatih Projesi hakkında bkz. <http://fatihprojesi.meb.gov.tr/proje-hakkinda/> (ET: 08.03.2019).

⁵ T.C. Milli Eğitim Bakanlığı Eğitim Bilişim Ağı’nda (EBA) sunulan ders kitaplarından misal olarak bkz. Ortaöğretim 11. Sınıf Tarih Ders Kitabı (<http://www.eba.gov.tr/ekitap?icerik-id=6374> / ET: 20.10.2019) ve Ortaöğretim Fen Lisesi 10. Sınıf Matematik Ders Kitabı (<http://www.eba.gov.tr/ekitap?icerik-id=69249> / ET: 20.10.2019).

⁶ Fikrimizce ilk ve ortaöğretim düzeyinde okutulan “hukuk ve adalet” gibi seçimlik derslerden verim elde edilebilmesi için, söz konusu derslerin içeriklerinin o düzeydeki bir öğrencinin anlama kapasitesine uygun şekilde yapılandırılması, öğrencilerin sadece ezberlemekle yetineceği soyut bilgilerden ibaret bırakılmaması isabetli olacaktır. Özellikle, ilköğretim düzeyinde öğrencilerin hukuk ve adaletin ne olduğu, ne olması gerektiği, bunların farklı boyutları hakkındaki algılarının kuvvetlendirilmesi amacıyla tarihi olaylardan da yararlanılmasının faydalı olabileceği kanısındayız. Ortaöğretim düzeyinde ise, öğrencilerin, sahip oldukları hak ve yükümlülükler ile dostane uyumsuzluk çözüm yöntemlerine yönelik farkındalık düzeylerinin artırılması yoluna gidilebilir. Bu noktada bkz. Ünlütepe, Mustafa, “Temel ve Ortaöğretim Kurumlarında Hukuk Eğitimi Üzerine”, *Legal Hukuk Dergisi*, 14 (161), 2016, ss. 2393-2407, s. 2399 vd; Alıcı, Adil Halid/Van, Nurettin, “Ortaokullarda Okutulan ‘Hukuk ve Adalet’ Dersinin Öğrenciler Üzerinde Hukuka Yönelik Duyuşsal Eğilimler Algısına Etkisi”, *Journal of Europe - Middle East Social Science Studies*, 2(1), 2016, ss. 107-131.

⁷ Ayrıca bkz. Atar, s. 187.

⁸ Bkz. <https://www.yenisafak.com/gundem/bakan-selcuk-ders-sayisi-azaltilacak-3432159> (ET: 24.03.2019)

içerikli “ders kitabı oluşturma projeleri” çerçevesinde ders kitaplarının, çeşitli uzmanlık alanlarındaki akademisyenler tarafından, akademik birer eser olarak kaleme alınması gerekmektedir. Diğer deyişle, ortaöğretim düzeyinde her ders kitabı, tıpkı üniversitede okutulan ders kitapları gibi öğrenciyi araştırma yapmaya teşvik edecek şekilde, akademik yazım kurallarına uygun, konuları en son bilimsel gelişmeler ışığında sistematik bir şekilde inceleyen, yönlendirici ve derinleştirici bir kaynakçaya sahip olmalıdır.

Özetle, lise eğitimi, yerleştirme sınavlarında başarılı olmaya odaklanan bir eğitim modelini değil, gerçek anlamda bilgiyi özümseme ve muhakeme yapmak suretiyle bunu kullanabilme becerilerini kazanmaya odaklanan bir eğitim modeline sahip olmalıdır⁹.

II. ÖĞRENCİ SEÇME VE YERLEŞTİRME SİSTEMİ VE HUKUK FAKÜLTELERİ

Formatı yıllar içinde değişen Yükseköğretim Kurumları Sınavı’nın (eski adlarıyla ÖSS, ÖSYS, LYS, YGS) şu andaki yapısına göre, hukuk fakültelerine “Eşit Ağırlık” (EA) puan türünden yerleştirme yapılmakta ve vakıf üniversiteleri de dâhil olmak üzere bu puan türünde başarı sırasının ilk 125.000’in içinde olması gerekmektedir¹⁰. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Vakıf Yükseköğretim Kurumları Senato kararı ile söz konusu başarı sırasına ilişkin daha üstte bir başarı düzeyi belirleyebilmektedir¹¹. YKS, iki kademeli bir sınav sistemi öngörmekte olup ilk aşama olan “Temel Yeterlilik Testi” (TYT) ile ikinci aşama olan “Alan Yeterlilik Testi”nden “Türk Dili ve Edebiyatı - Sosyal Bilimler -1 Testi” ile “Matematik Testi”nde alınan puanlar, EA puan türünün hesaplanmasında dikkate alınmaktadır¹². Önceki uygulamalarda, hukuk fakültelerinde sözel yeteneği daha yoğun şekilde ölçen sözel puan türünden yerleştirme yapılmakla birlikte daha sonra bu hususta değişikliğe gidilerek öğrencilerin sözel bilgi ve becerilerinin yanı sıra matematik ve sayısal derslerdeki bilgi ve becerileri de hukuk fakültelerine yerleştirilmelerinde önem arz eder hale gelmiştir. Gerçekten hukuk eğitiminin sadece yalın bilgiden ibaret olmayıp

⁹ “...Lise öğrencileri, üniversite sınavını kazanmak için okulda, dershanede ve evde günde belli sayıda test sorusu çözmeye odaklanmaktadır. Test sınavında başarılı olan öğrenciler hukuk fakültesine girmektedir. Ortaöğretimde sürekli test çözen öğrenciler hukuk fakültesine başladıklarında tamamen farklı bir öğrenim modeliyle karşı karşıya kalmaktadır. Bugüne kadar hiç kullanmadığı ve dolayısıyla geliştiremediği muhakeme yeteneğini kullanması kendisinden istenmekte ve hukuki bir sorunu çözmesi beklenmektedir. Bu nedenle liselerin eşit ağırlık bölümlerinin son sınıfına mantık, sosyoloji, psikoloji, edebiyat ve hukuk tarihi gibi dersler konulmalı ve bu derslerin sınavı klasik şekilde yapılmalıdır. Uzun vadede de üniversiteye giriş sınavının da aynı şekilde sadece klasik olması gerekir...” (Karasu, s. 23-24).

¹⁰ <https://www.yok.gov.tr/Sayfalar/Haberler/2019/yok-universiteye-giriste-basari-sirasi-citasini-yukseltti.aspx> (ET: 20.10.2019).

¹¹ 2019 Yükseköğretim Kurumları Sınavı (YKS) Kılavuzu, ÖSYM, s. 49. https://dokuman.osym.gov.tr/pdfdokuman/2019/YKS/kilavuz_11022019 (ET: 19.02.2019). Bundan sonra YKS Kılavuzu olarak anılacaktır.

¹² Bkz. YKS Kılavuzu, s. 46-47.

bu alanda başarıya ulaşmak için muhakeme yeteneğinin ön plana çıktığı göz önüne alındığında, hukuk fakültelerine yerleştirme yapılmasında matematik becerisine bir ölçüde ağırlık kazandırılması isabetli bir uygulama olmuştur.

Orta öğretim sistemimizde özel bir eğitim - öğretim alanı olarak yer alan “Sosyal Bilimler Liselerinin” hukuk öğrenimi bakımından özel durumlarının dikkate alınması ve hukuk fakültelerine girişte, diğer meslek liselerine göre farklı bir uygulamaya yol açmayacak ise, makul bir “ek puan” verilerek teşvik edilmesi, bu liselerin eğitim öğretim programlarında okutulan dersler, elde edilen kazanımlar, mezun öğrencilerden beklenen yöneliş ve amaçlara uygun olacaktır.

III. HUKUK FAKÜLTELERİNİN MEVCUT DURUMU VE HUKUK ÖĞRETİMİ

Hukuk fakültelerinin mevcut durumu ve hukuk öğretimine ilişkin yapılması gereken hususlara değinmeden önce, hukuk öğretiminin temel amaçlarının neler olduğunun ortaya konmasında yarar vardır.

A. Hukuk Öğretiminin Temel Amaçları

Genel olarak hukuk öğretiminin, yeterli bilgiye sahip, hukuk kurallarını en isabetli şekilde yorumlayıp olaylara uygulayabilen, konuyla ilgili sahip olduğu yeterli bilgisiyse muhakeme yapabilen, adalet fikri, eşitlik ilkesi ve hakkaniyet çerçevesinde toplum huzurunu ve kişilerin mutluluğu sağlayacak şekilde, somut uyumsuzluk ve hukuki olayları çözümleyebilen, sorgulayan, araştıran, yeniliklere açık olup kendisini güncelleyen, kendi kişisel ya da hukuki görüşünü ve buna bağlı olarak ifa ettiği görevi herhangi bir şekilde etkileyecek bir baskı ya da düşüncenin tesiri altında kalmayan, hakşinas; her durumda adalet düşüncesine bağlı, mesleğini ve ülkesini seven, mesleki onurunu her zaman kişisel çıkarlarından üstün tutan fertler yetiştirmeyi amaçladığını söylemek mümkündür¹³. Tüm bu amaçların başarımı için, şu andaki sistemin birçok açıdan gözden geçirilmesi ve yenilenmeye tabi tutulması gerektiği açıktır. Aşağıda bu konudaki bazı sorunlar ve getirilen çözüm önerileri irdelenmeye çalışılacaktır.

B. Hukuk Fakültesi Öğrenci Kontenjanları ile Öğretim Üyesi Sayılarındaki Orantısızlık

Ülkemizde hukuk öğretiminin en ön plandaki sorunlarında biri, hukuk fakültelerinde öğrenciler için ayrılan kontenjanlar karşısında öğretim üye sayısının yetersiz kalmasıdır¹⁴. Köklü bir geçmişe sahip İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi gibi, akademik kadrosu öğrenci sayısını karşılayabilecek düzeyde olan fakültelerde tek bir derse ait konular dahi o alanda uzman hocalar arasında paylaştırılarak her bir konu uzman kişiler tarafından

¹³ Aydın, Oğuz Gökhan, “Gelenekten Geleceğe Türkiye’de Hukuk Eğitimi”, *TAAD*, 6(21), Nisan 2015, ss. 621-657, s.624; Özen, s. 190. Ayrıca bkz. yuk. dn. 1 cv.

¹⁴ Bkz. Atar, s. 186; Özen, s. 195; Uyumaz/Erdoğan, s. 496; Karasu, s. 21; Gözler, s. 3024.

aktarılabılırken, özellikle yeni kurulan bazı hukuk fakültelerinde akademik kadronun yetersiz olması sebebiyle, bazı dersler o alanda uzman olmayan akademisyenler tarafından okutulabilmekte, hatta bazen, çaresizlik nedeniyle ders bir öğretim üyesi adına açılmakla birlikte, fiilen dersi yürütenler araştırma görevlileri olabilmektedir. Yine bazı fakültelerde dışarıdan yarı zamanlı öğretim üyesi istihdamına gidilmekte, bu durum, fakülterle mali bir yük getirmenin yanı sıra, derslerin iki haftada bir, hatta bazen ayda bir kez topluca işlenmesi gibi verimliliği tartışılabilir yöntemlerin uygulanmasına mecbur bırakabilmektedir.

Hukuk fakültelerinde öğretim elemanı sayısı başına düşen öğrenci sayısının gün geçtikçe artması sebebiyle, öğretim elemanları ne akademik çalışmalarına ne de danışmanlıklarını yaptıkları öğrencilerin sorunlarına vakit ayırabilmektedir. Öğrenci sayısındaki bu artış, büyük amfilerde takrir yoluyla kitle eğitiminin yapıldığı üniversiteler bakımından, başarının ve derse katılımın azalmasına yol açmakta ve anlaşılmayan noktaların kişiselleştirilmesini zorlaştırmaktadır. Bu durum ayrıca, farklı öğrenme düzeyindeki öğrenciler tarafından yeterince geri bildirim alınamamasına ve alınan geri bildirimlerin de sağlıklı olmamasına, başarının ölçümünde de sorunların yaşanmasına sebep olabilmektedir¹⁵.

Gerçekten, gerek öğretim üyesi gerek öğretim üyesi yardımcısı noktalarında akademik personel sayısının birçok hukuk fakültesinde, öğrenim gören öğrenci sayısını karşılayamayacak düzeyde az olması, hiç arzu edilmemesine rağmen öğretim üyelerini çoktan seçmeli test sınavı yapmaya mecbur bırakmakta, bu şekilde yapılan bir ölçüm ise bir hukuk öğrencisi için oldukça önemli olan, bilgisini somut olaya uygulayabilme ile görüşlerini ifade edebilme kabiliyetini ölçme noktalarında yetersiz kalabilmektedir.

C. Uzmanlaşmaya Yönlendiren Bir Ders Programına Duyulan İhtiyaç

Hukuk fakülteleri, öğrencilerin kanunları ve yürürlükteki mevzuatı ezberlediği yerler değildir¹⁶. İyi bir hukukçu, elbette mevzuata hâkim olmalıdır. Ancak, yıllardır mesleğini icra eden bir hukukçudan dahi mevzuatı tamamen bilmesi beklenemez. Hukuk fakültesinde önemli olan, öğrencinin, işlenen konu ile ilgili temel kuralları ve hususları sadece öğrenmiş değil, özümsemiş olması; özellikle ihtiyaç duyacağı doğru ve ayrıntılı bilgiye nereden ulaşabileceğini, bu bilgiyi nasıl kullanabileceğini kavramış olmasıdır. Kısaca hukuk öğretimi hangi bilginin nerede olduğuna ve nasıl ulaşılacağına yönelik araştırma

¹⁵ Özen, s. 193-194.

¹⁶ Atar, s. 187; Uşan, M. Fatih, "Adalet (Hukuk) Eğitiminde Yeni Yaklaşımlar (Klasik Metottan Ayrılma Gerekliliği)", *Adalet Şûrası (10 – 11 Ocak 2018)*, T.C. Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayın No: 58, Ankara 2018, s. 203.

yapma becerilerinin kazandırılmasına odaklanan bir öğretim olmalıdır¹⁷. Bu doğrultuda öğrencilere, fakültenin ilk yıllarından itibaren “sosyal bilimlerde akademik düzeyde araştırma yapma” becerisini kazandırmaya yönelik bir derse yer verilmelidir¹⁸. Yine, “temel insan hakları” ve “hukuk felsefesi” gibi dersler, birkaç döneme sığdırılarak değil, öğrencinin fakülte öğrenimi boyunca edindiği bilgi düzeyiyle paralel şekilde her yıl, ayrıntıya inilerek, genişletilerek teorik ve uygulama düzeyinde verilmelidir¹⁹. Aynı şekilde, matematik ve mantık gibi hukuk fakültesi öğrencilerinin muhakeme becerilerini artıracak derslere de ders programının ilk döneminde yer verilmelidir²⁰.

Hukuk fakültesi öğretim sürecinin yeniden yapılandırılması ile ilgili dile getirilmesi gereken bir diğer husus, ders programının, belirli alanlarda, gerçek anlamda uzmanlaşmayı sağlayacak şekilde yapılandırılması gerektiğidir²¹. Bu doğrultuda, seçmeli dersler, kolayca geçmek amacıyla seçilen dersler olmaktan çıkarılmalı, fakülte öğretiminin ilk üç yılı, tüm öğrencilerin bilmesi gereken temel hukuk öğretimine ayrılmalıdır²². Kültürel faaliyet niteliğindeki seçmeli dersler ile yabancı dil öğrenimi fakülte içi öğretimi süreci dışına çıkarılmalı²³, son yılda ise öğrencilerin belirli alanlarda²⁴ uzmanlaşması sağlanarak mezun

¹⁷ Ayrıca bkz. Özen, s. 197; Karasu, s. 21; Gözler, s. 3025.

¹⁸ Bkz. Karasu, s. 22; Gözler, s. 3029.

¹⁹ Atasoy, Ömer Adil, “Hukuk Fakültelerinin Yeniden Yapılandırılması”, *Yenişafak Gazetesi*, 11 Şubat 2016 tarihli köşe yazısından (<https://www.yenisafak.com/hayat/hukuk-fakultelerinin-yenidendizayni-2077696> (ET: 28.02.2019)). Ayrıca bkz. Özen, s. 194; Karasu, s. 22.

²⁰ Özen, s. 199-200. Ayrıca bkz. 3028.

²¹ Özen, s. 199; Atasoy, “Hukuk Fakültelerinin Yeniden Dizaynı”, *Yenişafak Gazetesi* (11.03.2019). Karş. Uyumaz/Erdoğan, s. 499.

²² Karş. Oğuz, s. 26 vd. Aşağıda önerilen sistemden farklı olarak, yazar, temel eğitimin içeriğinin Roma hukuku, genel hukuk tarihi, tarih, felsefe, ahlak felsefesi, doğal hukuk, sosyoloji, psikoloji, iktisat bilimi, muhasebe, yabancı dil, yabancı hukuk dili, hukukun temellerine giriş ile ileriki sınıflarda okutulmak üzere karşılaştırmalı hukuk, Avrupa hukuku, uluslararası hukuk, hukukun genel teorisi, hukuk felsefesi ve milletlerarası özel hukuk derslerini vermektedir. *Fikrimizce*, hukuk felsefesi, hukukun genel teorisi gibi dersler, ilk yıldan başlayarak mezun olana dek “meslek etiği” başlığı altında kesintisiz bir şekilde detaylandırılarak okutulmalıdır. Bununla birlikte Roma hukukunun içeriğine, her bir derste gerektiği ölçüde girilebilmesi mümkündür. Bu nedenle önerilen sistemde zorunlu ders olarak ayrıca bir Roma hukuku dersine yer verilmemiştir. Roma hukuku dersinin seçimlik ders olarak özel hukuk programlarında yer alması uygun görülmektedir. Türk Hukuk Tarihi dersinin içeriği de Roma hukuku konularını kapsamamaktadır.

²³ Yani öğrencilerin bu alanlardaki kazanımları fakülte dışında, kurs, bireysel çalışma gibi faaliyetlerle sağlanmalıdır. Karş. Gözler, s. 3026.

²⁴ Aşağıda önerilen modül ders örnekleri dışında, uzmanlaşmaya yönelik dersler açısından ayrıca bkz. “...Hakimlik, Savcılık, Yüksek Mahkemelerde Raportörlük, Avukatlık, Ulusal ve Uluslar arası Hukuk Hakemliği, Hukuku Müşavirliği, Danışmanlık, Bilirkişilik, Girişimcilik; Kamuda, Yerel Yönetimlerde ve Özel Sektörde Yöneticilik; Denetçilik Kaymakamlık, Adli Kolluk Memurluğu, Adli Kolluk Amirliği, Emniyet Müdürlüğü, Noterlik, Dış İşleri Memurluğu, Diplomati Hukuk Fakültelerinde 2. sınıftan itibaren alınacak zorunlu ve seçmeli derslerin

olan öğrencilere lisans düzeyinde hukuk fakültesi diploması verilmelidir²⁵.

Yeterli altyapı, öğretim üyesi sayısında yeterlilik ve çeşitlilik sağlandıktan sonra, bir sonraki aşamada, hukuk fakültelerinde öğretim sürecinin beş yıla yayılmasının²⁶ ve son iki yılın uzmanlaşma eğitimine ayrılmasının yararlı olacağını düşünmekle birlikte şimdiki durumda beş yıllık öğretime geçmenin birçok problemi de beraberinde getireceği ve beklenen faydayı sağlamaktan uzak kalacağı fikrindeyiz. Beş yıllık bir ders programı yapılandırmasında, öğrencilere, yüksek lisans düzeyinde diploma verilmesini sağlayacak ders, beceri ve kriterlere ayrıca yer verilebilir²⁷.

Vurgulamak gerekir ki, Adalet Bakanlığı'nın hazırlamış olduğu 2019 yılına ait Yargı Reformu Stratejisi metninde (Strateji-2019) hukuk fakültelerinde öğretim sürecinin beş yıla yayılmasına yönelik bir hedef öngörülmemiş olmakla birlikte, Yargı Reformu Strateji paketine ilişkin Sayın Cumhurbaşkanının yapmış olduğu açıklamalar arasında hukuk fakültelerindeki öğretim sürecinin gelecekte beş yıla çıkarılmasına yönelik bir hedefin mevcut olduğu görülmektedir²⁸.

Hukuk fakültesi ders müfredatı öyle bir şekilde yapılandırılmalıdır ki, öğrenciler bir önceki yıl işlemiş oldukları konulardan kopmamalı, başarılı olabilmek için sürekli bu konulara ilişkin bilgilerini tazelemek durumunda olmalıdır. Bu nedenle son yılda, “özel hukuk uygulamaları”, “kamu hukuku uygulamaları” adı altındaki derslerle, ilk üç yılda kazanılan teorik bilginin pratik çalışmalar ve klinik uygulamalar²⁹ ile özümsemesi desteklenmelidir.

yukarda belirtilen mesleki yöneliş ve uzmanlık alanlarına göre yapılandırılması uygun olacaktır. Her bir öğrencinin, birinci ve isteyenler için ikinci mesleki tercih alanları ile ilgili zorunlu ve seçmeli ders gruplarından oluşacak dersleri alarak eğitim programını tamamlamaları sağlanmalıdır...” (Atasoy, “Hukuk Fakültelerinin YenidenYapılandırılması”, Yenişafak Gazetesi (11.03.2019)).

²⁵ Karş. “...Hukuk fakültelerinde öğrencilerin belli bir alan ya da alanlarda uzmanlaşmasını sağlayacak şekilde seçimlik dersleri belirleme imkânı sağlanmalı ve seçimlik derslerin belli bir alandan seçen öğrenciye diplomasına ek olarak ilgili alanın sertifikası da verilmelidir. Böylece öğrencilerin fakülte aşamasında belli bir konuda uzmanlaşması sağlanmış olur. Ayrıca üniversite giriş sınavında hukuk fakültesini tercih eden öğrenciler, hangi hukuk fakültesinin hangi alanlarda daha iyi olduğunu, hangi alanlarda uzmanlık sertifikası verdiğini bilerek tercih yapmış olacaktır...” (Karasu, s. 24).

²⁶ Oğuz, s. 26. Lisans düzeyinde hukuk eğitiminin altı yıl olması gerektiğine yönelik ayrıca bkz. Uyumaz/Erdoğan, s. 495.

²⁷ Bu noktada da Karasu'nun şu cümlelerine yer vermek isabetli olacaktır: “...Lisansüstü eğitim yetkisi Enstitülerden alınarak fakültelere verilmelidir. Böylelikle lisansüstü eğitim hem daha sağlıklı yapılabilecek, hem enstitülerden kaynaklanan bürokratik işlemler son bulacaktır. Ayrıca Yükseköğretim Kurulu'nun yüksek lisans ve doktora eğitiminin niteliğini artırmak amacıyla 21.01.2015 tarihinde ‘Lisansüstü Eğitim-Öğretim Programı Açılması ve Yürütülmesine Dair İlkeler’ adı altında aldığı kararların etkin bir şekilde uygulanması büyük bir önem arz etmektedir...” (Karasu, s. 24).

²⁸ <https://tccb.gov.tr/konusmalar/353/105577/yargi-reformu-stratejisi-programi-nda-yaptiklari-konusma> (ET: 18.06.2019)

²⁹ Hukuk kliniği kavramı ile ilgili kısaca bkz. Uyumaz/Erdoğan, s. 461 vd.

Öğrenciler bir yandan belirli alanlarda uzmanlaşırken bir yandan da temel konularda güncel gelişmeleri takip etmeye yönlendirilmelidir. Yine öğrenciler, mezun olmadan önce UYAP ile diğer bilişim teknolojilerinin kullanımına yönelik beceriler ile donatılmalıdır.

D. Öğrencileri Sosyal Sorumluluk Projelerine Katılmaya Teşvik Etmek

Hukuk fakültesi öğrencisi, hayattan uzak kalmamalıdır. Fakülte yaşamı boyunca kütüphaneye kapanıp dış dünyayı, toplumun farklı kesimlerinin sorunlarını tanımadan, kısaca hayatı tanımadan, fakülteden mezun olup uygulamaya katılan bir hukukçudan yeterli verim alınacağını beklemek fikrimizce güçtür. Bu doğrultuda, öğrencilerin, fakülteden mezun olmadan önce sosyal yardım hizmeti sunan devlet kuruluşlarının faaliyetlerini desteklemeye, sivil toplum kuruluşlarında görev almaya teşvik edilmeleri sağlanabilir. Örneğin; Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde mültecilerin sorunlarına cevap bulmaya yönelik olarak yürütülen hukuk kliniği uygulaması³⁰ bir açıdan sosyal sorumluluk projesi olup, bu gibi uygulamalarla öğrencilere sosyal duyarlılık ve yardım projelerine katılım imkânı sağlanmalıdır.

IV. HUKUK FAKÜLTELERİ İÇİN DÖRT YILLIK ÖRNEK BİR DERS PROGRAMI TASLAĞI

Öneriler doğrultusunda hazırlanan taslak hukuk fakültesi ders programı şu şekildedir:

1. Sınıf (Güz Dönemi) Dersleri	Dersin Türü	Süresi (T+U)	Kredisi	AKTS Kredisi
Sosyal Bilimlerde Araştırma Yöntemleri ve Bilişim Teknolojileri	Zorunlu	2+0	2.0	4.0
Temel Matematik ve Mantık	Zorunlu	2+0	2.0	3.0
Türk Dili ve Diksiyon Becerisi	Zorunlu	2+0	2.0	3.0
Temel İktisat Bilgisi (Mikro İktisat ve Makro İktisat)	Zorunlu	3+0	3.0	4.0
Devlet Teorisi ve Temel Hak ve Hürriyetler	Zorunlu	3+0	3.0	5.0
Hukuk Bilimine Giriş ve Hukuk Metodolojisi	Zorunlu	4+0	4.0	5.0
Temel Psikoloji ve Sosyoloji	Zorunlu	3+0	3.0	4.0
İnkılap Tarihi	Ortak Zorunlu	2+0	2.0	2.0
Yabancı Dil (Fakülte Dışı Öğrenim)	Zorunlu	-	-	-

³⁰ Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesinin bu ve diğer bazı projeleri ile ilgili kısaca bkz. Uşan, s. 207 vd.

Yerinde Uygulama (Fakülte Dışı Etkinlik)	Zorunlu	-	-	-
AKTS Kredi Toplamı (Zorunlu): 30 AKTS Kredi Toplamı (Seçmeli): 0 AKTS Kredi Toplamı: 30				

1. Sınıf (Bahar Dönemi) Dersleri	Dersin Türü	Süresi (T+U)	Kredisi	AKTS Kredisi
Özel Hukuka Giriş (Medeni Hukuk ve Borçlar Hukukunun Temel İlkeleri)	Zorunlu	8+0	8.0	10.0
Kamu Hukukuna Giriş (Anayasa Hukuku, İdare Hukuku ve Ceza Hukukunun Temel İlkeleri)	Zorunlu	8+0	8.0	10.0
Türk Hukuk Tarihi	Zorunlu	4+0	4.0	6.0
Meslek Etiği	Zorunlu	2+0	2.0	4.0
Yabancı Dil (Fakülte Dışı Öğrenim)	Zorunlu	-	-	-
Yerinde Uygulama (Fakülte Dışı Etkinlik)	Zorunlu	-	-	-
AKTS Kredi Toplamı (Zorunlu): 30 AKTS Kredi Toplamı (Seçmeli): 0 AKTS Kredi Toplamı: 30				

2. Sınıf (Güz Dönemi) Dersleri	Dersin Türü	Süresi (T+U)	Kredisi	AKTS Kredisi
Aile, Eşya ve Miras Hukuku I	Zorunlu	5+0	5.0	6.0
Türk Anayasa ve İdare Hukuku	Zorunlu	5+0	5.0	6.0
Türk Ceza Hukuku (Genel ve Özel Hükümler) I	Zorunlu	5+0	5.0	7.0
Borçlar Hukuku (Genel ve Özel Hükümler) I	Zorunlu	5+0	5.0	7.0
Meslek Etiği	Zorunlu	2+0	2.0	4.0
Yabancı Dil (Fakülte Dışı Öğrenim)	Zorunlu	-	-	-
Yerinde Uygulama (Fakülte Dışı Etkinlik)	Zorunlu	-	-	-
AKTS Kredi Toplamı (Zorunlu): 30 AKTS Kredi Toplamı (Seçmeli): 0 AKTS Kredi Toplamı: 30				

2. Sınıf (Bahar Dönemi) Dersleri	Dersin Türü	Süresi (T+U)	Kredisi	AKTS Kredisi
Aile, Eşya ve Miras Hukuku II	Zorunlu	6+0	6.0	8.0
Türk Anayasa Yargısı ve İdari Yargı	Zorunlu	2+0	2.0	4.0
Türk Ceza Hukuku (Genel ve Özel Hükümler) II	Zorunlu	6+0	6.0	9.0
Borçlar Hukuku (Genel ve Özel Hükümler) II	Zorunlu	6+0	6.0	9.0
Yabancı Dil (Fakülte Dışı Öğrenim)	Zorunlu	-	-	-

Yerinde Uygulama (Fakülte Dışı Etkinlik)	Zorunlu	-	-	-
AKTS Kredi Toplamı (Zorunlu): 30 AKTS Kredi Toplamı (Seçmeli): 0 AKTS Kredi Toplamı: 30				
3. Sınıf (Güz Dönemi) Dersleri	Dersin Türü	Süresi (T+U)	Kredisi	AKTS Kredisi
Ticaret Hukuku I (Ticari İşletme Hukuku – Şirketler Hukuku)	Zorunlu	6+0	6.0	7.0
İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku (Temel Düzey)	Zorunlu	2+0	2.0	3.0
Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku	Zorunlu	5+0	5.0	6.0
Ceza Usul Hukuku	Zorunlu	3+0	3.0	4.0
Milletlerarası Hukuk	Zorunlu	2+0	2.0	3.0
Milletlerarası Özel Hukuk	Zorunlu	2+0	2.0	3.0
Meslek Etiği	Zorunlu	2+0	2.0	4.0
Yabancı Dil (Fakülte Dışı Öğrenim)	Zorunlu	-	-	-
Yerinde Uygulama (Fakülte Dışı Etkinlik)	Zorunlu	-	-	-
AKTS Kredi Toplamı (Zorunlu): 30 AKTS Kredi Toplamı (Seçmeli): 0 AKTS Kredi Toplamı: 30				
3. Sınıf (Bahar Dönemi) Dersleri	Dersin Türü	Süresi (T+U)	Kredisi	AKTS Kredisi
Ticaret Hukuku II (Kıymetli Evrak Hukuku – Sigorta Hukuku)	Zorunlu	6+0	6.0	7.0
İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku (Temel Düzey)	Zorunlu	2+0	2.0	3.0
Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku	Zorunlu	5+0	5.0	6.0
Ceza Usul Hukuku	Zorunlu	3+0	3.0	4.0
Milletlerarası Hukuk	Zorunlu	2+0	2.0	3.0
Milletlerarası Özel Hukuk	Zorunlu	2+0	2.0	3.0
Meslek Etiği	Zorunlu	2+0	2.0	4.0
Yabancı Dil (Fakülte Dışı Öğrenim)	Zorunlu	-	-	-
Yerinde Uygulama (Fakülte Dışı Etkinlik)	Zorunlu	-	-	-
AKTS Kredi Toplamı (Zorunlu): 30 AKTS Kredi Toplamı (Seçmeli): 0 AKTS Kredi Toplamı: 30				

4. Sınıf (Güz Dönemi) Dersleri	Dersim Türü	Süresi (T+U)	Kredisi	AKTS Kredisi
Özel Hukuk Uygulamaları	Zorunlu	4+0	4.0	5.0
Kamu Hukuku Uygulamaları	Zorunlu	4+0	4.0	6.0
UYAP ve Hukukçular İçin Bilişim Teknolojileri	Zorunlu	2+0	2.0	2.0
Modül	Zorunlu	10+0 (2X5)	10.0	15.0
Meslek Etiği	Zorunlu	2+0	2.0	2.0
Yabancı Dil (Fakülte Dışı Öğrenim)	Zorunlu	-	-	-
Sosyal Sorumluluk Projelerine Katılım (Fakülte Dışı Etkinlik)	Zorunlu	-	-	-
AKTS Kredi Toplamı (Zorunlu): 30 AKTS Kredi Toplamı (Seçmeli): 0 AKTS Kredi Toplamı: 30				
4. Sınıf (Bahar Dönemi) Dersleri	Dersim Türü	Süresi (T+U)	Kredisi	AKTS Kredisi
Özel Hukuk Uygulamaları	Zorunlu	4+0	4.0	5.0
Kamu Hukuku Uygulamaları	Zorunlu	4+0	4.0	6.0
UYAP ve Hukukçular İçin Bilişim Teknolojileri	Zorunlu	2+0	2.0	2.0
Resmi Yazışma Kuralları	Zorunlu	2+0	2.0	2.0
Modül	Zorunlu	10+0 (2X5)	10.0	15.0
Yabancı Dil (Fakülte Dışı Öğrenim)	Zorunlu	-	-	-
Sosyal Sorumluluk Projelerine Katılım (Fakülte Dışı Etkinlik)	Zorunlu	-	-	-
AKTS Kredi Toplamı (Zorunlu): 30 AKTS Kredi Toplamı (Seçmeli): 0 AKTS Kredi Toplamı: 30				
Seçimlik Modül Dersler (Özel Hukuk)	Süresi (T+U)	Kredisi	AKTS Kredisi	
Tüketici Hukuku	2	2+0	3+0	
Deniz Ticareti Hukuku I	2	2+0	3+0	
Deniz Ticareti Hukuku II	2	2+0	3+0	
Tahkim Hukuku	2	2+0	3+0	
Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri	2	2+0	3+0	

Müzakere Teknikleri ve Arabuluculuk	2	2+0	3+0
Sağlık Hukuku	2	2+0	3+0
Rekabet Hukuku	2	2+0	3+0
Bilişim Hukuku	2	2+0	3+0
Uluslararası Ticaret Hukuku	2	2+0	3+0
İş Sağlığı ve Güvenliği	2	2+0	3+0
Muhasebe	2	2+0	3+0
İsimsiz Sözleşmeler Hukuku	2	2+0	3+0
Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku	2	2+0	3+0
Hukuk ve Ekonomi	2	2+0	3+0
Uluslararası Şirketler Hukuku ve Küreselleşme	2	2+0	3+0
Milletlerarası Tahkim Hukuku	2	2+0	3+0
Şirketler Hukukunun Güncel Sorunları	2	2+0	3+0
Yabancılar Hukuku	2	2+0	3+0
Maden Hukuku	2	2+0	3+0
Enerji Hukuku	2	2+0	3+0
Taşıma Hukuku	2	2+0	3+0
Konkordato Hukuku	2	2+0	3+0
İspat Hukukunun Güncel Sorunları	2	2+0	3+0
Tebliğat Hukuku	2	2+0	3+0
Sermaye Piyasası Hukuku	2	2+0	3+0
Avukatlık ve Noterlik Hukuku	2	2+0	3+0
Roma Hukuku	2	2+0	3+0
Avrupa Birliği Hukuku	2	2+0	3+0
İslam Hukuku Özel Hükümler	2	2+0	3+0

Seçimlik Modül Dersler (Kamu Hukuku)	Süresi (T+U)	Kredisi	AKTS Kredisi
Kriminoloji	2	2+0	3+0
Bilişim Suçları	2	2+0	3+0
Adli Tıp	2	2+0	3+0
Vergi Ceza Hukuku	2	2+0	3+0
Ceza Yargılamasında Uzlaştırma	2	2+0	3+0
Siyaset Bilimi ve Kamu Diplomasisi	2	2+0	3+0
Hükümet Sistemleri	2	2+0	3+0
Türk Devlet Geleneği	2	2+0	3+0
Vergi Usul Hukuku	2	2+0	3+0
Yerel Yönetimler ve Kent Hukuku	2	2+0	3+0
Uluslararası Kamu Hukukunun Güncel Sorunları	2	2+0	3+0
Çevre Hukuku	2	2+0	3+0
Kamu Maliyesi	2	2+0	3+0
Havacılık ve Uzay Hukuku	2	2+0	3+0
Grafoloji	2	2+0	3+0
İnfaz Hukuku	2	2+0	3+0
Ceza Yargılamasında Delil Toplama Teknikleri	2	2+0	3+0
Siyasi Tarih	2	2+0	3+0
Diplomasi	2	2+0	3+0
Uluslararası İlişkiler ve Uluslararası Örgütler	2	2+0	3+0
İnsancıl Kamu Hukuk	2	2+0	3+0
Uluslararası Deniz Hukuku	2	2+0	3+0
Uluslararası Ceza Hukuku	2	2+0	3+0
İslam Kamu Hukuku	2	2+0	3+0
Kamu Yönetimi	2	2+0	3+0

Seçimlik Modül Dersleri (Mali Hukuk)	Süresi (T+U)	Kredisi	AKTS Kredisi
İktisat Tarihi	2	2+0	3+0
Finansal Muhasebe	2	2+0	3+0
Makro İktisat	2	2+0	3+0
Kamu Maliyesi	2	2+0	3+0
Maliyet Muhasebesi	2	2+0	3+0
Para Teorisi ve Politikası	2	2+0	3+0
Küresel Kamu Maliyesi	2	2+0	3+0
Vergi Uygulamaları	2	2+0	3+0
Bütçe Teorisi ve Uygulaması	2	2+0	3+0
Vergi Ceza Hukuku	2	2+0	3+0
Uygulamalı Ekonometri	2	2+0	3+0
Finansal Yönetim	2	2+0	3+0
Karşılaştırmalı Vergi Sistemleri	2	2+0	3+0
Şirketler Hukuku	2	2+0	3+0
Yerel Yönetimler Maliyesi	2	2+0	3+0
İslam Mali Hukuk Sistemi	2	2+0	3+0
Uluslararası Mali Hukuk	2	2+0	3+0

V. ÖRNEK DÖRT YILLIK DERS PROGRAMINDA YER ALAN ZORUNLU DERSLER VE İÇERİKLERİNE İLİŞKİN ÖNERİLER

A. Önerilen sistemde öğrenciler için mezuniyet koşulları:

1. Seçtikleri modül seçmeli dersler (kamu hukuku, özel hukuk, mali hukuk) kapsamında aldıkları dersler dahil olmak üzere toplam 240 AKTS'den oluşan ders yüklerini başarı ile tamamlamış olmak,

2. Fakülteye girişte seçmiş oldukları yabancı dilde YDS sınavından “55 puan” veya denkliği kabul edilen sınavlardan eşdeğer puan aldığını gösteren belgeye sahip olmak.

Bu ders programının tam anlamıyla uygulanabilmesi için, hukuk fakültelerinin yeterli altyapıya ve akademik kadroya sahip olması zorunludur. Bu noktada atılması gereken adımlar arasında, hukuk fakültesi kontenjanlarının azaltılması³¹, öğretim üyesi sayısının artırılması, öğrencilerin yeterli danışmanlık alabileceği oranda öğretim üyesi istihdamını sağlamak ve nitelikli öğretim üyesi yetiştirilmesine öncelik verilmesi gelmektedir³².

Taslak ders programında belirtilen derslerin kredileri ve AKTS karşılıkları sadece birer öneri mahiyetindedir. Derslerin kredilerinin AKTS karşılıklarının Bologna sürecine uygun şekilde belirlenmesi için kapsamlı bir çalışma gerekmektedir.

B. Önerilen Zorunlu Dersler ve İçerikleri:

Sosyal Bilimlerde Araştırma Yöntemleri ve Bilişim Teknolojileri:

Bu ders öğrencilere, sosyal bilimlerde bilimsel araştırma yöntemleri ayrıntılı bir şekilde öğretilmeli, ayrıca kelime işlemci ile hesap tablosu uygulamalarını iyi düzeyde kullanmalarına imkân tanıyacak bilgiler verilmelidir. Böylelikle öğrenciler, literatür taramasının ve akademik araştırmanın nasıl yapıldığı, akademik düzeyde hazırlanan bir çalışmanın nasıl olması gerektiği hususunda ön bilgiye sahip olabilecektir.

Temel Matematik ve Mantık:

Bu ders hukuk fakültelerinde ortak zorunlu dersler arasında yer almalıdır. Böylelikle öğrencilerin muhakeme yeteneklerini geliştirmelerine lisans öğrenimi düzeyinde de katkı sağlanabilir³³.

Türk Dili ve Diksiyon (Konuşma) Becerisi:

Bu dersin zorunlu ders olarak verilmesi gereğinin en önemli sebeplerinden biri hukuk öğrencilerinin geliştirmesi gereken en önemli becerilerden birinin, gerek yazılı gerek sözel olarak kuvvetli bir üsluba ve beceriye sahip olması gerçeğidir. Bu becerinin kazanılmasının birinci boyutu, öğrencinin hukuk terminolojisine hâkim olarak, hukuki kavramları yerli yerinde kullanabilme becerisi ki, bu ancak hukuk öğretiminde olgunlaştıktan sonra kazanılabilir; ikinci boyutu da, öğrencinin temel dil ve anlatım kurallarını kazanma becerisidir.

³¹ Bkz. Uyumaz/Erdoğan, s. 497.

³² Atar, s. 186; Özen, s. 201.

³³ Emiroğlu, Haluk/Görgülü, Nisan, “Hukukun Matematiksel Olarak İfade Edilmesi”, *AÜHFD*, 62(1), 2013, ss. 73-92; Demir, Abdullah, “Mantıkta Tanım ve Hukuk Açısından Önemi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* (Cevdet Yavuz’a Armağan Sayısı), 22(3), 2016, ss. 3219-3229; Balkır, Gönül/Apaydın, Eylem, “Hukuk Eğitimi ve Matematik”, 2nd International Conference on New Trends in Education and Their Implications, 27-29 April 2011, Antalya-Turkey (<https://cdn.ogrenmen.com/wp-content/uploads/2016/02/132.pdf>)

Bu derste temel dil ve anlatım kuralları, hukuk metinleri esas alınarak işlenmeli, öğrencilerin hukuki metinlere aşina olması sağlanmalı ve hatta ders içeriğinde hızlı okuma teknikleri³⁴ ile diksiyon eğitimine yer verilmelidir. Böylelikle öğrencilerin, nefes kullanma ve kelimeleri doğru telaffuz edebilme becerilerini geliştirebilmeleri desteklenmelidir. Vurgulamak gerekir ki, Adalet Bakanlığı tarafından yayınlanan 2019 yılı Yargı Reformu Stratejisi metninde de “Hukuk Türkçesi” adında zorunlu bir derse müfredatta yer verilerek hukuk öğrencilerine basit, anlaşılır, kesin, standart bir hukuk Türkçesi kazandırılması hedeflenmiştir³⁵.

Devlet Teorisi ve Temel Hak ve Hürriyetler:

Bu ders, öğrencilerin, fakülte boyunca her dönem alması planlanan “Meslek Etiği” dersine hazırlık oluşturmaktadır. Bu ilk basamakta, doğrudan konu ile ilgili metinlerin ezberletilmesi yerine, öğrencilerin konuya ilgisinin artırılması amacıyla, onlara bu alandaki temel kavramlar ile ilgili sorular sorulması düşünmeye ve araştırmaya yönlendirilmeleri açısından faydalı olacaktır. Bu ders şu anda hukuk fakültelerinde okutulan hukuka giriş dersinden daha geniş kapsamlı olarak verilmeli ve ders içeriğinde tek bir kitaba bağlı kalınmamalıdır.

Temel Psikoloji ve Sosyoloji:

Bu ders öğrencilerin, fakülte boyunca her dönem alması planlanan “Meslek Etiği” dersine ilk hazırlık oluşturmakta olup bu derste öğrencilere psikolojinin ve sosyolojinin temel kavramları öğretilmelidir.

Yabancı Dil Dersi:

Üniversitelerde, yabancı dil öğreniminde verimliliğin artırılması amacıyla, şu anda yapıldığı gibi “uzaktan eğitim” veya “yüz yüze eğitim” modelinin aksine, söz konusu dersler, fakülte müfredatı dışına itilmeli ve uluslararası geçerliliği olan dil sınavlarından belirli bir düzeyde başarılı olmak mezuniyet şartı haline getirilmelidir. Öğrenci “fakülte dışı öğrenim” olarak ister kursa giderek ister evde çalışarak, esnek bir şekilde bu mezuniyet şartını yerine getirebilmelidir. Kredisiz olan bu etkinlikler, lisans öğrenimi boyunca sorgulanmamalı, ancak öğrenci mezun olabilmek için, ister mezuniyet aşamasında ister daha birinci sınıfta iken, TOEFL, YDS gibi geçerliliği kabul edilen sınavlardan “fakülte yönetim kurulunca” belirlenen bir düzeyin üstünde başarı sağlamış olmalıdır. Bunun gibi kültürel faaliyetler de, fakülte ders müfredatı dışına çıkarılmalıdır.

Özel Hukuka Giriş (Medeni Hukuk ve Borçlar Hukukunun Temel İlkeleri):

Bu derste öğrencilere, kademeli olarak önce medeni hukukunun genel hükümleri, sonra sırasıyla kişiler hukuku ile borçlar hukukunun genel prensipleri

³⁴ Yalçın, Alemdar/Erdoğan-Çeltik, Seher/Altınok, Şadan. (2017). Hukuk Fakültesi Öğrencilerinin Hızlı Okuma Becerilerinin Değerlendirilmesi, *Ahi Evran Üniversitesi Kırşehir Eğitim Fakültesi Dergisi*, 18(3), 2017, ss. 100-114)

³⁵ Bkz. *Strateji-2019*, s. 40.

öğretilmelidir. Borçlar hukukunun temel ilkeleri kısmında “sözleşme yapma özgürlüğü” gibi temel prensipler ayrıntılı bir şekilde işlenerek öğrencilerin bu ilkeleri özümsemesine olanak sağlanmalıdır. Buna mukabil, Türk borçlar hukukunun genel hükümleri ikinci sınıfın birinci döneminde ele alınmalıdır.

Kamu Hukukuna Giriş (Anayasa Hukuku, İdare Hukuku ve Ceza Hukukunun Temel İlkeleri):

Bu derste öğrenciler, kademeli bir şekilde, yani sırasıyla, kamu hukukunun temel alanları olarak nitelendirilebilecek anayasa hukuku, idare hukuku ve ceza hukukunda geçerli olan temel ilkeleri işlemelidir.

‘**Meslek Etiği**’ dersleri, her dönem, öğrencinin bilgi seviyesine göre ele alınmalıdır. Öğrenciler bu husustaki bilgiyi sadece fakültenin ikinci veya üçüncü sınıfında değil, her dönem almalıdır. Önerilen sistem de bu perspektifte “Meslek Etiği” gibi daha genel bir başlık altında hukuk sosyolojisi ve felsefesi ile bağlantılı konuların her dönem, öğrencilerin bilgi dağarcığı ile paralel şekilde işlenmesini hedeflemektedir.

‘**Aile, Eşya ve Miras Hukuku**’ dersinde öğrenciler, kademeli olarak sırasıyla aile, eşya ve miras hukuku konularını temel düzeyde işlemelidir. Ancak 7. yarıyıldan itibaren “özel hukuk modülünü” seçen öğrenciler, söz konusu modül kapsamında alacakları derslerle bu alanlara ilişkin bilgi dağarcıklarını genişletebilmelidir.

‘**Türk Ceza Hukuku (Genel ve Özel Hükümler)**’ dersinde öğrenciler, kademeli olarak ceza hukukunun genel ve özel hükümlerini sırasıyla, temel düzeyde ele almalıdır.

‘**Borçlar Hukuku (Genel ve Özel Hükümler)**’ dersinde öğrenciler, kademeli olarak borçlar hukukunun genel ve özel hükümlerini sırasıyla, temel düzeyde ele almalıdır.

‘**Ticaret Hukuku I ve Ticaret Hukuku II**’: Dersinde, öğrenciler bir yıl boyunca ticari işletme, şirketler hukuku ve kıymetli evrak hukuku ve sigorta hukukunu temel düzeyde görmelidir. Bu derste hangi konuların detaylandırılıp hangi konuların yüzeysel geçileceği dersi veren öğretim elemanı tarafından tespit edilmelidir. Buna mukabil, 7. yarıyıldan itibaren “özel hukuk modülünü” seçen öğrenciler, ileri düzey ticaret hukuku dersleri ile bu alandaki bilgi dağarcığını genişletebilmelidir.

‘**İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku**’: Dersinde öğrenciler, bir yıl boyunca söz konusu alana ait konuları temel düzeyde işlemelidir. Buna mukabil, 7. yarıyıldan itibaren “özel hukuk modülünü” seçen öğrenciler, ileri düzey iş ve sosyal güvenlik hukuku dersleri ile bu alandaki bilgi dağarcığını genişletebilmelidir.

‘**Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku**’ dersinde öğrenciler, bir yıl boyunca gerek medeni usul gerek icra ve iflas hukuku konularını kademeli olarak öğrenmelidir. Ders için ayrılan “ haftalık ders saati” göz önüne alındığında,

ders kapsamına giren konuların yeterli düzeyde işlenmesine bir engel olmadığı görülebilecektir.

“Ceza Usul Hukuku” dersinde öğrenciler, bir yıl boyunca ceza usul hukuku konularını öğrenmelidir. Ders için ayrılan “haftalık ders saati” göz önüne alındığında, ders kapsamına giren konuların yeterli düzeyde işlenmesine bir engel olmadığı görülebilecektir.

Önerilen sistemde, **‘Milletlerarası Özel Hukuk’** ve **‘Milletlerarası Hukuk’** derslerini, belirli bir düzeyde hukuk bilgisine sahip olan öğrencilerin alması hedeflenmektedir. Bu nedenle, anılan derslere altıncı ve yedinci yarıyıl da yer verilmiştir.

“Özel Hukuk Uygulamaları” dersinde öğrencilerin, o zamana kadar öğrendikleri özel hukuk alanına ait tüm derslere ilişkin pratik çalışmalar çözmesi ve klinik hukuk faaliyetleri yürütmeleri hedeflenmiştir. Pratik çalışmalar (ve klinik hukuk faaliyetleri) bu döneme bırakılarak, öğrencilerin basit olaylar değil, uygulamada karşılaşılabilecekleri kompleks olayları –özel hukukun farklı alanlarında öğrendikleri bilgileri harmanlayarak– ele almalarına imkan sunulmuş olunacaktır. Ayrıca öğrenciler, daha önceki dönemde işledikleri konulardan mezun olana kadar kopmamış olacaktır.

“Kamu Hukuku Uygulamaları” dersinde öğrencilerin, o zamana kadar öğrendikleri kamu hukuku alanına ait tüm derslere ilişkin pratik çalışmalar çözmesi ve klinik hukuk faaliyetleri yürütmeleri hedeflenmiştir.

“UYAP ve Hukukçular İçin Bilişim Teknolojileri” dersi ile öğrencilerin, hem UYAP hem de yaygın olarak kullanılan hukuk otomasyonları ve karar destek mekanizmaları, süreç yönetimi gibi yazılımları kullanma becerilerini arttırmaları hedeflenmektedir.

Öneri mahiyetindeki müfredatta yer alan “yerinde uygulama” dersi ile birinci sınıftan itibaren mesleki uygulamaları tanımak amacıyla kamu hukuk müşavirliklerinde, ticaret şirketlerinin hukuk bürolarında, sivil toplum kuruluşlarında, adliyelerde ve yerel yönetim idarelerinin hukuk birimlerinde uygulamaya yönelik çalışmalar içerisinde yer almaları sağlanarak, öğrencilerin mesleki uygulamalara aşina olmaları hedeflenmiştir. Zorunlu olmakla birlikte ders kredisi olmayan bu uygulamalar için öğrencilerin ders programı hazırlanırken, haftada bir günün boş bırakılmasının isabetli olacağı kanaatindeyiz.

“Sosyal Sorumluluk Projelerine Katılım” dersi ile fotoğrafçılık, spor gibi kültürel faaliyetlerde bulunmanın yanı sıra, sosyal yardım projelerine aktif olarak katılmış olmak da, önerilen sistemde, bir mezuniyet şartı olarak düzenlenmiştir. Böylelikle öğrencilerin, topluma her alanda katkı sunabilecek donanıma sahip olmaları teşvik edilmiştir. Bu kapsamda öğrenciler, sosyal yardım projesi yürüten sivil toplum örgütlerine üye olup bu kuruluşlarca gerçekleştirilen projelere aktif olarak katılabilecekleri gibi bu yönde bireysel faaliyetlerde de bulunabilecektir.

“Resmi Yazışma Kuralları” dersi ile öğrenciler, resmi yazışmalarda uygulanan usulleri ayrıntılı bir şekilde öğrenecek ve staj dönemi dâhil olmak üzere mesleklerinin ilk yıllarında büyük bir kolaylık elde edeceklerdir.

Modül dersler, öğrencinin yöneleceği ilgi alanına göre belirlenmiştir. Önerilen sistemde, öğrencinin seçmiş olduğu “uzmanlık modülünden” ikişer kredilik toplam on seçmeli dersi seçmesi esası benimsenmiştir. Böylelikle öğrencinin belirli alanlarda uzmanlaşması hedeflenmiştir. Belirtmek gerekir ki, modül dersler tespit edilirken, öğrencinin diğer fakültelerdeki dersleri almasına da olanak sağlanabilir. Mesela öğrenci diploması dersini, uluslararası ilişkiler bölümünden alabilir. Ancak bunun için, Üniversite ve Fakültelerde, “Üniversite seçimlik”, “Fakülte seçimlik” ders havuzlarının oluşturulması gerekecektir. Burada belirtilen “modül dersler” örnek olarak gösterilmiştir. Daha kapsamlı bir çalışma ile modül dersler ve içeriklerine ilişkin daha ayrıntılı bir düzenleme yapılabilir.

“Sosyal Sorumluluk Projelerine Katılım” ve “Yerinde Uygulama” derslerine ek olarak öğrencilerin, eğitimin üçüncü ve dördüncü senesinde “yaz stajı” veya “staj” adı altında, adliyelerde, avukatlık bürolarında veya hukuk mesleği icra edilen özel veya kamu iş yerlerinde en az yirmi iş günü devam edecek bir staj ile mesleki bilgi ve tecrübe kazanması da önemli olacaktır.

VI. HUKUK FAKÜLTESİ KÜTÜPHANELERİNİN YETERLİ KAPASİTEYE KAVUŞTURULMASI

Birkaç istisna örnek dışında, hukuk fakültelerinin kütüphaneleri de ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Modern anlayışla oluşturulmuş, akademik çalışmalar için yeterli düzeyde kütüphaneler kurulmadan bir hukuk fakültesinin kurulması ve hatta fakülteye öğrenci alımı yapılması, izahı mümkün olmayan bir durumdur. Bu noktada –vakit kaybetmeksizin- yapılması gerekenler, arşivcilik ve kütüphane hizmetlerinin uluslararası standartlara adaptasyonunun sağlanması, basılı olduğu kadar elektronik veri tabanlarının da satın alınması yoluyla zenginleştirilmesi³⁶ ve bir hukuk fakültesi kurulabilmesi için kütüphanede bulunması zorunlu kaynak türü ve sayısına yönelik yeterli düzeyde somut ölçütlerin tespit edilmesidir.

VII. HÂKİMLİK, SAVCILIK, AVUKATLIK VE NOTERLİK MESLEKLERİNİN DURUMU VE YAPILMASI GEREKEN DÜZENLEMELER

Ülkemizin sadece hukuk uygulayıcılarına değil, nitelikli hukuk uygulayıcılarına “hukukçulara” ihtiyacı olduğu bir gerçektir. Ülkemizde hâlihazırda birçok hukuk fakültesinin mevcut olması ve bunlar arasında yeterli düzeyde bir eğitim - öğretim standardından bahsetmenin kolay olmaması karşısında, söz konusu standardı sağlamak üzere hukukçu unvanının kullanılması için bir “merkezi

³⁶ Özen, s. 198.

sınav sisteminin” getirilmesi zorunludur. Bu sınav, avukat veya hâkim ya da savcı olabilmek için değil, söz konusu mesleklere kabul sınavlarına başvurmak noktasında bir ön şart teşkil etmek üzere getirilmelidir.

Bu doğrultuda, uygulamaya geçmesi beklenen “1. Yargı Reformu Paketi” Adalet Bakanlığı tarafından TBMM’ne sevk edilmiş ve 17/10/2019 tarihli ve 7188 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair *Torba* Kanun’un 3 üncü, 4 üncü, 5 inci ve 6 ıncı maddeleri ile 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu, 18/1/1972 tarihli ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu, 24/2/1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ve son olarak 4/11/1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nda değişikliklere gidilerek *avukatlık, hâkimlik, savcılık, noterlik* meslekleri “hukuk mesleği” olarak kabul edilerek, **hâkim adaylığı sınavına girmek, avukatlık veya noterlik stajına başlayabilmek için, “hukuk mesleklerine giriş sınavında” veya “idari yargı ön sınavında”** başarılı olmak şartı getirilmiştir.

Vurgulamak gerekir ki, avukatlık, noterlik ve adli yargı hâkim ve savcılığı hâlâ hukuk fakültesi mezunlarına hasredilen meslekler olmakla birlikte, hukuk bilgisine programlarında yeterince yer veren siyasal bilgiler, idari bilimler, iktisat ve maliye alanlarında en az dört yıllık yükseköğrenim yapmış veya bunlara denkliği kabul edilmiş yabancı öğretim kurumlarından mezun olanlar da, artık, idari yargı hâkim adaylığı sınavına girmeden önce, bu mesleği seçen hukuk fakültesi mezunları gibi, “idari yargı ön sınavına” girip bu sınavda başarılı olmak durumundadır.

Yukarıda anılan *Torba* Kanun ile 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’na eklenen geçici madde 80 uyarınca **“Hukuk Mesleklerine Giriş Sınavı” ile “İdari Yargı Ön Sınavı”nda başarılı olma şartı, ilgili yükseköğretim kurumlarına söz konusu değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten sonra kayıt yaptıranlar hakkında uygulanacaktır.**

7188 sayılı *Torba* Kanun uyarınca getirilen yeni düzenlemeye göre, hukuk mesleklerine giriş sınavında, sınava girecek adayların, Anayasa Hukuku, Anayasa Yargısı, İdare Hukuku, İdari Yargılama Usulü, Medeni Hukuk, Borçlar Hukuku, Ticaret Hukuku, Hukuk Yargılama Usulü, İcra ve İflas Hukuku, Ceza Hukuku, Ceza Yargılama Usulü, *İş Hukuku, Vergi Hukuku, Vergi Usul Hukuku, Avukatlık Hukuku, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi, Türk Hukuk Tarihi* alanlarındaki bilgileri ölçülecektir. “İdari yargı ön sınavına” girecek adayların ise, Anayasa Hukuku, Anayasa Yargısı, İdare Hukuku, Türk İdari Teşkilatı, İdari Yargılama Usulü, Medeni Hukuk, Borçlar Hukuku (Genel hükümler), Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku, Hukuk Yargılama Usulü, Ceza Hukuku (Genel hükümler), Ceza Yargılama Usulü, Vergi Hukuku, Vergi Usul Hukuku, Maliye ve Ekonomi, *İmar ve Çevre Hukuku, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi* alanlarındaki bilgileri ölçülecektir.

Hukuk Mesleklerine Giriş Sınavı yılda en az bir defa, İdari Yargı Ön Sınavı ise iki yılda en az bir defa olacak şekilde Adalet Bakanlığı ile imzalanacak protokole göre Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığı tarafından yapılacaktır. Test şeklinde icra edilecek sınavlarda çoktan seçmeli en az yüz soru sorulup ve yüz puan üzerinden en az yetmiş puan alanlar başarılı sayılacaktır (2547 sayılı Kanun ek madde 41).

Birinci yargı reformu paketi çerçevesinde 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanununa eklenen “Ek 41. Madde” ile “Hukuk Mesleklerine Giriş Sınavı” ve “İdari Yargı Ön Sınavında” sorulacak soruların tespit edileceği, kanunda sayılarak belirtilen hukuk derslerinin konu, alan ve içerikleri aynı zamanda “Hukuk Fakülteleri” ve “Diğer Sosyal Bilimler” alanında eğitim-öğretim yapan fakültelerin zorunlu ders program ve içeriklerini de en az olması gereken şekliyle belirlemiş ve düzenlemiştir diyebiliriz.

Adli ve idari yargı hâkimi yetiştirme imkânı sağlanan fakülteler ve akademik birimler ders programlarını, mesleki seçme ve değerlendirme sınavlarında sorulacak soruların oluşturduğu alanları daha çok dikkate alacak şekilde yeniden değerlendirmek yoluna gideceklerdir. Bu düzenleme genel bir kapsam belirlemesi ve bir “zorunlu dersler yelpazesi” oluşturması bakımından önemlidir. Ancak hukuk bilgisinin gelişen ve değişen ihtiyaçları da dikkate alınarak ilgili sınavların, güncellenen yeni bilgiler ve yasal düzenlenmeler çerçevesinde hazırlanması yoluna gidilmelidir.

Çok gerekli olduğunu ve kısa zamanda uygulamaya geçilmesini düşündüğümüz bir başka husus da, belirli bir müddet “hâkim ve savcı yardımcılığı” statüsünde görev yapmış olan adayların, hâkimlik, savcılık kürsüsüne oturmasını sağlayan bir kariyer yapılanmasına gidilmesi gerektiğidir. Bu nedenle, karşılaştırmalı hukuktaki ve tarihimizdeki örneklerden yararlanılarak ülkemiz gereksinimlerine uygun şekilde hâkim ve savcı yardımcılığı kadroları gecikmeksizin ihdas edilmelidir³⁷.

Hâkim yardımcılığı müessesesinin getirilmesi ve hâkimlik mesleğinin bir kariyer mesleği olmasını destekleyecek şekilde, hâkimlerin belirli bir alanda uzmanlaşmasının önünün açılması hukuk uygulamamız için son derece önemlidir. Bu doğrultuda, hâkimlik stajından sonra, belirli bir süre hâkim yardımcısı olarak çalışmayan adayların, kürsüye oturmasına izin verilmemeli, mesleğe başlayan hâkimlerin tüketici hukuku, iş hukuku, aile hukuku, bilişim hukuku gibi belirli bir alanda uzmanlaşmalarına imkân tanınmalı³⁸ ve özellikle, yer değiştirme usulleri de bu uzmanlaşmayı destekleyecek nitelikte olmalıdır.

Uzun bir süre tüketici mahkemesi hâkimliği vazifesini üstelenen bir hukukçunun, bu alandaki bilgi birikiminin ve mesleki deneyiminin neredeyse

³⁷ Bkz. *Strateji-2019*, s. 40 vd.

³⁸ Bkz. *Strateji-2019*, s. 48 vd.

hiçbir işe yaramayacağı bilinen ceza mahkemesi hâkimliğine atanmasının önüne geçecek düzenlemelere yer verilmelidir. Günümüzde hukukun her alanının başlı başına bir disiplin haline gelmeye başlaması, uyuşmazlıkların ve bunların çözümü için kullanılan mevzuatın karmaşık bir yapıya bürünmesi karşısında, hâkimlerden, hukukun her alanında bir davayı çözümleyecek düzeyde engin bir bilgi birikimine sahip olmalarını beklemek oldukça zordur.

Önerilen sistemin bazı zorluklarının da olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Çünkü bir hâkim, belirli bir hukuk uyuşmazlığını çözerken hukukun birçok farklı alanından bilgiye ve tecrübeye ihtiyaç duyabilmektedir. Bu nedenle, iyi bir hâkim olabilmek, aslında hukukun her alanında belirli bir düzeyde bilgi birikimini gerektirmektedir. Diğer deyişle hâkimlerin, hukukun farklı alanlarında sahip olduğu bilgi birikiminin tazeliğini koruması için baktığı davaların çeşitliliği de önem arz etmektedir. Şu halde nihai bir çözüm tarzı olarak, hâkim yardımcılığından mesleğe alınan hâkimlerin mevcut sistemde olduğu gibi birkaç yıl çapraz yetkilendirme ile farklı mahkemelerde görev yapması esası korunup sonrasında belirli alanlarda uzmanlaşmaları teşvik edilebilmesi uygun bir çözüm olacaktır.

SONUÇ

Mevcut hukuk öğretimimize ilişkin sorunlarımızın birçok yönden ele alınması ve değerlendirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte hukuk öğretimimizin odak noktası haline gelen öncelikli sorunumuzun, yeterli akademik ve fiziki altyapıya sahip olmayan; yeterli sayıda ve düzeyde öğretim üyesine kavuşturulmadan öğretime başlayan fakülteler olduğunu söylemek mümkündür. Elbette emeklemeden koşmak mümkün değildir, bu nedenle yeni fakültelerin kurulmasına mutlak şekilde karşı olmamak gerekir. Bu noktada göz önünde bulundurulması gereken temel husus, söz konusu fakültelerin akademik altyapıya kavuşturulduktan sonra öğretim hizmeti sunmaya başlaması ve tahsis edilen kontenjanın da mevcut akademik kadro ile orantılı olmasıdır.

Yeterli altyapıya sahip hukuk fakültelerine sahip olursa dahi, iyi bir hukuk öğretiminden bahsedebilmenin temel koşulu, bu fakültele gelen öğrencilerin yeterli bir ilk ve ortaöğretim sürecinden geçmiş olması, diğer deyişle hukuk öğreniminin gereksinimlerini karşılayabilecek zihinsel ve entelektüel altyapıya sahip olmalarıdır. Ayrıca, sadece hukuk öğrenimi için değil, tüm mesleki eğitimler için önemli olan bir başka husus, fakülte sıralarına oturan öğrencilerin belirli bir isteklilik ve benimseyiş hali içinde olmalarıdır. Üniversite sırasına oturan öğrencinin, seçiminden mutlu, geleceğinden emin ve mesleğini ahlaki kurallara bağlı olarak, bağımsız ve tarafsız icra edebilecek manevi olgunluk düzeyinde olması önemlidir.

İyi bir hukuk öğretiminden bahsedebilmenin ikinci koşulunun, uzmanlaşmaya elverişli ve uygulama becerisini kazandırmaya yönelik çalışmalarla desteklenmiş bir hukuk fakültesi ders programına sahip olunmasıdır. Bu doğrultuda, öğretime dile getirilen görüşler çerçevesinde hukuk fakültesi ders programları yeniden yapılandırılmalı ve bu yapılandırmada öğrencilerin belirli alanlarda uzmanlaşmalarının önünü açmak odak noktası haline getirilmelidir. Bu noktada ifade edilmesi gereken önemli bir husus, hukuk fakültesi kütüphanelerinin günümüz akademik gereksinimlerini karşılayabilecek bir düzeye getirilmesi gerektiğidir.

Çalışmamızda mesleki uzmanlaşmayı belli bir ölçüde sağlayacağını düşündüğümüz ders ve hukuk mesleği alanlarını daha belirgin olarak ortaya çıkarmaya çalıştık. Seçimlik dersler ve uygulamalar ile mesleki uzmanlaşmanın lisans düzeyinde başlaması gerektiğini vurguladık.

Hukuk öğretimimiz gibi, hâkimlik, savcılık ve avukatlık mesleklerine kabullerin ve bu mesleklerin kariyer mekanizmasının da yeniden yapılması gerekmektedir. Bu doğrultuda gecikmeksizin, hâkim yardımcılığı statüsü ihdas edilmeli ve hâkimlik mesleği kariyeri, belirli alanlarda uzmanlaşmayı destekleyen bir süreci ifade edecek şekilde yeniden yapılandırılmalıdır. Mevcut eğitim standartlarımız dikkate alındığında, 17/10/2019 tarihli ve 7188 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair *Torba Kanun*’un çeşitli kanunlarda getirmiş olduğu değişikliklerle sistemimize getirilen hukuk mesleklerine giriş sınavı ile idari yargı ön sınavı da gecikmeksizin uygulamaya geçirilmelidir.

Cumhurbaşkanlığı himayesinde, 10 - 11 Ocak 2018 tarihlerinde Ankara’da gerçekleştirilen “Adalet Şurasında” da yukarıda dile getirilen sorunlar dâhil olmak üzere, hukuk öğretimi ile ilgili sorunlar tekrar tartışmaya açılmış ve çözüm önerileri getirilmeye çalışılmıştır. Kısa süre önce Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan “2019 Yılı Yargı Reformu Stratejisi” metni, yargı dünyamıza ilişkin birçok sorunun yanı sıra hukuk öğrenim sistemimizin aksaklıklarına yönelik olarak da oldukça önemli tespitler, hedefler ve çözüm önerileri içermektedir. Bu noktada yapılacak olan, söz konusu çözüm önerilerinin ve diğer paydaş görüşlerinin değerlendirilerek hukuk öğretimimizde kapsamlı bir reformun gerçekleştirilmesidir.

Hukuk dünyamızdaki birçok yeniliğe oldukça yakın bir geçmişte adım atmayı başarabildik. Hâlâ bu yenilikleri hayata geçirme ve adaptasyon süreci yaşamaktayız. Hukuk öğretimimizin de kapsamlı bir reforma ihtiyacı olduğu açık olup gecikmeksizin bu alandaki yenilikleri hayata geçirebilmeli ve uyum sağlama sürecini ileriki nesillere ertelememeliyiz.

Bu çalışma dolayısıyla ulaştığımız önemli bir sonuç ise, çalışmamızın önemli bir kısmını oluşturan dört yıllık bir hukuk fakültesi ders programı önerisi ve bu programda yer almasını düşündüğümüz dersler ve etkinlikler konusunda,

“Yargı Reformu Paketinin” bir parçası olan, 17.10.2019 tarih ve 7188 Sayılı “Torba Kanun” ile getirilen mesleki düzenlemeler ışığında daha ayrıntılı ve bir araştırmaya duyulan ihtiyaçtır.

Çeşitli hukuk mesleği gruplarını; Hukuk Fakülteleri yöneticileri ve öğretim üyelerini, Adalet Bakanlığı Temsilcilerini, Türkiye Adalet Akademisi yönetici ve öğretim üyelerini, adli ve idari yargı hâkimlerini, Baro temsilcisi ve Avukatları, Noterleri ve hukuk fakültesi öğrencilerini içine alan bir araştırma evreni içinde, görüşme (mülakat) veya anket uygulama yöntemlerini kullanarak hukuk fakülteleri ders programlarında yer alması gereken dersler, derslerin özellikleri, içerikleri; hukuk mesleğinde uzmanlaşma, yargı reformu paketleri ile kanunlaşan yeni düzenleme ve uygulamalar ile diğer güncel konularda daha katılımcı bir görüş oluşturma çalışması yapmanın yararlı olacağını belirtmek isteriz. Yazarlar olarak, bu amaca yönelik bir çalışmanın bir proje dâhilinde yapılması konusunda harekete geçmeyi düşünmekte ve planlamaktayız. Böyle bir araştırmada yer almayı düşünen hukukçu ve meslektaşlarımızla birlikte çalışmaktan memnurluk duyacağımızı ifade etmek isteriz.

KAYNAKÇA

- Alıcı, Adil Halid/Van, Nurettin, “Ortaokullarda Okutulan ‘Hukuk ve Adalet’ Dersinin Öğrenciler Üzerinde Hukuka Yönelik Duyuşsal Eğilimler Algısına Etkisi”, *Journal of Europe - Middle East Social Science Studies*, 2(1), 2016, ss. 107-131.
- Atar, Yavuz, “Adalet Bilinci ve Hukuk Eğitimi”, *Adalet Şûrası (10 – 11 Ocak 2018)*, T.C. Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayın No: 58, Ankara 2018.
- Atasoy, Ömer Adil, “Hukuk Fakültelerinin Yeniden Yapılandırılması”, *Yenişafak Gazetesi*, 11 Şubat 2016 tarihli köşe yazısı (<https://www.yenisafak.com/hayat/hukuk-fakultelerinin-yeniden-dizayni-2077696> (ET: 28.02.2019)
- Atasoy, Ömer Adil, “İmam-ı Azam Ebu Hanife Hazretlerinin Çağdaş Hukuku Eğitimi ve Bilimine Katkıları”, *Devirleri Aydınlatan Meş’ale İmam-ı Azam Ebu Hanife Ulusal Sempozyumu Tebliğler Kitabı*, (Hazırlayanlar: Ahmet KARTAL; Hilmi ÖZDEN), Eskişehir Osman Gazi Üniversitesi, 28 - 30 Nisan 2015, Eskişehir, s. 117 vd.
- Aydın, Oğuz Gökhan, “Gelenekten Geleceğe Türkiye’de Hukuk Eğitimi”, *TAAD*, 6(21), Nisan 2015, ss. 621-657.
- Balkır, Gönül/Apaydın, Eylem, “Hukuk Eğitimi ve Matematik”, 2nd International Conference on New Trends in Education and Their Implications, 27-29 April 2011, Antalya-Turkey (<https://cdn.ogrenmen.com/wp-content/uploads/2016/02/132.pdf>)

- Bozkurt, Kutluhan/Türe, Murat, “Avusturya ve İsviçre Sistemlerinde Hukuk Eğitimi” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2011/93, ss. 82-107.
- Can, Ozan, “Hukuk Eğitiminde Farklı Bir Yaklaşım: Bir Banka Hukuku Dersinin Ardından”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012/101, ss. 407-424.
- Çakılcı, Diren, “Bir Hukuk Mektebi: Medresetü'l-Kuzât”, *Mediterranean Journal of Humanities*, 3(1), 2013, ss. 89-110.
- Demir, Abdullah, “Mantıkta Tanım ve Hukuk Açısından Önemi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* (Cevdet Yavuz'a Armağan Sayısı), 22(3), 2016, ss. 3219-3229.
- Emiroğlu, Haluk/Görgülü, Nisan, “Hukukun Matematiksel Olarak İfade Edilmesi”, *AÜHFD*, 62(1), 2013, ss. 73-92.
- Gözler, Kemal, “Küreselleşme Sürecinde Türkiye’de Hukuk Eğitimi”, *Legal Hukuk Dergisi*, 6(69), 2008, ss. 3021-3030.
- Kaplan, İbrahim, “Türk ve İsviçre Hukuk Fakültelerinde Hukuk Öğretimi, Ders Programları ve Sınav Sistemleri” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2018/139, ss. 347-400.
- Karasu, Rauf, “Türkiye ve Almanya’da Hukuk Eğitimi – Diplomaların Denkliliği”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20(1), 2016, ss. 3-26.
- Koyuncu, Nuray, “Hukuk Mektebinin Doğuşu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16 (3), 2012 ss. 163-183.
- Oğuz, Arzu, “Hukuk Eğitimindeki Son Gelişmeler ve Karşılaştırmalı Hukukun Hukuk Eğitimindeki Rolü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 52(4), 2003, ss. 1-40.
- Özen, Muharrem, “Adalet Bilinci ve Hukuk Eğitimi”, *Adalet Şûrası (10 – 11 Ocak 2018)*, T.C. Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayın No: 58, Ankara 2018.
- Sancak, Yusuf/Kıyak, Emre, “Günümüz Türkçesiyle Mecelle’nin On Altıncı Kitabı: Kitâbü'l Kazâ”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 22 (2), 2014, ss. 45-105.
- Songur, Haluk, “Fıkıh Usulü Dersinin Kaldırılması Bağlamında Darülfünundan Cumhuriyete Hukuk Müfredatı Üzerine”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(1), 2013, ss. 1-28.
- Uşan, M. Fatih, “Adalet (Hukuk) Eğitiminde Yeni Yaklaşımlar (Klasik Metottan Ayrılma Gerekliliği)”, *Adalet Şûrası (10 – 11 Ocak 2018)*, T.C. Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayın No: 58, Ankara 2018.
- Uyumaz, Alper/Erdoğan, Kemal, “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Hukuk Eğitimi ve Hukuk Kliniği”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 64 (2), 2015, ss. 459-505.

- Ünlütepe, Mustafa, “Temel ve Ortaöğretim Kurumlarında Hukuk Eğitimi Üzerine”, *Legal Hukuk Dergisi*, 14 (161), 2016, ss. 2393-2407.
- Yalçın, Alemdar/Erdoğan-Çeltik, Seher/Altınok, Şadan. (2017). Hukuk Fakültesi Öğrencilerinin Hızlı Okuma Becerilerinin Değerlendirilmesi, *Ahi Evran Üniversitesi Kırşehir Eğitim Fakültesi Dergisi*, 18(3), 2017, ss. 100-114.
- Yüksel, Mehmet, “Bilim Felsefesi ve Sosyal Teori Bağlamında Hukuk Öğretimine Bakmak” *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(2), 2013, ss. 1-13.

İNTERNET KAYNAKLARI

- <http://fatihprojesi.meb.gov.tr/proje-hakkinda/> (ET: 08.03.2019)
- <http://www.eba.gov.tr/ekitap?icerik-id=6374> (ET: 20.10.2019)
- <http://www.eba.gov.tr/ekitap?icerik-id=69249> (ET: 20.10.2019)
- https://dokuman.osym.gov.tr/pdfdokuman/2019/YKS/kilavuz_11022019 (ET: 19.02.2019)
- <https://tccb.gov.tr/konusmalar/353/105577/yargi-reformu-stratejisi-programinda-yaptiklari-konusma> (ET: 18.06.2019)
- <https://www.yenisafak.com/gundem/bakan-selcuk-ders-sayisi-azaltilacak-3432159> (ET: 24.03.2019)

TÜRK YARGI KARARLARI IŞIĞINDA TAKVİYE EDİCİ GIDALARIN DENETİMİ

Inspection of Dietary Supplements in the Light of Court Jurisprudence

Doğan DURNA*

Geliş Tarihi: 27.03.2019 Kabul Tarihi: 28.01.2020

ÖZET

Gıda takviyeleri, bir insanın beslenmesini desteklemek üzere kullanılan ve vitaminler, mineraller, amino asitler, bitkiler ya da bitkisel diyet bileşenleri gibi besin öğelerini içeren ürünler olarak tanımlanmaktadır. Başarılı pazarlama stratejileri, reklam ve internet kaynakları sayesinde takviye edici gıdaların kullanımı son yıllarda artmıştır. Öte yandan son zamanlarda, Türkiye’de ve dünyada standartlara uymayan söz konusu ürünlerin neden olduğu yan etkilere bağlı olarak, zehirlenme ve hatta ölümle sonuçlanan olgulara rastlanmaktadır. Bu nedenle bu ürünlerin denetimi giderek daha da önem kazanmıştır. Bu ürünlerin denetim görevi ve yetkisi, ilgili mevzuat uyarınca Tarım ve Orman Bakanlığına verilmiştir. Ancak mevzuatta yer alan çakışmalar nedeniyle denetim noktasında Sağlık Bakanlığı ile görev, yetki ve sorumluluklar konusunda sorunlar yaşanmaktadır. Çalışmamızda yargı kararları ışığında mevzuatta takviye edici gıdaların denetimi için öngörülen düzenlemeler incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Gıda takviyeleri, Denetim, Sağlık, Gıda hukuku, İdare Hukuku

ABSTRACT

Dietary supplement is defined as “a product that is used by human to supplement the diet and contains dietary ingredients such as vitamins, minerals, amino acids, herbs or other botanical dietary substances”. Consumption of food supplements is increased in recent years due to successful marketing strategies, advertising and internet information sources. On the other hand, depending on the side effects of the products that do not meet the standards, intoxications and even deathcases occur recently in the world and in Turkey. For these reasons, inspection of dietary supplement has become increasingly more important. The inspection duty and authority of these products are given to the Ministry of Agriculture and Forestry in accordance with the relevant legislation. However, at the point of inspection, there are conflicts with the Ministry of Health and Ministry of Agriculture and Forestry, arising from the duplications in the legislation. In this paper, regulations for the inspection of dietary supplement were examined in the light of the jurisprudences of courts.

Keywords: Dietary Supplements, Inspection, Health, Food law, Administrative law

* AB Uzmanı (Hukukçu), e-posta: ddurna79@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-1839-0401, Makalede ileri sürülen görüşler yazarın kişisel görüşleri olup çalıştığı kurum açısından bağlayıcılık ifade etmez.

GİRİŞ

Günümüzde alternatif ya da destekleyici tedavi yöntemlerine ve bunlarla birlikte bitkisel ve gıda takviyesi niteliğindeki ürünlere artan bir ilgi söz konusudur. Reçeteli ilaçların aksine, bitkisel ilaçların ve gıda desteklerinin doğal kökenli oldukları düşüncesiyle, genellikle güvenli, zararsız oldukları ve yan etkileri olmadığı fikri kabul görmektedir.¹ Gelişen bilgi teknolojileri sayesinde gıdaların insan sağlığı üzerinde yararlı özellikleri (antioksidan, besinsel lif vb.) daha da bilinir hale geldikçe, faydalı özellikleri içeren gıda takviyelerinin de insan vücuduna olan etkisi sebebiyle tüketimi artmaktadır. Özellikle meyve ve sebzelerde bulunan *antosiyantinler* ve *fenolik* maddeler gibi antioksidanlar; tahıllarda bulunan besinsel lifler ve süt proteinleri gibi gıda bileşenlerinin sağlık üzerine pozitif etkileri bilinmektedir. Buna bağlı olarak gıda takviyesi olarak bu bileşenlerin ya da gıdaların kullanımı gün geçtikçe yaygınlaşmaktadır.² Bununla beraber, Tarım ve Orman Bakanlığınca öngörülen standartlara uymayan takviye edici gıdalar nedeniyle tüketiciler sıklıkla zarara uğramaktadır. Öte yandan toplumda takviye edici gıdalara ilişkin yeterli bilincin oluşmaması nedeniyle tüketiciler, takviye edici gıdalar yüzünden uğradıkları zararlarda kendi menfaatlerini koruma yollarını bilmedikleri için ya da ispat edemeyecekleri ve sonucun aleyhlerine olacağı düşüncesiyle haklarını aramaktan çekinmektedirler.³ Bu duruma bağlı olarak bu ürünlerin denetimi giderek daha da önem kazanmaktadır. Son zamanlarda, söz konusu ürünlere ait ilaç etkileşimlerinin neden olduğu yan etkilere bağlı olarak, zehirlenme ve hatta ölümle sonuçlanan olgulara rastlanmaktadır.⁴ Örneğin, Eroğlu ve ark. tarafından bildirilen bir olguda 24 yaşında bir erkekte *sibutramine* kullanımına bağlı olduğu düşünülen miyokart enfarktüs öyküsü rapor edilmiştir.⁵ Benzer şekilde, 2004-2013 yılları arasında, Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) gıda takviyelerinin yanlış ve/veya bilgisizce kullanımı sonucunda rahatsızlık belirtileri ile bir yılda yaklaşık 23.000 vakanın

¹ Zeynep Türkmen, Serkan Türkdöğru, Selda Mercan, Münevver Açıkkol, "Bitkisel Ürünlerin ve Gıda Destek Ürünlerinin İçeriklerinin Adli ve Hukuki Boyutu", *Adli Tıp Bülteni*, 2014, C.19, S.1, s.39.

² Derya Atalay, Hande Selen Erge, "Gıda Takviyeleri ve Sağlık Üzerine Etkileri", *Food and Health*, 2018, C.4, S.2, s. 101.

³ <http://www.haberler.com/takviye-gida-kimse-hakini-aramayinca-3-milyar-7640287-haberi/>, ET.19.02.2019

⁴ <https://www.aydinlik.com.tr/zayiflama-ilaci-oldurdu-yasam-agustos-2017>, <https://odatv.com/olum-sacan-zayiflama-ilaci-12061825.html>, ET.26.02.2019., <http://www.gazetevatan.com/zayiflama-hayali-oldurdu--483465-gundem/>, ET.19.02.2019.

⁵ Elif Eroğlu, Gökmen Gemici, Fatih Bayrak, Ali Kemal Kalkan, Muzaffer Değertekin, "Acute myocardial infarction in a 24 year-old man possibly associated with sibutramine use", *Int J Cardiol*, 2009, S.137, s.43.

hastanelere başvurduğu belirtilmektedir.⁶Yine aynı çalışmada takviye edici gıdalar nedeniyle acil servise başvuran hastaların; %58,3 ünü kadınlar, %41,7 sini ise erkekler oluşturmaktadır. Acil servise başvuran hastaların takviye edici gıdaları kullanım amaçları açısından ise, ilk sırada %25,5 ile kilo kaybetmeye yardımcı ürünler, ikinci sırada %10.0 ile enerji veren ürünler, üçüncü sırada ise %3,4 ile cinsel sağlığa yönelik ürünler yer almaktadır.⁷Bu nedenle takviye edici gıdaların düzenlenmesi ve denetlenmesi kamu düzeninin bir parçasıdır. Nitekim kamu düzeni doktrinde; *“bireylerin güvenlik, huzur ve sağlık içinde yaşamaları durumudur”* şeklinde tanımlanmaktadır.⁸ Kamu düzenini sağlamak devletin esaslı görevlerinden biridir. Devlet bu görevi yerine getirmek için gerekli hallerde kişi hak ve özgürlüklerini Anayasa’da belirtilen şekilde sınırlayabilmektedir. Bu kapsamda, kamu düzeni içinde yer alan kamu sağlığının korunmasının önemli bir unsuru olan gıda güvenilirliğini sağlama görevi ve yetkisi, 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu⁹ ve 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin¹⁰ 410’uncu maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile Tarım ve Orman Bakanlığı’na verilmiştir. Bakanlık, kendisine tevdi edilen bu görevleri 5996 sayılı Kanun ve diğer mevzuatta belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde yerine getirmektedir. Ancak uygulamada takviye edici gıdalara ilişkin denetim uygulamalarında, kamu sağlığının korunmasından sorumlu bir diğer kurum olan Sağlık Bakanlığı ile görev, yetki ve sorumluluklar açısından bazı çakışmalar yaşanmaktadır. Bu çalışmada konuya ilişkin yargı kararları çerçevesinde takviye edici gıdaların denetimi ve ortaya çıkabilecek yaptırımlar incelenmiştir.

I. TANIMLAR

Çalışmanın konusunu teşkil eden takviye edici gıda kavramının anlaşılabilmesi için öncelikle bu kavramla ilişkili diğer kavramların tanımlanması uygun olacaktır.

A. Gıda

Bireylerin yaşamını devam ettirebilmesi için beslenme en zaruri ihtiyaçtır. Beslenme, bireylerin hayatta kalmasını, fizyolojik ve zihinsel gelişimini sağlar. Beslenme, ancak besin maddeleri veya diğer genel bir terim olan “gıda

⁶ Geller, A.I., Shehab, N., Weidle, N.J., Lovegrove, M.C., Wolpert, B.J., Timbo, B.B., Mozersky, R.P., Budnitz, D.S., “Emergency department visits for adverse events related to dietary supplements”, The New England Journal of Medicine, 2015, C.373, S.16, <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/nejmsa1504267>, ET.23.03.2019.

⁷ Age.

⁸ Kemal Gözler, Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınları, Bursa, 2018, s.525.

⁹ RG.13.06.2010, S.27610.

¹⁰ RG.10.07.2018, S.30474.

maddeleri” ile mümkündür. Gıda maddesi ise, insanlar tarafından yenilen, içilen, çiğnenen ve insan bedenine fizyolojik etkileri olan sindirilebilir veya sindirim mekanizmasında işlevi olan maddeleridir.¹¹

Gıda kavramı, 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu’nun 3’üncü maddesinin birinci fıkrasının 24’üncü bendinde; *“Doğrudan insan tüketimine sunulmayan canlı hayvanlar, yem, hasat edilmemiş bitkiler, tedavi amaçlı kullanılan tıbbî ürünler, kozmetikler, tütün ve tütün mamulleri, narkotik veya psikotropik maddeler ile kalıntı ve bulaşanlar hariç, insanlar tarafından yenilen, içilen veya yenilmesi, içilmesi beklenen işlenmiş, kısmen işlenmiş veya işlenmemiş her türlü madde veya ürün, içki, sakız ile gıdanın üretimi, hazırlanması veya muameleye tâbi tutulması sırasında kullanılan su veya herhangi bir maddeyi...ifade eder.”* şeklinde tanımlanmıştır.

B. İlaç

İlaç, 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunun¹² 1’inci maddesinde, *“Kodekste muharrer şekil ve formül haricinde ve fenni kaidelere muvafık muayyen ve sabit bir şekilde yapılacak amilinin ismiyle veya hususi bir nam altında ticarete çıkarılan tababette müstamel her nevi basit ve mürekkep devai tertiplere ispençiyari ve tıbbi müstahzarlar ismi verilir.”* şeklinde tanımlanmıştır. Bir diğer ifade ile kodekste yazılı şekil ve formül haricinde, bilimsel kurallara uygun olarak belirli ve sabit bir şekilde üretilen, üreticisinin adıyla veya özel bir isim altında piyasaya sürülen, tıpta kullanılan her türlü basit veya bileşik tedavi edici ürünlere ilaç denir.¹³ İlaç Sanayii Özel İhtisas Komisyonu Raporunda, ilaç (Tıbbi Farmasötik Ürün) insanlarda hastalıklardan korunma, tanı, tedavi veya bir fonksiyonun düzeltilmesi ya da insan yararına değiştirilmesi için kullanılan genellikle bir veya birden fazla yardımcı madde ile formüle edilmiş etkin madde veya maddeleri içeren bitmiş dozaj şeklinde tanımlanmıştır.¹⁴

C. Bitkisel Tıbbi Ürün ve Geleneksel Bitkisel Tıbbi Ürün

Mevzuatımızda, bitkisel tıbbi ürünler, Geleneksel Bitkisel Tıbbi Ürünler Yönetmeliği’nin¹⁵ 4’üncü maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde; *“Etkin madde olarak yalnızca bir veya birden fazla bitkisel drogu, bitkisel preparatı*

¹¹ Emin Koç, “Gıda Güvenliği ve Kamu Sağlığının Korunması”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Temmuz 2015, Y.6, S. 22, s.396.

¹² RG.26.05.1928, S.898.

¹³ Hasan Petek, “Takviye Edici Gıdalar (Özellikle Zayıflatıcı Haplar Ve Çaylar) Sebebiyle Meydana Gelen Zararlardan Sorumluluk”, İstanbul Barosu Dergisi, 2015, C.89,S.2015/6, s.17.

¹⁴ İlaç Sanayii Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı, 2001, Ankara,s.1. www3.kalkinma.gov.tr/DocObjects/Download/3442/oik556.pdf,ET.21.02.2019.

¹⁵ RG. 06.10.2010, S.27721.

ya da bu bitkisel preparatlardan bir veya bir kaçının yer aldığı karışımları ihtiva eden tıbbi ürünü,” şeklinde tanımlanmıştır.

Geleneksel bitkisel tıbbi ürün, 2001/83 sayılı Avrupa Birliği Beşeri Tıbbi Ürünler Hakkındaki Direktifinde, *“Yalnızca bir ya da daha fazla bitkisel madde ya da bir ya da daha fazla bitkisel terkip ya da bir ya da daha fazla bu bitkisel terkip ile kombinasyon halinde bir veya daha fazla bitkisel maddeden oluşan aktif maddeleri içeren herhangi bir tıbbi ürün.”* şeklinde tanımlanmıştır.¹⁶

Mevzuatımızda, geleneksel bitkisel tıbbi ürün, Geleneksel Bitkisel Tıbbi Ürünler Yönetmeliği’nin 4’üncü maddesinin (f) bendinde, *“Bileşiminde yer alan tıbbi bitkilerin başvuru tarihinden önce Türkiye’de veya Avrupa Birliği üye ülkelerinde en az on beş yıldır, diğer ülkelerde ise otuz yıldır kullanılıyor olduğu bibliyografik olarak kanıtlanmış; terkip ve kullanım amaçları itibarıyla, hekimin teşhis için denetimi ya da reçetesi ya da tedavi takibi olmaksızın kullanılması tasarlanmış ve amaçlanmış olan, geleneksel tıbbi ürünlere uygun özel endikasyonları bulunan, sadece spesifik olarak belirlenmiş doz ve pozolojiye uygun özel uygulamaları olan, oral, haricen uygulanan veya inhalasyon yoluyla kullanılan müstahzarları”* ifade eder şeklinde tanımlanmıştır.

Ç. Takviye Edici Gıda

Takviye edici gıdalar 5996 sayılı Kanunu’nun 3’üncü maddesinin birinci fıkrasının 65’inci bendinde; *“Normal beslenmeyi takviye etmek amacıyla, vitamin, mineral, protein, karbonhidrat, lif, yağ asidi, amino asit gibi besin öğelerinin veya bunların dışında besleyici veya fizyolojik etkileri bulunan bitki, bitkisel ve hayvansal kaynaklı maddeler, biyoaktif maddeler ve benzeri maddelerin konsantre veya ekstraktlarının tek başına veya karışımlarının, kapsül, tablet, pastil, tek kullanımlık toz paket, sıvı ampul, damlalıklı şişe ve diğer benzeri sıvı veya toz formlarda hazırlanarak günlük alım dozu belirlenmiş ürünler”* olarak tanımlanmıştır.

Buna göre bir ürünün takviye edici gıda olarak tanımlanması için gıda, ilaç ve bitkisel tıbbi ürün tanımına girmemesi gerekmektedir. 5996 sayılı Kanunu’nun 28’inci maddesi uyarınca, *“Takviye edici gıdaların üretim, ithalat, ihracat ve kontrolüne ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça belirlenir.”* İlgili hüküm uyarınca takviye edici gıdaların üretim, ithalat, ihracat ve kontrolüne ilişkin usul ve esaslar Tarım ve Orman Bakanlığınca belirlenmektedir. Yine aynı maddede özel tıbbî amaçlı diyet gıdaların üretim, ithalat, ihracat ve kontrolüne ilişkin usul ve esasların Sağlık Bakanlığınca belirleneceği hüküm altına alınmıştır.

¹⁶ https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/files/eudralex/vol-1/dir_2001_83_consol_2012/dir_2001_83_cons_2012_en.pdf, ET.08.03.2019.

II. TAKVİYE EDİCİ GIDALARIN ONAY SÜRECİ

Takviye gıdaların ithalatı, üretimi, işlenmesi ve piyasaya arzına ilişkin usul ve esasları belirlemek amacıyla çıkarılan Takviye Edici Gıdaların İthalatı, Üretimi, İşlenmesi ve Piyasaya Arzına İlişkin Yönetmelik¹⁷ uyarınca takviye edici gıdaları ithal etmek, üretmek, işlemek ve piyasaya arz etmek isteyen kurumların işletme kayıt belgesi alması zorunludur (m.11, f.1). Bu Yönetmelik kapsamında gıda işletmecisi: Kâr amaçlı olsun veya olmasın kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek veya tüzel kişiler tarafından gıdanın üretimi, ithalatı, işlenmesi ve piyasaya arzının herhangi bir aşamasında kontrolü altında yürütülen faaliyetlerin mevzuat hükümlerine uygunluğundan sorumlu olan gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır (m.4, f.2/d). Bu çerçevede, gıda işletmecisi, Takviye Edici Gıda Komisyonu veya il müdürlüğü tarafından değerlendirilecek takviye edici gıdalar için hazırladığı dosyayla birlikte il müdürlüğüne başvurur. Takviye edici gıdanın gıda işletmecisine ait alan adı ve URL adres/adreslerinde mevzuata aykırı reklam ve tanıtımının yapılmaması, ancak kendisine ait olmayan alan adı ve URL adres/adreslerinde mevzuata aykırı reklam ve tanıtımın olması halinde, gıda işletmecilerinin reklam ve tanıtımın kaldırılmasına yönelik kanuni yollara başvuracağına dair taahhütnameyi il müdürlüğüne vermesi durumunda dosya onay başvurusu için il müdürlüğünce değerlendirmeye alınır (m.9, f.3). Gıda işletmecisi, onay başvurusu yapacağı her takviye edici gıda için Ek-1’de¹⁸ belirtilen bilgi ve belgeler ile il müdürlüğüne müracaat eder. İl müdürlüğü, dosyadaki bilgi ve belgelerin eksik veya yanlış hazırlanmış olması durumunda, eksiklik ve/veya yanlışlıkları gıda işletmecisine resmî yazı ile bildirir. İl müdürlüğü, dosyadaki bilgi ve belgelerin tam ve doğru olması durumunda, takviye edici gıdaya vermiş olduğu onay numarasını gıda işletmecisine resmî yazı ile bildirir (m.12, f.1). Şayet takviye edici gıda 2-4 yaş grubuna yönelik ise il müdürlüğü, 2-4 yaş grubuna yönelik takviye edici gıdanın onay başvurusunu takviye edici gıda komisyonunca değerlendirilmek üzere Bakanlığa gönderir. Bakanlık, 2-4 yaş grubuna yönelik takviye edici gıdanın onayına yönelik olarak ilave bilgi ve belgeler talep edebilir. Bakanlık, 2-4 yaş grubuna yönelik takviye edici gıdanın değerlendirme sonucunu resmî yazıyla il müdürlüğüne bildirir (m.12, f.2/3/4).

Bakanlıkça onaylanan takviye edici gıdaların listesi ile bu gıdaları üreten, işleyen ve ithal eden gıda işletmeleri, Bakanlığın resmi internet sitesinde

¹⁷ RG.02.05.2013,S.28635.

¹⁸ Takviye Edici Gıdaların Onay Başvurusunda İstenen Bilgi ve Belgeler,1.Takviye edici gıdanın ticari markası ve ismi, 2.Yüzde bileşen listesi, 3.Spesifikasyon belgesi, 4.Tavsiye edilen günlük alım dozu, 5.Takviye edici gıdanın üretildiği işletmede HACCP ve/veya GMP uygulandığına dair taahhütname, 6.Fason üretimlerde fason sözleşmesi, 7.Bitki listesinde pozitif olan ve takviye edici gıdada kullanımına izin verilen botaninin adı, latince adı ve kullanılan kısmı, 8.İşletmenin kendi alan adı ve URL adres/adresleri (varsa), 9.Ücret makbuzu,10. Yönetmeliğin 9’uncu maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen taahhütname.”

güncellenerek yayınlanır(m.9, f.5). Hâlihazırda onaylı takviye edici gıda listesinde 5480 adet takviye edici gıda kayıtlıdır.¹⁹

Takviye edici gıdalar onay alınmadan üretilemez, işlenemez, ithalatı yapılamaz ve piyasaya arz edilemez (m.10, f.5). Yine aynı maddenin altıncı fıkrasında gıda işletmecisinin, yalnızca Bakanlıkça onaylanan takviye edici gıdaları ithal etmek, üretmek, işlemek ve piyasaya arz etmek zorunda olduğu hükme bağlanmıştır. Ayrıca gıda işletmecilerine, takviye edici gıdanın elde edildiği hayvan, bitki ya da gıda maddesinde öngörülen veya ortaya çıkması beklenen herhangi bir maddenin tespit edilmesi için hammadde temini, ithalat, üretim, işleme ve piyasaya arzıyla ilgili tüm aşamalarında izlenebilirliği tesis etme; izlenebilirlik sistemini gözden geçirerek sistemin çalıştığını doğrulama ve kayıt altına alma; takviye edici gıdanın elde edildiği hayvan, bitki ya da gıdanın içeriğinde bulunabilecek herhangi bir maddeyi, temin ettiği kaynağı ve satışını yaptığı yerleri belirleme zorunluluğu getirilmiştir (m.14).

Üretilen, ithal edilen veya işlenen takviye edici gıdalar, ithalatçısının ve/veya üreticisinin ve/veya işleyicisinin kendi satış yerinde, piyasaya arz ettiği gıda işletmelerinde veya bu işletmelerin toptan satış depolarında veya gıda işletmecisi tarafından beyan edilen alan adı ve URL adres veya adreslerinde veya gıda işletmecisi ile sözleşme yapılan doğrudan satıcı tarafından satışa sunulmak zorundadır (m.13). Geleneksel bitkisel ürünler ile ilaçların toptan satışı ecza depolarından, perakende satışı ise eczanelerden yapılmasına rağmen, takviye edici gıdaların internet dâhil birçok yerde satılabilmesi, bu ürünlerden kaynaklanan zararların artmasına da sebep olmaktadır.²⁰

III. DENETİME YETKİLİ ORGANLAR

5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu’nun 3’üncü maddesinde; *“Gıda işletmecisi: Kâr amaçlı olsun veya olmasın kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek veya tüzel kişiler tarafından gıdanın üretimi, işlenmesi ve dağıtımının herhangi bir aşamasında kontrolü altında yürütülen faaliyetlerin, mevzuat hükümlerine uygunluğundan sorumlu olan gerçek veya tüzel kişiyi,”*“Perakende: Ana dağıtım merkezleri, hazır yemek hizmeti, işyeri ve kurum yemekhaneleri, restoranlar ve diğer benzeri gıda hizmetlerinin sunulduğu yerler, dükkânlar, toptan satış yerleri, süpermarket dağıtım merkezleri dâhil olmak üzere son tüketiciye satış ya da dağıtım noktasında gıdanın işlenmesi veya muameleye tâbi tutulması veya depolanmasını,” ifade eder şeklinde tanımlanmıştır.

Yine aynı Kanun’un 28’inci maddesinde, *“Takviye edici gıdaların üretim, ithalat, ihracat ve kontrolüne ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça belirlenir.”* hükmü

¹⁹ <http://ggbs.tarim.gov.tr/>, ET.04.03.2019.

²⁰ Petek, s.32.

yer almaktadır. İlgili hüküm uyarınca takviye edici gıdaların üretim, ithalat, ihracat ve kontrolüne ilişkin usul ve esaslar Tarım ve Orman Bakanlığınca belirlenmektedir. Bununla beraber aynı maddede özel tıbbî amaçlı diyet gıdaların üretim, ithalat, ihracat ve kontrolüne ilişkin usul ve esasların Sağlık Bakanlığınca belirleneceği hüküm altına alınmıştır. 5996 sayılı Kanunun 45’inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca adı geçen Kanun kapsamındaki faaliyetleri yürütmeye, resmî kontrolleri yapmaya, ilgili taraflara görev ve sorumluluk vermeye, koordinasyon sağlamaya Tarım ve Orman Bakanlığı yetkilidir.

Eczanelerde hangi ürün ve ürün gruplarının satılabileceği 6179 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanunun²¹ 28’inci maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, *“Beşerî ilaçlar, Sağlık Bakanlığından ruhsatlı geleneksel bitkisel tıbbi ürünler; Sağlık Bakanlığının iznine tabi olan homeopatik tıbbi ürünler, enteral beslenme ürünleri dâhil özel tıbbi amaçlı diyet gıdalar ve özel tıbbi amaçlı bebek mamaları münhasıran eczanede satılır. İlgili bakanlıktan izin, ruhsat veya fiyat alınarak üretilen veya ithal edilen gıda takviyeleri, eczacılık ve ziraatta kullanılan ilaç, kimyevi madde ve diğer sağlık ürünleri, veteriner biyolojik ürünler hariç veteriner tıbbi ürünleri, kozmetik ürünler, kapsamı Sağlık Bakanlığınca belirlenen tıbbi malzemeler, anne sütü ve beslenme yetersizliğinde kullanılan çocuk mamaları ile erişkinlerin metabolizma bozukluklarında kullanılan tüm destekleyici ürünler ve Türk Eczacıları Birliği tarafından çıkarılan bilimsel yayınlar eczanelerde satılabilir.”* Aynı Kanunun 5’inci maddesinde, Eczaneler için belediyeden ayrıca bir iş yeri ruhsatı alınması ve belediyeye harç ödenmesi gerekmeyeceği, Eczaneler için ayrıca başka herhangi bir kurum veya kuruluştan kayıt veya onay belgesi aranmayacağı hüküm altına alınmıştır.

Bu çerçevede, Tarım ve Orman Bakanlığının denetimine tabi ürünleri satan eczaneler her ne kadar doğrudan gıda işletmecisi niteliğinde olmasa da 6197 sayılı Kanun uyarınca eczanelerde satışına izin verilen takviye edici gıdalar ve bebek mamalarının gıda niteliğinde olduğu ve bu gıdaların ilgili mevzuatta tanımlanan şekilde eczanelerde muhafaza edildiği, depolandığı ve satıldığı açıktır. Dolayısıyla gıda takviyesi satan işyerlerinin ilgili mevzuat hükümleri uyarınca Tarım ve Orman Bakanlığından gerekli izinleri alması gerekmektedir.

Eczanelerin işletme kayıt belgesi alması zorunluluğuna ilişkin idari işlemin iptali talebiyle İstanbul Eczacı Odası tarafından açılan davada, Ankara 3.İdare Mahkemesi 01.11.2017 tarihli ve E.2017/1459,K.2017/3326 sayılı Kararının²² gerekçesinde, *“Yukarıda yer verilen mevzuat hükümlerinin değerlendirilmesinde; eczane açma ruhsatnamesi verilen eczanelerin faaliyet göstermesi için başkaca bir kurumdan kayıt veya onay belgesi alma*

²¹ RG.24.12.1953, S.8591.

²² Ankara 3.İdare Mahkemesinin 01.11.2017 tarihli ve E.2017/1459,K.2017/3326 sayılı Kararı.

gerekliliklerinin olmadığı, Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmelikte gıda takviyelerinin tanımının yapıldığı, Bakanlığın kontrol ve kayıt işlemlerinin takviye edici gıdaların eczanelere satış amacıyla gelmesinden önceki dönemi kapsadığı, nitekim anılan Yönetmeliğin 42.maddesinde de eczanelerde ilgili makamlardan ruhsat ve izin almış gıda takviyelerinin satışının yapılabileceğinin düzenlendiği görüldüğünden; tabi olduğu mevzuat gereği başka bir kurumdan ruhsat ve onay belgesi alma zorunluluğu olmayan ve eczacılık faaliyeti yanında gıda takviyeleri satımı yapabilecekleri de düzenlenen eczanelerin, takviye edici gıda, bebek maması v.b. gıdaların satışını yapmaları halinde Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı tarafından kayıt altına alınmalarına ve resmi kontrollerinin yapılmasına ilişkin tesis edilen dava konusu işlemlerde hukuk uygunluk bulunmamaktadır.” denilerek Tarım ve Orman Bakanlığının işlemini iptal etmiştir. Bu karara ilişkin Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından yapılan istinaf başvurusu Ankara Bölge İdare Mahkemesinin (BİM) 12.İdari Dava Dairesinin 13.02.2018 tarihli ve E.2018/149, K.2018/187 sayılı Kararıyla²³ reddedilmiştir. Benzer gerekçeyle Ankara 14.İdare Mahkemesince verilen 23.03.2018 tarihli ve E.2017/2599, K.2018/500 sayılı iptal Kararına ilişkin Bakanlıkça yapılan istinaf başvurusu da, yine Ankara Bölge İdare Mahkemesinin 12.İdari Dava Dairesinin 07.06.2018 tarihli ve E.2018/710, K.2018/734 sayılı Kararıyla reddedilmiştir.²⁴

İdare mahkemelerince verilen bu kararlar neticesinde, takviye edici gıdaları satan eczanelerin bu ürünler açısından Tarım ve Orman Bakanlığınca denetlenme imkânı önemli ölçüde zaafa uğramıştır. Kanımızca, bu karar hukuka uygun değildir. Şöyle ki, 5996 sayılı Kanunun 28 ve 45’inci maddeleri halen yürürlüktedir. Bu maddeler ile verilen takviye edici gıdaların denetim yetkisi ve görevi halen Tarım ve Orman Bakanlığındadır. Nitekim aynı konuya ilişkin olarak Gaziantep 1.İdare Mahkemesinin 08.05.2014 tarihli ve E.2013/1373,K.2014/352sayılı Kararının²⁵ gerekçesinde, “...eczanelerin takviye edici gıda satışı yapabilecekleri, eczane ruhsatı almanın tıbbi amaçlı ilaç satışıyla ilgili bir ruhsat olduğu ve bu ruhsatı İl Sağlık Müdürlüğünün verdiği, ancak takviye edici gıda satışıyla ilgili ürün takip ve kontrollerini İl Gıda Tarım ve Hayvancılık Müdürlüğünün yaptığı, dolayısıyla eczacılık ruhsatının tek başına takviye edici gıda satışını denetimsiz bir şekilde yapabilme yetkisini içermediği, bir başka ifadeyle; satabilme yetkisinin satış koşullarında aranan kurallara uymamayı içermediği, nitekim ne 6197 sayılı Kanunda ne de 5996

²³ T.C Ankara BİM 12.İdari Dava Dairesinin 13.02.2018 tarihli ve E.2018/149, K.2018/187 sayılı Kararı.

²⁴ T.C Ankara BİM 12.İdari Dava Dairesinin 07.06.2018 tarihli ve E.2018/710, K.2018/734 sayılı Kararı.

²⁵ T.C Gaziantep 1.İdare Mahkemesinin 08.05.2014 tarihli ve E.2013/1373,K.2014/352 sayılı Kararı.

*sayılı Kanunda eczanelerin takviye edici gıda satışıyla ilgili denetimlerden ve satılan ürünlerle ilgili işletme kayıt belgesi almaktan muaf olduğu konusunda açık bir hükme yer verildiği, bunun yanında eczanelerin belediyeden ayrıca işyeri açma ruhsatı alması gerekmediğinin kanunda açıkça düzenlendiği, öte yandan, ilaçlarla ilgili denetim yetkisinin Sağlık Bakanlığına, gıdalarla ilgili denetimin ise Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığına ait olduğu, bu sebeple halk sağlığını korumakla yükümlü olan ve 5996 sayılı Kanunla yetkilendirilen İl Gıda Tarım ve Hayvancılık Müdürlüğü elemanlarının takviye edici gıda satışı yapan eczanelerde işletme kayıt belgesinin aranmasının yerinde ve yasal bir uygulama olduğu sonucuna varılmıştır.”*denilerek 8. Bölge Gaziantep Eczacılar Odası Başkanlığınca açılan davanın reddine karar vermiştir.

Bu nedenle eczanelerin, 6179 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun’un 5’inci maddesi uyarınca başka bir makamdan kayıt ve onay alma zorunluluğun olmaması eczanelerde satılan takviye edici gıdaların resmi denetimlerini engelleyici bir hüküm değildir. Eczaneler, Tarım ve Orman Bakanlığından kayıt ve onay almadan bu ürünleri satabilseler bile ilgili kanun hükümleri uyarınca Bakanlığın denetimine tabi olacaklardır. Örneğin; Eczanede son kullanım tarihi geçmiş takviye edici gıda tespit edilmesi halinde Bakanlıkça idari yaptırım uygulanabilecektir. Nitekim eczanelerin faaliyetleri, sosyal güvenlik mevzuatı hükümleri açısından Sosyal Güvenlik Kurumunca, mali hükümler açısından Gelir İdaresi Başkanlığınca kendi mevzuatlarına göre denetlenebilmektedir. Aksi durumun kabulü insan sağlığı açısından sıkça suiistimal edilen takviye edici gıdaların denetimini zaafa uğratarak halk sağlığını tehlikeye atacaktır.

Mahkeme kararları neticesinde ortaya çıkan bir diğer sorun ise eczanelerde satılan takviye edici gıdaların denetiminin hangi makamca yapılacağıdır. Bu denetim, Tarım ve Orman Bakanlığınca yapılamayacaksa hangi makam ya da makamlarca hangi kanun hükümlerine dayanılarak yapılacaktır? Örneğin; Eczanelerde son kullanım tarihi geçmiş takviye edici ürünlerin tespit edilmesi halinde idari yaptırım hangi kanuna dayanılarak hangi makamca uygulanacaktır? Bu denetimler, Sağlık Bakanlığınca yerine getirilecekse Bakanlık hangi kanun hükmüne dayanarak bu denetimi gerçekleştirecektir?

IV. TAKVİYE EDİCİ GIDALARDA SAĞLIK BEYANI KULLANIMI

Sağlık beyanı, Türk Gıda Kodeksi Beslenme ve Sağlık Beyanları Yönetmeliği’nin 4’üncü maddesinin ikinci fıkrasının (ğ) bendinde; *“Herhangi bir gıda grubunun, gıdanın veya gıdanın bileşiminde bulunan öğelerin sağlıkla ilişkisini belirten, ileri süren veya ima eden beyanı...ifade eder.”*²⁶ şeklinde tanımlanmıştır. Bu kapsamda, sağlık beyanlarının yapılabilmesine ilişkin genel koşullar ilgili Yönetmeliğin 5’inci maddesinde belirtilmiştir.

²⁶ RG.26.01.2017, S.29960 Mükerrer.

Yönetmelik ekinde ise sağlık beyanı ifadelerinin ne şekilde kullanılabileceği açıklanmıştır. Örneğin;

Besin Ögesi, Madde, Gıda Veya Gıda Kategorisi	Beyan	Beyan Koşulu	Sağlıkla İlişkisi ⁽¹⁾
Demir	“Demir kırmızı kan hücrelerinin ve hemoglobinin normal oluşumuna katkıda bulunur.”	Gıdadaki demir miktarının Ek-1’de yer alan vitamin ve/veya mineraller ile ilgili en az “kaynak” beyanı için geçerli olan koşulu karşılaması gerekir.	Kırmızı kan hücrelerinin ve hemoglobinin oluşumu

⁽¹⁾Bu sütunda yer alan bilgiler beyan olarak kullanılmaz. Sadece ‘Beyan’ sütununda yer alan ibareler beyan koşuluyla birlikte beyan olarak kullanılır.

Adı geçen Yönetmeliğin 7’nci maddesinin ikinci fıkrası ve Türkiye İlaç ve Tıbbi cihaz Kurumunca çıkarılan Sağlık Beyanı İle Satışa Sunulan Ürünlerin Sağlık Beyanları Hakkında Yönetmeliğin²⁷ 11’inci maddesi uyarınca gıda takviyeleri ve gıdalara ilişkin sağlık beyanlarının izin işlemleri Tarım ve Orman Bakanlığı, Gıda ve Kontrol Genel Müdürlüğünün iznine tabi iken 7151 sayılı Kanunla, 5996 sayılı Kanunun 23’üncü maddesinin ikinci fıkrasında yapılan değişiklikle, “Gıda ve takviye edici gıdaların etiketinde, tanıtımında veya reklamında sağlık beyanı kullanılabilesine Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumunca izin verilir.” hükmü getirilmiştir. Yapılan bu değişiklik ile gıda ve takviye edici gıdalarda sağlık beyanı kullanımı Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu’nun iznine tabi olmuştur.²⁸ Öte yandan, gıda ve gıda takviyelerinin Sağlık Beyanı İle Satışa Sunulan Ürünlerin Sağlık Beyanları Hakkında Yönetmelikte belirtilen sağlık beyanı haricinde tanıtılması halinde Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu, tanıtımı ve ürünün piyasaya arzını durdurma, toplama, toplatma, imha iş ve işlemlerini yapar veya yaptırır (m.11/f.1).

V. REKLAM MEVZUATI AÇISINDAN TAKVİYE EDİCİ GIDALAR

Takviye edici gıdalara ilişkin en problemlı alanlardan birisi de reklamlardır. Takviye edici gıdalar, tıp literatüründe hastalık olarak tanımlanan obezite,²⁹erektil disfonksiyon ve prematüre ejakülasyon gibi hastalıkları tedavi edebileceğine yönelik sağlık beyanlarını içeren reklamlara sıklıkla konu olmaktadır. Öte yandan bu ürünlere ilişkin bir diğer önemli sorun da aldatıcı

²⁷ RG.07.06.2013, S.28670.

²⁸ RG.05.12.2018, S.30616.

²⁹ <https://hsgm.saglik.gov.tr/tr/obezite/obezite-nedir.html>, ET.25.02.2019.

tedavi edici beyanın Tarım ve Orman Bakanlığınca onaylandığı izlenimini verecek şekilde reklam yapılmasıdır. Yukarda da izah edildiği üzere takviye edici gıdalara yönelik, Tarım ve Orman Bakanlığınca verilen onay bu ürünlerin tedavi edici bir özelliği olup olmadığına ilişkin değildir.

Bu uygulamalara ilişkin yaptırımlar, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un³⁰ ilgili hükümlerine dayanılarak çıkarılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nde³¹ düzenlenmiştir. Takviye edici gıdalara ilişkin reklamlar, aynı Yönetmeliğin 26'ncı maddesinde, *"ilaçlar, beşeri tıbbi ürünler, tıbbi cihazlar, sağlık hizmetleri, gıdalar, takviye edici gıdalar, kozmetik ve temizlik ürünleri, tütün mamulleri ve alkollü içkiler gibi reklama ilişkin özel düzenlemesi bulunan mal veya hizmetlerin reklamları, ilgili mevzuatında yer alan reklam ve tanıtımla ilgili diğer hükümlere de uygun olmalıdır."* şeklinde düzenlenmiştir. Yine aynı Yönetmeliğin, Haksız ticari uygulama yasağı başlıklı 28'inci maddesinde haksız ticari uygulama, *"Tüketicilere yönelik bir ticari uygulamanın; mesleki özenin gereklerine uymaması ve ulaştığı ortalama tüketicinin ya da yöneldiği grubun ortalama üyesinin, bir mal veya hizmete ilişkin ekonomik davranış biçimini önemli ölçüde bozması veya bozma ihtimalinin olması durumunda haksız olduğu kabul edilir."* şeklinde tanımlanmıştır. Aynı maddenin dördüncü fıkrasında, Yönetmelik ekinde yer alan Haksız Ticari Uygulama Olarak Kabul Edilen Örnek Uygulamalar A - Aldatıcı Ticari Uygulamalar başlıklı ekinde, *"13) İlgili mevzuatına aykırı olarak, bir mal veya hizmet hakkında sağlık beyanında bulunmak."* her durumda aldatıcı ticari uygulama olarak kabul edilmiştir.

Haksız ticari uygulamalar açısından, 6502 sayılı Kanunun 62'nci maddesinde belirtilen yükümlülüklerle aykırı hareket edenler hakkında haksız ticari uygulamanın üç aya kadar tedbiren durdurulması veya durdurulması yaptırımı veya beş bin Türk Lirası idarî para cezası uygulanır. Reklam Kurulu, ihlâlin niteliğine göre bu cezaları birlikte veya ayrı ayrı verebilir. İdari para cezası, aykırılık ülke genelinde gerçekleşmiş ise elli bin Türk Lirası olarak uygulanır. Bu uygulamaların reklam yoluyla gerçekleştirildiğinin tespiti halinde 6502 sayılı Kanunun 77'nci maddesinin 12'nci fıkrası hükümleri uygulanacaktır.

Bu hüküm uyarınca, Kanunun reklamlara ilişkin 61'inci maddesinde belirtilen yükümlülüklerle aykırı hareket eden reklam verenler, reklam ajansları ve mecra kuruluşları hakkında durdurma veya aynı yöntemle düzeltme veya idarî para cezası ve gerekli görülen hâllerde de üç aya kadar tedbiren durdurma cezası uygulanabilecektir. Reklam Kurulu, ihlâlin niteliğine göre bu cezaları birlikte veya ayrı ayrı verebilir. Aykırılık;

a) Yerel düzeyde yayın yapan televizyon kanalı aracılığı ile gerçekleşmiş ise on bin Türk Lirası, (2019 yılı itibarıyla 17.094 TL)

b) Ülke genelinde yayın yapan televizyon kanalı aracılığı ile gerçekleşmiş ise iki yüz bin Türk Lirası, (2019 yılı itibarıyla 341.921 TL)

³⁰ RG.28.11.2013, S.28835.

³¹ RG.10.01.2015, S.29232.

c) Süreli yayınlar aracılığıyla gerçekleşmiş ise (a) ve (b) bentlerinde belirtilen cezaların yarısı, (2019 yılı itibarıyla 8.547 ve 170.960 TL)

ç) Yerel düzeyde yayın yapan radyo kanalı aracılığı ile gerçekleşmiş ise beş bin Türk Lirası, (2019 yılı itibarıyla 8.546 TL)

d) Ülke genelinde yayın yapan radyo kanalı aracılığı ile gerçekleşmiş ise elli bin Türk Lirası, (2019 yılı itibarıyla 85.480 TL)

e) İnternet aracılığı ile gerçekleşmiş ise elli bin Türk Lirası, (2019 yılı itibarıyla 85.480 TL)

f) Kısa mesaj aracılığı ile gerçekleşmiş ise yirmi beş bin Türk Lirası, (2019 yılı itibarıyla 42.738 TL)

g) Diğer mecralar aracılığı ile gerçekleşmiş ise beş bin Türk Lirası, (2019 yılı itibarıyla 8.546) idarî para cezası verilir. Reklam Kurulu, idarî işleme konu ihlâlin bir yıl içinde tekrar edilmesi hâlinde yukarıda belirtilen idarî para cezalarını on katına kadar uygulayabilir. (6502, m.77)³²

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda düzenlenen idarî yaptırımları uygulayacak merciler Kanunun 78'inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, Kanunun 77'nci maddesinin ikinci, yedinci, sekizinci, dokuzuncu ve on birinci fıkralarındaki idarî yaptırımlar Bakanlık tarafından verilir; on ikinci ve on üçüncü fıkraları uyarınca Reklam Kurulu tarafından karar verilen idarî yaptırımlar Bakanlık tarafından uygulanır. Diğer fıkralarındaki idarî yaptırımlar ise yaptırım uygulananın merkezinin bulunduğu valilik tarafından uygulanır (6502, m.78).

Danıştay 15. Dairesi 15.12.2015 tarihli ve E.2015/8269,K.2015/8767 sayılı Kararında, internet sitesi üzerinde satılan ürünün reklamlarında endikasyon belirten sağlık beyanına yer verilmesi nedeniyle idarî para cezası verilmesi ve anılan reklamların durdurulmasınayönelik işlemin iptali için Ankara 15. İdare Mahkemesi'nin 10.04.2015 tarih ve E.2014/1677, K.2015/503 sayılı kararının idarî para cezası işleminin iptale ilişkin kısmının onanmasına," karar vermiştir. Kararın gerekçesinde ürüne yönelik tanıtımlarda kullanılan ifadelerde endikasyon belirten sağlık beyanlarına yer verildiği, tıp literatüründe hastalık olarak kabul edilen ve hekim kontrolünde tedavi edilmesi gereken bazı sağlık sorunlarının anılan gıda ile tedavi edilebileceği izlenimi oluşturulduğuve bu suretle tüketicileri aldatıcı ve yanıltıcı nitelikte olduğuna karar vermiştir. Öte yandan kararın verildiği dönemde 6502 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi nedeniyle önceki kanuna göre idarî para cezaları açısından daha lehe bir düzenleme getiren 6502 sayılı Kanunun hükümlerinin uygulanması gerektiği gerekçesiyle bu konuda idarelerce, 4077 sayılı Kanuna göre verilen idarî yaptırımların idarî para cezasına ilişkin kısımları bozulmuştur.³³

³² 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 77 nci Maddesine Göre 2019 Yılında Uygulanacak Olan İdari Para Cezalarına İlişkin Tebliğ, RG.26.12.2018, S.30637.

³³ Danıştay 15. Dairesi, 15.12.2015 tarihli ve E.2015/8269,K.2015/8767 sayılı Kararı, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

Danıştay 15. Dairesi 20.03.2015 tarihli ve E.2015/5657,K.2015/5925 sayılı bir diğer kararında,³⁴ *davacıya ait adlı internet sitesinin 23.01.2013 tarihli görünümünde yer alan muhtelif gıda takviyelerine ilişkin reklam ve tanıtımların, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Kanunu'na aykırılık teşkil ettiği iddialarıyla 87.915,00-TL idari para cezası verilmesi ile anılan reklamların durdurulmasına ilişkin 05/04/2013 tarih ve 4108 sayılı işlemin iptali istemiyle açılan davada,...* İdare Mahkemesince; ilgili mevzuat hükümlerine göre reklam ve tanıtım yoluyla herhangi bir gıda maddesinin hastalıkları önleme, iyileştirme ve tedavi özelliğinin bulunduğunun belirtilemeyeceği, hatta bu özelliklerin ima edilmesinin dahi yasaklanmış olduğu halde, ürünlerin tanıtılması aşamasında tüketicinin yanıltılmasına neden olacak bu yönde ifadelerin kullanılması suretiyle reklam yapıldığı; bu durumda davacı şirkete 12.03.2013 tarih ve 210 sayılı Reklam Kurulu kararına istinaden 87.915-TL idari para ve reklam durdurma cezaları verilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle verilen red kararını...4077 sayılı Kanunun 16.maddesine aykırılığı tespit edilen davacıya uygulanan idari yaptırımın yerinde olduğu ancak, davacıya verilen idari para cezasının 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Kanunun 61.maddesine aykırılık halinde müeyyideyi düzenleyen 77.maddesinin 12.fıkrası (e) bendinin davacı lehine uygulanması gerektiğinden dava konusu işlemde ve temyize konu mahkeme kararında bu yönüyle hukuka uygunluk görülmemiştir.” gerekçesiyle Ankara 14. İdare Mahkemesi’nin 27.10.2014 tarih ve E. 2013/735; K. 2014/1189 sayılı kararının; idarî para cezasına ilişkin kısmının reddine yönelik kısmının bozulmasına oyçokluğuyla, reklamın durdurulmasına ilişkin kısmının reddine yönelik kısmının ise onanmasına oybirliğiyle karar vermiştir.

A. Başvuru Yolları

5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun³⁵ 3’üncü maddesine göre diğer kanunlarda düzenlenen idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hüküm bulunmadığı hallerde, Kabahatler Kanunu’nun idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yollarına ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda düzenlenen idarî yaptırım kararları açısından uygulanacaktır.Bu hüküm uyarınca idarî yaptırım öngören diğer kanunlarda, bu yaptırımlara ilişkin başvuru yolu olarak sulh ceza hâkimliğinden başka bir mercii öngörülmüşse itirazlar o yargı merciinde incelenecektir. Örneğin; idari yaptırım öngören kanunda, başvuru mercii olarak idare mahkemesi öngörülmüşse idare mahkemesine başvuruda bulunulacaktır. Başvuru süresine ilişkin kanunda özel bir hüküm bulunması halinde yine bu süre içinde başvuru yapılması zorunludur. Bulunmadığı takdirde ise 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun öngörülen genel hükümlerine göre dava açılacaktır.

³⁴ Danıştay 15. Dairesi, 20.03.2015 tarihli ve E.2015/5657,K.2015/5925 sayılı Kararı, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

³⁵ RG.31.03.2005, S.25772.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda öngörölen idarî yaptırım kararlarına karşı itiraz mercileri aynı Kanunun 78'inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, bu Kanun hükümlerine göre verilen idarî yaptırım kararlarına karşı 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre idarî yargı yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir. Ancak idare mahkemesinde dava, işlemin tebliğini izleyen günden itibaren otuz gün içinde açılmak zorundadır. Yine, idare mahkemesinde iptal davası açılmış olması, kararın yerine getirilmesini durdurmaz. Bu Kanuna göre verilen idarî para cezalarının, tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenmesi zorunludur (6502, m.78).

B. Uzlaşma

7061 sayılı Kanunun³⁶ 116'ncı maddesi ile 6502 sayılı Kanunda yapılan değişiklik ile Kanun kapsamında verilmiş idarî para cezaları için uzlaşma imkânı getirilmiştir. Kanuna eklenen 77/A maddesi ile; Kanunda öngörölen idarî para cezaları hakkında, ceza muhatabı tarafından, tespit edilen aykırılıkların kanun hükümlerine yeterince nüfuz edememekten veya kanun hükümlerinin yanlış yorumlanmasından kaynaklandığının veya yargı kararları ile idarenin ihtilaf konusu olayda görüş farklılığının olduğunun ileri sürölmesi halinde, Bakanlığa bu maddede yer alan hükümler çerçevesinde idarî para cezasının muhatabı ile uzlaşabilme imkânı getirilmiştir. Reklam Kurulu tarafından verilen idarî para cezaları hariç olmak üzere, Bakanlık tarafından verilen idarî para cezaları ile valilikler tarafından verilen idarî para cezalarına karşı bu madde kapsamında uzlaşma talebinde bulunulabilir. Uzlaşma talebi, idarî para cezası kararının tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde, henüz idarî yargı yoluna başvuru yapılmamış idarî para cezaları için yapılır. Uzlaşma talebinde bulunulması hâlinde, dava açma süresi durur; uzlaşma sağlanamaması hâlinde süre kaldığı yerden işlemeye başlar. Uzlaşma sağlanamaması hâlinde yeniden uzlaşma talebinde bulunulamaz (6502, m.77/A).

Bu madde kapsamında yapılan uzlaşma talepleri, uzlaşma komisyonları tarafından değerlendirilir. Uzlaşma komisyonlarının tutacakları uzlaşma tutanakları kesin olup gereği idarece derhâl yerine getirilir. Uzlaşma sağlanması halinde, Ceza muhatabı, üzerinde uzlaşılan ve tutanakla tespit olunan hususlar hakkında dava açamaz ve hiçbir mercie şikâyetle bulunamaz. Bu madde kapsamında yapılan uzlaşmalarda, idarî para cezasında yapılacak indirim oranı yüzde elliye geçemez. Yine madde kapsamında üzerinde uzlaşma talebinde bulunan idarî para cezaları hakkında 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 17'nci maddesinde düzenlenen peşin ödeme indirimi uygulanamaz (6502, m.77/A).

Uzlaşma konusu yapılan idarî para cezaları, uzlaşma gerçekleştiği takdirde, uzlaşma tutanağı uzlaşma anında düzenlenir ve tebliğ edilir. İdarî para cezaları tebliğinden itibaren on beş gün içinde ödenmek zorundadır (6502, m.77/A).

³⁶ RG.05.12.2017, S.30261.

VI. 5996 SAYILI VETERİNER HİZMETLERİ, BİTKİ SAĞLIĞI, GIDA VE YEM KANUNUNDA ÖNGÖRÜLEN İDARİ YAPTIRIMLAR VE TEDBİRLER

Takviye edici gıdaları ithal etmek, üretmek, işlemek ve piyasaya arz etmek isteyen gerçek ve tüzel kişilerin, gıda işletme kayıt belgesi alması zorunludur. Bu işletmeler, gıda işletmecileri için 5996 sayılı Kanunda ve ilgili mevzuatta öngörülen yükümlülüklerle uymak zorundadırlar. Bu kapsamda, 5996 sayılı Kanunda öngörülen düzenlemelere aykırı hareket edenlere yönelik uygulanabilecek idarî yaptırımlar ve tedbirler aşağıda açıklanmıştır.

A. İdari Para Cezası

5996 sayılı Kanunun 28'inci maddesi takviye edici gıdalarla ilgili Bakanlıkça öngörülen düzenlemelere aykırı hareket edenlere ilişkin uygulanacak idarî yaptırımlardan biri olan idarî para cezası, aynı Kanunun 40'ıncı maddesinin birinci fıkrasının (p) bendinde düzenlenmiştir. Buna göre, Takviye Edici Gıdaların İthalatı, Üretimi, İşlenmesi ve Piyasaya Arzına İlişkin Yönetmelik ve 2013/49 sayılı Türk Gıda Kodeksi Takviye Edici Gıdalar Tebliğinde³⁷ düzenlenen hükümlere aykırı hareket eden işyerlerine on bin Türk Lirası idarî para cezası verilir; ürünlere el konulur ve mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilir. Kanunda düzenlenen idarî para cezaları, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun, İdari Para Cezası başlıklı 17'nci maddesinin 7'nci fıkrası uyarınca her yıl yeniden değerlendirme oranında arttırılarak uygulanmaktadır. Bu kapsamda 2019 yılı için yeniden değerlendirme oranında belirlenen tutar 22.742 TL'dir.³⁸

Gıda güvenilirliğinin sağlanması amacıyla getirilen ilkelerden biri olan izlenebilirlik, 5996 Sayılı Kanunun 3'üncü maddesinde, *“Üretim, işleme ve dağıtımın tüm aşamaları boyunca bitkisel ürünlerin, gıda ve yemin, gıdanın elde edildiği hayvanın veya bitkinin gıda ve yemde bulunması amaçlanan veya beklenen bir maddenin izinin sürülebilmesi ve takip edilebilmesini,”* şeklinde tanımlanmıştır. Takviye Edici Gıdaların İthalatı, Üretimi, İşlenmesi ve Piyasaya Arzına İlişkin Yönetmeliğin 14'üncü maddesi gereğince, gıda işletmecileri, takviye edici gıdanın elde edildiği hayvan, bitki ya da gıda maddesinde öngörülen veya ortaya çıkması beklenen herhangi bir maddenin tespit edilmesi için hammadde temini, ithalat, üretim, işleme ve piyasaya arzı ile ilgili tüm aşamalarında izlenebilirliği tesis etmek zorundadır. Bu hükme aykırılık halinde aynı Kanunun 40'ıncı maddesinin birinci fıkrasının (i) bendi uyarınca ikibin Türk Lirası (2019 yılı itibarıyla 4.544 TL) idarî para cezası verileceği düzenlenmiştir.

B. Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi

Mülkiyetin kamuya geçirilmesi: *“Kanunlarda kabahat olarak tanımlanmış bir fiilin işlenmiş olması nedeniyle kabahatin konusunu oluşturan veya*

³⁷ RG.16.08.2013, S.28737.

³⁸ <https://www.tarimorman.gov.tr/GKGM/Menu/56/Gida-Ve-Yem-Hizmetleri>, ET.21.02.2019

*işlenmesi suretiyle elde edilen eşyanın kanunda açık hüküm bulunan hallerde idari bir kararla ilgilinin elinden alınarak devlete mal edilmesi*³⁹ şeklinde tanımlanmaktadır. Mülkiyetin kamuya geçirilmesi, Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) düzenlenen müsadereye benzer bir yaptırımdır. Eşya, suçta veya kabahatte kullanılmış olması veya suç ya da kabahat neticesinde elde edilmesi nedeniyle müsadereye veya mülkiyetin kamuya geçirilmesine konu olmaktadır. Eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesi için Kabahatler Kanununda yer alan genel hükümler yeterli olmayıp kabahatin düzenlendiği kanunda bu yönde açık hüküm olması gerekmektedir. Türk Ceza Kanununda düzenlenen müsadereye farklı olarak kabahatin kasten veya taksirle işlenmiş olması bu yaptırımın uygulanması açısından bir fark oluşturmamaktadır.⁴⁰

5996 sayılı Kanunun takviye edici gıdalarla ilgili Bakanlıkça öngörülen düzenlemelere aykırı hareket edenlere ilişkin uygulanacak idarî yaptırımlardan bir diğeri olan mülkiyetin kamuya geçirilmesi aynı Kanunun 40'inci maddesinin birinci fıkrasının (p) bendinde düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca ilgili hükümlere aykırı hareket eden işyerlerine onbin Türk Lirası (2019 yılı itibarıyla 22.742 TL) idarî para cezası verilir; ürünlere el konulur ve mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilir.

C. İhtiyatî Tedbirler

İhtiyatî tedbirler, 5996 sayılı Kanunun 26'ncı maddesinin beşinci fıkrasında, *“Elde edilen bilgilerin değerlendirilmesi sonucunda, herhangi bir gıda veya yemin insan ve hayvan sağlığı üzerinde zararlı bir etkisinin olması ihtimali belirmesine rağmen, bilimsel belirsizliklerin devam etmesi durumunda, kapsamlı bir risk değerlendirmesine imkân sağlayacak daha fazla bilimsel veri elde edilinceye kadar, Bakanlık geçici olarak üretimin durdurulması, piyasaya arz, tüketimi engelleme, toplatma ve benzeri ihtiyatî tedbirlere başvurabilir. İlgililerin, Bakanlığın belirlediği ihtiyatî tedbirlere uyması zorunludur.”* şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre, bakanlık herhangi bir gıdanın insan sağlığı üzerinde zararlı bir etkisinin olması ihtimalinin belirmesi halinde, geçici olarak konuya ilişkin uygun idari tedbirleri alabilecektir.

Takviye edici gıdalar açısından ise, Takviye Edici Gıdaların İthalatı, Üretimi, İşlenmesi ve Piyasaya Arzına İlişkin Yönetmeliğin 15'inci maddesinde, *“Bakanlık, ithal edilen, üretilen, işlenen ve piyasaya arz edilen herhangi bir takviye edici gıdanın insan sağlığı üzerinde zararlı bir etkisinin olması ihtimalinin belirmesinde, bilimsel belirsizliklerin devam etmesi ve mevcut tedbirlerin yetersiz kalması durumunda, kapsamlı bir risk değerlendirmesine imkân*

³⁹ Yaşar Güçlü, Serkan Yıkarbaba, Açıklamalı Türkçe-İngilizce İngilizce Türkçe Tarım Hukuku Sözlüğü, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2010, s.176.

⁴⁰ Yaşar Güçlü, “Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi”, Beklenen Mahalli İdareler Dergisi, Mayıs 2008, Y.18, S.166, s.24.

sağlayacak daha fazla bilimsel veri elde edilinceye kadar, geçici olarak üretimin veya ülkeye girişin durdurulması, piyasaya arzının ve kullanımının yasaklanması, tüketiminin engellenmesi ve toplatılması gibi ihtiyati tedbirlere başvurulabilir.” hükmü düzenlenmiştir.

Takviye edici gıdalar açısından ihtiyati tedbirler büyük önem arz etmektedir. Çünkü uygulamada, takviye edici gıda üretimi için işletme kayıt belgesi alan firmaların resmi evraklarda bildirdikleri yerlerden başka yerlerde merdiven altı üretim yaptıkları, numune analizinde ilaç etken maddesi tespit edilen firmalara ait üretim yerlerinin tespit edilemediği ve ilgili kişilere ulaşılamaması sıklıkla yaşanan sorunlardandır. Bu kapsamda, gıda işletmecisinin, üretim yerinin tespit edilememesi ve/veya üreticisine ulaşılamaması gibi hallerde izlenebilirliğinin sağlanamadığı açıktır. Bu durum, kamu sağlığı açısından ciddi bir risk oluşturmaktadır. Bu gibi durumlarda, 5996 sayılı Kanunun 26’nci maddesi uyarınca, üretim yeri tespit edilemeyen, üretim yeri kapanan, üreticisine ulaşılamayan bu nedenle izlenebilirliği sağlayamayan ve ürünlerinde ilaç etken maddesi tespit edilen bu işletmelerin ürünlerine dair yeterli şüphenin oluştuğunun kabulü gerekmektedir.

Bakanlıkça verilen ihtiyati tedbir kararlarına uymayan kişilere, 5996 sayılı Kanunun 40’ıncı maddesinin birinci fıkrasının (o) bendi uyarınca beşbin Türk Lirası (2019 yılı itibarıyla 11.368 TL) idarî para cezası verilecektir.

5996 sayılı Kanunun 26’nci maddesinin beşinci fıkrasının son cümlesinde, *“Bu ihtiyati tedbirlerin uygulanması sonucu Bakanlığa herhangi bir sorumluluk yüklenemez, Bakanlıktan herhangi bir tazminat talep edilemez.”* ifadesi yer almaktaydı. İlgili hüküm uyarınca, Bakanlıkça uygulanacak ihtiyati tedbir kararları nedeniyle ortaya çıkan zararlara karşı idarenin sorumluluğuna gidilemiyordu. Ancak bu hüküm, Anayasa Mahkemesince, *“Anayasa’nın 125. maddesinin birinci fıkrasında “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” denilerek idarenin hukuka bağlılığı, yargı denetimi sayesinde etkili biçimde sağlanmış ve idare edilenler, idarenin kanunsuz ve keyfi davranışlarına karşı korunmuştur. Anayasa’da sayılan istisnai hâller dışında idari eylem ve işlemlere karşı yargı yolunun kapatılabilmesi olanaklı değildir.”* gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi’nin 02.05.2018 tarihli ve E.2018/2, K.2018/43 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.⁴¹ Böylece Tarım ve Orman Bakanlığınca 5996 sayılı Kanun kapsamında verilen ihtiyati tedbir kararlarından kaynaklanan zararlar için genel hükümler çerçevesinde idarenin sorumluluğuna gidilmesi imkânı sağlanmıştır. Bu sayede kişiler, Bakanlıkça haksız ya da kusurlu şekilde uygulanan ihtiyati tedbir uygulamaları söz konusu olması halinde tam yargı davası ile zararlarının giderilmesini talep edebileceklerdir.

⁴¹ <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>, ET.08.03.2019.

Ç. Faaliyetlerin Durdurulması

Takviye edici gıdaları üreten gıda işletmecilerine yönelik uygulanabilecek bir diğer idarî yaptırım da faaliyetlerin durdurulmasıdır. Faaliyetlerin durdurulması, faaliyetten tamamen men edilme anlamı taşımamaktadır. Faaliyetin durdurulması yaptırımında ilgili eksiklik/ihlâl giderilince faaliyet kaldığı yerden devam etmektedir. Ancak faaliyetten men kararı ise işletmenin faaliyetlerinin tamamen durdurulması anlamına gelmektedir.⁴² Takviye edici gıdaları üreten işletmeler açısından, 5996 sayılı Kanun'un 30'uncu maddenin birinci fıkrası gereği Bakanlıktan onay alması gereken işletmelerden, onay almadan üretim yapanlara onbin Türk Lirası, depo ve satış yerlerine beşbin Türk Lirası (2019 yılı itibarıyla 11.368 TL) idarî para cezası verilir. Bu işletmelerin faaliyetleri durdurularak ürünlerine el konulur ve mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilir.

D. Yetkili Makam

5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunundadüzenlenen idarî yaptırımları uygulamaya yetkili makam, 5996 sayılı Kanunun 42'inci maddesinde düzenlenmiştir. İlgili hüküm uyarınca il tarım müdürü kanunda öngörülen idarî yaptırım kararlarını uygulamaya yetkilidir. Ancak il tarım müdürü bu yetkisini ilçe tarım müdürlerine yazılı olarak devredebilir. Bununla beraber, resmî kontroller sırasında, insan sağlığı, gıda ve yem güvenilirliği, bitki ve hayvan sağlığı açısından tehlike oluşturması ve acil tedbirleri gerektirmesi durumunda, idarî para cezaları hariç olmak üzere diğer idarî yaptırımları uygulamaya kontrol görevlisi de yetkilidir. Yine Kanun kapsamında verilen idarî para cezaları otuz (30) gün içinde ödenmesi gerekmektedir.

VII. İDARİ YAPTIRIM VE TEDBİR KARARLARINA KARŞI İTİRAZ MERCİLERİ

5996 sayılı Kanun kapsamında uygulanan idarî yaptırım ve tedbir kararlarına karşı başvurulacak merciler kanunda öngörülmemiştir. Bu nedenle uygulamada, kanunda öngörülen idarî yaptırım kararlarına karşı itirazların adli veya idarî yargı yolunda mı çözüleceği konusunda tereddütler ortaya çıkmıştır. Bu konuda, Uyuşmazlık Mahkemesi; "İncelenen uyuşmazlıkta, öngörülen ve dava konusu edilen idari para cezasının 5326 sayılı Kanun'un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu, 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu'nda da idari para cezasına itiraz konusunda görevli mahkemenin gösterilmediği anlaşılmıştır.

⁴² Emin Koç, *Gıda Güvenliği ve İdarenin Yetkileri*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2014, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.250.

Bu durumda, Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinde belirtildiği üzere, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacak olması nedeniyle, görevli mahkemenin belirlenmesinde 5326 sayılı Yasa hükümleri dikkate alınacağından, idari para cezasına karşı açılan davanın görüm ve çözümünde, anılan Kanunun 27. maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır.”⁴³ şeklinde karar vererek 5996 sayılı Kanunda düzenlenen idarî yaptırım kararlarına karşı yapılacak başvurularda adli yargının görevli olduğuna karar vermiştir. Buna göre, 30.3.2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun Başvuru yolu başlıklı 27'nci maddesinin birinci fıkrasında idarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde, sulh ceza mahkemesine⁴⁴ başvurulabileceği düzenlenmiştir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idarî yaptırım kararı kesinleşecektir.⁴⁵ Bu süre hak düşürücü nitelikte olduğundan mahkemelerce kendiliğinden dikkate alınması gerekmektedir.

Kabahatler Kanunun 29'uncu maddesi uyarınca sulh ceza mahkemesi kararına karşı ilgililer kararın tebliği tarihinden itibaren 7 gün içinde ağır ceza mahkemesine başvurabilirler. İtiraza ilişkin karar, dosya üzerinden incelenerek yapılır. Sulh ceza mahkemesi yapılan itiraza ilişkin “itirazın kabulüne” ya da “itirazın reddine” karar verir. Mahkemece verilen karar taraflara tebliğ edilir. Tarafların avukatla temsil edilmesi halinde taraflara ayrıca tebliğ yapılmaz.

VIII. İDARİ TEDBİRLERE KARŞI BAŞVURU YOLU

Kabahatler Kanunu'nun 3'üncü maddesinde, “*Bu Kanunun, İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,*” uygulanacağı belirtilmiştir.Yine aynı Kanunun 27'nci maddesinin birinci fıkrasında ise, “*İdarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya*

⁴³ T.C. Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 27.11.2017 tarihli ve E.2017/631,K.2017/703 sayılı Karar, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

⁴⁴ 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 28.06.2014 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Anılan Kanunun 84 üncü maddesiyle 5320 sayılı Kanuna eklenen Geçici 6'ncı maddesi ile Sulh Ceza Mahkemeleri kaldırılarak sulh ceza hâkimlikleri kurulmuş, yine 6545 sayılı Kanunun 83'üncü maddesi ile 5320 sayılı Kanuna eklenen Ek 1'inci maddesinde “Kanunlarda sulh ceza mahkemesi veya sulh ceza hâkimine yapılan atıflardan, idarî yaptırım kararlarına karşı yapılan başvurularda,...ilişkin olanlar sulh ceza hâkimine,...yapılmış sayılır.” Denildiğinden Kabahatler Kanunu'nun 27'nci maddesinde yer alan “Sulh Ceza Mahkemesi” ibaresinden “Sulh Ceza Hâkimliği” anlaşılabacaktır.

⁴⁵ T.C. Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 26.09.2016 tarihli ve E.2016/395, K.2016/430 sayılı; 24.09.2018 tarihli ve E. 2018/576, K. 2018/518 sayılı; 27.01.2014 tarihli ve E.2014/49, K. 2014/58 sayılı; 27.11.2017 tarihli ve E.2017/631,K.2017/703 sayılı Kararları, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

tefhimî tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir.” hükmü yer almaktadır. Yukarda da izah edildiği üzere, diğer kanunlarda yer alan idarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi dışındaki idarî tedbirlere karşı başvuru sulh ceza hâkimliklerine değil kendi kanununda gösterilen merciye, kendi kanununda bu konuda hüküm bulunmuyorsa idarî yargı mercilerine yapılacaktır.⁴⁶ Bununla beraber Kabahatler Kanunun 27’nci maddesinin sekizinci fıkrasında, “İdarî yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idarî yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idarî yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddiaları bu işlemin iptali talebiyle birlikte idarî yargı merciinde görülür.” hükmü düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararı ile birlikte diğer tedbirlere ilişkin karar verilmesi halinde idarî yargı yoluna başvurulması gerekmektedir.

Uyuşmazlık Mahkemesi, bu konuyla ilgili 11.11.2013 tarihli ve E. 2013/1424, K. 2013 /1612 sayılı Kararında,⁴⁷ “...İncelenen uyuşmazlıkta, öngörülen idari para cezasının 5326 sayılı Kanunun 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu, 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanununda da idari para cezasına itiraz konusunda görevli mahkemenin gösterilmediği, ancak; idari para cezasına konu işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak ürünlerin toplatılması kararı da verildiği ve idari yargı yerinde dava konusu edildiği anlaşıldığından; idari para cezasına ilişkin kararın hukuka aykırılığı iddiasının da, idari yargı yerinde görüleceği kuşkusuzdur.” diyerek idari para cezası ile birlikte tesis edilen ürünlerin toplatılması kararına karşı yapılacak başvuruların idari yargı yerinde çözüleceğine karar vermiştir.

Kanımızca bu karara katılmak mümkün değildir. Çünkü somut olayda idarî para cezasının yanı sıra mülkiyetin kamuya geçirilmesi amacıyla toplatılma söz konusudur. Mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararına karşı başvuru merci ilgili kanunlarda özel hüküm bulunmaması nedeniyle, adli yargı yeridir. Nitekim bu husus kararın karşı oyunda; “Her ne kadar, idari para cezasının yanısıra ürünün toplatılmasına da karar verilmiş ise de; ürünün toplatılmasının, mülkiyetin kamuya geçirilmesi amacıyla yapılmış olması, mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin İdari yaptırım kararlarına karşı açılacak davalarda ise sulh ceza mahkemesinin görevli bulunması karşısında, Kabahatler Kanunu’nun 27’nci maddesinin sekizinci fıkrasındaki İdari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak İdari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması koşulunun olayda gerçekleştiğinden söz etmek mümkün değildir.” şeklinde ifade edilmiştir.

⁴⁶ Yaşar Güçlü, İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar, Güncellenmiş 3.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ocak 2016, s.164.

⁴⁷ T.C Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 11.11.2013 tarihli ve E. 2013/1424, K. 2013 /1612 sayılı Karar, Sinerji Mevzuat ve İhtihat Programı.

Uyuşmazlık Mahkemesi, 28.12.2015 tarihli ve E. 2015/842,K.2015/878 sayılı bir diğer Kararında ise;

“İncelenen uyuşmazlıkta, öngörülen idari para cezası ve üretim ile ilgili faaliyetin durdurulacağına ilişkin idari tedbir kararının, 5326 sayılı Kanunun 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu, 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanununda da idari para cezasına ve idari tedbirlere itiraz konusunda görevli mahkemenin gösterilmediği anlaşılmıştır. Bu durumda, Kabahatler Kanununun 3. maddesinde belirtildiği üzere, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacak olması nedeniyle, görevli mahkemenin belirlenmesinde 5326 sayılı Yasa hükümleri dikkate alınacağından, idari para cezasına ve üretim ile ilgili faaliyetin durdurulacağına ilişkin idari tedbir kararına karşı açılan davanın görüm ve çözümünde, anılan Kanunun 27. maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır.”⁴⁸ gerekçesiyle 5996 sayılı Kanunda düzenlenen idarî para cezası ile beraber verilen faaliyetin durdurulması kararlarına karşı açılacak olan davalarda adli yargı yoluna başvurulması gerektiğine karar vermiştir.

Kanaatimizce, Uyuşmazlık Mahkemesinin 28.12.2015 tarihli ve E. 2015/842, K. 2015/878 sayılı kararı yerinde değildir. Şöyle ki; Kabahatler Kanunu’nun Başvuru Yolu başlıklı 27’nci maddesinin birinci fıkrasında, *“İdarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir.”* hükmü düzenlenmiştir. Aynı Kanunun 16’ncı maddesinin ikinci fıkrasında idarî tedbirler: *“İdarî tedbirler, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirlerdir.”* şeklinde tanımlanmıştır. İlgili düzenlemelerden anlaşılabacağı üzere Kanun, mülkiyetin kamuya geçirilmesi idarî tedbiri için başvuru yolu olarak adli yargı yolunu göstermiştir. Dolayısıyla kanun koyucu, mülkiyetin kamuya geçirilmesi idari tedbiri için kanun yolu açısından istisnai bir düzenleme yapmıştır. Kanunda bunun dışındaki diğer idarî tedbirlere ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığından mülkiyetin kamuya geçirilmesi dışındaki idarî tedbirler genel hükümlere tâbi olacaktır. Bu tedbirler, idarî işlem niteliğinde olduğundan idarî yargı mercilerince çözüme kavuşturulmaları gerekmektedir.

Hukukun genel ilkeleri uyarınca istisnalar dar yorumlanmalıdır. Çünkü istisna kaidenin kapsamını daralttığı için kuralın değiştirilmesi anlamına gelir. Kural değiştirme yetkisi ise sadece ve sadece kuralı koyan makama aittir. Dolayısıyla istisnayı genişletme yetkisi de münhasıran kaideyi koyan makama aittir. Bu nedenle bir istisnanın yorumlanmasına ihtiyaç duyulursa, istisna geniş

⁴⁸ T.C Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 28.12.2015 tarihli ve E. 2015/842,K.2015/878 sayılı Karar, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

yorumlanarak, kapsamı genişletilemez. Tersine söz konusu istisna dar yoruma tâbi tutulmalıdır. Bu şu anlama gelir: Bir hususun istisna kapsamına girip girmediği konusunda tereddüt hâsıl olursa, o hususun o istisnanın kapsamına girmediği, dolayısıyla genel kurala tâbi olduğu sonucuna ulaşılır.⁴⁹

Uyuşmazlık Mahkemesi, 13.03.2017 tarihli ve E.2017/115, K.2017/174 sayılı bir diğer Kararında; “İncelenen uyuşmazlıkta, öngörülen idarî para cezası ve üretim ile ilgili alet ekipmanın mühürlenerek ürünlerin yedi emine alınmasına ilişkin idari tedbir kararının, 5326 sayılı Kanunun 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu, ancak 5326 sayılı Kanunun yukarıda belirtilen 19. maddesi ve 27. maddesinin 8. fıkrası kapsamına giren idari işlemlerden de olmadığı, dolayısıyla idari tedbir niteliğini taşıyan anılan yaptırıma Kabahatler Kanununun genel hükümlerinin uygulanması gerektiği, 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanununda da idari para cezasına ve idari tedbirlere itiraz konusunda görevli mahkemenin gösterilmediği anlaşılmıştır. Bu durumda, Kabahatler Kanununun 3. maddesinde belirtildiği üzere, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacak olması nedeniyle, görevli mahkemenin belirlenmesinde 5326 sayılı Yasa hükümleri dikkate alınacağından, idari para cezasına ve üretim ile ilgili alet ekipmanın mühürlenerek ürünlerin yedi emine alınmasına ilişkin idari tedbir kararına karşı açılan davanın görüm ve çözümünde, anılan Kanunun 27. maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır.”⁵⁰ diyerek idarî para cezası ve üretim ile ilgili alet ekipmanın mühürlenerek ürünlerin yedime alınmasına dair idarî tedbir kararına ilişkin uyuşmazlığın adli yargı yerinde çözülmesi gerektiğine karar vermiştir.

IX. İDARİ YAPTIRIM KARARLARI AÇISINDAN ÖZELLİKLİ DURUMLAR

A. Bir Fiilin Birden Fazla Hükmü İhlal Etmesi

Suç işleyen failin aynı fiilinden dolayı birden fazla yargılanamaması ve/veya cezalandırılmaması anlamına gelen “*non bis in idem*” ilkesi hukukun temel ilkelerinden biridir. İdari yaptırımlar hukuku açısından ise konuyu farklı farklı ele almak gerekmektedir. Öncelikle aynı fiil nedeniyle hem idarî yaptırım hem de idarî tedbir uygulanması durumunda ortada “*non bis in idem*” ilkesine aykırı bir durum oluşup oluşmayacağının irdelenmesi gerekmektedir.⁵¹ Böyle bir

⁴⁹ Kemal Gözler, “Yorum İlkeleri”, Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Ankara, KHP ve TBB Ortak Yayını, 2013, s.35., <http://www.anayasa.gen.tr/yorum-ilkeleri.pdf>, ET.07.03.2019.

⁵⁰ T.C Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 13.03.2017 tarihli ve E.2017/115, K.2017/174, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

⁵¹ Murat Ekinci, “Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2017, Y.2, S.3, s.47.

durumda, idarî tedbirler teknik olarak ceza niteliğinde sayılmadığı için, aynı fiil nedeniyle hem idarî yaptırım hem de idarî tedbir uygulanması halinde “*non bis in idem*” ilkesine aykırı bir durum yani birden fazla cezalandırma durumu söz konusu olmayacaktır. Örneğin, mevzuata aykırı faaliyette bulunan bir işyerine idarî para cezası verilip aynı zamanda geçici olarak kapatma, mühürleme veya faaliyetten men kararı alınması gibi.⁵²

5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun İçtima başlıklı 15’inci maddesinin birinci fıkrasına göre, “*Bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idarî para cezası öngörülmüşse, en ağır idarî para cezası verilir. Bu kabahatlerle ilgili olarak kanunda idarî para cezasından başka idarî yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilir*”. İlgili hüküm uyarınca Kabahatler Kanunu “*non bis in idem*” ilkesi, idarî yaptırımlar açısından kısmen uygulanabilecektir. Buna göre, bir fiil nedeniyle sadece iki ayrı idarî para cezası (regülatif para cezası ve kabahat para cezası) öngörülmüşse en ağır idarî para cezası uygulanacaktır. Bu ihtimalde non bis in idem ilkesi mutlak olarak tatbik edilecek yani mükerrer cezalandırılmaya gidilmeyecektir. Fakat aynı fiil nedeniyle hem idarî para cezası hem de örneğin lisans iptali cezası öngörülmesi durumunda ise her iki yaptırım da aynı anda uygulanabilecektir.⁵³

B. Failin Ölümü

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanunda adli ve idarî para cezalarının amme borçlusunun ölümü halinde terkin edilip edilmeyeceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla beraber, 1982 Anayasa’sının 38’inci maddesinin yedinci fıkrasında “Ceza sorumluluğu şahsidir.” hükmü yer almaktadır.

Anayasanın hükmü uyarınca şahısların işledikleri adli veya idarî suçlardan dolayı verilen cezaların yalnızca o kişilere yönelik infaz edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Nitekim aynı husus 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun (TCK), “Ceza sorumluluğun şahsiliği” başlıklı 20’nci maddesinin birinci fıkrasında, “*Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz*.” şeklinde düzenlenmiştir.

Yine aynı Kanunun, “Saniğin veya hükümlünün ölümü” başlıklı 64’üncü maddesinde;

“(1) Saniğin ölümü hâlinde kamu davasının düşürülmesine karar verilir. Ancak niteliği itibarıyla müsadereye tâbi eşya ve maddî menfaatler hakkında davaya devam olunarak bunların müsaderesine hükmolunabilir.

⁵² Ali Ulusoy, İdari Yaptırımlar, 1. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.111.

⁵³ Ulusoy, a.g.e, s.113.

(2) *Hükümlünün ölümü, hapis ve henüz infaz edilmemiş adli para cezalarını ortadan kaldırır. Ancak, müsadereye ve yargılama giderlerine ilişkin olup ölümden önce kesinleşmiş bulunan hüküm infaz olunur.*” hükümleri yer almaktadır.

İdari para cezalarının düzenlendiği özel kanunlarda, cezaya muhatap olan kişilerin ölümü halinde idarî para cezalarının mirası reddetmemiş mirasçılardan takip edilip edilmeyeceği yönünde özel bir hüküm bulunmaması hâlinde, Anayasanın ilgili hükmü uyarınca idarî para cezalarının tahsilinden vazgeçilmesi gerekir.

Tüzel kişilere yönelik olarak verilen adli ve idarî para cezalarının tüzel kişiliğin mal varlığından tahsil edilememiş olması nedeniyle, 6183 sayılı Kanun hükümlerine sorumlu tutulan ortaklar ve/veya kanuni temsilcilerinin ölümü halinde, cezaya tüzel kişiliğin muhatap olması nedeniyle, mirası reddetmemiş mirasçılardan bu alacakların takibine devam edilecektir.⁵⁴(442 sayılı Tebliğ)

Adli veya idarî para cezasına muhatap olan tüzel kişiliğin sona ermesi halinde bu cezaları sona ermemelidir. Tüzel kişiliğin tasfiyesi neticesinde kalan bakiye üzerinden bu cezaların tahsiline devam edilmelidir.⁵⁵

X. TÜRK CEZA KANUNU MADDE 187 AÇISINDAN TAKVİYE EDİCİ GIDALAR

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçu, “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısımda, “Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü bölümünün 187’nci maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin birinci fıkrasına göre, “*Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç üreten veya satan kimseye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve adli para cezası verilir*”. Bu hal, suçun basit şeklini oluşturmaktadır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise suçun nitelikli hali yer almaktadır. Buna göre; “*Bu suçun tabip veya eczacı tarafından ya da resmi izne dayalı olarak yürütülen bir meslek ve sanatın icrası kapsamında işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır*”.

5237 sayılı TCK’nın 187’nci maddesinde ilaçların kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak nitelikte olması aranmakla birlikte, somut olayda kişilerin hayatı ve sağlığı bakımından (somut) bir tehlikenin ortaya çıkması aranmamıştır. İlacın soyut olarak kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak nitelikte olması yeterli görülmüştür. Dolayısıyla suç, soyut tehlike suçu olarak düzenlenmiştir.⁵⁶ Bu sebeple hâkim, önüne gelen olayda, üretilen veya satılan

⁵⁴ RG.12.05.2007,S.26520,<http://www.gib.gov.tr/node/87354>, ET.04.03.2019.

⁵⁵ Güçlü, İdari Para Cezaları, s.242.

⁵⁶ Aysun Altunkaş, “Kişilerin Hayatını ve Sağlığını Tehlikeye Sokacak Biçimde İlaç Yapma veya Satma Suçu (TCK m. 187)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları

ilacın kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürecek nitelikte olup olmadığını araştırmak zorundadır. Örneğin; takviye edici gıdalar açısından bu ürünlerin içine katılan *sibutramine*, *sildenafil*, *kinidin* gibi ilaç etken maddelerinin kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürecek nitelikte olup olmadığının araştırılması gerekmektedir. Takviye edici gıdanın bu nitelikte olduğu tespit edilirse bu ilacın üretilmesi veya satılması, failin ceza sorumluluğunun doğması için yeterli görülecektir.

Öte yandan suçun konusunu oluşturan ilaçlar, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokabilecek nitelikte olan ilaçlardır. Bir ilacın, suçun konusu olabilmesi için kişilerin hem sağlığı, hem de hayatı bakımından tehlike yaratabilecek nitelikte olması koşulu aranmaktadır. Kişilerin hayatını tehlikeye sokabilecek ilaçların, nitelikleri gereği o ilacı kullanan kişilerin sağlığını da tehlikeye sokabileceği ortadadır. Ancak kişilerin sağlığı bakımından tehlike yaratabilecek nitelikte olan her ilaç, doğrudan o kişinin hayatını tehlikeye sokacak nitelikte olmayabilir. Bu durumda, yani ilacın kişilerin sağlığını tehlikeye sokabilecek nitelikte olmasına rağmen kişilerin hayatları bakımından tehlike yaratacak nitelikte olmaması halinde, söz konusu ilacın bu madde kapsamında değerlendirilmesine imkân bulunmamaktadır. Çünkü kanun koyucu, söz konusu ilaç ile kişilerin hem hayatının, hem de sağlığının tehlikeye maruz kalmasını birlikte aramış ve bu yöndeki iradesini madde metninde “ve” bağlacını kullanarak ortaya koymuştur. Ancak bu düzenleme, kişilerin sadece sağlığını tehlikeye sokacak nitelikte ilaçların yapılması veya satılması fiillerinin cezasız kalması sonucunu doğurabilecektir. Bu sakıncanın giderilmesi amacıyla madde metninde değişikliğe gidilerek, “ve” bağlacının “veya” bağlacına dönüştürülmesi gerekmektedir.⁵⁷

Türk Ceza Kanunu’nun 187’nci maddesinde düzenlenen kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçunun maddi unsuru, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç üretmek veya satmaktır. Kişilerin hayatı ve sağlığı bakımından tehlikeli olan ilacı satın alan kişi bu ilacı kullanmış ve bunun sonucunda sağlığında bir bozulma meydana gelmiş ya da kişi hayatını kaybetmişse, bu halde söz konusu ilacı satmış olan fail, hem TCK’nın 187’nci maddesinde yazılı olan suçu hem de ortaya çıkan neticeye bağlı olarak kasten yaralama veya kasten insan öldürme suçunu işlemiş olacaktır. Bu halde sorunun TCK’nın 44’üncü maddesi doğrultusunda fikri içtima kuralları uygulanarak çözülmesi gerekmektedir.⁵⁸

Yargıtay 20. Ceza Dairesi, 15.01.2018 tarihli ve E.2017/6174, K.2018/188, sayılı Kararında bir dinlenme tesislerinde bulunan iş yerinde 321 adet sildenafil

Dergisi, 2013, C.19, S.2, 832.

⁵⁷ Altunkaş, s.845.

⁵⁸ Cahid Doğan, “İlaç Kullanımı Dolayısıyla Ortaya Çıkan Zararlardan Cezai Sorumluluk”, II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008 Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s.447.

etken maddesi içeren farklı markalarda tabletin ele geçirildiği olayda, Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulunun raporunda, *“Türkiye Cumhuriyeti Sağlık Bakanlığı üretim izni ve ruhsatları olmayan bu tabletlerin mikrobiyolojik analizlerinin yapılmadığı, tabletlerin içerdiği etkin madde miktarının tabletin üzerinde yazan miktardan daha az olduğu, bu nedenle tabletlerin tedavi vasıflarını azaltacak veya kaybedecek şekilde imal edildiği, ayrıca üretim, taşıma, saklama koşulları, son kullanma tarihleri ve ne şekilde verileceğinin bilinmemesi nedeniyle kullananların sağlığına zarar verebileceği, sildenafil etkin maddesini içeren tabletlerin risk grubu bireylerde uygun olmayan durumlarda kullanılması halinde ölüme neden olabileceğinin”* belirtilmesi karşısında sanığın eyleminin TCK’nın 187/1 maddesinde düzenlenen kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde *“bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaç ticareti”* suçundan mahkûmiyetine karar verilmesini bozma nedeni yapmıştır.⁵⁹

Yargıtay 15.Ceza Dairesi takviye edici gıdalara ilişkin 28.06.2018 tarihli ve E.2015/5326,K.2018/4809 sayılı kararında; *“Sanığın,... isimli gıda takviyesi ile benzer seklideki cinsel amaçlı gıda takviyelerinin sahtesini üreterek ... isimli internet sitesi aracılığıyla satışa sunduğu, ayrıca bu konuda broşür ve kartvizit hazırlatıp, radyo ve televizyonda reklamlar verdiği, bu araçlarla kendisine ulasan katılan ve mağdurlara bahse konu sahte ürünleri sattığı, ürünler üzerinde yapılan incelemede, içeriğinde insan sağlığını tehdit eden “...” maddesi bulunduğu tespit edildiği iddia edilen somut olayda...”* *“Sanığın, içeriğinde insan sağlığını tehdit eden “...” maddesi bulunduğu tespit edilen ilaçları üretilip satması seklindeki eyleminin münhasıran TCK’nın 187/1. maddesinde düzenlenen kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçunu oluşturup, bu suçtan sanığın mahkûmiyetine karar verilmiş olması karşısında, sanık hakkında dava açılan dolandırıcılık suçunun oluşmadığı gözetilerek beraati yerine, hatalı değerlendirme sonucu yazılı şekilde her iki suçtan ayrı ayrı mahkûmiyetine hükmedilmesi...BOZULMASINA, 28/06/2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi”*⁶⁰ diyerek yerel mahkemece dolandırıcılık ve kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçlarından verilen cezayı bozmuştur.

Antalya Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) 5.Ceza Dairesi 30.11.2017 tarihli ve E.2017/1012, K.2017/1193 sayılı Kararında⁶¹; *“Sanığın üzerine atılı suça konu*

⁵⁹ Suat Çalışkan, Sağlık Ürünlerinin İzinsiz Satılması, https://www.hukukihaber.net/saglik-urunlerinin-izinsiz-satilmasi-makale,6181.html#_ftn12, ET.11.03.2019.

⁶⁰ Yargıtay 15.Ceza Dairesi, 28.06.2018 tarihli ve E.2015/5326,K.2018/4809 sayılı Karar, Sinerji Mevzuat ve İhtihat Programı.

⁶¹ Antalya BAM 5.Ceza Dairesi, 30.11.2017 tarihli ve E.2017/1012, K.2017/1193 sayılı Kararı, Sinerji Mevzuat ve İhtihat Programı.

“Themra” markalı epimedyumlu bitkisel karışımli macun şeklindeki ürünün, ilaç etken maddesi “Sildenafil” içerdiğinin belirtilmesi karşısında sildenafil maddesinin veya bunun kullanıldığı “Themra” markalı epimedyumlu bitkisel karışımli macun şeklindeki ürünlerin ülkemizde üretilmesi veya satışının mümkün olup olmadığı, mümkünse resmi makamların iznine veya satışının yetkili tabip tarafından düzenlenen reçeteye bağlı olup olmadığının Sağlık Bakanlığından sorularak sonucuna göre sanığın üzerine atılı eylemin TCK’nun 187/1.maddesi kapsamında kalıp kalmadığının değerlendirilmesi gerektiğinin gözetilmemesi,” gerekçesiyle yerel mahkemece verilen kararı bozmuştur.

XI. 1262 SAYILI İSPENÇİYARI VE TIBBİ MÜSTAHZARLAR KANUNU AÇISINDAN TAKVİYE EDİCİ GIDALAR

Takviye edici gıdaların konu olabileceği suçlardan bir tanesi de ruhsatsız ilaç imal etme ve satma suçudur. Uygulamada sıklıkla rastlanan sorunlardan biri de takviye edici gıdaların içine ilaç etken maddesi karıştırılarak ve endikasyon belirtilerek satılmasıdır. Bu fiiller, 1262 sayılı İспенçiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanununun ilgili hükümleri açısdanceza yaptırımına konu olabilirler.

Ruhsatsız olarak ilaç imal etme ve satma suçu, 1262 sayılı İспенçiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanununun 19’uncu maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin birinci fıkrasına göre, *“Ruhsatsız olarak müstahzar imal edenler veya bu şekilde imal edilen müstahzarları bilerek satan, satışa arz eden veya sattıranlar, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu müstahzarların kendilerine atfedilen tedavi vasıflarını haiz olmadığı veya bu vasıfları azaltacak veya kaybedecek şekilde veya saf olmayan maddelerden imal edildiği anlaşıldığı takdirde ceza üçte bir oranında artırılır. Müstahzar olmamakla beraber hastalıkları teşhis ve tedavi ettiği beyanı ile herhangi bir ürünün satışını, pazarlamasını veya reklamını yapanlar bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ayrıca bunların tanıtım veya satışlarının internet veya başkaca herhangi bir elektronik ortam üzerinden yapılması hâlinde 18 inci maddenin üçüncü fıkrası uygulanır.”*

Yukarıda zikredilen mevzuat hükümleri çerçevesinde müstahzar olmamakla beraber hastalıkları teşhis ve tedavi ettiği beyanı ile herhangi bir ürünün satış, pazarlama veya reklamının yapılması fiili 1262 sayılı Kanun uyarınca ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Buna göre, müstahzar (ilaç) olmamakla beraber hastalıkları teşhis ve tedavi ettiği beyanı ile herhangi bir ürünün satışını, pazarlamasını veya reklamını yapanlar bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Örneğin, erektil disfonksiyon bozukluğunu tedavi ettiği beyanı ile satışa sunulan, reklamı yapılan takviye edici gıda bu kapsamda değerlendirilebilecektir. Ayrıca bunların tanıtım veya satışlarının internet veya başkaca herhangi bir elektronik ortam üzerinden yapılması hâlinde Kanunun

18'inci maddesinin üçüncü fıkrası uygulanır. Bu durumda, 1262 sayılı Kanunun 18'inci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, Sağlık Bakanlığı tarafından derhâl erişimin engellenmesine karar verilir ve bu karar uygulanmak üzere Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna bildirilir. Bu kapsamda herhangi bir ruhsat olmaksızın üretilen ürünleri üreten, piyasaya süren ve satanların cezalandırılması gerekecektir.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 3.Ceza Dairesi 15.11.2017 tarihli ve E.2017/953,K.2017/1335 sayılı Kararıyla,⁶² *“Sağığın üretip satışa arz ettiği suça konu maddenin içindeki kinidinin, ilaç etken maddesi olduğu, kinidin ilaç etken maddesinin 1262 Sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunun 1.maddesi gereğince ülkemizde satışı yapılan tüm ilaçların reçeteye tabi olduğu, etkin maddesi kinidin olan ilaçların aritmi tedavisinde kullanıldığı, bir mühtahzarın ülkemizde ilaç olarak kullanılabilmesi için Sağlık Bakanlığı tarafından ruhsatlı olmasının gerektiği, dava konusu ürünlerin Sağlık Bakanlığı tarafından verilmiş ruhsatlarının olmadığı, bu haliyle 1262 Sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunun 3 ve 19 maddesine aykırı olup ülkemizde ilaç olarak kullanılamayacağı, gıda takviye ürünleri de dahil olmak üzere gıda maddelerinin ilaç etken maddesi içermeyeceği, kinidinin özellikle risk grubundaki kişilerde kullanılmaları halinde kullanılan etkin madde miktarına ve kullananın kişisel özelliklerine de bağlı olarak değişebilen mahiyet ve derecede olmak üzere kullanan kişinin sağlık ve hayatını tehlikeye sokabileceği hususları Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulunun 18.09.2017 tarih ve 1698 sayılı raporundan anlaşılmış olup, sağığın, ruhsatsız olarak üretip satışa arz ettiği üründe ilaç etken maddesi olan kinidin maddesini kullandığı sabit olduğundan, eylemine uyan 5728 sayılı kanun ile değişik 1262 sayılı kanunun 3.maddesi delaletiyle aynı kanunun 19.maddesi 1.cümlesi gereğince cezalandırılmasına karar vermek gerekmiş(tir),...”* diyerek sanık hakkında TCK'nın 194/1, 62'nci ve 51'inci maddeleri uyarınca sağlık için tehlikeli madde temin etme suçundan kurulan mahkumiyet hükmünü kaldırarak 1262 sayılı Kanunun 19'uncu maddesi uyarınca cezaya hükmetmiştir.

SONUÇ

Günümüzde alternatif ya da destekleyici tedavi yöntemlerine ve bunlarla birlikte bitkisel ve gıda takviyesi niteliğindeki ürünlere artan bir ilgi söz konusudur. Buna bağlı olarak takviye edici gıda sektörü giderek büyümektedir. Reçeteli ilaçların aksine, bitkisel ilaçların ve gıda desteklerinin doğal kökenli oldukları, genellikle güvenli oldukları, zararsız oldukları ve yan etkileri olmadığı savıyla pazarlanan bu ürünlerin kullanımı günden güne

⁶² Ankara BAM 3.Ceza Dairesi 15.11.2017 tarihli ve E.2017/953,K.2017/1335 sayılı Kararı, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

artmaktadır. Takviye edici gıda pazarının büyümesi, bu ürünlerin çeşitlenmesi ve iletişim teknolojilerinin gelişmesi bu alanın denetlenmesini giderek daha da zorlaştırmaktadır. Çeşitli mecralarda satışı yapılan standartlara uygun olmayan takviye edici gıdaları kullanan kişilerin, çeşitli organ yetmezlikleri ile başlayan ve sonu ölümle sonuçlanabilen ciddi sağlık sorunlarına maruz kaldığı gözlenmektedir. Eczanelerde satılan takviye edici gıdaların, Tarım ve Orman Bakanlığınca denetlenemeyeceğine ilişkin verilen mahkeme kararları neticesinde bu ürünler açısından Tarım ve Orman Bakanlığınca yapılan denetimi önemli ölçüde sekteye uğratmıştır. Bu durum da sıklıkla suistimale konu olan takviye edici gıdalar gibi riskli bir alanı daha da riskli hale getirmiştir. Ayrıca takviye edici gıdalara yakın diğer kavramların mevzuatta daha net bir şekilde tanımlanması önem arz etmektedir. Bu çerçevede takviye edici gıdalar, geleneksel bitkisel tıbbî ürün ve bitkisel tıbbî ürünlere ilişkin düzenlemelerde görev ve yetkilerin kesin hatlarla belirlenmesi ve kamu sağlığının korunması açısından önem arz eden bu konuya ilişkin idari birimlerin daha etkili denetim yapabilmesine imkân veren mekanizmaların oluşturulması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Altunkaş, Aysun, “Kişilerin Hayatını ve Sağlığını Tehlikeye Sokacak Biçimde İlaç Yapma veya Satma Suçu (TCK m. 187)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013,C.19, S.2, s.829-870.
- Atalay, Derya, Erge, Hande Selen, “Gıda Takviyeleri ve Sağlık Üzerine Etkileri”, *Food and Health*, 2018, C.4, S.2,s.98-111. DOI: 10.3153/FH18010.
- Çalışkan,Suat,*Sağlık Ürünlerinin İzinsiz Satılması*,https://www.hukukihaber.net/saglik-urunlerinin-izinsiz-satilmasi-makale,6181.html#_ftn12, ET.11.03.2019.
- Doğan, Cahid, “İlaç Kullanımı Dolayısıyla Ortaya Çıkan Zararlardan Cezai Sorumluluk”, *II. Sağlık Hukuku Kurultayı*, 7-8 Kasım 2008 Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s. 411-454.
- Ekinci, Murat, “Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2017, Y.2, S.3, s.19-54.
- Eroğlu Elif, Gemici Gökmen, Bayrak Fatih, Kalkan Ali Kemal, Değertekin Muzaffer, “Acute myocardial infarction in a 24 year-old man possibly associated with sibutramine use”, *Int J Cardiol*, 2009; S.137, s.43-45.
- Ersöz, Tayfun, “Bitkisel ilaçlar ve gıda takviyeleri ile ilgili genel yaklaşım ve sorunlar”, *Meslek İçi Sürekli Eğitim Dergisi Türk Eczacıları Birliği Yayını*, 2012, S.27-28, s.11-21.
- <http://www.gazetevatan.com/zayiflama-hayali-oldurdu--483465-gundem/>, ET.19.02.2019.

- Geller, A.I., Shehab, N., Weidle, N.J., Lovegrove, M.C., Wolpert, B.J., Timbo, B.B., Mozersky, R.P., Budnitz, D.S., “Emergency department visits for adverse events related to dietary supplements”, *The New England Journal of Medicine*, 2015, C.373, S.16, s.1531-1540.<https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/nejmsa1504267>, ET.23.03.2019.
- Gözler, Kemal, Kaplan, Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınları, Bursa, 2018.
- Gözler, Kemal, “Yorum İlkeleri”, *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, Ankara, KHP ve TBB Ortak Yayını, 2013, s.15-119., <http://www.anayasa.gen.tr/yorum-ilkeleri.pdf>, ET.07.03.2019.
- Güçlü, Yaşar, *İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar*, Güncellenmiş 3.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ocak 2016.
- Güçlü, Yaşar, Yıkarbaba, Serkan, *Açıklamalı Türkçe-İngilizce İngilizce Türkçe Tarım Hukuku Sözlüğü*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2010.
- Güçlü, Yaşar, “Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi”, *Beklenen Mahalli İdareler Dergisi*, Mayıs 2008, Y.18, S.166, s.23-28.
- https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/files/eudralex/vol-1/dir_2001_83_consol_2012/dir_2001_83_cons_2012_en.pdf, ET.08.03.2019.
- <http://ggbs.tarim.gov.tr/>, ET.04/03/2019.
- <http://www.haberler.com/takviye-gida-kimse-hakini-aramayinca-3-milyar-7640287-haberi/>, ET.19.02.2019.
- <https://hsgm.saglik.gov.tr/tr/obezite/obezite-nedir.html>, ET.25.02.2019.
- <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>, ET.08.03.2019.
- <http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr>, ET.28.02.2019.
- <https://www.tarimorman.gov.tr/GKGM/Menu/56/Gida-Ve-Yem-Hizmetleri>, ET.21.02.2019.
- İlaç Sanayii Özel İhtisas Komisyonu Raporu, *Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı*, 2001, Ankara, 1. ISBN 975-19-2569-X.
- Koç, Emin, *Gıda Güvenliği ve İdarenin Yetkileri*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2014, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Koç, Emin, “Gıda Güvenliği ve Kamu Sağlığının Korunması”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Temmuz 2015, Y.6, S. 22, s.395-426.
- Petek, Hasan, “Takviye Edici Gıdalar (Özellikle Zayıflatıcı Haplar Ve Çaylar) Sebebiyle Meydana Gelen Zararlardan Sorumluluk”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2015, C.89,S.2015/6, s.15-54.

- Türkmen, Zeynep, Türkdöğru, Serkan, Mercan, Selda, Açikkol, Münevver, “Bitkisel ürünlerin ve gıda destek ürünlerinin içeriklerinin adli ve hukuki boyutu”, *Adli Tıp Bülteni*, 2014,C.19, S.1,s. 38-48.
- Ulusoy, Ali, İdari Yaptırımlar, 1. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- www3.kalkinma.gov.tr/DocObjects/Download/3442/oik556.pdf, ET.21.02.2019.

ÖZEL HUKUK

TRIPS ANLAŞMASI'NDA İLAÇ PATENTLERİNİN ZORUNLU LİSANSI

Compulsory Licensing of Pharmaceutical Patents in TRIPS Agreements

Ar. Gör. Hakan KOÇAK*

Geliş Tarihi: 01.08.2019 Kabul Tarihi: 28.01.2020

ÖZET

Ülkeler ihtiyaç duydukları patentli ilaçlara zorunlu lisans yoluyla daha uygun koşullarda erişebilmektedirler. Zorunlu lisans, patent sahibinin rızası olmaksızın bir kamu otoritesi kararı ile devlete veya üçüncü kişilere verilen patent konusu buluşu kullanma yetkisidir. Zorunlu lisans sayesinde, bir yandan patent sahibinin menfaati uluslararası anlaşmalarda ve ulusal düzenlemelerde belirlenen ilke ve esaslar çerçevesinde korunurken; diğer yandan, toplumun patentli ilaçlara duyduğu ihtiyaç karşılanmaktadır. Bu çalışmada, ilaçlara erişim sorununun çözümünde zorunlu lisans kurumunun oynadığı rol, Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (TRIPS Anlaşması) bağlamında incelenmektedir. Bu çalışma, dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, ilaç buluşlarının patent korumasına alınması sürecinden bahsedilmektedir. İkinci bölümde, zorunlu lisans kurumunun genel esasları açıklanmaktadır. Üçüncü bölümde, ilaç patentleri hakkında zorunlu lisansa karar verilmesi süreci incelenmektedir. Son olarak, günümüze kadar ilaç patentleri yönünden zorunlu lisans uygulamasına değinilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Zorunlu Lisans, İlaç Patenti, TRIPS Anlaşması, Doha Deklarasyonu, Lisans Bedeli, İlaçlara Erişim Hakkı.

ABSTRACT

Countries can acquire the patented pharmaceutical products they need in better conditions due to compulsory licensing. Compulsory licensing is an authorisation of a government agency or a decision of a court that entitle someone to use the patented invention without patent holder's consent. Due to compulsory licensing, on the one hand, the interest of patent holder is protected pursuant to international agreement; on the other hand, the pharmaceutical need of the public is met. In this article, the role of compulsory licensing in solving the problems of access to medicines is analysed. This analyse is made according to the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement). This article is settled under four section. In the first section, the process of accepting patent protection for pharmaceutical inventions is explained. Then, general principles of compulsory licensing is mentioned. Subsequently, the procedure of granting a compulsory licensing for a pharmaceutical patented invention is examined. Finally, the implementation of compulsory licensing for pharmaceutical inventions is assessed.

Keywords: Compulsory Licensing, Pharmaceutical Patent, TRIPS Agreement, Doha Declaration, Remuneration of License, Access to Medicines.

* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, e-posta:hakan.kocak@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9591-028X.

GİRİŞ

Bir ilaç buluşu, uzun süreli ve yüksek maliyetli AR-GE çalışmalarının sonucunda gerçekleşebilmektedir¹. Ancak geliştirilen bir ilacın seri üretimi oldukça ekonomiktir². Bu nedenle, ilaç firmaları geliştirdikleri ilaçlar üzerindeki sınaî haklarının korunmasını istemektedirler. Günümüzde, ilaç buluşları patent korumasından yararlanmaktadır. İlaç buluşlarının patent korumasına sahip olması, ilacın yalnızca patent sahibi tarafından ticarileştirilmesine olanak tanımaktadır.

Kişilerin en temel haklarından biri, sağlığının korunmasını ve tedavi edilmeyi talep etmektir³. Ancak bu temel hakkın dünyanın her yerinde etkin bir şekilde sağlanamadığı görülmektedir. Örneğin, AIDS hastalığı nedeniyle 2000'li yılların başına kadar Afrika kıtasında yaklaşık 15 milyon insan hayatını kaybetmiş⁴; kimi ülkelerde salgının yayılma hızı %20'lere ulaşmış ve kimi ülkelerde ortalama yaşam süresi yarı yarıya düşmüştür⁵. 2003 yılında, aynı hastalık nedeniyle gelişmekte olan ülkelerde yaklaşık 6 milyon insan HIV/AIDS tedavisinde kullanılan *antiretroviral* ilaçlara ihtiyaç duyarken; bu kişilerin sadece 400.000'i bu ilaçlara erişebilmekteydi⁶. Yaşanan ciddi toplumsal

¹ **CHIEN**, Colleen: "Cheap Drugs at What Price to Innovation: Does the Compulsory Licensing of Pharmaceuticals Hurt Innovation?", Berkeley Technology Law Journal, 18(3), 2003, s. 865, <https://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol18/iss3/3/> (E. T. 08.04.2019); **HO**, Cynthia M.: Access to Medicine in the Global Economy, New York 2011, s. 7, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1922803 (E. T. 08.04.2019); **MURTHY**, Divya: "The Future of Compulsory Licensing: Deciphering the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health", American University International Law Review, 17(6), 2002, s. 1306; **MUZAKA**, Valbona: The Politics of Intellectual Property Rights and Access to Medicines, London 2011, s. 26.

² **BREBECK**, Stephan: The Failure of Compulsory Licensing of Pharmaceuticals in Least Developed Countries, s. 85, http://duepublico.uni-duisburg-essen.de/servlets/DerivateServlet/Derivate-35046/Brebeck_Diss.pdf, (E. T. 08.04.2019).

³ Bu temel hak, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi md. 25 ile Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konsey'in kararlarıyla da teyit edilmiştir, bkz. BM Genel Kurulu'nun 10.12.1948 tarih ve 217A/3 sayılı Kararı, https://www.unicef.org/turkey/udhr/_gi17.html; 13.02.2003 tarih ve E/CN.4/2003/58 sayılı Kararı, <http://www.un.org/womenwatch/ods/E-CN.4-2003-58-E.pdf> (E. T. 08.04.2019).

⁴ AIDS nedeniyle Afrika ülkelerinde 2017 yılında hayatını kaybeden kişi sayısı yaklaşık 700.000'dir, bkz. <http://www.unaids.org/en/resources/documents/2018/unaids-data-2018> (E. T. 08.04.2019).

⁵ **DUROJAYE**, Ebenezer: "Compulsory Licensing and Access to Medicines in Post Doha Era: What Hope for Africa?", Netherlands International Law Review, 55(1), 2008, s. 58, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1528602 (E. T. 08.04.2019); **IIPI**: Patent Protection and Access to HIV/AIDS Pharmaceuticals in Sub-Saharan Africa, 2000, s. 4, http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/studies/pdf/iipi_hiv.pdf (E. T. 08.04.2019).

⁶ **ABBOTT**, Frederick M. / **PUYMBROECK**, Rudolf V. Van: Compulsory Licensing for Public Health A Guide and Model Documents for Implementation of the Doha Declaration Paragraph 6 Decision,

sağlık sorunları yalnızca AIDS ile sınırlı değildir. Örneğin, 2016 yılında, sıtma nedeniyle 445.000 kişi hayatını kaybetmiş ve bu ölümlerin %80'i Sahra-altı Afrika ülkelerinde gerçekleşmiştir⁷.

Kuşkusuz insanların ilaçlara erişebilmesinin önündeki tek engel, ilaçların patent korumasına sahip olması değildir. Ancak patent korumasının hak sahibine sağladığı tekel hakkının ilaç üretimini sınırlandırdığı ve ilaç fiyatlarını artırdığı bir gerçektir⁸. Patentle korunan ilaçların yüksek fiyatlarla piyasaya sunulması, özellikle gelişmekte olan ve az gelişmiş ülkelerdeki hastaların ilaçlara erişimini zorlaştırmakta veya fiilen imkânsız hale getirmektedir⁹. Zorunlu lisans, ülkelerin ihtiyaç duydukları patentli ilaçlara daha uygun koşullarda erişmelerini sağlayan hukuki bir mekanizmadır¹⁰. Zorunlu lisans sayesinde, bir yandan patent sahibinin menfaati birtakım ilke ve esaslar çerçevesinde korunurken; diğer yandan, toplumun patentli ilaçlara duyduğu ihtiyaç karşılanmaktadır¹¹.

Washington 2005, s. 1, [http://documents.worldbank.org/curated/en/173701468337882214/Compulsory-licensing-for-public-health-a-guide-and-model-documents-for-implementation-of-the-Doha-Declaration-Paragraph-6-Decision\(E.T.08.04.2019\)](http://documents.worldbank.org/curated/en/173701468337882214/Compulsory-licensing-for-public-health-a-guide-and-model-documents-for-implementation-of-the-Doha-Declaration-Paragraph-6-Decision(E.T.08.04.2019)).

⁷ **World Health Organization**: World Malaria Report 2017, s. 41, <http://www.who.int/malaria/publications/world-malaria-report-2017/report/en/> (E. T. 08.04.2019).

⁸ **IIPI**, s. 14; **TEKİNALP**, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2012, s. 554; **SUNDARAM**, Jae: "Access to Medicines and the TRIPS Agreement: What Next for sub-Saharan Africa?", Information & Communications Technology Law, 24(3), 2015, s. 249, <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13600834.2015.1084679> (E. T. 08.04.2019); **EPPICH**, Christopher K.: "Patenting Dilemma: Drugs for Profit Versus Drugs for Health", Santa Clara Law Review, 43(1), 2002, s. 297, <http://digitalcommons.law.scu.edu/lawreview/vol43/iss1/6/> (E. T. 08.04.2019); Doha Deklarasyonu 3. Paragraf, bkz. https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_trips_e.htm (E. T. 08.04.2019).

⁹ **BAKER**, Brook K.: "Arthritic Flexibilities For Accessing Medicines: Analysis of WTO Action Regarding Paragraph 6 of The Doha Declaration on The TRIPS Agreement And Public Health", Indiana International & Comparative Law Review, 14(3), 2004, s. 624, <https://journals.iupui.edu/index.php/iiclr/article/view/17822> (E. T. 08.04.2019); **DO AMARAL**, Alberto: "Compulsory Licensing and Access to Medicine in Developing Countries", SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers, Paper 47, 2005, p. 3, http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/47 (E. T. 08.04.2019); **KUANPOTH**, Jakkrit: "Compulsory Licences: Law and Practice in Thailand", in HILTY, Reto M. / LIU, Kung-Chung (ed.), Compulsory Licensing, Heidelberg 2015, s. 62, **LIN**, Tsai-Yu: "Compulsory Licenses for Access to Medicines, Expropriation and Investor-State Arbitration Under Bilateral Investment Agreements – Are There Issues Beyond the TRIPS Agreement?", International Review of Intellectual Property and Competition Law, 40(2), 2009, s. 153, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1676690 (E. T. 08.04.2019); **SUNDARAM**, Access to Medicines, s. 255.

¹⁰ **DO AMARAL**, p. 18.

¹¹ **SULUK**, Cahit / **KENAROĞLU**, Yasemin: Türk Fikri Mülkiyet Hukukunda Güncel Gelişmeler, İstanbul 2012, s. 74.

Bu çalışmada, patentli ilaçlara erişim sorununun çözümünde zorunlu lisans kurumunun oynadığı rol, Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (TRIPS Anlaşması) bağlamında incelenmektedir. Bu çalışma, dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, ilaç buluşlarının patent korumasına alınması sürecinden bahsedilmektedir. İkinci bölümde, zorunlu lisans kurumunun esasları genel hatlarıyla açıklanmaktadır. Üçüncü bölümde, ilaç patentleri hakkında zorunlu lisansa karar verilmesi süreci incelenmektedir. Son olarak, günümüze kadar ilaç patentleri yönünden zorunlu lisans uygulamasına değinilmektedir.

I. İLAÇ BULUŞLARININ PATENT KORUMASINA ALINMASI VE ZORUNLU LİSANS

A. İlaç Buluşlarına Patent Koruması Sağlanması

Buluşlara patent verilmesinin geçmişi, 15. yüzyıla dayanmaktadır¹². Ancak ilaç buluşlarına patent verilmesi, çok yakın bir geçmişte kabul edilmeye başlanmıştır¹³. Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması'nın (TRIPS Anlaşması) kabulü¹⁴, ilaç buluşlarının Anlaşma'ya taraf ülkelerde patent korumasından yararlanabilmesini sağlamış ve teminat altına almıştır. TRIPS md. 27/1'e göre, diğer buluş konuları gibi ilaç buluşları da patent korumasından faydalanabilmektedir. Bununla birlikte, TRIPS md. 66/1 ve sonrasında kabul edilen *TRIPS Anlaşması ve Kamu Sağlığına İlişkin Doha Deklarasyonu* (Doha Deklarasyonu), IP/C/64 ve IP/C/73 sayılı kararlarla, Birleşmiş Milletler (BM)¹⁵ tarafından az gelişmiş kabul edilen ülkelere 01.01.2033 tarihine kadar ilaç buluşlarına patent verilmesini erteleme imkânı getirilmiştir¹⁶. Günümüzde, 128 ülkede ilaç buluşlarına patent verilmesi zorunlu iken; 01.01.2033 tarihinden

¹² AYİTER, Nuşin: "Milletlerarası İhtira Hukukunun Bugünkü Durumu ve İktisaden Geri Kalmış Ülkelerde İhtira Hukuku Problemleri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 25(3), 1968 s. 137.

¹³ Örneğin, Japonya'da 1976, İsviçre'de 1977 ve Norveç'te 1992 yıllarında eczacılık ürünleri için patent koruması kabul edilmiştir, bkz. **CHIEN**, s. 864; **DO AMARAL**, p. 11.

¹⁴ Anlaşma metnine ulaşmak için bkz. https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm (E. T. 08.04.2019).

¹⁵ Söz konusu ülkelerin listesi için bkz. <https://www.un.org/development/desa/dpad/least-developed-country-category.html> (E. T. 08.04.2019).

¹⁶ Söz konusu karar metinlerine ulaşmak için sırasıyla bkz. WT/MIN(01)/DEC/2, https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_trips_e.htm; https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=135697,135626,130506,117294,85412,41380,75909,106219,77445,56840&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=228924,135697,117294,75909,77445,11737,50512,1530,12953,20730&CurrentCatalogueIdIndex=2&FullTextHash=; (E. T. 08.04.2019).

itibaren TRIPS Anlaşması'na taraf olan tüm ülkelerde ilaç buluşlarına patent verilmesi zorunlu hale gelecektir¹⁷.

Bir görüşe göre, ilaç buluşlarına patent verilmesi zorunluluğu bakımından az gelişmiş ülkeler için kabul edilmiş erteleme süresi işlevsel değildir¹⁸. Çünkü az gelişmiş ülkelerin önemli bir kısmı, hâlihazırda ilaç buluşlarına patent verilmesini kabul etmektedir. Örneğin, Afrika'da 30 az gelişmiş ülkeden 28'i TRIPS Anlaşması'nın kabulünden önce ilaç buluşları için patent verilmesini öngören düzenlemelere sahipti¹⁹. Bu ülkelerden OAPI²⁰ üyeleri 1977'den, ARIPO²¹ üyeleri 1984'ten beri ilaç buluşlarına patent verilmesini kabul etmektedir²². Yine, TRIPS Anlaşması'nın yürürlüğe girdiği tarihte, Sahra-altı Afrika ülkeleri arasında yalnızca Angola ve Malavi'de ilaç buluşlarına patent verilmemekteydi²³. Bu görüşün isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü erteleme sürelerinin ilgili devletler tarafından uygulanmayışı, bu düzenlemelerin etkinliğini ortadan kaldırmaz. Doha Deklarasyonu'nun yedinci paragrafına göre, az gelişmiş ülkeler TRIPS Anlaşması'yla patent hakkına sağlanan asgari nitelikteki korumayı erteleme süresi içerisinde sağlamakla yükümlü değillerdir. Bu süreler devam ettikçe, az gelişmiş bir devlet, ilaç buluşları için patent koruması tanısa bile ilaçlara ilişkin patent korumasını TRIPS Anlaşması'ndaki asgari standartları gözetmeden sınırlandırabilir²⁴. Yine, ilaçlara patent koruması tanıyan az gelişmiş ülkeler, TRIPS md. 31'deki zorunlu lisansa ilişkin asgari standartları gözetmeden zorunlu lisans kararı verebilir²⁵.

¹⁷ BM tarafından az gelişmiş ülke olarak kabul edilen 47 ülke bulunmaktadır. Bu ülkelerin 36'sı DTÖ'ne üyedir. DTÖ'ye ise 164 devlet üyedir, bkz. https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org7_e.htm (E. T. 08.04.2019).

¹⁸ **KAMPF**, Roger: Special Compulsory Licences for Export of Medicines: Key Features of WTO Members' Implementing Legislation, 2015, s. 7, https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201507_e.pdf (E. T. 08.04.2019).

¹⁹ **ATTARAN**, Amir: "How Do Patents and Economic Policies Affect Access to Essential Medicines in Developing Countries?", Health Affairs, 23(3), 2004, s. 161, <https://www.healthaffairs.org/doi/pdf/10.1377/hlthaff.23.3.155> (E. T. 08.04.2019).

²⁰ <http://www.oapi.int/index.php/en/aipo/presentation/member-countries> (E.T. 08.04.2019).

²¹ <http://www.aripo.org/about-aripo/membership-member-states> (E. T. 08.04.2019).

²² **ATTARAN**, Amir / **GILLESPIE-WHITE**, Lee: "Do Patents for Antiretroviral Drugs Constrain Access to AIDS Treatment in Africa?", The Journal of the American Medical Association, 286(15), 2001, s. 1889, http://iipi.org/wp-content/uploads/2010/07/Antiretroviral_Article.pdf (E. T. 08.04.2019).

²³ **IPI**, s. 36.

²⁴ **ABBOTT**, Frederick M.: "Managing the Hydra: The Herculean Task of Ensuring Access to Essential Medicines", in MASKUS, Keith E. / REICHMAN, Jerome H. (ed.), International Public Goods and Transfer of Technology under A Globalized Intellectual Property Regime, New York 2005, s. 416.

²⁵ TRIPS md. 66/1.

B. Zorunlu Lisansa İlişkin Genel Esaslar²⁶

1. Tanımı ve Hukuki Niteliği

Zorunlu lisans, patent sahibinin rızası olmaksızın bir kamu otoritesi kararı ile devlete veya üçüncü kişilere patent üzerinde lisans yetkisi verilmesidir²⁷.

Zorunlu lisansın hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, zorunlu lisans, lisans sözleşmesinin bir türüdür ve sözleşme kurma yükümlülüğünün bir örneğidir²⁸. Ancak zorunlu lisans birtakım sınırlamalara tâbidir ve “kamu otoritesi baskısı” ile gerçekleşmektedir²⁹. Buna karşılık, bir diğer görüş, taraflar arasında rızai bir işlemin kurulmaması nedeniyle zorunlu lisansı sözleşme olarak nitelendirmemektedir³⁰. Bu görüşü savunan yazarlar, zorunlu lisansın hukuki niteliğine ilişkin bir değerlendirme yapmamakta, genellikle zorunlu lisansın tanımına yer vermekle yetinmektedir. Kanaatimizce, zorunlu lisans tarafların rızasına dayalı bir ilişki olmadığı için ve şartları kamu otoriteleri tarafından belirlendiği için sözleşme niteliğine sahip değildir³¹. Zorunlu lisans, patent hakkının bir sınırıdır.

2. Temel İlke ve Esaslar

a. Düzenlemeler

Zorunlu lisansın özellikleri, esas olarak ülkelerin iç hukuk düzenlerinde öngördükleri mevzuata göre şekillenmektedir. Ancak, TRIPS Anlaşması ve Sınai Mülkiyet Haklarının Korunmasına İlişkin Paris Sözleşmesi³² ile zorunlu lisans hakkında birtakım ilke ve esaslar kabul edilmiştir. Söz konusu uluslararası anlaşmalara taraf olan ülkeler, bu ilke ve esaslara uyum sağlamakla yükümlüdür.

TRIPS Anlaşması'nda zorunlu lisansa ilişkin kabul edilen ilke ve esaslar, zorunlu lisansın niteliğine, kuruluşuna ve uygulanma sürecine göre

²⁶ Zorunlu lisansın genel esaslarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **KOÇAK**, Hakan: Patent Hukukunda Kullanılma Nedeniyle Zorunlu Lisans, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019, s. 37 vd.

²⁷ **AYİTER**, s. 156; **KAYA**, Arslan: “551 Sayılı ‘Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’ ile Getirilen Zorunlu Lisans Sistemi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 55(1-2), 1996, s. 338; **ISCTS-UNCTAD**: Resource Book on TRIPS and Development: An Authoritative and Practical Guide to the TRIPS Agreement, New York 2005, s. 461; **ŞEHİRALİ ÇELİK**, Feyzan Hayal: “Patent Sisteminin İşlevleri ve Bu İşlevlerin Etkinliğini Sağlayan Yasal Düzenlemeler”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 23(3), 2006, s. 141.

²⁸ **BACA**, Rafael V.: “Compulsory Patent Licensing in Mexico in the 1990s: The Aftermath of NAFTA and the 1991 Industrial Property Law”, Transnational Lawyer, 8(1), 1995, s. 34.

²⁹ **CHOPRA**, Madhavi: “Of the Big Daddy, the Underdog, the Mother Hen, and the Scapegoats: Balancing Pharmaceutical Innovation and Access to Healthcare in the Enforcement of Compulsory Patent Licensing in India, its Compliance with TRIPS, and Bayer v. Natco”, Santa Clara Journal of International Law, 13(2), 2015, s. 337 ve 345, <https://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol18/iss3/3/> (E. T. 08.04.2019).

³⁰ **ORTAN**, Ali Necip: Patent Lisans Sözleşmesi, Ankara 1979, s. 155, dn. 278a.

³¹ Detaylı bilgi için bkz. **KOÇAK**, s. 22 vd.

³² https://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=288514 (E. T. 08.04.2019).

sınıflandırılabilir³³. Zorunlu lisansın niteliğine ilişkin esaslar, TRIPS Anlaşması md. 31/(d, e)'de düzenlenmektedir. Bu düzenlemelere göre, zorunlu lisans inhisari olamaz ve kural olarak devredilemez³⁴.

Zorunlu lisansın kuruluş sürecine ilişkin esaslar, TRIPS md. 31/(a, b, c, h)'de düzenlenmektedir. TRIPS md. 31/(a)'ya göre, zorunlu lisans vermeye yetkili kamu otoriteleri, her bir zorunlu lisans talebini somut olayın özelliklerine göre değerlendirmelidir³⁵. Başka bir ifadeyle, üye devletler belirli konulardaki patentler için genel geçer bir zorunlu lisans yetkisi vermek yerine, her bir zorunlu lisans talebinin mevzuatta belirlenen zorunlu lisans kriterlerini sağlayıp sağlamadığını inceleyerek karar vermelidir³⁶. TRIPS md. 31/(b)'ye göre, zorunlu lisans kararından önce, zorunlu lisans talebinde bulunan, patent sahibiyle makul ticari şartlara sahip bir lisans sözleşmesi kurmak için makul bir süre çaba göstermelidir. Ancak üye devletler, bu ön şarta ulusal aciliyet ve aşırı aciliyet gerektiren durumlar ile ticari olmayan kamusal kullanım hâllerinde muafiyet getirebilirler³⁷. TRIPS md. 31/(c)'ye göre, zorunlu lisansın kapsamı ve süresi, zorunlu lisansın verilmesindeki amaç dikkate alınarak belirlenmelidir. Örneğin, toplumsal sağlık krizi nedeniyle bir ilaç patenti hakkında verilen zorunlu lisansın, bu sağlık sorununun çözümü için işlevsel ve gerekli olduğu ölçüde bir kapsama sahip olması ve zorunlu lisans süresinin de buna göre belirlenmesi gerekir. TRIPS md. 31/(h)'ye göre, zorunlu lisans, zorunlu lisansın

³³ TRIPS md. 31'de genel esasların yanı sıra belli zorunlu lisans nedenleri bakımından özel düzenlemeler öngörülmektedir. Bu düzenlemelerden TRIPS md. 31/(k)'ye göre, patent sahibinin rekabete aykırı uygulamaları nedeniyle zorunlu lisansa karar verilmesi durumunda, TRIPS md. 31/(b, f) bentlerindeki şartlar dikkate alınmayabilir. Bunun yanı sıra, TRIPS md. 31/(k)'de zorunlu lisansın rekabete aykırılık nedeniyle verilmesinin zorunlu lisans bedelinin belirlenmesinde dikkate alınabileceği öngörülmektedir. Yine, TRIPS md. 31/(k)'de patent sahibinin rekabete aykırı uygulamalarını tekrarlaması muhtemelse, yetkili merciinin zorunlu lisansın iptali talebini reddedebileceği vurgulanmaktadır. TRIPS md. 31/(l)'de ise patent konularının bağımlılığı -patent konusu buluşun, başka bir patent hakkına tecavüz edilmeden kullanılamaması- nedeniyle zorunlu lisansa karar verilebilmesi için ek şart ve esaslar kabul edilmektedir. Söz konusu şart, sonraki tarihli patent konusu buluşun, önceki tarihli patent konusu buluşa göre büyük ölçüde ekonomik yarar sağlayan önemli bir teknik ilerleme göstermesidir. TRIPS md. 31/(l)'de kabul edilen esaslardan ilki, patent konularının bağımlılığı nedeniyle zorunlu lisans verilmesi halinde, zorunlu lisans konusu patentin sahibinin de diğer patent için zorunlu lisans talebinde bulunabilmesidir. Kabul edilen bir diğer esas ise, patent konularının bağımlılığı nedeniyle verilen zorunlu lisansın ancak patent ile birlikte devredilebilmesidir.

³⁴ Bu ilkeler, Paris Sözleşmesi md. 5A/4'te de öngörülmektedir.

³⁵ TRIPS Anlaşması'nın kabulünden önce bu ilkeye aykırı uygulamalar mevcuttu. Örneğin, Kanada'da 1969 yılında yürürlükte olan Kanun gereği eczacılık ürünleri için otomatik zorunlu lisans/kanuni lisans kararı verilmekteydi, bkz. **CORREA**, Carlos M.: Integrating Public Health Concerns Into Patent Legislation in Developing Countries, Geneva 2000, s. 97, dn. 157, <http://apps.who.int/medicinedocs/en/d/Jh2963e/> (E. T. 08.04.2019).

³⁶ **ISCTS-UNCTAD**, s. 468.

³⁷ Bu yönde bir muafiyetin getirilmesi halinde, patent sahibi mümkün olan en kısa zamanda durumdan haberdar edilmelidir.

ekonomik değeri de dikkate alınarak zorunlu lisans kararındaki şartlara göre yeterli bir bedel karşılığında kurulmalıdır.

Zorunlu lisansın uygulanmasına ilişkin ilke ve esaslar, TRIPS md. 31/(f, g, i, j)'de düzenlenmektedir. TRIPS md. 31/(f)'ye göre, zorunlu lisans kapsamında üretilen ürünler, esas olarak zorunlu lisansa karar verilen ülkenin iç pazarına arz edilmelidir. TRIPS md. 31/(i-j)'ye göre, zorunlu lisans kararı, bir yargı veya kararı veren merciden farklı ve üst bir merci tarafından denetlenebilmelidir. Son olarak, TRIPS md. 31/(g)'de zorunlu lisansın iptali düzenlenmektedir. Buna göre, hukuki menfaati bulunan bir kişi, zorunlu lisans verilmesindeki nedenlerin ortadan kalkması ve tekrar gerçekleşme ihtimalinin bulunmaması halinde zorunlu lisansın iptalini talep edebilmelidir.

b. Yorum Sorunu ve Doha Deklarasyonu'nun İlanı

TRIPS Anlaşması'nda yer alan kavramların önemli bir kısmı, farklı yorumlamaları ve uygulamaları mümkün kılacak esnekliğe sahiptir³⁸. Nitekim gelişmiş ülkeler ile gelişmekte olan ülkeler, TRIPS Anlaşması'nda zorunlu lisansa ilişkin düzenlemeleri yorumlarken farklı yaklaşımlar benimsemişlerdir³⁹. Bu nedenle, kamu sağlığını korumak için önlem almak isteyen gelişmekte olan ve az gelişmiş ülkeler, TRIPS Anlaşması'ndaki düzenlemelere açıklık getirilmesini talep etmişlerdir. Sonuç olarak, 09.11.2001-14.11.2001 tarihleri arasında düzenlenen Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) 4. Bakanlar Konferansı'nda Doha Deklarasyonu ilan edilmiştir. Doha Deklarasyonu, TRIPS Konseyi'nin ilk kez kamu sağlığı çerçevesinde fikri mülkiyet haklarını ele aldığı⁴⁰, kamu sağlığını ticari menfaatlerin üstünde tutan⁴¹ ve TRIPS düzenlemelerine açıklık getiren bir niteliğe sahiptir⁴².

³⁸ **MALBON**, Justin / **LAWSON**, Charles / **DAVISON**, Mark: The WTO Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights-A Commentary, Northampton 2014, s. 500; **SUNDARAM**, Access to Medicines, s. 247-248.

³⁹ **CHIEN**, s. 860; **FORD**, Sara M.: "Compulsory Licensing Provisions under the TRIPS Agreement: Balancing Pills And Patents", American University International Law Review, 15(4), 2000, s. 960-961, **NGUYEN**, Tu Thanh: Competition Law Technology Transfer and the TRIPS Agreement Implications for Developing Countries, Northampton 2010, s. 30; **MALBON / LAWSON / DAVISON**, s. 497 ve 500; **MURTHY**, s. 1304.

⁴⁰ **T'HOEN**, Ellen F. M.: "TRIPS, Pharmaceutical Patents and Access to Essential Medicines: Seattle, Doha and Beyond", s. 40, <https://tr.scribd.com/document/346537509/tHoen> (E. T. 08.04.2019).

⁴¹ Doha Deklarasyonu'nda bir yandan, kamu sağlığının korumasının önemi ve gelişmekte olan ülkelerde yaşanan kamu sağlığı problemlerinin ciddiyeti vurgulanırken; diğer yandan, TRIPS Anlaşması'nın söz konusu kamu sağlığı sorunlarının çözümünde daha etkin bir işleve sahip olması gerektiği ifade edilmiştir. Buna karşılık, yeni ilaç buluşlarının gerçekleştirilebilmesi için fikri mülkiyet korumasının önemi vurgulanmıştır. Fikri mülkiyet haklarının korunmasına yönelik ifadeler nedeniyle, kişilerin ilaçlara erişim hakkı ile ilaç patentleri üzerindeki hak sahiplerinin menfaati arasında denge gözetildiği yönündeki görüş için bkz. **HSU**, Locknie: "Regulatory Flexibilities and Tensions in Public Health and Trade - An Asian Perspective", AJWH, 10(157), 2015, s. 160, https://ink.library.smu.edu.sg/cgi/viewcontent.cgi?article=3726&context=sol_research (E. T. 08.04.2019).

⁴² **MUZAKA**, s. 84; **SEZGİN HUYSAL**, Ayşegül: İlaç Patenti, İstanbul 2010, s. 218; **T'HOEN**, s. 50.

TRIPS Anlaşması'nın yorumlanması bakımından Doha Deklarasyonu'nun dördüncü ve beşinci paragrafı önem arz etmektedir. Deklarasyon'un dördüncü paragrafında, TRIPS Anlaşması'nın yorumlanmasına ilişkin bir esas kabul edilmektedir. Bu esasa göre, TRIPS Anlaşması, üye devletlerin kamu sağlığını korumak için zorunlu lisans dâhil TRIPS Anlaşması'nda yer alan önlemleri almasını engelleyecek şekilde yorumlanamaz. Bunun yerine, TRIPS Anlaşması, üye devletlerin kamu sağlığını korumaya ve herkesin ilaçlara erişim hakkını⁴³ sağlamaya yönelik bir anlayışla yorumlanmalıdır⁴⁴.

Doha Deklarasyonu'nun beşinci paragrafı, dördüncü paragrafta yer alan esası güçlendirmektedir. Beşinci paragraf, TRIPS Anlaşması'nda yer alan düzenlemelerin ve üye devletlere tanınan yetkilerin kapsamını ve yorumlanmasını içermektedir. Deklarasyon paragraf 5/(a)'ya göre, TRIPS Anlaşması'ndaki bir hüküm yorumlanırken, Anlaşma'nın amacını ve kapsamını düzenleyen hükümlerin (md. 7-8)⁴⁵ dikkate alınması gerekmektedir. Deklarasyon paragraf 5/(b)'de, Anlaşma'ya taraf ülkelerin zorunlu lisans nedenlerini belirleme hakkına sahip olduğu vurgulanmaktadır. Deklarasyon paragraf 5/(c)'de, TRIPS md. 31/(b)'de yer alan sözleşme görüşmesi şartına açıklık getirilmektedir. Buna göre, sözleşme görüşmeleri şartına muafiyetin getirildiği ulusal aciliyet ve aşırı aciliyet hallerinin kapsamını belirlemek, üye devletlerin takdirindedir. Ayrıca, AIDS, tüberküloz, sıtma hastalığı ve diğer salgın hastalık durumlarının ulusal aciliyet veya aşırı aciliyet hali olarak düzenlenebileceği vurgulanmaktadır. Deklarasyon paragraf 5/(d)'de, üye devletlerin, patent hakkının tükenmesine ilişkin ulusal veya uluslararası tükenme ilkelerinden birini belirleme yetkisine sahip olduğu belirtilmektedir. Bu esas, üye devletlerin paralel ithalat konusunda kendi fikri mülkiyet politikalarını belirleyebilmesine imkân sağlamaktadır.

⁴³ Herkesin ilaçlara erişim hakkına sahip olması, toplumun çoğunluğunun temel sağlık ihtiyaçlarını karşılayacak başlıca ilaçların her zaman, yeterli miktarda ve makul fiyatla piyasaya arz edilmesi gerektiği yönünde bkz. https://www.who.int/healthinfo/systems/WHO_MBHSS_2010_section4_web.pdf?ua=1 (E. T. 08.04.2019).

⁴⁴ Doha görüşmelerinde gelişmekte olan ülkeler, kamu sağlığını korumak için TRIPS Anlaşması'ndaki hükümlerin engel oluşturmayacağına ilişkin karar alınması yönünde teklifte bulunmuştur. Bu görüş, gelişmiş ülkeler tarafından, TRIPS hükümleriyle uyumlu olmayan sağlık istisnalarına izin veren yeni bir kural olarak görülüp eleştirilmiştir. Ancak dördüncü paragraf, gelişmekte olan ülkelerin bu konudaki taleplerinin karşılandığını göstermektedir, bkz. **T'HOEN**, s. 50-51. 20.06.2001 tarih ve IP/C/W/296 sayılı gelişmekte olan ülkelerin bu yönde görüşlerini içerir belge için ayrıca bkz. https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/paper_develop_w296_e.htm (E. T. 08.04.2019).

⁴⁵ TRIPS md. 7'ye göre, sınai mülkiyet haklarının korunması, teknolojinin gelişmesine, yaygınlaşmasına ve transfer edilmesine; sosyal ve ekonomik refahın artmasına katkı sunmalıdır. TRIPS md. 8'e göre ise, üye devletler, TRIPS Anlaşması'na uygun olmak şartıyla, kamu sağlığını korumak, sosyo-ekonomik ve teknolojik gelişmeleri sağlamak; patent hakkının kötüye kullanılmasını ve rekabet düzenini bozan uygulamaları önlemek için gerekli tedbirleri almaya yetkilidir.

II. İLAÇ PATENTLERİ HAKKINDA ZORUNLU LİSANS KARAR VERME USULÜ

A. Üretim Kapasitesine Sahip Ülkelerde

Bir ülke zorunlu lisans verdiği ilaç patenti için gerekli üretim kapasitesine sahipse, zorunlu lisans kararı ilgili ülkenin mevzuatında aranan şartlara ve uluslararası anlaşmalarda gözetilen ilkelere göre verilmeli ve uygulanmalıdır. Örneğin, zorunlu lisans talebinde bulunan kişi, kural olarak, talepte bulunmadan önce patent sahibinden sözleşmeye dayalı bir lisans elde etmek için çaba sarf etmelidir. Zorunlu lisansa karar veren kamu otoritesi lisans için yeterli bir bedel öngörmelidir. Zorunlu lisansın süresi ve kapsamı, zorunlu lisans verilmesindeki ihtiyacı karşılamaya yetecek nitelikte olmalıdır.

Zorunlu lisansa karar vermeye yetkili makam, kararın verilme usulü ve zorunlu lisans nedenleri ülkeden ülkeye değişiklik gösterebilmektedir⁴⁶. Bu nedenle, zorunlu lisans nedeninin gerçekleşip gerçekleşmediğine, zorunlu lisansa karar verecek kamu otoritesine ve usule ilişkin hususlarda ilgili ülkenin mevzuatına bakılmalıdır. Örneğin, Türk Hukukunda bir ilaç patenti hakkında zorunlu lisans kararı verilebilecek birden fazla zorunlu lisans nedeni bulunmaktadır (SMK md. 129). Bu nedenlerden biri, patentin kullanılmamasıdır. Eğer patent sahibi ilaç patentini kullanmıyorsa, zorunlu lisans almak için mahkemeye başvurulmalıdır⁴⁷. Bunun yanı sıra, patent sahibinin patentini kullanırken rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı faaliyetlerde bulunması söz konusu ise, zorunlu lisans için Rekabet Kurumuna başvurulmalıdır⁴⁸.

B. Üretim Kapasitesi Bulunmayan Ülkelerde

1. Genel Olarak

İlaç üretimi için gerekli teknik altyapıya ve ekonomik güce sahip olmayan ülkelerde zorunlu lisans kararı verilmesi, yakın geçmişe kadar pratik bir fayda sağlamamaktaydı. Çünkü TRIPS Anlaşması'nda, ilaç üretim kapasitesi bulunmayan ülkelerin zorunlu lisans kararlarını uygulamak için izlemesi gereken yol düzenlenmemiştir. Üstelik TRIPS md. 31/(f) hükmü, yalnızca ihracat amacıyla zorunlu lisansa karar verilmesini engelleyen bir niteliğe sahiptir. Bu düzenlemeye göre, bir ülke zorunlu lisansa karar verdiğinde, zorunlu lisans kapsamında üretilen ürünler esas olarak bu ülkenin pazarına arz edilmelidir. Hâlbuki uygulamada, birtakım ilaç patentleri hakkında zorunlu lisans kararı vermeye ihtiyaç duyan, ancak söz konusu ilaçları üretme kapasitesi

⁴⁶ Örnek olarak bkz. **CORREA**, Carlos M.: "The Use of Compulsory Licences in Latin America", in HILTY, Reto M. / LIU, Kung-Chung (ed.), Compulsory Licensing, Heidelberg 2015, s. 45.

⁴⁷ Türk hukukunda kullanmama nedeniyle zorunlu lisans verilmesine ilişkin detaylı bilgi için bkz. **KOÇAK**, s. 139 vd.

⁴⁸ 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu md. 129/2, RG. T. 10.01.2017, S. 29944.

bulunmayan ülkeler bulunmaktaydı⁴⁹. Bu sorun, Doha Deklarasyonu'nda ortaya konulmuş ve çözüm bulunması için TRIPS Konseyi'ne 2002 yılı sonuna kadar süre verilmiştir⁵⁰. Genel Konsey 30.08.2003 tarih ve WT/L/540 sayılı kararıyla⁵¹ sorunun çözümüne ilişkin bir karar almıştır⁵². Bu sayede, zorunlu lisans yoluyla, TRIPS Anlaşması'na aykırılık oluşturmada ilaç üretim kapasitesi bulunmayan ülkelerin ihtiyaç duydukları ilaçlara erişebilmeleri mümkün hale gelmiştir. Genel Konsey'in 30 Ağustos Kararı'nda düzenlenen prosedür, 06.12.2005 tarih ve WT/L/641 sayılı protokol ile TRIPS Anlaşması'na eklenmiştir⁵³. TRIPS Anlaşması'na prosedürün eklenmesine ilişkin ek protokol, DTÖ üyelerinin üçte ikisinin kabul etmesi üzerine⁵⁴, 23.01.2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁵⁵. Ancak TRIPS Anlaşması'na taraf olan bütün ülkeler henüz ek protokolü kabul etmemiştir. Bu nedenle, ek protokolü kabul etmemiş ülkeler için 30 Ağustos Kararı icrai niteliktedir⁵⁶.

TRIPS md. 31*bis*/4'e göre, Anlaşma'ya taraf ülkeler, DTÖ Anlaşması md. 23/1-(a, b) gereğince prosedüre ilişkin hükümleri reddedemez. Ayrıca, TRIPS Anlaşması'nın *Annex* yedinci paragrafına göre, TRIPS Konseyi her yıl prosedürün etkinliğini kontrol etmeli ve prosedür uygulamalarını DTÖ Genel Kurulu'na yıllık rapor halinde sunmalıdır⁵⁷.

⁴⁹ T'HOEN, s. 42.

⁵⁰ Doha Deklarasyonu 6. paragraf.

⁵¹ TRIPS Anlaşması ve Kamu Sağlığına İlişkin Doha Deklarasyonu 6'ncı Paragraf Uygulama Kararı, bundan sonra "30 Ağustos Kararı" olarak anılacaktır.

⁵² Karar metni için bkz. https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/implem_para6_e.htm (E. T. 08.04.2019). Kararın alınmasına ilişkin süreç ve devletlerin yaklaşımı için ayrıca bkz. BAKER, s. 630-633; DANAWALA, Saba / ZHANG, Zoe: "Implications of TRIPS Flexibilities for Access to Non-communicable Disease Medicines in Lower and Middle Income Countries", International Journal of Nursing and Health Care, 1(1), 2013, s. 3.

⁵³ WT/L/641, https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/wtl641_e.htm (E. T. 08.04.2019). Karşılaştırma tablosu için bkz. Ek. 1.

⁵⁴ 15.04.1994 tarihinde imzalanan Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması md. 10/3'e göre, Anlaşma'ya yapılan bir ekin yürürlüğe girmesi DTÖ'nün üye tam sayısının 2/3'ünün kabulüne bağlıdır. DTÖ Kuruluş Anlaşması'nın metni için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc078/kanuntbmmc078/kanuntbmmc07804067.pdf (E. T. 08.04.2019). Ek Protokolü kabul eden ülkelerin listesi ve kabul tarihleri için ayrıca bkz. https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/amendment_e.htm (E. T. 08.04.2019).

⁵⁵ Esasında, Protokol'ün orijinal metninde DTÖ'ye üye devletlerin Protokol'ü kabul etmesi için öngörülen süre 01.12.2007'dir. Ancak bu süre, altı kere uzatılmıştır. Kabul süresinin uzatılmasına ilişkin karar metinleri için bkz. 30.11.2017-WT/L/1024; 30.11.2015-WT/L/965; 26.11.2013-WT/L/899; 5.12.2011-WT/L/829; 17.12.2009-WT/L/785; 18.12.2007-WT/L/711. Protokol'ün yürürlüğe girdiğine ilişkin bildirim için ayrıca bkz. https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/public_health_e.htm (E. T. 08.04.2019).

⁵⁶ 30 Ağustos kararı ile TRIPS md. 31*bis* içerik itibarıyla aynı prosedüre sahiptir. Bu nedenle TRIPS md. 31*bis* için yapılan açıklama ve eleştiriler 30 Ağustos Kararı için de geçerlidir.

⁵⁷ TRIPS Anlaşması *Annex* 7. Paragraf.

2. TRIPS Anlaşması'na Ek Protokolde Kabul Edilen Prosedür-md. 31bis

a. Kapsam

Üretim kapasitesi bulunmayan ülkelere zorunlu lisans yoluyla ilaçların ihraç edilmesini sağlayan prosedür, esas olarak TRIPS md. 31bis'te düzenlenmektedir. Ayrıca, prosedüre ilişkin bazı hususlar, TRIPS md. 31bis ile ilişkilendirilerek TRIPS Anlaşması'nın "Annex" ve "Appendix" bölümlerinde yer almaktadır.

TRIPS md. 31bis, zorunlu lisansın esas olarak iç pazarın ihtiyacını karşılamak amacıyla verilebileceğine ilişkin TRIPS md. 31/(f)'de kabul edilen ilkeye, eczacılık ürünleri yönünden istisna getirmektedir⁵⁸. Buna göre, bir ülke, bir ilacın ihtiyaç duyulduğu başka bir ülkeye ihraç edilmesi amacıyla bu ilaca ilişkin patent hakkında zorunlu lisans kararı verebilir. TRIPS md. 31/(f)'de düzenlenen ülkesel kullanım ilkesi, TRIPS md. 31bis'teki şartların karşılanması halinde söz konusu zorunlu lisans bakımından dikkate alınmaz.

TRIPS md. 31bis/5'e göre, prosedüre ilişkin düzenlemeler üye devletlerin yalnızca TRIPS md. 31/(f, h)'den doğan yükümlülükleri konusunda değişiklik öngörmektedir. Başka bir ifadeyle, TRIPS Anlaşması'na taraf ülkelerin, prosedür nedeniyle TRIPS md. 31/(f, h) dışında TRIPS Anlaşması'ndan doğan hak ve yükümlülükleri değişmemiştir. Bu nedenle, ithalatçı veya ihracatçı ülkenin zorunlu lisansa karar vermesi durumunda TRIPS Anlaşması'ndaki ilke ve esasları dikkate alması gerekmektedir. Örneğin, TRIPS md. 31/(b)'de belirtilen sözleşme görüşmesi şartına prosedüre ilişkin düzenlemelerde istisna getirilmemiştir⁵⁹. Bu nedenle, prosedürün uygulanmasına ilişkin zorunlu lisanslarda, kural olarak, zorunlu lisans kararından önce patent sahibiyle lisans sözleşmesi kurulmasına ilişkin görüşmeler yapılmalıdır.

TRIPS Anlaşması Annex bölümünün altıncı paragrafı, prosedürün kapsamı ve uygulaması açısından yol gösterici bir niteliğe sahiptir. Bu düzenlemeye göre, üye devletler, Doha Deklarasyonu altıncı paragrafında belirtilen sorunun⁶⁰ çözülebilmesi için teknoloji transferinin ve teknik altyapı sorunlarının giderilmesinin önemini kabul etmektedir. Prosedür kapsamında

⁵⁸ BAK, Başak: "İlaçta Zorunlu Patent Lisansı", Ankara Barosu Dergisi, 3, 2011, s. 118; ISCTS-UNCTAD, s. 474 ve 484.

⁵⁹ Katıldığımız görüşe göre, ihracatçı ülkenin, zorunlu lisans kararı öncesinde patent sahibiyle sözleşme görüşmesi yapma yükümlülüğü yoktur. İthalatçı ülkenin patent sahibi ile lisans sözleşmesi için görüşme yapması halinde, ihracatçı ülkenin TRIPS md. 31/(b)'den doğan yükümlülüğü sona ermektedir, bkz. BAKER, s. 676. Ancak, ithalatçı ülke patent sahibiyle TRIPS md. 31/(b)'ye uygun olarak lisans görüşmesi yapmazsa veya TRIPS md. 31/(b)'deki lisans görüşmesi şartına istisna getiren bir karar almazsa ihracatçı ülkenin TRIPS md. 31/(b)'den doğan yükümlülüğünün devam ettiği kanaatindeyiz.

⁶⁰ Doha Deklarasyonu 6. paragrafta, eczacılık ürünlerinin üretilmesi için gerekli üretim kapasitesine sahip olmayan DTÖ'ye üye ülkelerin, zorunlu lisans kurumunu etkin bir şekilde kullanmadığı ifade edilmektedir.

zorunlu lisans yoluyla ilaç ihraç eden ve ithal eden ülkeler, prosedürü teknoloji transferini ve teknik altyapı sorunlarının çözülmesini sağlayacak doğrultuda kullanılmalıdır. Ayrıca, TRIPS Anlaşması'na taraf ülkeler, TRIPS md. 66/2 ve Doha Deklarasyonu'nun yedinci paragrafında da belirtilen eczacılık sektöründeki teknik altyapı sorunlarının çözülmesi ve teknoloji transferinin sağlanması için, iş birliği yapmayı kabul etmektedir.

Prosedürün kapsamı ve uygulaması açısından dikkate alınabilecek bir diğer metin DTÖ Başkanı'nın beyanıdır⁶¹. Söz konusu beyan, hem 30 Ağustos Kararı'nın kabulünde hem de TRIPS Anlaşması'na Ek Protokol'ün kabulünde ifade edilmiştir. Başkan'ın beyanına göre, üye ülkeler prosedürü dürüstlük kuralına uygun olarak kamu sağlığının korunması amacıyla kullanılmalıdır. Prosedür sınai veya ticari bir amaç için kullanılmamalıdır⁶². Prosedür kapsamında üretilen ürünler yalnızca ithalatçı ülkenin pazarına arz edilmelidir⁶³. Ancak Başkan'ın beyanının hukuki niteliği belirsizdir⁶⁴. Öğretide, Başkan'ın beyanının üye devletler için ek bir yükümlülük getirmeyeceği, ancak prosedüre ilişkin hükümlerin yorumlanmasında yardımcı bir metin olarak dikkate alınabileceği ifade edilmektedir⁶⁵.

b. Tanımlar

TRIPS Anlaşması *Annex* bölümünün birinci paragrafında, prosedürün uygulanması bakımından ithalatçı ülke, ihracatçı ülke ve eczacılık ürün kavramları tanımlanmaktadır. Buna göre, ithalatçı ülke, DTÖ'ye üye⁶⁶ az gelişmiş ülkeler ile⁶⁷, DTÖ'ye prosedürden ithalatçı ülke olarak yararlanmak

⁶¹ https://www.wto.org/english/news_e/news05_e/trips_319_e.htm (E. T. 08.04.2019).

⁶² Zorunlu lisans uygulamasında, lisans alanın ticari bir amaç taşıyabileceği, Başkan'ın beyanında yer alan söz konusu esasların kabulü halinde prosedürün uygulanmasının zorlaşacağı yönündeki eleştiri için bkz. **ISCTS-UNCTAD**, s. 485.

⁶³ Başkan'ın beyanına göre, zorunlu lisans konusu ilaçların ithalatçı ülkenin dışındaki bir ülkenin pazarına girmesi, prosedüre ilişkin hükümlerin amacına aykırılık oluşturmaktadır.

⁶⁴ **ABBOTT / PUYMBROECK**, s. 12; **MITCHELL**, Andrew D. / **VOON**, Tania: "The TRIPS Waiver As A Recognition of Public Health Concerns in the WTO", in **POGGE**, Thomas / **RIMMER**, Matthew / **RUBENSTEIN**, Kim (ed.), *Incentives for Global Public Health Patent Law and Access to Essential Medicines*, New York 2010, s. 66; **NKOMO**, Marumo: "Rwanda's New Intellectual Property Law and Compulsory Licensing for Export under the WTO: Not Quite a Panacea", *African Journal of International and Comparative Law*, 21(2), 2013, s. 281; **VELÁSQUEZ**, Germán: *Intellectual Property, Public Health and Access to Medicines in International Organizations*, Geneva 2017, s. 7, <https://www.southcentre.int/research-paper-78-july-2017/> (E. T. 08.04.2019).

⁶⁵ **CORREA**, Carlos M.: "Multilateral Agreements and Policy Opportunities", in **CIMOLI**, Mario / **DOSI**, Giovanni / **MASKUS**, Keith E. / **OKEDJI**, Ruth L. / **REICHMAN**, Jerome H. / **STIGLITZ**, Joseph E. (ed.), *Intellectual Property Rights Legal and Economic Challenges for Development*, Oxford 2014, s. 431.

⁶⁶ 29.07.2016 tarihi itibarıyla, 164 devlet DTÖ'ye üye ve 23 devlet gözlemcidir. Bkz. https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm (E. T. 08.04.2019).

⁶⁷ BM nezdinde 47 az gelişmiş ülke bulunmakta iken bu ülkelerin 36'sı DTÖ'ye üye olup, 8

istediğini bildiren üye ülkeleri ifade etmektedir. Başka bir ifadeyle, DTÖ üyesi az gelişmiş ülkeler doğrudan ithalatçı ülke olarak kabul edilmektedir. Diğer üye ülkeler, ithalatçı ülke sıfatına sahip olabilmek için prosedürden ithalatçı ülke olarak yararlanmak istediğini bildirmelidirler⁶⁸. Bildirimde bulunmak için bir süre sınırı bulunmamaktadır.

Ülkeler ithalatçı ülke olmalarına ilişkin bildirimlerinde, prosedürden sınırlı hallerde yararlanmak istediklerini belirtilebilir. Örneğin, bir devlet, yalnızca ulusal aciliyet, aşırı aciliyet ve ticari olmayan kamusal kullanım hâllerinde prosedürden ithalatçı ülke olarak yararlanmak isteyebilir⁶⁹. Üye devletlerin ithalatçı ülke sıfatı hakkındaki bildirimleriyle bağlı olup olmadıkları hususunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, bildiriminde sınırlı bir şekilde ithalatçı ülke olarak prosedürden yararlanacağını belirten bir devletin, daha sonra söz konusu sınırı kaldıran yeni bir bildirimde bulunma yetkisinin olup olmadığı belirsizdir. Doktrinde, üye devletlerin yeni bir bildirimde bulunma yetkisine sahip oldukları ve yeni bir bildirim ile önceki bildirimde bulunan sınırları genişletebileceği veya ortadan kaldıracabileceği ifade edilmektedir⁷⁰.

TRIPS Anlaşması *Annex* bölümünün birinci paragrafına göre, ihracatçı ülke, prosedürü kullanarak ithalatçı ülkeye ilaçları üretip ihraç eden ülkedir. Eczacılık ürünü ise, Doha Deklarasyonu'nun birinci paragrafında belirtilen kamu sağlığı problemlerinin çözümü için işlevsel olan her türlü ürün ve usul patentlerini, ilaçların etkin maddelerini ve teşhis kitlerini ifade etmektedir. Başka bir ifadeyle, prosedür kapsamında zorunlu lisans uygulaması yalnızca ilaç patentleriyle sınırlı değildir. Bu nedenle, kamu sağlığını ilgilendiren eczacılık sektörüne ilişkin her türlü patent, prosedür kapsamında zorunlu lisansın konusu olabilmektedir. Örneğin, hastalığın teşhisini sağlayan bir cihaz, prosedür kapsamında zorunlu lisans yoluyla üretilip ithalatçı ülkeye gönderilebilir.

c. Süreç

Prosedürün uygulanması için öncelikle bir ülke eğer az gelişmiş ülke statüsünde değilse, ithalatçı ülke olarak prosedürden yararlanmak istediğini TRIPS Konseyine bildirmelidir. Bu bildirimle birlikte veya ihtiyaç ortaya

ülkenin üyelik müzakere süreci devam etmektedir, bkz. https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org7_e.htm (E. T. 08.04.2019).

⁶⁸ Örnek bildirim metni için bkz. https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/public_health_notif_import_e.htm (E. T. 08.04.2019).

⁶⁹ Protokolün kabul edilme sürecinde, bazı ülkeler prosedürden ithalatçı ülke olarak yararlanmamayı, bazı ülkeler ise sadece ulusal aciliyet veya aşırı aciliyet durumlarında ithalatçı ülke olarak yararlanmayı kabul etmişlerdir. Bu husus, TRIPS Anlaşması *Annex* birinci paragrafında belirtilmektedir. Söz konusu ülkeler için ayrıca bkz. https://www.wto.org/english/news_e/news05_e/trips_319_e.htm (E. T. 08.04.2019).

⁷⁰ **CORREA**, Carlos M.: *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights A Commentary on the TRIPS Agreement*, Oxford 2007, s. 329.

çıktığında, ihtiyaç duyduğu ilaç hakkında zorunlu lisans kararı verdiğini/ vereceğini, bu ilaç için gerekli üretim kapasitesinin olmadığını, prosedür kapsamında başka bir ülkeden ilacı ithal etmek istediğini içeren başka bir bildirimde bulunmalıdır⁷¹. TRIPS Konseyi, bu durumu, derhal üye devletlere ilan eder. İhracatçı ülke olmayı kabul eden devlet, ilgili ilaç patenti hakkında zorunlu lisans kararı verir. İhracatçı ülke, zorunlu lisans kararının verilmesinden sonra, prosedürde belirtilen unsurları TRIPS Konseyi'ne bildirir. Son olarak zorunlu lisans kapsamında üretilen ürünler, ithalatçı ülkeye gönderilir.

d. Yükümlülükler

aa. Genel Olarak

TRIPS Anlaşması'nda, prosedürün güvenli bir şekilde işlevini yerine getirmesini sağlamak ve kötüye kullanılmasını önlemek adına birtakım yükümlülükler öngörülmektedir. Söz konusu yükümlülükler, yalnızca ithalatçı ve ihracatçı ülkeler için kabul edilmemiştir; aynı zamanda prosedür sürecinin dışında kalan diğer ülkeler için de bazı yükümlülükler bulunmaktadır. Prosedürde yer alan yükümlülükleri bildirim yükümlülüğü, önlem alma yükümlülüğü ve zorunlu lisans bedelini ödeme yükümlülüğü olarak sınıflandırmak mümkündür. Bunların dışında, ihracatçı ülke için kabul edilmiş özel yükümlülükler bulunmaktadır.

bb. Bildirim Yükümlülüğü

Hem ithalatçı hem de ihracatçı ülkenin bildirim yükümlülüğü bulunmaktadır. Bildirimler TRIPS Konseyi'ne yapılır⁷². İthalatçı ülkenin bildirim yükümlülüğü TRIPS Anlaşması *Annex* bölümünün ikinci paragrafında düzenlenmektedir. İthalatçı ülke, bildiriminde ihtiyaç duyduğu ürünün adını, tahmini ihtiyaç miktarını ve ilgili ürün hakkında TRIPS md. 31'e uygun olarak zorunlu lisans verileceğini belirtmelidir. Ayrıca ithalatçı ülke, eğer az gelişmiş ülke statüsüne sahip değilse⁷³, ilgili ürünün zorunlu lisans kapsamında üretilmesi için gerekli üretim kapasitesine sahip olmadığını bildiriminde açıklamalıdır. TRIPS Anlaşması *Appendix* bölümüne göre, ithal edilmek istenen ilaç için gerekli üretim kapasitesine sahip olunmadığı veya mevcut üretim kapasitesinin yetersiz olduğu somut olarak ortaya konulmalıdır. Ancak, prosedüre ilişkin düzenlemelerde ithalatçı ülkenin hangi kıstaslara göre gerekli üretim kapasitesine sahip olmadığını tespit edeceği belirlenmemiştir. Başka bir ifadeyle, ülkeler ithal etmek istediği ürün bakımından üretim kapasitesinin

⁷¹ https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/public_health_notif_import_e.htm (E. T. 08.04.2019).

⁷² TRIPS Anlaşması *Annex* 1. Paragraf.

⁷³ TRIPS Anlaşması *Appendix* bölümünde, az gelişmiş ülkelerin prosedür kapsamında ithal edilecek bütün eczacılık ürünleri bakımından gerekli üretim kapasitesine sahip olmadığı kabul edilmektedir.

yetersiz olduğunu kendisi değerlendirecektir⁷⁴. Başkan'ın beyanına göre, bu konuda herhangi bir uyuşmazlığın önüne geçmek amacıyla, üye devletler gerekli üretim kapasitesine sahip olmadığını şeffaf bir şekilde ortaya koymalıdır.

İhracatçı ülkenin bildirim yükümlülüğü TRIPS Anlaşması *Annex* bölümünün ikinci paragrafında düzenlenmektedir. İhracatçı ülke, bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeden önce, ihraç edeceği ilaca ilişkin patent hakkında zorunlu lisans kararı vermelidir. Bunun yanı sıra, ihracatçı ülkenin, aynı anda birden fazla ülkenin ihracatçı ülke sıfatıyla zorunlu lisans kararı vermesini önlemek için, ithalatçı ülkeye ve TRIPS Konseyi'ne durumu bildirmesi gerektiği kanaatindeyiz. İhracatçı ülke, ilgili patent hakkında zorunlu lisansa karar verdikten sonra, aşağıda yer alan bilgileri de içerecek şekilde zorunlu lisans kararını TRIPS Konseyi'ne bildirmelidir:

- Zorunlu lisans kararı ve kararın verilmesine ilişkin nedenler,
- Zorunlu lisans alanın adı ve adresi,
- Zorunlu lisans konusu ürünün adı,
- Zorunlu lisans kapsamında üretilecek ürünün miktarı,
- Zorunlu lisans kapsamında ürünlerin ihraç edileceği ülke veya ülkeler,
- İhracatın gerçekleşmesine ilişkin bildirimlerin yapılacağı web sitesinin adresi⁷⁵.

cc. Önlem Alma Yükümlülüğü

Prosedüre ilişkin düzenlemelerde, prosedür kapsamında üretilen ürünlerin yalnızca ithalatçı ülkede kullanılmasını sağlamak için önlem alma yükümlülüğü getirilmektedir. Bu yükümlülük, hem ithalatçı ülke için hem de Anlaşma'ya taraf diğer ülkeler için kabul edilmiştir. Ancak düzenlemede ülkelerin alacakları önlemlerin içeriğine ilişkin asgari bir sınırlama/koruma şartı öngörülmemiştir⁷⁶.

TRIPS Anlaşması *Annex* bölümünün üçüncü paragrafına göre, ithalatçı ülke, ithal ettiği ilaçların başka ülkelere ihraç edilmesini önlemek için gerekli tedbirleri almalıdır. İthalatçı ülke, gerekli önlemleri almakta güçlük çekmesi halinde söz konusu önlemlerin alınabilmesi için gelişmiş ülkelerle teknik ve ekonomik iş birliği kurabilir⁷⁷.

⁷⁴ CORREA, Carlos M.: Implementation of the WTO General Council Decision on paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, Genova 2004, s. 17, <http://apps.who.int/medicinedocs/en/d/Js6159e/> (E. T. 08.04.2019).

⁷⁵ İhracatçı ülkenin, kendisine ait bir web sitesini kullanabileceği gibi, DTÖ'nün de web sitesini bu hususta kullanabileceği ifade edilmektedir. DTÖ'nün web sitesi kullanılırken DTÖ Sekreterya'sının yardımı alınmaktadır, bkz. https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/31bis_trips_annex_e.htm#fntext-7 (E. T. 08.04.2019).

⁷⁶ ISCTS-UNCTAD, s. 485.

⁷⁷ Bu düzenleme, gelişmiş ülkelerin zorunlu lisans kararının uygulanmasına ve uygulama sırasında kendi menfaatlerini korumak için gerekli sınırlamaları ithalatçı ülkeye dayatmasına imkân vermektedir.

TRIPS md. 31*bis*/3'te ithalatçı ülkenin önlem alma yükümlülüğüne bir durumda istisna getirilmektedir. Buna göre, ithalatçı ülkenin *Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması* md. 24 ve 29.11.1979 tarih ve L/4903 sayılı karara göre bölgesel bir ticaret anlaşmasına üye olması halinde, bu bölgesel ticaret anlaşmasına taraf ülkelerin salt çoğunluğu BM'ye göre az gelişmiş ülke statüsünde ise⁷⁸, TRIPS md. 31/(f)'de yer alan ilke uygulanmaz. Bu nedenle, TRIPS Anlaşması'nın *Annex* bölümü üçüncü ve dördüncü paragraflarında kabul edilen önlem alma yükümlülüğü, ithalatçı ülkeyle bölgesel ticaret anlaşmasına taraf olan diğer ülkeler arasında uygulanmaz.

TRIPS Anlaşması *Annex* bölümünün dördüncü paragrafına göre, TRIPS Anlaşması'na taraf ülkeler, prosedür kapsamındaki zorunlu lisans konusu ürünlerin kendi ülkelerine ithal edilmesini önlemek için gerekli tedbirleri almalıdır. Üye devletlerden biri, başka bir devletin aldığı tedbirlerin yetersiz olduğunu ileri sürerse, ilgili devletin aldığı tedbirlerin yeterli olup olmadığı, TRIPS Konseyi tarafından değerlendirilmektedir.

Prosedüre ilişkin düzenlemelerde ülkelere önlem alma yükümlülüğü getirilmesiyle, TRIPS md. 31/(f)'deki ülkesel kullanım ilkesinin güçlendirilmesi ve TRIPS md. 31/(c)'de yer alan ilkeye paralel olarak zorunlu lisansın amacına uygun uygulanması amaçlanmaktadır. Bunun yanı sıra, Anlaşma'ya taraf olan bütün ülkeler için önlem alma yükümlülüğünün getirilmesinde, gelişmiş ülkelerin gelişmekte olan ülkelerdeki jenerik ilaç⁷⁹ firmalarının prosedürü ticari amaçla kullanmasını ve paralel ithalat yoluyla zorunlu lisans konusu ürünlerin ticarete konu olmasını önlemek istemesi de etkili olmuştur⁸⁰.

dd. Zorunlu Lisans Bedelini Ödeme Yükümlülüğü

TRIPS md. 31*bis*/2'ye göre, ihracatçı ülke, zorunlu lisans bedelini belirlerken zorunlu lisansın ithalatçı ülke açısından ekonomik değerini dikkate almalıdır⁸¹. Aynı hükümde, zorunlu lisans bedelinin ihracatçı ülke tarafından ödeneceği, bu hususta ithalatçı ülkenin ihracatçı ülkeyi yetkilendirebileceği öngörülmektedir. Bu nedenle, ithalatçı ülkenin ihracatçı ülke tarafından zorunlu lisans bedeli ödeninceye kadar lisans bedelini ödeme yükümlülüğü durmaktadır⁸².

⁷⁸ Pek çok serbest ticaret anlaşmasının bu özelliği taşımadığı, bu nedenle hükmün çok sınırlı bir kapsama sahip olduğu ve söz konusu şartın kaldırılması gerektiği yönündeki görüş için bkz. **MITCHELL / VOON**, s. 75.

⁷⁹ Jenerik ilaç, *etkin maddeler açısından orijinal ilaç ile aynı niteliksel ve niceliksel terkibe ve aynı farmasötik forma sahip olan ve orijinal tıbbi ürün ile biyoeşdeğerliliğinin uygun biyoyararlanım çalışmaları ile kanıtlandığı tıbbi üründür*, bkz. Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği md. 4, RG. T. 19.01.2005, S. 25705.

⁸⁰ **BAKER**, s. 646.

⁸¹ Bu ölçütün isabetli bir düzenleme olmadığı, zorunlu lisans bedelinin genel ölçütlere göre belirlenmesi gerektiği yönünde görüş için bkz. **BAKER**, s. 648.

⁸² Bu düzenleme, aynı ilaç için prosedür kapsamında patent sahibine iki kez lisans bedeli ödenmesini engellemeyi amaçlamaktadır.

Kanaatimizce, ithalatçı ülke lisans bedelinin ödenmesi için ihracatçı ülkeyi yetkilendirmemişse, lisans bedelini ödeme yükümlülüğü öncelikle ithalatçı ülkeye aittir. Çünkü TRIPS Anlaşması'nda kabul edilen ilke ve esaslar dikkate alındığında, zorunlu lisans bedelinin nihai olarak ithalatçı ülke tarafından ödenmesi gerekmektedir. İhracatçı ülkenin zorunlu lisans bedelini belirlerken ithalatçı ülke bakımından lisansın ekonomik değerini göz önünde bulundurması da, bu düşüncüyü desteklemektedir. Ayrıca, prosedürün kabul edilmesindeki amaç, zorunlu lisansı uygulama kabiliyeti olmayan ülkelere hibede bulunmak değil; zorunlu lisans uygulamasında bu ülkelere yardımcı olmaktır.

ee. İhracatçı Ülke İçin Kabul Edilmiş Diğer Yükümlülükler

TRIPS Anlaşması *Annex* bölümü paragraf 2/(b)'ye göre, ihracatçı ülkenin ihraç yetkisi zorunlu lisans kararında belirttiği miktar ile sınırlıdır. Buna göre, ihracatçı ülke, TRIPS Konseyi'ne bildirdiği miktar kadar üretim yapabilmektedir. İthalatçı ülke, ihracatçı ülkenin zorunlu lisans kapsamında ürettiği miktardan daha fazla ürüne ihtiyaç duyarsa, prosedürün yeniden uygulanması gerekmektedir. Bu nedenle, bu kuralın katı bir şekilde uygulanmaması gerektiği; aksi takdirde prosedürden beklenen faydanın gerçekleşmeyeceği ileri sürülmektedir⁸³. Hem ithalatçı ülkenin hem de ihracatçı ülkenin zorunlu lisans kararlarında ilaç miktarını yeniden belirleme hakkını saklı tuttuklarını belirtmelerinin bir çözüm olacağı ifade edilmektedir⁸⁴.

İhracatçı ülkenin bir diğer yükümlülüğü, ihracat konusu ürünlerin patent sahibinin ürünlerinden ayırt edilebilmesini sağlayacak nitelikte işaretlenmesi ve paketlenmesidir. Ancak, ihracatçı ülkenin bu yükümlülüğünün doğması için söz konusu işlem aşırı bir maliyet doğurmamalıdır. Doktrinde, ürünlerin renk veya biçimlerinin değiştirilmesinin ek çalışma ve masraf gerektirebileceği; bu nedenle, ürünlerin fiyatlarının artmasına neden olabileceği ileri sürülmektedir⁸⁵. Buna karşılık, Başkan'ın beyanına göre, üye devletler kural olarak bu yükümlülüğün aşırı bir maliyet doğurmadığını kabul etmelidirler. Çünkü ilaçların hastalara erişimini sağlayan çeşitli faaliyetlerde söz konusu işaretleme işlemlerinin yapıldığı ifade edilmektedir⁸⁶. İhracatçı ülke, söz konusu yükümlülüğünün bulunması halinde, ihraç edilecek ürünün patent sahibinin ürünlerinden ayırt edilmesini sağlayan işaretleme ve paketlenme işlemlerini

⁸³ BAKER, s. 647-648.

⁸⁴ ABBOTT / PUymbROECK, s. 20 ve 24; İthalatçı ülkenin zorunlu lisans miktarından daha fazla ilaca ihtiyaç duyması halinde yeni bir zorunlu lisans kararının verilmesine gerek bulunmadığı ve prosedürün yeniden işleminin şart olmadığı yönünde ayrıca bkz. CORREA, A Commentary, s. 330 ve 334.

⁸⁵ BAKER, s. 650-651; CORREA, Implementation of the WTO General Council Decision, s. 23.

⁸⁶ Söz konusu örneklere ilişkin detaylı bilgi için bkz. https://www.wto.org/english/news_e/news05_e/trips_319_e.htm (E. T. 08.04.2019).

web sitesinde yapacağı açıklamada belirtmelidir.

3. Zorunlu Lisans Yoluyla İlaçların İthal Edilmesi

Buluş sahiplerine uluslararası bir patent koruması sağlanmamaktadır. Bu nedenle, hak sahibi hangi ülkelerde buluşunu korumak istiyorsa, bu ülkelerde patent alması gerekmektedir. Eğer bir ülkede buluş sahibi, ilaç buluşu için patent almamışsa veya buluşa ilişkin patent koruması sona ermişse, bu ülkede buluş sahibi dışındaki kişiler de söz konusu buluştan yararlanarak ilaç üretimi yapabilirler. Bu ihtimal, ilaç üretim kapasitesi bulunmayan ve bir ilaç patenti hakkında zorunlu lisans vermek isteyen ülkeler açısından önem arz etmektedir. Çünkü, üretim kapasitesi bulunmayan ülke prosedür hükümlerine başvurmadan ihtiyaç duyduğu ilacı patent korumasının bulunmadığı bir ülkeden ithal edebilmektedir. Ancak bunun için öncelikle zorunlu lisans kararında lisans alana ithalat yetkisinin tanınması gerekmektedir⁸⁷.

Uygulamada, TRIPS md. 31*bis*'te yer alan prosedür hükümlerine başvurmadan, ülkelerin zorunlu lisans alana ithalat yetkisi vererek ihtiyaç duydukları ilaçları ithal ettikleri görülmektedir. Örneğin, 01.11.2003 tarihinde Malezya'da⁸⁸, 04.05.2007 tarihinde Brezilya'da⁸⁹, 29.11.2006 tarihinde Tayland'da⁹⁰ verilen zorunlu lisans kararlarında lisans alana zorunlu lisans konusu ilaçları ithal etme yetkisi verilmiştir. Benzer şekilde, Gana'da da çeşitli ilaçların ithal edilmesi amacıyla zorunlu lisans kararı verilmiştir⁹¹.

III. İLAÇ PATENTLERİNE İLİŞKİN ZORUNLU LİSANS UYGULAMASI

A. Genel Olarak

TRIPS Anlaşması'nın kabulünden sonra ilaç patentlerine ilişkin zorunlu lisans kararının sayısı hakkında doktrinde farklı ifadeler bulunmaktadır. Farklı zaman aralıklarını konu alan bu görüşlere göre, 1995-2010 yılları arasında 24⁹²;

⁸⁷ Patentli kullanma yükümlülüğü ve ithalat işleminin kullanma olarak kabul edilip edilmeyeceği konusunda detaylı bilgi için bkz. **KOÇAK**, s. 93 vd.

⁸⁸ **KHOR**, Martin: Patents, Compulsory Licenses and Access to Medicines: Some Recent Experiences, 2. Baskı, Penang 2009, s. 7.

⁸⁹ **World Trade Organization / World Intellectual Property Organization / World Health Organization**: Promoting Access to Medical Technologies and Innovation, 2013, s. 176, https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/pamtiwhowipowtoweb13_e.pdf (E.T. 08.04.2019).

⁹⁰ **THANITCUL**, Sakda / **BRASLOW**, Matthew Lim: "Compulsory Licensing of Chronic Disease Pharmaceuticals in Thailand", Thai Journal of Pharmaceutical Sciences, 37(2), 2013, s. 71. Tayland'da 2006-2008 tarihleri arasında çeşitli ilaç patentleri hakkında zorunlu lisans kararı verilmiş ve bu kararlarda lisans alana ithalat yetkisi tanınmıştır. Detaylı bilgi için bkz. **BREBECK**, s. 26; WT/TPR/S/255/Rev.1, s. 96, p. 173.

⁹¹ 26.10.2005 tarihli ve SD-110 SF.3 sayılı Sağlık Bakanının resmi yazısı için bkz. <http://www.cptech.org/ip/health/cl/Ghana.png> (E. T. 08.04.2019).

⁹² **GUENNIF**, Samira: "Is Compulsory Licensing Bad for Public Health? Some Critical Comments on Drug Accessibility in Developing Countries", Applied Health Economics and Health Policy,

01.01.1995-06.06.2011 tarihleri arasında 13⁹³; 2001 ile 2012 yılları arasında 25 ilaç patenti hakkında zorunlu lisans kararı verildiği ileri sürülmektedir⁹⁴. Buna karşılık, bir başka çalışmada, 2002 yılından günümüze kadar 74 zorunlu lisans kararı verildiği ve uygulandığı tespit edilmiştir⁹⁵. Bu kararlardan yalnızca birinde TRIPS md. 31*bis*'te düzenlenen prosedür uygulanmıştır⁹⁶.

TRIPS md. 31*bis*'te birçok bürokratik usulün arandığı⁹⁷, bu durumun prosedürün uygulanmasını güçleştirdiği belirtilmektedir⁹⁸. Bu yüzden, ülkelerin, TRIPS md. 31*bis*'te öngörülen düzenlemelerin dışında TRIPS Anlaşması'nda bulunan diğer düzenlemeleri alternatif yöntem olarak benimsemeleri gerektiği ileri sürülmektedir⁹⁹. Örneğin üye devletlerin TRIPS md. 31/(k) bendine dayanarak zorunlu lisans kararı verebileceği ifade edilmektedir¹⁰⁰.

Doktrinde, üye ülkelerin DTÖ'ye ithalatçı ülke olmak istediklerini bildirmeleri halinde politik baskılarla karşılaşmaktan çekindikleri; bu durumun zorunlu lisans uygulamasını olumsuz etkilediği ileri sürülmektedir¹⁰¹. Nitekim günümüze kadar zorunlu lisans kararı vermiş birçok ülke, çeşitli ülkelerin politik yaptırımlarıyla karşılaşmıştır. Örneğin, zorunlu lisans kararı verilmesi üzerine

15(5), 2017, s. 559.

⁹³ **BEALL**, Reed / **KUHN**, Randall: "Trends in Compulsory Licensing of Pharmaceuticals Since the Doha Declaration: A Database Analysis" PLoS Medicine, 9(1), 2012, s. 3, <http://journals.plos.org/plosmedicine/article?id=10.1371/journal.pmed.1001154> (E. T. 08.04.2019).

⁹⁴ **BREBECK**, s. 32.

⁹⁵ Bkz. <http://tripsflexibilities.medicineslawandpolicy.org/> (E. T. 08.04.2019).

⁹⁶ Söz konusu uygulama Kanada(ihraç eden) ile Ruanda(ithal eden) arasında gerçekleşmiştir. Bkz. https://www.wto.org/english/news_e/news07_e/trips_health_notif_oct07_e.htm (E. T. 08.04.2019).

⁹⁷ Sürecin tamamlanması 11 aşamayı içermektedir. Bu aşamalara ilişkin detaylı bilgi için bkz. **BAKER**, s. 652-654.

⁹⁸ **BAKER**, s. 654; **BREBECK**, s. 3 ve 30-31; **DUROJAYE**, s. 53; **MITCHELL** / **VOON**, s. 70-71; **MUZAKA**, s. 103; **ONG**, Burton: "Compulsory Licences of Pharmaceutical Patents to Remedy Anti-Competitive Practices Under Article 31(k) of the TRIPS Agreement: Can Competition Law Facilitate Access to Essential Medicines?", in HILTY, Reto M. / LIU, Kung-Chung (ed.), Compulsory Licensing, Heidelberg 2015, s. 237; **REICHMAN**, Jerome H: "Compulsory Licensing of Patented Pharmaceutical Inventions: Evaluating the Options", The Journal of Law, Medicine & Ethics, 37(2), 2009, s. 249. Prosedüre ilişkin düzenlemelerin revize edilmesi gerektiği yönündeki görüş için ayrıca bkz. **VELÁSQUEZ**, s. 8.

⁹⁹ **ONG**, s. 237.

¹⁰⁰ **ONG**, s. 238. Benzer yönde ayrıca bkz. **CORREA**, A Commentary, s. 325.

¹⁰¹ **OKE**, Emmanuel Kolawole: "Exploring the Flexibilities in TRIPS: Lessons from India's Pharmaceutical Patent Law", Commonwealth Law Bulletin, 41(1), 2015, s. 85-86, <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/03050718.2015.1023817> (E. T. 08.04.2019); **ONG**, s. 245; **POSSAS**, Cristina de Albuquerque: "Compulsory Licensing in the Real World: the Case of ARV Drugs in Brazil", in CORIAT, Benjamin (ed.), The Political Economy of HIV/AIDS in Developing Countries TRIPS Public Health Systems and Free Access, Northampton 2008, s. 154.

ABD ve AB, Tayland'a¹⁰²; ABD, Güney Afrika'ya¹⁰³, Hindistan'a¹⁰⁴ ve Brezilya'ya¹⁰⁵ ekonomik veya politik baskı yapmıştır. Bunun yanı sıra, TRIPS Anlaşması ile üye ülkelere tanınan yetkilerin sınırlandırılmasını konu edinen ticaret anlaşmaları da zorunlu lisans uygulamalarını olumsuz etkilemektedir¹⁰⁶.

B. Zorunlu Lisans Kararlarında Lisans Bedeli ve Süresi

1. Zorunlu Lisans Bedeli

Bir ilaç patenti hakkında zorunlu lisans bedeli belirlenirken öncelikle TRIPS Anlaşması'nda belirlenen ölçütler dikkate alınmalıdır¹⁰⁷. Bununla birlikte, TRIPS Anlaşması'na taraf ülkeler, ulusal mevzuatında zorunlu lisans bedeline ilişkin ölçütler belirleyebilmektedirler. Zorunlu lisans bedeli, bu ölçütlere göre belirlenmektedir. Örneğin Kanada, başka ülkelerdeki sağlık sorunları sebebiyle verilen zorunlu lisanslara ilişkin lisans bedelini belirlerken, ithalatçı ülkenin gayrisafi milli hâsıla bakımından dünyadaki sıralamasını esas

¹⁰² **BURTON-MACLEOD**, Jonathan: "Tipping Point: Thai Compulsory Licences Redefine Essential Medicines Debate", Incentives for Global Public Health Patent Law and Access to Essential Medicines, (ed. POGGE, Thomas/RIMMER, Matthew/RUBENSTEIN, Kim), New York 2010, s. 409; **CHENG**, Huai-Chi / **NI**, Kuei-Jung: "The Boundary of a WTO Member's Obligation to Comply with Art. 31(f) of the TRIPS Agreement – A Critical Review of Granting a Compulsory License on Philips CD-R Patents by Taiwan", International Review of Intellectual Property and Competition Law, 2012, s. 893 vd.; **CONDON**, Bradly J. / **SINHA**, Tapen: Global Lessons from the AIDS Pandemic Economic, Financial, Legal and Political Implications, Heidelberg 2008, s. 161-162; **EPPICH**, s. 302; **HO**, s. 151 ve 169; **KUANPOTH**, s. 66-67; **NGUYEN**, s. 207.

¹⁰³ **EPPICH**, s. 301; **CONDON** / **SINHA**, s. 32; **FISHER**, William W. / **RIGAMONTI**, Cyrill P.: "The South Africa AIDS Controversy A Case Study in Patent Law and Policy", Harvard Law School, 2005, s. 7, <https://cyber.harvard.edu/people/ffisher/South%20Africa.pdf> (E. T. 08.04.2019); **FORD**, s. 950; **IIPI**, s. 15.

¹⁰⁴ **EPPICH**, s. 303; **MUZAKA**, s. 140; **OKE**, s. 83.

¹⁰⁵ **MUÑOZ TELLEZ**, Viviana: "Dispute Settlement under the TRIPS Agreement: the United States–Brazil (2000) and United States–Argentina (2002) Patent Disputes", in CORREA, Carlos M. (ed.), Research Handbook on the Interpretation and Enforcement of Intellectual Property Under WTO Rules, C. 2, Northampton 2010, s. 233-234.

¹⁰⁶ Doktrinde, söz konusu ticaret anlaşmalarındaki TRIPS Anlaşması'ndan doğan yetkileri sınırlandıran düzenlemeler, "TRIPS-plus" hükümler olarak adlandırılmaktadır. TRIPS-plus hükümlere ilişkin detaylı bilgi için bkz. **ABBOTT**, s. 403; **BAKER**, s. 622-623 ve 706; **BREBECK**, s. 30; **COLLINS-CHASE**, Charles T.: "The Case Against TRIPS-Plus Protection in Developing Countries Facing AIDS Epidemics", University of Pennsylvania Journal of International Law, 29(3), 2008, s. 765; **CORREA**, The Use of Compulsory Licences, s. 58; **CORREA**, Implementation of the WTO General Council Decision, s. 7; **DANAWALA** / **ZHANG**, s. 4; **EPPICH**, s. 299-300; **FORD**, s. 961, dn. 107,110; **HSU**, s. 160; **KHOR**, s. 6 ve 20; **ODMAN BOZTOSUN**, Ayşe: "İlaçta Zorunlu Lisans Uygulamaları", in ŞEN, Murat / BAŞÖZEN Ahmet (ed.), I. Sağlık Hukuku Sempozyumu 8-9.5.2008, İstanbul 2009, s. 231; **SUNDARAM**, Access to Medicines, s. 247-249; **SUNDARAM**, "Brazil's Implementation of TRIPS Flexibilities: Ambitious Missions, Early Implementation, and the Plans for Reform", Information & Communications Technology Law, 23(2), 2014, 82; **T'HOEN**, s. 42-43.

¹⁰⁷ TRIPS Anlaşması'ndaki zorunlu lisans bedeline ilişkin düzenleme hakkında detaylı bilgi için bkz. **KOÇAK**, s. 49 ve 80 vd.

almaktadır¹⁰⁸. Ayrıca, bazı ülkeler zorunlu lisans bedeline ilişkin azami oranlar öngörmektedirler. Örneğin, AB, Çin, Kore ve Sırbistan üretim kapasitesi olmayan ülkelere ilaç ihracını konu alan zorunlu lisanslarda, bedelin azami %4 olacağını kabul etmektedir¹⁰⁹. Uygulamada, eczacılık sektöründeki patentlere ilişkin zorunlu lisans bedelinin %2 ile %10 arasında olduğu ileri sürülmektedir¹¹⁰.

Üretim kapasitesi bulunmayan ülkelere ilaç ihracını konu alan zorunlu lisanslarda, üye devletlerin lisans bedelini belirlemesine yardımcı olması için bir rehber yayınlanmıştır. Bu rehberde, zorunlu lisans bedeline ilişkin iki yaklaşım açıklanmaktadır¹¹¹. İlk yaklaşıma göre, zorunlu lisans bedeli olarak belirli bir oran öngörülebilir. Söz konusu oran için ithalatçı ülkenin durumuna göre bir esneme payının öngörülmesi de mümkündür. Örneğin, BM Kalkınma Programı'nın önerisi ve Japonya uygulaması, zorunlu lisans bedeli olarak belirli bir yüzdeyi esas almaktadır. BM Kalkınma Programı, zorunlu lisans bedeli olarak %4 oranını esas almakta ve ilgili ülkenin ekonomik durumuna göre %2'lik bir esneme payının öngörülebileceğini ifade etmektedir. Japonya ise zorunlu lisans bedelinin patentin niteliğine göre %2 ile %4 arasında belirlenebileceğini, ilgili ülkenin niteliğine göre de bu oran üzerinde %2 oranında değişiklik yapılabileceğini kabul etmektedir.

DSÖ'nün rehber kitabındaki ikinci yaklaşım, belirli bir oran öngörmemektedir. Bu yaklaşıma göre (*tiered royalty method*), lisans bedeli belirlenirken esas alınacak unsurlar, zorunlu lisans kapsamında ihtiyaç duyulan ürünün miktarı ve ilgili ülkenin ekonomik gelişmişlik seviyesidir. Bu ölçüt esas alındığında, zorunlu lisans konusu ilaca daha çok ihtiyaç duyan ve ekonomik olarak daha zayıf bir ülke için zorunlu lisans bedeli daha düşük olarak belirlenirken; gelişmiş ülkeler veya ürün ihtiyacı az olan ülkeler için daha yüksek zorunlu lisans bedeli belirlenmektedir¹¹². Ekvator'da 14.04.2010 tarihinde "*Ritanovir*"¹¹³, 2014 yılında "*Sunitinib, Certolizumab, Mycobhenolic acid, Etoricoxib ve ABC/3TC*" ilaçları¹¹⁴ için verilen zorunlu lisans kararında lisans bedeli hesaplanırken bu yaklaşım uygulanmıştır.

¹⁰⁸ Bu konuda ülkelere göre hangi oranların tespit edildiğini gösterir tablo için bkz. **WEISSMAN**, Robert: Remuneration Guidelines for Non-Voluntary Use of A Patent on Medical Technologies, 2005, s. 87-91, http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/69199/1/WHO_TCM_2005.1_eng.pdf (E. T. 08.04.2019).

¹⁰⁹ **KAMPF**, s. 12; AB 816/2006 sayılı Tüzük md. 10/9-(a), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006R0816&from=EN> (E. T. 08.04.2019).

¹¹⁰ **BAKER**, s. 663 ve 687.

¹¹¹ **WEISSMAN**, s. 84-86.

¹¹² Belirli ilaçlar bakımından ülkelere göre lisans bedelinin belirlendiği örnek tablo için bkz. **WEISSMAN**, s. 92-100.

¹¹³ **BAKER**, s. 677; **CORREA**, The Use of Compulsory Licences, s. 54; **NUNO**, Maura: "A Fair Return Approach to Pharmaceutical Compulsory Licensing", Case Western Reserve Journal of International Law, 48(1), 2016, s. 402; **World Trade Organization / World Intellectual Property Organization / World Health Organization**, s. 175-176.

¹¹⁴ Bkz. <http://tripsflexibilities.medicineslawandpolicy.org/> (E. T. 08.04.2019).

2. Zorunlu Lisans Süresi

Uygulamada zorunlu lisans süresi olarak, genellikle zorunlu lisans konusu patentin kalan koruma süresi belirlenmektedir¹¹⁵. Ancak lisans süresinin daha önceki bir zaman ile sınırlanması da mümkündür. Örneğin, Kanada Patent Kanunu md. 21.09'da eczacılık ürünlerinin ihracatı nedeniyle verilecek zorunlu lisansların iki yıllık süreyle sınırlı olduğu ve md. 21.12.2'de bu sürenin en fazla bir kere uzatılabileceği düzenlenmektedir¹¹⁶. Yine, Malezya 01.11.2003 tarihli zorunlu lisans kararında lisans süresini 2 yıl¹¹⁷; Tayland 29.11.2006 tarihli zorunlu lisans kararında lisans süresini 5 yıl¹¹⁸; Brezilya 04.05.2007 tarihli zorunlu lisans kararında lisans süresini 5 yıl olarak belirlemiştir¹¹⁹. Ayrıca, zorunlu lisans süresi belirli bir zaman için öngörülmüş olsa bile olağanüstü hâl gibi durumlarda lisans süresinin uzatılması mümkündür. Nitekim Zimbabwe, 2003 yılı Ocak ayında ulusal aciliyet kapsamında altı ay süre için verdiği zorunlu lisans kararını 31.12.2008 tarihine kadar uzatmıştır¹²⁰. Yine "Efavirenz" hakkında verdiği zorunlu lisans kararında Brezilya, lisans süresinin beş yıl olduğunu ve bu sürenin yenilenebileceğini öngörmüştür¹²¹.

SONUÇ

İlaç buluşlarının patentlenebilirliği TRIPS Anlaşması ile teminat altına alınmıştır. Bu sayede, birçok ülkede ilaç buluşlarına patent verilmesi kabul edilmiştir. İlaçların patent korumasına sahip olması, ilaç fiyatlarının artmasına neden olmakta ve kişilerin ilaçlara erişimini güçleştirmektedir. Zorunlu lisans, patent hakkına getirilen bir sınır olarak kişilerin ilaçlara erişimini kolaylaştırmaktadır. Zorunlu lisans ilişkisi, ilgili devletin ulusal mevzuatına ve uluslararası anlaşmalarda kabul edilen ilke ve esaslara göre kurulmaktadır.

TRIPS Anlaşması'na göre, zorunlu lisans kapsamında üretilen ürünler esas olarak zorunlu lisans kararı veren ülkenin iç pazarına arz edilmelidir. Ancak uygulamada zorunlu lisans kararı verilmesi halinde, kararı uygulayabilmek için gerekli üretim kapasitesine sahip olmayan ülkeler bulunmaktadır. Bu sorun, Doha Deklarasyonu'nda ortaya konulmuş ve 30 Ağustos Kararı ile düzenlenmiştir. 30 Ağustos Kararı'ndaki düzenlemeler 06.12.2005 tarihinde Ek Protokol ile TRIPS Anlaşması'na eklenmiştir. Bu düzenlemeye göre, TRIPS Anlaşması'na taraf bir devlet, üretim kapasitesi bulunmayan bir başka taraf devlet için ihtiyaç duyduğu ilaçlara ilişkin zorunlu lisans kararı verebilecek

¹¹⁵ CORREA, Integrating Public Health Concerns, s. 107; KHOR, s. 9 ve 11.

¹¹⁶ Metin için bkz. <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/P-4/page-6.html#docCont> (E. T. 08.04.2019).

¹¹⁷ Zorunlu lisans kararının çeviri metni için bkz. <http://www.cptech.org/ip/health/c/malaysia/arv-license.html> (E. T. 08.04.2019).

¹¹⁸ KHOR, s. 11; THANITCUL / BRASLOW, s. 72.

¹¹⁹ CORREA, The Use of Compulsory Licences, s. 52.

¹²⁰ KHOR, s. 14.

¹²¹ CORREA, The Use of Compulsory Licences, s. 52.

ve düzenlemede öngörülen prosedüre göre bu ilaçları ithalatçı ülkeye gönderebilecektir.

TRIPS Anlaşması'ndaki prosedür, zorunlu lisans uygulamasının şeffaf ve amacına uygun gerçekleşmesi için hem ithalatçı ve ihracatçı ülkelere hem de diğer taraf ülkelere çeşitli yükümlülükler getirmektedir. Buna göre, ithalatçı ve ihracatçı ülke çeşitli hususları süreç içerisinde TRIPS Konseyi'ne bildirmelidir. İthalatçı ülke ve TRIPS Anlaşması'na taraf ülkeler, zorunlu lisans kapsamında üretilen ürünlerin yalnızca ithalatçı ülkenin pazarına arz edilmesi ve paralel ithalatın önlenmesi için gerekli tedbirleri almalıdır. İhracatçı ülke, aşırı maliyet gerektirmemesi durumunda, zorunlu lisans kapsamında üretilen ürünlerin patent sahibinin ürünlerinden ayırt edilmesini sağlayan işaretleme ve paketleme yöntemlerini kullanmalıdır. Ayrıca zorunlu lisans bedelinin ödenmesi hususunda ithalatçı ülke, ihracatçı ülkeyi yetkilendirebilmektedir. Bu durumda, ithalatçı ülkenin verdiği zorunlu lisans kararına ilişkin bedel ödeme yükümlülüğü durmaktadır. Ancak bedel ödeme yükümlülüğü nihai olarak ithalatçı ülkeye aittir.

TRIPS Anlaşması'ndaki prosedürde çok fazla bürokratik usul bulunmaktadır. Bu nedenle, prosedüre alternatif çözümler geliştirilmektedir. Örneğin, ihtiyaç duyulan ilaç ihracatçı ülkede patent korumasına sahip değilse, zorunlu lisans kararında lisans alana ithalat yetkisi verilerek söz konusu ilaç ithalatçı ülkeye gönderilebilir. Bu durumda, hem prosedürde aranan şartların yerine getirilmesine hem de ihracatçı ülkede zorunlu lisans kararı verilmesine gerek bulunmamaktadır.

EK 1.

TRIPS md. 31bis Annex ve Appendix & 30 Ağustos Kararı Karşılaştırması		
Madde/Paragraf/Bent/ Bölüm	TRIPS Anlaşması	30 Ağustos Kararı
	md. 31bis/1	2. Paragraf/1
	md. 31bis/2	3. Paragraf
	md. 31bis/3	6. Paragraf/1 ve (i) bendi
	md. 31bis/4	10. Paragraf
	md. 31bis/5	9. Paragraf
	Annex 1. Paragraf	1. Paragraf
	Annex 2. Paragraf-(a,b,c)	2. Paragraf- (a,b,c)
	Annex 3. Paragraf	4. Paragraf
	Annex 4. Paragraf	5. Paragraf
	Annex 5. Paragraf	6. Paragraf-(ii)
	Annex 6. Paragraf	7. Paragraf
	Annex 7. Paragraf	8. Paragraf
	Appendix	Annex

KAYNAKÇA

- **ABBOTT**, Frederick M.: “Managing the Hydra: The Herculean Task of Ensuring Access to Essential Medicines”, in MASKUS, Keith E. / REICHMAN, Jerome H. (ed.), International Public Goods and Transfer of Technology under A Globalized Intellectual Property Regime, New York 2005, s. 393-424.
- **ABBOTT**, Frederick M. / **PUYMBROECK**, Rudolf V. Van: Compulsory Licensing for Public Health A Guide and Model Documents for Implementation of the Doha Declaration Paragraph 6 Decision, Washington 2005, <http://documents.worldbank.org/curated/en/173701468337882214/Compulsory-licensing-for-public-health-a-guide-and-model-documents-for-implementation-of-the-Doha-Declaration-Paragraph-6-Decision> (E. T. 08.04.2019).
- **ATTARAN**, Amir: “How Do Patents and Economic Policies Affect Access to Essential Medicines in Developing Countries?”, Health Affairs, 23(3), 2004, s. 155-166, <https://www.healthaffairs.org/doi/pdf/10.1377/hlthaff.23.3.155> (E. T. 08.04.2019).
- **ATTARAN**, Amir / **GILLESPIE-WHITE**, Lee: “Do Patents for Antiretroviral Drugs Constrain Access to AIDS Treatment in Africa?”, The Journal of the American Medical Association, 286(15), 2001, s. 1886-1892, http://iipi.org/wp-content/uploads/2010/07/Antiretroviral_Article.pdf (E. T. 08.04.2019).
- **AYİTER**, Nuşin: “Milletlerarası İhtira Hukukunun Bugünkü Durumu ve İktisaden Geri Kalmış Ülkelerde İhtira Hukuku Problemleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 25(3), 1968, s. 137-165.
- **BACA**, Rafael V.: “Compulsory Patent Licensing in Mexico in the 1990s: The Aftermath of NAFTA and the 1991 Industrial Property Law”, Transnational Lawyer, 8(1), 1995, s. 33-54.
- **BAK**, Başak: “İlaçta Zorunlu Patent Lisansı”, Ankara Barosu Dergisi, 3, 2001, s. 106-126.
- **BAKER**, Brook K.: “Arthritic Flexibilities For Accessing Medicines: Analysis of WTO Action Regarding Paragraph 6 of The Doha Declaration on The TRIPS Agreement And Public Health”, Indiana International & Comparative Law Review, 14(3), 2004, s. 613-715, <https://journals.iupui.edu/index.php/iiclr/article/view/17822> (E. T. 08.04.2019).
- **BEALL**, Reed / **KUHN**, Randall: “Trends in Compulsory Licensing of Pharmaceuticals Since the Doha Declaration: A Database Analysis” PLoS Medicine, 9(1), 2012, s. 1-9, <http://journals.plos.org/plosmedicine/article?id=10.1371/journal.pmed.1001154> (E. T. 08.04.2019).

- **BREBECK**, Stephan: The Failure of Compulsory Licensing of Pharmaceuticals in Least Developed Countries, http://duepublico.uni-duisburg-essen.de/servlets/DerivateServlet/Derivate-35046/Brebeck_Diss.pdf, (E. T. 08.04.2019).
- **BURTON-MACLEOD**, Jonathan: "Tipping Point: Thai Compulsory Licences Redefine Essential Medicines Debate", Incentives for Global Public Health Patent Law and Access to Essential Medicines, (ed. POGGE, Thomas/RIMMER, Matthew/RUBENSTEIN, Kim), New York 2010, s. 406-424.
- **COLLINS-CHASE**, Charles T.: "The Case Against TRIPS-Plus Protection in Developing Countries Facing AIDS Epidemics", University of Pennsylvania Journal of International Law, 29(3), 2008, s. 763-802.
- **CORREA**, Carlos M.: "Multilateral Agreements and Policy Opportunities", in CIMOLI, Mario / DOSI, Giovanni / MASKUS, Keith E. / OKEDIJI, Ruth L. / REICHMAN, Jerome H. / STIGLITZ, Joseph E. (ed.), Intellectual Property Rights Legal and Economic Challenges for Development, Oxford 2014, s. 417-438.
- **CORREA**, Carlos M.: Integrating Public Health Concerns Into Patent Legislation in Developing Countries, Geneva 2000, <http://apps.who.int/medicinedocs/en/d/Jh2963e/> (E. T. 08.04.2019). (Anılış: Integrating Public Health Concerns)
- **CORREA**, Carlos M.: Implementation of the WTO General Council Decision on paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, Genova 2004, <http://apps.who.int/medicinedocs/en/d/Js6159e/> (E. T. 08.04.2019). (Anılış: Implementation of the WTO General Council Decision)
- **CORREA**, Carlos M.: "The Use of Compulsory Licences in Latin America", in HILTY, Reto M. / LIU, Kung-Chung (ed.), Compulsory Licensing, Heidelberg 2015, s. 43-60. (Anılış: The Use of Compulsory Licences)
- **CORREA**, Carlos M.: Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights A Commentary on the TRIPS Agreement, Oxford 2007. (Anılış: A Commentary)
- **CHENG**, Huai-Chi / **NI**, Kuei-Jung: "The Boundary of a WTO Member's Obligation to Comply with Art. 31(f) of the TRIPS Agreement – A Critical Review of Granting a Compulsory License on Philips CD-R Patents by Taiwan", International Review of Intellectual Property and Competition Law, 2012, s. 885-901.
- **CHIEN**, Colleen: "Cheap Drugs at What Price to Innovation: Does the Compulsory Licensing of Pharmaceuticals Hurt Innovation?", Berkeley Technology Law Journal, 18(3), 2003, s. 853-907, <https://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol18/iss3/3/> (E. T. 08.04.2019).

- **CHOPRA**, Madhavi: “Of the Big Daddy, the Underdog, the Mother Hen, and the Scapegoats: Balancing Pharmaceutical Innovation and Access to Healthcare in the Enforcement of Compulsory Patent Licensing in India, its Compliance with TRIPS, and Bayer v. Natco”, *Santa Clara Journal of International Law*, 13(2), 2015, s. 333-374, <https://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol18/iss3/3/> (E. T. 08.04.2019).
- **CONDON**, Bradly J. / **SINHA**, Tapen: *Global Lessons from the AIDS Pandemic Economic, Financial, Legal and Political Implications*, Heidelberg 2008.
- **DANAWALA**, Saba / **ZHANG**, Zoe: “Implications of TRIPS Flexibilities for Access to Non-communicable Disease Medicines in Lower and Middle Income Countries”, *International Journal of Nursing and Health Care*, 1(1), 2013, s. 1-11.
- **DO AMARAL**, Alberto: “Compulsory Licensing and Access to Medicine in Developing Countries”, SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers, Paper 47, 2005, http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/47 (E. T. 08.04.2019).
- **DUROJAYE**, Ebenezer: “Compulsory Licensing and Access to Medicines in Post Doha Era: What Hope for Africa?”, *Netherlands International Law Review*, 55(1), 2008, s. 33-71, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1528602 (E. T. 08.04.2019).
- **EPPICH**, Christopher K.: “Patenting Dilemma: Drugs for Profit Versus Drugs for Health”, *Santa Clara Law Review*, 43(1), 2002, s. 289-318, <http://digitalcommons.law.scu.edu/lawreview/vol43/iss1/6/> (E. T. 08.04.2019).
- **FISHER**, William W. / **RIGAMONTI**, Cyrill P.: “The South Africa AIDS Controversy A Case Study in Patent Law and Policy”, *Harvard Law School*, 2005, <https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/South%20Africa.pdf> (E. T. 08.04.2019).
- **FORD**, Sara M.: “Compulsory Licensing Provisions under the TRIPS Agreement: Balancing Pills And Patents”, *American University International Law Review*, 15(4), 2000, s. 941-974.
- **GUENNIF**, Samira: “Is Compulsory Licensing Bad for Public Health? Some Critical Comments on Drug Accessibility in Developing Countries”, *Applied Health Economics and Health Policy*, 15(5), 2017, s. 557-565.
- **HO**, Cynthia M. : *Access to Medicine in the Global Economy*, New York 2011, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1922803 (E. T. 08.04.2019).
- **HSU**, Locknie: “Regulatory Flexibilities and Tensions in Public Health and Trade - An Asian Perspective”, *AJWH*, 10(157), 2015, s. 157-191, https://ink.library.smu.edu.sg/cgi/viewcontent.cgi?article=3726&context=sol_research (E. T. 08.04.2019).

- **IIPi:** Patent Protection and Access to HIV/AIDS Pharmaceuticals in Sub-Saharan Africa, 2000, http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/studies/pdf/iipi_hiv.pdf (E. T. 08.04.2019).
- **ISCTS-UNCTAD:** Resource Book on TRIPS and Development: An Authoritative and Practical Guide to the TRIPS Agreement, New York 2005.
- **KAMPF,** Roger: Special Compulsory Licences for Export of Medicines: Key Features of WTO Members' Implementing Legislation, 2015, https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201507_e.pdf (E. T. 08.04.2019).
- **KAYA,** Arslan: "551 Sayılı 'Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname' ile Getirilen Zorunlu Lisans Sistemi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 55(1-2), 1996, s. 335-367.
- **KHOR,** Martin: Patents, Compulsory Licenses and Access to Medicines: Some Recent Experiences, 2. Baskı, Penang 2009.
- **KOÇAK,** Hakan: Patent Hukukunda Kullanmama Nedeniyle Zorunlu Lisans, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019.
- **KUANPOTH,** Jakkrit: "Compulsory Licences: Law and Practice in Thailand", in HILTY, Reto M. / LIU, Kung-Chung (ed.), Compulsory Licensing, Heidelberg 2015, s. 61-78.
- **LIN,** Tsai-Yu: "Compulsory Licenses for Access to Medicines, Expropriation and Investor-State Arbitration Under Bilateral Investment Agreements – Are There Issues Beyond the TRIPS Agreement?", International Review of Intellectual Property and Competition Law, 40(2), 2009, s. 152-173, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1676690 (E. T. 08.04.2019).
- **MALBON,** Justin / **LAWSON,** Charles / **DAVISON,** Mark: The WTO Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights-A Commentary, Northampton 2014.
- **MITCHELL,** Andrew D. / **VOON,** Tania: "The TRIPS Waiver As A Recognition of Public Health Concerns in the WTO", in POGGE, Thomas / RIMMER, Matthew / RUBENSTEIN, Kim (ed.), Incentives for Global Public Health Patent Law and Access to Essential Medicines, New York 2010, s. 56-76.
- **MUÑOZ TELLEZ,** Viviana: "Dispute Settlement under the TRIPS Agreement: the United States–Brazil (2000) and United States–Argentina (2002) Patent Disputes", in CORREA, Carlos M. (ed.), Research Handbook on the Interpretation and Enforcement of Intellectual Property Under WTO Rules, C. 2, Northampton 2010, s. 215-236.

- **MURTHY**, Divya: “The Future of Compulsory Licensing: Deciphering the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health”, *American University International Law Review*, 17(6), 2002, s. 1299-1346.
- **MUZAKA**, Valbona: *The Politics of Intellectual Property Rights and Access to Medicines*, London 2011.
- **NGUYEN**, Tu Thanh: *Competition Law Technology Transfer and the TRIPS Agreement Implications for Developing Countries*, Northampton 2010.
- **NKOMO**, Marumo: “Rwanda’s New Intellectual Property Law and Compulsory Licensing for Export under the WTO: Not Quite a Panacea”, *African Journal of International and Comparative Law*, 21(2), 2013, s. 279-294.
- **NUNO**, Maura: “A Fair Return Approach to Pharmaceutical Compulsory Licensing”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, 48(1), 2016, s. 395-415.
- **ORTAN**, Ali Necip: *Patent Lisans Sözleşmesi*, Ankara 1979.
- **ODMAN BOZTOSUN**, Ayşe: “İlaçta Zorunlu Lisans Uygulamaları”, in ŞEN, Murat / BAŞÖZEN Ahmet (ed.), *I. Sağlık Hukuku Sempozyumu 8-9.5.2008, İstanbul 2009*, s. 223-236.
- **OKE**, Emmanuel Kolawole: “Exploring the Flexibilities in TRIPS: Lessons from India’s Pharmaceutical Patent Law”, *Commonwealth Law Bulletin*, 41(1), 2015, s. 82-106, <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/03050718.2015.1023817> (E. T. 08.04.2019).
- **ONG**, Burton: “Compulsory Licences of Pharmaceutical Patents to Remedy Anti-Competitive Practices Under Article 31(k) of the TRIPS Agreement: Can Competition Law Facilitate Access to Essential Medicines?”, in HILTY, Reto M. / LIU, Kung-Chung (ed.), *Compulsory Licensing*, Heidelberg 2015, s. 235-266.
- **POSSAS**, Cristina de Albuquerque: “Compulsory Licensing in the Real World: the Case of ARV Drugs in Brazil”, in CORIAT, Benjamin (ed.), *The Political Economy of HIV/AIDS in Developing Countries TRIPS Public Health Systems and Free Access*, Northampton 2008, s. 150-166.
- **REICHMAN**, Jerome H.: “Compulsory Licensing of Patented Pharmaceutical Inventions: Evaluating the Options”, *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 37(2), 2009, s. 247-263.
- **SEZGİN HUYSAL**, Ayşegül: *İlaç Patenti*, İstanbul 2010.
- **SULUK**, Cahit / **KENAROĞLU**, Yasemin: *Türk Fikri Mülkiyet Hukukunda Güncel Gelişmeler*, İstanbul 2012.

- **SUNDARAM**, Jae: “Access to Medicines and the TRIPS Agreement: What Next for sub-Saharan Africa?”, *Information & Communications Technology Law*, 24(3), 2015, s. 242-261, <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13600834.2015.1084679> (E. T. 08.04.2019). (Anılış: Access to Medicines)
- **SUNDARAM**, Jae: “Brazil’s Implementation of TRIPS Flexibilities: Ambitious Missions, Early Implementation, and the Plans for Reform”, *Information & Communications Technology Law*, 23(2), 2014, s. 81-116.
- **ŞEHİRALİ ÇELİK**, Feyzan Hayal: “Patent Sisteminin İşlevleri ve Bu İşlevlerin Etkinliğini Sağlayan Yasal Düzenlemeler”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 23(3), 2006, s. 103-154.
- **T’HOEN**, Ellen F. M.: “TRIPS, Pharmaceutical Patents and Access to Essential Medicines: Seattle, Doha and Beyond”, s. 39-67, <https://tr.scribd.com/document/346537509/tHoen> (E. T. 08.04.2019).
- **TEKİNALP**, Ünal: *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul 2012.
- **THANITCUL**, Sakda / **BRASLOW**, Matthew Lim: “Compulsory Licensing of Chronic Disease Pharmaceuticals in Thailand”, *Thai Journal of Pharmaceutical Sciences*, 37(2), 2013, s. 61-83.
- **VELÁSQUEZ**, Germán: *Intellectual Property, Public Health and Access to Medicines in International Organizations*, Geneva 2017, <https://www.southcentre.int/research-paper-78-july-2017/> (E. T. 08.04.2019).
- **WEISSMAN**, Robert: *Remuneration Guidelines for Non-Voluntary Use of A Patent on Medical Technologies*, 2005, http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/69199/1/WHO_TCM_2005.1_eng.pdf (E. T. 08.04.2019).
- **World Health Organization**: *World Malaria Report 2017*, <http://www.who.int/malaria/publications/world-malaria-report-2017/report/en/> (E. T. 08.04.2019).
- **World Trade Organization / World Intellectual Property Organization / World Health Organization**: *Promoting Access to Medical Technologies and Innovation*, 2013, https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/pantihowipowtoweb13_e.pdf (E. T. 08.04.2019).

TİCARİ UYUŞMAZLIKLARDA DAVA ŞARTI OLARAK ARABULUCULUK HAKKINDA USÛL HUKUKU BAKIMINDAN BAZI DEĞERLENDİRMELER

Some Evaluations about Mediation as a Case Condition in Commercial Disputes in Terms of Procedural Law

Doç. Dr. Cenk AKİL*

Geliş Tarihi: 02.08.2019 Kabul Tarihi: 28.01.2020

ÖZET

6.12.2018 gün ve 7155 sayılı Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Hakkında Kanunla yapılan değişiklikler ile konusu bir miktar paranın ödenmesi veya tazminat olan ticari davalar bakımından da arabuluculuk özel bir dava şartı haline getirilmiştir. Bu çalışmada ticari davalar bakımından kabul edilen zorunlu arabuluculuk bütün yönleriyle değil, medeni usul hukuku bakımından özellik arz eden bazı özellikleri bakımından ele alınmıştır. Bu bağlamda, öncelikle genel olarak arabuluculuğa başvurunun dava şartı sayılması üzerinde durulmuştur. Bunu takiben, dava şartı arabuluculuğun sırasıyla kümülatif dava yığılmasıyla, terditli davayla, seçimlik davayla, kısmi davayla, belirsiz alacak davasıyla, karşı davayla, mütela-hik davayla, ıslahla, dava arkadaşılığıyla, ihtiyati tedbirlerle, çekişmesiz yargıyla, diğer alternatif uyuşmazlık yollarıyla ve yargılama giderleriyle ilişkisine değinilmiştir. Daha sonramenfi tespit davası gibi uygulamada tartışma konusu olan bazı davalar bakımından değerlendirmelerde bulunulmuştur. Çalışma yürürlükteki düzenlemeye ilişkin bazı önerilerin yer aldığı sonuç kısmıyla tamamlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, dava şartı, medeni usul hukuku, para alacakları, ticari dava

ABSTRACT

As a result of the amendments made to the Law on the Initiation of Follow-up of Money Receivables from Subscription Agreements dated 6.12.2018 and numbered 7155, mediation has become cause of action in terms of the payment of some amount of money or compensation. In this study, the application of compulsory mediation, which is accepted in terms of commercial cases, is emphasized in terms of civil procedure and not in all aspects. In this context, firstly, is dwell up on the compulsory mediation as a cause of action in general. It was emphasized that the application to mediation in general is considered as a condition of a case. Then, was focused on the relationship between compulsory mediation and the accumulation of claims, action with gradual demands, action with alternative demands, action with partial claim, in defined debt and declaratory action, counteraction, action with alternative causes, amendment, joinder of parties, precautionary measures, non-contentious jurisdiction, other alternative disputes and other alternative disputes, and other alternative disputes and judicial expenses, respectively. Afterwards, some cases were discussed in practice such as negative declaratory action. The study was completed with the concluding part of some commendations regarding the current regulation.

Keywords: Mediation, cause of action, law of civil procedure, pecuniary claim, commercial case.

* Doç. Dr. Cenk Akil. e-posta: akilcenk@hotmail.com. ORCID: 0000-0003-3662-0124.

GİRİŞ

6.12.2018 gün ve 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun'un 23. maddesiyle, 7.6.2012 gün ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na (HUAK) "Dava Şartı Olarak Arabuluculuk" başlıklı 18/A; 20. maddesiyle de 13.1.2011 gün ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na (TTK) yine aynı başlık altında 5/A maddesi eklenmiştir.

Bahsi geçen değişikliklerin yürürlüğe girmesi teoride ve uygulamada bazı tartışmalara yol açmıştır. Aşağıda bunlardan bir kısmını usul hukuku bağlamında değerlendirmeye çalışacağız.

I. ARABULUCULUĞA BAŞVURUNUN DAVA ŞARTI SAYILMASI

HUAK m. 18/A, f. 1 ile bu maddeyle (18/A) getirilen düzenlemenin arabulucuya başvurulmuş olmasını dava şartı olarak kabul eden bütün Kanunlar bakımından uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bahsi geçen Kanunlardan biri de hiç kuşkusuz TTK'dir. Nitekim, TTK m. 5/A, f. 1 uyarınca, TTK'nin 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, **konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri** hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması **dava şartıdır**¹.

Bilindiği üzere, dava şartı ile mahkemenin bir davanın esası hakkında inceleme yapabilmesi için varlığı ya da yokluğu gerekli olan şartlar kastedilmektedir². Bu şartlar çeşitli kriterlere göre kendi içinde genel-özel ve olumlu-olumsuz olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Genel dava şartları bütün davalar, özel dava şartları ise sadece kanunda öngörülmüş bulunan davalar için öngörülmüş bulunan şartlardır. Buna karşılık, mahkemenin davanın esasına girebilmesi için bulunması gereken dava şartları olumlu; bulunmaması gerekenler ise olumsuz dava şartları olarak nitelendirilmektedir.

Yapılan bu açıklamalar ışığında ticari davalardan³ konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında arabuluculuğa başvurulması zorunluluğu bir yandan özel⁴, diğer yandan olumlu dava şartı olarak nitelendirilecektir.

¹ Arabuluculuğun dava şartı sayılmasının olumlu ve olumsuz yönleri hakkında bkz. Nesibe Kurt Konca, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, S. 225, Aralık 2018, s. 2.

² Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, Medeni Usûl Hukuku, 4. B., Ankara 2018, s. 280; Güray Erdönmez, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. B., İstanbul 2017, s. 927; Süha Tanrıver, Medenî Usûl Hukuku, c. I, 2. B., Ankara 2018, s. 636; Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukuku, 2. B., Ankara 2018, s. 151.

³ Madde metninde açıkça "dava"dan bahsedildiğinden "icra takibi"nde bulunmadan önce arabulucuya başvuru zorunluluğu söz konusu değildir. Bu yönde: Muhammet Özkes, "Arabuluculuk Mahkemelerine Doğru Tehlikeli Gidiş", Duruşma Arası, 2019/1, s. 62.

⁴ Betül Azaklı Arslan, Medenî Usûl Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2018, s. 140.

Dava şartının nasıl uygulanacağı ise 18/A maddesinin ikinci fıkrasında şu şekilde belirtilmiştir: “Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir.”

Şu halde, uyuşmazlığın tarafları arabulucuya başvurmuş ve anlaşmamış olmakla birlikte son tutanağı mahkemeye sunmayı unutmışlarsa mahkemenin vereceği bir haftalık kesin süre içinde bu eksikliği gidermeleri mümkündür. Verilen süreye rağmen belgenin sunulmaması durumunda ise açılan dava usulden reddedilecektir.

Buna karşılık, davacı daha evvel arabulucuya başvurmadan doğrudan mahkemede dava açmışsa bunu tespit eden mahkeme “süre vermeden” davayı dava şartı yokluğundan usulden reddedecektir. Özellikle bu hüküm doktrinde eleştirilmiştir. Bir görüşe göre, söz konusu düzenleme lüzumsuz derecede sert olup bu yönüyle hak kayıplarına yol açabilecek niteliktedir. Bu görüşe göre, dava şartı olan arabuluculuğa başvurulmadan önce dava açılmış ise HMK m. 115, f. 2 hükmü uygulanarak arabulucuya başvuru bekletici sorun (HMK m. 165) sayılmalı ve arabuluculukta anlaşma sağlanamaması durumunda davaya devam edilmelidir. Buna karşılık, arabulucuya başvuru neticesinde anlaşma sağlanırsa konusuz kalan dava usuli bir kararla sona erdirilmeli ve fakat yargılama masraflarına arabulucuya başvurmadan dava açan davacı katlanmalıdır⁵. Buna karşılık, davacı, arabulucuya başvurmadan dava açmış, mahkeme bunu davanın esasına girmeden fark etmemiş ve hüküm anında bu eksiklik giderilmişse dava artık dava şartı eksikliğinden dolayı reddedilmemelidir (HMK m. 115, f. 3)⁶.

Benzer yöndeki bir başka görüşe göre ise arabuluculuğa başvuru zorunluluğu yerine getirilmemişse hâkimin HMK m. 115, f. 2, c. 2 uyarınca davacıya süre vererek bu eksikliğin giderilmesini sağlaması mümkün değildir. Bununla birlikte, bu görüşe göre, HMK m. 137 uyarınca tarafları ön inceleme aşamasında arabuluculuğa teşvik etmek zorunda olan hâkimin, arabulucuya başvurulmadığı gerekçesiyle davayı dava şartı yokluğundan ötürü usulden reddetmesi hak arama özgürlüğünü ihlâl edeceği gibi, uyuşmazlığın çözümünü

⁵ Bkz. Ali Cem Budak, “Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk”, MİHDER 2019/1, s. 27.

⁶ Azaklı Arslan, s. 151; Budak, Arabuluculuk, s. 27.

de geciktirecektir. Bu nedenle, davanın doğrudan dava şartı yokluğundan dolayı usulden reddi yerine usul ekonomisi ilkesi (HMK m. 29) gereğince mahkemenin taraflara dava şartının yerine getirilmesi için süre vermesi ve bu hususu bekletici sorun sayması arabuluculuğun amacına daha uygun olacaktır⁷.

Kanımızca mahkemenin arabulucuya başvurmadan dava açan davacıya Kanun hükmünün açıklığı karşısında süre vermesi caiz değildir. Bu husus doktrinde haklı olarak belirttiği gibi eleştiriye açıktır. Bununla birlikte, hâkimin süre vermesi durumunda bunun bir kez davayı açmış olan ve arabulucu nezdinde anlaşmaya varılamaması durumunda yargılama giderlerinden sorumlu tutulacağını bilen tarafın bu ihtimalde arabuluculuk sürecini sırf anlaşmazlık tutanağı temin etmek için kullanmaya çalışması kuvvetle muhtemeldir. Bunun ise varlık sebebi tarafların içinde düştükleri uyuşmazlıkları dava yoluna başvurmadan halledebilmelerini sağlamak olan Kanun'un ruhuna ne ölçüde uygun düşeceği tartışmaya açıktır. Öte yandan, meseleye farklı bir pencereden bakıldığında davanın bu şekilde usulden reddedilmesiyle tarafların dolaylı olarak arabuluculuğa yönlendirildiği de söylenebilecektir.

Bu meyanda akla gelebilecek başka bir soru ise tarafların arabulucuya başvurmuş, anlaşamamış ve fakat anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağı tanzim etmeyi unutmışlarsa ne olacağıdır. Doktrinde böyle bir durumda mahkemenin HMK m. 137 hükmü gereğince ön inceleme aşamasında dava şartlarına ilişkin inceleme sırasında dava şartının yerine getirilip getirilmediğini taraflardan birine sorması veya verilen cevap dilekçesiyle bu hususu tespit edebileceği ifade edilmiştir⁸. Kanımızca bu ihtimalde mahkemenin davacıya kısa ve kesin bir süre vermek suretiyle son tutanağın tanzim edilerek mahkemeye ibrazını istemelidir. Başka bir deyişle, salt iki tarafın dava şartının yerine getirilmiş olduğunu mahkeme huzurunda kabul etmeleri yeterli değildir.

Davacının arabulucuya başvurmadığı davanın daha sonraki aşamalarında fark edilmiş ise mahkeme dava şartı yokluğu sebebiyle davanın usulden reddine karar verecektir (HUAK m. 18/A, f. 2, son c.).

Doktrinde ayrıca davanın arabulucuya başvurulmamış olması nedeniyle dava şartı yokluğundan usulden reddi durumunda davanın açılmasıyla birlikte meydana gelen sonuçların ortadan kalkıp kalkmayacağı irdelenmiş ve kanun koyucunun arabuluculuğa başvurma zorunluluğu dava şartının kesin süre verilerek tamamlanabilecek dava şartları arasında düzenlemeyerek davanın açılmasıyla birlikte ortaya çıkan sonuçların korunma imkânını da

⁷ Azaklı Arslan, s. 144.

⁸ Ersin Erdoğan, "7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Değerlendirilmesi", İHSGHD, S. 55, Y. 2017, s. 1217; Azaklı Arslan, s. 142.

ortadan kaldırdığı ifade edilmiştir⁹. Bu görüşe göre böyle bir durumda HMK m. 20 kıyasen uygulanarak mahkemenin usulden ret kararının kesinleştiğinin tebliğinden itibaren iki haftalık süre içinde davacının arabulucuya başvurması durumunda ilk davanın açılmasıyla ortaya çıkan sonuçları korunabilmelidir¹⁰.

Kanımızca dava usulden reddedilmiş de olsa bir kez açılmıştır ve davanın açılmış olmasıyla ortaya çıkan bir takım sonuçların davanın usulden reddedilmiş olduğu gerekçesiyle meydana gelmediği kabul edilemez. Bilhassa davalının temerrüde düşmesi, davalının iyi niyetinin kötü niyete dönüşmesi gibi maddi hukuktan kaynaklanan sonuçlar dava usulden reddedilse de bâki kalacaktır¹¹.

Diğer yandan, davanın arabuluculuğa başvurulmaması nedeniyle usulden reddi durumunda bu karara karşı HMK m. 341, f. 2 çerçevesinde istinaf yoluna başvurulabilecektir. Öte yandan, arabuluculuğa başvurulmamasına rağmen bu husus gözden kaçırılarak dava görülmüş ve hüküm verilmişse istinaf yoluna başvurulması durumunda bölge adliye mahkemesi dava şartlarını resen göz önünde bulunduracağından ilk derece mahkemesinin -bu husus taraflarca ileri sürülmemiş olsa dahi- kararını kaldıracaktır[HMK m. 353, f. 1, b. (a), alt bent (4)]. Bu hâlde bölge adliye mahkemesi dosyayı duruşma yapmadan ilk derece mahkemesine geri gönderilmesine kesin olarak karar verecektir¹². Bunun üzerine dosya kendisine intikal eden ilk derece mahkemesi de davayı dava şartı noksanlığından ötürü usulden reddedecektir¹³.

II. ARABULUCULUĞA BAŞVURUNUN DAVA ŞARTI SAYILMASININ ÖZELLİK ARZ ETTİĞİ BAZI DURUMLAR

A. Kümülatif Dava Yiğilmesi Bakımından

Kümülatif dava yiğilmesi “davaların yiğilmesi” başlığıyla HMK m. 110’da düzenlenmiştir. Kümülatif dava yiğilmesinden bahsedilebilmesi için aynı davacının aynı davalıya karşı birden fazla talebini bunlar arasında aslilik-ferilik ilişkisi kurmadan ileri sürmesi, dava konusu taleplerin tamamının aynı yargı çeşidi içinde yer alması ve taleplerin tamamı bakımından ortak yetkili bir mahkemenin bulunması gerekir.

Davaların yiğilmesi söz konusu olduğunda görünüşte tek dava, gerçekte ise talep sayısınca dava mevcuttur¹⁴. Dolayısıyla ticari davalardan sadece birisinin

⁹ Azaklı Arslan, s. 144-145.

¹⁰ Azaklı Arslan, s. 147.

¹¹ Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 4, Ankara 2001, s. 4144.

¹² Bkz. HMK m. 353, f. 1, b. (a).

¹³ Doktrinde haklı olarak bu ihtimalde bölge adliye mahkemesinin dosyayı ilk derece mahkemesine göndermek yerine bizzat reddetmesinin usul ekonomisine uygun düşeceği ifade edilmiştir. Bkz. Azaklı Arslan, s. 150.

¹⁴ Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 3, Ankara 2017, s. 1689; Hakan Pekcanitez, Pekcanitez Usûl Medenî Usul Hukuku, 15. B., İstanbul 2017, s. 1093; Tanrıver, s. 629.

konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak veya tazminat talebi ise sadece o talep bakımından dava şartı arabuluculuğa başvuru aranacaktır¹⁵.

B. Terditli Dava Bakımından

Terditli dava HMK m. 111’de düzenlenmiştir. Davacının açmış olduğu davada davalıya karşı aralarında aslilik-ferilik ilişkisi kurarak birden fazla talebini ileri sürmesi ve bu talepler arasında hukuki veya ekonomik bağ bulunması durumunda terditli davadan bahsedilir¹⁶.

Terditli davada önce davacının asli talebi daha sonra ferî talebi incelenir¹⁷. Asli ve ferî talep arasındaki ilişki çok sıkıdır; birbirlerine nazaran bağımsız kabul edilmezler¹⁸. Terditli davada hem asıl hem de ferî talep aynı anda derdesttir.

Yapılan bu açıklamalar çerçevesinde açılan terditli davada asli veya ferî taleplerden birinin konusunun bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talebini içeren ticari dava olması durumunda dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanacaktır¹⁹. Başka bir deyişle, davacı bu hâlde terditli dava açmadan önce arabulucuya başvurmak zorunda kalacaktır.

Buraya kadar söylenenler gerçek terditli davalar bakımındandır²⁰.

Gerçek olmayan terditli davada ise birbiriyle ilişkili ve fakat bağımsız birden fazla talep ileri sürülmektedir. Bu nedenle bu tip davalar bakımından yukarıda kümülatif dava yığılması bakımından yapılan açıklamalar geçerlidir²¹.

C. Seçimlik Dava²² Bakımından

Bilindiği üzere, seçimlik davadan bahsedilebilmesi için her şeyden önce ortada seçimlik borç²³ olması gerekir²⁴. Seçimlik borçlarda, seçim hakkı kendisine ait olan borçlu veya üçüncü kişinin bu hakkı kullanmaktan kaçınması halinde,

¹⁵ Koçyiğit/Bulur, s. 69.

¹⁶ Terditli dava türleri hakkında geniş bilgi için bkz. Timuçin Muşul, Medeni Usul Hukukunda Terdit İlişkileri, İstanbul 1994, s. 89 vd. Terditli dava öğretide kademeli ve basamaklı dava olarak da anılmaktadır. Bkz. Yılmaz, Şerh, s. 1694.

¹⁷ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 308. Terditli davada mahkeme, asıl talebi olumlu bulmuş ve hüküm altına almışsa, ferî talep hakkında esastan incelemeye girişip onunla ilgili olarak herhangi bir karar veremeyecektir (Tanrıver, s. 631).

¹⁸ Uğur Bulut, Medeni Usul Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi), Ankara 2017, s. 143.

¹⁹ Koçyiğit/Bulur, s. 69.

²⁰ Gerçek ve gerçek olmayan terditli dava ayırımı için bkz. Muşul, s. 124 vd.

²¹ Bulut, s. 146.

²² “Seçimlik dava” yerine “seçimlik borç davası” ifadesinin kullanılması gerektiği hakkında bkz. Umar, s. 336.

²³ Seçimlik borç TBK m. 87’de düzenlenmiştir. Buna göre, borcun konusu birden çok edim teşkil edip de bunlardan seçilecek yalnız birisinin ifası gerekiyorsa seçimlik borç söz konusu olacaktır.

²⁴ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 308.

alacaklı seçimlik dava açabilmektedir²⁵. Seçimlik davada yargılamanın konusunu davalının borçlu olduğu birkaç edim oluşturmakta ise de talep tektir. Borcun konusunu oluşturan edimler birbirinden bağımsız ve asli nitelikte değildir²⁶. Bu nedenlerle, seçimlik taleplerden sadece birisinin konusunun bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talebi içeren ticari dava olması yeterlidir; bu durumda dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanacaktır²⁷.

D. Kısmi Dava Bakımından

Kısmi davadan²⁸ bahsedilebilmesi için her şeyden önce ortada niteliği itibarıyla bölünebilir bir talep olması gerekir (HMK m. 109, f. 1). Para ve tazminat alacaklarında durum prensip olarak zaten böyledir. Dolayısıyla konusu bir miktar para alacağı ya da tazminatın ödenmesi olan ticari bir dava, kısmi dava olarak açılmak istenmekteyse davacının önce arabulucuya başvurması zorunludur. Kısmi dava yargılaması içinde talep miktarının artırılması ya da ıslah yoluna gidilmesi durumunda tekrar arabulucuya başvuru zorunlu değildir. Buna karşılık, kısmi davadan sonra ek dava açılacak olursa ek dava için de ayrıca arabuluculuk yoluna başvurulması gerekir²⁹. Zira aralarındaki yakın irtibata rağmen ek dava, kısmi davadan bağımsız bir davadır.

E. Islah Bakımından

Islah öğretide “(K)arşı tarafın iznine veya yargıcın onamına bağlı olmaksızın, bir tarafın (iddianın ve savunmanın genişletilmesi/değiştirilmesi yasağı kapsamındaki) usule ilişkin olarak yaptığı işlemleri, gerekli giderleri vermek koşuluyla, yasada belirtilen süre içerisinde yöntemine uygun olarak tamamen veya kısmen düzeltilmesini sağlayan hukuksal bir çare” olarak tarif edilmektedir³⁰. Islah tamamen ve kısmen ıslah olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Davanın tamamen ıslahı³¹ durumunda davacı bu beyanda bulunmasından itibaren bir hafta içinde yeni bir dava dilekçesi vermek zorundadır (HMK m. 180, f. 1, c. 1). Davacı davasını tamamen ıslah etmek suretiyle konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak veya tazminat olan bir ticaret davasına çevirmek isterse tamamen ıslah beyanında bulunmasını müteakip arabuluculuk yoluna başvurması gerekir. Bunun üzerine yeni dava dilekçesi vermesi için kendisine tanınan bir haftalık süre arabuluculuk prosedürü

²⁵ HMK m. 112, f. 1.

²⁶ Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 1091; Bulut, s. 128.

²⁷ Koçyiğit/Bulut, s. 69.

²⁸ Kısmi dava hakkında geniş bilgi için bkz. Cenk Akil, Kısmi Dava, Ankara 2013.

²⁹ Koçyiğit/Bulut, s. 69.

³⁰ Ejder Yılmaz, Islah, 4. B., Ankara 2013, s. 52.

³¹ Tamamen ıslah durumunda davanın eski hali ile yeni hali arasında bağlantı bulunmasının gerekip gerekmediğine ilişkin tartışmalar için bkz. Yılmaz, Islah, s. 195-196; Yavuz Alangoya/Kâmil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, Medenî Usul Hukuku Esasları, 7. B., İstanbul 2009, s. 272; Muhammet Özkes, Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, 15. B., İstanbul 2017, s. 1510.

neticesinde son tutanak hazırlanıncaya kadar işlemez³². Şayet arabuluculuk nezdinde anlaşma sağlanırsa yargılama giderlerine tamamen ıslah yoluna başvuran davacı katlanacaktır.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, ıslah yoluyla arabuluculuk görüşmelerinde ileri sürülmeyen bir husus (talep) davaya dâhil edilebilir³³. Tarafların ıslah yoluyla ileri sürdüğü uyuşmazlık ile asıl uyuşmazlık arasında bağlantı bulunmaktadır ve taraflar asıl uyuşmazlık için arabulucuya başvurmuş ve anlaşmamışlardır. Bu durumda asıl uyuşmazlık ile bağlantılı olan uyuşmazlık için arabuluculuk yolunun denemesi uyuşmazlığın çözüm sürecini uzatacaktır. Bu nedenle bu uyuşmazlığın ıslah yoluyla ileri sürülebileceği kabul edilmelidir³⁴.

Bilindiği üzere, ıslah yoluyla derdest talep artırılabilmesi gibi, değiştirilebilir ya da ek talep de bulunulabilir³⁵. Kanaatimizce ıslah yoluyla ileri sürülen talebin bağımsız bir davaya vücut verecek nitelikte olması durumunda³⁶ arabulucuya başvuru şartı aranmalıdır. Başka bir deyişle, bu hâlde, ıslah yoluyla daha önce arabulucu önüne götürülmemiş talep ancak arabulucuda anlaşma sağlanamaması durumunda davaya dâhil edilebilecektir. Buna karşılık, yeni bir talep ileri sürülmemesi ve fakat mevcut talebin artırılması durumunda arabuluculuk yoluna başvurulmasının zorunlu olmadığı kanaatindeyiz.

F. Belirsiz Alacak Davası Bakımından

Hukukumuzda davacının, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açılması mümkündür (HMK m. 107, f. 1).

Konusu birmiktar paranın ödenmesi olan alacak veya tazminatın oluşturduğu ticari davaların belirsiz alacak davası³⁷ olarak açılması mümkündür³⁸. Böyle bir durumda davacı söz konusu davayı açmadan önce TTK m. 5/A, f. 1 uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır.

³² Koçyiğit/Bulur, s. 70.

³³ Erdoğan, s. 1218.

³⁴ Azaklı Arslan, s. 142.

³⁵ Yılmaz, Şerh, s. 2238; Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 3. B., Ankara 2017, s. 2238; Tanrıver, s. 748.

³⁶ Islah yoluyla yargılamaya ne tür taleplerin dâhil edilebileceği hakkında bkz. Özkes, Pekcanitez Usul, s. 104-107.

³⁷ Belirsiz alacak davası hakkında geniş bilgi için bkz. Hakan Pekcanitez, Belirsiz Alacak Davası, Ankara 2017; Cemil Simil, Belirsiz Alacak Davası, İstanbul 2013; İbrahim Ercan, Belirsiz Alacak ve Tespit Davası, Konya 2013.

³⁸ Belirsiz alacak davasının konusunun münhasıran para alacağı olabileceği hakkında bkz. Tanrıver, Usul, s. 617; Pekcanitez, Umar'a Armağan, s. 528; Ali Cem Budak, "Belirsiz Alacak Davası", BD, Özel Sayı, Ocak 2013, s. 85. Daha isabetli olduğuna inandığımız aksi yöndeki görüş için bkz. Simil, s. 33. Karş. Yılmaz, Şerh, s. 1623.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, belirsiz alacak davası sırasında talep konusunun artırılmadığı daha sonra fazlaya ilişkin haklarla ilgili talep konusunun geri kalan kısmı bakımından ek dava açıldığı hallerde uyumsuzluğun dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında olması halinde ona ilişkin hükümler uygulanacaktır³⁹.

Bu görüşe katılamıyoruz. Zira belirsiz alacak davası tam bir eda davası olup davacı belirsiz alacak davasında alacağının tümünü talep etmektedir⁴⁰. Davacı, karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini arttırabilecektir⁴¹.

Davacının bunun dışında belirsiz alacak davasında fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak daha sonra ek dava açması caiz değildir.

G. Karşı Dava Bakımından

Karşı dava⁴² HMK m. 132 vd.'da düzenlenmiştir. Karşı dava ile asıl davanın yargılaması müşterek ise de karşı dava da tıpkı asıl dava gibi bağımsız bir davadır⁴³. Bu nedenle, sadece karşı davanın konusu bir miktar paranın ödenmesi yahut tazminat olsa dahi karşı davanın davacısının karşı dava açmadan önce arabulucuya başvurması gerekecektir. Karşı dava açmanın süreye bağlı olduğu dikkate alındığında⁴⁴ söz konusu sürenin kaçırılabilirliği akla gelirse de doktrinde haklı olarak belirtildiği gibi, karşı davanın davacısının -dava açmadan önce- arabuluculuk bürosuna başvurmasından son tutanağın düzenlenmesine kadar zamanaşımı süresi duracağından ve hak düşürücü süreler de işlemeyeceğinden (HUAk m. 18/A, f. 15) davacı karşı dava açma süresini kaçırmayacaktır⁴⁵.

H. Mütelahik Dava Bakımından

Mütelahik davanın özelliği kendisini davacının talebini birden farklı hukuki sebebe dayandırmasından göstermektedir⁴⁶.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre böyle bir durumda hâkim davacı açısından daha elverişli olanına göre karar vereceğinden⁴⁷ hukuki sebeplerden

³⁹ Koçyiğit/Bulur, s. 70.

⁴⁰ Simil, s. 299; Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 1027, 1067; Tanrıver, s. 609.

⁴¹ HMK m. 107, f. 2.

⁴² Karşı dava hakkında geniş bilgi için bkz. Tuğçe Arslanpınar, Medeni Yargılama Hukukunda Karşı Dava, Ankara 2013.

⁴³ Arslanpınar, s. 110.

⁴⁴ Bkz. HMK m. 133, f. 1.

⁴⁵ Koçyiğit/Bulur, s. 71.

⁴⁶ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 310; Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 1098.

⁴⁷ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 310; Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 1098.

sadece birisinin konusunun bir miktar paranın ödenmesi olan alacak veya tazminat talebini içeren ticari davanın hukuki sebebini oluşturması yeterlidir⁴⁸.

Mütelahik davada davaya dayanak teşkil eden dava sebebi birden fazla ve fakat talep tek olduğundan kanımızcabu talebin (davanın) konusu bir miktar paranın ödenmesi yahut tazminat ise dava şartı arabuluculuğa başvurulması zorunludur.

I. Dava Arkadaşlığı Bakımından

Dava arkadaşlığı⁴⁹ ya da diğer adıyla sübjektif dava birleşmesi ihtiyari dava arkadaşlığı (HMK m. 57-58) ve mecburi dava arkadaşlığı (HMK m. 59-60); mecburi dava arkadaşlığı ise kendi içinde maddi bakımdan ve şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁵⁰.

İhtiyari dava arkadaşlığında dava arkadaşı sayısı kadar dava vardır⁵¹. Esasen birbirinden bağımsız olan bu davalar usul ekonomisi (HMK m. 30) düşüncesiyle bir arada görülmektedir⁵². İhtiyari dava arkadaşlığında davalar birbirinden bağımsız olduğundan dava şartlarının ve bu meyanda arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun her bir dava için ayrıncıncelenmesi gerekmektedir⁵³. Arabuluculuk sürecinde müstakbel dava arkadaşlarının tamamının anlaşması zorunlu değildir; anlaşmayı bazılarının kabul etmesi bazılarının ise reddetmesi mümkündür⁵⁴. Böyle bir durumda ihtiyari dava arkadaşlarının bir bölümünün davası dava şartı noksanından dolayı usulden reddedilecek; diğerlerinininkine ise devam edilecektir⁵⁵.

İhtiyari dava arkadaşlığı hakkında buraya kadar söylenenler şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığı için de geçerlidir⁵⁶. Dolayısıyla ihtiyari veya şekli bakımdan dava arkadaşlığında şayet dava arkadaşlarından biri bakımından arabuluculuğa başvurulmamış ise onun hakkındaki davanın dava şartı yokluğundan usulden reddi gerekecektir.

Maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığına gelince; bu dava arkadaşlığında taraf çokluğuna bağlı bir dava yığılması söz konusudur. Burada da birden fazla dava vardır⁵⁷. Bu nedenle dava şartları her bir dava

⁴⁸ Koçyiğit/Bulur, s. 70.

⁴⁹ Dava arkadaşlığı hakkında geniş bilgi için bkz. Ömer Ulukapı, Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991.

⁵⁰ Ulukapı, s. 43-44.

⁵¹ Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 138.

⁵² Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 7. B., İstanbul 2000, s. 361; Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. B., Ankara 2014, s. 222; Budak/Karaaslan, s. 102-103.

⁵³ Koçyiğit/Bulur, s. 72.

⁵⁴ Şamil Demir, "Arabuluculuk Arkadaşlığı", ABD 2013/2, s. 297.

⁵⁵ Azaklı Arslan, s. 163.

⁵⁶ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 543.

⁵⁷ Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 140; Üstündağ, s. 373.

arkadaşı bakımından münferiden ele alınacaktır. Bununla birlikte maddi bakımdan dava arkadaşlığında bütün dava arkadaşları bakımından aynı hüküm verilebileceğinden dava şartlarının bir dava arkadaşı bakımından dahi eksik olması durumunda davanın usulden reddi yoluna gidilecektir⁵⁸. Bu nedenle, şayet uyumsuzluk maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlarından biri bakımından konusu bir miktar paranın ödenmesini gerektiren alacak yahut tazminat olan bir ticari dava ise mecburi dava arkadaşlarının tamamı bakımından arabuluculuğa başvuru aranacaktır⁵⁹.

Kanımızca arabuluculuk aşamasında arabuluculuk sürecine katılmayan dava arkadaşına süre verilerek onun da sürece katılımının sağlanması doğru olacaktır.

Maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığının söz konusu olabileceği hallerde arabuluculuk sürecinde anlaşmaya varılmış sayılması için müstakbel dava arkadaşlarının tamamının ya da temsilci atanmışsa onun anlaşmayı kabul etmesi gerekir⁶⁰. Dava arkadaşlarının bir kısmı anlaşmayı kabul etmiş diğerleri reddetmişse bu, arabuluculuk sürecinde anlaşmaya varılamamış anlamına gelecektir⁶¹.

J. İhtiyati Tedbir Bakımından

Bilindiği üzere ihtiyati tedbir (HMK m. 389 vd.) hukuki niteliği itibarıyla “dava” değil, “geçici hukuki himaye tedbiri”dir⁶². Dolayısıyla ihtiyati tedbir talepleri bakımından dava şartı olarak arabulucuya başvurulma zorunluluğundan bahsedilemeyecektir⁶³. Daha açık bir deyişle, ihtiyati tedbir talebiyle mahkemeye başvuran tarafın daha önce arabuluculuğa başvurmasına gerek yoktur.

K. Çekişmesiz Yargı İşleri Bakımından

İlgililer arasında çekişme yokluğu, sübjektif hakkın bulunmaması ya da hâkimin resen harekete geçmesi gibi kriterlerden biri ya da bir kaçına göre hukukun mahkemelerce uygulanmasını gerektiren çekişmesiz yargı⁶⁴ işleri hukuki nitelikleri itibarıyla “dava” değildirler. TTK m. 5/A’da ticari “dava”lardan

⁵⁸ Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 143; Koçyiğit/Bulur, s. 72; Azaklı Arslan, s. 168.

⁵⁹ Koçyiğit/Bulur, s. 72.

⁶⁰ Demir, s. 300.

⁶¹ Koçyiğit/Bulur, s. 72; Azaklı Arslan, s. 168.

⁶² İhtiyati tedbirin hukuki niteliği hakkında bkz. Evrim Erişir, Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri, İstanbul 2013, s. 144 vd.

⁶³ Budak, s. 34. Para alacağının ödenmesinin güvence altına alınması için başvurulacak geçici hukuki koruma tedbiri ihtiyati tedbir değil, esasen ihtiyati hacizdir (İİK m. 257 vd.). Ancak, ihtiyati haciz de ihtiyati tedbir gibi “dava” olmadığından ihtiyati haciz talebinde bulunmadan önce de arabuluculuk yoluna başvurulması zorunluluğundan bahsedilemeyecektir.

⁶⁴ Çekişmesiz yargı hakkında geniş bilgi için bkz. Baki Kuru, Nizasız Kaza, Ankara 1961.

bahsedildiğinden çekişmesiz yargı işleri bakımından dava şartı arabuluculuğun aranmayacağı doğaldır⁶⁵. Diğer yandan, çekişmesiz yargı işleri kamu düzenine ilişkin olduğundan ötürü de arabuluculuğa elverişli değildirler⁶⁶.

L. Başka Bir Alternatif Çözüm Yolunun Öngörölmüş Olması Bakımından

Arabuluculuk alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biridir. Arabuluculuk dışında uzlaşma, kısa duruşma, vakıaların tespiti, müzakere, tarafsız ön değerlendirme gibi başka alternatif uyuşmazlık çözüm yolları da bulunmaktadır⁶⁷. Bu durum kanun koyucu tarafından da dikkate alınmış ve özel kanunlarda veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hallerde dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı kabul edilmiştir⁶⁸.

O halde ortada tarafların arabuluculuktan da önce başvurması icap eden bir alternatif uyuşmazlık yolu var ise taraflar önce bu yolu denemeleri gerekecektir.

Bu düzenlemeyi doğal karşılamak gerekir. Zira kanun koyucunun arabuluculuğu dava şartı olarak kabul etmesinin altında zaten tarafların dava yoluna başvurmadan alternatif uyuşmazlık çözüm yoluyla aralarındaki uyuşmazlığı sona erdirmelerine fırsat tanıma düşüncesi yatmaktadır.

Bununla birlikte, getirilen bu düzenlemeye ilişkin olarak çözüme kavuşturulması gereken bazı hususlar vardır. Söz gelimi, taraflardan biri aralarındaki tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu kanısıyla arabulucuya başvurur ve karşı taraf da sözleşmenin geçerli olduğu gerekçesiyle buna karşı koyarsa ne olacaktır? Her şeyden evvel arabulucunun tahkim sözleşmesinin geçerli olup olmadığını karara bağlayamayacağı söylenebilir. Kanımızca bu varsayımda taraflardan biri arada tahkim sözleşmesi olduğu gerekçesiyle arabulucuya başvurulamayacağını ileri sürüyorsa arabulucu anlaşmazlık tutanağı hazırlayacaktır. Bunun üzerine dava açılırsa tahkim itirazı mahkeme nezdinde de ileri sürülebilecektir (HMK m. 413).

M. Yargılama Giderleriyle Sorumluluk Bakımından

Bilindiği üzere, usul hukukunda yargılama giderlerinden sorumluluk bakımından temel kaide davada haksız çıkanın yargılama giderlerinden sorumlu tutulacağıdır. Tarafların kısmen haklı çıkması durumunda ise yargılama giderleri tarafların haklılık durumuna göre paylaştırılır⁶⁹.

⁶⁵ Koçyiğit/Bulur, s. 72.

⁶⁶ Bkz. HUAK m. 1, f. 2.

⁶⁷ Gülgün İldır, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Ankara 2003, s. 78 vd.; Mustafa Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C. 1, Ankara 2016, s. 116.

⁶⁸ Bkz. HUAK m. 18/A, f. 18.

⁶⁹ HMK m. 326

HUAK m. 18/A'da ise yargılama giderleri bakımından daha farklı bir anlayışın benimsendiği görülmektedir. Buna göre, taraflardan biri geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmamış ve bu nedenle arabuluculuk faaliyeti sona ermişse toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf daha sonra görülecek davada kısmen veya tamamen haklı çıksa dahiyargılama giderlerinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca o taraf lehine vekâlet ücretine de hükmedilemez. Her iki tarafında ilk toplantıya katılmaması nedeniyle arabuluculuk faaliyetinin sona erdirilmesi durumunda ise taraflar yapmış oldukları yargılama giderlerine katlanırlar (HUAK m. 18/A, f. 11).

Tarafın ilk toplantıya katılmamasına ilişkin olarak ileri sürdüğü mazeret arabulucu tarafından geçerli görülmemiş; buna karşılık, mahkeme aksi kanaatte ise ne olacağı sorusunun da cevaplanması gerekir. Zira bu durum yargılama giderlerinden sorumluluğu doğrudan etkileyecektir.

Mahkeme mazereti geçerli görmesi durumunda kanımızca tarafları arabulucuya yönlendirmelidir⁷⁰.

Bu bağlamda irdelenmesi gereken başka bir mesele ise taraflardan birinin geçerli bir mazeret olmaksızın ilk toplantıya gelmemesi; buna karşılık, diğer (karşı) tarafın da yargılamada dürüstlük kuralına aykırı davranışlar sergilemesidir. Burada HUAK m. 18/A, f. 11, c. 1 ile HMK m. 327, f. 1 çatışma halindedir. Zira HMK m. 327, f. 1 uyarınca, gereksiz yere davanın uzamasına veya gider yapılmasına sebebiyet vermiş olan taraf, davada lehine karar verilmiş olsa bile, karar ve ilam harcı dışında kalan yargılama giderlerinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilecektir.

Kanaatimizce böyle bir durumda HUAK'nin ilgili maddesi özel hüküm telakki edilmeli ve öncelikle uygulanmalıdır. Bununla birlikte, olması gereken hukuk bakımından, HUAK m. 18/A, f. 11'de karşı tarafın yargılama sırasında dürüstlük kuralına aykırı davrandığı halleri istisna tutan bir hükme yer verilebilir.

III. TİCARİ DAVALARDA DAVA ŞARTI ARABULUCULUĞUN UYGULAMADAKİ DURUMU

Yukarıda belirtildiği üzere TTK m. 5/A uyarınca ticari davalardan konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartıdır. Nitekim Bakırköy 5. Asliye Ticaret Mahkemesi bir kararında şirkete verilen zarara karşılık talep edilen tazminatı bu kapsamda değerlendirmiştir: *“Davacı vekili... şirkete verilen zarara karşılık 1.000 TL ve müvekkiline verilen zarara karşılık 1.000 TL olmak üzere toplamda 2.000 TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. 7155 sayılı Kanun ile 6102 TTK'nın 5. maddesinden*

⁷⁰ İMK'nin Genel Gerekçesi'nde ise böyle bir durumda mahkemenin uyuşmazlığı bir kez daha arabulucuya yönlendirmeyeceği ve bizzat karara bağlayacağı ifade edilmiştir. Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss491.pdf>

sonra gelmek üzere eklenen 5/A maddesi uyarınca bu kanunun 4. maddesinde belirtilen ticari davalarda konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurmuş olması dava şartıdır... Davanın 17.6.2019 tarihinde açıldığı, dava açıldığı tarih itibarıyla arabuluculuğa başvurmanın zorunlu olduğu, buna rağmen davacı tarafça belirtilen bu yükümlülüğün yerine getirilmeden davanın açılmış olduğu sonucuna varılmış, açılan davanın dava şartı yokluğundan reddine ilişkin aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur...”⁷¹.

Uygulamada itirazın iptali davalarının⁷² da dava şartı arabuluculuğa tâbi olduğu konusunda tereddüt yaşanmadığı söylenebilir. Örneğin: “TTK’nın 5/A maddesine göre, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Davanın konusu (müddeabih), dava dilekçesindeki talep sonucu, yani netice-i talep esas alınarak belirlenir. Netice-i talebin bir para alacağının tahsili veya tazminata ilişkin olduğu durumlarda, arabulucuya başvuru yapılmış olması dava şartıdır. İtirazın iptali davalarında da davacı, bir miktar para alacağının tahsilini amaçladığından, itirazın iptali davası açılmadan önce, yukarıdaki yasal düzenlemeye göre arabulucuya başvurulmuş ve arabulucu tarafından onaylanmış anlaşmaya varılamadığına ilişkin tutanağın dava dilekçesine eklenmiş olması dava şartıdır. Bu hukuki açıklamalar ışığında somut olay incelendiğinde; itirazın iptali davalarında arabulucuya başvurulmasının TTK’nın 5/A maddesi uyarınca dava şartı olduğuna dair ilk derece mahkemesinin değerlendirmesi isabetli ise de...”⁷³.

⁷¹ Bakırköy 5. ATM, 18.6.2019, 428/703. Aynı yönde: “Dava, davacının, faturaya dayalı hesap alacağının tahsili için davalı aleyhine giriştiği icra takibine vâki itirazın İİK’nun 67. maddesi gereğince iptali ile takibin devamına ve icra inkâr tazminatı istemine ilişkindir... 7155 Sayılı Kanun ile 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanuna eklenen 5/A maddesi uyarınca, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerine ilişkin ticari davalarda dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartı olarak hüküm altına alınmış olup bu davanın 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 5/a maddesine göre, TTK’nın 4. maddesi gereğince, Arabuluculuğa tabi davalar arasında yer aldığı, davacının arabuluculuğa başvurduğuna dair herhangi bir belge sunmadığı gibi bu yönde de bir iddiası bulunmadığından davanın 7155 Sayılı yasa ile değişik 6102 Sayılı TTK’nun 5/A ve aynı sayılı yasa ile değişik 6325 Sayılı Kanunun 18/A maddesinin birinci fıkrası uyarınca arabuluculuğa başvurulmasına ilişkin dava şartı noksanlığı nedeniyle davanın usûlden reddine karar verilerek” Bakırköy 7. ATM, 14.6.2019, 420/573 (emsal.uyap.gov.tr).

⁷² İİK m. 67.

⁷³ İstanbul BAM 14. HD, 20.3.2019, 545/417 (uyap.gov.tr). Aynı yönde: “... Bakırköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi... davanın dava şartı yokluğundan... usulden reddine karar vermiş... Dava, ticari satımdan kaynaklanan alacağın tahsili yönünde yapılan takibe itirazın iptali davasıdır. 6102 sayılı TTK’nın 7155 sayılı Yasa ile eklenen 5/A-1. maddesine göre: Bu Kanunun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. 6100 sayılı HMK’nın 114/2 maddesi kapsamında yer alan bu dava şartı, davanın görülebilmesi için gerekli bir dava şartı olup MK’nın 115/1. maddesine göre mahkemece her safhada resen nazara alınır ve eksikliği

Buna karşılık, yukarıda söylenenler menfi tespit davası⁷⁴ bakımından geçerli değildir. Gerçekten de bu konuda uygulamada birbirine zıt istikamette kararlar verildiği göze çarpmaktadır. Bazı mahkeme kararlarında menfi tespit davasının dava şartı arabuluculuğa tâbi olmadığı belirtilmiştir: “*Davacı vekilinin, müvekkili bankaya gönderilen üçüncü haciz ihbarnamesine karşı İİK’nın 89/3 maddesine dayalı olarak menfi tespit davası açtığı, 6102 sayılı TTK’nın 5/A maddesinde “bu kanunun 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı olduğunun” düzenlendiği, menfi tespit davasının konusunun paranın ödenmesine yönelik alacak ya da tazminat talebi içermediği kanaatiyle davada TTK’nın 5/A maddesi gereğince arabulucuya başvurma zorunluluğu bulunmadığından davacı vekilinin istinaf başvurusunun kabulüne...*”⁷⁵.

Buna karşılık, tam aksi yönde kararlara da rastlanılmaktadır: “*Somut uyuşmazlıkta, davanın kambiyo senedine dayalı açılan menfi tespit davası olduğu, kambiyo senetlerinin Ticaret Kanunu’nda düzenlendiği, bu tür davaların TTK’nın 3 ve 4/1-a maddeleri uyarınca ticari dava niteliğinde olduğu, ticari davalarda konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiş olup tarafların arabulucuya başvurmadiği anlaşıldığından mahkemece dava şartı yokluğu nedeniyle davanın usulden reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir*”⁷⁶.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, TTK m. 5/A’da yer alan “ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır” ifadesinden maksat davadaki talep sonucunu değil, dava sebebidir. Bu nedenle menfi tespit davaları bakımından arabuluculuğa başvuru zorunludur.

Kanımızca TTK m. 5/A’daki söz konusu ibare “dava konusu” olarak anlaşılabilir. Diğer yandan bize göre de belli bir miktar paranın ödenmemesine ilişkin olarak açılan menfi tespit davası da bu kapsamda mütalaa edilebilir. Dava konusu bakımından yaptığımız bu değerlendirmede maddi anlamda kesin hüküm kurumuna ilişkin görüşlerden yararlanılabilir. Bilindiği üzere maddi anlamda kesin hüküm kurumuna ilişkin olarak yapılan değerlendirmelerde dava konusunun özdeş olup olmadığı tayin edilirken iki davanın konusunun tamamen aynı (ikiz) olması gerekmektedir. Bu nedenle, söz gelimi, belli bir

tespit edilirse HMK’nın 115/2. maddesine göre davanın usulden reddine karar verilir ve bu durumda davanın esasına girilmez...Davacı vekilinin istinaf başvurusunun... esastan reddine...” İstanbul BAM 13. HD, 10.4.2019, 714/530 (emsal.uyap.gov.tr).

⁷⁴ Menfi tespit davası hakkında geniş bilgi için bkz. Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası, Ankara 2003.

⁷⁵ İstanbul BAM 16. HD 24.5.2019, 1159/1194 (emsal.uyap.gov.tr).

⁷⁶ Erzurum BAM 27.03.2019, 531/549 (Budak, s. 32).

meblağı ödemeye mahkûm edilen davalının (borçlunun) daha sonra menfi tespit davası açması durumunda dahi dava konuları özdeş kabul edilmektedir. Kanımızca aynı düşünce burada da savunulabilir ve menfi tespit davası da zorunlu arabuluculuğun geçerli olduğu dava konusu kapsamına girdiği kabul edilebilir.

Buna karşılık, müspet tespit davasının dava şartı arabuluculuk kapsamına girmediği düşüncesindeyiz. Kanaatimizce, bilhassa eda davalarının açılabilirdiği hallerde müspet tespit davasının açılmayacağı⁷⁷ dikkate alındığında uygulamada sayısal olarak çok fazla rastlanmayan bu davalar bakımından arabuluculuğun zorunlu tutulmamasının toplumsal açıdan çok büyük bir etkisinin olmayacağı söylenebilir.

SONUÇ

7155 sayılı Kanun'la 6102 sayılı TTK'ye eklenen 5/A maddesi ile iş hukukundan sonra bazı ticari davalar bakımından da zorunlu arabuluculuk öngörülmüştür. Kanaatimizce uyuşmazlık içerisine düşmüş kişilerin direkt devlet mahkemelerine başvurmak yerine önce arabulucuya yönlendirilmesi bu kurumun tanıtılması ve toplumsal farkındalık yaratılması bakımından isabetli olmuştur.

Hem uygulamada en fazla karşılaşılan uyuşmazlık tipi olmaları hem de diğer uyuşmazlıkların çözümünün daha fazla uzmanlık gerektirmesi bakımından dava şartı arabuluculuğun ilk etapta münhasıran konusu bir miktar para ödenmesi olan alacak ve tazimat talepleriyle sınırlı tutulması da kanımızca yerindedir.

Bununla birlikte, getirilen düzenleme ile arabuluculuk yoluna başvurulmadığının anlaşıldığı hallerde taraflara arabuluculuk yoluna başvurabilmeleri için süre verilmeden davanın doğrudan reddedilmesi doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. Bu düzenlemenin yerine taraflara arabulucuya başvurabilmeleri için süre verilmesi ve bu usulün başarısızlığa uğraması durumunda davaya devam edilmesinin öngörülmesi daha doğru olurdu.

Uygulamada gözlemlenebildiği kadarıyla dava şartı arabuluculuğa tâbi olup olmadığı konusunda en fazla tereddüt edilen davalar menfi tespit davalarıdır. Kanımızca kanun koyucunun amacından hareketle bu davaların da zorunlu arabuluculuğa tâbi olduğu sonucuna varmak gerekir.

Nihayet, HUAK m. 18/A, f. 18 uyarınca özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümlerin uygulanmaması, diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına şans verilmesi bakımından isabetli olmuştur.

⁷⁷ Bkz. Baki Kuru/Ali Cem Budak, Tespit Davaları, 2. B., İstanbul 2010, s. 127 vd.

KISALTMALAR CETVELİ

ATM	: Asliye Ticaret Mahkemesi
b.	: bent
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
BD	: Bankacılar Dergisi
Bkz.	: Bakınız
f.	: fıkra
İHSGHD	: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
m.	: madde
MİHDER	: Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi
s.	: sayfa
S.	: sayı
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı

KAYNAKÇA

- Akil, Cenk: Kısmi Dava, Ankara 2013.
- Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kâmil/Deren-Yıldırım, Nevhis: Medenî Usul Hukuku Esasları, 7. B., İstanbul 2009.
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel: Medeni Usul Hukuku, 2. B., Ankara 2019.
- Budak, Ali Cem, “Belirsiz Alacak Davası”, Bankacılar Dergisi, Özel Sayı, Ocak 2013, s. 82 vd.
- Budak, Ali Cem: “Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk”, MİHDER 2019/1, s. 25 vd., (Budak, Arabuluculuk).
- Bulut, Uğur: Medeni Usul Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi), Ankara 2017.
- Erdoğan, Ersin: “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, İHSGHD, S. 55, Y. 2017, s. 1211 vd.
- Erdönmez, Güray: Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. B., İstanbul 2017.
- Erişir, Evrim: Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri, İstanbul 2013.
- Ildır, Gülgün: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Ankara 2003.
- Koçyiğit, İlker/Bulur, Alper: Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuk, Ankara 2019.

- Kurt Konca, Nesibe: “Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk”, Seta Perspektif, S. 2225, Aralık 2018, s. 1 vd.
- Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 4, Ankara 2001.
- Kuru, Baki: İcra ve İflâs Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası, Ankara 2003.
- Kuru, Baki/Budak, Ali Cem: Tespit Davaları, 2. B., İstanbul 2010.
- Muşul, Timuçin: Medenî Usul Hukukunda Terdit İlişkileri, İstanbul 1984.
- Özbek, Mustafa: Mustafa Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C. 1, Ankara 2016.
- Özkes, Muhammet: Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, 15. B., İstanbul 2017.
- Özkes, Muhammet: “Arabuluculuk Mahkemelerine Doğru Tehlikeli Gidiş”, Duruşma Arası, 2019/1, s. 52 vd.
- Pekcanitez, Hakan: Belirsiz Alacak Davası, Ankara 2011.
- Pekcanitez, Hakan: Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. B., İstanbul 2017.
- Postacioğlu, İlhan: Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. B., İstanbul 1975.
- Simil, Cemil: Belirsiz Alacak Davası, İstanbul 2013.
- Tanrıver, Süha: Medenî Usûl Hukuku, C. 1, 2. B., Ankara 2018.
- Ulukapı, Ömer: Medenî Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991.
- Umar, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. B., Ankara 2014.
- Üstündağ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, 7. B., İstanbul 2000.
- Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 3. B., Ankara 2017, (Yılmaz, Şerh).
- Yılmaz, Ejder: Islah, 4. B, Ankara 2013, (Yılmaz, Islah).

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA ANONİM ŞİRKETTE OLAĞANÜSTÜ YEDEK AKÇE AYIRMA KOŞULLARININ İNCELENMESİ

Investigation of Extraordinary Spare Reservation Conditions in the Joint Stock Company in the Light of the Court Decisions

Dr. Raziye AKSU ÖZKAN*

Geliş Tarihi: 07.08.2019 Kabul Tarihi: 28.01.2020

ÖZET

Bu çalışmada, anonim şirkette olağanüstü yedek akçe ayırma koşulları incelenmiştir. Genel kurul kararıyla ayrılan yedek akçeler, olağanüstü yedek akçeyi oluşturmaktadır. Bunlar şirketin elde ettiği kardan yapılan ayrımlar olduğu için pay sahibinin kar payı alma hakkıyla yakından ilgilidir. Bu sebeple, koşulların içeriğinin belirlenmesi önem arz etmektedir. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu madde 523/2 uyarınca olağanüstü yedek akçe ayırımı için üç koşul saptanmıştır. Bunlar yedek akçe ayırmının aktiflerin yeniden sağlanabilmesi için gerekli olması, şirketin sürekli gelişimi ve olabildiğince kararlı kar payı dağıtımını yönlünden haklı görülmesi ve bu konuda genel kurulda karar alınmasıdır. Bu koşulların, Yargıtay kararlarında ne şekilde ele alındığı irdelenmiştir; çünkü pay sahipleri tarafından yedek akçe ayırmaya ilişkin genel kurul kararına karşı birçok iptal davası açılmıştır. Bununla birlikte, koşulların somutlaştırılması açısından şirket finansal tabloları değerlendirilmiştir. Zira şirketin finansal durumu ve performansı finansal tablolarda yer alan veriler aracılığıyla saptanmaktadır. Son olarak, genel kurulun yedek akçe ayırma kararı üzerine, kar payı hakkı ihlal edildiğini düşünen pay sahibinin haklı sebeple fesih davası açıp açamayacağı sorununa cevap aranmıştır.

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirket, Yedek Akçe, Olağanüstü Yedek Akçe, Finansal Tablolar, Haklı Sebeple Fesih

ABSTRACT

In this study, extraordinary reserve fund allocation conditions in joint stock company were investigated. Extraordinary reserves are the reserves set aside by the decision of the General Assembly. Since these are the distinctions made from the profit of the company, they are closely related to the shareholder's right to receive dividends. Therefore, it is important to determine the content of the conditions. In accordance with article 522/3 of the Turkish Commercial Code No. 6102, three conditions have been determined for the extraordinary reserves. These reserves are required for the provision of reserves to be re-provided assets, the company's continuous development and as much as possible in terms of distribution of profit share is justified in terms of decision-making and general assembly. How these conditions were handled in the decisions of the Court of Appeals was examined; because many cancellation cases have been filed by the shareholders against the decision of the general assembly regarding the reserve fund. However, the financial statements of the company have been evaluated in terms of concretization of the conditions. The financial position and performance of the company are determined by means of the data in the financial statements. Finally, upon the decision of the general assembly to allocate a reserve fund, the question was asked whether the shareholder who thinks that the right of dividend has been violated can open a lawsuit for termination of just cause.

Key Words: Joint-Stock Company, Reserve Fund, Extraordinary Reserve Fund, Financial Statements, Termination of Just Cause

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, e-posta:raziye_aksu1905@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0003-2245-863X.

GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 523/2’de şirket genel kurul kararıyla olağanüstü yedek akçe ayrılma imkanı düzenlenmiştir. Olağanüstü yedek akçe pay sahibinin kar payı alma hakkıyla yakından ilgilidir; çünkü şirket karından ayrılmaktadır. Uygulamada yedek akçe ayırma kararına karşı birçok iptal davası açılmıştır. Buna ilişkin kararlar incelendiğinde, koşulların tam olarak ortaya konulamadığı saptanmıştır. Bu sebeple, anonim şirkette olağanüstü yedek akçe ayırma koşullarının neler olduğu somut şekilde ele alınmıştır.

1. Olağanüstü Yedek Akçe

1.1. Genel Olarak

Anonim şirkette yedek akçeler, TTK m. 519 ila 523 arasında düzenlenmiş olup, TTK’da genel bir tanımı bulunmamaktadır. Doktrinde yedek akçeye ilişkin farklı tanımlar yapılmaktadır. Baskın görüş yedek akçeyi, esas sermayeyi aşan net malvarlığı olarak tanımlamaktadır¹. Buna göre yedek akçenin kaynağı sadece kar değildir; çünkü yedek akçe bazı hallerde pay bedelinin itibari değerini aşan ihraç bedellerinden ve iskat kazançlarından doğabilir. Bir başka tanıma göre yedek akçe, anonim şirketin safi karından ayrılan, ortaklara dağıtılmayan, şirket içinde bırakılan tutardır². Bununla birlikte yedek akçenin ayrılma amacı esas alınarak yapılan tanımlar da bulunmaktadır³. Örneğin yedek akçe ileride meydana gelebilecek zararları kapatmak, beklenmeyen

¹ Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin: *Ortaklıklar Hukuku II*. Yeniden Yazılmış 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 313; Üçışık, Güzin/Çelik, Aydın: *Anonim Ortaklıkta Finansal Tablolar Yedek Akçeler ve Kar Dağıtımı*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 183; Tekinalp, Ünal: *Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri*. Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, s. 245; Türk, Ahmet: “Anonim Ortaklıkta Gizli Yedek Akçeler”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 2, 2002, s. 174; Kayağdı, 2014: 165; Akbulak, Yavuz: *Anonim Şirketlerde Kar Dağıtımı Esasları ve Yedek Akçeler*. Ünal Tekinalp’e Armağan, Beta Yayıncılık, İstanbul 2003, s. 173; Pulaşlı, Hasan: *Şirketler Hukuku Şerhi*. Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 2367; “Net Malvarlığı” hukuk literatüründe, borçları aşan malvarlığı (aktifler) olarak nitelendirilir. Net malvarlığı muhasebe hukuku açısından özkaynaklar terimini karşılar. Bkz. Çağırğan Tuncer, Senar/Ulusoy, Yasin: “Yedek Akçeler”. Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, Özel Sayı, 2017, s. 1974 dpn. 8.

² Karayalçın, Yaşar: *Muhasebe Hukuku*. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sevinç Matbaası, Ankara 1988, s. 103, 113.

³ Ortaklığın, hesap dönemi sonunda elde etmiş olduğu safi karın, şirketin özkaynak bünyesini sağlam tutmak, işletmenin devamlılığını ve gelişmesini, ortaklar ile alacaklıların haklarının korunmasını sağlamak ve özkaynaklardan faaliyet sonunda doğabilecek zararları karşılamak amacıyla pay sahipleri ve diğer ilgililere dağıtılmadan kanun, esas sözleşme veya genel kurul kararına dayanarak, kanunun öngördüğü şekillerde ayrılmış olan ve esas sermayeyi aşan net malvarlığına yedek akçe denilmektedir. Bkz. Üçışık/Çelik, s. 184; Yedekler ileride doğması muhtemel zararları karşılaması için kardan ayrılan tutarlardır. Bkz. Kishali, Yunus: *Şirketler Muhasebesi*. Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 2017, s. 138.

masraf, kayıp ve zararları karşılamak suretiyle işletmenin devamını sağlamak ve pay sahiplerine istikrarlı kar dağıtımına imkan vermek amacıyla, ihtiyaten kazançlardan ayrılan kıymetlerdir⁴. Ortakların sınırlı sorumluluğu söz konusu olduğu sermaye şirketlerinde yedek akçe ayrılması zorunluluğu vardır. Zira karın bir kısmının şirketin özkaynağının bir bölümü olarak işletmede bırakılması şirketle ilişkide bulunan üçüncü kişilerin güvencesini artırır⁵.

Yedek akçeler ayrılmalarını öngören veya karara bağlayan kaynak açısından; “Kanuni, esas sözleşmesel, genel kurul kararı ile ayrılan yedek akçeler” şeklinde üçe ayrılır⁶. Bunlardan genel kurul kararıyla ayrılan yedek akçeler, olağanüstü yedek akçeyi oluşturmaktadır⁷. Olağanüstü yedek akçeler, zorunlu kanuni yedek akçelerin karşısında isteğe bağlı yedek akçeler arasında yer almaktadır⁸. Zira TTK m. 523/2 uyarınca, genel kurul olağanüstü yedek akçeyi ayırıp ayırmamakta serbesttir. Olağanüstü yedek akçeler, şirket karından ayrılacağı ve pay sahiplerinin kar payı alma hakkını ilgilendirdiği için TTK m. 523/2’de özel koşullara bağlanmıştır.

1.2. Ayırma Koşulları

TTK m. 523/2 uyarınca genel kurul; aktiflerin yeniden sağlanabilmesi için gerekliyse, bütün pay sahiplerinin menfaatleri dikkate alındığında, şirketin sürekli gelişimi ve olabildiğince kararlı kar payı dağıtımı yönünden haklı görülüyorsa, kanunda ve esas sözleşmede öngörülenlerden başka yedek akçe ayrılmasına da karar verebilir. Buna göre, olağanüstü yedek akçe ayrımı için üç koşul sayılabilir. Bunlar yedek akçe ayırmanın aktiflerin yeniden sağlanabilmesi için gerekli olması, şirketin sürekli gelişimi ve olabildiğince kararlı kar payı dağıtımı yönünden haklı görülmesi ve bu konuda genel kurulda karar alınmasıdır. Bu koşullar sağlanmadıkça, olağanüstü yedek akçe ayrılamayacaktır. Aksi takdirde, alınan genel kurul kararının iptali istenebilecektir⁹. Doktrinde TTK m. 523/2’de yer alan koşulların sınırlayıcı

⁴ Arslanlı, Halil: *Anonim Şirketler, C. IV- V, Anonim Şirketin Hesapları, Anonim Şirketin İnfisalı ve Tasfiyesi*. Fakülteler Matbaası, İstanbul 1961, s. 69; Doğanay, İsmail: *Türk Ticaret Kanunu Şerhi 2*. Feryal Matbaası, Ankara 1990, s. 1036.

⁵ Sevilengül, Orhan: *Genel Muhasebe*. Gazi Kitabevi, Ankara 2016, s. 595.

⁶ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 313; Bahtiyar, Mehmet: *Ortaklıklar Hukuku*. Beta Basım Yayım, İstanbul 2019, s. 297; Pulaşlı, s. 2369; Fahren, Ferhat: “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Yedek Akçeler ve Yedek Akçe Ayrılması”. *Yaklaşım Dergisi*, Y. 19, S. 224, 2011, s. 94; Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin: *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*. Arıkan Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 2010, s. 788.

⁷ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar, s. 792; Ateşgaoğlu, Erdem: *Vergi Hukuku Bakımından Anonim Şirketlerde Kar Dağıtımı*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 70.

⁸ Tekinalp, s. 280.

⁹ Kendigelen, TTK m. 523/2’de yer alan koşulların, pay sahibinin kar payı ile ilgili sorununu çözmediğini ifade etmektedir. Buna göre düzenleme kar payı bakımından pay sahiplerini koruyacak nitelikte değildir; pay sahibi ile şirket arasındaki kar payı ile ilgili sorununun

olarak sayılsa da, çok geniş yorumlanmaya müsait olduğundan, pratik bir öneme sahip olmadığı ifade edilmektedir¹⁰.

1.2.1. Aktiflerin Yeniden Sağlanabilmesi İçin Gerekli Olması

TTK m. 523/2(a)'da yedek akçe ayrılabilmesi için, bunun aktiflerin yeniden sağlanabilmesi için gerekli olması koşulu aranmıştır. Aktif kavramı, şirketin finansal tablolarından bilanço'ya¹¹ göre belirlenecektir. Bilanço, işletmenin belli bir andaki varlık ve kaynak yapısını gösteren tablodur¹². Varlıklar, işletmenin sahip olduğu malvarlığı unsurları iken; kaynaklar, varlıkların nasıl finanse edildiğini gösteren yükümlülükler ve özkaynaklardan oluşmaktadır. Bu sebeple, bilanço bir şirketin varlıklarının, yükümlülüklerinin ve belirli bir zamanda özkaynaklarının ne olduğunu gösteren tablo olarak da tanımlanmaktadır¹³. İşletmenin gerçekleştirdiği iktisadi işlemler, niteliklerine göre varlık, yükümlülük veya özkaynak gruplarına aktarılacaktır. İşletmenin sahip olduğu varlıklar, ya işletme sahipleri tarafından sağlanmıştır ya da üçüncü kişilere borçlanılarak elde edilmiştir. Bunlardan birinci bölümün kaynağına "Özkaynak", ikinci bölümün kaynağına "Yükümlülükler" denilir (KÇ m. 4.1/a). Örneğin bir anonim şirkette ortaklar tarafından getirilen esas sermaye tutarı 50.000 TL'dir. Şirket yatırım yapmak için bankadan 20.000 TL tutarında kredi çekmiştir. Bu durumda şirketin finansal durum tablosunda varlık tutarı 70.000 TL, özkaynak 50.000 TL ve yükümlülükler 20.000 TL olarak raporlanacaktır. Bu bağlamda bilanço, hazırlandığı tarih itibarıyla şirketin varlık, yükümlülük ve özkaynaklarını gösteren finansal tablo şeklinde ele alınacaktır. Bilançonun sol ve sağ olmak üzere iki yanı vardır. Bilançonun sol yanına aktif taraf, sağ yanına

çözümü genel kurul ve mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Pay sahiplerine genel kurul kararları aleyhine iptal davası açma hakkı dışında bir hukuki imkan tanınmamıştır. Bkz. Kendigelen, Abuzer: *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 425.

¹⁰ Tekinalp, s. 343; Aynı görüşte bkz. Üçışık/Çelik, s. 256.

¹¹ TTK m. 68'de bilanço düzenlenmesi gerektiği; ancak Türkiye Muhasebe Standartlarının bu konudaki hükümlerinin saklı olduğu yer almıştır. TTK'da bilançonun da içinde yer aldığı finansal tablolara ilişkin düzenleme yapmak konusunda Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu (KGK) yetkilendirilmiştir (TTK m. 88). KGK, Türkiye Muhasebe Standartları/Türkiye Finansal Raporlama Standartları (TMS/TFRS), Büyük ve Orta Boy İşletmeler İçin Finansal Raporlama Standardı (BOBİ FRS) ve Muhasebe Sistemi Uygulama Genel Tebliği (MSUGT) şeklinde üç tür mevzuat belirlemiştir. TMS/TFRS ve BOBİ FRS'de finansal durum tablosu, TTK ve MSUGT'de bilanço kavramları kullanılmıştır (TMS 1 m. 10; BOBİ FRS m. 1.3). Her ikisi de aynı kavramı ifade etmektedir.

¹² Sevilengül, s. 33; Gökçen, Gürbüz: *Genel Muhasebe*. Beta Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 9; Gökçöz, Ahmet: *Genel Muhasebe*. Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2015, s. 5; Uysal, Tolga/Şenlik, Mehmet: *Genel Muhasebe*. Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 31; Ataman, Ümit: *Tek Düzen Hesap Planı ve Mali Tablolar*. Türkmen Kitabevi, İstanbul 2003, s. 425.

¹³ Wiley, John: *Interpretation and Application of IFRS Standards*. John Wiley & Sons, Ltd., United States 2018, s. 65.

da pasif taraf denir¹⁴. Varlıklar aktif tarafta, yükümlülükler ve özkaynaklar ise pasif tarafta muhasebeleştirilir. Şirketin varlıkları dönem boyunca defalarca alım-satım, ödemeye konu olurlar. Bu hareketlilik sebebiyle, şirketin varlıklarına şirketin aktifleri denilir¹⁵.

Aktif taraf, o işletmenin varlıklarını gösterir¹⁶. Aktifler, bilançoda dönen ve duran varlıklardan oluşur. Dönen varlık kural olarak on iki ay ya da normal faaliyet dönemi içinde paraya çevrilmesi veya tüketilmesi öngörülen varlıklardır¹⁷. Dönen varlık hesap grubunda nakit ve nakit benzerleri, finansal yatırımlar, türev araçlar, ticari ve diğer alacaklar, stoklar, yıllara yaygın inşaat onarım ve onarım maliyetleri, canlı varlıklar, peşin ödenmiş gelecek aylara ait giderler ve gelir tahakkukları, devam eden inş, proje veya hizmet sözleşmelerinden varlıklar ile imtiyazlı hizmet anlaşmalarına ilişkin finansal varlıklar, diğer dönen varlıklar ve satış amaçlı elde bulundurulmuş duran varlıklar yer almaktadır¹⁸. Bu grupta yer alan şirket malvarlığı, şirketin kısa dönemde işlerini gerçekleştirmesi için elde tutulan varlıklardır. Örneğin stoklar, şirketin esas faaliyet konusuna giren üretimi gerçekleştirmek için kullanılacaktır. Benzer şekilde ticari alacaklar, şirketin bilanço tarihinden itibaren on iki ay içinde ödeme talep edebileceği senetli/senetsiz alacaklarından oluşur. Bir başka deyişle bir varlığın dönen varlık sayılmasındaki temel ölçüt normal faaliyet döngüsü içinde paraya çevrilecek veya kullanılacak olmasıdır¹⁹. Zira kural olarak dönen varlık olarak nitelendirilen varlık grubunun elde bulundurulmasının sebebi, işletmenin mal ve hizmet üretiminde veya satışında kullanılarak işletmeye para girişinin sağlanmasıdır²⁰. TMS 1²¹ m. 66'da dönen varlık tanımına girmeyen diğer tüm varlıkların duran varlık olarak nitelendirileceği düzenlenmiştir. Buna göre kural olarak on iki ay ya da normal faaliyet dönemi içinde paraya çevrilmesi veya tüketilmesi öngörülmemiş varlıklar, duran varlık

¹⁴ Gökgöz, s. 5; Uysal/Şenlik, s. 31; Küçüksavaş, Nihat: *Finansal Muhasebe*. Beta Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 57; Lazol, İbrahim: *Genel Muhasebe*. Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2017, s. 11; Sürmen, Yusuf: *Muhasebe – 1*, Celepler Matbaacılık, Trabzon 2017, s. 81.

¹⁵ Sürmen, s. 81; Karabınar, Selahattin: *Genel Muhasebe*. Sakarya Yayıncılık, Sakarya 2015, s. 19.

¹⁶ Sürmen, s. 81; Gökgöz, s. 5; Makoujy, Rick: *How to Read a Balance Sheet*. McGraw-Hill Companies, United States 2010, s. 2; Aksu Özkan, Raziye: *Finansal Tabloların Tutulması ve Hukuksal Sonuçları*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 178 vd.

¹⁷ Finansal Raporlama Standartlarına Uygun Hesap Planı Taslağı, s. 17. Taslak için bkz. http://kgk.gov.tr/Portalv2Uploads/files/Duyurular/v2/TFRS/EK2_Finansal%20Raporlama%20Standartlar%C4%B1na%20Uygun%20Hesap%20Plan%C4%B1%20Tasla%C4%9F%C4%B1.pdf, (ET. 25.07.2019).

¹⁸ Finansal Raporlama Standartlarına Uygun Hesap Planı Taslağı, s. 17.

¹⁹ Makoujy, s. 15; Sevilengül, s. 161.

²⁰ Aksu Özkan, s. 185.

²¹ "TMS 1 Finansal Tabloların Sunuluşu" Standardı 31/12/2015 tarihinden sonra başlayan hesap dönemleri için uygulanmak üzere ilk olarak 16/01/2015 tarih ve 25702 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

olarak gösterilir²². Bu grupta yer alan varlıklar, şirketin uzun vadede kullanımı için elde edilmektedir. Bu sebeple, TTK m. 73/2’de duran varlıklar işletmeye devamlı surette tahsis edilmiş bulunan varlıklar olarak tanımlanmıştır. Bununla birlikte işletmenin finansal tablolarını hazırlarken uyguladığı geçerli finansal raporlama çerçevesine göre duran varlık olarak gösterilmesi gereken varlıklar da bilançonun bu bölümünde gösterilecektir. Duran varlıklar; finansal yatırımlar, ortaklıklardaki yatırımlar (bağlı ortaklıklar, iştirakler, iş ortaklıkları ve müştereken kontrol edilen işletmelerdeki yatırımlar), ticari alacaklar, diğer alacaklar, devam eden inşa (taahhüt), proje veya hizmet sözleşmelerinden varlıklar ile imtiyazlı hizmet anlaşmalarına ilişkin finansal varlıklar, yatırım amaçlı gayrimenkuller, maddi duran varlıklar, maddi olmayan duran varlıklar, canlı varlıklar, peşin ödenmiş (gelecek aylara ait) giderler ve gelir tahakkukları ile diğer duran varlıklar şeklinde bölümlenir²³. Dönen ve duran varlıklar grubunda aynı isme sahip hesaplar da bulunmaktadır. Aradaki fark, şirket tarafından paraya çevrilme hızlarıdır. Örneğin A şirketinin, B’den 50.000 TL’lik 01.01.2021 tarihinde ödemeli alacağı bulunmaktadır. Duran varlık bölümünde, on iki ay veya işletmenin normal faaliyet döngüsü içinde nakde dönüşmesi öngörülme-yen ticari alacaklar izlenecektir. Dolayısıyla bu alacak, 31.12.2019 tarihli bilançoda duran varlıklar kısmında muhasebeleştirilecektir.

Bu bağlamda, şirket bilançosunda yer alan dönen ve duran varlıkların tamamı gerekçe gösterilerek yedek akçe ayrılabilir. Örneğin nakit durumunun artırılması, yatırım amaçlı gayrimenkul satın alınması, finansal yatırımlar yapılması, üretim hızını artıracak hızlı makinelerin satın alınması gibi. Doktrinde özellikle duran maddi malvarlığına yatırım için kanuni yedeklerin serbest kısmı ile esas sözleşmesel serbest yedekler yetmiyorsa, finansman yükünü hafifletmek amacıyla genel kurulun yıllık kardan bir anlamda ek yedek akçe ayırabileceği, gerekli ise dönen varlık için de bu ayırımın yapılabilmesi ifade edilmiştir²⁴. TTK m. 523/2’de maddi duran varlıkla dönen varlık arasında bir ayırım yapılmamış, aktif kavramı kullanılmıştır. Bu sebeple, yedek akçe ayırmak açısından dönen-duran varlık arasında bir öncelik sonralık sıralaması yoktur.

TTK m. 523/2’de yedek akçe ayrılabilmesi için, bunun aktiflerin yeniden sağlanabilmesi için gerekli olması aranmıştır. Kavramsal olarak sıkı şekilde bağlı kalınırsa “yeniden sağlamaktan kasıt”, daha önce bilançoda yer alıp kaybedilen varlıkların, şirket malvarlığına tekrar dahil edilmesi olmalıdır. Zira “yeniden”, yine – tekrar anlamına gelmektedir²⁵. Buna karşın, kanaatimizce yeniden sağlanma geniş yorumlanacaktır. Zira seçilen kelimeler bilinçli olarak kullanılmamıştır. Bu daha önce şirketin bilançosunda yer almayan ancak

²² Finansal Raporlama Standartlarına Uygun Hesap Planı Taslağı, s. 32.

²³ Finansal Raporlama Standartlarına Uygun Hesap Planı Taslağı, s. 32.

²⁴ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 325.

²⁵ TDK, bkz. <http://sozluk.gov.tr/>, (ET. 25.07.2019).

şirket varlığının mevcut durumunu koruyucu veya artırıcı her türlü işlemi kapsayacaktır. Doktrinde bir görüş şirketin olağanüstü yedek akçe ayırma ihtiyacının yatırımla, araştırma ve geliştirme programlarıyla, fikri mülkiyet kazanımları ve ileri teknoloji iktisaplarıyla ilgili olması gerektiğini ifade etmektedir²⁶. Kanaatimizce de yedek akçe ayırmanın şirketin aktifleriyle ilgili olduğu somut olarak ortaya konulmalıdır. Aksi takdirde, TTK m. 523/2’de bu koşulun aranmasının bir önemi kalmayacak ve ayırım kanuna aykırı olacaktır.

Konuya ilişkin Yargıtay kararları incelendiğinde genellikle aktif kavramının içeriğine girilmediği, bunun tespitinin bilirkişilere bırakıldığı saptanmıştır. Yargıtay bir kararında özkaynakların güçlendirilmesi amacı ile kar dağıtımına gidilmeyip, olağanüstü yedek akçe ayrılmasını haklı bulmuştur²⁷. Özkaynak²⁸, Kavramsal Çerçeve²⁹ m. 4.63’te işletmenin tüm yükümlülükleri düştükten sonra varlıkları üzerinde kalan hakları olarak tanımlanmıştır³⁰. Buna göre muhasebesel anlamda, işletmenin özkaynak tutarının bulunabilmesi için, işletmenin pasif tutarından kısa ve uzun vadeli yükümlülükler tutarının çıkarılması gerekir. Geriye kalan tutar, varlıklar üzerindeki hakların parasal tutarı olup, şirketin aktifini oluşturur. Dolayısıyla kararda özkaynak ile ifade edilmek istenen, şirketin aktifinde yer alan varlıklardır. Bir başka uyumsuzlukta kar dağıtımının kanuna, esas sözleşmeye ve iyi niyet kurallarına uygun olduğu, kar dağıtımının şirketin yatırım projesini etkileyeceği, şirketin devamlı ve düzenli gelişmesine engel olacağı, ilgili olağan genel kurulda alınan karın dağıtılmayıp olağanüstü yedeklerde kalması yönündeki kararın afaki iyiniyet kurallarına aykırı olmadığı gerekçesiyle Yargıtay davanın reddine karar vermiştir³¹. Kararda kar dağıtımının şirketin yatırım projesini etkilemesi gerekçe olarak kabul edilmiştir. Yatırım projeleri şirketin varlıklarına ilişkin olduğu için, şirket aktiflerine dahil olacaktır. Yargıtay’ın önüne gelen diğer bir uyumsuzlukta davacı, şirket karının yedek akçe olarak ayrılması ve ortaklara dağıtılmamasına yönelik genel kurul kararının, davacının kar payı alma hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. 29.06.2012 tarihli genel kurul toplantısında alınan karın yedek akçe

²⁶ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 325.

²⁷ Y. 11. HD., E. 2017/1919, K. 2019/1188, karar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (ET. 24.07.2019).

²⁸ Aynı kavramı ifade etmek üzere muhasebe literatüründe “öz sermaye”, “öz varlık” ve “net varlık” ifadeleri de kullanılmaktadır (Küçüksavaş, s. 32; Koç Yalın, Yüksel: *Genel Muhasebe İlkeler ve Uygulamalar*. Nobel Akademik Yayıncılık, Ankara 2012, s. 405; Türk, s. 173 dpn 1). Biz TMS ve TTK ile uyumlu olarak özkaynak terimini kullanacağız.

²⁹ Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Kurumu’nun 25.10.2018 Tarihli Kurul Kararı ile 27 Ekim 2018 Tarihli ve 30578 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. Bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/10/20181027-16.pdf>, (ET. 25.07.2019).

³⁰ Özkaynaklar, işletmenin varlıklar toplamından yabancı kaynakların indirilmesi suretiyle kalan kısmı olduğu hususunda bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 305; Sevilengül, s. 585.

³¹ Y. 11. HD., E. 2016/722, K. 2017/3749, karar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (ET. 24.07.2019).

olarak ayrılmasına dair kararın iptali ile davalı şirketin kuruluş tarihinden bu yana elde ettiği karın tespitini, davacının davalı şirkette bulunan payı ile orantılı olarak almaya hak ettiği kar payının kendisine ödenmesini talep etmiştir. Yargıtay davalı şirketin son üç yıldır zarar ettiği, bu yıllara ilişkin bilançoların genel kurul toplantısı yapılarak onaylanmadığı ancak, 10.08.2009 tarihli genel kurul toplantısında bir önceki yıla ait karın ortaklara dağıtılmayarak yedek akçeye ayrılmasına karar verildiği, bu karara karşı herhangi bir iptal davası açılmadığı, alınan bilirkişi raporunda ise, davalı şirketin son üç yıldır zarar ettiği, faaliyetini devam ettirebilmesi için yedek akçenin dağıtılmaması gerektiği yönünde görüş bildirildiği gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir³². Bu kararda şirketin zarar etmesi sebebiyle şirketin faaliyetini devam ettirebilmesi için yedek akçe ayırmanın TTK m. 523/2'ye uygun olduğuna karar vermiştir. Zarar, bilançoda özkaynak grubu altında muhasebeleştirilmekte olup, şirketin aktif tutarını etkilemektedir³³.

Diğer kararlarda bilirkişi raporu ile şirketin sermaye ihtiyacının saptanması³⁴ ve şirketin olası krizlerde güçlü olması ve belki yeni yatırım olanağı³⁵ gerekçeleri kar dağıtmayıp, bu tutarın olağanüstü yedek akçe olarak ayrılması açısından geçerli sayılmıştır. Bu gerekçeler incelendiğinde, aktiflerin yeniden sağlanması koşulunun geniş olarak yorumlandığı ortaya çıkmaktadır. Zira her şirketin sürekli olarak sermaye ihtiyacı bulunmaktadır. Benzer şekilde bütün şirketler “olası” krizlerle karşılaşma riski altındadır. Yargıtay’ın önüne gelen diğer bir uyuşmazlıkta davalılar, şirketin mali yapısını güçlendirmek yurt içi ve yurt dışı yatırımlarının geleceğini tehlikeye atmamak ve şirketin devamlı gelişimini sağlamak amacı ile karın dağıtılmayıp olağanüstü yedek akçeye ayrılmasına karar verildiğini ileri sürmüştür. Yargıtay, davalı şirketin 2012 yılında kar elde ettiği, ayrıca 9.063.418,24 TL nakdi yardım ve bağış yaptığı, mevcut durumda şirket ortaklarına kar payı dağıtılmasının hayatın olağan akışının gerektirdiği bir durum olduğu gerekçesiyle karın dağıtılmayıp yedek akçe olarak eklenmesine ilişkin genel kurul kararını iptal etmiştir³⁶. Bu kararda, davalı şirketin olağanüstü

³² Y. 11. HD., E. 2014/12451, K. 2014/19092, karar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasistemciWeb/>, (ET. 25.07.2019).

³³ Bilançoda “Geçmiş Yıllar Zararları Hesabı” ve “Dönem Net Zararı” hesapları bulunmaktadır. İlk hesap, bilançonun hazırlandığı tarih itibarıyla geçmiş faaliyet dönemlerinde ortaya çıkan dönem net zararlarının izlenmesinde kullanılır. İkinci hesap ise, işletmenin faaliyet dönemine ait vergi sonrası net kar veya zarar tutarlarının izlendiği hesaptır. Bkz. Lazol, s. 278; Sevilengül, s. 605; Bayazıtlı, Ercan/Çelik, Orhan/Gürdal, Kadir: *Genel Muhasebe*. Siyasal Kitabevi, Ankara 2016, s. 502; Gökçen, s. 367; Finansal Raporlama Standartlarına Uygun Hesap Planı Taslağı, s. 128, 130.

³⁴ Y. 11. HD., E. 2014/16317, K. 2014/18707, karar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasistemciWeb/>, (ET. 24.07.2019).

³⁵ Y. 11. HD., E. 2014/16681, K. 2015/2045, T. 16.2.2015, karar için bkz. Lexpera, (ET. 20.07.2019).

³⁶ Y. 11. HD., E. 2018/5179, K. 2019/6573, karar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasistemciWeb/>, (ET. 24.10.2019).

yedek akçe ayırma gerekçeleri yerinde görülmemiştir. Zira şirket, nakdi bağış ve yardım yapmıştır.

1.2.2. Şirketin Sürekli Gelişimi ve Olabildiğince Kararlı Kar Payı Dağıtım Yönünden Haklı Görülmesi

1.2.2.1. Genel Olarak

Genel kurul, bütün pay sahiplerinin menfaatleri dikkate alındığında, şirketin sürekli gelişimi ve olabildiğince kararlı kar payı dağıtım yönünden haklı görülüyorsa yedek akçe ayrılması yönünde karar alabilir (TTK m. 523/2(b)). Yedek akçe ayrımı açısından, bütün pay sahiplerinin menfaatinin dikkate alınması gerekir. Buna göre, pay sahiplerinin pay oranının ne kadar olduğunun bir önemi yoktur. Bir başka deyişle burada kıstas, bütün pay sahipleri olduğu için azlık pay sahibi³⁷ olup olmaması önemli değildir. Doktrinde menfaat şartı ciddi olan, uygulanan veya uygulanacak olan projelerde somutlaşmış olması, aksi takdirde kar dağıtmayarak azlığı sıkıntıya sokmak için verilmiş bir karar olarak nitelendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir³⁸. Kanaatimizce bütün pay sahiplerinin menfaati açısından kıstas, yaptıkları yatırımın mevcut değerinin korunması ve arttırılması ile karşılığında kar payı almasının sağlanması olmasıdır. Pay sahibinin yapmış olduğu yatırım, payları ile somutlaştığı için payın değerini azaltacak durumlardan korunmak veya arttıracak durumları sağlamak için yedek akçe ayrılması bütün pay sahiplerinin menfaatine olacaktır. Buna göre şirket bilançosuna göre şirkette bulunan zararın kapatılması³⁹, borçların ödenmesi veya çevreye verilen zararların giderilmesi için yedek akçe ayırmak, şirketin mevcut finansal durumunu koruması açısından gereklidir. Bununla birlikte şirketin yatırım yapması, üretimi kolaylaştırmak için demirbaşlar satın alması, piyasada daha iyi bir konuma gelebilmek için araştırma ve geliştirme çalışmaları yapması, taşıma ücreti vermek yerine şirkete taşıt alması gibi işlemler şirketin finansal durumunu iyileştirecektir. Buna karşın şirkette israf varsa, gideri yüksek yönetim binalarında çalışılıyor, gereksiz lüks seyahatler yapılıyor, yüklü temsil ödenekleri kullanılıyorsa ve tasarruf önlemleri uygulanmıyorsa finans yükünü azaltmak sebebi de ciddiye alınamaz⁴⁰.

³⁷ TTK m. 411'in madde metin başlığında sermayenin en az onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini oluşturan pay sahipleri azlık olarak adlandırılmaktadır. Aynı yönde bkz. Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin: *Ortaklıklar Hukuku I. Yeniden Yazılmış 14. Bası*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s. 571; Domaniç, Hayri: *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi II*. Temel Yayınları, İstanbul 1988, s. 814; Bununla birlikte aynı oran için doktrinde azınlık kavramını kullanan yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Bahtiyar, s. 156; Pulaşlı, s. 944; Şener, Oruç Hami: *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*. Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 490; Biz TTK ile uyumlu olarak çalışmada azlık kavramını kullanacağız.

³⁸ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 325.

³⁹ Aynı yönde bkz. Y. 11. HD., E. 2014/12451, K. 2014/19092, karar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (ET. 25.07.2019).

⁴⁰ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 326.

1.2.2.2. Şirketin Sürekli Gelişimi Yönünden Haklı Görülmesi

Şirketin sürekli gelişiminden kasıt, şirketin mevcut finansal durumundan daha iyi hale getirilmesidir. Finansal durum açısından şirketin yıllık faaliyetinden elde ettiği karı etkileyen işlemleri dikkate alınacaktır. Kanaatimizce burada şirketin finansal tabloları arasında yer alan kar veya zarar ve diğer kapsamlı gelir tablosu verilerinden yararlanılabilir⁴¹. Kar veya zarar ve diğer kapsamlı gelir tablosu, “kar veya zararın” ve “diğer kapsamlı gelirin” tüm bileşenlerinden oluşup, iki kısma ayrılmaktadır (TMS 1 m. 7). Kar veya zarar kısmı, bir işletmenin belli bir döneme ait faaliyet sonuçlarını gösterir. Bu kısımda işletmenin ürettiği mal ve sunduğu hizmetin satış hasılatı, finansal yatırım yapmışsa bunlardan elde ettiği gelirler, işletmenin esas faaliyetine girmeyen ama işletmenin elde ettiği gelirler ve bunlara ilişkin giderler bulunur. Bir başka deyişle, şirketin bir dönem boyunca yapmış olduğu işlemler sebebiyle elde ettiği gelirler ve katlandığı giderler bu tabloda gösterilmektedir⁴². Bu kısım sayesinde şirketin sürekli gelişimi açısından nereye yatırım yapılması gerektiği belirlenebilecektir. Zira hangi malların ne kadarının satıldığı veya iade edildiği gibi bilgilere ulaşılabilecektir. Tablonun diğer kapsamlı gelir kısmında, diğer standartlar tarafından kar veya zarara yansıtılması zorunlu kılınmayan veya yansıtılmasına izin verilmeyen gelir ve gider kalemlerinden (yeniden sınıflandırma düzeltmeleri dahil) oluşur (TMS 1 m. 7). Bu kısımda şirketin özkaynaklarında artış veya azalış yaratan ve henüz nakde dönüşmemiş olan gelirler veya giderler hakkında bilgiler raporlanmaktadır⁴³. Örneğin duran varlıklarda yeniden değerlendirme fazlasındaki değişimler, yurtdışındaki bir işletmenin finansal tablolarının çevriminden kaynaklanan kazanç ve kayıplar, yabancı para çevirim farkları gibi (TMS 1 m. 7/a-c). Bu veriler ele alınarak değerinde azalma olan bir arsayı satma kararı alınabilecektir.

⁴¹ Finansal tablolar, bir işletmenin belirli bir dönemdeki mali işlemleri ile bu işlemler sonucu oluşan ekonomik kaynakları ve finansal performansı hakkında bilgi vermek üzere hazırlanan tablolardır. İçerisinde verilen bilgilere göre çeşitlere ayrılmaktadır. Bu tablolar bilanço, kar veya zarar ve diğer kapsamlı gelir tablosu, özkaynak değişim tablosu, nakit akış tablosu ve önemli muhasebe politikalarını ve diğer açıklayıcı bilgileri içeren dipnotlardan oluşur (TMS 1 m. 10; TTK m. 514/1). Bkz. Yalçın, Erhan: *Uluslararası Finansal Raporlama (TMS-TFRS)*. Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 185; Akıncı, Nejat/Ünlen, Müjdat: *Mali Tablolar Analizi*. Barış Yayınları, İzmir 1988, s. 25.

⁴² Bu kısımda Brüt Satış Hasılatı, Esas Faaliyet Dönem Giderleri, Esas Faaliyetlerden Diğer Gelir/Gider ve Kazançlar/Zararlar ile Diğer Faaliyetlerden Gelir ve Kazançlar, Finansal Gelirler/Giderler, Dönem Net Karı/Zararı hesapları bulunmaktadır. Bkz. Finansal Raporlama Standartlarına Uygun Hesap Planı Taslağı, s. 131-158.

⁴³ Örtten, Remzi/Kaval, Hasan/Karapınar, Aydın: *Türkiye Muhasebe – Finansal Raporlama Standartları (TMS–TFRS)*. Gazi Kitabevi, Ankara 2012, s. 27; Esas itibarıyla varlık ve borçların gerçeğe uygun değerlerindeki değişiklikleri temsil ederler ve dolayısıyla geçicidirler. Bkz. Zülch, Henning/Pronobis, Paul: “The Predictive Power of Comprehensive Income and Its Individual Components under IFRS”. HHL-Arbeitspapier, S. 95, 2010, s. 2, <https://www.hhl.de/fileadmin/texte/publikationen/arbeitspapiere/hhlap0095.pdf>, (ET. 26.07.2019).

1.2.2.3. Olabildiğince Kararlı Kar Payı Dağıtım Yönünden Haklı Görülmesi

Genel kurul, olabildiğince kararlı kar payı dağıtım yönünden haklı görülüyorsa yedek akçe ayrılması yönünde karar alabilir (TTK m. 523/2). Buna göre, yedek akçe ayrılabilmesi için, bu ayrımın olabildiğince kararlı kar payı dağıtım yönünden haklı görülmesi gerekmektedir. Şirket, gelecek yıllarda kar dağıtımını sürdürebilmesi için mevcut yılda yedek akçe ayırmalıdır. Bu da şirketin aktiflerinin arttırılması için yapılan faaliyetler yoluyla gerçekleşecektir. Bununla birlikte, genel kurul keyfi olarak bilançoda ortaya çıkan kazancı dağıtmama kararı alamayacak; ancak haklı sebepleri varsa kar dağıtmak yerine yedek akçe ayırabilecektir. Yargı kararlarında da TTK m. 523/2'nin, şirketin nihai amacının kar elde edip ortaklara dağıtması esasının en önemli istisnalarından olduğu ve uygulamada da sıkça görüldüğü ifade edilmektedir⁴⁴.

1.2.3. Genel Kurulda Karar Alınması

TTK m. 523/2 uyarınca yedek akçe ayrılması yönünde kararı genel kurul alabilir. Genel kurul kanunda aksine bir hüküm bulunmadığı için sermayenin en az dörtte birini karşılayan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin varlığıyla toplanacaktır. Olağanüstü yedek akçe ayırma kararı toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğu ile verilecektir (TTK m. 418/1 ve 2). Yönetim kurulu tarafından bu karar alınamaz. Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta da, karın yönetim kurulu kararı ile yedek akçe olarak ayrılmasının pay sahiplerinin vazgeçilmez hakkını ihlal ettiği saptanmıştır⁴⁵.

Kanunda olağanüstü yedek akçe ayırma koşulları sayılmakla birlikte, genel kurulun bu kararı verirken haklı sebepleri açıklama zorunluluğu düzenlenmemiştir. Uygulamada birçok şirket kar payı dağıtmak yerine, yedek akçe ayırmasına gitmektedir. Buna karşı iptal istemiyle davalar açılmaktadır⁴⁶. Yargılama esnasında yedek akçe ayırmanın gerekçelerinin açıklanması beklenmektedir⁴⁷. Örneğin Yargıtay önüne gelen bir uyuşmazlıkta karın, olağanüstü yedek akçeye ayrılmasına ilişkin karar genel kurulda gerekçelendirilmemiş olsa bile, yargılama sırasında davalının bunu açıklayarak somut deliller ile ispat etmesi gerektiğini ifade etmiştir⁴⁸. Benzer şekilde

⁴⁴ Y. 11. HD., E. 2015/994, K. 2015/5904, T. 28.04.2015; Y. 11. HD., E. 2014/16681, K. 2015/2045, T. 16.2.2015; Y. 11. HD., E. 2014/12784, K. 2015/9772, T. 1.10.2015. Kararlar için bkz. Lexpera, (ET. 20.07.2019).

⁴⁵ Y. 11. HD., E. 2016/13576, K. 2018/4219, karar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (ET. 27.07.2019).

⁴⁶ Örnek olarak bkz. Y. 11. HD., E. 2015/6354, K. 2016/3021, T. 17.3.2016; Y. 11. HD., E. 2015/994, K. 2015/5904, T. 28.04.2015, kararlar için bkz. Lexpera, (ET. 26.07.2019).

⁴⁷ TTK m. 523/2'de yer alan durumların gerçekleştiğini ispat yükünün şirketin üzerinde olduğu hususunda bkz. Y. 11. HD., E. 2014/14684, K. 2015/1919, karar için bkz.

⁴⁸ Bu davda Yargıtay kar payının dağıtılmamasına ilişkin genel kurul kararının iyiniyetli olmadığını kabulü ile alınan kararın iptaline karar verilmesi gerekirken vermeyen yerel mahkeme kararını bozmuştur. Bkz. Yar. 11. HD., E. 2012/13234, K. 2014/3514, T. 25.2.2014,

Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta, davalı şirketin genel kurullarında alınan kar dağıtılmamasına ilişkin kararın şirketin devamlı gelişimi için uygun ve yararlı olduğu yönünde davalının savunmaları bilirkişilerce yeterince irdelenmediği saptanmıştır. Bu durumda şirket kayıtları incelenmek karın dağıtılmayarak yedek akçeye eklenmesi gerekip gerekmediğinin değerlendirilmesi gerektiği için yerel mahkemenin kararını bozmuştur⁴⁹. Şayet herhangi bir gerekçe olmaksızın yedek akçe ayrılmışsa, kanuna aykırılık sebebiyle alınan genel kurul kararı iptal edilecektir⁵⁰. Örneğin Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta genel kurul, 2013 yılı karının % 5'inin yedek akçe olarak ayrıldıktan sonra kalanının ortaklara dağıtılmayıp, şirkette bırakılması yönünde karar almıştır. Yerel mahkeme, kar dağıtılıp dağıtılmaması konusunun takdiri genel kurula aitse de, bu yetkinin kullanılmasının keyfi olmadığı, kar payının hangi gerekçelerle tam olarak dağıtılmadığının somut şekilde davalı tarafından ispatlanması gerektiğini ifade etmiştir. Alınan kararın, objektif iyi niyet kullarına uygun olmadığı gerekçesiyle iptaline karar vermiştir. Yargıtay, yerel mahkemenin kararını onamıştır⁵¹.

Kanaatimizce TTK m. 523/2'de olağanüstü yedek akçeyi ayırmayı koşullara bağlayıp, bunların genel kurul karar alırken açıkça belirtilmemesini düzenlemek eksiklik olmuştur. Gerekçelerin karar alınırken aranması gerekmektedir. Bu durum şirketin de menfaatine olacaktır. Zira belirttiğimiz üzere olağanüstü yedek akçe ayırma kararına karşı birçok iptal davası açılmaktadır. Gerekçelerin neler olduğu ve gerçekten var olup olmadığı yargılama esnasında tartışılmaktadır. Bu da hem pay sahipleri arasında çatışmalara sebep olmakta hem de davalarla zaman kaybına sebep olmaktadır. Oysa genel kurulda karar alınırken, somut delillerle olağanüstü yedek akçe ayırma koşulları ortaya konulsa, pay sahibi de dava açmaktan vazgeçecektir.

1.3. Pay Sahibinin Kar Payı Hakkı ile İlişkisi

TTK m. 523/1'de ayrılmadıkça pay sahiplerine dağıtılacak kar payının belirlenemeyeceği düzenlenmiştir. TTK m. 523/2'de ise, hükümde düzenlenen koşullar varsa olağanüstü yedek akçe ayrılabilmesi için yer almıştır. Dolayısıyla TTK olağanüstü yedek akçe ayırmasını, pay sahibinin kar payı hakkıyla ilişkili

karar için bkz. Lexpera, (ET. 26.07.2019).

⁴⁹ Y. 11. HD., E. 2015/6057, K. 2015/13567, karar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (ET. 28.07.2019).

⁵⁰ Kırca, İsmail/Şehirli Çelik, Feyzan/Manavgat, Çağlar: *Anonim Şirketler Hukuku*, C. 2/2, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2016, s. 80; Üçışık/Çelik, s. 259; Bilgeç, Hakan: "Türk Hukukunda Anonim Şirketlerde Kar Payında İmtiyaz". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C. 21, Özel S., 2019, s. 2333.

⁵¹ Y. 11. HD., E. 2016/14547, K. 2018/7090, T. 15.11.2018; Karar için bkz. Lexpera, (ET. 26.07.2019); Aynı yönde Y. 11. HD., E. 2015/994, K. 2015/5904, T. 28.04.2015, karar için bkz. Lexpera, (ET. 26.07.2019).

olarak düzenlemiştir. Şirketin olağanüstü yedek akçe ayırması, pay sahibine kar dağıtmaması için bir imkandır. Bu imkan kullanıldığı durumlarda, pay sahibi tarafından neler yapılabileceği incelenmelidir. İlk olarak yukarıda da bahsettiğimiz üzere TTK m. 523/2’de yer alan koşullar mevcut değilse, pay sahibi genel kurul kararı aleyhine iptal davası açabilecektir⁵²; ancak mahkeme iptal kararı ile kar dağıtılması yönünde karar veremeyecektir⁵³. Keza iptal kararı üzerine genel kurulun kar payı dağıtma zorunluluğu da bulunmamaktadır. Genel kurul bu tavrını yıllarca sürdürebilecektir. Bu sebeple, kanaatimizce bu konuda pay sahibinin, TTK m. 531’de düzenlenen anonim şirketin haklı sebeple feshini isteyip isteyemeyeceği ele alınmalıdır. Zira dava sonucunda hakim, şirketin feshi yerine kar payının dağıtılmasına karar verebilecektir⁵⁴. TTK m. 531 uyarınca, ancak haklı sebeplerin varlığı halinde sermayenin en az onda birini ve halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden payların sahipleri, mahkemeden şirketin feshine karar verilmesini isteyebilirler. Kanunda haklı sebep kavramı tanımlanmamış, örnek verilerek de açıklanmamış, bu kavramın niteliklerinin belirlenmesi ve tanımlanması yargı kararları ile öğretiyeye bırakılmıştır⁵⁵. Doktrinde çeşitli tanımlamalar yapılmıştır. Örneğin bir görüşe göre TTK m. 531 anlamında haklı sebep, yöneten çoğunluğun bu gücünü TMK m. 2 anlamında kötüye kullanarak anonim şirketin ve/veya azlıkta kalan pay sahiplerinin menfaatlerini ihlal eden sürekli nitelikteki karar almasından doğan sebeplerdir⁵⁶. Diğer bir görüş haklı sebebi davacı pay sahiplerinden şirketin devamı -objektif olarak- beklenemez bir hal olarak tanımlamaktadır⁵⁷. Bununla birlikte, kanunda bir tanımlama yapılmaması sebebiyle olağanüstü yedek akçe ayırmanın anonim şirketin feshi talebi için haklı sebep oluşturup oluşturmadığı irdelenmelidir.

⁵² Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s. 80; Üçışık/Çelik, s. 259; Gürbüz Usluel, Aslı: *Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kar Payı Alma Hakkı*. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2016, s. 75; Bilgeç, s. 2333.

⁵³ Gürbüz Usluel, s. 75; Moroğlu, Erdoğan: *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 334; Bilgeç, s. 2334.

⁵⁴ Nomer Ertan, Fusun: “Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davası, TTK m. 531 Üzerinde Düşünceler”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXXIII, S. 1, 2015, s. 432; Çelik, Aytekin: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketin Haklı Nedenle Feshi”. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XXV, S. 4, 2009, s. 579; Oruç, Murat: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanuna Göre Anonim Ortaklıktan Haklı Sebeplerle Fesih İstemine Bağlı Çıkma”. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XXVII, S. 1, 2011, s. 221; Gürbüz Usluel, s. 75; Bilgeç, s. 2335.

⁵⁵ TTK m. 531’in gerekçesi.

⁵⁶ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 343.

⁵⁷ Nomer Ertan, s. 426; Şener’e göre şirketin devam etmesi, doğruluk ve güven kuralına göre dava açan ortak beklenemiyorsa haklı sebep oluşacaktır. Bkz. Şener, s. 637; Sumer, haklı sebeple bir sözleşmeye son verebilmek için o ilişkinin taraflar için çekilmez olması, sözleşmeyi sürdürmenin yararsız kalması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Sumer, Ayşe: “Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi”. *Marmara Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. XXVIII, S. 1, 2010, s. 840.

Doktrinde bir görüş olağanüstü yedek akçe ayırımının, ortağın kar payı hakkını ihlal ederek TTK m. 531 kapsamında haklı sebep oluşturup oluşturmayacağı sorunu, çoğunluk gücünün kötüye kullanılmasıyla ilişkilendirilerek ele almıştır⁵⁸. Buna göre alınan genel kurul kararının haklı sebep olarak kabul edilmesinde çoğunluğun münhasıran kendi veya özel bir pay grubunun menfaatleri doğrultusunda kararlar alması, buna bağlı olarak azınlık haklarının ağır ve ciddi ölçüde ihlal edilmesi gerekmektedir⁵⁹. Bununla birlikte, kötüye kullanımın varlığı için, ilgili kararların sistematik olarak uygulanan bir politika çerçevesinde alınması ve uygulanması gerekmektedir⁶⁰. Dolayısıyla kar payı alma hakkının ihlalinin tespiti, tek başına haklı sebeple dava açılmasını sağlamayacak, söz konusu koşulların da bulunması gerekecektir. Konuyu bu başlık altında ele alan yazarlardan biri kar payı hakkı kavramını iki görünümünden yola çıkmıştır⁶¹. Buna göre kar payı hakkı, “yıllık kar payı hakkı” ile “mutlak kar payı hakkı” şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Yıllık kar payı hakkı, her pay sahibinin, kanun veya esas sözleşmeye hükümlerine göre pay sahiplerine dağıtılması kararlaştırılmış net dönem karına, payı oranında katılma hakkını ifade eder (TTK m. 507). Kar payı hakkının diğer görünümü, ortaklığın kar elde etmek ve dağıtmak nihai amacından doğan vazgeçilmez nitelikteki mutlak kar payı hakkıdır⁶². Yıllık kar payı açısından TTK m. 531’de yer alan koşullar oluşmadan yedek akçe ayrılmışsa, genel kurul kararı, ortağın kar payı hakkını ihlal edecektir. Bu karara karşı iptal davası açılabilir; ancak bu ihlal kural olarak haklı sebep oluşturmayacaktır. Zira yıllık kar payı hakkının anılan şekilde ihlali, pay sahibi menfaatlerinin ihlali unsurunu içermesine karşın, tek başına, “kötüye kullanım” unsuru ile ölçüye ilişkin “çekilmezlik” ve “süreklilik” unsurlarını taşımadığından haklı sebep derecesine ulaşmamaktadır⁶³. Buna karşın, mutlak kar payı hakkının ihlali niteliğinde olan olağanüstü yedek akçe ayırımı koşullar sağlanırsa haklı sebep oluşturacaktır⁶⁴. Buna göre çok uzun süre olağanüstü yedek akçe ayrılıp kar dağıtılmaması, kötüye kullanım niteliğinde olup haklı sebep oluşturur. Bununla birlikte, çok uzun sürmeyen ancak

⁵⁸ Şahin, Ayşe: *Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi*. Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 140 vd.; Erdem, Nuri: *Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi*. Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s. 114 vd.; Şahin, Cansu: *Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi İsteminde Mahkemenin Fesih Dışındaki Çözümlere Karar Verme Yetkisi*. Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, s. 16 vd.; Gültekin Tibet, Ayşe: *Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi*. Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, s. 36 vd.

⁵⁹ Şahin, s. 143-151; Erdem, s. 118.

⁶⁰ Şahin, s. 118 vd.; Erdem, s. 112; Şahin, C., s. 18.

⁶¹ Şahin, s. 158-168.

⁶² Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku, s. 696; Kar payının, paydan doğan ve dönemsel olarak ortaya çıkan malvarlıksal hak olduğu yönünde bkz. Gürbüz Usluel, s. 2.

⁶³ Şahin, s. 159, 160.

⁶⁴ Şahin, s. 162-164; Şahin, C., s. 20.

süreklilik kazanan kar dağıtmama durumunu da haklı sebep olarak kabul etmek gerekmektedir. Zira birkaç yıldan fazla bir süre boyunca karın dağıtılmaması, azınlığın kar payı hakkını sınırlandırılarak kar payı hakkını ağır bir şekilde ihlal etmektedir ve ekonomik menfaatlerine önemli ölçüde zarar vermektedir. Benzer şekilde, karın dağıtılmayarak yedek akçe olarak ayrılması; ancak aynı zamanda yönetim kurulu üyeleri veya çoğunluk lehine özellikle parasal menfaatler öngörülmesi durumu da haklı sebep olarak nitelendirilmektedir⁶⁵. Doktrinde başka bir görüş, anonim şirkette uzun yıllardır kar dağıtmama durumunda karın dağıtılmama nedenini de değerlendirerek haklı sebep olabileceğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, süre açısından Sermaye Piyasası Mevzuatında oysuz paylara oy hakkı tanınması sonucunu doğuran 3 yıllık kar dağıtmama süresi benimsenebilecektir; ancak hakim somut olaya göre kar dağıtmama olgusunun haklı neden sayılıp sayılmayacağına karar verecektir⁶⁶.

Buna karşın doktrinde diğer bir görüş, kar TTK m. 523/2'ye dayanılarak dağıtılmamışsa, TTK m. 531'in uygulanamayacağı yönündedir⁶⁷. Dolayısıyla TTK m. 523/2'de yer alan koşullar mevcutsa, uzun yıllar kar payı dağıtılmasa bile haklı sebeple fesih davası açılmayacaktır.

Kanaatimizce karın olağanüstü yedek akçe olarak ayrılmasına ilişkin durumun haklı sebeple fesih imkanı yaratıp yaratmayacağı hususunda ikili bir ayrıma gidilmelidir. Bu ayırım yapılırken de, haklı sebep oluşturacak durumun, pay sahibi açısından bir hak ihlali oluşturması ve bu sebeple ortaklığın devamının pay sahibi açısından çekilmez hale gelmesi aranmalıdır⁶⁸.

İlk olarak, TTK m. 523/2'de yer alan olağanüstü yedek akçe ayırma koşulları oluşmaksızın genel kurul yedek akçe ayırmıştır. Bu durumda, pay sahibinin kar payı hakkı ihlal edilmiştir; bu ihlale karşı kar payı hakkının ihlal edildiğini düşünen pay sahibi genel kurul kararı aleyhine iptal davası açmalıdır. Pay sahibi, bu olasılıkta iptal davası açma hakkı varken haklı sebeple fesih davasını açamaz; çünkü hakkın ihlali süreklilik arz etmemektedir. Buna karşın doktrinde yer alan haklı sebeple fesih davası bir son çare ve tali bir araç olarak nitelendirilmesi sebebiyle öncelikle genel kurul kararı aleyhine iptal davası açılması gerekçesine katılmamaktayız⁶⁹. Zira TTK m. 531'de fesih davasından önce başka yollara

⁶⁵ Şahin, s. 165, 166.

⁶⁶ Sumer, s. 849.

⁶⁷ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 346; Şahin, C., s. 21.

⁶⁸ Şahin, s. 113-121; Başka bir görüş bu şartları "Fesih talebinin haklı sebebe dayanması, azınlık pay sahibi haklarının zarar görmesi ve ortaklığın çekilmez hale gelmesi ile haklı sebep teşkil eden olguların süreklilik arz etmesi" şeklinde ifade etmektedir. Bkz. Gültekin Tibet, s. 18-20.

⁶⁹ Şener, s. 636; Sumer, s. 844; Moroğlu, davanın de lege feranda, başka kanuni olanakların sonuç vermemesi şartına bağlanmasının, davanın azınlık tarafından tehdit aracı olarak kullanılmasını önleyeceğini ileri sürmektedir. Bkz. Moroğlu, Erdoğan: "Anonim Ortaklıkta Azınlık Pay Sahiplerinin Korunması ve Haklı Nedenlerle Fesih". *Makaleler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 106-107. Karşı yönde fesih davasının son çare olmasından kasıt,

başvurulması koşulu yer almamıştır. Bir başka deyişle, haklı sebeple anonim şirketin feshi davası açılması için daha önceden genel kurul kararı aleyhine iptal davası açılması önkoşul değildir. Buna karşın hakimın haklı sebebin mevcut olup olmadığı noktasında takdir yetkisini kullanırken göz önüne alacağı bir etken olabilecektir⁷⁰. Bununla birlikte, pay sahibi iptal davası açsa da mahkeme kar dağıtım kararı veremeyecektir. Bunun üzerine gene kurul sistematik ve sürekli şekilde, aynı yöntemle başvuruyorsa bu durum haklı sebep oluşturacaktır⁷¹. Zira pay sahibinin kar payı alma hakkını keyfi olarak ihlal etmiş ve bu durum sürekli hale gelmiştir. Bir başka deyişle hak ihlali, hem zamansal anlamda sürekli olmalı ve tekrarlanmalı, hem de birden fazla ihlal birbiriyle bağlantılı olarak gerçekleştirilmelidir⁷². Buna karşın, süre açısından kesin bir kriter koymak mümkün değildir. Her somut olay kendi koşulları açısından değerlendirilmelidir. Son olarak, kar dağıtılmamasının azınlık bakımından haklı neden teşkil edebilmesi için, azınlığın, çelişkili davranış yasağı gereğince karın dağıtılmaması yönündeki genel kurul kararlarına muhalif kalmış olması aranır⁷³.

İkinci durumda, TTK m. 523’de yer alan koşullara uygun şekilde olağanüstü yedek akçe ayrılmıştır. Bu durumda, kural olarak pay sahibi haklı sebeple fesih davası açamaz; çünkü ortada hak ihlali bulunmamaktadır. Buna karşın bu durumun sistematik bir şekilde devam etmesi, mutlak kar payı hakkını ihlal edecektir⁷⁴. Anonim şirkette, kar payını alamayan ve payını başkasına da devredemeyen pay sahibi açısından, bu durum haklı sebep oluşturabilir. Zira TTK’da haklı sebep kavramı tanımlanmamıştır. Anonim şirket ilişkisinin feshine olanak tanıyan haklı sebebin gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi bir takdir sorunudur. Hakim, TMK m. 4 çerçevesinde kararını, hukuka ve hakkaniyete uygun olarak vermelidir⁷⁵.

hakimin verebileceği en son kararın anonim şirketin feshi olduğu hususunda bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 343; Çamoğlu, Ersin: *Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi ve Ortağın Haklı Sebeple Çıkarılması*. Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 70-71; Ayoğlu, Tolga: “Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi”. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 2, 2013, s. 235; Şahin, s. 75.

⁷⁰ Ayoğlu, s. 235; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 343; Çelik, s. 577; Oruç, s. 215; Nomer Ertan, s. 428; Erdem, s. 213; Şahin, s. 176.

⁷¹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 345; Tekinalp, s. 292.

⁷² Şahin, s. 120; Erdem, çoğunluğun gücünü kötüye kullandığını gösteren eylemlerin devamlılık arz etmesi ve belirli bir sıklığa ulaşmış olması gerektiğini, kalıcı etki bırakan ihlaller söz konusu olmadığı sürece ortaklığa devam etmekten umulan faydanın ortadan kalkmasından söz edilemeyeceğini vurgulamaktadır. Bkz. Erdem, s. 112.

⁷³ Erdem, s. 162.

⁷⁴ İmregün, anonim şirketin kurulmasındaki amaç kar elde etmek olduğundan, edinilen karın sürekli olarak yedek akçe olarak ayrılması ve pay sahiplerine hiç veya makul ölçüde kar dağıtılmamasının kar payı hakkının ihlaline sebep olacağını belirtmektedir. Bkz. İmregün, Oğuz: *Anonim Ortaklıklar*. Yasa Yayınları, İstanbul 1989, s. 294.

⁷⁵ Şener, s. 637.

SONUÇ

Genel kurul kararıyla ayrılan yedek akçeler, olağanüstü yedek akçeyi oluşturmaktadır. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu madde 523/2 uyarınca olağanüstü yedek akçe ayırımı için üç koşul saptanmıştır. İlk olarak yedek akçe ayırma aktiflerinin yeniden sağlanabilmesi için gerekli olmalıdır. Aktif kavramı, şirketin finansal tablolarından bilançoya göre belirlenecektir. Bilanço, işletmenin belli bir andaki varlık ve kaynak yapısını gösteren tablodur. Aktif taraf, o işletmenin varlıklarını göstermekte olup dönen ve duran varlıklardan oluşur. Buna göre şirket bilançosunda yer alan dönen ve duran varlıkların tamamı gerekçe gösterilerek yedek akçe ayrılabilir.

Yedek akçe ayırımı açısından, bütün pay sahiplerinin menfaatinin dikkate alınması gerekir. Bütün pay sahiplerinin menfaati açısından kıstas, yaptıkları yatırımın mevcut değerinin korunması ve artırılması ile karşılığında kar payı almasının sağlanması olmasıdır. Bu menfaat dikkate alındığında şirketin sürekli gelişimi ve olabildiğince kararlı kar payı dağıtımı yönünden yedek akçe ayırmanın haklı görülmesi gerekecektir. Şirketin sürekli gelişiminden kasıt, şirketin mevcut finansal durumundan daha iyi hale getirilmesidir. Finansal durum açısından şirketin yıllık faaliyetinden elde ettiği karı etkileyen işlemleri dikkate alınacaktır. Bununla birlikte, genel kurul keyfi olarak bilançoda ortaya çıkan kazancı dağıtmama kararı alamayacak; ancak haklı sebepleri varsa kar dağıtmak yerine yedek akçe ayrılabilir.

TTK m. 523/2 uyarınca yedek akçe ayrılması yönünde kararı genel kurul alabilir. Genel kurul kanunda aksine bir hüküm bulunmadığı için sermayenin en az dörtte birini karşılayan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin varlığıyla toplanacaktır. Olağanüstü yedek akçe ayırma kararı toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğu ile verilecektir (TTK m. 418/1 ve 2). Kanunda olağanüstü yedek akçe ayırma koşulları sayılmakla birlikte, genel kurulun bu kararı verirken haklı sebepleri açıklama zorunluluğu düzenlenmemiştir. TTK m. 523/2'de olağanüstü yedek akçeyi ayırmayı koşullara bağlayıp, bunların genel kurul karar alırken açıkça belirtilmemesini düzenlemek eksiklik olmuştur. Gerekçelerin karar alınırken aranması gerekmektedir.

TTK olağanüstü yedek akçe ayırımını, pay sahibinin kar payı hakkıyla ilişkili olarak düzenlemiştir. Şirketin olağanüstü yedek akçe ayırması, pay sahibine kar dağıtmaması için bir imkandır. Bu imkan kullanıldığı durumlarda, pay sahibi tarafından neler yapılabileceği incelenmiştir. İlk olarak yukarıda da bahsettiğimiz üzere TTK m. 523/2'de yer alan koşullar mevcut değilse, pay sahibi genel kurul kararı aleyhine iptal davası açabilecektir; ancak mahkeme iptal kararı ile kar dağıtılması yönünde karar veremeyecektir. İkinci olarak kanaatimizce bu konuda pay sahibinin, TTK m. 531'de düzenlenen anonim şirketin haklı sebeple feshini isteyip isteyemeyeceği ele alınmıştır. Zira dava

sonucunda hakim, şirketin feshi yerine kar payının dağıtılmasına karar verebilecektir. Karın olağanüstü yedek akçe olarak ayrılmasına ilişkin durumun haklı sebeple fesih imkanı yaratıp yaratmayacağı hususunda ikili bir ayrıma gidilmiştir. Bu ayırım yapılırken de, haklı sebep oluşturacak durumun, pay sahibi açısından bir hak ihlali oluşturması ve bu sebeple ortaklığın devamının pay sahibi açısından çekilmez hale gelmesi aranmıştır. İlk olarak, TTK m. 523/2’de yer alan olağanüstü yedek akçe ayırma koşulları oluşmaksızın genel kurul yedek akçe ayırmıştır. Bu durumda, pay sahibinin kar payı hakkı ihlal edilmiştir; bu ihlale karşı kar payı hakkının ihlal edildiğini düşünen pay sahibi genel kurul kararı aleyhine iptal davası açmalıdır. Bununla birlikte, pay sahibi iptal davası açsa da mahkeme kar dağıtım kararı veremeyecektir. Bunun üzerine genel kurul sistematik ve sürekli şekilde, aynı yönleme başvuruyorsa bu durum haklı sebep oluşturacaktır. Zira pay sahibinin kar payı alma hakkını keyfi olarak ihlal etmiş ve bu durum sürekli hale gelmiştir. Buna karşın, süre açısından kesin bir kriter koymak mümkün değildir. Her somut olay kendi koşulları açısından değerlendirilmelidir. Son olarak, kar dağıtılmamasının azınlık bakımından haklı neden teşkil edebilmesi için, azınlığın, çelişkili davranış yasağı gereğince karın dağıtılmaması yönündeki genel kurul kararlarına muhalif kalmış olması aranır. İkinci durumda, TTK m. 523’de yer alan koşullara uygun şekilde olağanüstü yedek akçe ayrılmıştır. Bu durumda, kural olarak pay sahibi haklı sebeple fesih davası açamaz; çünkü ortada hak ihlali bulunmamaktadır. Buna karşın bu durumun sistematik bir şekilde devam etmesi, mutlak kar payı hakkını ihlal edecektir. Anonim şirkette, kar payını alamayan ve payını başkasına da devredemeyen pay sahibi açısından, bu durum haklı sebep oluşturabilir. Zira TTK’da haklı sebep kavramı tanımlanmamıştır.

KAYNAKÇA

- Akbulak, Yavuz: *Anonim Şirketlerde Kar Dağıtım Esasları ve Yedek Akçeler*. Ünal Tekinalp'e Armağan, Beta Yayıncılık, İstanbul 2003, s. 171-199.
- Akıncı, Nejat/Ünlen, Müjdat: *Mali Tablolar Analizi*. Barış Yayınları, İzmir 1988.
- Aksu Özkan, Raziye: *Finansal Tabloların Tutulması ve Hukuksal Sonuçları*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Arslanlı, Halil: *Anonim Şirketler, C. IV- V, Anonim Şirketin Hesapları, Anonim Şirketin İnfisalı ve Tasfiyesi*. Fakülteler Matbaası, İstanbul 1961.
- Ataman, Ümit: *Tek Düzen Hesap Planı ve Mali Tablolar*. Türkmen Kitabevi, İstanbul 2003.
- Ateşgaoğlu, Erdem: *Vergi Hukuku Bakımından Anonim Şirketlerde Kar Dağıtım*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Ayoğlu, Tolga: "Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi". *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 2, 2013, s. 219-252.
- Bahtiyar, Mehmet: *Ortaklıklar Hukuku*. Beta Basım Yayım, İstanbul 2019.
- Bayazıtlı, Ercan/Çelik, Orhan/Gürdal, Kadir: *Genel Muhasebe*. Siyasal Kitabevi, Ankara 2016.
- Bilgeç, Hakan: "Türk Hukukunda Anonim Şirketlerde Kar Payında İmtiyaz". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C. 21, Özel S., 2019, s. 2323-2356.
- Çağırğan Tuncer, Senar/Ulusoy, Yasin: "Yedek Akçeler". Prof. Dr. Şeref Ertuş'a Armağan, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, Özel Sayı, 2017, s. 1971-1996.
- Çamoğlu, Ersin: *Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi ve Ortağın Haklı Sebeple Çıkarılması*. Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.
- Çelik, Aytekin: "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketin Haklı Nedenle Feshi". *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XXV, S. 4, 2009, s. 559-594.
- Doğanay, İsmail: *Türk Ticaret Kanunu Şerhi 2*. Feryal Matbaası, Ankara 1990.
- Domaniç, Hayri: *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi II*. Temel Yayınları, İstanbul 1988.
- Erdem, Nuri: *Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi*. Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.
- Fahrhan, Ferhat: "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Yedek Akçeler ve Yedek Akçe Ayrılması". *Yaklaşım Dergisi*, Y. 19, S. 224, 2011, s. 94-102.

- Gökçen, Gürbüz: *Genel Muhasebe*. Beta Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Gökgöz, Ahmet: *Genel Muhasebe*. Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2015.
- Gültekin Tibet, Ayşe: *Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi*. Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019.
- Gürbüz Usluel, Aslı: *Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kar Payı Alma Hakkı*. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2016.
- İmregün, Oğuz: *Anonim Ortaklıklar*. Yasa Yayınları, İstanbul 1989.
- Karabınar, Selahattin: *Genel Muhasebe*. Sakarya Yayıncılık, Sakarya 2015.
- Karayalçın, Yaşar: *Muhasebe Hukuku*. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sevinç Matbaası, Ankara 1988.
- Kendigelen, Abuzer: *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Kırca, İsmail/Şehirali Çelik, Feyzan/Manavgat, Çağlar: *Anonim Şirketler Hukuku, C. 2/2, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2016.
- Kishali, Yunus: *Şirketler Muhasebesi*. Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 2017.
- Koç Yalkın, Yüksel: *Genel Muhasebe İlkeler ve Uygulamalar*. Nobel Akademik Yayıncılık, Ankara 2012.
- Küçüksavaş, Nihat: *Finansal Muhasebe*. Beta Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Lazol, İbrahim: *Genel Muhasebe*. Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2017.
- Makoujy, Rick: *How to Read a Balance Sheet*. McGraw-Hill Companies, United States 2010.
- Moroğlu, Erdoğan: “Anonim Ortaklıkta Azınlık Pay Sahiplerinin Korunması ve Haklı Nedenlerle Fesih”. *Makaleler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 93-107.
- Moroğlu, Erdoğan: *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Nomer Ertan, Fusun: “Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davası, TTK m. 531 Üzerinde Düşünceler”. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXIII, S. 1, 2015, s. 421-440.
- Oruç, Murat: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanuna Göre Anonim Ortaklıktan Haklı Sebeplerle Fesih İstemine Bağlı Çıkma”. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XXVII, S. 1, 2011, s. 209-233.
- Örtten, Remzi/Kaval, Hasan/Karapınar, Aydın: *Türkiye Muhasebe – Finansal Raporlama Standartları (TMS–TFRS)*. Gazi Kitabevi, Ankara 2012.

- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin: *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*. Arıkan Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 2010. (Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar).
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin: *Ortaklıklar Hukuku II*. Yeniden Yazılmış 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin: *Ortaklıklar Hukuku I*. Yeniden Yazılmış 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019 (Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku)
- Pulaşlı, Hasan: *Şirketler Hukuku Şerhi*. Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- Sevilengül, Orhan: *Genel Muhasebe*. Gazi Kitabevi, Ankara 2016.
- Sumer, Ayşe: “Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi”. *Marmara Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. XXVIII, S. 1, 2010, s. 839-849.
- Sürmen, Yusuf: *Muhasebe – 1*. Celepler Matbaacılık, Trabzon 2017.
- Şahin, Ayşe: *Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi*. Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- Şahin, Cansu: *Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi İsteminde Mahkemenin Fesih Dışındaki Çözümlere Karar Verme Yetkisi*. Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019 (Anılış: Şahin, C.).
- Şener, Oruç Hami: *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*. Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Tekinalp, Ünal: *Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri*. Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979.
- Türk, Ahmet: “Anonim Ortaklıkta Gizli Yedek Akçeler”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 2, 2002, s. 173-233.
- Uysal, Tolga/Şenlik, Mehmet: *Genel Muhasebe*. Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- Üçışık, Güzin/Çelik, Aydın: *Anonim Ortaklıkta Finansal Tablolar Yedek Akçeler ve Kar Dağıtımı*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Wiley, John: *Interpretation and Application of IFRS Standards*. John Wiley & Sons, Ltd., United States 2018.
- Yalçın, Erhan: *Uluslararası Finansal Raporlama (TMS-TFRS)*. Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- Zülch, Henning/Pronobis, Paul: “The Predictive Power of Comprehensive Income and Its Individual Components under IFRS”. HHL-Arbeitspapier, S. 95, 2010, <https://www.hhl.de/fileadmin/texte/publikationen/arbeitspapiere/hhlap0095.pdf>, (ET. 26.07.2019).

KISALTMALAR

Bkz./bkz.	: Bakınız
c.	: Cümle
C.	: Cilt
dpn.	: Dipnot
ET.	: En Son Erişim Tarihi
HD.	: Hukuk Dairesi
KÇ	: 27 Ekim 2018 Tarihli ve 30578 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Kavramsal Çerçeve
KGK	: Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu
m.	: Madde
MSUGT	: Muhasebe Sistemi Uygulama Genel Tebliği
No	: Numara
RG.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TMS 1	: Finansal Tabloların Sunuluşu Standardı
TTK	: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
Y.	: Yargıtay

TÜRK HUKUKUNDA TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN KURUCU UNSURLARI VE GEÇERLİLİK ŞARTLARI

Constituent Elements of the Arbitration Agreement and Validity Conditions in Turkish Law

Salim Yunus LOKMANOĞLU*

Geliş Tarihi: 07.11.2019 Kabul Tarihi: 28.01.2020

ÖZET

Bilindiği üzere yargı, devletin temel fonksiyonlarından biridir ve kural olarak taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözüm yeri mahkemelerdir. Ancak özel hukuka ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde mahkemeler yerine hakemlere başvurulması konusunda sözleşme yapılabilir veya taraflarca bağitlanan sözleşmelere bu yönde bir hüküm konulabilir. Bu aşamada taraflar arasında akdedilen tahkim sözleşmesi ve tespit olunan hakemler eliyle uyuşmazlığın çözümü yoluna gidilecektir.

Bu çalışmada Türk hukukunda tahkim sözleşmesinin tarihsel gelişimi, tanımı, hukuki niteliği, yapılaş türleri ile geçerlilik şartları konuları genel olarak anlatılmaya çalışılacaktır.

Anahtar kelimeler: Tahkim, Tahkim sözleşmesi, Tahkim şartı, Türk hukukunda tahkim.

ABSTRACT

As known, the judiciary is one of the basic functions of the state and about disputes between the parties the place of solution is the courts as a rule. But in regard to the resolution of private law disputes can be made a contract of appealing to the arbitrators or accordingly can be adjudicated in the contract instead of the court. At this stage, the arbitration agreement between parties and by hand of determined arbitrators the said disagreement can be resolved.

In this study, historical development, definition, legal qualification, kinds, validity conditions of the arbitration agreement in Turkish Law will be tried to explain generally.

Key words: Arbitration, Arbitration agreement, Arbitration condition, Arbitration agreement in Turkish law.

* Ankara 12. Asliye Ticaret Mahkemesi Hakimi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Başkanlığı Doktora Programı Öğrencisi, e-posta:yunuslokmanoglu@hotmail.com, ORCID ID:0000-0001-8991-6960

GİRİŞ

Bilindiği üzere Anayasa'nın yargı yetkisi başlıklı 9. maddesinde yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağı belirtilmiştir. Bu yetki, belirtildiği üzere devletin kullanımında olmakla birlikte, devlet tarafından kurulan mahkemeler aracılığıyla yerine getirilecektir. Dolayısıyla, kural olarak kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözüm yeri mahkemelerdir ¹. Kural bu olmakla birlikte eski Mısır uygarlığı, eski Yunan ve eski Roma hukuklarında uyuşmazlıkların devlet mahkemeleri dışında hakem adı verilen kişiler tarafından giderildiği de bilinmektedir ². Bir hak üzerinde aralarında uyuşmazlık bulunan tarafların irade serbestisine dayalı olarak devlet mahkemeleri yerine aralarındaki uyuşmazlığı çözmesi konusunda karar verme yetkisini bir veya birkaç kişiye bırakmaları yöntemine tahkim denilmektedir ³. Yargıtay tarafından verilen bir kararda da, bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşen tarafların anlaşarak bu uyuşmazlığın giderilmesini özel kişilere bırakmalarını ve uyuşmazlığın bu özel kişilerce incelenip karara bağlanması yolunu tahkim olarak ifade etmiştir ⁴.

Yukarıdaki bilgilerden de anlaşılacağı üzere bir uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümü yoluna gidilebilmesi için başlıca iki temel şarttan bahsedilmesi yerinde olacaktır. Bunlardan birincisi uyuşmazlığın tarafların tahkim yolu ile giderileceğine yönelik anlaşmaları iken, ikincisi ise uyuşmazlığın tahkime elverişli olmasıdır ⁵. Önemle ifade etmek gerekir ki, bu ifadeler ihtiyari tahkime ilişkin olup, tahkimin bir diğer başvuru şekli olan mecburi tahkim bu çalışma konusu dışındadır. Bu çalışmada, Türk hukukunda tahkim sözleşmesine ilişkin düzenlemeler etrafında tahkim sözleşmesinin tarihi gelişimi, tanımı, niteliği, türleri, kuruluş ve geçerlilik şartları genel hatlarıyla izah edilmeye çalışılacaktır.

I. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN TARİHİ GELİŞİMİ VE HUKUKUMUZDAKİ YERİ

Cumhuriyet dönemi öncesine tekabül eden Osmanlı Hukukunda tahkimi kabul eden ilk Kanun 1850 tarihli Kanunname-i Ticaret olup bu Kanundan sonra 1861 tarihinde kabul olunan 1861 tarihli Ticaret Usul Muhakemesine ait Nizamnamede de tahkime ilişkin düzenleme mevcuttur ⁶. Bu düzenlemeden sonra sırasıyla 1866-1877 tarihleri arasında parça parça yürürlüğe giren

¹ ALİM Taşkın, Hakem Sözleşmesi, 2. B., Ankara, 2005, s. 2.

² ŞANLI Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1986, s. 13.

³ ALANGOYA Yavuz/ YILDIRIM Kamil/ DEREN YILDIRIM, Nevhis, Medeni Usul Hukuku, Esasları, 7. B., İstanbul, 2009, s. 595; AYDEMİR, Fatih, Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, İstanbul 2017, s. 5.

⁴ YHGK., 15.12.2010, 4-607/663, (www.kazanci.com, ET: 27/09/2019).

⁵ ŞANLI, s. 98-99.

⁶ YEĞENGİL Rasih, Tahkim, İstanbul 1974, s. 75-77; AYDEMİR, s. 17.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye’de ve 1879 tarihli Usul-ü Muhakemat-ı Hukukiye Kanununda Mecellenin tahkime ilişkin hükümlerine atıf yapılmıştır ⁷.

Cumhuriyet dönemi sonrası Türk hukukunda ihtiyari tahkime ilişkin hükümler, Cumhuriyet döneminde başlayan süreçte 1927 yılında yürürlüğe giren 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun (HUMK) 516-536. maddeleri arasında düzenlenmiştir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunun (HMK) 450. maddesi ile 1086 sayılı HUMK yürürlükten kaldırılmıştır. 2001 yılında 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunun (MTK) yürürlüğe girmesine kadar da milletlerarası tahkim sözleşmelerine uygulanmıştır. HUMK’un bir çok hükmünde çeşitli zamanlarda yapılan değişikliklere karşın tahkimi düzenleyen maddelerde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır ⁸. Günümüzde ise halen yürürlükte bulunan 6100 sayılı HMK’nın 407-445. maddeleri arasında tahkim konusuna yer verilmektedir.

Milletlerarası tahkim alanında ilk önemli uluslararası düzenleme ise 1923 tarihli Tahkim Şartlarına ilişkin Cenevre Protokolüdür. Protokol, 1. maddesinde ticari veya tahkime elverişli herhangi bir uyuşmazlığa ilişkin akdedilen tahkim şartının geçerliliğinin akit devletlerce kabul edileceği hükmünü getirmiştir ⁹. Ardından 1927 yılında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Konvansiyonu hazırlanmıştır. Tahkim Şartlarına ilişkin Cenevre Protokolü ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Konvansiyonu hükümleri içerisinde tahkim sözleşmesinin şekline ilişkin herhangi düzenlemeye yer verilmezken, tahkim sözleşmesinin geçerlilik şartlarına ilişkin somut düzenlemeyi içeren Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi (New York Konvansiyonu) 1958 tarihinde imzaya açılmıştır ¹⁰.

Yukarıda belirtilen milletlerarası tahkim alanında New York Konvansiyonunun yanında Türkiye’nin de tarafı olduğu bir diğer önemli düzenleme 1961 tarihli Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusunda Avrupa Sözleşmesi (1961 Avrupa Konvansiyonu)dur. New York Konvansiyonu tanıma ve tenfize ilişkin hükümler içerirken 1961 Avrupa Konvansiyonu tahkimin tanıma ve tenfizden önceki aşamalarını düzenlemektedir ¹¹.

II. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

Tahkim sözleşmesinin tanımı mülga 1086 sayılı HUMK’nda yer almazken 6100 sayılı HMK’da düzenleme alanı bulmuştur. Buna göre, HMK’nın 412. maddesi “Tahkim sözleşmesi, tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki

⁷ YEĞENGİL, s. 77- 79.

⁸ AYDEMİR, s. 25.

⁹ İLHAN, Hüseyin Afşın, Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği, Ankara 2016, s. 3.

¹⁰ İLHAN, s. 3; Sözleşme hakkında bilgi için bkz. AYDEMİR, s. 44 vd.

¹¹ NOMER Ergin/EKŞİ Nuray/ÖZTEKİN GELGEL Günseli, Milletlerarası Tahkim Hukuku (C. I), İstanbul, 2013, s.52; Sözleşme hakkında bilgi için bkz. AYDEMİR, s. 48 vd.

ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır.” şeklinde tanımlanarak normatif düzenlemeye kavuşturulmuştur ¹².

Tahkimi düzenleyen mevzuattan yola çıkarak bir tahkim tanımı yapılacak olursa; tahkim, kanunun tahkim yoluyla çözümlenmesine izin verdiği konular kapsamında olmak koşuluyla, taraflar arasında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların devlet yargısında çözümlenmesi yerine, hakemler aracılığı ile çözümlenmesi konusunda tarafların anlaşmaları şeklinde tanımlanabilir.

Tahkim sözleşmesi ile tarafların bir uyuşmazlığı mahkemelerde değil, seçecekleri özel kişiler vasıtasıyla çözümlenmek konusunda uyuşmaları ¹³, aralarındaki bir uyuşmazlığın çözülmesi için tahkim yoluna, yani hakeme başvurmayı kararlaştırdıkları ¹⁴ söz konusudur.

Öğretide de tahkimin, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri haklarla ilgili olarak doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların mahkemeler yerine hakemler eli ile çözümlenmesi konusundaki anlaşmaları ve bu çerçevede yapılan yargılama sonucunda uyuşmazlığın kesin ve bağlayıcı biçimde çözümlenmesi olarak tanımlandığı görülmektedir¹⁵.

Tahkimi tanımlayan ifadelerden de anlaşılacağı üzere tahkimin üç unsurundan bahsedilebilir. Bunlar sırasıyla, hakemlerin uyuşmazlığı çözüme kavuşturmakla görevli olması, hakemlerin yapmış oldukları yargısal faaliyetin taraflar arasında bağitlanmış bir sözleşmeye dayanması ve tahkimin özel bir yargılama usulü olmasıdır¹⁶.

III. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN NİTELİĞİ

Doktrinde milli tahkim söz konusu olduğu zaman tahkim sözleşmesinin bir usul sözleşmesi mi, yoksa bir maddi hukuk sözleşmesi mi olduğuna dair tartışmalar bulunmaktadır. Yine öğretide de tahkim sözleşmesinin hem maddi hukuk, hem de usul hukuku sözleşmesi olduğunu savunanlar ile bunun karma bir sözleşme olduğunu ileri süren görüşler de bulunmaktadır ¹⁷.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, bir sözleşmenin usul sözleşmesi mi yoksa maddi hukuk sözleşmesi mi olduğunun saptanması için ilgili sözleşmenin asıl etkilerinin usul hukuku alanında mı yoksa maddi hukuk alanında mı gerçekleştiğinin tespit edilmesi gerekmektedir ¹⁸.

¹² Aynı tanım 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunun 4. maddesinde de yapılmıştır.

¹³ BİLGE Necip, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 2. B., 1967, s. 644.

¹⁴ KURU Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, (C. VI), 6. B., İstanbul, 2001, s. 5937.

¹⁵ AKINCI Ziya, Milletlerarası Tahkim, 4.B., İstanbul, 2016, s. 3.

¹⁶ ÖZBAY İbrahim, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim, Ankara 2016, s. 5.

¹⁷ Bkz. YİBK., 13.04.2018, 2/4, (www.kazanci.com, ET: 27/09/2019).

¹⁸ BOLAYIR Nur, Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, İstanbul, 2009, s. 16.

Bahse konu görüşlerden usul hukuku sözleşmesi görüşü, dayanağını usul hukuku sözleşmesinin tanımından almaktadır. Buna göre, usul hukuku sözleşmesi mevcut veya gelecekteki bir davada bir usuli ilişkiyi kurmayı, değiştirmeyi veya ortadan kaldırmayı amaçlayan ya da usuli bir edimin ifasını veya ondan kaçınılmasını içeren ve etkilerini doğrudan yargılama hukukunda gösteren iki taraflı bir usul işlemidir¹⁹. Usul sözleşmeleri maddi hukuk sözleşmelerinin aksine maddi hukuka değil, doğrudan usul hukukuna dayanmakta ve etkilerini de usul hukuku alanında göstermektedir²⁰. Tahkim sözleşmesi de, etkilerini doğrudan doğruya yargılama hukukunda gösterdiği için usul sözleşmesidir. Usul sözleşmelerinin kuruluşuna, şekline ve özellikle ehliyeteye ilişkin ilkeler maddi hukuk sözleşmelerinden farklı olmasa da sonuçları ve etkileri bakımından maddi hukuk sözleşmelerinden farklılıklar içerir²¹.

Maddi hukuk sözleşmesi görüşü, tahkim sözleşmesinin bir özel hukuk sözleşmesi olduğunu ve ancak tarafların iradeleri çerçevesinde hüküm ifade ettiğini savunmaktadır. Bu haliyle gerek yargılama ve gerek yargılama sonunda verilen karar ile tahkim sözleşmesine dayalı bütün sorunların çözümünde sözleşmeye ilişkin borçlar hukuku ilkeleri uygulanır. Sözleşmenin kurucu unsurunun maddi hukuk karakteri taşıması ve taraflar arasındaki ilişkinin maddi hukukta etkisini göstermesi sebebiyle tahkim sözleşmesi de maddi hukuk sözleşmesi niteliğindedir²². Hakem kararı bir hüküm olarak değil, taraflar arasında akdedilmiş bir sözleşme olarak değerlendirilir ve bu karara karşı yargılama hukukunda düzenlenen kanun yollarına değil; yanılma, aldatma ve zorlama gibi borçlar hukukunda düzenlenen iradeyi sakatlayan nedenlere ya da hükümsüzlüğe ilişkin ilkelere dayanılarak sözleşmenin iptali cihetine gidilmelidir²³.

Karma görüşe göre tahkim sözleşmesi tarafların serbest iradesi sonucu oluştuğundan (kısmen) maddi hukuka tabi iken sözleşmenin uygulanması usul hukukuna ilişkin sonuçlar doğurur. Bu bakımdan sözleşmenin kuruluşuna ve özellikle irade beyanlarına ilişkin alanda borçlar hukukunun genel ilkeleri uygulanır. Fakat karar verildikten sonra tıpkı mahkeme kararı gibi icra edilebilir bir hâl alır²⁴.

¹⁹ TAŞPINAR Sema, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara, 2001, s. 70.

²⁰ BOLAYIR, s. 15.

²¹ Usul hukuku sözleşmesi görüşü için bkz. ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Tahkim, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1968, s.68-69; TAŞKIN, s. 15-16.; Bkz. YİBK., 13.04.2018, 2/4, (www.kazanci.com, ET: 27/09/2019).

²² TAŞKIN, s. 15.

²³ Maddi hukuk sözleşmesi görüşü için bkz. YAVUZ Cevdet, "Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler", Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tahkim Konuşmalar-Tartışmalar-Bildiriler, İstanbul, 2009, s. 142; Bkz. YİBK., 13.04.2018, 2/4, (www.kazanci.com, ET: 27/09/2019).

²⁴ Karma sözleşme görüşü için bkz. YAVUZ, s. 20; Bkz. YİBK., 13. 04.2018, 2/4, (www.kazanci.com, ET: 27/09/2019).

Son olarak, tahkim sözleşmesinin niteliği bakımından ortaya çıkan dördüncü görüş tahkim sözleşmesinin kendine has bir sözleşme (sui generis) olduğu görüşüdür. Bu görüşe göre, tahkim kavramına daha geniş bir perspektiften bakılmalı ve tahkimin, milletlerarası ticari toplumun ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla oluşturulduğu dikkate alınmalıdır ²⁵.

Türk hukukunda hakim görüş tahkim sözleşmesinin bir usul hukuku sözleşmesi olduğu yönündedir ²⁶. Bu görüşlere göre tahkim sözleşmesi esas itibarıyla bir usul hukuku sözleşmesidir ve etkilerini doğrudan usul hukuku alanında gösterir ²⁷. Nitekim doktrindeki hakim görüş dışında Yargıtay tarafından verilen bir kararda da ²⁸, “...Sözleşmenin kurulması, şekli, ehliyet gibi noktalarda maddi hukuka ilişkin hükümler uygulansa da, tahkim sözleşmesi yargılama hukuku alanında cereyan eder ve sonuçlarını da bu alanda doğurur. Bu haliyle tahkim sözleşmesinin, bir maddi hukuk sözleşmesi gibi mevcut olmayan bir hakkı yaratan veya mevcut bir hakkı ortadan kaldıran etkisi bulunmamaktadır. Tahkim sözleşmesi ile bir alacak hakkı ya da yenilik doğuran hak oluşturulmamaktadır. Bu özelliği itibarıyla sözleşmenin maddi hukuk karakterli olduğunu söylemek mümkün değildir. Hakem yargılaması sonunda verilecek kararın da sözleşme niteliğinde olduğu söylenemez. Bu görüşü savunanlara göre tahkim sözleşmesinin en önemli etkisinin, tarafların mahkemeye başvurmasını engelleyerek, hakem veya hakemlere yargılama yetkisi vermesine ve süreç sonunda çıkacak kararların, mahkeme kararı gibi kesin hüküm doğurmasına dayandırılır. Tahkim sözleşmesinin bağlayıcılığı taraf iradeleri ile belirlenmemekte, tahkimin cereyan ettiği ülkenin ulusal hukuku anlaşılmaya böyle bir sonuç bağladığı için tahkim sözleşmesi bağlayıcı etkiye sahip olmaktadır. Hakem kararları mahkeme kararları ile aynı nitelikte olup bunun da hakem kararlarının usuli nitelikte olduğunu, ayrıca, tahkim sözleşmesinin usul hükümleri içinde düzenlenmesi, usul sözleşmesi niteliğinde olduğunu göstermektedir.”²⁹ denilerek tahkim sözleşmesinin usul sözleşmesi niteliği vurgulanmıştır.

²⁵ ÖZEL Sibel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul 2008, s. 34.

²⁶ TAŞKIN, s. 22. (Karşıt görüş için: Bkz. PEKCANİTEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 14. B, s. 256; Tahkim sözleşmesi, sulh sözleşmesi, hakem-bilirkişi sözleşmeleri hem usul hukuku hem de maddi hukuk etkisi gösteren karma sözleşmelerdir.)

²⁷ ALANGOYA Yavuz, Medeni Usul Hukukunda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul, 1973, s. 81; BİLGE Necip/ÖNEN Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, s. 745 vd. Usul sözleşmesi niteliği gereği doğrudan etkilerini, sonuçlarını, usul hukuku alanında gösterir ve usul hukukundaki esas ve usullerin tahkim yargılamasında uygulanması esastır.

²⁸ Bkz. YİBK., 13. 04.2018, 2/4, (www.kazanci.com, ET: 27/09/2019).

²⁹ “Tahkim sözleşmesi bir usul hukuku mukavelesi ise de bu mahiyeti ona mecburi tahkimde olduğu gibi bir mecburilik izafe edemez. Zira sözü geçen tahkim mahiyeti itibarıyla tahkim olduğu gibi tahkim sözleşmesi inikadı bakımından da tamamen medeni hukuka ve borçlar hukukuna tabidir. Bu sebeplerle taraflar anlaşmak suretiyle bu yola müracaat etmekten her zaman vazgeçebilirler”, Y. 15. HD. 13.05.1958 ,724/1311.; benzer konuda bkz. Y. 15. HD. 10.03.1976, 1617/1052, (www.kazanci.com, ET: 27/09/2019).

Kanaatimizce tahkim sözleşmesi usul sözleşmesi niteliğinde olup, etkilerini doğrudan usul hukuku alanında göstermektedir. Zira, hakem heyetinin kurulması, delillerin toplanması, gerekirse bilirkişiye başvurulması yahut tanık dinlenilmesi, duruşma yapılması, yargılamanın bir kararla sonuçlanması gibi usul kanunlarında düzenlenen tüm bu yargılama usul ve aşamaları tahkim sözleşmesinin kaynağını usul hukukundan aldığını göstermektedir. Tahkim sözleşmesinin etkisinin usuli nitelikte olması, uyuşmazlıklar bakımından resmi yargı dışında hakem yargısında usul hükümlerine uygun olarak, hakemlerce hüküm verilmesini gerekli kılmaktadır ³⁰. Diğer yandan, tahkim sözleşmesi kurulması ve tarafların sahip olması gereken şartlar bakımından maddi hukuk hükümlerine tabidir, bu konularda borçlar hukuku hükümleri niteliğine uygun düştükçe uygulanacaktır ³¹.

IV. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN YAPILIŞ TÜRLERİ

a. Bağımsız Bir Sözleşme Olarak Kararlaştırılması (Müstakil Tahkim Sözleşmesi)

Türk hukukunda tahkim sözleşmesinin yapılışı hakkında çeşitli hükümler bulunmaktadır. Bunlardan HMK'nın 412/2. maddesine göre, "Tahkim sözleşmesi, taraflar arasındaki sözleşmenin bir şartı veya ayrı bir sözleşme şeklinde yapılabilir." denilmektedir ³². Dolayısıyla, kanun hükmünden de anlaşılabileceği üzere tahkim sözleşmesi ayrı bir sözleşmeye konu olabileceği gibi asıl sözleşmeye konulan bir şart şeklinde de yapılabilecektir ³³.

Tahkim şartının asıl sözleşmeden bağımsız olduğu kuralı yaygın olarak kabul edilen bir prensiptir. Türk hukukunda gerek HMK'nın 412. maddesinin 4. fıkrasında gerekse de MTK 4. maddesinin 4. fıkrasında tahkim sözleşmesinin bağımsızlığı prensibi yerini almıştır. Bu prensip uyarınca, her ne kadar tahkim şartı bir sözleşmenin diğer hükümleri gibi bir sözleşmenin parçası olsa da, aslında dahil olduğu sözleşmeden bağımsız ikinci bir sözleşmedir ³⁴. Dolayısıyla tahkim sözleşmesinin ayrı olarak düzenlendiği hallerde, müstakil tahkim sözleşmesinin geçerliliği asıl sözleşmenin geçerliliği şartına tabi tutulmamış olursa, bu sözleşmenin geçerliliği asıl sözleşmeden ayrı olarak değerlendirilecektir ³⁵.

³⁰ TAŞKIN, s. 26.

³¹ TAŞKIN, s. 20.

³² MTK'nın 4/1 maddesinin son fıkrasında da aynı düzenleme mevcuttur.

³³ İLHAN, s. 6; AYDEMİR, s. 84.

³⁴ İLHAN s. 12.; "Tahkim sözleşmesi esas sözleşmeden bağımsız, ondan ayrı bir anlaşmadır. Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrılabilirliği, asıl sözleşmede yer alan tahkim klozları içinde geçerlidir. Bu sebeple, tahkim klotunun geçerliliği, esas sözleşmenin geçerliliğine bağlı değildir. Asıl sözleşmenin geçersiz olması tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilemez.", YHGK. 22.02.2012, 11-742/82; Bkz. Benzer konuda Y. 19 HD. 13.10.2014, 1620/13042, (www.kazanci.com, ET: 27/09/2019).

³⁵ AYDEMİR, s. 91.

b. Asıl Sözleşmeye Tahkime İlişkin Hüküm Konulması (Tahkim Şartı)

Tahkim şartının genel görünümü taraflar arasındaki sözleşmenin içerisindeki bir hüküm şeklinde olur. Bu durumda bile sözleşmenin içerisindeki herhangi bir hüküm olarak değil, ana ilişkiden bağımsız bir sözleşme olarak telakki edilir³⁶. Tarafların bağımsız bir tahkim sözleşmesi yerine, aralarındaki sözleşmeye (örneğin; satım, kira, eser vb.) bir madde ekleyerek, uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesini kararlaştırmaları mümkündür³⁷.

Tahkim şartının, taraflar arasında henüz uyuşmazlık doğmadan, doğabilecek uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümleneceğinin kararlaştırılması durumunda ortaya çıktığı söylenebilir³⁸. Öte yandan, taraflar tahkim şartı ile bağlı olmakla birlikte, tahkim şartının konulduğu asıl sözleşmenin uygulanmasından yahut yorumlanmasından dolayı bir uyuşmazlık çıkmadıysa tahkim şartı da bağlayıcı olmayacaktır³⁹.

c. Tahkim Sözleşmesi ve Tahkim Şartı Ayrımı

Tahkim şartı, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisini düzenleyen asıl sözleşme içine konulan bir madde şeklinde olurken, buna karşılık müstakil tahkim sözleşmesi asıl sözleşmeden tamamen ayrı bir sözleşmedir⁴⁰. Diğer yandan, tahkim şartının, taraflar arasında henüz uyuşmazlık doğmadan, doğabilecek uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümleneceğinin kararlaştırılması durumunda ortaya çıktığı; tahkim sözleşmesinin ise tarafların aralarında uyuşmazlık ortaya çıktığı zaman, var olan bu uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümleneceği yönünde anlaştıkları zaman söz konusu olduğu belirtilmektedir⁴¹. Uygulamada da, sözleşmelerde tahkim şartı düzenlenmesi taraflar arasında ayrı bir tahkim sözleşmesi yapılmasından daha sık tercih edilir bir yol olarak bilinmektedir⁴².

d. Tahkim Şartının Asıl Sözleşmeden Bağımsızlığı İlkesi: Ayrılabilirlik İlkesi

Tahkim şartının asıl sözleşmeden ayrı olarak kendi varlığını devam ettirebileceğine ilişkin olan bu ilke, hukukumuzda tahkim şartının “istiklali”, “bağımsızlığı” ve “ayrılabilirliği” kavramlarıyla ifade edilmektedir⁴³. Bu ilke, tahkim şartının geçerliliğinin asıl sözleşmeye bağlı olmaması yahut ondan ayrı olması ve kendi akit statüleri içinde çözümlenmesi anlamını taşımaktadır.

Hukukumuzda bu ilke ilk defa MTK’nın 7/H-1 maddesinde düzenleme alanı bulmuştur. Bu maddeye göre, “*Hakem veya hakem kurulu, tahkim anlaşmasının*

³⁶ İLHAN, s. 5.

³⁷ AKINCI, s. 97.

³⁸ İLHAN, s. 5.

³⁹ AYDEMİR, s. 95.

⁴⁰ AYDEMİR, s. 97.

⁴¹ ALANGOYA, s. 6-7, 29.

⁴² AKINCI, s. 97.

⁴³ AYDEMİR, s. 104.

mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir. Bu karar verilirken, bir sözleşmede yer alan tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, kendiliğinden tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz.” Bu hüküm daha sonra yürürlüğe giren HMK’nın 422. maddesinde de bu haliyle korunmuş olup bu hükümlerde tahkim sözleşmesinin ayrılabilirliği ilkesi belirtilmiştir. Bu düzenlemelerden önce asıl sözleşmenin geçersiz olduğu ve taraflar arasında bir tahkim sözleşmesi de bulunmadığı iddiası halinde tahkim aşaması geçersiz kalabiliyor ve mahkemeye dava açılması gerekebiliyordu⁴⁴.

Tahkim sözleşmesi ister müstakil yapılmış olsun ister tahkim şartı şeklinde asıl sözleşmeye konulmuş olsun her iki halde de asıl sözleşmeden bağımsızdır. Hakemlerce yapılan yargılama sonucunda içinde tahkim şartının da olduğu asıl sözleşmenin geçersiz olduğuna karar verilirse, bu durum hakem kararının geçerliliğini etkilemeyecektir⁴⁵. Yargıtay tarafından verilen kararlarda da tahkim sözleşmesinin esas sözleşmeden bağımsız ve ondan ayrı bir anlaşma olduğu, asıl sözleşmenin geçersiz olmasının tahkim sözleşmesinin geçerliliğini etkilemeyeceği ya da tersine tahkim sözleşmesinin herhangi bir sebeple geçersiz olmasının asıl sözleşmeyi etkilemeyeceği ve onu geçersiz kılmayacağı belirtilerek tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrılabilir olduğu ve asıl sözleşmede yer alan tahkim şartının geçerli olduğu ifade edilmiştir⁴⁶. Dolayısıyla, ayrı bir sözleşme olarak yapılan tahkim sözleşmesinin varlığı ve geçerliliği asıl sözleşmeden bağımsız olacaktır.

Bu ilkenin amacı, asıl sözleşmedeki geçersizliğin tahkim şartını geçersiz hale getirmesini ya da tahkim şartındaki geçersizliğin asıl sözleşmeyi etkilemesini engellemek ve böylece tahkim yargılaması için gerekli olan rızanın ayakta kalmasını sağlamaktır⁴⁷.

⁴⁴ “Öncelikle belirtelim ki, bir davanın hakemlerde (Tahkim yolu ile) görülüp görülmeyeceği konusunda taraflar arasında uyuşmazlık çıkarsa bu uyuşmazlık hakemler tarafından değil mahkeme tarafından çözülür. (HUMK. md. 519) Bu uyuşmazlıklardan biri de, Tahkim Sözleşmesinin (veya şartının) geçersiz olduğudur. Gerçekte de geçerli bir tahkim sözleşmesine dayanmayan bir tahkim yargılamasının geçerli olmayacağı çok açıktır. O nedenle yargılamanın temelini teşkil eden tahkim sözleşmesinin (veya şartının) geçerliğine ilişkin bütün iddialar HUMK. md. 519 kapsamı içinde düşünülmesi gerekir.”, Y. 13. HD. 17.11.1994, 7536/10153, (www.kazanci.com, ET: 28/09/2019).

⁴⁵ AKINCI, s. 116.

⁴⁶ “Tahkim sözleşmesi esas sözleşmeden bağımsız, ondan ayrı bir anlaşmadır. Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrılabilirliği, asıl sözleşmede yer alan tahkim klostları içinde geçerlidir. Bu sebeple, tahkim klotunun geçerliliği, esas sözleşmenin geçerliliğine bağlı değildir. Asıl sözleşmenin geçersiz olması tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilemez.”, YHGK. 22.02.2012, 11-742/82; Bkz. benzer konuda Y. 19. HD. 13.10.2014, 1620/13042; Y. 11 HD. 23.03.2010, 5901/3203, (www.kazanci.com, ET: 28/09/2019).

⁴⁷ YEŞİLOVA Bilgehan, Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2008, s. 240.

V. TEK TARAFLI VEYA ASİMETRİK TAHKİM SÖZLEŞMELERİ

Kural olarak tahkim sözleşmesi taraflara uyumsuzluklarını tahkim yolu ile çözecekleri yönünde eşit yükümlülük yükleyen bir sözleşmedir. Ancak taraflar tahkim sözleşmesini düzenlerken bir tarafa daha geniş haklar tanıyarak bu eşitliği bozabilirler⁴⁸. Bu şekilde kaleme alınan tahkim sözleşmelerine asimetrik veya tek taraflı tahkim sözleşmesi gibi isimler verilmektedir⁴⁹. Bu eşitsizlik hali taraflardan birine bütün hakemleri atamak yetkisi verilmesi şeklinde olabilir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda, hakem seçiminin terditli olarak yapılmasının tahkim sözleşmesinde kararlaştırılabileceği ifade edilmiştir⁵⁰. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından onanan ve ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına hükmedildiği özel daire kararında, tahkim sözleşmesinde veya bir sözleşmede yer alan tahkim şartında taraflardan sadece birine hakem heyetini seçme hakkının tanınması halinde taraflardan biri lehine yargılamada üstünlük sağlanmış olacağından böyle bir tahkim sözleşmesi veya tahkim şartının geçerli olmayacağı, somut olayda hakemleri seçme hakkının iddia edene yani her iki tarafa da tanındığı, böyle bir tahkim şartı ile davacı satıcı firmanın, yargılama bakımından üstün bir duruma getirilmediği, bu nedenle ek sözleşmedeki hakem seçimine ilişkin hükmün kamu düzenine aykırı olduğunun kabul edilmeyeceği belirtilmiştir.

Hukukumuzda asimetrik tahkim şartının önemli bir örneği Kıyı Emniyet Genel Müdürlüğü, Kurtarma-Yardım sözleşmesinin 6. maddesidir. Düzenlemeye göre, *“Taraflarca sulh olunamaması halinde, kurtarılan değerlere verilen kurtarma-yardım hizmetlerinden kaynaklanan kurtarma-yardım alacağını tayinine ilişkin ihtilaf, yasal süresi içerisinde kurtarıcının talebi üzerine İstanbul’da tahkim yolu ile hallolunur. Diğer ihtilaflar genel hükümlere göre İstanbul mahkemelerinde hal ve fasl olunur.”* denilmektedir. Söz konusu tahkim şartı, Yargıtay tarafından bir kararda değerlendirilmiştir⁵¹. Yargıtay’ın tarafından sözleşmede yer alan asimetrik tahkim şartının geçersiz olduğuna yönelik ilk gerekçe, taraflardan

⁴⁸ EKŞİ Nuray, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 83.

⁴⁹ İLHAN, s. 211; AYDEMİR, s. 127.

⁵⁰ Bkz. YHGK, 09.06.1999, 19-467/489, (www.kazanci.com, ET: 30/09/2019).

⁵¹ “ Bu şartın geçerli sayılması, öncelikle kurtarma yardım hizmetinden yararlanan ilgililerin hak arama özgürlükleri açısından hukukun genel ilkeleri ile bağdaşmayacaktır. Zira taraflar arasında uyumsuzluk meydana geldiği zaman, hizmet alan ilgililerin mahkemeye başvurması yolu, davalı kurumca süresinde tahkim itirazında bulunulmak suretiyle engellenecek, davalı kurumun tahkim yoluna başvurmaması halinde ise hizmet alan ilgililerin başvuracağı başka bir yol kalmayacaktır. ...âkit taraflardan sadece birisine tahkim yoluna başvurmak hakkı tanıyan bu hükümden çıkan bir başka anlam da, kurtarma yardım alacağını tayinine ilişkin uyumsuzlukta, sözleşmenin diğer tarafına mahkemeye başvurmak hakkının tanınmış olduğudur. Yukarıda da açıklandığı üzere aynı uyumsuzluk için hem tahkim hem de mahkemeye gitme yolunun kararlaştırılmış bulunması halinde tahkim şartı geçersiz olduğundan somut uyumsuzlukta tahkim şartı bu nedenle de geçersizdir.”, Bkz. Y. 11. HD. 15.02.2011, 3257/1675, (www.kazanci.com, ET: 30/09/2019).

sadece birine tahkim yolu ile hak arama imkânı sağlanmasının hak arama özgürlüğüne kısıtlama getirerek hukukun genel ilkelerine aykırılık teşkil ettiği şeklinde olmuş, ikinci gerekçede ise aynı sözleşmede hem tahkim şartı hem de yetki şartı olması veya aynı uyuşmazlık için hem tahkim sözleşmesi hem de hem de yetki sözleşmesi yapılmasının tahkim iradesinin mutlak olarak ifade edilmediği anlamına geleceğinden tahkim sözleşmesini geçersiz kılacağı şeklinde olmuştur. Kanaatimizce, Yargıtay'ın ikinci gerekçesi yerinde olmakla birlikte ilk gerekçesine katılmak mümkün değildir. Nitekim, bahse konu sözleşme hükmünde tahkime başvurulacak konu olarak sadece kurtarma yardım alacağının tayini belirtilmiş, diğer ihtilaflar için ise İstanbul mahkemeleri yetkili kılınmıştır.

Diğer bir hukukumuzda asimetrik tahkim şartı olarak önem taşıyan düzenleme ise Sigortacılık Kanunun 30. maddesinde düzenleme alanı bulmuştur. Maddeye göre, *“Sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden (Ek ibare:6327-13.6.2012/m.58) “veya Hesaptan faydalanan kişiler ile Hesap arasında” doğan uyuşmazlıkların çözümü amacıyla Birlik nezdinde Sigorta Tahkim Komisyonu oluşturulur. Sigortacılık yapan kuruluşlardan, sigorta tahkim sistemine üye olmak isteyenler, durumu yazılı olarak Komisyona bildirmek zorundadır. Sigorta tahkim sistemine üye olan kuruluşlarla uyuşmazlığa düşen kişi, uyuşmazlık konusu sözleşmede özel bir hüküm olmasa bile tahkim usulünden faydalanabilir. (Ek cümleler : 6456 - 3.4.2013 / m.45/a) “İlgili mevzuat ile zorunlu tutulan sigortalardan kaynaklanan bu fıkra kapsamındaki uyuşmazlıklar için ilgili kuruluş sigorta tahkim sistemine üye olmasa dahi hak sahipleri bu bölüm hükümlerine göre tahkim usulünden faydalanabilir. Sigorta tahkim sistemine üye olmayan kuruluşlar bakımından Sigorta Tahkim Komisyonu giderlerine katılım Hazine Müsteşarlığınca ayrıca belirlenir.”* denilmektedir. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, sigortacılık tahkim yoluna gitmek için, taraflar arasında temel borç ilişkisini kuran sigorta sözleşmesinde bir tahkim şartı bulunması veya uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra bağımsız bir tahkim sözleşmesi yapma ihtiyacı bulunmamakta olup, sigorta şirketinin sigorta tahkim sistemine üyeliği bulunmakta ise ilgili kişilerin Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvuru yapması uyuşmazlığın giderilmesi için yeterli olacaktır ⁵².

VI. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN KURULUŞU VE HÜKÜMLERİ

a. Taraflar Arasında Bir Hukuki İlişkinin Varlığı

HMK'nın 412/1 maddesinde tahkim sözleşmesinin tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem

⁵² EKŞİ, s. 59.

kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşma olduğu belirtilmiştir, MTK'nın 4/1 maddesinde ise tahkim anlaşmasının, tarafların, sözleşmeden kaynaklansın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşma olduğu belirtilmiştir. Madde metinlerinden de anlaşılacağı üzere tahkim anlaşması için taraflar arasında bulunması gerekli ilk husus bir hukuki ilişkinin varlığıdır. Önemle belirtmek gerekir ki, tahkim sözleşmesinin yapıldığı sırada uyuşmazlığın bulunması şart olarak aranmamaktadır⁵³. Dolayısıyla, geçerli bir tahkim sözleşmesi için taraflar arasındaki hukuki ilişkinin varlığı aranacak olup, sözleşmede doğmuş yahut ileride doğacak muhtemel uyuşmazlıkların belirtilmiş olması yeterli olacaktır. Taraflar arasında belirli veya birkaç hukuki ilişkiye atıf yapılmadan “bundan sonra aramızda çıkacak tüm uyuşmazlıklar tahkim yoluyla çözümlenecektir” şeklindeki bir hükmün tahkim sözleşmesine konulması hukuki ilişkinin belirlendiği anlamı taşımamaktadır. Zira, tahkimin belli çekişmeleri kapsamı, konusunun belli ve sınırlı olması gerekmektedir⁵⁴. Diğer yandan, tahkim sözleşmesi sadece aralarında hukuki ilişki olan tarafları bağlar nitelikte olup, anlaşmanın tarafı olmayan kişilere teşmil edilmesi mümkün olmayacaktır⁵⁵. Ne var ki bu kuralın da istisnaları bulunmaktadır⁵⁶. Bunlardan ilki, tahkim anlaşmasına taraf olmayan kişilerin de tahkim yargılamasına katılabileceğini ve hakem kararının bu kişiler hakkında da hüküm ifade edeceğini öngören yasal düzenlemelerin bulunması halidir⁵⁷. Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil edildiği diğer haller arasında ise temsil, halefiyet, garanti sorumluluğu, üçüncü kişi yararına sözleşme, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, devlet kuruluşu veya şirketinin taraf olduğu tahkim anlaşmalarının devlete teşmili, ortaklardan veya ortaklıklardan biri tarafından akdedilen tahkim anlaşmasının diğer ortaklara yahut diğer ortaklıklara teşmili, farklı taraflar arasında akdedilen sözleşmeler veya bunlardan doğan yükümlülükler arasında bağlantı bulunması halleri sayılmaktadır⁵⁸.

⁵³ AYDEMİR, s. 147.

⁵⁴ Bkz. Y. 5.HD. 23.01.1989, 9902/831, (www.kazanci.com, ET: 30/09/2019).

⁵⁵ “Tahkim şartı bir sözleşmenin taraflarının bu sözleşmeden kaynaklanabilecek uyuşmazlıkların çözümünü hakeme bırakmak hususunda yaptıkları anlaşmadır. Tahkim şartını içeren sözleşme davacı şirket ile davalı M...Corp'a teşmili düşünülemez. Çünkü uyuşmazlıkların mahkemelerde görülmesi esastır. Tahkim sözleşmesi istisnai nitelikte olup sözleşmenin taraflarını bağlar.”, Y. 19. H.D. 11.03.2004, 2654/2603, (www.kazanci.com, ET: 01/10/2019).

⁵⁶ İstisnalar için bkz. ESEN Emre, Uluslararası Ticarî Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili, İstanbul, 2008, s. 12 vd.

⁵⁷ ESEN, s. 12.

⁵⁸ Bkz. sayılan haller için ESEN, s. 14-16.

b. Taraflar Arasında (Belirli veya Belirlenebilir) Bir Uyuşmazlığın Olması

Tahkim sözleşmesinin geçerlilik şartlarından birisi de, taraflar arasındaki uyuşmazlığın belirli (veya belirlenebilir) olması ve taraflar arasında doğan veya doğacak uyuşmazlığın bu ilişkiden kaynaklanmasıdır⁵⁹. Taraflar arasında yargılama konusu olacak bir uyuşmazlık bulunması halinde tahkimden söz edilmesi mümkün olmayacaktır. Tarafların tahkim sözleşmesi yaparken, hangi uyuşmazlıkla ilgili olarak tahkim anlaşmasını yaptıklarını ve imzaladıklarını bilmesi gerektiği ve belli hukuki ilişkiden doğacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceğinin kararlaştırılması olması halinde, uyuşmazlığın belirli sayılacağı kabul edilmelidir⁶⁰. Yargıtay tarafından görülen bir davada, taraflar arasındaki hukuki ilişkiye atf yapmak şartıyla, sözleşme kapsamındaki tüm uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesi hususundaki tahkim sözleşmesinin geçerli olduğu yönündeki yerel mahkeme kararının onanmasına karar verilmiştir⁶¹.

c. Karşılıklı Bir Tahkim İradesinin Varlığı

Geçerli bir tahkim sözleşmesinden bahsedilebilmesi için, tarafların tahkim iradelerinin yazılı olarak yaptıkları bir sözleşmede karışıklığa meydan verilmeyecek şekilde, açıkça belirtilmesi gerekmektedir⁶². Yargıtay tarafından verilen kararlarda da, tahkimden ve geçerli bir tahkim şartının varlığından sözedilebilmesi için uyuşmazlığın mutlak olarak hakemde çözülebilmesi konusunun taraflarca kararlaştırılması gerektiği, aksi halde sözleşmesinin geçersiz sayılacağı hususları ifade edilmiştir⁶³. Önemle belirtmek gerekir ki, uygulamada bir taraftan tahkim yoluna gidileceği belirtilirken, diğer bir taraftan ise belirli bir mahkemeyi yetkili kılan tahkim sözleşmeleri yapılmaktadır. Yargıtay

⁵⁹ AYDEMİR, s. 154.

⁶⁰ AKINCI, s. 111.

⁶¹ Bkz. Y. 19. HD. 16.09.2010, 5636/9889, (www.kazanci.com, ET: 01/10/2019).

⁶² AKINCI, s. 98.

⁶³ “Dava, Paket-tur sözleşmesinden kaynaklanan tazminat istemine ilişkin olup öncelikle halledilmesi gereken uyuşmazlık, taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesinin bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, kural, bir uyuşmazlığın çözülmesi görevinin yetkili mahkemelere ait olmasıdır. Bunun dışında taraflar bir tahkim sözleşmesi yapmak veya yaptıkları bir sözleşmeye tahkim şartı koymak istediklerini, başka bir anlatımla sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesini istediklerini tahkim sözleşmesinde veya tahkim şartında açık ve kesin olarak belirtmeleri gerekir. HUMK’nın 517/2. maddesi hükmü gereğince, yazılı şekil, tahkim sözleşmesi için geçerlilik şartıdır. Yazılı olmayan tahkim sözleşmesi geçersizdir. Davalının dayandığı paket-tur sözleşmesinde davacıların veya yetkili temsilcisinin imzası bulunmadığına göre, geçerli bir tahkim sözleşmesinden söz etmek olanaksızdır. Böyle olunca mahkemece, işin esasına girilerek hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.”, Y. 13. HD. 12.04.2006, 521/5446, (www.kazanci.com, ET: 01/10/2019).

tarafından verilen çeşitli kararlarda, sözleşmede tahkim şartına yer verildikten sonra uyuşmazlığın çözülememesi halinde ihtilafın yetkili mahkemeler eliyle çözüleceğine dair ifadelerin tahkim idaresini tereddütlü hale getireceği ifade edilmektedir ⁶⁴. Bir diğer tartışılması gerekli husus ise uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesine ilişkin bir tahkim sözleşmesi (veya şartı) yapıldıktan sonra, uyuşmazlığın bu yolla çözülmemesi halinde mahkemeye gidileceğine dair konulan hükümlerin geçerli olup olmadığından noktasındadır. Bu hallerin varlığı halinde taraf iradelerinin açık ve kesin olmamasına yol açılacak ve tahkim sözleşmesinin (veya şartının) geçersiz olmasına sebebiyet verilecektir ⁶⁵. Bir diğer husus ise, taraflar arasındaki sözleşmeye tahkim

⁶⁴ “Kişiler arasında çıkan ihtilafların kural olarak mahkemeler eliyle çözülmesi gerekir ise de, taraflar imzaladıkları sözleşmede ihtilafın hakemler eliyle çözümlenmesini (tahkim şartı) kararlaştırabilecekleri gibi, asıl sözleşmeden müstakil olarak hakem sözleşmesi de imzalayabilirler. HUMK’nın 518. maddesi uyarınca, iki tarafın arzularına tabi olmayan mesailde tahkim cereyan etmeyeceğinden, bunun dışında kalan ihtilaflar için davanın hakemde görülmesi kararlaştırılabilir. Ancak, tahkim iradesi hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde açık ve kesin olmalı, tarafların ihtilafın hakemde görülmesi iradesi kararlı bulunmalıdır. Her ne kadar davaya esas sözleşmenin 15. maddesinde, uyuşmazlık halinde ihtilafın hakem kurulunda çözümlenmesi öngörülmüşse de, aynı maddenin sonunda, ihtilaflar halinde İstanbul Mahkemelerinin yetkili bulunduğu kabul edilmiştir. Bu durumda kesin bir tahkim iradesinden söz edilemeyeceğinden ve kural olarak mahkemelerin ihtilafı çözmesi gerektiğinden, mahkemece tahkim itirazının reddi ile işin esasının incelenip davanın sonuçlandırılması yerine, dava dilekçesinin görev yönünden reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur.”, Y. 15. HD. 13.04.2009, 1438/2153; “Taraflar arasındaki sözleşmenin uyuşmazlıkların halli başlıklı 13. maddesinde, uyuşmazlık halinde, tarafların seçeceği hakemlerce çözümleneceği, hakem heyetinin çalışmalarından sonuç alınamaz ise İsparta Mahkeme ve İcra Dairelerinin yetkili olduğu kararlaştırılmıştır. Hakem yoluyla halledilemeyen uyuşmazlıkların mahkemece çözümleneceğine dair konulan kayıt hakem (tahkim) sözleşmesini hükümsüz bırakır. Zira bu hükümlerden, tarafların ihtilafın kesin olarak hakemde çözümlenmesini istemiş olduklarını çıkarmak mümkün değildir. Asıl olan bir uyuşmazlığın çözülmesi görevinin mahkemelere ait olmasıdır. O halde uyuşmazlığın esası incelenerek sonucuna uygun hükme varılması yerine yazılı gerekçeyle görevsizlik kararı verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur. Diğer taraftan davada yukarıda sözü edilen sözleşmeden ayrı yapımı kararlaştırılan 240 adet konut ve güneş enerjisi işlerinden de alacak istemi yer almıştır. Bunlarla ilgili yazılı sözleşme ve tahkim koşulu bulunmadığı halde hakemin görevli olmasından sözedilmesi de kabul şekli bakımından HUMK.nun 517. maddesine aykırıdır.”, Y. 15. HD. 13.03.2007, 769/1572, (www.kazanci.com, ET: 01/10/2019).

⁶⁵ “Taraflar arasındaki, İhracat Birliği Anlaşması’nın “Müteferrik Hükümler” başlığı altında “Anlaşmazlık vukuunda taraflar önce mali danışman Kemal B.’ın hakemliğine müracaat edecekler ve hakemin yazılı bildirim ve kararı anlaşmazlığı çözemez ise yargıya gideceklerdir. Bu durumda yetkili mercii İstanbul Adli Mercileri olacaktır” denilmektedir. Tahkim sözleşmesi ile, taraflar, aralarındaki bir uyuşmazlığın çözümlenmesi için tahkim yoluna başvurmayı (gitmeyi) kararlaştırırlar (HUMK.nun 516. md.). Taraflar, tahkim sözleşmesinin konusu olan uyuşmazlık hakkında dava açmak isterse, tahkim yoluna gitmek zorundadırlar, yani davayı genel mahkemelerde değil, hakemlerde açabilirler. Taraflar arasında kararlaştırılan,

şartı yanında, tahkim yoluna başvurulmadan önce müzakere, uzlaştırma ya da “mühendise müracaat” şeklinde bir şart koymaları halidir. Bu durumlarda tarafların uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözüleceğine yönelik iradesi ortadan kaldırılmamakta ve tahkimden vazgeçildiği anlamı çıkmamakta olup, tahkim sözleşmesinin geçersizliği söz konusu olmayacaktır⁶⁶. Son olarak ise, taraflarca yapılan tahkim sözleşmesinde uyuşmazlığın bağlayıcı olarak kurum tarafından çözümleneceği şeklindeki ifadenin tahkim sözleşmesine etkisi üzerinde durmak gerekir. Yargıtay tarafından verilen bir kararda, tahkim sözleşmesine bu şekilde konulan bir hüküm ile kesin bir tahkim iradesinden ve tahkim şartından söz edilmeyeceği, uyuşmazlığın mahkeme kanalıyla çözülmesi gerektiği ifade edilmiştir⁶⁷.

d. Yazılı Şekil Şartı

Hukukumuzda Türk Borçlar Kanunun (TBK) 13. ve 14. maddelerinde yazılı şekil şartı belirtilmiştir. Buna göre, kanunun 13. maddesinde “Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur” denilmekteyken, aynı kanunun 14. maddesinde ise “yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunludur” ifadesi bulunmaktadır. HMK’nın 412. maddesinde belirtildiği üzere tahkim sözleşmesi yazılı şekilde yapılması

tahkim şartı, taraflara hakemden sonra mahkemeye gitme yetkisi vermekle, uyuşmazlığın çözümünde tek yetkili olarak hakem kararını öngörmemekle geçersiz bulunmaktadır. Öte yandan, bir an için geçerli bir tahkim şartı bulunduğu kabul edilse bile, hakemde dava açılmasına ilişkin dava dilekçesi olarak kabul edilen 21.06.2000 tarihli yazı, bir dava dilekçesi şeklinde değil, hakem olduğu kabul edilen H. Kemal’den uyuşmazlık konusunda mütalaa istenilmesi şeklinde düzenlenmektedir. Bu yazının hakemde dava açılmasına ilişkin bir dava dilekçesi olarak kabul edilerek hakem kararı tesis edilmiş olması da isabetsiz bulunmuştur.”, Y. 11. HD. 31.03.2013, 1050/3012, (www.kazanci.com, ET: 01/10/2019).

⁶⁶ AYDEMİR, s. 168-169.

⁶⁷ Taraflar arasındaki 26.07.2011 tarihli Sistem Kullanım Anlaşmasının Anlaşmazlıkların Çözümü başlıklı 14. maddesi; “TEİAŞ ile kullanıcının bu anlaşmanın hükümleri üzerinde mutabakata varamamaları halinde, anlaşmazlığın çözümü konusunda kuruma yazılı olarak başvuruda bulunabilir. Anlaşmazlıklar kurum tarafından çözüme kavuşturulur. Anlaşmazlıklar hakkındaki Kurul Kararları bağlayıcıdır.” biçiminde düzenlenmiştir. Tarafların aralarında çıkacak ihtilafların kural olarak mahkeme eliyle çözümlenmesi gerekir. Ancak taraflar imzaladıkları sözleşme ile ihtilafın hakemler eliyle çözümlenmesini kararlaştırabilecekleri gibi, asıl sözleşmeden ayrı olarak da hakem sözleşmesi yapabilirler. Tahkim iradesi, hiçbir tereddüte yer vermeyecek şekilde açık ve kesin olmalı, tarafların ihtilafın hakemde görülmesi iradesi kararlı bulunmalıdır. Sistem kullanım Anlaşmasının 14. maddesinde ise “Tarafların anlaşmazlığın çözümü konusunda kuruma yazılı olarak başvurudabulunabilir.” ifadesi ile kesin bir tahkim iradesinden ve tahkim şartından söz edilemeyeceğinden, mahkemece tahkim itirazının reddi ile işin esasının incelenerek varılacak uygun sonuca göre karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu şekilde davanın usûlden reddi doğru görülmemiştir.”, Y. 19. HD. 29.05.2012, 4065/9080, (www.kazanci.com, ET: 01/10/2019).

gerekli bir sözleşmedir⁶⁸. Yargıtay, tahkim sözleşmesinin (veya şartının) yazılı olmasının geçerlilik şartı olduğunu kararlarında vurgulamıştır⁶⁹.

Tahkim sözleşmesinin yazılı olarak yapılması dışında bir diğer önemli olan husus ise sözleşmenin elektronik ortamda yapılıp yapılamaması konusudur. TBK'nın 15. maddesinde güvenli elektronik imzanın⁷⁰ da, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğuracağı düzenleme altına alınmıştır. Dolayısıyla elektronik imza ile imzalanan bir tahkim anlaşması, ıslak imza içermese dahi Elektronik İmza Kanunu ile getirilen düzenlemeler ve TBK'nın 14. maddesi karşısında, HMK'ya göre de şeklen geçerli olacaktır⁷¹.

MTK'nın 4/2. maddesinde de tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılacağı, yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması gerektiği, asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de geçerli bir tahkim anlaşmasının yapılmış sayılacağı belirtilmiştir. Madde metni incelendiğinde, hangi tahkim anlaşmalarının yazılı şekilde yapılmış sayılacağı, iletişim araçları örneklenerek belirlenirken, önemli bir prensibe yer verilmiştir. Buna göre, bazı durumlarda taraflar arasında hiçbir tahkim anlaşması bulunmamasına rağmen, geçerli bir tahkim şartının bulunduğu kabul edilebilecektir. Zira, MTK'nın 4. maddesi uyarınca, *“dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması”* durumunda, geçerli bir tahkim şartının bulunduğu kabul edilecektir. Nitekim Yargıtay tarafından *“... davacının hakem mahkemesine müracaatı üzerine hakemini seçen, hakem yargılamasına katılarak davayı takip eden davalının, 14.02.1990 tarihindeki teleksteki hakem şartını benimsediğinin kabulü gerekir. Bu nedenle davalının taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesi bulunmadığına yönelik itirazları yerinde değildir.”*

⁶⁸ MTK'nın 4/2 maddesine göre, “Tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, telek, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması gerekir. Asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır.”

⁶⁹ “Davalının dayandığı paket-tur sözleşmesinden davacıların veya yetkili temsilcisinin imzası bulunmadığına göre, geçerli bir tahkim sözleşmesinden söz etmek olanaksızdır. Böyle olunca mahkemece, işin esasına girilerek hasil olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.”, Y. 13. HD. 12.04.2006, 521/5446, (www.kazanci.com, ET: 01/10/2019).

⁷⁰ Elektronik imza ve hukuki sonuçları hakkında bkz. 23.01.2004 tarihli ve 25355 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan ve 23.06.2004 tarihinde yürürlüğe giren Elektronik İmza Kanunu.

⁷¹ AKINCI, s. 121.

şeklinde karar vermiştir⁷². Böylece Yargıtay, tahkim sözleşmesi veya şartının şekline ilişkin koşulun, Medeni Kanunun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralına uygun olarak uygulanması gerektiği, yazılı olma şekil şartı bakımından tartışmalı olan hakem şartına uygun olarak tarafların hakemlerini seçmeleri, yargılamada yer almaları durumunda, artık geçerli bir tahkim şartının varlığını kabul etmenin gerekli olduğunu ifade etmektedir.

VII. TAHKİM SÖZLEŞMESİNE ELVERİŞİLİK

Tahkime elverişlilik, tarafların tahkim sözleşmesine yansıtabilecekleri iradenin yani irade serbestisinin sınırını ifade eder. Bu konu hukukumuzda MTK'nın 1. maddesi ve HMK'nın 408. maddesinde düzenlenmiştir. Her iki madde metninde de taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı düzenleme altına alınmıştır.

Bunlardan taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıklar taşınmaz mülkiyetine ve taşınmazın üzerinde bulunan sınırlı aynı haklara ilişkin olup bunlar dışındaki uyuşmazlıklar için, mesela taşınmazın satımından doğan alacağın tahsili gibi konularda, tahkime başvurulabilecektir⁷³. Kamu düzenini ilgilendirir bir yönü bulunduğundan tapu iptal ve tescile ilişkin davaları tahkime elverişsizdir. Yargıtay tarafından verilen bir kararda, *“Tapu iptal ve tescil davaları, kamu düzenini ilgilendiren davalardan olup, hakemlerce bu davalara bakılması mümkün değildir. Nitekim gayrimenkulün aynına ilişkin olduğundan bu tür davaların taşınmazın bulunduğu yer mahkemelerinde görüleceği HUMK'nın 13. maddesinde düzenlenmiştir. Dosyada mevcut eski bir Yargıtay kararında gayrimenkulün aynına ilişkin davalara hakemlerin bakabileceği belirtilmiş ise de, genel uygulama, tapu iptal ve tescil davalarının mahkemelerce çözüme bağlanacağı yolundadır.”* denilmektedir⁷⁴.

Kanunda diğer bir tahkime elverişli olmadığı belirtilen tarafların iradelerine tabi olmayan işler ifadesi ile kamu düzenine ilişkin konuların kastedildiği öğretide ifade edilmekte ise de kanun koyucunun tam olarak neyi kastettiği maddeden tam olarak anlaşılmadığından öğretide bu durum eleştirilmektedir⁷⁵. Tarafların iradelerine tabi olmayan işler tabiri nedeniyle ceza yargısı ve idare yargısı alanına giren işlerin, aile hukukunda boşanmaya ve velayete ilişkin uyuşmazlıkların, iflas davalarının tahkime elverişli olmadığı ifade edilmektedir⁷⁶. Arsa karşılığı kat yapımı sözleşmelerinden doğan tescile

⁷² Y. 19. H.D. 26.01.1996, 6153/610, (www.kazanci.com, ET: 02/10/2019).

⁷³ İLHAN, s. 234.

⁷⁴ Y. 15. HD. 18.06.2007, 2680/4137, (www.kazanci.com, ET: 02/10/2019).

⁷⁵ Öğretide yapılan eleştiriler için bkz. AYDEMİR, s. 226-227.

⁷⁶ AKINCI, s. 273; İLHAN, 237 vd.

zorlama talebi dışındaki malvarlığına ilişkin taleplerle ilgili uyuşmazlıklarda ⁷⁷, alacak davaları ile menkul mal davalarında, manevi tazminat davalarında ⁷⁸, kira bedelinin ödenmemesi hususunda ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, Kat Mülkiyet Kanununu ilgilendirir uyuşmazlıklarda, fikri mülkiyete dayalı uyuşmazlıklarda ise tahkim yoluna gidilebilecektir ⁷⁹.

Önemine binaen iş uyuşmazlıklarının tahkim sözleşmesine elverişliliği konusu üzerinde durulması gerekmektedir. Yargıtay tarafından verilen kararlarda iş hukuku ile ilgili davaların işçilerin korunması ilkesi gereği tahkime elverişli olmadığı kabul edilmektedir ⁸⁰. Burada amacın ekonomik anlamda güçlü olan işverene karşı zayıf durumda olan işçiyi koruyup, işçiyi tabii hakimi olduğu iş mahkemesinden mahrum bırakmamak olduğu değerlendirilmektedir ⁸¹. Genel ilke yukarıda belirtilmekte birlikte İş Kanunun 20. maddesi uyarınca feshin bildirimine itiraz tarafların anlaşması halinde özel hakemde, yani tahkimde görülebilecektir. Nitekim Yargıtay tarafından verilen bir kararda, bu madde kapsamında sadece feshin geçersizliği, işe iade ve buna bağlı iş güvencesi işe boşta geçen süre için ücret alacağı konularında uyuşmazlığın tahkime götürülebileceğini belirtilmiştir ⁸².

VIII. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

1. Tahkim Sözleşmesinin İptal Edilebilirliği

6098 sayılı TBK'nun 39. maddesinde düzenlenen hata, hile veya korkutma (ikrah) halleri neticesinde irade sakatlığı meydana geleceğinden tahkim sözleşmesi akdetmiş olan tarafın sözleşmenin iptalini talep etmek hakkı bulunmaktadır ⁸³. Bu halde sözleşme iptal edilinceye kadar geçerli olacaktır.

⁷⁷ Bkz. Y. 15. HD. 11.12.2009, 5065/6712, (www.kazanci.com, ET: 02/10/2019).

⁷⁸ AKINCI, s. 276.

⁷⁹ AYDEMİR, s. 231 vd.

⁸⁰ ALAGONYA, s. 83-84.

⁸¹ AKINCI, s. 274.

⁸² "...Yukarıda açıklandığı üzere iş hukuku ve yargılaması mevzuatında 15 Mart 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4773 ve akabinde 10 Haziran 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı Kanunlar ile feshin geçersizliği, işe iade ve buna bağlı iş güvencesi ile boşta geçen süre için ücret alacağı uyuşmazlıkları dışında, kalan diğer iş uyuşmazlıklarının özel hakem yolu ile çözümlenebileceğine dair bir kural bulunmamaktadır. İş ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde çözümleneceği 5521 sayılı kanunun 1. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18.11.1964 gün ve 1964/251 Esas. 1964/506 Karar Sayılı kararı bu doğrultudadır. HUMK.'nun 533. maddesinin 4. bendi uyarınca "hakemler yetkileri dahilinde olmayan meseleye karar veremezler". Aksi halde bu bozma nedenidir. Somut olayda hakem kurulu feshin geçersizliği ve sonucu olan istekler dışında yıllık ücretli izin alacağı ile sözleşmeden doğan ücret alacağına da karar vermiştir. Belirtilen bu düzenlemeler karşısında, hakem kurulunun ücretli izin ve sözleşmeden kaynaklanan ücret alacağına karar verme yetkileri bulunmamaktadır. Anılan istekler bakımından uyuşmazlığın iş mahkemelerinde görülmesi gerekir.", Y. 9. HD. 22.03.2004, 5846/5621, (www.kazanci.com, ET: 02/10/2019).

⁸³ İLHAN, s. 196.

Önemle ifade etmek gerekir ki, ayrılabilirlik ilkesi gereği asıl sözleşmenin kuruluşunda irade sakatlığı halleri bulunması halinde, sözleşmede mevcut tahkim şartı, asıl sözleşmenin kaderini paylaşacak ve iptale tabi olacaktır ⁸⁴.

2. Tahkim Sözleşmesinin Kesin Hükümsüzlüğü

TBK'nın 27. maddesinde kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına veya konusu imkansız olan sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla yapılan tahkim sözleşmesinin de bu ilkelere uygun olarak akdedilmesi gerekmektedir, aksi halde tahkim sözleşmesinin hükümsüz olması söz konusu olacaktır. Nitekim Yargıtay tarafından verilen bir karara göre ⁸⁵, *“Tahkim sözleşmesinin ahlaka aykırı olması halinde geçerliliğinden söz edilemez. Bu hal genellikle tahkim sözleşmesinde bir tarafın diğeri üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirmesi veya taraflardan birine hakemlerin yarıdan fazlasını veya tamamının seçme imkânının verilmesi hallerinde kendini gösterecektir.”* denilmektedir. Diğer yandan tahkime elverişli olmayan (taşınmazların tapuda veya paylarının devri ve tescil talebi gibi) konularda yapılan veya tahkim sözleşmesinin geçerlilik şartı olan yazılılık şekli şartına uyulmayan veya tam fiil ehliyetine sahip olmayan bir kişi tarafından yapılan veya tahkim sözleşmesi yapılabileceğine ilişkin vekaletnamesinde özel yetki bulunmayan bir vekil tarafından yapılan ⁸⁶ tahkim sözleşmelerinin (veya şartının) kesin olarak hükümsüzlük sonucu ile karşılaşıcağı izahtan varestedir.

3. Tahkim Sözleşmesinin Yokluğu

Yokluk hali, bir sözleşmenin hukuk alanında akdi ilişkisinin kurulmadığını göstermektedir. Dolayısıyla, tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade açıklamaları bulunmuyorsa, bir sözleşmenin varlığı da söz konusu olamayacaktır. Taraflar arasında tahkim sözleşmesinin var olup olmadığı konusunda bir iddiada bulunulması halinde bu husus hakem tarafından karara bağlanmalıdır. Hakem tarafından bu iddianın reddedilmesi halinde ise iddia eden tarafından mahkemelere başvuru yapmaktan başka bir çare bulunmamaktadır ⁸⁷.

⁸⁴ AYDEMİR, s. 370.

⁸⁵ Bkz. YHGK. 12.02.1992, 13-606/56, (www.kazanci.com, ET: 02/10/2019).

⁸⁶ YHGK. tarafından verilen bir kararda, yerel mahkemenin tahkim anlaşması bulunması sebebiyle görevsizlik kararı verdiği somut hadisede “Ayrıca, hangi hallerde vekile özel yetki verileceği, BK.nun 388/2. maddesiyle HUMK. 63. maddelerinde belirtilmiştir. Buna göre vekilin tahkim sözleşmesi yapabilmesi için özel yetki verilmesi gerekir. Aksi halde müvekkili yapılan tahkim sözleşmesi hukuken geçersizdir.” şeklindeki özel dairenin bozma kararının isabetli olduğuna hükmetmiştir. (Bkz. YHGK. 22. 02.2012, 11-742/82, www.kazanci.com, ET: 02/10/2019); Bkz. benzer konudaki karar için YHGK. 11.10.2000, 19-1122/1256, (www.kazanci.com, ET: 02/10/2019).

⁸⁷ AYDEMİR, s. 126.

SONUÇ

Tahkim sözleşmesinin söz konusu olabilmesi için taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunması gerekmektedir. Taraflar aralarındaki bu uyuşmazlığın tamamını yahut bir kısmını tahkime götürmek konusunda anlaşabilirler. Tahkim sözleşmesinin yapılmasıyla birlikte taraflar, belirlenen hakem veya hakem heyetine mahkemelere ait olan yargı yetkisini devretmekte ve böylece özel bir yargılama usulü oluşturmaktadırlar. Niteliği konusunda öğretide tartışmalar olmakla birlikte esas itibarıyla tahkim sözleşmesi, bir usul hukuku sözleşmesidir ve etkilerini doğrudan usul hukuku alanında gösterir. Zira, hakem kararlarının kesin hüküm etkisi doğurması ve infaz edilebilir olması tahkim sözleşmesinin kaynağını usul hukukundan aldığını göstermektedir.

Tahkim sözleşmesi müstakil bir sözleşme şeklinde olabileceği gibi asıl sözleşmenin içinde yer alan bir şart olarak da yapılabilir. Tahkim sözleşmesinin ayrılabilirliği ilkesi gereği, asıl sözleşmeye bağlı olmadığından tahkim sözleşmesi geçersiz olsa dahi asıl sözleşme geçerli olabilecek yahut asıl sözleşme geçersiz olsa da tahkim şartı geçerli olabilecektir. Önemle ifade etmek gerekir ki, uygulamada taraflar arasında doğmuş bir uyuşmazlıkta tahkim sözleşmesi yapılırken, ileride doğabilecek bir uyuşmazlık halinde ise tahkim şartına yer verildiği görülmektedir.

Tahkim sözleşmesi yapılabilmesi için taraflar arasında öncelikle sözleşme veya sözleşme dışı bir ilişkiye dayalı hukuki bir ilişki söz konusu olmalıdır. Tahkim sözleşmesinin geçerli olarak kurulması için ise taraflar arasındaki uyuşmazlığın belirli (veya belirlenebilir) olması gereklidir. Diğer yandan tahkim sözleşmesinin kurulması için bir diğer aranan şart ise açık ve kesin şekilde tahkim iradesinin varlığıdır.

Tahkim sözleşmesi, etkilerini usul hukuku alanında göstermekle birlikte kurulması bakımından maddi hukuk hükümlerine tabidir. Dolayısıyla, kurucu unsurları bulunmayan, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan, geçerlilik şartlarını taşımayan, tarafların akdedilme sırasında irade feshine uğradığı tahkim sözleşmelerinin geçerli olacağını söylemek mümkün olmayacaktır.

Taraflar, tahkim sözleşmesini yazılı olarak akdetmek zorunda olup, bu durum sözleşmenin geçerlilik şartını oluşturmaktadır. Hukukumuzda taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda tahkim sözleşmesi yapılamayacağı belirtilmiştir.

KISALTMALAR CETVELİ

B.	: Bası
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
ET	: Erişim Tarihi
HD.	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
s.	: Sayfa
TBK.	: Türk Borçlar Kanunu
Y.	: Yargıtay
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK.	: Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu

KAYNAKÇA

- **AKINCI**, Ziya, Milletlerarası Tahkim, 4.B., İstanbul, 2016,
- **ALANGOYA**, Yavuz, Medeni Usul Hukukunda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul, 1973,
- **ALANGOYA**, Yavuz/**YILDIRIM**, Kamil/ **DEREN YILDIRIM**, Nevhis, Medeni Usul Hukuku, Esasları, 7. B., İstanbul, 2009,
- **AYDEMİR**, Fatih, Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, İstanbul, 2017,
- **BİLGE**, Necip, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 2. B., 1967,
- **BİLGE**, Necip/**ÖNEN**, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara, 1978,
- **BOLAYIR**, Nur, Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, İstanbul, 2009,
- **EKŞİ**, Nuray, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim, Beta Yayınları, İstanbul, 2013,
- **ESEN**, Emre, Uluslararası Ticarî Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili, İstanbul, 2008,
- **İLHAN**, Hüseyin Afşın, Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği, Ankara, 2016,

- **KURU**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, (C. VI), 6. B., İstanbul, 2001,
- **NOMER**, Ergin/**EKŞİ**, Nuray/**ÖZTEKİN GELGEL**, Günseli, Milletlerarası Tahkim Hukuku (C. I), İstanbul, 2013,
- **ÖZBAY**, İbrahim, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim, **Ankara 2016**,
- **ÖZEL**, Sibel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul, 2008,
- **PEKCANITEZ**, Hakan/**ATALAY**, Oğuz/**ÖZEKES**, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 14. B.,
- **ŞANLI**, Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1986,
- **TAŞKIN**, Alim, Hakem Sözleşmesi, 2. B., Ankara, 2005,
- **TAŞPINAR**, Sema, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara, 2001,
- **ÜSTÜNDAĞ**, Saim, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Tahkim, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1968,
- **YAVUZ**, Cevdet, “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler”, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tahkim Konuşmalar-Tartışmalar-Bildiriler, İstanbul, 2009,
- **YEĞENGİL**, Rasih, Tahkim, İstanbul, 1974,
- **YEŞİLOVA**, Bilgehan, Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2008,
- Yargıtay kararları taraması için bkz. www.kazanci.com.

İŞYERİNİN İŞVEREN TARAFINDAN KESİN VE SÜREKLİ OLARAK KAPATILMASI İLE 4857 SAYILI İŞ KANUNU M.29 ARASINDAKİ İLİŞKİ

The Relation Between the Closing of Workplace Permanently and Definetely by Employer and the art.29 of Labour Law No.4857

Doç. Dr. İştar CENGİZ*

Geliş Tarihi: 06.11.2019 Kabul Tarihi: 28.01.2020

ÖZET

İşveren, Anayasa ile güvence altına alınmış bulunan çalışma ve sözleşme hürriyetinin bir sonucu olarak çalışma hayatını her zaman terk edebilir. İşveren, çalışma hayatını terk etmeden önce yani işyerini kapatmadan önce İş Kanununda ve ilgili mevzuatta öngörölen bildirim yükümlölüğünü yerine getirmiş ve işçilerinin iş sözleşmelerini İş Kanunu hükümlerine uygun olarak feshetmiş ise işyerinin kesin ve sürekli bir şekilde kapatıldığı kabul edilmelidir. İşyerinin kesin ve sürekli olarak kapatılması halinde, her ne kadar işçilerin iş sözleşmeleri toplu olarak feshediliyor olsa da burada işverenin amacı toplu olarak işçileri işten çıkarmak olmadığı için İş Kanunu'nda düzenlenmiş olan toplu işçi çıkarma prosedürüne tabi olunmayacaktır. Zira işverenin amacı toplu olarak işçi çıkarmak değil, faaliyet gösterdiği alanla ilgili olarak çalışma yaşamını terk etmektir.

Anahtar kelimeler: İşyerinin işveren tarafından kapatılması, toplu işçi çıkarma, işyerinin kesin olarak kapatılması, işyerinin sürekli olarak kapatılması, işyerinin bütünüyle kapatılması.

ABSTRACT

The employer, can leave working life at any time as a result of freedom of work and contract that are enshrined in the constitution. If the employer has fulfilled the obligation of notification which is prescribed by Labor Law and relevant legislation and has terminated his worker's employment contracts in accordance with the provisions of Labor Law, before leaving working life in other words before closing establishment, it should be accepted that establishment is closed definetely and permanently. In the event of closing establishment definetely and permanently, although worker's employment contracts are terminated collectively, because of the objective of employer is not collective dismissal of workers in this case, the procedure of collective dismissal regulated by Labor Law shall not be applicable. Yet the objective of employer is not collective dismissal of workers but to leave working life as relevant to his field of activity.

Key words: Closing of the establishment by the employer, collective dismissal, closing of the establishment definetely, closing of the establishment permanently, closing of the establishment completely.

* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Faköltesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta:istarcengiz@hacettepe.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-3769-9260.

GİRİŞ

4857 sayılı İş Kanunu¹, 22.05.2003 tarihinde kabul edilmiş ve Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlüğe girmiştir. İş Kanununun toplu işçi çıkarmayı düzenleyen 29. maddesinde, işçilerin topluca işten çıkarılmaları belirli bir usule bağlanmış; hangi hallerin toplu işçi çıkarma olarak kabul edileceği ve toplu işçi çıkarmak isteyen işverenin uyması gereken prosedür düzenlenmiştir. Buna göre; *“İşveren; ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri ve işin gerekleri sonucu toplu işçi çıkarmak istediğinde, bunu en az otuz gün önceden bir yazı ile, işyeri sendika temsilcilerine, ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirir.”* (4857 sayılı Kanun m.29/İ).

4857 sayılı İş Kanunu m.29’da düzenlenen toplu işçi çıkarma nedenleri, aynı Kanunun 18. maddesinin birinci fıkrasında yer alan ve geçerli sebep olarak kabul edilen *“...işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden...”* farklı bir şekilde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme 158 sayılı ILO Sözleşmesi²’nin 13. maddesinin birinci fıkrasında yer alan *“...ekonomik, teknolojik, yapısal veya benzer nedenler...”* de tanıma eklenmek suretiyle gerçekleştirilmiştir.

İşyerinin bütünüyle kapatılarak kesin ve devamlı surette faaliyete son verilmesi halinde ise işverene sadece durumu en az otuz gün önceden ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirme ve işyerinde ilan etme yükümlülüğü getirilmiştir (4857 sayılı İş Kanunu m.29/VI). Bu nedenle işyerinin kesin ve sürekli olarak kapatılmasının ne anlama geldiği ve benzer durumlarla ilişkisinin değerlendirilmesi önem taşımaktadır.

1. İŞYERİNİN İŞVEREN TARAFINDAN KESİN VE SÜREKLİ OLARAK KAPATILMASI

İşveren, Anayasanın 48. maddesinde düzenlenmiş bulunan çalışma ve sözleşme hürriyetinin bir sonucu olarak çalışma hayatını her zaman herhangi bir sebep göstermeksizin terk edebilir.

İşveren, çalışma hayatını terk etmeden önce yani işyerini kapatmadan önce İş Kanununda ve ilgili mevzuatta öngörülen bildirim yükümlülüğünü yerine getirmiş ve işçilerin iş sözleşmelerini İş Kanunu hükümlerine uygun olarak feshetmiş ise işyerinin kesin ve sürekli bir şekilde kapatıldığı kabul edilmelidir. İşyerinin kesin ve sürekli olarak kapatılması halinde, her ne kadar işçilerin iş sözleşmeleri toplu olarak feshediliyor olsa da, burada işverenin amacı toplu olarak işçileri işten çıkarmak olmadığı için İş Kanununda düzenlenmiş olan toplu işçi çıkarma prosedürüne tabi olunmayacaktır. Zira işverenin amacı

¹ Kanun No: 4857, Kabul Tarihi: 22.05.2003, Resmî Gazete Yayımlı Tarihi ve Sayısı: 10.06.2003, 25134.

² https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377301/lang--tr/index.htm, erişim tarihi 01.07.2019.

toplu olarak işçi çıkarmak değil, faaliyet gösterdiği alanla ilgili olarak çalışma yaşamını terk etmektir.³

4857 sayılı İş Kanunu işyerini, “İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği *birim ...*” olarak tanımlamıştır (m.2/1)⁴. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, “İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağılılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağılı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi eklentiler ve araçların da işyerinden ...” sayılacağı belirtilmiştir. Üçüncü fıkrada ise; işyerinin, “... *işyerine bağılı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün ...*” olduğu belirtilmiştir.

İşyerinin kapatılması kavramını, 4857 sayılı İş Kanunu m.29/VI’dan hareketle, işyerinde yürütülmekte olan faaliyete kesin ve devamlı surette son verilmesi olarak tanımlayabiliriz.⁵

İşveren ve işyerine ilişkin olup, işçilerin çalışma koşullarını ve diğer haklarını etkileyebilecek değişiklikler çeşitli görünümelerde ortaya çıkabilirler. Bu değişiklikler işyerinin iç düzenine ilişkin olabileceği gibi bizzat işyerinin varlığını da etkileyebilir. İşveren yönetim hakkına dayanarak, işyerinin faaliyetlerine sürekli ya da geçici olarak son verebilir. Bu tür bir işlem, işçilerin topluca işten uzaklaştırılmaları sonucunu doğurur. Sürekli kapanma hali, işyeri tamamen ortadan kalktığı için, işçinin feshe karşı korunmasına ilişkin kurallar çerçevesinde incelenmesi gerekir.

İşverenin 4857 sayılı İş Kanunu m.29 uyarınca toplu işçi çıkarma yoluna başvurduğu durumlarda, işyerinde faaliyet devam etmektedir. Zira işverenler çoğu zaman işyerinin devamlılığını sağlayabilmek amacıyla toplu işçi çıkarma yoluna gitmektedirler. O halde toplu işçi çıkarma işyerinin faaliyetinin teknik olarak amacını etkilemez.

Yargıtay’ın 1996 yılında vermiş olduğu bir kararında, “... işyerinin kapatılması durumunda, kapatılma ekonomik sebeplerden kaynaklansa dahi, toplu iş sözleşmesinde yer alan toplu işçi çıkarmaya yönelik cezai şart niteliğindeki hükmün uygulanamayacağı ...” belirtilmiştir⁶.

İşyerinin kesin ve sürekli olarak kapatılması halinde, iş sözleşmeleri feshedilen işçiler sayı olarak bir topluluk oluştursa dahi, işverenin amacı toplu olarak işçileri işten çıkarmak değil, faaliyet gösterdiği alanla ilgili olarak çalışma yaşamını terk etmektir.

³ Mollamahmutoğlu, 1993, s.43; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2018, s.145.

⁴ İşyeri kavramının tanımı ve konu hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Ekonomi, 2006, s.409vd.; Aydın, 2004, s.149vd.; 1475 sayılı İş Kanunu döneminde yapılan işyeri ve işletme tanımları için bkz. Güzel, 1987, s.59vd.

⁵ Ayrıca bkz. Yargıtay HGK, Tarih: 27.10.1993, Esas No: 1993/482, Karar No: 1993/604.

⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarihi: 25.06.1996, Esas No: 1996/10085, Karar No: 1996/14277.

A. İşyerinin Kesin ve Sürekli Olarak Kapatılması Kavramı

4857 sayılı İş Kanunu m.3/1'e göre; *"Bu Kanunun kapsamına giren nitelikte bir işyerini ... herhangi bir sebeple faaliyetine son veren ve işyerini kapatan işveren, işyerinin unvan ve adresini, çalıştırılan işçi sayısını, çalışma konusunu, işin başlama veya bitme gününü, kendi adını ve soyadını yahut unvanını, adresini varsa işveren vekili veya vekillerinin adı, soyadı ve adreslerini bir ay içinde bölge müdürlüğüne bildirmek zorundadır."* Bu maddede, işverenin kendi isteğiyle işyerini kapatması düzenlenmiştir⁷.

Öncelikle sürekli kapanma halinin ne anlama geldiği ya da hangi hallerin sürekli kapanma kavramının kapsamı içine girdiği meselesinin açıklığa kavuşturulması gerekir.

Öğretiye göre; işverenin işyerini kesin ve sürekli olarak kapatması, işçi ile işveren arasındaki işletme ve üretim birlikteliğinin sona ermesidir ve işveren işyerini kapatarak, o işyeri ile ilgili ekonomik faaliyetlerini ve o işyeri ile güdülen ekonomik amacı sürekli olarak sona erdirmeye yönünde bir karar vermektedir⁸.

Yargıtay'a göre⁹ ise; *"...4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesine göre işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebeple iş sözleşmesinin işverence feshedilebileceği düzenlenmiştir. İşyerinin kapatılmış olması veya faaliyetin durdurulmasının, işyerinin gereğinden kaynaklanan geçerli bir sebep olduğu açıktır. Ancak, geçerli fesih nedeni yapılan işyeri kapatılması veya faaliyetin durdurulmasının gerçek ve sürekli olması gerekir. Başka bir anlatımla, işyerinin kapatılması veya faaliyetin durdurulması muvazaalı veya geçici nitelikte ise buna bağlı olarak yapılan feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilemez. Zira muvazaalı olarak işyeri kapatılmış veya faaliyeti durdurulmuş ise gerçek bir kapatma veya faaliyet durmasından söz edilemez. Gerçek ve süreklilik niteliğini taşıyan işyeri kapatılması veya faaliyetin durdurulması, işverenin başka bir işyeri yoksa veya başka bir işyerinde değerlendirme imkânı bulunmuyorsa işçinin iş sözleşmesinin feshinde geçerli neden olarak kabul edilmelidir. ... Öte yandan, işyerinin kapatılması veya faaliyetin durdurulması gerçek ve sürekli ise bunun hangi nedene dayandığı, işverenin burada kusurlu olup olmadığı, bunun sendikal nedene dayanıp dayanmadığı da önemli değildir. İş güvencesi hükümleri yönünden üzerinde durulması gereken husus, kapatma veya faaliyete son verilmesinin gerçek olup olmadığı ve sürekli bir ifa imkânsızlığına yol açıp açmadığıdır. ... Gerçek ve sürekli bir faaliyetin durdurulmasından söz edilebilecek ise varsa davalının başka işyerlerinde, davacının değerlendirilme olanağı bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Davalı işverenin başka bir işyeri yoksa veya davacının başka*

⁷ Reisoğlu, 1979, s.3; Cengiz, 2009, s.187.

⁸ Kılıçoğlu/Şenocak, 2007, s.305.

⁹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarihi: 20.03.2006, Esas No: 2006/2990, Karar No: 2006/6997.

bir işyerinde değerlendirilme olanağı bulunmuyorsa feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilerek davanın reddine karar verilmelidir. ...”.

4857 sayılı İş Kanunu m.29/VI’ya göre de; *“İşyerinin bütünüyle kapatılarak kesin ve devamlı suretle faaliyete son verilmesi halinde, işveren sadece durumu en az otuz gün önceden ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirmek ve işyerinde ilan etmekle yükümlüdür. ...”.* Madde hükmünde, işyerinin sürekli kapanması halinde işverenin sadece durumu ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildireceği öngörülmüştür. Toplu işçi çıkarma hallerinde öngörülen işyeri sendika temsilcilerine bildirim (4857 sayılı İş Kanunu m.29/I) ve bildirimden sonra yine işyeri sendika temsilcileriyle yapılacak olan görüşmelere (4857 sayılı İş Kanunu m.29/IV) yer verilmemiřtir¹⁰. Çünkü işyerinin kesin ve sürekli olarak kapatılması halinde, işçilerin iş sözleşmelerinin işveren tarafından sona erdirilmesinin önlenmesi veya işçi sayısının azaltılması gibi hususların görüşülmesine gerek yoktur. O halde, işyerinin bütünüyle kapatılarak kesin ve devamlı suretle faaliyetine son verilmesi halinde, işverenin işçi temsilcilerine bildirim yükümlülüğü bulunmadığı gibi işçi temsilcileriyle görüşme yapma yükümlülüğü de bulunmamaktadır.¹¹ Ayrıca, fesih bildirimlerinin hüküm doğurması için otuz günlük bir bekleme süresi de işyerinin kesin ve sürekli olarak kapatıldığı hallerde söz konusu değildir.

Eyrenci, işverenin otuz gün önceden ilgili idari makamlara bildirimde bulunmasının sonuçlarının, gerek fesih bildirimlerinin hüküm doğurma anı açısından ve gerekse bildirimde bulunmamasının hukuki sonuçları açısından, toplu işçi çıkarmadaki sonuçlarla aynı olduğunu belirtmektedir¹².

Öğretide, buradaki işyerinin kapatılması kavramı, işyerinin bütün ve sürekli olarak kapatılması anlamına geldiği için, işyerinin kısmen kapatılması, geçici kapatılması, belirli bir bölümün veya birimin kapatılması ve benzeri hallerin bu kapsamda olmadığı yönünde görüşler bulunmaktadır¹³.

Toplu işçi çıkarma, toplu olarak her halükarda işçi çıkarmak değildir. 4857 sayılı İş Kanunu m.29 anlamında, topluluk oluşturacak şekilde işçi çıkarmaktır. Toplu işçi çıkarma ancak Kanunda aranılan sebeplerle ve iş sözleşmesi feshedilen işçilerin sayısı Kanunda aranılan oranlara ulaştığında söz konusu olan özellikli bir durumdur. İşyerinin kapatılmasında ise, kural olarak işverenin bir sebebe dayanma ve açıklama zorunluluğu yoktur. Toplu işçi çıkarma için öngörülen *“ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya*

¹⁰ elik/Caniklioğlu/Canbolat, 2018, s.146; Eyrenci, 2005, s.561; çalışan sayısı 20’nin altındaki işyerlerinin kapatılması halinde, bu madde hükmünün değil, İş Kanunu m.3/I hükmünün uygulanacağı yönündeki görüş için bkz. Köseoğlu, 2004, s.131-132; Ekonomi, 2005, s.447-448.

¹¹ elik/Caniklioğlu/Canbolat, 2018, s.146, 617; Eyrenci, 2005, s.561; Köseoğlu, 2004, s.131 vd.

¹² Eyrenci, 2005, s.561.

¹³ Um, 2003, s.175.

işin gerekleri” işveren için işyerini kapatma yoluna gitmesine bir neden oluşturabilir. İşverenin işyerini kapatmak iradesi ve kararı, geçerli sebep oluşturma açısından yeterlidir; başkaca bir sebep bulunmasına gerek yoktur. Ancak işveren işyerini kapatma yoluyla işçilerin haklarını kullanmalarını veya haklarını elde etmelerini engelleyemez. Kapatma işleminde işyerinde “*kesin ve devamlı suretle faaliyete son verilmesi*” söz konusudur, geçici ve kesin olmayan şekilde faaliyetin durdurulması, işyerinin kapatılmasından farklıdır¹⁴.

Toplu işçi çıkarma, 4857 sayılı İş Kanununda düzenlenmiş bulunan, özellikli bir kurumdur. Bu hallerde İş Kanunu işverene sadece bir bildirim yükümlülüğü getirmekle yetinmemiş ayrıca belirli nedenlerin varlığını da aramıştır.

Öğretide, 4857 sayılı İş Kanunu m.29/VI uyarınca, işyerinin bütünüyle kapatılarak kesin ve devamlı surette faaliyete son verilmesi halini toplu işçi çıkarmanın bir türü olarak değerlendiren görüşler de bulunmaktadır¹⁵.

Ekonomi, işyerinin kapatılması konusunun, toplu işçi çıkarmaya ilişkin hükümler arasında ve farklı esaslara bağlı şekilde düzenlendiğini ve işyerinin kapatılması durumunun bir işyerinden toplu işçi çıkarma halinin en geniş uygulama şekli olduğunu belirtmektedir¹⁶. Ancak işveren, işyerini kesin ve devamlı surette kapattığı zaman, bu durum aynı zamanda çalışma hayatının terki anlamına gelir ve bu bağlamda sözleşmeleri feshedilen işçiler bir topluluk oluştursalar dahi, toplu işçi çıkarma söz konusu olmaz. Bir işyeri kapatıldığı zaman, kural olarak, tüm işçilerin iş sözleşmeleri, her biri için öngörülmüş olan bildirim usullerine uyularak sona erer. Bu durum işyerinin kapatılmasının bir sonucudur. Toplu işçi çıkarmanın nedenleri ise Kanunda ayrıca sayılmaktadır. İşyerinin kapatılması hali, İş Kanununda sayılan toplu işçi çıkarma nedenleri arasında yer almamaktadır. İşyerinin kapatılması durumunda, toplu işçi çıkarma değil, işyerindeki bütün işçilerin çıkarılması söz konusu olmaktadır. İşyerinin kapatılması sonucu işten çıkarılan işçiler de bir topluluk oluşturmakla birlikte bu durum, toplu işçi çıkarma olarak değerlendirilemez. Çünkü Kanun toplu işçi çıkarmanın ne olduğunu, koşullarını 29. maddenin birinci ve ikinci

¹⁴ Ekonomi, 2006, s.429; Köseoğlu, 2004, s.7; Cengiz, 2009, s.189.

¹⁵ “...işyerini kapama; toplu işçi çıkarma niteliği de taşıdığından...” (Reisoğlu, 1979, s.4); “...Görüldüğü gibi bu halde, işverenin temsilcilere feshi bildirme ve bunlarla görüşme yapma yükümlülüğü söz konusu olmamaktadır. Bu yöndeki eksiklik maddenin varlık nedeniyle gelişmektedir. Çünkü işyerinin temelli kapatılması halinde yine ve daha belirgin olarak toplu işçi çıkarma söz konusu olacaktır.” (Güzel, 2004, s.127–128); Ulucan, “...işyerinin tamamen kapatılması sonucu gerçekleşecek olan toplu işçi çıkarmalar...” ifadesini kullanarak, işyerinin kesin ve devamlı olarak kapanması halini bir toplu işçi çıkarma hali olarak değerlendirirken, “...özellik taşıyan mevsimlik ve kampanya işlerinde, işin niteliği gereği toplu bir şekilde işçi çıkartılmasının gerekmesi halinde, toplu işçi çıkarmaya ilişkin hükümler uygulama alanı bulmayacaktır.” ifadesini kullanmıştır (Ulucan, 2003, s.46); aksi yöndeki görüşler için bkz. Uçum, 2003, s.175.

¹⁶ Ekonomi, 2006, s.428–429.

fıkralarında belirlemiş olup işyerini bütünüyle kapatılarak, kesin ve devamlı suretle faaliyete son verilmesi halinde sadece bir bildirim yükümlülüğü getirmekle yetinmiştir.

İşveren işyerini kesin ve sürekli olarak kapattığında, artık toplu işçi çıkarma ile ilgili hükümler uygulanamayacaktır. Zira bu durumda işverenin amacı işçileri işten çıkarmak değil, çalışma hayatını terk etmektir. Buna karşılık, işverenin işyerini kapatma hakkı da tüm haklarda olduğu gibi, TMK m.2’de düzenlenen doğruluk ve dürüstlük kurallarına uygun olarak kullanılması gereken bir haktır¹⁷. Yargıtay’a göre¹⁸ de; *“İşverenin işyerini kapatması işletmeyle ilgili bir karar olup kötüniyetli kapatma dışında hâkimin denetimi dışındadır.”* İşverenin işyerini kapatmaya yönelik kararı, mahkemelerin denetimine tabi olmayan serbest işveren kararıdır. O halde işverenin işyerini kapatma kararı, mahkemeler tarafından amaca uygunluk, gereklilik veya yerindelik gibi denetimlere tabi tutulamaz¹⁹.

4857 sayılı İş Kanunu m.3, işyerinin kapanması haliyle ilgili olarak öngördüğü bildirim yükümlülüğüne paralel bir şekilde, çalışma konusunun tamamen değiştirilmesi konusunda da bir bildirim yükümlülüğü öngörmüştür. Madde hükmünde öngörülen bildirim yükümlülüğü, Türk İş Hukuku bakımından işyerinin kapatılmasıyla aynı usule tabidir, fakat işyerinin kapatılması durumunda, işveren çalışma yaşamını terk etmektedir ve bu bağlamda tüm işçiler bildirim usullerine uyularak işten çıkarılmaktadırlar. 4857 sayılı İş Kanunu m.29/VI, kapatmayı, işyerinin faaliyetine kesin ve sürekli olarak son verilmesi olarak tanımlamıştır. İşyeri kesin ve sürekli olarak kapanmamakla birlikte, işyeri içinden ya da dışından kaynaklanan sebeplerle işyerinde faaliyete geçici bir süre ara verilmek zorunda kalınabilir. İşyerinde faaliyete geçici olarak ara verilmesinin, işçi ve işveren arasındaki iş ilişkilerine dolayısıyla iş sözleşmesine bir takım etkileri olmaktadır²⁰.

Fransız Hukukunda işletmenin kesin olarak kapanması ve faaliyetlerini tümüyle sona erdirmesi Art. L.2343-2, Art. L.2343-4, Art. L.2353-4 ve Art. L.2353-5’de özel olarak düzenlenmiştir. Söz konusu maddeler işletmenin tamamen kapanması ve bu nedenle işyerinde yürütülen faaliyetin bütün olarak sona ermesi halinde uygulama alanı bulacaktır. İşletmede meydana gelen yapısal değişiklikler, maddenin uygulama alanı dışında kalmaktadır. İşletmenin kesin olarak kapanması durumunda, işletme komitesi, işçiler için alınması gereken her türlü önlemi araştırır, gerekirse bilirkişilere başvurabilir. Komite, işçilere nakdi yardımda bulunabilir. İşletmenin kapanması kesinse,

¹⁷ Reisoğlu, 1979, s.9; Kılıçoğlu/Şenocak, 2007, s.304.

¹⁸ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarihi: 15.09.2005, Esas No: 2005/23769, Karar No: 2005/30079.

¹⁹ Kılıçoğlu/Şenocak, 2007, s.301-302.

²⁰ Köseoğlu, 2004, s.38.

komite sekreteri, taşınır ve taşınmazların intikalini görüşmek için komiteyi toplantıya çağırabilir, komite katılanların çoğunluğuyla karar alır. Komite, faaliyetin sona erme gününe karar verebilir ve tasfiye sona erene kadar varlığını devam ettirir. Bunun için bir zaman sınırlaması yoktur.²¹

B. İşyerinin Bütünüyle Kapatılması

İşletmeye dâhil işyerlerinden birinin veya birkaçının kesin ve sürekli olarak kapatılması ekonomik sebepli olabileceği gibi tamamen işverenin kararına da dayanıyor olabilir. İşveren işyerinin belirli bir bölümünde yapılan faaliyetle ilgili olarak da çalışma yaşamını terk ediyor olabilir. Bu durumda da işin sürekliliği sona ermektedir ve faaliyetin bir bölümünün durdurulması ve işyerinde daha az sayıda işçiye ihtiyaç olması feshin geçerli nedenini oluşturacaktır.²²

Ekonomi'ye göre²³, toplu işçi çıkarmada en az belirli sayıda işçinin iş ilişkisine son verilmekte, ancak işgücündeki sayısal azalmaya rağmen işyerinde faaliyete devam edilmektedir. Bu nedenle işyerinin bir bölümünün kapatılması da, işyerinde faaliyet devam ettiği için toplu işçi çıkarma halini oluşturur. Yazara göre, işyerinin kapatılmasında, işyerinde asıl iş olan mal veya hizmet üretimi ve tüm yardımcı işlerin yürütümüne son verilmektedir. Başka bir deyişle, teknik amacı gerçekleştirmek üzere bir araya getirilen unsurların, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile bütünleştiği iş organizasyonu ortadan kalkmaktadır. İşveren sırf toplu işçi çıkarma hükümlerine tabi olmamak için böyle bir yola başvuruyorsa artık burada hakkın kötüye kullanımı söz konusu olur. Örneğin işveren, işyerinin bir bölümünü kapatmış, ancak aynı faaliyeti diğer bir bölümde veya diğer işyerinde sürdürmeye başlamışsa, aynı nitelik ve sayıda işçi ihtiyacı devam ettiği için artık söz konusu fesih işletme gerekleri nedeniyle gerçekleştirilmiştir diyemeyiz.²⁴

İşletmeye dâhil işyerlerinden birinin kapatılması durumunda ise, işveren iş sözleşmelerini işletme gerekleri nedeniyle feshedebilir. İşyerinin kapanması iş sözleşmesini kendiliğinden sona erdirmediğinden, işverenin kapanma nedeniyle bir fesih iradesinde bulunması gerekir. Eğer işveren işletmenin kapanan işyerinde görülen işi tamamen tasfiye etmeyip, başka işyerinde görmeye devam ederse, artık işçilerin işine bu nedenle son veremez. Zira işçilerin gördükleri işe olan ihtiyaç ortadan kalkmamıştır. Ancak işveren, işyerinde yapısal değişikliğe giderek eski işçilere ihtiyacı olmadan aynı faaliyeti yürütebiliyorsa, yine işletme gerekleri nedeniyle fesih yoluna gidebilir.²⁵

²¹ <http://codes.droit.org/CodV3/travail.pdf> ; Köseoğlu, 2004, s.18; Cohen, 2000, s.820-821.

²² Engin, 2003, s.78.

²³ Ekonomi, 2006, s.429.

²⁴ Engin, 2003, s.78; Cengiz, 2009, s.193.

²⁵ Köseoğlu, 2004, s.29.

Avrupa Birliğine üye ÷lkelerin hukuk sistemlerinde, işçi ve işveren arasındaki bazı ilişkilerde sadece işyeri esasının değil, işletmenin de esas alındığı, hatta buda aşılıarak “*holding veya ortaklık toplulukları*” düzeyinde düzenlemeler yapıldığı gör÷lmektedir. Örneğin Fransız Hukukunda, aynı gruba bağlı değişik ortaklıklar tek bir işletme olarak kabul edilmektedir. İşyeri bölümü, işyeri kapsamında kendi işlevini, işgücü tahsisiyle yerine getirebilen bir organizasyon birimidir²⁶. İşyerinin bir bölümünün kapatılmasında; kapatılan kısımda gör÷len işin niteliği önem kazandığı için, işyerinde yapılmakta olan asıl iş ve yan işlerin, tam ve doğru olarak belirlenmesi gerekir. İşverenin işyerinin bir bölümünü kapatma yönünde bir iradesi yoksa artık işyerinin tamamen kapatılmasından söz etmek gerekecektir. Burada önemli olan, işverenin iradesidir. Bu amaçla işyerinde yürüt÷lmekte olan asıl iş ve işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örg÷tlenen yerlerin doğru bir şekilde saptanması gerekir²⁷. İşyerinin bir bölümünün kapatılması halinde, kapatılan bölümde çalışan işçilerin iş sözleşmeleri kendiliğinden sona ermez. İşverenin, kapanmadan etkilenen işçilerin iş sözleşmelerini usulüne uygun olarak sona erdirmesi (fesih) gerekir. Bunun için öncelikle, işyerinin bir bölümünün kapanması nedeniyle işçinin çalıştığı bölümün kapatılması gerekir. İşyerinin bir bölümünün kapanması durumunda yapılan fesihler, ekonomik nedene dayanır. İşyerinin bir bölümünün kapatılması halinde, işyerinde daha az işçiye ihtiyaç duyulması, feshin geçerli nedenini teşkil eder²⁸. İşveren, işyerinin bir bölümünü kapatır, ancak o bölümde sürdür÷len faaliyeti aynen işyerinin diğer bölümünde veya başka bir işyerinde sürdür÷irse, aynı nitelik ve sayıda işçi ihtiyacı devam edeceğinden geçerli nedenle fesih hakkı hemen doğmaz. Burada özellikle kapatılan bölümde yürüt÷len faaliyet, işyerinin diğer bölümlerinde çalışan işçilerle gör÷lebiliyor ve yeni işçiye ihtiyaç duyulmuyorsa, fesih için geçerli nedenin varlığının kabulü gerekir. Eğer işçi, işyerinin diğer bir bölümünde veya aynı işverene bağlı başka bir işyerinde çalışması için kendisine yapılan değişiklik önerisini kabul etmezse, işveren bu durumda değişiklik feshi yoluna gidebilir ve işyerinin değiştirilmesine rıza göstermeyen işçilerin iş sözleşmelerini feshedebilir (4857 sayılı İş Kanunu m.22)²⁹.

Yargıtay, 2005 yılında verdiği bir kararında³⁰, “*bölüm kapatılması nedeniyle toplu işçi çıkarmaya gitme*” kavramını kullanmıştır. Yargıtay bu kararında işyerinin bir bölümünün kapatılmasını toplu işçi çıkarma sebebi olarak gör÷rken, işyerinin tamamen kapatılmasını m.29’un kapsamı dışında

²⁶ Ekonomi, 2000, s.340–341; işyeri bölümüne örnek olarak bkz. Köseoğlu, 2004, s.17, dn.43, 34.

²⁷ Köseoğlu, 2004, s.18.

²⁸ Engin, 2003, s.78; Köseoğlu, 2004, s.18.

²⁹ Köseoğlu, 2004, s.19.

³⁰ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarihi: 28.09.2005, Esas No: 2005/811, Karar No: 2005/31498.

değerlendirmiştir. Yargıtay'ın bu konudaki görüşü yerindedir. Kanaatimizce, işyerinin bir bölümünün kapatılması halinde, İş Kanunu m.29'da toplu işçi çıkarma için aranılan şartlar mevcut ise toplu işçi çıkarma söz konusu olur. Bu durumda, işyerinin bir bölümünün kapatılmasında, işverenin söz konusu kapatmayı hangi amaçla yaptığının bir önemi kalmayacaktır.

2. İŞYERİNİN KESİN VE SÜREKLİ OLARAK KAPATILMASI BAKIMINDAN PROBLEM OLUŞTURABİLECEK DURUMLAR

A. İşverenin İşyerindeki Faaliyet Konusunu Değiştirmesi

Bir işveren, faaliyet konusunu, işyerini kapatıp yeni bir işyeri kurmak suretiyle değiştirebileceği gibi, işyerini kapatmaksızın da değiştirebilir. İşveren işyerini kapatmaksızın, faaliyet konusunu değiştiriyor ve bu kapsamda işçilerini çıkarıyor ise m.29/1 uygulanmalıdır. İşveren, işyerindeki faaliyet konusu değişikliğini önceki işyerini kapatmak ve yeni bir işyeri kurmak suretiyle gerçekleştiriyorsa, bu durumda artık (gerçek bir kapatma ise) m.29/1 bağlamında bir toplu işçi çıkarma söz konusu olmaz.

İşveren, işyerini gerçekten, kesin ve sürekli tarzda kapatıyor ve tüm işçilerin iş sözleşmelerini feshediyor ise, bu durum işyerinin kapanmasıdır. Ancak, bir işyerinin kesin olarak kapatılması halinde mutlaka işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilmesi de gerekmez. Diğer bir ifadeyle bu durumda işveren isterse, iş sözleşmelerini feshedebilir. Tüm işçilerin iş sözleşmelerini feshedebileceği gibi, bir kısım işçilerin iş sözleşmelerini feshetme yoluna da gidebilir. İşverenin işyerini kapatması, iş sözleşmelerinin zorunlu olarak feshi sonucunu doğurmaz. İşveren işyerini kapatmakla birlikte işçilerin iş sözleşmelerini fesih yoluna gitmeyebilir. O halde, bir işveren işçilerin iş sözleşmelerini feshetmeksizin işyerini kapatmak suretiyle çalışma hayatını terk ettiğinde, yine bir işyerinin kapanması hali mevcuttur ancak m.29/1 bağlamında bir toplu işçi çıkarma söz konusu değildir.

İşveren, gerçekten işyerini kapatmış, fakat bir kısım işçilerle arasındaki iş sözleşmesini korurken, diğerlerinin iş sözleşmelerini feshetme yolunu seçmiş ise böyle bir durumda da toplu işçi çıkarma söz konusu olmaz. Zira işyeri kapatılırken, sözleşmeleri feshedilen işçiler açısından fesih sebebi işyerinin kapanmasıdır ve işyerini kapatan bir işverenin bütün işçilerin iş sözleşmelerini feshetmek gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Fakat işveren, işyerini kapatırken bu nedenle iş sözleşmelerini feshettiği işçileri de çalıştırabileceği tarzda yeni bir işyeri kurarsa ve bu işçilerle değil de farklı işçilerle iş sözleşmesi yaparsa, bu durum gerçek anlamda bir işyerinin kapatılması değil şekli anlamda bir kapatma olur ve işveren 4857 sayılı İş Kanunu m.29/1 bağlamında, toplu işçi çıkarma hükümlerine aykırı davranmış olur. Böyle bir durumda artık 3. madde bağlamında işyerinin kapatılması

değil, 29. maddenin birinci fıkrası bağlamında, işyerinde yapısal değişiklik bulunmaktadır. Ayrıca, somut olayın şartlarına göre, işverenin işyerini kapatma hakkını kötüye kullanması hali söz konusu olabilir.

Bir işyerinde işverenin faaliyet konusunu değiştirmesi ile işyerinin faaliyet konusunu değiştirme birbirinden farklı kavramlardır. Örneğın; dokuma fabrikası sahibi bir işveren, faaliyet konusunu sürekli tarzda değiştirerek dokuma fabrikası yerine çimento fabrikası kurarak, faaliyete geçirebilir. Bu durum aynı zamanda işverenin faaliyet konusunu değiştirmesi olarak da ifade edilir. Böyle bir durumda, işyeri kapatılmak suretiyle faaliyet konusunun tamamen değiştirilmesi söz konusu olmaktadır. İşverenin faaliyet konusunun tamamen değiştirmesi, önceki işyerinin kapatılarak yeni bir işyerinin açılması şeklinde ortaya çıkabilir. Bu durum artık, işyerindeki faaliyet konusunun sürekli tarzda değiştirilmesi değil, 4857 sayılı İş Kanunu m.3 bağlamında, işyerinin kapanması ve daha sonra yeni bir işyerinin açılmasıdır. Bu durumda da, m.29/VI uygulama alanı bulacaktır. Burada, işyerindeki faaliyet konusu, işyerinin kapanmasını ve yeni bir işyerinin kurulmasını gerektirecek şekilde sürekli olarak değiştirilmiştir.

İşyerinin faaliyet konusunun sürekli tarzda değiştirilmesi ise, işyerini kapatmak suretiyle gerçekleştirilebileceğı gibi, işyeri kapatılmaksızın da gerçekleştirilebilir. Zira işyerinde faaliyet konusunun sürekli tarzda değiştirilmesi işyeri kapatılmadan gerçekleşiyorsa ve bu nedenle işçilerin iş sözleşmeleri feshediliyorsa m.29/I uyarınca yapısal değişiklik vardır ve toplu işçi çıkarmaya ilişkin hükümler uygulama alanı bulur.

İşyerindeki faaliyet konusu işyerinin kapatılması suretiyle gerçekleşiyorsa, burada bir işyerinin kapatılması durumu söz konusu olmaktadır ve tartışma dışıdır. Ama faaliyetin değiştirilmesi, işyerinin kapatılmasını zorunlu kılmıyorsa, toplu işçi çıkarmaya olanak veren yapısal bir değişiklikten bahsedilebilir. O halde, işyerindeki faaliyet konusunun tamamen değiştirilmesi ile işyerinin kapanması kavramlarının birbirlerinden farklı kavramlar olduğı söylenebilecektir. İşyerindeki faaliyetin kısmen değışmesi halinde böyle bir değişiklik işyerinin kapatılmasını gerektirmeyecek mahiyette olduğı için kural olarak 29. maddenin birinci fıkrasındaki toplu işçi çıkarmaya imkân veren bir yapısal sebep olarak değeriendirilmelidir.

B. İşyerinin Kesin ve Sürekli Olarak Kapatılması ile Lokavt Arasındaki İlişi

Lokavt kavramıyla işyerinin kapanması kavramı arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Aynı şekilde lokavt kavramıyla toplu işçi çıkarma kavramı arasında da ilk bakışta bir benzerlik görölmektedir. Zira lokavt esnasında işçiler toplu olarak işyerinden uzaklaştırılmaktadırlar.³¹

³¹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2018, s.1003; Köseoğlu, 2004, s.85.

Lokavt, işverenin toplu iş uyuşmazlığını çözmek amacıyla işyerini geçici olarak kapatması ve işçilerin topluca işten uzaklaştırılmalarıdır³². Lokavt, bir işyeri veya işyerlerindeki işçilerin tümünün, bir toplu iş uyuşmazlığını toplu iş sözleşmesiyle çözmek amacıyla topluca işten çıkarılması yoluyla, onlar üzerinde baskı uygulanmasını sağlayan bir mücadele önlemdir. Ancak, lokavtta sağlanan baskı, işyerinin kapanmasıyla değil, işçilerin gelirlerini kaybetmeleriyle gerçekleşmektedir³³.

6356 sayılı STİSK m.59/1' e göre; *“İşyerinde faaliyetin tamamen durmasına neden olacak tarzda, işveren veya işveren vekili tarafından kendi kararıyla veya bir kuruluşun verdiği karara uyarak, işçilerin topluca işten uzaklaştırılmasına lokavt denir.”*. O halde, işçilerin topluca işten uzaklaştırılması işyerinde faaliyetin tamamen durmasına sebep olacak tarzda ise bir lokavt söz konusu olur. İşyerinin, bir toplu uyuşmazlık veya iş mücadelesi ortamında kesin ve devamlı olarak kapatıldığına hukuken sabit olduğu durumlarda, kapatma sebebinin olayın niteliği üzerinde bir önemi yoktur. Yani kanundışı bir lokavt uygulamasından değil de koşulları varsa işyerini kötüniyetle kapatmadan bahsedilebilir ve bu durumda da iş sözleşmeleri feshedilen işçiler, kötüniyetle feshetme ve iş güvencesine ilişkin düzenlemelerden yararlanırlar³⁴.

Kanun, kanuni lokavt uygulamasını belirli bir süre ile sınırlamamıştır. Bu nedenle, işyerini sürekli kapalı tutmak isteyen işveren, lokavtı kılıf olarak kullanabilir. İşveren, bu şekilde uzun süre işsiz kalan işçilerin başka işlerde çalışmaya başlaması üzerine de 6356 sayılı Kanun m.68/III uyarınca iş sözleşmelerini feshedebilir. Böylece, işyerini temelli kapatması durumunda işçilerin iş sözleşmelerini feshettiğinde ödemesi gereken ihbar ve kıdem tazminatlarını ödemekten kurtulabilir. Böyle bir durumda yani lokavt hakkının işyerini temelli kapalı tutmak amacıyla kullanılması durumunda artık lokavt hakkının kötüye kullanımı söz konusu olur³⁵.

Lokavt, geçici bir hareket olduğundan işyerinin işveren tarafından kesin ve sürekli olarak kapatılması durumundan farklıdır. 6356 sayılı Kanun m.72/II ile işyerini sürekli kapatan işverenin, bu durumu lokavtla gizlemesi önlenmek istenmiştir³⁶.

³² Reisoğlu, 1979, s.8; Sur, 1992, s.140; Moreau, 1988, s.205; Koehl, 1994, s.189; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2018, s.1003; Köseoğlu, 2004, s.85–86.

³³ Mollamahmutoğlu, 1993, s.35; Köseoğlu, 2004, s.86.

³⁴ Mollamahmutoğlu, 2005, s.171-172.

³⁵ Mollamahmutoğlu, 2005, s.172; Cengiz, 2009, s.198-199.

³⁶ Mollamahmutoğlu, 2005, s.172; 2822 sayılı Kanun m.72/II' ye göre; *“Kanuni bir lokavtın, işyerini temelli olarak kapalı tutmak amacıyla yapıldığı kesinleşmiş mahkeme kararıyla belirlenirse...”* lokavt hakkının kötüye kullanıldığı varsayılır ve durdurulur (Mollamahmutoğlu, 2005, s.171); Cengiz, 2009, s.198-199.

Yargıtay'ın 1977 yılında vermiş olduğu bir karara³⁷ göre; “... İşverenin işyerini kapatma kararına gerekçe olarak ileri sũrdũđu ekonomik sebeplerin yapılan araştırma sonucu kanıtlanamadığı, bu nedenle kapatma kararının haklı ekonomik sebeplere dayanmadığı, bunun sonucu olarak da işyerini kapatma girişiminin yasadışı lokavt niteliği taşıdığı sonucuna varılmıştır. Kararda, lokavtın oluşumu işin sadece maddi olayın varlığı ũzerinde durulmadığı, amaç unsurunun da dikkate alındığı gũrũlmektedir. Olayda yapılan inceleme sonucu kapanmanın gerçekten ekonomik sebeplerden kaynaklandığı saptanmış olsaydı lokavtın varlığından sũz edilemeyecekti. Ekonomik sebeplerle kapatıldığı olgusu kanıtlanamadığına gũre, işverenin uyuşmazlığı kendi lehine çũzmek işin baskı amacıyla işyerini kapattığı, dolayısıyla lokavt (yasadışı lokavt) yaptığı ortaya çıkmaktadır. ...”³⁸.

Tũrk Hukukunda, zarar eden veya zarar etmese de işini artık yũrũtmek istemeyen işverenin, işyerini kapatmasını engelleyen bir hũkũm bulunmamaktadır³⁹. İşverenin işyerini kapatırken, herhangi bir neden gũsterme zorunluluğu da yoktur. Bu durum Anayasanın 48. maddesinde gũvence altına alınan çalışma ve sũzleřme ȳzgũrlũđũnũn doğal sonucudur.

İşyerinin kesin ve devamlı olarak kapanması esas olarak amaç unsuru bakımından lokavttan farklı bir kavramdır. Çalışma hayatını terk eden bir kişi işin zaten uyuşmazlığın bir anlamı yoktur⁴⁰.

Bu durumun tek istisnasını, işyerinde toplu iş sũzleřmesinin yapılması işin yetkinin kazanılmasından itibaren başlayan aşamada işyerini kapatma durumu oluşurmaktadır. İşveren bu aşamada işyerini toplu iş uyuşmazlığını lehine çũzmek amacıyla kapatıyorsa, bu durum artık bir kanundışı lokavt oluřturur⁴¹. Kanunda dũzenlenmeyen bu durumla ilgili olarak Yargıtay, bir işyerinde sendikanın “toplular iş sũzleřmesi yetkisi kesinleştikten sonra işverenin, ancak ekonomik nedenlerle”⁴² veya bir uyuşmazlıkta sũz konusu olduğu gibi, toplu gũrũřmenin uyuşmazlıkla sonuçlanması halinde başvurulan arabuluculuk aşamasında, arabulucu tutanağının tebliği ũzerine “kapatmayı gerektirici haklı nedenlerle”⁴³ işyerini kapatabileceğini belirtmiştir.

³⁷ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarihi: 08.07.1977, Esas No: 1977/8389, Karar No: 1977/10606.

³⁸ Mollamahmutoğlu, 1993, s.38; Kũseođlu, 2004, s.87.

³⁹ Kũseođlu, 2004., s.7; Reisoğlu, 1986, s.268; Tunçomağ, 1985, s.543; Kutal, 2003, s.27–28; Cengiz, 2009, s.199-200.

⁴⁰ Mollamahmutoğlu, 1993, s.43–44.

⁴¹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2018, s.14, 1005; Kũseođlu, 2004, s.91, 12, 122-123; Mollamahmutoğlu, 1993, s.45; Oğuzman, 1987, s.285-286.

⁴² Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarihi: 01.03.1991, Esas No: 1991/2643, Karar No: 1991/3142; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarihi: 09.03.1993, Esas No: 1992/14123, Karar No: 1993/3881; ayrıca bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2018, s.145.

⁴³ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarihi: 15.06.1990, Esas No: 1990/6798, Karar No: 1990/7405.

Bir işveren, işyerini, uygulanmakta olan bir grev esnasında da kapatmış olabilir. Böyle bir durumda dahi işyerinin kapatılması ve bu doğrultuda işçilerin iş sözleşmelerinin bir topluluk oluşturacak şekilde feshedilmesi, grev konusu olan uyuşmazlıkla ilgili olmadığı sürece, bir lokavtın varlığından bahsedemeyiz. Buradaki durum ancak, TMK m.2 anlamında hakkın kötüye kullanılmasını teşkil edebilir ve bu bağlamda da işverenin işyerini kapatma hakkını kötüye kullanmasından söz edebiliriz⁴⁴. Uyuşmazlık sırasında hatta bir grevin uygulanması sırasında işyerinin kapatıldığı her durumda, olayın yasadışı lokavt olduğu söylenemez. Her olayı ve özelliklerini ortaya konulan deliller çerçevesinde değerlendirmek gerekir⁴⁵.

Yargıtay, arabuluculuğun sonuçsuz kalıp grev aşamasına geçilmesi durumu ile ilgili olarak da, grev kararından sonra haklı ekonomik nedenlere dayanmayan işyeri kapatma kararının kanundışı lokavt olarak nitelenmesi gerektiği yönünde görüş bildirmiştir⁴⁶.

Sebebi ne olursa olsun işyerinin kesin ve sürekli olarak kapatılması lokavt kavramından farklıdır⁴⁷. İşverenin işyerini kapatması halinde, işyerinin faaliyeti tamamen duracaktır ve işçiler de işyerinden topluca uzaklaştırılmış olacaklardır. İşverenin herhangi bir sebeple işyerini kapatması lokavt oluşturmaz, fakat işverenin işyerini kapatırken işçilerin yasal ve sözleşmeden doğan haklarını vermemesi, örneğin feshi ihbarlara uymaksızın, hatta iş sözleşmelerini feshetmeksizin, fiilen işçileri işyerinden uzaklaştırarak işyerini geçici veya devamlı kapatması bir kanun dışı lokavt meydana getirecektir⁴⁸. İşverenin gerçek niyetinin işyerini kapatmak ve çalışma hayatını terk etmek değil de, işçileri işten çıkarmak veya sendikal hakların kullanılmasını engellemek ya da toplu iş uyuşmazlığını lehine çözmek baskı uygulamak olduğunun anlaşılması halinde, bu kapatma artık kanun dışı lokavt olarak değerlendirilecektir⁴⁹. Her somut olayda kapatma kararının nedeni araştırılmalıdır ve kapatma kararının sadece grev nedeniyle alınmış olduğunun tespiti halinde, bu işlemin hükümsüzlüğü söz konusu olmalıdır⁵⁰. İşyerini kapatmanın gerçek ve samimi olduğunu gösteren en önemli göstergelerden biri, işverenin içinde bulunduğu

⁴⁴ Mollamahmutoğlu, 1993, s.44; Köseoğlu, 2004, s.91-92.

⁴⁵ Köseoğlu, 2004, s.89.

⁴⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarihi: 08.07.1977, Esas No: 1977/8399, Karar No: 1977/10606; ayrıca bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2018, s.146; Süzek, 2018, s.217vd.; Süzek, 2001, s.1343-1346; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014, s. 294-295; Aydemir, 2001, s.120, 122-123; Köseoğlu, 2004, s.120, 122-123; Narmanlioğlu, 2012, s.158vd.

⁴⁷ Mollamahmutoğlu, 1993, s.45; Köseoğlu, 2004, s.92; Oğuzman, 1987, s.285; Cengiz, 2009, s.201.

⁴⁸ Reisoğlu, 1979, s.8.

⁴⁹ Köseoğlu, 2004, s.88, 92-93; Reisoğlu, 1979, s.7.

⁵⁰ Köseoğlu, 2004, s.93-94.

ekonomik durumdur⁵¹. İşverenin tüm işçi haklarını ödeyerek işyerini herhangi bir nedenle gerçekten kapatması İş Kanununa göre yasal hakkıdır ve kural olarak bir kanun dışı lokavt meydana getirmez⁵².

İşverenin, işçilerin yasal ve sözleşmeden doğan haklarını vermeksizin işyerini kapattığı her durumda kanun dışı lokavtın varlığından bahsedilemez. Kaldı ki, grev kararı alındıktan sonra işveren tarafından işyerinin kapatıldığı her durumda dahi, kesin olarak kanun dışı lokavtın varlığından bahsedilememektedir.

Toplu iş uyuşmazlığı sürecinde işyerinin kapanmasının, mücbir sebep ve bu nitelikte olmamakla birlikte, haklı kabul edilebilecek sebeplere dayandığının ispat edilmesi halinde lokavt söz konusu olmayacaktır⁵³. Buna karşılık, işyerini kapatarak, bazı işçilerin iş sözleşmelerini fesheden işverenin daha sonra kurmuş olduğu yeni işyerinde eski işçileri alıştırması imkanı mevcutsa, artık bu durumda kanun dışı lokavttan bahsedebiliriz⁵⁴.

Yasadışı lokavt ve işyerinin kapatılması arasındaki ilişki uygulamada iki şekilde ortaya çıkabilir. İşveren işyerini kapatma niyeti olmamakla birlikte, özellikle toplu iş uyuşmazlığı sürecinde işçilere baskı uygulamak amacıyla işyerini kapatma yoluna gidebileceği gibi, gerçek niyeti işyerini kapatmak olmakla birlikte, işçilere yapacağı fesih bildirimleriyle büyük miktarda kıdem tazminatı ödemek zorunda kalacağından, bunlardan kurtulmak için lokavta gitmeyi de tercih edebilmektedir⁵⁵.

İşyerinin kesin olarak kapatılması lokavt kavramının dışında kalır. Zira lokavt, geçici bir uygulamadır. İşveren, alışma ve sözleşme hürriyetinin (1982 Anayasası m.48) bir sonucu olarak çalışma hayatını her zaman terk edebilir. İşveren, işyerini kapatacağını Kanunda ngrlen mercilere bildirmiş, işçilerin iş sözleşmelerini İş Kanunu hükümlerine uygun olarak feshetmiş ve işin tasfiyesi için gereken diğer bütün iş ve davranışları tamamlamışsa işyerinin kesin ve gerçek bir şekilde kapatıldığı kabul edilmelidir⁵⁶.

İşveren işyerini kapatmamakla birlikte, 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uyarınca, işçilerin iş sözleşmelerini bir topluluk oluşturacak şekilde feshetmesi durumu yani topluca işçi çıkarma olarak nitelenebilecek olan durum, işyerinde faaliyetin durmasına sebep olsa bile lokavt olarak deęerlendirilemez⁵⁷. İşverenin söz konusu fesihleri, fesih hakkını kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirmiş olması durumunda dahi sonuç değişmeyecektir.

⁵¹ Köseoğlu, 2004, s.88; Reisoğlu, 1979, s.7.

⁵² Reisoğlu, 1979, s.8.

⁵³ Mollamahmutoğlu, 2005, s.171; Köseoğlu, 2004, s.88–89.

⁵⁴ Reisoğlu, 1979, s.7–8.

⁵⁵ Köseoğlu, 2004, s.88.

⁵⁶ Mollamahmutoğlu, 1993, s.43; Reisoğlu, 1979, s.7; Kılıçoğlu/şenocak, 2007, s.301-302.

⁵⁷ Mollamahmutoğlu, 1993, s.48.

Lokavtta kanunen çalışması gereken işçiler dışında tüm işçiler işyerinden uzaklaştırılmaktadır ve bu durum faaliyetin tamamen durmasına yol açar. Hâlbuki toplu işçi çıkarmada m.29/I'de belirlenen nedenlerle, orada belirlenen oranlarda ve orada belirtilen süre içerisinde işçilerin işten çıkarılmaları söz konusu olmaktadır.⁵⁸

Lokavt, bir iş mücadelesi aracı olarak, işverenin veya işveren kuruluşunun aldığı kararın uygulanması için, işçilerin işyerinde faaliyetin tamamen durmasına sebep olacak şekilde topluca işten uzaklaştırılmalarıdır. Oysa toplu işçi çıkarmanın böyle bir yönü yoktur.⁵⁹

SONUÇ

Çalışma ve sözleşme hürriyetinin bir sonucu olarak çalışma hayatını her zaman terk edebilecek olan işveren gerekli prosedürü yerine getirmiş ve işçilerin iş sözleşmelerini İş Kanunu hükümlerine uygun olarak feshetmiş ise işyerinin kesin ve sürekli bir şekilde kapatıldığı kabul edilmelidir. İşyerinin bütünüyle kapatılarak kesin ve sürekli olarak faaliyetine son verilmesi halinde, 4857 sayılı İş Kanunu m.29/VI'da düzenlenmiş bulunan ve toplu işçi çıkarma durumunda öngörülen, işverenin işçi temsilcilerine bildirim yükümlülüğü bulunmadığı gibi işçi temsilcileriyle görüşme yapma yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Ayrıca, fesih bildirimlerinin hüküm doğurması için otuz günlük bir bekleme süresi de işyerinin kesin ve sürekli olarak kapatıldığı hallerde söz konusu değildir. Madde hükmünde, işyerinin sürekli kapanması halinde işverenin sadece durumu ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildireceği öngörülmüştür. Toplu işçi çıkarma hallerinde öngörülen işyeri sendika temsilcilerine bildirim (4857 sayılı İş Kanunu m.29/I) ve bildirimden sonra yine işyeri sendika temsilcileriyle yapılacak olan görüşmelere (4857 sayılı İş Kanunu m.29/IV) yer verilmemiştir.

Kanaatimizce, bir işyeri kapatıldığı zaman, kural olarak, tüm işçilerin iş sözleşmeleri, her biri için öngörülmüş olan bildirim usullerine uyularak sona erer. Bu durum işyerinin kapatılmasının bir sonucudur. Toplu işçi çıkarmanın nedenleri ise Kanunda ayrıca sayılmaktadır. İşyerinin kapatılması hali, İş Kanununda sayılan toplu işçi çıkarma nedenleri arasında yer almamaktadır. İşyerinin kapatılması durumunda, toplu işçi çıkarma değil, işyerindeki bütün işçilerin çıkarılması söz konusu olmaktadır. İşyerinin kapatılması sonucu işten çıkarılan işçiler de bir topluluk oluşturmakla birlikte bu durum, toplu işçi çıkarma olarak değerlendirilemez. Çünkü Kanun toplu işçi çıkarmanın ne olduğunu, koşullarını 29. maddenin birinci ve ikinci fıkralarında belirlemiş olup işyerini bütünüyle kapatılarak, kesin ve devamlı suretle faaliyete son verilmesi halinde sadece bir bildirim yükümlülüğü getirmekle yetinmiştir.

⁵⁸ Cengiz, 2009, s.202-203.

⁵⁹ Cengiz, 2009, s.202-203.

İşyerinin kesin ve sürekli olarak kapatılması halinde, her ne kadar işçilerin iş sözleşmeleri toplu olarak feshediliyor olsa da, burada işverenin amacı toplu olarak işçileri işten çıkarmak değildir. İşveren faaliyet gösterdiği alanla ilgili olarak çalışma yaşamını terk etmektedir.

Bir işveren, faaliyet konusunu, işyerini kapatıp yeni bir işyeri kurmak suretiyle değiştirebileceği gibi, işyerini kapatmaksızın da değiştirebilir. İşveren işyerini kapatmaksızın, faaliyet konusunu değiştiriyor ve bu kapsamda işçilerini çıkarıyor ise m.29/I uygulanmalıdır. İşveren, işyerindeki faaliyet konusu değişikliğini önceki işyerini kapatmak ve yeni bir işyeri kurmak suretiyle gerçekleştiriyorsa, bu durumda artık (gerçek bir kapatma ise) m.29/I bağlamında bir toplu işçi çıkarma söz konusu olmaz.

Bir işyerinde işverenin faaliyet konusunu değiştirmesi ile işyerinin faaliyet konusunu değiştirme birbirinden farklı kavramlardır. İşyerinin faaliyet konusunun sürekli tarzda değiştirilmesi, işyerini kapatmak suretiyle gerçekleştirilebileceği gibi, işyeri kapatılmaksızın da gerçekleştirilebilir. Zira işyerinde faaliyet konusunun sürekli tarzda değiştirilmesi işyeri kapatılmadan gerçekleşiyorsa ve bu nedenle işçilerin iş sözleşmeleri feshediliyorsa m.29/I uyarınca yapısal değişiklik vardır ve toplu işçi çıkarmaya ilişkin hükümler uygulama alanı bulur. İşyerindeki faaliyet konusu işyerinin kapatılması suretiyle gerçekleşiyorsa, burada bir işyerinin kapatılması durumu söz konusu olmaktadır ve tartışma dışıdır. Ama faaliyetin değiştirilmesi, işyerinin kapatılmasını zorunlu kılmıyorsa, toplu işçi çıkarmaya olanak veren yapısal bir değişiklikten bahsedilebilir. İşyerindeki faaliyet konusunun tamamen değiştirilmesi ile işyerinin kapanması kavramları, birbirlerinden farklı kavramlardır.

Lokavt kavramıyla işyerinin kapanması kavramı arasında da yakın bir ilişki bulunmaktadır. Ancak lokavt, geçici bir hareket olduğundan işyerinin işveren tarafından kesin ve sürekli olarak kapatılması durumundan farklıdır. İşyerinin kesin ve devamlı olarak kapanması esas olarak amaç unsuru bakımından lokavttan farklı bir kavramdır. Çalışma hayatını terk eden bir kişi için zaten uyuşmazlığın bir anlamı yoktur. Lokavt bir iş mücadelesi aracı olmasına rağmen toplu işçi çıkarmanın böyle bir yönü yoktur.

KAYNAKÇA

- **AYDEMİR, Murteza**, Grev Hakkı ve Lokavtın Sınırları, İstanbul 2001. (2001)
- **AYDINLI, İbrahim**, İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Ankara 2004. (2004)
- **CENGİZ, İştâr**, Türk Hukukunda Toplu İşçi Çıkarma, Turhan Kitabevi, Ocak 2009. (2009)
- **COHEN, Maurice**, Le Droit Des Comités D'entreprise Des Comites de Groupe, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 2000. (2000)
- **ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT,Talat**, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 31. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2018. (2018)
- **EKONOMİ, Münir**, “İşyerinin Kapatılması”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, 15 Ağustos 2006, Ankara 2006, s.409–457. (2006)
- **ENGİN, Murat**, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi, 1. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Ekim 2003, İstanbul. (2003)
- **EYRENCİ, Öner**, “Toplu İşçi Çıkarma ve Ortaya Çıkan Sorunlar”, A. Can Tuncay’ a Armağan, 2005, Legal Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2005, s.549–563. (2005)
- **GÜZEL, Ali**, “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Yasası Semineri, 28–29 Mayıs 2004, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Barosu Yayınları, 1. Basım, Eylül 2004, s.15–145. (2004)
- **GÜZEL, Ali**, İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, Kazancı Hukuk Yayınları, No: 56, İstanbul 1987. (1987)
- **KILIÇOĞLU, Mustafa/ ŞENOCAK, Kemal**, İş Güvencesi Hukuku, LEGAL Yayıncılık, Hukuk Kitapları Serisi: 96, Mart 2007, İstanbul. (2007)
- **KOEHL, Jean-Luc**, Droit du Travail et Droit Social, Edition Marketing, Paris 1994. (1994)
- **KÖSEOĞLU, Ali Cengiz**, İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, Beta Basım A.Ş., İstanbul, Aralık 2004. (2004)

- **KUTAL, Metin**, “İş Güvencesi Yasası (No: 4773) Türk İş Mevzuatına GİRERKEN Bazı Yorum ve Düşünceler”, Yeni İş Yasası (Seminer Notları ve İş Kanunu), 25–29 Haziran 2003, Çeşme, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, s.21–31. (2003)
- **MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi**, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2005. (2005)
- **MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi**, Türk Hukukunda Lokavt, Gazi Büro Kitabevi, 1. Baskı, Ankara 1993. (1993)
- **MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ ASTARLI, Muhittin/ BAYSAL, Ulaş**, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Ankara 2014. (2014)
- **MOREAU, Sylvie Hennion**, Droit du Travail, Mason, Paris 1988. (1988)
- **NARMANLIOĞLU, Ünal**, İş Hukuku I, Ferdi İş İlişkileri, 4. Baskı, İstanbul 2012. (2012)
- **OĞUZMAN, Kemal**, Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, cilt 1, 4. Bası, İstanbul 1987. (1987)
- **SUR, Melda**, “Lokavt Kavramı ve Bazı Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Ocak-Haziran 1992, Prof. Dr. Gündüz Ökçün’e Armağan, s.139–151. (1992)
- **SÜZEK, Sarper**, İşyerinin Kurulması, Faaliyetinin Durdurulması ve Kapatılması, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, Cilt II, İstanbul 2001. (2001)
- **SÜZEK, Sarper**, İş Hukuku, 2018. (2018)
- **TUNÇOMAĞ, Kenan**, İş Hukuku, cilt II, İkinci Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1985. (1985)
- **UÇUM, Mehmet**, Yeni İş Kanunu Seminer Notları, Legal Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Ş., İstanbul 2003. (2003)
- **ULUCAN, Devrim**, “4773 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Güvencesi ve Geçerli Neden Kavramı”, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İş Güvencesi, Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler Semineri, İstanbul Barosu Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2003, s.17–48. (2003)

TAHKİM VE HAKEM SÖZLEŞMELERİ

Arbitration and Arbitrator Agreements

Ebru YILMAZSOY*

Geliş Tarihi: 22.11.2019 Kabul Tarihi: 28.01.2020

ÖZET

Tahkim, eski çağlardan itibaren insan topluluklarında çıkan uyuşmazlığı çözen bir mekanizma olmuştur. Sanayileşmenin artmasıyla birlikte dünyadaki ticaretin hızlanmasına bağlı olarak uyuşmazlıkların sayısı daha da artmıştır. Gün geçtikçe artan hukuki ilişkilerdeki uyuşmazlıkların, devlet mahkemelerinde çözümünü yıllar süren yargılamaya mahkumdur. Tahkim, işte böyle bir yargılama sisteminde en büyük alternatif yargılama yoludur.

Tahkim, oldukça geniş bir kurumdur. Özellikle, Türk Hukukunda tahkim, usul hukuku yönünden doktrinde oldukça detaylı incelenmiştir. Ancak, tahkim kurumunu, oluşturan tahkim ve hakem sözleşmeleri hakkında bilgi oldukça kısıtlıdır. Bu nedenle, çalışmamızda tahkim ve hakem sözleşmeleri ayrı ayrı ele alınmış ve incelenmiştir.

Tahkim yolu, tahkim sözleşmesi ve taraflarla hakemler arasındaki hakem sözleşmesini de kapsayan üst bir kavramdır. Ancak, tahkim yolu daha az tercih edildiğinden içerdiği sözleşmelerin hukuki nitelikleri ve içerikleri de az bilinmektedir. Çalışmamızda, tahkim kurumunun içinde yer alan tahkim ve hakem sözleşmelerinin nasıl kurulduğu, bu sözleşmelerin hukuki niteliklerinin ne olduğu, tarafları arasında nasıl bir hukuki ilişki olduğu, hangi hüküm ve sonuçları doğurduğu ve nasıl sona erdiği hususları incelenmiştir.

ABSTRACT

Arbitration has been a mechanism for settlement of disputes arising in human communities since ancient times. With the increase in industrialization, the number of disputes has also increased due to the acceleration of trade in the world. The settlement of disputes in the legal relations, which are increasing day by day in state courts, are condemned to years of trial. Arbitration is the greatest alternative mechanism in terms of judging in such a judicial system.

Arbitration is a very large mechanism. In particular, in Turkish Law, arbitration is examined in detail in the doctrine in terms of procedural law. However, there is limited information about the arbitration and arbitrator agreements that generate the arbitration mechanism. Therefore, in our study, arbitration and arbitrator agreements have been approached and examined separately.

Arbitration is a supreme concept, including the arbitration agreement and also the arbitrator agreement among the parties and arbitrators. However, since the arbitration mechanism is less preferred, the legal characteristics and contents of the agreements that it contains are also less known. In this study, as to how the arbitration and arbitrator agreements in the arbitration mechanism are established, the legal qualifications of these agreements, the legal relationship between the parties, the terms and consequences of the agreements and as to how they are ended have been examined.

* Hakim-Savcı Adayı, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, e-posta: ebruyilmazsoy@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-3072-4224

Çalışmamız, bir GİRİŞ, üç BÖLÜM ve bir SONUÇ'tan oluşmaktadır. Giriş Bölümü'nde konunun takdimi, terminoloji, tahkimin tarihçesi, Türk Hukukunda düzenleniş biçimi, tahkimin çeşitleri ve tahkimin benzer kurumlardan farkı ele alınıp incelenmiştir. Birinci Bölüm'de, tahkim sözleşmesinin tanımı, unsurları, tarafları, çeşitleri, hukuki niteliği, tarafların yükümlülükleri ve sona ermesi incelenmiştir.

İkinci Bölüm'de, hakem sözleşmesinin tanımı, tarafları, hukuki niteliği, şekli ile hakem tayin usulü, tarafların yükümlülükleri ve sona ermesi incelenmiştir. Üçüncü Bölüm'de, tahkim ve hakem sözleşmelerinin hüküm ve sonuçları üzerinde durulmuştur. Sonuç kısmında ise çalışmamızda vardığımız sonuçlar bütün olarak ifade edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Tahkim, Hakem, Tahkim Sözleşmesi, Hakem Sözleşmesi, Hakem Sözleşmesinin Hukuki Niteliği.

Our study consists of one INTRODUCTION, three CHAPTER and one CONCLUSION. In the Introduction, introduction of the subject, terminology, the history of arbitration, the way it is regulated under the Turkish Law, the types of arbitration and the difference of arbitration from similar mechanisms are approached and examined. In the First Chapter, the definition, elements, parties, types, legal characteristics, obligations of the parties and termination of the arbitration agreement are examined.

In the Second Chapter, the definition, parties, legal characteristics, form, and appointment procedure of arbitrator, obligations of the parties and termination of the arbitration agreement are examined. In the Third Chapter, the terms and consequences of the arbitration and arbitrator agreements are discussed. In the Conclusion part, the conclusions reached in our study are stated as a whole.

Keywords: Arbitration, Arbitrator, Arbitration Agreement, Arbitrator Agreement, Legal Characteristic of Arbitrator Agreement.

GİRİŞ

KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ VE SINIRLANDIRILMASI

§ 1. KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ VE SINIRLANDIRILMASI

I. KONUNUN TAKDİMİ

Anayasanın¹ 9. maddesinde yargı yetkisi düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, “*yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır*”. Kişi hak ve özgürlüklerinin ortaya çıkmasıyla birlikte, yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce yerine getirilmesi esası kabul edilmiştir. Bu nedenle, hakkı ihlal edilen kişilerin haklarının tespiti ve tanınması mahkemelerin görevidir. Kural olarak, kişiler arasındaki uyuşmazlık mahkemeler tarafından çözülür. Bu kuralın istisnası ise tahkim yoludur. Tahkim yolu ile taraflar, irade serbestisi ilkesi çerçevesinde bazı hukuki uyuşmazlıkların çözümü hususunda anlaşarak uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisini üçüncü şahıslara yani hakemlere devrederler.

Taraflarla hakemler arasında hakem sözleşmesi yapılmaktadır. Hakemin tek olarak belirlendiği durumda, her bir taraf ile tayin edilen hakem arasında hakem sözleşmesi kurulmaktadır. Aslında, hakem sözleşmesinin taraf a ile hakem ve taraf b ile hakem arasında yapılan üç köşeli bir sözleşme şeklinde değerlendirilmesi mümkündür. Hakem sayısının birden fazla belirlendiği durumlarda da hakem tayin eden taraf ile hakemin arasında hakem sözleşmesi kurulmaktadır. Bununla birlikte, diğer taraf ile de hakem arasında hakem sözleşmesinin kurulduğu kabul edilmektedir. Zira, hakem sözleşmesi, hakemin her iki tarafa da eş değerde hak ve yükümlülük sahibi olmasını zorunlu kılmaktadır.

II. KONUNUN ÖNEMİ

Mahkemelerin ağır iş yükü nedeniyle, yargı yolunun işleyişi günümüzde ağır ve yavaştır. Tahkim yolu, bu ağır ve yavaş sisteme alternatif oluşturmaktadır. Özellikle, kanunun yasaklamadığı sözleşmelerde, haksız fiilde veya bazı tazminat uyuşmazlıklarında tahkim yoluna gidilebilmektedir. Tahkimin önemi, tarafların uyuşmazlıkların çözümünde irade serbestisi çerçevesinde tahkim usulünü, yerini, dilini, uygulanacak hukuku, hakemi, hakemin tayin usulünü belirleyebilmeleri ve belli süre içinde tahkim yargılamasının sonlanmasıdır.

III. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Tahkim, niteliği itibarıyla çok geniş kurumdur. Çalışmamızda inceleyeceğimiz konu Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda düzenlenmiş olan iç tahkimdir. Tahkim, kural olarak ihtiyaridir; istisnai olarak zorunludur. Çalışma konumuz,

¹ RG. T. 09.11.1982, Sa. 17863.

ihiyari tahkim alanına özgü olan tahkim ve hakem sözleşmeleridir. Ancak, tahkim ve hakem sözleşmeleri ile kurumun daha iyi anlaşılabilmesi için yeri geldikçe çalışma konusu dışındaki hususlara da değinilmiştir.

§ 2. TERMİNOLOJİ

Ünlü İtalyan hukukçusu Carnelutti'nin vurguladığı gibi özellikle hukuk alanında, bir kurumun, bir kavramın yanlış anlaşılmasını engellemek için o kuruma veya kavrama verilecek ad çok önemlidir².

Tahkim kurumunu ifade eden İngilizce'de "*arbitration*" ve Fransızca'da "*arbitrage*" kelimesinin karşılığı olarak eski ve yeni hukukumuzda "tahkim" terimi kullanılmıştır. Mecellede, tahkim terimi, ihtilafın halli için üçüncü şahsın hakem tayin edilmesini ve tahkim usulünü ifade etmekteydi. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu³ ve devamında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda "tahkim" terimi kullanılmıştır. İslam Hukuku ve dil kuralı açısından da "tahkim" terimi *arbitrage* anlamını karşılar. Haklı olarak, *arbitrage*, sadece hakemin göreceği işi değil, kurumun yani tahkim usulünün kapsamına giren bütün unsurları ve işlemleri ifade eder. İlim ve yargı dilinde de "*arbitrage*" kelimesini, "tahkim" teriminin karşılıdığı yönünde istikrar kazandığı görülmektedir⁴.

"Tahkim", "tahkim sözleşmesi", "hakem sözleşmesi" gibi kavramların aynı anlama geldiği düşünülse de aslında her bir kavram farklı anlamlar taşımaktadır⁵. Bu nedenle, her bir kavramı ayrı ayrı açıklamakta fayda görmekteyiz. Tahkimin sözlük anlamı, "*hakem tayin etme*", "*bir mesele için hakem tayin etme*" veya "*herhangi bir ihtilafın hallini hakeme havale etme*"dir⁶. Doktrinde ise tahkim, bir tanıma⁷ göre; "*ihtilafların hakem vasıtası ile halledilmesini öngören usulü, müesseseyi ifade eder*". Bir diğer tanıma⁸ göre; "*modern hukuk literatüründe 'tahkim', taraflar arasında doğmuş veya ileride doğması muhtemel olan muayyen hukuki ihtilafların; devlet yargısı dışında, taraflarca seçilen ve 'hakem' (arbitrator) denen tarafsız özel şahıslar marifetiyle nihai olarak karara bağlanmasını ifade eder*".

Tahkim sözleşmesi, "*tarafların aralarında doğmuş olan bir veya birkaç anlaşmazlık hakkında genel yargıya başvurmadan tahkim usulünü uygulayacakları yolunda yapmış oldukları anlaşma*"dır⁹. Hakem sözleşmesi

² BİLGE, s. 7.

³ RG. T. 2, 3, 4.7.1927, Sa. 622, 623, 624.

⁴ YEĞENGİL, s. 88 vd.

⁵ YEĞENGİL, s. 86; AZİZOV, s. 4.

⁶ AYBAR, s. 371.

⁷ YEĞENGİL, s. 91.

⁸ ŞANLI, Milletlerarası Tahkim, s. 17; Aynı yönde bkz. ŞANLI, Ticari Akitler, s. 297-298; ŞANLI/EKŞİ, s. 79.

⁹ YEĞENGİL, s. 91

ise en sade ifadeyle şu şekilde ifade edilmiştir: *“Taraflarla hakem arasında yapılan hakemlik anlaşması. Mecellede buna tahkimname denirdi”*¹⁰.

Bu ifadelerden anlaşılacağı üzere tahkim, üst bir kavramdır. Tahkim kurumu, çeşitli hukuki ilişkileri içermektedir. Çalışmamızın konusu olan, “tahkim sözleşmesi” ve “hakem sözleşmesi”, tahkim kurumunun içinde yer alan iki sözleşmedir. Bu sözleşmelerin sahip oldukları farklı özellikler nedeniyle her iki sözleşme ayrı ayrı ele alınıp incelenmiştir.

§ 3. TAHKİMİN TARİHÇESİ

“Anlaşmazlıkların Devlet yargısı dışında, özel bir organ aracılığı ile çözümlenmesi” olarak tanımlanan tahkimin tarihi eski çağlara dayanmaktadır. Tahkimin devlet yargısından önce doğduğunu ve ilk yargı kuruluşunun rızai tahkim olduğunu kabul eden tarihçiler vardır¹¹. Kitab-ı Mukaddesle ilgili kaynaklarda, Hz. Süleyman’ın “hakem” olarak ihtilafları çözdüğü bilgisi yer almaktadır¹².

Eski Yunan, eski Hint, eski Roma, Ortaçağ Medeniyetleri ve İslam Toplulukları Medeniyetleri uyuşmazlıkların çözümünde tahkimi uygulamışlardır¹³. Eski Yunan’da tahkim yolunun bilindiği ve uygulandığını gösteren kaynaklar arasında Demosthène ve Aristote’nin eserleri anılmaktadır. Demosthène; *“müdafalarında; tarafların aralarındaki anlaşmazlıklarda, hakeme başvurmaları mümkün olduğu gibi, istedikleri kimseleri de hakem seçebilirlerdi, seçtikleri hakemin kararına boyun eğerlerdi ve ona itiraz etmezlerdi”* demektedir¹⁴. Aristote, ise “Belâgat” adlı eserinde *“hâkimin kanunu tatbik etmekle mükellef olmasına karşılık, hakemin nesafet ve adalet esaslarına göre karar vereceğini”* söylemektedir¹⁵.

Tahkim yolu, tarihin her döneminde var olmuştur. Devlet yargısının organize olmadığı dönemlerde tahkim, alternatifi olmayan yargı yoluydu. Zaman içinde, devletin yargılama fonksiyonunu üstlenmesi ile birlikte tahkim, ikinci planda kalmıştır. Ancak, devlet yargısının iş yükünün artması nedeniyle yavaşlaması ve ağırlaşması tahkimi, daha ön plana çıkarmıştır. Tahkim kurumu, ilk kez 1697 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu ile hukuki bir düzenlemeye kavuşmuştur. 18. Yüzyıldan itibaren sinai ve ticari hayatın gelişmesi ile birlikte hukuki uyuşmazlıkların çözümünde tahkime duyulan ihtiyaç artmıştır. Günümüzde, neredeyse her ülke, tahkim kurumu ile ilgili hukuki düzenlemeye sahiptir¹⁶.

¹⁰ YEĞENGİL, s. 90.

¹¹ YEĞENGİL, s. 7.

¹² ŞANLI, Milletlerarası Tahkim, s. 13.

¹³ BALCI, s. 42.

¹⁴ YEĞENGİL, s. 16-17.

¹⁵ YEĞENGİL, s. 17.

¹⁶ ŞANLI, Milletlerarası Tahkim, s. 13 vd.

Ş 4. TAHKİM KURUMUNUN TÜRK HUKUKUNDA DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun iç tahkim ile ilgili hükümleri, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu¹⁷'nin dayanağı olan UNCITRAL Model Kanun¹⁸ esas alınarak hazırlanmıştır. Bu nedenle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tahkime ilişkin hükümleri, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun hükümlerinin hemen hemen aynısıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tahkime ilişkin hükümlerinin kabulü ile iç tahkim ve milletlerarası tahkim hükümleri arasındaki fark giderilmiştir¹⁹. İç tahkim ve milletlerarası tahkim hükümleri arasındaki farkın giderilmesi ve her iki Kanun için UNCITRAL Model Kanunu'un esas alınmış olması Türk Hukukunda tahkim kurumunun gelişmesi bakımından olumlu bir adım olduğu düşüncesindeyiz.

I. HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNU

Tahkim, Hukuk Muhakemeleri Kanunu²⁰'nda 407-444. maddeleri arasında düzenlenmiştir. HMK m. 407 hükmüne göre Hukuk Muhakemeleri Kanunu, *"4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır"*. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun iç tahkimle ilgili getirdiği düzenlemeler şunlardır: Tahkimin uygulama alanı, tahkime elverişlilik, tahkim sözleşmesinin tanımı ve şekli şartları, hakemlerin seçimi ve reddi, tahkim yargılamasının usul ve esasları, hakemlerin karar vermesi, kararlara karşı iptal davası ve temyiz ile yargılamanın iadesi, tahkimde ihtiyati tedbir ve delil tespittir.

Türk Hukuku'nda hangi uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu HMK m. 408'de düzenlenmiştir. Kamu düzeniyle ilgili uyuşmazlıklar, bu madde uyarınca: *"taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir"* denilmektedir. Bu hükümden, tarafların sadece konusu üzerinde serbestçe tasarruf yetkilerinin bulunduğu konularda tahkim yoluna başvurabilecekleri sonucu çıkmaktadır. Diğer bir ifadeyle, Türk Hukuku, tarafların iradeleri ile belirleyebilecekleri konuların dışında kalan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenemeyeceği ilkesini getirmiştir. Örneğin; tapu iptali davaları, boşanma

¹⁷ RG. T. 05.07.2001, Sa. 24453

¹⁸ "1966 yılında Birleşmiş Milletler bünyesinde, Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu (United Nations Commission on International Trade Law-UNCITRAL) kurulmuştur. UNCITRAL, milletlerarası ticaret alanında yeknesaklığın sağlanması ve tüm üye ülkelere tavsiye edilmek üzere 1985 yılında UNCITRAL Model Kanunu'nu hazırlamıştır. Bazı ülkeler, UNCITRAL Model Kanunu'nu esas alarak millî ve milletlerarası tahkim kanunları ihdas etmişler, daha önce bu kanunlara sahip olanlar ise uyum değişiklikleri yapmışlardır", bkz. BOZKURT YÜKSEL, s. 135.

¹⁹ EKŞİ, s. 9.

²⁰ RG. T. 04.02.2011, Sa. 27836.

davaları, iflas davaları, ceza davaları, neseple ilgili davalar, çekişmesiz yargı işleri hakemlerde görülemez²¹.

II. 4686 SAYILI MİLLETLERARASI TAHKİM KANUNU

UNCITRAL Model Kanunu ve İsviçre Federal Devletler Özel Hukuku Kanunu'nun Milletlerarası Tahkim ile ilgili kısmından esinlenerek yapılan 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu²², 05.07.2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir²³. Bu Kanunun yapılma nedenlerinden biri; milletlerarası ticari uyuşmazlıklardan doğan tahkimi, yerli uyuşmazlıklardan kaynaklanan tahkimden farklı hükümlere tabi tutmaktır. Diğeri ise, milletlerarası alanda Türkiye'yi bir tahkim merkezi haline getirmektir. Milletlerarası Tahkim Kanunu, yerli uyuşmazlıklardan farklı olarak nitelendirdiği milletlerarası uyuşmazlıklar hakkındaki özel bir kanun niteliğindedir²⁴.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun uygulama alanı "amaç ve kapsam" başlıklı m. 1 ve m. 2'de düzenlenmiştir. MTK m. 1/2'ye göre, *"bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır"*. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun tahkim ile ilgili getirdiği düzenlemeler şunlardır: Milletlerarası tahkimin uygulama alanı, yabancılık unsuru, tahkim sözleşmesinin tanımı ve şekli şartları, mahkemede tahkim itirazı ve mahkemede yapılan tahkim sözleşmesi, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz, hakem ve hakem kurulunun seçimi, reddi, sorumluluğu, görevinin sona ermesi ve yetkisi, tahkim yargılamasının usul ve esasları, hakem kararlarına karşı kanun yolu, iptal davası ve hakem kararlarının icra edilebilir hale gelmesi ile tahkim giderleridir²⁵.

HMK m. 407'e göre, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun tanımladığı yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında Hukuk Muhakemeleri Kanunu uygulanır. Milletlerarası Tahkim Kanunu ise, yabancılık unsuru içeren ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklara uygulanır. Tahkim yerinin yabancı bir ülke olarak belirlendiği uyuşmazlıklarda da taraflar veya hakemler, tahkim usulüne Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun uygulanmasını kararlaştırabilirler. Ancak, yabancılık unsuru taşımayan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklarda, taraflar veya hakemler Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun uygulanmasını kararlaştırabilirler mi? Doktrinde bu konuda iki farklı görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda m.2'de

²¹ AKINCI, Milletlerarası, s. 285; KURU, s. 934.

²² RG. T. 12.12.2007, Sa. 26728.

²³ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 617.

²⁴ AKINCI, Milletlerarası, s. 56.

²⁵ AYDEMİR, s. 39.

yabancılik unsuru çok ayrıntılı düzenlendiğinden, bu Kanun'un yabancılik unsuru olmayan uyuşmazlıklara uygulanmasının mümkün olmadığı yönündedir²⁶. Diğer görüşe göre, yabancılik unsuru taşıyan ilişkilerde bu Kanun'un uygulanmasını öngördüğünü, ancak yabancılik unsuru taşımayan ilişkilerde de hakemler veya tarafların bu Kanun'un uygulanmasını kararlaştırabileceği şeklindedir²⁷.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun uygulanabilmesi için yabancılik unsuru taşıyan bir uyuşmazlık olması gerektiği Kanun lafzında açıkça belirtilmektedir. Acaba, taraflar Milletlerarası Tahkim Kanunu kapsamına giren bir uyuşmazlıkta, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun uygulamasını kararlaştırabilirler mi? Bir görüşe²⁸ göre, MTK m. 1 hükmü emredici olarak düzenlendiğinden, bu emredici düzenlemenin aksine hareket edilemez. Yani, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun kapsamına giren bir uyuşmazlığa Hukuk Muhakemeleri Kanunu uygulanamaz²⁹. Bizimde katıldığımız diğer bir görüşe³⁰ göre, HMK m. 407 hükmü ile tahkime konu uyuşmazlığın yabancılik unsuru taşıması gerektiği ifade edilmişse de yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıkların taraflarca, HMK m. 407-444 arasındaki hükümlere tabi kılınması mümkündür. HMK m. 407'nin emredici nitelikte bir hüküm olarak değerlendirilmemesi ve aksinin taraflarca kararlaştırılabileceğinin kabul edilmesi gerekir. Zira, milletlerarası tahkimin hukuki niteliği, bu alanda irade serbestisinin mutlak anlamda sağlanmasını şart koşar. Tahkim, önemli ölçüde tarafların iradi düzenlemeleri ile oluşturulmuş gönüllü bir yargı yoludur. Bu nedenle, taraflar irade serbestisine dayanarak uygulanacak hukuku diledikleri gibi açık bir şekilde seçebilirler³¹.

§ 5. TAHKİMİN TÜRLERİ

I. İHTİYARİ TAHKİM- ZORUNLU TAHKİM

A. İHTİYARİ TAHKİM

Tahkim, kural olarak ihtiyaridir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda düzenlenen tahkim, ihtiyari tahkimdir.

²⁶ AKINCI, Tahkim Kanunu, s. 58.

²⁷ KALPSÜZ, Değerlendirme, s. 124.

²⁸ AKINCI, Milletlerarası, s. 59.

²⁹ AKINCI, Milletlerarası, s. 59-60.

³⁰ EKŞİ, s. 48.

³¹ ŞANLI, Milletlerarası Tahkim, s. 124-125; "Prof. J. Robert, 1967 tarihinde yazdığı ünlü eserinde, bu hususu şöyle ifade etmiştir.: 'tahkimde, uygulanacak hukuku seçme konusunda taraflara tam bir serbesti tanımak gerekir. Kanaatimizce, irade serbestisinin kabul ve geçerliliğini, akit yahut taraflarla ilgisi olan bazı hukuk sistemlerinin müsaadesine tabi kılmak hatadır. Çünkü, tahkimin akdi karakteri hakimdir. Özellikle, milletlerarası tahkimin... sadece, kamu düzeni ile sınırlı irade serbestisi prensibi, bu müessesenin hâkim bir vasfı olarak kabul edilmek gerekir", ŞANLI, Milletlerarası Tahkim, s. 126.

Çalışmamızda incelenen tahkim türü, ihtiyari tahkimdir³². Taraflar aralarındaki uyuşmazlığın çözümü için tahkim yoluna başvurmak zorunda değildirler. Taraflar, davalarını devlet mahkemelerinde de açabilirler. Diğer bir ifadeyle, taraflar devlet mahkemelerinde dava açmak yerine, uyuşmazlığı tayin edecekleri hakem veya hakemler tarafından çözülmesini de kararlaştırabilirler³³. İhtiyari tahkim, sözleşmeye dayanmaktadır. Bu tahkim türü, başlıca iki ayrı sözleşmeden oluşur. Bunlar; “tahkim sözleşmesi” ve “hakem sözleşmesi”dir³⁴.

B. ZORUNLU TAHKİM

Bazı hallerde, bir uyuşmazlığın çözümü için tahkim yoluna başvurmak zorunludur. Bu tür tahkime, zorunlu tahkim denir³⁵. Bu zorunluluk kanundan doğduğu için tahkim yoluna gidilmesinde tarafların hiçbir etkisi yoktur. İhtiyari tahkim, kural iken zorunlu tahkim istisnaidir. Tahkimin hangi hallerde zorunlu olduğu, özel kanun hükümleri ile düzenlenmiştir. Zorunlu tahkimde, taraflar devlet mahkemelerinde dava açamazlar. Taraflar, özel kanun hükümlerinde belirtilen hakemlere başvurmak zorundadırlar³⁶. Kamu kuruluşları arasındaki uyuşmazlıkların çözümü, spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlara karşı, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklardan belli meblağın altında bulunan uyuşmazlıklar ve toplu iş uyuşmazlıkların çözümü için zorunlu tahkime gidilmesi gereken hallerden bazılarıdır³⁷.

II. İÇ TAHKİM-DİŞ (MİLLETLERARASI) TAHKİM

A. İÇ TAHKİM

İç tahkim, ülkelerin milli kanunlarında kuralları belirlenen tahkimi ifade eder³⁸. Hukuk muhakemeleri Kanunu’nda iç tahkime (m. 407-444) ilişkin hükümler yer almaktadır. Bu hükümlerin amacı, *milli tahkime ilişkin usul ve esasları* belirlemektir. Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında HMK m. 407-444 hükümleri uygulanır (HMK m. 407). Bu hüküm ile milli tahkim bakımından, *toprak ilkesi* kabul edilmiştir³⁹.

³² KURU, s. 928-929.

³³ KURU, s. 930.

³⁴ KURU, s. 931-932.

³⁵ YEĞENİL, s. 102; ULUKAPI, s. 516; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ, s. 763; BALCI, s. 107; DAYINLARLI, İç Tahkim, s. 9.

³⁶ KURU, s. 929.

³⁷ KURU, s. 929-930.

³⁸ BALCI, s. 107.

³⁹ KURU, s. 931.

B. DIŞ TAHKİM

Dış tahkim ile ifade edilmek istenen milletlerarası tahkimdir. Bazı ülkelerin hukukunda milletlerarası tahkim hükümlerine yer verilmiştir. Örneğin; 01.01.1989 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Milletlerarası Federal Özel Hukuk Kanunu'nun 12. Faslı (m. 176-194) milletlerarası tahkime ayrılmıştır⁴⁰.

Türk Hukukunda milletlerarası tahkimle ilgili hükümleri düzenlemek için 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu kabul edilmiştir. Dış tahkim ve iç tahkimin en önemli ortak noktaları, taraflar arasında çıkmış veya ileride çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü konusunda hüküm verme hususunu özel kişilere (hakemlere) bırakmalarıdır⁴¹.

III. AD-HOC TAHKİM-KURUMSAL TAHKİM AYIRIMI

A. AD-HOC TAHKİM

Ad-hoc tahkim, yalnızca belirli bir olay için tarafların kendi istekleri ile hakemleri, tahkim usulünü, tahkim yerini ve tahkime uygulanacak maddi hukuk kurallarını bizzat tayin ettikleri ve hakemleri bu şekilde yetkili kıldıkları ve hiçbir örgütün aracılığı söz konusu olmayan geçici olarak belirlenen ve oluşan bir tahkim türüdür⁴².

Ad-hoc tahkim, tarih boyunca süregelen en basit ve sade tahkim türüdür. Bu tahkim türünde, tahkimi organize eden herhangi bir kurum yoktur⁴³.

B. KURUMSAL TAHKİM

Kurumsal tahkim, tarafların aralarındaki uyuşmazlığın çözümünü, tahkimi organize eden bir kurumun kurallarına ve denetimine bağlı kıldıkları bir tahkim türüdür. Bu tahkim türünde, tahkimi organize eden kurumun önceden hazırladığı birtakım kurallar vardır. Tarafların kararlaştırmadıkları hususlar, tahkim kurumunun bu kurallarına göre belirlenir. Kurumun görevi, tahkimin iyi işleyebilmesi ve taraflara kolaylık sağlanabilmesidir⁴⁴.

Milletlerarası Ticaret Odası (ICC veya MTO), Amerikan Tahkim Kurumu (AAA), Londra Tahkim Kurumu (LCIA), Stockholm Ticaret Odası Tahkim Kurumu en önde gelen tahkim kurumlarıdır⁴⁵. Ülkemizde de, milli ve milletlerarası tahkim hizmeti sunmak üzere İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) kurulmuştur.

⁴⁰ DAYINLARLI, İç Tahkim, s. 9; DAYINLARLI, Kamu Düzeni, s. 269 vd.

⁴¹ BALCI, s. 107; DAYINLARLI, İç Tahkim, s. 9.

⁴² ŞANLI, Milletlerarası Tahkim, s. 96; BALCI, s. 109; AZİZOĞ, s. 15 vd.

⁴³ BALCI, s. 109; ÖZBAY/KORUCU, s. 21-22; KARADAŞ, s. 38.

⁴⁴ BALCI, s. 110.

⁴⁵ KARADAŞ, s. 38; Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞANLI, Ticari Akitler, s. 353 vd; ERDOĞAN, s. 31; ŞİT, s. 15 vd.

§ 6. TAHKİMİN BENZER KURUMLARDAN FARKI

I. ARABULUCU KAVRAMI

Arabuluculuk, uyuşmazlıkların tarafsız bir üçüncü kişi vasıtasıyla gönüllü olarak çözümlendiği bir yöntemdir. Bu yöntemde taraflar, bir arabulucu yardımı ile uyuşmazlığın çözümü için anlaşılır⁴⁶. Arabulucu veya uzlaştırmacı olarak adlandırılan bu çözüm yöntemi, uyuşmazlıkların devlet yargısı dışında çözülmesi açısından tahkime benzer yönü bulunsu da hukuki sonuçları bakımından tahkimden farklıdır. Uzlaştırmacı veya arabulucu arasında görevleri açısından bir fark yoktur⁴⁷.

Uzlaştırmacı, taraflarla görüştüktan sonra kendi görüşüne göre uyuşmazlığın çözümünü içeren bir sulh sözleşmesi hazırlar. Bu çözümü, uzlaştırmacı taraflara teklif eder. Uzlaştırmacının önerdiği bu çözüm kural olarak, hakem kararı gibi taraflar üzerinde bağlayıcı ve icra edilebilir bir karar niteliğinde değildir. Bu nedenle, uzlaştırmacının önerdiği bu çözüme taraflar uymaya zorlanamaz⁴⁸.

II. HAKEM-BİLİRKİŞİ KAVRAMI

Hakem, hakem-bilirkişiden farklı bir işleve sahiptir. Hakem, hâkim gibi kanun veya tarafların belirledikleri normlar çerçevesinde hüküm verir. Hakem-bilirkişi ise bir hukuki uyuşmazlığın çözümünde kendi uzmanlıklarını kullanarak belli bir olayı tespit ederler. Hakem- bilirkişiler yalnızca görevlendirildikleri alanda yetkilidirler. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümüne karar verme yetkisine hakem-bilirkişiler sahip değildir⁴⁹.

GELİŞME BİRİNCİ BÖLÜM

TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, TARAFLARI, ÇEŞİTLERİ, HUKUKİ NİTELİĞİ, TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE SONA ERMESİ

§ 7. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

I. DOKTRİNEL TANIM

Tahkimin sözlük anlamı, bir dava için hakem tayin etmedir. Tahkimname ise mevcut bir ihtilafın halli için tarafların yaptıkları yazılı mukaveledir⁵⁰. Tahkim bir üst kavramdır ve kurumun adıdır. Tahkim kavramı altında çeşitli hukuki unsur

⁴⁶ ÖZBAY/KORUCU, s. 35.

⁴⁷ AKINCI, Milletlerarası, s. 34.

⁴⁸ AKINCI, Milletlerarası, s. 34-35.

⁴⁹ AKINCI, Milletlerarası, s. 37.

⁵⁰ DEVELLİOĞLU, s. 1189-1190.

ve ilişkiler bulunmaktadır. Bu kavram altında yer alan ilk sözleşme, taraflar arasında yapılan “tahkim sözleşmesi”dir. Bu sözleşme, tahkimin temelini oluşturur ve taraflar arasında tahkim sözleşmesi olmadan uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesi mümkün değildir⁵¹. Doktrinde tahkim sözleşmesi ile ilgili çeşitli tanımlara yer verilmiştir. Bir tanıma⁵² göre, “*tahkim müessesesine özel bir yargı niteliği kazandıran, onun istinat ettiği hukuki münasebettir. Bu, tarafların serbest iradeleri ile mevcut veya muhtemel ihtilaflarını devlet yargısı dışında hakem(ler) marifetiyle hallettirmek üzere yaptıkları ‘tahkim sözleşmesi’dir*”.

Diğer bir tanıma⁵³ göre, “*tahkim sözleşmesi ile taraflar, aralarındaki (medenî yargıya giren) bir (doğmuş ya da ileride doğacak) uyuşmazlığın çözülmesi için tahkim yoluna, yani hakeme başvurmayı (gitmeyi) kararlaştırırlar*”. Başka bir tanıma⁵⁴ göre, “*taraflar, aralarında akdi münasebeti düzenleyen sözleşmenin yorumundan veya uygulanmasından doğacak ihtilafların hakem veya hakemler yolu ile çözüme kavuşturulmasını isteyebilirler. İşte, taraflar üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlerde mevcut uyuşmazlığın veya ileride doğması muhtemel uyuşmazlıkların halli için yapılan bu yazılı mutabakata tahkim sözleşmesi denir*”. Doktrindeki tanımlarda temel olarak tahkim sözleşmesinin, tarafların anlaşarak aralarındaki uyuşmazlığın çözümünde mahkeme yerine hakem veya hakemlere gitmeyi kararlaştırdıkları bir sözleşme olduğu sonucuna varılabilir.

II. KANUNİ TANIM

HMK m. 412/1 hükmünde tahkim sözleşmesinin tanımı yapılmıştır. Bu hükme göre, “*tahkim sözleşmesi, tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır*”.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndan önce tahkim sözleşmesi 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda yapılmıştır. MTK m. 4/1 hükmüne göre, “*tahkim anlaşması, tarafların, sözleşmeden kaynaklansın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır*”.

⁵¹ ŞANLI/EKŞİ, s. 78-79.

⁵² ŞANLI, Milletlerarası Tahkim, s. 19; Aynı yönde bkz., ŞANLI, Ticari Akitler, s. 297-298; ŞANLI/EKŞİ, s. 79.

⁵³ KURU, s. 932; Aynı yönde bkz. ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ, s. 765.

⁵⁴ DAYINLARLI, İç Tahkim, s. 14; Diğer tanımlar için bkz. YEĞENGİL, s. 94; AKINCI, Milletlerarası, s. 79; BALCI, s. 118; NOMER/EKŞİ/ÖZTEKİN GELGEL, s. 22; ÇELİKEL/ERDEM, s. 734; TAŞKIN, s. 8.

Her iki kanuni tanımda birbirine benzerdir⁵⁵. Her iki tanım, tahkime başvurmak için, taraflar arasındaki uyuşmazlığın sözleşmeden doğmasına gerek bulunmadığı vurgulanmıştır. Aynı zamanda, uyuşmazlığın öncesinde veya sonrasında, tamamı ya da bir kısmı için taraflar tahkim yoluna gidebilirler⁵⁶.

III. YARGISAL TANIM

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen bir içtihadı Birleştirme Kararında⁵⁷ *“bilindiği üzere gerçek veya tüzel kişilerin kamu düzenine ilişkin olmayan ve fakat doğmuş veya doğacak olan hukuki uyuşmazlıkların çözümünü, hakem veya hakemlere bıraktıkları sözleşmeye hakem veya tahkim sözleşmesi adı verilir”* şeklinde yapılan tanım, tahkim ve hakem sözleşmelerinin aynı sözleşme gibi değerlendirilmesi yanlıtıcı olmuştur⁵⁸.

IV. DEĞERLENDİRME

Doktrinde ve Kanun hükümlerinde tahkim sözleşmesinin, genel anlamda içermesi gereken unsurları ve tarifi yapılmıştır. Bu doğrultuda kanımızca, tahkim sözleşmesi, taraflar arasındaki kanunun yasaklamadığı konulara ilişkin hukuki ilişkilerden doğan veya doğacak uyuşmazlıkların sözleşmenin varlığı şart olmadan bir kısmı veya tamamının çözümü için uyuşmazlığın öncesinde veya sonrasında, tarafların anlaşarak mahkeme yolunu terk edip hakem veya hakem heyetine başvurmalarını içeren bir sözleşmedir.

§ 8. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

Tahkim sözleşmesi usul hukuku sözleşmesi olmakla birlikte, aynı zamanda borçlar hukuku anlamında bir sözleşmedir⁵⁹. Bu nedenle, bir sözleşme için gerekli genel şartları tahkim sözleşmesinin de taşıması gerekir⁶⁰. Tahkim sözleşmesinin taşıması gereken şartlar özel şartlar ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile düzenlenmiştir. Bu hükümler değerlendirildiğinde, tahkim sözleşmesinin kurulabilmesi için taraflar arasında bir hukuki ilişkiye dayanan (doğmuş veya doğması muhtemel) belirli bir uyuşmazlık bulunmalı, bu

⁵⁵ EKŞİ, s. 95; KARADAŞ, s. 42-43; AYDEMİR, s. 56.

⁵⁶ *“Taraflar arasındaki uyuşmazlık, haksız fiili veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan bir uyuşmazlık olsa dahi taraflar bir tahkim anlaşması yaparak, uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesini kararlaştırabilirler”, “Taraflar, aralarındaki uyuşmazlıkların tümünün tahkim yolu ile çözümlenebileceğini kararlaştırabilecekleri gibi bu uyuşmazlıklardan sadece belirli bir bölümünün tahkim yoluyla çözümlenebileceğini de öngörebilirler. Uygulamada bazen tarafların, örneğin “fesihten kaynaklanan uyuşmazlıklar” hariç olmak üzere tahkim anlaşması yaptığı görülmektedir”, AKINCI, Milletlerarası, s. 80.*

⁵⁷ Y. İBK, T. 28.01.1994, 4/1 (RG. T. 13.04.1994, Sa. 21904), karar için bkz. TAŞKIN, s. 8.

⁵⁸ TAŞKIN, s. 8.

⁵⁹ KURU, s. 932.

⁶⁰ YAVUZ, s. 148.

uyuşmazlık tahkime elverişli olmalı, bu uyuşmazlığın tahkime götürülmesi hususunda tarafların iradesi olmalı ve sözleşme yazılı şekilde yapılmalıdır⁶¹.

I. TARAFLAR ARASINDA (MEVCUT VE BELİRLİ) BİR HUKUKİ İLİŞKİYE DAYANAN (DOĞMUŞ VEYA DOĞMASI MUHTEMEL) BELİRLİ BİR UYUŞMAZLIĞIN OLMASI

A. TARAFLAR ARASINDA (MEVCUT VE BELİRLİ) BİR HUKUKİ İLİŞKİNİN VARLIĞI

HMK m. 412 hükmüne göre, “sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının...” tahkim sözleşmesine konu olabileceğini düzenlemiştir. Bu nedenle, geçerli bir tahkim sözleşmesinden söz edebilmek için, taraflar arasında mevcut bir hukuki ilişki var olmalıdır. Örneğin; “bundan sonra aramızda akdedeceğimiz tüm satım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkim yolu ile çözümlenecektir” şeklinde kararlaştırılan bir tahkim sözleşmesi geçerli olmaz. Çünkü, taraflar arasında henüz var olmayan bir hukuki ilişki için tahkim sözleşmesi yapılamaz⁶².

II. UYUŞMAZLIĞIN BELİRLİ OLMASI

Tahkim konusunu oluşturan uyuşmazlığın belirli olması gerekir. Doktrinde, uyuşmazlığın konusu belli değilse, tahkim sözleşmesinin geçerli olmayacağı kabul edilmektedir⁶³. Tarafların, hangi uyuşmazlık için tahkim sözleşmesi yaptıklarını belirlemeleri gerekir. Belli bir hukuki ilişkiden doğacak uyuşmazlıklar için tahkim yoluna başvurulacağı kararlaştırılmışsa uyuşmazlık yine belirli sayılır. Örneğin; “aramızdaki işbu satış (kira, taşıma vb.) sözleşmesi kapsamında, ileride doğması muhtemel tüm uyuşmazlıklar için tahkime gidilecektir” şeklindeki bir şart ile uyuşmazlık belirlenebilir olduğundan tahkim sözleşmesi geçerli sayılır. Ancak, “bundan sonra aramızda çıkacak bütün uyuşmazlıklar tahkim yoluyla çözümlenecektir” şeklindeki tahkim sözleşmesi geçerli değildir⁶⁴. Tahkim sözleşmesi ile taraflar, aralarında çıkacak bütün uyuşmazlıkların tahkim usulüne tabi olacağını kararlaştırmışlarsa, bu sözleşme sonuç doğurmaz⁶⁵. Çünkü, tahkimde belirlilik ilkesi esas alınmıştır. Bu nedenle, belirsiz bir tespit tahkimin yapısına aykırıdır⁶⁶. Taraflar, isterlerse mevcut uyuşmazlığın tamamını değil, sadece bir kısmını tahkime götürebilirler⁶⁷.

⁶¹ DAYINLARLI, İç Tahkim, s. 30 vd.; YAVUZ, s. 150 vd.; KARADAŞ, s. 64 vd.; AYDEMİR, s. 146.

⁶² AKINCI, Milletlerarası, s. 86.

⁶³ AKINCI, Milletlerarası, s. 111; BALCI, s. 117.

⁶⁴ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ, s. 767; YAVUZ, s. 160.

⁶⁵ AKINCI, Milletlerarası, s. 86.

⁶⁶ YAVUZ, s. 160.

⁶⁷ AKINCI, Milletlerarası, s. 80.

II. UYUŞMAZLIĞIN TAHKİME ELVERİŞLİ OLMASI

Tahkim sözleşmesi, yalnızca iki tarafın iradeleriyle serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri konularda yapılır. HMK m. 408 hükmünde bu husus, *“taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir”* şeklinde ifade edilmiştir. Bu hüküm, emredici niteliktedir. Bu nedenle, bu konularda yapılan tahkim sözleşmesi geçersiz kabul edilir⁶⁸.

Özel hukuk bakımından tahkime elverişli olmayan hususlar, genel olarak, aile hukuku uyuşmazlıkları, iş hukuku uyuşmazlıkları, tüketici uyuşmazlıkları, kira sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, iflas hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar, vakıf ve dernek kuruluşları hakkındaki uyuşmazlıklar, fikri haklara ilişkin uyuşmazlıklar olarak belirlenebilir⁶⁹. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, bir taşınmaz üzerindeki aynı hakka ilişkin ise tahkime elverişli değildir (HMK m. 1/4). Yargıtay, Hukuk Muhakemeleri Kanunu gibi taşınmazın aynına ilişkin davalarda tahkim yargılamasının yapılamayacağına karar vermektedir. Ancak, uyuşmazlık konusu taşınmaz üzerindeki kişisel haklara ilişkin ise tahkime gidilebilir. Örneğin; taşınmazın satımından kaynaklanan alacak hakkına ilişkin bir uyuşmazlığın çözümü için tahkime gidilebilir⁷⁰.

Alacak davaları ile menkul mal davaları hakkında tahkim yoluna gidilebilir⁷¹. Zira, bu tür uyuşmazlıklar, iki tarafın iradelerine tabi olan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklardır⁷². Tarafların aralarındaki uyuşmazlık, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklansa bile tahkim yoluna gidilebilir⁷³. Manevi tazminat davaları bakımından tahkime gidilebileceği doktrinde öngörülmektedir⁷⁴.

III. TARAFLARIN İRADESİ

Tahkim sözleşmesinin kurucu unsurlarından biri, uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesine yönelik tarafların irade açıklamalarıdır. Taraflar bu yöndeki iradelerini yazılı olarak yaptıkları sözleşmede açık ve kesin bir şekilde belirtmelidirler⁷⁵. Aksi takdirde, yetkili mahkemeler, uyuşmazlığın çözümünde görevlidir. Tarafların uyuşmazlığın çözümünde tahkim yolunu seçtiklerine dair iradeleri belli değilse, uyuşmazlık yetkili mahkemelerde görülür⁷⁶.

⁶⁸ YAVUZ, s. 155.

⁶⁹ HUYSAL, s. 15-16; AYDEMİR, s. 230.

⁷⁰ EKŞİ, s. 76; ÖZBAY/KORUCU, s. 8-9.

⁷¹ KURU, s. 934; DAYINLARLI, İç Tahkim, s. 35.

⁷² AYDEMİR, s. 238.

⁷³ AKINCI, Milletlerarası, s. 80.

⁷⁴ YEĞENGİL, s. 172; AKINCI, Milletlerarası, s. 77.

⁷⁵ YAVUZ, s. 150.

⁷⁶ DAYINLARLI, İç Tahkim, s. 36; Y. 15. HD, T. 04.11.1986, E. 1986/19, K. 1986/3650 sayılı kararında, *“Yargıtay’ın kökleşmiş içtihatlarına göre kesin ve belirli olmayan hakem şartı geçersiz olup, uyuşmazlıklar mahkeme yoluyla halledilir”* denilmiştir, karar için bkz.

Taraflar tahkim iradelerinde, tahkim mahkemesinin açıkça belirlenmesi veya belirlenebilir olması gereklidir. Örneğin; tarafların temel sözleşmeye ekleyecekleri “*tahkim, İstanbul*” şeklindeki bir ifade, tarafların tahkim iradesini yansıtmaktadır⁷⁷.

IV. YAZILI ŞEKİL ŞARTI

Tahkim sözleşmesi yazılı şekilde yapılması gerekir. Bu şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim sözleşmesinin taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması yeterlidir. Taraflar arasındaki asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de tahkim sözleşmesi yapılmış sayılır (HMK m. 412/3).

Bu hükümle, tahkim sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması zorunludur. Bu yazılı şekil ise adi yazılı şekildir. Tahkim sözleşmesinin, yazılı şekilde yapılması geçerlilik şartıdır. Yazılı olmayan tahkim sözleşmesi ise geçersizdir⁷⁸.

§ 9. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

Tahkim sözleşmesi bir usul hukuku sözleşmesidir. Ancak, tahkim sözleşmesinin de diğer sözleşmeler gibi yapılması Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir⁷⁹. Bu nedenle, tahkim sözleşmesi en az iki kişinin yapabileceği bir sözleşmedir⁸⁰. Tahkim sözleşmesinin tarafı olmak için müstakil tahkim sözleşmesi veya tahkim şartını içeren temel sözleşmede taraf olmak

DAYINLARLI, İç Tahkim, s. 36; “Yargıtay kararlarında, hakem yoluyla halledilemeyen uyuşmazlıkların mahkemece çözümleneceğine dair konulan kayıtların tahkim anlaşmasını hükümsüz kılacağı kabul edilmektedir”, AKINCI, Milletlerarası, s. 83.

⁷⁷ AKINCI, Milletlerarası, s. 83.

⁷⁸ YAVUZ, s. 152.

⁷⁹ KURU, s. 932; YAVUZ, s. 148; Y. 22. HD, T. 18.04.2016, E. 2016/6529, K. 2016/11095 sayılı kararı, “Tahkim sözleşmesi veya şartı; borçlar hukuku anlamında bir sözleşme olduğu için, sözleşmeler için genel şartların tahkim sözleşmesinde de bulunması ve aranması gerekir. Tahkim sözleşmesinin ahlaka aykırı olması halinde geçerliliğinden söz edilemez. Bu hal genellikle tahkim sözleşmesinde bir tarafın diğeri üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirmesi veya taraflardan birine hakemlerin yarıdan fazlasını veya tamamının seçme imkânının verilmesi hallerinde kendini gösterecektir. İşçinin işveren karşısında ekonomik açıdan zayıf olduğu iş sözleşmesinin kuruluşunda ve devamında işverene hukuken bağımlı olduğu tartışmasıdır. İşçi işveren otoritesi altında ve onun emir ve talimatları ile iş görür. Denetim altındadır. İrade serbestliği yoktur. Bu şekilde yapılan bir tahkim sözleşmesi Borçlar Kanunu gereğince batıl olacaktır”, <https://www.karartek.com.tr>, (E.T.: 05.11.2017).

⁸⁰ DAYINLARLI, İç Tahkim, s. 25; BALCI, s. 122; KARADAŞ, s. 47; AYDEMİR, s. 258

gerekir⁸¹. Tahkim sözleşmesi, yalnızca bu sözleşmenin taraflarını ve arasında geçerlidir. Bu sözleşme, tarafların külli ve cüz'i haleflerini de bağlar⁸². Örneğin; tahkim sözleşmesi, tarafların mirasçılarını ve uyuşmazlık konusu alacağı taraflardan birinden devralan kişiyi de bağlar⁸³. Taraflar ile üçüncü kişiler arasındaki uyuşmazlıklar tahkim sözleşmesinin kapsamına girmez⁸⁴.

Tahkim sözleşmesinin tarafı olabilmek için hak ehliyetine, yani gerçek veya tüzel kişiliğe sahip olmak gerekir⁸⁵. Aynı zamanda, tarafların fiil ehliyetine sahip olmaları da gerekir⁸⁶. Aksi halde sözleşme kesin hükümsüz veya batıl olur⁸⁷. Bir temsilci aracılığıyla da tahkim sözleşmesi yapılabilir. Tarafların, iradi veya kanuni temsilcisi veya vekilleri tarafından tahkim sözleşmesinin yapılabilmesi mümkündür⁸⁸. Ancak, tahkim sözleşmesi yapılabilmesi için temsilcinin veya vekilin bu sözleşmeyi yapabilmek için özel bir yetkisinin olması gerekir⁸⁹.

§ 10. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN ÇEŞİTLERİ

HMK m. 412/2 hükmüne göre, *“tahkim sözleşmesi, taraflar arasındaki sözleşmenin bir şartı veya ayrı bir sözleşme şeklinde yapılabilir”*. Yani, tahkim sözleşmesi, taraflar arasındaki asıl ilişkiyi doğuran sözleşmeye eklenecek bir hükümle veya ayrı bir sözleşme şeklinde yapılabilir⁹⁰. Doktrinde, taraflar tahkim sözleşmesini asıl sözleşmelerine koydukları bir hükümle yapmaları durumunda *“tahkim şartı”*, bağımsız bir sözleşmeyle yapmaları durumunda ise *“tahkim sözleşmesi”* söz konusu olur⁹¹. Tahkim şartı ve tahkim sözleşmesini ayrı ayrı incelemekte fayda görmekteyiz.

I. TAHKİM ŞARTI

Tahkim sözleşmesi, taraflar arasındaki asıl sözleşmenin bir şartı şeklinde de yapılabilir (HMK m. 412/2). HMK m. 412/4 hükmüne göre,

⁸¹ AYDEMİR, s. 259.

⁸² KURU, s. 936; Aynı yönde bkz. AKINCI, Milletlerarası, s. 81.

⁸³ KURU, s. 936.

⁸⁴ GÖRGÜN, s. 684; ÖZBAY/KORUCU, s. 49.

⁸⁵ BALCI, s. 122; KARADAŞ, s. 47.

⁸⁶ DAYINLARLI, İç Tahkim, s. 26; BALCI, s. 122; KARADAŞ, s. 48, ÖZBAY/KORUCU, s. 227; AYDEMİR, s. 260.

⁸⁷ AYDEMİR, s. 355; IŞIK, s. 16-17.

⁸⁸ DAYINLARLI, İç Tahkim, s. 26-27; BALCI, s. 122; AYDEMİR, s. 264, Ayrıntılı bilgi için bkz. IŞIK, s. 8 vd.

⁸⁹ KURU, s. 933; DAYINLARLI, İç Tahkim, s. 26; AYDEMİR, s. 264.

⁹⁰ KARADAŞ, s. 57.

⁹¹ KURU, s. 933; BALCI, s. 116; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ, s. 766; NOMER/EKŞİ/ÖZTEKİN GELGEL, s. 22-23; DAYINLARLI, İç Tahkim, s. 15; YAVUZ, s. 145; AKINCI, Milletlerarası, s. 82; AKINCI, Şart, s. 145; EKŞİ, s. 98-99; ÇELİKEL/ERDEM, s. 734; ŞANLI, Milletlerarası Tahkim, s. 322-323; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 629;

tahkim sözleşmesine karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim sözleşmesinin henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz. Yani, asıl sözleşme geçersiz olsa da tahkim şartı asıl sözleşmenin geçersizliğinden etkilenmeksizin geçerliliğini korur. Örneğin; taraflar arasındaki eser sözleşmesine, bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümleneceğine ilişkin bir madde ekleyebilirler. Bu tahkim şartı, asıl sözleşmeden bağımsızdır. Diğer bir anlatımla, asıl sözleşmenin geçersiz olması, o sözleşmedeki tahkim şartını da geçersiz yapmaz⁹². Tahkim şartı, uyuşmazlık henüz çıkmadan asıl sözleşmenin yapıldığı sırada sözleşmeye eklenmektedir⁹³.

II. TAHKİM SÖZLEŞMESİ

Tahkim sözleşmesi, ayrı bir sözleşme olarak da yapılabilir. Bu sözleşmenin, konusu sadece tahkimdir. Taraflar, bu sözleşme ile uyuşmazlığın çözümünde tahkim yoluna başvurulacağını kararlaştırabilecekleri gibi, tahkim yargılamasını kolaylaştırmak için yargılama ile ilgili daha birçok husus üzerinde anlaşabilirler. Örneğin; ayrı bir tahkim sözleşmesi ile taraflar, hakeme nasıl başvuracaklarını, hakemlerin nasıl tespit edileceğini, hakemlerin yargılamayı nerede ve nasıl yapacakları gibi birçok hususu tespit ederek üzerinde anlaşabilirler⁹⁴.

Tahkim sözleşmesi, ayrı bir sözleşme olarak yapıldığında asıl sözleşmeden tamamen ayrı bir sözleşmedir. Tahkim sözleşmesi, genelde uyuşmazlık doğduktan sonra yapılır. Bu nedenle, tahkim sözleşmesine uygulamada daha az rastlanır⁹⁵.

§ 11. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Tahkim sözleşmesinin hukuki niteliği ile ilgili doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşleri incelemekte fayda görmekteyiz.

I. MADDİ HUKUK SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞÜ

Maddi hukuk sözleşmesi görüşüne⁹⁶ göre, her tahkim ilişkisinin kaynağı bir sözleşmedir. Bu sözleşme, bağlayıcılık gücünü, herhangi bir devlet otoritesine dayanmaksızın yalnızca Borçlar Hukuku sözleşmeleri gibi “Pacta Sunt Servanda” ilkesinden alır. Bu nedenle, devletin tahkim üzerindeki etkisi sınırlı kalmaktadır⁹⁷.

Bu görüşe, tahkimin esas olarak sözleşmeye dayanması ve tarafların sözleşmenin kurulması için temsil yetkileri, ehliyet, sözleşmenin butlanı veya

⁹² KARADAŞ, s. 45.

⁹³ YEĞENGİL, s. 138; DAYINLARLI, İç Tahkim, s. 21.

⁹⁴ AYDEMİR, s. 89.

⁹⁵ AYDEMİR, s. 97.

⁹⁶ YEĞENGİL, s. 106 vd.

⁹⁷ ŞANLI, Milletlerarası Tahkim, s. 45.

iptali gibi işlemleri Borçlar Hukuku sınırları içinde kalmasını gerektirir. Tahkim sözleşmesinin sonucu olan hakem kararının da sözleşme niteliğinde olması ve kararın icrasının mahkeme aracılığıyla gerçekleştirilmesi, tahkimin maddi hukuk sözleşmesi niteliğini ortaya koyar⁹⁸.

II. USUL HUKUKU SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞÜ

Usul hukuku sözleşmesi görüşüne göre, tahkim sözleşmesi hukuki niteliği gereği bir usul sözleşmesidir. Sözleşme kavramı ve irade serbestisi yalnızca Medeni Hukuka özgü kavramlar değildir. Bu kavramlar, kamu hukukuna tabi sözleşmeler, milletlerarası sözleşmeler ve usul sözleşmeleri için de uygulanır. Bir hukuki işlem, niteliği itibarıyla doğurduğu hukuki sonuçla birlikte değerlendirilmesi şarttır. Bu nedenle, bir sözleşmenin usule ilişkin hükümleri ve ona ilişkin temel sonuçları, asıl etkilerini özel hukukta gösteriyorsa, bu sözleşme bir özel hukuk sözleşmesidir. Ancak, etkilerini usul hukukunda gösteriyorsa bu sözleşme, usul hukuku sözleşmesi olmalıdır⁹⁹.

Bu görüşe göre, tahkim, ülkede hâkim olan yargı düzeninin bir uzantısı yani devamı niteliğindedir. Hatta, hakem kararları da mahkeme kararlarına benzer. Bu kararların icrasında, tıpkı mahkeme kararlarının icrasında olduğu gibi karşılıklılık ve icra kabiliyeti şartları aranmaktadır¹⁰⁰.

III. KARMA SÖZLEŞME GÖRÜŞÜ

Karma sözleşme görüşüne göre; tahkim, hem maddi hukuk hem de usul hukuku unsurlarını içeren bir kurumdur. Bu görüşe göre, tahkim, taraflar arasındaki bir sözleşmeye dayanmaktadır. Ancak bu sözleşme, usul hukuku bakımından sonuçlar doğuran bir sözleşme olması nedeniyle bağlayıcılık gücünü tahkim yargılamasının yapıldığı yerin yargı düzeninden almaktadır¹⁰¹.

Tahkim sözleşmesi, ilk olarak tarafların aralarında doğmuş veya doğacak uyuşmazlığın hakemlerce çözüleceği konusunda anlaşmaları ile kurulur. Bunun sonucunda, tahkim sözleşmesinin maddi hukuk niteliği ortaya çıkar. İkinci olarak da, tahkim sözleşmesi sonucunda hakemlerin verdiği karar yargısal bir nitelik taşır. Bu özelliği nedeniyle de tahkim sözleşmesi, usul hukuku niteliğini taşır¹⁰².

Tahkim sözleşmesinin maddi ve usul hukuku niteliği olmak üzere her iki niteliği de bünyesinde taşıyan tek bir hukuki işlem olduğu kabul edilmektedir¹⁰³.

⁹⁸ YAVUZ, s. 142; TAŞKIN, s. 15-16; AYDEMİR, s. 70.

⁹⁹ YAVUZ, s. 142-143; TAŞKIN, s. 17; AYDEMİR, s. 69-70.

¹⁰⁰ ŞANLI, Milletlerarası Tahkim, s. 43.

¹⁰¹ ŞANLI, Milletlerarası Tahkim, s. 46.

¹⁰² KALPSÜZ, İnşaat Sözleşmeleri, s. 354; DAYINLARLI, İç Tahkim, s. 20.

¹⁰³ YEĞENİL, s. 113; ŞANLI, Milletlerarası Tahkim, s. 46; DAYINLARLI, İç Tahkim, s. 20; TAŞKIN, s. 20.

IV. BAĞIMSIZ GÖRÜŞ

Bağımsız görüş, tahkimin hukuki niteliğinin tespitinde, diğer görüşlerin aksine farklı esaslardan hareket etmektedir. Özellikle, milletlerarası tahkimde belli bir mahalli hukuk düzenine bağlanma doğru kabul edilmez. Tahkim, milletlerarası ticaretin oluşturduğu kurallara, milletlerarası anlaşmalara, teamüllere ve uygulamalara göre yapılmalıdır. Bu durumda, tahkim sözleşmesi bağımsız nitelik kazanır¹⁰⁴.

Milletlerarası tahkim, sadece “milletlerarası ticari kamu düzeni” ile sınırlandırılmaktadır¹⁰⁵.

V. GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Tahkim sözleşmesinin hukuki niteliğine yönelik farklı görüşler bulunmaktadır. Tahkimin asli olarak sözleşmeye dayanması, hakem kararının bunun sonucu olması ve maddi hukuk hükümlerinin uygulanması hukuki niteliği tek başına belirleyemez. Tahkim sözleşmesinin usuli etkileri ile hukuki sonucu da esas alınmalıdır. Tahkim sözleşmesinin karakteristik etkisi, usul hukuku alanında ortaya çıkar. Bizimde katıldığımız görüşe göre; tahkim sözleşmesi, bir usul hukuku sözleşmesidir ve kural olarak özel hukuk sözleşmesi niteliğini göstermektedir¹⁰⁶.

§ 12. TAHKİM SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Tahkim sözleşmesi veya şartı, tarafları bağlayıcı özelliği vardır. Bu nedenle, taraflardan her biri tahkim sözleşmesinden veya şartından istenen amaca ulaşabilmek için üzerine düşen görevleri yerine getirmekle yükümlüdür. Örneğin; tahkim masraflarını karşılamalı, hakemlere verilecek ücret için onay vermeli, kendine payına düşen ücreti ödemeli veya depo etmelidir. Hakemlerin seçiminin taraflara ait olduğu bir tahkim sözleşmesinde, belirlenen süre içinde taraflar hakemini seçmelidir¹⁰⁷. Tahkim sözleşmesi, her iki tarafa da hakemlerini seçme borcu yüklemektedir¹⁰⁸. Tahkim sözleşmesinin veya tahkim şartının varlığı halinde tarafların uyuşmazlığın çözümü için hakem veya hakem heyetine başvurmaları beklenir¹⁰⁹. Tahkim sözleşmesi hakeme, kabul etmedikçe, uyuşmazlığı çözme yükümlülüğü yüklemeyiz, sadece ona çözme yetkisini verir¹¹⁰.

¹⁰⁴ DAYINLARLI, İç Tahkim, s. 20;

¹⁰⁵ ŞANLI, Milletlerarası Tahkim, s. 49; Ayrıntılı bilgi için bkz. DAYINLARLI, Kamu Düzeni, s. 63 vd.

¹⁰⁶ TAŞKIN, s. 21-22.

¹⁰⁷ ÖZSUNAY, s. 584; DAYINLARLI, İç Tahkim, s. 39-40.

¹⁰⁸ ÇENBERCİ, s. 132.

¹⁰⁹ AYDEMİR, s. 323.

¹¹⁰ BELGESAY, s. 53.

§ 13. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Tahkim sözleşmesi, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradeleri ile kurulur. Bu nedenle tahkim sözleşmesi, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradeleri ile sonlandırılabilir. Taraflar, güvendikleri ve inandıkları hakem veya hakemlerin ismini tahkim sözleşmesinde belirtmiş olabilirler. Bu durumda, isimleri belirtilen hakem ve hakemlerin ölümü veya hakemlik görevini kabul etmemeleri veya bu görevi ifade edemeyecek derecede rahatsızlanmaları nedeniyle hakemlik yapamamaları halinde, tahkim sözleşmesi sona erer¹¹¹.

İKİNCİ BÖLÜM

HAKEM SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, TARAFLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ, ŞEKLİ İLE HAKEM TAYİN USULÜ, TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE SONA ERMESİ

§ 14. HAKEM SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

I. DOKTRİNEL TANIM

Tahkim kavramı altında yer alan ikinci önemli sözleşme hakem sözleşmesidir. Bu sözleşme, taraflar ile hakem veya hakemler kurulu arasında yapılan sözleşmedir¹¹². Doktrinde hakem sözleşmesi ile ilgili çeşitli tanımlar bulunmaktadır. Bir tanıma¹¹³ göre, “*tarafların doğmuş veya doğacak hukuki ihtilaflarının çözümünü, kendi seçtikleri hakem diye adlandırılan özel kişilerin kararına bıraktıkları sözleşmeye, hakem sözleşmesi denilir*”. Diğer bir tanıma¹¹⁴ göre, “*hakem anlaşması, taraflar arasındaki ihtilaflı hakem sıfatıyla karara bağlayacak olan üçüncü şahısla, ihtilaflın tarafları arasında hakem atamayı ve hakemliği kabulü kapsayan karşılıklı iradelerin (icap ve kabul) birleşimden doğan bir tasarruftur*”. Başka bir tanıma¹¹⁵ göre, “*hakem sözleşmesi, tahkim sözleşmesinin taraflarıyla hakem veya hakemler arasında yapılan, taraflar arasındaki hak, yükümlülük gibi maddi hukuka ve usule ilişkin hukuki ilişkilerin*

¹¹¹ SEBÜK, s. 69; DAYINLARLI, İç Tahkim, s. 37; “*Davacı, normal mahkemelerde bir dava açmak suretiyle, tahkim sözleşmesinden uzak kalmak iradesini açıklamış bulunmaktadır. Davalıda, ‘tahkim sözleşmesinden doğan def’i’yi ileri sürmemek suretiyle bu iradeyi onaylamıştır. Bu sebepten dolayıdır ki davanın mahkemece red edilmesi halinde dahi, artık davalının tahkim sözleşmesini diriltmesine imkân yoktur. Şayet, çekişmenin tekrar tahkim yoluyla çözümlenmesi istenirse, yapılacak şey yeni bir tahkim sözleşmesinin düzenlenmesidir*”, bkz. ÖZSUNAY, s. 584, dn. 34.

¹¹² ŞANLI, Milletlerarası Tahkim, ŞANLI, Ticari Akitler, s. 297; ŞANLI/EKŞİ, s. 78-79; DAYINLARLI, İç Tahkim, s. 40; KURU, s. 938; NOMER, s. 517; TAŞKIN, s. 8; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ, s. 764; ULUKAPI, s. 535; GÖRGÜN, s. 689; EKŞİ, s. 155; ÖZBAY/KORUCU, s. 51.

¹¹³ TEKİNALP, s. 15.

¹¹⁴ YEĞENGİL, s. 218.

¹¹⁵ TAŞKIN, s. 8-9.

usul hukuku ve özel hukuk hükümlerinin esas alınarak düzenlendiği, hakem yargılamasının esas ve usullerinin belirlendiği bir sözleşmedir”.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda hakemlik sözleşmesi düzenlenmemiştir. Bunun nedeni, hakemlik sözleşmesinin Borçlar Hukukuna tabi bir sözleşme olmasıdır¹¹⁶. Hakemlik sözleşmesi yalnızca Borçlar Hukuku alanında değil Usul Hukuku alanında da sonuçlar doğurur¹¹⁷.

II. YARGISAL TANIM

Yargıtay’ın bir İçtihadı Birleştirme Kararı¹¹⁸’nda, *“ taraflarla hakem arasındaki ilişki özel hukuk alanına giren hizmetle ilgili bir akit”* ifadeleriyle hakem sözleşmesine değinmiştir. Yargıtay’ın ileri tarihli bir kararında¹¹⁹ ise *“bilindiği üzere uyuşmazlığın tarafları ile hakemler arasında oluşan hukuki ilişkide galip unsur vekalet ilişkisidir”* ifadeleriyle hakem sözleşmesinin niteliğini belirlemiştir. Yargıtay’ın son tarihli kararında¹²⁰ ise *“özel borç ilişkileri içinde taraf iradelerine dayanan tahkim sözleşmesinin herhangi bir akit tipine tabi olduğu yasalarımızda belirtilmemiş olduğundan, Borçlar Kanunu’nun 386/2 maddesi gereğince, kural olarak uyuşmazlığın tarafları ile hakemler arasında bir vekalet akdi oluştuğunun kabulü gerekir”* ifadeleriyle hakem sözleşmesinin vekalet sözleşmesi ile ilgili görüşünü sürdürmüştür.

§ 15. HAKEM SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

Hakem sözleşmesi, taraflarla hakem veya hakemler arasında kurulan bir sözleşmedir¹²¹. Hakem kavramı, doktrinde çeşitli ifadelerle tanımlanmıştır. Bir tanıma¹²² göre hakem, *“ taraflar arasındaki anlaşmazlıklar hakkında karar vermeye yetkili kılınan kimselerdir”*. Diğer bir tanıma¹²³ göre, *“hakem sözleşmesi ile, iki taraf arasındaki bir uyuşmazlığı çözmek görevini üstlenen kişiye (veya kişilere) hakem denir”*. Daha geniş anlamda hakem, *“kanunun men etmediği konularda taraflar arasında doğmuş veya doğacak anlaşmazlıkların bir sözleşme uyarınca devlet yargısına başvurulmasından giderilmesinde taraflarca veya tarafların veya kanunun yetki tanıdığı şahıs veya mercilerce tayin edilerek görevlendirilen kişi veya kişiler”* olarak tanımlanmıştır¹²⁴.

Hakem sözleşmesinin iki aşamalı olduğu söylenebilir. Birinci aşamada,

¹¹⁶ KURU, s. 938; NOMER, s. 506; ÖZBAY/KORUCU, s. 52;

¹¹⁷ NOMER, s. 506; DAYINLARLI, İç Tahkim, s. 40; ÖZBAY/KORUCU, s. 52.

¹¹⁸ Y. İBK, T. 13.05.1964, E. 64/1, K. 64/3, Karar için bkz. ÇENBERCİ, s. 123.

¹¹⁹ Y. 15. HD, T. 15.06.1989, E. 1989/1023, K. 1989/2841, Karar için bkz. DAYINLARLI, İç Tahkim, s. 40-41.

¹²⁰ Y. 15. HD, T. 06.01.2003, E. 2003/2780, K. 2003/3307, Karar için bkz. BİÇKİN, s. 381, dn. 7.

¹²¹ TAŞKIN, s. 44.

¹²² YEĞENGİL, s. 90.

¹²³ KURU, s. 939.

¹²⁴ KARADAŞ, s. 99

tafalar hakemin seğıildiğıine dair sözleşme yapar, ikinci aşamada ise hakemin hakemliğı kabul ettiğıine dair tafalarla sözleşme akdetmesi söz konusudur¹²⁵. Hiç kimse hakemliğı kabul etmek zorunda değildir. Bu nedenle, tafalarca bir kişinin hakem olarak seğıilmesi, yalnızca hakem sözleşmesini hazırlayıcı bir öneridir. Bu öneriyi hakemin kabul etmesiyle hakem sözleşmesi meydana gelir¹²⁶.

Hakemler, tafaların, tafaların vekili veya tafaların kanuni temsilcisi dışında üçüncü bir kişi olmalıdır¹²⁷. Tafalar, hakem veya hakemlerin seğıim usulünü kararlaştırmakta serbesttir (HMK m. 416). Tafalar, hakemin sayısını belirlemekte serbesttir. Ancak, bu sayı tek olmalıdır (HMK m. 415). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hakem olabilmek için herhangi bir yaş sınırlaması getirilmemiştir. Bu nedenle, ergin ve ayırt etme gücüne sahip olan herkes hakem olabilir¹²⁸. HMK m. 416/1 hükmüne göre yalnızca gerçek kişiler hakem olarak seğıilebilir.

§ 16. HAKEM SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Hakem sözleşmesinin hukuki niteliğı ile ilgili doktrinde çeşitli görüşler vardır. Bu görüşleri incelemekte fayda görmekteyiz.

I. HİZMET SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞÜ

Hizmet sözleşmesi görüşünü savunanlara göre, hakem sözleşmesinin konusunu her türlü hizmet edimi oluşturmaktadır. Bu görüşe göre, hakem sözleşmesi bir hizmet sözleşmesidir. Hizmet sözleşmesinde, işveren, işçiye talimat verme hakkı vardır. Ancak, hakem sözleşmesinde tafalar, hakeme talimat verememektedir. Hakem, yargısal bir faaliyet yürüttüğünden bağımsız olmalıdır. Hakem, tafaların talimatlarından soyut bir şekilde karar vermelidir. Bu özellikleriyle hakem sözleşmesinin, bir hizmet sözleşmesi olduğu söylenemez¹²⁹.

II. ESER SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞÜ

Doktrinde azınlığın savunduğı bu görüşe göre, hakem sözleşmesi bir eser sözleşmesidir. Eser sözleşmesi, bir tarafın bir ücret karşılığında diğere tarafa bir eser meydana getirmeyi üstlendiğı borç doğuran bir sözleşmedir¹³⁰. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, zihinsel çalışmanın sonucunun da eser sözleşmesinin konusu olabileceğı görüşünü benimsemiştir. Hakem kararının ise zihni eser sayılıp sayılamayacağı meselesi ortaya çıkar. Oysa, hakem kararının

¹²⁵ DAYINLARLI, İç Tahkim, s. 41; BALCI, s. 146; TAŞKIN, s. 39.

¹²⁶ KURU, s. 938.

¹²⁷ KURU, s. 939.

¹²⁸ EKŞİ, s. 158.

¹²⁹ TAŞKIN, s. 26 vd.

¹³⁰ TANDOĞAN, s. 1 vd.

hatasız veya hatalı, doğru ya da yanlış olarak değerlendirilmesi taraflar için mümkün değildir. Bu nedenle, hakem sözleşmesinin eser sözleşmesi özelliği göstermesi bahse konu olamaz¹³¹.

III. KENDİNE ÖZGÜ OLAN SÖZLEŞME GÖRÜŞÜ

Doktrinde, hakem sözleşmesi kendine özgü bir sözleşme olarak da değerlendirilmektedir¹³². Bu görüşe göre hakem sözleşmesinin, eser sözleşmesi olduğu görüşü ağırlıklı görüş olmak üzere hizmet sözleşmesi olduğu görüşü de benimsenmektedir. Hakemin, taraflara karşı hesap verme ve bilgi verme yükümlülüğü ile onların talimatlarına uyma konusunda fikir birliğine varılamamıştır. Bu görüş, hukuki niteliğin belirlenmesinde hakem sözleşmesinin etkilerini esas almaktadır¹³³. Ancak, hakem sözleşmesinin “kendine özgü olan sözleşme” olarak değerlendirilmesi bazı sonuçlar doğurmaktadır. Kendine özgü yapısı olan sözleşmelere ilişkin Türk Borçlar Kanunu’nun özel hükümlerinde düzenlenmiş kanuni sözleşme tiplerinin içerdiği herhangi bir esaslı unsur var olmadığından, bu hükümlerin uygulanmasından söz edilemez¹³⁴. Böylece, hakem sözleşmesine vekalet sözleşmesinin uygun düşen hükümlerinin uygulanamaması sonucu ortaya çıkar. Bu nedenle, bu görüşü benimsememekteyiz.

IV. VEKÂLET SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞÜ

Doktrinde hâkim görüş, bu sözleşmenin vekâlet sözleşmesi olduğu yönündedir¹³⁵. Yargıtay kararlarına göre de taraflarla hakem arasındaki ilişki akdi nitelikte bir vekâlet ilişkisidir¹³⁶. TBK m. 502 hükmüne göre, “*vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir*”. Vekil, vekâlet görevini özenle yerine getirmeli ve dürüstlük kurallarına uygun hareket etmelidir. Vekâlet sözleşmesi kural olarak eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmedir. Bu sözleşmede vekilin borçlandığı iş görme edimi, asli bir edimdir. Vekâlet veren, kural olarak asli edim niteliğinde bir ücret değil, tali bir edim üstlenmektedir. Eğer vekil ücret alıyorsa, vekâlet

¹³¹ TAŞKIN, s. 29 vd.

¹³² EREN, Borçlar Özel, s. 882; EREN, İsimli Sözleşmeler, s. 99-100; EREN, Borçlar Genel, s. 209.

¹³³ TAŞKIN, s. 34.

¹³⁴ EREN, Borçlar Özel, s. 882.

¹³⁵ BELGESAY, s. 53; ÇENBERCİ, s. 122-123; DAYINLARLI, İç Tahkim, s. 40.

¹³⁶ Y. 15. HD, T. 15.06.1989, E. 1989/1023, K. 1989/2841, “*Bilindiği üzere uyuşmazlığın tarafları ile hakemler arasında oluşan hukuki ilişkide galip unsur vekalet ilişkisidir. Yasada bu konuda bir açıklık mevcut olmamakla beraber bu gibi sözleşmelerdeki usul hükümleri yanında Borçlar Kanunu’na giren hükümler de yer almaktadır. Ne var ki, özel borç ilişkileri içinde taraf iradelerine dayanan tahkim sözleşmesinin herhangi bir akit tipine tabi olduğu belirtilmemiş olduğundan, kural olarak uyuşmazlığın tarafları ile hakemler arasında bir vekalet akdi oluştuğunun kabulü gerekir (BK. m. 386/2)*”, Karar için bkz. DAYINLARLI, İç Tahkim, s. 40-41.

sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme özelliğini kazanır. Vekâlet sözleşmesi, kural olarak ivazsız bir sözleşmedir. Günümüzde, vekilin gördüğü işle vekalet verenin ödediği ücret tam bir değişim (synallagma) ilişkisi içinde bulunmaktadır. Bu nedenle, ivazlı vekâlet sözleşmesi neredeyse kural haline gelmiştir¹³⁷. Vekâlet sözleşmesi, tarafların sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirmesiyle, işin görülmesi veya belirlenen sürenin dolmasıyla sona erebilir. Vekâlet verenin vekâleti geri alması veya vekilin feshi ile de bu sözleşme sona erebilir¹³⁸.

Hakem sözleşmesinin, vekâlet sözleşmesi olduğunu kabul eden görüşe göre, hakem sözleşmesinin konusu, taraflar arasındaki uyuşmazlığın karara bağlanmasında hakeme yetki verilmesini içerir. Hakemlerde, taraflardan aldıkları yetkiye dayanarak uyuşmazlığı hallederler. Hakemlerin uyuşmazlığın halledilmesi hususundaki yetkileri sınırsız olduğundan verdikleri karar vekâlet yolu ile yapılmış bir anlaşma niteliğindedir¹³⁹.

V. GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Hizmet sözleşmesinin asli unsurları olan işverenin işçiye emir ve talimat vermesinin, işçinin yaptığı iş karşılığında ekonomik bir amacının olması gibi unsurların hakem sözleşmesinde olması söz konusu değildir. Eser sözleşmesindeki gibi hakemin eksiksiz ve ayıpsız bir eser ortaya çıkarması da bahse konu değildir. Çünkü, hakem kararı eksiksiz ve ayıpsız gibi nitelenmesi ve tarafların bunu tespit etmesi mümkün değildir. Vekalet sözleşmesi ile hakem sözleşmesi çok benzer görünmektedir. Ancak, hakem, vekil gibi vekalet verenden aldığı talimata göre hareket etmez. Dahası, hakemin uyuşmazlığı çözmek üzere verdiği karara taraflar uymak zorundadır. Hakem sözleşmesini, belirli bir sözleşme tipi ile bağdaştırmak mümkün olmamaktadır. Bu nedenle, hakem sözleşmesinin hukuki niteliğinin, isimsiz bir sözleşme olduğu ve bu sözleşme türlerinden de bir karma sözleşme olduğu düşüncesindeyiz. En kabaca tarif ile hakem sözleşmesinde; hakem, bir iş görme borcunu üstlenmekte, taraf ise bu iş görme karşılığında ücret edimini üstlenmektedir. Hakem sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş iş görme borcu doğuran sözleşmelerden vekalet sözleşmesine benzerlik göstermektedir. Bu nedenle, hakem sözleşmesine ilişkin tarafların hak ve sorumluluklarının belirlenmesinde niteliğine uygun düştüğü takdirde vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanabileceğini ifade etmeliyiz.

Vekalet sözleşmesinde önemli olan husus, başkasına ait bir işin veya hizmetim görülmesidir. İş görme fiili, hukuki işlemlere ilişkin olabileceği

¹³⁷ EREN, Borçlar Özel, s. 706-707.

¹³⁸ EREN, Borçlar Özel, s. 743-744.

¹³⁹ Görüşle ilgili eleştiriler için bkz. YEĞENGİL, s. 220.

gibi maddi fiillere de ilişkin olabilir. Maddi fiillere ilişkin vekalette vekil, “müvekkili adına veya hesabına hukuki işlemler veya hukuki işlem benzeri işlem yapmadığından, onun adına hak kazanması veya borç yüklenmesi söz konusu değildir”. Maddi fiillere ilişkin vekaletin konusuna, hukuka veya ahlaka aykırı olmayan her türlü faaliyet girmektedir. Örneğin; avukat, noter, eksper veya hakem sözleşmeleri maddi fiillerin yapılmasına ilişkin vekalet sözleşmesi kapsamına girmektedirler. Maddi fiillere ilişkin vekalette, vekaletle ilişkin bazı hükümlerin uygulanması imkân dahilinde değildir. Vekilin, müvekkili adına aldığı şeyleri ona devir yükümlülüğü ve müvekkilin vekili borçtan kurtarma mükellefiyetinin yalnızca hukuki işlemlere ilişkin vekalette uygulanma imkânı vardır¹⁴⁰.

§ 17. HAKEM SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ İLE HAKEM TAYİN USULÜ

I. HAKEM SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda hakem sözleşmesinin şekli ile ilgili özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sözleşmenin şekle tabi olmadığı kabul edilmektedir. Hakem sözleşmesi sözlü olarak da yapılabilir. Hakem sözleşmesi; taraflar, hakemin tayinini istediği için tarafların hakeme karşı icabı ve hakeminde bu icabı kabul etmesiyle kurulur. Taraflar, tahkim sözleşmesi veya hakem sözleşmesi ile hakemi veya hakemleri aralarında kararlaştırabilirler¹⁴¹. İcab, hakem sözleşmesinin asli unsurlarını içerecek şekilde kesin ve belirli olmalıdır¹⁴².

Hakemin, icabı kabulü şekil şartına tabi değildir. Hakem veya hakemler ise bu icabı kabul edip etmemekte serbesttirler¹⁴³. Bu icabın kabul edilmesiyle ile hakem ve taraflar arasında hakem sözleşmesi kurulur. Hakem ile yalnızca kendini seçen taraf değil, diğer taraf için de bu hakem sözleşmesi geçerlidir¹⁴⁴.

Hakem sözleşmesi, taraflarla hakem veya hakemler arasında kurulan bir sözleşmedir. Hakem mahkemesinde, üç hakemde bulunabilir. Öncelikle, icapta bulunan birinci tarafla icabı kabul eden hakem arasında bir sözleşme ilişkisi kurulur. İcapta bulunan ikinci tarafla, başka bir hakem arasında da sözleşme ilişkisi kurulur. Tarafların tayin ettiği her bir hakemle diğer taraf arasında da sözleşme ilişkisi kurulur. Hakem mahkemesine başkanlık edecek üçüncü hakem ise, tayin edilen her iki hakem tarafından belirlenir. Üçüncü hakemle

¹⁴⁰ BAŞPINAR, Veyssel: Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2004, s. 73-74.

¹⁴¹ YEĞENGİL, s. 221.

¹⁴² TAŞKIN, s. 46.

¹⁴³ YEĞENGİL, s. 221 vd.

¹⁴⁴ DAYINLARLI, s. 41.

de taraflar arasında bir hakem sözleşmesi ilişkisi kurulur¹⁴⁵. Aslında, bir tarafın belirlediği hakemle her bir taraf arasında bir sözleşme ilişkisi kurulur. Sonuç olarak, üç köşeli bir sözleşme ilişkisinin var olduğu ifade edilebilir.

II. HAKEM TAYİN USULÜ

Hakem ve hakem kurulu, tahkim yolunun en önemli unsurlarından birisidir. Tahkim sözleşmesinin tarafları, hakem veya hakemlerin tayin usulünü serbestçe kararlaştırabilirler (HMK m. 416/1)¹⁴⁶. Taraflar, hakemin sayısını da belirleyebilirler. Ancak, hakem sayısı tek olmalıdır. Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa üç hakem seçilir (HMK m. 415). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun hakem sayısının tek olmasına ilişkin hüküm, emredici niteliktedir¹⁴⁷.

A. HAKEMLERİN TAHKİM SÖZLEŞMESİNDE VEYA TAHKİM ŞARTINDA GÖSTERİLMİŞ OLMASI

Taraflar, uyuşmazlık doğmadan aralarındaki asıl sözleşmeye ekleyecekleri tahkim şartı ile ileride meydana gelebilecek uyuşmazlığın çözümünü ismen belirli hakemlere bırakabilirler. Ancak, taraflar, ismen belirledikleri hakemlerin bu hususta onayını almalıdırlar. Uyuşmazlık doğduğunda tahkim yargılaması bu hakemler vasıtasıyla gerçekleştirilir. Tarafların ismen belirlediği hakemler tarafından uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması zorunludur. Hakem veya hakemler görevi kabul etmezse, istifa ederse veya ölürse tahkim sözleşmesi hükümsüz kalır. Bu durumda, uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılır¹⁴⁸.

B. HAKEMLERİN TARAFLARCA SEÇİMİ

Tahkim sözleşmesinde, hakemlerin taraflarca tayin edileceği kararlaştırılmış olabilir. Taraflar, tahkim sözleşmesine uyuşmazlık doğduğu zaman tek hakemin ortak anlaşma ile seçileceği hükmünü de ekleyebilirler. Uyuşmazlık doğduğu an tarafların ortak anlaşması ile tayin ettikleri hakem, tahkim yargılamasını yapar. Tek hakemin seçiminde anlaşmazlık çıktığı takdirde hakem, taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından tayin edilir (HMK m. 416/1-b)¹⁴⁹.

Üç hakem seçilecek ise taraflardan her biri bir hakem seçer; seçilen iki hakem üçüncü hakemi tayin eder (HMK m. 416/1-c). Taraflardan birinin hakemini tayin ederek diğer tarafa bildirim yapmasından itibaren bir ay içinde diğer taraf hakemini belirlemezse veya seçilen iki hakem bir ay içinde üçüncü hakemi belirlemezse, taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından hakem tayin edilir¹⁵⁰.

¹⁴⁵ TAŞKIN, s. 44-45.

¹⁴⁶ ÖZBAY/KORUCU, s. 58.

¹⁴⁷ EKŞİ, s. 156.

¹⁴⁸ DAYINLARLI, İç Tahkim, s. 42.

¹⁴⁹ DAYINLARLI, İç Tahkim, s. 43; KARADAŞ, s. 118-119.

¹⁵⁰ EKŞİ, s. 157.

Hakem sözleşmesinin kurulmasında, hakemi tayin eden tarafın icabını hakemin kabul etmesiyle beraber hakemini henüz tayin etmeyen diğer tarafın dahi hakem sözleşmesinin tarafı olarak sözleşmenin kuruluşuna dahil olduğu kabul edilmektedir. Alman hukukunda bu konu detaylı bir şekilde incelenmiştir. Son görüşe göre, tahkim sözleşmesinin kurulması aracılığıyla hakemin tayin edilmiş olduğu hallerde, tayin eden tarafa zımni olarak geri alınmayan bir temsil yetkisi verildiği, bu nedenle diğer taraf ile tayin edilmiş hakem arasında da hakem sözleşmesinin yapılmış olduğu belirtilmektedir¹⁵¹.

Alman Hukukunda, hakem sözleşmesinin taraflarının belirlenmesinin dayanağı “temsil görüşü”dür. Bu görüşün kaynağı ise 1904 yılında İmparatorluk Mahkemesi tarafından verilen bir karardır. Bu karara göre, “*hakem, hakem sözleşmesindeki kabul beyanı ile birlikte hakem sözleşmesinin tarafı durumuna gelir. Hakem sözleşmesinde taraflardan biri veya mahkeme tarafından tayin edilen hakem, tayin eden tarafın temsilcisi olarak davada karar veremez. Hakem adayına hakemlik konusunda yapılan teklif aynı zaman da diğer tarafa ve onu temsilen de yapılmaktadır. Böylece teklifin hakem tarafından kabul edilmesiyle birlikte, hakemle her iki taraf arasında bir sözleşme meydana gelir*”¹⁵².

C. HAKEMLERİN ÜÇÜNCÜ KİŞİ VEYA KURUM TARAFINDAN SEÇİMİ

Taraflar, uygun hakemi bulmakta zorlanabilirler. Bu nedenle, uyuşmazlıkların çözümünde üçüncü bir kişi veya kurumu görevlendirebilirler¹⁵³. Üçüncü kişi, gerçek kişi ve tüzel kişi olabileceği gibi mahkemede olabilir. Taraflarca, hakemi tayin edecek üçüncü kişinin veya kurumun ismi açıkça belirtilmelidir¹⁵⁴.

İsviçre hukukuna göre; kendisine tayin yetkisi verilen üçüncü kişi, hakem sözleşmesi yapılacak hakemle sözleşme ilişkisine girilmesi bakımından her iki tarafında doğrudan temsilcisidir. Hakemin, üçüncü kişinin icabını kabul etmesiyle hakem sözleşmesi kurulur¹⁵⁵.

HMK m. 416/1-b hükmüne göre, tek hakem seçilmesi durumunda taraflar, hakem seçiminde anlaşamazlarsa hakem, taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından seçilir. Taraflardan birinin hakemini tayin ederek diğer tarafa bildirim yapmasından itibaren bir ay içinde diğer taraf hakemini belirlemezse veya seçilen iki hakem bir ay içinde üçüncü hakemi belirlemezse, taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından hakem tayin edilir (HMK m. 416/1-c). HMK m. 416/2 hükmüne göre; hakemlerin seçim usulünü kararlaştırmış olmalarına rağmen; taraflardan biri sözleşmeye uymazsa, kararlaştırılmış olan usule göre tarafların veya taraflarca seçilen hakemlerin hakem seçimi konusunda birlikte karar vermeleri gerektiği hâlde, taraflar ya

¹⁵¹ TAŞKIN, s. 99.

¹⁵² TAŞKIN, s. 99-100.

¹⁵³ KARADAŞ, s. 125; BALCI, s. 132; DAYINLARLI, İç Tahkim, s. 40; ÖZBAY/KORUCU, s. 64.

¹⁵⁴ YEĞENGİL, s. 241; ÖZBAY/KORUCU, s. 64.

¹⁵⁵ TAŞKIN, s. 134.

da hakemler bu konuda anlaşılamazlarsa veya hakem seçimi ile yetkilendirilen üçüncü kişi, kurum veya kuruluş, hakemi ya da hakem kurulunu seçmezse, hakem veya hakem kurulunun seçimi, taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından yapılır.

§ 18. HAKEM SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I. HAKEMİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. YARGILAMA PROSEDÜRÜNÜN HAKEM YARGILAMA USULÜNE UYGUN OLARAK YÜRÜTÜLMESİ YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Hakem sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi ile birçok benzer yönü vardır. Bu nedenle, taraf ile hakem arasındaki hukuki ilişkiye uygun düştüğü ölçüde vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanır. TBK m. 504'e göre, vekil, vekaleti kabul etmesiyle kendisine verilen işlemleri veya hizmeti, sözleşmeye uygun olarak yapmakla yükümlüdür. Bu yükümlülük, hakemler için bazı sonuçlar doğurmaktadır. Bunlar; hakemlerin yargılama prosedürüne uygun olarak icra etmesi, kendisine sunulan uyuşmazlığı çözmesi ile maddi ve usul hukukuna göre karar vermesidir. Bu yükümlülük, bir uyuşmazlığın, hukuk devletinin esasları çerçevesinde belli bir usulle çözümlenmesi için gerekli her şeyi kapsamaktadır¹⁵⁶.

Tarafların tahkim sözleşmesi veya tahkim şartında yargılama usulünün esas ve ilkelerini belirlemeleri durumunda, hakemler belirlenen esas ve ilkeler doğrultusunda yargılamayı gerçekleştirmekle yükümlüdür. Tahkim sözleşmesi veya tahkim şartında belirlenen yükümlülükler, hakemlerin hakem sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin belirlenmesinde esas alınmalıdır¹⁵⁷. Zira, Yargıtay'ın bir kararına göre, hakem sözleşmesinde taraflar "maddi hukuk" şartı üzerinde anlaştıkları takdirde, hakemlerin bu iradeye aykırı şekilde karar vermeleri mümkün değildir. Çünkü, taraflar, hakemlerin karar verme yetkisini isteyerek sınırlamışlardır. Hakemler, maddi hukuk kurallarının dışına çıktıkları zaman ise yetkilerini aşmış olurlar¹⁵⁸.

B. HAKEMİN SADAKAT VE ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ

TBK m. 506/2 hükmüne göre, "vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür". Vekil, kendisine verilen işi sadakatle ifa ile yükümlüdür. Sadakat yükümlülüğü, vekilin üstlendiği işi belli usuller içinde ve vekalet verenin menfaatine uygun şekilde gerçekleştirmesidir. Hakem de üstlendiği işi sadakatle yerine getirmelidir. Hakem, taraflarla arasındaki güven ilişkisini zedeleyecek her türlü davranıştan kaçınmalıdır. Hakemin sadakat yükümlülüğü çerçevesinde,

¹⁵⁶ TAŞKIN, s. 153-154.

¹⁵⁷ TAŞKIN, s. 160.

¹⁵⁸ Y. 15. HD, T. 15.06.1989, E. 1023, K. 2841; Karar için bkz. BAŞPINAR, s. 217.

sır saklama yükümlülüğü, bilgi verme yükümlülüğü ve teslim yükümlülüğü de bulunmaktadır¹⁵⁹.

Hakeminde vekil gibi özen yükümlülüğü bulunduğundan orta düzeydeki bir hakemin göstereceği özeni göstermelidir. Hakem karar verme sırasında, bilgili, dürüst ve vicdanı kanı ile hareket ederek yargılamayı yürütmelidir¹⁶⁰.

C. HAKEMİN BİLGİ VERME VE TESLİM YÜKÜMLÜĞÜ

TBK m. 508 hükmünde vekilin üstlendiği işle ilgili vekalet verene karşı hesap verme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Vekil, vekalet verene işin durumu ile ilgili ayrıntılı bilgi vermelidir. Ancak, hakemin bilgi verme yükümlülüğünün çerçevesi, hakem yargılamasının bağımsız olması noktasından hareketle sınırlandırılmıştır. Hakemin bağımsızlığının ve yargılamasının esasının etkilenmeyeceği bir şekilde, taraflar hakemlerden bilgi talebinde bulunabilir. Örneğin; hakem, duruşmanın yerini, zamanını, kararın ne zaman verileceğini açıklamakla yükümlüdür¹⁶¹.

Hakem; yargılama sonunda hakem masraf avanslarını, taraflara ait belgeleri ve yazışmaları da teslimle yükümlüdür¹⁶².

II. TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. HAKEMİN ÜCRETİNİN ÖDENMESİ

Taraflar, hakem sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte, yargılama sürecinde yükümlülüklerine uygun hareket etmelidirler. Bu yükümlülükler, hakem ücreti, avans ve yargılama masraflarının ödenmesidir¹⁶³.

Vekâlet sözleşmesinde vekâlet verenin ücret ödeme borcu, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Ancak; taraflar, sözleşme ile ücret hakkını kararlaştırmışlarsa, vekil ücrete hak kazanır. Hakem ücreti, hakem sözleşmesinin bir unsuru kabul edilmektedir. Bu nedenle, hakemler, yürüttükleri tahkim yargılaması için hakem ücreti alırlar¹⁶⁴. Hakemlere verilecek ücretin miktarını ise taraflar belirlemektedir. Tarafların, hakeme karşı müteselsil sorumlu oldukları kabul edilmektedir¹⁶⁵.

B. HAKEM MAHKEMESİ MASRAFLARININ ÖDENMESİ

Hakem ücretinin ödenmesinin yanı sıra, hakemlerin masraflarının ödenmesi de vekalet sözleşmesi ile ilgili TBK m. 510 hükmüne dayanmaktadır. Bu hükme göre, *“vekâlet veren, vekâletin gereği gibi ifası için vekilin yaptığı*

¹⁵⁹ TAŞKIN, s. 163-164.

¹⁶⁰ TAŞKIN, s. 174.

¹⁶¹ TAŞKIN, s. 169 vd.

¹⁶² TAŞKIN, s. 172.

¹⁶³ TAŞKIN, s. 184.

¹⁶⁴ DAYINLARLI, İç Tahkim, s. 52.

¹⁶⁵ YEĞENGİL, s. 272.

giderleri ve verdiği avansları faiziyle birlikte ödemek ve yüklendiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür". Hakem sözleşmesinin tarafları, masrafların ödenmesi ile ilgili bu hükmün içeriğini değiştirebilirler. Masrafların ödenme gününü, hakem sözleşmesinin tarafları belirleyebilir. Uyuşmazlığın tarafları, hakem mahkemesinin olası masrafları için avans vermekle de yükümlüdürler. Taraflar, masraf avansının ödenme usulünü sözleşmeyle kararlaştırabilirler¹⁶⁶.

§ 19. HAKEM SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

I. HAKEM SÖZLEŞMESİNİN USUL VE KURALLARA UYGUN SONA ERMESİ

Hakem sözleşmesi, kural olarak hakemin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini uygun bir şekilde yerine getirmesiyle sona erer. Hakemlerin, nihai hakem kararı vermesiyle tahkim yargılaması sona erer¹⁶⁷. Tahkim yargılamasını sona erdiren esasa ilişkin nihai karar dışında, hakem veya hakem kurulu tarafından verilebilecek kararlar sulh kararı, kısmî karar, tedbir kararı, tamamlayıcı karar ve taraflardan birisinin gıyabında verilen karar olarak ifade edilebilir¹⁶⁸.

Tahkim yargılamasını sona erdiren diğer nedenler Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiştir. HMK m. 435 hükmüne göre, davalının itirazı üzerine hakem veya hakem kurulunun uyuşmazlığın kesin olarak çözümünde davalının hukuki yararı bulunduğunu kabul etmesi hâli hariç, davacı davasını geri alması; tarafların, yargılamanın sona erdirilmesi konusunda anlaşmaları; hakem veya hakem kurulunun, başka bir sebeple yargılamanın sürdürülmesini gereksiz veya imkânsız bulması; tahkim süresinin uzatılmasına ilişkin talebin mahkemece reddedilmesi; taraflarca kararın oybirliğiyle verilmesinin öngörülmesine rağmen, hakem kurulunun oybirliğiyle karar verememesi; yargılama giderleri için avans yatırılmaması hallerinde hakem veya hakem kurulunun yetkisi, yargılamanın sona ermesiyle ortadan kalkar.

Hakem sözleşmesi ile tahkim sözleşmesinin arasında yakın bir ilişki vardır. Bu nedenle, tahkim sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte hakem sözleşmesi de sona erer¹⁶⁹.

II. HAKEM SÖZLEŞMESİNİN TARAF İRADELERİYLE SONA ERMESİ

A. TARAFLARIN HAKEMİ BİRLİKTE AZLI

Hakem sözleşmesi ve hakemin yargılama görevi, tahkimin herhangi bir aşamasında uyuşmazlığın taraflarının anlaşması ile sona erdirilebilir¹⁷⁰. Hakemler, tayin usulleri nasıl olursa olsun, azledilebilmeleri için tarafların ortak

¹⁶⁶ TAŞKIN, s. 215 vd.

¹⁶⁷ AKINCI, Milletlerarası, s. 175.

¹⁶⁸ BURDURLU, s. 144-145.

¹⁶⁹ TAŞKIN, s. 238-239.

¹⁷⁰ BURDURLU, s. 152; DAYINLARLI, İç Tahkim, s. 52.

bir anlaşmaya varmaları gerekir. Diğer bir anlatımla, hakemler; ortaklaşa veya ayrı ayrı tayin edilmiş olması; üçüncü şahıs veya mahkeme tarafından tayin edilmiş olması fark etmeksizin ancak tarafların anlaşması ile azledilebilirler. Çünkü, tayin usullerinin hiçbir önemi olmadan her hakem, tarafların ortak hakemidir¹⁷¹.

B. HAKEMİN İSTİFASI

Hakem sözleşmesinin hakem tarafından tek taraflı olarak feshi, hakem sözleşmesini sona erdiren bir durumdur¹⁷². Vekilin istifası, geleceğe etkili sonuç doğurur. Hakemin, tahkim yargılamasını başlatmasıyla birlikte taraflar, uyuşmazlığın çözümüne kavuşması ile ilgili beklentiye girerler. Ancak, hakem, tahkim yargılamasını sonlandırmadan istifa edebilir. TBK m. 512/2 hükmüne göre; vekâlet sözleşmesinde, uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf, diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. Bu hükme göre, uygun olmayan zamanda istifa eden hakemin tazminat sorumluluğu doğmaktadır¹⁷³.

Hakemler arasında bir ilişki bulunmamaktadır. Bu nedenle, hakemin istifa etmesi durumunda tahkim sözleşmesi geçerliliğini korumaktadır. Yalnızca, istifa eden hakemle yapılan hakem sözleşmesi sona erer¹⁷⁴.

III. HAKEMİN ÖLÜMÜ

Hakem, kişisel nitelikleri nedeniyle görevlendirildiğinden hakemin ölümüyle hakem sözleşmesi sona erer. Ancak, tahkim sözleşmesi geçerliliğini korur. Tarafın ölümü ise hakem sözleşmesini sona erdirmez. Ölüm, azil ve istifa hakem sözleşmesini geleceğe etkili olarak sona erdiren. Hakemin, medeni hakları kullanma ehliyetinin sona ermesi de hakem sözleşmesini sona erdiren bir nedendir¹⁷⁵.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TAHKİM VE HAKEM SÖZLEŞMELERİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

§ 20. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

Geçerli bir tahkim sözleşmesinin birbirine bağlı olumlu ve olumsuz olmak üzere iki temel etkisi vardır. Olumlu etkisi, taraflar bu sözleşme ile aralarındaki uyuşmazlığın çözümünü için tahkim yoluna başvurmayı kabul ederler. Olumsuz

¹⁷¹ YEĞENGİL, s. 253-254.

¹⁷² BURDURLU, s. 163.

¹⁷³ TAŞKIN, s. 246.

¹⁷⁴ TAŞKIN, s. 248.

¹⁷⁵ TAŞKIN, s. 248-249.

etkisi ise uyuşmazlığın genel mahkemelerde görülememesi yani dava yolunun kapanmış olmasıdır¹⁷⁶.

I. TARAFLARIN SÖZLEŞME İLE BAĞLI OLMALARI

Tahkim sözleşmesi, etkisini sadece ona taraf olanlara gösterir. Sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına tabi tutulması bahse konu değildir¹⁷⁷. Tahkim sözleşmesinin veya tahkim şartının varlığı halinde tarafların uyuşmazlığın çözümü için hakem veya hakem heyetine başvurmaları beklenir. Hakem veya hakem heyetinin de uyuşmazlığı incelemesi ve tarafları bağlayacak şekilde halletmesi beklenir¹⁷⁸.

II. DAVANIN GENEL MAHKEMELERDE GÖRÜLEMEMESİ

Tahkim sözleşmesi ile taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın hakem veya hakem heyeti tarafından çözülmesini kabul etmektedirler. Buna rağmen, taraflardan biri uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açabilir. Bu durumda diğer taraf, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi gerektiği nedeniyle *tahkim itirazında* bulunabilir¹⁷⁹. HMK m. 413 hükmüne göre, tahkim itirazı, ilk itirazlardandır. İtirazın en geç cevap dilekçesiyle birlikte yapılması gerekir¹⁸⁰. Diğer taraf, bu itirazı yapmadığı takdirde, tahkim şartına rağmen dava mahkemede görülür. Hâkim, tahkim şartını re'sen dikkate alamaz. Davalı taraf, tahkim itirazında bulunmalıdır¹⁸¹. Tahkim sözleşmesi, geçerli ise mahkeme tahkim itirazını kabul eder ve davayı usulden reddeder. Tahkim itirazının ileri sürülmesi, tahkim yargılamasına engel olmaz¹⁸².

§ 21. HAKEM SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

I. HAKEM KARARI

Hakemlerin esas itibarıyla maddi hukuk hükümlerine uyarak karar vermeleri zorunlu değildir. Ancak, taraflar sözleşmede kararlaştırmışlarsa, hakemlerin maddi hukuk hükümlerine uymaları gerekir¹⁸³. Tahkim yargılaması sonunda hakemler tarafından verilen hakem kararı, taraflara bildirilir (HMK m. 436/3). Hakem kararı, kesinleşmesiyle birlikte taraflar arasında kesin hüküm özelliğine kavuşur. Diğer bir ifadeyle; tarafları, nedeni ve konusu ayın olan başka bir

¹⁷⁶ KARADAŞ, s. 87; AYDEMİR, s. 303.

¹⁷⁷ ŞANLI, Ticari Akitler, s. 307; Ayrıntılı bilgi için bkz. ESEN, s. 10 vd.

¹⁷⁸ AYDEMİR, s. 323.

¹⁷⁹ DAYINLARLI, İç Tahkim, s. 40.

¹⁸⁰ KARADAŞ, s. 93.

¹⁸¹ DAYINLARLI, İç Tahkim, s. 40.

¹⁸² NOMER/EKŞİ/ÖZTEKİN GELGEL, s. 24.

¹⁸³ ÜSTÜNDAĞ, s. 121.

dava açılmaz veya tahkime gidilemez¹⁸⁴. Hakem kararları için mahkeme kararlarında olduğu gibi kanun yollarına gidilebilir. Hakem kararlarına karşı doğrudan temyize gidilememekte onun yerine iptal davası açılmaktadır¹⁸⁵. Bu kararlar verildiği anda icra edilebilir özelliğini kazanır¹⁸⁶.

II. HAKEMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Hakemin hakem sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini ihlal etmesiyle birlikte hukuki sorumluluk söz konusu olmaktadır. Hakemin yükümlülüklerini ihlal etmesi şu hallerde ortaya çıkar: *“hakemin hakem yargılamasına yönelik faaliyetten kaçınması veya aynı anlama gelebilecek bir davranışta bulunması, hakemin yargılama konusuna aykırı bir şekilde yargılamayı geciktirmesi, hakem kararının verilmesi için öngörülen süreyi geçirmesi, hakemin hatalı karar vermesi, iş sırrını açıklaması, uyuşmazlık hakkındaki hüküm verme görevini yerine getirmemesi”*¹⁸⁷.

Yargıtay, hakemin vekalet sözleşmesine ve işçinin sorumluluğuna ilişkin hükümlerine tabi tutulması gerektiği ile ilgili karar vermiştir. Ancak, hakemin özel durumunun karşısında bu karar eleştirilmiştir. Sorumluluk hukuku bakımından, hakemin sorumluluğunun “kusur sorumluluğuna” dayanması gerekir. Hakem, sadece kastı ve ağır kusuru nedeniyle sorumlu tutulmalıdır¹⁸⁸.

SONUÇ

Tahkim, bir üst kavramdır. Tahkim ve hakem sözleşmeleri, tahkimi oluşturan sözleşmelerdir. Tahkim sözleşmesi, hukuki niteliği itibarıyla bir usul hukuku sözleşmesidir. Ancak, tahkim sözleşmesi de her sözleşme gibi Borçlar Hukuku’nun belirlediği sözleşme serbestisi sınırlarını aşmamalıdır. Tahkim sözleşmesinin, yazılı şekilde yapılması gereklidir. Bu sözleşme, bağımsız bir sözleşme olarak yani tahkim sözleşmesi olarak yapılabileceği gibi tarafların arasındaki asıl sözleşmeye tahkim hükmü eklenerek diğer bir ifadeyle tahkim şartı ile de yapılabilir. Bu sözleşme ile taraflar, aralarındaki uyuşmazlık için tahkim yoluna gitmek ve hakemleri tayin etmekle yükümlüdürler.

Hakem sözleşmesi ise taraflarla hakem veya hakemler arasında kurulan bir sözleşmedir. Bu sözleşme hukuk niteliği itibarıyla karma bir sözleşmedir. Hakem sözleşmesine, tarafların hak ve sorumluluklarının belirlenmesinde vekalet sözleşmesine benzerliği nedeniyle bu sözleşmenin hükümleri kıyasen

¹⁸⁴ ÖZBAY/KORUCU, s. 174.

¹⁸⁵ ÖZBAY/KORUCU, s. 221.

¹⁸⁶ ÖZBAY/KORUCU, s. 215.

¹⁸⁷ TAŞKIN, s. 177.

¹⁸⁸ TAŞKIN, s. 183-184.

uygulanabilmelidir. Hakem sözleşmesinin tarafları, aralarında bir hukuki ilişki bulunan taraflar ile hakem veya hakemlerdir. Hakem ile taraflar arasındaki ilişki, her bir tarafla hakemin arasında hakem sözleşmesi olması nedeniyle üç köşeli bir ilişkidir. Üç hakem olması durumunda bile bir tarafın tayin ettiği hakem, aslında her iki tarafla hakem sözleşmesi yapmaktadır. Bu nedenle; hakem, her iki tarafın ortak, bağımsız ve tarafsız hakemi niteliğindedir.

Tahkim sözleşmesi, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü için tahkim yolu ile bağlı olma ve davanın mahkemelerde görülememesi hükümlerini doğurur. Eğer bir taraf tahkim sözleşmesi veya tahkim şartına rağmen mahkemede dava açarsa diğer tarafın ileri süreceği tahkim itirazı ile karşılaşır. Hakem sözleşmesi ise hakem kararı ve hakemin hukuki sorumluluğu sonuçlarını doğurur. Hakem kararı, kesin hüküm niteliğinde ve icra edilebilir niteliktedir. Hakemin, hakem sözleşmesindeki yükümlülüklerini ihlali halinde ise kusuru varsa sorumlu olmalıdır.

KAYNAKÇA*

- **AKINCI**, Ziya: “Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Uygulama Alanı”, İBD, İzmir 2001, s. 4-58, (AKINCI, Tahkim Kanunu).
- **AKINCI**, Ziya: Milletlerarası Tahkim, 2. Baskı, Ankara 2007, (AKINCI, Milletlerarası).
- **AKINCI**, Ziya: “Tahkim Şartı”, Milletlerarası Tahkim Semineri (4 Ekim 2005), Ankara, s. 144-155, (AKINCI, Şart).
- **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ**: Medenî Usul Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2016.
- **AYBAR**, Ayhan: “Sigorta ile İlgili Tahkim”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası Bildiriler-Tartışmalar, 29 Kasım-4 Aralık 1965, Ankara, s. 371-388.
- **AYDEMİR**, Fatih: Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, İstanbul 2017.
- **AZİZOĞ**, Hakim: “Uluslararası Ticari Tahkim”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi, Ankara 2004.
- **BALCI**, Muharrem: İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, İstanbul 1999.
- **BAŞPINAR**, Veysel: Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2004.
- **BELGESAY**, Mustafa Reşit: “Hakem Kararlarının Hukuki Mahiyeti”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası Bildiriler-Tartışmalar, 29Kasım-4 Aralık 1965, Ankara.
- **BİÇKİN**, İnci: “Hakem Sözleşmesi ve Hakem Yargılaması”, TBBD, Sa. 67, Ankara 2006, s. 380-397.

* Dipnotlarda geçen eserler yazarlarının soyadlarıyla anılmıştır. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan yollamalar, kısaltılmış şekilleriyle parantez içerisinde gösterilmiştir.

- **BOZKURT YÜKSEL**, Armağan Ebru: “Uncitral Ve Uncitral Model Kanunu’na Genel Bir Bakış”, TAAD, C. 2, Y. 2, Sa. 4 (20 Ocak 2011), Ankara, s. 135-172.
- **BURDURLU, Özlem**: “Milletlerarası Ticarî Tahkimde Hakem Sözleşmesi”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi, Ankara 2016.
- **ÇELİKEL, Aysel/ERDEM**, B. Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 14. Baskı, İstanbul 2016.
- **ÇENBERCİ, Mustafa**: “Hakemlerin Tayin Usulü ve Ücreti”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası Bildiriler-Tartışmalar, 29 Kasım-4 Aralık 1965, Ankara, s. 121-149.
- **DAYINLARLI**, Kemal: HUMK’da **Düzenlenen İç Tahkim, Ankara 1997, (DAYINLARLI, İç Tahkim)**.
- **DAYINLARLI**, Kemal: Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, Ankara 1994, (DAYINLARLI, Kamu Düzeni).
- **DEVELLIOĞLU**, Ferit: Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, 29. Baskı, Ankara 2012.
- **EKŞİ**, Nuray: Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim, İstanbul 2013.
- **ERDOĞAN**, Feyiz: Uluslararası Hukuk ve Tahkim, Ankara 2004.
- **EREN**, Fikret: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanuna Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2014, (EREN, Borçlar Genel).
- **EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2015, (EREN, Borçlar Özel).
- **EREN**, Fikret: “İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Turgut AKINTÜRK’e Armağan, Ankara 2008, s. 85-111, (EREN, İsimsiz Sözleşmeler).
- **ESEN**, Emre: Uluslararası Ticarî Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili, İstanbul 2008.
- **GÖRGÜN**, L. Şanal: Medenî Usul Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2016.
- **IŞIK**, Fatih: Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi ve Bu Yetkiye Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2015.
- **KALPSÜZ**, Turgut: “İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları”, (Yönetici- İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer), 18-29 Mart 1996, Ankara, s. 339-379, (KALPSÜZ, İnşaat Sözleşmeleri).
- **KALPSÜZ**, Turgut: “Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun Değerlendirilmesi”, Milletlerarası Tahkim Semineri, ICC Türkiye Milli Komitesi, 05 Kasım 2001, Ankara, s. 110-127, (KALPSÜZ, Değerlendirme).
- **KARADAŞ**, İzzet: 6100 Sayılı HMK’nda Düzenlenen Ulusal (İç) Tahkim, Ankara 2013.
- **KURU**, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, 1. Tıpkı Baskı, İstanbul 2016.

- **NOMER / EKŞİ / ÖZTEKİN GELGEL:** Milletlerarası Tahkim Hukuku, C. I, 5. Bası, İstanbul 2016.
- **NOMER,** Ergin: “Milletlerarası Hakemlik Sözleşmelerinde İhtilaf”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası Bildiriler-Tartışmalar, 29 Kasım-4 Aralık 1965, Ankara, s. 501-529.
- **ÖZBAY,** İbrahim/**KORUCU,** Yavuz: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim, Ankara 2016.
- **ÖZSUNAY,** Ergun: “Almanya’da Tahkim”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası Bildiriler-Tartışmalar, 29 Kasım-4 Aralık 1965, Ankara, s. 579-608.
- **SEBÜK,** Tahir: “Hakem, Hakem-bilirkişi ve Kanuni Hakem Kararlarının Mukayesesi ve Tahkim Şartı”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası Bildiriler-Tartışmalar, 29 Kasım-4 Aralık 1965, Ankara, s. 63-70.
- **ŞANLI,** Cemal/**EKŞİ,** Nuray: Uluslararası Ticaret Hukuku, İstanbul 2000, s. 78-79.
- **ŞANLI,** Cemal: Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986, (ŞANLI, Milletlerarası Tahkim).
- **ŞANLI,** Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 6. Bası, İstanbul 2016, (ŞANLI, Ticari Akitler).
- **ŞİT,** Banu: Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 2005
- **TANDOĞAN,** Hâluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, Ankara 1987.
- **TAŞKIN,** Alim: Hakem Sözleşmesi, 2. Bası, Ankara 2005.
- **TEKİNALP,** Ünal: “Hakem Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti Konusunda Düşünceler”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası Bildiriler-Tartışmalar, 29 Kasım-4 Aralık 1965, Ankara, s. 13-29.
- **ULUKAPI,** Ömer: Medenî Usul Hukuku, 3. Baskı, Konya 2015.
- **ÜSTÜNDAĞ,** Saim: Medenî Yargılama Hukukunda Kanun yolları ve Tahkim, 2. Baskı, İstanbul 1971,
- **YAVUZ,** Cevdet: “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler”, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, (Konuşmalar-Tartışmalar-Bildiriler), 14 Şubat 2009, MÜHF, İstanbul, s. 133-175.
- **YEĞENGİL,** Rasih: Tahkim (L’arbitrage), İstanbul 1974.
- <https://www.karartek.com.tr>

GENEL (ÂDİ) İFLÂS YOLUYLA TAKİBE İTİRAZIN KALDIRILMASI ve İFLÂS DAVASININ TAHKİME ELVERİŞLİLİĞİ

*The Arbitrability of the Action for Annulment of Objection and
Bankruptcy in Ordinary Bankruptcy Procedure*

Dr. İlhan DİNÇ*

Geliş Tarihi: 22.11.2019 Kabul Tarihi: 28.01.2020

ÖZET

Borçlar hukuku sözleşmelerinde tahkim anlaşması yapılarak, sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü kararlaştırılabilmektedir. Ancak bunun için sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığın tahkime elverişli olması gereklidir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 408(1) ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 1/4 hükmünde taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklar ile iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklar yönünden tahkim yasaklanmıştır. Bu çalışmada genel iflâs yoluyla takipte ödeme emrine itiraz üzerine 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu m. 156 hükmü kapsamında açılan itirazın kaldırılması ve iflâs davasının tahkime elverişliliği konusu incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Tahkim Anlaşması, Tahkime Elverişlilik, İtirazın Kaldırılması ve İflâs Davası.

ABSTRACT

An arbitration agreement may be concluded in commercial contracts in order to resolve the dispute arising from the contract. However the dispute arising from the contract must be arbitrable. Article 408(1) of the Civil Procedure Code (No: 6100) and article 1/4 of the International Arbitration Code (No: 4686) prohibits disputes arising from or relating to rights in rem over immovable properties and disputes that cannot be subject to the parties' determination from being resolved via arbitration. In this study, arbitrability of the action for annulment of objection and bankruptcy in ordinary bankruptcy procedure under the article 156 of the Execution and Bankruptcy Code (No: 2004) will be examined.

Keywords: arbitration agreement, arbitrability, action for annulment of objection and bankruptcy.

* Hâkim, Diyarbakır Bilirkişilik Bölge Kurulu Başkanı, Diyarbakır Bölge Adliye Mahkemesi Üyesi, e-posta:ab151519@adalet.gov.tr, ORCID ID: 0000-0002-3740-9657.

GİRİŞ

İcra ve iflâs hukukunda, genel (âdi) iflâs yolu¹, alacaklının iflâsa tâbi borçlusu hakkında İcra ve İflâs Kanunu (İİK) m. 154 hükmü uyarınca yetkili icra dairesine yapacağı takip talebi ile başlar. İflâs takip talebinin verilmesi üzerine icra dairesi, bir iflâs ödeme emri (İİK m. 155) düzenleyerek, takip borçlusuna tebliğe gönderir. İflâs ödeme emrinin tebliği üzerine borçlu yedi günlük yasal süre içerisinde herhangi bir itirazda bulunmaz ise, ödeme emri kesinleşir. Ödeme emrine itiraz etmeyen borçlu, iflâs takibine konu borcu ve ferîlerini ödemez ise, alacaklı yetkili asliye ticaret mahkemesinde açacağı iflâs davasıyla borçlunun iflâsına karar verilmesini talep edebilir (İİK m. 156/1). Şayet borçlu, yasal süresi içerisinde iflâs ödeme emrine itirazda bulunmuş ise, takip kendiliğinden durur; bu hâlde alacaklı “*borçlunun itirazının kaldırılması*” ve “*borçlunun iflâsına karar verilmesi*” talepleriyle yetkili asliye ticaret mahkemesinde iflâs davası açabilir (İİK m. 156/3).

Borçlunun iflâs ödeme emrine itirazı üzerine açılan iflâs davasında, öncelikle davacının alacaklı davalının ise borçlu olup olmadığına, başka bir ifadeyle alacağın varlığının ve miktarının tespitine yönelik bir maddi hukuk yargılaması icra edilir. Burada mahkeme, herhangi bir alacak davasında olduğu gibi tarafların iddia ve savunmalarını “umumi hükümler dairesinde” (İİK m. 158/2) inceleyerek, takip konusu borcun varlığını ve miktarını tespit eder. Kanunda itirazın kaldırılması talebinin genel hükümlere göre inceleneceği ifade edildiğinden, alacaklı alacağının varlığını mümkün olan her türlü delil ile ispat edebilir. Keza borçlu da ödeme emrine itiraz ederken bildirdiği itiraz sebepleri ile bağlı olmaksızın, hatta itirazında hiçbir sebep belirtmemiş olsa dahi, bütün savunma vasıtalarını kullanabilir². Mahkemece alacağın mevcut olduğu, yani iflâs takibi borçlusunun borçlu olduğu tespit edilir ise itirazın kesin olarak kaldırılmasına karar verilir; sonrasında depo emri kararı ve şartların mevcudiyeti halinde borçlu/davalının iflâsına karar verilmesi aşamaları söz konusu olur (İİK m. 158/2).

İflâs takibine ve davasına konu edilen borcun dayanağı sözleşmelerde, yabancı bir devlet mahkemesi lehine milletlerarası yetki anlaşması ya da

¹ **Kuru, Baki:** İcra ve İflâs Hukuku, Cilt III, 3. bası, Ankara 1993, s. 2660 vd.; **Kuru Baki:** İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 3. bası, Ankara 2019, s. 379 vd.; **Kuru, Baki:** İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. bası, Ankara 2013, s. 1119 vd.; **Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder:** İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 27. bası, Ankara 2013, s. 470 vd.; **Arslan Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema/Hanağası, Emel:** İcra ve İflâs Hukuku, 5. baskı, Ankara 2019, s. 456 vd.; **Muşul, Timuçin:** İcra ve İflâs Hukuku Cilt II, 6. bası, İstanbul 2015, s. 1519 vd.

² **Kuru, C. III,** s. 2673; **Kuru,** Ders Kitabı, s. 380; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası,** s. 457; **Kuru/Arslan/Yılmaz,** s. 474; **Pekcanitez Hakan/Atalay, Oğuz/Surgurtekin Özkan, Meral/Özekes Muhammet:** İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 5. Bası, İstanbul 2018, s. 360.

tafırlar aralarındaki uyuşmazlığın tahkim yoluyla görölmesine yönelik bir tahkim anlaşması bulunması durumunda iflâs davasını görmeye yetkili asliye ticaret mahkemesinin alacağın varlığını ve miktarını tespitine yönelik yetkisinin kalkmış olup olmadığı konusunda doktrinde ve yargı kararlarında farklı görüşler benimsenmiştir. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) m. 47 hükmü kapsamında milletlerarası yetki anlaşması bulunması hâli³ çalışma konumuzun kapsamı dışında tutulmuştur. Bu çalışmamızda sadece, genel (âdi) iflâs yoluyla takipte ödeme emrine itiraz üzerine açılan itirazın kaldırılması ve iflâs davasının tahkime elverişliliği konusu üzerinde durulacaktır⁴. Bu konuda Yargıtay'ın geçmişten bugüne kadar aynı ve farklı dairelerinden verilmiş olan birbirinden tamamen farklı içtihatları olduğu gibi, öğretilerde de farklı görüşler benimsenmiştir. Yargıtay dairelerindeki görüş ayrılığı nedeniyle, bu hususta içtihat birliğinin sağlanması bakımından, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin aşağıda zikredilen kararına⁵ karşı bir yerel mahkemece direnilmiş olup; bu çalışmamızda konu, öğreti görüşleri ve yargısal kararlar ışında etraflıca incelenmeye çalışılacaktır.

I. KONUYLA İLGİLİ YARGISAL KARARLAR

1. Tahkim Anlaşmasının İflâs Takibinin Dayanağı Alacağın Varlığının ve Miktarının Tespiti Yönünden Geçerli Olduğu Yönündeki Kararlar

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin aşağıda zikredilen kararlarında; itirazın kaldırılması ve iflâs davalarının öncelikle davacının alacaklı, davalının ise borçlu olduğuına ilişkin bir maddi hukuk yargılamasını, sonrasında şartların mevcudiyeti halinde borçlu-davalının iflasına karar verilmesini gerektiren davalardan olduğu; iflâs davalarında tahkim şartının uygulanamayacağına ilişkin kuralın alacağın tespiti aşamasına ilişkin olmayıp, iflas kararı verilmesi konusundaki devlet egemenliği ilkesi aısından hüküm ifade edeceği içtihat edilmiştir. Bu içtihadı göre, özel hukuktaki sözleşme serbestisi sınırları içinde kalmak kaydıyla taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku ve doğacak uyuşmazlıkları çözecek (yetkili) yargı yerlerini serbestçe belirleyebilirler. Böyle bir durumda davacının öncelikle tahkim anlaşması ile kararlaştırılan

³ Bu konuda bkz. **Nomer, Ergin**: İflâs Davalarında Milletlerarası Yetki Anlaşmaları, İstanbul Barosu Dergisi, 2011, S. 6, C. 85, s. 3 vd; **Özdemir Kocasakal, Hatice**: Milletlerarası Yetki Anlaşmalarının İflâs Davası Üzerindeki Etkilerine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi., C. 16, 2014, Özel Sayı, Hakan Pekcanitez'e Armağan C. III, s. 2295 vd.

⁴ Doktrinde bu hususun tahkime elverişlilik ile ilgili olmayıp, iflâs mahkemesi ile hakem ya da hakem kurulu arasındaki yetki ihtilaflı ile ilgili olduğu da ifade edilmiştir. Bu hususta bkz. **Ergene, Deniz**: Tahkim Anlaşmasına Rağmen İflâs Takibi: Tahkim İradesine Yönelen Bir Tehdit mi?, Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı, Ed. Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, Zeynep Derya Tarman, İstanbul 2014, s. 10, 26.

⁵ Y. 15. HD, 05.03.2019, E. 2018/2228, K. 2019/950 sayılı kararı (UYAP).

yargı yerlerinde (tahkimde) alacağının varlığını ispatlayacak bir karar alması ve alınan bu kararla Türkiye’de borçlu aleyhine iflas yolu ile takip yapması ve davalı borçlunun muamele merkezinde iflas davası açması gerekir.

Örneğin 23. Hukuk Dairesi’nin bir kararına⁶ konu olayda, taraflar arasında akdedilen dağıtım sözleşmesinde, sözleşmeden kaynaklanacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceği ve tahkim yerinin de Milletlerarası Ticaret Odası (MTO/ICC) Tahkim Mahkemesi (Cenevre/İsviçre) olduğu kararlaştırılmıştır. Sözleşmeden kaynaklanan alacak iddiasıyla başlatılan iflâs takibine itiraz üzerine açılan itirazın kaldırılması ve iflâs davasında davalı taraf tahkim itirazında bulunmuş; asliye ticaret mahkemesi Türk hukukunda iflâs davasının kamu düzenine ilişkin olduğu ve bu davada tahkim anlaşmasına itibar edilemeyeceği gerekçesiyle tahkim itirazını reddederek uyuşmazlığın esasını incelemiş; yargılama sonucunda depo emrindeki borç tutarının ödenmiş olması nedeniyle davanın konusuz kaldığından karar verilmesine yer olmadığı yönünde hüküm vermiştir. Kararın temyizi üzerine Dairece, “... *Taraflar arasında akdedilen dağıtım sözleşmesinde bu anlaşma ile ilgili ya da bu anlaşmadan kaynaklanan herhangi bir ihtilaf durumunun ortaya çıkması halinde tarafların bunu tahkim ile halletmeye çalışacağı, tahkim yerinin ICC Tahkim Mahkemesi Cenevre, İsviçre olduğu kararlaştırılmıştır. ... Somut olayda davacı İsviçre Cenevre ICC Tahkim Mahkemesinden aldığı bir karar olmaksızın, doğrudan sözleşmeye dayalı olarak iflas yolu ile takibe girişmiş; davalı da gerek takibe itirazında ve gerek davaya cevabında bu yönü ileri sürmüştür. Yukarıda açıklandığı üzere davacının alacaklı, davalının ise borçlu olup olmadığının tespiti, aksine bir hüküm yoksa iflasa bakan yer mahkemesince incelenir ancak taraflar arasındaki sözleşmede İsviçre Cenevre ICC Tahkim Mahkemesine bırakılmıştır. Bu durumda davacının ... taraflar arasındaki hukuk ve yetkili yargı yeri seçimini ortadan kaldıracak şekilde doğrudan iflas takibi yapması ve bunu dayanak göstererek iflas davası açması doğru değildir.*” gerekçesiyle, yerel mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir.

Yine Yargıtay 23. Hukuk Dairesi’nin başka bir kararına⁷ konu olayda, taraflar arasında akdedilen tedarik sözleşmesinde sözleşmeden kaynaklanacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceği kararlaştırılmıştır. Sözleşmeden kaynaklanan alacak iddiasıyla başlatılan iflâs takibine itiraz üzerine açılan itirazın kaldırılması ve iflâs davasında davalı tarafın tahkim itirazı üzerine asliye hukuk (ticaret) mahkemesince, tahkim anlaşmasının varlığı nedeniyle davanın reddine karar verilmiştir. Kararın temyizi üzerine Dairece, “...*Somut olayda taraflar arasında imzalanan 04.10.2007 tarihli genel tedarik koşulları sözleşmesinde sözleşmenin uygulanmasıyla ilgili bütün anlaşmazlıkların*

⁶ Y. 23. HD, 04.03.2019, E. 2018/1512, K. 2019/796 sayılı kararı (UYAP).

⁷ Y. 23. HD, 29.11.2018, E. 2016/5765, K. 2018/5560 sayılı kararı (UYAP).

tahkim yoluyla çözüleceği ve tahkim yargılamasının Udine’de yapılacağına kararlaştırıldığı, 09.11.2009 tarihli genel tedarik koşullarının 24. maddesine göre ise taraflar arasındaki tüm ihtilaflar için tahkime başvurulacağı ve tahkim davalarının İstanbul şehrinde görüleceği belirtilmiştir. Bu durumda davacının öncelikle tahkim şartı gereği anılan yargı yerlerinde alacağına varlığını ispatlayacak bir karar alması ve alınan bu kararla Türkiye’de borçlu aleyhine iflas yolu ile takip yapması ve davalı borçlunun muamele merkezinde iflas davası açması gerekir.” şeklinde karar verilmiştir.

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi’nin bir diğer kararına⁸ konu olayda, taraflar arasında akdedilen altın konsinye ve satış sözleşmesinde sözleşmeden doğacak uyuşmazlıklar bakımından tahkim anlaşması yapılmış; sözleşmeden kaynaklanan alacak iddiasıyla başlatılan iflâs takibine itiraz üzerine açılan itirazın kaldırılması ve iflâs davasında davalı taraf tahkim itirazında bulunmuş, asliye ticaret mahkemesi Türk hukukunda iflâs davasının kamu düzenine ilişkin olduğu gerekçesiyle tahkim itirazını reddederek, uyuşmazlığın esası hakkında (davalı şirketin iflâsına) karar vermiştir. Kararın temyizi üzerine Dairece, “... Taraflar arasında akdedilen garanti sözleşmesinde İngiltere hukukunun uygulanacağı ve uyuşmazlıkların İngiltere Mahkemeleri’nde veya Londra Tahkim Mahkemesi’nde çözümleneceği hükme bağlanmıştır. Somut olayda davacı İngiltere Mahkemelerinden veya Londra Tahkim Mahkemesi’nden aldığı bir karar olmaksızın, doğrudan sözleşmeye dayalı olarak iflas yolu ile takibe girişmiş; davalı da gerek takibe itirazında ve gerek davaya cevabında bu yönü ileri sürmüştür. Yukarıda açıklandığı üzere davacının alacaklı, davalının ise borçlu olup olmadığının tespiti, aksine bir hüküm yoksa iflasa bakan yer mahkemesince incelenir, ancak taraflar arasındaki sözleşmede bu belirleme İngiltere hukukuna ve İngiltere Mahkemelerine veya Londra Tahkim Mahkemesi’ne bırakılmıştır. Bu durumda davacının ... taraflar arasındaki hukuk ve yetkili yargı yeri seçimini ortadan kaldıracak ve özellikle alacağın başka bir yer hukukuna tâbi kılınması sonucunu doğuracak şekilde doğrudan iflas takibi yapması ve bunu dayanak göstererek iflas davası açması doğru değildir.” gerekçesiyle yerel mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir. Bozma üzerine yerel mahkemece bu gerekçelerle davanın reddine dair verilen karar Dairece onanarak⁹ karar düzeltme isteminin reddine¹⁰ karar verilmiştir¹¹.

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi’nin başka bir kararında¹² özetle, “...somut olayda taraflar arasında Hollanda Kanununun ve Hollanda Yat Tasarımcıları ve Gemi

⁸ Y. 23. HD, 06.12.2013, E. 2013/6122, K. 2013/7788 sayılı (UYAP).

⁹ Y. 23. HD, 20.04.2016, E. 2015/397, K. 2016/2509 sayılı kararı (UYAP).

¹⁰ Y. 23. HD, 11.04.2019, E. 2016/5439, K. 2019/1329 sayılı kararı (UYAP).

¹¹ Benzer şekilde Y. 23. HD, 28.06.2013, E. 2013/4113, K. 2013/4113 sayılı; Y. 23. HD, 23.01.2014, E. 2013/6944, K. 2014/383 sayılı kararları da aynı yöndedir (UYAP).

¹² Y. 23. HD, 02.11.2015, E. 2014/9602, K. 2015/6987 sayılı kararı (UYAP).

İnşaat Mühendisleri Cemiyeti (NBJA) 2005 şart ve koşullarının geçerli olacağını ve uyuşmazlığın hakemde çözüleceğinin hükme bağlandığı, bu durumda davacının ... taraflar arasındaki hukuk ve yetkili yargı yeri seçimini ortadan kaldıracak, özellikle alacağın başka bir yer hukukuna tabi kılması sonucunu doğuracak şekilde doğrudan iflâs takibi yapılması ve buna dayanarak iflâs davası açmasının usûl ekonomisine katkı sağlamayacağı” gerekçesiyle, aynı yöndeki asliye ticaret mahkemesi kararının onanmasına karar verilmiştir.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 17. Hukuk Dairesi’nin bir kararına¹³ konu olayda, taraflar arasındaki alt yüklenicilik sözleşmesinde sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceği ve tahkim yargılamasının da Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği tahkim heyeti tarafından yapılacağı kararlaştırılmıştır. Uyuşmazlık çıkması üzerine başlatılan iflâs takibine itiraz üzerine açılan iflâs davasında, davalı tarafın tahkim ilk itirazı üzerine asliye ticaret mahkemesince davanın usulden reddine karar verilmiştir. Bu kararın istinafı üzerine Bölge Adliye Mahkemesince, “Uyuşmazlık, İİK’nın 154 vd. maddeleri gereğince iflas yoluyla adi takip nedeniyle açılan iflas davalarında tahkim ilk itirazının geçerli olup olmadığı, diğer bir ifade ile mahkemece dinlenip dinlenemeyeceği noktasında toplanmaktadır. İflas yolu ile adi takip İİK’nın 155. maddesinde, doğrudan doğruya iflas halleri ise aynı yasanın 177. maddesinde düzenlenmiştir. Doktrinde ve uygulamada, İİK’nın 177. maddesi hükmüne göre borçlunun doğrudan iflasını gerektiren bir durumun varlığı halinde tahkim itirazının dinlenmeyeceği kabul edilmektedir. Borçlunun doğrudan iflasını gerektiren bir durum olmadığı için İİK’nın 155. maddesi hükmüne göre adi takip yolu ile başlatılan iflas prosedüründe tahkim şartı geçerlidir. Bu nedenle de söz konusu uyuşmazlık hakem tarafından çözümlenip kesin hükme bağlanmadığı sürece tahkim sözleşmesi tarafı olan alacaklı iflas yolu ile adi takip başlatamaz. Zira iflâs davalarında tahkim şartının uygulanamayacağına ilişkin kural, alacağın tespiti aşamasına ilişkin olmayıp, iflas kararı verilmesi aşamasında devlet egemenliği açısından hüküm ifade eder. Bu durumda davacının öncelikle hakem önünde alacağın varlığını ispatlayarak bir karar alması ve bununla borçlu aleyhine iflâs yolu ile takip yapması ve sonrasında iflâs davası açması gerekir.” gerekçesiyle istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir.

Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesi’nin bir kararına¹⁴ konu başka bir olayda, taraflar arasındaki gayrimenkul satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesinde tahkim şartına yer verilerek, uyuşmazlıkların İstanbul Ticaret Odası Hakem Mahkemesi nezdinde çözüleceği kararlaştırılmıştır. Bu sözleşmeden kaynaklanan alacak nedeniyle başlatılan iflâs takibine itiraz

¹³ İstanbul BAM 17. HD, 16.05.2019, E. 2019/655, K. 2019/903 sayılı kararı (UYAP).

¹⁴ Gaziantep BAM 11. HD, 18.01.2018, E. 2017/1576, K. 2018/102 sayılı kararı (UYAP).

üzerine açılan iflâs davasında, davalı tarafın tahkim ilk itirazı üzerine asliye hukuk (ticaret) mahkemesince Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 116(1)-b ve m. 413(1) hükümleri uyarınca davanın usulden reddine karar verilmiştir. Bu kararın istinafi üzerine Bölge Adliye Mahkemesince, “...[S]omut olay ele alındığında, taraflar arasında akdedilen Beyoğlu 19. Noterliğinin 19.04.2011 tarih ve 05117 yevmiye numaralı Düzenleme Şeklinde Gayrimenkul Satış Vaadi ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin 42. maddesinde öngörülen tahkim anlaşmasının içeriğinden yabancılık unsuru içermediği bu anlamda HMK’nın 407 ve devamı maddelerinde düzenlenen tahkim hükümlerinin uygulanması gerektiği anlaşılmaktadır. Yine HMK’nın 408. maddesi uyarınca iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir. İflas davasının 408. maddesi anlamında iki tarafın iradesine tabi olmayan işlerden olup tahkime elverişli olmaması iflas kararı verilmesi yönünden hüküm ifade ettiğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Zira burada taraflar akdettikleri sözleşmeye uygulanacak hukuku ve doğacak uyuşmazlıkları çözecek yargı yerini sözleşme serbestisine dayalı olarak belirlediklerinden buna değer verilmesi ve bu belirlemenin takip yolu ile bertaraf edilememesi gerekmektedir. Bu husus İİK’nın 154/İ. maddesinde emredici bir şekilde iflas yolu ile takipte ve iflas davasında yetkili yeri belirleyen düzenlemeye de aykırılık teşkil etmeyecektir. Somut olayda da taraflar arasında akdedilen sözleşmenin 42. maddesinde söz konusu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların İstanbul Ticaret Odası Hakem Mahkemesi nezdinde çözümleneceği kararlaştırılmış olup bu durumda öncelikle belirlenen yargı yerinde uyuşmazlığın çözüme kavuşturacak bir karar alınması, davacıların sözleşmeden doğan bir alacaklarının varlığının hüküm altına alınması halinde, davalı borçlu aleyhine iflas yolu ile takip yapması ve itiraz edilmesi üzerine itirazın kaldırılması ve iflas davası açması gerekirken taraflar arasındaki yetkili yargı yeri seçimini ortadan kaldıracak şekilde doğrudan iflas takibi yapması ve buna dayalı olarak iflas davası açması doğru olmadığı gözetilerek aynı yöndeki ilk derece mahkemesi kararının usul ve yasaya uygun olması nedeni ile davacı vekilinin yerinde görülmeyen tüm istinaf itirazlarının reddine karar verilmesi gerekmiştir.” gerekçesiyle istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir.

Yine İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 17. Hukuk Dairesi’nin başka bir kararında¹⁵, özetle, “sadece İİK m. 177 hükmünde öngörülen doğrudan iflâs davalarında hakem sözleşmesinin hüküm ifade etmeyeceği, oysa İİK m. 155 hükmüne göre adi takip yolu ile başlatılan iflâs prosedüründe tahkim şartının geçerli olduğu, bu nedenle de söz konusu uyuşmazlık hakem tarafından çözümlenip kesin hükme bağlanmadığı sürece tahkim sözleşmesinin taraflarınca alacak iddiasıyla iflas yolu ile adi takip başlatılamayacağı, asliye

¹⁵ İstanbul BAM 17. HD, 13.12.2018, E. 2018/2708, K. 2018/2176 sayılı kararı (UYAP).

ticaret mahkemesinin bu takibe karşı yapılan itirazı inceleyemeyeceği” ifade edilmiştir.

2. Tahkim Anlaşmasının İtirazın Kaldırılması ve İflâs Davası Bakımından Geçerli Olmadığı Yönündeki Kararlar

İflâs davalarında tahkim şartının uygulanamayacağına ilişkin kuralın, alacağın tespiti aşamasına ilişkin olmadığına, bu sebeple de geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı halinde alacağının varlığının ve miktarının taraflarca seçilen tahkim yerinde tespit edilmesi gerektiğine ilişkin kararlar yanında, Yargıtay’ın aksi yönde, yani tahkim anlaşmasının iflâs davalarında mutlak olarak hiçbir şekilde geçerli olmadığına dair kararları da bulunmaktadır.

Yukarıda anılan Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesi’nin kararının¹⁶ temyizi üzerine Yargıtay 15. Hukuk Dairesi tarafından¹⁷ istinaf kararı kaldırılarak, yerel mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir. Yargıtay’ın bozma kararının ilgili kısımları aynen şu şekildedir: *“...Uyuşmazlık sözleşmede uyuşmazlıkların çözümünü düzenleyen 42. maddede, doğan uyuşmazlıklarda hakem şartının iflas yoluyla takipte de uygulanıp uygulanmayacağı ve mahkemenin görevli olup olmadığı konularında toplanmaktadır. İflas davalarında görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesidir. Esasında bu konuda bir uyuşmazlık mevcut değildir. İflas davaları asliye ticaret mahkemelerinde basit usul uygulanarak görülmelidir (İİK’nın 158/1.md.). Sözleşmelerde kararlaştırılan ise ihtiyari tahkim niteliğinde tahkim şartıdır. İflas davalarının asliye ticaret mahkemelerinde görülmesi kamu düzeninden olduğundan tahkimle aksi yönde bir kararlaştırmada bulunulamaz. ... Tahkim sözleşmesi, tarafların iradesine tabi olan uyuşmazlıklar için mümkündür (m. 408). Başka bir deyişle, tarafların dava konusu üzerinde kabul veya sulh yolu ile serbestçe tasarruf edemeyecekleri hallerde, tahkim mümkün değildir. Mesela, boşanma ve ayrılık davaları, iflas davaları ve çekişmesiz yargı işleri için tahkim sözleşmesi yapılamaz. Aynı şekilde taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkimin konusu olamaz. (m. 408/1). Taraflar arasındaki tahkimin ihtiyari tahkim olduğu konusunda da bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Öte yandan, Devletin yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır. İhtiyari tahkim ise, bu hükmün bir istisnası olmakla birlikte hak arama özgürlüğünün kısıtlanmaması açısından yargıya başvuran kişinin alacağına bir an önce kavuşmak için alacağını iflas yoluyla talep etmesi ve mahkemede dava açması seçeneğini kullanarak başvuruda bulunması halinde, sözleşmedeki*

¹⁶ Gaziantep BAM 11. HD, 18.01.2018, E. 2017/1576, K. 2018/102 sayılı kararı (UYAP).

¹⁷ Y. 15. HD, 05.03.2019, E. 2018/2228, K. 2019/950 sayılı kararı (UYAP). Yargıtay kararının buraya aynen aktarılmış olması nedeniyle, karardaki anlatım bozuklukları ve imla hataları düzeltilememiştir.

tahkim şartının öne sürülmesi iyi niyetle bağdaşmaz. Yargılamaların en kısa sürede ve usul ekonomisi gözetilerek sonuçlandırılması HMK'nın temel prensiplerinden olup, iflas davalarının basit usule tabi olduğu da gözetilerek davanın mahkemece ticaret mahkemesi sıfatıyla incelenip karara bağlanması gerekirken, hak arama özgürlüğünü kısıtlayacak şekilde karar verilmesi ve tahkimden tespit kararı getirilmeden dava açılması nedeniyle davanın usulden reddi doğru olmamıştır. Öte yandan, öğretide de, önceden tahkimde alacağı incelenerek saptanıp iflas davasında verilecek kararı bekletici sorun yapılmasının iflas davasının özellikleriyle ve hukuki niteliğiyle bağdaşmadığı, bu davada basit yargılama usulünün uygulanması ile alacağın ispatı birbiriyle karıştırılmayacak kadar farklı iki kavram olup, iflas davaları hakkında yetki sözleşmesi yapılamayacağından (İİK m. 154/III), bu emredici ve kamu düzeni amacıyla konulmuş bulunan kanun hükmü değerlendirilmemesi doğru olmamıştır. İflas davasının bu şekilde ikiye ayrılarak görülmesinin haklı gerekçesi olmadığı, zira iflas davası itirazın kaldırılması talebi ile birlikte bütün olarak incelenir ve karara bağlanacağı ve borçlunun iflas yolu ile başladığı takibe itiraz edilmesi üzerine, alacağın tespiti için önce hakem heyetine, iflas kararı verilmesi için daha sonra Türk Mahkemesine başvurulması hiçbir haklı sebeple izah edilemeyeceği yönünde görüş bulunmaktadır. (Pekcanitez Usul, Medeni Usul Hukuku, Mart 2017 cilt III sh. 2675). Esasında Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 13.10.2005 tarih 5976/10004 sayılı onama kararında iflas davasında tahkim sözleşmesinin mümkün olmadığı, davalının takibe ve borca itirazının yerinde bulunmadığı, depo emrinde gösterilen meblağın öngörülen sürede ödenmediği gerekçesiyle davalının iflasına karar verilmiştir. Nitekim Yargıtay İcra İflas Dairesi'nin 13.2.21969 gün ve 1332/1729 sayılı kararında da, tahkim şartının kamu düzeni ile ilgili olmayan anlaşmazlıklar için geçerli olduğu, iflas davalarının bu şartın dışında olduğu belirtilmiştir. Ayrıca iflas davasından önce davacıya tahkime başvurarak alacağını tespit ettirmesi ve sonradan iflas yoluyla takibe geçmesi yönündeki uygulama, usul ekonomisine ve makul yargılama süresiyle ilgili gelişen düşüncelere aykırıdır."

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin başka bir kararına¹⁸ konu olayda, taraflar arasındaki distribütörlük sözleşmesinden kaynaklanan alacak için girişilen iflâs takibine itiraz üzerine açılan davada, asliye ticaret mahkemesince davalı tarafın tahkim itirazına itibar edilmeyerek, borçlunun itirazının kaldırılmasına ve iflâsına karar verilmiş; Dairece "taraflar arasındaki ihtilafların hakemde çözülmesi gerektiği savunulmuş ise de, iflas davalarının, tarafların dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf yetkileri bulunmaması nedeniyle tahkime elverişli olmadığı" gerekçesiyle yerel mahkeme kararı onanmıştır.

¹⁸ Y. 23. HD, 27.02.2012, E. 2012/192, K. 2012/1405 sayılı kararı (UYAP).

Yargıtay 19. Hukuk Dairesince benzer konudaki bir uyuşmazlıkta¹⁹ “Mahkemece iddia, savunma ve toplanan delillere göre iflas davasında tahkim sözleşmesinin mümkün olmadığı, davalının takibe ve borca itirazının yerinde bulunmadığı, depo emrinde gösterilen meblağın öngörülen sürede ödenmediği gerekçesiyle davalının iflasına karar verilmiş[tir]. ... Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle iflas davasında sözleşmedeki tahkim kaydının uygulanmamasında bir isabetsizlik olmamasına ... göre ... hükmün onanmasına” yönünde karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru kararlarında; yargısal kararlardaki değişikliklerin, hukukun dinamizmini ve mahkemelerin yaklaşımlarını yaşanan gelişmelere uyarlama kabiliyetlerini yansıtmaları yönüyle olumlu olduğu; ancak uygulamada birliği sağlamaları beklenen yüksek mahkemeler içinde yer alan dairelerin benzer davalarda tatmin edici bir gerekçe göstermeksizin farklı sonuçlara ulaşmalarının, bir kararın belirli bir daireye düştüğü takdirde onanacağı, başka bir daire tarafından ele alındığı takdirde bozulacağı gibi ihtimale dayalı ve birbirine zıt sonuçları ortaya çıkartacağı; bu durumun ise hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine ters düşeceği; ayrıca, böyle bir algının toplumda yerleşmesi hâlinde bireylerin yargı sistemine ve mahkeme kararlarına duymaları beklenen güvenin zarar görebileceği ifade edilmiştir²⁰. Bu nedenle, bu konuda Yargıtay’ın farklı dairelerinin farklı içtihatları bulunması nedeniyle, Diyarbakır 2. Asliye Hukuk Mahkemesince Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin yukarıdaki kararına²¹ karşı direnme kararı verilmiştir²².

II. KONUYLA İLGİLİ ÖĞRETİ GÖRÜŞLERİ

İflâs takibinden sonra açılacak iflâs davasında takip alacaklısının talepleri, takip borçlusunun iflâs takibine itiraz edip etmemesine göre değişmektedir. Şayet borçlu, iflâs ödeme emrine itirazda bulunmuş ise, bu hâlde alacaklı mahkemede “borçlunun itirazının kaldırılması” ve “borçlunun iflâsına karar verilmesi” taleplerini birlikte ileri sürmek zorundadır (İİK m. 156/3). Asliye ticaret mahkemesince öncelikle iflâs takibinin dayanağı alacağın/borcun var olup olmadığının, var ise miktarının tespiti yönünde inceleme yapılmaktadır. İflâs davasının, takip konusu alacağın varlığının ve miktarının tespiti aşaması bakımından tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

¹⁹ Y. 19. HD, 13.10.2005, E. 2005/5976, K. 2005/10004 sayılı kararı (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>).

²⁰ Bu konudaki Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararları için bkz. Türkan Bal (GK), B. No: 2013/6932, 6/1/2015 §64; Semra Bekiroğlu ve diğerleri, B. No: 2013/6717, 16/12/2015, §69; Ahmet Gül ve diğerleri, B. No: 2014/1182, 22/9/2016, §47, Ercan Din, B. No: 2014/94, 08/06/2016, §59.

²¹ Y. 15. HD, 05.03.2019, E. 2018/2228, K. 2019/950 sayılı kararı (UYAP).

²² Dosya Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 2019/15-574 E. sırasında temyiz incelemesini beklemektedir (UYAP).

Tahkim aleyhine ileri sürülen bir görüşe göre, genel (âdi) iflâs yoluyla takip birbirini izleyen işlemlerden oluşan bir bütün olup takibin sağlıklı yürütülebilmesi için bu bütünün parçalara ayrılmaması gereklidir. Asliye ticaret mahkemesince borçlunun itirazının kaldırılmasına ve iflâsa aynı anda karar verilmektedir. İflâs yoluyla takipte, itirazın kaldırılması talebinin tahkimde çözümünün kabul edilmesi halinde, hakem kararından sonra mahkemeye başvurulması usul ekonomisine aykırılık teşkil edecektir. Bu nedenle geçerli bir tahkim anlaşması bulunsa dahi, iflâs takibine itiraz edilmesi halinde itirazın kaldırılması talebi tahkim anlaşması kapsamında değerlendirilmemelidir²³.

Başka bir görüşe göre, itirazın kaldırılması talebi kapsamında borçlunun gerçekten borçlu olup olmadığına dair inceleme, doğrudan cebrî icra hukukuna ait bir faaliyet olup müteakip cebrî icra işlem ve kararlarının bir ön aşamasını teşkil eder. İflâs mahkemesinin iflâs davasındaki görevi birbirinden ayrılmaz icraî karar ve işlemlerle gerçekleşir; bir bütün teşkil eden bu icraî görevin bölünerek farklı mahkemelere bırakılması icra ve iflâs hukuku bakımından mümkün değildir²⁴.

Öğretide savunulan başka bir görüş ise, iflâs davalarındaki itirazın kaldırılması ve borçlunun iflâsına karar verilmesi taleplerinin bölünerek görülmesinin haklı gerekçesi olmadığı, zira iflâs davasının itirazın kaldırılması talebi ile birlikte bütün olarak incelenip karara bağlanacağı; borçlunun iflâs yolu ile başladığı takibe itiraz edilmesi üzerine, alacağın tespiti için önce hakem heyetine, iflâs kararı verilmesi için daha sonra Türk Mahkemesine başvurulmasının hiçbir haklı sebeple izah edilemeyeceği yönündedir²⁵.

Öğretide tahkim lehine ileri sürülen bir görüşe göre, taraflar arasında tahkim anlaşması bulunması hâlinde iflâs ödeme emrine yapılan itiraz üzerine, İİK m. 154 hükmünde belirtilen mahkemelere başvurulması mümkün değildir. Bunun sebebi, bu tür iflâs davalarının maddî hukuk davası vasfında olmasından dolayı, taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının, bu davanın İİK m. 154 hükmündeki mahkemelerde görülmesine engel olmasıdır. Bunun aksinin kabulü halinde ise, alacaklının talep ve dava şeklini değiştirmek suretiyle tahkim anlaşmasının boşa çıkarılması imkânı tanınmış olacak ve bu durum da, uluslararası sözleşmeler hukukunun düzenini tamamen bozacaktır²⁶.

²³ **Ekşi, Nuray:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, 2. Bası, İstanbul 2019, s. 110.

²⁴ **Nomer, s. 9, 11.** Esasen bu görüş, iflâs davasına konu teşkil eden borcun dayandığı borçlar hukuku sözleşmesinde, yabancı bir devlet mahkemesini yetkilendiren bir milletlerarası yetki anlaşması bulunması halinde İİK m. 154 hükmündeki yetkili iflâs mahkemesinin borçlunun borçlu olup olmadığının tespitine dair maddî hukuk yargılamasına dair yetkisinin kalkmış olup olmadığı kapsamında ileri sürülmüştür. Ancak bu görüş uyarınca, itirazın kaldırılması talebi yönünden, tıpkı MÖHUK m. 47 hükmü uyarınca milletlerarası yetki anlaşması gibi, tahkim anlaşması da geçerli kabul edilmeyecektir.

²⁵ **Pekcanitez, Hakan/Yeşilirmak, Ali:** Pekcanitez Usûl - Medenî Usûl Hukuku, C. III, 15. bası, İstanbul 2017, s. 2675.

²⁶ **Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman Fıganmeşe, İnci:** Milletlerarası Özel Hukuk, 7. bası, İstanbul 2019, s. 408-409.

Öğretide savunulan başka bir görüşe göre, iflâs davası takip hukuku müessesesi olmakla birlikte, genel mahkemelerde dava konusu alacağın varlığı ve miktarı maddi hukuk kurallarına göre esastan incelenmekte ve HMK hükümlerine göre yargılama yapılmakta olduğundan, cebrî icra hukuku kapsamı dışındadır. Bu nedenle, bu alanlarda tahkimin bertaraf edilerek, Türk mahkemelerinin yetkili kabul edilmesi mümkün değildir²⁷.

Tahkim lehine savunulan başka bir görüş ise şu şekildedir: İflâs davasına bakan mahkeme, iflâs kararı vermeden önce alacağın varlığı konusunu çözüme kavuşturduktan sonra iflâs davasının karakteristik özellikleri olan depo emri ve gerekirse iflâs kararları vermelidir. Bu kararlar verilmeden önce davayla ilgili olarak verilmesi gereken ilk karar, takip konusu alacağın varlığının ve miktarının tespitidir. Genel (âdi) iflâs yoluyla takibe itiraz üzerine açılan davada, iflâs takibinin konusu alacağın var olup olmadığı hususu, taraflar arasında tahkim anlaşması var ise ancak tahkimde çözülebilir. Tahkimde alacağın varlığı ortaya konduktan sonra iflas yoluna başvurulabilir²⁸.

Bu konudaki başka bir görüş, doğrudan iflâs-takipli iflâs ayrımı yaparak, doğrudan iflâsın söz konusu olmadığı durumlarla sınırlı olmak üzere, iflâs yoluyla takibe yapılan itiraz üzerine açılacak davanın tahkimde görülmesi gerektiğini ifade etmektedir. Aksinin kabulü sözleşme serbestisi, akde vefa ve dürüstlük kuralına aykırı olacağı gibi, bu durumda kötü niyetli tacirin himaye edilmesi söz konusu olacaktır. Ayrıca doğrudan iflâsın söz konusu olmaması halinde kamu düzeni de gündeme gelmeyeceğinden, genel (âdi) iflâs yoluyla takipte tahkim sözleşmesi geçerli kabul edilmelidir²⁹.

Öğretide ileri sürülen başka bir görüşe göre, iflâs davasında itirazın kaldırılması talebi, iflâsa özgü bir işlem değildir. Çünkü burada, alacağın varlığının tespiti ile borçlunun iflâs yoluyla takipte ödeme emrine yapmış olduğu itirazın kaldırılması incelemesi genel hükümlere göre yapılmaktadır. Dolayısıyla, itirazın kaldırılması talebi maddi hukuk ilişkisinin tespitini ortaya koyan bir işlem olması nedeniyle, iflâs kararı gibi temel iflâs prosedürü kapsamında değerlendirilmemelidir. İtirazın kaldırılması talebi, genel hükümlere göre normal bir alacak davası vasfında olduğundan, tahkim anlaşması kapsamında değerlendirilmelidir³⁰.

Yine öğretideki başka bir görüşe göre, Türk hukukunda borçlu aleyhine başlatılan iflâs takibine itiraz sonucunda açılan iflâs davasının iki aşamalı

²⁷ **Muşul**, s. 1520-1521.

²⁸ **Yeşilirmak, Ali**: Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığına Rağmen Genel Haciz Yoluyla Takip Yapılabilir Mi?, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2011, S. 96, s. 225, dn. 60.

²⁹ **Pakel, Nafi**: İflâs Davasında Hakem Şartı Geçerli Midir?, İstanbul Barosu Dergisi 2007, S. 81, s. 40-41.

³⁰ **Tüysüz, Cemre**: Milletlerarası Ticari Tahkim Açısından İcra ve İflâs Hukukundaki Davalar, İstanbul 2017, s. 283-284.

bir dava olması ve itirazın kaldırılması aşamasında alacağın varlığının ve miktarının tespitinin HMK'daki genel hükümlere göre incelenmesi nedeniyle, tahkim itirazının süresinde yapılması ve geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı durumunda maddi hukuk yargılamasının tahkimde yapılması gerekir. Zira taraflar tahkim anlaşması ile aralarındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan her türlü uyuşmazlığın tahkimde çözülmesini kararlaştırmışlardır³¹.

III. İTİRAZIN KALDIRILMASI VE İFLÂS DAVALARININ TAHKİME ELVERİŞİLİK KURALI YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Tahkime Elverişlilik Kuralı

Tahkime elverişlilik, en yalın ifadeyle, bir ihtilafın Devletin yargı organları yerine tarafların iradeleri ile seçtikleri hakemler vasıtasıyla çözümlenmeyeceğini ifade eder³². Tahkime elverişlilik öğretide “*objektif tahkime elverişlilik*” ve “*sübjektif tahkime elverişlilik*” olarak iki kısımda mütalaa edilmektedir. Bir ihtilafın konu bakımından tahkim yoluyla çözümlenmeyeceğine öğretide objektif tahkime elverişlilik denmektedir³³. Sübjektif tahkime elverişlilik ise, tarafların tahkim yargılamasının tarafı olup olamayacağı ile ilgilidir³⁴. Mevzuatımızda konu bakımından hangi uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu tek tek sayılmak yerine, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) ve Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) hükümlerinde tahkime elverişlilik konusunda genel düzenlemelere yer verilmiştir.

HMK m. 407 vd. maddelerinde millî (iç) tahkim bakımından geçerli olan hükümler arasında yer alan m. 408 hükmü, “*Taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir.*” şeklindedir. Söz konusu hükmün yürürlüğünden önceki karşılığı olan mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) m. 518 hükmü ise “*Yalnız iki tarafın arzularına tabi olmayan mesailde tahkim cereyan etmez.*” şeklinde idi. HMK'nın yürürlüğü ile birlikte bu maddeye, MTK m. 1 hükmündeki düzenlemeye paralel bir biçimde taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin uyuşmazlıkların da tahkime elverişli olmadığı hususu eklenmiştir³⁵. HMK'daki tahkime elverişlilik kuralının MTK'daki

³¹ **Şensöz Malkoç, Ebru:** Milletlerarası Yetki Anlaşması, Tahkim Anlaşması ve Hukuk Seçimi Anlaşmasının İflas Davaları Bakımından Etkileri, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 179, Temmuz 2019, s. 1420.

³² Bu hususta bkz. **Huysal, Burak:** Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul 2010, s. 12; **Özbay, İbrahim/ Korucu, Yavuz:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim (HMK m. 407-444), Ankara 2016, s. 7; **Tüysüz,** s. 11 vd.

³³ **Huysal,** s. 15; **Tüysüz,** s. 13.

³⁴ **Huysal,** s. 18; **Tüysüz,** s. 22.

³⁵ HMK m. 408 hükmünün gerekçesi, bkz. <http://mgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf> (HMK Tasarısı ve Adalet Komisyonu

karşılığı m. 1/4 hükmü olup hüküm aynen şu şekildedir: “*Bu Kanun, Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz.*”

Tahkime elverişlilik kavramı birkaç yönden önem arz etmektedir: İlk olarak tahkime elverişlilik kuralı, geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen dava açılması halinde gündeme gelecektir. Zira HMK m. 116(1)-b hükmü uyarınca “uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi gerektiği itirazı” bir ilk itiraz olup; aynı Kanunun m. 413(1) hükmü uyarınca tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılmışsa, karşı taraf tahkim ilk itirazında bulunabilir. Bu durumda tahkim sözleşmesi hükümsüz³⁶ tesirsiz veya uygulanması imkânsız değil ise mahkeme tahkim itirazını kabul eder ve davayı usulden reddeder. İkinci olarak tahkime elverişlilik, hakem kararlarının iptali bakımından önem arz etmektedir. Zira HMK m. 439(1)-g ve MTK m. 15/A/2-b hükümleri uyarınca hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması durumunda bu kararın iptaline karar verilecektir. Üçüncü olarak da tahkime elverişlilik kuralı, hakem kararlarının tanınması ve tenfizi yönünden dikkate alınacak bir husustur. MÖHUK m. 62(1)-c hükmü ve Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 1958 tarihli New York Sözleşmesi³⁷ m. 5/2-a hükmü uyarınca, tahkime elverişli olmayan konularda hakem ya da hakem kurulu kararı verilmesi halinde bu kararın tanınması ve tenfizi mümkün olmayacaktır.

Raporu’nun m. 412 hükmü, yasalaşan metinde m. 408 hükmünde denk gelmektedir.) Her ne kadar gerekçede MTK’nın 1 inci maddesinin üçüncü fıkrasına atf yapılmış ise de, MTK hükümlerinde tahkime elverişlilik kuralı m. 1/4 hükmünde düzenlendiğinden, gerekçedeki atfın bu şekilde anlaşılması gereklidir.

³⁶ Yargıtay kararlarına göre tahkim anlaşmasının geçerli olabilmesi için, diğer koşulların yanında, tarafların tahkim iradelerinin şüpheye ve karışıklığa yer vermeyecek şekilde açık ve kesin olması gereklidir. Y. 15. HD, 25.11.2015, E. 2015/5077, K. 2015/6009 sayılı, Y. 15. HD, 18.06.2015, E. 2014/5260, K. 2015/3519 sayılı, Y. 15. HD, 26.05.2014, E. 2014/887, K. 2014/4043 sayılı, Y. 11. HD, 24.10.2017, E. 2016/3383, K. 2017/5688 sayılı, Y. 11. HD, 15.02.2011, E. 2009/3257, K. 2011/1675 sayılı kararlarında (UYAP) vurgulandığı üzere; tahkim anlaşmasının kurucu unsuru uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesine ilişkin irade açıklaması olup, tarafların tahkim iradelerinin şüpheye ve karışıklığa yer vermeyecek şekilde açık ve kesin olması gerekir. Uyuşmazlığın çözülmesinde hem mahkemeden hem tahkimden söz edilmesi halinde tahkim sözleşmesi geçerli sayılamaz. Örneğin Y. 19. HD, 08.06.2016, E. 2016/1164, K. 2016/10350 sayılı kararında (UYAP), bir sözleşmede tahkim şartının düzenlendiği maddede önce taraflar arasında doğacak ihtilafların çözümü için tarafların iki kişilik hakeme başvuracağı düzenlendikten sonra, aynı maddenin devamında uyuşmazlıkların çözümü için İstanbul Mahkemeleri yetkili kılındığı, bu haliyle ortada kesin bir tahkim iradesinin varlığından söz edilemeyeceği gibi tarafların hakemden sonra mahkemeye müracaat etmeye hakları olduğu da belirtildiğinden, uyuşmazlığın çözümünde tek yetkili merci olarak hakem öngörülmediğinden, sözleşmedeki tahkim şartının hükümsüz olduğu kabul edilmiştir.

³⁷ R.G. 25.01.1991/20877.

2. Genel İflâs Yoluyla Takipteki İtirazın Kaldırılması ve İflâs Davasının Tahkime Elverişliliği

a. İtirazın Kaldırılması Talebi Yönünden

(1) Genel Olarak

İİK'da iflâs yolları m. 155 vd. hükümlerinde düzenlenmiş olup alacaklının iflâsa tâbi borçlusu aleyhine söz konusu hükümlere göre iflâs yollarından herhangi biri [genel iflâs yolu (İİK m. 155-166) ya da kambyo senetlerine özgü iflâs yolu (İİK m. 167, 171-176)] ile takip yapması veya doğrudan doğruya iflâs davası (İİK m. 177-181) açması mümkündür. Genel iflâs yoluyla takibin başlayabilmesi için alacaklının takip talebi ile birlikte İİK m. 154 hükmündeki yetkili icra dairesine başvurması ve İİK m. 58/2-5 hükmü uyarınca iflâs yoluyla takibi seçtiğini bildirmesi gereklidir. Genel iflâs yoluna başvurabilmek için, alacaklının elinde alacağını ispat eden herhangi bir belge bulunmasına gerek yoktur. Takip talebini alan icra dairesi, İİK m. 155 hükmündeki şerhi ihtiva eder şekilde iflâs ödeme emri düzenleyerek borçluya tebliğe gönderir.

Borçlunun, kendisine gönderilen iflâs ödeme emrine karşı iki seçeneği bulunmaktadır: İlk ihtimalde, borçlunun sessiz kalarak iflâs ödeme emrine itiraz etmemesi halinde ödeme emri kesinleşir. Eğer borçlu, borcu ile birlikte iflâs takibinin harç ve giderlerini öderse, iflâs takibi son bulur. Borçlunun süresinde itiraz etmemesi ve borcunu da ödememesi durumunda alacaklı, borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde (İİK m. 154/3) iflâs davası açar ve borçlunun ödeme emrine itiraz etmediğini bildirerek, sadece iflâsına karar verilmesini ister (İİK m. 156/1). İkinci ihtimal olarak, borçlu iflâs ödeme emrinin kendisine tebliğinden itibaren yedi günlük süre içerisinde borcu olmadığı veya kendisinin iflâsa tabi kişilerden bulunmadığına yönelik itirazda bulunmuş ise iflâs takibi durur. Bu durumda alacaklı, yetkili asliye ticaret mahkemesinde (İİK m. 154/3) açacağı iflâs davasında, borçlunun itirazının kaldırılması ile iflâsına karar verilmesini talep eder (İİK m. 156/3)³⁸.

Görüldüğü üzere, iflâs takibine itiraz edilmesi hâlinde açılacak davada “*itirazın kaldırılması*” ve “*iflâsa karar verilmesi*” olmak üzere iki talep söz konusudur. İİK m. 156/3 hükmündeki iflâs takibinde itirazın kaldırılması talebinin incelenmesi (İİK m. 158/2), genel haciz yoluyla ilâmsız icra takibindeki itirazın kaldırılması talebinin incelenmesinden (İİK m. 68-70) farklıdır. İlk farklılık talebin inceleneyeceği mahkeme bakımındandır. İlkinde inceleme asliye ticaret mahkemesi tarafından yapılmakta iken, ikincisinde icra mahkemesi tarafından yapılmaktadır. İkinci farklılık ise talebin incelenme yöntemine ilişkindir. Genel haciz yolunda icra mahkemesince yapılacak inceleme, yalnızca belirli belgelere göre ve ilâmsız icra kuralları çerçevesinde dar ve sınırlı bir

³⁸ **Kuru**, Ders Kitabı, s. 382 vd.; **Kuru**, El Kitabı, s. 1122 vd.; **Üstündağ, Saim**: İflâs Hukuku (İflâs, Konkordato, İptal Davaları), İstanbul 2009, s. 34-35; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 456-457; **Kırtıoğlu, S. Serhat**: İflâs Davası, Ankara 2009, s. 127.

inceleme niteliğindedir. Ancak takipli iflâsta itirazın kaldırılması talebinin İİK m. 158/2 hükmünde “*umumi hükümler dairesinde*” inceleneceği ifade edildiğinden; bu durumda yapılacak inceleme ispat vasıtaları bakımından daha geniş bir çerçevede olup normal bir alacak davasında olduğu gibi tarafların iddia ve savunmaları genel hükümlere (HMK’nın genel ispat hükümlerine) göre incelenir. Üçüncü farklılık ise verilecek kararın sonucu bakımından geçerli olup; icra mahkemesinden verilecek itirazın kaldırılması kararı genel mahkemeler yönünden maddî anlamda kesin hüküm oluşturmadığı halde, asliye ticaret mahkemesindeki itirazın kaldırılması incelemesi maddî anlamda kesin hüküm oluşturan bir incelemedir³⁹.

(2) İtirazın Kaldırılması ve İflâs Taleplerinin Bölünebilir Talepler Olup Olmadığı

İflâs takibine itiraz üzerine açılan itirazın kaldırılması talebinin tahkime elverişli olmadığı yönündeki görüşlerin temel gerekçesi; itirazın kaldırılması ve iflâs taleplerinin bölünerek incelenemeyeceği, iflâs davasının itirazın kaldırılması talebi ile birlikte bütün olarak incelenip karara bağlanacağı yönündedir⁴⁰.

Ancak kanaatimizce, “itirazın kaldırılması” ve “iflâs karar verilmesi” talepleri İİK m. 156/3 hükmü gereği aynı anda ileri sürülmek zorunda ise de, tahkim anlaşmasının bulunmadığı durumda, yani takip konusu alacağın varlığının ve miktarının iflâs mahkemesince yapıldığı davalarda, birbirinden farklı olan bu talepler esasen mahkemece aşamalı olarak incelendiğinden, bölünebilir niteliktedir. Zira asliye ticaret mahkemesi genel hükümlere göre yapacağı inceleme sonucunda davacının alacağının varlığını ve miktarını tespit ettikten sonra borçlunun itirazını yerinde görmeyerek borçlu olduğu kanaatine varırsa öncelikle bir ara karar ile borçlunun itirazın kaldırılmasına karar verir⁴¹. Kural olarak, usul hukuku gereği davacının dava dilekçesindeki esasa ait istem sonuçlarından birinin ara kararıyla hüküm altına alınması mümkün olmayıp; esasa ait istemler hakkında nihai kararlar hüküm verilmelidir. Ancak buradaki iflâs davası bakımından itirazın kaldırılmasına ara kararı ile karar verilmesinde zorunluluk bulunmaktadır. Zira Mahkemenin ara kararı ile borçlunun itirazının kaldırılmasına karar verildikten sonra iflâs takibi kesinleşir ve İİK m. 158/1 atfıyla m. 166/2 hükmündeki usule göre bu husus ilân edilmelidir. Alacaklının iflâs talebinin ilânından itibaren onbeş gün içinde, borçlunun diğer alacaklıları iflâs

³⁹ Kuru, C. III, s. 2673; Kuru, Ders Kitabı, s. 382; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyavz/Hanağası, s. 460-461; Muşul, s. 1520-1521; Özbek, Mustafa Serdar: İflâs Davasının Hukukî Mahiyeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 61, S. 1, 2012, s. 256.

⁴⁰ Ekşi, s. 110; Pekcanitez/Yeşilirmak, s. 2675.

⁴¹ Kuru, Ders Kitabı, s. 383; Kuru, El Kitabı, s. 1124 vd. İtirazın kaldırılması talebinin kabulü, iflâs kararı verilmediği için, iflâs davasında nihai sonuca ulaşılmadığından, ara kararı niteliğindedir. Bkz. Kuru, C. III, s. 2678.

davasına müdahale ve itiraz edebilirler. Buradaki ilân hususunda Yargıtay'ın farklı kararları bulunmaktadır. Yargıtay'ın çoğu kararlarında⁴² bu hüküm sadece itirazsız olarak kesinleşen iflâs takipleri yönünden uygulamakta olup⁴³; başka bir kararında⁴⁴ ise borçlunun itirazı üzerine açılan iflâs davasında da ilân yapılması gerektiğine karar verilmiştir. Söz konusu hüküm nazara alındığında, borçlu hakkındaki iflâs takibi, borçlunun itirazının asliye ticaret mahkemesi tarafından ara kararı ile kaldırılmasına karar verilmesiyle birlikte kesinleşir; bu kesinleşme üzerine de alacaklının iflâs talebinin kanunda öngörülen yöntemle ilân edilmesi gereklidir. Esasen bu ilân kararına kadar mahkemenin yapmış olduğu faaliyet iflâs takibinin konusu borcun varlığının ve miktarının tespitine yönelik maddî hukuk yargılaması olup ilân kararına kadar mahkemece iflâs ile ilgili yapılan herhangi bir işlem söz konusu değildir⁴⁵. İflâs davasının

⁴² “İflas yoluyla takibin itirazsız kesinleşmesi halinde İİK'nın 158/1. maddesinin atfıyla uygulanan 166/2. maddesi uyarınca ... ilanlar yapılmadan, davalı şirketin iflasına karar verilmiş olması doğru görülmemiştir.” Y. 23. HD, 04.03.2013, E. 2013/569, K. 2013/1254 sayılı kararı (UYAP). “İflas yoluyla takibe borçlu tarafından itiraz edilmemesi üzerine açılan iflas davasında iflas talebinin İİK'nın 166. maddesinde öngörülen usulle ilan edilmesi gerekir.” Y. 19. HD, 08.02.2007, E. 2006/9219, K. 2007/976 sayılı kararı (UYAP). “Davacı tarafından davalı aleyhine başlatılan haciz yoluyla takip İİK'nın 43. maddesi uyarınca iflas yoluna çevrilmiş, iflas ödeme emrine davalı itiraz etmemiştir. Bu durumda iflas talebi İİK'nın 166. maddesinde öngörülen usulle ilan edilmeli, diğer alacaklıların davaya müdahale veya itiraz ederek iflası gerektiren bir hal bulunmadığını ileri sürme imkânı tanınmalıdır. (İİK m. 158)” Y. 19. HD, 28.05.2009, E. 2009/2445, K. 2009/5027 sayılı kararı (UYAP). “Alacaklı davacının iflas yolu ile yaptığı icra takibi itiraz edilmeksizin kesinleşmiş olduğuna göre iflas davasının açılmış olduğunun İcra İflas Kanununun 158/f.1. hükmü icabı olarak aynı yasanın 166/f.2'deki usulle ilan edilmesi gerekirken bu hususun göz ardı edilerek davanın görülüp sonuçlandırılmış olması ... doğru görülmemiştir.” Y. 19. HD, 04.03.1993, E. 1993/937, K. 1993/1665 sayılı kararı (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴³ Doktrinde bu uygulama, Kanunun lafzına aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilerek, borçlunun iflâs ödeme emrine itiraz etmesi üzerine açılan iflâs davasında da, asliye ticaret mahkemesinin kesinleşen iflâs talebini ilân etmesi gerektiği savunulmaktadır. Bkz. **Kuru**, C. III, s. 2678-2680; **Kuru**, El Kitabı, s. 1124 vd.; **Özbek**, s. 255-256.

⁴⁴ “Dava, İİK'nın 158. maddesi uyarınca iflas takibinde borçlunun itirazının kaldırılması ve iflasına karar verilmesi istemine ilişkindir. Mahkeme, takipli iflas prosedüründe, genel hükümlere göre yapacağı inceleme sonucunda alacağın mevcut olduğunu tespit eder ve davalının itiraz ve def'ilerini yerinde bulmaz ise itirazın kaldırılmasına karar verir ve bu halde iflas takibi kesinleşeceğinden iflas talebini İİK'nın 166. maddesindeki usule göre ilan eder. ... Zira yargılama aşamasında alacağın varlığının belirlenmesi hâlinde itirazın kaldırılmasına karar verilerek takip kesinleştirilip, daha sonra depo kararı verilmesi gerekirken...” Y. 23. HD, 14.04.2016, E. 2015/1364, K. 2016/2405 sayılı kararı (UYAP).

⁴⁵ Bu aşamada mahkemece kendiliğinden yapılabilecek tek işlem İİK m. 159 hükmü uyarınca muhafaza tedbirleri ve borçlunun mallarının defterinin tutulması yönündeki tedbirlerdir. Burada mahkeme davacının talebi ile bağlı olmaksızın kendiliğinden gerekli gördüğü tedbirleri alabilir; bu tedbirlere gerek olup olmadığının takdiri asliye ticaret mahkemesine aittir. Sadece İİK m. 159/1 hükmünün 2. cümlesi uyarınca borçlunun iflâs ödeme emrine itiraz etmemesi halinde, mahkeme alacaklının talebi üzerine muhafaza tedbirlerine karar vermek zorunda olup; iflâs ödeme emrine itiraz edilmemesi halinde esasen takip konusu

kamu düzenini ilgilendiren yönleri (ilgililerin davaya müdahale ve itirazları, alacaklıların ve/veya borçlu ile işlem yapması muhtemel üçüncü kişilerin korunması vs.) iflâs takibinin kesinleşmesinden sonraki aşamaya ilişkindir⁴⁶. Bu nedenle iflâs takibinin konusu olan alacağın varlığının ve miktarının tespiti aşaması ile iflâs takibinin kesinleştirilip alacaklının iflâs talebinin ilanından sonraki aşamalar birbirinden ayrılabilir niteliktedir.

Öğretide tahkim aleyhine ileri sürülen görüşlerden birinde⁴⁷ asliye ticaret mahkemesince borçlunun itirazının kaldırılmasına ve iflâsa aynı anda karar verildiği ifade edilmiştir. Ancak yukarıda belirtildiği üzere, borçlunun itirazının kaldırılmasına dair ara kararı ile iflâs takibinin kesinleşmesi üzerine, alacaklının iflâs talebinin İİK m. 158/1 atfıyla m. 166/2 hükmündeki usule uygun olarak ilân edilmesi gereklidir. Bu itibarla, borçlunun itirazının kaldırılmasına ve iflâsına aynı anda karar verilmesi, yukarıda anılan emredici hükümler karşısında mümkün değildir. Yargıtay, mahkemelerce nihai kararlar “davalının itirazın kaldırılmasına ve iflâsına” birlikte karar verilen hükümleri onadığı gibi⁴⁸; önce bir ara kararı ile itirazın kaldırılmasına karar verilerek iflâs takibi kesinleştikten sonra, depo emrindeki borcun ödenmemesi üzerine nihai hükümle sadece iflâsa karar verilen mahkeme kararlarını da onamaktadır⁴⁹. Dolayısıyla, mahkemece borçlunun itirazının kaldırılmasına ve iflâsa aynı anda karar verilmesi bir zorunluluk olmadığı gibi; esasen ilkinin ara kararı ile ikincisinin de nihai karar ile hüküm altına alınması İİK m. 158/1 hükmünün lafzına daha uygundur.

Yukarıda anılan Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin kararında⁵⁰ iflâs davasından önce davacıya tahkime başvurarak alacağını tespit ettirmesi ve sonradan iflâs yoluyla takibe geçmesi yönündeki uygulamanın, usul ekonomisine ve makul sürede yargılama hakkına aykırı olduğu içtihat edilmiş ise de bu görüşe katılma olanağı bulunmamaktadır. Sözleşmelerde geçerli olan sözleşme serbestisi ve ahde vefa prensipleri, tahkim anlaşması öngören bir sözleşmeden

alacak kesinleştiğinden, bu ihtimalde tahkim yargılaması söz konusu olmayacaktır. İflâs takibine itiraz üzerine açılan davada bunun dışında mahkemenin bütün alacaklıları kapsayacak şekilde iflâs ilişkin başka bir işlemi söz konusu değildir.

⁴⁶ Ergene, s. 18.

⁴⁷ Ekşi, s. 110.

⁴⁸ “Mahkemece ... davanın kabulü ile itirazın kaldırılmasına ve davalının iflasına karar verilmiştir. ... [U]sul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına...” Y. 23. HD, 02.10.2017, E. 2015/9315, K. 2017/2455 sayılı kararı; aynı yönde Y. 23. HD, 27.04.2016, E. 2015/6610, K. 2016/2698 sayılı kararı (UYAP).

⁴⁹ “Mahkemece ... davacının takip tarihi itibarıyla davalıdan ... TL alacaklı olduğu, bu miktar üzerinden itirazın kaldırıldığı, itirazın kaldırılması sonrası borçluya depo emri gönderildiği, yapılan tebligatlara rağmen davalının depo emrine konu miktarlarla ilgili herhangi bir ödeme yapmadığı gerekçesiyle, davalının iflasına karar verilmiştir. ... [U]sul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına...” Y. 23. HD, 03.07.2017, E. 2015/10078, K. 2017/1959 sayılı kararı (UYAP).

⁵⁰ Y. 15. HD, 05.03.2019, E. 2018/2228, K. 2019/950 sayılı kararı (UYAP).

kaynaklanacak uyuşmazlığından tahkimde görülmesini emreder. Zira burada taraflar akdettikleri sözleşmede, doğacak uyuşmazlıkları çözecek yargı yerini sözleşme serbestisi kapsamında tahkim olarak belirlediklerinden, buna değer verilmesi ve bu belirlemenin takip yolu ile bertaraf edilememesi gerekmektedir. Geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen taraflardan birinin tahkime tâbi alacağın maddî hukuk bakımından akıbetine devlet mahkemesince karar verilmesine sebebiyet verebilecek şekilde iflâs takibi başlatması, ahde vefa ilkesine aykırılık teşkil edecektir⁵¹. Zira alacaklının, devlet mahkemesinde doğrudan alacak davası açması durumunda bu davanın, HMK m. 116(1)-b hükmüne istinaden ileri sürülecek tahkim ilk itirazı nedeniyle HMK m. 413(1) hükmü uyarınca usulden reddedileceği aşikârdır. Buna rağmen talep ve dava şeklini değiştirerek iflâs takibi yapan alacaklı, itiraz üzerine açacağı davada, alacağın varlığı ve miktarının tespitine dair maddî hukuk yargılamasını da kamu düzeni ile yakından ilgili olan iflâsa karar verilmesi aşaması ile bütünleştirerek tahkim anlaşmasının boşa çıkarılması imkânına sahip olacaktır. Bu durumda yargılamanın makul sürede tamamlanmamasına ve uzamasına mahkeme/hâkim değil, geçerli bir tahkim anlaşmasına rağmen (tahkim iradesine aykırı bir şekilde) iflâs takibi yapıp itiraz üzerine devlet mahkemesinde dava açan alacaklı bizzat kendisi sebebiyet vermektedir.

Sonuç olarak, itirazın kaldırılması ve iflâs davasında, iflâs takibinin dayanağı olan alacağın varlığı ve miktarı, normal bir alacak davasındaki gibi genel hükümlere göre tespit edileceğinden, bu husus tahkim anlaşması kapsamında değerlendirilmelidir. Zira itirazın kaldırılması ve iflâs davası, iflâs takibinin dayanağı borcun varlığı ve miktarının tespiti ile borçlunun iflâsına karar verilmesi şeklinde ayrı aşamalarda incelenen davadır. Hukukumuzda iflâs takibi yapılması için alacaklının elinde alacaklı olduğuna ilişkin bir belge bulunması zorunlu olmadığı gibi, alacak tutarının borçlunun malvarlığına oranla çok cüzî bir miktarda olması halinde dahi, borçlunun tüm malvarlığının tasfiyesine yönelecek şekilde küllî takip yapılması mümkündür. Bu nedenle, geçerli bir tahkim anlaşması içeren sözleşme uyarınca alacak davası açılması halinde tahkim ilk itirazı ile karşılaşması muhtemel âkit taraf, tarafların tahkim iradesini ortadan kaldırmak amacıyla talep şeklini değiştirerek iflâs takibi ve akabinde itirazın kaldırılması ve iflâs davası açabilir. Maddî hukuk yargılamasının söz konusu olduğu itirazın kaldırılması talebinin tahkim anlaşması kapsamında değerlendirilmemesi, tahkim anlaşmasının taraflarından birinin talep ve dava şeklini değiştirerek tahkim anlaşması kapsamından çıkmasına imkân sağlayacak olup, bu imkânın tanınması da taraf iradelerinin bertaraf edilmesine zemin hazırlayacaktır⁵².

⁵¹ Ergene, s. 30.

⁵² Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 409; Özdemir Kocasakal, s. 2314; Tüysüz, s. 285; Şensöz Malkoç, s. 1421.

(3) Hakem Kararından Sonra Başvurulabilecek İflâs Yolları

Yukarıda görüşümüzün, geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı durumunda alacaklının öncelikle hakem ya da hakem kurulundan alacağın varlığının ve miktarının tespitine yönelik bir karar alması, akabinde borçlu hakkında iflâs takibi yapması gerektiği yönünde olduğu ifade edilmiştir. Burada, tahkim yargılamasında alınacak karardan sonra alacaklının başvurabileceği muhtemel hukukî yolların da değerlendirilmesi uygun olacaktır.

İlk olarak, hakem ya da hakem kurulundan alınan kararların ilâmlı icraya konu olup olmayacağı üzerinde durulmalıdır. Öncelikle, gerek HMK hükümlerinde ve gerekse MTK hükümlerinde, hakem kararlarının İİK'nın ilâmlı icraya ilişkin hükümlerine göre yerine getirileceğine dair açık bir hüküm yoktur. HMK m. 439(4) hükmünde hakem kararına karşı iptal davası açılmasının kararın icrasını durdurmayaacağı düzenlenmiştir; hükmün gerekçesinde de HMK kapsamındaki hakem kararlarının verildiği anda icra edilebilir hâle getirildiği açıkça ifade edilmiştir. Bu nedenle HMK kapsamında verilen hakem kararları doğrudan ilâmlı icraya konu edilebilir; bu kararların icrası için kesinleşmesi şart değildir.

Keza MTK hükümlerine tabi hakem kararları yönünden de, hakem kararına karşı iptal davası açılmasına ilişkin hükümlerin icraya etkisine ilişkin MTK m. 15/A-IV hükmünden hareketle, İİK'nın ilâmlı icraya ilişkin hükümlerinin uygulanacağı sonucuna kolaylıkla varılabilir. Zira söz konusu hüküm uyarınca, hakem kararına karşı iptal davası açılması bu kararın icrasını kendiliğinden durdurur. Bundan ayrı olarak MTK m. 15/B hükmünde, iptal davasının reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra veya iptal davası açılması süresinin geçmesi ya da tarafların bu hakkı kullanmaktan feragat etmesi durumunda hakem kararının icra edilebilir olduğuna dair şerh verileceği hükme bağlanmıştır. MTK hükümlerine göre verilen hakem kararları kesinleşmeden takibe konu edilemez; hakem kararının m. 15/B hükmünde belirtilen şekillerde kesinleşmesi üzerine, taraflar icra edilebilirlik şerhi taşıyan hakem kararlarına dayanarak ilâmlı takip başlatabilirler.

Yabancı hakem kararları yönünden ise, MÖHUK m. 61(2) hükmündeki yollama nedeniyle, yabancı hakem kararları hakkında tenfiz kararı verilmesi durumunda, bu kararlar Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmlar gibi icra olunacaktır [MÖHUK m. 57(1)]. MÖHUK m. 57(2) hükmüne göre de, tenfiz talebinin kabulü veya reddi yönündeki kararların temyizi genel hükümlere tabidir. Temyiz, yerini getirmeyi durdurur⁵³.

Sonuç olarak, gerek HMK'daki iç tahkim hükümlerine ve gerekse MTK hükümlerine göre verilen hakem ya da hakem kurulu kararları birer ilâmdır.

⁵³ **Ermenek, İbrahim:** İlâm ve İlâm Mahiyetini Haiz Belgelere İlişkin Düzenleme ve Uygulamalara Eleştirel Bir Bakış, Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı XIV (4-7 Ekim 2018)– İlâmlı İcra, Bolu, 2018, s. 32 vd.

Dolayısıyla ilâmlı icranın ayrıcalıklarından yararlanırlar. Aynı şekilde MÖHUK m. 61(2) ve m. 57'nin açık hükümleri uyarınca tenfiz edilmiş yabancı hakem kararları da ilâmdır ve ilâmlı icra hükümlerine göre icra edilirler⁵⁴. Bu durumda, alacaklının hakem ya da hakem kurulu kararına istinaden ilamli icra takibi (İİK m. 32 vd.) yaparak⁵⁵, borcun ödenmemesi halinde İİK m. 177/4 hükmü uyarınca doğrudan doğruya iflâs davası açması mümkündür⁵⁶.

İkinci olarak, bir ilâm olan hakem kararına dayanarak, özellikle İİK m. 32 hükmüne göre bir ilâmlı icra yapmadan (ve İİK m. 177/4 hükmü uyarınca doğrudan doğruya iflâsa başvurmadan) genel (âdi) iflâs yoluyla takibe de başvurulabilir⁵⁷. Bu durumda, hakem kararı kesinleşmiş ise, borçlunun takibe itiraz etmesi halinde iflâs mahkemesinde alacağın varlığı ve miktarı yeniden uyuşmazlık konusu yapılmayacaktır. Şayet hakem kararı kesinleşmemiş ise Mahkemece bu kararın kesinleşmesi beklenmelidir⁵⁸. Bu şekilde iflâs

⁵⁴ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 388-389; **Tanrıver, Süha**: İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996, s. 44; **Ermenek**, s. 32 vd.

⁵⁵ Yabancı hakem kararının ilâmlı icraya konulabilmesi için tenfiz kararının kesinleşmesi gereklidir. Zira MÖHUK m. 61(2) atfıyla m. 57(2) hükmü uyarınca tenfiz kararı aleyhine kanun yoluna başvurulması yerine getirmeyi durdurur. Nitekim Yargıtay tarafından da ilâmlı icra takibinin dayanağı olan hakem kararının tenfizine ilişkin kararın icra takip tarihi itibarıyla temyizde olması halinde, MÖHUK m. 57(2) hükmü uyarınca takip tarihi itibarı ile takibin durmasına karar verilmesi gerektiği içtihat edilmiştir. Y. 12. HD, 09.04.2012, E. 2011/27085, K. 2012/11582; Y. 12. HD, 09.04.2012, E. 2011/27087, K. 2012/11583 sayılı kararları (UYAP).

⁵⁶ İİK m. 177/4 hükmü uyarınca ilama dayalı alacağın icra emriyle istenildiği halde ödenmemesi halinde bu durum, önceden takip yapılmaksızın doğrudan doğruya iflâs hallerindendir. *“Davacı vekili, taraflar arasında akdedilen satım sözleşmesine aykırı hareket edilmesi nedeniyle müvekkilinin zarara uğradığını, zararın tazmini amacıyla yabancı hakeme müracaat edildiğini, yabancı hakem kararının tenfizine ilişkin kararın ilamli icra takibine konu edildiğini, davalının ödeme yapmadığını ileri sürerek İİK'nun 177/4. maddesi uyarınca davalının iflasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Mahkemece davalının takip konusu borcu ödemediği gerekçesiyle davalı şirketin iflasına karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir. ... [U]sul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına...”* Y. 19. HD, 08.05.2008, E. 2008/3957, K. 2008/4989 sayılı kararı (UYAP).

⁵⁷ **Kuru**, Ders Kitabı, s. 379; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 470; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 456. Genel (âdi) iflas yoluyla takip esasında bir ilâmsız takip niteliğindedir. Her ne kadar Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun 26.05.2017 tarihli ve 2017/2 E. 2017/3 K. sayılı kararıyla (R.G., 21.07.2017/30130) *“ilama dayalı bir alacağın ilamsız takip konusu yapılamayacağına”* karar verilmiş ise de; söz konusu İBK genel haciz yolu ile ilamsız takip yoluna ilişkin bir istisna niteliğindedir. İstisnaların geniş yorumlanmayacağı (*singulalia non sunt extenda*) ilkesi uyarınca, bu karar genel iflâs yoluyla ilamsız takip bakımından geçerli değildir.

⁵⁸ *“Davacı vekili, müvekkilinin açtığı davada toplam ... TL'nin tahsiline karar verildiğini, bu ilama dayalı olarak genel (adi) iflas yolu ile alacağın tahsili amacıyla başlatılan takibe davalının haksız itiraz ettiğini ileri sürerek, davalının itirazının kaldırılarak iflasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. ... Dava, itirazın kaldırılması ve iflas istemine ilişkindir. Genel (adi) iflas yoluna başvuran alacaklının borcun sebebi olarak gösterdiği ve takibine dayanak yaptığı ilam, davalının temyizi üzerine Yargıtay 15'nci Hukuk Dairesi'nin ... E.-K. sayılı kararıyla*

mahkemesi, kesinleşen hakem ya da hakem kurulu kararında hüküm altına alınan miktar üzerinden depo kararı vererek, borcun ödenmemesi halinde iflâsa karar verecektir.

b. İflâs Talebi Yönünden

İİK m. 154/3 hükmünün ilgili kısmı şu şekildedir: “Şu kadar ki, iflas davaları için yetki sözleşmesi yapılamaz ve iflas davası mutlaka borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinde açılır.” Söz konusu hükümdeki yetki kuralının kamu düzenine ilişkin bir kesin yetki kuralı olduğu icra ve iflâs hukuku doktrininde⁵⁹ ve Yargıtay kararlarında⁶⁰ genel kabul görmüş bir husustur. Milletlerarası özel hukuk doktrininde de İİK m. 154/3 hükmünde yer alan yetki kuralının münhasır yetki tesis eden bir kural olduğu kabul edilmektedir⁶¹.

Bu itibarla, iflâs davasındaki mahkemenin yetkisine ilişkin İİK m. 154/3 hükmünün kamu düzenine ilişkin kesin bir yetki kuralı öngörmesi ve iflâs davasının tarafların iradelerine tâbi olmayan davalardan olması nedeniyle, iflâs konusunda tahkim anlaşması yapılsa dahi, bu anlaşmalar doğrultusunda verilen hakem kararları geçersiz olacaktır. Bu nedenle iflâs davası açısından tahkim anlaşmasının uygulanma imkânı söz konusu değildir⁶².

3. Tahkim İlk İtirazı Üzerine İflâs Mahkemesince Verilecek Karar

Yukarıda anılan Yargıtay kararlarında, tahkim anlaşmasının varlığı durumunda, tahkim anlaşması ile yetkilendirilmiş hakem ya da hakem

bozulmuştur. Bu durumda mahkemece iflas davasına konu olan alacağa ilişkin ilamın kesinleşmesinin beklenmesi gerekir. Mahkemece bu kararın kesinleşmesi beklenmeden ve alacağın varlığı belirlenmeden, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmadığından...” Y. 23. HD, 08.03.2012, E. 2012/436, K. 2012/1786 sayılı kararı (UYAP).

⁵⁹ **Kuru**, C. III, s. 2656-2657; **Kuru**, El Kitabı, s. 946; **Kuru**, Ders Kitabı, s. 378; **Üstündağ**, s. 35; **Kırtıoğlu**, s. 99-100 vd.

⁶⁰ “İflas davalarında yetki kamu düzenine ilişkin bulunmakla mahkeme tarafından resen dikkate alınmalıdır.” Y. HGK, 04.05.2011, E. 2011/19-151, K. 2011/275 sayılı kararı (UYAP). “İİK 154. maddesi emredici nitelikte olup iflas davasının mutlaka borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinde açılması gerekir. İflas davasındaki bu yetki kuralı kamu düzenine ilişkin olup *re’sen* gözetilir.” Y. 23. HD, 24.09.2019, E. 2019/689, K. 2019/3829 sayılı kararı (UYAP). “İflas davalarının İİK’nun 154 maddesi uyarınca borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yerde açılması gerekir. Yasada öngörülen yetki kuralı kesin yetki olup, kamu düzeni ile ilgilidir.” Y. 23. HD, 12.05.2015, E. 2015/2119, K. 2015/3613 sayılı kararı (UYAP). “İİK’nın 154. maddesinde düzenlenen kamu düzenine ilişkin kesin yetki kuralı göz önünde bulundurularak...” Y. 23. HD, 25.01.2016, E. 2015/1608, K. 2016/344 sayılı kararı (UYAP). “İflas davalarında Türk Mahkemeleri İİK’nın 154/son maddesi uyarınca kesin yetkilidir. Bu yetki kamu düzeni ile ilgilidir.” Y. 23. HD, 14.11.2013, E. 2013/4914, K. 2013/7094 sayılı kararı (UYAP).

⁶¹ **Nomer**, s. 5, 9; **Şanlı**, s. 260; **Özdemir Kocasakal**, s. 2307; **Tüysüz**, s. 292.

⁶² **Huysal**, s. 289; **Şanlı**, s. 471; **Ekşi**, s. 130; **Kuru**, C. III, s. 2655, dn. 19; **Kuru**, El Kitabı, s. 1108; **Tüysüz**, s. 295.

kurulundan alacağın varlığını ispatlayan bir karar alınmadıkça taraflar arasındaki yargı yeri (tahkim) seçimini ortadan kaldıracak şekilde iflas yoluyla takip başlatılmasının ve buna istinaden iflâs davası açılmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Söz konusu kararlara göre, tahkim ilk itirazı üzerine iflâs davasına bakan asliye ticaret mahkemesinin davayı usulden reddetmesi gerekir; zira davacının öncelikle tahkim anlaşması ile yetkilendirilen hakem veya hakem kurulundan alacağının varlığını ve miktarını tespit eden bir karar aldıktan sonra iflâs yoluyla takibe başvurulması gereklidir⁶³.

Öğretide taraftar bulan başka bir görüş, geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen iflâs takibi yapılmış, itiraz üzerine itirazın kaldırılması ve iflâs davası açılmış ise; davacı tarafa sözleşme ile yetkilendirilen tahkim yerinde dava açmak üzere HMK m. 165(2) hükmü uyarınca süre verilerek takip konusu alacağın varlığının ve miktarının tespitinin hakeme havale edilmesi; hakemde açılacak davanın derdest iflâs davası bakımından HMK m. 165(1) hükmü uyarınca bekletici mesele yapılması gerektiği yönündedir⁶⁴.

Bu konudaki başka bir görüş, tahkime müracaat edilmiş ve hakem heyeti teşekkül etmiş ise hakem tarafından uyuşmazlığın esası hakkında henüz bir karar verilmemiş ise tahkim yargılamasının seyrine göre gerektiğinde bekletici sorun kararı verilebileceği, mahkemenin derdest tahkim yargılamasının içinde bulunduğu duruma göre tahkim ilk itirazını değerlendirmesi gerektiği, ancak ileride kurulacak ve teşekkülü zaman alacak hakem heyetinin beklenmesinin önerilmeyeceği yönündedir⁶⁵.

Bekletici sorun lehine ileri sürülen görüşlerin bir kısmında⁶⁶ temel gerekçelerden biri olarak Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin 21.01.2013 tarihli ve E. 2012/4732, K. 2013/255 sayılı kararı gösterilmektedir. Yine doktrinde, Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin bu kararı uyarınca tahkim anlaşmasının varlığı halinde iflâs davasının açıldığı mahkemenin tahkim konusu alacağı inceleyemeyeceği, tahkimde dava açılmış ise iflâs mahkemesinin bu davayı bekletici sorun sayacağı, ancak Yargıtay'ın bu kararının iflâs davasının özellikleriyle ve hukuki

⁶³ Bkz. yukarıda I-1 numaralı paragrafta anılan Yargıtay 23. HD kararları.

⁶⁴ **Özdemir Kocasakal**, s. 2315 (yazar tarafından bu yöndeki görüş milletlerarası yetki sözleşmeleri bakımından ileri sürülmüş olup, tahkim anlaşmaları yönünden de aynı görüşün geçerli olduğu kabul edilebilir); **Tüysüz**, s. 286; **Ergene**, s. 40 vd.; **Şensöz Malkoç**, s. 1426-1427. Genel olarak Türk usûl hukuku bakımından devlet mahkemelerinde yabancı ya da yerel tahkim olmasına bakılmaksızın hakem kararlarının beklenmesine yönelik bekletici sorun kararı verilmesine kural olarak bir engel olmadığı yönünde bkz. **Aşık, İbrahim**: Medenî Usul Hukukunda Bekletici Sorun, Ankara 2012, s. 161.

⁶⁵ **Yeşilova, Bilgehan**: Tahkim (İlk) İtirazı Üzerine – Hakemlerin Yargı Yetkisiyle İlgili Olarak – Mahkemelerce Yapılacak Denetim ve Sonuçları (Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 5/I), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, Özel Sayı, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, C. I; s. 805-806.

⁶⁶ Bkz. **Özdemir Kocasakal**, s. 2296, 2315, **Şensöz Malkoç**, s. 1427.

niteliğiyle bağdaşmayacağı ifade edilerek bu karar eleştirilmiştir⁶⁷. Gerçekten de Yargıtay'ın bu kararının ilgili kısmı *“Mahkemece ... basit yargılama usulüne tabi iflas davalarının ivedi görülmesi gereken davalar olduğunu da dikkate alarak alacaklıdan alacağını belirten bir ilam veya belge olup olmadığı sorulmalı, varsa bunlara göre deliller toplanıp dava sonuçlandırmalı, yoksa, alacaklıya taraflar arasındaki sözleşme uyarınca İngiltere Mahkemelerinden alacağını belirtir ilam alması için süre verilmeli, dava açılması halinde bu dava sonucu beklenmeli, yahut iflas davasının basit yargılama usulüne tabi ve ivedi sonuçlanması gereken davalardan olduğu göz önünde bulundurularak davacı tarafça bu aşamada alacağının varlığını ispata yarar bir ilam veya belge sunulmadığından şartları oluşmayan iflas davasının reddine karar verme seçeneklerinin hangisinin dosya kapsamına ve somut olayın özelliklerine uygun düştüğü yerinde tartışılıp değerlendirilmeden eksik inceleme ve yanılgılı gerekçe ile hüküm kurulması doğru olmamıştır”*⁶⁸ şeklindedir. Ancak Yargıtay'ın bu kararı, daha sonradan yapılan karar düzeltme başvurusu kabul edilerek kaldırılmış; faklı gerekçe ile yerel mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir. Yukarıdaki kararı ortadan kaldıran karar düzeltme ilâmının ilgili kısmı şu şekildedir: *“Yukarıda açıklanan nedenler karşısında davacının öncelikle anılan yargı yerlerinde alacağının varlığını ispatlayacak bir karar alması ve bununla Türkiye’de borçlu aleyhine iflas yolu ile takip yapması ve iflas davası açması gerekirken, taraflar arası hukuk ve yetkili yargı yeri seçimini ortadan kaldıracak ve özellikle alacağın başka bir yer hukukuna tabi kılınması sonucunu doğuracak şekilde doğrudan iflas takibi yapması ve bunu dayanak göstererek iflas davası açması doğru olmadığından, davanın reddine karar verilmesi gerektiğinden kararın bozulması gerekirken, hatalı değerlendirme sonucu bozma ilamının 3. bendinde yazılı şekilde bozma kararı verilmesi doğru görülmediğinden, davalı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü ile, Dairemizin 12.01.2013 tarih 4732 Esas, 255 Karar sayılı bozma ilamının 6. bendinin çıkarılarak kararın yukarıda açıklanan değişik gerekçeyle davalı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir”*⁶⁹. Bu karar üzerine, yerel mahkemece karar düzeltme kararındaki bozma gerekçesine uyularak davanın reddine dair verilen karar da Yargıtay 23. Hukuk Dairesi tarafından onanmıştır⁷⁰. Bir kısım yazarlar tarafından bekletici sorun görüşüne destek yapılan, bir kısım yazarlarca da eleştirilen bozma kararı, karar düzeltme ilâmı ile ortadan kaldırılarak hukukî varlığını kaybettiğinden; tahkim anlaşması ya da milletlerarası yetki sözleşmesi bulunması halinde iflâs davasında bekletici sorun kararı verileceği yönünde Yargıtay'ın hâlihazırda bir kararı bulunmamaktadır.

⁶⁷ Pekcanitez/Yeşilirmak, s. 2675.

⁶⁸ Y. 23. HD, 21.01.2013, E. 2012/4732, K. 2013/255 sayılı kararı (UYAP).

⁶⁹ Y. 23. HD, 14.11.2013, E. 2013/4914, K. 2013/7094 sayılı kararı (UYAP).

⁷⁰ Y. 23. HD, 26.01.2016, E. 2014/5858, K. 2016/389 sayılı kararı (UYAP).

Tahkim ilk itirazı ileri sürüldüğünde iflâs mahkemesi tarafından verilecek kararın “davanın usulden reddi” ya da “bekletici sorun” kararlarından hangisi olacağının tespiti bakımından; geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen icra (iflâs) takibi yapılıp yapılamayacağı hususu üzerinde kısaca durulmalıdır. Bu husustaki Yargıtay kararları ve öğreti görüşleri farklılık arz etmektedir.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, yakın tarihli bir kararında, taraflar arasındaki sözleşmede yer alan tahkim şartının bağlayıcı olması nedeniyle icra müdürlüğünde takip yapılmasının hukuken mümkün olmadığına karar vermiştir⁷¹. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de bir kararında, tahkim şartı varken icra takibi yapılmasının mümkün bulunmadığı yönünde hüküm vermiştir⁷². Yine Yargıtay 19. Hukuk Dairesi hakem kurulu kararlarının iptali davalarına ilişkin olarak daha eski tarihli içtihatlarında⁷³, (i) taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen davacının ilâmsız icra takibine geçmesi üzerine davalının tahkim şartından vazgeçmeyerek takibe bu yönde itiraz etmesi halinde hakemde itirazın iptali davası açılmayacağına; (ii) ancak usul ekonomisi de gözetilerek hakemde açılan bu davanın alacak (tahsil) davası olarak görülüp sonuçlandırılabilirliğine; (iii) hakem kurulunca itirazın iptaline, takibin devamına ve davacı lehine icra inkâr tazminatına hükmedemeyeceğine karar vermiştir⁷⁴. Ancak, bu son zikredilen kararların aksine, Yargıtay 15. Hukuk

⁷¹ “...Mahkemece, toplanan delillere göre, sözleşmedeki tahkim şartının taraflar için bağlayıcı olduğu, taraflar arasında tanzim olunan sözleşmedeki hakem (görev) şartı ve yetki düzenlemesi nazara alınarak Mersin 2. İcra Müdürlüğünde takip yapılmasının bu aşamada hukuken mümkün olmadığı, Türk Mahkemelerinde dava açılmayacağından hakem şartının ve yetki itirazının yerinde olduğu belirlenmekle, HMK’nun 114 ve 115. maddeleri gereğince davanın dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmiş[tir]. ... Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerekçeleri sebeplere göre, davacı vekilinin yerinde görülmeven bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına...” Y. 19. HD, 22.11.2016, E. 2016/3779, K. 2016/15019 sayılı kararı (UYAP).

⁷² “...Mahkemece, iddia, savunma ve dosya kapsamına göre, davalının ihtilaflı mahkemede çözümüne rıza gösterdiği belgenin tarihinin 31.03.2010 olduğu, davanın ise bu tarihten sonra açıldığı, icra takibinin tarihinin 11.06.2009 olup, adı geçen muvafakatın takip tarihinde bulunmadığı, bu nedenle takibe karşı ileri sürülen tahkim itirazının yerinde olduğu, sözleşmede kararlaştırılan tahkim şartı gereği, tarafların ihtilaflı 30 gün içinde sulhen çözememiş olmaları halinde tahkime gidilmesi gerektiği, tahkim şartı varken icra takibi yapılmasının mümkün bulunmadığı, davalı hakem koşulundan vazgeçmediğine göre davacının bu koşuldaki tek yanlı vazgeçerek icra takibine geçemeyeceği, bu nedenle usulüne uygun bir takibin bulunmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. ... [U]sul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına...” Y. 11. HD, 27.06.2012, E. 2011/5397, K. 2012/11144 sayılı kararı (UYAP).

⁷³ Y. 19. HD, 02.03.2000, E. 1999/7127, K. 2000/1554; 02.03.2000, E. 1999/7133, K. 2000/1555; 14.12.2000, E. 2000/ 5610, K. 2000/8669; 18.01.2002, E. 2001/4268, K. 2002/272 sayılı kararları (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁷⁴ Bu kararlardan da geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı halinde icra takibi yapılmasının mümkün olmadığı sonucu çıkarılabilir. Zira söz konusu kararlara göre, icra takibine karşı borçlu tarafından tahkim itirazı ileri sürüldüğünde hakemde itirazın iptali davası

Dairesi tarafından verilen kararlarda⁷⁵, hakemlerin kendilerinde açılan itirazın iptali davalarında karar vermeye ve bunun sonucu olarak icra inkâr tazminatı istemi konusunda da karar oluşturmaya yetkili oldukları içtihat edilmiş; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından da daha eski içtihatlarla benzer gerekçelerle aynı yönde kararlar verilmiştir⁷⁶.

Bu konuda öğretilerde de birbirinden farklı görüşler ileri sürülmüştür: Öğretilerde taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunması halinde cebri icra yoluna başvurulamayacağı⁷⁷; tahkim anlaşmasına rağmen icra takibi yapılabileceği ancak hakemde itirazın iptali davası açılmayacağı⁷⁸; tahkim anlaşmasına rağmen icra takibi yapılabileceği, itiraz üzerine hakemde itirazın iptali davası açılabilmesi, ancak hakemde icra inkâr tazminatına

açılmayacak, bu isimle dava açılrsa dahi hakem heyetince dava alacak davası olarak nitelendirilerek görülecek ve itirazın iptali davasına özgü kararlar (itirazın iptali, takibin devamı ve icra inkâr tazminatı) verilemeyecek, sonuç itibarıyla hakem ya da hakem kurulu tarafından tahsil hükmü kurulacaktır. Bu durumda tahkim anlaşmasının varlığına rağmen icra takibi yapılması işlevsiz kalacaktır.

⁷⁵ “*Hakem Heyeti adli mercilerin üzerinde yetkili bir mercii olmadıkları gerekçesiyle itirazın iptali ve icra inkar tazminatı istemleri bakımından karar verme yetkilerinin olmadığını belirterek, açılan davayı alacak olarak değerlendirmişler, bu biçimde karar oluşturmuşlardır. Dairemizin yerleşmiş uygulamasına göre hakemler açılan itirazın iptali davalarında karar vermeye ve bunun sonucu olarak icra inkar tazminatı istemi konusunda da karar oluşturmaya yetkilidirler. Bu durum gözden kaçırılarak davanın alacak davası olarak kabul edilip, bu biçimde sonuçlandırılması da hatalı olmuştur.*” Y. 15. HD, 03.04.2008, E. 2008/262, K. 2008/2138 sayılı kararı (UYAP). “*Dava İlkının 67. maddesinden kaynaklanan itirazın iptali niteliğinde olup, kamu düzeniyle alakalı değildir. Tarafların iradelerine tabi olmayan hususları da ihtiva etmediğinden ihtilafın tahkimde görülmesine yasal bir engel yoktur.*” Y. 15. HD, 16.05.2011, E. 2010/826, K. 2011/2941 sayılı kararı (UYAP).

⁷⁶ “*...Mahkemece iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, ... itirazın iptali talebinin tahkim başvurusuna konu edilemeyeceğine ilişkin bir yasal düzenleme bulunmadığı, icra inkar tazminatına da hükmedilebileceği ... gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. ... [U]sul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına...*” Y. 11. HD, 27.11.2018, E. 2018/3263, K. 2018/7408 sayılı kararı (UYAP). Aynı Daire, navlun sözleşmesinden doğan alacağa ilişkin yapılan icra takibine itiraz üzerine hakemde açılan itirazın iptali davasında hakem kurulu tarafından ilişkin icra inkâr tazminatına hükmedilen kararın iptali davasında “*...hakemlerin itirazın iptali davalarında icra inkâr tazminatına karar vermeleri mümkün ise de...*” şeklinde karar vermiştir. Y. 11. HD, 01.04.2002, E. 2001/10258, K. 2002/3443 sayılı kararları (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁷⁷ **Yılmaz, Ejder:** Tahkimde İtirazın İptali Davası ve Tahkime Elverişlilik Kuralı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, s. 540-541; **Yeşilova, Bilgehan:** Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, İzmir 2008, s. 534; **Dayınlarlı, Kemal:** HUMK’ta Düzenlenen İç Tahkim, 2. Bası, Ankara 2004, s. 66.

⁷⁸ **Yavuz, Nihat:** Uygulamada ve Öğretilerde İtirazın İptali ve Tahsil (Eda) Davası, Ankara 2007, s. 98; **Erdem, Murat:** İcra ve İflâs Hukukunda İtirazın İptali Davası (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2010, s. 143-144.

hükmedilemeyeceği⁷⁹ yönünde birbirinden oldukça farklı görüşler bulunmaktadır.

Kanaatimizce, her ne kadar engelleyici yasal bir hüküm bulunmamakta ise de, geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı halinde cibrî icra yoluna başvurulamaması gerekir. Çünkü tahkimde taraflar, aralarındaki hukukî ilişkiden kaynaklanacak uyuşmazlıkların çözümünü devlet yargısı dışına taşımaktadır. İcra teşkilatı da devlet yargısı içerisinde olduğuna göre, tahkim anlaşmasına rağmen hakemde dava açılmadan doğrudan icra (iflâs) takibine izin verilmesi, tahkim iradesine aykırılık oluşturur⁸⁰.

Tahkim anlaşmasına rağmen cibrî icra yoluna başvurulması kabul edildiğinde, takibe itiraz edilmesi halinde, takibe itiraz üzerinde itirazın iptali davasının hakemde açılıp açılmayacağı, açılabilir ise hakemlerin icra inkâr tazminatına karar verme yetkilerinin bulunup bulunmadığı gibi çeşitli hukukî sorunlar ortaya çıkacaktır. Yine takibe itiraz üzerine hakemde itirazın iptali davası açılabilirliği kabul edildiğinde, bu defa icra takibi devlet yargısı içerisinde yer alan icra müdürlüğünde yapılmış, dava ise hakemde görülmüş; bu şekilde uyuşmazlığın bir kısmında devlet yargısı, diğer kısmında hakemler görev yapmış olacaktır. Keza tahkim anlaşmasına rağmen yapılan icra takibine itirazın iptali için dava açılması halinde, mahkemeler tahkim ilk itirazı üzerine uyuşmazlığın tahkime elverişli olması nedeniyle itirazın iptali davasının usulden reddine karar verme eğilimindedir⁸¹.

⁷⁹ **Şanlı, Cemal:** Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 2016, s. 313-314. **Pekcanitez, Hakan:** Tahkimde Açılan İtirazın İptali Davasında Hakemler İcra ve İnkâr Tazminatına Karar Verilebilir mi?, Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 100, Mart 2018, s. 64-65; **Tüysüz, s. 115;** **Pekcanitez/Yeşilirmak, s. 2671;** **Akil, Cenk/Gül, Mehmet Akif:** Yargıtay'ın Genel Hâciz Yoluyla İlâmsız Takibe Başvuru Hakkına İlişkin Olarak Vermiş Olduğu Bazı Kararlar Üzerine Düşünceler, Yargıtay Dergisi, C. 43, S. 3, Temmuz 2017, s. 568.

⁸⁰ **Yılmaz, s. 541.**

⁸¹ *"...Davacı vekili, müvekkili şirket ile davalı arasında yapılan sözleşme gereğince ... düzenlenen hizmet bedeline ait fatura bedelinin davalı tarafça ödenmemesi üzerine davalı hakkında başlatılan icra takibine haksız itiraz edildiğini ileri sürerek itirazın iptali ile %20 'den aşağı olmamak üzere icra inkâr tazminatına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, taraflar arasındaki sözleşmede uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümleneceğine ilişkin hüküm bulunduğunu ve tahkim itirazında bulunarak davanın reddini dilemiştir. Mahkemece ... taraflar arasında imzalanan sözleşmenin 10.2. maddesinde uyuşmazlıkların tahkim kurallarına göre karara bağlanacağına ilişkin tahkim şartı bulunduğu ve taraflar arasındaki husumetin sözleşmenin 10. maddesi kapsamında tahkim yargılamasına tabi bulunduğunun anlaşıldığı gerekçesiyle davanın HMK'nın 413. maddesi gereğince usulden reddine karar verilmiştir. ... [U]sul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına..." Y. 23. HD, 18.09.2019, E. 2017/139, K. 2019/3678 sayılı kararı (UYAP). Yine bir istinaf kararında itirazın iptali davasında "... [T]araflar arasındaki satım sözleşmesine bağlı genel satış koşulları sözleşmesinde geçerli bir tahkim şartının düzenlendiği, davalının da ilk itiraz olarak tahkim itirazında bulunduğu anlaşıldığından, davanın HMK'nın 413/1 maddesinde usulden reddine karar verilmesi gerekirken..." yönünde karar verilmiştir. Antalya BAM 11. HD, 05.04.2019,*

Geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen icra takibi yapılmasına, itiraz olması halinde itirazın iptali davasının hakemde görülmesine cevaz verilmesi hâlinde bir sorun da takibin yapıldığı icra dairesinin yetkisine itiraz edildiğinde gündeme gelecektir. Örneğin icra takibine karşı borçlunun borca itirazının yanında tahkim itirazı ile birlikte icra dairesinin yetkisine de itiraz etmesi ihtimalinde, itirazın iptali davasının hakemde açıldığı varsayıldığında, hakem ya da hakem kurulu takibin yetkili icra dairesinde yapılıp yapılmadığını denetleyebilecek midir? Çünkü Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulamasına göre, İİK m. 67 hükmüne göre açılmış itirazın iptali davalarında, öncelikle takibin yetkili icra dairesinde yapılıp yapılmadığı incelenmelidir. Eş söyleyişle, itirazın iptali davasında, mahkeme öncelikle, icra dairesinin yetkisine yönelik itirazı inceleyerek kesin olarak sonuçlandırmalıdır⁸². Zira itirazın iptali davasının görülebilmesi usulüne uygun bir şekilde yapılmış geçerli bir icra takibinin varlığına bağlıdır. Geçerli bir takibin bulunmadığı durumlarda itirazın iptali davasının görülebilmesine usulen olanak yoktur⁸³. Başka bir anlatımla,

E. 2018/1610, K. 2019/742 sayılı kararı (UYAP). “...Dava, faturalardan kaynaklanan bakiye alacağın tahsili amacı ile başlatılan icra takibine karşı itirazın iptali davasıdır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 413. maddede tahkim itirazı üst başlığı altında, tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılmışsa, karşı tarafın tahkim ilk itirazında bulunabileceği, bu durumda tahkim Sözleşmesi hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkansız değilse mahkemenin tahkim itirazını kabul edeceği ve davayı usulden reddedeceğine yer verilmiştir. Aynı yasanın 116/1-b bendinde, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi gerektiği itirazı ilk itirazlar arasında yer almıştır. Somut olayda taraflar tahkim sözleşmesini sözleşmenin bir şartı olarak düzenlemişlerdir. Bu durumda davalı tarafın yasal sürede yapmış olduğu tahkim ilk itirazının kabulü ile davanın usulden reddi kararı yerindedir.” İstanbul BAM 17. HD, 25.05.2017, E. 2017/651, K. 2017/670 sayılı kararı (UYAP). Aynı yönde İstanbul BAM 17. HD, 25.05.2017, E. 2017/641, K. 2017/669 sayılı, Ankara BAM 27. HD, 14.04.2017, E. 2017/61, K. 2017/159 sayılı kararları (UYAP).

⁸² İİK m. 50/2 hükmünde yetki itirazı hakkında icra mahkemesince karar verileceğine dair düzenleme, sadece icra dairesinin yetkisine itiraz edilmesi haline münhasır olup; alacaklı bu durumda mahkemede itirazın iptali davası açamaz; yetki itirazının kaldırılmasını icra mahkemesinden istemesi gerekir. Bkz. **Kuru**, El Kitabı, s. 182. “İtiraz dilekçesinin içeriğinden itirazın sadece icra dairesinin yetkisine yönelik olduğu, borçlunun takip konusu borca itirazının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Borçlu sadece icra dairesinin yetkisine itiraz etmiş ise görevli mahkeme icra mahkemesidir.” Y. 19. HD, 29.03.2012, E. 2011/13640, K. 2012/5218 sayılı kararı (UYAP). “İcra takibi sebebiyle gönderilen ödeme emrine karşı borçlu sadece yetki itirazında bulunmuş ise, bu itirazın kaldırılması yetkisi münhasıran icra mahkemesine ait olup, alacaklının itirazın kaldırılmasını icra mahkemesinden isteyebileceği İcra ve İflas Kanunu’nun 50/2. maddesi hükmü gereğidir.” Y. 19. HD, 21.02.2011, E. 2010/8115, K. 2011/2209 sayılı kararı (UYAP). Aynı yönde Y. 15. HD, 10.06.2008, E. 2008/265, K. 2008/3840; Y. 15. HD, 18.03.2008, E. 2007/2177, K. 2008/1724; Y. 23. HD, 27.06.2016, E. 2015/6427, K. 2016/3930 sayılı kararlar (UYAP). Hem yetkiye hem de borca itiraz edilmesi halinde, takibin devamı için itirazın iptali davası açılmış ise, icra dairesinin yetkisine yönelik itirazın bu davaya bakan mahkemece değerlendirilmesi gereklidir.

⁸³ Y. HGK, 13.12.2018, E. 2015/22-2933, K. 2018/1927; 25.04.2018, E. 2017/19-902, K. 2018/973; 23.12.2009, E. 2009/13-483, K. 2009/591 sayılı kararları (UYAP). Y. HGK,

Yargıtay kararlarında itirazın iptali davası için yetkili icra dairesinde başlatılmış geçerli bir icra takibinin bulunmasının dava ön şartı niteliğinde olduğu kabul edilmektedir⁸⁴. Bu olasılıkta, yetkisiz icra dairesinde takip yapılması nedeniyle hakem ya da hakem kurulu tarafından borçlunun yetki itirazı hakkında değerlendirme yapılarak itirazın iptali davasının dava ön şartı yokluğundan reddine karar verilmesi mümkün müdür? Kanaatimizce bu soruya olumsuz yanıt verilmesi gerekir. Öncelikle bu durum tahkimin işlevine aykırılık teşkil eder; zira tahkim anlaşmasındaki amaç, hakemin ya da hakem kurulunun uyuşmazlığın esası hakkında bir karar vermesini temin etmektir. Buna ilaveten, örneğin, HMK m. 444 hükmünde, tahkim kısmında düzenlenen konularda, aksine hüküm bulunmadıkça bu Kanunun diğer hükümlerinin uygulanmayacağı ifade edilmiştir. İcra dairelerinin yetkisi bakımından ise İİK m. 50/1 atfıyla HMK'nın yetkiye ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Bu durumda HMK m. 444 hükmünün açıklığı karşısında, HMK'nın yetkiye ilişkin hükümlerinin hakem ya da hakem kurulu tarafından uygulanması söz konusu olamayacaktır. Bu durumda hakem ya da hakem kurulunun icra dairesinin yetkisine itiraz konusunda bir karar vermeleri mümkün değildir. Bu sebeplerle, geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı durumunda tarafların hakemde alacak davaları açmalarının, başka bir ifadeyle tahkim anlaşmasının yer aldığı sözleşmeden kaynaklanan alacak için cibrî icra yoluna başvuramamalarının, tarafların tahkim iradelerine daha uygun bir yöntem olacağı değerlendirilmektedir.

Tahkim anlaşmasına rağmen yapılan iflâs takibine itiraz üzerine devlet mahkemesinde açılan itirazın kaldırılması ve iflâs davasında, devlet mahkemesinin itirazın kaldırılması talebinin incelenmesini hakeme/tahkime havale ederek bekletici sorun yapması gerektiğine dair görüş⁸⁵ şu bakımdan da kabul edilebilir değildir:

Yargıtay kararlarında da ifade edildiği üzere; iflâs yoluyla takipte icra dairesinin yetkisi kamu düzeninden değildir⁸⁶. Bu husus İİK m. 154/3 hükmünde açıkça iflâs takibi için tarafların yetki sözleşmesi yapabileceğine dair düzenlemeden anlaşılmaktadır. Her ne kadar genel kural olarak tahkim anlaşması ile mahkemenin (ya da icra dairesinin) yetkisine ilişkin yetki anlaşması birlikte bulunamaz ise de⁸⁷, İİK m. 154/3 hükmündeki düzenlemenin

28.03.2001 E. 2001/19-267, K. 2001/311; 20.03.2002, E. 2002/13-241, K. 2002/208 sayılı kararları (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁸⁴ Y. 11. HD, 17.02.2016, E. 2015/14964, K. 2016/1643; Y. 11. HD, 17.02.2016, E. 2015/14588, K. 2016/1642; Y. 19. HD, 13.05.2015, E. 2014/19860, K. 2015/7141; Y. 19. HD, 21.04.2010, E. 2009/6453, K. 2010/4868 sayılı kararları (UYAP).

⁸⁵ Bkz. **Özdemir Kocasakal**, s. 2315; **Tüysüz**, s. 286; **Ergene**, s. 40 vd.; **Şensöz Malkoç**, s. 1426-1427.

⁸⁶ Y. HGK, 18.10.2006, E. 2006/19-643, K. 2006/671 sayılı; Y. 23. HD, 24.09.2019, E. 2019/689, K. 2019/3829 sayılı; Y. 23. HD, 22.11.2018, E. 2016/5306, K. 2018/5439 sayılı kararları (UYAP).

⁸⁷ Bkz. yukarıda dn. 36'da anılan kararlar.

ifadesinden, iflâs takipleri yönünden m. 50/1 atfıyla HMK'nın genel hükümlere göre borçlunun muamele merkezi dışındaki başka icra dairesi de (örneğin HMK m. 10 hükmü uyarınca ifa yeri icra dairesi ya da TBK m. 89/1 hükmü uyarınca para alacaklarında alacaklının yerleşim yeri icra dairesi gibi) yetkili olabilecektir.

Yargıtay kararlarına göre, genel iflâs yoluyla takipte icra dairesinin yetkisine itiraz edilmesi halinde, iflas davasının kaldırılmasına bakan mahkemenin öncelikle bu yetki itirazını inceleyerek sonuçlandırması gerekmektedir. İcra dairesinin yetkili olmadığı anlaşılır ise iflas davasının, salt icra dairesinin yetkisizliği nedeniyle reddine karar verilir; icra dairesinin yetkili olduğunun anlaşılması halinde mahkeme davaya bakmaya yetkili olup olmadığını değerlendirmeli, yetkili ise esasa girmelidir⁸⁸.

Örneğin geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen, borçlunun muamele merkezi dışında olup genel yetki hükümleri uyarınca da yetkisiz bir icra dairesinde yapılan iflâs takibinde, borçlunun icra dairesinin yetkisine, taraflar arasındaki tahkim anlaşması uyarınca davanın hakemde görülmesi gerektiğine ve borca itiraz etmesi durumunda; alacaklının itirazın kaldırılması talebinin hakemde inceleneyeceği kabul edildiğinde, yetki itirazı konusunda hakem ya da hakem kurulu bir karar verebilecek midir? Ya da dava kendisinde açılan iflâs mahkemesi önce icra dairesinin yetkili olup olmadığını inceleyerek takibin yetkili icra dairesinde yaptığı kanaatine varması hâlinde, borçlunun yetki itirazını bir ara karar ile reddettikten sonra mı alacağın varlığının ve miktarının tespiti (itirazın kaldırılması) talebinin incelenmesini hakeme havale edecektir?

Yukarıda da ifade edildiği üzere, hakem ya da hakem kurulunun icra dairesinin yetkisi konusunda bir karar vermesi mümkün değildir; bu konuda karar verme yetkisi mahkemelere (itirazın içeriğine göre icra mahkemesine ya da davanın esasına bakan mahkemeye) aittir. Genel iflâs yoluyla takipte icra dairesinin yetkisine itiraz edilmesi halinde, bu itirazı inceleme yetkisi iflâs davasının kaldırılmasına bakan mahkemeye aittir. Bekletici sorun çözümünün kabul edilmesi ihtimalinde; böyle bir itiraz durumunda iflâs mahkemesinin öncelikle yetki hususunu inceleyerek icra dairesinin yetkili olması halinde borçlunun yetki itirazını bir ara kararı ile reddetmesi, akabinde alacaklının itirazın kaldırılması talebinin incelenmesi için dosyayı hakeme havale ederek sonucunu beklemesi, hakem kararı kesinleştikten sonra yine bir ara kararı ile borçlunun bu defa borca itirazının kaldırılmasına karar vermesi, akabinde depo kararı vererek borcun ödenmemesi halinde iflâsa karar vermesi gerekecektir.

⁸⁸ Bkz. Y. 23. HD, 27.09.2011, E. 2011/390, K. 2011/641 sayılı (bozma) kararı; Y. 23. HD, 22.03.2012, E. 2012/775, K. 2012/2238 sayılı (karar düzeltme ret) kararı (UYAP). Y. 23. HD, 18.10.2011, E. 2011/2047, K. 2011/1164 sayılı kararı (UYAP).

Böyle bir çözüm tarzının karmaşıklığı, iflâs davalarının basit yargılama usulüne tabi olması ilkesine (İİK m. 158/2) de aykırılık teşkil eder. Bu nedenle tahkim anlaşmasının varlığı hâlinde alacaklının önce hakem ya da hakem kurulundan alacağının varlığını ve miktarını ispat eden bir karar alması, akabinde borçlu aleyhine iflâs işlemlerine başlaması daha uygun çözüm tarzı olacaktır.

Alacaklının tahkimde aldığı karardan sonra ilâmlı icra yaparak borcun ödenmemesi üzerine İİK m. 177/4 hükmü uyarınca doğrudan doğruya iflâs davası açması halinde zaten icra dairesinin yetkisine itiraz söz konusu olmayacaktır; zira ilâm niteliğindeki hakem kararlarının icrası İİK m. 34 hükmü uyarınca her icra dairesinden talep olunabilir. Alacaklının ilâm niteliğindeki hakem kararına rağmen İİK m. 154 vd. hükümleri uyarınca ilâmsız iflâs takibi yapması ihtimalinde, eğer icra dairesi yetkili değilse iflâs davasının salt bu nedenle reddine karar verilecek; icra dairesi ve mahkeme de yetkili ise, hakemde kesinleşen alacağın varlığı ve miktarı yeniden yargılama konusu olamayacağından, doğrudan depo kararı verilerek sonuca gidilecektir. Bu nedenlerle, tahkim anlaşmasının varlığı durumunda tahkimde bir karar alınmadan doğrudan yapılan iflâs takibine itiraz üzerine açılan davada tahkim ilk itirazı ileri sürüldüğünde, Mahkemece yapılacak yüzeysel (*prima facie*) bir inceleme⁸⁹ sonucunda hakem anlaşmasının geçerli olduğu anlaşılır ise davanın usulden reddine karar verilmelidir.

Sonuç olarak, geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen iflâs takibi yapılmış ve itiraz üzerine itirazın kaldırılması ve iflâs davası açılmış ise, davalı tarafın HMK m. 116(1)-b hükmü uyarınca tahkim ilk itirazında bulunması halinde HMK m. 413(1) hükmü uyarınca davanın usulden reddine karar verilmesi gerektiğine dair Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin içtihatlarına iştirak etmekteyiz. Çünkü geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen devlet mahkemesinde dava açılması halinin yaptırımını kanunda açıkça düzenlenmiştir. HMK m. 413(1) hükmü, tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılmışsa, karşı taraf tahkim ilk itirazı olması durumunda; tahkim sözleşmesi hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız değil ise mahkemenin tahkim itirazını kabul ederek davayı usulden reddedeceğini emretmektedir. Yine MTK m. 5/1 hükmünde de tahkim anlaşmasının varlığına rağmen dava mahkemede açılmışsa; karşı tarafın tahkim itirazının kabulü halinde mahkemenin davayı usulden reddedeceği HMK ile paralel şekilde düzenlenmiştir. Kanunda bu şekilde geçerli bir tahkim

⁸⁹ **Esen, Emre:** Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 1, Prof. Dr. Atâ Sakmar'a Armağan, s. 355-357; **Yeşilirmak**, s. 210 dn. 6; **Tüysüz**, s. 330 vd. Aksi yönde bkz. **Yeşilova**, Bilge Umar'a Armağan, s. 806-808.

anlaşmasının varlığına rağmen dava açılması hâlinde tahkim ilk itirazı üzerine verilecek kararın niteliği açıkça belirlenmiş olduğundan, emredici nitelikteki bu hükümler karşısında yorum yoluyla bekletici sorun müessesesinin uygulanması kanaatimizce hukuken mümkün değildir. Esasen görüşümüze göre, geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı durumunda cebrî icraya başvurulması (iflâs takibi yapılması) mümkün olmadığından, bu durumda bekletici sorun müessesesinin uygulanabilirliğinin tartışılmasına gerek de kalmayacaktır. Zira taraflar arasındaki tahkim anlaşması ile yetkilendirilen hakem ya da hakem kurulundan alacağın varlığını ve miktarını tespit eden bir karar alındıktan sonra cebrî icraya başvurulması halinde; iflâs mahkemesinde alacağın varlığı yeniden uyumsuzluk konusu yapılmayacaktır.

SONUÇ

İİK m. 154/3 hükmündeki borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi, iflâs kararı verecek kesin yetkili mahkeme olup, bu yetki kuralı kamu düzenindendir. Bu hüküm karşısında hakemlerin iflâs kararı vermeleri bugün için hukuken mümkün değildir. Ancak genel iflâs yoluyla takibe itiraz üzerine açılan itirazın kaldırılması ve iflâs davalarında mahkemede alacaklının iki istem sonucu incelenmektedir. Bunlar (i) takip dayanağı borcun varlığının ve miktarının tespiti, başka bir anlatımla, davacının alacaklı, davalının ise borçlu olup olmadığına ilişkin bir maddi hukuk yargılaması ve (ii) sonrasında yasal koşulların mevcudiyeti halinde borçlu-davalının iflâsına karar verilmesi aşamalarıdır. İflâs davalarında tahkim şartının uygulanamayacağına ilişkin kural, genel hükümlere göre maddi hukuk yargılaması yapılan alacağın tespiti aşamasına ilişkin olmayıp, iflâs kararı verilmesi konusundaki devlet egemenliği ilkesi açısından hüküm ifade eder. Bu nedenle bu davanın, alacağın varlığının tespitine yönelik bölümünün tahkime elverişli olduğu kanaatindeyiz.

Tahkim anlaşmasının varlığı durumunda, alacaklının öncelikle taraflarca kararlaştırılan tahkim yerinde alacağının varlığını ispatlayacak bir karar alması gereklidir. Akabinde ise ya (i) İİK m. 154 vd. uyarınca borçlu aleyhine iflâs yolu ile ilâmsız takip yaparak, itiraz halinde İİK m. 156 hükmü uyarınca iflas davası açması; ya da (ii) ilâmlı icra yaparak borcun ödenmemesi halinde İİK m. 177/4 hükmü uyarınca doğrudan doğruya iflâs davası açması gereklidir. Geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen, tahkim yargılaması bertaraf edilerek doğrudan cebrî icraya başvurulamayacağı kanaatindeyiz. Böyle bir durumda tahkimde bir karar alınmadan doğrudan yapılan iflâs takibine itiraz üzerine açılan davada tahkim ilk itirazı ileri sürüldüğünde, hakem anlaşmasının geçerli olması halinde mahkemece davanın usulden reddine karar verilmelidir. Böyle bir olasılıkta, mahkemede açılan davada davacı tarafa kararlaştırılan tahkim yerinde dava açmak üzere süre verilerek itirazın kaldırılması incelemesinin hakeme havale edilmesi ve hakem yargılamasının iflâs davası bakımından bekletici sorun yapılması gerektiğine dair görüşe iştirak etmiyoruz.

KAYNAKÇA

- **Akil, Cenk/Gül, Mehmet Akif:** Yargıtay'ın Genel Haciz Yoluyla İlâmsız Takibe Başvuru Hakkına İlişkin Olarak Vermiş Olduğu Bazı Kararlar Üzerine Düşünceler, Yargıtay Dergisi, C. 43, S. 3, Temmuz 2017, s. 551-610.
- **Arslan Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema/Hanağası, Emel:** İcra ve İflâs Hukuku, 5. baskı, Ankara 2019.
- **Aşık, İbrahim:** Medenî Usul Hukukunda Bekletici Sorun, Ankara 2012.
- **Dayınlarlı, Kemal:** HUMK'ta Düzenlenen İç Tahkim, 2. Bası, Ankara 2004.
- **Ekşi, Nuray:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, 2. Bası, İstanbul 2019.
- **Erdem, Murat:** İcra ve İflas Hukukunda İtirazın İptali Davası (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2010.
- **Ergene, Deniz:** Tahkim Anlaşmasına Rağmen İflâs Takibi: Tahkim İradesine Yönelen Bir Tehdit mi?, Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı, Ed. Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, Zeynep Derya Tarman, İstanbul 2014, s. 3-62.
- **Ermenek, İbrahim:** İlâm ve İlâm Mahiyetini Haiz Belgelere İlişkin Düzenleme ve Uygulamalara Eleştirel Bir Bakış, Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı XIV (4-7 Ekim 2018)-İlâmlı İcra, Bolu 2018, s. 32 vd.
- **Esen, Emre:** Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 1, Prof. Dr. Atâ Sakmar'a Armağan, s. 355-380.
- **Huysal, Burak:** Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul 2010.
- **Kırtıloğlu, S. Serhat:** İflâs Davası, Ankara 2009.
- **Kuru, Baki:** İcra ve İflâs Hukuku Cilt III, 3. bası, Ankara 1993. (C. III)
- **Kuru, Baki:** İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 3. bası, Ankara 2019. (Ders Kitabı)
- **Kuru, Baki:** İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. bası, Ankara 2013. (El Kitabı)
- **Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder:** İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 27. bası, Ankara 2013.
- **Muşul, Timuçin:** İcra ve İflâs Hukuku Cilt II, 6. bası, İstanbul 2015.

- **Nomer, Ergin:** İflâs Davalarında Milletlerarası Yetki Anlaşmaları, İstanbul Barosu Dergisi, 2011, S. 6, C. 85, s. 3-11.
- **Özbay, İbrahim/Korucu, Yavuz:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim (HMK m. 407-444), Ankara 2016.
- **Özbek, Mustafa Serdar:** İflâs Davasının Hukukî Mahiyeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 61, S. 1, 2012, s. 256.
- **Özdemir Kocasakal, Hatice:** Milletlerarası Yetki Anlaşmalarının İflâs Davası Üzerindeki Etkilerine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi., C. 16, 2014, Özel Sayı, Hakan Pekcanitez'e Armağan C. III, s. 2295-2318.
- **Pakel, Nafi:** İflâs Davasında Hakem Şartı Geçerli Midir?, İstanbul Barosu Dergisi 2007, S. 81, s. 39-41.
- **Pekcanitez, Hakan:** Tahkimde Açılan İtirazın İptali Davasında Hakemler İcra ve İnkâr Tazminatına Karar Verilebilir mi?, Fasikül Hukuk Dergisi, C: 10, S: 100, Mart 2018, s. 57-65.
- **Pekcanitez Hakan/Atalay, Oğuz/Surgurtekin Özkan, Meral/Özekes Muhammet:** İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 5. Bası, İstanbul 2018.
- **Pekcanitez, Hakan/Yeşilirmak, Ali:** Pekcanitez Usûl - Medenî Usûl Hukuku, C. III, 15. bası, İstanbul 2017.
- **Şanlı, Cemal:** Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 2016.
- **Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman Fıganmeşe, İnci:** Milletlerarası Özel Hukuk, 7. bası, İstanbul 2019.
- **Şensöz Malkoç, Ebru:** Milletlerarası Yetki Anlaşması, Tahkim Anlaşması ve Hukuk Seçimi Anlaşmasının İflas Davaları Bakımından Etkileri, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 179, Temmuz 2019, s. 1383-1434.
- **Tanriver, Süha:** İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996.
- **Tüysüz, Cemre:** Milletlerarası Ticari Tahkim Açısından İcra ve İflâs Hukukundaki Davalar, İstanbul 2017.
- **Üstündağ, Saim:** İflâs Hukuku (İflâs, Konkordato, İptal Davaları), İstanbul 2009.
- **Yavuz, Nihat:** Uygulamada ve Öğretide İtirazın İptali ve Tahsil (Eda) Davası, Ankara 2007.
- **Yeşilirmak, Ali:** Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığına Rağmen Genel Haciz Yoluyla Takip Yapılabilir Mi?, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2011, S. 96, s. 205-228.

- **Yeşilova, Bilgehan:** Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, İzmir 2008.
- **Yeşilova, Bilgehan:** Tahkim (İlk) İtirazı Üzerine -Hakemlerin Yargı Yetkisiyle İlgili Olarak- Mahkemelerce Yapılacak Denetim ve Sonuçları (Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 5/1), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, Özel Sayı, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, 2009, C. 1; s. 739-818.
- **Yılmaz, Ejder:** Tahkimde İtirazın İptali Davası ve Tahkime Elverişlilik Kuralı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, s. 531-554.

TRAFİK SİGORTASI GENEL ŞARTLARININ HUKUKİ MAHİYETİ VE YARGITAY'IN KONUYA İLİŞKİN KARARININ ELEŞTİRİSİ

The Legal Nature of the General Conditions for the Compulsory Financial Liability Insurance of Motor Vehicles and Comment on the Decision of the Court of Cassation

Orhan GÜRGEN*

Geliş Tarihi: 21.10.2019 Kabul Tarihi: 28.01.2020

ÖZET

14.05.2015 tarih ve 29355 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak 01.06.2015 tarihinde yürürlüğe giren Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartı vasıtasıyla sigortacının zarar gören üçüncü kişilere karşı hukuki sorumluluğu tespit edilmeye çalışılmıştır. Konuya ilişkin yargı kararlarının genel şart ile elde edilmeye çalışılan sonuca uygun olmaması nedeniyle, 26.04.2016 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 6704 sayılı Kanun ile Karayolları Trafik Kanununda bir takım değişiklikler yapılmıştır. Söz konusu kanun değişikliğinden sonra, Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, inceleme konusu kararı ile genel şartın hukuki mahiyetini ve taraflar arasındaki hukuki ilişkiye etkisini ortaya koymaya çalışmıştır. Sigorta genel şartları mahiyeti itibarıyla akademi çevrelerinde ve yargı kararları kapsamında tartışmalara konu olmuştur. Genel şartın hukuki nitelendirmesi ve sözleşmelerin taraflarının hak ve borçlarına etkisi bahse konu tartışmaların özünü oluşturmaktadır. Bu makalede özetle, genel şartın hukuk düzenindeki yeri ve tarafların hak ve borçlarına etkisi, son kanun değişiklikleri de göz önüne alınmak suretiyle, tartışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Genel Şart, Trafik Sigortası, Karayolları Trafik Kanunu, Yargıtay, Sigortacının Sorumluluğu.

ABSTRACT

The General Conditions for the Compulsory Financial Liability Insurance of Motor Vehicles, published in the Official Gazette (date: 14/05/2015, issue no. 29355) and entered into force on 01/06/2015, endeavors to define the liability of the insurer towards third parties. As the judicial decisions were not in line with the purposes and expected results of the General Conditions, several amendments were introduced to the Highway Traffic Law, with the Law No. 6704, published in the Official Gazette on 26/04/2016. Following these amendments, the Court of Cassation’s 17th Civil Chamber endeavored to demonstrate the nature and effects of the aforementioned General Conditions and its implications to the legal relationship between parties. The general terms of insurance have been subject to controversy as part of the academic discussions and judicial decisions. The legal qualification of the general condition and the effect of the agreements on the rights and debts of the parties constitute the essence of the debate. To summarize, the situation of the general conditions in the legal order and its effect on the rights and debts of the parties are briefly discussed by considering the recent changes in the law, in this article.

Keywords: General Conditions, Traffic Insurance, Highway Traffic Law, Court of Cassation, Insurer’s Liability.

* Türk Alman Üniversitesi Doktora Öğrencisi, e-posta: e188150003@stud.tau.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-2337-4748,

GİRİŞ

14.05.2015 tarih ve 29355 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak 01.06.2015 Tarihinde yürürlüğe giren Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası¹ (Trafik Sigortası) Genel Şartları², yürürlüğe girmesinden itibaren gerek sigortacının söz konusu sigortadan kaynaklanan sorumluluklarını önemli bir şekilde sınırlaması, gerekse de genel şartın Karayolları Trafik Kanunu kapsamında taraflar arasındaki hukuki ilişkiye uygulanabilirliği bakımından tereddütlere neden olmaktaydı. 26.04.2016 Tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 6704 sayılı Kanun ile Karayolları Trafik Kanununda yapılan değişiklikler sonucunda, söz konusu genel şartın önemi açıkça artmıştır.

Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin konuya ilişkin kararında, trafik sigortası genel şartlarının hukuki mahiyeti ve taraflar arasındaki hukuki ilişkiye etkisi açıklanmaya çalışılmıştır. Çalışmamızda öncelikle sigorta genel şartlarının, daha sonra ise Karayolları Trafik Kanunu kapsamında trafik sigortası genel şartlarının hukuki mahiyeti açıklanmaya çalışılacaktır. Çalışmamızın bir sonraki aşamasında Yargıtay kararında yer alan tespitler eleştirilerek konuya ilişkin hukuki görüşümüze yer verilecektir.

1. Sigorta Genel Şartlarının Hukuki Mahiyeti

Sigorta genel şartları, uygulamada Hazine ve Maliye Bakanlığı³ tarafından sektör temsilcilerinin görüşü de alınmak suretiyle hazırlanmakta ve kural olarak⁴ Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmektedir. Sigorta genel şartları, sigorta sözleşmesinin gövdesini oluşturmaktadır. Tarafların hak ve yükümlülükleri, temerrüde ilişkin hususlar genel şartlar kapsamında ayrıntılı bir biçimde belirlenmektedir.

Sigorta genel şartlarının hukuki mahiyeti literatürde tartışmalıdır. Tartışmanın özünü oluşturan mesele, sigorta genel şartlarının, Türk Borçlar Kanununun (TBK) 20’nci maddesinde⁵ sayılan koşullara uyup uymadığı, dolayısıyla “Genel İşlem Şartı” olarak kabul edilip edilemeyeceği konusunda toplanmaktadır. Özellikle 20’nci maddenin birinci fıkrasında yer alan “hazırlayan” ifadesinin mahiyeti tartışmalıdır. Bir kısım yazar, Alman Medeni

¹ Çalışmamızda kısaca “Trafik Sigortası” olarak ifade edilecektir.

² 02.02.2016 Tarih ve 29612 sayılı Resmi Gazete’de söz konusu genel şarta ek hükümler eklenmiştir.

³ Mülga T.C. Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı.

⁴ Resmi Gazete’de yayımlanmamış sigorta genel şartları da bulunmaktadır. <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/arama> adresinden “Genel Şartlar” ifadesi arandığında Resmi Gazete’de yayımlanmamış genel şartların listesine ulaşmak mümkün olacaktır.

⁵ Türk Borçlar Kanunu 20’nci maddesinde, sözleşmede yer alan bir hükmün Genel İşlem Şartı olarak kabul edilebilmesi için, söz konusu maddenin ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanılmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlanarak karşı tarafa sunulmasının gerektiği ifade edilmektedir.

Kanunu (BGB) §305⁶ hükmüne paralel bir şekilde metnin “kullanan” şeklinde anlaşılması gerektiğini, bu yaklaşımın hükmün amacıyla uyumlu olacağını ifade etmektedir. Söz konusu görüşü savunan yazarlar sigorta genel şartlarının genel işlem şartı olduğunu savunmaktadır⁷.

Sigorta genel şartlarının, genel işlem koşulu olarak kabul edilmesinin altında yatan temel neden, sigorta ettirenin söz konusu genel şartları sigortacı ile müzakere edememesidir⁸. Diğer bir neden ise Alman ve İsviçre hukuk sistemleri çerçevesinde sigorta genel şartlarının genel işlem şartı sayılmasıdır⁹. Almanya’da Sigorta Gözetim Kanunu (Versicherungsaufsichtsgesetz-VAG) reform çalışmalarında¹⁰ sigorta genel şartlarının idare tarafından onaylanması

⁶ “Für die Anwendung der §§ 305 ff. sind nach § 305 Abs. 1 fünf Voraussetzungen erforderlich: (1) Es muss sich um Vertragsbedingungen handeln, die (2) für eine Vielzahl von Fällen (3) im Voraus formuliert und (4) einer Vertragspartei „gestellt“ wurden. Negativ wird zusätzlich verlangt, (5) dass die Bedingungen nicht „im Einzelnen ausgehandelt“ wurden.” §§ 305 BGB hükümlerinin kullanılması için beş koşulun bir arada bulunması gerekir: Sözleşme koşullarına ilişkin olmalı, birden fazla sayıda vaka için, önceden hazırlanmış olmalı, sözleşme taraflarından birisine sunulması (şart koşulması) gerekir. Negatif koşul ise, sözleşme koşullarının bireysel olarak müzakere edilmemiş olmasıdır. **Jürgen Basedow**, Münchener Kommentar zum BGB, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil I (§§ 241-310), BGB § 305 Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag, Rn.1, 8. Auflage 2019. Beck Online (Erişim Tarihi 22.03.2019).

⁷ **Samim Ünan**, Sigorta Tüketici Hukuku, İstanbul Eylül 2016, s. 30,31; **Rayegân Kender**, Türkiye’de Hüsusi Sigorta Hukuku, İstanbul Ekim 2017, s.73vd.; **Murat Aydoğdu**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı, DEÜHFD, Cilt13, Sayı 2, 2011(Basım Yılı 2013), s.10; **Yeşim Atamer**, Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK md. 6 ve TTK md. 55, F. 1 ile Karşılaştırmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara Nisan 2011, s.15; **Lale Sirmen**, Genel İşlem Şartları Kavramı, Genel İşlem Şartları Sempozyumu, İzmir Barosu Dergisi, Yıl 80, Sayı 3, Eylül 2015, s.214; **Rıza Ayhan/ Hayrettin Çağlar/ Mehmet Özdamar**, Sigorta Hukuku Ders Kitabı, İkinci Baskı, Ankara 2019, s.50-53; TBK’nın 20nci maddesinin gerekçesinde de sigorta şirketlerinin genel işlem şartı kullandığından bahsedilmektedir. Kanun hükümlerinin doğru anlaşılması ve yorumlanmasında kaynak kanun hükümlerinin etkisi için bkz. YİBGK, 20.09.1950, 4/10, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸ Öte yandan sigortacılar TSB vasıtasıyla genel şartların hazırlanmasında aktif rol almaktadırlar.

⁹ **Tekin Memiş**, Sigorta Sözleşmesi Şartlarının Yargısal Denetimi, İstanbul, Haziran 2016, s.24-28; “*Sigorta genel şartları önceden hazırlanmış sözleşme hükümleridir, bunlar sigorta sözleşmesinin temelini oluşturmaktadırlar. Sigorta genel şartları, sigorta hukukunun genel işlem şartlarıdır ve genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemelerin yer aldığı §§ 305-310 BGB hükümlerine tabiidirler*”. **Roland Michael Beckmann/ Anemarie Matusche-Beckmann**, Versicherungsrecht-Handbuch, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck München 2015, s.555

¹⁰ 1994 yılında gerçekleşen Avrupa Sigorta Piyasası Düzenlemelerinden önce, Mülga Alman Sigorta Otoritesi (Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen-BAV), 5 Abs. 3 Nr. 2 VAG aF. kapsamında sigorta genel şartlarını, mevzuata uyum bakımından kontrol etmekteydi. Söz konusu durum 22 Temmuz 1994 tarihinde VAG mevzuatında gerçekleşen değişiklikler sonucunda ortadan kalkmıştır. Böylece sigortacılar kendi genel şartlarını oluşturmak imkânı sağlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Beckmann/ Matusche-Beckmann**, s.561; **Martin Stadler**, Verständliche Gestaltung Allgemeiner Versicherungsbedingungen am

sisteminden vazgeçilmiş ve sigorta şirketlerince kullanılan genel şartların BGB §305vd. kapsamında genel işlem şartı olduğu kabul edilmiştir.

Buna karşın sigorta genel şartlarının, idare tarafından hazırlanması ve Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmesi nedeniyle, idarenin düzenleyici işlemi olduğunu savunan görüşler de mevcuttur¹¹. Ancak söz konusu görüş, literatürde karşıt görüş belirten yazarların savlarının yanı sıra, Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 1425'inci maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında da tartışılmalıdır¹². Sigorta genel şartlarının, idarenin düzenleyici işlemi olarak kabulü halinde, söz konusu maddede ifade edilen "İstenilen prim farkının sekiz gün içerisinde kabul edilmemesi halinde sözleşme eski genel şartlarla devam eder" şeklindeki hükmün nasıl açıklanabileceği sorunu ortaya çıkmaktadır.

Bilindiği üzere, idarenin düzenleyici işlemleri yürürlükten kaldırıldığı anda hukuk hayatından silinir ve ancak açık bir kanuni düzenleme veya kazanılmış hak doğurmaları halinde geçmişe etki doğurmaya devam ederler¹³. Söz konusu madde kapsamında yeni yürürlüğe giren sigorta genel şartları, sigorta ettiren, sigortalı veya lehtar bakımından lehe düzenleme getirse dahi, sigortacının ek prim istemesi ve bu talebin kabul edilmemesi durumunda, taraflar arasındaki sözleşme bakımından yürürlüğe girememektedir. Bu durumda, sigorta genel şartı vasıtasıyla menfaati korunması gereken zayıf tarafın menfaatleri aleyhine olan (mülga) sigorta genel şartları, idarece yürürlükten kaldırılmasına rağmen, sigortacının ek prim talebinin kabul edilmemesi nedeniyle, hukuk hayatından silinmemekte, taraflar arasında hak ve borçlar doğurmaya devam etmektedir.

İdarenin düzenleyici işlemleri, nasıl ki taraf iradeleri önem arz etmeksizin yayımlanmaları ile yürürlüğe giriyor ise, yine taraf iradelerinden bağımsız olarak, yürürlükten kaldırılmaları neticesinde, hukuk hayatından silineceklerdir. Sigorta genel şartlarının idarenin düzenleyici işlemi olarak kabul edilmesi durumunda, söz konusu madde, idarenin düzenleyici işleminin yürürlüğe girmesini, sigortacının ek prim talebinin karşı tarafça kabulüne bağlar hale getirmektedir ki, bu durum idarenin düzenleyici işlemlerinin yürürlüğe girmesi ve kaldırılmasına ilişkin kurallarla bağdaşmaz¹⁴. Öte yandan, söz

Beispiel der AKB, VVW Karlsruhe, 2009, s.5-6. (Erişim Tarihi 07.03.2019/Google Books).

¹¹ **Ecehan Yeşilova Aras**, Sigorta Sözleşmelerinde Genel İşlem Şartlarının Kullanılması, İzmir Barosu Dergisi, Yıl 80, Sayı 3, Eylül 2015, s.447-470; **Memiş**, s.23 vd.; Ecehan Yeşilova Aras tebliğine karşı Prof. Dr. Lale Sirmen'in itirazı esas olarak sigorta ettirenin genel şartlara müdahale imkânının olmaması nedeniyle sigorta genel şartlarının, genel işlem şartı sayılması yönündedir, ayrıntılı bilgi için bkz. İzmir Barosu Dergisi, Yıl 80, Sayı 3, Eylül 2015, s.483.

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. **Samim Ünan**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap Sigorta Hukuku, Cilt I, Genel Hükümler (Madde 1401-1452), İstanbul Ekim 2016, s.255 vd.

¹³ İdarenin düzenleyici işlemlerinin geriye yürümezlik ilkesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Kemal Gözler**, İdare Hukuku, Cilt 1, 2. Baskı, Bursa 2009, s.1056vd.; **A. Şeref Gözübüyük/Turgut Tan**, İdare Hukuku, Cilt 1, Genel Esaslar, 11. Baskı, Ankara 2016, s.419vd.

¹⁴ İdarenin düzenleyici işlemlerinin yürürlüğe girişi ve kaldırılması hakkında ayrıntılı bilgi için

konusu kanun maddesi yürürlükten kaldırılan bir idari işlemin, etki doğurmaya devam edeceğine ilişkin açık bir kanuni düzenleme mahiyetinde değildir. Bu nedenle, sigorta genel şartlarının idarenin düzenleyici işlemi olarak kabul edilemeyeceğini düşünüyoruz.

5684 sayılı Sigortacılık Kanununun 11'inci maddesi¹⁵ incelendiğinde, hükmün amacının¹⁶, sigorta genel şartlarının bizzat şirketler tarafından hazırlanması ve Hazine ve Maliye Bakanlığının onayını müteakip yürürlüğe girmesi olduğu görülecektir. Bu bakımdan sigorta genel şartlarının idare tarafından hazırlanarak Resmi Gazete'de yayımlanması usulünün kanuna uygun olmadığı açıktır¹⁷. İdare, ancak kendisine belli bir sigorta sözleşmesi için ve kanunda açık yetki verildiği durumda genel şart ihdas edebilir¹⁸. Sigortacılık Kanunu hükümlerine uygun olarak sigorta şirketleri tarafından hazırlanacak genel şart hükümlerinin, idare tarafından onaylanması suretiyle yürürlüğe girmesi durumunda ise, TBK'nın 20'nci maddesi kapsamında herhangi bir tartışmaya yer kalmayacağı ortadadır.

2. Trafik Sigortası Genel Şartlarının Hukuki Mahiyeti

2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununun (KTK) 93'üncü maddesi¹⁹ kapsamında trafik sigortası genel şartlarının düzenlenmesi görev ve yetkisi Hazine ve Maliye Bakanlığına verilmiştir. Söz konusu düzenleme, Sigortacılık Kanunu hükmü ile uyumsuzdur, ancak özel kanuni düzenleme olması nedeniyle, idarenin genel şart düzenleme konusunda açık yetkisi bulunduğu kabulü gerekmektedir.

Karayolları Trafik Kanunun 90'ıncı maddesinde²⁰ 6704 sayılı Kanun ile değişiklik yapılarak, trafik sigortası kapsamında, sigortacının sorumluluğunu düzenleyen hukuk normlarının arasındaki öncelik sonralık ilişkisine vurgu

bknz. **Gözler**, İdare Hukuku, s.1045-1051, 1090 vd.; **Gözübüyük/ Tan** s.415, 446 vd.

¹⁵ Sigortacılık Kanunu 11/1: Sigorta sözleşmelerinin ana muhtevası, Müsteşarlıkça onaylanan ve sigorta şirketlerince aynı şekilde uygulanacak olan genel şartlara uygun olarak düzenlenir. Ancak, sigorta sözleşmelerinde işin özelliğine uygun olarak özel şartlar tesis edilebilir.

¹⁶ Madde gerekçesinden: sigorta sözleşmelerinde ana muhtevanın belirlenmesi ile ilgili olarak Müsteşarlığın genel şartların sigorta şirketlerince düzenlenmesine izin verme yetkisi ile.

¹⁷ Aynı yönde eleştiri için bknz. Ünan, Şerh, s.256.

¹⁸ İdare tarafından Resmi Gazete'de yayımlanan genel şartın hukuki mahiyeti, "Trafik Sigortası Genel Şartlarının Hukuki Mahiyeti" başlığı altında ayrıca tartışılacaktır.

¹⁹ Zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartları, teminat tutarları ile tarife ve talimatları Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanlıkça tespit edilir ve Resmi Gazete'de yayımlanır.

²⁰ "Zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamındaki tazminatlar bu Kanun ve bu Kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlarda öngörülen usul ve esaslara tabidir. Söz konusu tazminatlar ve manevi tazminata ilişkin olarak bu Kanun ve genel şartlarda düzenlenmeyen hususlar hakkında 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiillerle ilişkin hükümleri uygulanır."

26.04.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 6704 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik hükmü.

yapılmış ve öncelikle KTK ve sigorta genel şartları hükümlerinin uygulanacağı, TBK hükümlerinin ise ancak söz konusu hükümlerde boşluk olması durumunda uygulama alanı bulabileceği ifade edilmiştir²¹.

Çalışmamızın ilk kısımlarında sigorta genel şartlarının hukuki mahiyeti konusunda literatürde yer alan görüşlere yer verilmişti. Bu bölümde ele alınan sigorta genel şartları bakımından, Sigortacılık Kanunu kapsamında değerlendirme yapılmış ve idarenin genel şart düzenleme yetki ve görevinin bulunmadığı vurgulanmıştır. Ancak KTK kapsamında idareye açık yetki verilmesi nedeniyle, söz konusu yetki kapsamında hazırlanan trafik sigortası genel şartlarının hukuki mahiyetinin tekrar vurgulanması önem arz etmektedir.

Literatürde sigorta genel şartlarının, idare tarafından hazırlanması ve yayımlanması nedeniyle, idari işlem olduğu ve bu nedenle genel işlem şartı sayılamayacağını savunan görüşler bakımından, trafik sigortası genel şartlarının hukuki mahiyeti konusunda tereddüt bulunmamaktadır, söz konusu görüşü savunan yazarlar, trafik sigortası genel şartlarının idarenin düzenleyici işlemi olduğunu kabul etmektedirler²².

Diğer taraftan, *Kender ve Ünan*, sigorta genel şartlarının, idare tarafından hazırlanmış olsa dahi, her durumda sözleşme şartı olduğunu vurgulamaktadır²³. Bu konuda Atamer ve Sirmen ise TBK hükümleri kapsamında değerlendirme yapmakta ve sigorta genel şartlarının müzakere edilmemesi nedeniyle genel işlem şartı olduğunu savunmaktadır²⁴.

Trafik sigortası genel şartları kapsamında tartışılması gereken önemli bir husus ise, söz konusu genel şartların, özellikle tüketici mevzuatı kapsamında haksız şart sayılabilecek düzenlemeler içermesi²⁵, kanunun emredici hükümlerine aykırı olması veya tarafların hak ve yükümlülüklerini tespit edecek şekilde hükümler içermesi durumunda nasıl bir değerlendirmeye tabii tutulacağıdır. Söz konusu hususta ikili bir değerlendirme yapmanın faydalı olacağı kanısındayız. Çalışmamızın bir sonraki kısmında, öncelikle trafik sigortası genel şartlarının idarenin düzenleyici işlemi olarak kabulü durumundaki değerlendirmemiz, daha sonra ise söz konusu genel şartın sözleşmenin parçası olarak kabul edilmesi halindeki değerlendirmelerimiz yer alacaktır.

²¹ Esasen söz konusu düzenlemenin amacı TBK'nın tazminatın içeriğine ve hesaplanmasına ilişkin hâkime takdir yetkisi veren hükümlerini bertaraf etmek ve hâkimi idarenin düzenleyici işlemlerine kayıtsız şartsız tabii kılmaktır.

²² **Aras**, s.447-470; **Memiş**, s.23 vd.

²³ **Ünan**, *Sigorta Tüketici Hukuku*, s.30,31; **Kender**, s.73vd.

²⁴ **Atamer**, *Sempozyum 2011*, s.15.; **Sirmen**, *Sempozyum 2015*, s.214.

²⁵ Tüketici mevzuatı bakımından GİŞ denetimi konusunda ayrıntılı bilgi için bkzn. **Yeşim Atamer**, *Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar*, Prof. Dr. Necip Kocayusufoğlu için Armağan, Haziran 2004, s.291-331.

2.1. Trafik Sigortası Genel Şartlarının İdarenin Düzenleyici İşlemi Sayılması

Karayolları Trafik Kanunu kapsamında idare tarafından yayımlanarak yürürlüğe giren genel şartın, idari işlem olarak kabulü halinde, taraflar arasındaki hukuki ilişkiye etkisinin incelenmesi gerekmektedir. Trafik sigortası genel şartları, içerdiği hükümlerin mahiyeti nedeniyle taraflar arasındaki menfaat dengesini etkileyecek hükümler içermekte, tarafların hak ve yükümlülüklerini tespit etmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, KTK'nın 90'ıncı maddesi²⁶ hükmü, tazminatın hesaplanmasına ilişkin usul ve esasların, idarenin düzenleyici işlemi ile belirleneceğini ifade etmektedir. Ancak, söz konusu hüküm, idareye emredici hükümlere veya kanunla belirlenmiş ilkelere aykırı düzenleme yapma yetkisi sağlamaz. Literatürde emredici hükümlere aykırı genel şart hükümlerinin yargılama aşamasında tespit edilebileceği ifade edilmektedir²⁷.

Kanuna aykırı idari işlemlerin akıbeti ile ilgili olarak, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararı²⁸ çalışmamız açısından son derece önemlidir. Genel kurul kararında özetle, idarenin düzenleyici işlemleri ile kanun arasında organik bir bağın mevcut olduğu, üstün norm olan yasa hükmü ile düzenleyici işlemin çatışması halinde kanuna uygun olarak uyuşmazlığın çözülmesi gerektiği ifade edilmiştir. Söz konusu kararda ayrıca, bazı yazarların idari düzenlemelerin kanuna aykırı olması durumunun, adli yargıda incelenemeyeceği savını ileri sürdükleri ifade edilmekte ancak, hukuki ilişkinin çözüme kavuşturulması amacıyla yorum yapılması gereken hallerde, yargı yolunun bir bütün olarak kabulünün zorunlu olduğu, bu nedenle de, Yargıtay'ın süregelen uygulamalarında da olduğu gibi, idari işlemin kanuna aykırı olduğu hallerde, kanuna değer verilerek uyuşmazlığın çözüme bağlanması gerektiği ifade edilmektedir.

Bu kapsamda, söz konusu genel şartın ekinde yer alan ve tazminatın hesaplanmasına ilişkin usul ve esasları tespit ederek, tazminat tutarlarının belirlenmesine imkân veren hükümlerin, hâkimin TBK²⁹ kapsamında tazminatın kapsamını belirleme yetkisi, tüketici mevzuatı ve TTK³⁰ ve müteselsil sorumluluk

²⁶ Zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamındaki tazminatlar bu Kanun ve bu Kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlarda öngörülen usul ve esaslara tabidir.

²⁷ Kender, s.194.

²⁸ YİBGK, 22.03.1996, 5/1 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁹ TBK md 51: Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.

TBK md 55: Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır.

Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlarla ilişkin istem ve davalarda da uygulanır.

³⁰ TTK md 55/1 (f): Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak. Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine;

1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya
2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur.

ilkeleri ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Söz konusu hesaplama ile ilişkin hükümlerin, mahiyeti itibari ile hâkimin tazminatın kapsamını belirleme yetkisine müdahale amacı taşıdığı açıktır. Bu nedenle genel şart ekinde yer alan formüller yerine TBK'nın 51 ve 55'nci maddeleri kapsamında tazminatın belirlenmesi yoluna gidilmelidir. Ayrıca gerek TBK³¹ gerekse TTK³² kapsamında zarardan sorumlu olan sigortacı ve araç işleten müteselsil sorumluluk hükümlerine tabiidirler. Genel şart ekinde yer alan hesaplama usulleri, sadece sigortacının sorumlu olduğu miktarı tespit etmeye yöneliktir. Araç işletenin sorumluluğu farklı usullerle tespit edilmektedir. Bu nedenle, araç işleten ile sigortacı arasında sorumlu olunan tutar bakımından farklılık oluşmaktadır. Hâkim TBK'nın 51 ve 55'nci maddeleri kapsamında tazminatı belirlerken müteselsil sorumluluk hükümlerine uygun olarak bütün sorumlular açısından uygulanabilecek bilimsel bir hesap yöntemi tespit etmelidir.

İdarenin düzenleyici işlem ile bir hesaplama usulü getirmesi, ancak düzenleyici işlem ile getirilen hesaplama usulünün, hâkimi belli bir hesap yöntemine mecbur bırakmak amacıyla değil, hâkime bilimsel bir yöntem önerisi getirmek suretiyle, gerçek zararın tespitinin sağlanmasını ve zarardan sorumlu olan tüm kişiler bakımından uygulanabilecek ortak bir hesaplamanın söz konusu olması durumunda mümkündür³³.

Trafik sigortası genel şartları kapsamında incelenmesi gereken bir diğer husus ise, genel şartların, teminat içeriğini kısıtlayacak hükümler içermesi meselesidir. 6704 Sayılı Kanun ile KTK'nın 92'nci maddesine eklenen (i) bendi ile genel şartlar vasıtasıyla teminat içeriğinin kanunda sayılmayan haller bakımından da kısıtlanmasına imkân verilmektedir. Söz konusu madde dayanak alınarak trafik sigortası genel şartlarında ilave düzenlemeler yapılmış ve teminat içeriği daraltılmıştır³⁴. Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak dahi

³¹ TBK md. 61, Müteselsil sorumluluk.

³² TTK md. 7, Teselsül Karinesi.

³³ TRH 2010 ölüm yaşam tablosunun PMF 1931 ölüm yaşam tablosuna göre bilimsel açıdan uygulanır tablo olduğuna şüphe yoktur. Ancak uygulamada hesaplama usulü bakımından, uygulanacak tablo ile hesap yöntemi arasında bir bağ kurulduğu, daha açık bir ifade ile Progresif Rant sisteminin sadece PMF 1931 tablosu ile birlikte uygulanabileceği, TRH 2010 tablosu ile de sadece peşin değer ve iskonto sistemine göre hesap yapılabileceği düşüncesi hâkimdir. Söz konusu düşünce doğru değildir. Bilimsel açıdan doğru olan hesaplama yöntemi tespit edildiğinde, tespit edilen hesap yönteminin TRH 2010 tablosu ile birlikte uygulanmasının uygun olacağını değerlendirmekteyiz. Tazminat hesaplamalarında Yargıtay tarafından halen kullanılmakta olan, müterakki (progressif) iratların peşin değerinin hesaplanması sistemi ve bu hesap sisteminin bilimsel temelleri için bkznz. **Tahir Çağa/ Ahmet Gökçen/ Tefik Güran**, Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Ödenecek Tazminatın Hesabına Dair Tartışmalar, Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu, Bildiriler ve Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1993, s.19-40.

³⁴ Genel şartın A.6 (d) maddesi: *Destekten yoksun kalan hak sahibinin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmayan destek tazminatı talepleri ile destekten yoksun kalan hak*

olsa, idarenin düzenleyici işlemi vasıtasıyla, tarafların arasındaki hukuki ilişkiye müdahale edilmesi, tarafların hak ve yükümlülüklerinin tespit edilmesi veya kısıtlanması, kural olarak borç ilişkilerinin taraf iradelerinden veya kanundan doğması gerekliliğine aykırıdır³⁵.

Bu bağlamda, KTK'nın 92'nci maddesine eklenen (i) bendinin, Anayasanın 13'üncü maddesi kapsamında da değerlendirilmesi gerekmektedir. Anayasanın 48'inci maddesinde yer alan "Sözleşme Hürriyeti" ancak Anayasanın 13'üncü maddesinde belirtilen şartlar altında ve ancak kanuni düzenleme ile sınırlandırılabilir³⁶. Ancak KTK'nın 92'nci maddesine eklenen (i) bendi, idareye taraflar arasındaki sözleşmeye, içeriği idarece belirlenecek şekilde, düzenleyici işlem vasıtası ile müdahale imkânı tanımaktadır.

Öte yandan hukuk sistemimiz, özel hukuk kurallarının Anayasa kurallarına uygun yorumlanması müessesesini kabul etmektedir³⁷. Bir hukuk kuralının Anayasaya uygun şekilde yorumlanması durumunda yasanın iptalinin gerekmeyeceği Anayasa Mahkemesi Kararında³⁸ da kabul edilmiştir. Trafik sigortası genel şartlarının taraflar arasındaki ilişkiye etkisi bakımından sözleşme hükmü niteliğinde olduğu kabul edilirse, idarenin düzenleyici

sahibinin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmakla beraber destek şahsının kusuruna denk gelen destek tazminatı talepleri.

Söz konusu genel şart hükmü, TBK md. 25 kapsamında içerik denetimi ve saydamlık kuralı açısından fevkalade güzel bir örnek olup, konunun uzmanı olmayan bir kişi tarafından metnin içeriğinin anlaşılması mümkün değildir, dolayısıyla metnin saydamlığından bahsedilemez. Öte yandan, söz konusu madde taraflar arasındaki hak ve yükümlülükler bakımından da dürüstlük kuralına aykırı bir dengesizliğe neden olmaktadır, şöyle ki; söz konusu madde, sigorta ettirenin, zarar gören üçüncü kişiye karşı sigorta korumasından faydalanmasına engel olmak suretiyle, sigortacı ile zarardan sorumlu diğer kişiler arasında hak ve yükümlülükler bakımından dengesizliğe neden olmaktadır. TBK md. 25 kapsamında içerik denetimi ve saydamlık kuralına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Fikret EREN**, Genel İşlem Şartlarında İçerik Denetimi, İzmir Barosu Dergisi, Yıl 80, Sayı 3, Eylül 2015, s.296 vd.; **Doğa Ekrem Doğancı**, Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Denetimi, İstanbul Aralık 2018, s.298 vd.

³⁵ **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara 2017, s.116/117.

³⁶ Temel hak ve hürriyetlerin kanun ile sınırlanması hususunda bkz. Şeref Ünal, Anayasa Hukuku ve Milletlerarası Sözleşmeler Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanması, 33. Makale-1994, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına 55 Yıl 55 Makale, Ankara Nisan 2017, (Anayasa Hukuku ve Milletlerarası sözleşmeler açısından temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması, Cilt 11, Anayasa Yargısı 1994) s.715-717; **Kemal Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt 2, Bursa Haziran 2011, s.548 vd.

³⁷ "Özel hukuk kurallarının, Anayasanın üstünlüğü kuralının bir sonucu olarak öncelikle Anayasa kurallarına uygun şekilde yorumlanması gerekmektedir" **Selim Kaneti**, Anayasa Mahkemesi Kararlarına Özel Anayasanın Özel Hukuk Alanına Etkileri, 28. Makale-1989, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına 55 Yıl 55 Makale, Ankara Nisan 2017 (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.53 S1-4 1988-1990) s.584-585; Anayasa Mahkemesi'nin 12.06.1969 tarihli ve 38/34 sayılı kararında "İtiraz konusu yasa kuralının yorumunda, bütün yasa kurallarının yorumunda olduğu gibi, Anayasa'nın 8. maddesinde belirtilen Anayasa'nın üstünlüğü ilkesinin uygulanması.... gerekir."

³⁸ Anayasa Mahkemesi, 20.5.1963, 174/115.

işlemleri ile taraflar arasındaki sözleşme ilişkisine müdahale etmesinden bahsedilemeyecektir. Aksi düşüncenin kabulü halinde ise sözleşme özgürlüğünün ancak kanun ile sınırlanabileceği³⁹, idareye böylesi bir yetkinin verilemeyeceği gerekçesiyle, söz konusu maddenin Anayasaya aykırı hale geleceği kanaatindeyiz.

2.2. Trafik Sigortası Genel Şartlarının Sözleşmenin Parçası Sayılması

Trafik Sigortası genel şartlarının, idarece yayımlanarak yürürlüğe girmesine rağmen, taraflar arasındaki ilişkiye etkisi bakımından, sözleşmenin parçası olduğunu savunan görüşlerden çalışmamızın önceki aşamalarında bahsedilmişti⁴⁰. Söz konusu görüşe göre sigorta genel şartları, aynı zamanda genel işlem şartıdır ve kanunlarda genel işlem şartlarına ilişkin denetime tabiidir⁴¹.

Burada dikkat edilmesi gereken önemli bir husus ise, akdedilmesi zorunlu sözleşmeler bakımından TBK'nın 21'inci maddesinin⁴² nasıl değerlendirilmesi gerektiğidir⁴³. Maddenin amacı, genel işlem şartı kullanan tarafın, diğer tarafı genel işlem şartı bakımından bilgilendirmesi ve içeriğini öğrenme imkânı sağlaması ve sonucunda karşı tarafın genel işlem şartını kabul etmesidir. Genel işlem şartlarının her bir sayfasının imzalanması veya paraflanması ile son sayfanın imzalanması veyahut genel işlem şartının bir örneğinin karşı tarafa verilmesi ile kanunun aradığı şartların gerçekleştiği kabul edilmektedir⁴⁴. Bu durumda, karşı tarafın, genel şart içeriğinde yer alan ve menfaatine aykırı hususları bilerek sözleşmeyi akdettiği kabul edilmektedir.

Ancak akdedilmesi zorunlu sözleşmeler bakımından, genel işlem şartının imzalanması veya bir örneğinin karşı tarafa verilmesi ve karşı tarafın sözleşmeyi akdetmesiyle, karşı tarafın menfaatlerine aykırı hükümler sözleşmenin parçası haline gelmemektedir. Akdedilmesi zorunlu sözleşmeler bakımından taraf iradesi kanunla kısıtlanmaktadır. Karşı tarafın, genel işlem şartlarını öğrenmesinin ve hatta içeriğini anlamasının bir önemi kalmamaktadır.

³⁹ Anayasa Mahkemesi sözleşme özgürlüğünün kanun ile kısıtlandığı durumlarda dahi sınırlamada kamu yararı bulunmadığı gerekçesiyle kanun hükmünü iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 7.3.1983, 286/53 sayılı kararı.

⁴⁰ Bknz. 8 numaralı dipnot.

⁴¹ Genel işlem şartlarının denetim aşamaları için bknz. **Atamer**, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, s.292.

⁴² Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.

⁴³ TBK md.21'in ayrıntılı incelemesi için bknz. **Murat Aydoğdu**, Genel İşlem Koşulları Şerhi, Ankara 2018, s.162 vd.; **Muzaffer Şeker**, Yazılmamış Sayılma, İstanbul Temmuz 2015, s.177 vd.; **Atamer**, Sempozyum 2011, s.48.

⁴⁴ **Aydoğdu**, Şerh, s.175.

Sözleşme içeriğine etki edemediği gibi sözleşmeyi akdetmekten kaçınmak imkânı olmayan karşı tarafın, genel işlem şartlarının içerisinde bulunan menfaatine aykırı hükümleri kabulünden bahsetmek mümkün değildir.

Trafik sigortası genel şartlarının tüm hükümlerini, çalışmamızın kapsamını aşması nedeniyle, madde madde incelememiz mümkün değildir. Ancak genel şart içeriğinde yer alan tazminatın hesaplanmasına ilişkin formüller ve KTK çerçevesinde teminat kapsamından çıkarılmamakla birlikte, genel şart ile teminat kapsamından çıkarılan hususlar çalışmamız içerisinde incelenecektir.

Trafik sigortası genel şartlarının ekinde yer alan “Değer Kaybı Hesaplaması”, “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı Hesaplaması” ve “Sürekli Sakatlık Tazminatı Hesaplaması” formülleri, öncelikle içerik denetimi çerçevesinde, bunu müteakip TBK’nın müteselsil sorumluluk hükümleri ve KTK’nın 95 ile 111’inci maddeleri kapsamında değerlendirilmelidir.

İçerik denetimi kavramı, TBK’nın 25’inci maddesi⁴⁵ kapsamında ve oldukça soyut bir şekilde belirlenmiştir. Madde içeriğinde yer alan “dürüstlük kurallarına aykırı olarak” ve “karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı” ifadeleri yoruma muhtaçtır. Genel işlem şartlarına yazılan hükümlerin hangi durumda dürüstlük kuralına aykırı biçimde dengesizliğe neden olacağını tespit edebilmek için konuya ilişkin diğer kanun hükümlerinin de incelenmesi ve birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir⁴⁶. *Atamer* bu konuda TBK md. 25 hükmünün bir kural içi boşluk olduğunu ifade etmektedir⁴⁷. Söz konusu normun, tüketici mevzuatı ve AB Yönergesi⁴⁸ yanında, özellikle TTK’nın 55’inci maddesinin birinci fıkrasının (f/1-2) bendi⁴⁹ ile birlikte değerlendirilmesi, hüküm içi boşluğun bu maddede belirtilen kriterler çerçevesinde doldurulması gerektiğini ifade etmektedir⁵⁰. Biz de TBK’nın 25’inci maddesinin, kural içi boşluk hali olduğu düşüncesi ile söz konusu görüşe katılıyoruz.

Trafik Sigortası genel şartlarının ekinde yer alan formüller, araç işleten bakımından yapılan hesaplama ile sigortacının sorumlu olduğu tutarı belirleyen formül uygulamasının farklı olması nedeniyle, zarar gören üçüncü kişi karşısında, zararın tazmin edilmesinden sorumlu olan sigortacı ve araç

⁴⁵ “Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.”

⁴⁶ Özellikle diğer tarafın tüketici olduğu ve tüketici hukukunun uygulama bulduğu hallerde, tüketici mevzuatında yer alan kuralların öncelikle dikkate alınması gerekmektedir.

⁴⁷ Karşıt görüş için bkz. *Aydoğdu*, Şerh, s.266 vd.

⁴⁸ *Atamer*, Armağan, s.304 ve s.309 vd.

⁴⁹ f) Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak. Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine;

1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan, veya
2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğü aykırı davranmış olur.

⁵⁰ *Atamer*, Sempozyum 2011, s.42-44.

işleten kişilerin tazminat yükümlülüklerinde önemli bir farklılaşmaya neden olmaktadır. Üçüncü kişinin uğramış olduğu zararın tazminini amaçlayan bir sorumluluk sigortasında, sigortacının sorumluluğunun önemli ölçüde azaltılarak, sorumluluğunu sigorta ettirmek isteyen ve bu nedenle prim ödeyen araç işletenin sorumluluğunun artırılması, sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırılık oluşturmaktadır. Bu bakımdan gerçek zararın tespit edilmesine hizmet etmeyen, sadece sigortacının tazminat yükümlülüğünü azaltmaya yönelik formüllerin kullanılmasının dürüstlük kuralına aykırı olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Söz konusu formüller, zarardan sorumlu kişilerden birinin sorumluluğunu kısıtladığı ölçüde diğer sorumlunun tazminat yükümlülüğünü arttırmaktadır, bu nedenle araç işletenin aleyhine ve onun durumunu ağırlaştırıcı niteliktedir. Genel şart ekinde yer alan formüller bakımından TBK'nın 25'inci maddesinde belirtilen şartların oluştuğunu değerlendirmekteyiz.

Genel şart içeriğinde tazminatı belirlemekle görevi hâkime yol gösterici mahiyette bazı formüllere yer verilebileceği kabul edilebilir. Ancak bu formüllerin hâkimi tek bir hesap yöntemine mahkûm etmesi ve hatta karşı tarafın aksini iddia ve ispat etmesinin mümkün dahi olmaması kabul edilemez⁵¹. Nitekim tazminat miktarlarının götürü usulde belirlenmesi mümkün olmakla birlikte, belirlenen tazminat miktarının gerçek durumdan önemli ölçüde farklı olması veya karşı tarafa aksini ispat imkânı verilmemiş olması durumunda, BGB §309⁵² çerçevesinde tazminatın götürü usulde belirlenmesine ilişkin sözleşme koşullarının geçersiz olacağı ifade edilmiştir.

Trafik sigortası genel şartlarının ekinde yer alan formüller, araç işletenin sorumlu olduğu tazminatın hâkim tarafından tespit edilebilmesi, buna karşın sigortacının sorumlu olduğu tazminatın aksi ispat edilemez şekilde formüllerle tespit edilmesi nedeniyle, TBK'nın müteselsil sorumluluk hükümlerine aykırıdır. Müteselsil sorumluluk hükümlerine aykırılığın temel sebebi, genel şart ekinde yer alan formüller ile araç işletenin sorumluluğunu tespit eden hesaplama sistemlerinin birbiri ile uyumlu olmamasıdır. Böylelikle bir zararın sorumlusu olan birden fazla kişinin sorumluluk miktarları farklılaşmaktadır.

Buraya kadar yapılan açıklamalarda esas olarak araç işleten ile sigortacı arasında akdedilen sigorta sözleşmesine trafik sigortası genel şartlarının etkisi ve tarafların zarar gören üçüncü kişiye karşı mevcut sorumluluklarında oluşan farklılıklar vurgulanmıştı. Genel şart ekinde yer alan formül hesabı sonucu ortaya çıkan tutarın, araç işletenin sorumlu olduğu tutardan az olması durumunda ise, KTK'nın 95 ve 111'inci maddelerine aykırı şekilde, sigortacının

⁵¹ TBK md. 51 ve 55 kapsamında yargı zararı tespit etmelidir. Bunun için bilimsel görüş ve önerilerden yararlanmalıdır. Bknz. 34 numaralı dipnot.

⁵² BGB §309 çerçevesinde tazminatın götürü usulde tespitine ilişkin **Aydoğdu**, Şerh s.307 vd.; Kanun hükümlerinin doğru anlaşılması ve yorumlanmasında kaynak kanun hükümlerinin etkisi için bknz. YİBGK, 20.09.1950 4/10 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

tazminat yükümlülüğünün zarar gören üçüncü kişiye karşı azaltılması sonucu doğmaktadır. Söz konusu formüllerin, KTK'nın 95 ve 111'inci maddelerinin emredici hüküm olması nedeniyle, sigortacının zarar görene karşı tazminat yükümlülüğünün belirlenmesi amacıyla kullanılamayacağını düşünüyoruz.

6704 Sayılı Kanun ile KTK'nın 92'nci maddesine eklenen (i) bendi hükmüyle genel şartlar vasıtasıyla teminat içeriğinin, kanunda sayılmayan haller bakımından da kısıtlanmasına imkân verildiğinden yukarıda bahsedilmişti. Söz konusu hükümler⁵³, araç işletenin, KTK kapsamında zarar gören üçüncü kişiye karşı sorumlu olduğu tazminat sorumluluğunun, sigorta teminatı kapsamında çıkarılmasına neden olmaktadır. Kanun kapsamında, sigortacı ile araç işletenin müteselsil sorumlu olması gereken bir tazminat sorumluluğu, genel şartta yer alan hükümler nedeniyle, sadece araç işletenin sorumlu olduğu bir tazminat sorumluluğuna dönüşmektedir. Sonuç olarak hem araç işleten hem de zarar gören üçüncü kişinin durumu ağırlaşmaktadır. Söz konusu genel şart düzenlemesi, TBK'nın 25'inci maddesi TTK'nın 55'inci maddesinin birinci fıkrasının (f/1) bendi ile birlikte değerlendirildiğinde, kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan dürüstlük kuralına aykırı ve karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı niteliktedir.

3. Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin E.2016/14573 K.2017/6035 Sayılı Trafik Sigortası Genel Şartlarının Hukuki Mahiyetine İlişkin Kararının Eleştirilmesi

Karara konusu olay, E.K. isimli şahsın, trafik sigortası bulunmayan bir aracı kullanırken, tek taraflı kazada ölmesi neticesinde, E.K.'nin desteğinden yoksun kalanların, Sigortacılık Kanununun 14'üncü maddesi kapsamında, teminat limitleri dâhilinde Güvence hesabından destekten yoksun kalma tazminatı talep etmeleridir⁵⁴.

Karara konu olay, her ne kadar tek taraflı bir kaza ve trafik sigortası sözleşmesi akdedilmediğinden dolayı Güvence Hesabına karşı açılmış bir dava olsa da, 17'nci Hukuk Dairesi emsal karar niteliğinde olması nedeniyle, ayrıntılı ve açıklayıcı bir karar metni hazırlamıştır. Söz konusu kararda, sigorta genel şartlarının, TBK'nın 20 ila 25'inci maddelerinde düzenlenen, "Genel İşlem Şartı" olmadığı ifade edilmiştir⁵⁵. Buna gerekçe olarak da, trafik sigortası

⁵³ Genel şartın A.6 (d) maddesi: Destekten yoksun kalan hak sahibinin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmayan destek tazminatı talepleri ile destekten yoksun kalan hak sahibinin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmakla beraber destek şahsının kusuruna denk gelen destek tazminatı talepleri.

⁵⁴ Söz konusu talepler, YHGK, 16.01.2013, 17-1491/74, YHGK, 22.2.2012, 17-787/92, YHGK, 15.6.2011, 17-142/411 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) sayılı kararları ile kabul edilmeye başlanmıştır.

⁵⁵ "Karayolları Trafik Kanununun 93. maddesi gereği zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartları, teminat tutarları ile tarife ve talimatları Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanlıkça tespit edilir ve Resmî Gazetede yayımlanır. Böylece Hazine Müsteşarlığı kanundan aldığı yetki ile zorunlu sigorta genel şartlarını belirler. Bu nedenle zorunlu

genel şartlarının sigorta şirketi tarafından hazırlanmadığı, bilakis sözleşmeye taraf olmayan idare tarafından hazırlandığı, bu nedenle 20'nci maddenin son fıkrasında⁵⁶ belirtilen koşulların da gerçekleşmediği ifade edilmiştir.

Çalışmamızın önceki kısımlarında yaptığımız açıklamalar nedeniyle söz konusu gerekçeye katılmamız mümkün değildir. Tekraren ifade etmek gerekirse, 20'nci maddenin metninde ifade bulan "hazırlayan" kavramını, TTK'nın 55'inci maddesinin birinci fıkrasının (f/2) bendi ve BGB §305 hükmüne uygun olarak "kullanan" şeklinde anlamak gerekmektedir. Aksi halde, genel işlem şartı kullanmak isteyen ve sözleşmenin güçlü tarafını oluşturan tarafa, genel işlem şartını üçüncü bir kişiye veya meslek birliğine hazırlatmak suretiyle, kanunu dolanmak imkânı verilecektir. Yargıtay'ın genel işlem koşulu ile ilgili farklı dairelerinin kararlarında da aynı görüş kabul edilmektedir⁵⁷. Ayrıca Yargıtay önceki kararlarında, kaynak kanun hükümlerinin, mevcut kanun hükümlerinin yorumlanmasında dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir⁵⁸.

Söz konusu kararda trafik sigortası genel şartının KTK'nın 95'inci maddesi ile ilişkisi de ortaya konulmaya çalışılmıştır. Kararda, trafik sigortası genel şartının yürürlüğe girdiği tarihten sonraki tüm poliçeler bakımından geçerli olacağı, KTK'nın 95'inci maddesinin uygulanabilmesi için, tarafların özgür iradeleri ile poliçe düzenlendikten sonra, zarar görenin aleyhine tazminatın azaltılmasını veya kaldırılmasını sağlayacak değişiklikler yapmaları gerektiği ifade edilmektedir. Trafik sigortası, mahiyeti itibarıyla bir sorumluluk sigortasıdır ve üçüncü kişinin uğramış olduğu zararları teminat altına almaktadır. Haksız fiil sorumluluğu kanundan doğan bir borç ilişkisidir⁵⁹. Zarardan sorumlu olanların kendi aralarında yapmış oldukları sözleşmeler ile

sigorta genel şartlarını Türk Borçlar Kanunu'nun 20 maddesinde düzenlenen genel işlem koşulu kapsamında değerlendirmek mümkün değildir. Bir sözleşmenin genel işlem koşulu kapsamında olması için sözleşme yapılırken taraflardan birinin önceden tek taraflı olarak sözleşme şartlarını hazırlayarak diğer tarafa sunması gerekir. Oysa Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigorta Genel Şartları, sözleşmede taraf olmayan Hazine Müsteşarlığı tarafından kanundan aldığı yetkiye dayalı olarak belirlenir. Ayrıca Genel şartları, Türk Borçlar Kanunu 20. maddesinin son fıkrasında "Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır." düzenlemesi kapsamında düşünmekte mümkün değildir. Çünkü kanunda açıkça belirtildiği üzere kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmeler yürütmekte oldukları bir hizmet ile ilgili olmalıdır. Oysa Hazine Müsteşarlığı, zorunlu mali sorumluluk sigortası hizmeti veren bir kuruluş olmadığı gibi hizmeti alan taraf ile bir sözleşme ilişkisi içinde bulunmamaktadır."

⁵⁶ Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır.

⁵⁷ Yarg. 3. HD., 18.12.2014, 13539/16751 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁸ YİBGK, 20.09.1950, 4/10 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁹ Eren, Genel Hükümler, s.507 vd.

zarar görenin tazminat hakkına ilişkin bir değişiklik yapmaları zaten mümkün değildir. Bu nedenle, KTK'nın 95'inci maddesi "tazminat yükümlülüğünün kaldırılması veya miktarının azaltılması sonucunu doğuran haller" ifadesi ile tarafların anlaşması dışında, tazminatın kaldırılması veya azaltılmasına neden olacak, idarenin düzenleyici işlemleri de dâhil olmak üzere, tüm hususların zarar gören üçüncü kişiye karşı ileri sürülemeyeceğini ifade etmektedir. Ayrıca kanunun lafzında, Yargıtay kararında vurgulandığı gibi, bir öncelik sonralık ayrımı da yoktur. Tazminatın azaltılmasına veya kaldırılmasına sebep olabilecek hallerin, poliçenin düzenlenmesinden veya zararın doğmasından önce ya da sonra ortaya çıkması önem arz etmemektedir. Yukarıda yaptığımız açıklamalar çerçevesinde genel şartlar içerisinde emredici hükümlere aykırı hususlar var ise emredici hükümlere aykırılığın evleviyetle göz önüne alınması gerekmektedir.

Öte yandan, kararda sigortacının poliçenin teminat kapsamını bildiği ve sözleşmeyi bu kapsamda akdettiği varsayılmaktadır. Hâlbuki trafik sigortası sözleşmesi ve sigorta genel şartları, ancak uzman kişilerce anlaşılabilir şekilde karmaşık bir dil ile yazılmıştır. Teminat dışı kalan haller veya tazminatın hesaplanmasına ilişkin formüllerin konunun uzmanı olmayan bir kişi tarafından anlaşılması mümkün değildir⁶⁰. Diğer taraftan, trafik sigortası sözleşmesi akdedilmesi zorunlu bir sözleşmedir. Bu nedenle sözleşmenin akdedilmiş olması tarafların sözleşmenin içeriğini anladıkları yönünde bir düşünceye neden olamaz.

Yargıtay kararında TTK'nın 1423'üncü maddesi⁶¹ kapsamında sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmese dahi, sigortalı araç işletenin 14 gün içinde poliçe içeriğine itiraz etmemesi durumunda sözleşmenin poliçede yazılı şartlar ile akdedileceği belirtilmiştir⁶². Sigorta genel şartlarının genel işlem şartı olmadığı ve idarenin düzenleyici işlemi olduğu kabul edildiğinde, sigortalının itirazının herhangi bir hukuki sonuç doğurması mümkün değildir.

⁶⁰ Genel işlem şartlarının içeriğinin anlaşılabilir olması durumu ve söz konusu hususa ilişkin yaptırımlar için bkz. **Atamer**, Armağan, s.308.

⁶¹ "TTK 1423(2)'de yazılı olan "(sigorta ettiren tarafından sözleşmenin yapılmasına itirazda bulunulması hali söz konusu olmamışsa) sigorta sözleşmesinin poliçedeki koşullar çerçevesinde kurulmuş olacağı" kuralı aslında gereksiz ve uygulanması söz konusu olmayan bir hükümdür." Ünan, Şerh, s.241.

⁶² Günümüz piyasa koşullarında mal ve hizmet arz edenlerin karşısında bulunan kişilerin sözleşmelerin hazırlanma aşamasına dâhil olamadıkları bilinen bir gerçektir. Taraflardan birinin kendi hazırladığı sözleşme ile gücünü pekiştirmesine neden olan bu tip sözleşmeler, sözleşme kurumunu yasalar ve taraf iradeleri çerçevesinde değerlendiren görüşün gözden geçirilmesi sonucunu doğurmuştur. Müzakere edilmeden akdedilmiş sözleşmelere müdahale edilmesinin altında yatan temel gerekçe budur. **Atamer**, Armağan, s.295; Yargıtay 17nci Hukuk Dairesinin, TTK'nın 1423'üncü maddesini somut olaya uygulama şekli, müzakere edilmeden akdedilen sözleşmelerin zayıf tarafının korunmasına yönelik tüm yasal düzenlemeleri ortadan kaldıracak niteliktedir. Benzer görüş için bkz Ünan, Şerh, s.240-241.

İdarenin düzenleyici işlemleri ancak iptal davası sonucunda düzenleyici işlemin iptaline karar verilmesi, idarenin düzenleyici işlemini yürürlükten kaldırması veya geri alması halinde hukuk hayatından silinirler⁶³. Buna rağmen sigortalının itiraz etmemesine hukuki sonuç bağlamak doğru değildir.

Yargıtay kararında son olarak, destekten yoksun kalma tazminatının sigorta genel şartları ve KTK'nın 92'nci maddesi ile birlikte değerlendirilmesi sonucunda tespit edileceği belirtilmektedir. Bu kapsamda, kanunun teminat dışında bıraktığı hallerin yanı sıra, genel şartlar ile teminat dışı kalan hallerin de poliçe teminatı dışında kaldığı ifade edilmiştir. Konuya ilişkin olarak yukarıda yaptığımız açıklamalar çerçevesinde, sadece kanunda belirtilen hallerin teminat dışında kalması gerektiği düşüncesindeyiz. Kararda yer alan, işletenin eylemlerinden sorumlu olduğu sürücü E.K.'nın üçüncü kişi⁶⁴ olarak kabul edilemeyeceği, davacıların tazminat talepleri bakımından, E.K.'nın kusurunun da göz önüne alınması gerektiği savı, "Üçüncü Kişi" kavramı ile uyumlu değildir⁶⁵. E.K.'nın üçüncü kişi olarak kabul edilmemesi, aynı zamanda E.K.'nın hukuki ilişki bakımından taraf olacağı anlamına gelir. Davacının, kendi iç ilişkilerinde E.K.'nın eylemlerinden sorumlu olması, davalı sigortacı ile arasındaki tazminat talebi içeren hukuki ilişki bakımından, E.K.'yı taraf haline getirmez.

Karara konu olay incelendiğinde, trafik sigortası sözleşmesi akdetmeyen bir kişinin kendi kusuru ile tek taraflı kazası sonucunda vefat etmesi nedeniyle, kişinin desteğinden yoksun kalanların, Güvence Hesabından Sigortacılık Kanun'unun 14'üncü maddesi çerçevesinde, destekten yoksun kalma tazminatı talep ettikleri görülmektedir. Kanımızca konu Medeni Kanun'un 2'nci maddesi kapsamında çözülmelidir. Araç işleten sıfatıyla sigorta sözleşmesi akdetmesi gereken kişinin, (destekten yoksun kalan) davacının bizzat kendisi olması durumunda, davacının sigorta sözleşmesini akdetmekten kaçınmış olması nedeniyle, Güvence Hesabına başvurusunun dürüstlük kuralına aykırı olacağı değerlendirilebilir. Öteyandan, araç işleten sıfatıyla trafik sigortası sözleşmesini akdetmesi gereken kişinin bizzat kazayı yapan E.K. olması durumunda ise artık sigorta sözleşmesi bakımından üçüncü kişi durumunda olan (destekten yoksun kalan) davacıların dürüst davranmadığından bahsedilemez.

⁶³ Gözübüyük/ Tan, s.446 vd.

⁶⁴ Hukuk sistemimizde üçüncü kişi kavramı, bir hukuki ilişkinin tarafı olmayan kişiyi ifade etmektedir.

⁶⁵ Genel şart vasıtası ile davacı (destekten yoksun kalan) ile davalı (sigortacı) arasındaki hukuki ilişki bakımından, ilişkiye taraf olmayan kişilerin (kendi kusuru ile kazaya neden olan araç kullanan), söz konusu hukuki ilişki bakımından üçüncü kişi olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmektedir.

SONUÇ

Çalışmamızda sigorta genel şartlarının genel işlem şartı olduğunu, konuya ilişkin farklı görüşlerin, idarenin Sigortacılık Kanununa aykırı olarak sigorta genel şartlarını bizzat hazırlamasından kaynaklandığını tespit etmiş bulunmaktayız.

İdarenin, kanundan aldığı yetkiye dayanarak hazırladığı genel şartların, idarenin sözleşme özgürlüğüne düzenleyici işlem vasıtasıyla müdahale etmesinin mümkün olmaması nedeniyle, Anayasaya uygun yorum yöntemi dikkate alınarak değerlendirmeye tabii tutulması gerekir. Bu kapsamda, söz konusu genel şartın sözleşmenin bir parçası ve genel işlem şartı olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Çalışmamızın son kısmında Yargıtay kararına konu olayın çözümlenmesinde haksız şart mahiyetindeki genel şart hükümleri yerine, geçerliliğini koruyan sözleşme hükümleri, kanun, hukukun genel ilkeleri ve özellikle Medeni Kanun'un 2'nci maddesinden faydalanılması gerektiğini değerlendirmekteyiz.

KISALTMALAR

AB	:	Avrupa Birliği
aF.	:	Eski Metin (alte Fassung)
BAV	:	Mülga Alman Sigorta Otoritesi (Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen)
BGB	:	Alman Medeni Kanun'u (Bürgerliches Gesetzbuch)
bknz.	:	Bakınız
DEÜHFD	:	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
KTK	:	Karayolları Trafik Kanunu
md.	:	Madde
s.	:	Sayfa
TBK	:	Türk Borçlar Kanunu
TSB	:	Türkiye Sigorta Reasürans ve Emeklilik Şirketleri Birliği
TKHK	:	Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TTK	:	Türk Ticaret Kanunu
VAG	:	Alman Sigorta Gözetim Kanunu (Versicherungsaufsichtsgesetz)
YİBGK	:	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu

KAYNAKÇA

- **Aras**, Ecehan Yeşilova, Sigorta Sözleşmelerinde Genel İşlem Şartlarının Kullanılması, İzmir Barosu Dergisi, Yıl 80, Sayı 3, Eylül 2015, s. 447-470.
- **Atamer** Yeşim, Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s.291-331.
- **Atamer** Yeşim, Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK md. 6 ve TTK md. 55, F. 1 ile Karşılaştırılmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara Nisan 2011, s.9-73.
- **Aydoğdu**, Murat, Genel İşlem Koşulları Şerhi, Ankara Mayıs 2018.
- **Aydoğdu**, Murat, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulanma Alanı, DEÜHFD, Cilt 13, Sayı 2, 2011 (Basım Yılı 2013), s.1-50.
- **Ayhan** Rıza / Çağlar Hayrettin / Özdamar Mehmet, Sigorta Hukuku Ders Kitabı, İkinci Baskı, Ankara 2019.
- **Basedow**, Jürgen, Münchener Kommentar zum BGB, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil I (§§ 241-310), 8. Auflage 2019.
- **Beckmann**, Roland Michael / **Matusche-Beckmann** Anemarie, Verischerungsrecht-Handbuch, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck München 2015.
- Çağa Tahir / **Gökçen** Ahmet / **Güran** Tevfik, Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Ödenecek Tazminatın Hesabına Dair Tartışmalar, Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu, Bil-diriler ve Tartışmalar Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1993, s.19-40.
- **Doğancı**, Doğa Ekrem, Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Denetimi, İstanbul Aralık 2018.
- **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara 2017.
- **Eren**, Fikret, Genel İşlem Şartlarında İçerik Denetimi, İzmir Barosu Dergisi, Yıl 80, Sayı 3, Eylül 2015, s.289-323.
- **Gözler**, Kemal, İdare Hukuku, Cilt 1, 2. Baskı, Bursa 2009.
- **Gözler**, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt 2, Bursa Haziran 2011.
- **Gözübüyük**, A.Şeref / **Tan**, Turgut, İdare Hukuku, Cilt 1, Genel Esaslar, 11. Baskı, Ankara 2016.

- **Kaneti Selim**, Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasanın Özel Hukuk Alanına Etkileri, 28. Makale-1989, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına 55 Yıl 55 Makale, Ankara Nisan 2017, s.581-596 (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 53, Sayı 1-4, 1988-1990 s.199-211).
- **Kender**, Rayegân, Türkiyede Hususi Sigorta Hukuku, 16. Baskı, İstanbul Ekim 2017.
- **Memiş Tekin**, Sigorta Sözleşmesi Şartlarının Yargısal Denetimi, İstanbul Haziran 2016.
- **Sirmen**, Lale, Genel İşlem Şartları Kavramı, Genel İşlem Şartları Sempozyumu, İzmir Barosu Dergisi, Yıl 80, Sayı 3, Eylül 2015, s.207-225.
- **Stadler**, Martin, Verständliche Gestaltung Allgemeiner Versicherungsbedingungen am Beispiel der AKB, VVW Karlsruhe, 2009.
- Şeker, Muzaffer, Yazılmamış Sayılma, İstanbul Temmuz 2015.
- **Ünal Şeref**, Anayasa Hukuku Ve Milletlerarası Sözleşmeler Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanması, 33. Makale-1994, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına 55 Yıl 55 Makale, Ankara Nisan 2017, s.711-731 (Anayasa Hukuku ve Milletlerarası Sözleşmeler Açısından Temel Hak Ve Özgürlüklerin Kısıtlanması, Cilt 11, Anayasa Yargısı, 1994, s.39-60).
- **Ünan Samim**, Sigorta Tüketici Hukuku, İstanbul Eylül 2016.
- **Ünan Samim**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap Sigorta Hukuku, Cilt I, Genel Hükümler (Madde 1401-1452), İstanbul Ekim 2016.

DEFANSİF TIP KAVRAMI VE DEFANSİF TIBBİ UYGULAMALARIN HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Defense Medical Concept and the Effect of Defensive Medical Applications on the Legal Liability of The Physician

Arş. Gör. Büşra ŞAHİN* - Arş. Gör. Dr. Özgü ALCALI**

Geliş Tarihi: 05.12.2019 Kabul Tarihi: 28.01.2020

ÖZET

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin niteliği ne olursa olsun, hekiminin hukuki sorumluluğunun işlevi aynı olup, bu sorumluluk sistemiyle, hastanın yaşam, sağlık ve beden bütünlüğü gibi kişilik değerlerinin korunması amaçlanır. Özel hukuktan doğan bu sorumluluğun temel gayesi, kişinin malvarlığında veya kişilik değerlerinde, iradesi dışında meydana gelen eksilmenin yani zararın giderilmesidir. Sorumluluk hukukundaki bu giderim yani tazmin yükümlülüğü, zamanla hekimler üzerinde bir baskı unsuru oluşturarak hekimlerin daha çekinik davranışlar içerisine girmesine neden olmaktadır. Bu durumun tabii sonucu olarak, yakın geçmişte literatüre giren ve bugün adından sıkça söz ettiren defansif tıp, sağlık sisteminin önemli bir sorunu haline gelmeye başlamıştır. Bu bakımdan defansif tıp kavramının içeriği, yaygınlığı ve etkileri üzerinde durmak ve bu tıp uygulamaların hukuki açıdan tahlilini yapmak zaruri görülmektedir. İşbu çalışma kapsamında, öncelikle, defansif tıp kavramının tanımı ve türleri, defansif tıbbın, uygulamadaki yaygınlığı ve sosyo-ekonomik etkileri incelenmek suretiyle, kavramsal çerçevesi ortaya konulmuş, ardından hekimin hukuki sorumluluğunun kaynağı ve şartları incelenerek defansif tıbbi uygulamaların hekimin hukuki sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi yapılmış bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hukuki sorumluluk, tazminat, hekimin sorumluluğu, defansif tıp, malpraktis.

ABSTRACT

Regardless of the nature of the relationship between the physician and the patient, the legal responsibility of the physician has the same function and aims to preserve the personality values of the patient, such as life, health and body integrity. The main purpose of this responsibility arising from private law is to eliminate the loss in the assets or personality values of the person except the will. This indemnity obligation in the liability law may cause the physicians to become more and more recessive by creating a pressure on physicians over time. Defensive medicine, which has recently entered literature has become an important problem of the health system. In this regard, it is necessary to focus on the content, prevalence and effects of the concept of defensive medicine and to analyze the legal aspects of such practices. Within the scope of this study, the conceptual framework of defensive medicine concept, its types and its prevalence in practice, its socio-economic effects are examined and then the source and conditions of the legal responsibility of the physician are examined and the effects of defensive medical practices on the legal responsibility of the physician are emphasized.

Keywords: Legal liability, indemnity, responsibility of physician, defensive medicine, malpractice.

* Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi, e-posta:busraasahi@gmail.com, ORCID ID: 0000-0003-1172-3258.

** Necmettin Erbakan Üniversitesi Meram Tıp Fakültesi, e-posta:ozgualc@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-2928-1569.

GİRİŞ

Defansif tıp, yakın geçmişte ortaya çıkan ve kavramsal çerçevesi belirlenmeye çalışılan bir terimdir. Günümüzde hekimler arasında, giderek artan oranda uygulanmak suretiyle yaygınlaşan ve sağlık sisteminin önemli bir sorunu haline gelmeye başlayan defansif tıbbi uygulamaların, içeriği, hukuki çerçevesi ve hekimin hukuki sorumluluğu kapsamında incelenmesi zaruri görülmektedir.

Günümüz sağlık sisteminde, defansif tıbbi uygulamalarla oldukça yaygın bir şekilde karşılaşılmaktadır. Ne var ki özellikle ülkemizde gerek hekimlerin gerek hastaların bu kavramın içeriği ve kapsamı hakkında yeterli bilgi sahibi olmadıkları görülmektedir. Öte yandan bu tip uygulamaların bir kısmı, hekimin hastasına daha fazla ihtimam gösterdiği ve daha ayrıntılı bir tıbbi inceleme yaparak hasta menfaatine öncelik tanıdığı şeklinde yorumlanmaktadır. Hekimlerin hukuki sorumluluktan kaçınmak amacıyla başvurdukları bir kurtuluş reçetesi olarak görülen bu uygulamaların, aslında hekimleri başka bir yönden yasal sorumlulukla karşı karşıya bırakabileceği hususu da sıklıkla göz ardı edilmektedir. Hastaların ve hekimlerin bu yanlış algısının kırılması adına defansif tıbbi uygulamaların, hukuksal ve ekonomik boyutlarıyla incelenmesi önem arz etmektedir.

Bu çalışma kapsamında, öncelikle defansif tıbbi uygulamalar kavramsal olarak ortaya konulmaya çalışılmış, ardından bu tip uygulamaların özellikle ülkemizde görev yapmakta olan hekimler arasındaki yaygınlığı, ulusal ve bölgesel nitelikteki çeşitli araştırma ve anketlerden faydalanılmak suretiyle ele alınmıştır. Çalışmanın devamında ise, defansif tıbbi uygulamaların hem hekim hem hasta hem de sağlık sistemi bakımından önemli tesirleri olduğu göz önüne alınarak, bu uygulamaların söz konusu unsurlar üzerindeki mevcut ve olası etkileri üzerinde durulmuştur.

Hukukumuzda, hekimin hukuki sorumluluğuna ilişkin özel bir hukuki düzenleme bulunmaması dolayısıyla, genel hükümlerden hareketle hekimin defansif tıbbi uygulamalardan doğan hukuki sorumluluğunun kaynağı ve kapsamının belirlenmesi yoluna gidilmiştir. Ardından hukuka uygun bir tıbbi müdahalenin şartları ve defansif tıbbi uygulamaların bu şartların hangilerini ne oranda karşıladığı hususları üzerinde durularak, hekimin bu uygulamalardan kaynaklanan hukuki sorumluluğu belirlenmeye çalışılmıştır.

I. DEFANSİF TIP KAVRAMI

A. TANIMI

Defansif tıp terimi, ilk kez 1970'li yılların başlarında Amerika Birleşik Devletleri'nde literatüre girmiş ve kavramsal olarak tanımlanmaya başlanmıştır¹. Bu yıllar ABD'de, özellikle hekimlere yönelik tıbbi uygulama

¹ Smith, Colleen, Defensive Medicine: The Effects of Medical Malpractice Tort Law on Physician Behavior, 2008, <http://hdl.handle.net/1961/4817> (E.T. 27.5.2018); Solaroğlu, İhsan / İzci,

hatası iddialarının ve buna bağlı davaların artış gösterdiği, bu davalar sonucunda hekimlerin, hastalar lehine, yüksek miktarlarda tazminat ödemeye mahkûm edilmeye başlandığı ve sigorta şirketlerinin mesleki sorumluluk sigortası primlerini ölçsüz bir şekilde artırmaya başladığı bir döneme tekabül etmektedir². Bu gelişmeler neticesinde hekimler, mesleklerini icra ederken daha çekingen davranmaya, herhangi bir hukuki sorumlulukla karşılaşmamak adına çeşitli güvence davranışları sergilemeye başlamışlardır.

Günümüzde artık oldukça yaygın bir şekilde hekimlerin, hastalığın teşhis, tedavi veya takibi aşamasında, tıbben gerekli olmayan, fazladan tahlil isteme, ilaç yazma, görüntüleme tekniklerine başvurma, yüksek riskli veya saldırgan hastaları farklı bir hekime yahut sağlık kuruluşuna yönlendirme şeklinde savunmaya dayalı eğilimler gösterdikleri görülmektedir. Bu bağlamda defansif tıp, hekimlerin, olası malpraktis³ davalarına maruz kalmamak amacıyla, fazladan tıbbi test, prosedür ve hasta takibine başvurusu veya yüksek riskli hastalardan ve tıbbi prosedürlerden kaçınması şeklinde tanımlanabilir⁴.

Defansif tıbbi uygulamaların en karakteristik özelliklerinden birisi; hekimlerin, gerçekleştirdikleri veya kaçındıkları tıbbi uygulamalarda, tıp biliminin gerektirdiği prosedürü izlemek yerine yasal sorumluluktan kaçınma amacı güderek hareket etmeleridir. Yani burada hastalığın teşhis, tedavi veya takibi için gerekli olan olağan tıbbi uygulamalar yerine, hekime yöneltilebilecek hatalı tıbbi uygulama iddialarından korunmaya elverişli savunmacı bir tıbbi prosedür izlenmektedir.

B. DEFANSİF TIBBİ UYGULAMALARIN TÜRLERİ

Defansif tıbbi uygulamalar, literatürde ikili bir ayrıma tabi tutulmak suretiyle incelenmektedir. Bunlardan ilki, hekimin malpraktis endişesiyle tanı ve tedavi

Yusuf / Yeter, H. Gökçe / Metin, M. Mert / Keleş, G. Evren, Health Transformation Project and Defensive Medicine Practice among Neurosurgeons in Turkey, October 21, 2014, PLoS ONE 9(10): e111446. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0111446> (E.T. 26.5.2018).

² Yılmaz, Kerem, Defansif Tıp Hekimin Tıbbi Uygulamalarda Sorumluluktan Kaçması Durumunda Ortaya Çıkan Problemler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 138.

³ Dünya Tabipler Birliği malpraktisi; “Hekimin tedavi sırasında standart güncel uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar” şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. Çetin, Gürsel, Tıbbi Malpraktis, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, Sempozyum Dizisi No: 48, Şubat 2006, Sayfa: 31-42, s. 31; Türk Tabipler Birliği tarafından kabul edilen Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’nın 13. maddesinde, ‘Hekimliğin Kötü Uygulanması (Malpractice)’ başlığıyla; “Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi “hekimliğin kötü uygulaması” anlamına gelir.” ifadelerine yer verilerek malpraktis kavramı tanımlanmıştır. Bkz. www.ttb.org.tr (E.T. 26.5.2018).

⁴ U.S. Congress, Office of Technology Assessment, Defensive Medicine and Medical Malpractice, OTA-H--602 (Washington, DC: U.S. Government Printing Office, July 1994), s. 13; Smith, David O., The Medical Malpractice Threat: A Study of Defensive Medicine, Duke Law Journal 5, 1971, P: 939-993, s. 942, dn. 6 (E.T. 28.5.2018).

prosedürlerini gereğinden fazla kullanması olarak tarif edilen pozitif (olumlu) defansif tıp; diğeri, hekimin yüksek riskli hastalardan ve tıbbi prosedürden kaçınması şeklinde tarif edilebilecek negatif (olumsuz-çekinik) defansif tıptır⁵.

1. Pozitif Defansif Tıp

Pozitif defansif tıp, hastalığın teşhis, tedavi veya takibi açısından aslında gerekli olmayan ancak hekimin, hasta veya yakınlarından gelebilecek tıbbi uygulama hatası iddialarını bertaraf etmek, kendisini hukuki sorumlulukla karşı karşıya kalmaktan korumak ve dışarıdan gözlemlenen davranışlarıyla hastalığın seyri açısından gerekli olan her şeyin büyük bir dikkat ve özenle yapıldığı izlenimini oluşturmak amacıyla gereksiz bir tıbbi prosedür izlemesidir.

Pozitif defansif tıbbi uygulamaların en belirgin özelliklerinden birisi, hekim tarafından, hasta için gereken her şeyin yapıldığı, azami gayret gösterilerek hastanın ayrıntılı tıbbi muayenesinin gerçekleştirildiği, eldeki tüm imkanların kullanılması suretiyle uzak-yakın olası tüm risklerin değerlendirildiği izleniminin verilmeye çalışılmasıdır. Yani hekim burada, hasta veya yakınlarınca kendisine yöneltebilecek herhangi bir ihmal iddiasıyla karşı karşıya kalmamak amacıyla, hastalığın seyri açısından gerekli olmasa da bazı ek tıbbi prosedürleri izlemek suretiyle, güvence davranışları⁶ olarak adlandırılan ve çoğu zaman herhangi bir tıbbi değeri bulunmayan çeşitli eylemler sergilemektedir⁷.

Hekimin başvurduğu güvence davranışlarından bazıları; gereksiz tıbbi tahlil isteme, hastaya fazladan ilaç yazma, anamnez ve fizik muayene ile tanı konulabilecek bir hastalık için görüntüleme tekniklerine veya girişimsel uygulamalara başvurma, fazladan konsültasyon talebinde bulunma, gerekli olmayan cerrahi girişimlerde bulunma, daha ayrıntılı hasta bilgilendirmesi

⁵ **Smith**, s. 942, dn. 6; **Ogunbanjo, GA / Knapp van Bogaert, D.**, Ethics in Health Care: The Practice of Defensive Medicine, S Afr Fam Pract 2014, Vol: 56, No: 1, Supplement: 1, S6-S8, s. 6; **Summerton, Nicholas**, Positive and Negative Factors in Defensive Medicine: A Questionnaire Study Ofgeneral Practitioners, BMC, Volume: 310, 7 January 1995, P: 27-29, s. 27; **Solaroğlu, İhsan / İzci, Yusuf / Yeter, H. Gökçe / Metin, M. Mert / Keleş, G. Evren**, Health Transformation Project and Defensive Medicine Practice among Neurosurgeons in Turkey, October 21, 2014, PLoS ONE 9(10): e111446. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0111446>; **Selçuk, Mehmet / Çınarlı, Serkan / Hızal, Sevinç Arslan**, Çekinik (Defansif) Tıp, İzmir Üniversitesi Sağlık Hukuku Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 6, 2015, Sayfa: 15-48, s. 19.

⁶ "Positive" defensive medicine is sometimes termed "assurance behaviour", and involves "providing the patient with additional services which have little or no medical value (such as continuing chemotherapy in a patient with cancer who is dying), with the intent of reversing adverse outcomes, deterring patients from filing malpractice claims or persuading the legal system that the standard of care was met" Açıklamalar için bkz. **Ogunbanjo/Knapp van Bogaert**, s. 7.

⁷ **Yılmaz, Kerem**-Defansif Tıp, Tıbbi Uygulama Hataları (Yazar: Oğuz Polat), Seçkin Yayıncılık, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2015, s. 246; **Selçuk, Mehmet**, Çekinik (Defansif) Tıp, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2015, s. 9-10; **Yılmaz, Kerem / Polat, Oğuz / Kocamaz, Begüm**, Defansif Tıp Uygulamalarının Hukuksal Açından İncelenmesi, TAAD, Yıl: 5, Sayı: 16, Ocak 2014, Sayfa: 19-51, s. 21-22.

yapma ve detaylı kayıt tutma, endikasyon olmaksızın hastayı hastaneye yatırarak tedavi etme ve hasta takibini sıklaştırmadır.

2. Negatif Defansif Tıp

Negatif defansif tıp, hekimlerin, yüksek riskli hastalardan ve tedavilerden kaçınma⁸ şeklinde gösterdikleri davranışlardır. Negatif defansif tıbbi uygulamalarda sıkça görülen kaçınma davranışlarının temelinde hastanın durumu, hastalığın seyri ve tıbbi gerekliliklerden ziyade hekimin, kendisini yasal sorumluluktan ve toplumsal tepkilerden koruma ihtiyacı yatar.

Negatif defansif tıbbi uygulamalar genellikle, hayati risk taşıyan hastalardan ve komplikasyon ihtimali yüksek tedavi yöntemlerinden kaçınma, hekime dava açma veya ihmâl iddiasında bulunma ihtimali yüksek, agresif hastalara bakmaktan imtina etme, bu tür hastaları farklı bir sağlık kuruluşuna veya farklı bir hekime yönlendirme şeklinde gerçekleşir⁹. Örneğin hayati riski olan bir hastanın tedavisi için mevcut sağlık kuruluşundaki imkânların yeterli olmasına rağmen, hastanın farklı bir sağlık kuruluşuna sevk edilmesi, yine yüksek risk taşıyan bir hastanın birbirine yakın uzmanlık alanları arasında yönlendirilerek hastayı kabulden kaçınılması, farklı tıbbi uzmanlık alanlarına ilişkin uzuvlarında ciddi yaralanmalar olan travma hastasının ilgili alanlarca öncelikle bir diğerine yönlendirilmeye çalışılması, yine cerrahi bir müdahale gereken hastanın, müdahalenin risklerini üstlenmemek adına ilaçla tedavi edilmeye çalışılması uygulamada sık karşılaşılan negatif defansif tıbbi uygulamalardandır.

3. Pozitif ve Negatif Defansif Tıp Mukayesesi

Pozitif defansif uygulamalarda, hekimin, dışarıdan gözlemlenen davranışlarını titiz ve özenli bir izlenim verecek şekilde düzenleme, hastanın durumu ve hastalığın seyri açısından gerekirse de izlediği ayrıntılı tıbbi prosedür ile üzerine düşen sorumluluğu fazlasıyla yerine getirdiğini gösterme adına başvurduğu yöntemler söz konusuyken; negatif defansif uygulamalarda hekim, belirli hasta veya hastalıklarla bağ kurmaktan kaçınır. Yani burada hekimin sergilediği tutumun temelinde, bir güvence davranışı olarak gereksiz tıbbi prosedür izlemek yerine, doğrudan doğruya bu süreçten uzak durma, kaçınma eğilimi yatmaktadır.

C. DEFANSİF TIBBİ UYGULAMALARIN HEKİMLER ARASINDAKİ YAYGINLIĞI VE NEDENLERİ

Defansif tıp uygulamalarının nedenleri, etkileri ve hekimler arasında uygulanma sıklığına ilişkin gerek ulusal gerek uluslararası düzeyde birtakım

⁸ “Negative” defensive medicine or “avoidance behaviour” in practice tends to supplement ordinary care (increase patient testing and treatments), replace care (result in the referral of patients to other doctors or institutions), or reduce care (refusal to treat particular patients).” Açıklamalar için bkz. **Ogunbanjo/Knapp van Bogaert**, s. 7.

⁹ **Yılmaz**, s. 154; **Selçuk**, s. 13; **Ogunbanjo/Knapp van Bogaert**, s. 7.

araştırmalar yapılmakta; bu uygulamaların hekimler, hastalar, sağlık kuruluşları ve ülke ekonomisi bakımından olası sonuçları ortaya konulmaya çalışılmaktadır. Bu çalışma kapsamında, özellikle ülkemizde yapılan gerek ulusal gerek bölgesel bazı anket çalışmalarının verilerine ağırlık verilerek, ülkemizde görev yapan hekimlerin defansif tıbbi uygulamalara başvurma sıklığı ve nedenleri belirlenmeye çalışılmış, öte yandan defansif tıbbi uygulamaların insan sağlığı üzerindeki bazı etkilerinin ortaya konulması bakımından da bazı uluslararası çalışma verilerinden faydalanılmıştır.

1. Ulusal ve Bölgesel Anketlerde Defansif Tıbbi Uygulamalar

2014 yılında, İzmir ili içerisinde çeşitli hastanelerde görev yapmakta olan 220 hekimle yapılan bir anket çalışmasında¹⁰, ankete katılan hekimlerin %39,1'i defansif tıp kavramını daha önce hiç duymadığını; %80,0'i ise, bu kavramının içeriği hakkında yeteri kadar bilgi sahibi olmadığını ifade etmiştir. Araştırmacı, ankete katılan hekimlerin tamamının bir şekilde defansif tıbbi uygulamaları gerçekleştirdiklerini ancak gösterdikleri davranışın bilincinde olmadıklarını yani hekimler arasında, defansif tıp uygulamalarının ismini dahi duymayan veya içeriği hakkında yeterli bilgi sahibi olmayan büyük bir kesimin olduğunu ve bunun da defansif tıbbi uygulamaların yaygınlaşmasına neden olan faktörlerden biri olduğunu ifade etmektedir¹¹.

Anılan çalışma kapsamında, hekimler tarafından uygulanan pozitif defansif tıbbi uygulamaların yaygınlığını ölçmek adına bazı sorular yöneltilmiştir. Bunlardan; *“Hukuki yaptırımlardan korunmak amacıyla; “tıbbi gereklilik(endikasyon) dışındaki nedenler ile (normalde yatış istemeyeceğim) hastaları yatırıyorum”* önermesine hekimlerin %14,1'i tamamen katılıyorum, %14,1'i çok katılıyorum, %24,5'i orta derecede katılıyorum cevabını vermiştir. *“Normal durumda istemeyeceğim tetkikleri (görüntüleme, laboratuvar vs.) istiyorum”* önermesine çalışmaya katılan hekimlerin % 16,4'ü tamamen katılıyorum, %25,0'i çok katılıyorum, %25,0'i orta derecede katılıyorum yanıtını; *“Normal durumda yazmayacağım ilaçları yazıyorum”* önermesine ise, %7,7'si tamamen katılıyorum, %10,9'u çok katılıyorum, % 20,0'si orta derecede katılıyorum yanıtını vermiştir. *“Normal durumda istemeyeceğim konsültasyonları istiyorum”* önermesine hekimlerin %16'sı tamamen katılıyorum, %23,6'sı çok katılıyorum, %23,2'si orta derecede katılıyorum; *“Daha ayrıntılı kayıt tutuyorum”* önermesine %36,8'i tamamen katılıyorum,

¹⁰ “Çalışma alanı olarak; malpraktis olasılığı yüksek olan bir Eğitim ve Araştırma Hastanesi ve bu hastaneyle fiili olarak yakından çalışan üç sağlık kuruluşunda çalışan hekimler (İzmir Bozyaka Eğitim ve Araştırma Hastanesi ve bu hastaneyle fiili ilişki içindeki Karabağlar Dispanseri, Gaziemir Dispanseri, Gaziemir Devlet Hastanesi hekimleri) seçilmiştir. Buralarda çalışan hekimlerin defansif tıp uygulamaları yapıp yapmadıkları ve yapıyorlarsa ne sıklıkta yaptıkları araştırılmıştır.” Bkz. Selçuk, s. 60 vd.

¹¹ Selçuk, s. 66.

%30,9'u çok katılıyorum, %18,2'si orta derecede katılıyorum; *"Hasta ve hasta yakınlarını aydınlatma işlemine daha çok özen gösteriyorum"* önermesine %36,4'ü tamamen katılıyorum, %33,2'si çok katılıyorum, %21,4'ü orta derecede katılıyorum, *"Onam belgelerine daha çok özen gösteriyorum"* önermesine %42,3'ü tamamen katılıyorum, % 31,8'i çok katılıyorum, %17,3'ü orta derecede katılıyorum yanıtını vermiştir.

Hekimler tarafından uygulanan negatif defansif tıbbi uygulamaların yaygınlığını ölçmek adına yöneltilen sorularda ise, hekimler arasında, *"Hukuki yaptırımlardan korunmak amacıyla; "tıbbi gereklilik (endikasyon) dışındaki nedenler ile (normalde sevk etmeyeceğim) hastaları sevk ediyorum"* diyenlerin oranı toplamda (tamamen/çok/orta derecede) %80; *"Şikayet etme olasılığı yüksek hastalardan (hasta yakınlarından) kaçınıyorum"* diyenlerin oranı %84,1; *"Tanı ve tedavisi güç, karmaşık hastalardan kaçınıyorum"* diyenler %74,1; *"Komplikasyon olasılığı yüksek hastalardan kaçınıyorum"* diyenler %78,2; *"Girişimsel yöntemler yerine, girişimsel olmayan yöntemleri tercih ediyorum"* diyenler %80,9; *"Hasta ve hasta yakınlarının sözlü ve fiziksel şiddet saldırılarından korunmak için defansif tıp uyguluyorum"* diyenlerin ise %89,1 oranında olduğu tespit edilmiştir. Ankete katılan hekimlerin %86,8'i *"Malpraktis davaları hekimlik yapma biçiminizi etkiler mi?"* sorusuna, evet yanıtını vermiştir.

2008 yılında Konya ilinde görev yapmakta olan 762 hekimin katılımıyla yapılan bir başka ankette¹² de, *"Hakkınızda açılacak tıbbi malpraktis davası hekimlik performansınızı azaltır mı?"* sorusuna hekimlerin %84.26'sı olumlu yanıt vermiştir. Görüldüğü üzere, hekimlere yönelik tıbbi uygulama hatası davaları, hekimlerin büyük bir çoğunluğunun, hekimlik mesleğini icra etme biçimini ve mesleki performansını etkileyecek bir baskı unsuru oluşturmaktadır. Hekimler arasında yaygın olan defansif tıbbi uygulamaların en önemli nedenlerinden birisi de, hiç şüphesiz hekimlere yöneltilen bu malpraktis iddialarıdır.

Anılan anketlere katılan hekimlerin büyük çoğunluğunun yakın gelecekte malpraktis davası ile karşılaşabilecekleri konusunda endişeli oldukları da görülmektedir. Zira yukarıda bahsi geçen 2014 tarihinde İzmir ilinde gerçekleştirilen ankette, hekimlere yöneltilen *"Önümüzdeki 10 yıl boyunca hakkınızda malpraktis nedeniyle soruşturma açılabileceğine düşünüyor musunuz?"* sorusuna çalışmaya katılan hekimlerin %92.3'ü; 2008 tarihinde Konya'da gerçekleştirilen ankette ise; *"İçinde bulunduğunuz şartlara göre her an bir tıbbi malpraktis davası ile karşılaşma riskiniz nedir?"* sorusuna %72.7'sinin olumlu yönde cevap verdiği görülmektedir.

¹² **Aynacı, Yusuf**, Hekimlerde Defansif (Çekinik) Tıp Uygulamalarının Araştırılması, Tıpta Uzmanlık Tezi, Konya 2008, s. 37 vd.

İzmir'in Karşıyaka ilçesinde görev yapmakta olan aile hekimlerine yönelik olarak yapılan bir başka ankette¹³ de, hekimlik mesleği sürecince malpraktis nedeni ile dava açılanların oranının %7,4 olduğu ancak gelecek 10 yıl içerisinde malpraktis nedeniyle dava açılacağını düşünenlerin oranının %50,6 olduğu görülmüştür. Aslında mevcut malpraktis dava sayılarının ve bu davalarla karşı karşıya kalan hekim oranlarının nispeten düşük bir düzeyde olmasına karşın, hekimlerin bu davalara muhatap olma konusundaki endişelerinin çok daha fazla olduğu görülmektedir. Hekimlerde bu algının oluşmasına neden olan birçok faktör olmakla birlikte, en önemli etkenler arasında; basın-yayın organlarınınca yapılan özensiz ve manipüle edilmiş haberler, hekimlere yönelik olarak gerçekleştirilmesi gereken temel hukuki eğitimlerin yetersiz olması, hekimlerin yasal sorumluluklarının kapsamı, içeriği ve şartları hakkında yeterli bilgi sahibi olmamaları sayılabilir.

2014 yılında yayınlanan ve Türkiye'de görev yapmakta olan beyin cerrahları arasında yapılan ilk ulusal çaptaki ankette¹⁴; katılımcıların %46,5'i bir şekilde defansif tıbbi uygulamalarda bulunduğunu belirtmektedir. Bu çalışma kapsamında, sık karşılaşılan bazı defansif tıbbi uygulamaların hekimler arasındaki yaygınlığı ise şu şekildedir: Çalışmaya katılan hekimlerin; %33,7'si laboratuvar testleri istediğini, %31,2'si hastaları farklı bir sağlık kuruluşuna yönlendirdiğini, %5'i ilaç yazdığını, %7,7'si tanıyı doğrulamak için invaziv yöntemlere (örn. biyopsi) başvurduğunu, %60,9'u radyolojik tetkiklere başvurduğunu, %43,6'sı belli tıbbi prosedür ve müdahalelerden kaçındığını, %62,6'sı ise, yüksek riskli tıbbi prosedürleri uygulamaktan kaçındığını belirtmektedir.

2013 yılında, İzmir'in Karşıyaka ilçesinde görev yapan aile hekimlerinin defansif tıp uygulamaları ile ilgili görüşlerinin değerlendirilmesi amacıyla yönelik olarak 81 hekimle yapılan çalışmada¹⁵ da benzer sonuçların ortaya çıktığı görülmektedir. Çalışmada, hekimlerin büyük çoğunluğunun defansif tıbbi uygulamalara başvurduğu, %21'inin çok fazla, %49,3'ünün fazla, %23,5'inin orta derecede, %6,2'sinin ise zayıf derecede defansif tıp uyguladığı sonucuna ulaşılmıştır.

¹³ Başer, Aysel / Kolcu, Giray / Çiğirgil, Yıldırım / Kadıncız, Birsen / Öngel, Kurtuluş, İzmir Karşıyaka İlçesinde Görev Yapan Aile Hekimlerinin Defansif Tıp Uygulamaları ile İlgili Görüşlerinin Değerlendirilmesi, Smyrna Tıp Dergisi, İzmir 2013.

¹⁴ Solaroğlu, İhsan / İzci, Yusuf / Yeter, H. Gökçe / Metin, M. Mert / Keleş, G. Evren, Health Transformation Project and Defensive Medicine Practice among Neurosurgeons in Turkey, October 21, 2014, PLoS ONE 9(10): e111446. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0111446>.

¹⁵ Başer, Aysel / Kolcu, Giray / Çiğirgil, Yıldırım / Kadıncız, Birsen / Öngel, Kurtuluş, İzmir Karşıyaka İlçesinde Görev Yapan Aile Hekimlerinin Defansif Tıp Uygulamaları ile İlgili Görüşlerinin Değerlendirilmesi, Smyrna Tıp Dergisi, İzmir 2013.

Anket sonuçlarına bakıldığında, hukuki sorunlardan korunmak amacı ile hastalarından gerekli gördüklerinin dışında tetkik isteme oranının %37, endikasyon dahilinde yazabilecekleri ilaçların çoğunu yazma oranının %77,9 olduğu ve konsültasyon isteme oranının %61,7 olduğu görülmüştür. Aile hekimlerinin %68'inin hukuki sorunlardan korunmak amacı ile tıbbi uygulamaları hastalarına daha detaylı açıkladıkları, %55,5'nin dava açma olasılığı yüksek hastalardan, %54,3'nün kompleks medikal problemleri olan hastalardan kaçındığı ve %71,6'sının komplikasyon oranları yüksek tedavi protokollerinden sakındığı saptanmıştır. Hukuki sorunlardan korunmak amacı ile girişimsel işlemler yerine girişimsel olmayan işlemleri tercih edenlerin oranının ise %74,1 olduğu tespit edilmiştir. Defansif tıp kavramını daha önce duyduğunu belirtenlerin oranı %64,2 olmakla birlikte, defansif tıp uygulamaları kavramının içeriği konusunda yeterli bilgiye sahip olmadıklarını belirtenlerin oranının %71,6 olduğu görülmüştür.

2016 yılında Konya'da görev yapmakta olan 173 hekimle yapılan bir başka ankette de¹⁶, katılımcıların %34,1'i daha önce defansif tıp kavramını duymadığını, %59,5'i defansif tıp uygulamaları kavramının içeriğini yeterince bilmediğini belirtmiştir. Ankete katılan hekimlerin büyük çoğunluğunun (%93,6' sının) ise, defansif tıbbi uygulamalara başvurduğu tespitler arasında yer almıştır.

2. Anket Verilerine İlişkin Değerlendirmeler

Ülkemizde sağlık personelinin özellikle de hekimlerin, çalışma saatlerinin uzunluğu, nöbet sayılarının fazlalığı, hekim başına düşen hasta sayısının yüksek olması ve buna bağlı olarak muayene sürelerinin kısalması, yoğun çalışma temposu ve iş yükünün fazlalığı, özellikle basın-yayın organlarında hekimlere yönelik mesnetsiz suçlamaların artması ve buna bağlı olarak hasta ve yakınlarının agresif hatta bazen saldırgan tutum sergilemesi gibi hususlar hekimleri daha çekingen davranmaya, anket verilerinde de görüldüğü üzere, hekimlerin pozitif ve/veya negatif defansif tıbbi uygulamalara oldukça yaygın bir biçimde başvurmalarına neden olmaktadır.

Yoğun bir çalışma temposu içerisinde bulunan hekim, kendisine başvuran hastaya yeterli bir muayene süresi ayıramamakta, uzun nöbet saatlerinden sonra azalan mental performans nedeniyle gözden kaçırabileceği hususlar olabileceği endişesiyle gereksiz tıbbi tahlillere, görüntüleme tekniklerine veya konsültasyona başvurmakta, agresif hasta veya hasta yakınlarıyla muhatap olmamak adına hastayı farklı bir hekim veya sağlık kuruluşuna yönlendirme gibi uygulamaları tercih etmektedir.

¹⁶ "Araştırma, 2016 yılında mayıs ve haziran aylarında Konya il merkezinde faaliyet gösteren çalışmaya destek veren Doğumevi, Beyhekim, Numune ve Meram Tıp Fakültesi hastanelerinde yapılmıştır." Bkz. **Özata, Musa / Özer, Kubilay / Akkoca, Yusuf**, Konya İl Merkezinde Çalışan Hekimlerde Defansif (Çekinik) Tıp Uygulamalarının Araştırılması, Gümüşhane Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi (GÜSBD) 2018; 7(1), Sayfa: 132-139, s. 134.

Günümüzde doktorlar üzerindeki bu baskı unsuru o kadar hissedilir seviyelere ulaşmıştır ki, artık yüksek riskli olarak görülen tıbbi ihtisas alanları TUS (Tıpta Uzmanlık Sınavı)'ta derece yapan ve yüksek puan alan adaylar tarafından tercih edilmemekte, tıp fakültesi mezunu hekim adayları, giderek hastayla daha az ilişki kurulan, riskli tıbbi girişimlerin ve hasta takibinin yapılmadığı bölümlere yönelmektedir. Örneğin; ÖSYM'nin yayınladığı '2017 TUS ilkbahar Değerlendirme Raporu'na göre; adayların tercih ettiği en yüksek ortalamalı bölümler; Deri ve Zührevi Hastalıklar, Plastik, Rekonstrüktif ve Estetik Cerrahi, Radyoloji, Radyasyon Onkolojisi, Çocuk Psikiyatrisi, Fiziksel Tıp ve Rehabilitasyon, Tıbbi Genetik, Kulak-Burun-Boğaz Hastalıkları, Psikiyatri, Spor Hekimliği, Tıbbi Biyokimya, Mikrobiyoloji ve Klinik Mikrobiyoloji, Tıbbi Patoloji, Nükleer Tıp gibi alanlar iken; en düşük ortalamaya sahip bölümler, Kalp ve Damar Cerrahisi, Kadın Hastalıkları ve Doğum, Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları, Genel Cerrahi, Beyin ve Sinir Cerrahisi, Çocuk Cerrahisi, Göğüs Cerrahisi, Acil Tıp gibi bölümler olmuştur. Yine ÖSYM'nin yayınladığı '2018 TUS ilkbahar Değerlendirme Raporu'na göre; "Bu puanlar arasında en yüksek K Puanı ortalaması Deri ve Zührevi Hastalıklar alanına aittir. Çocuk Cerrahisi, Acil Tıp ve Göğüs Cerrahisi gibi uzmanlık alanlarına adayların görece düşük puanlarla yerleştiği gözlenmiştir." tespitlerine yer verilmiş bulunmaktadır. Bu raporda da görüldüğü üzere; yüksek puan ortalamasına sahip bölümler arasında, nispeten daha riskli görülen ve malpraktis iddialarına ve davalarına sıklıkla maruz kalan Kadın Hastalıkları ve Doğum, Kalp ve Damar Cerrahisi, Çocuk Cerrahisi, Göğüs Cerrahisi, Genel Cerrahi, Beyin ve Sinir Cerrahisi gibi birçok cerrahi bölüm yer alamamıştır¹⁷. Defansif tıbbi uygulamaların belki de bir üçüncü boyutu olarak ele alınabilecek bu husus, hekimlerin henüz mesleki planlamalarını yaptıkları bir aşamada dahi çekinik davranışlar içerisine girdiklerini göstermektedir. Hekimlerin kendilerini, karşılaşılabilecekleri yasal sorumluluktan koruma ihtiyacı, mesleki faaliyetlerinin seyrini de önemli ölçüde etkilemekte ve riskli olarak görülen tıbbi bölümlere yönelik talebi giderek azaltmaktadır.

D. DEFANSİF TIBBİ UYGULAMALARIN ETKİLERİ

Ülkemizde görev yapmakta olan hekimler arasında da yaygın bir şekilde görülen defansif tıbbi uygulamaların; hekime, hastaya, sağlık sistemine ve ekonomiye büyük etkilerinin olduğu, sağlık sistemi açısından temel bir problem olmakla birlikte, ne yazık ki büyük oranda görmezlikten geldiği, bu uygulamalara yönelik farkındalığın oluşturulması ve yaygınlığının azaltılması adına yapılan çalışmaların iyi yönetilemediği görülmektedir¹⁸.

Ülkemizdeki mevcut koşullar göz önüne alındığında, zaten yetersiz olan sağlık personeli sayısı, hekimlerin defansif uygulamalara yönelmesiyle birlikte

¹⁷ İlgili raporlar için bkz. www.osym.gov.tr (E.T. 6.1.2019).

¹⁸ Özata/Özer/Akkoca, s. 138.

daha da hissedilir bir probleme dönüşmeye başlamıştır. Hekimlerin gereksiz bir tıbbi prosedür izlemesi, fazladan tetkiklere başvurusu, riskli hastaların hekim ve sağlık kuruluşları arasında yönlendirilmesi, hem hastalığın teşhis ve tedavi sürecini uzatmakta hem de sağlık sistemi bakımından önemli mali külfetlere neden olmaktadır. Defansif tıbbi uygulamalar bir yandan hekim ve hasta açısından vakit ve enerji kaybına neden olurken diğer yandan sağlık kuruluşlarındaki yoğunluğu artırmakta, sebep olduğu mali külfetler nedeniyle hem hastanın iktisadi durumu hem de ülke ekonomisi bakımından olumsuzluklara neden olabilmektedir.

Her ne kadar pozitif defansif tıbbi uygulamaların, teşhis ve tedavi güvenliğini sağladığı, teşhis aşamasında gözden kaçabilecek bazı bulguların tespitini kolaylaştırdığı, hatta bunları sıfıra indirebileceği, özellikle daha detaylı not alınması, hasta kayıtlarının sıkı tutulması gibi uygulamaların aslında faydalı olduğu yönünde görüşler¹⁹ ileri sürülse de, bu tip uygulamaların birçok olumsuz sonuçları doğurabileceği hususu ne yazık ki çoğu zaman gözden kaçırılmaktadır²⁰. Örneğin, tanı koyma aşamasında başvuru görüntüleme teknikleri nedeniyle hastanın, zararlı radyoaktif ışınlara maruz kalması ve bazı durumlarda hastanın vücuduna kontrast bir madde (ilaç) enjekte edilmesi gibi durumlar söz konusu olabilmektedir. Bazı invaziv uygulamaların sonucunda ise, hastada büyük çaplı kanama meydana gelmesi, organların zarar görmesi, anestezi eşliğinde yapılan tanısız işlemlerde anesteziye bağlı olarak oluşan komplikasyonlar ortaya çıkabilmektedir.

1. Görüntüleme Tekniklerinin Etkilerine İlişkin Çalışmalar ve Değerlendirmeler

Görüntüleme teknikleri, hekimlerin özellikle hastalığın teşhisi aşamasında sıklıkla başvurdukları tıbbi yöntemlerden bir tanesidir. Birçok durumda hastalığın teşhis, tedavi ve seyri açısından hekimlere yardımcı olan bu yöntemlere, artık hekimler tarafından endikasyon olmaksızın sıklıkla başvurulduğu görülmektedir.

Hekimin tıbben gerekli olmadığı halde görüntüleme tekniklerine başvurusu, ilk bakışta hastanın sağlığı açısından herhangi bir olumsuzluğa sebep olmuyormuş gibi görünse de aslında hastalar bu tekniklerin kullanılması sonucunda bu cihazların yaydığı radyoaktif ışınlara maruz kalmaktadırlar. Hastanın hali hazırda veya yakın gelecekte, görüntüleme tekniklerinin uygulanmasından kaynaklanan herhangi bir olumsuzlukla karşı karşıya kalmamış olması, bu tekniklerin gözden kaçabilecek bazı bulguların tespitini kolaylaştırması gibi nedenler, tıbbi gereklilik olmasa dahi ihtiyaten bunlara başvurulmasının, olumlu bir tıbbi uygulama olduğu izlenimini oluşturmaktadır.

¹⁹ Summerton, s. 29.

²⁰ Yılmaz, s. 151 vd.

2008 yılında, San Francisco'da bilgisayarlı tomografi (BT) kullanımı ile hayat boyu kanser riski arasındaki ilişkiye yönelik olarak yapılan bir çalışma²¹ bu yargının aslında doğru olmadığına, görüntüleme tekniklerinin kullanımının her zaman için tıbbın iyi uygulanması anlamı taşımadığına ilişkin önemli sonuçlar ortaya çıkarmıştır. Çalışmada; Hiroşima ve Nagazaki'de atom bombasına maruz kalıp hayatta kalan bir insanın 10-100 miliSievert (mSv)²² radyasyon dozu aldığı, bunun bir kez bilgisayarlı tomografi taraması alan kişide 2.1 ila 31 mSv arasında değiştiği tespitlerine yer verilmiştir. Araştırmacı, tek bir BT taramasının dahi hastanın Hiroşima ve Nagazaki'dekine eşdeğer bir dozda radyasyona maruz kalmasına sebep olabileceğini ve hastaların zaman içerisinde çok sayıda BT taraması alabileceği düşünülecek olursa riskin çok daha yüksek olduğunu ifade etmektedir.

Araştırmaya göre; örneğin, abdomen ve pelvis tomografisinde ortalama 31 mSv doz alınırken buna atfedilen kanser riski 1000 hastada 4; beyin tomografisinde ortalama 2,1 mSv doz alınırken buna atfedilen kanser riski ise 1000 hastada 0,23 olarak belirlenmiştir. Çalışmada başlangıçta her hasta için risk küçük görünse de giderek artan sayıda kişinin radyasyona maruz kaldığı ve hastaların her bir muayene için artan oranda radyasyona maruz kaldığı düşünülecek olursa, doğrudan BT taramaları kaynaklı radyasyona maruz kalma durumunun, zamanla birçok kanser olgusuna dönüşebileceği belirtilmektedir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde yapılan bir diğer çalışmada²³, 2007 yılında ülkede yapılan 72 milyon, bunlardan mevcut kanser teşhisine yönelik olanlar çıkarıldığında ise; 57 milyon BT taraması nedeniyle gelecekte ortalama 29.000 (15.000-45.000) kanser vakasının oluşmasının beklendiği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, anılan çalışmalarda, görüntüleme cihazlarının yaydığı radyoaktif maddelerin hastalar için önemli bir tehlike unsuru oluşturduğu tespitlerine yer verilmiştir.

²¹ **Smith-Bindman, Rebecca / Lipson, Jafi / Marcus Ralph / Kim Kwang Pyo / Mahesh, Mahadevappa / Gould Robert / Berrington de González Amy / Miglioretti Diana L.**, Radiation Dose Associated with Common Computed Tomography Examinations and the Associated Lifetime Attributable Risk of Cancer, Arch Intern Med. 2009;169(22):2078-2086.

²² "Radyasyon Dozu: Işınlardan vücuda biyolojik etkisini verebilmek için enerji dozu yerine eşdeğer doz kavramı kullanılır. Bu kavram, enerjileri aynı olan farklı ışınların vücuda farklı etkileri olduğu gerçeğini göz önünde tutar. Örneğin alfa ışınları hücre içerisinde aynı enerjideki beta ışınlarından çok daha fazla molekülün iyonlaşmasına neden olur ve dolayısıyla vücutta daha büyük tahribat yapar. Bu nedenle, her türlü ışın, ışın etki çarpanıyla belirlenen bir eşdeğer dozla ölçülür. Bu ölçü birimine Sievert (Sv) deniyor." Bkz. **Ercan, Ali**, Radyasyon Üzerine Genel Bilgiler, <http://add.org.tr/medyay/radyasyon.pdf> (E.T. 29.5.2018).

²³ **Amy Berrington de Gonza'lez, Mahadevappa Mahesh, Kwang-Pyo Kim, Mythreyi Bhargavan, Rebecca Lewis, Fred Mettler, Charles Land**, Projected Cancer Risks From Computed Tomographic Scans Performed in the United States in 2007, Arch Intern Med, Vol: 169 (No. 22), DEC 14/28, 2009.

2. Defansif Tıbbi Uygulamaların Etkilerine İlişin Değerlendirmeler

Çalışmamız kapsamında yer verilen tüm veriler ve değerlendirmeler dikkate alındığında, gereksiz tıbbi tetkiklere, görüntüleme yöntemlerine, girişimsel uygulamalara, ilaç kullanımına maruz kalan veya gerekli tıbbi girişimlerin zamanında veya hiç uygulanmaması durumlarıyla karşı karşıya kalan hastaların; yaşam, sağlık ve beden bütünlüğü gibi haklarının ihlal edildiği ve bunun da hukuki sonuçlarının olacağı hususunun göz önünde bulundurulması önem arz etmektedir.

Öte yandan her ne kadar defansif tıbbi uygulamaların bir kısmı bazı durumlarda hastanın yararına sonuçlar doğurabilse de burada hekimin belli bir tıbbi prosedürü işletme amacının, hastanın yararından ziyade kendi hukuki güvenliğini sağlamak olması, bu tip uygulamalar bakımından tıp etiği tartışmalarını da beraberinde getirecektir. Nitekim bu tip durumlarda hekim-hasta ilişkisinin temelinde bulunması gereken etik ilkelerden birisi de kuşkusuz, hekimin kendi çıkarları ile hastanın çıkarları arasındaki herhangi bir çatışmayı, hastanın lehine çözmesi gerektiğidir²⁴. Bu bakımdan defansif tıbbi uygulamaların hekim-hasta arasındaki ilişkiyi de olumsuz etkileyeceği açıktır. Zira hasta veya yakınlarından gelebilecek malpraktis iddialarından çekinen hekimin, hekimlik görevini icra ederken hasta yararından ziyade kendi güvenliğini ön plana çıkarması, hastaların uzun, yorucu ve gereksiz bir tıbbi prosedür nedeniyle hem vakit ve enerji kaybı hem de daha yüksek maliyetlerle karşılaşması hekimle hasta arasında olması gereken güven ilişkisini zedeleyecektir²⁵.

II. DEFANSİF TIBBİ UYGULAMALARIN HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

A. GENEL OLARAK HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Sorumluluk hukukunun temel amacı, bir kimsenin malvarlığında veya kişilik değerlerinde, iradesi dışında meydana gelen eksilmenin yani zararın giderilmesidir. Zarar verenin, yerine getirmek zorunda olduğu bu giderim yükümlülüğüne, tazminat yükümlülüğü denilir²⁶. Bu bağlamda hekimin hukuki sorumluluğu, tıbbi faaliyetlerin yürütülmesi esnasında hukuka aykırı olarak verilen zararın giderilmesi yükümlülüğünü ifade eder. Yani hekimin hukuki sorumluluğunun doğması için her şeyden önce, hukuka aykırı nitelikte bir tıbbi müdahalenin söz konusu olması gerekir.

²⁴ Williams, John R., Dünya Tabipler Birliği Tıp Etiği El Kitabı, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, (Çeviri: Dr. M. Murat Civaner), Dünya Tabipler Birliği, 2015, s. 68, Bkz. www.ttb.org.tr (E.T. 3.3.2019).

²⁵ Yılmaz, s. 166-167.

²⁶ Eren, Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükmeler, Yetkin Yayınları, 18. Baskı, Ankara 2015, s. 724, 780.

Hekimin hukuki sorumluluğunun kaynağının belirlenmesi ise, özellikle hekimin tazminat yükümlülüğünün kapsamı, hükümleri ve ispat yükünün dağılımı açısından önem arz etmektedir²⁷. Türk Hukuku'nda, hekimin hukuki sorumluluğuna ilişkin herhangi bir özel düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle hekimin hukuki sorumluluğunun kaynağı ve kapsamı, genel hükümlerden hareketle tespit edilmektedir.

1. Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Kaynağı ve Şartları

Hekimin hukuki sorumluluğu; hekimlik sözleşmesinden, sözleşme öncesi görüşmelerden (culpa in contrahendo), vekâletsiz iş görme veya haksız fiil hükümlerinden kaynaklanabilir²⁸.

Hekimin sözleşmeden kaynaklanan (akdi) sorumluluğundan söz edebilmek için, her şeyden önce bağımsız çalışan bir hekim ile hasta veya hastanın temsilcisi arasında geçerli olarak kurulmuş bir hekimlik sözleşmesi mevcut olmalıdır. Bu sözleşme, doktrinde genel olarak kabul edildiği üzere, bir vekâlet sözleşmesi niteliğindedir²⁹. Anılan sözleşmeyle hekim, öncelikle asli edim yükümlülüğü olan hastalığın teşhis ve tedavisini gerçekleştirmeyi ve bunun yanı sıra, hastayı aydınlatma, sadakat ve özen gösterme, kayıt tutma, sır saklama, gerekli durumlarda hastayı uzmanına göndermek üzere tedaviyi üstlenmekten kaçınma gibi yan yükümlülükleri üstlenirken³⁰; hasta veya temsilcisi ise, bedel ödeme, hekime bilgi verme, hekimin verdiği talimatlara riayet etme ve teşhise yönelik incelemelere katlanma yükümlülüklerini üstlenir³¹.

Hekimin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemesi yani tıbbi müdahalenin, meslek kurallarına uygun, özenli bir şekilde gerçekleştirilmemesi ve bunun sonucunda hastanın yaşam, sağlık ve beden bütünlüğünün ihlal edilmesi halinde hekimin hukuki sorumluluğu doğar³². Yani

²⁷ **Demir, Mehmet**, Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2008, Cilt: 57, Sayı: 3, Sayfa: 225-252, s. 228.

²⁸ **Demir**, s. 228.

²⁹ **Ayan, Mehmet**, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Matbaacılık, Ankara 1991, s. 63; **Demir**, s. 238; **Doğan, Murat**, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Hazırlayan: Mersin Barosu, Ankara 2009, Sayfa: 41-60, s. 41.

³⁰ Anılan yükümlülüklerle ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Ayan**, s. 64 vd.; **Şatır, Nejdet**, Emsal Kararlar Işığında Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Soruşturma Usulleri Yargıtay-Danıştay İçtihatları, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 49 vd.; **Doğan**, s. 44 vd.; **Özçetin, Selvi / Balaban, Murat**, Sağlık Hukuku Güncel Sorun ve Yaklaşımlar Örnek Yargı Kararları, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 217 vd.

³¹ **Fidan, Nurten**, Hekimin Tıbbi Müdahaleleri Nedeniyle Sorumluluğu, TAAD, Cilt: 1, Yıl: 1, Sayı: 3, Ekim 2010, Sayfa: 349-362, s. 354.

³² **Şenocak, Zarife**, Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbi Standartlar ve İspat, Sağlık Hukuku Kurultayı (1-3 Kasım 2007), Ankara Barosu Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2009, Sayfa: 241-254, s. 242.

hekimin sözleşmeden kaynaklanan hukuki sorumluluğu, sözleşmeye aykırılık, kusur, zarar ve kusurlu davranış ile ortaya çıkan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması halinde söz konusu olmaktadır.

Hekimin hukuki sorumluluğunun kaynağını, büyük oranda sözleşme oluşturmakla birlikte, hekimin sözleşme öncesi görüşmeler sırasındaki kusurlu davranışlarından sorumluluğu da söz konusu olabilmektedir³³.

Hekimin özellikle acil durumlarda, zaruret hali içerisinde bulunan bir hastaya yapmış olduğu tıbbi müdahalelerde veya ameliyatın zorunlu bir şekilde genişletilmesi hallerinde hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmaz. Bu hallerde hekimin hukuki sorumluluğu, vekâletsiz iş görme hükümleri (TBK m. 526 vd.) çerçevesinde değerlendirilir³⁴. Nitekim Türk Borçlar Kanunu m. 527’de; vekâletsiz iş görenin her türlü ihmalden sorumlu olacağı düzenlenmiştir bulunmaktadır.

Hekim ile hasta arasında herhangi bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı ve vekâletsiz iş görme hükümlerinin de uygulanamayacağı hallerde, sorumluluk, haksız fiil hükümleri (TBK m. 49 vd.) esas alınarak belirlenir. Ancak hekimin, sözleşmesel bir ilişki içerisinde olduğu durumlarda da haksız fiil sorumluluğu söz konusu olabilir. Hekimin, hekimlik sözleşmesine aykırı davranışlarının, aynı zamanda hastanın yaşam, sağlık ve beden bütünlüğüne yönelik bir müdahale teşkil etmesi dolayısıyla, bu durumlarda hekimin akdi sorumluluğuyla haksız fiil sorumluluğu yarışır³⁵.

Haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, hukuka aykırılık, kusur, zarar ve illiyet bağı şartlarının gerçekleşmesi gerekir. Burada hekimin akdi sorumluluğundaki, sözleşmeye aykırılık kriterine paralel olarak bir hukuka aykırılık unsuru söz konusudur. Nitekim hekimin sözleşmeye aykırı nitelikteki eylemi, çoğu zaman hastanın yaşam, sağlık ve beden bütünlüğünün veya diğer kişilik değerlerinin ihlaline yol açmakta ve sözleşmenin ihlali ile birlikte hukuka aykırılık unsuru da gerçekleşmektedir³⁶.

Hekimin tıbbi faaliyetlerden doğan hukuki sorumluluğu, ilke olarak kusur sorumluluğu esasına dayanır. Kusur, kast veya ihmâl şeklinde ortaya çıkabilir. Kast, özellikle endikasyon bulunmayan hallerde, çeşitli sebeplerle gerçekleştirilen gereksiz tıbbi müdahalelerde söz konusu olabilmektedir. İhmâl ise, geniş anlamda özen eksikliği olarak ifade edilebilir. İhmâlin belirlenmesi bakımından somut olayın özellikleri dikkate alınmak suretiyle ortalama bir

³³ **Demir**, s. 225-226; **Reyhani Yüksel, Sera**, Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl: 2005; Cilt: 21, Sayı: 2, Sayfa: 793-804, s. 794.

³⁴ **Ayan**, s. 113; **Reyhani Yüksel**, s. 794; **Doğan**, s. 43.

³⁵ **Ayan**, s. 116; **Şenocak**, s. 243; **Doğan**, s. 43.

³⁶ **Ayan**, s. 117.

hekimin göstermesi gereken özen esas alınır. Burada hekimin kusuru, objektif kusur olarak kabul edilmektedir. Yani hekim, aynı statüdeki ortalama bir hekimin benzer durum ve koşullar altında sergileyeceği dikkat ve özeni göstermelidir³⁷.

Kaynağı ne olursa olsun, hekimin hukuki sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, bir zarar meydana gelmiş olmalıdır³⁸. Zarar, maddi veya manevi nitelikte olabilir. Tıbbi müdahaleden doğan sorumluluk açısından maddi zarar, hekimin hukuka uygun bir tıbbi müdahale gerçekleştirmiş olsaydı hastanın kavuşacağı sağlık durumu ile gerçekleştirilen hatalı müdahaleden kaynaklanan gerçek sonuçlar arasındaki mali nitelikteki farkı; manevi zarar ise, hatalı tedavinin sonucu olarak hastanın duyumsadığı bedensel ve diğer türden her çeşit acıyı, elemi ifade eder³⁹.

Hekimin hukuki sorumluluğundan söz edebilmek için, hekimin kusurlu davranışı ile meydana gelen zarar arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Hastanın maddi veya manevi varlığında meydana gelen eksilmenin sebebinin hekimin kusurlu davranışı olması halinde nedensellik bağının varlığı kabul edilir.

2. Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartları

Kişinin yaşam, sağlık ve beden bütünlüğü kişilik haklarındandır ve kural olarak bunlara yapılan herhangi bir müdahale kişilik haklarına saldırı niteliğinde olup hukuka aykırıdır⁴⁰. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak kabul edilebilmesi için; tıbbi müdahalenin bir hekim (sağlık meslek mensubu) tarafından yapılması, hastanın aydınlatılmış onamının (rızasının) alınması, tıbbi müdahalenin tedavi amacıyla ve tıp bilimi kurallarına uygun olarak icra edilmesi gerekir⁴¹. Müdahalenin tıp bilimi kurallarına uygun olarak gerçekleştirilmesi; müdahalede bulunabilmek için tıbbi gerekliliğin (endikasyonun) bulunması, tıbben gerekli müdahalenin tıp biliminin verilerine uygun olarak ve özenle gerçekleştirilmesi hususlarını kapsar⁴².

Hekimin gerçekleştirdiği müdahalenin temelinde her ne kadar tıbbi saikler söz konusu olsa da bu durumda nihai olarak kişinin yaşam, sağlık ve beden bütünlüğüne yönelik bir müdahale söz konusudur. Bu müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için, hekim tarafından gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin tıp biliminin verilerine göre gerekli olması ve tıbbi müdahalenin tıp bilimince kabul edilen şekilde ve özenle gerçekleştirilmesi gerekmektedir⁴³.

³⁷ Demir, s. 247.

³⁸ Öztürkler, Cemal, Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 103.

³⁹ Yılmaz, Battal, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 19.

⁴⁰ Belgesay, Mustafa Reşit, Tıbbi Mesuliyet, M. Sıralar Matbaası, İstanbul 1953, s. 62 vd.

⁴¹ Yavuz İpekyüz, Filiz, Hekimin Tazminat Sorumluluğu, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 33, Yıl: 2015, Sayfa: 19-61, s. 22.

⁴² Gökcan, s. 134.

⁴³ Barlıoğlu, Hüseyin Cem, Defansif Tıp Unsuru Olarak Tıbbi Malpraktis, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 57.

Endikasyon; tıbbi bir girişimin, tıp bilimi verileri bakımından gerekli ve zorunlu olarak kabul edilmesi, yani tıbbi girişimde bulunabilmenin haklı sebebi olarak değerlendirilmektedir⁴⁴. Nitekim hekimin belirli bir teşhis veya tedavi sürecini işletmesi için, tabii olarak, bunu haklı kılan bir sebebin, tıbbi bir zorunluluğun bulunması gereklidir^{45, 46}. Anayasamızın 17. maddesinin 2. fıkrasında; tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı ifade edilerek tıbbi zorunluluk yani endikasyon olmaksızın hastaya müdahale edilemeyeceği hususu vurgulanmaktadır.

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m. 13 / f. 3'te de; *"Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak her hangi bir şey yapamaz."* hükmüne yer verilmiş; yine bu doğrultuda Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 12. maddesinde, hastaya tıbbi gereklilikler dışında müdahale yasağının söz konusu olduğu, bu kapsamda hastaya; teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şeyin yapılamayacağı ve talep edilemeyeceği düzenlenmiş bulunmaktadır.

Endikasyon şartının sağlanabilmesi için, bu kavramın tıbbi endikasyonla sınırlı olarak yorumlanmaması, bunun yanı sıra, özellikle estetik ameliyatlar ve sünnet gibi tıbbi müdahaleler açısından psikolojik ve sosyal endikasyonların varlığının kabul edilmesi gerekmektedir⁴⁷.

Endikasyon yalnızca, doğrudan doğruya tedaviye yönelik işlemler açısından değil, teşhis, tedavi, koruma ve takip aşamalarının tümünde söz konusu olmalıdır. Nitekim hekimin doğrudan hastalığın tedavisine yönelik aldığı tedbirler bakımından endikasyon arandığı gibi, hastalığın teşhisi amacıyla

⁴⁴ **Gökcan**, s. 134.

⁴⁵ "Doktor, doktorluk mesleğinin gerektirdiği yükümlülükler ile tıp biliminin geçerli kurallarına uygun olarak müdahale yapmalı, tıbbin ilke ve prensiplerine aykırı teşhis ve tedavi yapmamalıdır. Doktorun müdahalesi öncelikle endikasyon da denilen tıbbi bir gereklilik sebebiyle teşhis, tedavi ve hastalıktan korunma gibi sebeplerle yapılmalıdır. Bu zorunluluk Anayasamızın 17. maddesinde de vurgulanmıştır. Doktor tıptaki bilimsel gelişmeleri takip etmeli, tıbbi müdahaleyi bu güncel bilgiler doğrultusunda gerçekleştirmelidir. Belirtmek gerekir ki, doktorun standartlara ve bilimsel kurallara uygun olarak özenli bir şekilde müdahale yapıp yapmadığı belirlenirken yaptığı müdahale sonucunda hastanın şifa bulması değil, kurallara uygun müdahalede bulunup bulunmadığı göz önüne alınmalıdır." Anılan karar için bkz. Yargıtay CGK., E. 2017/12-271, K. 2017/278, T. 16.5.2017, www.kazanci.com (E.T. 5.5.2019).

⁴⁶ **Hakeri, Hakan**, Tıp Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı, Ankara 2015, s. 265.

⁴⁷ **Barlioğlu**, s. 58; **Hakeri**, 267; **Yücel, Özge**, Medeni Hukuk Bakışıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Editörler: Özge Yücel/Gürkan Sert, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 227

yapılan müdahaleler, tanı konulması aşamasında başvurulacak laboratuvar tetkikleri, tomografi çekilmesi, ultrason tetkiki gibi görüntüleme yöntemleri, hastalığın tedavisine yönelik olarak gerçekleştirilen cerrahi girişimler, hastaya ilaç yazılması gibi tüm tıbbi işlemlerde endikasyonun varlığı aranmalıdır. Uygulamada Alman yargı mercii tarafından verilen bir kararda; herhangi bir endikasyon olmaksızın yaptırılan röntgen çekimlerinin kasten yaralama suçunu oluşturduğuna hükmedilmiş; mahkemece başvuru bilirkişi incelemesi sonucunda; röntgen çekimi nedeniyle insan vücudunun hayat yapısının zarar gördüğü ve hayati öneme sahip fonksiyonlarının etkilendiği, az bir doz ile bile uzun süreli zararlara yol açılabileceği, tümör oluşumuna dahi sebebiyet verilebileceği şeklindeki tespitlerin yer aldığı bir rapor hazırlanmıştır⁴⁸.

Endikasyon, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşullarından biri olarak kabul edilmektedir. Bu bakımdan endikasyon bulunmaksızın gerçekleştirilen tıbbi bir müdahale, hem haksız fiil niteliğinde bir eyleme vücut verir hem de sözleşmeye aykırılık dolayısıyla hekimin hukuki sorumluluğuna yol açar⁴⁹.

Hukuka uygun bir tıbbi müdahaleden söz edilebilmesi için gerekli bir diğer şart, tıbbi gereklilik halinde hekim tarafından gerçekleştirilecek tıbbi müdahalenin, tıp biliminin objektif verilerine, bir diğer ifadeyle, tıbbi standartlara uygun olması ve özenle gerçekleştirilmesidir. Hekimin tıbbi müdahaleyi özenle gerçekleştirme borcu, hekimlik sözleşmesinden doğan borçlarındandır⁵⁰.

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m. 13 / f. 1'e göre; *"Tabip ve dış tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder."* 2. fıkraya göre ise; *"Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldattıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır."* Yine bu doğrultuda Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 11. maddesi gereğince; hastanın, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını isteme hakkı bulunmaktadır. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi⁵¹ m. 4'te de bu husus; *"Araştırma dahil, sağlık alanında her müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir."* şeklinde ifade edilmiştir.

Hekimin mesleki alandaki bilgi ve birikimini; hastanın ve hastalığın durumu ve mevcut koşullar çerçevesinde değerlendirme yapmak suretiyle kullanma

⁴⁸ **Hakeri**, Tıp Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 7. Baskı, Ankara 2013, s. 429.

⁴⁹ **Gökcan**, s. 134; **Hakeri**, s. 429.

⁵⁰ **Hakeri**, s. 273.

⁵¹ Bu Sözleşme, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından, "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun" adıyla ve 5013 Kanun numarası ve 03.12.2003 tarihinde kabul edilmiştir. Bu sözleşme, 20 Nisan 2004 tarih ve 25439 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

yetkisi söz konusudur. Buna hekimin takdir yetkisi denilir. Yani hekim hastalığın teşhis, tedavi ve takibi aşamalarında gerekli gördüğü tıbbi prosedürü işletmek hususunda yetkilidir.

Hekim bu kapsamda, öncelikle hastalığın teşhisine yönelik olarak anamnez alır, gerekli fiziki muayeneyi yapar, lüzumlu gördüğü test ve tetkiklere başvurarak hasta için tıbbi müdahalenin gerekli olup olmadığına karar verir ve gerekli görürse tedaviye yönelik girişimlerde bulunur. Ancak burada önemle vurgulamak gerekir ki; hekimin tıbbi takdir yetkisinin de sınırlarının olduğu hususu gözden kaçırılmamalıdır. Hekimin takdir yetkisi, ancak tıbbi müdahalenin tıp bilimi verileri bakımından gerekli ve zorunlu olması halinde ve tıbbi standartların getirmiş olduğu çerçeve içerisinde söz konusudur⁵².

Hekimin hastalığın teşhisine yönelik olarak seçtiği tetkik ve tahlillerin veyahut hastalığın tedavisi için seçmiş olduğu yöntemin tıbbi standartlara uygun olmaması halinde, hukuka uygun bir tıbbi müdahaleden söz edilemez ve hekimin hukuki sorumluluğu gündeme gelir.

B. DEFANSİF TIBBİ UYGULAMALARDAN HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

1. Genel Olarak

Defansif tıbbi uygulamalar hem evrensel tıp etiği ilkeleri hem hekimin yükümlülükleri hem de temel insan haklarının sağlık hizmetleri alanındaki bir yansıması olarak görülen hasta hakları bakımından önemli ihlallere yol açabilecek nitelikte bazı sonuçlar ortaya çıkarabilmektedir.

Hukuka uygun bir tıbbi müdahaleden söz edebilmek için, tıbbi girişimin, tıp bilimi verileri açısından gerekli ve zorunlu olması yani endikasyon şartının gerçekleşmesi ve tıbbi müdahalenin, tıp biliminin objektif verilerine yani tıbbi standartlara uygun olması gerektiği yukarıda ifade edilmişti⁵³. Defansif tıbbi uygulamaların, en önemli tartışma noktalarından bir tanesi, bu tip uygulamaların, çoğu zaman tıbben gerekli olmamasına rağmen ve olağan tıbbi standartlardan sapmak suretiyle gerçekleştirilmesidir⁵⁴. Bu bakımdan çalışmamızın bu kısmında defansif tıbbi uygulamaların hukuka uygun bir tıbbi müdahalenin şartlarına ne ölçüde uygun olduğu hususu incelenecektir.

2. Pozitif Defansif Tıbbi Uygulamalardan Hekimin Hukuki Sorumluluğu

Pozitif defansif tıbbi uygulamalarda, daha önce ifade edildiği üzere, hekim, gereksiz tıbbi tahlil isteme, hastaya fazladan ilaç yazma, anamnez ve fizik muayene ile tanı konulabilecek bir hastalık için görüntüleme tekniklerine

⁵² **Subaşı, Zeynep Nur**, Hekimin Tıbbi Takdir Yetkisi, IV. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, Editörler: İ. Hamit Hancı ve Yener Ünver, Seçkin Yayınları, Ankara 2018, s. 35.

⁵³ ŞBkz. II-B.

⁵⁴ **Yılmaz/Polat/Kocamaz**, s. 32.

veya girişimsel uygulamalara başvurma, fazladan konsültasyon talebinde bulunma, gerekli olmayan cerrahi girişimlerde bulunma, daha ayrıntılı hasta bilgilendirmesi yapma ve detaylı kayıt tutma, endikasyon olmaksızın hastayı hastaneye yatırarak tedavi etme ve hasta takibini sıklaştırma gibi çeşitli güvence davranışlarına başvurmaktadır.

Hukuka uygun bir tıbbi müdahaleden söz edebilmek için, tıbbi girişimin, tıp bilimi verileri bakımından gerekli ve zorunlu olması gerektiği yani endikasyon şartı, pozitif defansif tıbbi uygulamalarda çoğunlukla göz ardı edilmektedir. Bu tür uygulamalarda, hekim tarafından hastalığın teşhisi, tedavisi ya da takibine yönelik olarak gerçekleştirilen tıbbi işlemlerde bulunması gereken haklı sebebin yerine, hekimin kişisel hukuki güvenlik ihtiyacı geçmektedir. Bu nedenle, pozitif defansif tıbbi uygulamaların çoğunlukla endikasyon olmaksızın gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler kapsamında bulunması nedeniyle, hukuka uygun bir tıbbi müdahalenin şartlarını taşımadığı söylenebilecektir.

Gereksiz tıbbi tetkik ve tahlillere başvurmak gibi bir tıbbi prosedür izlemenin, hastaları hem birtakım mali külfetlere maruz bıraktığı hem ciddi bir zaman ve enerji kaybına sebep olduğu bilinmektedir. Bu kapsamda başvuru işlemlerin ise, çoğunlukla hastaya tıbbi bir fayda sağlamadığı, söz konusu işlemlerin tıbbi bir değer taşımadığı kabul edilmektedir. Bu uygulamalar nedeniyle gereksiz bir tıbbi prosedüre maruz bırakılan hastanın, malvarlığı değerlerinde meydana gelen kayıpların yanı sıra sağlık, yaşam ve vücut bütünlüğü ihlal edilmek suretiyle maddi ve manevi kişilik değerlerine yönelik ihlallerin de ortaya çıkabileceği görülmektedir. Örneğin tıbbi gereklilik olmamasına rağmen gerçekleştirilen girişimsel radyolojik bir müdahale (kolonoskopi, biyopsi gibi) esnasında hastanın organlarından birinin zarar görmesi veya gerekli olmayan bir ilaç kullanımı nedeniyle hastanın ilacın çeşitli yan etkilerine maruz kalması halinde, hekim, hastanın bu müdahaleden kaynaklanan maddi ve manevi zararlarını tazmin yükümlülüğü altına girer⁵⁵. Nitekim bu durumda hekim, kusurlu bir davranışıyla hastaya zarar vermektedir. Endikasyon bulunmaksızın yapılan bu tip tıbbi müdahalelerde, hekimin kasttan dolayı hukuki sorumluluğunun söz konusu olacağı kabul edilmektedir⁵⁶.

Öte yandan hekim ile hasta arasında sözleşmesel bir ilişkinin bulunduğu durumlarda, doktrinde genel olarak kabul edildiği üzere, vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler cari olmaktadır. Vekil, vekâlet sözleşmesiyle yüklendiği iş görme edimini özenle yerine getirmekle yükümlüdür⁵⁷. Öyleyse hekimin

⁵⁵ Yılmaz, s. 216-215.

⁵⁶ Hakeri, s. 390; Gökcan, Hasan Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 134.

⁵⁷ Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara 2012, s. 387 vd.

hastasına karşı üstlendiği iş görme edimi, hastalığın teşhis ve tedavisinin, tıp bilim ve tekniğine uygun⁵⁸ ve özenli bir şekilde yapılmasıdır⁵⁹. Pozitif defansif tıbbi uygulamalara başvuran hekim ise, hastasının menfaatinden ziyade, kendi hukuki güvenliğini ön plana alarak hareket etmektedir. Bu nedenle defansif tıp uygulayıcısı durumundaki hekimlerin, bu uygulamalarla, vekalet sözleşmesinden doğan, vekalet verenin menfaatine uygun bir iş görme edimini yerine getirme yükümlülüğüne aykırı hareket ettikleri; ayrıca üstlendikleri iş görme edimini yani hastalığın teşhis ve tedavisinin tıp bilim ve tekniğine uygun ve özenli olarak gerçekleştirilmesi yükümünü ihlal ettikleri açıktır.

Tıbbi standartların dışına çıkan defansif uygulamaların gerçekleştirilmesi, aynı zamanda, hastanın tıbbi gereklere uygun teşhis ve tedavi, adalet ve hakkaniyete uygun sağlık hizmetlerinden faydalanma, tıbbi özen görme, vücut dokunulmazlığı ve yaşam haklarının ihlali sonuçlarını doğurur⁶⁰.

3. Negatif Defansif Tıbbi Uygulamalardan Hekimin Hukuki Sorumluluğu

Hekimin teşhis veya tedavi aşamasındaki kusurlu davranışının, icrai veya ihmali bir hareketten meydana gelmesi arasında herhangi bir fark yoktur. Hekim tıbben gerekli bir hareketi yapmamak veya tıbben gerekli olmayan bir hareketi yapmak suretiyle kusurlu bir davranış sergileyebilir.

Negatif defansif tıbbi uygulamalar kapsamında değerlendirilen hekimin hukuki sorumluluktan kaçınmak amacıyla hastaya bakmaktan kaçınması, hastayı geremediği halde farklı hekim veya sağlık kuruluşlarına yönlendirmesi ise, özellikle aciliyet arz eden durumlar bakımından hastalığın teşhis ve tedavisinin geciktirilmesi, hastanın yaşam, sağlık ve beden bütünlüğünün

⁵⁸ **Savaş, Halide**, Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları Tıbbi Malpraktis Tıbbi Davaların Seyri ve Sonuçları, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2013, s. 29.

⁵⁹ *“Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumludur. (TBK.400) O nedenle doktorun, meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafifte olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor, hastanın zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Doktor, tıbbi çalışmalarda bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü ihtiyat tedbirlerini alarak yapmak zorundadır. Doktor ufak bir tereddüt gösteren durumlarda bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve orada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı, onu gereksiz risk altına sokmamalı, en emin yolu tercih etmelidir. Gerçekte müvekkil de, mesleki bir iş gören; doktor olan vekilden, tedavinin tüm aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Gerekli özeni göstermeyen bir vekil, TBK. 510.md uyarınca vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.”* Karar için bkz. Yargıtay 13. HD., E. 2016/28450, K. 2018/9152, T. 9.10.2018, www.kazanci.com (E.T. 19.5.2019).

⁶⁰ **Yılmaz-Defansif**, s. 261.

ihmalî davranışlarla ihlal edilmesi sonucunu doğurur.

Hekimlerin görev ve uzmanlıkları ne olursa olsun acil durumlarda, hastaya müdahalede bulunma zorunlulukları söz konusudur. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m. 3 gereğince; *“Tabip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça ilk yardımda bulunur.”* Hekimlerin ancak acil tıbbi bakım ve yardıma ihtiyacı olmayan hastaların tedavisini üstelenmeyi reddetme hakları söz konusudur. Bu bakımdan farklı bir sağlık kuruluşuna veya hekime sevki durumunda telafisi mümkün olmayacak zararların ortaya çıkabileceği acil vakalarda hekimlerin, hastanın hayati bulguları düzelip, nakli mümkün oluncaya kadar gerekli bakımı sağlamak üzere hastayı kabul etmeleri gerekmektedir^{61, 62}.

Danıştay, acil servise başvuran hastaya vaktinde tıbbi destek sağlanmamasından dolayı idareyi kusurlu saymıştır⁶³. Yargıtay tarafından verilen bir kararda da⁶⁴; *“Vekil, hastanın zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumunun gerektirdiği önlemleri eksiksiz bir şekilde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa bir tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddütü ortadan kaldıracak araştırmaları yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmak ve en emin yol seçilmek gerekir. Gerçekten de müvekkil (hasta) mesleki bir iş gören vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat beklemek hakkına sahiptir. Gereken özen görevini göstermeyen vekil, BK 394/1(TBK 510) maddesi hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Aynı hususlar adam çalıştıran sıfatı ile doktorun görev yaptığı sağlık kuruluşları için de geçerlidir.”* ifadelerine yer verilmek suretiyle, hastalığın teşhis ve tedavisinin zamanında yapılmamasının hekimin vekalet sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinin

⁶¹ Demirel, Birol, Hekimin Yasal Sorumlulukları, Gazi Tıp Dergisi, Yıl: 2005, Cilt: 16, Sayı: 3, S. 99-106, s. 101.

⁶² Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m. 25 gereğince; *“Hekim, ancak tıbbi bilgisini gerektiği gibi uygulayamayacağına karar verdiğinde ve hastasının başvurabileceği başka bir hekim bulunduğu durumlarda, hastanın bakımını ve tedavisini üstlenemeyebilir veya tedaviyi yarım bırakabilir. Yukarıdaki koşullarda tedaviyi bırakacak hekim, bu durumu ve hastanın sağlığının tehlikeye düşmeyeceğini hastaya veya yakınlarına anlatır ve onları tıbbi yardımla ilgili başka olanaklar konusunda bilgilendirir. İkinci hekim bulunmadan hekim hastasını bırakamaz. Hekim, tedaviyi üstlenen meslektaşına hasta hakkındaki tüm bilgileri aktarmakla yükümlüdür.”* Bkz. www.ttb.org.tr (E.T. 19.5.2019).

⁶³ Karar için bkz. Danıştay 10. HD., 13.02.2001, 3789/487, Hakeri, s. 575.

⁶⁴ Karar için bkz. Yargıtay 13. HD., E. 2016/4382, K. 2018/10280, T. 6.11.2018, www.kazanci.com (E.T. 19.5.2019).

ihlali sonucunu doğuracağı ifade edilmiştir.

Yargıtay tarafından verilen bir başka kararda ise; kalp krizi geçirmesi üzerine kaldırıldığı hastanedeki nöbetçi hekimlerin, hastaya bakmamaları ve bakım işini birbirleri üzerine atmaları yüzünden geç kalınarak hastanın ölümüyle sonuçlanan olayda, davalı hekimler kusurlu bulunmuş ve ilgili hekimler aleyhine manevi tazminata hükmedilmiştir⁶⁵.

Negatif defansif tıbbi uygulamalar bakımından hekim, tıbbi açıdan gerekli olan tetkikleri yapmamak, hastanın ve hastalığın durumunu değerlendirmemek suretiyle muayene yükümlülüğünü ihlal etmekte, hastalığın teşhisi ve bulguların değerlendirilmesi bakımından gecikmelere sebep olacak nitelikte davranışlara yol açarak hastanın maddi-manevi zararlarının doğmasına sebep olabilmektedir. Örneğin; bir travma hastasındaki iç organ yaralanmasına bağlı kanamanın gerekli tetkiklerin zamanında yapılmaması nedeniyle tespit edilememesi hastanın ölümüyle sonuçlanabileceği gibi, hastanın tedavi sürecini uzatarak zorlaştırabilir. Bu gibi durumlarda da hekim, sergilediği çekinik davranışlar nedeniyle ortaya çıkan maddi ve manevi zararları tazmin yükümlülüğü altına girer.

SONUÇ

Sorumluluk hukukunun temel amacı, bir kimsenin malvarlığında veya kişilik değerlerinde, iradesi dışında meydana gelen eksilmenin yani zararın giderilmesidir. Zarar verenin, yerine getirmek zorunda olduğu bu giderim yükümlülüğüne, tazminat yükümlülüğü denilir. Tazminat yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesi bakımından ise, hekimin hukuki sorumluluğunun kaynağı önem arz etmektedir.

Türk Hukuku'nda, hekimin hukuki sorumluluğuna ilişkin herhangi bir özel düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle hekimin hukuki sorumluluğunun kaynağı ve kapsamı, genel hükümlerden hareketle tespit edilmektedir. Hekimin hukuki sorumluluğu; hekimlik sözleşmesinden, sözleşme öncesi görüşmelerden, vekâletsiz iş görme veya haksız fiil hükümlerinden kaynaklanabilir.

Hekimin hukuki sorumluluğunun kaynağı ne olursa olsun, hekim hastasına karşı tıp biliminin verilerine uygun ve özenli bir tıbbi müdahalede bulunmakla yükümlüdür. Zira kişinin yaşam, sağlık ve beden bütünlüğü kişilik haklarındandır ve bunlara karşı gerçekleştirilen herhangi bir haksız müdahale kişilik haklarına saldırı niteliğindedir ve hukuka aykırıdır. Hekim tarafından yapılan müdahalenin hukuka uygunluk koşulu ise; hastanın tedaviye rıza göstermesi, tıbbi müdahalenin tedavi amacıyla ve tıp bilimi kurallarına uygun

⁶⁵ Yargıtay 4. HD., T. 09.11.1967, 2548 E. / 8440 K., Anılan karar için bkz. Aşçıoğlu, Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993, s. 71.

olarak icra edilmesidir.

Defansif tıbbi uygulamaların, en önemli tartışma noktalarından bir tanesi, bu tip uygulamaların, tıbben gerekli olmamasına rağmen ve olağan tıbbi standartlardan sapmak suretiyle gerçekleştirilmesidir. Defansif tıbbi uygulamalar, çoğu zaman hekimin olası malpraktis iddialarından korunmak amacıyla, hastada bir endikasyon bulunmaksızın çeşitli tıbbi tetkiklere başvurusu veya hekimin hastanın tedavisini üstlenmekten kaçınması şeklinde gerçekleşmektedir. Burada hekimi belirli bir tıbbi prosedürü işletmeye iten faktör, hastanın menfaatinden ziyade kendi hukuki güvenliğidir. Bu bakımdan defansif tıbbi uygulamalar, hem hekimin vekalet sözleşmesinden doğan, vekalet verenin menfaatlerini koruma yükümlülüğüne aykırı bir nitelik taşımakta hem de hekimlik meslek etiği kurallarına uygunluk tartışmalarını beraberinde getirmektedir. Öte yandan hastayla herhangi bir sözleşme ilişkisi içerisinde bulunmayan hekimin de tıbben gerekli olmayan bir tıbbi müdahale uygulaması, hastanın yaşam, sağlık ve beden bütünlüğünün ihlali niteliğinde bir hukuka aykırılığa neden olmakta ve hekimin haksız fiil sorumluluğunu doğurmaktadır.

Defansif tıbbi uygulamaların en önemli paradokslarından birisi, söz konusu uygulamaların, hukuki güvenliğini sağlamak amacıyla buna başvuran hekimi, bir başka yönden hukuki sorumlulukla karşı karşıya bırakacak olmasıdır. Zira olası tıbbi uygulama hatası iddialarını bertaraf etmek için güvence veya çekinme davranışları sergileyen hekim, hastaya tıbbi endikasyon olmaksızın tıbbi müdahalede bulunarak veya tıbbi endikasyon olmasına rağmen hastaya yapılması gereken tıbbi müdahaleyi yapmayarak hekimlik mesleğine ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemektedir. Şüphesiz hekimin temel yükümlülüğü, mesleğini meslek etiği ilkelerine ve hukuk kurallarına uygun olarak icra etmesidir.

Hekimlerin tıbbi sorumlulukları ile ilgili yetersiz bilgi sahibi olmaları, özellikle basın-yayın organlarınca yapılan bazı mesnetsiz haberler nedeniyle kamuoyunda hekimlere yönelik bir baskı oluşturulması, hekimlerin yoğun çalışma temposu ve mesai saatleri, hastaların hekimlere yönelik daha talepkâr ve agresif davranışlar içerisine girmesi gibi faktörler ne yazık ki hekimlerin giderek daha çekinik davranışlar sergilemelerine neden olmaktadır. Hatta yüksek riskli olarak görülen bazı tıbbi ihtisas alanları, artık daha az talep gören, başarılı hekim adayları tarafından çoğunlukla tercih edilmeyen branşlar haline gelmeye başlamış bulunmaktadır. Bu durum da açıkça göstermektedir ki, defansif tıbbi uygulamaların temelini oluşturan çekinik davranışlar, yalnızca mesleğini icra eden hekimler tarafından değil, mesleki faaliyet göstereceği branşı belirleyecek olan hekim adayları tarafından dahi gösterilmektedir.

Defansif tıbbi uygulamalar çoğu zaman hekimin, hastalığın teşhis ve tedavisinin tıp bilim ve tekniğine uygun ve özenli olarak gerçekleştirilmesi

yükümünü ihlal etmesi sonucunu doğurmakta ve hekimin hukuki sorumluluğuna yol açmaktadır. Ancak bu durum hekimleri bu tür uygulamalardan uzaklaşmak yerine tazminat veya cezai sorumluluk kaygısıyla daha fazla güvence davranışlarına yöneltmektedir.

Öte yandan günümüzde hastalar haklarından bahisle, hekimin mesleki alanına girmeye çalışarak kendi istekleri doğrultusunda bir tıbbi müdahale istemeye kadar gidebilecek bir talepkârlık içerisine girmektedirler. Bu durum hekimleri aslında gerekli olmadıklarını düşündükleri belirli tıbbi prosedürleri işletmeye yöneltebilmektedir.

Tüm bu sorunların temelinde hem sağlık sisteminin hem de hukuk sisteminin sadece sonuca yönelmiş olmasının payı elbette çok büyüktür. Hekimin hata yapmasının sonuçları tartışılır ve konuşulurken, hekimin hata yapmasına engel olacak bir sağlık sisteminin nasıl tesis edilmesi gerektiği, hastaların hekime yönelik saldırgan davranışlarının nasıl önüne geçilebileceği, hekimlerin hastanın menfaatini öncelikli olarak düşünmesinin nasıl sağlanacağı, hekimlerin hangi çalışma koşullarında daha verimli bir tıbbi hizmet verebileceği ve bu koşulların sağlanması adına ne gibi çalışmalar yapılabileceği hususları ne yazık ki ihmal edilmektedir. Bu bakımdan hekimlerin uyguladıkları çeşitli tıbbi müdahaleler nedeniyle doğacak hukuki sorumluluk anlayışının hekimler üzerinde bu denli bir baskı unsuru olmaktan çıkarılması, kamuoyundaki tıbbi girişimlerin tüm olumsuz sonuçlarının hekimlerin üzerine yüklenmesi yönündeki yanlış algının yıkılması, hekimlere ve hekim adaylarına yönelik hukuki eğitimlerin genişletilmesi, defansif tıbbi uygulamaların önüne geçmek adına önem arz etmektedir.

KAYNAKÇA

- **Amy Berrington de Gonza'lez, Mahadevappa Mahesh, Kwang-Pyo Kim, Mythreyi Bhargavan, Rebecca Lewis, Fred Mettler, Charles Land,** Projected Cancer Risks From Computed Tomographic Scans Performed in the United States in 2007, Arch Intern Med, Vol: 169 (No. 22), DEC 14/28, 2009.
- **Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan,** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara 2012.
- **Aşçıoğlu, Çetin,** Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993.
- **Ayan, Mehmet,** Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Matbaacılık, Ankara 1991.
- **Aynacı, Yusuf,** Hekimlerde Defansif (Çekinik) Tıp Uygulamalarının Araştırılması, Tıpta Uzmanlık Tezi, Konya 2008.

- **Barlıoğlu, Hüseyin Cem**, Defansif Tıp Unsuru Olarak Tıbbi Malpraktis, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- **Başer, Aysel / Kolcu, Giray / Çığırıl, Yıldırım / Kadıncı, Birsan / Öngel, Kurtuluş**, İzmir Karşıyaka İlçesinde Görev Yapan Aile Hekimlerinin Defansif Tıp Uygulamaları ile İlgili Görüşlerinin Değerlendirilmesi, Smyrna Tıp Dergisi, İzmir 2013.
- **Belgesay, Mustafa Reşit**, Tıbbi Mesuliyet, M. Sıralar Matbaası, İstanbul 1953.
- **Çetin, Gürsel**, Tıbbi Malpraktis, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, Sempozyum Dizisi No: 48, Şubat 2006, Sayfa: 31-42.
- **Demir, Mehmet**, Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2008, Cilt: 57, Sayı: 3, Sayfa: 225-252.
- **Demirel, Birol**, Hekimin Yasal Sorumlulukları, Gazi Tıp Dergisi, Yıl: 2005, Cilt: 16, Sayı: 3, S. 99-106.
- **Doğan, Murat**, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Hazırlayan: Mersin Barosu, Ankara 2009, Sayfa: 41-60.
- **Ercan, Ali**, Radyasyon Üzerine Genel Bilgiler, <http://add.org.tr/medyay/radyasyon.pdf> (E.T. 29.5.2018).
- **Eren, Fikret**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 18. Baskı, Ankara 2015.
- **Fidan, Nurten**, Hekimin Tıbbi Müdahaleleri Nedeniyle Sorumluluğu, TAAD, Cilt: 1, Yıl: 1, Sayı: 3, Ekim 2010, Sayfa: 349-362.
- **Gökcan, Hasan Tahsin**, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.
- **Hakeri, Hakan**, Tıp Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı, Ankara 2015.
- **Hakeri**, Tıp Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 7. Baskı, Ankara 2013.
- **Ogunbanjo, GA / Knapp van Bogaert, D.**, Ethics in Health Care: The Practice of Defensive Medicine, S Afr Fam Pract 2014, Vol: 56, No: 1, Supplement: 1, S6-S8.
- **Özata, Musa / Özer, Kubilay / Akkoca, Yusuf**, Konya İl Merkezinde Çalışan Hekimlerde Defansif (Çekinik) Tıp Uygulamalarının Araştırılması, Gümüşhane Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi (GÜSBD) 2018; 7(1), Sayfa: 132-139.

- **Özçetin, Selvi / Balaban, Murat**, Sağlık Hukuku Güncel Sorun ve Yaklaşımlar Örnek Yargı Kararları, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2015.
- **Öztürkler, Cemal**, Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.
- **Reyhani Yüksel, Sera**, Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl: 2005; Cilt: 21, Sayı: 2, Sayfa: 793-804.
- **Savaş, Halide**, Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları Tıbbi Malpraktis Tıbbi Davaların Seyri ve Sonuçları, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2013.
- **Selçuk, Mehmet / Çınarlı, Serkan / Hızal, Sevinç Arslan**, Çekinik (Defansif) Tıp, İzmir Üniversitesi Sağlık Hukuku Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 6, 2015, Sayfa: 15-48.
- **Selçuk, Mehmet**, Çekinik (Defansif) Tıp, Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2015.
- **Smith, Colleen**, Defensive Medicine: The Effects of Medical Malpractice Tort Law on Physician Behavior, 2008, <http://hdl.handle.net/1961/4817> (E.T. 27.5.2018).
- **Smith, David O.**, The Medical Malpractice Threat: A Study of Defensive Medicine, Duke Law Journal 5, 1971, P: 939-993 (E.T. 28.5.2018).
- **Smith-Bindman, Rebecca / Lipson, Jafi / Marcus Ralph / Kim Kwang Pyo / Mahesh, Mahadevappa / Gould Robert / Berrington de González Amy / Miglioretti Diana L.**, Radiation Dose Associated with Common Computed Tomography Examinations and the Associated Lifetime Attributable Risk of Cancer, Arch Intern Med. 2009;169(22):2078-2086.
- **Solaroğlu, İhsan / İzci, Yusuf / Yeter, H. Gökçe / Metin, M. Mert / Keleş, G. Evren**, Health Transformation Project and Defensive Medicine Practice among Neurosurgeons in Turkey, October 21, 2014, PLoS ONE 9(10): e111446. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0111446> (E.T. 26.5.2018).
- **Subaşı, Zeynep Nur**, Hekimin Tıbbi Takdir Yetkisi, IV. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, Editörler: İ. Hamit Hancı ve Yener Ünver, Seçkin Yayınları, Ankara 2018.
- **Summerton, Nicholas**, Positive and Negative Factors in Defensive Medicine: A Questionnaire Study Ofgeneral Practitioners, BMC, Volume: 310, 7 January 1995, P: 27-29.
- **Şatır, Nejdett**, Emsal Kararlar Işığında Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Soruşturma Usulleri Yargıtay-Danıştay İçtihatları, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

- **Şenocak, Zarife**, Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbi Standartlar ve İspat, Sağlık Hukuku Kurultayı (1-3 Kasım 2007), Ankara Barosu Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2009, Sayfa: 241-254.
- **U.S. Congress**, Office of Technology Assessment, Defensive Medicine and Medical Malpractice, OTA-H--602 (Washington, DC: U.S. Government Printing Office, July 1994).
- **Williams, John R.**, Dünya Tabipler Birliği Tıp Etiği El Kitabı, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, (Çeviri: Dr. M. Murat Civaner), Dünya Tabipler Birliği, 2015, www.ttb.org.tr (E.T. 3.3.2019).
- **Yavuz İpekyüz, Filiz**, Hekimin Tazminat Sorumluluğu, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 33, Yıl: 2015, Sayfa: 19-61.
- **Yılmaz, Battal**, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2017.
- **Yılmaz, Kerem / Polat, Oğuz / Kocamaz, Begüm**, Defansif Tıp Uygulamalarının Hukuksal Açıdan İncelenmesi, TAAD, Yıl: 5, Sayı: 16, Ocak 2014, Sayfa: 19-51.
- **Yılmaz, Kerem**, Defansif Tıp Hekimin Tıbbi Uygulamalarda Sorumluluktan Kaçması Durumunda Ortaya Çıkan Problemler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.
- **Yılmaz, Kerem**-Defansif Tıp, Tıbbi Uygulama Hataları (Yazar: Oğuz Polat), Seçkin Yayıncılık, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2015 (Kısaltılmışı: Defansif).
- **Yücel, Özge**, Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Editörler: Özge Yücel/Gürkan Sert, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

HUKUK YARGILAMASINDA ÖN İNCELEME

Preliminary Examination in Civil Procedures

Adem ALBAYRAK*

Geliş Tarihi: 02.01.2020 Kabul Tarihi: 28.01.2020

ÖZET

Ön inceleme hukuk yargılamasında hem ilk derece yargılamasında hem de istinaf ve temyiz incelemesinde düzenlenen bir hukukî müessese olmakla birlikte ilk derecedeki ön inceleme ile istinaf ve temyiz incelemesindeki ön inceleme hiç de benzer değildir. Ancak amaç yönünden tam bir benzerlik söz konusudur. Zira her üç alanda da ön incelemenin amacı, yargılamanın gecikmemesi ve usul ekonomisine uygun olarak sonuçlandırma hedefini gerçekleştirmektir.

Ön inceleme, dilekçeler aşaması ile tahkikat aşaması arasında ayrı ve bağımsız bir aşama olacak şekilde, beş yargılama aşamasından biri olarak öngörülmüştür. Bu aşamada ilk itirazlar ve dava şartları yönünden dosyanın bir incelemeye tabi tutulması ve tarafların uyumsuzluk içerisinde olduğu konular ile anlaşıkları konuların ayrılarak, delillerin toplandığı ve değerlendirildiği tahkikat aşamasına eksiksiz ve hazır bir şekilde geçilmesi istenmiştir. Ön inceleme kurumu, dilekçelerin karşılıklı verilmesi aşaması tamamlandıktan sonra ve tahkikat aşamasından önce düzenlenmiş, böylelikle hem tarafların, hem taraf vekillerinin hem de hâkimlerin duruşmaya hazırlıklı çıkmaları sağlanmak istenmiştir.

ABSTRACT

Regarding civil proceedings, although the preliminary examination is a legal stage that is set forth both in the first instance trial and, appeal and appeal examination, the preliminary examination in relation to the first instance and, the preliminary examination in relation to the appeal and appeal examination are not at all similar. However, there is a similarity in terms of their purpose. The aim of the preliminary examination in all three areas is to ensure that the proceedings are not delayed and finalized in accordance with the procedural economy.

The preliminary examination is determined as a separate stage between the petitions stage and the investigation stage as one of the five proceeding stages. At this stage, it is aimed that the file be subjected to an examination in terms of the first objections and cause of actions and that the issues which the parties agree on and could not agree on are separated, and in a nutshell, it is aspired to proceed to the investigation stage, in which the evidence is collected and evaluated, in a fully ready manner.

* Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Üyesi, e-posta:ademalbayrak@yargitay.gov.tr, ORCID ID:0000-0003-0320-8619.

Ön inceleme kurumu, dilekçelerin karşılıklı verilmesi aşaması tamamlandıktan sonra ve tahkikat aşamasından önce düzenlenmiş, böylelikle hem tarafların, hem taraf vekillerinin hem de hâkimlerin duruşmaya hazırlıklı çıkmaları sağlanmak istenmiştir. Ön inceleme duruşmasında tahkikat aşamasına geçilmeden gerekli hazırlıkların bitirilmesi, dava şartları ve ilk itirazlar hakkında gerekli kararların verilmesi, tarafların sulh ve arabuluculuğa teşviki sağlanacak, bundan sonra tarafların uyuşamadıkları konuların belirlenmesi ve tahkikata geçilerek yargılamanın makul sürede sonuçlandırılması sağlanmış olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ön İnceleme, Dava Şartları, İlk İtirazlar, Sulh ve Arabuluculuğa Teşvik, Tahkikat, İstinaf, Temyiz.

The preliminary examination stage is arranged after the completion of the reciprocal application of the petitions and before the investigation stage, so it is intended that both the parties, their representatives and the judges to be prepared for the hearing. At the preliminary examination hearing, the incentives of the parties for settlement and mediation will be ensured when the necessary preparations will be completed without proceeding to the investigation stage and the necessary decisions will be made on the cause of actions and the first objections. After this stage, the issues that the parties cannot agree on will be determined and by proceeding to the investigation stage, the proceedings will be concluded in a reasonable time.

Keywords: Preliminary Examination, Causes of Action, Preliminary Objections, Incentive to Compromise.

GİRİŞ

Temel bir hak olarak kabul edilen adil yargılanma hakkı, yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmasını, bu surette bireylerin haklarına mümkün olan en kısa sürede kavuşmalarını da içermektedir. Bu bağlamda çağdaş hukuk devletinde, devletin temel hizmetlerinden birisi olarak yargı hizmetleri ve adalet dağıtımı, yargılama faaliyetinin hızlı bir şekilde gerçekleştirilip, hak arayanların makul sürede haklarına kavuşmalarının sağlanmasını gerektirmektedir. Ancak ne var ki ülkemiz hukuk sisteminde yargılama faaliyetinin uzun sürmesi ve dolayısıyla adalet dağıtımı hizmetlerinde yaşanan gecikmeler, öteden beri bilinen ve çözüm önerileri sunulan en önemli sorunlarından birisi olmuştur. Bu doğrultuda, yargılamaların daha hızlı sonuçlandırılmasını sağlamak suretiyle, adil yargılanma hakkı çerçevesinde bireylerin makul sürede haklarına kavuşabilmeleri amacıyla, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun getirdiği en önemli yeniliklerden birisi de, yeni bir yargılama aşaması olarak ön inceleme aşamasıdır¹.

Öğreti ve uygulamada, ön inceleme aşaması genel olarak olumlu karşılanmış olmakla birlikte, teori ve pratikte ortaya çıkabilecek birtakım sorunlara da değinilmiştir. Bu bağlamda, ön inceleme aşamasının, Kanun'un 2020 yılı itibariyle yaklaşık dokuz yıllık uygulanma sürecinde ortaya çıkan tecrübeler ve öğretide yapılan değerlendirmeler ışığında, kurumun amacına ulaşabilmesi bakımından, özellikle ilk derece ve kanun yollarına ilişkin yargılama faaliyetinde hangi usul ve esaslar dairesinde anlaşılması ve gerçekleştirilmesi gerektiği önem arz etmektedir. Bu itibarla elinizdeki makalenin konusu; gerek taraflar ve vekilleri gerekse de hâkim tarafından ön inceleme aşamasında yapılabilecek ve/veya yapılması gereken işlemler, hâkim tarafından verilmesi gerekli kararlar ile bu işlem ve kararların sonuçlarının ilk derece yargılaması, istinaf ve temyiz kanun yolu aşamaları bakımından incelenmesidir.

I. İLK DERECE MAHKEMESİNDE ÖN İNCELEME

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yargılama genel olarak beş aşamadan oluşturulmuştur. Bu aşamalar;

- a) Dilekçelerin Teati Aşaması, bir başka deyişle Dilekçeler Aşaması (118. vd. maddeleri)
- b) Ön inceleme Aşaması (137-142. maddeler arası)
- c) Tahkikat Aşaması (143-148, ispat 187-293. maddeler arası)

¹ ERMENEK, İbrahim; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Ön inceleme, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 1, Yıl: 2011, s. 139 – 177, s. 144; TOPEL ÇELİKOĞLU, Cengiz; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yargılama Modelinde Ön inceleme Safhası, e-akademi, Temmuz 2012, S. 125, s. 1-65, s. 6 vd. <http://e-akademi.org/makaleler/ctcelikoglu-1.pdf>, E.T. 17.01.2020; TUTUMLU, Mehmet Akif; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Yeni ve Değişik Hükümlerinin Yorumu, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2012, s. 174.

d) Sözlü Yargılama Aşaması (184-186. maddeler)

e) Hüküm Aşaması (294 vd. maddeler)

Bu aşamalardan ön inceleme asıl konumuzu teşkil etmektedir.

A. Genel Olarak

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile usûl hukukumuzda yeni ve önemli bir kurum olarak yargılamada ön inceleme safhası dâhil edilmiştir. Bu kurum ile yavaş işleyen yargıyı hızlandırmak ve davaları kısa süre içinde bitirmek mümkün hâle gelmiştir. Davaların, ön inceleme safhası sayesinde; *“gecikmiş adalet, adalet değildir”* genel eleştirisinin ön inceleme ile artık büyük ölçüde ortadan kalkacağını iddia etmek hiç de yanlış olmayacaktır. Ön inceleme, yargılamayı hızlandıracak bir aşama olarak öngörülmüş ve bu şekilde kanuni düzenlemeye tabi tutulmuştur.

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde yargılama dört aşamadan ibaret iken, bir aşama tamamlanmadan diğer aşamaya geçilmekte ve tüm aşamalar birbirinin içerisine geçmiş vaziyetteydi. Aşamalar arasında geçişler net olarak ayrılmadığından, yargılamalar olması gerekenden uzun sürüyor ve yargılama sırasında çoğu duruşmada yargılamanın seyrine etki etmeyen işlemler yapılmakta, bu hususlar ise hâkimler ve avukatlar açısından zaman kaybından başka bir işe yaramamaktaydı. Öyle ki bazen aylarca bekledikten sonra yapılan duruşmada, tapu sicil müdürlüğünden müzekkere cevabının beklenmesi ya da aynı adliye içerisinde bulunan başka bir mahkemeden istenilen dosyanın gelmemiş olması nedeniyle yeniden celbi için işlemler yapılabilmekteydi. Dilekçeler aşamasının sona ermesinden önce hemen dava dilekçesi ile birlikte duruşma günü verilerek yapılan duruşmada taraf vekillerinin *“dava, cevap, cevaba cevap, 2. cevap ya da beyan dilekçelerimi tekrar ederim”* şeklindeki beyanları ile geçirtilen duruşmalar yapılmakta ve bu duruşmalar yargılamanın seyrine olumlu katkı yapmayan göstermelik işlemler olarak ortaya çıkmaktaydı. Duruşmalar toplanan delillerin tartışıldığı aşama olmaktan çıkıp, delillerin toplandığı gereksiz zaman dilimleri haline dönüşebiliyordu. Bu tür sakıncaları gözetken kanun koyucu dört aşamadan oluşan (dilekçeler, tahkikat, sözlü yargılama ve hüküm aşaması) yargılama aşamalarına yenilik olarak HMK ile ön inceleme kurumunu ilave etmiş ve yargılama beş aşamadan oluşacak şekilde düzenlemiştir. Ön inceleme aşaması, tahkikat aşamasının düzenli ve sıkı bir disiplin içinde yürütülmesini sağlamaktadır. Ön inceleme aşaması ile adeta tahkikatın temelleri atılmakta ve kanuna uygun biçimde yapılan ön inceleme hâkim ve tarafların iyi bir hazırlık içerisinde tahkikata girmelerini sağlayıcı rol oynamaktadır.

Ön inceleme kurumunun getirilme nedenleri Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Genel Gerekçesinde² şöyle belirtilmektedir. *“Uygulamada en çok şikâyet edilen ve yargılamanın gecikmesi sebebi olarak gösterilen önemli bir husus, mahkemelerce tam hazırlık yapılmadan tahkikata başlanmasıdır. Çoğu kez, taraflar delillerini tam olarak göstermeden ve dilekçelerine eklemekten, mahkeme de delilleri tam olarak toplamadan tahkikata başlamaktadır. Delillerin ve hukuki uyumsuzluğun tartışılması için yeterli hazırlık yapılmadan tahkikata başlandığında, istenen sonuç elde edilememekte, tahkikat, delillerin toplanması için gereksiz yere uzamaktadır. Bunun yanında, mahkemelerce, yeterli hazırlık yapıp dosyalar incelenmediğinden ve taraflar da bu konuda gerekli açıklamaları tam olarak yapmadıklarından, yargılamanın başında karar verilmesi gereken, usule ilişkin dava şartları ve ilk itirazlar hakkında davanın sonunda karar verilebilmektedir. Örneğin, iki yıl süren bir davanın sonunda, bazen mahkemenin görevsizlik ya da yetkisizlik kararı verdiği veya zamanaşımı gerekçesiyle davayı reddettiği görülebilmektedir. Dilekçelerin karşılıklı verilmesi aşaması tamamlandıktan ve tarafların elinde bulunan delillerin mahkemeye sunulmasından, elde olmayanların ise masrafları ödendikten ve nereden getirtileceğine ilişkin bilgiler verildikten sonra, tahkikatın başlatılması amaçlanmıştır. Buna bağlı olarak, tahkikatın, amacına uygun olarak, sadece uyumsuzluğun ve uyumsuzluğa ilişkin delillerin incelendiği ve tartışıldığı bir aşama hâline getirilmesi; bunun için de tarafların anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususların tahkikat başlamadan tam tespiti gereklidir. Ayrıca, işin esasına girilmesi gerekli olmayan, usule ilişkin kararlarla sürelerle ilişkin kararların da başlangıçta verilmesi, birçok uyumsuzluğun baştan hâlli sonucunu doğuracaktır. Bu aşamada, uyumsuzluk konuları tam ve açık olarak tespit edilmiş olacağından, tarafların durumlarını gözden geçirerek sulh olmaları da daha kolay hâle gelebilecektir. Bu aşamanın diğer bir olumlu yönü ise uyumsuzluk noktaları kesin olarak tespit edildiğinden, inceleme ve hukukî tartışma da bu noktalara münhasır olarak yapılacak, gereksiz işlemlerin ve zaman kaybının önüne geçilmiş olacaktır. Ön incelemenin amacına uygun yapılması, taraflar arasında sulh imkânını artıracak, hatta yargılama dışı uyumsuzluk çözüm yollarıyla da bağlantılı olarak tarafların doğrudan ya da arabulucu yardımıyla uyumsuzluğu çözmelerinin yolunu açacaktır. Taraflar sulh olmadıklarında ise tahkikat için tüm hazırlıklar yapılmış olduğundan, tahkikatta sadece tanık dinlenmesi, bilirkişiye başvurulması ve keşif gibi usul işlemleri gerçekleştirilecek, tahkikatın arka arkaya yapılacak birkaç oturumda da tamamlanması mümkün olabilecektir. Bu aşamanın, ön inceleme olarak ifade edilmesinin sebebi, dilekçelerden sonra, mahkemece yapılacak ilk*

² Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı 393, s. 6, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf>, E.T. 17.01.2020.

inceleme aşaması olması, ancak işin henüz esasına tam olarak girilmemesidir. Bu aşama, tahkikat olmadığından tahkikat ifadesi de kullanılmamıştır. Çünkü, bu aşamada bir ön tahkikat ve benzeri işlemlerden daha çok, tahkikattan önce yapılması gereken işlemler tamamlanmaktadır. Bu bölüm, ...yeni olmakla birlikte, hukukumuzda tamamen yabancı da değildir. Nitekim istinaf aşamasında ön inceleme kabul edilmiştir. Yine temyiz aşamasında da işin esasına girilmeden ön inceleme yapılmaktadır.”

Gerekçede açıkça belirtildiği üzere, ön inceleme, yargılamanın beş aşamasından biri olarak, dilekçeler aşaması ile tahkikat aşaması arasında ayrı bir aşama şeklinde öngörülmüştür. Bu aşamada ilk itirazlar ve dava şartları yönünden dosyanın bir incelemeye tabi tutulması ve tarafların uyuşmazlık içerisinde olduğu konular ile anlaşılan konuların ayrılması, deyim yerinde ise delillerin toplandığı ve değerlendirildiği tahkikat aşamasına eksiksiz ve hazır bir şekilde geçilmesi amaçlanmıştır.

Ön inceleme kurumu, dilekçelerin karşılıklı verilmesi aşaması tamamlandıktan sonra ve tahkikat aşamasından önce düzenlenerek hem taraf ve vekillerinin hem de hâkimlerin tahkikat duruşmalarına hazırlıklı çıkmaları sağlanmak istenmiştir. Ön inceleme duruşmasında tahkikat aşamasına geçilmeden gerekli hazırlıkların bitirilmesi, dava şartları ve ilk itirazlar hakkında gerekli kararların verilmesi, tarafların uyuşmadıkları konuların belirlenmesi, tarafların sulh ve arabuluculuğa teşviki sağlanması gerçekleştirildikten sonra tahkikata geçilecektir. Böylelikle tahkikatta tarafların uyuşmadıkları konular üzerinde yoğunlaşmak suretiyle yargılamanın makul sürede sonuçlandırılması sağlanmış olacaktır³. Ön inceleme kurumunun getirilmesi ile yargılamanın 3’üncü ya da 5’inci yılında, yani çok geç olarak verilen görevsizlik, yetkisizlik, birleştirme ve sair usûle ilişkin kararlar verilmesi tarihe karıştırılmak istenmiştir. Davanın esasına girilmesi için gerekli olan olumlu ve olumsuz dava şartlarının, bir başka deyişle yargılama engellerinin varlığı ya da yokluğunun davanın başında açıklığa kavuşturulması ve buna göre ya karar verilmesi ya da yargılamanın esasına girilmesi ve böylelikle hızlı bir yargılama yapma imkânının ortaya çıkması sağlanmak istenmiştir⁴.

³ PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet; Medeni Usul Hukuku, On iki Levha Yayıncılık, 7. Baskı, İstanbul 2019, s. 274 vd.; ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin; Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 423-424; ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel; Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara 2019, s. 362-363; GÖRGÜN, L. Şanal / BÖRÜ, Levent / TORAMAN, Barış / KODAKOĞLU, Mehmet; Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2019, s. 322; TANRIVER, Süha; Medeni Usul Hukuku, C. 1, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 687 vd.

⁴ ÖZEKES, Muhammet; Pekcanitez Usul, Medeni Usul Hukuku, C. 2, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 1271 vd.

B. Ön İncelemenin Kapsamı

Ön inceleme, yazılı yargılama usulü bakımından HMK m. 137 ilâ 140 arasında, basit yargılama usulü bakımından ise HMK m. 320’de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Yazılı yargılama usulü ile basit yargılama usulünde ön inceleme açısından çok da farklı bir düzenleme söz konusu değildir. İki yargılama usulü arasındaki en önemli fark; basit yargılama usulünde ön inceleme ile tahkikatın birleştirilmesi mümkün iken yazılı yargılama usulünde kural olarak mümkün değildir. Anlatımlar yazılı yargılama usulü üzerinden yapılacak olup, basit yargılama açısından ön incelemede HMK m. 320’nin uygulanacağını vurgulanması ile yetinilecektir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 141 ve 142’de ise ön inceleme aşamasına yardımcı hükümler düzenlenmiştir.

1. Ön İncelemede Yapılamayacak İşlemler

Ön incelemenin asıl işlevi, uygulamada birbirinin içine geçirilmiş aşamaların ayrılması bağlamında ortaya çıkmaktadır. Zira ön inceleme aşamasına kadar dilekçeler tamamlanmış ve tahkikat aşamasında toplanması gerekenler dışında kalan deliller toplanmış olacak, böylece artık tahkikat aşamasında kural olarak delil toplanması söz konusu olmayacağından, duruşmalar delillerin tartışıldığı oturumlar hâline gelmiş bulunacaktır⁵.

Bu çerçevede ön inceleme duruşmasında tahkikat işlemleri yapılamaz, tahkikata götüren hazırlık işlemleri yapılır. Tahkikat aşamasından farklı olarak ön inceleme aşamasında işin esasına girilmeyeceğinden, kural olarak delillerin incelenmesi söz konusu olmayacaktır⁶. Bu aşamada delillerin toplanması için hazırlık işlemleri yapılacak ve bu sayede dosyanın tekemmül etmesi sağlanacaktır⁷. Nitekim gerekçede de belirtildiği üzere; ön inceleme aşamasında tanık dinleme, belge inceleme, bilirkişi incelemesi, keşif ve yemin gibi tahkikat işlemleri yapılamayacaktır. Özetle, ön inceleme aşamasında delil toplanması ya da delil değerlendirilmesi söz konusu olmayacaktır.

2. Ön İncelemede Yapılacak İşlemler

Ön incelemede, HMK 137. ve 140.madde düzenlemelerine uygun olarak işlemlerin yapılması önem arz eder. Hâkim, ön inceleme aşamasında hazırlık işlemlerini yapar, tarafların dilekçelerini ve eklerini inceler, uyuşmazlık konularını tam olarak belirler (m. 137).

a) Mahkeme öncelikle dava şartlarını (m. 114) inceler (m. 138). Dava şartları, mahkemenin kendiliğinden araştırması gereken hususlardandır (m. 115). Dava şartlarının hangi sırayla inceleneceğine dair açık bir kural bulunmamakla

⁵ ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 1282.

⁶ ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 1287 vd.;

⁷ ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 423; TANRIVER, s. 688.

birlikte, mahkemenin HMK m. 114 çerçevesinde belirlenen sırayı izlemesinin, mantık açısından doğru olacağı kanısındayım. Nitekim anılan maddenin (a), (b), (c) ve (ç) bentlerinde mahkemeye ilişkin, (d),(e) ve (f) bentlerinde taraflara ilişkin ve (g), (ğ), (h), (ı) ve (i) bentlerinde ise dava konusuna ilişkin dava şartları sıralanmış bulunduğundan, inceleme yapılırken de bu sıranın nazara alınması gerektiği Yargıtay uygulamaları ile kabul edilmiş durumdadır. Keza öğretide dava şartlarının incelenmesi bakımından sıralamanın, bir dava şartının yokluğunun, diğer dava şartının incelenmesini gereksiz kılıp kılmadığının tespit edilerek, eğer gereksiz hâle getiriyorsa önce o dava şartının incelenmesi suretiyle yapılması gerektiği ifade edilmektedir⁸. Örneğin hem kesin yetki hem de kesin hüküm yönünden bir itiraz var ise (itiraz olmasa bile dava şartı olduklarından resen dikkate alınacağından) önce kesin yetki, sonra da kesin hüküm konusu değerlendirilecektir. Şayet mahkeme yetkili değil ise, yetkisizlik kararı verilip dosya kesin yetkili mahkemeye intikal ettikten sonra, bu mahkeme tarafından kesin hüküm konusunda karar verilecektir. Zira, kesin yetki HMK m. 114/1, (ç) ile mahkemeye ilişkin dava şartı olarak, kesin hüküm ise aynı maddenin (i) bendinde davaya ilişkin dava şartı olarak düzenlenmiştir.

Mahkeme dava şartı eksikliğini tespit ederse, bu dava şartı eksikliğinin giderilmesinin mümkün olup olmadığına, bir başka deyişle dava şartının tamamlanabilir olup olmadığına bakılır. Eksikliğin giderilmesinin mümkün olmaması halinde, davanın usulden reddine karar verilir. Eksikliğin tamamlanması mümkün ise, ilgili tarafa bir kanun hükmü ile belirlenmişse Kanunun tayin ettiği bu kesin veya bir kanun hükmü ile belirleme yapılmamış ise hâkimin takdir ettiği kesin bir süre verilir. Bu şekilde belirlenen sürede eksiklik giderilmezse davanın usulden reddine karar verilir (m. 115/2).

Dava şartları tamamlanabilir dava şartları ve tamamlanamaz dava şartları olarak bir ayrıma tabi tutulabilir. Örneğin; HMK 114/1, (f) bendinde düzenlenen “*vekil aracılığıyla takip edilen davalarda, vekilin davaya vekâlet ehliyetine sahip olması ve usulüne uygun düzenlenmiş bir vekâletnamesinin bulunması*” ve (g) bendinde düzenlenen “*davacının yatırması gereken gider avansının yatırılmış olması*” tamamlanabilir dava şartlarıdır. Buna karşılık (h) bendinde düzenlenen “*davacının, dava açmakta hukuki yararının bulunması*”⁹, (ı) bendinde düzenlenen “*aynı davanın, daha önceden açılmış ve hâlen görülmekte olmaması*” ve (i) bendinde düzenlenen “*aynı davanın, daha önceden kesin hükme bağlanmamış olması*” tamamlanamaz dava

⁸ PEKCANİTEZ, Hakan; Pekcanitez Usul, Medeni Usul Hukuku, C. 2, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 954; PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 211.

⁹ Ancak Yargıtay yeni tarihli kararları ile özellikle belirsiz alacak davası bakımından hukukî yararın tamamlanabilir dava şartı olarak kabul etmektedir. Bkz. Yargıtay HGK, 16.05.2019 T. 2016/22-1166 E ve 2019/576 sayılı karar. Söz konusu karar için bkz. ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 339.

şartlarındandır. Buna göre tamamlanabilir dava şartlarında süre verilerek dava şartının tamamlanması ve yargılamaya devam edilmesi, tamamlanamaz dava şartı eksikliğinde ise HMK m. 115/2 uyarınca davanın dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmesi gerekir.

b) Dava şartlarının incelenmesinden ve eksikliğin bulunmadığının tespitinden sonra varsa ilk itirazlar (m. 116) incelenir (m. 117/2). İlk itirazlar mahkemece kendiliğinden göz önüne alınacak hususlardan değildir. Davalı tarafından (m. 117/1) ileri sürülmedikçe dikkate alınamaz¹⁰.

Ön inceleme aşamasında başlangıçta dava şartlarının incelenmesi, dava şartlarına istinaden ilgili esasın kapatılmasını gerektirir bir karar verilmemiş ise bu kez varsa ilk itirazların incelenmesi gerekir. Hukukumuzda asliye hukuk mahkemeleri ile asliye ticaret mahkemeleri arasındaki ilişki iş bölümü ilişkisi olmaktan çıkarılarak görev ilişkisi hâline getirildiğinden¹¹ HMK 116/1, (c)'de düzenlenen iş bölümü itirazı anlamını kaybetmiştir. Bu kapsamda sadece tahkim ve kesin olmayan yetki hâllerindeki ilk itirazların incelenmesi gerekecektir. Bu noktada yapılacak ilk kanun değişikliği sırasında, artık deyim yerindeyse ölü bir hüküm hâlini almış HMK 116/1, (c) bendinin kanundan çıkarılması yerinde olacaktır.

c) Mahkeme, tarafların dilekçelerinde ileri sürdükleri iddia ve savunmaları inceleyerek, tarafların üzerinde anlaştıkları ve anlaşmadıkları konuları tespit eder.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık konuları ön inceleme aşamasında belirlenir. Ön inceleme aşamasının yargılamayı hızlandırmak açısından en önemli faydası bu noktada olacaktır. Taraflar, biraz da iddianın ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının baskısı sebebiyle, dilekçeler teatisi aşamasında pek çok vakıyı davaya taşırlar. Tahkikatın konusu tarafların getirmiş olduğu söz konusu vakıaların gerçekliğinin araştırılmasıdır. Fakat tarafların getirmiş olduğu her vakia açısından tahkikata ve dolayısıyla ispat faaliyetine ihtiyaç olmayabilir. Mahkemenin hem talebin hem de savunmanın ne olduğunu ve bunların dayanağı olan vakıaları tespit etmek suretiyle tahkikat için bir ayıklama yapması gerekir¹².

Taraflar ön inceleme duruşması sırasında dinlenilirken HMK madde 29'da ifade edilen dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü altındadırlar¹³. Bu hükme göre taraflar, davanın dayanağı olan vakıalara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir şekilde yapmakla yükümlüdürler. Doğruyu söyleme ödevi tarafların yargılamadaki yükümlülüklerinden biridir. Hukukun

¹⁰ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 340-341.

¹¹ PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 84.

¹² ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 424; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 363-364;

¹³ ERMENEK, s. 158.

temel ilkelerinden biri olan dürüstlük kuralına yargılama sırasında da riayet edilmelidir¹⁴. Bu yükümlülüğün ana noktaları vakıalar ve delillerdir. Bu noktada taraflar, hem kendi menfaatlerine hem de aleyhlerine olan hususları ileri sürüp sürmemekte serbesttir ancak gerek kendilerine, gerek karşı tarafa ilişkin hususlarda yaptıkları açıklamalarda mahkemeyi yanıltmamaları gerekir¹⁵.

Bu anlamda ön inceleme aşamasında tarafların iddia ve savunmaları kapsamında anlaştıkları ve uyuşmazlık içerisinde oldukları hususların tam ve iyi belirlenmesi çok önemlidir. Bu noktada ön incelemenin kanunun amacına uygun şekilde yapılması, yasak savma cinsinden diğer bir ifadeyle “*yapmış olmak için yapmanın*” doğru olmadığını belirtmeliyiz. Bu durumun kanun yolu incelemesinde usul eksikliği sayılabileceği ve mahkemelerin denetimlerinde olumsuz değerlendirilebileceği ifade edilmelidir. Uygulamada ön inceleme yapılırken taraflar arasındaki uyuşmazlığın itirazın iptali olduğu, alacak olduğu, tapu iptali ve tescil olduğu, boşanma olduğu gibi kanunun amacına uygun olmayan şekilde ön incelemeler yapıldığı bilinmekte olup, bunun kanun yolu aşamasında olumsuz değerlendirilebileceği gibi açık kanun hükmüne aykırı olduğundan sorumluluk gerektirebileceği de gözden uzak tutulmamalıdır. Amaca hizmet etmeyen şekilde yapılan belirlemeler kanunun ruhuna ve kanun koyucunun amacına hizmet etmemektedir. Ön inceleme tutanağının yargılamanın adeta yol haritası olduğu akıldan çıkarılmadan, yargılama ve kanun yolu aşamalarında ortaya çıkacak bir çelişkidenden ön incelemedeki beyanların sorunu çözebileceği şekilde belirleme yapılması son derece yerinde olacaktır. Bu kapsamda kanun yolu incelemesi yapan bölge adliye mahkemeleri ve Yargıtay tarafından not takdir edilirken ön incelemenin iyi yapılıp yapılmadığının ölçü olarak alınması, mahkemelerin denetiminde denetimi yapan müfettişlerin ön incelemeye özel bir önem vererek bu konu üzerinde hassasiyetle durmaları, sistemin iyi işlemesi açısından yararlı olacaktır. Hâl böyle olmakla birlikte ön incelemenin hiç ya da gereği gibi yapılmamasının müeyyidesi ne yazık ki kanunda açıkça öngörülmemiştir. Ancak açık düzenleme olmaması kanunun emredici hükmünün uygulanmasının gerekmediği şeklinde yorumlanamaz. Aksine, kanunun ruhuna uygun şekilde ön incelemenin yapılması tüm hâkimler için yasal bir zorunluluktur. Yargıtay da ön incelemenin hiç yapılmamasını bozma sebebi yapmaktadır¹⁶.

¹⁴ ARSLAN, Ramazan; Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, S Yayınları, Ankara 1989, s. 49 vd.; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 163; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 120 vd.

¹⁵ ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 121; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 164; TANRIVER, s. 688.

¹⁶ “... Dosyanın incelenmesinde; yargılamanın 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 137 ve devamı maddeleri hükümlerine aykırı olarak mahkemece usulüne uygun şekilde tarafların ön inceleme duruşmasına davet sağlanmadan, iddia ve savunmaları kapsamında uyuşmazlık konuları hakkında belirleme yapılmadan, tahkikat ve sözlü yargılama

d) Ön inceleme aşamasında ayrıca, üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konularda taraflar, ön inceleme duruşmasında sulh (m. 313) ve arabuluculuğa (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu) teşvik edilir. Kanun, ön inceleme aşamasında tarafların sulh ve arabuluculuğa teşvik edilmesine özel bir önem vermiş ve uyuşmazlığın tarafların iradesi ile bir an önce sonuçlandırılmasını ve toplumsal barışa katkı vermelerini istemiştir.

Ön incelemenin diğer bir amacı da mahiyeti icabı uygun olan davalarda tarafları sulh ve özünde sulhu hedefleyen bir kurum olan arabuluculuğa gitmeye teşvik etmek, böylelikle onlar arasında bir anlaşma sağlanmasına uygun ortamı oluşturmak suretiyle uyuşmazlığın daha ileri aşamalara gitmeden çözüme kavuşturulmasını sağlamaktır. Hâkimin ön inceleme aşamasında tarafları sulh ve arabuluculuğa teşvik etmesi, takdir yetkisinde olan bir husus değil, bilakis kendisine yüklenmiş bir görevdir¹⁷. Hâkimin bu ödevi yerine getirirken kanunun emrini yerine getirmiş olmak için görünüşte teşvik etmek yerine, sulh ve arabuluculuğun yararları ve ilkeleri bazında kısa açıklamalar yapmak suretiyle tarafların uyuşmazlığı bu yollarla çözmesi konusunda çaba göstermesi önem arz etmektedir. Nitekim Yargıtay da 15. Hukuk Dairesi'nin 04.07.2017 tarih, 2016/3484 Esas, 2017/2734 Karar sayılı ilâmında bu hususu açık ve net bir şekilde vurgulamaktadır¹⁸. Uygulamada genellikle iş yoğunluğu gerekçesi ile “*kes yapıştır*” şeklinde tutanak tutularak bu görevin yerine getirilmiş gibi yapıldığı gözlemlenmekte olup, özellikle bu hususun hâkimlerce önemszenmesi ve tarafların veya vekillerinin kısa ve özlü bilgilerle bu yolların anlatılması suretiyle aydınlatılması ve ciddi bir teşvik yapılması yerinde olacaktır¹⁹.

Sulh ve arabuluculuğa teşvik edilirken hâkimlerin dikkat etmesi gereken bir diğer husus da uyuşmazlığın sulh ve arabuluculuğa elverişli olması ve dava şartı arabuluculuk kapsamında bu yolun denenmemiş olmasıdır. Örneğin; sigortalılık süresinin tespiti konulu bir hizmet tespiti davasında, davanın

aşamalarına geçilmeden, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda öngörülen yargılama aşamaları usulüne uygun yapılmadan hüküm tesis edilmiş olması usul ve yasaya uygun olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir...”, Yargıtay 4. HD, T. 25.09.2019, E. 2017/1301, K. 2019/4159, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 17.01.2020.

¹⁷ GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 325; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 365; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 424; TOPEL ÇELİKOĞLU, s. 44; ERMENEK, s. 163; ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 1293-1294.

¹⁸ “... Uyuşmazlık konularının tespitinden sonra hâkim, tarafları, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder; bu teşvik özellikle yasak savma ya da kanuni gerekliliğin yerine getirilmesi amacıyla değil, sonuca odaklanmak suretiyle gerçekten tarafların uyuşmazlığı bitirmeleri yönünde teşvik edecek şekilde yapılarak...”, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 04.07.2017 tarih, 2016/3484 Esas, 2017/2734 Kararı, Yargıtay Başkanlığı karar arama motoru, E.T. 17.01.2020.

¹⁹ TANRIVER, s. 689.

sulh veya arabuluculuğa elverişli olmaması nedeniyle böyle bir teşvikin anlamı olamaz. Aynı şekilde bir ticarî uyuşmazlıkta dava şartı arabuluculuk kapsamında bu yolun denenmiş ve sonuç alınamamış olması nedeniyle dava açılmış ise, yeniden teşvikin anlamı olmayacaktır.

Sulh ve arabuluculuğa teşvik konusunda hâkimler, özellikle ihsas-ı rey korkusunu ileri sürerek teşvik yapılmasının görüş açıklaması sayılacağı ve hâkimin reddi müessesesi ile karşılaşacakları endişelerini sık sık dile getirmektedirler. Bu endişelere katılmak mümkün gözükmemektedir²⁰. Zira hâkimin reddini düzenleyen HMK m. 36/1, (b) bendinde “*Davada, iki taraftan birine veya üçüncü kişiye kanunen gerekmediği hâlde görüşünü açıklamış olması*” düzenlemesi bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre HMK m. 31 kapsamında davayı aydınlatma görevi bulunan hâkimin, HMK m. 137, 140/3 ve 320 hükümleri gereğince yaptığı usul işlemleri ihsas-ı rey ve ret sebebi olarak değerlendirilemez. Zaten uygulamamızın ihsas-ı rey kavramını yeniden değerlendirilip, gerçek yerine oturtulması gerektiği ve sürpriz karar verme yaşı kapsamında yeniden yorumlaması gerektiği düşüncesindeyim.

e) Ön inceleme, tahkikat aşamasına (m. 143 vd.) hazırlık niteliğinde olduğundan mahkeme bu aşamada, hazırlık işlemlerini ve tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gerekli işlemleri yapacaktır. Bu çerçevede tarafların dilekçelerinde gösterdikleri ama dilekçelerine eklemedikleri belge niteliğini taşıyan delillerin ibrazı için kendilerine iki haftalık süre verilir.

Tahkikat aşamasının esas itibarıyla delillerin inceleneceği aşama olması icap eder. Bu sebeple, kanun koyucu özellikle belge niteliği taşıyan delillerin, tahkikata başlamadan önce dava dosyasına girmesini (ibraz edilmesini) sağlamak istemiştir. Yukarıda görüldüğü üzere, esasen tarafların dilekçelerinde dayandıkları belge niteliğindeki delilleri, dilekçelerinin eki olarak ibraz etmeleri gerekir. Ancak bunu yapmamışlarsa (ki ilgili vakıanın ispatına gerek kalmayacağını düşündükleri için pekâlâ yapmamış olabilirler), hâkim, en geç ön inceleme aşamasının sonunda, bu belgelerin ibrazını, belgeler başka yerde bulunuyorsa, bulundukları yerin bildirilmesini ister (HMK m. 140, V)²¹. Hâkim, bir ara kararı ile “*Tarafların dilekçelerinde gösterdikleri ve henüz sunmadıkları belgeleri sunmaları ve başka yerden getirtilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapmaları konusunda HMK’nın 140/5 maddesi gereğince taraflara iki haftalık kesin süre verilmesine, kesin süre içerisinde belgeler sunulmadığı ya da belgelerin getirilebilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapmadıkları takdirde bahsedilen delillere dayanmaktan vazgeçmiş sayılacağına taraflara ihtarına (tüm sonuçları ile özenle ihtar yapıldı)*” şeklinde bir karar ile bu gerekliliği yerine getirmelidir.

²⁰ Aynı yönde bkz. ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 1294-1295.

²¹ ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN; s. 493.

C. Ön İncelemede Duruşma Yapılması

Dava şartları ve ilk itirazlar (duruşma yapmaya gerek kalmadan) dosya üzerinden karara bağlanabilir (m. 140). Ancak mahkeme gerek görürse, tarafları ön inceleme duruşmasına (m. 140) çağırıp dinledikten sonra da karar verebilir (m. 138).

Hâkim, öncelikle dava şartları (m. 114-115) ve ilk itirazlar (m. 116-117) hakkında dosya üzerinden karar verir (m. 138). Dava şartları ve ilk itirazların karara bağlanması için, tarafların dilekçelerindeki açıklamalar yeterli ise, hâkim, dosya üzerinden gerekli kararı verir. Verilen karar (görevsizlik veya yetkisizlik kararı gibi) davayı (o mahkemede) sona erdirici nitelikte ise, hâkim, tarafların ön inceleme duruşmasına davet etmeden ve dinlemeden (dosya üzerinden), gerekli kararı (misallerde görevsizlik veya yetkisizlik kararı) verir. Bu hâlde, ön inceleme duruşması yapılmasına, tarafların ön inceleme duruşmasına davet edilmesine ve tahkikat aşamasına geçilmesine gerek kalmaz²².

Ön inceleme oturumuna davet, ayrı bir maddede (m. 139) düzenlenmiştir. *Bu davete rağmen, gelmeyen taraf, davetiyede belirtilen sonuçlarla karşılaşacaktır.*

Hâkim, ön incelemeyi duruşmalı yapmaya karar verdiğinde, taraflara; HMK m. 139/1, c.2 hükmüne uygun şekilde davetiye çıkaracaktır. Buna göre duruşma davetiyesine ve sonuçlarına ilişkin diğer hususlar yanında, taraflara sulh için gerekli hazırlığı yapmaları, duruşmaya sadece taraflardan birinin gelmesi ve yargılamaya devam etmek istemesi durumunda, gelmeyen tarafın yokluğunda yapılan işlemlere itiraz edemeyeceği ve diğer tarafın, onun muvafakati olmadan iddia ve savunmasını genişletebileceği yahut değiştirebileceği ihtar edilir. Hâkim, tarafları 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ etmek suretiyle ön inceleme duruşmasına davet etmek zorundadır. Belirlenen gün ve saatte, belirlenen duruşmaya uygun yerde ön inceleme duruşması açılır. Ancak, bu duruşma kesinlikle tahkikat duruşması değildir. Özel ve kendine has bağımsız olan tahkikat öncesi bir oturumdur.

Bu anlamda varılması gereken sonuç; hâkim tarafların dilekçelerindeki açıklamaları yeterli görüyor ise duruşma açmaksızın dava şartları ve ilk itirazlar hakkında usule ilişkin bir karar ile davayı sonlandırabilecektir²³. Ancak, hâkim, tarafların dilekçelerindeki açıklamaları yeterli görmüyor ve tarafların dinlenmesini faydalı görüyor ise bu takdirde duruşma açmak suretiyle usule ilişkin bir karar verebilecektir. Bu kapsamda hâkimin, tarafların iddia ve savunmalarının genişletilmesi yasağının ön inceleme aşamasına kadar

²² KURU, Baki; İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2018, s. 206.

²³ ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 426; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 325; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 365;

uzayabildiğini de değerlendirerek bu yorumu yapması yerinde olacaktır²⁴. Kanun koyucunun bu düzenlemesindeki amacı; dava şartları ve ilk itirazlarla ilgili sorunların, en geç tahkikat başlamadan ön inceleme duruşması sonunda karara bağlanmasıdır.

Duruşma açmaksızın karar verilebilecek hâllerin dava şartları ve ilk itirazlar ile ilgili olmak üzere usule ilişkin konularda mümkün olduğu ve fakat davanın esası hakkında bir karar verilemeyeceği, aksine davranışın adil yargılanma hakkını ve onun en önemli unsuru olan hukuki dinlenilme hakkını ihlâl edeceği görüşündeyim.

Dava şartları ve ilk itirazlar, mahkemece bu çerçevede incelenecektir. Bu inceleme yapılırken, Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Daire Yönetmelik'in 201/son maddesi gereğince Ek-1 Örnek Ön İnceleme Kontrol Formundan faydalanılarak ön inceleme tutanağı düzenlenebileceği gibi tutanak re'sen de oluşturulabilir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 140/4 uyarınca ön inceleme tek duruşmada tamamlanır; zorunlu olan hâllerde bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü tayin edilir. Bu zorunluluk hâli tabiidir ki hâkimin takdirine bırakılmış bir konudur²⁵. Hâkim ön incelemenin hiç ya da gereği gibi yapılamayacağını değerlendiriyorsa ya da taraflar sulh için süre talep etmişler ise, bu takdirde bir kez duruşmayı erteleyebilecektir²⁶. Tarafların arabuluculuğa gitmeyi kabul etmeleri hâlinde ise 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 15/5 hükmü gereği işlem yapılması zorunludur.

Uygulamada daha çok taraf vekillerinin mazeretleri durumunda ya da müstemir yetkili hâkimin duruşmaya çıkmaması hallerinde ön inceleme duruşması bir kez ertelenmektedir. Geçerli mazeretler ya da sulh ve arabuluculuk görüşmesi için ön inceleme duruşmasının ikinci kez belirlenen günde yapılması mümkün ise de; tarafların geçici mazereti bulunması nedeni ile hiçbirinin gelmemesi hâlinde de ikinci ön inceleme günü verilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyim. Ancak, ikinci kez ön inceleme duruşması verilmesi, kuralı bir şekilde her hâlde uygulanacak olursa ön incelemeden beklenen yarar gerçekleşmez.

Süre verilmesi konusunda, talebin olup olmaması önemli değildir. Önemli olan, hâkimde tarafların uzlaşabileceği yönünde ciddi bir kanaatin oluşmasıdır. Bazen taraflar, psikolojik sebeplerle bu konuda bir süre talep etmeyebilirler.

²⁴ ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 1314; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 279; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 364.

²⁵ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, 381-382; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 366; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 427.

²⁶ ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 1323.

Hâkim buna rağmen, tarafların durumunu ve niyetlerini dikkate alarak süre vermelidir²⁷. Bu süre içinde taraflar, karşılıklı görüşerek veya bir arabulucu veya uzlaştırıcı yardımıyla uyuşmazlığı çözebilirler. Yargılamanın başlamış olması, yargılama dışında alternatif yolların kapatıldığı anlamına gelmez²⁸.

Duruşma açıldığında ön inceleme aşamasının sonunda bir ön inceleme tutanağı düzenlenmeli ve bu tutanağa belirtilen tüm işlem ve beyanlar yazılmalı, böylece özenli bir ön inceleme tutanağı tutulmalıdır. Zira ön inceleme oturumunda, tutulan tutanak özel bir öneme sahiptir. Ön inceleme tutanağının bu önemi ve tarafları bağlaması sebebiyle, altının oturumunda hazır bulunanlarca imzalanması esas kabul edilmiştir. Tahkikat bu tutanak esas alınmak suretiyle yürütülür (m. 140/3). Ön inceleme duruşması tutanağı, adeta yargılamanın yol haritasıdır²⁹. Tutanakta yer almayan hususlar, tahkikatın konusu olmayacaktır. Tahkikat aşamasında tereddüt edilen hâllerde bu tutanak, neyin incelenip neyin incelenmeyeceğini gösterecektir³⁰. Ayrıca kanun yolu incelemesini yapacak Bölge Adliye Mahkemesi ve/veya Yargıtay bu tutanağa göre değerlendirme yapabilecektir.

Ön inceleme duruşması nihayetinde mahiyeti itibarıyla duruşma niteliğindedir. Bu nedenle ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrasına ilişkin m. 149, tarafların duruşmaya gelmemesi, sonuçları ve davanın açılmamış sayılmasına ilişkin m. 150, duruşma düzenine ilişkin m. 151, soru yöneltmeye ilişkin m. 152 ve duruşmada kayıt ve yayın yasağına ilişkin m. 153 hükümleri de, koşulların varlığı hâlinde uygulanabilecektir³¹.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 137/2 uyarınca ön inceleme tamamlanmadan ve gerekli kararlar alınmadan tahkikata geçilemez ve tahkikat için duruşma günü verilemez. Bu düzenleme, ön inceleme aşamasının yasa koyucunun beklediği amacı gerçekleştirmesi için yaptığı açık ve net bir emredici düzenlemedir³². Kanun koyucu, öncelikle dilekçeler aşamasının sona erdirilmesini, bundan sonra ön inceleme duruşma gününün belirlenmesini ve akabinde ön inceleme sona erdiğinde tahkikata geçilmesi ve bu aşamaların tam şekilde belirlenip ayrılmasını istemiştir³³. Dolayısıyla HUMK döneminde olduğu gibi dava dilekçesinin verilmesinden sonra duruşma günü belirlenerek taraflara tebliğ edilmesi söz konusu olmayacak, dilekçeler aşamasının sona ermesi beklenecek ve dilekçeler aşaması sona erdikten sonra ön

²⁷ ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 1323.

²⁸ GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 325-326; TANRIVER, s. 689.

²⁹ ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 427; TANRIVER, s. 691; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, 383.

³⁰ ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 1330.

³¹ ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 1327.

³² ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 1297 vd.

³³ ERMENEK, s. 146; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 363; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 322; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, 274.

inceleme aşamasına geçilecek, bu aşama sona erdirildikten sonra tahkikat ve sözlü yargılama ve hüküm ile yargılama sona erdirilecektir. Tüm aşamalar birbirinden özenle ayrılmalı ve duruşma tutanaklarının, bir aşamadan diğer aşamaya geçildiğinin kolayca tespit edilebilir şekilde düzenlenmesi önem arz etmektedir³⁴.

Buraya kadar anlatılmak istenileni özet olarak belirleyecek olursak; ön incelemede hâkim, öncelikle hukuki dinlenilme hakkı kapsamında taraflara, iradelerine uygun şekilde ve sabırla, olabildiğince süre kısıtlaması yapmaksızın söz vermek suretiyle onları dinleyip beyanlarını alarak, sırasıyla;

1- Dava şartlarını incelemeli ve özel kanunlarda düzenlenen özel dava şartları da dâhil olmak üzere m. 114'te sayılı tüm şartların varlığını belirlemeli, dava şartları eksik ise gerekli kararı (usulden ret ve/veya gereken kararlar) vermeli,

2- İlk itirazlar olarak m. 116 hükmüne göre yetki ve tahkim itirazı var ise bu ilk itirazların süresinde olduğunu ve usulüne uygun olduğunu tespit etmesi hâlinde yetkisizlik ya da tahkim nedeniyle usulden ret kararı vermeli,

3- Tarafların iddia ve savunmaları detaylı ve titiz bir şekilde tespit etmeli,

4- Tarafların uyumsuzluk noktalarının eksiksiz ve kanun koyucunun amacına uygun şekilde tespit etmeli,

5- Tarafların ibraz etmesi gereken belgeler ve bilgiler ile başka yerden getirtilecek bilgi ve belgelere ilişkin açıklamalara göre gereken kayıt ve delillerin celbine karar vermeli,

6- Taraflarca hazırlama ilkesine tabi dava ve işler açısından tarafların sulh olup olmadıklarını tespit etmeli,

7- Kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalar hariç olmak üzere tarafların üzerinde serbestçe tasarruf yetkisinin bulunduğu dava ve işlerde tarafları arabuluculuğa teşvik etmeli,

8- Kanunun ön inceleme için öngördüğü tüm hususları tutanağa geçirilmeli ve bu tutanağın altı duruşmada hazır bulunan taraflarca imzalanmalıdır.

Tahkikat ön inceleme tutanağı esas alınmak sureti ile yürütülecektir (HMK m. 140/3).

Ön inceleme duruşmasından sonra tahkikat aşaması gelecektir ve hâkim tarafların tamamı hazır ise ön inceleme duruşmasında tarafların açık rızasını alarak tahkikata geçebilir. Bu takdirde önemli olan tüm tarafların hazır olması ve tüm tarafların tahkikata geçilmesini talep ya da muvafakat etmeleri ve hâkimin de ön incelemenin sona erdiğine kanaat getirmesi şartları birlikte

³⁴ ALBAYRAK, Adem / GÖZÜTOK, Zeki; Hukuk Yargılamasında Duruşma Yönetimi, Adalet Yayınları, Ankara 2019, s. 191

var ise ön inceleme duruşmasında bir ara kararı vererek tahkikata geçilmesi gerekir. Aksi takdirde hâkim ön inceleme sonunda davadan el çekip bir karar vermemiş ise tahkikat gününü belirlemeli ve hazır olanlara bu günü sonuçları ile birlikte tefhim etmeli ve hazır olmayan taraflara tahkikat gününü meşruhatlı davetiye ile bildirmelidir.

Ön inceleme aşamasına karşı olan uygulayıcılar ve bilim insanları, mahkemelerce ön inceleme duruşması gününün geç verildiği eleştirisini getirmekte ve bu durumun yargılamayı geciktirici etki yaptığını savunmaktadır³⁵. Ön inceleme duruşmasından önce, dilekçeler aşamasında her bir dilekçenin veriliş süresi belirli olduğu hâlde yapılacak incelemelerin ne kadar süre içinde tamamlanacağına dair HMK'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu süre, uyuşmazlığın niteliğine göre, mahkeme tarafından makul süre olarak, HMK m. 30'da düzenlenen usul ekonomisine uygun şekilde belirlenmesi ve olabildiğince kısa tutulmalı, dilekçeler aşaması sona erer ermez ön incelemeye derhâl geçilmelidir. Uygulamada HMK'ya yöneltilen eleştirilerin başında ön incelemenin yargılamayı geciktirdiği şeklinde bilgiye dayanmayan, çok da gerçekliği bulunmayan serzenişler bulunmaktadır. Dilekçeler aşaması tamamlanmasına rağmen ön inceleme duruşma gününün verilmemesi ya da geç verilmesi tamamen uygulayıcıdan kaynaklanan bir sorun olup, uygulayıcıların bu konuda titiz davranması birçok yakınmanın önüne geçebilecektir. Öte yandan dilekçeler aşamasında dosyaların takip edilmesi ve her dosyanın aşamasına göre dolapların özel bölümlerinde saklanması ve sık sık hâkim nezaretinde kalem personeline kontrolünün yapılması ve dilekçeler aşaması tamamlanan dosyalarda en seri şekilde ön inceleme gününün belirlenip taraflara ön inceleme duruşma gününün tebliğe çıkarılması önem arz etmektedir. Bundan da önemlisi, ön inceleme duruşmasına hâkimin tarafların ve vekillerinin hazırlıklı çıkmalarıdır. Gerçekten de hâkimin, taraf dilekçelerini ve sunulan delilleri iyi okumuş olarak ön inceleme duruşmasına çıkması ve taraf vekillerinin de uyuşmazlığı bilerek duruşmaya gelmeleri son derece önemli olup, ön incelemeden kanun koyucunun beklediği yarar ancak bu hâlde mümkün olabilecektir³⁶. Aksi hâlde, dosya içeriğine hâkim olmayan hâkim ve taraf vekilleri ile yapılacak bir ön incelemenin beklenen faydayı sağlaması mümkün değildir. Bu kapsamda usul hukukumuza bir yenilik olarak getirilen ve 8 yılı aşkın uygulanan HMK ve özelde ön inceleme kurumunun

³⁵ Ön inceleme kurumunun yargılamayı kısaltmasından öte uzattığı, bu sebeple kaldırılması gerektiği yönünde bkz. KARSLI, Abdurrahim; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Dilekçeler ve Ön İnceleme Aşamasının Değerlendirilmesi, 10. Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı, 1-2 Ekim 2012, İzmir, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, s. 416-426, s. 424.

³⁶ ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 1277; ERMENEK, s. 146; PEKCANITEZ, Hakan; HMK Hakkında Genel Değerlendirme, 10. Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı, 1-2 Ekim 2012, İzmir, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, s. 461-476, s. 471.

iyi uygulama yapıldığında yargılamayı hızlandırıcı bir etki yapacağı açıktır. Tabiidir ki hem hâkimin, hem de taraf ve vekillerinin bu aşamaya hazırlıklı olmaları ve deyim yerindeyse derslerini çalışmış olmalarının fevkalâde yararlı sonuçlar verdiği bizzat gözlemlenmiştir. Öte yandan yargının tüm sorunlarının ön inceleme ile çözüleceğini beklemek çok da gerçekçi değildir. Ancak ön incelemenin anlatılmaya çalışıldığı şekilde özenle yapıldığı takdirde, hukuk yargılamasına bir düzen kazandıracağı ve sonuca ulaşmayı kolaylaştıracağı şüpheden uzaktır.

D. Ön inceleme Aşamasına Yardımcı Hükümler

1. İddia ve Savunmanın Genişletilmesi Yasağı

Ön inceleme, yargılamanın önemli bir kesiti olarak, yargılamanın başında bazı hususların çözümlenmesine imkân tanımaktadır. Yargılama sürdürülecekse, ön inceleme oturumunda tutulan tutanak esas alınarak yargılama yürütülecektir. Bu sebeple, yargılama içerisinde iddia ve savunmaların genişletilip değiştirilmesinin nasıl olacağı da bu yeni düzenlemeyle bağlantılı olarak açıklığa kavuşturulmuştur³⁷. Şüphesiz, ön inceleme aşamasının HMK kapsamına dâhil edilmesiyle birlikte iddia ve savunmaların genişletilip değiştirilmesi konusu da yeni düzenlemeye kavuşturulmuştur. Buna göre m. 141’de “Taraflar, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe ön inceleme aşamasında ise ancak karşı tarafın açık muvafakati ile iddia veya savunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilirler. Ön inceleme duruşmasına taraflardan biri mazeretsiz olarak gelmezse, gelen taraf onun muvafakati aranmaksızın iddia veya savunmasını genişletebilir yahut değiştirebilir. Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra iddia veya savunma genişletilemez yahut değiştirilemez. İddia ve savunmanın genişletilip değiştirilmesi konusunda ıslah ve karşı tarafın açık muvafakati hükümleri saklıdır” hükmü yer almaktadır.

Birinci fıkra ile tarafların karşılıklı dilekçelerini verdikleri aşamada, herhangi bir sınırlamaya bağlı olmadan uyuşmazlığın genel çerçevesi içinde iddia ve savunmalarını değiştirebilecekleri kabul edilmiştir. Şüphesiz bu imkân, sadece cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi için söz konusudur. İkişer dilekçeden sonra, hangi ad altında olursa olsun verilecek dilekçeler, sınırlama ve yasak kapsamında kabul edilmelidir³⁸. Yargılamanın ikinci kesiti olan, ön inceleme aşamasında ise bu konuda değişik bir sınırlama getirilmiştir. Ön inceleme aşamasında, ancak karşı tarafın açık muvafakati ile iddia veya savunmaların genişletilmesi yahut değiştirilmesi kabul edilmiştir.

³⁷ Bununla birlikte ön inceleme bağlamında iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının başlangıç anı ve bu yasağın istisnası niteliğindeki ıslah kurumunun uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin sorunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ERMENEK, s. 147-153.

³⁸ GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 329.

Her iki taraf da ön inceleme oturumuna gelirse, ancak karşı tarafın muvafakati ile genişletme söz konusu iken; taraflardan birinin mazeretsiz olarak gelmemesi hâlinde gelen taraf, karşı tarafın muvafakatine gerek olmadan iddia ve savunmasını genişletip değiştirebilecektir³⁹. Bu hüküm tarafları ön inceleme duruşmasına gelmeye zorladığından bu kurumun daha sağlıklı işlemesine katkı da sağlamaktadır⁴⁰.

a) Dava ve İddiayı Değiştirme ve Genişletme Yasağı

Davacı, cevaba cevap dilekçesiyle serbestçe, ön inceleme aşamasında ise ancak karşı tarafın açık muvafakati ile davasını genişletebilir veya değiştirebilir. Ancak davalı ön inceleme duruşmasına mazeretsiz olarak gelmezse, davacı davasını onun muvafakati olmadan genişletip değiştirebilir. Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra iddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasaktır (m. 141/1).

1. Davayı Genişletme veya Değiştirme Yasağının İstisnaları

i. Davalının Açık Rızası

Davacı ve davalı tarafından ikinci dilekçelerin verilmesinden sonra davayı genişletme ve değiştirme yasağı başlamaktadır. Söz konusu yasak başladığı durumlarda, davalı buna açık bir şekilde rıza gösterirse, ancak davacı davasını genişletmesi veya değiştirmesi mümkün hâle gelir (m.141/2). HMK m. 24'te düzenlenen tasarruf ilkesinin doğal sonucu olarak açık rıza bu istisnanın kapsamındadır. Rıza, açık olmak zorundadır.

ii. İslah

Davalı, davanın genişletilip değiştirilmesine açıkça rıza göstermezse, davacı davasını ıslah ederek, yaptığı işlemleri düzelterek davasını genişletebilir ya da değiştirebilir. Bu da yine muvafakatin arandığı durumlarda söz konusudur⁴¹. Aynı davada taraflar yalnızca bir kez ıslah yoluna başvurulabilirler. İslah, tahkikatın sona ermesine kadar yapılabilir. İslah, sözlü veya yazılı olarak yapılabilir. Karşı taraf duruşmada hazır değilse veya ıslah talebi duruşma dışında yapılıyorsa, bu yazılı talep veya tutanak örneği, haber vermek amacıyla karşı tarafa bildirilir. İslah, bunu yapan tarafın teşmil edeceği noktadan itibaren bütün usul işlemlerinin yapılmamış sayılması sonucunu doğurur (m. 176-182).

iii. Tarafın İradi Değişiklik

Bir davada taraf değişikliği, ancak karşı tarafın açık rızası ile mümkündür (m. 124/1). Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile hukukumuzda, davacının

³⁹ PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, 273; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 365; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 411.

⁴⁰ ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 1320.

⁴¹ PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, 270; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 353 vd.; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 412 vd.

davalı tarafın açık rızası ile taraf değişikliği yapabileceği; bir başka ifadeyle davayı görülmekte olan davanın davalısından bir başka kişiye yöneltip, yeni davalıya karşı yürütmesi imkânı kabul edilmiştir. Bunun için davalının açık rızası arandığından, hâkimin davalı tarafa taraf değişikliği konusunda, rızasının bulunup bulunmadığını açıkça sorması zorunludur. Davalı açıkça rıza göstermezse hâkim, taraf değişikliğine izin veremez. Davada taraf değişikliği ıslah yoluyla da yapılamaz⁴². Usul ekonomisine uygun olan iradi taraf değişikliği düzenlemesi kanaatimce son derece yerinde olmuştur.

iv. Dava Konusunun Devri

Davanın açılmasından sonra davalı, dava konusunu üçüncü bir kişiye devrederse, davacı isterse devreden tarafla olan davasından vazgeçerek, dava konusunu devralmış olan kişiye karşı davaya devam eder; isterse davasını, devreden taraf hakkında tazminat davasına dönüştürür (m.125). Burada ilk ihtimalde davacı davalı tarafı, ikinci ihtimalde ise talep sonucunu değiştirebilmektedir.

b) Savunmayı Genişletme veya Değiştirme Yasağı

Savunmayı genişletme ve değiştirme yasağı kapsamına vakıalar ve talep sonucu dâhildir. Hukuki sebeplerin değiştirilmesi ve savunmanın daraltılması ise yasak kapsamında değildir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 128 gereğince süresi içinde cevap dilekçesi vermemiş olan davalı, davacının dava dilekçesinde ileri sürdüğü vakıaların tamamını inkâr etmiş sayılır. Bir başka ifadeyle “Sükût ikrardan değil, inkârdan sayılır”. Davalı, ikinci cevap dilekçesini verdikten sonra kanunda belirtilen istisnalar dışında savunmasını genişletip değiştiremez (m. 141)⁴³.

1. Savunmayı Genişletme veya Değiştirme Yasağının İstisnaları

Yasağın söz konusu olduğu hâllerde, davacı buna açıkça rıza gösterirse, savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi mümkün olur (m. 141/2). Davacı ön inceleme duruşmasına geçerli ve hukuki mazeret beyan etmeden gelmezse davalı savunmasını genişletebilir ve değiştirebilir. Davacı, savunmanın genişletilip değiştirilmesine açıkça rıza göstermezse, davalı ıslah yoluna da başvurabilir. Davacının rızası açık olmalıdır.

⁴² Yargıtay uygulaması, HMK öncesi dönemde ıslah yoluyla taraf değişikliğinin mümkün olmadığı yönündeydi. Ancak bu uygulama, öğretilde eleştirilmekte ve ıslahla taraf değişikliğinin mümkün olması gerektiği ifade edilmekteydi. Söz konusu Yargıtay uygulaması ve eleştirisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YILMAZ, Ejder; Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Yetkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara 2013, s. 354 vd. Esasen bu husus, iradi taraf değişikliğinin açıkça HMK ile düzenlenmesinden önceki dönemde tartışmalı olmakla birlikte, artık HMK m. 124 hükmü karşısında, bu hususun tartışılmasının anlamı kalmamıştır. PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 308.

⁴³ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 272-273.

E. Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler Konusunda Karar

Ön inceleme duruşması tamamlandıktan sonra, hâkim tahkikata başlamadan önce, hak düşürücü süreler ile zamanaşımı hakkındaki itiraz ve def'ileri inceleyerek karara bağlar (m. 142). Madde ile ön incelemenin son basamağı olarak, hâkime, aslında bir tahkikat işlemi olmasına rağmen, hak düşürücü süreler ve zamanaşımı iddiaları hakkında tahkikata başlamadan önce karar verme ödevi getirilmiştir⁴⁴.

Maddenin düzenleniş amacı gerekçesinde şöyle belirtilmiştir: *“Uygulamada, birkaç yıl süren usul işlemlerinden ve delillerin toplanmasından sonra (hatta bazen taraflardan birinin o konudaki ısrarlı beyanlarına rağmen), sadece hak düşürücü süre veya zamanaşımı yönünden bir karar verildiği görülebilmektedir. Bu hükümle, hem gereksiz yargılama işlemleri yapılması, hem de adaleti zedeleyici böyle bir durumun önüne geçilmesi amaçlanmıştır.”* Gerekçede de belirtildiği üzere anılan hüküm ile davanın başlangıcında karar verilip kısa sürede çözülmesi imkânı varken, yıllarca süren yargılamaların önlenmesi amaçlanmıştır. Bu sayede gereksiz yere emek ve zaman kaybının önüne geçilecek, usul ekonomisi açısından da büyük gelişme sağlanacaktır. Ancak uygulamada, ön incelemenin hemen bitiminden sonra tahkikata geçilirken süreler konusunda karar verilmesi pek de mümkün olmamaktadır. Zira hak düşürücü süreler ve özellikle zamanaşımı def'i konusunda karar verilmesi, çoğu kez az çok delillerin toplanması ve kısmen de olsa değerlendirilmesini gerektirmektedir. Bu nedenle zaman zaman tahkikat bitiminde bu tür kararların verildiği görülse de, bu konu, söz konusu zaruret nedeniyle Yargıtay tarafından da bozma sebebi yapılmamaktadır. Ancak, davalının süresinde ileri sürmüş olduğu zamanaşımı def'i hakkında hiçbir karar verilmeden, davanın esası hakkında karar verilmiş olması Yargıtay'ın hemen tüm daireleri tarafından

⁴⁴ Esasen maddi hukuka ilişkin hususlar olarak hak düşürücü ve zamanaşımı süreleri hakkında ki itiraz ve def'iler bakımından hâkim tarafından inceleme yapılması gereken yargılama kesitinin belirli olmadığı, ancak maddi hukuka ilişkin inceleme neticesinde karar verilebilecek nitelikte olduklarından hareketle ön inceleme aşamasının sonunda değil, bilakis tahkikat tamamlandıktan sonra bu konuda karar verilmesi gerektiği yönünde bkz. KARSLI, Abdurrahim / KOÇ, Evren / KONURALP, Cengiz Serhat; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Problemleri Konular, Alternatif Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 93. Bununla birlikte hak düşürücü süre ve zamanaşımı bakımından bir karar verilmesinin gerekmesi hâlinde, bu kararların ön inceleme kapsamında verilmesi, fakat bu durumda ön incelemenin mutlaka duruşmalı yapılması gerektiği, ön incelemede duruşma yapılmadan karar verilecek tek durumun, dava şartları ve ilk itirazlar hakkında karar verilebilen durum olduğu. sürelerin bazen şekli bir incelemeyi gerektirse de esasa ilişkin maddi hukuk meseleleri olduklarından hareketle şartların varlığı hâlinde ön inceleme duruşmasında tutanağın tutulmasının ardından aynı duruşmada tahkikata geçilerek hak düşürücü süre veya zamanaşımı hakkında bir karar verilmesi gerektiği yönünde bkz. ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 1310.

bozma sebebi sayılmaktadır⁴⁵. Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 25.02.2019 tarih, 2018/2610 Esas, 2019/ 756 Karar sayılı kararı tam bir örnek teşkil etmektedir⁴⁶.

Ön inceleme aşaması nihai bir kararla sona ermemişse, başka bir ifadeyle ön inceleme duruşmasında dava sonuçlanmamışsa artık tahkikat aşamasına geçilebilecektir. Bunun için ara kararında “*Tahkikat aşamasına geçilmesine, tahkikat duruşmasının... tarihinde yapılmasına*” şeklinde bir ara kararı kurulması aşamaları ayırmak açısından son derece faydalı olacaktır.

⁴⁵ “...davalı vekili, dilekçelerin teatisi aşamasında davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur. Mahkemece benimsenen bilirkişi raporu uyarınca, istemin kısmen kabulüne karar verilmiştir. Zamanaşımı def’i, bir hakkın istenebilirliğini önlediği için öncelikli ve ön sorun olarak çözümlenmesi zamanaşımının gerçekleştiğinin anlaşılması halinde işin esasına girilmeden davanın sonuçlandırılması gerekir. Nitelim 6100 sayılı HMK 142. Maddesinde “Ön inceleme duruşması tamamlandıktan sonra, hâkim tahkikata başlamadan önce, hak düşürücü süreler ile zamanaşımı hakkındaki itiraz ve def’ileri inceleyerek karara bağlar.” hükmü düzenlenmiştir. Mahkemece, davalının zamanaşımı def’i hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar verilmeden işin esası hakkında hüküm tesis edilmiş olması doğru olmayıp kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir...” (Örnek: Yargıtay 4. HD. 17.04.2018 T. 2016/7353 E. 2018/3056 K.)

“...dava, murisin verdiği vekâletname uyarınca yapılan taşınmaz satış bedelinin ödenmesi istemine ilişkindir...” (Örnek: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 23.12.2019 T. 2009/2-476 E. 2009/589 K.)

“...zamanaşımı def’i, mahkemece ön hadise olarak çözümlenmesi gereken hususlardan olup, bu konuda olumlu ya da olumsuz bir karar verilmesi zorunludur...” (Örnek: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 23.12.2019 T. 2009/2-476 E. 2009/589 K.)

“...dava, haksız fiilden kaynaklanan zararın, zarar sorumlusu olan davlılardan tazmini istemine ilişkindir. Mahkemece davalı Sigorta A.Ş. vekilinin bu savunmalarının incelenmesi gereklidir. Ancak mahkemece davalı vekilinin zamanaşımı savunması hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmemiştir. Bu durum karşısında mahkemece, davalı sigorta A.Ş. vekilinin hem dava hem de ıslah talebine karşı yaptığı zamanaşımı savunması üzerinde durularak, bu konuda olumlu veya olumsuz bir karar verilmeden, hüküm kurulması doğru olmamıştır...” (Örnek: Yargıtay 11. HD. 17.05.2010 T. 2008/13919 E. 2010/5417 K.)

“...TTK’nun 1268. Maddesi uyarınca sigorta sözleşmesinden doğan bütün alacaklar iki yılda zamanaşımına uğrarsa da, zamanaşımı definin, esasa cevap süresi içinde ileri sürülmesi gerekir. Somut olayda dava dilekçesi 27.04.2009 tarihinde davalıya tebliğ edilmiş olup davalı vekili tarafından, mahkemesine gönderilmek üzere Şişli Asliye Hukuk Mahkemesi’ne esasa cevap süresi içinde 30.04.2009 tarihinde cevap dilekçesi verilmiştir. Mahkemece süresinde verilen cevap dilekçesi ile ileri sürülen zamanaşımı def’i hususunda olumlu ya da olumsuz bir karar verilmeden yargılamaya devam edilerek esas hakkında karar verilmesi doğru görülmemiştir...” (Örnek: Yargıtay 17. HD. 31.05.2011 T. 2010/11601 E. 2011/5516 K.)

⁴⁶ “...davalı vekili 05.10.2016 tarihli dilekçesi ile süresinde zamanaşımı def’inde bulunmuş ise de; mahkemece davacı tarafın her iki dilekçesi hukuki anlamda değerlendirilip zamanaşımı def’i konusunda olumlu ya da olumsuz bir karar verilmemiştir. Zamanaşımı savunması üzerinde durulmadan, bu konuda olumlu ya da olumsuz bir karar verilmeden esas hakkında hüküm kurulması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir...” , Yargıtay Başkanlığı karar arama motoru, e.t. 17.01.2020.

II. İSTİNAF YARGILAMASINDA ÖN İNCELEME

A. Genel Olarak

Bölge adliye mahkemesine istinaf incelemesi için gelen dosya özellikle istinaf incelemesinin gecikmeden yapılabilmesini temin etmek açısından HMK m. 352 uyarınca bir ön incelemeye tabi tutulur. Amaç, ön inceleme ile dosya üzerinden kolayca tespit edilebilecek esas incelemenin yapılmasına engel teşkil eden hususların eksik olması durumunda, esasa girmeden istinaf başvurusunun hemen sonuçlandırılıp, olası gecikmelerin önüne geçilmesi ve yargılamanın hızlı bir şekilde sonuçlandırılmasıdır. Bu sayede hak arayanların hakkına bir an önce kavuşmaları amacıyla bir an önce karar verilmesi sağlanır. Nitekim anılan hükmün gerekçesi⁴⁷ aynen şu şekildedir: *“Bölge adliye mahkemesi hukuk dairesine, dosya üzerinde yapılacak bir ön inceleme ile kolaylıkla tespit edilebilecek bazı temel hususların eksikliği halinde, davanın süratle sonuçlandırılması için, hemen gerekli kararı vermesine olanak tanınmak istenmiştir. Dosyanın incelenmesinin başka bir dairenin iş alanına girmesi, ilk derece mahkeme kararının kesin olması, istinaf yoluna başvurunun süresi içinde yapılmamış olması ve asgarî başvuru şartlarının yerine getirilmemesi, örneğin başvuru dilekçesinin başvurulmuş kararı yeteri kadar belli edecek kayıtları taşımaması halleri zaten açıklanmaya muhtaç değildir. Kaldı ki bu hâllerden bir kısmında, örneğin başvurunun yasal süre geçtikten sonra yapılması veya kesin olan bir ilk derece mahkemesi kararına ilişkin olması durumunda, bunu ilk derece mahkemesi de 346’ncı maddesi hükmü uyarınca göz önüne alarak başvuru dilekçesini reddedebilecektir. Başvuru sebeplerinin veya gerekçesinin başvuru dilekçesinde hiç gösterilmemiş olması hâlinde ise, bölge adliye mahkemesi 355’inci maddesinin ikinci cümlesi uyarınca sadece kamu düzeni yönünden bir inceleme yapıp gerekli kararı bu incelemenin sonucuna göre hemen verecektir.”*

Hemen belirtmek gerekir ki burada bahsedilen ön inceleme ile ilk derece yargılamasında yapılan ön inceleme, isim benzerliğinden başka hiçbir benzerlik göstermez. Sadece aynı amaca hizmet ettikleri söylenebilir ise de yapılış şekli ve ilkeleri tamamen farklıdır⁴⁸.

Aslında bölge adliye mahkemesi hukuk dairesinin yaptığı ön incelemenin HMK m. 344 ve m. 346 hükümleri gereğince kanun yolu işlemlerinin bir sonucu olarak ilk derece mahkemesince de yapılp, bu eksikliğin tespit edilerek gerekli kararların verilmesi ya da eksikliklerin giderilmesi beklenir. Ancak bu incelemenin ilk derece mahkemesince hiç ya da gereği gibi yapılmamış

⁴⁷ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı: 3, S. Sayısı 393, s. 103-104, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf>, E.T. 17.01.2020.

⁴⁸ AKKAYA, Tolga; Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 240; ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 2235.

olması ihtimaline binaen, kanun koyucu gerekçesinde belirttiği hususlar nedeniyle aynı incelemenin hemen işin başında bölge adliye mahkemesince de yapılmasını sağlamak istemiştir.

B. İstinaf Kanun Yolunda Ön İnceleme

1. Ön İncelemenin Kapsamı

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 352/1 maddesinde, bölge adliye mahkemesince yapılacak ön inceleme düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin amacı; pek tabidir ki ilk derece mahkemesinde düzenlenen ön incelemede olduğu gibi davaların süratli bir şekilde sonuçlandırılması isteği, bir başka deyişle HMK m. 30 ile yasal düzenlemeye kavuşturulan usul ekonomisi ilkesidir. Buna göre, bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi dosya üzerinde yapılacak ön inceleme sonunda şu hususlar söz konusu olabilir;

a) İncelemenin Başka Bir Bölge Adliye Mahkemesince Yapılması Gerektiği

Bölge adliye mahkemesinin yetkisi kesin ve kamu düzeninden olduğundan, ilk derece mahkemesince verilen kararın gönderilen ve ön incelemeyi yapan bölge adliye mahkemesinin yargı çevresi içerisinde kalıp kalmadığı incelenecektir. Uyuşmazlık başka bir bölge adliye mahkemesinin yargı çevresi içerisinde kalmakta ise dava dosyasının yetkili bölge adliye mahkemesine gönderilmek üzere, kararı veren ilk derece mahkemesine geri gönderilmesine karar verilmelidir⁴⁹. Kanaatimce bu karar, mahiyeti itibarıyla nihai karar olmadığından kesin karardır ve temyize tabi değildir. Bu karar verilirken pek tabiidir ki HSK tarafından belirlenen bölge adliye mahkemelerinin yargı çevresinin nazara alınması gerekecektir. Örneğin, Manisa Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından verilen bir kararın istinaf incelemesi için Antalya Bölge Adliye Mahkemesinin bir dairesine gönderilmiş olması hâlinde, Manisa'nın İzmir Bölge Adliye Mahkemesinin yargı çevresinde olması nedeniyle bu dairece dosyanın İzmir Bölge Adliye Mahkemesinin ilgili dairesine gönderilmek üzere Manisa Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

Bölge adliye mahkemeleri arasında olumsuz yetki uyuşmazlığı çıkma ihtimali uygulama dikkate alındığında oldukça zayıf olmakla birlikte, böyle bir uyuşmazlık çıkması hâlinde yetkili bölge adliye mahkemesinin, HMK m. 21 ve m. 22 uyarınca, yargı yeri belirlenmesi hükümlerine göre Yargıtay tarafından belirleneceğini düşünüyorum.

b) İncelemenin Başka Bir Dairece Yapılması Gerektiği

Bir bölge adliye mahkemesine bağlı olan daireler arasındaki iş bölümü bağlamında dava konusuna göre uyuşmazlığa başka bir dairenin bakması

⁴⁹ ALBAYRAK, Adem; Hukukta İstinaf Uygulaması, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 143.

gerekiyorsa, ilgili daireye iş bölümü nedeniyle gönderme kararı verilmesi gerekecektir. Bu hâlde gönderilen daire bu davaya bakmakla görevli olduğunu kabul ettiği takdirde davaya bakacaktır. Aksi hâlde bu daire de gönderme kararı verecek ve uyuşmazlık 5235 sayılı Bölge Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkındaki Kanun m. 35 uyarınca bu bölge Adliye Mahkemesi Başkanlar Kurulu tarafından çözülecektir. Ancak incelemeyi yapan hukuk dairesi dosyayı kendisine gönderen daireden başka bir dairenin görevli olduğu kanısında ise dosyayı Başkanlar Kuruluna değil, görevli olduğunu düşündüğü daireye göndermek durumundadır⁵⁰. Örneğin, Kayseri 6. Asliye Hukuk Mahkemesince verilen bir karara karşı istinaf yoluna gidilerek dosya Kayseri Bölge Adliye Mahkemesi 1. Hukuk Dairesine gönderilmiş ve bu daire iş bölümüne göre kendisinin görevli olmadığını düşünüyorsa, iş bölümü nedeniyle gönderme kararı verecektir. Buna göre dosyayı görevli olduğunu düşündüğü, örneğin Kayseri Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesine gönderecektir. Bu daire kendisini görevli kabul ettiği takdirde istinaf incelemesini yapacak, aksi hâlde gönderen dairenin görevli olduğunu düşünüyor ise bu takdirde iş bölümü nedeniyle görev uyuşmazlığı çıktığından bahisle dosyayı Başkanlar Kuruluna gönderecek ve bu Kurulun uyuşmazlığı kesin olarak çözmek suretiyle gönderdiği daire istinaf incelemesini yapacaktır⁵¹.

c) Kararın Kesin Olduğu

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 341/2 hükmü uyarınca malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklarda istinaf yoluna başvurulabilmesi için parasal sınır öngörülmüştür. Buna göre ilk derece mahkemelerinden verilen ve nihai karar olmasına karşılık miktar veya değeri 6763 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 41. maddesi gereğince yapılan değişikliğe göre 2020 yılı için 5.390,00 TL'nin altındaki kararlar kesindir⁵². Şu hâlde, anılan sınırın altındaki uyuşmazlıklar için istinaf kanun yoluna gidilemeyecektir⁵³.

Bu anlamda istinaf yoluna başvuru hâkim yönünden bu maddedeki düzenlemeye ve istisnai olan özel düzenlemelere göre kesinlik söz konusu ise ve ilk derece mahkemesinin de bu konuda bir karar vermeksizin dosyayı bölge adliye mahkemesine göndermesi hâlinde, bölge adliye mahkemesi kararın kesin olması nedeniyle istinaf talebinin reddine karar verecektir.

⁵⁰ ALBAYRAK, Adem; s. 144.

⁵¹ ALBAYRAK, Adem; s. 144-145.

⁵² Bu miktar 6763 sayılı değişiklik Kanununun 44. maddesi hükmü gereği 2021 yılı ve devam eden yıllarda yeniden değerlendirilme oranına göre artırılacaktır.

⁵³ İstisnai hükümler yönünden bkz. GÖZÜTOK, Zeki; Hukuk Davalarında İstinaf ve Temyiz Uygulama Rehberi, Adalet Yayınevi, Ankara 2017; ALBAYRAK, Adem; Hukukta İstinaf Uygulaması, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2017.

d) Başvurunun Süresi İçinde Yapılmadığı

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 345 uyarınca, kural olarak istinaf yoluna başvuru süresi iki haftadır. Bu süre, yine kural olarak ilk derece mahkemesi ilâmının taraflara tebliğiyle işlemeye başlar⁵⁴. Bu anlamda istinaf yoluna başvurunun süresinde yapılmaması ve ilk derece mahkemesinin de bu konuda bir karar vermeksizin dosyayı bölge adliye mahkemesine göndermesi hâlinde bölge adliye mahkemesince kararın süresi içerisinde istinaf edilmemesi nedeniyle istinaf dilekçesinin süre yönünden reddine karar verilecektir. Bu karara karşı koşulları var ise temyiz yoluna gidilebilecektir.

e) Başvuru Şartlarının Yerine Getirilmediği

Bölge adliye mahkemesi hukuk dairesinin ön inceleme sırasında inceleyeceği bir diğer husus, istinaf başvuru şartlarının tam olarak bulunup bulunmadığıdır. İstinaf şartları, imza gibi dilekçede bulunması zorunlu bulunan şartlar, vekille takip edilen davalarda vekâletname şartı, temsilci tarafından verilen dilekçede temsil yetkisini gösteren belgenin bulunması, gerekli harç ve masrafların yatırılmış bulunması gibi şartlardır. Bu şartlar somut olaya göre değişebilecek şartlar olup, her bir dosya yönünden ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Bu hâlde verilecek kararın niteliği de eksikliğin özelliğine göre değişecektir. Ancak, eksiklik bulunması hâlinde genel olarak eksikliğin tamamlanması için dosyanın ilk derece mahkemesine geri çevrilmesine karar verilmelidir. Verilen bu kararlar niteliği itibariyle kesin olup ilk derece mahkemelerinin bu eksiliğin giderilmesinden sonra dosyayı ilgili Daireye göndermesi gerekir⁵⁵.

f) Başvuru Sebeplerinin veya Gerekçesinin Hiç Gösterilmediği

İstinaf yoluna başvuran tarafça istinaf sebepleri ve gerekçelerinin istinaf başvuru dilekçesinde gösterilmesi gereklidir. İstinaf sebepleri ve gerekçelerinin gösterilmediği istinaf dilekçeleri, HMK m. 355 uyarınca sadece kamu düzenine aykırılık yönüyle incelenecektir. Başvuru dilekçesinde herhangi bir gerekçe veya sebebe yer verilmişse, bu dilekçenin ön inceleme ile karara bağlanması mümkün değildir. Burada kabul edilen inceleme, hiçbir gerekçenin gösterilmediği dilekçelerle ilgilidir. Zira bu hâlde sadece kamu düzenine aykırılık haliyle sınırlı bir inceleme yapılacaktır⁵⁶.

Bu sebepler dışında her ne kadar kanunda açıkça düzenleme bulunmasa da bölge adliye mahkemesinin ön inceleme sırasında istinaf yoluna başvuranın başvurudan feragat etmesi ya da tarafların davayı sona erdiren feragat, sulh

⁵⁴ İstisnai hükümler yönünden bkz. GÖZÜTOK, Zeki; Hukuk Davalarında İstinaf ve Temyiz Uygulama Rehberi, Adalet Yayınevi, Ankara 2017; ALBAYRAK, Adem; Hukukta İstinaf Uygulaması, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2017.

⁵⁵ ALBAYRAK, Adem; s.147

⁵⁶ ALBAYRAK, Adem; s. 149.

ya da kabul gibi bir usul işlemlerinin bulunması halinde bunu ön inceleme sırasında nazara alması işin mahiyeti gereğidir.

Bundan başka, kural olarak, kanun koyucunun açıkça izin verdiği hâller dışında, ilk derece mahkemesinin ara kararlarına karşı kanun yoluna başvurulamaz⁵⁷. Şu hâlde istinaf yoluna başvurulana ilk derece mahkemesinin kararı ara karar niteliğinde ve istinafa başvurulabileceği açıkça düzenlenmemiş ise, ön inceleme aşamasında, caiz olmayan istinaf başvurusunun usulden reddine karar verilmelidir. İstinaf mahkemesinin bu kararının kesin olduğunun kabulü gerekir. Zira HMK m. 361 uyarınca, istinaf mahkemelerinin nihai kararları temyiz edilebilir. İlk derece mahkemesinin ara kararı hakkında verilen bir kararın, uyuşmazlıkla ilgili nihai karar olarak yorumlanması kanaatimce mümkün değildir.

01/07/2016 tarihli, 6723 sayılı Kanun ile değişik HMK Geçici m. 3. uyarınca, istinaf mahkemelerinin göreve başladığı 20/07/2016 tarihinden önce verilen kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar 1086 sayılı Kanunun 26/09/2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 427 ilâ 454. madde hükümlerinin uygulanacaktır. Buna göre şayet, 20/07/2016 tarihinden önce verilmiş ya da daha sonra verilmiş olmakla birlikte, dava dosyası daha önce Yargıtay denetiminden geçmiş bir karar var ise, istinaf yolu caiz olmayıp dosya temyiz kanun yoluna tabi olacaktır. Dolayısıyla, bu durumda istinaf mahkemesince, “Dosyanın Yargıtay’a gönderilmek üzere kararı veren ilk derece mahkemesine iadesine” kararı verilmelidir. Bu karar kesin olup, nihai değerlendirmeyi Yargıtay yapacaktır.

2. Ön İnceleme Sonucunda Verilecek Karar

Kanun koyucu, istinaf ön incelemesi sonucunda gerekli kararın verileceğini düzenlemiş bulunmaktadır. Hukukumza istinaf yolu ile giren “gerekli karar” kavramı, aslında bir zorunluluğu ifade etmektedir. Zira HMK m. 352 çerçevesinde kanun koyucunun her bir hâlde verilecek kararı belirtmesi mümkün olmadığından, gerekli karar kavramı ile kanun koyucu, uygulamacıya duruma göre karar verme hak ve yetkisi tanımıştır. Dolayısıyla söz konusu eksikliğin türüne göre başvurunun usûle ilişkin bir kararla reddine, dosyanın ilgili bölge adliye mahkemesine gönderilmek üzere ilk derece mahkemesine ya da daireye gönderilmesine veya başvurunun yapılmamış sayılmasına veya gereken başka bir karar da verilebilecektir. Kesinleşmiş bir ilk derece mahkemesi kararına karşı başvuru yapılmış, başvuru süresi içinde yapılmamış veya Kanun’da başvuru sebepleri ve gerekçesi olarak ifade edilen istinaf sebepleri hiç gösterilmemişse, başvurunun reddine karar verilir⁵⁸. Bu

⁵⁷ ATALI, Murat; Pekcanitez Usul, Medeni Usul Hukuku, C. 3, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 1971.

⁵⁸ ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 2239.

noktada HMK m. 342/3 düzenlemesine göre istinaf dilekçesi, başvuranın kimliği ve imzasıyla, başvuru kararı yeteri kadar belli edecek kayıtları taşıması durumunda diğer hususlar bulunmasa bile reddedilmeyecek, m. 355 çerçevesinde gerekli inceleme yapılacaktır⁵⁹.

Bunlardan başka aşağıdaki hususlar yönünden de dosyanın ön incelemeye tabi tutulması yerinde olacaktır.

İlk olarak istinaf başvurusu yapan vekilin vekâletnamesi sunulmamış ise başvuru şartları kapsamında değerlendirme yapılarak, istinaf mahkemesince HMK m. 77 uyarınca tamamlatma cihetine gidilmeli, eğer verilen kesin sürede vekâletname sunulmaz veya aynı süre içinde asil tarafından işleme onay verilmez ise istinaf başvurusunun yapılmamış sayılmasına karar verilmelidir.

İkinci olarak istinaf başvurusuna konu ilk derece mahkemesi kararının tüm taraflara tebliğ edilip edilmediği incelenmeli ve bu konuda eksiklik tespit edilirse, bu işlemlerin tamamlanması için dosyanın geri çevrilmesine karar verilerek, dosya ilk derece mahkemesine kesin bir karar ile iade edilmelidir.

Üçüncü olarak istinaf başvuru dilekçesinin teatisi işlemlerinde bir eksiklik varsa, bu işlemlerin tamamlanması için dosyanın geri çevrilmesine karar verilerek, dosya ilk derece mahkemesine iade edilmelidir. Bu karara karşı herhangi bir kanun yolu yoktur.

Son olarak HMK m. 344 uyarınca, istinaf yoluna başvuran taraf, tebliği giderleri dâhil gerekli masraf avansını ve kanun yolu harçlarını peşin yatırmak zorundadır. Başvuru harcı ve maktu veya nispi peşin istinaf harcı ile gider avansı yatırılmamış veya eksik yatırılmış olmasına rağmen dosya istinaf mahkemesine gönderilmişse, istinaf mahkemesince anılan madde uyarınca işlem yapılmak üzere, dava dosyasının geri çevrilmesine karar verilerek dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilmelidir. Bu karar kesindir.

Bu hâllerde verilecek kararlara karşı kararın niteliğine göre kanun yolu değişiklik gösterecektir. Bir başka ifadeyle tüm bu hâllerde verilen kararın niteliğine göre kanun yoluna gidilebilecektir.

3. Ön İncelemenin Yapılış Şekli

Bu incelemenin, niteliğine göre, daire başkanının görevlendireceği bir üye tarafından yapılması mümkün olduğu gibi daire başkanı tarafından da yapılması mümkündür. Bu anlamda ön incelemenin başkanın kendisi ya da görevlendirilen bir üye tarafından yapılması mümkün olup, heyet halinde inceleme yapılması zorunlu değildir⁶⁰. Kaldı ki, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 354 çerçevesinde esasa ilişkin incelemenin bir üye tarafından yapılması mümkündür. Şu hâlde, ön incelemenin de bir başkan ya da üye tarafından yapılmasında evleviyetle bir sakınca görülmemelidir.

⁵⁹ ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 2239.

⁶⁰ AKKAYA, s. 241.

Tabiidir ki ön incelemenin bir başkan ya da bir üye tarafından yapılmış olması hâlinde dahi, ön incelemeye ilişkin verilmesi gereken karar, her hâlükârda heyet olarak verilecektir. Uygulamada genellikle dosya intikal eder etmez en kısa sürede daire başkanları tarafından ön inceleme yapılmakta; buna göre bir karar verilecek ise derhâl heyet hâlinde karar verilmektedir, aksi hâlde dosya esas inceleme için sırasına alınmaktadır. Esas inceleme için sıraya alınan dosyada esas inceleme yapılır iken ön incelemede görülmesi gereken husus sehven atlanmış ise bu takdirde esas inceleme sırasında da m. 352'ye göre karar verilmesinde bir engel olmadığı düşüncesindeyim.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 352 uyarınca ön incelemenin dosya üzerinden yapılacağı düzenlendiğinden, ön incelemenin duruşmasız yapılabileceği şüpheden uzaktır. Bununla birlikte, istinaf incelemesinin esasen duruşmalı yapılmasını düzenleyen kanun koyucunun iradesine uygun olarak, mahkeme tarafından gerekli görülür ise ön incelemenin de duruşmalı yapılabilmesinde hiçbir engel bulunmadığını düşünmekteyim⁶¹. Zira dosya üzerinden ön inceleme yapma düzenlemesi kanun koyucunun mahkemeye verdiği bir imkân olup, duruşma açılmasını yasaklayan bir hüküm olarak yorumlanamaz. Ancak, uygulamada ön incelemelerin hemen hemen tamamı duruşmasız yapılmaktadır.

Bu noktada son bir hususu da belirtmek gerekir ki, ön incelemede belirtilen sebeplerin Kanun'da gösterilen sıraya uygun şekilde incelenmesi gerekir⁶². Sadece m. 352/1, (a)'da düzenlenen iki hâlden; öncelikle o bölge adliye mahkemesinin görevinin, daha sonra bölge adliye mahkemesindeki dairenin görevinin incelenmesi yerinde ve mantıklı olacaktır.

III. TEMYİZ KANUN YOLUNDA ÖN İNCELEME

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 366/1 uyarınca istinaf kısmında düzenlenen m. 352 hükmünün temyiz incelemesi sırasında da uygulanması gerekmektedir. Bu düzenleme esas itibarıyla, 2797 sayılı Yargıtay Kanunu m. 40 düzenlemesinin tekrarından ibarettir. Bahsi geçen madde ise; *"Daireler heyet hâlinde çalışır, heyet bir başkan ve dört üyenin katılımıyla toplanır. Üye sayısının yeterli olması halinde birden fazla heyet oluşturulabilir. Bu durumda, oluşturulan diğer heyetlere, heyette yer alan en kıdemli üye başkanlık eder. Heyetler işi müzakere eder ve salt çoğunlukla karar verirler. Müzakereler gizli cereyan eder.*

Görüşmeye katılan başkan ve üyelerin adları mahallerine gönderilecek karar örneklerine de yazılır. Karar çoğunluk ile verilmişse karşı oy yazısı, kararların asıl ve örneklerinde gösterilir.

⁶¹ Aynı yönde bkz. AKKAYA, s. 242.

⁶² AKKAYA, s. 245; ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 2239.

Yargıtay incelemesi için dairelere gelen dosyalar bekletilmeksizin görev ve iş bölümü, temyiz kabiliyetinin bulunup bulunmadığı, temyiz isteminin süresi içinde olup olmadığı, temyiz şartı ve diğer usul eksiklikleri yönlerinden ön incelemeye tabi tutulur.

Ön inceleme sırasında, temyiz incelemesinin başka daireye ait olduğu, temyiz kabiliyetinin bulunmadığı, temyiz isteminin süresi içinde olmadığı, temyiz şartının yerine getirilmediği veya diğer usul eksiklikleri bulunduğu saptanan dosyalar dairede öncelikle incelenip karara bağlanır.

Yukarıdaki fıkralar, özel hükümler saklı kalmak üzere Hukuk ve Ceza Genel Kurulları çalışmalarında da uygulanır.” şeklindedir. Bu iki madde hükmünün birlikte değerlendirilmesi sonucunda ön inceleme sırasında dosya üzerinden yapılacak incelemede;

- a) Dosyanın temyiz incelemesi konusunda Daire'nin görevli olup olmadığı,
- b) Kararın temyiz edilebilir nitelikte bulunup bulunmadığı,
- c) Temyiz başvurusunun süresi içinde yapılıp yapılmadığı,
- ç) Temyiz başvuru şartlarının yerine getirilip getirilmediği,
- d) Temyiz başvuru sebeplerinin veya gerekçesinin gösterilip gösterilmediği,
- e) Temyiz veya temyize cevap dilekçesinde duruşma istemi bulunup bulunmadığı ile varsa duruşma şartlarının bulunup bulunmadığı hususları incelenerek, gerekli karar verilecektir.

Bu düzenlemelerle ilgili açıklama ve yorum yapmaya ihtiyaç bulunmamaktadır. Zira istinaf kanun yolu ile ilgili yapılan açıklamalar temyize ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla aynen geçerli bulunmaktadır. Yapılan ön inceleme neticesinde eksiklik bulunmadığı anlaşılan dosya incelemeye alınacaktır.

SONUÇ

Ön inceleme aşaması, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile yargının sorunlarının çözümüne yönelik olarak kanun koyucunun bakış açısını yansıtan sistemin en önemli yeniliklerinden birisidir. Kuşku yoktur ki ön inceleme aşaması, tek başına yargının bütün sorunlarını çözebilecek bir enstrüman değildir; bu yönde bir yaklaşım, kurumun kendisinden beklenen fayda bir yana, bireylerin hak arama hürriyetleri ve adalet beklentileri bağlamında zararlı sonuçlar doğurabilir. Ancak ön inceleme aşamasının, gerek yargılama sürelerinin kısaltılarak doğrudan, gerekse de sulh ve arabuluculuk gibi uyuşmazlığın dostane çözüm yolları suretiyle giderilmesine ilişkin yönü itibarıyla dolaylı olarak kendisinden beklenen faydayı sağlayabilmesi için, ciddi bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekir. Bu noktada hem taraflar ve varsa vekillerine hem de hâkimlere önemli görevler düşmektedir. Buna göre;

Ön inceleme aşamasının etkin ve verimli olabilmesi için, her şeyden önce tarafların ve hâkimin, dilekçeler aşamasından sonra dosyayı dikkatle incelemeleri ve titizlikle hareket etmeleri gerekmektedir. Özellikle mülga HUMK döneminden kalma eski alışkanlıkların uygulanmasından kaçınılmalıdır. Aksi durumda taraflar bakımından gerek maddi hukuk gerekse de usul hukuku açısından aleyhlerine sonuçlar doğabilecek; hâkimler bakımından ise açık kanun hükümlerini uygulamadıkları için sorumlulukları yoluna gidilebilecektir. Ön inceleme aşamasında yapılması gereken işlemlerin yapılmaması, adil yargılanma hakkının ihlâlüne de neden olacaktır. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru neticesinde yeniden yargılama yapılması dahi gündeme gelebilecektir.

Kanun koyucunun, uyuşmazlıkların mahkeme önünde yargılama yapılmaksızın dostane çözüm yollarıyla hâlline yönelik gelişen iradesi karşısında, ön inceleme aşamasında yapılması gereken işlemler içerisinde sulh ve arabuluculuğa teşvik bakımından hâkimin ciddi ve inandırıcı olması gerekmektedir. Bu bakımdan zorunlu arabuluculuk şartının bulunduğu uyuşmazlıklar bir kenara bırakıldığında, hâkimin sadece hukukî bilgi ile yetinmeyip, somut olayın gereklerine uygun olarak taraflara bilgi verici ve aydınlatıcı bir teşvik çabasında bulunması gerekmektedir.

Ön inceleme, gerek ilk derece yargılaması gerekse kanun yolu aşamalarında aynı amaçları haiz olsa da, içerik ve kapsam bakımından oldukça farklılaşmaktadır. Ön inceleme kapsamında yapılması gereken iş ve işlemler farklılaşsa da, ister ilk derece isterse de kanun yolu aşamasında olsun, ön inceleme kurumunun belirttiğimiz ortak amacı doğrultusunda hareket edilmelidir. Bu noktada, uygulamada yaşanabilecek duraksamalarda, yukarıdaki paragraflarda ortaya koymaya çalıştığımız yaklaşım üzere hareket edilmesi faydalı olacaktır.

KAYNAKÇA

- **AKKAYA, Tolga;** Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2009.
- **ALBAYRAK, Adem;** Hukukta İstinaf Uygulaması, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- **ALBAYRAK, Adem/GÖZÜTOK, Zeki;** Hukuk Yargılamasında Duruşma Yönetimi, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- **ALBAYRAK, Adem;** Hukukta İstinaf Uygulaması, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2017.
- **ARSLAN, Ramazan;** Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, S Yayınları, Ankara 1989.

- **ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel;** Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara 2019.
- **ATALI, Murat;** Pekcanitez Usul, Medeni Usul Hukuku, C. 3, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- **ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin;** Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2019.
- **ERMENEK, İbrahim;** Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Ön İnceleme, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 1, Yıl: 2011, s. 139 – 177.
- **GÖRGÜN, L. Şanal/BÖRÜ, Levent/TORAMAN, Barış / KODAKOĞLU, Mehmet;** Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2019.
- **GÖZÜTOK, Zeki;** Hukuk Davalarında İstinaf ve Temyiz Uygulama Rehberi, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- **KARSLI, Abdurrahim;** Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Dilekçeler ve Ön İnceleme Aşamasının Değerlendirilmesi, 10. Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı, 1-2 Ekim 2012, İzmir, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, s. 416-426.
- **KARSLI, Abdurrahim/KOÇ, Evren/KONURALP, Cengiz Serhat;** Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Problemler Konular, Alternatif Yayıncılık, İstanbul 2014.
- **KURU, Baki;** İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2018.
- **ÖZEKES, Muhammet;** Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C. 2, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- **PEKCANITEZ, Hakan;** Pekcanitez Usul, Medeni Usul Hukuku, C. 2, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- **PEKCANITEZ, Hakan;** HMK Hakkında Genel Değerlendirme, 10. Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı, 1-2 Ekim 2012, İzmir, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, s. 461-476.
- **PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet;** Medeni Usul Hukuku, On iki Levha Yayıncılık, 7. Baskı, İstanbul 2019.
- **TANRIVER, Süha;** Medeni Usul Hukuku, C. 1, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- **TOPEL ÇELİKOĞLU, Cengiz;** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yargılama Modelinde Öninceleme Safhası, e-akademi, Temmuz 2012, S. 125, s. 1-65, <http://e-akademi.org/makaleler/ctcelikoglu-1.pdf>.
- **TUTUMLU, Mehmet Akif;** Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Yeni ve Değişik Hükümlerinin Yorumu, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2012.
- **YILMAZ, Ejder;** Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Yetkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara 2013.

ÜÇ BOYUTLU ŞEKİLLERİN MARKA OLARAK GÖRÜNÜMÜ

Three-dimensional Shapes as a Trademark

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Çelebi CAN*

Geliş Tarihi: 02.01.2020 Kabul Tarihi: 28.01.2020

ÖZET

Yeni marka çeşitleri arasında sayılan ve çoğu zaman tasarım olarak da korunan üç boyutlu şekillerin ayırt edici karakterinin tüketiciler nezdinde algılanmasının güç olduğuna yönelik klasik bir anlayış vardır. Bu nedenle de geçmişte tescil başvuruları arasında, üç boyutlu şekillere nadiren rastlanıldığı da söylenmektedir. Yakın geçmişte ve günümüzde bu anlayışın ve söylemin bir gerçekliği kalmamıştır. Zira son yıllarda üretim teknolojisindeki gelişmelere paralel olarak farklı endüstrilerde ortaya çıkan ürün çeşitliliği ve üretim miktarındaki artış, pazarlama faaliyetlerinde ürünün şeklini ön plana çıkarmıştır. 3D teknolojisinin ve özellikle üç boyutlu yazıcıların geldiği seviye ile ürünün salt üç boyutlu şekli, ambalaja ve bir konumlandırmaya ihtiyaç duymaksızın ayırt edici karakteriyle bir bütün olarak tüketiciler nezdinde marka olarak algılanabilmektedir. AB Marka Tüzüğü ve AB Marka Yönergesi ile bunların hükümlerinden mülbem Sınai Mülkiyet Kanunu ve Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik, salt üç boyutlu şekillere de şartların varlığı halinde, 556 sayılı KHK döneminde olduğu gibi marka olarak görünüm imkânı sunmaktadır. Ancak, salt üç boyutlu şekle marka himayesi tanınmasına neden olan ayırt edicilikten kaynaklanan doğal sınırlamanın dışına çıkarak, ilgili piyasadaki mutad mallar üzerinde marka sahibinin tekelleşmesine neden olacak bir yorumdan da, SMK'da kamu menfaati amacıyla düzenlenen mutlak red sebepleri ile düzenlenen bariyerlere riayet edilmek suretiyle, kaçınılmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Üç boyutlu şekil, tasarım, marka, sicilde gösterilebilir olma, ayırt edicilik kriteri, teknik fonksiyon

ABSTRACT

There is a traditional perception regarding three-dimensional shapes as a new type of trademarks, which are also at times protected as a design, that they are difficult to be comprehended by consumers. For this reason, we did not see many applications to register three-dimensional shapes as trademarks in the past. Recently, however, and certainly at the current state of the debate, this perception has lost its weight. Indeed, technological developments have led to a significant increase in the number and variety of products, which has shifted the focus of marketing strategies towards the shape of products. Given the current development level of the 3D technology and three-dimensional printers, the three-dimensional shape of a product alone has become distinctive in the eyes of consumers as a whole, without the need for a specific packaging or placement. The European Union Trademark Directive and Trademark Regulation, as well as the Industrial Property Law and the Regulation on the Application of the Industrial Property Law which are derived from the European Union law, provides a legal basis for three-dimensional shapes to be registered as a trademark, subject to meeting the relevant criteria. That said, an interpretation of this legal protection in a way to result in the trademark owner's monopoly in the relevant market should be avoided, in particular by compliance with the legal barriers defined via absolute grounds of refusal in the Industrial Property Law.

Keywords: Three-dimensional shape, design, trademark, ability to appear at the registry, distinctiveness criterion, technical function

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Öğr. Üyesi, e-posta:celebican001@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-7177-6998

GİRİŞ

3D ya da *Stereoskopi*, “birbirine benzer, üst üste bindirilmiş iki görüntüden üç farklı boyutu algılamak” olarak tanımlanabilir. İnsan, iki gözü ile aldığı görüntüyü beyinde birleştirerek ideal görüntüyü algılayacak mükemmellikte yaratılmıştır. 3D teknolojisi ile bir ekran/yüzey üzerinden iki boyutuyla bakılan objelerin derinlik hisleri de algılanabilmektedir.

Bir işletmenin ürettiği ve çoğu zaman tasarım olarak da himaye gören bir ürünü, mevcut piyasasında var olan yeknesaklıktan ve diğerlerinden farklılaştıran bir ayırt edici niteliğinin bulunması halinde, marka mevzuatı kapsamında da himaye etmek mümkündür. Tam da bu noktada, üç boyutlu yazıcı teknolojisinin geldiği seviye ile görüntüleme imkânı, marka konusu işaretin bütünlüğünü bozmadan ve koruma konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayacak şekilde tek bir yönden veya farklı açılardan görünümünü içeren gösterimi sunarak, ayırt edici karakteri bulunan ve çoğu zaman tasarım olarak da kabul edilebilen üç boyutlu şekillerin marka olarak tescilini kolaylaştırdığı tarafımızca değerlendirilmektedir.

İki boyuttan üç boyuta adeta evrilen günümüz emtia piyasası gerçekliği bakımından, markanın da üç boyutlu şekil biçimindeki işaret olarak tescil edilmesi bir hayli yaygınlaşmış, hatta mutata hale gelme yolunda hız kazanmıştır. Son yıllarda üretim teknolojisindeki gelişmelere paralel olarak farklı endüstrilerde ortaya çıkan ürün çeşitliliği ve üretim miktarındaki artış, pazarlama faaliyetlerinde ürünün şeklinin ve ambalajının daha da önem kazanmasını sağlamıştır. Öyle ki sözü edilen husus, özellikle hızlı tüketim malları sektöründe rekabetin yoğunluğunu arttırarak ürünün görünümüne ve ambalajına yapılan yatırımın üretim maliyetlerinin önemli bir kalemini oluşturmaları sonucunu doğurmuştur.

İşaret edilen gelişmeler ışığında, üç boyutlu şekillerin gerek ürünün şekli gerek de ambalajı olarak korunması ihtiyacı, marka hukuku alanında mevcut düzenlemelerin yeniden yorumlanmasını ve/veya yeni bir düzenleme alanını gündeme getirmiştir. Her geçen yıl sayısı azalmakla birlikte, bazı ülkelerde üç boyutlu şekiller yasal engeller nedeniyle henüz marka olarak tescil edilemezken, yasal engellemelerin bulunmadığı diğer tarafta Avrupa Birliği Marka Yönergesi ve Avrupa Birliği Marka Tüzüğü ve güncellemeleri¹ ile getirilen düzenlemeler

¹ Konu hakkında Avrupa Birliği mevzuatına bakıldığında marka ile ilgili sürece ilişkin “Üye Ülkelerin Markalara İlişkin Mevzuatının Uyumlaştırılması Hakkında Yönerge (2008/95/AT)”, 16.12.2015 tarihinde kabul edilmiş ve 23.12.2015 tarihli Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde yayınlanarak yürürlüğe girerek bunu güncelleyen ve AB Marka Yönergesi olarak da burada anılacak olan “2015/2436/AB sayılı Yönerge (15 Ocak 2019)” önem arz etmektedir. Bunun yanı sıra, “AB Marka Tüzüğü (207/2009/AT)”, “AB Marka Tüzüğü’nün Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik (2868/95/AT)” ve bunu güncelleyen “AB Marka Tüzüğü’nü Tadil Eden Tüzük (2015/2424/AB)” ile son güncelleme olup 14.06.2017 tarihinde kabul edilmiş ve

ve yargı kararları aracılığıyla söz konusu alandaki marka tescil uygulamalarının yeknesak hale getirilmesi hedefine her geçen gün yaklaşılmaktadır. Türk hukuku düzenlemelerinin Avrupa Birliği ile uyumlaştırılması kapsamında ise, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve mezkûr kanun hükmünde kararnamenin uygulanmasına dair Yönetmeliği yürürlükten kaldıran 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ve Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik ile birlikte, üç boyutlu şekillerin marka olarak tescil edilmesi Türk hukuku bakımından daha da önem arz eden bir konu olarak karşımıza çıkmıştır. Böylece, konu ile ilgili eski mevzuat dönemine ait yargı kararlarının gerekçelerinin de gözden geçirilmesi kaçınılmazdır. Aslında bu noktada içtihat gerekçelerindeki olası değişikliğin nedeni, mevzuat değişikliğinden ziyade, teknolojik gelişmeler ve üç boyutlu şeklin anlamlandırılması hususundaki anlayışla ilgilidir. 3D teknolojisinin ve özellikle üç boyutlu yazıcıların geldiği seviye ile görüntülemenin iki boyuttan üç boyuta evrildiği günümüz gerçekliği bakımından, markanın da üç boyutlu şekil biçimindeki işaret olarak tescil edilmesi noktasında, marka tescil başvurularında mevzuata uyumluluk tartışmalarının kaçınılmaz olarak süreceği aşikârdır.

Konunun güncelliği ve haiz olduğu önem itibarıyla gerçekleştirilen işbu çalışmada, öncelikle üç boyutlu şekillerin tanımı ve fikri mülkiyet hukuku kapsamında hangi hukuki araçlar yolu ile korunabileceği klasik şekilde tartışılacak, ardından üç boyutlu markaların pozitif hukuktaki görünümü incelenecektir. Bu kapsamda ilk olarak Türk hukukundaki düzenlemeler ve yargı kararları üzerinde durulacak, ardından Avrupa Birliği mevzuatı ve konunun içtihatındaki görünümüne sınırlı örneklerle işaret edilecektir. Çalışmanın sonunda ise mevzuat ve uygulamaların genel bir değerlendirmesi yapılarak ulaşılan sonuca değinilecektir. Çalışma kapsamında marka tescilinin sağlamış olduğu himaye kapsamına ilişkin geleneksel içeriğe yer verilmeyecektir. Burada cevap aranan soru salt üç boyutlu şekle münhasıran tanınan marka himayesidir. Ayrıca markaya tecavüz halleri de iş bu çalışmanın kapsamı dışındadır.

I. ÜÇ BOYUTLU ŞEKİLLER VE HUKUKİ KORUMA YÖNTEMLERİ

A. Tanım

Üç boyutlu şekil kavramı, bu çalışmada marka olarak tescil edilebilecek bir işaret bağlamında ele alınmaktadır. Bu nedenle de, üç boyutlu şekillerin aşağıda açıklanan marka kurumunun tanımında yer alan işaret kavramının kapsamına ne şekilde gireceği sorusu bizim için önem arz etmektedir. Marka

16.06.2017 tarihli Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde yayınlanarak yürürlüğe giren ve *AB Marka Tüzüğü* olarak da burada anılacak olan “2017/1001/AB sayılı Tüzük” diğer önemli mevzuat güncellemesi olarak sayılabilir.

tanımında yer alan işaret kavramının kapsamını soyut bir şekilde belirlemek ise hem gerekli değildir hem de son derece güçtür. Zira kapsama ilişkin çizilen her çerçeve, kendi içinde söz konusu alanı bugün için sınırlamasına karşın marka kurumunun gelişimine bakıldığında yarın bu sınırların aşılmasının kuvvetle muhtemel olması ile anlamsız kalacaktır.

Üç boyutlu şekil ile üç boyutlu şekillerin marka olarak görünüm halleri birbirinden farklı hususlardır. Bununla birlikte, üç boyutlu şeklin marka olarak tescili için muhakkak suretle malın ambalajı olarak kullanılması ya da mal üzerinde konum markası olarak yer alması zarureti² mer'î mevzuata göre bulunmamaktadır. Marka hukuku bakımından üç boyutlu şekiller günümüzde marka başvurusu sırasında diğer şartları taşıması kaydıyla ilgili malın bizzat kendi görünümü olarak sıklıkla yer alabilmektedir. O halde işbu çalışma bakımından üç boyutlu şekilden kasıt, malın bizzat kendi şekli³, yani “*eninden ve boyundan başka derinliği de olan*” şekilde görünümüdür. Bu görünümün markanın amacı doğrultusunda, tüketicilerin edinmeyi düşündükleri mal ve hizmetler yerine başka mal ve hizmetlerin alımını engelleyici fonksiyon görmesi halinde marka tescili mümkün olabilmektedir. İşte bu nevi markaya ayırt edicilik katan unsura sahip olarak bizzatı üç boyutlu şekil çalışma konumuzu oluşturmaktadır. Üç boyutlu şekil böylece, mal ve hizmetleri ferdileştirerek, bunları tüketiciler nezdinde piyasada teşhis edilebilir hale getirebilmesi⁴ yönünden marka vasfını kazanmış olacaktır.

Günümüzde geleneksel nokta dikkate alındığında, ticari bir markanın ürünün yahut ürünün muhafazasının üzerine eklenebilecek nitelikte bir işaret olduğu yönündeki eski anlayışın terk edildiği görülmektedir. Zira bir işaretin marka olarak korunabilmesi için temel ölçüt, değerlendirmeye tabi tutulan işaretin talep sahibine ait bir malı diğer mallardan ayırt etme kabiliyetinin bulunup bulunmadığıdır. Modern teknolojinin *per se* ayırt edici niteliği haiz ve bu itibarla ürünlerin teşhisi ve ayırt edilmesine hizmet edecek nitelikte pek çok ürün ve ambalaj şekli sunduğu dikkate alınarak, üç boyutlu şekillerin marka

² 551 sayılı Marka Kanunu m. 4, şekil itibarıyla marka olarak tescil edilemeyecek işaretlerle ilgili bir çerçeve belirlemişti. Bu madde hükmünden hareketle, mal ve ambalaj üzerine konulamayacak işaretlerin ve bizzat malın kendi şeklinin marka olarak tescil edilemeyeceği ifade edilmekteydi. Bkz. EROĞLU, S., Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili, DEÜHFD, Y. 2003, C. V, S. 1, s. 114 dn. 84.

³ 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulanmasına Dair Yönetmelik m. 4'te yer alan “Şekil” tanımında, marka niteliği taşıyan malın kendisini göstermeyen, Kanun Hükmünde Kararnamenin diğer hükümlerine uygun üç boyutlu şekillerin tescil edilebileceği düzenlenmişti. Bu nedenle markanın kendi özgün şeklinin tek başına tescil edilip edilemeyeceği tereddüt oluşturabiliyordu. *Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik*'te böyle bir kısıtlama barındıran lafz bulunmamaktadır.

⁴ Soyut ve somut ayırt edicilik kavramları için bkz. DOĞAN, B.F., “Türk, Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu”, FMR, Y. 6, C. 6, S. 2006/3, s. 17-42.

olarak tescil edilebilmesi yaklaşımı, hâlihazırda giderek azalan istisnalar dışında pek çok hukuk düzeni tarafından kabul edilmektedir⁵.

Esasında tescil edilmek istendiği mal ve hizmetlerden farklılaşamayacağı sanısıyla üç boyutlu şekillerin ayırt ediciliğinin düşük olacağı ve dolayısıyla da marka başvurularında da nadiren tercih edileceği düşüncesi, üç boyutlu yazıcı teknolojisinin gelişimi ile tersi ivme kazanmıştır. Zira üç boyutlu yazıcı teknolojisi sayesinde işletmenin piyasaya sunduğu malın kendine özgün karakteristik yapısı görünüm olarak bihakkın sunulabildiği için, üç boyutlu şekil marka başvurularındaki artışta tetiklenmiştir. Bu teknolojinin ortaya koyduğu bizatihi işletmenin piyasaya sunduğu ürünün kendisi olduğu için, ortada ne bir ambalaj ne de bir ürün üzerinde üç boyutlu şeklin konumlandırılması ile birlikte değerlendirilmesi gereken sorunlar vardır.

B. Hukukî Koruma Yöntemleri

Üç boyutlu şekillerin korunması, özellikle bir ürünün veya ambalajının tasarımı olarak değerlendirildiğinde pek çok açıdan önem kazanmaktadır. Öncelikle, ürünün veya muhafazasının şekli, ilk bakışta ürünün tüketicilerin gözünde cazip nitelik kazanması ve dikkat çekmesi bakımından kayda değer bir öneme sahiptir. Benzer şekilde ürünün satışa sunulduğu ortamlarda tüketiciler tarafından tanınması hususunda da ürünün ya da ambalajın şekli etkin rol oynamaktadır. Öte yandan bir ürünün şekli, peştemaliyenin⁶ taşıyıcısı fonksiyonu görebileceği gibi, bir mal şekli itibarıyla dikkat çekici ve tanınmış hale geldiği ölçüde, kopyalanması ve taklit edilmesi sıklıkla rastlanan bir ürün niteliği kazandırma olumsuz işlevini de görmektedir.

Üç boyutlu şekiller, esas itibarıyla tasarım⁷, telif hakları, markalar ve haksız rekabet hükümlerine göre çeşitli yollar ile hukukî koruma temin edebilmektedir.

⁵ LADAS, S. P., "Patents, Trademarks and Related Rights: National and International Protection", Cilt 2, Cambridge 1975, §583, s. 1024, <http://books.google.com.tr/> (erişim tarihi: 02.10.2019).

⁶ "Goodwill" teriminin karşılığı olarak kullanılan peştemaliye, işletmeyi devir alanın, bu işletme hakkının maddi değeri yanında işletmenin ünü ve manevi değerleri için ödemesi lazım gelen bedel olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Y. 4. HD. T. 03.06.1985, E. 1985/2315, K. 1985/5606 (www.kazanci.com).

⁷ Tasarımların son derece grift yapıda bulunmaları nedeniyle tasarım mevzuatının yanı sıra haksız rekabet hükümleri, patent, faydalı model ve özellikle marka olmak üzere diğer himaye modelleri ile de korunmaları, şayet ilgili himaye kurumunun yasal şartlarını taşıyorlarsa *kümülatif koruma ilkesi* bağlamında mümkündür. Zira o tasarıma vücut veren ayırt edici işaret aynı zamanda mevzuat gereği marka vasfını da taşıyorsa, burada her iki kurumun koruyucu hükümleri adeta kümelenme/yığılma içinde fonksiyon görebilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞEHİRALİ ÇELİK, F. H., Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması, Ankara 2014, s. 133 vd. Fikri mülkiyet rejimleri bakımından kümülatif korumanın temin edilebilirliği tespiti için ayrıca bkz. CAN, B., Motorlu Taşıt Sektöründe Fikri Mülkiyet Hukuku ve Rekabet Hukuku İlişkisi, Ankara 2013, s. 80 (yayımlanmamış yüksek lisans tezi).

Elde edilmek istenen korumanın niteliği ve her bir hukukî araç bakımından öngörülen şartların mevcut olup olmadığı hususları dikkate alınmak suretiyle talep sahibi, sayılan başvuru yollarından birini tercih edebilecektir.

1. Üç Boyutlu Şekillerin Tasarım Olarak Korunması

Üç boyutlu şekillerin sıklıkla rastlanan görünümü, tasarımlardır⁸. Tasarımlar ise hukukumuzda 1995 yılında yürürlüğe giren 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK'nın düzenleme alanını da kapsayacak şekilde yürürlüğe giren Sınai Mülkiyet Kanununun "Tasarım" başlıklı üçüncü kitabı kapsamında korunmaktadır. SMK m. 56 uyarınca bir tasarım⁹ yeni¹⁰ ve ayırt edici niteliği haiz ise, mezkûr düzenleme kapsamında korunabilecektir.

Bir şeklin tasarım veya marka olarak korunması arasındaki fark, ilk olarak her iki fikri mülkiyet türünün sağladığı korumanın süresi bakımından ortaya çıkmaktadır. Nitekim bir tasarım, azami toplam yirmi beş yıl korunurken, markalar, her on yılda bir yenilenmek suretiyle ilelebet korunabilmektedir. Öte yandan başvuru veya rüçhan tarihinden önce kamuya sunulmuş bir tasarım, sadece üç yıl tescilsiz tasarım olarak himaye edilebilirken, ayırt edici niteliği haiz ise marka olarak tescil edilebilecektir¹¹.

Tasarım olarak korunma koşullarını bulunduran bir şekil, aynı zamanda tasarım konusu ürünler için marka mevzuatının aradığı ölçütte ayırt edici nitelikte ise marka olarak da tescili mümkündür. Başkasına ait bir tasarımın marka olarak tescil edilmesi ise, söz konusu tasarımın sahibinin iznine tabidir¹². Öyle ki markanın tasarım sahibinin izni olmaksızın tescil ettirilmek istenmesi durumunda, tasarım sahibinin SMK m. 6/6 uyarınca tescili önleme hakkı mevcuttur. Söz konusu tasarımın izinsiz şekilde marka olarak tescil edilmiş

⁸ YASAMAN, H., Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi, Cilt 1, İstanbul 2004, s. 74; Ayrıca bkz. SULUK, C., Tasarım Hukuku, Ankara 2003, s. 74 vd.

⁹ 554 sayılı KHK'nin 3. maddesinde tasarım; *"bir ürünün tümü veya bir parçası veya üzerindeki süslemenin, çizgi, şekil, biçim, renk, doku, malzeme veya esneklik gibi insan duyları ile algılanan çeşitli unsur veya özelliklerinin oluşturduğu bütünü"* olarak tanımlanmıştır.

¹⁰ Yargıtay bir kararında, 554 sayılı KHK'nin 6. maddesi uyarınca bir tasarımın tescil edilebilmesi için tasarımın aynısının başvuru veya rüçhan tarihinden önce dünyanın herhangi bir yerinde kamuya sunulmamış olması, başka bir deyişle mutlak yenilik koşulunun kabul edildiğini belirterek, mutlak yenilikten söz edilebilmesini, tasarım tescil başvurusu yapılan ürünün görünümünün dünyanın herhangi bir yerinde kamuya sunulan tasarımlardan yararlanma ve benzetme ilkesi sınırları içinde kalmak kaydıyla küçük ayrıntıların ötesinde farklı özelliklere sahip olmasına bağlamıştır. Bkz. 11 HD, E. 2007/8398, K. 2009/2987, T.17.03.2009 (yayımlanmamış Yargıtay kararı).

¹¹ Tescilli tasarımların koruma süresi başvuru tarihinden itibaren beş yıldır. Bu süre beşer yıllık dönemler hâlinde yenilenmek suretiyle toplam yirmi beş yıla kadar uzatılabilir (SMK m. 69/1). Buna karşın, tescilsiz tasarımların koruma süresi, koruma talep edilen tasarımın kamuya ilk sunulduğu tarihten itibaren üç yıldır (SMK m. 69/2).

¹² YASAMAN, s. 75.

olması durumunda ise terkin için tescilin hükümsüzlüğü mahkemeden talep edilebilecektir¹³.

2. Üç Boyutlu Şekillerin Telif Hakları Kapsamında Korunması

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu “Tanımlar” başlığı altında 1/B maddesi uyarınca “sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulü” eser kabul edilmektedir. Bu itibarla üç boyutlu şekillerin, mezkûr Kanunda düzenlenen “eser”e ilişkin nitelikleri taşıması halinde, bu kapsamda koruma alanı da bulması mümkündür.

Üç boyutlu şekillerin FSEK kapsamında korunması, eserin aleni hale geldiği andan itibaren kendiliğinden başlamaktadır; bu itibarla herhangi bir tescil yahut kayıt yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ayrıca söz konusu korumanın süresi, eserin aleni hale geldiği andan itibaren eser sahibi yaşadığı müddetçe ve eser sahibinin ölümünden başlayarak yetmiş yıl olarak belirlenmiştir¹⁴. Dolayısıyla telif hakkı kapsamında sağlanacak koruma, kazanılmasındaki kolaylık ve koruma süresinin uzunluğu itibarıyla avantajlı olmaktadır. Öte yandan, tescil zorunluluğunun bulunmaması nedeniyle de, uygulamada ispat bakımından güçlükler yaşanmaktadır.

3. Üç Boyutlu Şekillerin Haksız Rekabet Kapsamında Korunması

Türk Ticaret Kanunu m. 54’te, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması amacıyla, rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırı olarak nitelendirilmiş ve uygulamada sıklıkla görülen haksız rekabet halleri, aynı Kanun’un 55. maddesinde, tahdidi olmamakla birlikte, gösterilmiştir. TTK m. 55/1 (a) 4 uyarınca, “başkasının malları, iş ürünleri,

¹³ SMK m. 26 ile TÜRKPATENT nezdinde markanın iptali farklı bir hukuki kurum olarak düzenlenmiştir. Burada sadece, a) Markanın, tescil tarihinden itibaren beş yıl süreyle kullanılmaması, b) Markanın jenerik hale gelmesi, c) Markanın halkı yanıltır hale gelmesi, d) Garanti ve ortak markaların teknik yönetmeliğe aykırı kullanılması halleri ile sınırlı olarak TÜRKPATENT nezdinde kullanılacak bir prosedürü içermektedir. SMK m. 192 uyarınca bu prosedürün uygulanması yedi yıl ertelenerek 2024 yılına bırakılmıştır. Bununla birlikte SMK Geçici m. 4/1 gereğince, 26 ncı madde hükmü yürürlüğe girene kadar, iptal yetkisi, anılan maddedeki usul ve esaslara göre mahkemeler tarafından kullanılır.

¹⁴ 5846 sayılı Kanun’un 27. maddesi şu şekildedir: “Koruma süresi eser sahibinin yaşadığı müddetçe ve ölümünden itibaren 70 yıl devam eder. Bu süre, eser sahibinin birden fazla olması durumunda, hayatta kalan son eser sahibinin ölümünden itibaren yetmiş yıl geçmekle son bulur. Sahibinin ölümünden sonra alenileşen eserlerde koruma süresi ölüm tarihinden sonra 70 yıldır. 12 nci maddenin birinci fıkrasındaki hallerde koruma süresi, eserin aleniyet tarihinden sonra 70 yıldır; meğerki eser sahibi bu sürenin bitmesinden önce adını açıklamış bulunsun. İlk eser sahibi tüzelkişi ise, koruma süresi aleniyet tarihinden itibaren 70 yıldır”.

faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak” haksız rekabete yol açacaktır¹⁵. Ancak söz konusu koruma, markanın tescil edilmemiş olduğu durumlar bakımından işlev görecektir. Böylelikle üç boyutlu şekiller marka olarak tescil edilebildiği durumlarda SMK hükümleri, tescil edilmemiş olduğu hallerde ise¹⁶ TTK’nin haksız rekabete ilişkin genel hükümleri uyarınca koruma sağlayabilecektir.

4. Üç Boyutlu Şekillerin Marka Olarak Korunması

Üç boyutlu şekiller bakımından başvurulabilecek bir diğer hukuki koruma vasıtası, işbu çalışmanın konusunu oluşturduğu üzere, marka olarak tescildir. Söz konusu şekillere ilişkin marka hukuku kapsamındaki düzenlemeler ve ilgili yargı kararları aşağıda ele alınacaktır.

Üç boyutlu şekillerin marka olarak tescil edilebilmesi sorununun önem arz etme nedeni ve bu çalışmayı hazırlamamızı tetikleyen sebep, “malın bizatihi kendisini/özgün yapısını gösteren şekillere” fikri mülkiyet hakları bağlamında herhangi bir suretle süresiz koruma sağlanmaması amacının yansımaları olan tasarım hukukundan kaynaklı azami yirmi beş yıllık koruma süresinin, marka üzerinden dolanılarak¹⁷ ihlali teşebbüslerinin yaygınlaşmasıdır¹⁸. Burada önemle belirtelim ki, her iki kurumun şartlarını da karşılaması halinde, üç boyutlu şekiller bakımından, hem tasarım hem de marka korumasına ilişkin mevzuat hükümlerinden yararlanılabilir¹⁹.

¹⁵ Söz konusu hukuki korumanın Anglo-Sakson hukukundaki benzer görünümü “*passing off*” olarak tabir edilen kötüye kullanıma halidir. Bir mal veya hizmetin bir başkasına ait olduğu izlenimini verecek şekilde yanıltıcı eylemlerde bulunulmasına işaret eden *passing off* prensibi, esas itibarıyla bir haksız fiil hali olarak uygulama alanı bulmaktadır. Mezkûr prensibin unsurları şunlardır: 1) Korumanın esas konusu markanın kendisi değil, tacirin itibarındaki mülkiyettir. 2) Söz konusu itibara ilişkin yanıltıcı beyanlarda bulunulması yasaklanmıştır. 3) Davalının fiillerinin davalının peştemaliyesinde bir zarara yol açmış olması gerekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. COLSTON, C., “Principles of Intellectual Property Law”, 1999, s. 310, <http://books.google.com.tr/> (erişim tarihi: 02.10.2019).

¹⁶ Bu noktada, SMK m. 6/6’daki “Tescil başvurusu yapılan markanın başkasına ait kişi ismini, ticaret unvanını, fotoğrafını, telif hakkını veya herhangi bir fikri mülkiyet hakkını içermesi hâlinde hak sahibinin itirazı üzerine başvuru reddedilir” hükmüyle, SMK m. 6/9’daki “kötüniyetle yapılan marka başvuruları itiraz üzerine reddedilir” hükmünün şartların varlığı halinde somut olayda uygulama imkânının olduğunu hatırlatmakta fayda görüyoruz.

¹⁷ Yeni ve ayırt edici kıstaslarını taşıması kaydıyla üç boyutlu şekiller özellikle 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK döneminde beri marka korumasının yanı sıra bu kapsamda da korunma imkânına ayrıca sahiptir.

¹⁸ Bu teşebbüslerin önüne geçmeye yönelik örnek için, herkesin kullanımına açık üç boyutlu işaretin kullanım tekelinin sonsuz süre ile kazanılması, ayırt ediciliği bulunmayan işaretlerin marka olarak tescil edilemeyeceğine ilişkin genel kurala aykırılık teşkil edeceğine ilişkin bidayet mahkemesinin kararını onayan Yargıtay ilamına bkz. 11 HD, E. 2012/5925, K. 2013/8519 T.29.04.2013 (yayımlanmamış Yargıtay kararı).

¹⁹ Her iki kuruma ilişkin mevzuat hükümlerini karşılaması kaydıyla yeterli özgünlükteki üç boyutlu şekil, marka olarak tescil edilebileceği gibi aynı zamanda tasarım olarak da himaye

II. ÜÇ BOYUTLU MARKALARIN POZİTİF HUKUKTAKİ GÖRÜNÜMÜ

A. Türk Hukukunda Üç Boyutlu Marka

1. Üç Boyutlu Markalara İlişkin Türk Hukukundaki Düzenlemeler

Üç boyutlu şekillerin marka kavramının tanımında yer alan işaret kavramının kapsamına, Türk pozitif hukuku bağlamında girip girmediği sorusunun cevabı Türk marka mevzuatının değişim süreci ile yakından ilgilidir.

551 sayılı Markalar Kanunu döneminde bu soru üç boyutlu şekillerin marka olamayacağı kanaatiyle olumsuz cevaplandırılmaktaydı²⁰. Hatta takip eden düzenleme olarak 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de de üç boyutlu şekillerin marka tanımında yer alan işaret kapsamına dâhil olduğuna dair açık bir düzenleme bulunmamaktaydı²¹. Ancak bu dönemde, ikincil düzenlemelerden MarkaKHK Yön. m. 4 hükmünde, sınırlı bir çerçeve çizerek de olsa *“marka niteliği taşıyan malın kendisini göstermeyen, Kanun Hükmünde Kararnamenin diğer hükümlerine uygun üç boyutlu şekilleri”* ifadesi yer almaktaydı. Aynı yönetmeliğin değişiklik²² öncesi ilk halinde, 8/a hükmüne bakıldığında ise, *“tescili istenen markanın yayına ve baskı yoluyla çoğaltmaya elverişli en az 5x5 ve en fazla 7x7 cm. ebadında 5 adet örneği”* istenilmesinden, söz konusu işaretin iki boyutlu çiziminin hazırlanarak KHK m. 5/1’deki markanın çizimle görüntülenebilme şartının karşılanması halinde tescilin mümkün görüldüğü anlaşılmaktaydı²³. Söz konusu kısıtlı hükümlerden dahi, Türk hukuku bakımından üç boyutlu şekillerin marka olarak tescil edilebileceği ve korunabileceği kabul edilmiş bulunmaktaydı²⁴.

-
- altına alınabilmektedir. Bkz. TEKİNALP, Ü., Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2012, B.5, s. 363. Diğer bir yazar tarafından, bir şeklin fikri hak konusu olarak korunmasının yanı sıra, tasarım ve ayırt ediciliği bulunması kaydıyla marka korumalarından birlikte yararlanabileceği ifade edilmiştir. Burada ürün ambalajının marka olarak tescil edilebileceğine vurgu yapılarak üç boyutlu şekillere bu yönüyle çağrışım yapmıştır. Bkz. GÜNEŞ, İ., Ayırt Edici İşaretler ve Marka Hukuku’nda Önceye Dayalı Haklar, Ankara 2013, s. 37. Benzer görüş için bkz. SULUK, s. 569.
- ²⁰ ARKAN, S., Marka Hukuku, C. I, Ankara 1997, s. 42 dn. 32.
- ²¹ ÇAĞLAR, H., Marka Hukuku, B. 2, Ankara 2015, s. 18.
- ²² 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulamasına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik için bkz. 30.03.2013 tarihli RG, S. 28603.
- ²³ Yönetmelikteki bu ifade nedeniyle, üç boyutlu şekillerin tek bir çizimle yeterince ifade edilemediğine ve farklı görünümün sunulabilme imkânı tanınmasına ilişkin daha o zamanki eleştiri için bkz. EROĞLU, s. 159; Ayrıca bkz. günümüzdeki durum için Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik m.7/3 ve yabancı mevzuat bakımından özellikle bkz. MarkenG 3.1 ve MSchG 1.2.
- ²⁴ Bkz. ARKAN, s. 37. Ayrıca söz konusu düzenlemeden anlaşılabileceği üzere, yalnızca malın ambalajı değil, bizatihi malın şeklinin veya maldan bağımsız olarak ayırt etmeyi sağlamak koşulu ile (her işaretin ve) üç boyutlu şeklin de marka olarak tescili mümkün olmalıdır. Bu konuda yargı kararı için bkz. “... üç boyutlu şekil markası 556 sayılı KHK’nin 5/1 inci maddesi

Sınai Mülkiyet Kanunu döneminde ise, SMK m. 4 bağlamında esas olan, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması yani “*ayırt edicilik koşulunu sağlaması*” ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması²⁵ koşullarıyla her türlü işaretin²⁶ ve tabi ki çalışma konumuz bakımından malın bizzat kendi özgün şeklinin marka olarak tescil edilmesi mümkündür. Hemen burada belirtmek gerekir ki; söz konusu marka başvurusuna konu işarete karşılık gelen malın özgün üç boyutlu şeklinin SMK m. 5’te sayılan mutlak ret nedenleri kapsamına girmemesi izahtan varestedir.

Yabancı hukuk düzenlemelerine bakıldığında, İsviçre hukukundaki markanın tanımının ve başlıca örneklerinin yer aldığı Markenschutzgesetz (MSchG) Art 1’de²⁷, marka olabilecek işaretler arasında üç boyutlu şekiller ve bunların kelime, harf, rakam, resim vb. diğer işaretlerle olan kombinasyonlarının sıralandığı görülmektedir. Buna karşın ne 556 sayılı KHK ne de 6769 sayılı SMK bu açıklıkta bir ifadeye yer vermiştir. SMK m. 4’te yer alan “...malların ve ambalajların biçimi” lafzından üç boyutlu şekillerin marka olabilmesinin kanunen kabul edildiği belirtilmektedir²⁸. Hatta 556 sayılı KHK’de yer alan çizimle görüntülenebilme şartının SMK’da yer almaması da bunun başka bir dayanağı olarak gösterilmektedir²⁹.

anlamında renkler ve işaretler kombinasyonu bakımından ayırt edicilik niteliği taşımakta, üç boyutlu şeklin mutlaka malın ambalajı olarak kullanılması gerekmemektedir.”. 11.HD.; 07.03.2002, E.2001/10235, K.2002/1984; KAYA, A., Marka Hukuku, 2006, s. 25 dn. 26. Bununla birlikte 556 sayılı KHK’nin 5.maddesinin ikinci fıkrası uyarınca marka, mal veya ambalajı ile birlikte tescil ettirilebilecektir. Bu durumda mal veya ambalajın tescili, marka sahibine mal yahut ambalaj için tekel hakkı sağlamayacaktır. Bu hükümden anlaşılan, ayırt edici niteliği bulunmayıp da, tek başına tescili de mümkün olmayan mal ve ambalaj şekilleri üzerinde marka sahibine inhisar hakkı sağlanmayacağıdır. Bkz. BİLGE, M. E., Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi, Ankara 2014, s. 204.

²⁵ Sicilde gösterilebilir olmanın kapsamını belirleyen düzenleme Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik’in 7/3 hükmünde de yer almaktadır.

²⁶ “...kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işareten oluşabilir” (SMK m. 4).

²⁷ Alman mevzuatında aynı şekilde MarkenG § 3.1. Malın kendi şekli veya ambalajı dâhil olmak üzere üç boyutlu şekiller bu kapsamda değerlendirilmektedir. BGH- *Palmolive kararında açıklandığı üzere*, sabun ambalajına marka himayesi sağlanması, bir ambalajın resminin markanın ayırt edici karakterini haiz olmaması gerekçesiyle eskiden mümkün değildi. MarkenG § 3.1 göre, önemli arz eden husus olarak, tescil başvurusu yapanın mallarını piyasadaki diğer teşebbüslerin mallarından ayırt etme fonksiyonu gördüğü takdirde ambalajın, marka olarak korunmasında bir problem bulunmamaktadır. Bkz. BERLIT, W., Das neue Markenrecht, 5. Aufl., München 2003, s. 10. Üç boyutlu şekillerin, malın şekli, ambalaj ve reklam figürü/emblemler olarak marka görünümünün bulunabileceğine ilişkin bkz. GIEFERS, H. W., Marken- und Firmenschutz, Planegg 1995, s. 17-18.

²⁸ AYHAN, R./ÇAĞLAR, H./ÖZDAMAR, M., Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2019, B. 12, s. 312.

²⁹ YILMAZ, A. L., Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri, İstanbul 2017, s. 202.

Sinai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'in m.7/3 hükmünde ise, “ *Başvurunun üç boyutlu marka olarak tescilinin talep edildiği hallerde bunun başvuru formunda açıkça belirtilmesi, ayrıca koruma konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayacak şekilde işaretin tek bir yönden veya farklı açılardan görünümünü içeren gösterimlerinin³⁰ Kuruma sunulması gerekir. Bu gösterimler, en fazla altı farklı açıdan görünümü içerecek ve markanın bütünlüğünü bozmayacak şekilde olmalıdır*” düzenlemesi yer almaktadır³¹. Sicilde gösterimin çerçevesini belirleyen bu yönetmelik hükmü, hem tescili istenen koruma konusunu ve dolayısıyla da üç boyutlu şeklin ayırt edicilik niteliğini tespit açısından hem de tescilden sonra markanın himaye kapsamının belirlenmesi açısından önemlidir. Hakikaten, başvuru esnasında yer alan sicildeki gösterimdeki varsa başvurunun eki mahiyetindeki başvuru sahibinin markasını ifade edişiyle ilgili tarifnamedeki ifadelerin kesin olmayışı ve grafik görünümünün çok farklı kombinasyonlara kapı aralaması başvurunun reddedilmesini gerektirir.

Gerek SMK gerek yönetmeliğin bu hükmünden anlaşılacağı üzere çizimle görüntülemeye dair eski mevzuat hükmü ve buna dayalı iki boyutlu çizilebilmesi şartı ile ayırt edici gücü olan üç boyutlu şekillerin marka olarak tescil edilebileceğine dair Yargıtay kararlarının gerekçeleri bu yönüyle yeniden yorumlanmaya muhtaçtır³². Ancak, bu ifade ile de, malın doğası gereği ortaya çıkan -geleneksel- şeklini ya da başka bir özelliğini veya teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu olan veya mala asli değerini veren şekli ya da başka bir özelliğini münhasıran içeren işaretlerin marka olarak tescil edilebileceği anlamı SMK m. 5/1 (e) gereği çıkarılmamalı, bilakis mezkur yönetmelik hükmünü karşılar nitelikte³³ üç boyutlu şekil başvurularının tescil edilebileceği bir düzenlemenin getirildiği anlaşılmalıdır. Yönetmeliğin bu hükmünden anlaşılması gereken diğer bir husus ise, üç boyutlu şekil ile ilgili başvurusu

³⁰ 2017/1001/AB sayılı Tüzükte, önceki tüzükte yer alan ve daha soyut ve esnek olan “*grafik gösterim*” şartından vazgeçmek suretiyle, “*marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin şekilde anlaşılmasını sağlayacak şekilde sicilde gösterimi*” şartı getirilmiştir.

³¹ Bu düzenleme, çok daha ayrıntılı olan “Verordnung zur Ausführung des Markengesetzes (Markenverordnung - MarkenV)” ile kısmen benzerlik taşımaktadır. Şöyle ki, burada da üç boyutlu şeklin grafik gösteriminin tescili söz konusu ise, sunum altı farklı görünüm içerebilir.

³² Hakikaten SMK öncesi dönemde dahil; ARKAN, 556 sayılı KHK'nın Uygulama Şekli Gösterir Yönetmelik m. 4/g hükmünde yer alan üç boyutlu şeklin mutlaka malın ambalajı olarak kullanılması kaydı şartıyla marka olabileceğine dair düzenlemenin isabetli olmadığını belirtmiştir. Bkz. ARKAN, s. 42.

³³ SMK m. 7/9 gereği, sunulan gösterimlerin bu maddede belirtilen şartları taşımaması veya başvuruya ilişkin olarak Kuruma sunulan bilgi, gösterim ve açıklamalar arasında bir uyumsuzluk olduğunun tespit edilmesi halinde başvuru sahibine eksiklikleri gidermesi için iki aylık süre verilir. Bu durumda başvuru tarihi, eksiklikleri gideren bilgi veya belgelerin Kurumca alındığı tarih, saat ve dakika itibarıyla kesinleşir. Bu süre içinde eksikliklerin giderilmemesi halinde başvuru işleminden kaldırılır.

sırasında sunulan tek tarafa ait iki boyutlu gösterimin, tescili istenen malın bihakkın açık bir şekilde tanımlanmasını yani markanın koruma kapsamını gösterebilmeyi sağlayacak kalitede olmasının sağlanmasıdır.

Öte yandan, üç boyutlu markalara ilişkin olarak, SMK'nın mutlak red sebeplerini düzenleyen 5. maddesinin 1. fıkrası kapsamında birtakım düzenleme ve istisnalar getirilmiş bulunmaktadır. Nitekim Kanunun 5/1. maddesinin (a) bendinde tüm işaretler ve bununla birlikte üç boyutlu şekiller bakımından "4. madde kapsamına girmeyen işaretlerin marka olarak tescil edilemeyeceği" ifade edilmiş, aynı fıkranın (e) bendinde ise daha ziyade üç boyutlu markalar için öngörüldüğü kabul edilen³⁴, "Malın doğası gereği ortaya çıkan şeklini ya da başka bir özelliğini veya teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu olan veya mala asli değerini veren şekli ya da başka bir özelliğini münhasıran içeren işaretlerin marka olarak tescilinin mümkün olmadığı" kuralı hüküm altına alınmıştır.

Yukarıda belirtilen hükümlerden hareketle, üç boyutlu bir şeklin marka olarak tescil edilebilmesi için, diğer bütün işaretler için de geçerli olan genel koşullarla birlikte, 5/1(e) hükmü ile düzenlenmiş bazı özel koşulların öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu itibarla, üç boyutlu bir şeklin marka hukuku kapsamında korunabilmesi için haiz olması gereken nitelikler şu şekilde sıralanabilir:

- a) Ayırt edicilik,
- b) Marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması,
- c) Malın doğası gereği ortaya çıkan şeklini ya da başka bir özelliğini içerir nitelikte olmaması
- d) Teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu olmaması,
- e) Mala asli değerini verecek ya da başka bir özelliğini münhasıran içerir nitelikte olmaması.

Üç boyutlu şekiller bakımından hususi olarak getirilen koşullar incelendiğinde, malın kendisinden beklenen işlevi yerine getirebilmesi için zorunlu olarak belirli bir biçimde üretilmesi gerekmekte ise, bu biçimin tescil edilmek suretiyle yalnızca belirli bir işletenin veya üreticinin kullanımına hasredilmesinin önüne geçilmek istendiği anlaşılmaktadır. Zira bir şeklin marka olarak tescili, marka sahibine adeta bir tekel hakkı vereceğinden, söz

³⁴ Üç boyutlu şeklin marka olarak tescilinde özellikle SMK m. 5/1 (e)'ye yer veren için bkz. AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 313. KHK döneminde de, bu hükmün karşılığının mutlak red nedeni olarak özel önemi haiz olduğu ve bu hükümle olası marka hakkı sahibine, tescil edildiği mal ve hizmet sınıfındaki rakip mallarını bu sınıfta olmalarının doğal ve/veya teknik gerekliliği ve/veya sonucu için tekel hakkı verilmesinin önüne geçilmesinin amaçlandığı belirtilmekteydi. Bkz. EROĞLU, s. 159.

konusu istisnanın öngörülmesi zorunluluğu doğmuştur³⁵. Bu itibarla, örneğin, futbol topu, çamaşır mandalı, otomobil lastiği, tıraş bıçağı gibi şekillerin marka olarak tescili mümkün olamayacaktır³⁶. Aynı şekilde çorap, zarf, uçak ya da yarış otomobilinin biçimi, elektrik prizi, eldiven, yüzük, bilezik gibi şekiller, malın işlevinin zorunlu kıldığı şekiller olmaları itibarıyla tescile istisna tutulacaktır³⁷. Marka olarak tescil edilen üç boyutlu şeklin de, bağlamından kopararak söz konusu mutlak red nedenlerinde marka sahibine münhasır himaye sağlamasının da mümkün olmadığı izahtan varestedir.

Öte yandan, malın işlevinin, teknik zorunluluğun gerektirmediği ve doğal olan biçimini aşan şekillerin marka olarak tescil edilmesi mümkün olacaktır. Söz konusu uygulamanın en belirgin örneği, Coca Cola şişesinin³⁸ şeklinin tescil edilmesidir³⁹. Bununla birlikte, m. 5/1(e) bendinde istisna tutulan şekillerin, kullanım sonucu ayırt edicilik kazanması ve tescil edilebilir hale gelmesi mümkün olmayacaktır. Zira 5. maddenin 2. fıkrasında tescil tarihinden önce kullanılmış ve böylelikle ayırt ediciliği haiz duruma gelmiş şekillere mutlak red sebebinin uygulanmayacağı hükmü, yalnızca 1. fıkranın (b), (c) ve (d) bentleri için geçerli olup, (e) bendi kapsamında uygulama alanı bulamayacaktır.

2. Üç Boyutlu Markalara İlişkin Türk Hukukunda Yargı Kararları

Üçboyutluşekillerinmarkaolaraktescili,556sayılıKHKilehukukumuzagirmiş bir uygulama olmakla birlikte, söz konusu hukuki kurumun varlığı ve kapsamı hakkında bu süreçte ortaya çıkan Yargıtay kararlarının incelenmesi gereklidir. Sınai Mülkiyet Kanunu döneminde ise Yargıtay kararlarının geleneksel içtihadı takip etme alışkanlığının büyük ölçüde sürdüğü görülmektedir. Nitekim bunun en bariz örneği, malın ambalajı olarak kullanılmasına⁴⁰ ya da mal üzerinde

³⁵ ARKAN, s. 85.

³⁶ TEKİNALP, s. 407.

³⁷ ANNAUD, Ruth/NORMAN, Helen, "Trade Marks Act 1994", 1994, s.87 (TEKİNALP s. 408, dn.21'den naklen).

³⁸ Üç boyutlu şekillere marka himayesi sağlanması ile ilgili klasik örnekler, *Coca-Cola şişesi*, Almanya'da benzer şekilde *likör şişesi* ve *pralin* olarak sıralanmaktadır. Bkz. ÇAĞLAR, s. 18.

³⁹ TEKİNALP, s. 408.

⁴⁰ Yargıtay, 556 sayılı KHK m. 8/1(b) maddesine ilişkin bir uyuşmazlıkta, iltibasın oluştuğu yönünde yerel mahkeme ve BAM kararları doğrultusunda onama kararı verirken, **obiter dictum** olarak iş bu çalışmanın konusu ile ilgili şu hususları yinelemiştir: "...556 sayılı KHK'nın 5/2 maddesi uyarınca mal ve ambalajla birlikte tescil ettirildiğinde, tescil olunan markada yer alan ürün veya ambalaj görselleri yönünden marka sahibine inhisarı hak sağlamayacağından, şeffaf kutular içerisinde jelatin ambalajlı yiyecek ürünü satılması, davalı markaları ileri sürülerek engellenemeyecek ise de, davacı tarafça tescil ettirilmek istenen şeffaf kutu içerisinde yer alan ambalajlı ürünlerin, yine davalı şirket adına tescilli 2005/17042 sayılı üç boyutlu şekil markasındaki şekil ve ibarelerin yerleşim konsepti ve kompozisyonu itibarıyla yüksek benzerlik oluşturması ve karıştırılmaya yol açabilecek nitelikte olması..." Bkz. 11 HD, E. 2018/1605, K. 2019/3245, T.29.04.2019 (yayımlanmamış Yargıtay kararı).

konum işareti olarak hasredilmiş üç boyutlu şekillerin marka olarak kabulü ile ilgili süregelen açıklamalarda kendini göstermektedir.

Huzurdaki makalede konu edilen husus tek başına mal üzerine konulan üç boyutlu şekiller ya da malın ambalajı ya da mal üzerinde konum olarak kullanılmasına hasredilmiş üç boyutlu şekiller değil, bilakis salt üç boyutlu şeklin yani malın geleneksel olmayan⁴¹ ama özgün⁴² şeklinin marka olarak kullanılmasıdır. Söz konusu hususa vurgu yapılma sebebi, üç boyutlu şeklin marka olarak kabulü için muhakkak suretle malın ambalajı olarak kullanılması ya da mal üzerinde konum markası olarak yer alması zaruretinin mer'i mevzuata göre bulunmamasıdır. Burada üç boyutlu şeklin, malın kendi özgün şekli olması ya da ambalajı olması arasında bir ayrım da yapmadığımızı aynı zamanda bir çelişki yaratmamak adına belirtmekte fayda görüyoruz.

Salt üç boyutlu şeklin yani malın geleneksel olmayan ama özgün şeklinin marka olarak kullanılmasına yapmış olduğumuz vurgu ve çalışma konumuzu bununla sınırlamamızın sebebi şudur: Malın geleneksel şeklinden ibaret olan işaretin, ayırt edicilikten yoksun olma niteliğinin birtakım ayırt edici kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve ambalajlarının biçimi ile birlikte kullanılmak veyahut mal üzerinde konumlamalar eklenmek suretiyle bertaraf edilmesi her zaman mümkündür. Böylece üç boyutlu şekli de barındıran bu yeni kompozit işaret ayırt edicilik kazanmakta ve marka olarak tescil edilebilir hale gelmektedir. İşbu çalışmayı hazırlamamızı tetikleyen "tasarım hukukundan kaynaklı azami yirmi beş yıllık koruma süresinin, marka üzerinden dolanılarak ihlali teşebbüslerinin yaygınlaşması" olgusunun ise bu durumla doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır. Hemen burada belirtelim ki, böyle kompozit bir işaretin marka olarak tescili, içinde barındırdığı üç boyutlu şekle de salt olarak marka tescilinden doğan hakları bahşetmeyecektir. Pek tabii söz konusu kompozit işaret bir bütün olarak taşıdığı ayırt edicilik ile sınırlı olarak marka tescilinden doğan hakları sahibine sunacaktır. Zira SMK tarafından sağlanan himaye, tescil edilen markanın tüketici nezdinde oluşturduğu algıyla sınırlıdır. Bunun ayrıştırılarak himaye kapsamının genişletilmeye çalışılmasına yönelik hiçbir uygulama SMK bağlamında korunmayacaktır. Aksi kanaat, SMK m. 5/1 (a), (b), (c), (d) ve (e) olarak birbirinden farklı kamu yararı için öngörülen ve bu nedenle her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken bariyerlerin⁴³ işlevsiz hale gelmesine neden olacak ve birçok hukuki ihtilafa

⁴¹ Bu hususta kullanılan bir başka kavram ise "ilgili sektörün adetlerinden uzaklaşma" ifadesidir.

⁴² SMK m. 5/1(e)'de ifadesini bulan "malın doğası gereği ortaya çıkan şeklini ya da başka bir özelliğini veya teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu olan veya mala asli değerini veren şekli ya da başka bir özelliğini münhasıran içeren işaretler" özgün kabul edilmeyecektir.

⁴³ Üç boyutlu şekillerin marka olarak tescili için söz konusu olan SMK m. 5/1 (a), (b), (c), (d)

da zemin oluşturacaktır. Unutulmamalıdır ki, marka başvurusuna konu üç boyutlu şekilden müteşekkil işaret bu bariyerlere ne kadar yaklaşırsa o kadar da ayırt edicilik vasfından uzaklaşmış demektir. Yukarıda zikredilen mutlak red sebeplerinin hilafına olacak şekilde sırf tescil edilen bir markayı oluşturan unsur olması hasebiyle üç boyutlu bir şeklin, tescil edilen kompozit işaretin ayırt edici karakteri ve/veya esaslı unsuru olarak yorumlanması tarafımızca mümkün görülmemektedir. Aynı zamanda aksi yorum üç boyutlu

ve (e) bentlerine karşılık gelen hükümlerin 556 sayılı KHK döneminde de arandığına ilişkin BEAUTE PRESTİGE INTERNATIONAL içtihadında, “önce Fransa’da, sonra Wipo nezdinde 3, 21 ve 33 üncü sınıflarda tescil ettirilen üç boyutlu iki şekil markasının Madrid Protokolü gereğince 3 ve 21 nci sınıflar için Türkiye’de tescili için yapılan başvuruların KHK’nın 7/a, c, d, e bent hükümlerine göre tescil engelinin bulunmadığı, Paris Sözleşmesinin 4. Mükerrer 6 ncı maddesi ile TRIPS’in 15 nci madde hükümleri nazara alınarak davanın kabulü gerektiği sonucu ile YİDK kararının iptaline karar verilmiştir”. Bkz. 11 HD, E. 2007/3292, K. 2008/4888, T.14.04.2008 (yayımlanmamış Yargıtay kararı). Benzer şekilde Yargıtay adı geçen mevzuat hükümlerinin üç boyutlu şekillerle ilgili marka tescil başvurularında incelenmesi gerekliliğini yinelediği pek çok kararı bulunmaktadır. Örneğin 30. sınıf için “DUPLO” markalı ambalaj üzerinde yeşil yapraklı kabuklu fındık figürü ile oluşturulan ambalaj kompozisyonunun, 556 sayılı KHK 7/1-a, c, d ve e bentleri kapsamında değerlendirilmeye tutulması gerektiği yönündeki kararında, *Yargıtay ihtisas dairesi, üç boyutlu şekil markasının bir bütün olarak dikkate alınması gerekliliğini, özgün bir tasarım ve kompozisyonla bir araya getirilmiş olmanın işareti, tescili istenen emtiadan uzaklaştırıp ayırt edicilik niteliği kazandırdığına gerekçesinde yer vermiştir*. Bkz. 11 HD, E. 2010/2634, K. 2012/2099, T.16.02.2012 (yayımlanmamış Yargıtay kararı). Benzer bir başka kararda ise, *“parfüm şişesinin üç boyutlu şeklinin, daha önceden bilinip kullanılmayan, özgün biçimde yaratılmış bir şekli ihtiva ettiği, alışılışın dışında, özgün ve orijinal biçimlerden meydana getirildiği, sektörde genel kullanımı bulunan biçimlerden olmadığı, başka işletmelerin piyasaya süreceği ürünlerden ayırmaya yeterli olduğu, tescil olduğu 3. Sınıf emtiayı akla getirmede, ürünün özelliklerini ön plana çıkarmadığı yahut çağrıştırmadığı gibi ürünlerin cinsine uzak olarak anlamlarından arındırılmış biçimde yaratıldığı”* hususlarını sıralayıp prosedürün tamamlanması ile tescili olanaklı gören bidayet mahkemesi gerekçesi onanmıştır. Bkz. 11 HD, E. 2012/4578, K. 2013/3976, T.04.03.2013 (yayımlanmamış Yargıtay kararı). Şampuan ürünlerinin pazarlanmasında kullanılan üç boyutlu şişe ile ilgili olarak verilen Yargıtay kararında, *“birçok ülkede bu haliyle tescilin gerçekleştiği, tescil başvurusuna konu işaretin, ürünlerin tanım ve vasıflarına uzak, ayırt edici nitelikte, anılan biçimi taşıyan ürünün daha önce davacı dışında piyasaya arz edenin bulunmaması, marka olabilmek için yenilik unsurunun aranmamasına karşısında davacının daha önceki tarihlerdeki piyasa sunumlarının sonuca olumsuz etkisinin olmaması ve esasen bir işaretin marka olabilmesi için yaratıcılık gibi bir kriterin de aranması karşısında, ilk defa davacı tarafından vücuda getirilip yaratılmış bu işaretin 556 sayılı KHK 7A, c, d ve e bentleri anlamında bir aykırılık taşımadığı”* gerekçeleriyle tescile imkan veren bidayet mahkemesi kararı onanmıştır. Bkz. 11 HD, E. 2014/3354, K. 2014/10927, T.09.06.2014 (yayımlanmamış Yargıtay kararı). Buna karşın Absolut Şisesi ile ilgili başka bir kararda, yaygın olarak kullanılan sıradan bir şişe şekli olduğu, ayırt edici vasfı taşımadığı, bir marka olarak algılanamayacağı, fiziki üretimi engelleme saikiyle bir tasarım görseli niteliği taşıdığı, KHK 7/son hükmü ile de kullanımla ayırt edicilik koşullarının gerçekleşmediği gerekçeleriyle tescile izin verilmeme hükmü onanmıştır. Bkz. 11 HD, E. 2014/11244, K. 2014/18200, T.24.11.2014 (yayımlanmamış Yargıtay kararı).

şekilleri barındıran kompozit işaretlerin marka olarak tescilini engelleyici bir işlev de göreceğinden marka hukuku bakımından bu yönden de sakıncalar taşımaktadır.

Yargıtay'ın 1999 tarihli sigara ambalajı kararı⁴⁴, üç boyutlu bir şeklin ayırt edici niteliği haiz olduğunun tespiti ve bu itibarla 556 sayılı KHK'nin 7/1(a) maddesindeki mutlak red sebebinin mevcut bulunmadığının belirtilmesi bakımından dikkat çekicidir.

Aygaz-Likitgaz⁴⁵ kararında ise Yargıtay, davalının küresel (tombul) tüp kullanmasının standardizasyon ve teknik zorunluluktan kaynaklandığı ve davacının küresel tipi tescil ettirmesinin inhisarî bir hak sağlamayacağı gerekçesi ile davanın reddine karar vermiştir.

11. Hukuk Dairesinin 2002 tarihli üç boyutlu şekil kararında⁴⁶ ise, ilk derece mahkemesi; marka başvurusuna konu olan şeklin ambalaj olması, ambalajın marka olarak tescilinin esas unsur olarak yer alan bir ibarenin varlığı ile mümkün olduğunun belirtilmesi göz önüne alınarak, davacının TPE Başkanlığının 556 sayılı KHK m.7/1(a) hükmü uyarınca verdiği ret kararını kaldırılması talebinin reddine karar vermesi üzerine, Yargıtay, dava konusu biçimin ayırt edicilik vasfının bulunup bulunmadığının, marka uzmanı ve üç boyutlu şekiller alanında uzman bilirkişilerden oluşturulacak yeni bir kurula incelettilerile hüküm kurulması gerektiği gerekçesi ile kararı bozmuştur.

Görüldüğü üzere hukukumuzda geleneksel marka türlerine⁴⁷ nispetle az gözükse de her geçen gün artan şekilde ve kayda değer sayıda⁴⁸, üç boyutlu şekil markalarının tescili uygulamaları yargı kararlarına konu olmaktadır. Aynı zamanda söz konusu kararlarda uyumsuzluk, üç boyutlu şekillere ilişkin doktrinde en fazla tartışılan “*ayırt edicilik kriteri*” ve “*teknik fonksiyon*” unsurları üzerinde gerçekleşmektedir. Hakikaten esas olan SMK m.4 anlamında marka başvurusu yapılan işaret ister üç boyutlu şekil olsun ister olmasın öncelikle “*marka olabilecek işaret*” vasfının tartışılmasıdır. Dolayısıyla bu yönüyle, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini ve marka sahibine sağlanan

⁴⁴ “Ünlü bir yabancı sigara mamulünün ambalajında kullanılan, dikdörtgen biçiminde üst yarından sonra kapaklı, kızıl-kahverengi karışımı olan bu şekil ve özel rengin, bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlayan niteliği taşıdığının kabulü gerekir.” 11. HD., E.1999/6866, K.1999/9075, T.12.11.1999 (www.kazanci.com).

⁴⁵ 11. HD., E.1997/9672, K.1998/2127, T.24.03.1998; YASAMAN, s. 95.

⁴⁶ 11. HD., E.2002/9255, K.2003/1710, T.25.02.2003; YASAMAN, s. 100.

⁴⁷ Geleneksel olmayan markalar (*non-traditional trademarks*) başlığı altında en yaygın olanının üç boyutlu markalar olduğu belirtilmiştir. Bkz. KÖSE, Y./TINAZ, C./ATLI, T., “Geleneksel Olmayan Markalar”, FMR, Y. 15, C.16, S. 2014/2, s. 78. Biz çalışmamızda geleneksel olmayan markalar ifadesini değil “*yeni marka çeşitleri*” terimini kullanmayı tercih etmekteyiz.

⁴⁸ KARASU, R., “Üç Boyutlu Biçim ve Hareket Markaları”, BATİDER 2008, C. XXIV, S. 3, s. 331-354.

korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olma şartlarını taşımayan bir üç boyutlu şeklin marka başvurusuna konu işaret olması bakımından tescili, SMK m. 5/1 (a) ve tabii ki m. 5/1 (b) bentleri uyarınca mümkün olmayacaktır.

Sonraki aşamada ise şekil, SMK m. 5/1 (c), (d) ve (e) bentlerine göre, kamu yararı için öngörülen bariyerler yönünden incelemeye tâbi tutulacaktır. Bu son hususta dikkat edilmesi gereken, SMK m. 5/2 anlamında, bir marka, başvuru tarihinden önce kullanılmış ve başvuruya konu mal veya hizmetler bakımından bu kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmışsa⁴⁹ bu markanın tescilinin birinci fıkranın (b), (c) ve (d) bentlerine göre reddedilemeyecek olmasıdır. Kanun koyucu, üç boyutlu markalar için önem arz eden (e) bendini bu istisnadan hariç tutmuştur.

Söz konusu mevzuat hükümlerinin değerlendirildiği pek çok Yargıtay kararından sadece seçme usulü ile yukarıdakilerle birlikte bir kaçına yer vermekte yarar görmekteyiz. Zira Türk yargı içtihatlarında da, konu Avrupa Birliği uygulamasını izleyen bir seyir almıştır.

İlk olarak “Kit Kat⁵⁰” kararında Yargıtay, bidayet mahkemesinin kararını “davaya konu işaretin başvuru kapsamındaki 30 ncu sınıf emtiaları zorunlu olarak akla getirmediği, alışagelmış bir biçim olmadığı, davacıya ait teşebbüsün mal ve hizmetlerini başka işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlamaya olanak verecek nitelikte olduğu sonucuna varmasına rağmen; bilirkşi raporlarında⁵¹, davaya konu şekilden ibaret marka başvurusunun tescilinin istendiği mallar için ayırt ediciliğinin bulunmadığı, söz konusu şeklin çikolata sektöründe herkes tarafından kullanıldığı, alelade bir çikolata barının üç boyutlu görüntüsünden ibaret bulunduğu, 556 sayılı KHK m. 5 anlamında ayırt edici niteliğinin olmadığı cins, vasıf bildirdiği, bu nedenlerle tescil edilebilir bir işaret olmadığına vurgulandığı ve 556 sayılı KHK m. //1-a atfı ile 5 nci maddesi

⁴⁹ 556 sayılı KHK m. 7/son hükmünün gerekçede kullanıldığı karara örnek olarak iPod kararı verilebilir. Burada, iPod üç boyutlu şeklinin, “ilgili emtialarında cins/vasıf bildirmediği, ayırt edici bir niteliği bulunduğu, tüketicinin davacıya ait iPod markası ile eşleştireceği, 556 sayılı KHK m.7/1-a maddesi kapsamında söz konusu işaretin tescil edilebilir nitelikte bir işaret olduğu, MP3 çalar ürünlerinin tasarım olarak birbirlerinden oldukça farklılaşabildiği, üç boyutlu eklin bütünsel olarak bağımsız ayırt ediciliğe sahip olduğu, şeklin ilgili tüketici kitlesi nezdinde tanınmış olduğu, şeklin elektronik cihazlar dışında bir üre üzerinde kullanılsa dahi tüketicinin bu işareti davacıya ait bir marka olarak algılayacağı, bu şekilde kullanılan şekil markasının 556 sayılı 7/son maddesi anlamında ayırt edicilik kazandığı” gerekçeleri ile üç boyutlu şekle tescil yolunu açan bidayet mahkemesi kararı onanmıştır. Bkz. 11 HD, E. 2013/580, K. 2013/17787, T. 07.10.2013 (yayımlanmamış Yargıtay kararı).

⁵⁰ Bkz. 11 HD, E. 2009/2554, K. 2010/8426, T. 15.07.2010 (yayımlanmamış Yargıtay kararı).

⁵¹ Bu konuda Yargıtay bozma kararının gerekçesinde yer alan bilirkşi raporlarını hazırlayan kurul üyeleri arasında huzurdaki çalışmanın yazarının da bulunduğunu naçizane olarak belirtmekte fayda görmekteyiz.

uyarınca tescil isteminde bulunan işletmeyi ve bu işletmenin mallarını diğer işletmelerden ve mallardan ayırt edici nitelikte olarak algılanmayacağı, tescili istenen mallar için genel bir şekil olduğunun anlaşıldığı, dava konusu işaretin OHIM nezdinde tescilli ise de, bu tescilin ilişkin olduğu malların davaya konu başvurusundaki mallarla aynı olmadığından esas alınmasının yerinde olmadığı, tescili istenen mallar yönünden ayırt edici olmadığı, cins, vasıf bildirdiği” gerekçeleri ile bozma kararı vermiştir.

Hakikaten N.V. Duracell Batteries S.A.⁵² kararında ise Yargıtay, “davacının üç boyutlu şekil markası ile pil emtiasının biçimini koruma altına almadığı, aksine anılan pil ürününün üzerinde yer alan renk kompozisyonunu koruma altına aldirmek istediği, tescili istenen şeklin renk kompozisyonu ile birlikte 9 uncu sınıf emtialarla ilgili sektörde genel kullanımı olan bir biçimi ihtiva etmediğini, söz konusu işaretin içerdiği renklerle birlikte daha önce bilinip kullanılmayan, özgün biçimde yaratılmış bir kompozisyonu ihtiva eden, alışılmışın dışında, özgün ve orijinal biçimlerden meydana getirildiği, oluşan yeni şekillerin tescil olunmak istenen ürünlerin tasviri vasıflarından uzak bulunduğu, gerçek anlamda yanıltıcılık taşıyan bir işaret olmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne” ifadelerine yer vermiştir. Yargıtay tarafından onanan bidayet mahkemesi kararının gerekçesinde, o dönem yürürlükte olan KHK hükümlerinin yukarıda zikrettiğimiz bugün SMK’deki karşılıklarına yer verildiği görülmektedir⁵³.

B. Avrupa Birliği Hukukunda Üç Boyutlu Marka

1. Üç Boyutlu Markalara İlişkin Avrupa Birliği Hukukundaki Düzenlemeler

Avrupa’da marka hukukunun standardizasyonu ve marka tescili ile sağlanacak korumanın teminini kolay ve maddi açıdan daha az külfetli hale getirme çabaları; esas itibarıyla Avrupa Birliği Komisyonu ve Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) olmak üzere iki uluslararası kuruluş odağında gerçekleşmektedir. Söz konusu çalışmalar başlangıçta sonuçsuz kalmışken,

⁵² Bkz. 11 HD, E. 2008/654, K. 2009/5085, T. 30.04.2009 (yayımlanmamış Yargıtay kararı).

⁵³ Benzer bir Yargıtay kararında, bidayet mahkemesi “Gucci” markası ile özdeşleştirmek için tasarlanan “horse bit-marine ghain/at gemi-deniz zinciri” olarak adlandırılan üç boyutlu şeklin çizimle tekrarlanabilir ve baskı yoluyla çoğaltılabilir olduğu, şeklin marka olarak kullanılacağı emtialar yönünden 556 sayılı KHK’nin 5. maddesi anlamında soyut ayırt ediciliği haiz olduğu, bu nedenlerle KHK m. 7/1-a anlamında tescil engelinin bulunmadığı, tescili istenen üç boyutlu şeklin tescili istenen malların görünümü ile ilişkilendirilemeyeceği, üç boyutlu şeklin farklı bir kombinasyon içerisinde bulunduğu, tescili talep edilen mallar yönünden malın özgün doğal yapısından ortaya çıkan, teknik bir sonucu elde etmek için zorunluluk arz eden veya mala asli değerini veren şeklini içermediği, ticaret alanında herkes tarafından kullanılan bu nedenle kamuya açık bırakılması gereken veya halkı yanıltacak bir işaret olarak kabul edilemeyeceği, 556 sayılı KHK m. 7/1-c maddesi anlamında tescil engelinin bulunmadığı gerekçeleri ile verilen hükmü onamıştır. Bkz. 11 HD, E. 2009/179, K. 2009/6085, T. 31.05.2010 (yayımlanmamış Yargıtay kararı).

1990'lı yıllardan itibaren gerek Avrupa Birliği düzenlemeleri gerek de uluslararası antlaşmalar aracılığıyla belirtilen amaca yönelik önemli adımlar atılmıştır.

Avrupa Birliği hukukunda üç boyutlu markaların tanınması, Birlik düzeyinde ilk kez 1988 tarih ve 89/104 sayılı Markalara İlişkin Yönerge ile gerçekleşmiştir. Üç boyutlu markalara ilişkin çalışmalar, uluslararası alanda “*yeni marka çeşitleri*” (non-traditional trademarks) olarak ifade edilen ve esas itibarıyla son yirmi yıllık süreçte yeknesak bir uygulama arayışlarının gündemde olduğu markalar kapsamında yürütülmektedir. Daha geleneksel nitelikteki markalar ile kıyaslandığında, üç boyutlu markalar ticari hayatta düşük oranda kullanılmakta ve söz konusu markaların tescili için yapılan başvuru sayısı, görece sınırlı seviyede kalmaktadır⁵⁴. Öte yandan, yeni marka çeşitleri arasında en yaygın kullanım alanı bulan ve en fazla tescil başvurusunda bulunulan marka türünün üç boyutlu şekil markaları olduğunu belirtmek mümkündür⁵⁵.

Yukarıda belirtildiği üzere, Avrupa Birliği hukukunda üç boyutlu markalara ilişkin temel düzenleme, “*Üye Ülkelerin Markalara İlişkin Mevzuatının Uyumlaştırılması Hakkında Yönerge (2008/95/AT) (eski 89/104)*” ve bunu güncelleyen “*2015/2436/AB sayılı Yönerge (kısaca AB Marka Yönergesi)*” olarak anılır. Mezkûr Yönergenin 3. maddesi, bir ticari markanın “marka sahibine tanınan korumanın konusunu yetkili makamların ve kamunun açık ve kesin olarak belirlemesine olanak sağlayacak şekilde sicilde göstermesi⁵⁶” ve “*bir teşebbüsün mal veya hizmetinin diğer teşebbüslerinkinden ayırt edilmesi*” niteliklerini haiz işaretleri içerebileceğini hüküm altına almakta ve aynı hüküm kapsamında, tahdidi olmamakla birlikte⁵⁷, söz konusu işaretlerin türleri⁵⁸ düzenlenmektedir. Belirtilen hüküm çerçevesinde “*malların veya ambalajlarının şekli*” ifadesiyle üç boyutlu şekillerin de marka olarak tescilinin mümkün olduğunun kabulü, daha önceden olduğu gibi yapılabilmektedir.

Marka hukukunun Avrupa Birliği düzeyindeki bir diğer dayanağı olarak, “AT Marka Tüzüğü (207/2009/AT) (eski 1993 tarih ve 40/94 sayılı Tüzük)”, “AT

⁵⁴ SOUTOUL, F./BRESON, J. P., “3D Trademarks under French and Community Practice”, WIPO Magazine, Şubat 2009, Sayı 1, s. 7 https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2009/01/article_0004.html (erişim tarihi: 02.10.2019).

⁵⁵ Öyle ki 1996–2001 yılları arasında Avrupa Birliği düzeyinde 2169 adet üç boyutlu marka tescil başvurusu yapılmış ve söz konusu başvuruların 648'i tescil ile sonuçlanmıştır. Bkz. BİLGİLİ, F., “Avrupa Topluluğu Uygulamasında Yeni Marka Çeşitlerinin Hukukî Koruma Şartları”, para. 6, www.e-akademi.org, Aralık 2003, Sayı 22 (erişim tarihi: 01.11.2019).

⁵⁶ Bu ifade, eski “*çizimle görüntülenebilme*” ifadesinden daha dar kapsamdadır.

⁵⁷ ABAD, Nichols, C- 404/02, T. 16.09.2004, para.22, <http://oami.europa.eu> (erişim tarihi: 21.11.2019).

⁵⁸ *Bir ticari marka, özellikle kişi adları dahil sözcükler veya şekiller, harfler, sayılar, renkler, malların şekli veya malların ambalajı veya sesler dahil olmak üzere herhangi bir işaretten oluşabilir*, şeklinde sayılmıştır.

Marka Tüzüğü'nün Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik (2868/95/AT)" ve bunu güncelleyen "AB Marka Tüzüğü'nü Tadil Eden Tüzük (2015/2424/AB)" ile son güncelleme olan "2017/1001/AB sayılı Tüzük" anılır. Adı geçen AB Marka Tüzüğü'nün 4. maddesi, AB Marka Yönergesinin 3. maddesi ile lafız itibariyle neredeyse aynı olması hasebiyle, genel kabul gören anlayışa göre Yönergenin ilgili maddesiyle aynı doğrultuda yorumlanması gereken bir hükümdür⁵⁹. Her iki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde, gerek geleneksel markaların gerek üç boyutlu şekilleri içeren yeni marka çeşitlerinin içerebileceği işaretler bakımından üç temel koşul öngörülmüş olmaktadır:

1. Bir "işaret"in mevcudiyeti,
2. Marka sahibine tanınan korumanın konusunu açık ve kesin olarak belirlemesine olanak sağlayacak şekilde sicilde gösterilmesi,
3. Ayırt edicilik.

Görüldüğü üzere, mehzaz düzenleme olan Avrupa Birliği mevzuatı ile SMK hükümleri, esas itibariyle paralellik arz etmektedir. Bu itibarla söz konusu düzenlemelerin Türk hukuku bakımından yorumu ve uygulanması aşamasında, Avrupa Birliği içtihadının rehberlik edebileceğini ifade etmek yanlış olmayacaktır.

Bu noktada önemle işaret edilmesi gereken husus, AB Marka Yönergesinin 3. maddesinin marka sınıflandırmaları arasında herhangi bir farklılık gözetmediğidir. Dolayısıyla üç boyutlu markaların ayırt edici niteliğinin değerlendirilmesi, diğer marka türleri bakımından yürütülecek değerlendirmeden farklı olmayacaktır⁶⁰. AB Marka Yönergesinde tescil edilecek işarete ilişkin hususi bir şart öngörülmediği gibi, yalnızca söz konusu şeklin marka sahibine ait ürünü diğer teşebbüsler tarafından üretilen ürünlerden ayırt etme fonksiyonunu icra etmesi, bu itibarla da markanın "ürünün orijinini garanti etme" şeklindeki esas amacına hizmet etmesi zorunluluğu getirilmiştir⁶¹.

SMK 5/1. maddesinin Birlik Hukuku'ndaki karşılığı, AB Marka Yönergesinin 4. maddesi ile AB Marka Tüzüğü'nün 7. maddesidir. AB Marka Yönergesinin 4. maddesinde mutlak red sebepleri düzenlenmiş olup, söz konusu maddenin 1. fıkrasının (a), (b) ve (e) bentleri üç boyutlu markalar bakımından önem taşımaktadır. Nitekim (a) bendi uyarınca marka oluşturmamaya nitelikteki işaretler, (b) bendine göre ayırt edici nitelikten yoksun markalar ve (e) bendi kapsamında;

⁵⁹ ABAD, *Dyson*, C-321/03, T. 12.10.2004, para.14, <http://oami.europa.eu> (erişim tarihi: 21.11.2019).

⁶⁰ ABAD, *Philips*, C- 299/99, T. 18.06.2002, para. 48, <http://oami.europa.eu> (erişim tarihi: 22.11.2019).

⁶¹ ABAD, *Philips*, para.49.

- Malların doğasından kaynaklanan şekiller veya başka bir karakteristik;
- Teknik bir sonuca ulaşabilmek için zorunlu olan şekiller veya başka bir özellik;
- Mallara asli değerini veren şekil veya başka bir karakteristik, marka olarak tescil edilemeyecektir.

Öte yandan, AB Marka Tüzüğü'nün 7. maddesi genel itibariyle gerek AB Marka Yönergesinin 4. maddesiyle paralel hükümler içermekle birlikte, söz konusu fıkranın (a) bendi; Yönergenin 4/1. maddesinin (a) bendinden farklı ve SMK 5/1.maddesinin (a) bendi ile benzer şekilde, AB markasının içerebileceği işaretleri düzenleyen AB Marka Tüzüğü'nün 4. maddesindeki şartları sağlamayan işaretlerin marka olarak tescil edilemeyeceğini hüküm altına almaktadır. Gerçi AB Marka Yönergesi 4/1. maddesinin (a) bendinin, ticari marka oluşturmamaya işaretler lafzı ile yine aynı yönergenin 3. maddesine örtülü atıf yaptığı aşikârdır.

Yukarıda dikkat çekildiği üzere; Yönergenin 4/1. maddesinin (b) bendi, ayırt edici niteliğin tespiti bakımından marka türleri arasında herhangi bir ayrım gözetmemektedir. Bununla birlikte, söz konusu değerlendirme kapsamında “ilgili tüketici çevresinin algılaması” her bir marka kategorisi bakımından aynı olmayabileceği gibi; kimi marka türlerinde ayırt edicilik unsurunun tespiti diğer markalara göre daha fazla güçlük arz edebilecektir⁶².

Yönergenin 4. maddesinin 4. fıkrası hükmüne göre; tescil başvurusunun tarihinden önce tescile konu mal ve hizmetlere ilişkin olarak kullanılmış ve bu suretle ayırt edici nitelik kazanmış işaretler bakımından, aynı maddenin 1. fıkrasının (b), (c) ve (d) bentlerindeki red sebeplerine istisna getirilmiştir. Öte yandan üye devletler, 5. fıkra göre, işbu hükmün tescil başvurusu tarihinden sonra ama tescil tarihinden önce ayırt ediciliğin kazanıldığı hallerde de uygulanabileceği yönünde düzenleme getirebilecektir. Ancak kullanım suretiyle edinilen ayırt ediciliğe ilişkin istisna, 1. fıkranın (e) bendi bakımından geçerli olmayacak; diğer bir ifadeyle söz konusu bentte sayılan şekiller bakımından ayırt ediciliğin kullanım sonucu kazanılması mümkün olamayacaktır⁶³.

2. Üç Boyutlu Markalara İlişkin Avrupa Birliği Hukukunda Yargı Kararları

Üç boyutlu şekillerin marka olarak tescilinin Avrupa Birliği hukukundaki gelişiminde, OHIM, İlk Derece Mahkemesi ve ABAD'ın kararlarının önemli ölçüde etkisi olmuştur. Özellikle ayırt edicilik değerlendirilmesinde esas alınacak kriterlerin tespiti ve tescili talep edilen şeklin teknik bir fonksiyon icra edip etmediğinin belirlenmesi hususunda söz konusu mercilerin yorumu belirleyici olmaktadır.

⁶² ABAD, *Linde, Winward, Rado (Linde and others)*, C-53/01, C-54/01, C-55/01, T.08.04.2003, para.48, <http://oami.europa.eu> (erişim tarihi: 22.11.2019).

⁶³ ABAD, *Philips*, para 81.

Avrupa Birliği hukukuna göre gerek ürünün şekli gerek de ambalajı üç boyutlu marka olarak tescil edilebilmektedir. Birlik hukuku belirtilen şekilleri marka niteliği kazanabilecek figüratif şekiller kapsamında değerlendirmekle birlikte, üç boyutlu şekiller geleneksel işaretlerin tabi olduğu koşullara ek olarak birtakım hukuki gereklilikleri de taşımak durumundadır. Söz konusu şartlar arasında ayırt edicilik ve teknik fonksiyon değerlendirmeleri, Avrupa Birliği içtihadı bakımından tescil başvurularının reddinde en sık rastlanan gerekçe olma özelliğini haizdir⁶⁴. Üç boyutlu markalara ilişkin uygulamayı şekillendiren başlıca kararlar aşağıda değerlendirilmektedir⁶⁵.

a. Philips⁶⁶ Kararı

Adı geçen karar, Philips firmasının 1966 yılında üretmiş olduğu ve 1985 yılında üç boyutlu marka olarak tescil ettirdiği üç oynar başlıklı tıraş makinelerinin oldukça benzerinin Remington firması tarafından 1995 yılında üretilerek Birleşik Krallık'ta satışa sunulmaya başlaması üzerine Philips tarafından marka hakkının ihlali gerekçesiyle başlatılan hukuki süreci konu edinmektedir. Genel Mahkeme, Philips tarafından marka olarak tescil ettirilen şeklin ayırt edici nitelikten yoksun olduğuna, aynı zamanda davacının tescil edilen markası hukuken geçerli olsa dahi, söz konusu şekil belirli bir teknik sonucu elde etmek için zorunlu olduğundan, marka hakkının ihlalinin gerçekleşmediğine hükmetmiştir. Philips'in temyiz yoluna başvurması üzerine uyuşmazlığa ilişkin olarak ABAD⁶⁷'a ön karar (preliminary ruling) yolu ile başvurulmuştur⁶⁸. ABAD'ın yöneltilen sorulara vermiş olduğu yanıtlar özetle şu şekildedir:

- Yönerge'nin⁶⁹ 2. maddesi hükmüne uygun şekilde bir şeklin ilgili ürünün diğerlerinden ayırt edilmesi yönünde işlev görebilmesi için, tescil edilecek şeklin, herhangi bir keyfi ve değişken ilave (örneğin hiçbir teknik fonksiyonu bulunmayan bir süsleme gibi) içermesine ihtiyaç bulunmamaktadır.

⁶⁴ SOUTOUL/BRESSON, s. 7.

⁶⁵ Üç boyutlu şekillerin marka himayesine yönelik yolcuğu ile ilgili pek çok yargı kararı bulunmaktadır. Bunlardan sadece altısını dönemsel olarak belirlemek suretiyle incelemeye çalıştık. Bu çalışmada incelenmeyen, ancak gerekçeleri ile çok önem atfedilen kararların varlığı göz ardı edilemez. Şöyle ki; ABAD'ın Apple'ın mağaza dizaynını üç boyutlu marka olarak tescil edilebilir bulduğu (bkz. ECLI:EU:C:2014:2070, CURIA-Documents) ya da bir ürünün tüketici gözünde elzem olan jenerik fonksiyonuna ilişkin şekillerin marka olarak tescil edilemeyeceği gerekçesiyle, Stokke'nin sandalye seklinin tescilini hukuka aykırı bulduğu (bkz. ECLI:EU:C:2014:2233, CURIA-Documents) kararların en azından burada zikredilmesini önemli bulmaktayız.

⁶⁶ Bkz. ABAD, *Philips*, para. 48.

⁶⁷ Karar tarihinde geçerli olan adı ATAD olarak ifade edilmesine karşın, büyük bir çelişki yaratmadığından güncel kısaltma kullanılmıştır.

⁶⁸ ABAD, *Philips*, para. 11–14.

⁶⁹ Karar tarihinde yürürlükte olan Yönerge hükümlerine yapılan atıflar korunmuştur.

- Bir tacirin, belirli nitelikteki ürünlerin piyasadaki tek sağlayıcısı olduğu durumlarda, söz konusu ürünleri içeren bir işaretin yaygın kullanımı; belirtilen kullanım sonucunda ilgili tüketici grubunun önemli bir bölümünün işareti başka bir üretici ile değil fakat işbu tacir ile ilişkilendirmesi veya ürünlerin adı geçen tacirden gelmekte olduğu inancını taşıması,⁷⁰ işaretin 89/104 sayılı Yönergenin 3. maddesinin 3. fıkrası hükmü uyarınca ayırt edici nitelik kazanması için yeterli kabul edilebilecektir⁷¹.
- 89/104 sayılı Yönergenin 3/1(e) maddesinin ikinci cümlesinin, “münhasıran bir ürünün şeklini içeren işaretlerin, ancak söz konusu şeklin esaslı fonksiyonel özelliklerinin belirtilen teknik sonuca atfedilebildiği durumlarda marka olarak tescil edilemeyeceği” şeklinde yorumlanması gerekmektedir. Ayrıca, söz konusu düzenlemenin öngördüğü tescil engeli veya tescilin geçersizliği hükmünün, aynı teknik sonucun başka şekiller yolu ile elde edilebileceği iddia edilmek suretiyle bertaraf edilmesi mümkün değildir⁷².

ABAD’ın yukarıda yer verilen kararda ulaştığı sonuç, yasal düzenlemenin amacının, normal şartlarda tasarım hukuku kapsamında yalnızca süre sınırlı bir korumanın temin edilebileceği üç boyutlu ürünler bakımından marka hukuku aracılığıyla daimi bir tekelin oluşumunu engellemek olduğudur. Söz konusu karar, Avrupa ülkelerinin daha önce vermiş olduğu,⁷³ ürünlerin şeklinin veya ambalajının, ayırt edicilik testini geçtikten sonra, ancak ürünün çiziminde görünen teknik özelliklerin kullanımını engellememesi durumunda korunacağı yönündeki kararlar ile de uyum göstermektedir⁷⁴.

b. Procter & Gamble⁷⁵ Kararı

Karara konu tescil başvurusu, Procter&Gamble tarafından 1998 yılında dikdörtgen ve yuvarlak köşeli deterjan tabletlerinin şekline ilişkin olarak OHİM’e

⁷⁰ Hızlı tüketim malları üreticilerinin yeni bir ürünü piyasaya sunmadan önce ilgili ürünü koruma altına almak istemeleri sebebiyle marka tescili ve bu konuda yargı mercilerinin yaklaşımı söz konusu sektörler bakımından önem kazanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. BERGQUIST, J.-CURLEY, D., “Shape Trademarks and Fast-Moving Consumer Goods”, European Intellectual Property Review, 2008, 30(1), s. 17-24.

⁷¹ ABAD, *Philips*, para. 65.

⁷² ABAD, *Philips*, para.81.

⁷³ Almanya Federal Mahkemesi, ayırt edicilik kriterini oldukça katı yorumlamakta ve “ortalama bir ayırt ediciliğin bulunması”nı marka olarak tescilde yeterli görmemektedir. Mahkemenin bu konuda vermiş olduğu kararlar ve kararlara yönelik eleştiriler için bkz. HAGER, J., “Infringement of Shape Trademarks” , International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC), 2003, 34 (4), s. 403-418.

⁷⁴ CORNISH & LLEWEYN, “Intellectual Property’, s.17-40; PAGENBERG, Jochen, “Trade Dress and the Three Dimensional Mark-the Neglected Children of Trade Mark Law?”, International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC), 2004, 35(7), dn. 6’dan naklen.

⁷⁵ ABAD, *Procter & Gamble*, C- 468/01 P – C-457/01 P, T.29.04.2004.

yapılan birlik markası başvurusudur. OHIM, söz konusu üç boyutlu şeklin ayırt edici nitelik taşımadığı gerekçesiyle başvuruyu reddetmiş, Temyiz Mahkemesi ve Genel Mahkeme'nin de aynı yönde vermiş oldukları kararlar üzerine söz konusu şirket son olarak ABAD'a temyiz başvurusunda bulunmuştur. ABAD, Genel Mahkeme'nin kararının onanması ve temyiz başvurusunun reddine karar verirken, aşağıda yer verilen hususlara işaret etmiştir:

- Tescili için başvuruda bulunulan markanın ayırt edici niteliği haiz olup olmadığının tespitinde, söz konusu markanın yarattığı genel intiba dikkate alınmalıdır⁷⁶.
- Ancak belirtilen husus, yetkili merciin öncelikle markayı oluşturan unsurları ayrı ayrı değerlendiremeyeceği anlamına gelmemektedir⁷⁷. Nitekim ilgili otoritenin genel değerlendirmesi esnasında söz konusu markanın unsurlarının münferit olarak incelemeye tabi tutulması yararlı olabilecektir⁷⁸.

c. Linde, Winward, Rado (Linde and others⁷⁹) Kararı

Söz konusu kararda üç olay birlikte değerlendirilmektedir. İlk olarak Linde, forklift tipi kamyonların şeklini üç boyutlu marka olarak tescil ettirmek istemiş, ancak başvurusu Almanya Marka ve Patent Otoritesi tarafından ayırt edici nitelikten yoksun olduğu gerekçesi ile reddedilmiştir. Aynı şekilde Fikri Mülkiyet Davaları Federal Mahkemesi de Linde'nin itirazını reddetmiştir⁸⁰. İkinci olayda Winward bir el fenerini üç boyutlu marka olarak tescil ettirmek istemiş ve yine başvuru Almanya Marka ve Patent Kurumu tarafından aynı gerekçe ile reddedilmiştir. Federal Mahkeme'de açılan dava, söz konusu ürünün şeklinin tipik bir el feneri şekli olduğu, tüketicinin gözünde ilgili ürünün belirli bir üreticiden geldiği imajını yaratma kabiliyetinin bulunmadığı, rakip ürünlerle olan minimal farklılıkların ise çok dikkatli bir tüketicinin dahi üretici firmayı ayırt etmesi hususunda yeterli olamayacağı gerekçesi ile reddedilmiştir⁸¹.

⁷⁶ ABAD, *Procter & Gamble*, para. 44.

⁷⁷ ABAD'ın işbu karara atfı yaptığı ve başvuru konusu markanın unsurlarının ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği hususunda tespitlerde bulunduğu bir başka kararı, sarı ve yeşil renkli, üzerinde limon dilimi şekli bulunan içecek şişesine ilişkin üç boyutlu şekil markasını konu alan *Eurocermex SA* kararıdır. Söz konusu kararda ABAD, Genel Mahkeme'nin, markayı oluşturan unsurları münferit olarak değerlendirirken, markanın genel görünümünün de dikkate alması gerektiğini, ancak Mahkemenin bu değerlendirmeyi ikincil olarak yaptığını belirtmiş, buna karşın yapılan değerlendirmede eksiklik görmeyerek temyiz başvurusunu reddetmiştir. Kararın analizi için bkz. MANIATIS, M. S., "Trademarks in Europe: A Practical Jurisprudence", Second Edition, London 2006, s. 166 vd.

⁷⁸ ABAD, *Procter & Gamble*, para. 45.

⁷⁹ Bkz. dn. 62.

⁸⁰ ABAD, *Linde and others*, para.11,12.

⁸¹ ABAD, *Linde and others*, para 13,14.

Üçüncü olayda ise Rado tarafından bir kol saatinin yüzeyine ilişkin şeklin üç boyutlu marka olarak tescili başvurusu, şeklin ayırt edicilikten yoksun olduğu, ürüne ilişkin temel şeklin rakipler bakımından yararlanılabilirliğinin korunması gerektiği, ürünün orijinine işaret eden orijinal bir tasarımın, ancak yararlanılabilirliğin korunması ihtiyacının ve ayırt edicilikten yoksunluğun bertaraf edilebildiği durumda korunabileceği gerekçesiyle reddedilmiştir⁸². İlgili kararların temyizi aşamasında ABAD'ın görüşüne başvurulmuştur. ABAD'ın değerlendirmesi ise şu şekildedir:

- 89/104 sayılı Yönergenin 3/1(b) hükmü uyarınca üç boyutlu şekillerin ayırt ediciliğinin tespitinde, diğer işaretlere uygulanan değerlendirmeden daha katı bir analiz yapılmamalıdır⁸³.
- 89/104 sayılı Yönergenin 3/1(e) hükmünden bağımsız olarak 3/1(c) hükmü de üç boyutlu markalar bakımından önem arz etmektedir⁸⁴.

Somut olayda Yönergenin 3/1(c) bendi kapsamında bir tescil başvurusu reddedilirken hükmün temelinde yatan, ilgili hüküm anlamında münhasıran mal veya hizmetlerin karakteristik özelliklerinin tasarlanmasına hizmet eden tüm üç boyutlu şekillerin herkese serbest ve açık olması yönündeki kamu yararına işaret edilmesi gerekmektedir. Ayrıca daima Yönergenin 3. maddesinin 3. fıkrasına tabi olması hasebiyle, söz konusu şekiller marka olarak tescil edilmemelidir⁸⁵.

d. Henkel⁸⁶ Kararı

Uyuşmazlığa konu olayda Henkel, üç boyutlu şekil renk kombinasyonundan oluşan sıvı yün deterjanının şişesi için tescil başvurusunda bulunmuş, ancak Almanya Marka ve Patent Kurumu söz konusu şişenin ilgili ürün için olağan ambalaj formu olduğu, ürünün orijinine işaret edemeyeceği ve bu itibarla ayırt edici nitelikten yoksun olduğu gerekçesi ile başvuruyu reddetmiştir. Öte yandan Federal Mahkeme kararında, başvuru konusu işaretin Yönergenin 2. maddesi kapsamında marka olarak tescil edilebilir nitelikte olduğu, üç boyutlu şekillerin marka olarak tescilinde Yönergenin 3/1(e) hükmünün de dikkate alınması gerektiği, olayda ise uyuşmazlığa konu olan şeklin ürünün doğasından kaynaklanma, teknik sonuca ulaşmak için zorunlu olma yahut mala esaslı niteliğini verme hallerinden hiçbirinin bulunmadığı belirtilmiştir. Uyuşmazlığa ilişkin olarak ABAD'ın görüşüne başvurulmuş ve Divan, aşağıdaki hususları hükme bağlamıştır:

⁸² ABAD, *Linde and others*, para. 15,16.

⁸³ ABAD, *Linde and others*, para. 66.

⁸⁴ ABAD, *Linde and others*, para. 70.

⁸⁵ ABAD, *Linde and others*, para.74, 77.

⁸⁶ ABAD, *Henkel*, C- 218/01, T.12.02.2004, <http://web2.westlaw.com> (erişim tarihi: 27.11.2019).

- Ürünün özgün doğal yapısından kaynaklanan sebeplerle piyasaya sunumu sırasında paketlenmiş ürünlerin ambalajlarını içeren üç boyutlu markalar bakımından söz konusu ambalajın Yönergenin 3/1(e) hükmü uyarınca ürünlerin şekline uydurulmuş olması gerekmektedir. Ayrıca, uygun koşulların varlığı halinde ilgili ambalaj, Yönergenin 3/1(c) hükmü kapsamında ambalajlanmış ürünlerin karakteristiklerinin tasarlanmasına hizmet edebilecektir.
- Ürünün özgün doğal yapısından kaynaklanan sebeplerle piyasaya sunumu sırasında paketlenmiş ürünlerin ambalajlarını içeren üç boyutlu markalar için, Yönergenin 3/1(b) hükmü kapsamında ayırt ediciliğin değerlendirilmesinde söz konusu ürünlerin ortalama düzeydeki ve yeterli seviyede bilgilendirilmiş, makul ölçülerde gözlemci ve basiretli tüketiciler tarafından nasıl algılanacağı dikkate alınmalıdır. Belirtilen nitelikleri haiz bir marka söz konusu tüketicinin ilgili ürünü diğer ürünlerden, herhangi bir analitik veya karşılaştırmalı değerlendirme yapmaksızın ve belirli düzeyde dikkat göstermeksizin, ayırt etmesine elverişli olmalıdır.
- Bir markanın ayırt edici niteliği, benzer markaların tescil edilip edilmediği veya hangi kapsamda tescilinin gerçekleştiğinin tespiti için başkaca herhangi bir idari incelemeye gerek olmaksızın, münferiden ulusal ticari kullanıma dayanılarak değerlendirilebilecektir.

e. KitKat⁸⁷ Kararı

ABAD'ın yukarıda özetlenen ve üç boyutlu markaların korunmasına ilişkin unsurların temel çerçevesini oluşturan kararlara ek olarak, mahkeme yakın tarihte bu hususta oldukça ses getiren kararlara da imza atmıştır. Bu kararların başında, Nestlé'nin KitKat ürününe ilişkin "dört parmak" şeklini 2006 yılında bir AB markası olarak Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi (FMO) tarafından tescil ettirmesi ile başlayan uyuşmazlığa dayanmaktadır.

2007 yılında Mondelez (eski adıyla Cadbury Schweppes), ilgili markanın geçersiz kılınması için FMO'ya başvurmuş ve başvurusu 2011 yılında kabul edilerek söz konusu marka geçersiz kılınmıştır. Nestlé'nin itirazı üzerine FMO 2. Temyiz Kurulu, "ilgili markanın gerçekten de doğası gereği herhangi bir ayırt edici nitelik taşımamasına karşın, Nestlé'nin 207/2009 sayılı Tüzüğü'nün 7(3). maddesi uyarınca ilgili markanın kullanım suretiyle bu niteliği kazanmış olduğunu ortaya koyduğu" gerekçesiyle geçersizlik kararını iptal etmiştir⁸⁸.

Mondelez'in ilgili kararı temyiz etmesi üzerine Genel Mahkeme, 2016 yılında FMO 2. Temyiz Kurulu kararını hukuka aykırı bularak iptal etmiştir. Genel

⁸⁷ ABAD, *KitKat*, C-84/17 P, C-85/17 P ve C-95/17 P ortak kararları, T. 25.07.2018, <http://curia.europa.eu/> (erişim tarihi: 02.10.2019).

⁸⁸ ABAD, *KitKat*, para. 6-9

Mahkeme, her ne kadar AB üyesi on devlette ilgili şekil ayırt edici nitelikte ise de, Temyiz Kurulu'nun her bir AB üye devletinde tek tek değerlendirme yapmak yerine AB'nin önemli bir bölümünde ayırt ediciliğin ispat edilmesini yeterli bulan kararında hukuka uyarlık görmemiştir. Genel Mahkeme, FMO'nun yalnızca belirli AB ülkelerindeki değil, başta Belçika, İrlanda, Yunanistan ve Portekiz olmak üzere diğer AB ülkelerindeki ilgili kamuoyu algısını da dikkate almış olması gerektiğine hükmetmiştir⁸⁹.

Nestlé ve FMO Genel Mahkeme'nin kararını ABAD nezdinde temyiz etmiştir. Ancak ABAD, ayırt edici niteliğin yalnızca AB'nin belirli bir bölümünde değil genelinde mevcut olduğunun gösterilmesi gerektiğini belirterek temyiz talebini 2018 tarihli kararı ile reddetmiştir. Yapmış olduğu değerlendirmede ABAD aşağıdaki hususların altını çizmiştir:

- AB üye devletlerinin hiçbirinde ayırt edici niteliği bulunmayan bir işaretin marka olarak tescili için, AB genelinde kullanım suretiyle ayırt edicilik kazandığının ispat edilmesi gerekir⁹⁰.
- Bununla birlikte, ABAD'ın 2012 tarihli Lindt & Sprüngli v OHIM⁹¹ kararında belirtildiği üzere, bahse konu ayırt ediciliğin kazanılmış olduğunu ispat etmek için her bir üye devlete ilişkin ayrı ayrı delil sunulmasını beklemek makul olmayacaktır. Nitekim belirli hallerde sunulan delilin birden fazla üye devleti ve hatta tüm AB bakımından ayırt ediciliği göstermede kullanılması mümkündür. Bu durum özellikle sağlayıcıların pazarlama stratejileri gereği belirli üye devletleri tek bir pazar gibi değerlendirdiği yahut birden fazla üye devlet arasındaki coğrafi, kültürel ve lengüistik yakınlık sebebiyle bir ülkedeki ürün ve hizmetlere ilişkin olarak diğer ülkelerdeki ilgili kamuoyunun bilgisinin bulunduğu hallerde söz konusu olabilecektir⁹².
- Öte yandan, sunulan delilin yalnızca AB'nin tamamı değil yalnızca belirli bir bölümü için kullanım suretiyle ayırt ediciliğin kazanıldığını ispat ettiği hallerde, belirtilen delil ilgili işaretin AB markası olarak tescili için yeterli olmayacaktır⁹³.

f. Rubik Küpü⁹⁴ Kararı

Avrupa Birliği'nde üç boyutlu şekil markalarına ilişkin yoğun tartışmalara yol açan bir başka karar, Genel Mahkeme'nin Ekim 2019 tarihinde Rubik

⁸⁹ ABAD, *KitKat*, para. 6-9

⁹⁰ ABAD, *KitKat*, para. 76.

⁹¹ ABAD, *Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli v OHIM*, C-98/11 P, EU:C:2012:307.

⁹² ABAD, *KitKat*, para. 77, 81, 82.

⁹³ ABAD, *KitKat*, para. 88.

⁹⁴ Genel Mahkeme, T-601/17, *Rubik's Brand*, T. 24.10.2019, <http://curia.europa.eu/> (erişim tarihi: 02.12.2019).

Küpü'ne ilişkin vermiş olduğu marka tescilinin iptalinin onanmasına yönelik karardır.

Rubik Küpü, İngiliz bir firma olan Seven Towns tarafından ilk kez 1999 yılında FMO tarafından üç boyutlu bir AB markası olarak tescil edilmiş ve bu tescil 2006 yılında yenilenmiştir. 2006 yılında bir Alman oyuncak firması olan Simba Toys, söz konusu üç boyutlu şeklin rotasyon kabiliyetinden oluşan bir teknik çözüm içerdiğini, belirtilen çözümün ise bir marka değil ancak patent olarak tescil edilebileceğini iddia ederek marka tescilinin iptali istemiyle FMO'ya başvurmuştur. FMO'nun başvuruyu reddetmesi üzerine Simba Toys, ilgili kararı Genel Mahkeme'ye taşımıştır.

2014 yılındaki ilk kararında⁹⁵ Genel Mahkeme, Rubik Küpü'nün Simba Toys'un iddia ettiği gibi marka tescilini engelleyen bir teknik fonksiyon içermediği gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Genel Mahkeme kararının gerekçesinde, Rubik Küpü'nü karakterize eden teknik çözümün şeklin özelliklerinden değil, en fazla, küpün içerisinde yer alan görünmez bir mekanizmadan kaynaklanabileceğini belirtmiştir⁹⁶.

Simba Toys'un temyiz talebi üzerine bu kez ABAD uyuşmazlığı mercək altına almıştır. 2016 yılındaki kararında mahkeme temyiz talebini haklı bularak FMO'nun kararını iptal ederken, Genel Mahkeme ve FMO'un küp şeklinin bir teknik fonksiyon içerip içermediğine ilişkin değerlendirmelerinde, ürünün bahse konu şekil ile sunulmuş olan ve gözle görülmeyen fonksiyonel unsurlarını da, örneğin rotasyon kabiliyeti gibi, dikkate almaları gerektiğini belirtmiştir⁹⁷.

ABAD'ın iptal kararı üzerine dosya tekrar FMO'nun önüne gelmiştir. 2017 yılında verdiği ikinci kararda FMO, bu kez küpün üç boyutlu şeklinin arz ettiği üç temel karakteristik özelliğin rotasyon fonksiyonunu yerine getirmekten ibaret olan teknik sonuca ulaşmak için gerekli olduğuna, bu sebeple marka olarak tescil edilemeyeceğine kanaat getirerek ilgili markanın tescilini iptal etmiştir.

FMO'nun ikinci ve menfi yöndeki kararı üzerine hâlihazırda ilgili markayı elinde bulunduran Rubik's Brand Ltd., kararı Genel Mahkeme'ye taşımış ve iptalini talep etmiştir. Söz konusu uyuşmazlığa ilişkin ikinci ve en son kararında Genel Mahkeme, Rubik Küpünün marka olarak tescili talebini reddetmiş ve aşağıdaki tespitlerde bulunmuştur:

- FMO'nun yapmış olduğu, Rubik Küpü'nün altı yüzeyindeki renk farklarının ilgili markanın esaslı bir unsuru olduğu tespiti hatalıdır. Nitekim marka başvurusu sahibi hiçbir zaman küpün her yüzeyinde farklı bir rengin görülebilir olmasını ilgili şeklin marka olarak tescili için önem arz ettiğini ileri sürmemiştir. Ayrıca ilgili markanın grafik temsiliinin

⁹⁵ Genel Mahkeme, T-450/09 *Simba Toys*, T. 25.11.2014.

⁹⁶ Genel Mahkeme, *Simba Toys*, para. 58.

⁹⁷ ABAD, *Simba Toys*, C-30/15 P, T. 10.11.2016, para. 47.

basit bir görsel analizi suretiyle küpün altı yüzeyinde de farklı renklerin görülebileceğinin kesin olarak tespit edilmesi mümkün değildir⁹⁸.

- Öte yandan, FMO'nun kararında yer verilen teknik sonuç tanımını yerinde bulunmuştur. Bu çerçevede küpün her yüzeyinde yatay ve dikey olarak yer alan ve her bir yüzeyi üçer küçük küpe bölen siyah çizgiler, bu şekil ile amaçlanan teknik sonuca ulaşılması için zorunludur. Nitekim esasında bir puzzle olan küp ile amaçlanan sonuca ulaşılması için gereken rotasyon, bu çizgilerin küçük küpleri ayırması sayesinde mümkün olmaktadır⁹⁹.
- Küpün genel şekline ilişkin esaslı unsur ise, FMO'nun da tespit ettiği gibi, küpün bir taraftan ızgara gibi oluşturulmuş olan (3x3 şeklinde bölünmüş küpler şeklindeki) yapıdan, diğer taraftan da ürünün kendisinin, küçük küplerin yatay ve dikey olarak rotasyonundan ibaret olan fonksiyonundan ayıramaz nitelikte olduğudur. Dolayısıyla belirtilen şekil, ilgili ürün için zorunludur¹⁰⁰.
- Dolayısıyla her ne kadar FMO'nun küpün renklerine ilişkin karakteristik özellik tespiti hatalı ise de, diğer iki karakteristik özellikler gereği ilgili işaretin üründen beklenen sonuca ulaşılması için gerekli olduğu ve bu sebeple AB markası olarak tescil edilemeyeceği yönündeki FMO kararı yerinde görülmüştür¹⁰¹.

3. Avrupa Birliği Hukukundaki Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi

AB'nin tamamı için kullanım suretiyle ayırt ediciliğin kazanılmasına ilişkin ispat şartı ile ilgili KitKat kararı ve Yönerge m.4/1 (e)'de düzenlenen mutlak red sebebi ile ilgili bariyere çarpmaya ilişkin Rubik Küpü kararlarının yanı sıra, yukarıda belirtilen kararlar ışığında, üç boyutlu markalara ilişkin uygulama sürecinin seyri incelendiğinde, ABAD'ın yaklaşımı şu şekilde özetlenebilmektedir:

i. Üç boyutlu markaların ayırt edici niteliğine ilişkin olarak katı kriterler uygulanmamalıdır (2002, Philips).

ii. Her ne kadar üç boyutlu markaların ayırt ediciliğine yönelik katı kriterler uygulanmamalı ise de, uygulamada bir şeklin ayırt edici niteliğinin tespiti daha fazla güçlük arz edebilecektir (2003, Linde and others).

iii. Ortalama düzeydeki tüketicinin bir ürünün orijinini ürünün şeklinden algılamaya alışık olmaması sebebiyle üç boyutlu markaların ürünleri ayırt etme kabiliyeti, örneğin sözcük markalarına göre daha sınırlıdır (2004, Henkel).

⁹⁸ Genel Mahkeme, *Rubik's Brand*, para. 65-70, 92.

⁹⁹ Genel Mahkeme, *Rubik's Brand*, para. 81-88.

¹⁰⁰ Genel Mahkeme, *Rubik's Brand*, para. 88-90.

¹⁰¹ Genel Mahkeme, *Rubik's Brand*, para. 98.

iv. Yalnızca “ilgili sektördeki norm ve teamüllerden belirgin şekilde ayrılan” markalar ayırt edici niteliği haizdir (2004, Henkel).

v. Belirgin farklılık tüketicilerin ürünü derhal tanıması ve ayırt etmesine elverişli olmalıdır (2006, Werther’s¹⁰²).

Üç boyutlu markaların tescili hususunda OHIM’in yaklaşımı ise çok daha katı olmaktadır. Özellikle “yalın (naked)” olarak ifade edilen ve kelime yahut çizim içermeyen şekil veya ambalajlar bakımından ayırt edicilik başlıca red sebebi olarak uygulanmaktadır¹⁰³. OHIM’in yorumuna göre, ABAD’ın benimsediği görüşle paralel olarak, ortalama düzeydeki tüketiciler ürünleri veya üreticileri yalnızca ürünün şekli veya muhafazasından yola çıkarak tanımlamamaktadır. Tescili talep edilen şeklin, ilgili ürün grubu için kullanılan tipik veya doğal şekil ile olan benzerliği arttıkça¹⁰⁴, OHIM nazarında söz konusu şeklin ayırt edici nitelikten yoksunluğu aynı oranda artmaktadır.

Sözü edilen katı yorum sebebiyle ancak sınırlı sayıda üç boyutlu marka başvurusu birlik markası olarak tescil edilebilmiştir. Tescil ile sonuçlanan başvurularda ise çoğunlukla başvuru konusu şekil önemli ölçüde ayırt edici nitelik taşıyan ve/veya uzun süreli ve yaygın olarak kullanıldığı açık şekilde ispat edilebilen ve böylelikle piyasada ayırt edici hale gelmiş şekiller olmaktadır. Bu husustaki tipik örneklerden biri Nestle firmasının Contrex markalı kaynak suları için kullandığı ve kümülatif pek çok faktöre bağlı olarak ayırt edicilik kazanmış şeffaf şişeye ilişkin T-305/02 sayılı İlk Derece Mahkemesi kararıdır¹⁰⁵. Karara konu su şişesinin şeklinin genel ve estetik görünümünün dikkat çekici olduğu ve tüketicilerin ürünü diğer benzer ürünlerden kolaylıkla ayırt edebildiği, bu itibarla da şeklin gerçek anlamda spesifik olduğuna hükmedilmiştir.

Genel Mahkemenin OHIM’in red kararının iptali yönünde verdiği bir başka karar T-460/05 sayılı Bang&Olufsen kararıdır¹⁰⁶. Karara konu hoparlör, alışılmışın dışındaki şekli, dikkat çekici tasarım kalitesi ve tüketicilerin kolaylıkla

¹⁰² ABAD, Werther’s, C-24/05 P & C-25/05 P, T.27.03.2006, http://www.solicitorsjournal.com/erişim_tarihi:25.11.2019).

¹⁰³ SOUTOUL/BRESSON, s. 7.

¹⁰⁴ “Kırmızı renkli Lego tuğla parçasının üç boyutlu şekil markası olarak tesciline ABAD tarafından, lego şeklinin tescil ettirmek istenen ürünün şekliyle aynı olduğu ve bunun da teknik sonucu elde etmek için başka bir seçeneğin bulunmadığı gerekçeleri ile geçit vermemesine ilişkin tespit için bkz. ÇAĞLAR, s. 19. Bu karardan sonra 16 Haziran 2015’te aynı firmanın “küçük adamcığı” şeklinden oluşan üç boyutlu marka başvurusunda ise, teknik sonuç içermediği ve kırmızı renkli Lego tuğlasına ilişkin verilen kararın bunu etkilemeyeceği gerekçeleri ile geçit vermiştir (Bkz. ECLI:EU:T:2015:379, CURIA-Documents).

¹⁰⁵ CHAUMIER, Cristina Bercsal & LECOMTE, Karine Dimidjian, “EU-Spain”, World Trademark Review, Mayıs 2005, s. 99.

¹⁰⁶ Official Journal of the European Union, C 283/26, T. 24.11.2007, http://eur-lex.europa.eu/erişim_tarihi:17.11.2019

tanınmasına elverişli oluşu ve şeklin mevcut normlardan önemli ölçüde farklılaşması gerekçesiyle marka olarak tescile uygun görülmüştür¹⁰⁷.

Görüldüğü üzere, tarihsel süreç içerisinde üç boyutlu markaların Avrupa Birliği içtihadındaki gelişimi, üç boyutlu şekillerin ayırt ediciliği eşliğinin giderek yükseltilmesi yönünde gerçekleşmiştir¹⁰⁸. Bununla birlikte yukarıda dikkat çekilen kararlar başta olmak üzere yargı mercilerinin somut olaylara ilişkin yapmış oldukları tespit ve yorumlar, üç boyutlu markaların haiz olması zorunlu unsurlarının değerlendirilmesinde ilgili otoriteler ve hak sahipleri bakımından yol gösterici niteliktedir.

SONUÇ

Üç boyutlu markalar, görece yeni bir marka türü olmakla birlikte ulusal ve uluslararası hukuk çevrelerinde oldukça ilgi gören ve tartışılan bir konsept haline almıştır. Gerek Türk hukuku gerekse de Avrupa Birliği mevzuatında yapılan değişiklikler sonucunda üç boyutlu şekillerin, öngörülen şartların varlığı halinde, marka hukuku kapsamında korunabileceği hususunda fikir birliği söz konusu olup, bunu pekiştirme yönünde düzenlemeler getirildiği görülmektedir. Bununla birlikte, üç boyutlu markalara özgü mutlak sınırlamalar getirilmesi şeklinde kısıtlayıcı düzenlemeler bulunmamaktadır. Buradaki tek güçlük ürün şekli olan üç boyutlu şeklin ayırt ediciliğinin görsel olarak ortaya konulması ve tüketiciler nezdinde mal ve hizmetleri birbirinden ayırt etmeye yarayan fonksiyonu gösterebilecek bir tasarıma sahip olması noktasında kendini göstermektedir. Tescil edilmek istediği üründen farklılaştığı derecede ayırt ediciliği de artacağı aşikârdır. Bu çalışma kapsamında ürünün ambalajı ya da üç boyutlu şeklin ürün üzerinde konumlandırılmasıyla yaratılan ayırt edicilik hususlarına değinilmemiştir.

Esasında tescil edilmek istendiği mal ve hizmetlerden farklılaşamayacağı sanısıyla üç boyutlu şekillerin ayırt ediciliğinin düşük olacağı ve dolayısıyla da marka başvurularında da nadiren tercih edileceği düşüncesi, üç boyutlu şekillerin marka olarak görünümüne günümüzde de her geçen gün azalsa da ihtiyatla bakılmasına neden olmaktadır. Ancak farklı endüstrilerde ortaya çıkan

¹⁰⁷ OHIM'in yalın üç boyutlu işaretlere yönelik katı yaklaşımı, şekle çizim yahut kelime unsurları eklenerek aşılabilmektedir. Ancak bazı ülkelerin yaklaşımı OHIM'in kriterlerinden çok daha tutucu olabilmektedir. Nitekim Japonya üç boyutlu markaların tesciline ilişkin düzenlemeyi 1997 yılında kabul ettiği halde, Coca-Cola şirketi, ürünün şişesinin marka olarak tescil hakkını Japonya Patent Ofisi ile 2003 yılından itibaren gerçekleştiren uzun hukuki mücadelelerden sonra ancak 2008 yılında başarabilmiştir. Bkz. TESSENHORN, J. A./YAMAMOTO, S., "Three-dimensional Cola Bottle Shape Distinctive on the Evidence", Oxford Journal of Intellectual Property Law & Practice, Kasım 2008, <http://jiplp.oxfordjournals.org/cgi/doi:10.1093/jiplp/jpn198> (erişim tarihi: 25.11.2019).

¹⁰⁸ PAGENBERG, Jochen, para. 831.

ürün çeşitliliği ve üretim miktarındaki artış, pazarlama faaliyetlerinde ürünün şeklinin ön plana çıkmasına sebebiyet vermiş, böylece ürün şekilleri kendine has bir tasarımla sürekli farklılaştırılmaya başlandığı günümüzde, ürünün görüntülenmesi noktasında üç boyutlu yazıcı teknolojisi benzeri gelişimlerin de, devriye girmesiyle birlikte bu ihtiyatlı yaklaşım kademeli de olsa tersine dönecektir. Zira, işletmenin piyasaya sunduğu malın, tescil edilmek istenen rakip malların bulunduğu ortak potada, kendine özgün tasarımı ile ayırt edici olarak farklılaştığı görünüm, üç boyutlu yazıcı teknolojisi sayesinde bihakkın görsel biçimde sunulabilmektedir. Artık tüketiciler bir ürünün menşei, sunulan özgün tasarım görseli sebebiyle, salt ürünün üç boyutlu şeklinden algılama yönünde eğilim içine girmişlerdir. Bu da, üç boyutlu şekil marka başvurularındaki artış tetikleyen hususlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu teknolojinin ortaya koyduğu görsel, bizatihi işletmenin piyasaya sunduğu ürünün kendisi olarak algılandığı için, ortada ne bir ambalaj ne de bir ürün üzerinde üç boyutlu şeklin konumlandırılması söz konusu olmaktadır.

Ürünün bizatihi kendisi olan üç boyutlu şekli, tüketiciler tarafından marka konusu bir işaret olarak algılanmıyorsa ve tescili istenen sınıftaki mallardan bir bütün olarak verdiği algı ile ayırt edilemiyorsa, marka tesciline konu bir işaret sayılmayacak ve marka mevzuatı kapsamındaki himayeden de yararlanamayacaktır. Ancak, salt kendi görünümü ile tüketici nezdinde ilgili sektördeki norm ve teamüllerden belirgin şekilde ayrılan ürünün üç boyutlu şekli, bu farklılığın tüketicilerin ürünü derhal tanıması ve ayırt etmesine elverişli olması halinde marka konusu bir işaret olarak karşımıza çıkabilecektir. Bu eşiği geçen üç boyutlu şeklin, mutlak red sebepleri ve özellikle SMK m. 5/1(e) ile öngörülen bariyerlerden uzak kaldığı müddetçe, tescil ile birlikte marka olarak görünümü himaye edilebilecektir. Bu himaye hiçbir şekilde mutlak red sebepleri ile öngörülen bariyerleri aşp, tescil edildiği mallarla ilgili bir tekelleşmeye neden olacak şekilde genişletilmemeli, mutlak red sebeplerinin amacı olan kamu menfaatine riayet edilmelidir. Ezcümle, salt üç boyutlu şekle marka himayesi tanınmasına neden olan ayırt edicilikten kaynaklanan doğal sınırlamanın dışına çıkarak, ilgili piyasadaki mutad mallar üzerinde marka sahibinin tekelleşmesine neden olacak bir yorumdan da, SMK'da kamu menfaati amacıyla düzenlenen mutlak red sebepleri ile düzenlenen bariyerlere riayet edilmek suretiyle kaçınılmalıdır.

Diğer taraftan söz konusu kaygılar, yargı mercilerinin üç boyutlu şekil markalarını geleneksel markalarla eşdeğer düzeyde bir tanımlama aracı olarak kabul etmede güçlük yaşamasına sebebiyet vermekte ve bu güçlükler yalnızca tescil başvurusu aşamasında değil, aynı zamanda ihlal iddialarının değerlendirilmesi aşamalarında da karşılaşılan bir sorun olmaktadır. Bu itibarla bir üç boyutlu şekil mutlak sınırlamaların kapsamına girmekten kaçınılabilir dahi, ayırt edicilik kriterinin, değerlendirmenin tescil ile sonuçlanmasını hayli

zorlaştıracığı açıktır. Yargı içtihatları ele alındığında yabancı kararlar da dâhil olmak üzere bu güçlüğü görmemek mümkün değildir.

Uygulayıcıların ayırt edicilik hususunu katı yorumlama eğilimi, tescil başvurusunun menfi sonuçlanması olasılığını arttırdığından; başvurunun reddi halinde açılacak dava ve devamındaki temyiz aşamaları da dikkate alındığında, üç boyutlu şekillerin marka hukuku kapsamında korunması yolunun tercih edilmesi, başvuru sahibi için finansal yönden külfet yaratabilecek bir süreç niteliği taşımaktadır. Bu itibarla, sağlayacağı süresiz koruma imkânına karşın üç boyutlu bir şeklin marka olarak tescil edilmesinin, uygulamada her zaman için en işlevsel ve en uygun hukuki araç olmayabileceğinin kabulünün ve işbu şekiller için gerekli şartların varlığı halinde diğer hukuki yöntemlere başvurulma olasılığı her zaman mümkündür.

KAYNAKÇA

- ARKAN, S.: Marka Hukuku, C. I, Ankara 1997.
- AYHAN, R./ÇAĞLAR, H./ÖZDAMAR, M.: Ticari İşletme Hukuku, B. 12, Ankara 2019.
- BERLIT, W.: Das neue Markenrecht, 5. Aufl., München 2003.
- BERGQUIST, J./CURLEY, D.: "Shape Trademarks and Fast-Moving Consumer Goods", European Intellectual Property Review, 2008, 30(1), s. 17-24.
- BİLGE, M. E.: Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi, Ankara 2014.
- BİLGİLİ, F.: "Avrupa Topluluğu Uygulamasında Yeni Marka Çeşitlerinin Hukukî Koruma Şartları", www.e-akademi.org , Aralık 2003, Sayı 22 (erişim tarihi: 01.11.2019).
- CAN, B.: Motorlu Taşıt Sektöründe Fikri Mülkiyet Hukuku ve Rekabet Hukuku İlişkisi, Ankara 2013, (yayımlanmamış yüksek lisans tezi).
- CHAUMIER, C. B./LECOMTE, K. D.: "EU-Spain", World Trademark Review, Mayıs 2005.
- COLSTON, C.: "Principles of Intellectual Property Law", 1999, <http://books.google.com.tr/> (erişim tarihi: 02.10.2019)
- ÇAĞLAR, H.: Marka Hukuku, B. 2, Ankara 2015.
- DOĞAN, B. F.: "Türkler, Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu", FMR, Y. 6, C. 6, S. 2006/3, s. 17-42.
- EROĞLU, S.: Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili, DEÜHFD, Y. 2003, C. V, S. 1, s. 95-165.

- GIEFERS, H. W.: Marken- und Firmenschutz, Planegg 1995.
- GÜNEŞ, İ.: Ayırt Edici İşaretler ve Marka Hukuku'nda Önceye Dayalı Haklar, Ankara 2013.
- HAGER, J.: "Infringement of Shape Trademarks", International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC), 2003, 34(4), s. 403-418.
- KARASU, R.: "Üç Boyutlu Biçim ve Hareket Markaları", BATİDER 2008, C. XXIV, S. 3, s. 331-354.
- KAYA, A.: Marka Hukuku, İstanbul 2006.
- KÖSE, Y./TINAZ, C./ATLI, T.: "Geleneksel Olmayan Markalar", FMR, Y. 15, C.16, S. 2014/2, s. 73-96.
- LADAS, S. P., "Patents, Trademarks and Related Rights: National and International Protection", Cilt 2, Cambridge 1975, <http://books.google.com.tr/> (erişim tarihi: 02.10.2019)
- MANIATIS, M. S.: "Trademarks in Europe: A Practical Jurisprudence", Second Edition, London 2006.
- PAGENBERG, Jochen, "Trade Dress and the Three Dimensional Mark-the Neglected Children of Trade Mark Law?", International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC), 2004, 35(7).
- SOUTOUL, F./BRESSION, J. P.: "3D Trademarks under French and Community Practice", WIPO Magazine, Şubat 2009, Sayı 1. https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2009/01/article_0004.html (erişim tarihi: 02.10.2019).
- SULUK, C.: Tasarım Hukuku, Ankara 2003.
- ŞEHİRALİ ÇELİK, F. H.: Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması, Ankara 2014.
- TEKİNALP, Ü.: Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2012, B.5.
- TESSENSOHN, J. A./YAMAMOTO, S.: "Three-dimensional Cola Bottle Shape Distinctive on the Evidence", Oxford Journal of Intellectual Property Law & Practice, Kasım 2008, <http://jiplp.oxfordjournals.org/cgi/doi:10.1093/jiplp/jpn198> (erişim tarihi: 25.11.2019).
- YASAMAN, H.: Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi, Cilt 1, İstanbul 2004.
- YILMAZ, A. L.: Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri, İstanbul 2017.

HAKEMSİZ MAKALELER

KUMAR OYNANMASI İÇİN YER VE İMKAN SAĞLAMA SUÇU

Crime of Providing a Gambling Place or Facility

Ömrü YILMAZ*

Geliş Tarihi: 31.10.2019 Kabul Tarihi: 28.01.2020

ÖZET

İnsanoğlunun topluluk halinde yaşama-ya başlayıp eğlenmek ve vakit geçirmek için çeşitli şekillerde icat ettiği çeşitli oyunların cazibesini artırmak için neticesine bağlı bir mükafat, kaybedenin kazanana vereceği bir edimi şart ettikleri yasa koyucu tarafından tamamen serbest bırakılması uygun görülmemiş olan, toplum için doğacak zararların önüne geçmek amacıyla bazı şekillerini ceza tehdidi altına alınmış, oynatması suç olarak düzenlemiş bulunan TCK'nın 228. maddesinde yer alan kumar oynanması için yer ve imkan sağlama fiili öğreti ve uygulama değerlendirilerek çalışmamızda açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar kelimeler: Kumar, kazanç, talih, yer sağlama, imkan sağlama

ABSTRACT

To increase the attractiveness of the various games that human beings have invented in various ways to start living in a community and have fun and to spend time, a reward connected to the result is intended to prevent the damages that will arise for the society which is not appropriate to be completely released by the legislator which they require an act of the loser. Some of the forms were put under threat of punishment, the act as a crime regulated article 228 of the TCK to provide the place and opportunities for gambling to evaluate the actual doctrine and practice were tried to explain in our study.

Keywords: Gamble, winnings, luck, providing place, opportunity

* Yargıtay Genel Sekreter Yardımcısı, e-posta:omru.yilmaz@gmail.com, ORCID ID:0000-0002-7846-7095.

GİRİŞ

İnsanlar topluluk halinde yaşamaya başladıkları ilk günlerden itibaren öncelikle gelişimlerini temin, sonrasında ise eğlenmek ve vakit geçirmek için çeşitli şekillerde oyunlar icat etmişlerdir. Oyunun cazibesini artırmak için aralarında bunun neticesine bağlı bir mükâfat, kaybedenin kazanana vereceği bir edimi şart ettikleri ilk devirlerde insanlar bu şekillerde vaatle bulunmuşlar ve bugün anladığımız anlamda kumar o devirlerde dahi meydana gelmiştir.¹Yasa koyucu kumar oynamayı tamamen serbest bırakmayı uygun görmemiş, toplum için doğacak zararların önüne geçmek amacıyla bazı şekillerini ceza tehdidi altına almış, bilhassa kumar oynatmayı suç olarak düzenlemiştir.² Dinlerin ve ahlakın doğru görmediği kumarı, bazı şartlarda ceza müeyyidesi altında men etmeyi hukuk da toplum bakımından faydalı saymıştır.³ Kumar veya bahis oynama, hukuk tarafından uygun görülmeyen ve bu nedenle önlenmesi amacıyla müeyyideler öngörülen (Kumar oynatma suçu için bkz. TCK m.228; kumar oynama kabahati için bkz. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 34) eylemlerdir.⁴ Kumarın cezalandırılması, sadece ahlaki olarak hoş görülmediği için değil, aynı zamanda toplumsal zarar ve tehlike oluşturduğu içindir.⁵

Maharete bağlı oyunlar kumar sayılmamaktadır.⁶ Kumara benzeyen fakat ondan ayrı olan bahis⁷, belli bir hususta iddialaşan iki kişiden iddiasını kaybedenin diğerine bir miktar para veya eşya vermesi için yapılan akittir.⁸

¹ **Akev, Sahir Talat.** Türk Hususi Hukukunda Kumar ve Bahis (Doktora Tezi) Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti. İstanbul 1964, s.6

² **Akev, Sahir Talat.** Türk Hususi Hukukunda Kumar ve Bahis (Doktora Tezi) Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti. İstanbul 1964, s. 21-22

³ **Çağlayan, M.Muhtar.** Türk Ceza Kanunu, 3. Bası Yetkin Yayınları 1984, s.800

⁴ **Dursun, Hasan.**Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu, Ankara Üniversitesi Doktora Tezi Ankara 2016, s. 212

⁵ **Malkoç, İsmail.** Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, Yetkin Ankara 2002, C.IV, s.5276

⁶ **Savaş, Vural/ Mollamahmutoğlu, Sadık.**Türk Ceza Kanunun Yorumu Seçkin Yayınevi Ankara 1995, IV. Cilt, s. 5661; “Ceza Kanunumuz kumarı, kazanç kastı ile oynanan, kar ve zararı baht ve talihe bağlı bulunan oyun diye tarif etmektedir. Maharete bağlı olan oyunlar bu itibarla kumar sayılmamaktadır. Kumara benzeyen, fakat ondan ayrı olan bir de “bahis” vardır. Bahis, belli bir hususta iddialaşan iki kişiden iddiasını kaybedenin diğerine bir miktar para ve eşya vermesi için yapılan bir akittir.”

⁷ **Akev, Sahir Talat.** Türk Hususi Hukukunda Kumar ve Bahis (Doktora Tezi) Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti. İstanbul 1964, s.45; “Kanaatimizce **bahsi şu şekilde tarif daha isabetlidir:** bahsi, tarafların makus şekilde dermeyan ettikleri iddiaları takviye maksadıyla yapılan ve aralarından bu iddiada haksız çıkacakların diğerlerine bir edim vadettikleri akittir.”

⁸ **çağlayan, M.Muhtar.** Türk Ceza Kanunu, 3. Bası Yetkin Yayınları 1984, s.799

Yasanın ilk halinde TCK'nın 228. maddesiyle,^{9,10} kumar oynanması için yer ve imkân sağlama eylemi suç olarak düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrası ile, genel olarak kumar oynanması için yer ve imkan sağlama eylemi suç haline getirilmiş, ikinci fıkra çocukların kumar oynamasına yer ve imkan sağlama suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiş, üçüncü fıkra bu suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanacağı öngörülmüş, dördüncü ve son fıkra ise, kumarın tanımı yapılmıştır.¹¹ 24/11/2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanunun 19 uncu maddesiyle, birinci fıkra da yer alan “bir yıla kadar hapis ve” ibaresi “bir yıldan üç yıla kadar hapis ve iki yüz günden aşağı olmamak üzere” şeklinde değiştirilmiştir. Suçun bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesi ve suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi nitelikli halleri 25.08.2017 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 15/08/2017 tarihli ve 694 sayılı KHK’nin 139 uncu maddesiyle, bu maddeye ikinci fıkradan sonra gelmek üzere (3), (4) numaralı fıkralar olarak eklenmiş ve diğer fıkralar buna göre teselsül ettirilmiş, daha sonra bu hükümler 08.03.2018 tarihinde yürürlüğe giren 7078 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun’un 142. maddesiyle kanunlaşmıştır.

⁹ **Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkan Sağlama**

MADDE 228 - (1) Kumar oynanması için yer ve imkan sağlayan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve iki yüz günden aşağı olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Çocukların kumar oynaması için yer ve imkan sağlanması hâlinde, verilecek ceza bir katı oranında artırılır.

(3) (**Ek: 15/8/2017-KHK-694/139 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7078/134 md.**) Suçun bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesi halinde üç yıldan beş yıla kadar hapis ve bin günden onbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.

(4) (**Ek: 15/8/2017-KHK-694/139 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7078/134 md.**) Suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(5) Bu suçtan dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

(6) Ceza Kanununun uygulanmasında kumar, kazanç amacıyla icra edilen ve kar ve zararın talihe bağlı olduğu oyunlardır.

¹⁰ 24/11/2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanunun 19 uncu maddesiyle, birinci fıkra da yer alan “bir yıla kadar hapis ve” ibaresi “bir yıldan üç yıla kadar hapis ve iki yüz günden aşağı olmamak üzere” şeklinde değiştirilmiştir.

25.08.2017 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 15/8/2017 tarihli ve 694 sayılı KHK’nin 139 uncu maddesiyle, bu maddeye ikinci fıkradan sonra gelmek üzere (3), (4) numaralı fıkralar eklenmiş ve diğer fıkralar buna göre teselsül ettirilmiş, daha sonra bu hüküm 08.03.2018 tarihinde yürürlüğe giren 7078 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun’un 142. maddesiyle kanunlaşmıştır.

¹¹ **Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa.** Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara, (2014), C.IV, s.6844

Kumar oynatmak 765 sayılı TCK'nın 567. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, umuma açık ve umuma mahsus yerde kumar oynatmak ve oynatmak için yer göstermek suç haline getirilmiş, aynı madde içinde özel bir tekerrür hükmü öngörülerek suçun mükerrer işlenmesi halinde ceza farklılaştırılmıştır. 765 sayılı TCK'nın 569. maddesiyle de kumarın tanımı yapılmıştır.

Görüldüğü üzere, birçok yönden TCK düzenlemesi ile 765 sayılı TCK düzenlemesi birbirine benzer niteliktedir. Ancak aralarında bazı farklar da yer almaktadır. Bu farklara göz atacak olursak;

- 765 sayılı TCK'da bu eylem, kabahat olarak düzenlenmesine karşın, TCK ile 5326 sayılı Kabahatler Kanunu dışında kabahat düzenlemesine yer verilmemiş, hatta cürüm-kabahat ayırımına hiç girilmemiştir.
- 765 sayılı TCK'da suçun oluşması için kumar oynatma eyleminin umuma mahsus veya umuma açık bir yerde yapılması zorunlu olduğu halde, TCK ile suçun oluşumu için aleniyet şartı kaldırılmış, failin nerede olursa olsun kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suç olarak düzenlenmiştir. Başka bir deyişle, eylemin umuma mahsus veya umuma açık yerde işlenmesi suçun kurucu unsuru olmaktan çıkarılmıştır.
- 765 sayılı TCK ile suçun hareket unsuru olarak kumar oynatmak ve kumar oynanması için yer göstermek eylemi gösterilmişken, TCK ile suçun hareket unsuru olarak kumar oynanması için yer ve imkan sağlamak eylemi hüküm altına alınmıştır.
- TCK'da, 765 sayılı TCK'da bulunan özel tekerrür hükmüne yer verilmemiş, bu konuda genel tekerrür hükmünün uygulanmasına imkan tanınmıştır.
- Kumarın tanımı, 765 sayılı TCK'da ayrı bir maddede yapılmasına karşın, TCK'da aynı madde içinde yapılmıştır. Kumarın tanımı her iki Kanunda da aynı şekilde yapılmıştır.

TCK ile, kumar oynamak suç olmaktan çıkarılmış, kabahat olarak 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 34. maddesinde düzenlenmiştir.

I. KORUNAN HUKUKİ YARAR

Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçu ile korunan hukuki yarar, kumarın toplumun sosyal ve ekonomik değerlerine vereceği tahrifatin önlenmesi suretiyle genel ahlakın korunmasıdır.¹² Bu suça ilişkin düzenlemede, kumarın sosyal bakımdan ortaya koyduğu büyük tehlike ve ortaya çıkması muhtemel faciaların göz önünde bulundurulduğu

¹² Arslan, Çetin/Azizağaoğlu, Bahattin. Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Asil Yayın Dağıtım AŞ, Ankara 2004, sh. 948

belirtilmiştir.¹³ Anayasa Mahkemesince suçla korunan hukuki menfaatin, genel ahlakın korunması, toplumun ve çocukların kumarın sosyal bakımdan ortaya koyduğu büyük tehlikeden ve doğurması olası facialardan korunması olduğu ifade edilmiştir.¹⁴

II. MADDİ UNSUR

1. Fail

Bu suçun faili herkes olabilir, kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçunun düzenlendiği TCK'nın 228. maddesi hükmünde, anılan suçun faili olabilmek için herhangi bir özelliğe sahip olmak aranmamıştır, bu nedenle anılan suç, faili bakımından özgü suçlardan değildir.¹⁵

2. Mağdur

Yasak oyunların hepsinin ortak niteliği, ahlak ve ekonomik açıdan oynayan ve ailesi ve toplum için zararlı oluşlarıdır.¹⁶ Bu nedenle kumar oynatmak için

¹³ Çalışkan, Suat/ Gürel, Ali.Yasadışı Bahis ve Kumar Suçları, Aristo, İstanbul, Temmuz 2019, s.88

¹⁴ **Anayasa Mahkemesi, 23/11/2016; 2016/51-2016/179(R.G. Tarih-Sayısı : 13.12.2016-29917); “İtiraz konusu kuralla, yurt dışında oynatılan spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarının internet yoluyla ve sair suretle erişim sağlayarak Türkiye’den oynanmasına imkân sağlayan kişilerin dört yıldan altı yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı öngörülmektedir. Bu suçla benzer bir düzenleme 5237 sayılı Kanun’un “Genel Ahlakla Karşı Suçlar” bölümündeki 228. maddede, kumar oynanması için yer ve imkân sağlayan kişilerin bir yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılacağı şeklinde yer almaktadır. Her ne kadar söz konusu suçlar benzer şekilde düzenlenmiş olsalar da korudukları hukuki menfaatler birbirinden ayrılmaktadır. 5237 sayılı Kanun’da yer alan suçla korunan hukuki menfaat, genel ahlakın korunması, toplumun ve çocukların kumarın sosyal bakımdan ortaya koyduğu büyük tehlikeden ve doğurması olası facialardan korunmasıdır. Buna karşılık itiraz konusu kuralda yer alan suçla korunan hukuki menfaat, yukarıda ifade edilen menfaatlerin yanında devletin verdiği izin ve yetkiyle bahis ve şans oyunları düzenleyen gerçek ve tüzel kişiler ile bu kişilerin gelirlerinden pay alan kamu kurum ve kuruluşlarının mali çıkarlarıdır. 7258 sayılı Kanun’a göre bahis ve şans oyunlarının devletin denetim ve gözetiminde yapılması suretiyle elde edilen gelirlerden sporla ilgili kurum ve kuruluşlar ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarına aktarılan pay Türk ekonomisi ve sporu için önemli bir gelir kaynağı oluşturmaktadır. Bu bağlamda, internet ve sair suretle erişim sağlayarak yasadışı şekilde bu tür bahis ve şans oyunlarının oynatılması halinde söz konusu kurum ve kuruluşların bu katkı paylarından mahrum kaldığı, ayrıca bu şekilde yasadışı bahis ve şans oyunları oynatılmasına imkân sağlanmasının bir çeşit kara para aklama vesilesi olduğu da anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun kuralla,suçun niteliğini, işleniş şeklini, mağdurda oluşan zararı ve korunan hukuki menfaati gözeterek, bu fiilleri 5237 sayılı Kanun’un kapsamı dışında düzenlediği ve daha ağır bir yaptırım tercih ettiği anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun bu tercihi, suç olarak tanımlanan fiillerin hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımlarına tâbi tutulacağıının belirlenmesindeki takdir yetkisinin kapsamındadır.”**

¹⁵ **Hafizoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem,** Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Toplama Karşı Suçlar US-A Yayıncılık, 3. Baskı Ankara 2017, s.362

¹⁶ **Erem, Faruk.** Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, Cilt:3, Seçkin Kitabevi, Ankara (1993), sh. 2632

yer ve imkân sağlama suçunun mağduru hem ekonomisi ve ahlaki zarara uğraması ihtimali olan toplum, hem de kendisine kumar oynanması için imkân ve yer sağlanarak sosyal ve ekonomik bakımdan zarara uğrayan veya uğrama tehlikesine maruz kalan kimsedir.¹⁷

3. Suçun Konusu

Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçunun konusu, suçun adından da anlaşılacağı üzere, oynanmasına yer ve imkân sağlanan kumardır.¹⁸

Kumar, TCK'nın 228. maddesinin son fıkrasında, 765 sayılı TCK'nın 569. maddesi ile aynı şekilde ve "kazanç amacıyla icra edilen ve kâr ve zararın talihe bağlı olduğu oyunlar" biçiminde tanımlanmıştır.¹⁹ Düzenlemeye göre kumar kavramı, kazanç amacıyla icra edilen ve kar ve zararın talihe bağlı olduğu oyunları ifade etmektedir.²⁰ Bu tanıma göre, kumarın iki unsurundan söz etmek gerekir: Kazanç amacıyla oynanması, kâr ve zararın talihe bağlı olmasıdır.²¹ O halde bir oyunun kumar olarak nitelendirilebilmesi için, iki özelliğin o oyunda olması gerekir, bunlardan birisi kazanç ve kaybın beceri veya zekâyâ değil, şans ve talihe bağlı olması ve kazanç amacıyla oynanmasıdır.²² Oyunun özel bir oynanış biçimi ve adı bulunması, söz konusu koşulların varlığı halinde, suçun oluşmasına engel olmaz. ²³Tanım karşısında, dost ve arkadaşlar arasında eğlence maksadıyla oyun oynanmasına imkân sağlama bu suçu oluşturmayacaktır.²⁴Kazanç kasti ile oynamak, kar ve zarar baht ve talihe bağlı olmak, suçun maddi unsurları

¹⁷ Arslan, Çetin/Azizağaoğlu, Bahattin. Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Asil Yayın Dağıtım AŞ, Ankara 2004, sh. 948

¹⁸ Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa. Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara, (2014), C.IV, s.6845

¹⁹ Eralp, Özgür. Sanal Kumar, Bahis Şans Oyunları Ceza Davaları, Eralp Kitap, Ankara 2017, s. 13; "Dilimize Arapça'dan gelen kumar sözcüğü, ortaya para veya mal konularak oynan bir talih oyunu anlamına gelmektedir."; Akev, Sahir Talat. Türk Hususi Hukukunda Kumar ve Bahis (Doktora Tezi) Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti. İstanbul 1964, s. 44; " Kanaatimizce kumarı şu şekilde tarif etmek kabildir: müteaddit şahısların, eğlenmek, fikri veya bedeni mahareti inkişaf ettirmek veya kazanç temin etmek maksadıyla, müteakilen ve az veya çok nispette maharet, tertip veya talihe bağlı makus şartlar dahilinde, aralarından kazanacak olanlara bir edim vaadettikleri aktittir."

²⁰ Çalışkan, Suat/ Gürel, Ali. Yasadışı Bahis ve Kumar Suçları, Aristo, İstanbul, Temmuz 2019, s.74; Altıparmak, Cüneyd. Kumar Kabahati, Terazi Hukuk Dergisi, S. 19, Ankara Seçkin Yayınevi 2008, s.135; Parlar, Ali / Hatipoğlu, Muzaffer. Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2. Baskı, 4. Cilt, Ankara, 2008, s.3387-3388; Erol, Haydar. Türk Ceza Kanunu, PYS Matbaacılık, Ankara 2003, s.1530

²¹ Malkoç, İsmail. Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, Yetkin Ankara 2002, C.IV, s.5277

²² Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa. Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara, (2014), C.IV, s.6846

²³ Savaş, Vural/ Mollamahmutoğlu, Sadık/ Yaşar, Osman. Türk Ceza Kanunun Yorumu Seçkin Yayınevi Ankara 2003, VII. Cilt, s. 8238

²⁴ Çalışkan, Suat/ Gürel, Ali. Yasadışı Bahis ve Kumar Suçları, Aristo, İstanbul, Temmuz 2019, s.88

olduğundan, oynanan oyunun kumar niteliğinde olup olmadığının anlaşılması için bu unsurların araştırılması zorunludur.

4. Hareket – Sonuç

TCK'nın 228. Maddesinde düzenlenen suçun hareket unsurunu, “kumar oynanması için yer ve imkan sağlamak” oluşturur. Fiilin suç sayılabilmesi için düzenlemeye göre failin hem yer hem de imkân sağlaması gereklidir. Düzenlemede “ve” bağlacı kullanılarak; “kumar oynanması için yer ve imkân sağlayan kişi”nin cezalandırılacağı hükme bağlandığından sadece yer veya sadece imkân sağlayan kişilerin fiilleri bu suçu oluşturmaz.²⁵ Bu yönde Kabul kanunilik ilkesinin de bir gereğidir. Bununla birlikte iki kişi, iştirak halinde, birisi yer sağlamak diğeri ise imkân sağlamak suretiyle, müşterek fail olarak bu suçu işleyebilirler.²⁶

A. Kazanç amacıyla oynanma

Kazanç amacıyla oynamak,

Failin oyunu oynarken ekonomik olarak bir gelir elde etmek amacıyla hareket etmesini anlatmak için kullanılır, manevi olarak tatmin olmak buradaki kazanç terimine dahil değildir. Bir oyunun kumar olması için öncelikle, maddi olarak bir gelir elde etmek,ekonomik bir şeyi kazanmak için oynanması gerekir. Bu şekilde bir gelir elde etme amacı bulunmamakta ise, o oyun kumar olarak nitelendirilemeyecektir. Oyun sırasında, yenilip içilen şeylerin parasının beraberce ödenmesi kararlaştırılmış ise, oynanan oyun kumar olmayacaktır. Bunun yerine kaybeden kimsenin yemek, içki vs. ısmarlaması veya sigara alması, para vermesi kararlaştırılmış ise, o oyun kumar olarak nitelendirilecektir. Bir hayır işine yönelik olsa dahi, karniyetinin sonuçta oyunu kumar haline getirip getirmeyeceği tartışmalıdır.

Burada kazancın miktarının az veya çok olması, ortaya konulan şeyin para veya eşya olması önemli değildir. Genelde kumar iki şekilde oynanmaktadır. İlkinde, oynayanlarca ortaya belli bir para konulmakta, kazanan kişi veya kişiler bu parayı almaktadır ki kumarın en açık şekli budur. İkinci şekilde ise, kazanç dolaylı şekilde elde edilmektedir, burada oyun oynarken yiyip içtikleri şeyin parasının kaybedenlerce ödenmesi kararlaştırılmaktadır, burada ise dolaylı bir kazanç vardır, yediği içtiği şeylerin parasını yiyip içen kimse değil de, kaybeden kimse ödemekte, kazananın cebinden para çıkması gerekirken çıkmamaktadır. Yine bir mal karşılığı (sigara, viski gibi), ya da oyun sonunda tüm oyuncuların

²⁵ Özen, Mustafa. Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkan Sağlama Suçu, Terazi Hukuk Dergisi, S.15, 2007, s.74

²⁶ **Karakehya, Hakan.** Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkan Sağlama Suçu, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:19, S:2, Özel Sayı, İstanbul 2013, s.707

ya da kazananın yararlanacağı bir harcamayı kaybedenin karşılaması şeklinde anlaşılabilir. Oynanması da, dolaylı bir kazanç türüdür, bunların hepsi kumarın değişik şekilleridir.²⁷ Yargıtay da aynı görüştedir.²⁸

Özellikle kağıt oyunları oynanırken yakalandığında, kumar olup olmadığının tespitinde, kazanç amacıyla oynanıp oynanmadığına bakılmalıdır, normalde oynanması kumar niteliğinde olmayan kağıt oyunları veya okey gibi oyunlar, kazanç elde etmek amacıyla oynandığında kumar haline gelecektir.²⁹

B. Kazanmanın ve kaybetmenin talihe bağlı olması

Kazanmanın ve kaybetmenin *talihe bağlı olması ise*, oynanan oyunda oyuncuların kişisel yetenekleri, el becerileri, tecrübesi ve zekasını kullanması gibi bazı unsurların sonucu belirlememesi, oyunu kazanmanın tamamen ya da büyük oranda şansa ve tesadüfe bağlı olması demektir. Talih, beklenmeyen bir durumdur, nedeninin bilinmesi mümkün değildir. O halde, tamamen veya kısmen oyuncunun maharetine, bilgisine, tecrübesine, ustalığına bağlı oyunlar kumar sayılmamaktadır. Örneğin satranç oynamak, panayirlarda penaltı atmak kazanmanın talihe bağlı olmaması nedeniyle, para karşılığı oynansa bile kumar değildir. Yine bir kimsenin bir hareketi becerebilip beceremeyeceği, yapıp yapamayacağına ilişkin girilen iddialar (10 dakikada 30 yumurta yenmesi gibi), iddiaya girenin kişisel kabiliyetine bağlı olduğundan, kumar sayılmazlar, yine şişeye, sigaraya halka geçirmek, maharete bağlı olduğundan kumar değildir.³⁰Buna karşılık fırıldak çevirmek suretiyle oynanan oyun tamamen baht ve talihe dayalı olduğundan kumardır.³¹ Bir kısım oyunlar

²⁷ Doktrinde bazı Yazarlara göre, “...kazanç kastı olmaksızın dostlar arasında eğlenmek amacıyla oyun oynanması ve hatta çay, kahve, meşrubat, sigara gibi küçük karşılıklarla oynanması suçu oluşturmaz” (Malkoç, Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu 2.Cilt, (2007), sh. 1615)

²⁸ Tanıklar; ...’in ifadelerinde sanığın işlettiği kahvehanede poker oyunu tabir edilen kumar oyunu oynadıklarını ve oyunu **kaybeden oyuncunun çay paralarını ödediğini** beyan etmeleri karşısında, sanığın kumar oynanması için yer ve imkan sağlama suçunu işlediği anlaşılmaya rağmen yasal ve yeterli olmayan gerekçeyle yazılı şekilde beraat kararı verilmesi, **2.CD. 04/04/2012-2010/18160-2012/8472**; Sanığın işlettiği kahvehanede, sanığın da aralarında bulunduğu kişilerin poker tabir edilen oyun oynadıklarını tespit edilerek, oyunda kullanılan oyun kağıtlarıyla, üzerinde itibari değerler bulunan pulların ele geçirildiğine dair suç tutanağı, sanık ve diğer oyun oynayanların soruşturma aşamasındaki ifadelerinde, bira ve sigarasına oyun oynadıklarını söylemeleri karşısında; atılı suçtan mahkumiyeti yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi, **2.CD. 22.06.2009, 2008/28450-2009/29886**

²⁹ Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç,Mustafa. Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara, (2014), C.IV, s.6846

³⁰ Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç,Mustafa. Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara, (2014), C.IV, s.6847

³¹ Malkoç, İsmail. Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, Yetkin Ankara 2002, C.IV, s.5277

da, yapılışındaki hile nedeniyle, oynayanın daima kaybedeceği oyunlardır, burada talihe bağlılık söz konusu olmadığından kumar değildir, ancak fail hareketi ile karşı tarafı aldattığından, TCK'nın 157. maddesi anlamında dolandırıcılık suçu oluşur.³²Daha açık ifadeyle, kesin surette kar ve zararın talihe bağlı olduğu hallerde (hile karışmamış ise) oyun kumardır, hile karışmış ise dolandırıcılık düşünülmelidir.³³ “Bul karoyu, al parayı”,³⁴ “**alt üst loto**”,³⁵ “**üç kağıt**”,³⁶ “**şık şık**”,³⁷ “**papel**” oyunlarında, el çabukluğu ve karşıdakinin dikkatinin dağınıklığından yararlanarak, aldatma söz konusu olduğundan, kumar değil dolandırıcılık sayılmaktadır.³⁸ **Y.15.CD. 28/01/2016; 2013/23385-**

³² **Erem**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, Cilt:3, (1993), sh. 2633

³³ **Savaş, Vural/ Mollamahmutoğlu, Sadık/ Yaşar, Osman**. Türk Ceza Kanunun Yorumu Seçkin Yayınevi Ankara 2003, VII. Cilt, s. 8239

³⁴ Sanık Şükrü'nün temyiz kapsamı dışındaki diğer sanık Yaşar ile birlikte Karaköy köprüsü üzerinde, “**Bul karayı - al parayı**” tabir edilen oyunu oynattıkları, müştekinin merak ederek oyunu oynamak istediği, sanıkların bunun üzerine müştekidin para istedikleri ve müştekinin verdiği 180 TL'yi kağıtların üzerine koyup oyunu oynattığı ve kaybettiğini söyleyip 180 TL'yi aldıkları, akabinde müştekinin 2100 dolar verdiği ve bu parayı da kağıtların üzerine koyup kaybetti diyerek aldıkları olayda; **bul karayı al parayı denilen hile yöntemi ile gerçekleştirilen eylemin 5237 sayılı TCK 157.maddesinde düzenlenen ve hükümden sonra 02.12.2016 tarih ve 29906 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe giren 6763 sayılı Kanunun 34. maddesi ile değişik 5271 sayılı CMK'nın 253. ve 254. madde fıkraları gereğince uzlaştırma kapsamına alınan basit dolandırıcılık suçunu oluşturacağı** gözardı edilerek vasıfta hataya düşülmek sureti ile hırsızlık suçundan hüküm kurulması, **Y.15.CD. 06/06/2018; 2015/6683-2018/4309**; Olay günü dolaşmakta olan mağdurun yanına gelen sanıkların, “**bul karayı al parayı**” tabir edilen oyun ve çevresinde oyundan kazanıyor rolü yapan elemanlarının yardımıyla söz konusu oyunun gerçekten kazanılabileceğine yönelik sergiledikleri hileli davranışlarla mağduru kandırdıktan sonra, oynatanın istemediği takdirde oyuncunun kazanma ihtimali bulunmayan üç kağıt oyununu mağdura oynatıp, sonrasında kaybettiğinden bahisle katılanın 150 TL parasını alarak haksız menfaat temin ettiklerinin iddia edildiği olayda, sanıkların üzerilerine atılı **dolandırıcılık suçunu işlediklerine dair mahkemenin mahkumiyet yönünde kabulünde isabetsizlik görülmemiştir. Y.15.CD. 29/09/2016; 2016/1506-2016/7268**

³⁵ Sanıkların müştekiyi çağırarak hileli davranışlarla **alt üst loto** oyunu oynatıp kandırarak 40 TL'sini aldıklarının iddia edildiği somut olayda;

Sanığın eyleminin TCK'nın 157/1.maddesinde düzenlenen dolandırıcılık suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde kumar oynanması için yer ve imkan sağlama suçundan hüküm kurulması, **Y.15.CD. 22/01/2014; 2012/7301-2014/947**

³⁶ Ayrıntıları Ceza Genel Kurulunun 19.3.1973, 1/237 sayılı kararında açıklandığı üzere halk arasında (üç kağıt) tabir edilen oyunu oynatan sanığın eyleminin dolandırıcılık suçunu oluşturacağı gözetilmeden suçun nitelendirilmesinde hataya düşülerek kumar oynatmak suçundan yazılı şekilde hüküm kurulması, **11.CD. 23.2.2006, 6135/1244 s.k.)**

³⁷ 2. CD'nin 8.12.1992, 11699-12401

³⁸ Somut olayda; sanık Hacı Bayram K..’nin dışarıda üç kağıt ya da bul karayı al parayı denilen oyunu oynattığı, sanık AlaittinÜ..’in yoldan geçen müştekiye, “bu kişiler istanbul’da koyunlarını alıp paramı vermeyerek beni dolandırdılar, gel şunları utup parasını alalım” dediği, bu sanığın müştekinin kolundan tutarak oyun tezgahına getirdiği, bu sırada kağıtlardan birinin ucunu katlayarak müştekinin parayı bu kağıda basmasını istediği,

2016/1082 sayılı kararında, hileli davranışın belli kişiye yönelmemesi halinde dolandırıcılık suçunun oluşmayacağı ifade edilmiştir.³⁹ Özetle uygulamada oynatanın istemediği takdirde oyuncunun kazanma ihtimali bulunmayan oyun söz konusu ise dolandırıcılık suçunun olduğu kabul edilmektedir.⁴⁰ Bir görüşe göre ise; şans ve yetenek oyunları sonucunda kazanç elde etmek de oyunun özelliklerine dahil olan risk kapsamında olduğundan, şans oyunları ve bu oyunlara yönelik yönlendirici açıklamalar hileye konu edilemez. Örneğin, “bul karayı al parayı” şeklinde tabir edilen oyunda kazanç veya zarar Yargıtay’ın aksi yöndeki kararlarına rağmen talihe bağlıdır ve oyuna katılanın kazanma ihtimalini ortadan kaldıracak müdahale ve değişiklik yapılmadığı müddetçe hileden söz etmek mümkün olmamalıdır.⁴¹

sanıkların yanında bulunan kimliği meçhul iki kişinin de müşteri kılığında oyun oynadıkları ve sürekli para basıp kazandıklarını gören müştekinin cebinden 240.00 TL para çıkardığı, ilk önce 20.00 TL yi vermek istediği sırada sanık Alaittin’in, hepsini bas dediği, bu duruma inanan müştekinin parayı bir kağıda bastıktan sonra oyunu kaybettiği, sanık Hacı mahkemedeki ifadesinde, diğer sanığın müşteri toplamak üzere kendisine yardımcı olduğunu belirttiği, böylece sanıkların dolandırıcılık suçunu iştirak halinde işlediklerinin iddia edildiği olayda; 1- Sanık A. Ü.’ün, müştekiyi kandırıp kolundan tutarak oyun tezgahına getirmesi, onu ikna etmek için sürekli yönlendirmelerde bulunması, sanık Hacı B.’in, bu sanıkla birlikte hareket ettiklerini ve bu sanığın kendisine oyun için müşteri bulduğunu belirtmesi, müştekinin sanığı kesin olarak teşhis etmesi ve polise bildirmesi, sanıkların polis aracına binerken, istedikleri gibi kumar oynatabileceklerini, kimsenin kendilerine karışamayacağını belirtmeleri ve bu hususun tutanakla tespit edilmesi karşısında, sanık A. Ü.’ün de, diğer sanıkla beraber iştirak halinde suçu işlediği gözetilmeden yazılı şekilde beraatine karar verilmesi, **15.CD. 11/09/2012-2011/15632-2012/41025**

³⁹ **Tüysüz, Fırat.** Dolandırıcılık Suçu, Başkent Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2017 s. 48; Atasehir İlçe Emniyet Müdürlüğü Örnek Ş.Hayrettin Yıldırım Polis Merkezi Amirliği’ne bağlı 92658 kod no.lu görevli ekibin “....sokak kumarı olduğu...” anonsu üzerine olay mahalline intikal ettiklerinde sanıkların “bul karayı al parayı” oyununu oynatmak üzere adli emanete alınan üç adet iskambil kağıtlarıyla birlikte yakalandıklarının 26.03.2010 tarihli tutanak ve dosya kapsamından anlaşılması karşısında; somut olayda sanıkların, hileli hareketlerini yönlendirdikleri ve aldattıkları bir mağdurun bulunmadığı iddia ve kabul olunmasına göre; eylemin TCK’nın 157/1, 35. maddelerinde tanımlanan suçu değil aynı Kanunun 228/1. maddesinde tanımlanan “Kumar oynanması için yer veya imkan sağlama” suçunu oluşturacağı nazara alınmadan yazılı şekilde hüküm tesisi, **Y.15.CD. 28/01/2016; 2013/23385-2016/1082**

⁴⁰ Dairemizin bozma ilamı doğrultusunda uzlaşma işlemleri yapılarak, tarafların uzlaşmadıkları anlaşılma ile yapılan incelemede; Sanığın suç tarihinde, “bul karayı al parayı” kumar oyununu oynattığı, bu şekilde kumar oynayan şikayetçinin 400 TL para kaybettiğinin iddia edildiği olayda; sanığın savunması, müştekinin beyanları ve dosya kapsamından sanığın atılı suçu işlediği sabit olmakla mahkemenin mahkumiyet yönünde kabul ve uygulamasında bir isabetsizlik görülmemiştir. **Y.15.CD. 30/01/2019; 2018/3640-2019/129**

⁴¹ **Başbüyük, İsa.** Dolandırıcılık Suçunda Hile Unsuru, Dokuz Eylül Üniversitesi Doktora Tezi, İzmir 2019 s.38

C. Yer ve imkan sağlama

Kumarı bu şekilde tanımladıktan ve açıkladıktan sonra, suçun asıl hareket unsuru olan yer sağlamak ve imkan sağlamak hususlarını da açıklayabiliriz.⁴² TCK m. 228'in gerekçesinde suçun fiil unsuru *“Söz konusu suç, başkalarının kumar oynaması için yer veya başka surette imkân sağlamakla oluşur” şeklinde açıklanmaktadır.* Bu ifadeye göre, yer sağlama ve imkân sağlama fiilleri seçimlik hareket arz etmektedir. Buna göre bir kişinin, başkasının kumar oynaması için kumar oynama imkânı sunmayan bir yeri kumar oynanması amacıyla sağlaması halinde de bu suçun oluştuğu sonucu doğmaktadır. Kanun metninde *“yer ve imkân sağlayan”* ifadesinde fiiller arasında *“ve”* bağlacı kullanılmakta, böylece bu iki hareketin birlikte gerçekleştirilmesi aranmaktadır. Gerekçedeki ifadeler ile kanun metninde bir uyumsuzluk bulunmaktadır.⁴³ Düzenlemede *“ve”* bağlacı kullanılarak; *“kumar oynanması için yer ve imkân sağlayan kişi”*nin cezalandırılacağı hükme bağlandığı için fiilin suç sayılabilmesi için düzenlemeye göre failin hem yer hem de imkân sağlaması zorunludur.⁴⁴ Gerekçelerin kanun metnine dahil olmaması ve bu sebeple suçun unsurlarını ortaya koyarken bağlayıcı biçimde dikkate alınamaması söz konusu olduğundan, suçun fiil unsuruna ilişkin açıklamaların kanuni tanımına göre yapılması gerekir.⁴⁵ Dolayısıyla sadece yer veya sadece imkân sağlayan kişilerin fiilleri bu suçu oluşturmaz. Nitekim bu düşünüş tarzı kanunilik ilkesinin de bir gereğidir. Buna karşın iki kişi, iştirak halinde, birisi yer sağlamak diğeri ise imkân sağlamak suretiyle, müşterek fail olarak bu suçu işleyebilirler.⁴⁶ İki hareketin birlikte gerçekleşmesinin zorunlu olması sebebiyle

⁴² **Hafizoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem,** Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar US-A Yayıncılık, 3. Baskı Ankara 2017, s.363; “gerekçede, kumar oynanması için yer veya imkan sağlamak ifadesi tanımlanmamıştır. Kumar oynanması için yer sağlamak, kumar oyununun oynanabileceği araç ve gereçlerin bulundurulduğu, ev, klüp, dernek, kahve, gazino, kumarhane..vs, gibi hizmete hazır maddi bir ortamın tesis edilmesidir. Kumar oynanması için imkan sağlamak, kumar oynanmasına olanak sağlamak anlamındadır. Dilde, olanak, yararlanılan uygun şart, imkan anlamındadır. “olanak sağlamak”, bir işin olmasına elverişli ortam hazırlamak anlamına gelmektedir. Öyleyse, kumar oynanmasına elverişli ortam hazırlamak, kumar oynanması için imkan sağlamaktır. Bu bağlamda örneğin kumar oyuncularını toplamak, bir araya getirmek, oyunculara oyunlarını oynamalarına imkan veren dijital bir ortam yani sanal ortamı hazırlamak, herhalde kumar oynanması için imkan sağlamaktır.”

⁴³ **Babayiğit, Beşir.** Kumar Oynama ve Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkan Sağlama Fiilleri, TAAD, Yıl: 9, Sayı: 34, Nisan 2018, s.294

⁴⁴ **Karakehya, Hakan.** Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkan Sağlama Suçu, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:19, S:2, Özel Sayı, İstanbul 2013, s.706-707

⁴⁵ **Babayiğit, Beşir.** Kumar Oynamave Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkan Sağlama Fiilleri, TAAD, Yıl: 9, Sayı: 34, Nisan 2018, s.294

⁴⁶ **Karakehya, Hakan.** Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkan Sağlama Suçu, Prof. Dr. Nur Centel'e

bu suç birleşmiş hareketli bir suçtur.^{47, 48}

Kumar oynamak için yer ve imkan sağlamak herhangi bir şekilde gerçekleştirilebilecek fiillerdir.⁴⁹ *Yer sağlamak*, kumar oyununu oynandığını bilerek, oynanacak yeri temin etmeyi; *imkan sağlamak* ise yer dışında kumar için gerekli olan araç ve gereçleri sağlamak, oynayana para bulmak, oynayacak kimseleri bulmak, polis baskınına önlemek vb şekilde kumarın oynanmasını olanaklı hale getirmeyi, kısaca oyunu mümkün ve kolaylıkla oynanmasını sağlamayı ifade eder. Yer temin etmenin içine, internette site kurmak eylemi de girer, internette site kurarak burada oyun oynanmasını sağlayan kimse de yer temin etmiş olacaktır.⁵⁰ Kanaatimizce, eski 765 sayılı TCK'nın 567. maddesindeki, kumar oynatmak terimi, yer ve imkan sağlama tabirinin içine girmektedir. Bir kimse, oyuncuların kumar oynayacağını bilerek onlara yer verir veya kumar oynamaları için araç ve gereç sağlar ise, bu durumda eylem, bu suç oluşur. Yer ve imkan sağlamanın belli bir bedel karşılığı olup olmaması önemli olmadığı gibi, sağlanan yerin neresi olduğunun da bir önemi yoktur.⁵¹ Yukarıda da söylendiği gibi, TCKile, 765 sayılı TCK'da bulunan kumar oynanan yerin aleni yerlerden olması şartı kaldırıldığından, bir kimse arkadaşlarına evinde kumar oynatsa bile veya halka kapalı bir lokalde kumar oynatsa bile bu suç oluşur. Ayrıca yer temin eden kimsenin, bizzat kumar oynaması ile oynamaması arasında fark da yoktur, fail o an kumar oynayan bir kimse olabileceği gibi,⁵² kumar oynayanlara hizmet eden kimse de olabilir. Bu eylemi

Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:19, S:2, ÖzelSayı, İstanbul 2013, s.707

⁴⁷ **Babayiğit, Beşir.** Kumar Oynama ve Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkan Sağlama Fiilleri, TAAD, Yıl: 9, Sayı: 34, Nisan 2018, s.295

⁴⁸ **Artuk, Mehmet Emin/Gökcan, Ahmet.** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, Adalet, 2017, s.254;" *Bazen kanun koyucu ceza normunda birden fazla hareket gösterir ve suçun oluşması için bu hareketlerin hepsinin yapılmasını ister. Hareketlerden yalnız birinin yapılması halinde faile ceza verilemez. Bu bakımdan birleşmiş hareketli suçlar, seçimlik hareketli suçlardan ayrılır. Bu suç tipine örnek olarak TCK.m.207'de yer alan özel belgede sahtecilik suçu gösterilebilir."*

⁴⁹ Çalışkan, Suat/ Gürel, Ali.Yasadışı Bahis ve Kumar Suçları, Aristo, İstanbul, Temmuz 2019, s.88

⁵⁰ **Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç,Mustafa.** Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara, (2014), C.IV, s.6848

⁵¹ Tombala çekirmek ve kazanana hediye vermek ve toplanan paradan bir miktar kazanç sağlamak şeklindeki eylemin TCK'nın 567/1. maddesindeki suç oluşturduğu **2.CD. 4.6.1998, 1792-7478**

⁵² Sanığın kendi işlettiği kahvehanede haklarında idari işlem yapılan N. ve S. ile birlikte para karşılığı yanık tabir edilen oyunu oynadıkları sırada polis memurları tarafından yakalandıkları sanığın hazırlık soruşturması aşamasındaki savunma beyanı ile ..tarihli olay ve yakalama tutanağından anlaşıldığı halde, sanığın atılı kumar oynatmak için yer temin etme suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi gerekirken, tutanak düzenleyici polis memurları ile N. ve S. dinlenmeden duruşmada suçlamayı inkar eden sanığın mahkemedeki savunmasına itibar edilerek eksik soruşturma ile sanığın beraatına karar verilmesi, **2.CD. 8.2.2007, 9379-1692**

gerçekleştiren kimsenin menfaati, genelde o yerin normal hizmeti nedeniyle, oyunculara verdiği hizmet karşılığı (kahvede, çay, meşrubat vermek gibi) ücret alması şeklinde olmaktadır.⁵³

Kumar oynanması için özel yerler açmak, kumarın oynanmasını temin etmek adına fiziki koşulları oluşturmak suçun oluşumu için yeterli olacaktır.⁵⁴ Suçun tamamlanması için, kumar oynanması için yer ve imkan sağlanması yeterlidir, kumar oynanmasına başlanmasına gerek yoktur,⁵⁵ failin eylemi sonucu bir kısım kimselerin kumar oynayacakları kesin olarak belirlenebiliyor ise, yer ve imkan sağlamak ile suç tamamlanmış olur. Örneğin yılbaşı günü akşam tombala oynatacağını ilan edip, kahvehanesine bu amaçla insan toplayan kimse, tombala kartonlarını hazırlamış vaziyette yakalanır ise, oyunun oynanmadığından bahisle suçun işlenmeye başlanmadığından söz edilemez kanaatindeyiz, Ancak suçun tamamlanması için, kumar oynanmasına başlamanın gerekli olduğu doktrinde savunulmaktadır.⁵⁶ Yargıtay da suçun tamamlanması için, kumar oynanmaya başlanmış olmasını aramaktadır.⁵⁷ Ayrıca bu suç mütemadi bir suçtur, kumar oyunu bitinceye kadar suç devam eder.

III. MANEVİ UNSUR

Bu suç kasten işlenebilen bir suçtur, taksirle işlenmesi olanağı bulunmamaktadır. Bu suçun oluşması için failde genel kast yeterlidir, özel kasta gerek yoktur. Kumar oynanması için yer ve imkan sağlama suçunda failin genel kastı, burada kumar oynanacağını bilerek ve bu amaçla yer ve imkan sağlamayı istemesinden ibarettir. Fail, evini arkadaşına birkaç gün kalması için vermiş, arkadaşı da kendi arkadaşlarını burada toplayarak kumar oynamış ise, kast yokluğundan suç oluşmayacaktır. Yargıtay, sanığın işletmeciliğini yaptığı yerde kendisinin de bulunduğu ortamda kumar oynanmasının, bilgisi ve rızası dışında olmasını hayatın olağan akışına aykırı bulmuştur.⁵⁸

⁵³ Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa. Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara, (2014), C.IV, s.6848

⁵⁴ Çalışkan, Suat/ Gürel, Ali. Yasadışı Bahis ve Kumar Suçları, Aristo, İstanbul, Temmuz 2019, s.89

⁵⁵ Hafızoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar US-A Yayıncılık, 3. Baskı Ankara 2017, s.363

⁵⁶ Soyaslan, Doğan. Ceza Hukuku Özel Hükümler 5. Baskı, (2005), sh. 472; Malkoç, Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu 2.Cilt, (2007), sh. 1616

⁵⁷ 14. CD. 23.11.2012-2012/5534- 2012/11843 (karar için teşebbüs bölümüne bakınız)

⁵⁸ Tanıklar ...'nın aşamalarındaki beyanlarına ve dosya içeriğine göre, olay günü sanığın işletmeciliği yaptığı kahvehanede tanıklar ...'ın kumar oynadıklarının sabit olduğu, **sanığın işletmeciliği yaptığı kahvehanede kendisinin de bulunduğu ortamda izni ve bilgisi dışında kumar oynanmasının hayatın olağan akışına uygun olmadığı gözetilmeden**, atılı suçtan mahkûmiyeti yerine, sanığın savunmasına ve tanıkların kovuşturma aşamasındaki sanığı cezadan kurtarmaya yönelik beyanlarına üstünlük tanınarak yazılı şekilde beraat hükmü kurulması, **14. CD. 16.10.2012-2012/10726-2012/10060**

IV. SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Bu suçla ilgili hukuka uygunluk nedenlerinden, kanun hükmünün yerine getirilmesi söz konusu olabilir. Devlet bazen, Kanunlar vasıtası ile, kazanç amacıyla oynanan ve kazanmanın şans ve talihe bağlı olduğu bir kısım oyunlara izin vermektedir. Milli Piyango, Sayısal Loto gibi oyunlar, böyle oyunlardandır. Bu oyunların oynanmasına Kanunla izin verildiğinden, bu oyunları oynatmak eylemi, suç olmadığı gibi, oynamak da Kabahatler Kanunu'nun 34. maddesindeki kabahati oluşturmaz.⁵⁹

V. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

Daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal olarak; çocukların kumar oynaması için yer ve imkân sağlama, suçun bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesi ve suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi olarak üç tane nitelikli hal öngörülmüştür.

Suçun bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesi ve suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi nitelikli halleri 25.08.2017 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 15/8/2017 tarihli ve 694 sayılı KHK'nin 139 uncu maddesiyle, bu maddeye ikinci fıkradan sonar gelmek üzere (3), (4) numaralı fıkralar olarak eklenmiş ve diğer fıkralar buna göre teselsülettirilmiş, daha sonar bu hükümler 08.03.2018 tarihinde yürürlüğe giren 7078 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 142. Maddesiyle kanunlaşmıştır.

1. Çocukların Kumar Oynaması için Yer ve İmkân Sağlanması

Suçun bu nitelikli hali, TCK'nın 228. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, çocukların kumar oynaması için yer ve imkân sağlanması halinde, faile verilen ceza artırılacaktır.⁶⁰ O halde kumar oynanmasına katılan kimselerden veya kumar oynaması için yer ve imkân sağlanan kimselerden birisi veya birkaçı çocuk ise, faile verilecek ceza artırılacaktır. Çocukla büyüklerin birlikte olduğu bir gruba, kumar oynanması için imkân sağlanır ise, gurubun içinde bir tane bile çocuk olsa, veya çocukların içinde bir tane bile büyük olsa, birinci fıkraya göre belirlenecek ceza artırılarak hükmolunur ve eylem tek suç oluşturur. Burada dikkat edilecek husus, yer ve imkân sağlayan kimsenin değil, oynayacak kimsenin çocuk olmasıdır, failin çocuk olmasının sonuca herhangi bir etkisi yoktur. Daha ağır cezalandırmanın

⁵⁹ Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa. Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara, (2014), C.IV, s.6849

⁶⁰ Saniğin eyleminin 18 yaşını doldurmamış mağdura karşı işlemiş olması karşısında, cezasının TCK.nun 228/2. fıkrası uyarınca artırılması gerektiğinin gözetilmemesi, **Y.8.CD. 26/10/2015; 2015/4239-2015/23459**

amacı, Devletin, özellikle çocukları, her türlü istismardan (Anayasa m.41/4), kumar ve benzeri kötü alışkanlıklardan (Anayasa m.58/2) korumasıdır.⁶¹

Buradaki çocuk tabirinden, 18 yaşını tamamlamamış kişi anlaşılmalıdır, bu kişi evlenmekle vs, şekilde ergin olsa bile, ikinci fıkradaki nitelikli hal uygulanacaktır. Bir görüşe göre; “TCK’nın 6. maddesine göre çocuk deyiminden, henüz 18 yaşını doldurmamış kişiler anlaşılır. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 3. maddesine göre de daha erken yaşta ergin olsa bile, 18 yaşını doldurmamış kişi bu Kanunun uygulanmasında çocuk sayılır. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nun kapsam başlıklı 2. maddesi ise “Bu Kanun, korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında alınacak tedbirler ile suça sürüklenen çocuklar hakkında uygulanacak güvenlik tedbirlerinin usûl ve esaslarına, çocuk mahkemelerinin kuruluş, görev ve yetkilerine ilişkin hükümleri kapsar” şeklinde vazedilmiştir. Yani Çocuk Koruma Kanunu’nun uygulama alanı bulduğu durumlara ilişkin hallerde 18 yaşından küçüklerin evlenme ya da mahkeme kararıyla reşit olup olmadıklarına bakılmaksızın çocuk olarak kabul edilmeleri gerekecektir. Ancak kanun koyucu TCK’nın 76, 82, 90, 94, 96, 103, 109, 194, 226, 227, 228, 229, ve 233. maddelerinde çocuk kavramını kullanmıştır. 80. madde de ise çocuk terimi değil, onsekiz yaşından küçük ibaresi kullanılmıştır. Kanun koyucu, insan ticareti suçunu düzenlerken Protokole paralel olarak⁶², onsekiz yaşından küçükler ibaresini kullanmış iken belirtilen, diğer maddelerde ise çocuk terimini kullanmıştır. Yine TCK’nın dava zamanaşımı sürelerini düzenleyen 66. maddesinin 6. fıkrası; “(6) Zamanaşımı, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs hâlinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin

⁶¹ **Hafızoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem**, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar US-A Yayıncılık, 3. Baskı Ankara 2017, s.365

⁶² Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi Ek İnsan Ticaretinin, Öncelikli Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol *Madde 3- Tanımlar*

Bu Protokol’un amaçları bakımından:

(a) “İnsan ticareti”, kuvvet kullanarak veya kuvvet kullanma tehdidi ile veya diğer bir biçimde zorlama, kaçırma, hile, aldatma, nüfuzu kötüye kullanma kişinin çaresizliğinden yararlanma veya başkası üzerinde denetim yetkisi olan kişilerin rızasını kazanmak için o kişiye veya başkalarına kazanç veya çıkar sağlama yoluyla kişilerin istismar amaçlı temini, bir yerden bir yere taşınması, devredilmesi, barındırılması veya teslim alınması anlamına gelir. İstismar terimi, asgari olarak, başkalarının fuhuşunun istismar edilmesini veya cinsel istismarın başka biçimlerini, zorla çalıştırmayı veya hizmet ettirmeyi, esareti veya esaret benzeri uygulamaları, kulluğu veya organların alınmasını içerecektir.

(b) İnsan ticaretinin (a) bendinde belirtilen yöntemlerden herhangi biriyle yapılmış olması halinde, mağdurun bu istismara razı olup olmaması durumu değiştirmeyecektir.

(c) Bu maddenin (a) bendinde öngörülen yöntemlerden herhangi birini içermese bile, çocuğun istismar amaçlı temini, bir yerden bir yere taşınması, devredilmesi, barındırılması veya teslim alınması “insan ticareti” olarak kabul edilecektir.

(d) Onsekiz yaşının altındaki herkes “çocuk” kabul edilecektir.

gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar.” şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi yasakoyucu çocukluk halinin 18 yaşına kadar olmasını murat ettiği düzenlemeleri maddelerinde ayrıca belirtmiştir. Böylece de 18 yaş sınırı getirmediği durumlarda daha erken yaşta reşit olma halinde çocuğun büyüklerin hukukuna tabi olduğunu kabul etmiştir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 1. maddesine göre; sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılmaktadır. TCK’nın 6. maddesinin gerekçesinde ise, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi hükümleri göz önünde bulundurularak, “Çocuk” deyiminden henüz onsekiz yaşını doldurmamış olan kişilerin anlaşılması gerektiğine dair bir tanıma yer verildiği ifade edilmiştir. Gerekçeden dahi reşit olan veya reşit kılınan 18 yaşından küçük kişilerin reşitlerin hukukuna tabi olduğu anlaşılmaktadır. Kaldı ki Çocuk Koruma Kanunu’nun 3. maddesinin diğer yasalarda veya TCK’da uygulanacağına dair bir atf ta yasada bulunmamaktadır. Bu nedenle de bu hükmün TCK yönünden uygulanacağını savunmakta mümkün değildir. Ayrıca, bilindiği üzere Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi Ülkemizce ihtirazi kayıtla 14.09.1990 tarihinde imzalanmış, 9.12.1994, 4058 sayılı Yasa ile onaylanması uygun bulunup 27.01.1995 gün ve 22184 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak kabul edilmiştir. Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrasındaki; “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamaz” biçimindeki kuralın iç hukuka yansımaları, öğretide ve çeşitli yargısal kararlarda tartışılmış, uluslararası sözleşmelerin iç hukuka etkisinin ancak yapılacak yasal düzenlemelerle olanaklı olacağı yönünde görüşler ileri sürüldüğü gibi, başka hiçbir yasal düzenleme gerekmezsin iç hukukun parçası olduğu yönünde de görüşler ileri sürülmüş, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 12.03.1996 gün ve 2/33 sayılı kararında ikinci görüş benimsenerek, usulüne göre yürürlüğe konulmuş sözleşmelerin yasa niteliği kazandığı ve doğrudan uygulanması gerektiği kabul edilmiştir. Yasa koyucu da, 7.05.2004 gün ve 5170/7 s.k. ile Anayasa’nın 90. maddesine eklediği, “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır” hükmü ile tartışmaları ikinci görüş doğrultusunda kesin olarak çözmüştür. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”nin; (1) 1. maddesinde; “Bu Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır.” Şeklinde kabulün bulunmasına göre, 1982 Anayasası’nın 90/son maddesindeki hüküm karşısında anılan sözleşmeye üstünlük tanınmasının gerektiği, bu nedenlerle

reşit olan yada reşit kılınan 18 yaşından küçüklerin çocuk kabul edilemeyeceği kabul edilmelidir.”⁶³

Yargıtay Özel Dairelerine göre de mağdur evlenme ile reşit olsa dahi 18 yaşından küçük olduğu müddetçe çocuk sayılacağı kabul edilmektedir.⁶⁴Uygulama istikrar kazanmıştır.⁶⁵

⁶³ **Akkaya, Çetin.** Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Adalet 2017, s.12

⁶⁴ İffetini ortaya koyarak sanığa iftira atmasını gerektirecek herhangi bir neden bulunmayan katılan mağdurenin aşamalarındaki istikrarlı anlatımları, bu beyanları destekleyen tanıklar Mesut, Müjdat ve Dursun’un ifadeleri, katılan mağdurenin yaşadığı saldırı sonucu depresyona girdiğini belirten Mersin Devlet Hastanesi Baştabipliğinin 02.02.2006 tarihli psikiyatri uzmanı raporu ile tüm dosya içeriğine göre; emlakçılık yapan ve daha önceki günlerde de bakmak için eve müşteri getiren sanığın olay günü de eve bakmak için geleceğini söyleyerek katılan mağdurenin eşiyle birlikte kiracı olarak ikamet etmekte olduğu evin kapısını çalarak kapıya çıkan katılan mağdure ile kısa bir süre konuştuktan sonra ansızın (17 yaşında olan) katılan mağdureyi dudağının üzerinden öpmesi ve kazağını çıkartmaya çalışması, katılan mağdurenin bağırıp karşı koyması üzerine hareketlerini sonlandırması şeklinde gerçekleşen olayda, eylemin çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu gözetilmeden dosya kapsamına uygun düşmeyen, kanuni olmayan yetersiz gerekçe ile atılı suçtan yazılı şekilde beraatine karar verilmesi, **14.CD. 22/05/2013, 10419/6415**; Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanık Ali B.’nin eşini öldürme suçunun sübutu kabul, düzeltme nedeni saklı kalmak üzere oluşturma ve kovuşturma sonuçlarına uygun şekilde suç niteliği tayin, cezayı azaltıcı bir sebep bulunmadığı takdir kılınmış, savunmaları inandırıcı gerekçelerle değerlendirilip reddedilmiş, incelenen dosyaya göre verilen hükümde eleştiri ve düzeltme nedeni dışında isabetsizlik görülmediğinden, sanık müdafinin eksik incelemeye, sübuta, delillerin takdirinde hata edildiğine vesaireye yönelen ve yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle, maktûlün 06.07.1990 doğumlu olup, suç tarihinde 18 yaşından küçük olması nedeniyle, sanık hakkında eşini öldürme yanında çocuğu öldürme suçundan da hüküm kurulması gerektiğinin düşünülmemesi, yasaya aykırı...**1.CD. 17.05.2010, 2009/7972-2010/3572**; Oluşa uygun kabule göre sanığın, suç tarihinde 18 yaşı içinde bulunduğu ve TCK.nun 6/1.b maddesi uyarınca çocuk yaşta olduğu anlaşılan mağdureye yönelik gerçekleştirdiği eylemlerinin TCK.nun 103/1-b maddesine uyduğu ve lehe yasanın buna göre belirlenmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, **5.CD. 25.3.2010, 2006/3579-2010/2423**; ...mağdurenin “17 yaşında, evli ve hamile olduğunu söylemesi” üzerine eylemine kendiliğinden son vererek mağdureye ait evden uzaklaştığının anlaşılması karşısında, sanığın suç tarihinde henüz 18 yaşını doldurmayıp 5237 sayılı TCK.nın 6/b maddesine göre çocuk sayılan mağdureye karşı suçun icrai hareketlerinden kendiliğinden vazgeçtiğinin kabul edilmesi gerektiği, **5.CD. 9.2.2010, 2009/13575-2010/747**

⁶⁵ Tüm dosya içeriğine göre, olay tarihlerinde on sekiz yaşını tamamlamamakla birlikte resmi nikahlı evli olan mağdure, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 11/2. maddesine göre “Erginlik onsekiz yaşın doldurulmasıyla başlar. Evlenme kişiyi ergin kılar.” hükmü uyarınca reşit sayılmasına rağmen 5237 sayılı TCK’nın 6/1-b. maddesinde yer alan çocuk deyiminden “henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişinin” anlaşılması karşısında, sanığın eylemlerinin çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturacağı ve buna göre 28.06.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanunun 59. maddesi ile değişik 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 103/1. maddesinde öngörülen hapis cezasının miktarı itibarıyla davaya bakma ve delillerin tayini ile suç vasfını belirleme görevinin üst dereceli ağır ceza mahkemesine ait olacağı nazara alınarak 5235 sayılı Kanunun 12 ve 5271 sayılı CMK’nın 4. maddeleri gereğince görevsizlik kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden, yargılamaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması, **Y.14.CD., 25/04/2019; 2018/1930-2019/9356**

Bu nitelikli hal uygulanmadan, mutlaka kumar oynanması için yer ve imkân sağlanan çocuğa ait nüfus kaydı dosya arasına konmalıdır.⁶⁶

2. Suçun Bilişim Sistemlerinin Kullanılması Suretiyle İşlenmesi

Günümüzde bilişim sistemleri ile sesli-görüntülü haberleşme, elektronik imzanın kabulü, yeni ticari ilişkiler, internet bankacılığı hizmeti ile para transferleri ve bunlar gibi pek çok yenilik toplumsal hayata girmiş, bilişim gerek iş gerekse günlük hayatta vazgeçilemeyecek kadar önemli bir noktaya ulaşmış, bilişim teknolojileri daha hızlı ve ucuz bir nitelik arz etmesi nedeniyle, klasik yöntemlere nazaran daha fazla tercih edilir duruma gelmiştir.⁶⁷

Bilişim sistemlerinin hayatın her alanında yoğun olarak kullanılması nedeniyle, bu sistemlerin başkalarının müdahalesinden uzak bir şekilde işleyişinin ve sistemdeki bilgilerin (verilerin) güvenliğinin ceza hukuku vasıtasıyla korunması zorunluluk haline gelmiştir. Bu sebeple TCK'nın 243. maddesi ile 244. maddesinin 1. ve 2. fıkrasındaki bilişim sistemine girme ve sistemin işleyişine ve sistemdeki verilere zarar verme fiilleri suç haline getirilmiştir. Ancak TCK'nın bu bölümünde, bilişim sistemlerine karşı işlenen bu suçların yanı sıra, bilişim sistemleri aracılığıyla işlenen çeşitli fiiller de yaptırıma bağlanmıştır.⁶⁸

Suçun bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesi ve suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi nitelikli halleri 25.08.2017 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 15/8/2017 tarihli ve 694 sayılı KHK'nin 139 uncu maddesiyle, bu maddeye ikinci fıkradan sonra gelmek üzere (3), (4) numaralı fıkralar olarak eklenmiş ve diğer fıkralar buna göre teselsül ettirilmiş, daha sonra bu hükümler 08.03.2018 tarihinde yürürlüğe giren 7078 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 142. maddesiyle kanunlaşmıştır.

5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun m. 8'de erişimin engellenebileceği suçlar arasında kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçunun da sayılması nedeniyle, düzenlemenin kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçunun sanal ortamda işlenebildiğini gösterdiği, sanal ortamın da kanunun aradığı yer sağlama şartını sağladığı nazara alınarak

⁶⁶ Sanığın işlettiği kahvehanede kumar oynarken yakalanan Cihat. 'ın nüfus kaydı getirilmeden, sanık hakkında, çocukların kumar oynaması için yer ve imkân sağlamak suçunu düzenleyen TCK. nun 228/2. maddesi uyarınca cezasının bir kat artırılmasına karar verilmesi, **2.CD. 10.05.2010 -2009/13116- 2010/15484**; Sanığın kumar oynaması için yer ve imkân sağladığı iddia edilen çocuk S. K.'a ait onaylı nüfus kaydı örneği getirilmeden cezasının TCK'nun 228/2.maddesi uyarınca artırılması, **2.CD. 15.12.2008, 2008/13154-2008/21493**

⁶⁷ **Ceza Genel Kurulu 17/01/2017 tarih ve 2015/15-867; 2017/13**

⁶⁸ **Koca, Mahmut/ Üzülmaz, İlhan.TürkCezaHukukuÖzelHükümler, 5. BasıAdalet 2018, s.845**

nitelikli hal olarak düzenlenmeden önce de bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle kumar oynanması için yer ve imkân sağlandığında TCK m. 228/1'deki suçun oluştuğu kabul edilmektedir.⁶⁹

Bilişim;⁷⁰ “insanoğlunun teknik, ekonomik ve toplumsal alanlardaki iletişimde kullandığı ve bilimin dayanağı olan bilginin özellikle elektronik makineler aracılığıyla düzenli ve akla uygun bir biçimde işlenmesi bilimi, bilginin elektronik cihazlarda toplanması ve işlenmesi bilimi” olarak tanımlanmaktadır. Yerleşmiş yargısal kararlar ve öğretideki baskın görüşlere göre de, bilişim sisteminin, verileri toplanıp yerleştirdikten sonra otomatik işleme tabi tutma imkanı veren manyetik sistemler olduğu kabul edilmiştir.⁷¹

Bilişim sistemi, TCK'nın 243. maddesinin gerekçesinde, verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işlemlere tabi tutma olanağı veren manyetik sistemler olarak tanımlanmıştır. Bilişim suçları doktrinde de, bilgileri otomatik işleme tabi tutan veya verilerin nakline yarayan bir sistemde kanuna ve ahlaka aykırı veya yetki dışı gerçekleştirilen her türlü davranış biçiminde tanımlanmıştır.⁷²

Suçun bu nitelikli halinde, temel halindeki ceza üzerinden oransal bir artırımı öngörülmemiş, cezanın alt ve üst sınırını ayrıca belirleme yoluna gidilmiştir. Kanunda bu nitelikli hal suçun bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesi şeklinde ifade edilerek fiilin tarzı belirlenmiş, bir özelleştirme yapılmış ve böylece fiil somutlaştırılmış olup, yer ve imkân sağlamanın ancak bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi öngörüldüğünden bu somutlaştırma sonucunda suçun bu nitelikli hali bağlı hareketli suç özelliği göstermektedir.⁷³

3. Suçun Bir Örgütün Faaliyeti Çerçevesinde İşlenmesi

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma, bu örgütü yönetme veya örgüte üye olmaya TCK m. 220'de ayrı bir suç olarak yer verilmiş ve bu örgütün faaliyeti çerçevesinde ayrı bir suç işlenirse ayrıca bu suçtan da ceza verilmesi yoluna gidileceği düzenlenmiştir. TCK m. 228'deki suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde bu suçlara katkısı bulunanların hem TCK

⁶⁹ **Babayiğit, Beşir.** Kumar Oynamave Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkan Sağlama Fiilleri, TAAD, Yıl: 9, Sayı: 34, Nisan 2018, s. 309

⁷⁰ **Çalışkan, Suat/ Gürel, Ali.** Yasadışı Bahis ve Kumar Suçları, Aristo, İstanbul, Temmuz 2019, s.89; “Bilişim kavramı insanoğlunun teknik, ekonomik ve toplumsal alanlardaki iletişimde kullandığı ve bilimin dayanağı olan bilginin, özellikle elektronik makineler aracılığıyla, düzenli ve ussal biçimde işlenmesidir.”

⁷¹ **CGK 17/01/2017 günve 2015/15-867; 2017/13**

⁷² **Doğan, Koray.** Bilişim Suçları ve Yeni Türk Ceza Kanunu. Hukuk ve Adalet Dergisi, Yıl 2, Sayı 6-7, Ekim 2005, sh.294

⁷³ **Babayiğit, Beşir.** Kumar Oynama ve Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkan Sağlama Fiilleri, TAAD, Yıl: 9, Sayı: 34 (Nisan 2018), s.309

m. 220 hem de TCK m. 228. kapsamında sorumlulukları doğrultusunda cezalandırılması yoluna gidilir.⁷⁴

5237 sayılı TCK'nin 220. maddesinde düzenlenen "Suç işlemek için örgüt kurmak" suçunun işlendiğinin ve örgütün varlığının kabul edilebilmesi için;

- Üye sayısının en az üç kişi olması,
- Üyeler arasında soyut bir birleşme değil gevşek de olsa hiyerarşik bir ilişkinin bulunması,
- Suç işlenmesi bile suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşmenin olması,
- Niteliği itibarıyla devamlılık göstermesi gereklidir.⁷⁵
- Örgütün varlığı için ilk ve en temel koşul çok sayıda kişinin bir araya gelmesidir.⁷⁶

Örgüt, soyut bir birleşme değildir, bünyesinde hiyerarşik bir ilişki hâkimdir. Bu hiyerarşik ilişki, bazı örgüt yapılanmalarında gevşek bir nitelik taşıyabilir. Bu ilişki dolayısıyla örgüt, mensupları üzerinde hâkimiyet tesis eden bir güç kaynağı niteliğini kazanmaktadır.⁷⁷ Hiyerarşik yapılanma örgütün plan üretmesini sağlayan beyni, tepki vermesini sağlayan sinir sistemi hareket

⁷⁴ **Babayiğit, Beşir.** Kumar Oynama ve Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkan Sağlama Fiilleri, TAAD, Yıl: 9, Sayı: 34(Nisan 2018), s.311

⁷⁵ Sanığın kimlik bilgileri tespit edilemeyen şahıslarla işbirliği, eylemli paylaşım anlayışı ve disiplinli biçimde hareket ederek süreklilik gösterir şekilde suç işlemek amacıyla örgüt kurduğuna dair kesin kanıt bulunmadığı ve olay tarihinde göçmen kaçakçılığı için bir olaya mahsus sanık ve yakalanmayan şahısların bir araya gelmeleri eylemlerinin de suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunu oluşturmadığı ve bu suçtan açılmış bir davada bulunmadığı gözetilmeden, suçun örgütlü olarak işlendiğinden bahisle cezanın artırılmasına karar verilmesi, **8.CD. 28.3.2012, 2010/13801- 2012/10296**

⁷⁶ **Sarıtaş, Erkan.** Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, İstanbul 2018, s.213-214

⁷⁷ **Yenidünya, A.Caner/ İçer, Zafer.** Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:19, S:2, İstanbul, 2013, s.802; "...kişiler arasındaki akrabalıktan, iş yerindeki olağan çalışma pozisyonlarından kaynaklanan ilişkiler, örgüt suçundaki hiyerarşik yapılanma olarak görülmemelidir. Nitekim tatbikatta vakıf, dernek, şirket ve hatta kamu tüzel kişilerinin yöneticileri ile üyeleri yahut çalışanları arasındaki ilişkilerin örgütsel hiyerarşik yapıya benzetilerek, bu suç kapsamında mütalaa edildiği görülmektedir. Bu hususta, örneğin, bir belediye başkanının örgüt yöneticisi olduğu iddia edildiğinde, kamu hukuku tüzel kişisi olan belediyenin görev ve yetkileri kapsamında, belediyede çalışan kişilerle, belediye başkanı arasında kamu idaresinin işleyişinden kaynaklanan ast-üst ilişkisinin bulunmasının olağan olduğu, kamu hukukundan kaynaklanan bu özelliğin örgütün niteliklerinden hiyerarşik yapıyla bir ilgisinin bulunmadığı, örgütün bu tür yasal yapılanmaların dışında, kendisine özgü bir kuruluşunun, varlığının araştırılmasının gerektiği açıktır."

etmesini sağlayan omurgası olarak ifade edilebilir.⁷⁸ Bir kısım yazarlara göre, örgüt içerisinde hiyerarşik bir yapılanma mevcut olabilir. Ancak, örgütün oluşumu için mutlaka bir hiyerarşinin bulunması gerekmez. Örgütü oluşturanların tamamı eşit statü içerisinde bulunabilirler, örgüt içerisinde bir iş bölümü olup olmaması önem taşımaz⁷⁹. Üyeleri arasında hiçbir hiyerarşinin bulunmadığı, tüm üyelerin eşit statüde olduğu bir suç örgütünden bahsetmek mümkün değildir. Hiyerarşik yapılanmanın esas itibarıyla anlamı, örgütü oluşturan bireylerin yöneten ve yönetilen olarak ayrılması ve üyelerin farklı roller taşıması ve bu rollere bağlı hareket içerisinde bulunmalarıdır.⁸⁰

Örgütün varlığı için suç işlemek amacı etrafındaki fiilî birleşme yeterlidir. Örgüt, niteliği itibarıyla, devamlılık arzeder. Bu itibarla, kişilerin belli bir suçu işlemek için bir araya gelmesi hâlinde, örgüt değil, iştirak ilişkisi mevcuttur. Örgüt niteliği itibarıyla devamlılığı gerektirdiğinden, kişilerin belli bir suçu işlemek veya bir suç işlemek için bir araya gelmesi halinde, örgütten değil iştirak iradesinden söz edilebilecektir. Ancak, amaçlanan suçları işlemede kolaylık sağladığı için işlenmesi amaçlanan suçlar açısından hazırlık hareketi niteliğinde olan örgütün varlığı için, amaç suçları işleme zorunluluğu olmadığı da dikkate alındığında, devamlılığın belirlenmesi noktasında yalnız amaç suçların sürekli bir şekilde işlenmesi değil, öncelikli olarak amaç, suçları sürekli biçimde işleme kararlılığının mevcut olup olmadığının araştırılması zorunludur.⁸¹ Örgütsel amaçların zamanla değişmesi, genişlemesi ya da daralması mümkündür.⁸²

Bir suç örgütünün varlığı için; hiyerarşik yapılanmanın amaç suçları işlemede devamlılığını gösteren somut delillere, örneğin emir-komuta zincirini ortaya koyan temel yapılanma, buna ilişkin şüpheli sanık ve tanık beyanları ve/veya telefon, ortam dinleme kayıtları ile teknik araçlarla tespit edilen veriler gibi net bulgulara ulaşılmalıdır. Yalnız yasal düzenlemelerin tekrar ve yorumu

⁷⁸ Sarıtaş, Erkan. Suç işlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, İstanbul 2018, s.230

⁷⁹ Gündel, Ahmet. Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Seçkin Yayınevi, (2009), Cilt 4, sh. 4413

⁸⁰ Sarıtaş, Erkan. Suç işlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, İstanbul 2018, s.235

⁸¹ Örgüt soyut bir birleşme değildir, bünyesinde hiyerarşik bir ilişki hakimdir. Bu hiyerarşik ilişki, bazı örgüt yapılanmalarında gevşek bir nitelik taşıyabilir. Bu ilişki dolayısıyla örgüt, mensupları üzerinde hakimiyet tesis eden bir güç kaynağı niteliğini kazanmaktadır. Somut olayda; iletişimin dinlemesine ilişkin tutanaklar, sanık beyanları, soruşturma evrakları ve tüm dosya kapsamından; sanıklar arasında iştirak iradesinin ötesinde hiyerarşik bir birlikteliğin olduğunu gösterir nitelik ve yeterlilikte delil bulunmadığı anlaşıldığından atılı suçlardan beraatleri yerine, mahkûmiyetlerine karar verilmesi, **Y.11.CD. 14/02/2019, 2018/5168-2019/1501**

⁸² Sarıtaş, Erkan. Suç işlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, İstanbul 2018, s.264

ile suç örgütünün varlığı kabul edilemez.⁸³

Suç örgütlerindeki hiyerarşik yapının kaynağı, akrabalık bağları, yönetici-çalışan, astlık-üstlük, mahalle arkadaşlığı gibi ilişkiler olabilir. Suç örgütlerinin temelleri genellikle bu tür ilişkilere dayanmakta olup birbirlerini hiç tanımayan insanların rastgele bir araya gelip suç örgütü kurması yaşamsal deneyimlerle örtüşmeyen bir varsayımdır.⁸⁴

Örgütün kurucusundan üyesine kadar bütün mensuplarının, suçları işlemek için irade birliği şeklinde birleşmeleri gerekmektedir. Örgütün varlığını ve işlevini gerçekleştirmesi açısından zorunlu olan suç faaliyetlerinin yapılması için sürekli bir örgütsel bağ, bir anlaşma, bir birliktelik söz konusudur.⁸⁵

Amaç, örgütün gerçekleştirmek üzere kurulduğu hedeflere ulaşma niyetidir. Amaçsal hususiyet söz konusu değil ise örgütün varlığından bahsedilemez. Örgütsel amaç, başka kişi veya örgütlerin amaçlarından bağımsız bir amacı da ifade etmektedir. Birden fazla kişi, belirlenen amaçlara ulaşmak düşüncesi ile bir araya gelmekte, bu amaçlar örgütün tüm kademelerine hakim olmakta ve örgüt belirlenen bu amaçları gerçekleştirmek amacıyla hareket etmektedir.⁸⁶

Örgütten söz edebilmek için hangi suç yada suçları işlemek amacıyla kurulduğunun tespit edilmesi gerekir.⁸⁷ Amaçlanan fiil tiplerinin suç teşkil etmesi yeterli olup, cezalandırılabilir olup olmadıkları önemli olmadığı gibi, işlenmesi hedeflenen suç tiplerinin şikayete tabi olmasının da önemi bulunmamaktadır.⁸⁸ Bununla birlikte işlenmesi hedeflenen fiilleri hukuki anlamda tek fiil teşkil ettiği ve bunların yalnızca tek suç tipini oluşturduğu

⁸³ Bu açıklamalar ışığında; suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve yönetme suçundan hakkında mahkumiyet hükmü kurulan sanık Ferhat ... 'ın ve suç işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olmak suçundan haklarında hükümlülük kararı verilen sanıklar Sinan ..., Seyfi ... ve Erkan ...'ın, devamlılık içeren kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacı ile bir araya gelip aralarında sıkı veya gevşek hiyerarşik bir bağın bulunduğu, hiyerarşik yapılanmayı gösteren emir komuta zinciri ile altlık üstlük ilişkisinin varlığına ve adı geçen sanıkların faaliyetleri ile örgütün doğmasına veya üst pozisyonda kolektif faaliyeti kısmen veya tamamen düzenleyip koordine ederek örgütüne yarar sağlama maksadıyla eylemlerini gerçekleştirdiklerine ilişkin kesin, inandırıcı kanıtlar karar yerinde açıklanıp tartışılmadan, genel, soyut ve geçişli ifadelerle yer verilmek suretiyle sanıklar hakkında 220/1-2. maddeleri uyarınca yazılı şekilde hüküm kurulması, **Y.6.CD. 14/03/2019, 2018/3670-2019/1706**

⁸⁴ **Çakın, Özgür.** Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu(m.220), Ankara Üniversitesi 2015, Yüksek Lisans Tezi, s.59

⁸⁵ **Evik, Vesile Sonay.** Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:19, S:2, İstanbul, 2013, s 680

⁸⁶ **Sarıtaş, Erkan.** Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, İstanbul 2018, s.216-217

⁸⁷ **Yüksektepe, Mert Asker.** Örgüt Suçları, Aristo, İstanbul, 2018, s. 41

⁸⁸ **Sarıtaş, Erkan.** Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, İstanbul 2018, s.271-272

durumlarda suç örgütünün varlığından bahsedilmeyeceği ifade edilmektedir.⁸⁹ Hedeflenen fiillerin belirsiz sayıda olması gerekmektedir.

Faillerin sayısının örgüt kurmaya yeterli olduğu ve amaç suç yönünden elverişli üye, araç ve gerece sahip bulunduğu saptanmış olsa da, toplanan kanıtlar, özellikle teknik takip sonucu elde edilen bilgi ve belgeler, failler arasında gevşekte olsa hiyerarşik bir bağ bulunduğu veya suç işleme iradelerinde devamlılık bulunduğunu, yasal anlamda disipline edilmiş örgüt ve örgüt bireylerinin ayrımsal fonksiyonel sorumluluk ve aktiviteleri ile somut özel görev ve işlevlerinin olduğunu kabule elverişli değilse örgütünün varlığından bahsedilemez.^{90, 91} Suç

⁸⁹ **Sarıtaş, Erkan.** Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, İstanbul 2018, s.279

⁹⁰ **Akkaya, Çetin.** Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s.58

⁹¹ Sonuç olarak, sanıklar arasında hiyerarşik ilişki ve suç işleme iradelerinde devamlılık bulunmaması nedeniyle, TCK'nın 220. maddesinde tanımlanan "örgüt kurma" suçunun unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden, sanıklar hakkında bu suçlardan beraat yerine mahkûmiyet hükmü kurulması, **10.CD. 06/06/2013, 4768/5254**; Sanık Mahfuz'un hangi eylemlerinin suç örgütü kurduğu ve yönettiği, diğer sanıkların da yine hangi eylemlerinin örgüt üyeliği ve örgüt adına işlenmiş olarak kabul edildiği karar yerinde ve gerekçede, açık ve net bir şekilde anlatılıp gösterilmeden, sanıkların maktul Ersin'i öldürme ve sanık Mahfuz'un beraat etmesi nedeniyle aleyhe temyiz de bulunmadığından temyiz incelemesi dışında tutulan mağdurlar Nuri ve Şerafettin'e yönelik yağma iddiasından başka hiçbir somut fiile ilişkin inceleme ve araştırma yapılmadan, sadece sanık Mahfuz ve onun akrabaları ile iş yerlerinde çalışanların isimlerinin geçtiği, akıbetleri dahi belli olmayan, bir takım soruşturma ve kovuşturma evraklarının suretleri ile iletişim tespit tutanağı ve HTS raporlarının dosya içerisine getirilmesi suretiyle, eksik kovuşturma ve yetersiz gerekçe ile sanıkların örgüt kurma, yönetme, üye olma ve örgüt adına suç işleme eylemlerinin varlığı kabul edilerek yazılı şekilde cezalandırılmalarına karar verilmesi, **1.CD. 13/03/2013, 5764/2040**;

Sanıklar arasında iştirak iradesini aşarak, aralarında gevşekte olsa hiyerarşik yapılanma esas alınıp bu yapılanma çerçevesinde, iş bölümüne yönelik mensupların görevlerinin belirlenmesini takiben, uygun araç ve gereç temininden sonra, örgütün faaliyetleri kapsamında, süreklilik bağlamında, gerekli görüldüğü durumda amaca uygun önceden kararlaştırılmamış suçların, farklı yer veya zamanlarda/tarihlerde işlenmesine yönelik dosyada sanıklar aleyhine somut deliller bulunmadığından, suç işlemek amacıyla örgüt kurmak, suç işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olmak suçundan sanıkların beraatine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde mahkûmiyet kararı verilmesi, **15.CD' 30/05/2012, 9400/13019**;

Sanıklar hakkında işbirliği ve eylemli paylaşım anlayışı ile hiyerarşik düzende ve disiplinli biçimde hareket ederek süreklilik gösterir şekilde suç işlemek amacıyla örgüt kurulduğuna dair kesin kanıt bulunmadığı ve göçmen kaçakçılığı yapmak için bir olaya mahsus olmak üzere bir araya gelmenin çıkar amaçlı suç örgüt kabul edilemeyeceği gözetilmeden göçmen kaçakçılığına teşebbüs suçunun örgütlü olarak işlendiğinden bahisle cezaların artırılmasına karar verilmesi, **8.CD. 12/06/2013, 5814/17852**

Sanıklar hakkında uygulanan ve TCK'nın 79. maddesinde ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiş bulunan "örgüt" ten soyut bir birleşmenin kastedilmediği, sınıraşan örgütlü suçlara karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin 1. maddesi ve aynı sözleşmeye ek, Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokolün 1. maddesi ile TCK'nın 220. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, bir örgütün varlığından sözdebilmek için; en az üç kişinin, suç işlemek amacıyla hiyerarşik bir ilişki ve süreklilik içerisinde, elverişli araç

örgütü kavramının klişe, basmakalıp ve soyut cümlelerle belirlenip her eylemde uygulanması hukuki açıdan doğru bir uygulama olarak kabul edilemez.⁹²

Yargıtay uygulamasına göre; belirli bir amacı gerçekleştirmeye yönelmiş ve bu amaca uygun belirli bir büyüklüğe ulaşmış örgütlerin idaresini kolaylaştıran ve bu örgütleri ayakta tutup iş bölümü, süreklilik, disiplin gibi olguların sağlayıcısı olan hiyerarşik ilişkinin; suç örgütlerinin büyüklükleri ile işlemeyi amaçladıkları suçlara ve bu suçların niteliklerine, kurucu ve yöneticileri ile üyelerinin ait oldukları gelir grupları, eğitim düzeyleri ve mesleki durumları gibi hallerinden kaynaklanan niteliklerine ve sayılarına, bunların birbirleriyle olan örgütsel ilişki dışındaki hemşehrilik, akrabalık ve mesleki beraberlik gibi diğer ilişkilerinin biçim ve niteliklerine, faaliyetlerinin gizlilik içerisinde ve örtülü bir biçimde yürütülmesindeki zorunluluğa uygun olarak kurulup yürütüleceği ve örgüt adına suç işleyenler ve örgüte yardım edenler ile ilişkilerin de aynı esaslar üzerinde gerçekleştirileceği, bir suç örgütünün varlığı için hiyerarşik yapılanmanın amaç suçları işlemeye devamlılığını gösteren somut deliller, emir-komuta zincirini ortaya koyan temel yapılanma buna ilişkin şüpheli sanık ve tanık beyanları ve/veya telefon, ortam dinleme kanıtları ile teknik araçlarla tespit edilen verilere ve net bulgulara ulaşılması gerektiği, suç örgütü basit bir yapılanma olmadığından, birkaç kişinin telefon konuşmalarında lakap, üstü kapalı ve/veya yüz yüze konuşma ve buluşma konuşmalarının, örgüt şemaları, sadece iletişim tespit bilgileri, kimi ne kadar süre ve sıklıkla aradığı gibi tespitlerin tek başına hiyerarşik yapıyı ortaya koymayacağı, sadece yasal düzenlemeleri tekrar ve yorumu ile suç örgütünün varlığı kabul

ve gereklerle amaç suçları işlemek üzere bir araya gelmelerinin gerekmesi karşısında, aralarında hiyerarşik ilişkinin ve eylemlerinde süreklilik ögesinin varlığına dair yeterli delil bulunmayan ve dosya kapsamına göre yurtdışına çıkartılmak üzere bekletilen göçmen grubunu bir süreliğine barındırmak üzere bir araya gelen sanıklar hakkında, iştirak iradesine yanlış anlam verilerek; TCK'nın 79/1. maddesi uyarınca tayin olunan temel cezanın suçun örgütün faaliyeti çerçevesinde işlendiğinden bahisle artırılması suretiyle fazla ceza tayini, **9.CD. 19/03/2013, 8664/4135;**

2005 yılında katılan Metin Geter'i kaçırp fidye istemekten mahkum olan sanık Abdullatif Ölmez'in tahliye sonrasında diğer sanıklarla birlikte hareket edip "yattığı cezanın karşılıksız kalmayacağını" katılanlara iletip kişisel husumetini sebebiyle birlikte ortaya koyarak ve katılanlara ait ev ve işyerlerini kurşunlayarak para tahsil etmeye çalışmaları biçiminde sübuta eren eylemlerinde, suç örgütü bakımından mevcut olması gereken "belirsiz suçları işlemek kararlılığı" ve "süreklilik" gibi olgular açıkça belirlenemediği gibi, sadece katılanlara karşı belli bir suçu iştirak halinde işlemek biçiminde ortaya çıkan eylemleriyle TCK'nın 220. maddesinde yapılan düzenlemeyle korunmak istenen hukuki yararın da ihlal edilmediği, dolayısıyla; sanıklara yüklenen örgüt kurma, yönetme ve üye olma suçlarının unsurları itibarıyla oluşmadığı, eylemin bir bütün halinde yağmaya teşebbüs suçunu oluşturacağı, sanıkların hukuki durumunun buna göre takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden, iştirak ilişkisine yanlış anlam verilip suç vasfında yanlışla düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması, **9.CD. 21/02/2013, 19/2507**

⁹² **Yüksektepe, Mert Asker.** Örgüt Suçları, Aristo 2018, s. 38

edilemeyeceği, kavramın klişe, basmakalıp ve soyut cümlelerle belirlenip, her eylemde uygulanmasının hukuki olmayacağı, örgütün kurucusu, yöneticisi ve örgütün üyelerinin net, tartışmasız belirlenip, yapılanmanın içinde ne şekilde yer aldığı, soyut değil, somut şekilde saptanması gerektiği kabul edilmektedir.^{93, 94}

Bir araya gelme, belirsiz birtakım suçları işlemek amacına yönelik bulunmadığından, hukuka uygun şekilde kurulmuş olan veya hukuka uygun amaçlar çerçevesinde faaliyet gösteren kuruluşlar veya oluşumlar bünyesinde işlenmiş münferit suçları “suç örgütü” saymak mümkün değildir, sadece ilgili suçu işleyen kişi veya kişilerin münferit o suçla ilgili sorumluluğuna gidilmesi gerekir.⁹⁵

Yasal ve mevzuata bağlı bir ilişkinin sonucu olarak meydana gelen hiyerarşik yapılanmalar, ilgili mevzuatın dışında bir hiyerarşi oluşturmuyorsa suç işlemek için kurulmuş bir örgütün varlığından bahsedilemez.⁹⁶ Bu kişiler arasında

⁹³ ..., sanıkların savunmaları ve tüm dosya kapsamına göre; bir kısmı birbirleriyle akraba ve arkadaş olan, bir kısmı ile de arada ilişkisi bulunan sanıkların devamlılık gösterecek şekilde planlı bir ortaklık, işbölümü ve paylaşım anlayışı içerisinde bir araya geldiklerine, devamlılık içeren kanunun suç saydığı fiilleri işlemek (suç işleme programı altında) amacı ile bir araya gelip aralarında sıkı veya gevşek hiyerarşik bir bağın bulunduğu, hiyerarşik yapılanmayı gösteren emir komuta zinciri ile altlık üstlük ilişkisinin varlığına ve sanıkların faaliyetleri ile örgütün doğmasına veya üst pozisyonda kolektif faaliyeti kısmen veya tamamen düzenleyip koordine ettiklerine ilişkin kanıtların nelerden ibaret olduğu hususları gerekçeli olarak tartışılıp, buna ilişkin delillerin dosya kapsamına uygun, mantıksal ve hukuksal bağ kurulmak suretiyle neler olduğu denetime imkan verecek biçimde gerekçeleriyle açıklanmak suretiyle, karar yerinde ayrıntılı olarak gösterilmeden yazılı şekilde hükme varılması, **Y.5.CD. 05/04/2018, 2016/9917-2018/2613**

⁹⁴ Sanıkların savunmaları ve tüm dosya kapsamına göre; bir kısmı birbirleriyle akraba ve arkadaş olan, bir kısmı ile de arada iş ilişkisi bulunan sanıkların devamlılık gösterecek şekilde planlı bir ortaklık, işbölümü ve paylaşım anlayışı içerisinde bir araya geldiklerine, devamlılık içeren kanunun suç saydığı fiilleri işlemek (suç işleme programı altında) amacı ile bir araya gelip aralarında sıkı veya gevşek hiyerarşik bir bağın bulunduğu, hiyerarşik yapılanmayı gösteren emir komuta zinciri ile astlık üstlük ilişkisinin varlığına ve sanıkların faaliyetleri ile örgütün doğmasına veya üst pozisyonda kolektif faaliyeti kısmen veya tamamen düzenleyip koordine ettiklerine ilişkin kanıtların nelerden ibaret olduğu hususları gerekçeli olarak tartışılıp, buna ilişkin delillerin dosya kapsamına uygun, mantıksal ve hukuksal bağ kurulmak suretiyle neler olduğu denetime imkan verecek biçimde gerekçeleriyle açıklanmak suretiyle, karar yerinde ayrıntılı olarak gösterilmeden yazılı şekilde suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve üye olma suçlarından mahkumiyet kararları verilmesi, **Y.5.CD. 17/05/2018, 2015/2696-2018/3677**

⁹⁵ **Yenidünya, A.Caner/ İçer, Zafer. Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu**, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:19, S:2, İstanbul, 2013, s.802

⁹⁶ **Yurtlu, Fatih. Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma, Kurulmuş Örgüte Üye Olma veya Bu Örgüte Üye Olma**, Gazi Üniversitesi Ankara 2013 Yüksek Lisans Tezi, s.215; “*Suç örgütlerinde bulunması gereken hiyerarşik yapılanma bazı kamu kurum ve kuruluşlarında mevzuatları gereği zaten mevcuttur. Bu kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan ikiden fazla kimsenin*

mevzuatla belirlenenin dışında bir hiyerarşik yapılanma meydana gelmiş ise suç işlemek amacıyla örgütlenmeden bahsedilebilir, ancak yasal hiyerarşinin dışında bir ilişki biçiminin varlığı için somut dayanak noktalarının bulunması gereklidir.⁹⁷ Yargıtay da kurumsal hiyerarşi dışında bir yapı oluşturulduğunun tespit edilmesi halinde suçun oluşacağına işaret etmiştir.⁹⁸

Örgütün faaliyetleri çerçevesinde suç işlenmesi halinde, fail, örgütteki konumuna göre, üye veya yönetici sıfatıyla cezalandırılmasının yanında, ayrıca işlenen suçtan da cezalandırılacaktır. TCK'nın 220. maddesinin 5. fıkrasına göre, örgüt yöneticileri örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı fail olarak cezalandırılacaktır.⁹⁹

5237 sayılı TCK'nun ilk tasarısında itiyadî suçlu, suçu meslek edinen kişi, örgüt mensubu suçlu hakkında sadece güvenlik tedbiri uygulanmasına karar

birlikte ve sınırsız sayıda suç işlemek amacıyla bir araya gelmeleri durumunda bir suç örgütünden bahsedebilmek için; mevzuattan kaynaklanan hiyerarşik yapılanmanın dışında, yalnızca belirsiz sayıda suç işlemek amacıyla ihdas edilmiş ayrıca bir hiyerarşik yapılanmanın tespit edilmesi gerekir. Aksi halde bu faillerin cezai sorumlulukları genel iştirak kuralları çerçevesinde tespit edilmelidir."

⁹⁷ **Özgenç, İzzet.** Suç Örgütleri, 12. Bası, SeçkinYayınevi 2019, s.18-19

⁹⁸ Dosyada mevcut iletişim tespit ve fiziki takip tutanakları, suç yeri olan G... Tapu Müdürlüğünde işlem yaptıran vatandaş, emlakçı ve çalışanlarının hazırlık aşamasında verdikleri samimi ve tutarlı beyanlar ve sanıklar E... N... A... ve S.... G...r'ün samimi hazırlık beyanlarına göre tüm sanıkların tapuda işlem yaptıran iş sahiplerinden düzenli olarak para aldıkları, para vermeyen iş sahiplerinin işlerini yavaşlattıkları ya da yapmadıkları, kanunen yasaklanmış menfaati temin eyleminin alışkanlık haline aldığı, para almanın dosya içerisinde ya da zarfla gerçekleştiği, büyük meblağlardaki menfaatin işyeri dışında sağlandığı, bazen de bilgisayar, kombine bilet ya da oyun cihazı olarak temin edildiği, müdür, müdür yardımcısı ve kıdemli memurların daha çok para alabilecekleri işlere baktıkları ve bazı memurların ise düzenli para ödeyen emlakçılar haricinde sıradan iş sahiplerinin işlerine bakmadığı, işlem havaalelerinde de bu durumun gözetildiği, sanıkların para vermeyen iş sahiplerinin işlerini yapmama ya da yavaşlatma konusunda ortak tavır aldıkları, zaman zaman aldıkları menfaati paylaştıkları ya da iş sahiplerine diğer memurlara da para vermeleri yönünde telkinde bulundukları, tüm bu eylemler uzun bir zaman diliminde ve sistemli bir şekilde gerçekleştirildiği olayda menfaat temininin müdür ve müdür yardımcılarının havale işlemiyle başlaması, sanık müdürün bazı memurlara para alabilecekleri işler vermemesi, havale ettiği işleri kendi uhdesinde tuttuğu özel bir deftere kaydetmesi, yine bazı memurların iş sahibinden para almadan evrakları imzalamaması ve menfaatin kıdeme göre belirlenmesi ve hatta emekli olsa bile bazı memurların yasadışı şekilde çalıştırılması şeklinde dosyaya yansıyan olguların gösterdiği üzere kurumsal hiyerarşi dışında menfaat temini amacıyla tapu müdürü, müdür yardımcısı ve bir kısım memurların belirli bir işbölümü dahilinde kamu hizmetini kanunlara uygun şekilde görmek yerine suç işlemek için bir araya gelmiş hiyerarşik bir yapı oluşturdukları, bu hiyerarşik gevşek bile olsa örgütün varlığının kabul edileceği, bu bağlamda sanıklar müdür A...R...K.... ve başka birimde müdür yardımcısı olan S... G...r'in örgütte yönetici konumunda bulunduğu, diğer tüm sanıkların ise örgüt üyesi olduğunun anlaşıldığı olayda tüm sanıkların mahkumiyeti yerine dosya içeriğiyle uyuşmayan ve yasal olmayan gerekçelerle beraatlerine karar verilmesi, **Y.16.CD. 26/10/2016; 2015/2107-2016/5231**

⁹⁹ **Elmas, Birsen.** Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, 3. Baskı Adalet Yayınevi Ankara 2018, s.119

verilir hükmü mevcut iken Adalet Komisyonunda bu düzenlemenin bu kişiler hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması öngörülmüş ve bu düzenleme bu haliyle yasallaşmış olduğundan ve 5237 sayılı TCK'nun tanımlar başlıklı 6. maddesinin j. bendindeki düzenlemeye göre örgüt mensubu suçlu deyiminden; bir suç örgütünü kuran, yöneten, örgüte katılan veya örgüt adına diğerleriyle birlikte veya tek başına suç işleyen kişi anlaşılacağından gerek TCK'nun 314. maddesinde düzenlenen silâhlı örgüt kurmak, yönetmek, üye olmak suçlarından, gerekse TCK'nun 220. maddesinde düzenlenen örgüt kurmak, yönetmek veya üye olmak ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçtan mahkûmiyet hâlinde cezanın TCK'nun 58/9. maddesine göre mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirine hükmolunmasına karar verilmesi zorunlu olmaktadır. Bu halde de bu kişilerin cezalarının 5275 sayılı İnfaz Kanunu'nun 108. maddesine göre infaz edilmesi gerekmektedir. Bu hâlde de suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçtan dolayı mahkûmiyet hâlinde cezaevinde geçirilecek süreleri düzenleyen 5275 sayılı Yasanın 107/4. maddesinin uygulanma imkânı kalmamaktadır. Yani örgüt mensubu suçlu hakkında TCK'nun 58/9. maddesi uygulanacağından ve bu nedenle cezanın da 5275 sayılı yasanın 108. maddesine göre mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesi gerektiğinden anılan yasanın 107/4. maddesinin örgüt mensubu suçlular hakkında hiçbir şekilde uygulanması mümkün olmayacaktır.^{100, 101}

¹⁰⁰ **Akkaya, Çetin.** Cezaların infazı ve infaz hukuku, 6. Baskı, Adalet Yayınevi Ankara 2018, s436-437; **Akkaya, Çetin.** Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s.60

¹⁰¹ Suç işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olma ve uyuşturucu madde ticareti yapma suçlarından İstanbul (kapatılan) 9. Ağır Ceza Mahkemesinin (C.M.K. 250. madde ile görevli) 10/06/2009 tarihli ve 2009/585 değişik iş sayılı içtima Kararıyla 13 yıl 11 ay 15 gün hapis cezasına hükümlü ... hakkında, Nevşehir Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından düzenlenen 13/11/2011 tarihli müddetnameye karşı yapılan itirazın kabulüne ve hükümlünün suç işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olma suçundan 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 220/2. maddesi gereğince aldığı 10 ay hapis cezasına ilişkin ilam nedeniyle, indirim oram üçte bir olarak kabul etmek suretiyle yeniden müddetname düzenlenmesine dair Nevşehir Ağır Ceza Mahkemesinin 09/12/2011 tarihli ve 2011/1618 değişik iş sayılı Kararı ile ilgili olarak; Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 18/09/2007 tarihli ve 2007/1-214-181 sayılı Kararında belirtildiği üzere infaza ilişkin lehe oluşan hataların kazanılmış hakka konu olmayacağı gözetilerek yapılan incelemede; Dosya kapsamına göre, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 107/4. maddesinde yer alan "Suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçtan dolayı mahkûmiyet halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar otuzaltı yılını, müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar otuz yılını, süreli hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar cezalarının dörtte üçünü infaz kurumunda çektikleri takdirde, koşullu salıverilmeden yararlanabilirler.» şeklindeki düzenleme karşısında, hükümlü hakkında suç işlemek amacıyla kurulan örgüte

TCK'nun 58. maddesinin dokuzuncu fıkrası uyarınca mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması itiyadi suçlu, suç meslek edinen kişi ya da örgüt mensubu suçlu olmanın zorunlu sonucu olarak uygulanan infaza ilişkin bir düzenleme niteliğinde olduğundan ilk hükümde TCK'nun 58. maddesinin dokuzuncu fıkrasının uygulanmaması ve aleyhe temyiz/istinaf bulunmaması hâlinde, bu husus aleyhe değiştirmeme ilkesi kapsamında değerlendirilemeyecek ve kazanılmış hakka konu edilemeyecektir.^{102, 103} Bu nedenle hükümde

üye olma suçundan 5237 sayılı Kanunun 220/2. maddesi uyarınca verilen mahkûmiyet hükmünün infazının 5275 sayılı Kanunun 107/4. maddesi gereğince yapılması gerektiği gözetilmeden, itirazın reddi yerine, yazılı şekilde kabulüne karar verilmesinde isabet görülmediğindensayılı Kararının 5271 sayılı CMK'nun 309. maddesi uyarınca KANUN YARARINA BOZULMASINA, **Y.1.CD. 06/02/2018, 2017/1686-2018/325**

¹⁰² R..Giyim Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin, E.... ilçesinde bulunan inşaatında yapı yüksekliğinin beş metreden sekiz metreye çıkarılması talebiyle plan tadilatı için müracaat etmesi üzerine, sanık G..Ç..'ın belediye başkan vekili olan inceleme dışı sanık S..K..'la birlikte, talep doğrultusunda planda tadilat yapılması hususunda belediye meclisinde karar çıkarılması için daha önce E.... Belediyesinde görevli iken suç tarihinde adı geçen firmada mimar olarak çalışan inceleme dışı sanık O.. Y. aracılığıyla, inceleme dışı sanık F.. K..'yla 100.000 Amerikan Doları rüşvet karşılığında anlaşmaları, sanık G..Ç..'ın suç işlemek amacıyla kurduğu ve yönettiği örgütün hiyerarşisi ve işbölümü içinde, belediye meclis üyesi olan inceleme dışı sanıklar C.. D., M.. K., A.. P., A..S., A..r E., Y. T., E. T., H. T., K. Y., M. Ç., R. K., A..A., H..G., S. K.ve M..U..un imar planında değişiklik yapılması yönünde oy kullanmalarını sağlamak suretiyle belediye meclisinde imar planının istenildiği gibi değiştirilmesi yönünde karar alarak, rüşvete konu olan parayı inceleme dışı sanık S.. K. ile birlikte alıp, adı geçen sanıklarla paylaşımları karşısında; sanık G..Ç..'ın **rüşvet alma suçunu örgüt faaliyeti kapsamında işlemesi nedeniyle, hakkında kazanılmış hak konusu olmayan TCK'nun 58. maddesinin dokuzuncu fıkrası uyarınca mükerrirlere özgü infaz rejimi ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanmalıdır.. Ceza Genel Kurulu 02/05/2017 tarih ve 2016/5-1042; 2017/255**

¹⁰³ ..TCK'nın 58/9. maddesi infaz rejimi ile ilgili olup kazanılmış hak oluşturmayaacağından örgüt faaliyeti çerçevesinde mahkûmiyetlerine karar verilen Lalı, Valentina (ve Erkan hakkında anılan maddenin infaz aşamasında gözetilmesi olanaklı görülmele yapılan incelemede; a-Sanıklar Zina, Zekeriya ve Sabıgat haklarında suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan kurulan hükümler yönünden; olay tutanakları, iletişimin tespiti tutanakları, sanıkların savunmaları ve dosya kapsamındaki tüm bilgi ve belgelere göre; sanıkların eyleminin "suç işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olma" suçunu oluşturduğu gözetilmeden "suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve yönetme" suçundan mahkûmiyet hükmü kurulması, **Y.8.CD. 18/12/2018, 2017/13373-2018/14590** ; 5237 sayılı TCK'nın 58/9. maddesi bir ceza değil, cezaya bağlı olarak uygulanacak infaz rejimi ile ilgili olup uygulanmaması, kazanılmış hak oluşturmayaacağı da gözetilerek; örgüt kurucusu ve yöneticisi olmaktan mahkûm olan sanıklar hakkında anılan maddenin uygulanması gerektiğinin düşünülmemesi, **Y.8.CD. 19/10/2017, 2017/19771-2017/11615** ; ...TCK'nın 58/9. maddesi bir ceza değil, cezaya bağlı olarak uygulanacak infaz rejimi ile ilgili bir kurum olup, bu konunun gerek Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, gerekse Dairemizin yerleşik uygulamaları karşısında kazanılmış hak oluşturmayaacağı gözetilerek kurulan hükümlerde anılan maddenin, ayrıca Anayasa Mahkemesinin 24.11.2015 tarih ve 29542 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 08.10.2015 tarih, 2014/140 E, 2015/85 K. sayılı iptal kararının TCK'nın 53. maddesinin uygulanması yönünden infaz aşamasında gözetilmesi mümkün görülmüştür. **Y.16.CD. 18/05/2017, 2015/1334-2017/4120**

uygulanmamış ise anılan maddenin uygulanması konusunda her zaman bir karar verilmesinin mümkündür.¹⁰⁴

Örgüte yardım eden kişinin örgüt üyesi olarak kabul edilemeyeceği, yine örgüte yardım eden kişinin TCK'nın 6. maddesinin birinci fıkrasının (j) bendinde belirtilen örgüt mensubu suçlular arasında sayılmadığı, örgüte yardım etme kastıyla, örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen ve 3713 sayılı Kanun kapsamı dışında kalan suçlar yönünden sanığın tehlikelilik hâlinin de örgüt mensubu suçlu olup olmadığına göre belirlenmesinin gerekeceği hususu ile birlikte değerlendirildiğinde; örgüt mensubu suçlu olmayan fail hakkında TCK'nın 58. maddesinin dokuzuncu fıkrasının uygulanma imkânının bulunmadığının kabulü gerekmektedir.^{105, 106}

¹⁰⁴ 5237 sayılı Kanun'un 58/9. maddesinin, örgüt mensubu suçlu hakkında mükerirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına hükmedileceği hükmünü içerdiği, anılan hükmün örgüt mensubu olma suçundan mahkumiyetin kanuni sonucu olarak uygulanan infaza ilişkin bir düzenleme olduğu ve kazanılmış hakla konu edilemeyeceği gözetildiğinde suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan mahkum olan sanık hakkında anılan maddenin uygulanması konusunda her zaman bir karar verilmesinin mümkün olduğu anlaşıldığından itirazın kabulüne karar verilmesi gerekirken yanlış gerekçe ile itirazın reddine karar verilmesi, Yasaya aykırı ve Adalet Bakanlığı'nın kanun yararına bozma istemine dayalı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın ihbarname içeriği bu itibarla yerinde görüldüğünden B.. 13.Ağır Ceza Mahkemesinin 02.06.2016 gün ve 2016/418 Değişik iş sayılı kararının CMK.nun 309.maddesi uyarınca kanun yararına BOZULMASINA, **Y.8.CD. 01/06/2017, 2016/12316-2017/6408**

¹⁰⁵ Sanığın suç işlemek amacıyla kurulmuş olan silahlı örgütün liderini, kendi alacaklarının tahsili hususunda azmettirmesi sonucunda örgüt lideri ve üyeleri olan inceleme dışı diğer sanıklarca katılan M.T.'den 1300 TL tahsil edilerek örgüte yardım sağlandığı, mağdur S..Ö.'in de aynı amaçla sanığa olan borcunu ödemesi için tehdit edildiği olayda, suç işlemek amacıyla kurulmuş olan silahlı örgütün liderini, kendi alacaklarının tehdit yoluyla tahsili hususunda azmettiren, bu suretle örgüte maddi yardım sağlayan ve suç tarihlerinde sabıkası bulunmayan sanığın Yerel Mahkemece örgüt mensubu suçlu olarak kabulüyle suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen tehdit suçlarına azmettirmeden ve suç işlemek amacıyla kurulmuş olan silahlı örgüte yardım etme suçundan kurulan mahkûmiyet hükümleri yönünden TCK'nın 58. maddesinin dokuzuncu fıkrası uyarınca hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezasının infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına karar verilmiş ise de; örgüte yardım etme suçunun yalnızca temel cezanın belirlenmesi yönünden örgüt üyeliği suçuna atfı yapıp örgüte üye olma suçundan ayrı ve bağımsız bir suç tipi olarak düzenlendiği, örgüte yardım eden kişinin örgüt üyesi olarak kabul edilemeyeceği, yine örgüte yardım eden kişinin TCK'nın 6. maddesinin birinci fıkrasının (j) bendinde belirtilen örgüt mensubu suçlular arasında sayılmadığı, örgüte yardım etme kastıyla, örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen ve 3713 sayılı Kanun kapsamı dışında kalan suçlar yönünden sanığın tehlikelilik hâlinin de örgüt mensubu suçlu olup olmadığına göre belirlenmesinin gerekeceği hususu ile birlikte değerlendirildiğinde; örgüt mensubu suçlu olmayan sanık hakkında örgüte yardım etme ve azmettirdiği tehdit suçları yönünden TCK'nın 58. maddesinin dokuzuncu fıkrasının uygulanma imkânının bulunmadığının kabulü gerekmektedir. **Ceza Genel Kurulu 01/11/2018 tarih ve 2016/6-1177; 2018/495**

¹⁰⁶ Sanıklar hakkında, suç işlemek amacıyla kurulan örgüte yardım etmek suçundan kurulan mahkumiyet hükümlerinin incelemesine gelince; Koşulları oluşmadığı halde sanıklar hakkında 5237 sayılı TCK'nın 58/9. maddesi ile uygulama yapılarak yazılı şekilde hüküm kurulması, **Y.6.CD. 06/02/2019, 2018/1417-2019/582**;Adı geçen sanığın, suç örgütü

VI. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

1. Teşebbüs

Bu suç sırf hareket suçudur, kumar oynanması için yer ve imkan sağlamakla suç oluşur. Ancak suçu oluşturan hareketler, kısımlara bölünebildiği ölçüde anılan suça teşebbüs mümkündür.¹⁰⁷ Kumar suçunun teorik olarak teşebbüse elverişli olduğu kabul edilmelidir.¹⁰⁸ Suçun oluşması için hem yer hem de imkân sağlama şeklindeki davranışların bir arada bulunması gerektiğinden yer ve imkân sağlama kastıyla hareket eden failin, yer sağladıktan sonra imkân sağlayamadan yakalanması halinde söz konusu suça teşebbüsten cezai sorumluluğu doğacaktır.¹⁰⁹ Yargıtay da bu suça ilişkin hareketlerin, örneğin kumara davetin yapılıp, kumar oynamaya geçilmediği aşamada, eylemin teşebbüs aşamasında kaldığını, oyun oynanmaya başladıktan sonra eylemin tamamlandığını kabul etmektedir.^{110, 111}

kurucusu, yöneticisi ve üyesi olmadığı, örgüt adına diğerleriyle birlikte veya tek başına suç işleyen kişi konumunda bulunmadığı, somut olayda suç örgütüne bilerek ve isteyerek yardım eden kişi konumunda olduğu ve bu nedenle hakkında 5237 sayılı TCK'nın 58/9. maddesi uyarınca uygulanma yapılmasının olanaklı bulunmadığı değerlendirilmiştir. **Y.6.CD. 28/02/2018, 2018/905-2018/1539**

¹⁰⁷ **Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa.** Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara, (2014), C.IV, s.6850; **Arslan/Azizağaoğlu,** Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, (2004), sh. 950; **Karşı görüş: Hafizoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem,** TürkCezaKanunuÖzelHükümlerToplumaKarşıSuçlar US-A Yayıncılık, 3. Baskı Ankara 2017, s.363; *“niteliğinin gereği bu suça teşebbüs olmaz. Kumar araçvegereçlerisiparişetmek, satın almak, nakletmek, ev, yerkiralamak, kumara davetetmek..vs.., hazırlık hareketleridir.”*

¹⁰⁸ Çalışkan, Suat/ Gürel, Ali.Yasadışı Bahis ve Kumar Suçları, Aristo, İstanbul, Temmuz 2019, s.482

¹⁰⁹ **Karakehya, Hakan.**Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkan Sağlama Suçu, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:19, S:2, Özel Sayı, İstanbul 2013, s.710

¹¹⁰ Sanığın olay tarihinde elinde tombala malzemeleri olduğu halde “tombala, tombala” diye bağırdığı ve kumar oynatacak kişi aradığı sırada devriye görevi yapan polis ekibinin sanığı görmesi üzerine elindeki tombala malzemelerine el koyup sanığı yakaladıklarının anlaşılması karşısında; sanığın eyleminin kumar oynanması için imkan sağlama suçuna **teşebbüs aşamasında** kaldığı ve sanığın teşebbüs hükümleri gereğince cezalandırılması gerektiği gözetilmeden, sanık hakkında yazılı şekilde beraat kararı verilmesi, **14.CD. 23.11.2012-2012/5534- 2012/11843;** Sanığın tombala oynattığı sırada kolluk görevlilerince yakalandığı, tombala oynattığı kişilerin kaçtığı, tombala takımı ve bir adet malrboro marka sigaranın sanıktan alınıp muhafaza altına alındığının anlaşılması karşısında sanığa atılı kumar oynanması için yer ve imkan sağlama suçunun tamamlandığı gözetilmeden eylemin teşebbüs aşamasında kaldığından bahisle sanık hakkında TCK.nun 35.maddesinin uygulanması karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır. **2. CD. 16/01/2013-2011/22123-2013/393**

¹¹¹ Dosya kapsamına göre; sanıkların *“bul kararı al parayı”* adlı kumar oyununu oynatmak amacıyla hastane yolu üzerinde toplandıkları ve oyunu oynatmadan polis tarafından yakalandıkları şeklinde gerçekleşen olayda, sanıkların eylemlerinin teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, **Y.8.CD. 17/05/2018; 2017/20360-2018/5552** ; SUÇ: Kumar oynanması için yer ve imkan sağlama

Dosya kapsamına göre; sanığın *“bul kararı al parayı”* adlı kumar oyununu oynatmak amacıyla cadde üzerindeki köprü altına gittiği ve oyunu oynatmadan polis tarafından yakalandığı

2. İştirak

Bu suça iştirakın her türlü mümkündür, iştirak konusunda maddede ayrıksı bir düzenlemeye yer verilmediğinden genel hükümlere göre, her türlü iştirak söz konusu olabilir. Yargıtay uygulamasında gözcülük yapmak sureti ile müşnet suçlara iştirak ettiği anlaşılan failin eyleminin, asıl failin eylemine yardım etmek şeklinde gerçekleşmiş olması nedeniyle hakkında TCK'nın 39/2-c maddesinin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir.¹¹²

Kumar oynanması için yer ve imkan sağlayan kimse, aynı zamanda kumar da oynar ise, uygulama nasıl yapılacaktır? Burada yer ve imkan sağlama ile kumar oynamak farklı eylemlerle olur, bu nedenle Kabahatler Kanunu'nun 15/3. maddesi uygulanmaz. Ayrıca ortada birden fazla suç olmadığından TCK'nın 44. maddesi de uygulanmaz. Bu nedenle bu durumda faile, hem TCK'nın 228/1-2, hem de 5326 sayılı Yasanın 34. maddesi uyarınca ceza verilmelidir.¹¹³

3. İçtima ve Kimi Suçlardan Ayrımı

Fail aynı suç işleme kararını yerine getirmek için, farklı zamanlarda birden fazla defa, kumar oynanması için yer ve imkan sağlar ise, zincirleme suç hükümleri uygulanır.^{114, 115}

şeklinde gerçekleşen olayda, eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, **Y.8.CD. 17/05/2018; 2017/7443-2018/5551**

¹¹² SUÇLAR: 1072 Sayılı Kanuna Aykırılık, Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkan Sağlama Gözcülük yapmak sureti ile müşnet suçlara iştirak ettiği anlaşılan sanığın eyleminin, temyize gelmeyen diğer sanığın eylemine yardım etmek şeklinde gerçekleşmiş olması karşısında, sanık hakkında TCK'nın 39/2-c maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi, **Y.19. CD. 02/10/2018; 2018/1599-2018/9727**; Gözcülük yapmak sureti ile müşnet suçlara iştirak ettiği anlaşılan sanığın eyleminin, temyize gelmeyen diğer sanıkların eylemine yardım etmek şeklinde gerçekleşmiş olması karşısında, sanık hakkında TCK'nın 39/2-c maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi, **Y.19.CD. 18/09/2018; 2016/15172-2018/9048**

¹¹³ **Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa.** Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara, (2014), C.IV, s.6850; **Malkoç,** Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu 2.Cilt, (2007), sh. 1616

¹¹⁴ Hükümlünün işlettiği kahvehanede 19.06.2016 ve 22.06.2016 tarihlerinde kumar oynamak için yer ve imkan sağladığının sabit olduğu ve eylem tarihleri arasında hukuki kesinti olmadığı, eylemin tek suç kabul edilerek TCK.nun 43/1. maddesi gereğince bir suç işleme kararının icrası kapsamında aynı suçun birden fazla işlenmesi nedeniyle cezada artırım yapılması gerektiği düşünülmeyen, her bir eylemden ötürü ayrı ayrı cezalandırılmasına karar verilmesi, **Y.8.CD. 11/04/2019; 2019/2179-2019/5288**; Hükümlünün işlettiği kahvehanede 19.06.2016 ve 22.06.2016 tarihlerinde kumar oynamak için yer ve imkan sağladığının sabit olduğu ve eylem tarihleri arasında hukuki kesinti olmadığı, eylemin tek suç kabul edilerek TCK.nun 43/1. maddesi gereğince bir suç işleme kararının icrası kapsamında aynı suçun birden fazla işlenmesi nedeniyle cezada artırım yapılması gerektiği düşünülmeyen, her bir eylemden ötürü ayrı ayrı cezalandırılmasına karar verilmesi, **Y.8.CD. 10/01/2019; 2018/5307-2019/423**

¹¹⁵ 1- Sanığın işlettiği kahvehanede kumar oynandığına dair olay tutanağı bulunmadığı gibi olayın tek görgü tanığı olan Murat Şahin'in, Cumhuriyet Savcılığının adam öldürme olayı ile ilgili yaptığı bir soruşturma sırasında, maktül Metin Şahin'i olaydan iki ay önce farklı tarihlerde sanığa ait kahvehanede kumar oynarken gördüğünü ve kendisinin de zaman

Fail, aynı eylemi ile birden fazla kimseye kumar oynaması için yer ve imkan sağlar ise, eylemi tek suç olur, zincirleme suç hükümleri uygulanmaz.¹¹⁶ Aynı anda birden fazla kişiye kumar oynamak için yer ve imkân sağladığında ise ortada tek fiilin varlığı söz konusu olacağından fail yalnızca tek fiilden sorumlu olacaktır.¹¹⁷

Bir görüşe göre; fail, farklı alanlarda ve farklı kimselere kumar oynaması için yer ve imkan sağlar ise bu durumda gerçek içtima hükümleri uygulanır, faile ne kadar yer temin etmiş ise o kadar ceza verilir. Örneğin failin 3 değişik yerde mekanları bulunmakta ve kumar oynanması için buralarda yer ve imkan sağlamakta ise, ne kadar yer varsa o kadar ceza verilir.¹¹⁸ Yargıtay uygulamasında 1072 sayılı Kanun'un 2. maddesinde ve 5237 sayılı TCK'nin 228/1. maddesinde tanımlanan suçların mağdurunun toplum olması nedeniyle zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği kabul edilmektedir.¹¹⁹

zaman orada kumar oynadığını beyan etmekle beraber, sanığın atılı suçlamayı kabul etmediği ve tanığın beyanının kişisel oluşunu savunması ve tanık Murat'ın da kendisinin ve maktul Metin'in hangi tarihlerde ve kimlerle kumar oynadıkları konusunda net bir bilgiye sahip olmaması karşısında mevcut delil durumu itibarıyla sanığın atılı suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi,

2- Kabule göre de;

a- Sanık hakkında alt sınırdan uzaklaşarak temel ceza tayin edilirken gerekçe gösterilmemesi suretiyle 5237 sayılı TCK'nun 61. maddesine aykırı davranılması,

b- Kısa aralıklarla aynı suçu birden fazla işleyen sanık hakkında 43/1. maddesinin uygulanması gerektiği gözetilmeden iki ayrı suç olarak kabul edilip yazılı şekilde hüküm kurulması, **2. CD. 05.04.2012-2010/17390-2012/8791**

¹¹⁶ 1-) Sanıklar hakkında TCK'nun 43. maddesinde düzenlenen zincirleme suç hükümlerinin uygulanma koşullarının bulunmadığı gözetilmeden, yazılı şekilde uygulama yapılarak fazla ceza tayini,

2-) Ele geçirilen herhangi bir para bulunmaması ve kazancın ne kadar olduğunun belirli olmaması karşısında, suçtan elde edilen kazancın TCK'nun 55. maddesi uyarınca zor alımına karar verilmesi, **Y.8.CD. 08/10/2018; 2018/4595-2018/10454**

¹¹⁷ **Karakehya, Hakan.** Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkan Sağlama Suçu, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:19, S:2, Özel Sayı, İstanbul 2013, s.711

¹¹⁸ **Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa.** Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara, (2014), C.IV, s.6851

¹¹⁹ a) Sanık T... B...'in 1072 sayılı Kanun kapsamında bulunan tombala makinasının maliki, zilyedi ya da işleteni olduğuna dair dosya içerisinde delil bulunmadığı, sanığın olay yerinde bulunuş amacı ve faaliyetlerinin kumar oynanması için yer ve imkan sağlama suçuna ilişkin olduğunun anlaşılması karşısında, 1072 sayılı Kanuna muhalefet suçu bakımından sanığın beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi,

b) 1072 sayılı Kanun'un 2. maddesinde ve 5237 sayılı TCK'nin 228/1. maddesinde tanımlanan suçların mağdurunun toplum olması, UYAP ortamında yapılan araştırmada, benzer eylemler nedeniyle sanık İ... E... hakkında, Antalya 8. Asliye Ceza Mahkemesinin 2015/630 Esas sayılı ve Antalya 12. Asliye Ceza Mahkemesinin 2015/797 Esas, 2016/217 Karar sayılı dosyalarının da mevcut bulunduğu anlaşılması karşısında,

Anılan dosyalar incelenerek, suç ve iddianame tarihleri dikkate alınıp, hukuki kesintinin

5271 sayılı CMK'nun 175. maddesinde iddianamenin kabulü kurumuna yer verilmesi nedeniyle kamu davasının açılmasının iddianamenin kabulü koşuluna bağlandığı görülmektedir. Diğer bir anlatımla kovuşturmanın başlaması için düzenlenen iddianamenin mahkeme tarafından kabul edilmesi şarttır. Bu nedenle 01.06.2005 tarihinden sonra düzenlenen iddianamelerin hukuki kesinti oluşturabilmesi için mahkemece kabul edilmiş olması gerekir. Buna göre mahkeme tarafından kabul edilen iddianamenin düzenlendiği tarihten itibaren hukuki kesinti oluşacak, sonra devam eden eylemler başka bir ceza davasının konusunu oluşturacaktır. Başka bir anlatımla sanık hakkında mahkemece kabul edilmek şartıyla iddianame düzenlendikten sonra, sanık tarafından aynı suçun tekrar işlenmesi durumunda hukuki kesinti nedeniyle yeni ve ayrı bir suç söz konusu olacak, mahkeme tarafından iddianame iade edildiği aşamada ise aynı suç işleme kararıyla ve aynı mağdura karşı yeniden suç işlemesi durumunda hukuki kesinti gerçekleşmediğinden sanık hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir.^{120, 121}

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun özel dairelerce de benimsenen 21.05.2013 gün ve 2012/13-1543 Esas, 2013/257 Karar sayılı ilamında da belirtildiği üzere “..5237 sayılı TCK'nın 43/1. maddesinde yer alan “Bir suç işleme kararının

iddianamenin düzenlenmesiyle gerçekleşeceği gözetilmek suretiyle, sanıkların bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda aynı mağdura karşı aynı suçu birden fazla işleyip işlemediğinin ve haklarında TCK'nın 43/1. maddesinin uygulanması ve kesinleşmiş cezanın mahsubu gerekip gerekmediğinin tartışılması zorunluluğu, **Y.19.CD. 10/06/2019; 2017/6021-2019/9305**; Kumar oynanması için yer ve imkan sağlama suçu nedeniyle sanık hakkında;

Ankara 36. Asliye Ceza Mahkemesinin 2014/901 Esas, 2015/367 sayılı kararı ile verilip arşivde olduğu anlaşılan Yargıtay 8. Ceza Dairesinin Dairemizin 2017/17342 Esasında kayıtlı olan dava dosyasının da mevcut bulunduğu anlaşılmaması ve atılı suçun mağdurunun toplum olması karşısında; anılan dosyaların getirtilip incelenerek mümkün olması halinde birleştirilerek, suç ve iddianame tarihleri dikkate alınıp hukuki kesintinin iddianamenin düzenlenmesiyle gerçekleşeceği gözetilmek suretiyle, sanığın bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda aynı mağdura karşı aynı suçu birden fazla işleyip işlemediğinin ve hakkında TCK 3, 61. maddeleri kapsamında temel ceza belirlenerek TCK'nın 43/1. maddesinin uygulanması gerekip gerekmediğinin tartışılması zorunluluğu, **Y.19.CD. 13/02/2018; 2016/5016-2018/1339**

¹²⁰ Aynı mağdura ait işyerinden 10.05.2009 ve 24.05.2009 tarihlerinde hırsızlık yapan sanık hakkında ilk olayla ilgili 13.05.2009 tarihinde iddianame düzenlendiği, bu iddianamenin de 26.05.2009 tarihinde mahkemece kabulüne karar verildiği olayda; 13.05.2009 tarihli iddianamenin mahkeme tarafından kabul edilmesi nedeniyle bu iddianamenin düzenlenme tarihi itibarıyla hukuki kesinti olduğundan 24.05.2009 tarihinde gerçekleştirilen ikinci eylemin ayrı bir suç olarak değerlendirilerek iki ayrı hırsızlık suçundan hüküm kurulmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

Bu itibarla hukuki kesinti nedeniyle zincirleme suç hükmünün uygulanma şartları bulunmadığını kabul eden yerel mahkemenin direnme hükmü isabetli olup onanmasını karar verilmelidir. **Ceza Genel Kurulu 17/03/2015** gün ve 2014/2-37; 2015/47

¹²¹ **Artuç, Mustafa.** Malvarlığına Karşı Suçlar, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s.48-49

icrası kapsamında değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir” şeklindeki düzenleme nazara alındığında, zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için aynı suçun değişik zamanlarda birden fazla işlenmesi, işlenen suçların mağdurlarının aynı kişi olması, bu suçların aynı suç işleme kararı altında işlenmesi gerekmektedir. Buna göre zincirleme suçta işlenen suçlar esasen müstakil varlıklarını sürdürmekle birlikte sanığın yararına olacak şekilde her bir suçtan ayrı ayrı ceza tayini yerine bu suçların sonuç ceza miktarı itibarıyla en ağırından belirlenecek cezada eylemlerin zincirleme şekilde gerçekleşmesi nedeniyle 43. maddede belirtilen oranlar dahilinde arttırım yapılmaktadır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri aynı suç sayılır. Burada sanığın işlediği suçlardan bir kısmı suçun basit, bir kısmı da nitelikli hali ise ve nitelikli hal daha fazla ceza verilmesini gerektiren bir nitelikli hal ise ceza bunun üzerinden belirlenmeli, ancak nitelikli hal suçun basit şekline göre daha az ceza verilmesini gerektiren bir nitelikli hal ise ceza suçun basit şekli üzerinden belirlenmelidir. Yine suçlardan birisinin tamamlanıp, diğerinin teşebbüs aşamasında kalması durumunda şayet suçlar aynı nitelikte ise tamamlanmış suçtan hüküm kurulmalıdır. Tamamlanmış olan eylem suçun basit halini, teşebbüs aşamasında kalmış eylem ise suçun nitelikli halini oluşturuyorsa, bu durumda her bir suç için o suçun işlendiği tarihte yürürlükte bulunan kanun maddesindeki cezaların tatbiki suretiyle ayrı ayrı uygulama yapılarak sonucuna göre hangi suç daha ağır cezayı gerektiriyor ise o suç üzerinden zincirleme suç hükümleri uygulanmalıdır. Bununla birlikte zincirleme suç hükümleri uygulanarak verilecek ceza, miktar itibarıyla teselsül oluşturulan her bir suç için müstakil olarak belirlenen cezaların en ağırından az ve cezaların toplamlarından ise fazla olmamalıdır”¹²²

¹²² **Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Dairemizce de benimsenen 21.05.2013 gün ve 2012/13-1543 Esas, 2013/257 Karar** sayılı ilamında da belirtildiği üzere “.....şeklindeki tespitler göz önüne alınarak, sanık hakkında silahla tehdit suçundan temel ceza belirlendikten sonra 5237 sayılı 43. madde uyarınca arttırım yapılırken alt hadden ayrılma nedeni belirtildikten ve anılan Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararındaki kriterlere göre ayrı ayrı cezalar saptandıktan sonra karşılaştırma yapılarak hüküm kurulması yerine 43. madde uyarınca belirlenen arttırım miktarının teselsüle esas alınan ve aynı Kanunun 106/1-1. cümlesinde düzenlenen basit tehdit suçu için öngörülen cezayı geçecek şekilde belirlenmesi suretiyle fazla ceza tayini, **14.CD., 18/01/2018; 25/53; Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 21/05/2013 tarih, 2012/13-1543 Esas ve 2013/257 Karar** sayılı kararında, suçlardan birinin tamamlanmış diğerinin teşebbüs aşamasında kalması durumunda, şayet suçlar aynı nitelikte ise, örneğin ikisi de suçun basit şekli ise tamamlanmış suçtan hüküm kurulması, tamamlanmış olan eylem suçun basit halini, teşebbüs aşamasında kalmış eylem ise suçun nitelikli halini oluşturuyorsa, bu durumda her bir suç için ayrı ayrı uygulama yapılarak sonucuna göre hangi suç daha ağır cezayı gerektiriyor ise o suç üzerinden zincirleme suç hükümlerinin uygulanması, sonuçta zincirleme suç nedeniyle ceza belirlenirken suçun en ağır cezayı gerektiren hali üzerinden uygulama yapılması gerektiğinden sanığın eylemlerinin TCK’nın 43/1. maddesi

“Zincirleme suç dâhil olan suçlardan biri hakkında beraat kararı verilmiş ya da zamaşaımı, genel af, şikâyetten vazgeçme gibi ceza ilişkisini ortadan kaldıran bir sebebe dayalı olarak hüküm kurulmuşsa artık o suç bakımından zincirleme suç ilişkisi kalkacağından henüz sonuca bağlanmayan suçla ilgili kesinleşen hükme konu fiil gözetilmeksizin bağımsız hüküm kurulmalıdır. Zincirleme suç dâhil olan bir suçtan bu durum gözetilmeksizin mahkûmiyet kararı verilmiş ve bu karar kesinleşmiş ise, zincirleme suç konu ikinci suçla ilgili olarak mahkemece; kesinleşen hükme konu eylem de göz önüne alınarak zincirleme suç hükümlerinin uygulanması suretiyle hüküm kurulmalı, kesinleşen hükümdeki ceza sonuç cezadan indirilmeli, böylece yargılaması devam eden suçla ilişkin ceza belirlenmelidir. Nitekim Ceza Genel Kurulunun 20.04.1999 gün ve 61-74 sayılı kararında bu şekilde yapılan uygulamanın isabetli olduğu belirtildiği gibi, Yargıtay Ceza Dairelerinin süre gelen uygulamalarının aynı şekilde olduğu anlaşılmaktadır. “¹²³ Özel Dairelerce de Ceza Genel Kurulu’nun

kapsamında kaldığı, ilk eylem sebebiyle verilen cezanın kesinleşmiş olduğu inceleme konusu teşebbüs aşamasında kalan ikinci eylemin TCK’nın 43. maddesi gereğince artırım etkisi yapması gerekir nitelikte kaldığı anlaşıldığından inceleme konusu kesinleşen eylem sebebiyle kesinleşen ceza üzerinden TCK’nın 43/1. maddesi ile yapılacak artırım miktarı kadar cezaya hükmedilmesi ile yetinilmesi gerekirken müstakil bir suç kabul edilerek yazılı şekilde mahkûmiyet hükmü kurulması, **17.CD., 15/02/2018; 639/1801**; Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 21/05/2013 tarih ve 2012/13-1543 E. ve 2013/257 K. sayılı kararında, suçlardan birinin tamamlanmış diğerinin teşebbüs aşamasında kalması durumunda, şayet suçlar aynı nitelikte ise, örneğin ikisi de suçun basit şekli ise tamamlanmış suçtan hüküm kurulması, tamamlanmış olan eylem suçun basit halini, teşebbüs aşamasında kalmış eylem ise suçun nitelikli halini oluşturuyorsa, bu durumda her bir suç için ayrı ayrı uygulama yapılarak sonucuna göre hangi suç daha ağır cezayı gerektiriyor ise o suç üzerinden zincirleme suç hükümlerinin uygulanması, sonuçta zincirleme suç nedeniyle ceza belirlenen suçun en ağır cezayı gerektiren hali üzerinden uygulama yapılması ve ayrıca zincirleme suç hükümleri uygulanarak verilecek ceza, teselsülü oluşturan her bir suçun müstakil olarak belirlenen cezalarından az, toplamlarından ise fazla olmaması gerektiğinin belirtilmesi karşısında, somut olayda kabule göre sanığın gündüzleyin demiryolundan söktüğü malzemeleri çalması şeklinde gerçekleştirdiği eylemin 5237 sayılı TCK’nın 142/1-a maddesinde; sanığın aynı tarihte gece vakti aynı yerden demiryolu parçası çalarken yakalanmaları şeklinde gerçekleşen ve teşebbüs aşamasında kalan eyleminin ise 5237 sayılı TCK’nın 142/1-a, 143 ve 35. maddelerinde düzenlenen suçu oluşturduğu nazara alınarak; yukarıda açıklanan şekilde aynı tarihte gündüz ve geceleyin işlenen suçlardan dolayı ayrı ayrı uygulama yapılarak sonucuna göre daha ağır cezayı gerektiren suç üzerinden zincirleme suç hükümlerinin uygulanması ve zincirleme suç hükümleri uygulanarak verilecek cezanın da teselsülü oluşturan her bir suçun müstakil olarak belirlenen cezalarından az, toplamlarından ise fazla olmaması gerektiği gözetilerek hüküm kurulması gerekirken Yargıtay denetimine elverişli olmayacak şekilde yazılı şekilde hüküm kurulması, **2.CD., 13/03/2017; 30048/2840**

¹²³ Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Sanığın aynı gün Van ve Erzincan şehirlerinde gerçekleştirdiği uyuşturucu madde ticareti suçlarında, bir suç işleme kararı altında her iki suçu işlemesi ve mağdurun toplumu oluşturan herkesin olması nedeniyle suçların zincirleme suç kapsamında kaldığı konusunda uyuşmazlık bulunmayan olayda; Van’daki suçtan dolayı sanığın Van 1. Ağır

uygulaması benimsenmiştir.^{124, 125}

1072 sayılı Yasanın 1. maddesi uyarınca herkesin girebildiği yerlerde her ne ad altında olursa olsun kazanç amacıyla oynanmasa dahi rulet, tilt, langırt vb. baht ve talihe bağlı ve maharet isteyen otomatik, yarı otomatik el veya ayakla kullanılan oyun, alet veya makinelerin benzerlerini bulundurmamak veya çalıştırmak veya yurda sokmak veya imal etmek yasaktır. Aynı yasanın 2. maddesine göre, 1. maddede yasaklanan suça konu şeylerin, bulundurulması, çalıştırılması veya yurda sokulması ya da imali suçun hareket unsurudur. Burada bir anlamda, taşıma bile suç sayılmıştır. Bu aletlerle kumar oynatmak da bu suçun hareket unsuru içindedir. Bu suçun TCK'nın 228. maddesinde düzenlenen kumar oynatmak suçundan en önemli farkı, bir makine vasıtası

Ceza Mahkemesince yargılamasının yapılarak zincirleme suç hükümleri uygulanmadan 10 yıl hapis ve 25.000 Lira adli para cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin hükmün Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin onama ilamıyla kesinleştiği, Erzincan'da gerçekleşen suçun yargılaması sonucunda Erzincan Ağır Ceza Mahkemesinin, ele geçirilen toplam uyuşturucu miktarını da gözetip TCK'nun 188. maddesinin 3 ve 4. fıkraları uyarınca belirlediği 21 yıl hapis ve 4.500 gün adli para cezasını, zincirleme suç hükümleri uyarınca aynı kanunun 43/1. maddesi gereğince ¼ oranında artırarak ulaştığı 26 yıl 3 ay hapis ve 5625 gün adli para cezasından Van 1. Ağır Ceza Mahkemesince TCK'nun 62. maddesi uygulamadan önce belirlenen cezayı indirmek suretiyle sanığın cezalandırılmasına karar vermesinde; TCK'nun 43. maddesinin uygulanmasıyla ulaşılan cezadan Van 1. Ağır Ceza Mahkemesinin kesinleşen sonuç cezası olan 10 yıl hapis ve 25.000 Lira adli para cezası yerine TCK'nun 62. maddesi uygulanmadan önceki 12 yıl hapis ve 1500 gün adli para cezasını indirmesi nedeniyle eksik ceza tayini dışında bir isabetsizliğin bulunmadığı, aleyhe temyiz olmaması nedeniyle anılan hususun eleştiri konusu yapılarak hükmün özel dairece onanmasının yerinde olduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla, yerel mahkeme hükmünün eleştirilerek onanmasına dair Özel Daire kararı isabetli olup, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir. Ceza Genel Kurulu 15/03/2016 gün ve 2014/10-847; 2016/128

¹²⁴ a) Sanık T... B... 'ın 1072 sayılı Kanun kapsamında bulunan tombala makinasının maliki, zilyedi ya da işleteni olduğuna dair dosya içerisinde delil bulunmadığı, sanığın olay yerinde bulunuş amacı ve faaliyetlerinin kumar oynanması için yer ve imkan sağlama suçuna ilişkin olduğunun anlaşılması karşısında, 1072 sayılı Kanuna muhalefet suçu bakımından sanığın beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi,

b) 1072 sayılı Kanun'un 2. maddesinde ve 5237 sayılı TCK'nın 228/1. maddesinde tanımlanan suçların mağdurunun toplum olması, UYAP ortamında yapılan araştırmada, benzer eylemler nedeniyle sanık İ... E... hakkında, Antalya 8. Asliye Ceza Mahkemesinin 2015/630 Esas sayılı ve Antalya 12. Asliye Ceza Mahkemesinin 2015/797 Esas, 2016/217 Karar sayılı dosyalarının da mevcut bulunduğuunun anlaşılması karşısında,

Anılan dosyalar incelenerek, suç ve iddianame tarihleri dikkate alınıp, hukuki kesintinin iddianamenin düzenlenmesiyle gerçekleşeceği gözetilmek suretiyle, sanıkların bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda aynı mağdura karşı aynı suçu birden fazla işleyip işlemediğinin ve haklarında TCK'nın 43/1. maddesinin uygulanması ve kesinleşmiş cezanın mahsubu gerekip gerekmediğinin tartışılması zorunluluğu, **Y.19.CD. 10/06/2019; 2017/6021-2019/9305**

¹²⁵ **15.CD., 16/01/2018; 2821/395; 8.CD., 22/06/2017; 10629/8097; 19.CD., 26/10/2016; 11413/21843**

ile oynanması ve kazanç sağlamak amacıyla oynanıp oynanmamasının öneminin bulunmamasıdır. Kazanç amacıyla oynatılmasa bile- ki aslında aletleri bulundurmak bile suçtur-bu suç oluşabilecektir. Yargıtay kararlarına göre ele geçirilen aletin oyun aleti olup olmadığının yani, 1072 sayılı Yasa kapsamında bulunup bulunmadığı emniyet kumar masası uzmanı ve makine mühendislerinden oluşan bilirkişi heyetine incelettirme yapılarak, baht talihe bağlı oyun aleti olup olmadığı saptanmalıdır. O halde, kumar oynanması için yer ve imkan sağlama suçunun bir aletle oynanması söz konusu ise¹²⁶ mahkeme de, aleti uzman bilirkişiye göndererek, aletin 1072 sayılı Yasa kapsamında kalıp kalmadığı ve/veya bu makinede kazanmanın şans ve talihe bağlı olup olmadığı araştırılarak, sonucuna göre hüküm kurulacaktır. Dikkat edilmelidir ki, kağıt oyunları ve tombala 1072 sayılı Yasa kapsamına girmemektedir.^{127, 128} Kumar oynanmasına imkan sağlama fiilini işleyen failin aynı zamanda 1072 sayılı Yasaya muhalefet suçunu da işlediği hallerde Yargıtay her iki suçtan ayrı ayrı hüküm kurulması gerektiği kanaatindedir.¹²⁹ Yargıtay uygulamasında TCK'nın

¹²⁶ Hükümden sonra 08.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5728 sayılı Kanunun 578.maddesi ile 1072 sayılı Kanunda düzenlenen suçlarla ilgili davalara Sulh Ceza Mahkemesince bakılacağına dair bu Kanunun 4. maddesinin yürürlükten kaldırılması karşısında; sanığın sigaramatik olarak tabir edilen makine ile kumar oynatmaktan ibaret eyleminin uyduğu kabul edilen 1072 sayılı Kanunun 2. Maddesinde öngörülen cezanın tür ve süresine göre, bu suçla ilgili davaya bakmanın ve delilleri değerlendirmenin Asliye Ceza Mahkemesinin görevi dahilinde olduğundan göresizlik kararı verilmesinde zorunluluk bulunması, **2.CD. 26.1.2009, 2008/14696-2009/1101**

1072 sayılı yasanın 1.maddesinde “Türk Ceza Kanununun 567’nci maddesinin kapsamı dışında kalsa bile umuma mahsus veya umuma açık yerlerde her ne ad altında olursa olsun kazanç kasdıyla oynanmasa dahi rulet, tilt, langirt ve benzeri baht ve talihe bağlı veya maharet isteyen, otomatik, yarı otomatik el veya ayakla kullanılan oyun alet veya makinaları ile benzerlerini bulundurmak veya çalıştırmak veya yurda sokmak yahut imal etmenin yasak olduğu” düzenlenmiş olup, sanığın işyerinde ele geçen aletin şans ve talihe bağlı jetonla çalışan ve 1072 sayılı Yasa kapsamındaki sigara makinesi olduğuna dair bilirkişi raporu karşısında, 1072 sayılı Yasanın 2’nci maddesindeki suçun oluştuğu gözetilmeden, kumar oynatmak suçunun kast unsurunun bulunmadığından bahisle yerinde görülme gerekeyle yazılı şekilde beraate hükmolunması, **2.CD. 25.02.2009, 2006/6143-2009/2331**

¹²⁷ **Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa.** Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara, (2014), C.IV, s.6851-6852

¹²⁸ 1072 sayılı Yasanın 1.maddesinde “TCKnun 228’nci maddesinin kapsamı dışında kalsa bile umuma mahsus veya umuma açık yerlerde her ne ad altında olursa olsun kazanç kasdıyla oynanmasa dahi rulet, tilt, langirt ve benzeri baht ve talihe bağlı veya maharet isteyen, otomatik, yarı otomatik el veya ayakla kullanılan oyun alet veya makinaları ile benzerlerini bulundurmak veya çalıştırmak veya yurda sokmak yahut imal etmenin yasak olduğu” düzenlenmiş olup, sanığın işyerinde ele geçen 16 adet tombala kartı, muhtelif sayıdaki numarator ve fişlerin, 1072 sayılı Yasa kapsamında sayılan alet ve makinalardan olmadığı gözetilmeden, yazılı şekilde aynı Yasanın 2.maddesi ile mahkumiyet kararı verilmesi, **2.CD. 28.2.2012, 2010/11619-2012/4570**

¹²⁹ Çalışkan, Suat/ Gürel, Ali. Yasadışı Bahis ve Kumar Suçları, Aristo, İstanbul, Temmuz 2019, s.542

228/1. maddesinde yer alan suç ile 1072 sayılı Kanun'un 2. maddesinde yer alan suçun koruduğu hukuki yararın farklı olması nedeni ile failin her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılması gerektiği kabul edilmektedir.¹³⁰ Failin 1072 sayılı Kanun kapsamında bulunan makinanın maliki, zilyedi ya da işleteni olduğuna dair dosya içerisinde delil bulunmadığı, olay yerinde bulunuş amacı ve faaliyetlerinin kumar oynanması için yer ve imkan sağlama suçuna ilişkin olduğunun anlaşılması halinde, 1072 sayılı Kanuna muhalefet suçu bakımından beraatine karar verilmesi gerekir.¹³¹ Bu halde sadece kumar oynanması için yer ve imkan sağlama suçu oluşacaktır.¹³²

Yöneticisi olduğu dernekte kumar oynanmasına izin veren failin eylemi; 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 30/1-a maddesi delaleti ile aynı Kanun'un 32/1-o maddesinde düzenlenen suç oluşturur.¹³³

Yukarıda kumar kavramına ilişkin açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere kazancın şansa bağlı olmadığı; bilakis güce, yeteneğe, vb. diğer öğelere bağlı olduğu oyun ve bahisler kumar kapsamında değerlendirilemeyeceği için bunları düzenleyenler de TCK'nın 228. maddesine göre cezalandırılmaz. Ancak kanun koyucu bazen bu tür faaliyetleri düzenlemeyi veya bu tür oyunlar oynamaya imkân sağlamayı, özel düzenlemelerle ayrıca cezai yaptırıma tabi

¹³⁰ TCK'nın 228/1. maddesinde yer alan suç ile 1072 sayılı Kanun'un 2. maddesinde yer alan suçun koruduğu hukuki yararın farklı olmasına karşın, sanık hakkında TCK'nın 44. maddesi gerekçe gösterilerek sadece en ağır cezayı gerektiren 1072 sayılı Kanun'un 2. maddesi uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi, **Y.19.CD. 27/05/2019; 2019/602-2019/9009**; TCK'nın 228/1. maddesinde yer alan suç ile 1072 sayılı Kanun'un 2. maddesinde yer alan suçun koruduğu hukuki yararın farklı olması nedeni ile **sanığın her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılması gerekir**ken, sanık hakkında Kumar Oynanması için Yer ve İmkan Sağlama suçu bakımından Ceza Verilmesine Yer Olmadığına karar verilmesi, **Y.19.CD. 13/02/2018; 2016/5016-2018/1339**

¹³¹ Sanık T... B... 'ın 1072 sayılı Kanun kapsamında bulunan tombala makinasının maliki, zilyedi ya da işleteni olduğuna dair dosya içerisinde delil bulunmadığı, sanığın olay yerinde bulunuş amacı ve faaliyetlerinin kumar oynanması için yer ve imkan sağlama suçuna ilişkin olduğunun anlaşılması karşısında, 1072 sayılı Kanuna muhalefet suçu bakımından sanığın beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi, **Y.19.CD. 10/06/2019; 2017/6021-2019/9305**

¹³² Sanığın 1072 sayılı Kanun kapsamında bulunan tombala makinasının maliki, zilyedi ya da işleteni olduğuna dair dosya içerisinde delil bulunmadığı, sanığın olay yerinde bulunuş amacı ve faaliyetlerinin kumar oynanması için yer ve imkan sağlama suçuna ilişkin olduğunun anlaşılması karşısında, 1072 sayılı Kanuna muhalefet suçu bakımından sanığın beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi, **Y.19.CD. 27/05/2019; 2016/2583-2019/9020**

¹³³ Dosya kapsamına göre, sanığın yönetici olduğu dernekte kumar oynanmasına izin vermekten ibaret eyleminin; 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 30/1-a maddesi delaleti ile aynı Kanun'un 32/1-o maddesi uyarınca cezalandırılması yerine, iddianame anlatımı ve oluşa uygun olmayacak şekilde anılan Kanun'un 32/1-p maddesi uyarınca cezalandırılmasına ve derneğin feshine karar verilmesi suretiyle CMK'nun 226/1. maddesine aykırı davranılması, **Y.19.CD. 23/10/2018; 2018/3405-2018/10730**

kılabilir. Kazananın yeteneğe ve güce göre belirlendiği spor müsabakaları üzerine bahis oynatmak, yukarıda da bahsettiğimiz 7258 s. Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 5/1.maddesinde yaptırıma bağlanmıştır.¹³⁴ 7258 sayılı kanun m. 5'te düzenlenen suçun kanuni tanımında yer alan bahis ve şans oyunları, kazanç amacıyla oynanması ve kazanç ve kaybın talihe bağlı olması sebebiyle ceza hukuku anlamında kumar niteliğini haizdir. Ancak kanun koyucu belirlediği ceza siyaseti düşünceleriyle TCK m. 228 genel hükmü ile yetinmemiş ve bu hususlarda özel bir düzenleme yapma yoluna gitmiştir.^{135, 136} Hem genel norm olan TCK m. 228'in bütün unsurlarını hem de bu unsurlara ilave olarak özel unsurları içermesi sebebiyle 7258 sayılı kanunun 5. maddesinin 1. fıkrasının a ve b bentleri TCK m. 228 açısından özel normdur. Bu nedenle de spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli ve müşterek bahis veya şans oyunlarını oynatanlar ya da oynanmasına yer veya imkân sağlayanlar ile yurt dışında oynatılan spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarının internet yoluyla ve sair suretle erişim sağlayarak Türkiye'den oynanmasına imkân sağlayanların TCK m. 228'den değil, 7258 sayılı kanun m. 5 hükmünce cezalandırılması yoluna gidilmesi gerekir.¹³⁷

¹³⁴ **Karakehya, Hakan.** Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkan Sağlama Suçu, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:19, S:2, Özel Sayı, İstanbul 2013, s.707

¹³⁵ Babayiğit, Beşir. Kumar Oynama ve Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkan Sağlama Fiilleri, TAAD, Yıl: 9, Sayı: 34(Nisan 2018), s.303

¹³⁶ Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için; failin bir kimseyi, kandırabilecek nitelikte hileli davranışlarla hataya düşürüp, onun veya başkasının zararına, kendisine veya başkasına yarar sağlaması gerekmektedir. Hile nitelikli bir yalandır. Fail tarafından yapılan hileli davranış belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergileniş açısından mağdurun inceleme olanağını ortadan kaldıracak nitelikte bir takım hareketler olmalıdır. Kullanılan hileli davranışlarla mağdur yanılgıya düşürülmeli ve bu yanıltma sonucu yalanlara inanan mağdur tarafından sanık veya bir başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır. Hilenin kandırıcı nitelikte olup olmadığı olaysal olarak değerlendirilmeli, olayın özelliği, fiille olan ilişkisi, mağdurun durumu, kullanılmışsa gizlenen veya değiştirilen belgenin nitelikleri ayrı ayrı nazara alınmalıdır. Bu hukuksal olgular ışığında **somut olayın değerlendirilmesi gerekirse**, sanığın, IP adresi Türkiye dışında olduğu tespit edilen süperbahis.com sitesinde kumar oynanması için gerekli olan hesapları açtırması dışında bu bankalardan herhangi bir menfaat temin etmemesi ve suça konu bankaların zararına yol açacak herhangi bir eyleminin söz konusu olmaması, öte yandan bahis oynayan kişilerin, kendi istekleriyle siteye üye olup, oyunu kazananların paralarının ödenmesi karşısında, sanığın eyleminin dolandırıcılık suçu kapsamında kalmayıp, 7258 sayılı Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen suçu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılgıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması, **Y.15.CD. 09/05/2016; 2015/14796-2016/4523**

¹³⁷ **Babayiğit, Beşir.** Kumar Oynama ve Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkan Sağlama Fiilleri, TAAD, Yıl: 9, Sayı: 34, Nisan 2018, s.303; "7258 sayılı kanunun 5. maddesinin 1. fıkrasının a ve b bentleri, TCK m. 228 hükmü açısından özel norm teşkil etmektedir. Nitekim iki düzenleme arasında özel-genel norm ilişkisi bulunmaktadır. Belirtmek gerekir ki, 7258 sayılı

Bir kısım oyunlar da, yapılışındaki hile nedeniyle, oynayanın daima kaybedeceği oyunlardır, burada talihe bağlılık söz konusu olmadığından kumar değildir, ancak fail hareketi ile karşı tarafı aldattığından, TCK'nın 157. maddesi anlamında dolandırıcılık suçu oluşur.¹³⁸ “Bul karoyu, al parayı”,¹³⁹ “alt üst loto”¹⁴⁰, “üç kağıt”,¹⁴¹ “şık şık”,¹⁴² “papel” oyunlarında, el çabukluğu

kanun m. 5/1-b hükmünde her ne kadar “*imkân sağlayan*” ifadesi kullanılıp yer sağlamaktan bahsedilmese de imkân sağlamak “*yer ve imkân sağlamak*” ifadesinden daha geniş bir anlamı içermektedir. Bu sebeple, hem genel norm olan TCK m. 228'in bütün unsurlarını hem de bu unsurlara ilave olarak özel unsurları içermesi sebebiyle 7258 sayılı kanunun 5. maddesinin 1. fıkrasının a ve b bentleri TCK m. 228 açısından özel normdur. Dolayısıyla spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli ve müşterek bahis veya şans oyunlarını oynatanlar ya da oynanmasına yer veya imkân sağlayanlar ile yurt dışında oynatılan spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarının internet yoluyla ve sair suretle erişim sağlayarak Türkiye'den oynanmasına imkân sağlayanların TCK m. 228'den değil, 7258 sayılı kanun m. 5 hükmünce cezalandırılması yoluna gidilir.”

¹³⁸ **Erem**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, Cilt:3, (1993), sh. 2633

¹³⁹ Sanık Şükrü'nün temyiz kapsamı dışındaki diğer sanık Yaşar ile birlikte Karaköy köprüsü üzerinde, “Bul karayı - al parayı” tabir edilen oyunu oynattıkları, müştekinin merak ederek oyunu oynamak istediği, sanıkların bunun üzerine müştekiden para istedikleri ve müştekinin verdiği 180 TL'yi kağıtların üzerine koyup oyunu oynattığı ve kaybettiğini söyleyip 180 TL'yi aldıkları, akabinde müştekinin 2100 dolar verdiği ve bu parayı da kağıtların üzerine koyup kaybetti diyerek aldıkları olayda; bul karayı al parayı denilen hile yöntemi ile gerçekleştirilen eylemin 5237 sayılı TCK 157.maddesinde düzenlenen ve hükümden sonra 02.12.2016 tarih ve 29906 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe giren 6763 sayılı Kanunun 34. maddesi ile değişik 5271 sayılı CMK'nın 253. ve 254. madde fıkraları gereğince uzlaştırma kapsamına alınan basit dolandırıcılık suçunu oluşturacağı gözardı edilerek vasıfta hataya düşülmek sureti ile hırsızlık suçundan hüküm kurulması, **Y.15.CD. 06/06/2018; 2015/6683-2018/4309**; Olay günü dolaşmakta olan mağdurun yanına gelen sanıkların, “bul karayı al parayı” tabir edilen oyun ve çevresinde oyundan kazanıyor rolü yapan elemanlarının yardımıyla söz konusu oyunun gerçekten kazanılabileceğine yönelik sergiledikleri hileli davranışlarla mağduru kandırdıktan sonra, oynatanın istemediği takdirde oyuncunun kazanma ihtimali bulunmayan üç kağıt oyununu mağdura oynatıp, sonrasında kaybettiğinden bahisle katılanın 150 TL parasını alarak haksız menfaat temin ettiklerinin iddia edildiği olayda, sanıkların üzerilerine atılı dolandırıcılık suçunu işlediklerine dair mahkemenin mahkumiyet yönünde kabulünde isabetsizlik görülmemiştir. **Y.15.CD. 29/09/2016; 2016/1506-2016/7268**

¹⁴⁰ Sanıkların müştekiyi çağırarak hileli davranışlarla **alt üst loto** oyunu oynatıp kandırarak 40 TL'sini aldıklarının iddia edildiği somut olayda; Sanığın eyleminin TCK'nın 157/1.maddesinde düzenlenen dolandırıcılık suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde kumar oynanması için yer ve imkan sağlama suçundan hüküm kurulması, **Y.15.CD. 22/01/2014; 2012/7301-2014/947**

¹⁴¹ Ayrıntıları Ceza Genel Kurulunun 19.3.1973, 1/237 sayılı kararında açıklandığı üzere halk arasında (üç kağıt) tabir edilen oyunu oynatan sanığın eyleminin dolandırıcılık suçunu oluşturacağı gözetilmeden suçun nitelendirilmesinde hataya düşülerek kumar oynatmak suçundan yazılı şekilde hüküm kurulması, **11.CD. 23.2.2006, 6135/1244 s.k.)**

¹⁴² Şık, şık tabir edilen ve borularla oynandığı belirtilen oyunun kumar niteliğinde olup, olmadığı, hile ve aldatma içerip içermediği, dolandırıcılık suçunun unsurlarını taşıyıp taşımadığı araştırılmadan, TCK'nın 567. maddesinin 1. fıkrası ile hüküm kurulması, **(Y. 2. CD.**

ve karşısındaki dikkatinin dağınıklığından yararlanarak, aldatma söz konusu olduğundan, kumar değil dolandırıcılık sayılmaktadır.¹⁴³ Daha açık ifadeyle oynatanın istemediği takdirde oyuncunun kazanma ihtimali bulunmayan oyun sözkonusu ise dolandırıcılık suçu oluşur.¹⁴⁴

VII. YAPTIRIM

TCK'nın 228. maddesinde düzenlenen kumar oynanması için yer ve imkan sağlama suçunu işleyen kimse, 1 yıldan 3 yıla kadar hapis ve iki yüz günden aşağı olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılır.¹⁴⁵

8.12.1992; 11699/12401); Suç Tutanağını düzenleyen polis memurları dinlenip gerekirse bilirkişiden görüş alınmak suretiyle sık-sık tabir edilen oyunun niteliğinin saptanması, oyunun kazanç kastiyle icra kılınıp kar ve zarar, baht ve talihe bağlı bulunan oyunlardan olmayıp bir kimsenin hulus ve saffetinden bilistifade kandırarak mahiyette hile ve sanialar yaparak haksız bir menfaat teminine yönelik olduğu tespit edildiği takdirde TCK'nın 503. maddesine uyan suçu oluşturacağı, dolayısıyla davaya bakmanın ve delillerin takdirinin Asliye Ceza Mahkemesinin görevine girdiği nazara alınarak karar ittihazi gerekirken bundan zühul olup Sulh Ceza Mahkemesinde duruşmaya devam edilerek yazılı şekilde TCK. 567/1-2. maddesiyle hüküm kurulması, **(Y. 2. CD. 6.10.1992; 8705/9211)**

¹⁴³ Somut olayda; sanık Hacı Bayram K.'nin dışarıda üç kağıt ya da bul kararı al parayı denilen oyunu oynattığı, sanık Alaittin Ü.'in yoldan geçen müştekiye, "bu kişiler istanbul'da koyunlarını alıp paramı vermeyerek beni dolandırdılar, gel şunları utup parasını alalım" dediği, bu sanığın müştekinin kolundan tutarak oyun tezgahına getirdiği, bu sırada kağıtlardan birinin ucunu katlayarak müştekinin parayı bu kağıda basmasını istediği, sanıkların yanında bulunan kimliği meçhul iki kişinin de müşteri kılıfında oyun oynadıkları ve sürekli para basıp kazandıklarını gören müştekinin cebinden 240.00 TL para çıkardığı, ilk önce 20.00 TL'yi vermek istediği sırada sanık Alaittin Ü.'in, hepsini bas dediği, bu duruma inanan müştekinin parayı bir kağıda bastıktan sonra oyunu kaybettiği, sanık Hacı mahkemede ki ifadesinde, diğer sanığın müşteri toplamak üzere kendisine yardımcı olduğunu belirttiği, böylece sanıkların dolandırıcılık suçunu iştirak halinde işlediklerinin iddia edildiği olayda; 1-Sanık A. Ü.'ün, müştekiyi kandırıp kolundan tutarak oyun tezgahına getirmesi, onu ikna etmek için sürekli yönlendirmelerde bulunması, sanık Hacı B.'in, bu sanıkla birlikte hareket ettiklerini ve bu sanığın kendisine oyun için müşteri bulduğunu belirtmesi, müştekinin sanığı kesin olarak teşhis etmesi ve polise bildirmesi, sanıkların polis aracına binerken, istedikleri gibi kumar oynatabileceklerini, kimsenin kendilerine karışamayacağını belirtmeleri ve bu hususun tutanakla tespit edilmesi karşısında, sanık A. Ü.'ün de, diğer sanıkla beraber iştirak halinde suçu işlediği gözetilmeden yazılı şekilde beraatine karar verilmesi, **15.CD. 11/09/2012-2011/15632-2012/41025**

¹⁴⁴ Dairemizin bozma ilamı doğrultusunda uzlaşma işlemleri yapılarak, tarafların uzlaşmadıkları anlaşılma ile yapılan incelemede;

Sanığın suç tarihinde, "bul kararı al parayı" kumar oyununu oynattığı, bu şekilde kumar oynayan şikayetçinin 400 TL para kaybettiğinin iddia edildiği olayda; sanığın savunması, müştekinin beyanları ve dosya kapsamından sanığın atılı suçu işlediği sabit olmakla mahkemenin mahkumiyet yönünde kabul ve uygulamasında bir isabetsizlik görülmemiştir. **Y.15.CD. 30/01/2019; 2018/3640-2019/129**

¹⁴⁵ 24/11/2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanunun 19 uncu maddesiyle, birinci fıkrada yer alan "bir yıla kadar hapis ve" ibaresi "bir yıldan üç yıla kadar hapis ve iki yüz günden aşağı olmamak üzere" şeklinde değiştirilmiştir.

TCK'nın 228/2. maddesindeki nitelikli halin söz konusu olması halinde, faile verilecek ceza bir katı oranında artırılır.

25.08.2017 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 15/8/2017 tarihli ve 694 sayılı KHK'nin 139 uncu maddesiyle, bu maddeye ikinci fıkradan sonra gelmek üzere (3), (4) numaralı fıkralara eklenen suçun bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesi halinde üç yıldan beş yıla kadar hapis ve bin günden onbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur. Suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.¹⁴⁶

Faile, 2 yıldan az hapis cezası verilir ise, CMK'nın 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu tartışılmalıdır. Bu kurum uygulanmaz ise, 1 yıldan az hapis cezası verilir ise, TCK'nın 50. maddesine göre seçenek yaptırıma çevrilebilecek, şayet çevrilmez ise veya faile 2 yıldan az hapis cezası verilir ise, TCK'nın 51. maddesi uyarınca verilen hapis cezasının erteleme yoluna gidilebilecektir.

Bu suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, TCK'nın 228/5. maddesi uyarınca tüzel kişilere özgü güvenlik tedbiri uygulanabilecektir.

SONUÇ

Toplumun gelişimi sırasında eğlence amacıyla ortaya çıkan kumar, zamanla topluma zararlı hale gelmiş bu sebeple oynanmasının önüne geçilmesi amacıyla kumar oynanması için yer ve imkan sağlayan kişiler için ceza hükümleri getirilmiştir.

¹⁴⁶ 25.08.2017 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 15/8/2017 tarihli ve 694 sayılı KHK'nin 139 uncu maddesiyle, bu maddeye ikinci fıkradan sonra gelmek üzere (3), (4) numaralı fıkralar eklenmiş ve diğer fıkralar buna göre teselsül ettirilmiş, daha sonra bu hüküm 08.03.2018 tarihinde yürürlüğe giren 7078 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 142. Maddesiyle kanunlaşmıştır.

KAYNAKÇA

- **Arslan, Çetin/Azizağaoğlu, Bahattin.** Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Asil Yayın Dağıtım AŞ, Ankara 2004
- **Artuç, Mustafa.** Malvarlığına Karşı Suçlar, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018
- **Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet.** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, Adalet, 2017
- **Akkaya, Çetin.** Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Adalet 2017
- **Akkaya, Çetin.** Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2013
- **Akkaya, Çetin.** Cezaların İnfazı ve İnfaz Hukuku, 6. Baskı, Adalet Yayınevi Ankara 2018
- **Akev, Sahir Talat.** Türk Hususi Hukukunda Kumar ve Bahis (Doktora Tezi) Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti. İstanbul 1964
- **Altıparmak, Cüneyd.** Kumar Kabahati, Terazi Hukuk Dergisi, S. 19, Ankara Seçkin Yayınevi 2008
- **Babayiğit, Beşir.** Kumar Oynama ve Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkan Sağlama Fiilleri, TAAD, Yıl: 9, Sayı: 34, Nisan 2018
- **Başbüyük, İsa.** Dolandırıcılık Suçunda Hile Unsuru, Dokuz Eylül Üniversitesi Doktora Tezi, İzmir 2019
- **Çalışkan, Suat/ Gürel, Ali.** Yasadışı Bahis ve Kumar Suçları, Aristo, İstanbul, Temmuz 2019
- **Çağlayan, M. Muhtar.** Türk Ceza Kanunu, 3. Bası Yetkin Yayınları 1984
- **Çakın, Özgür.** Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu (m.220), Yüksek Lisans Tezi Ankara Üniversitesi 2015
- **Dursun, Hasan.** Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu, Ankara Üniversitesi Doktora Tezi Ankara 2016
- **Doğan, Koray.** Bilişim Suçları ve Yeni Türk Ceza Kanunu. Hukuk ve Adalet Dergisi, Yıl 2, Sayı 6-7, Ekim 2005
- **Elmas, Birsan.** Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, 3. Baskı Adalet Yayınevi Ankara 2018
- **Eralp, Özgür.** Sanal Kumar, Bahsi Şans Oyunları Ceza Davaları, Eralp Kitap, Ankara 2017
- **Erem, Faruk.** Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, Cilt:3, Seçkin Kitabevi, Ankara 1993
- **Erol, Haydar.** Türk Ceza Kanunu, PYS Matbaacılık, Ankara 2003

- Evik, Vesile Sonay. *Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu*, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:19, S:2, İstanbul, 2013
- **Gündel, Ahmet.** Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Seçkin Yayınevi 2009
- **Hafızoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem,** Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar US-A Yayıncılık, 3. Baskı Ankara 2017
- **Karakehya, Hakan.** Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkan Sağlama Suçu, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:19, S:2, Özel Sayı, İstanbul 2013
- **Koca, Mahmut/ Üzülmüş, İlhan.** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Bası Adalet 2018
- **Malkoç, İsmail.** Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu 2.Cilt, 2007
- **Malkoç, İsmail.** Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, Yetkin Ankara 2002, C.IV
- Özen, Mustafa. Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkan Sağlama Suçu, Terazi Hukuk Dergisi, S:15, 2007
- Özgenç, İzzet. Suç Örgütleri, 12. Bası, Seçkin Yayınevi 2019
- **Parlar, Ali / Hatipoğlu, Muzaffer.** Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2. Baskı, 3. Cilt, Ankara 2008
- **Sarıtaş, Erkan.** Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları, İstanbul CezaHukukuveKriminolojiArşivi, İstanbul 2018
- **Savaş, Vural/ Mollamahmutoğlu, Sadık/ Yaşar, Osman.** Türk Ceza Kanunun Yorumu Seçkin Yayınevi Ankara 2003, VII. Cilt
- **Savaş, Vural/ Mollamahmutoğlu, Sadık.** Türk Ceza Kanunun Yorumu Seçkin Yayınevi Ankara 1995, IV. Cilt
- **Tüysüz, Fırat.** Dolandırıcılık Suçu, Başkent Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2017
- **Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa.** Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara 2014, C.IV
- Yenidünya, A.Caner/ İçer, Zafer. *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu*, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:19, S:2, İstanbul, 2013
- **Yurtlu, Fatih.** Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma, Kurulmuş Örgüte Üye Olma veya Bu Örgüte Üye Olma, Yüksek Lisans Tezi Gazi Üniversitesi Ankara 2013
- **Yüksektepe, Mert Asker.** Örgüt Suçları, Aristo, İstanbul, 2018

TEFECİLİK SUÇU

Usury

Ahmet Haşim BARDAKÇI*

Geliş Tarihi: 31.10.2020 Kabul Tarihi: 28.01.2020

ÖZET

Ekonomik sıkıntıya düşen insanların başvurduğu yasal uygulamalar dışında kalan faizle para alma, kredilendirme şeklindeki uygulamalar bazı hallerde kendisini tefecilik suçu olarak göstermektedir. Ödünç para alan şahısların mali açıdan zor durumlara düşmesine neden olan ve ekonomik açıdan güçlü kişinin ölçüsüz kazanç elde etmesi şeklinde gerçekleştirilen tefecilik, birçok ülkede olduğu gibi ülkemizde de yasaklanmıştır. Ekonomik yaşam içerisinde tefeciliği meşrulaştıran, diğer bir ifadeyle yasal tefeci olarak nitelendirilebilen bazı yöntemler oluşturulmuş olup, özellikle kredi kartı ve senet kırdırma suretiyle yapılan tefecilik faaliyetleri uygulamada çok sık rastlanan tefecilik faaliyeti türleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Çalışmamızda tefecilik suçu unsurlarıyla birlikte yargı kararları ışığında değerlendirilmiş, bu suçla ilgili sorunlu hususların altının çizilmesine gayret edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Tefecilik, Faiz, Ödünç, Para.

ABSTRACT

In some cases, borrowing money or loans in illegal way by people in economic distress, present themselves as a crime of usury. The crime of usury, which can describe as lending money to people who are in financially difficult situations and economically strong person to gain illegal money with this way is prohibited in our country like many other countries. There are some methods that legitimize usury in economic life, in other words it can be described as legal usury, and especially usury activities made by credit card and bill breaking are common types of usury activities in practice. In our study, we evaluated elements of usury crime in the light of judicial decisions and tried to highlight the problematic issues related to this crime.

Key Words: Usury, Interest, Borrow, Money.

* Yargıtay Genel Sekreter Yardımcısı, e-posta: ztbardakci@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0001-5162-1585

GİRİŞ

Tefecilik, kılcal damarlarına girerek ekonomik hayatı olumsuz yönde etkileyen, para ve banka düzeninin bozulmasına sebep olan, vurguna, fırsatçılığa yol açan, ihtiyaç sahiplerinin özellikle de zor durumda olan kişilerin sırtından kazanç sağlayan, ahlaki bulunmayan, genellikle de suçluluk ortamı yaratan bir faaliyettir.¹

Tefecilik, 2279 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 2520 Sayılı Kanunun 3. maddesi yollamasıyla 2279 sayılı Kanunda düzenlenmişken 5237 sayılı TCK'nın 241. maddesiyle de düzenleme altına alınmıştır.^{2, 3, 4}

13/12/2012 tarihli 28496 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring Ve Finansman Şirketleri Kanunu'nun 52. maddesi⁵ ile, 10/6/1985 tarihli ve 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu ile 30/9/1983 tarihli ve 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ek ve değişiklikleri ile birlikte yürürlükten kaldırılmıştır.⁶

¹ **Hafizoğulları, Zeki/ Özen**, Muharrem. Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar US-A Yayıncılık, 3. Baskı Ankara 2017, s.439

² **MADDE 241-(1)** Kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

³ **Özgenç, İzzet**. Tefecilik Suçu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Y. 2010, Sa.1, s.545; "Yeni TCK'nın "tefecilik suçu"na ilişkin bu maddesi karşısında, 2279 sayılı Kanunun 17. maddesindeki "tefecilik suçu"na ilişkin hükümleri, 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla yürürlükten kalkmıştır. Bu itibarla, 90 s. KHK'nin 15. maddesindeki "tefecilik suçu" tanımının ve bu madde hükümlerinin uygulanacağı zamana ilişkin olarak 15. maddesi hükmünün artık uygulama kabiliyeti kalmamıştır."

⁴ Tefecilik suçuna ilişkin açıklamalar için bkzn. **Yenidünya, A. Caner**, Tefecilik Suçu(TCK.m.241), Banka ve Finans Hukuku Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 6, Yıl: 2013, s. 3 vd., **Donay, Süheyl**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta İstanbul 2007, s.348 vd., **Gerçekler, Hasan**, Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Konu, Ütopyağrafik, Ankara 2011, s. 2535 vd., **Günay, Erhan**, Örnekli ve Uygulamalı Tefecilik Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s.13 vd., **Gündel, Ahmet**, Yeni Türk Ceza Kanunu ve Açıklaması, Sözkesen Matbaacılık, Ankara 2009, s. 4616 vd., **Gören, Sami**, Türk Ceza Kanunu, Yetkin Basımevi, Ankara 2012, s.1303 vd., **Hafizoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem**, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar US-A Yayıncılık, 3. Baskı Ankara 2017, s.438 vd., **Özgenç, İzzet**, Tefecilik Suçu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Y. 2010, Sa.1, s.543 vd., **Özbek, Veli Özer / Kanbur, Nihat / Bacaksız, Pınar**. Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 14. Bası, Seçkin 2019, 944 vd., **Özbek, Veli Özer**, Tefecilik Suçu, Ceza Hukuku Dergisi, Aralık 2010, Sayı: 14, s. 29 vd.

⁵ Yürürlükten kaldırılan hükümler
MADDE 52- (1) 10/6/1985 tarihli ve 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu ile 30/9/1983 tarihli ve 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ek ve değişiklikleri ile birlikte yürürlükten kaldırılmıştır.

(2) Diğer kanunlarda, 3226 sayılı Kanun ile 90 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye yapılan atıflar, bu Kanunun ilgili maddelerine yapılmış sayılır.

⁶ Yine anılan madde ile diğer kanunlarda, 3226 sayılı Kanun ile 90 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye yapılan atıfların, bu Kanunun ilgili maddelerine yapılmış sayılacağı kabul edil-

TCK'nın 241. maddesine göre de gerekçede ifade edildiği şekilde “faiz veya başka bir namla da olsa kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para verilmesi tefecilik suçunu oluşturur”. Tefecilik faaliyeti, kaynakların yasal sistemin dışında kalmasına neden olan suç niteliği taşıyan kamusal izin ve denetimin haricinde faiz karşılığı borç kullandırma işlemlerinin bütünü olarak ifade edilmiştir.⁷

I. KORUNAN HUKUKİ YARAR

Suçun TCK'nın 2. Kitabının Topluma Karşı Suçlar başlıklı Üçüncü Kısımının Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar başlıklı Dokuzuncu Bölümünde yer alması nedeniyle, düzenlendiği yer göz önünde bulundurulduğunda bu suçun bireysel bir değeri değil, toplumsal değer ya da değerleri korumayı amaçladığı söylenebilir.⁸ Tefecilik suçuyla korunan hukuki yarar, ekonomik kuralların ve bunların başında gelen serbest rekabet mekanizmasının işleyişinin bozulması ve kamu güvenliğinin korunmasıdır.⁹ Yargıtay da aynı görüştedir.¹⁰

Ödünç para alan kişinin, bunun karşılığında aldığından daha fazlasını ödemek suretiyle zor durumundan faydalanılması bireyleri sömürüye açık hale getirdiği için, bu suçla bireysel menfaatlerin de korunduğunun da söylenmesi mümkündür. Bu nedenle bu suçla korunan hukuki değer karma bir nitelik taşıdığı ancak toplumsal yanı ağır bastığı için suçun yasakoyucu tarafından *Topluma Karşı Suçlar* başlığı altında düzenlemek gibi bir tercihinin bulunduğu ifade edilmiştir.¹¹

miştir. 6361 sayılı Kanun'un İkrizatçılarla ilgili hükümler başlıklı geçici 5. maddesinde ise; “90 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameden aldıkları yetkiye istinaden ikrazatçılık faaliyetinde bulunanlar bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde bu Kanunda sayılı faaliyetlerden birini yürütmek amacıyla Kuruma başvuruda bulunabilirler. Bu süre içinde mevcut sözleşmelerinden kaynaklanan alacaklarının tahsiline yönelik işlemler dışında yeni bir ikrazatçılık faaliyetinde bulunamazlar. Kuruma başvuruda bulunan ikrazatçılar Kuruldan gerekli izinleri almak suretiyle faaliyetlerine faktoring, finansal kiralama veya finansman şirketi olarak devam edebilirler. Kurulacak bu şirketler bu Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde yer alan sermaye yükümlülüğünü üç yıl içinde yerine getirmek zorundadır. Kuruma başvuruda bulunmayan veya başvurduğu halde Kuruldan gerekli izinleri alamayanların ikrazatçılık faaliyet izinleri başka bir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden sona erer.” Şeklindeki hüküm ile ikrazatçıların durumu düzenlenmiştir.

⁷ **Katkat, Münvver**, Muhasebe Vergi Tekniği Yönünden Denetimin Kayıt Dışı Ekonomi Üzerindeki Başarısı, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi(2007), s.65.

⁸ **Özbek, Veli Özer**, Tefecilik Suçu, Ceza Hukuku Dergisi, Aralık 2010, Sayı: 14, s.31.

⁹ **Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa**. Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara, (2014), C.IV, s.7223; **Arslan, Çetin/Azizağaoğlu, Bahattin**. Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Asil Yayın Dağıtım AŞ, Ankara 2004, sh.1003–1004,

¹⁰ Tefecilik suçuyla korunan hukuki yarar, ekonomik kuralların ve serbest rekabet mekanizmasının işleyişinin bozulması ve kamu güvenliğinin korunmasıdır. **Ceza Genel Kurulu 12.05.2015 gün ve 2014/4-655; 2015/152**

¹¹ **Özbek, Veli Özer / Kanbur, Nihat / Bacaksız, Pınar**. Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 14. Bası, Seçkin 2019, 945

II. MADDİ UNSUR

1. Fail

Bu suçun faili herkes olabilir, suçun faili olabilmek için maddede herhangi bir özelliğe sahip olmak aranmamıştır, madde metninde “kişi”den söz edilmiş, ancak bu kişinin nasıl olması gerektiği konusuna değinilmemiştir. Bu nedenle anılan suçun faili herhangi bir kimse olabilir, bu suç faili bakımından özgü suçlardan değildir. Kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kimse, bu suçun failidir.¹²

Bu suç, ödünç para veren ve ödünç para alan olarak iki kişinin varlığını zorunlu kılmaktadır. Bu suç mahiyeti itibariyle çok faili bir suçtur.¹³ İvaz karşılığında ödünç alan kişi de tefecilik suçunun faili olmakla birlikte izlenen suç siyaseti gereğince sadece ivaz karşılığı ödünç para veren kişi yani tefeci cezalandırılmakta olup bu husus madde gerekçesinde; *“İzlenen suç politikası gereğince, kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi cezalandırılmaktadır. Buna karşılık, ödünç para alan kişi cezalandırılmamaktadır.”* şeklinde ifade edilmiştir.¹⁴

TCK’nın 242. Maddesine göre, tefecilik suçunun, işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında, bunlara özgü güvenlik tedbirlerine de hükmolunur.

2. Mağdur

Suçun mağduru ve kamu davasına katılma ile ilgili olarak gerek öğreti gerekse uygulamada çok farklı görüşler mevcuttur.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre;

“tefecilik suçunun mağdurunun, toplumu oluşturan ve istikrarlı makro ekonomide yararı bulunan herkes” mağdur sayılmalıdır.¹⁵

Diğer bir görüşe göre ise mağdur;

“Konuyu mağdur-suçtan zarar gören kavramlarına verilecek anlam çerçevesinde çözümlemek mümkündür. Suçun icra hareketlerinin üzerinde gerçekleştiği kişi mağdurdur. Buna karşılık böyle olmamakla birlikte haklı çıkarı bir şekilde zedelenen kişi ise suçtan zarar görendir. Her ne kadar hükmün düzenlendiği yer itibariyle bu suçun şikayete de tabi olmadığı göz önünde

¹² Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa. Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara, (2014), C.IV, s.7223

¹³ Özgenç, s.552, Özbek, s.32

¹⁴ Gün, Tayfun. Türk Ceza Kanunu'nda Tefecilik Suçu, TBBD, Mart-Nisan 2019, Yıl: 31, Sayı: 141, s.181-182; «Yasal zeminden ayrılarak tefeciye başvuran ödünç para alan kişi ise, suçtan zarar gören ya da suçun mağduru konumunda olmayıp, izlenen suç politikası gereği suçun cezalandırılmayan failidir.”

¹⁵ Özgenç, s.553, Yaşar/Gökcan/Artuç, s.7224.

bulundurulduğunda mağdurunun kamu olduğu söylenebilir ise de suçla bireysel menfaatler de korunduğuna ve her zaman yüksek faizle para alan gerçek kişiler de bulunduğuna göre bu suçun mağduru gerçek kişiler suçtan zarar göreni ise kamudur. Bu değerlendirme çevresinde bu suçun mağduru herkes olabilir. Bu suç bakımından mağdur genellikle acil ekonomik kaynağa ihtiyaç duyan ve bu banka ve sair kredi/finans kurumlarından karşılayamayan veya bu kurumlara yasal nedenlerden ötürü müracaat edemeyen ve nihayet ekonomik açıdan zor durumda olan kimselerdir.”¹⁶

“Mağdur, yüksek faiz karşılığı ödünç para almak zorunda olan kişidir. Suçtan zarar gören uğradığı vergi kaybı nedeniyle Devlet ve dolaylı olarak da toplumdur.”¹⁷

Tefeciliği suç olarak tanımlayan kanun hükümlerinin, ivaz karşılığı ödünç para almak isteyen kişileri de koruyucu bir fonksiyon taşıdığı, ivaz karşılığında ödünç para alan kişinin cezalandırılmamasının, bu ödünç para verme işlemi dolayısıyla mağdur edildiğinin kabulünü gerektirmeyeceği, bu yöndeki bir düşüncenin Türk Ceza Kanunu ile izlenen suç siyaseti ile bağdaşmayacağı, ivaz karşılığı ödünç para alan kişinin “mağdur” olarak kabulünün mümkün olmadığı ifade edilmektedir.¹⁸

Hazinenin zarar görmesi nedeniyle bu suçla ilgili kamu davasına katılmasının olanaklı olduğu hususunda uygulamada fikirbirliği mevcuttur.¹⁹

Failden para alan kişinin yada mirasçılarının kamu davasına katılma olanağının bulunup bulunmadığı hususunda Yargıtay uygulamasında fikir birlikteliği yoktur.

Yargıtay Kanunu gereğince tefecilik suçunun temyiz incelemesini yapan Yargıtay 5. Ceza Dairesince tefecilik suçunun kazanç elde etmek amacıyla

¹⁶ **Özbek**, Tefecilik Suçu, s.32, **Özbek, Veli Özer / Kanbur, Nihat / Bacaksız, Pınar**. Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 14. Bası, Seçkin 2019, 947

¹⁷ **Birtek, Fatih**, Tefecilik Suçu, Suchukuku.com, “Bu suçun mağduru ceza hukuku bağlamında kusur yeteneğini haiz herkes olabilir. Bu suç bakımından mağdur genellikle acil ekonomik kaynağa ihtiyaç duyan ve bu banka ve sair kredi/finans kurumlarından karşılayamayan veya bu kurumlara yasal nedenlerden ötürü müracaat edemeyen ve nihayet ekonomik açıdan zor durumda olan kimselerdir. Yasa koyucunun izlemiş olduğu suç politikası gereği tefecilik suçunun mağduru cezalandırılmamaktadır.”

¹⁸ **Özgenç**, s.552.

¹⁹ Sanık hakkında tefecilik suçundan kamu davası açıldığı, Hazinenin bu suçun mağduru olduğu, bu sıfatının gereği olarak CMK’nın 233 ve 234. maddeleri gereğince kovuşturma evresinde sahip olduğu davaya katılma ve diğer haklarını kullanabilmesi için duruşmadan haberdar edilmesi gerektiği halde, usulen dava ve duruşmalar bildirilmeden, davaya katılma ve Ceza Muhakemesi Kanununun mağdur ve katılanlar için öngördüğü haklardan yararlanma olanağı sağlanmadan yargılamaya devam edilerek yazılı biçimde hüküm kurulması, **Y. 5.CD., 15/01/2018 gün 10271/126**

borç para verilmesiyle oluştuğu, suçun mağdurunun korunan hukuki değer gözetildiğinde toplumu oluşturan herkes olduğu, tefeciden borç para alan kişilerin ise suçun zarar göreni oldukları kabul edilmektedir. Tefecilik suçunun temyiz incelemesini yapan 5. Dairenin uygulaması istikrar kazanmıştır.²⁰

Yargıtay 5. Ceza Dairesince failden faiz karşılığı borç para aldığı iddia edilen kişinin²¹ bu kişinin ölmesi halinde ise mirasçılarının²² suçun zarar göreni sıfatıyla kamu davasına katılmalarının olanaklı olduğu kabul edilmektedir. 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra tefeciden kazanç karşılığı borç para aldığı belirtilen kişilerin ve de Hazinenin suçtan zarar gören olduğuna ilişkin Özel Daire kabul ve uygulaması devam etmektedir. Dolayısıyla yargılamada taraf teşkili noktasında bu hususa dikkat edilmelidir.²³

²⁰ Sanığın kazanç karşılığı ödünç para verdiği iddia edilen müşteki Pınar K...’ın tefecilik suçunun zarar göreni olması ve hükmün 23/05/2013 havale tarihli dilekçe ile vekili tarafından temyiz edilmesi karşısında, kamu davasına katılma ve hükmü temyiz hakkı bulunduğu anlaşılmakla, mahkemece verilen katılma isteminin reddine ilişkin kararın kaldırılmasına, 5271 sayılı CMK’nın 237/2 ve 260/1. maddeleri gereğince katılan olarak kabulüne karar verildikten sonra gereği düşünüldü: **Y. 5.CD., 15/01/2018 gün 10131/118**; Sanıktan faiz karşılığı ödünç para aldığı iddia edilen şikayetçi Yunis Ç....’un tefecilik suçunun mağduru olduğu anlaşılmakla, CMK’nın 260/1. maddesine göre kanun yoluna başvurma hakkının bulunması ve hükmün 02/04/2013 havale tarihli dilekçeyle vekili tarafından temyiz edilmesi karşısında, mahkemenin hukuki değerden yoksun nitelikteki katılma talebinin reddine ilişkin 28/03/2013 tarihli ara kararının kaldırılmasına ve aynı Kanunun 237/2. maddesi gereğince davaya katılmasına karar verildikten sonra gereği düşünüldü: **Y. 5.CD., 25/09/2017 gün 9464/4050**; Sanıklardan faiz karşılığı borç aldığı iddia edilen katılanlar Kenan, Osman ve Dursun’un suçun zarar göreni oldukları nazara alınarak kamu davasına katılan sıfatıyla kabullerinde isabetsizlik bulunmadığından temyiz istemlerinin reddedilmesi gerektiğine dair tebliğnamedeki görüşe iştirak edilmemiş, yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre sair temyiz itirazları da yerinde görülmemiştir. **5.CD., 10/10/2013 gün 2012/9163-2013/9850**

²¹ Sanıklardan faiz karşılığı borç aldığı iddia edilen katılan Ali S...’ın suçun zarar göreni olduğu anlaşılmakla; tebliğnamedeki katılanın temyiz talebinin reddine dair düşünceye iştirak edilmemiştir. **5.CD. 29/05/2013, 8600/5874**

Sanıktan faiz karşılığı borç para aldığı iddia edilen katılanlar Biltekin ile Şimşek’in suçun zarar göreni sıfatıyla kanun yoluna başvurma haklarının bulunması, mahkemece kamu davasına katılan olarak kabullerine karar verilmiş olması ve hükmün 10/02/2012 - 14/02/2012 havale tarihli dilekçeler ile katılanlar vekilleri tarafından temyiz edilmesi karşısında, tebliğnamede yer alan bu husustaki temyiz isteminin reddi düşüncesine iştirak edilmemiştir. **5.CD. 21/05/2013, 7655/5522**

²² Sanıktan faiz karşılığı borç aldığı iddia edilen müteveffa .. K...’ın yasal mirasçıları olan çocukları Gökhan ., Kaan . ile eşi Meral . suçun mağduru ve zarar göreni olduklarından, mahkemece verilen katılma kararı doğru ve yerinde görülmekle tebliğnamedeki katılanlar vekilinin temyiz talebinin reddine dair düşünceye iştirak edilmemiştir. **5.CD. 05/11/2012, 10326/10840**

²³ Yargıtay Ceza Daireleri Uygulamasında Sıklıkla Rastlanan Bozma Sebepleri (CMK-TCK-Özel Yasalar), Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, Genişletilmiş 2. Bası, Ankara 2018, s. 818-819

3. Suçun Konusu

Tefecilik suçunun konusunu, kazanç karşılığı başkasına verilen ödünç paradır.²⁴ Para; kanuna dayalı olarak devlet tarafından tedavüle konulan ve itibari ekonomik değeri kabul edilen ve ödeme aracı olarak kullanılan metadır. Paranın gerçekliğine ve üzerinde yazılı bulunan değerine duyulan güven, ekonomik hayatta ödeme vasıtası olan işlevinin sürmesini sağlamaktadır. Para kabul edilen metanın, devletin yetkili organı tarafından kanunda belirtilen yöntem ve şekle uygun olarak üretilmiş olması gerekir. Kanuna uygun üretilmesi koşuluyla paranın hangi malzemeden meydana getirildiğinin bir önemi yoktur. 8.6.2984 tarihli ve 234 sayılı Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğünün Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 1. maddesine göre, madeni ufaklık ve hatıra para ile her türlü pul ve değerli kağıtların basımında Darphane ve Damga Matbaası Genel müdürlüğü yetkilidir. Bu KHK'nın 2. maddesine göre görevleri arasında Cumhuriyet altın sikkeleri ile Cumhuriyet ziynet altınlarını basma yetkisi de Darphaneye aittir.²⁵ Ödünç, kelime anlamı itibariyle ileride geri verilme veya alınmak şartıyla alınan veya verilen şey anlamına gelmektedir. Ancak burada ödünç olarak verilen her şey bu suçun konusunu oluşturmayacak, madde metninde de açık şekilde ifade edildiği gibi yalnızca “para” bu suçun konusunu oluşturacaktır. Paranın Türk parası ya da yabancı para olması arasında bir fark bulunmaz. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.²⁶ Ayrıca paranın kişi yada kuruma ait olmasının suçun oluşumu bakımından bir etkisi bulunmamaktadır.²⁷

²⁴ Suçun konusunu kazanç karşılığı başkasına verilen ödünç para oluşturur. Ceza Genel Kurulu 12.05.2015 gün ve 2014/4-655; 2015/152; Tefecilik suçunun konusunu, kazanç elde etmek amacıyla başkasına verilen ödünç paranın oluşturduğu, 5237 sayılı TCK'nın 2. maddesindeki “Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz” düzenlemesi de dikkate alındığında, suç tarihinde sanığın, müştekinin kardeşi ve dosya tanığı Yıldız'a 4.000 TL karşılığı altın vererek 7.000 TL tahsil etmek suretiyle kazanç elde ettiği kabul edilmiş olsa dahi, kanundaki tanım itibarıyla tefecilik suçunun konusunu tedavüle konan, ekonomik değeri olan ve ödeme aracı olarak kullanılan paranın oluşturduğu gözetildiğinde, sanığın eyleminin tefecilik suçunu oluşturmayacağı nazara alınmadan, suçun maddi unsurunu oluşturan konuda yanlışlığa düşülerek yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi, **Y. 5.CD., 17/10/2018; 449/7530**

²⁵ **Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa.** Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara, (2014), C.IV, s.7227

²⁶ Türk Dil Kurumu sözlüğünde ödünç; «ileride geri verilme veya alınmak şartıyla alınan veya verilen şey» olarak ifade edilmiştir. Ancak burada ödünç olarak verilen her şey bu suçun konusunu oluşturmayacak, madde metninde de açık şekilde ifade edildiği gibi yalnızca «para» bu suçun konusunu oluşturacaktır. Öte yandan paranın Türk parası ya da yabancı para olması suçun oluşması bakımından önem taşımamaktadır. Gerek Türk parası gerekse de yabancı para tefecilik suçunun maddi konusu olabilir. **Ceza Genel Kurulu 12.05.2015 gün ve 2014/4-655; 2015/152**

²⁷ Sanıklar tarafından değişik zamanlarda birden fazla kez faizle borç para verildiğinin sübuta

Hükümde sadece paradan söz edildiği için para dışında kalan değerler örneğin altın gibi değerli madenler, taşınır ve taşınmaz mallar tefecilik suçuna konu olamaz.²⁸

Para dışındaki diğer misli şeylerin ödünç olarak verilmesi halinde, karşılığında bir kazanç elde edildiği takdirde tefecilik suçunun oluşup oluşmayacağına ilişkin özellikle de altın alımı ve iadesi konusu ile sınırlı olarak farklı görüşler mevcuttur.

Para dışındaki diğer misli şeylerin ödünç olarak verilmesi halinde, karşılığında bir kazanç elde edilse bile, Kanundaki tanımı itibarıyla tefecilik suçu oluşmaz.²⁹ Aksi halde kanundaki mevcut suç tanımı itibarıyla ceza hukukundaki kıyas yasağına aykırı hareket edilmiş olacaktır. Madde metninde de çok açık bir şekilde belirtildiği gibi yalnızca “para” bu suçun konusunu oluşturacaktır. O halde, fail, bir mal verip, iki mal alsaydı bile, tefecilikten söz edilemeyecektir.³⁰ Yine ödünç olarak altın verilip, fazlasıyla alınması durumu da tefecilik sayılmayacaktır, çünkü Yasada açıkça ve sadece “para” ifadesi kullanılmıştır, altın ise geçmişte para olarak kullanılmış olsa bile, günümüzde para sayılmayıp, paranın değerini endeksledikleri bir değer rezervi olduğundan, altın da bu suçun konusunu oluşturamayacaktır.³¹

ermesi ve hüküm fıkrasında “değişik zamanlarda birden fazla kez” ibaresinin açıkça gösterilmiş olması karşısında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması;

Mahkemece sanıkların tefecilik yapıp yapmadıkları hususunda emniyet tarafından tutulan tutanak yetersiz görülerek; mağdurlara ait olup suça konu faiz ödemesi için satılan bağ evinin jandarma bölgesinde bulunması da göz önüne alındığında, 26/03/2013 tarihli ara kararla ikinci kez kolluk araştırması yaptırılarak diğer delillerle birlikte hükme esas alınması; Mahkemenin 26/06/2015 tarihli dilekçeyle şikayetlerinden vazgeçen mağdur ve suçtan zarar görenlerin tutarlı ve olaya uygun anlatımlarını hükme esas aldığı gerekçede açıkça belirtmesi, Vakıf kasasında ele geçirilen mağdur Ercan T...in borçlu, sanık Adnan'ın ise alacaklı olarak görüldüğü 08/06/2011 tarihli protokol, taraflar arasındaki yoğun gayrimenkul alışverişi, sanık Adnan'ın evinde aramada ele geçirilen farklı kişilerin borçlu olarak görüldüğü birden fazla senet, yine sanık Adnan'a ait ajandada borç verip çek aldığı dair tutulan notlar ile sanıkların borç verdiği yönelik ikrarları suçun sübutuna yeterli olup sanıkların hesaplarının incelenip havale giriş çıkışlarının nedenleri ve kimler tarafından yapıldığına dair tespit yapılmamış olmasının ayrıca mağdurlar tarafından sanıklara satılan gayrimenkullerin gerçek değerlerinin araştırılmasının dosyaya ve suçun sübutuna katkı sağlamayacağını anlaşılmaması,

Sanığın kendisine ya da vakfa ait olan parayı tefecilik suçunda kullanmış olmasının suçun unsurlarına etkisinin bulunmaması ve dosyadaki diğer delillerin de mahkumiyet hükmü kurulması bakımından yeterli olması,

Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından yapılan denetimin ise tefecilik suçu açısından özel bir denetim içermediği, vakıflar için yapılan genel bir denetim niteliğinde olduğu ayrıca mezkur raporda tefecilik suçunun sübutuna yönelik özel ve ayrı bir görüş de bulunmadığının anlaşılması karşısında verilen kararda bir isabetsizlik bulunmadığı, **Y. 5.CD., 09/11/2017 gün 5117/4856**

²⁸ **Özbek**, Tefecilik Suçu, s.31.

²⁹ **Özgenç**, 545-546.

³⁰ **Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa**. Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara, (2014), C.IV, s.7227

³¹ **Uğur, Hüsamettin**. Tefecilik Suçunun Pozitif Dayanakları, Unsurları ve Uygulama İlkeleri, Terazi Dergisi Nisan 2007, sh.67

Paraya eşit sayılan değerler; TCK.'nın 198. maddesinde sayılmıştır³². Bu maddeye göre; Devlet tarafından ihraç edilip de, hamiline yazılı bonolar, hisse senetleri, tahviller ve kuponlar³³, yetkili kurumlar tarafından çıkarılmış olup da kanunen tedavül eden senetler, tahviller ve evrak³⁴ ile millî ziynet altınları³⁵, para hükmündedir. Bu madde de paraya eşit sayılan değerlerin sahtecilik suçu yönünden sayılmış olması nedeniyle maddenin TCK.'nın 241. maddesinde yorum aracı olarak kullanılıp kullanılamayacağı değerlendirilmesinde öncelikle kıyas yasağı olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmek gerekmektedir. Paraya eşit sayılan değerler ile tefecilik suçunun işlenmesinin olanaklı olmadığını kabul etmek gerekir. Bunu yasa koyucunun TCK.'nın 197. maddesinde parada sahtecilik fiillerinin düzenledikten sonra ayrıca paraya eşit sayılan değerlerle ilgili düzenleme yapmasından da anlamak mümkündür. 241. madde yönünden böyle bir düşünce olsaydı ayrıca bu hususta düzenleme yapılması iradesinin de ortaya konulması gerekirdi.³⁶ Paraya eşit sayılan değerler ile tefecilik suçunun işlenmesi söz konusu değildir.³⁷

Diğer bir görüşe göre ise; burada “millî ziynet altını” yönünden, TCK.'nın “parada sahteciliğe” ilişkin 198 inci maddesindeki düzenlemenin dikkate alınması mümkün olabilir. Paraya eşit sayılan değerlere yer verilen maddede; “(1) Devlet tarafından ihraç edilip de, hamiline yazılı bonolar, hisse senetleri,

³² Madde metninde paralara eşit sayılan değerler belirlenmiştir. Bu değerler, para değildir, ancak, bunlar da, herhangi bir devir ve ciro işlemine ihtiyaç bulunmaksızın, elden ele geçer ve gerektiğinde tediye vasıtası fonksiyonunu görürler; örneğin teminat olarak yatırılmaları olanaklıdır. (madde gerekçesi)

³³ Hükümet tarafından ihraç olunan bonolar, hisse senetleri, tahvil ve kuponların bu madde gereğince para gibi sayılmaları için başta gelen koşul, Bakanlar Kurulu kararı uyarınca çıkarılmış ve Devlet Hazinesinin borçlandırılmış olmasıdır. Bu itibarla kamu iktisadî teşekküllerince ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarında çıkarılan ve hamile yazılı bulunan bonolar madde kapsamına girmez. (madde gerekçesi)

³⁴ Yetkili kurumlar tarafından çıkarılan ve kanunen tedavül eden senetlerin madde kapsamına girebilmesi için, özel bir kanunla, ilgili kuruluşa kanunen böyle bir yetki verilmesi ve kuruluşlarca çıkarılan senedin kanunen tedavül etmesi yani kabulünün zorunlu olması gerekir. Bu gibi evrakı kağıt paralardan ayıran husus, kâğıt paraların altınla veya madenî parayla değiştirilmesi talep edilmediği hâlde, yetkili kuruluşlarca çıkarılan bu gibi evrakın ya ibrazında veya belirli bir vadenin gelmesinde madenî veya kağıt para ile değiştirilmesinin olanaklı bulunmasıdır. (madde gerekçesi)

³⁵ Maddede ayrıca millî ziynet altınlarından söz edilmekle beraber altın paradan ayrıca bahis edilmemiştir. Gerçekten, ister millî ister yabancı altın para “para” olmak vasfını muhafaza etmekte yani Ülkemizde veya yabancı ülkede kanunen tedavülde bulunmakta ise, bunun diğer paralardan farkı olmaz. Altının borsalarda değer kazanması veya kaybetmesi yani altın paranın üzerinde yazılı nominal değerinden farklı bir kıymetle tedavül etmesi onun “para” olmak vasfına halel vermez. Buna karşılık, Ülkemizde alınıp satılmakta olan ziynet altınlar, kanunen tedavül etmediklerinden “para” sayılmadıkları ve fakat bunların taklit veya taşıyıcı olanaklı bulunduğundan, bunlar hakkında son fıkraya ayrıca hüküm konulmuştur. (madde gerekçesi)

³⁶ **Akkaya, Çetin.** Tefecilik Suçu, Adalet 2013, s.31

³⁷ **Köken, Enes.** Tefecilik Suçu, TBB Dergisi 2016(123), s.82

tahviller ve kuponlar, yetkili kurumlar tarafından çıkarılmış olup da kanunen tedavül eden senetler, tahviller ve evrak ile millî ziynet altınları, para hükmündedir” denilmiştir. Bu itibarla 198 inci madde, her ne kadar genel hükümlerde değil, özel hükümler arasında yer alıp, ilgili suç tipi yönünden bir yollama içerse de, “para” kavramına verilecek anlam konusunda yol gösterici olabilir. Bu çerçevede para hükmünde olan milli ziynet altınlarının tefecilik suçunun konusunu oluşturması mümkün görülmelidir. Çünkü mevzuatımızdaki düzenlemeler bütün olarak incelendiğinde de, bunlar para hükmündedirler.³⁸

Mevzuattaki tabirlerin bütün olarak uygulanması gerektiğinden TCK’nın 198. maddesinde düzenlenen paraya eşit sayılan değerlerin de suçun konusunu oluşturacağını kabul etmek gerektiği ifade edilse de; Yargıtay uygulamasında tefecilik suçunun konusunu, kazanç elde etmek amacıyla başkasına verilen ödünç para oluşturduğundan, 5237 sayılı TCK’nın 2. maddesindeki “Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz” düzenlemesi de dikkate alındığında; failin müştekiye daha fazlasını geri almak üzere ödünç altın vermek suretiyle kazanç elde ettiği kabul edilmiş olsa dahi, kanundaki tanım itibarıyla tefecilik suçunun konusunu tedavüle konan, ekonomik değeri olan ve ödeme aracı olarak kullanılan para oluşturduğu nazara alındığında; failin eyleminin tefecilik suçunu oluşturmayacağı kabul edilmektedir.³⁹

³⁸ **Yenidünya**, s.16-17.

³⁹ Tefecilik suçunun konusunu, kazanç elde etmek amacıyla başkasına verilen ödünç paranın oluşturduğu, 5237 sayılı TCK’nın 2. maddesindeki “Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz” düzenlemesi de dikkate alındığında, suç tarihinde sanığın, müştekinin kardeşi ve dosya tanığı .. Yıldız’a 4.000 TL karşılığı altın vererek 7.000 TL tahsil etmek suretiyle kazanç elde ettiği kabul edilmiş olsa dahi, kanundaki tanım itibarıyla tefecilik suçunun konusunu tedavüle konan, ekonomik değeri olan ve ödeme aracı olarak kullanılan paranın oluşturduğu gözetildiğinde, sanığın eyleminin tefecilik suçunu oluşturmayacağı nazara alınmadan, suçun maddi unsurunu oluşturan konuda yanılgıya düşülerek yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi, **Y. 5.CD., 17/10/2018; 449/7530**; Tefecilik suçunun konusunu, kazanç elde etmek amacıyla başkasına verilen ödünç para oluşturmaktadır. 5237 sayılı TCK’nın 2. maddesindeki “Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz” düzenlemesi de dikkate alındığında; suç tarihinde sanığın müştekiye ertesi yıl iki katını geri almak üzere ödünç onbir adet cumhuriyet altını vermek suretiyle kazanç elde ettiği kabul edilmiş olsa dahi, kanundaki tanım itibarıyla tefecilik suçunun konusunu tedavüle konan, ekonomik değeri olan ve ödeme aracı olarak kullanılan para oluşturduğu nazara alındığında; sanığın eyleminin tefecilik suçunu oluşturmayacağı gözetilmeden suçun maddi unsurunu oluşturan konuda yanılgıya düşülerek yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi, **5.CD., 20/01/2014 gün 2012/15713-2014/607**

4. Hareket – Sonuç

A. Genel Olarak

Tefecilik suçunun hareket unsuru, faiz veya başka bir namla da olsa kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para verme işlemidir.⁴⁰ Bu suçun oluşması için öncelikle ikrazatçılık yapmak üzere yetkili organlardan izin alınmamış olması veya yetkili organlarca verilen iznin iptal edilmiş olması gerekir. İzin alınarak faiz karşılığında ödünç para verilmesi işlemi eylemi suç olmayacaktır.⁴¹ Ayrıca verilen bu paranın da kazanç elde etmek amacıyla verilmiş olması gerektiğinden bir kimsenin paraya ihtiyacı olan kişiye yardımcı olmak amacıyla para verip bir süre sonra geri alması suç oluşturmaz.⁴²

Tefecilik yetkili makamlardan izin alınmadan yapılan faiz karşılığı ödünç para verme⁴³ işlemi olarak tanımlanmaktadır.⁴⁴

⁴⁰ Tefecilik suçunun hareket unsuru, kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para verme işlemidir. **Ceza Genel Kurulu 12.05.2015 gün ve 2014/4-655; 2015/152**

⁴¹ Dava konusu olayda, 01/01/2009 tarihi itibarıyla ikrazatçılık yapmak için vergi kaydı bulunduğu belirtilen sanığın, bu tarihten önceki eylemlerini de kapsar şekilde ikrazatçılık yapmak için ikrazatçılık belgesinin, vergi kaydı ve vergi levhasının bulunup bulunmadığı, bu konu ile ilgili kesilen vergi cezasını ödeyip ödemediği, Hazine Müsteşarlığından izin alınmadan ikrazatçılık yapması için kendisine vergi kaydı ve levhasının verilmesinin mümkün olup olmadığı hususlarının vergi dairesinden ve ilgili kurumlardan sorulup saptandıktan sonra, toplanan tüm kanıtlar irdelenerek hasıl olacak sonuca göre, ikrazatçılık yetkisi dışında kalan hangi fiillerinin suç kapsamında değerlendirildiği denetime olanak verecek şekilde belirlenip, sanığın hukuki durumunun tayin ve takdir edilmesi gerektiği halde eksik inceleme ve yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması, **5.CD., 15/05/2015 gün 7697/11668**; Sanığın suç tarihinde ikrazatçılık yapmak için vergi kaydı ve vergi levhasının bulunup bulunmadığı, bu konu ile ilgili kesilen vergi cezasını ödeyip ödemediği, ikrazatçılık belgesinin olup olmadığı ve Hazine Müsteşarlığından izin alınmadan ikrazatçılık yapması için kendisine vergi kaydı ve levhasının verilmesinin mümkün olup olmadığı hususlarının vergi dairesinden sorulup saptandıktan sonra toplanan tüm kanıtlar irdelenerek hasıl olacak sonuca göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdir edilmesi gerektiği halde eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması, **5.CD., 04/05/2015 gün 9797/11160**

⁴² **Yargıtay Ceza Daireleri Uygulamasında Sıklıkla Rastlanan Bozma Sebepleri**(CMK-TCK-Özel Yasalar), Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, Genişletilmiş 2. Bası, Ankara 2018, s. 818

⁴³ Sanığın katılana faiz karşılığı ödünç para verdiği gerekçesiyle tefecilik suçundan mahkumiyetine karar verilmiş ise de; TCK'nın 241. maddesinde tanımlanan tefecilik suçunun oluşabilmesi için, kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para verilmesinin gerektiği ancak tarafların ve tanıkların beyanları ile iddianame anlatımı dikkate alındığında, katılanın sanıktan tır çekicisi ve dorse satın aldığı, karşılığında bir miktar peşinat verip geri kalan 14.500 Euro'yu yüzde elli faizli olarak 24 ay vadeli şekilde ödeme konusunda anlaştıkları, borcun mal alımından kaynaklandığı, ödünç para verme unsurunun bulunmadığı ve sanığa yüklenen suçun yasal unsurlarının oluşmadığı anlaşıldığından, yüklenen suçtan beraati yerine yanlışlı değerlendirme sonucunda yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi, **Y.5.CD. 14/03/2019; 2015/8702-2019/3067**

⁴⁴ **Korkmaz, Ömer Faruk/ Yazan, Ömer**, Ulusal Fon Döngüsünü Sınırlandıran Bir Faaliyet Olarak Tefecilik, Küresel İktisat ve İşletme Çalışmaları Dergisi, Kış-2012, Cilt:1, Sayı: 2, s.59

Tefecilik suçunun oluştuğunun kabul edilmesi için paranın verildiği tarihte faiz kararlaştırılması gerekir.⁴⁵ Paranın verildiği anda faiz kararlaştırılmadığı hallerde sonradan faiz istense de suç oluşmaz.

TCK'nın 241.maddesinde düzenlenen suçun oluşması için ilk şart, fail tarafından başka birisine para verilmiş olması ve bu paranın da ödünç olarak verilmiş olması gerekir. Taraflar arasındaki karz, ödünç para verme sözleşmesi dışındaki sözleşmeler nedeniyle yapılan işlemler bu suçu oluşturmayacaktır. Örneğin, 2 ton pamuk verilip belli bir süre sonra 5 ton alınması, bir arabayı belli bir süre sonra ödenmek üzere piyasa koşullarının çok üstünde satılması durumunda tefecilik suçu oluşmayacaktır.⁴⁶ Ödünç para verilip karşılığında piyasa ekonomisi koşulları gereği değişen değerini aşan ve kazanç olarak nitelendirilebilecek maddi bir değer talep etmek tefecilik sayılacaktır.⁴⁷

Tefecilik suçunun oluşması için failin elde ettiği fazla değer (faiz) piyasa koşullarının üstünde bir değer olması veya bir başka deyişle ödünç vermiş olduğu paranın piyasa şartlarında uğradığı değer kaybından daha fazla miktarda olmasının gerektiği bu nedenle de ödünç verilen paranın normal piyasa koşullarındaki değer kayıplarını karşılayan fazlalığın (faiz)

⁴⁵ Sanığın suçtan zarar görenlere yılbaşında kendisine belli bir miktar süt teslim etmeleri karşılığında para verdiği ve açık senetler düzenlediği, sütün anlaşma tarihinde teslim edilmemesi halinde daha fazla süt alarak aradaki litre farkını faiz geliri olarak aldığı kabul edilen somut olayda; TCK'nın 241. maddesinde tanımlanan tefecilik suçunun oluşabilmesi için kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para verilmesinin gerektiği gözetilerek, maddi gerçeğin kuşkuyla yer vermeyecek şekilde ortaya çıkarılması bakımından, sanıktan süt karşılığı borç para alan kişilerin yeniden beyanlarına başvurularak, paranın verildiği tarihte faiz kararlaştırılıp kararlaştırılmadığının, faiz ödenmesi kararlaştırılmış ise miktarının sorulması, sanığın, tefecilik yapıp yapmadığının kolluk marifetiyle detaylı ve gizli olarak araştırılması, varsa başka kişilere karşı alacaklı sıfatıyla yaptığı icra dosyalarının, takibe esas senet veya diğer belgelerin, hakkında tefecilik suçuna ilişkin başkaca soruşturma veya kovuşturma evrakı bulunup bulunmadığının tahkik edilmesi, bulunması halinde getirtilip incelenmesi, icra dosyası borçlularının sanıktan faiz karşılığında borç para alıp almadıkları hususunda tanık sıfatıyla beyanlarına başvurulması sonrasında tüm deliller birlikte değerlendirilerek hasıl olacak sonuca göre hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması, **Y.5.CD. 26/09/2019; 2016/9155-2019/8836; Sanığın, Ertuğrul S...a faiz karşılığı ödünç para verdiği gerekçesiyle tefecilik suçundan mahkumiyetine karar verilmiş ise de; TCK'nın 241. maddesinde tanımlanan tefecilik suçunun oluşabilmesi için kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para verilmesinin gerektiği ancak tarafların ve tanıkların beyanları ile iddianame anlatımı dikkate alındığında, adı geçene para vermesi sırasında faiz ödenmesi hususunda anlaşma olmadığı, bu suretle somut olayda faiz karşılığı ödünç para verme ögesinin bulunmadığı ve suçun yasal unsurlarının oluşmadığı anlaşıldığından, yüklenen suçtan beraati yerine yanlışlı değerlendirme sonucu yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi, Y.5.CD. 30/04/2019; 2015/9433-2019/4694**

⁴⁶ **Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa.** Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara, (2014), C.IV, s.7231; **Uğur, Hüsamettin.** Tefecilik Suçunun Pozitif Dayanakları, Unsurları ve Uygulama İlkeleri, Terazi Dergisi Nisan 2007 sh.66.

⁴⁷ **Uğur,** Tefecilik Suçunun Pozitif Dayanakları, Unsurları ve Uygulama İlkeleri, sh.67.

kazanç kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği ifade edilmektedir.^{48, 49} Kanaatimizce maddede “kazanç elde etmek amacından” söz edildiğine göre bu suçun özel saikle işlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle piyasa koşullarında paranın göreceği değer kaybının karşı taraftan talep edilmesinde kazanç elde etmek değil, kişinin zarardan kendisini korumak düşüncesi vardır. Bu nedenle bu halde suçun oluşmayacağını düşünmekteyiz.⁵⁰ Bu düşünceden hareketle kişinin faiz işleyen bir mevduat türünde bulunan parasının karşı tarafça vade dolmadan ihtiyaçta kullanılmak amacıyla istenmesi üzerine vadenin bozulması nedeniyle karşı taraftan vade sonundaki alınacak faiz kadar fark istenmesinde de tefecilik suçunun oluşmadığını kabul etmek gerekir.⁵¹ Kanun koyucu TBK. m.387, m.388, m.88, ve 3095 sayılı Kanun m.1 hükümleriyle, kişilerin verdikleri ödünç karşılığında belirli miktarda faiz elde etmelerine müsaade etmiş bu suretle hukuka uygunluk nedenleri ihdas etmiştir. Bu nedenle belirtilen yasa hükümleriyle çelişmeyen faiz miktarının suç oluşturmayaacağı kabul edilmelidir, aksine kabul hukukun bütünlüğü ilkesinin ihlali anlamına gelecektir. Kararlaştırılan faiz oranının yukarıda belirtilen Yasa hükümlerini aşması halinde hukuka uygunluk sebebinde sınırın aşıldığı ve dolayısıyla da diğer şartlarında mevcudiyeti halinde suçun oluştuğu kabul edilmelidir.⁵² Suçun yorumlanması ve uygulanmasında bu unsurlar gözetilmediği takdirde, ticari olsun olmasın günlük yaşamda iki kişi arasındaki olağan bir para alışverişi dahi suç kapsamında kalabilir. Bu yöndeki bir uygulama ise, başta anayasal bir hak olan sözleşme özgürlüğü (AY md. 48; aynı zamanda BK md. 26) olmak üzere, TBK’nin 386. maddesine açıkça aykırı olur.⁵³

Bir görüşe göre de maddede kazancın niteliğinin yanı sıra niceliği ile ilgili olarak da herhangi bir sınırlamaya yer verilmiş değildir. Dolayısıyla kazancın az yada çok olması belirli bir oranı aşması gibi şartların varlığı tefecilik suçunun

⁴⁸ Özbek, s.34.

⁴⁹ Köken, Enes. Tefecilik Suçu, TBB Dergisi 2016(123), s.89; “hemen belirtmek gerekir ki, tefecinin elde ettiği kazanç, paranın piyasa koşullarında uğradığı değer kaybından fazla olmalıdır.”

⁵⁰ Aksi görüş için bkz Yenidünya, s.12; “Günlük hayatta kişilerin Türk Lirası olarak verdikleri parayı o günün değeri üzerinden altın yahut dövize endeksledikleri, ödünç alanın da, ifa zamanında belirlenen altın yahut döviz üzerinden iadede bulunduğu hallerde, tefecilik suçu oluşmaz. Örneğin, A, B’ye aralarındaki anlaşmaya göre, o günün döviz kuru üzerinden 100 Euro’ya tekabül eden 225 TL verdiğinde, B’nin ifa zamanında 100 Euro karşılığı 253 TL ödemesinde olduğu gibi. Böylece ödünç para verildiği andaki maliyetine/değerine eşdeğer bir tutarda iade edildiğinden tefecilik oluşmaz. Bu ihtimalde bir faiz gelirinden de bahsedilemez. Kaldı ki, döviz kurunun ifa zamanında, TL karşısında değerinin düşmesi de olasıdır. Buna mukabil, kişi enflasyon nispetini aşmamak üzere faiz ile ödünç para vermiş ise, tefecilik suçu oluşur. Enflasyona orantılı faiz, paranın piyasa koşullarında uğradığı değer kaybı olarak nitelendirilirse de, özü itibarıyla, paranın satılması sonucu elde edilen bir gelirden başka bir şey değildir.”

⁵¹ Aynı yönde: Akkaya, Çetin. Tefecilik Suçu, Adalet 2013, s.36-37

⁵² Gıyık, Abdulkaki. Türk Hukukunda Tefecilik Suçu, Ankara 2014, s.23-24.

⁵³ Arslan, Çetin. Tefecilik Suçu, Ankara Barosu Dergisi 2014/1, s. 36

oluşumu bakımından önemli değildir. Kanun koyucu failin kazanç elde etmek amacıyla eylem unsurunu gerçekleştirmesi suçun oluşumu bakımından yeterli görül müştür. Failin elde ettiği kazancın tür veya miktarı önemli değildir. Bu yönde bir düzenleme çeşitli açılardan sorunludur.^{54, 55}

Verilen paranın kazanç elde etmek amacıyla verilmiş olması gerekir.⁵⁶ Bir kimsenin yalnızca paraya ihtiyacı olanlara yardımcı olmak amacıyla para verip belli süre sonra aynı miktarda parayı alması suç teşkil etmediği gibi, bir kimseye döviz cinsinden para verip daha sonra aynı miktarda parayı, döviz aşırı oranda yükselmiş olsa bile, alması tefecilik sayılmayacaktır. Failin verdiği şeyin, başka bir deyişle suça konu şeyin para olması zorunlu ise de, elde edilen kazancın para olması zorunlu değildir, para dışındaki maddi kazançları elde etmek amacıyla birisine ödünç para verilmesi durumunda da bu suç oluşur.⁵⁷ Örneğin,

⁵⁴ İnci, Z. Öz en. Tefecilik, Seçkin 2014, s.167

⁵⁵ İnci, Z. Öz en. Tefecilik, Seçkin 2014, s.39; “Faiz karş ılığı ödünç para veren kişiyi tüketim ödünçü sözleşmesi yapmı ş olarak mı, tefecilik suçunu işlemiş olarak mı kabul edeceğ iz? Bu ayırım nasıl yapılacaktır?”

Tefecilik suçu TCK m.241’de kazanç sağlamak amacıyla ödünç para vermek olarak tanımlanmıştır. Buna göre faiz karş ılığı ödünç para vermek hem tefecilik suçu hem de ivazlı tüketim ödünçü sözleşmesi kapsamında düşünülebilir.

Ortada açık ç eliş ki söz konusudur. Zira hukuk sistemimizin bir yandan izin verdiğ i ve bir sözleş me tipi olarak düzenled iğ i tüketim ödünçü sözleş mesi, ceza hukuku kapsamında bir suç olarak karş ımıza çı kmaktadır. Bu durum bizce TCK m.241’de yer alan tefecilik suçuna ilişkin maddenin eksik ve yetersiz bir düzenleme olmasından kaynaklanmaktadır. Yukarıda açıklad ığımız gibi TBK m.88, %50 fazlaya kadar faizi hukuka uygun kabul ediyor olmasına rağmen, TCK m.241’de kazancın miktarına ilişkin böyle bir belirleme dahi mevcut değildir. Kanaatimizce, tefecilik suçu bakımından ödünç para verme ve ödünç verilen paranın geri verilmesi şeklindeki edimler arasında aş ırı bir oransızlığ ın varlığı aranmalıdır. Baş ka bir deyiş le tefecilik suçunun varlığı, ödünç verilen paraya karş ılık aş ırı faiz iş letilmesi, yani kazancın aş ırı olması hallerine münhasır olarak kabul edilebilmeli ve kanunda bu yönde düzenleme yapılmalıdır. Yine, tüketim ödünçü sözleş mesi ile tefecilik arasındaki farkın netleşebilmesi bakımından tefecilik suçunun ödünç alanın zor durumunun, tecrübesizliğ inin veya iradesindeki zayıflığ ın kullanılmak suretiyle iş lenebileceğ ine yönelik bir düzenlemeye TCK m.241’de yer verilmelidir. Nitekim, Al. CK’nın ilgili maddesinde suçun oluşabilmesi karş ılıklı edimler arasında “aş ırı bir oransızlık” bulunması ve eylemin “mağ durun zor durumundan, tecrübesizliğ inden, iradesindeki zayıflıktan yararlanarak” gerçekleştirilmiş olması aranmıştır. (Aynı yönde: Özbek, Veli Öz er. “Tefecilik Suçu”, CHD. Y: 5, S: 14, Aralık 2010, s.29)”

⁵⁶ Danış tay Vergi Dava Daireleri Genel Kuruluna göre “...Yakın akrabalık bağı veya iş ilişkisi bulunmayan kişiler arasında önemli miktarlardaki paraların günün ekonomik koşullarında karş ılıksız olarak alınıp verilemeyeceğ i kabul edilmiştir” Danış tay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu’nun 17.11.2000, 2000/186-368 (Uğ ur, Tefecilik Suçunun Pozitif Dayanakları, Unsurları ve Uygulama İlkeleri, sh.67)

⁵⁷ Yaş ar, Osman/ Gök can, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa. Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara, (2014), C.IV, s.7232; Aynı yönde; Özbek, s.34: “Kanun paradan bahsettiğ i için altın ve sair menkul kıymet unsurlarının bir baş kasına ivazlı olarak bile olsa ödünç verilmesi halinde tefecilik suçu oluş mayacaktır. Ancak kanımızca suçun oluş ması için ödünç olarak verilen para olması yeterlidir. Bunun karş ılığı olarak verilen

fail bir kimseye, 100.000 TL parayı bir yıl sonra, para ile birlikte kendisine bir adet araba vermesi karşılığında verirse de, tefecilik suçu oluşmuş sayılacaktır. Ödünç verilen paranın karşılığında, para, hizmet veya mal alınmasının suçun oluşumuna bir etkisi yoktur.⁵⁸

Bir kimsenin kazanç elde etmek amacıyla, faiz karşılığında para verme işlemini bir defa gerçekleştirmesi halinde mi yoksa bu eylemi sürekli ve sistemli bir şekilde yapması durumunda mı bu suçun oluşacağı TCK'nın 241. maddesinin düzenlenmesi karşılığında doktrinde tartışmalı hale gelmiştir. Doktrinde bir kısım yazarlar gerek maddenin kenar başlığında suçun "tefecilik" olarak adlandırılması ve gerekse madde gerekçesindeki açıklamaya ve 2279 sayılı Kanunda ikrazatçılıkla ilgili düzenlemelere göre, eski uygulamada olduğu gibi tefecilik suçunun oluşması için failin birçok kişiye faiz karşılığı ödünç para vererek çıkar sağlaması ve bu işi meslek haline getirmesi gerektiğini savunurken^{59, 60}, bir kısım Yazarlar da, Kanun'un fail tarafından bu işi sürekli olarak yapılmasını, tekrarlanmasını aramadığını, bu nedenle bir defaya mahsus olarak bu eylem yapılsa dahi bu suçun oluşacağını ileri sürmektedirler.^{61, 62, 63}

şeyin de mutlaka para olması gerekmez. Nitekim m.241'de "kazanç elde etmek amacından" söz edildiğine göre bu kazancın mutlaka para olması gerekli değildir. Önemli olan ödünç para verilerek bir kazancın elde edilmiş olmasıdır. Dolayısıyla örneğin, ödünç olarak para verilip karşılığında ödünç para verdiği kişinin ya da yakınlarının otomobilin ya da gayrimenkulun alınması gibi."

⁵⁸ **Malkoç, İsmail.** Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu 2.Cilt, (2007), sh. 1661

⁵⁹ **Arslan, Çetin.** Tefecilik Suçu, Ankara Barosu Dergisi 2014/1, s. 34-35; *"Tefeciliğin açıkladığımız bu tanım ve içeriği gözetildiğinde suç tanımında açıkça yer almasa da, itiyadi bir suç olup oluşumu için fail tarafından meslek edinilmesi zorunludur. Bir işin meslek edinilmesinden söz edilebilmesi için ise, bir kişiye birçok kez veya birden fazla kişiye sürekli şekilde ödünç para verilmiş olması zorunludur. Dolayısıyla her ne amaçla olursa olsun bir kişiye bir kez ödünç para vermenin bu suçu oluşturduğundan söz edilmaz."*; **Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem,** Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Toplama Karşı Suçlar US-A Yayıncılık, 3. Baskı Ankara 2017, s.439; *"..tefecilik, kanunun ifadesi tavsife elverişli olmamakla birlikte, itiyadi suçtur. Ne amaçla olursa olsun, bir kişiye bir kez ödünç para vermek bu suçu oluşturmaz. Bu suçun oluşması için, failin, kazanç elde etmek amacıyla, bir kişiye bir çok kez ya da birçok kez birçok kişiye ödünç para vermiş olması gerekir. İşte , o zaman, fail, tefecilik denen mesleği yapmış olur.."*

⁶⁰ **Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer.** Asliye Ceza Davaları, Adalet Yayınevi Ankara 2007 sh.806; **Uğur,** Tefecilik Suğunun Pozitif Dayanakları, Unsurları ve Uygulama İlkeleri, sh.68

⁶¹ **Bekar, Elif.** Tefecilik Suçu, İÜHF M. LXXI, S. 2, s.499-526, 2013, s.508; *"TCK m. 241 düzenlemesiyle, faiz karşılığı bir başkasına bir defa ödünç para verilmesi halinde, tefecilik suçu tamamlanmaktadır. Suçun oluşması için, tefecilik faaliyetinin süreklilik arz etmesine, bunun meslek edinilmesine gerek bulunmamaktadır."*

⁶² **Özbek, s.35, Özgenc, s.547, Malkoç, İsmail.** Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu, Malkoç Kitabevi Ankara 2006 sh.242

⁶³ **Özgenc, s.547;** *"TCK'nın 241. maddesinin düzenlemesiyle, faiz karşılığı bir başkasına bir defa ödünç para verilmesi halinde, tefecilik suçunun tamamlanmaktadır. Suçun oluşması için, tefecilik faaliyetinin süreklilik arz etmesine, bunun meslek olarak ittihaz edilmesine gerek bulunmamaktadır."*

TCK'nın 241. maddesinin başlığı tefecilik olarak konulup bu tefecilik eylemi de 90 sayılı Kanun Hükmünde Kararname⁶⁴nin 9. maddesinde belirlenirken süreklilikten bahsedilmemesi, anılan maddede bu işin meslek itti haz edilmesinin alternatif şartlardan olması, bu hükümde tefeciliğin meslek itti haz edilmesinden bahsedilmiş olsa bile TCK'nın 2/2. maddesine göre idarenin düzenleyici işlemleriyle ve dolayısıyla KHK ile, suç ve ceza konulmasının mümkün olmaması, TCK'nın 241. maddesinde madde metninde “başkasına” ödünç para vermekten bahsedilip, “başkalarına” tabirinin kullanılmaması, sürekliliğin hem madde metninden hem de gerekçesinden çıkarılmasının mümkün olmaması, hatta madde gerekçesinde “başkasına ödünç para veren kişi” ve “ödünç para alan kişi”den bahsedilmesi nedenleriyle, bir defa dahi faiz karşılığı ödünç para verme eyleminin bu suçu oluşturacağı kabul edilmelidir.⁶⁵

Uygulama da bu şekilde istikrar kazanmıştır;⁶⁶

⁶⁴ Özgenç, s.548; “Her ne kadar 90 s. KHK hükümleri sarıh veya zımnı olarak dikkate alınmakta ise de; bu uygulamanın hukuki dayanağı bulunmamaktadır. Zira 90 s. KHK, gerekli izinler alınmadan veya iznin iptaline rağmen ikrazatçılık faaliyetinde bulunulmasının tefecilik sayılacağına dair hüküm içermektedir.”

⁶⁵ Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa. Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara, (2014), C.IV, s.7233; Aynı yönde Yenidünya, s.9; “6361 sayılı Kanunun düzenlemeleri çerçevesinde, 90 sayılı KHK. yürürlükten kaldırdığından ve hukuk sistemimizde “ikrazatçılık” yasal finansal bir faaliyet olmaktan çıkarıldığından, tefeciliğin; “kazanç elde etmek amacıyla ödünç para vermeyi sürekli olarak ve meslek haline getirerek yapıp yapılmaması” önemli değildir. Bu itibarla 90 sayılı KHK. hükümleri esas alınarak v15e ikrazatçılığın tanımından hareketle yapılan bu tarz değerlendirmelerin, bir önemi kalmamıştır. Öte yandan, 241 inci maddenin açık hükmü karşısında da, aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Şu halde, kişinin, sadece bir defa kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para vermesi yeterlidir”

⁶⁶ 5237 sayılı TCK yürürlüğe girmeden önceki dönemde tefecilik suçunun oluşması için Ceza Genel Kurulunun 03.07.1995 gün ve 207-236 sayılı kararında da vurgulandığı üzere, bir kimse- nin birden fazla kişiye sürekli ve sistemli bir biçimde faiz karşılığı ödünç para vermek suretiyle kendisine çıkar sağlaması gerekmektedir. 5237 sayılı TCK'nun 241. maddesindeki düzenleme- ye göre ise, kişinin yalnızca bir kişiye ödünç para vermesi suçun oluşması için yeterli olup bu işi meslek haline dönüştürüp dönüştürmemesinin bir önemi bulunmamaktadır. Bu nedenle suçun temadi ettiğinden ve birden fazla kişiye ödünç para verilmesinin tek suç oluşturduğun- dan bahsedilemeyecektir. Nitekim tefecilik suçundan verilen hükümlerin temyiz incelemesini yapan Özel Dairelerce de durum bu şekilde kabul edilmiştir. **Ceza Genel Kurulu 12.05.2015 gün ve 2014/4-655; 2015/152;** TCK'nın 241. maddesinde tanımlanan tefecilik suçunun oluşabilmesi için kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para verilmesinin yeterli oluşu, ayrıca birden fazla kişiye sistemli olarak faiz karşılığı ödünç para verilmesinin suçun unsuru olarak aranmaması ve aralarında yakın akrabalık bağı veya iş ilişkisi bulunmayan kişiler arasında günün ekonomik koşulları nazara alındığında yüksek sayılabilecek miktarda paranın karşılıksız verilmesinin hayatın olağan akışına uygun olmaması, .. **Y.5.CD. 03/10/2019; 2017/5437-2019/9196;** TCK'nın 241. maddesinde tanımlanan tefecilik suçunun oluşabilmesi için kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para verilmesinin yeterli oluşu, ayrıca bir- den fazla kişiye sistemli şekilde faiz karşılığı ödünç para verilmesinin suçun unsuru olarak aranmaması ve aralarında yakın akrabalık bağı veya iş ilişkisi bulunmayan kişiler arasında günün ekonomik koşulları nazara alındığında yüksek sayılabilecek miktarda paranın karşılık- sız verilmesinin hayatın olağan akışına uygun olmaması, **Y. 5.CD., 19/06/2018; 11573/4508;**

Bu suç kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para verme eylemiyle tamamlanır.^{67, 68, 69}

Uygulamada da TCK'nın 241. maddesinde düzenlenen tefecilik suçunun maddede yazılı tipik hareketin bir kez işlenmesiyle oluşan sırf hareket suçu niteliğinde bulunduğu, bu suçun ivaz karşılığında ödünç paranın borç alana verilmesiyle tamamlandığı, kabul edilmektedir.⁷⁰ Paranın verildiği tarihin net olarak tespit edilmesi gerekir.⁷¹

01/06/2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 241. maddesinde tefecilik suçunun "Kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi..." biçiminde tanımlandığı, bu düzenlemeye göre suçun oluşması için sanığın yalnızca bir kişiye bile kazanç gayesiyle ödünç para vermesi yeterli olup, bu işi meslek haline dönüştürüp dönüştürmemesinin öneminin bulunmadığı nazara alındığında, mahkemece oluşu uygun olarak sabit görülen katılana faiz karşılığı para verme fiilinin atılı suçu oluşturacağı gözetilmeden, eylemde süreklilik şartı gerçekleştirmediği ve faizle borç verme işini meslek haline getirmediğinden bahisle yasal olmayan gerekçe ile sanığın beraatine karar verilmesi, **Y.5.CD. 21/05/2019; 2014/3843-2019/5535; TCK'nın 241. maddesinde tanımlanan tefecilik suçunun oluşabilmesi için kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para verilmesinin yeterli oluşu, ayrıca birden fazla kişiye sistemli şekilde faiz karşılığı ödünç para verilmesinin suçun unsuru olarak aranmaması ..Y. 5.CD., 15/01/2018 gün 10131/118; TCK'nın 241. maddesinde düzenlenen tefecilik suçunun, kazanç elde etmek amacıyla borç para verilmesiyle oluşacağı, bunu meslek haline getirmenin suçun unsurları içerisinde yer almadığı halde, değişik zamanlarda ve farklı kişilere karşı tefecilik eylemini zincirleme biçimde işlediği kabul edilen sanık hakkında TCK'nın 43. maddesinin uygulanmaması, Y. 5.CD., 01/12/2016 gün 7739/9389**

⁶⁷ Özbek, s.35.

⁶⁸ Özgenç, s.547; "Söz konusu suç, ivaz karşılığında ödünç paranın borç alana verilmesiyle tamamlanmış olmaktadır. Başka bir ifadeyle, suçun tamamlandığı an, karz akdinin yapıldığı an değildir. Karz akdinin konusunu oluşturan misli eşyanın (örneğin paranın) zilyedliğinin ödünç alana devriyle aynı zamanda bunun üzerindeki mülkiyet de ödünç alana geçmektedir. Bu itibarla, tefecilik suçu, ivaz karşılığı ödünç olarak verilen paranın mülkiyetinin borç alana geçtiği anda tamamlanmış olmaktadır. Suçun tamamlanması için ivazın temin edilmiş olması şart değildir. Hatta, ödünç olarak alınan paranın vadesinde geri ödemesinin yapılmamış olmasının da suçun oluşması üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır."

⁶⁹ Tefecilik suçu, kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para verme eylemiyle tamamlanır. Kasten işlenen bir suç olup suçun tamamlanması için fiilen kazanç elde edilip edilmediğinin ve ödünç verilen paranın geri ödenip ödenmediğinin bir önemi bulunmamaktadır. **Ceza Genel Kurulu 12.05.2015 gün ve 2014/4-655; 2015/152**

⁷⁰ Sırf hareket suç niteliğinde olan tefecilik suçunun kazanç karşılığı ödünç paranın verilmesi ile oluşacağı, suçun tamamlanması için ivazın temin edilmesi şart olmadığı gibi ödünç olarak alınan paranın vadesinde geri ödemesinin yapılmamış olmasının da suçun oluşumu üzerinde bir etkisinin bulunmadığı, somut olayda da katılan Ali B...ve müşteki Serkan O....'in faiz karşılığı borç parayı sanık Nihal'den aldıklarını beyan etmeleri, sanık Umud'tan ödünç para aldıklarına dair bir isnadın ve bu yönde bir ikrarın bulunmaması, vergi inceleme raporu içeriği ve tüm dosya kapsamı nazara alındığında sanık Umud'un atılı suçu işlediğine dair cezalandırmaya yeter her türlü şüpheden uzak ve somut delil elde edilemediği gözetilerek beraatine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçelerle mahkumiyet hükmü tesisi, **Y. 5.CD., 01/12/2016 gün 7739/9389**

⁷¹ Gerekçeli kararda suç tarihinin 11/07/2006, 20/07/2007 olarak belirtildiği, bu tarihin senet tanzim tarihleri olduğu, katılanın şikayet dilekçesinde ve aşamalardaki beyanlarında sanık

Suç tarihi, sanığın son olarak faizle borç para verdiği tarihtir.⁷² Önemli olan ödünç para vermenin yapıldığı tarihtir.⁷³ Yargıtay'ca tefecilik suçunda suç tarihinin, kazanç elde etmek amacıyla ödünç paranın verildiği tarih, zincirleme suçlarda ise son suçun işlendiği gün olduğu kabul edilmektedir.⁷⁴

lardan hangi tarihlerde para aldığını net olarak belirtmediği, tefecilik suçunda suç tarihinin, kazanç elde etmek amacıyla ödünç paranın verildiği tarih, zincirleme suçlarda ise son suçun işlendiği gün olduğu nazara alınarak zamanaşımı süresinin dolup dolmadığının tayini bakımından suç tarihinin belirlenmesi gerektiği anlaşılmakla, katılan Faruk'un yeniden dinlenerek suç tarihinin kesin olarak belirlenmesinden sonra hasıl olacak sonuca göre sanıkların hukuki durumlarının takdir ve tayini gerekirken, eksik inceleme ve yetersiz gerekçeyle yazılı şekilde hükümler kurulması, **Y.5.CD. 11/06/2019; 2016/5759-2019/6036**

⁷² Tefecilik suçu, kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para verme eylemiyle tamamlanır. Kasten işlenen bir suç olup suçun tamamlanması için fiilen kazanç elde edilip edilmediğinin ve ödünç verilen paranın geri ödenip ödenmediğinin bir önemi bulunmamaktadır. Suç tarihi ise kazanç elde etmek amacıyla ödünç paranın verildiği tarihtir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Şikâyet dilekçesinde sanıktan borç para aldığı tarihi belirtmeyen katılan, Cumhuriyet savcılığındaki 20.06.2008 tarihli ifadesinde, anılan tarihten iki yıl önce borç para aldığını beyan etmiş ise de, icra takip dosyasındaki senedin düzenleme tarihinin 25.03.2004 olması, sanığın evinde yapılan aramada ele geçirilen defterde ödemelerin 2004 yılında başladığı bilgisine yer verilmesi, katılanın mahkemedeki 13.05.2009 günlü beyanında, sanıktan yaklaşık beş yıl önce borç para aldığını ve icra takibine konu senedi gördüğünde, 2004 yılında borç para aldığını hatırladığını ifade etmesi, 22.03.2010 havale tarihli dilekçesinde ise 2004 yılı yerel seçimlerinin yapıldığı dönemde sanıktan borç para aldığını belirtmesi ve sanığın da aynı tarihlerde katılana borç para verdiğini savunması karşısında; suç tarihinin senedin düzenleme tarihi olan 25.03.2004 olduğu kabul edilmelidir. **Ceza Genel Kurulu 03/10/2017 tarih ve 2016/5-781; 2017/373**

⁷³ 7.CD'nin 5.5.2006, 2004/17192-2006/6559 sayılı karar (**Uğur**, Tefecilik Suçunun Pozitif Dayanakları, Unsurları ve Uygulama İlkeleri, sh.72).

⁷⁴ Tefecilik suçunda suç tarihinin, kazanç elde etmek amacıyla ödünç paranın verildiği tarih, zincirleme suçlarda ise son suçun işlendiği gün olduğu nazara alındığında, sanıkların tefecilik suçunu işledikleri iddiasıyla açılan İmamoğlu Asliye Ceza Mahkemesinin 2010/176 E. 2013/255 K. sayılı dava dosyasında 2009 yılı ve öncesinde tefecilik yaptığı iddiasıyla yargılandıklarının anlaşılması karşısında tefecilik suçunun zincirleme biçimde işlenebileceği nazara alınarak, söz konusu dosyanın araştırılması, derdest ise birleştirilmesi, karara çıkmış ve kesinleşmiş ise onaylı örneklerinin getirilerek incelenmesinden sonra eylemler arasında hukuki kesinti oluşup oluşmadığının ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına saptanması, ayrıca zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğinin belirlenmesi halinde sanıklara TCK'nın 241. maddesi gereğince verilecek cezadan aynı Kanunun 43/1. maddesi uyarınca artırım yapıldıktan sonra kesinleşen dava dosyasından verilen cezanın mahsubu ile oluşur ise aradaki fark kadar cezaya hükmedilmesi, hukuki kesintinin gerçekleşmesi halinde ise ayrı ceza verilmesi gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ve yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde karar verilmesi, **Y. 5.CD., 17/10/2017 gün 9183/4374**; Sırf hareket suç niteliğinde olan tefecilik suçunun kazanç karşılığı ödünç paranın verilmesi ile oluşacağı, suçun tamamlanması için ivazın temin edilmesi şart olmadığı gibi ödünç olarak alınan paranın vadesinde geri ödemesinin yapılmamış olmasının da suçun oluşumu üzerinde bir etkisinin bulunmadığı, somut olayda da katılan Ali B...ve müşteki Serkan O...'in faiz karşılığı borç parayı sanık Nihal'den aldıklarını beyan etmeleri, sanık Umud'tan ödünç

Faizin ödenip ödenmediği, bu paranın iade edilip edilmemesi, faizin ödenmiş olup olmaması suçun oluşması ve dolayısıyla suç tarihi açısından önemli değildir.⁷⁵

B. Senet Kıрма veya POS Tefeciliği

Madde gerekçesinde; *“Tefecilik suçu, iktisadi hayatımızda, “senet kırdırma” denen usulle de işlenebilir. Örneğin henüz vadesi gelmemiş bir bononun vadesinden önce başkasına verilerek karşılığında bono üzerinde yazılı meblağdan daha az bir paranın alınması durumunda tefecilik suçu oluşur. Çünkü, bu durumda bononun el değiştirmesi, kişiler arasında doğmuş olan bir alacak borç ilişkisine dayanmamaktadır. İfade yerinde ise, bu durumlarda, birer ödeme aracı olan bononun veya çekin kendisi satılmakta ve satın alınmaktadır.”* şeklindeki açıklama karşısında senet kırdırma, alışveriş yapılmış gibi kredi kartı kullanılarak kart sahibine çekim bedelinden daha az paranın ödenmesi hallerinin tefecilik sayılıp sayılmayacağı hususunun tartışılması gerekir. Bu husus son derece tartışmalı olup uygulamada sıklıkla rastlanması karşısında ayrıca irdelenmesi gerekmiştir.

a. Senet kıрма suretiyle tefecilik

Senet kıрма suretiyle tefecilik suçunun işlenip işlenemeyeceği hususunda farklı görüşler mevcuttur.

Bir görüşe göre; madde gerekçesinde tefecilik suçunun senet kırdırma denen usulle de işlenebileceği ifade edilmekte ise de; gerekçeye katılmanın mümkün olmadığı, gerekçenin hükme dahil olmayıp ancak hükümde yer

para aldıklarına dair bir isnadın ve bu yönde bir ikrarın bulunmaması, vergi inceleme raporu içeriği ve tüm dosya kapsamı nazara alındığında sanık Umut’un atılı suçu işlediğine dair cezalandırmaya yeter her türlü şüpheden uzak ve somut delil elde edilemediği gözetilerek beraatine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçelerle mahkumiyet hükmü tesisi, **Y. 5.CD., 01/12/2016 gün 7739/9389**; Mağdur Mevlüt Y...’nın 12.12.2006’da polise verdiği ifadede, Cemal Ş...’den borç parayı 3 yıl önce aldığını söylediği, 8.7.2008 tarihli savcılık ifadesinde bu tarihi yaklaşık 4 sene kadar önce olarak bildirdiği, 30.12.2008 tarihinde Cumhuriyet Savcısı-na verdiği ifadede bundan üç sene önce şeklinde ifade ettiği, iddianamede suç tarihi olarak Aralık 2005’in gösterildiği, mahkemece ise; borç para alışverişinin 2003 yılında gerçekleştiği kabul edilmekle birlikte, faiz ödemelerinin uzun bir süre devam etmesi sebebiyle zamanının söz konusu olmadığı sonucuna varıldığı, tefecilik suçunda suç tarihinin borcun verildiği tarih olarak kabul edilmesi sebebiyle, bu hususun kesin şekilde tesbitinin önem taşıdığı dikkate alınarak; mağdur Mevlüt Y...’ndan tekrar sorulmak ve varsa başka yollardan yapılacak araştırma sonucuna göre en son borç verilme tarihi kesin olarak tesbit edildikten sonra, sanıkların hukuki durumlarının tayini gerekirken, eksik soruşturma ile karar verilmesi, **Y. 6.CD., 13/02/2017 gün 7472/293**

⁷⁵ Sırf hareket suç niteliğinde olan tefecilik suçunun kazanç karşılığı ödünç paranın verilmesi ile oluşacağı, suçun tamamlanması için ivazın temin edilmesi şart olmadığı gibi ödünç olarak alınan paranın vadesinde geri ödemesinin yapılmamış olmasının da suçun oluşumu üzerinde bir etkisinin bulunmadığı, **Y. 5.CD., 01/12/2016 gün 7739/9389**

alan kavramlara anlam vermek için bir yorum aracı özelliğinin bulunduğu, metinde “ödünç para vermekten” söz edildiğine göre gerekçeyi esas alarak hükmün kapsamına kıymetli evrakin da dahil olduğunu ifade etmenin mümkün olmadığı, senet kırdırma halinde ödünç verilen paradan söz etmek mümkün olmadığı, benzer durumun kredi kartının kullanılması suretiyle işlenen eylemler için de geçerli olduğu ifade edilmiştir.⁷⁶ Aksinin kabulünün gerekçeye sığınılarak yorum yapıldığı gerekçesiyle aslında kıyas yapılması sonucunu doğurduğu belirtilmiştir.^{77, 78}

Diğer bir görüşe göre ise;

İktisadi hayatımızda, “senet kırdırma usulüyle tefecilik” denen bir yöntemin izlendiğinin gözlemlendiği⁷⁹, madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, bu gibi durumlarda bono veya çekin hamili olan kişi ile üçüncü şahıs arasında tesis edilmiş olan bir ticari ilişkiye dayanan bir borç bulunmadığı, aksine, bono veya çekin hamilinin salt değişmesiyle, “alacaklı” sıfatı üçüncü kişiye

⁷⁶ **Özbek**, s.37, **Özbek, Veli Özer / Kanbur, Nihat / Bacaksız, Pınar**. Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 14. Bası, Seçkin 2019, 955

⁷⁷ **Arslan, Çetin**. Tefecilik Suçu, Ankara Barosu Dergisi 2014/1, s. 38; “*Senet kırdırma yönteminde ise, henüz vadesi gelmemiş bir kambyo senedi, üzerinde yazılı meblağdan daha az bedelle başkasına devredilmekte, bir anlamda satılmaktadır. Duruma göre iskonto (kırdırma/indirim) veya iştira kredisi niteliğinde olan bu işlemi, tefeciliğin tanımında yer alan “ödünç para verme” olarak nitelemenin mümkün olmaması sebebiyle suç teşkil ettiğinden de söz edilemez. Aksi düşünce veya uygulama kıyas ve kıyasa yol açacak yorum yasağına aykırılık teşkil eder.*”

⁷⁸ Aynı yönde: **Akkaya, Çetin**. Tefecilik Suçu, Adalet 2013, s.47; “5237 sayılı TCY’nın Adalet Komisyonu Raporundaki, “Madde başlığı ve gerekçesi madde metninin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır” biçimindeki açıklama uyarınca, metinle çelişmeyen gerekçenin maddenin yorumlanmasında dikkate alınması gerekmektedir. (CGK’nın 20/06/2006 gün ve 2006/5-178-2006/163 sayılı kararı) Madde metninde “ödünç para vermekten” söz edildiğine göre tefecilik suçunun senet kırdırma denen usulle de işlenebileceği yönündeki gerekçenin metinle açıkça çeliştiğini ve madde metninin yorumlanmasında dikkate alınamayacağını düşünmekteyiz. Senet kırmanın niteliği itibarıyla ödünç olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Suçun konusunun para olduğu hususunun tartışmasız olması, yasa koyucunun TCK’nın 197. maddesinde parada sahtecilik fiillerini düzenledikten sonra ayrıca 198. maddede paraya eşit sayılan değerlerle ilgili düzenleme yapması karşısında, 241. madde yönünden böyle bir düşünce olsaydı ayrıca bu hususta düzenleme yapılması iradesinin de ortaya konulması gerektiği cihetle aksine bir yorumun yasaya uygun olmayacağını düşünmekteyiz.”

⁷⁹ **Özgenç**, s.549; “Aslında bu gibi durumlarda bir bono veya çeke bağlanmış olan bir alacağın temlikli söz konusudur (Borçlar Kanunu, m. 162 vd.). Uygulamamız göz önünde bulundurulduğunda, bono veya çeke bağlanmış olan bir alacak, alacaklı tarafından; Nakit para ihtiyacını karşılamak için, bononun vadesinden, çekin ise üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce üçüncü bir kişiye ciro edilmesi suretiyle, Hukuki yolla tahsilinde güçlükle karşılanması sebebiyle, üçüncü bir kişiye devredilmektedir. Üçüncü kişi, kendisine devredilen bu alacağın karşılığında, alacaklıya bono veya çek üzerinde yazılı meblağdan daha düşük miktarda bir para ödemektedir. Bu suretle, tefecilik yasağına ilişkin mevzuat hükümleri dolanılmaktadır. Hatta bu yöntem, bir alacağın hukuk dışı yollarla, yani cebir veya tehdit kullanılmak suretiyle tahsilinde bir araç olarak kullanılmaktadır”.

geçtiği, bu yöntemlere başvurulmasının, ticari hayattaki olağan olmayan hastalıklı ilişkilerin bir göstergesi olduğu, bu suretle, bir alacağın kambiyo senedine bağlanmasının ve cironun ticari hayatta sağladığı kolaylığın kötüye kullanıldığı, başvurulmuş bu yöntemin, müzayaka haline düşmüş olan kişilerin sırtından haksız kazanç elde etme aracı olarak kullanıldığı, bu mülahazalarla, belirtilen yöntemle başvurulması tefecilik suçu kapsamında değerlendirildiği, bu gibi durumlarda, suç, bono veya çekin ciro edilmesi karşılığında üçüncü şahıs tarafından alacaklıya ödeme yapıldığı tarihte işlenmiş olduğu ifade edilmiştir.^{80, 81}

Yargıtay uygulamasında senet veya çek kırma suretiyle komisyon karşılığı tefecilik suçunun işlenebileceği kabul edilmektedir.^{82, 83, 84} Yargıtay uygulamasına göre, tefecilik suçu, madde gerekçesinde de açıklandığı üzere

⁸⁰ Özgenç, s.549-550.

⁸¹ Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa. Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara, (2014), C.IV, s.7237; Aynı yönde **Yenidünya**, s.12-13; “Kanımızca “senet kırma” yöntemi, “tefecilik suçu” yönünden “tipik” bir eylemdir. Şöyle ki; B, C’den aldığı ileri bir tarihe vadeli bono yahut çekin vadesini bekleyemediği için, karşılığında senette yazılı meblağdan daha düşük miktarda para alarak A’ya ciro ettiğinde, A aslında çek bedelinden daha az bir para vermekle, çekin üzerinde yazılı bedel ile verdiği arasındaki farkı, kazancı olarak, ileriki bir tarihte almayı öngörmektedir. B’nin, C’den olan alacağını, temlik alan A’nın, cirosu vesilesiyle B de borçlusu olmaya devam etmektedir. Aslında bu durumun, A’dan ödünç para alan B’nin, aldığı paradan daha fazla bir miktarı ileride ödemeyi taahhüt etmesi ve karşılığında senet imzalamasından farkı da yoktur. Bu ihtimalde de, suçun tamamlanma anı (işlendiği tarih); senedin ciro edilmesi karşılığında, senet alacaklısına (B’ye) ödünç paranın verildiği andır.”

⁸² Tanık’ün, aralarındaki ticari ilişki nedeniyle kömür alımında teminat olarak kullanılmak ve kömürün satımından sonra % 10 karla iade edilmek üzere çok sayıda çek keşide ederek Mehmet Erdoğan’a verdiği ve bu şahsın da aradaki bu ticari ilişkiye rağmen, bu çeklerden bir kısmını saniğa teslim edip karşılığı olan tutardan daha düşük miktarda parayı borç olarak aldığı, saniğin de bu çeklerle ilgili olarak tanık Selami ... hakkında icra takibi başlattığının iddia edilmesi karşısında, Mehmet ... isimli şahsın bu hususlarda beyanına başvurulmasından sonra, tanık Selami G...’ün aşamalarındaki beyanları, Mehmet E. isimli şahıs hakkında bu ticari ilişki ve sonrasında çeklerin başka şahıslara ciro edilmesi eylemi nedeniyle dolandırıcılık suçundan kamu davası açılmış olması, tanık Selami hakkında yapılan icra takibi, Vergi Dairesi Başkanlığınca düzenlenen 04/02/2009 tarihli Vergi İnceleme ve Suç Duyurusu raporlarındaki tespitler, hayatın olağan akışı ve ticari hayatın kuralları çerçevesinde değerlendirilerek, uygulamada “çek kırdırma” olarak bilinen eylemin gerçekleşip gerçekleşmediği tartışılmadan, eksik inceleme ve yetersiz gerekçeyle yazılı şekilde beraet kararı verilmesi **5.CD. 20/05/2013, 7693/5398**

⁸³ Hal böyle olunca; öncelikle faiz geliri elde edildiği iddia olunan çeklerin kimler tarafından saniğa verildiğinin tespit edilerek, çeklerin saniğa hangi maksatla verildiği, saniğa çekin kındırılması karşılığında komisyon veya başka ad altında para verilip verilmediği hususlarında bu kişilerin beyanlarının alınmasından sonra saniğin hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, eksik soruşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması **5.CD. 30/04/2013, 6478/4096**

⁸⁴ Sanıkların değişik zamanlarda çek kırmak suretiyle komisyon karşılığı tefecilik suçlarını işlemeleri nedeniyle, TCK’nın 43/1. maddesindeki zincirleme suç hükmünün uygulanma olanağının tartışılmaması **4.CD. 14/02/2013, 1822/4112**

“senet-çek kırdırma” denilen yöntemle de işlenebilir.⁸⁵ Örneğin henüz vadesi gelmemiş bir bononun vadesinden önce başkasına verilerek karşılığında bono üzerinde yazılı meblağdan daha az bir paranın alınması durumunda tefecilik suçu oluşur. Çünkü, bu durumda bononun el değiştirmesi, kişiler arasında doğmuş olan bir alacak borç ilişkisine dayanmamaktadır. Bu gibi durumlarda, birer ödeme aracı olan bononun veya çekin kendisi satılmakta ve satın alınmaktadır.⁸⁶ Yargıtay’ın uygulaması istikrar kazanmıştır.⁸⁷

⁸⁵ Suçtan zarar görenlerin ve tanıkların soruşturma aşamasında alınan samimi beyanlarında sanıklara komisyon karşılığında çek kırdırdıklarını beyan etmeleri ve vergi inceleme raporu içeriğinde de bu durumun teyit edilmesi hususları nazara alındığında, sanıkların komisyon karşılığında çek kırmak suretiyle tefecilik suçunu işledikleri sabit olduğu halde, atılı suçtan mahkumiyetleri yerine yanlışlığı değerlendirme sonucu yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi, **Y.5.CD. 09/09/2019; 2016/9298-2019/7630**

⁸⁶ Mağdurların mahkemede kısmen farklılık gösterse de özünde değişmeyen istikrarlı anlatımları, sanığın çevredekilere sürekli borç para verdiğine ilişkin araştırma tutanağı, bu tutanağı doğrulayan tanıklar Cemal ve Yunus’un beyanları, sanığın yakın akrabalık ve iş ilişkisi bulunmayan kişilere karşılıksız olarak sürekli borç para verdiğine ilişkin savunmasının hayatın olağan akışına ve genel hayat tecrübelerine uygun düşmediği dikkate alındığında; kuyumculuk yapan sanığın, mağdurlar Zeynel ... ve Dursun A....’ın ödünç para talep etmeleri üzerine, herhangi bir altın alım satımı olmadığı halde, altın satmış gibi mağdurlardan çek aldıktan sonra, bu kez sattığı altını hurda altın olarak geri alıyormuş gibi hesap yaparak, çek bedelinden daha az bir parayı mağdurlara verme biçimindeki eyleminde, çekin el değiştirmesi kişiler arasında doğmuş olan bir alacak borç ilişkisine dayanmayıp, kazanç elde etmek amacıyla çekin kendisi satın alınarak ödünç para verildiğinden TCK’nun 241. maddesinde düzenlenen tefecilik suçunun tüm unsurlarının oluştuğu kabul edilmelidir. **Ceza Genel Kurulu 12.05.2015 gün ve 2014/4-655; 2015/152**

⁸⁷ Sanığın, mağdurlardan aldığı vadeli çekleri bedelinin altında kırarak onlara nakit ödeme yapmak suretiyle tefecilik suçunu işlediğinin iddia edilmesi karşısında, maddi gerçeğin kuşkuyla yer vermeyecek şekilde ortaya çıkarılması açısından; tefecilik yapıp yapmadığı hususunda kolluk araştırması yaptırılması, ilgili icra dairelerinden sanığın alacaklı olduğu icra dosyalarının sorulup, var ise aslı veya onaylı suretlerinin getirtilip borçlu gözükten kişilerin faiz karşılığı sanıktan para alıp almadıkları konusunda tanıklıklarına başvurulması ve vergi dairesince vergi inceleme raporu düzenlenip düzenlenmediğinin araştırılması sonrasında hasıl olacak sonuca göre bir karara varılması gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması, **Y. 5.CD., 07/11/2018; 7756/8651; 01/06/2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK’nın 241. maddesinde tanımlanan tefecilik suçunun oluşabilmesi için kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para verilmesinin yeterli oluşu, ayrıca birden fazla kişiye sistemli olarak faiz karşılığı ödünç para verilmesinin suçun unsuru olarak aranmaması, Dairemizce de benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 12/05/2015 gün ve 2014/4-655 Esas, 2015/152 sayılı Kararında da açıklandığı üzere kişiler arasında doğmuş bir alacak borç ilişkisine dayanmayan kazanç elde etme amaçlı ödünç para verme eylemlerinin tefecilik suçu kapsamında bulunması ve aralarında yakın akrabalık bağı veya iş ilişkisi bulunmayan kişiler arasında günün ekonomik koşulları nazara alındığında yüksek sayılabilecek miktarda paranın karşılıksız verilmesinin hayatın olağan akışına uygun olmaması nazara alındığında; müştekiler Nusret E...ve Suat T....’in beyanları, sanığın zaman zaman kendisine gelen vadeli çekleri bedelinin altında kırdığına ve nakit ödeme yaptığına ilişkin tevilli ikrarı ile tüm dosya kapsamından sanığın herhangi bir mal veya hizmet alım ya da satımı olmaksızın üzerlerindeki bedellerin altında çek kırmak ve kazanç sağlamak suretiyle zincirleme tefecilik fi-**

b. Kredi kartı (POS) tefeciliği

Kredi kartları, modern ticari yaşam içinde, değişen ve gelişen teknolojik yeniliklere paralel olarak yapılan alışverişlerde sıklıkla kullanılması sebebi ile, değişim aracı olan nakit veya kıymetli evrakin yerini alarak, çağımızda tartışmasız çok büyük bir öneme haiz olmuştur. Bu sayede tüketicilerin mal ve hizmet alımı sırasında yanlarında sürekli olarak nakit bulundurma zorunlulukları da önemli ölçüde azalmıştır. Bunun yanı sıra tüketiciler açısından nakit temin etme hususunda da hatırı sayılır bir kolaylığa sahip olan kredi kartları, kullanım tarzı açısından ise günümüzde suç konusu teşkil edebilecek çeşitli şekillerde karşımıza çıkmaktadır.⁸⁸

Kredi kartının tanımı, 5464 sayılı Banka ve Kredi Kartları Kanunu'nun 3. maddesinde yapılmıştır. Buna göre;

Kredi kartı, nakit kullanımı gerekmeksizin mal ve hizmet alımı veya nakit çekme olanağı sağlayan basılı kartı veya fiziki varlığı bulunmayan kart numarasını, ifade eder.

Banka kartı, bankanın kurduğu sisteme hukuka uygun olarak girmeyi sağlamaktadır. Bu kart, saptanan ve kart sahibince bilinen bir numara marifetiyle, banka görevlisinin yardımı olmadan, kart sahibinin kendi hesabından para çekmesini veya diğer işlemler yapmasını sağlamaktadır. Kredi kartları ise, banka ile kendisine kart verilen kişi arasında yapılmış bir sözleşme gereğince, kişinin bankanın belirli koşullarla sağladığı kredi olanağını kullanmasını temin eden araçtır. Bunlar arasındaki en önemli fark, banka kartı hamilinin kartın nakit karşılığı bulunması halinde bu kartı kullanmasının mümkün olmasına karşın, kredi kartı hamilinin hesabında nakit bulunmaksızın alışveriş yapma imkanına sahip olmasıdır.⁸⁹

Kredi kartı, bankalar ve kart çıkarmaya yetkili kuruluşların müşterilerine belirli limitler dahilinde açtıkları krediler ile nakit kullanmaksızın mal veya hizmet alımı veya nakit kredi çekme imkanı sağlamak için verdikleri ödeme aracıdır.

Satış sözleşmelerinde, alıcının borcunu ifada kullanabileceği bir diğer ödeme şekli ise kredi kartı ile ödemedir. Kredi kartı hamiline kullandırılan nakdi kredi çeşidi "ödünç"tür, ödünç bankacılık sektöründe en çok kullandırılan nakdi kredi çeşididir. Kredi kartı uygulamasında ise ödünçün

lini işlediği, yüklenen suçun tüm unsurlarıyla oluştuğu gözetilmeden, mahkumiyeti yerine dosya kapsamı ve oluşa uygun düşmeyen gerekçelerle yanılgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde beraat kararı verilmesi, **Y. 5.CD., 04/07/2018; 702/5078**

⁸⁸ **Sevim, Onur Utku.** Teknoloji Temelli Bir Suç Pos Tefecilik Suçu, Adalet Dergisi, Yıl: 2012, Sayı: 42, s.156.

⁸⁹ **Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa.** Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara, (2014), C.IV, s.7239; **Taşdemir, Kubilay,** Bilişim-Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması-Dolandırıcılık Suçları, (2009), sh. 315

bir türü olan ve belli bir limite kadar da olsa cari hesap şeklinde çalıştırılan “döner kredi” olarak kabul edilmektedir.⁹⁰ 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Yasasının 3/e. maddesinde kredi kartı, nakit kullanımı gerekmeksizin mal ve hizmet alımı veya nakit çekme olanağı sağlayan basılı kart veya fizikî varlığı bulunmayan kart numarası olarak tanımlanmıştır. Kredi kartı, bankalar ve kart çıkarmaya yetkili kuruluşların müşterilerine belirli limitler dahilinde açtıkları krediler ile nakit kullanmaksızın mal veya hizmet alımı veya nakit kredi çekme olanağı sağlamak için verdikleri ödeme aracıdır. Bu sistemin mal ve hizmet alımı için kullanılması halinde, kredi kartını çıkaran banka veya kurum, kart hamili ve üye işyerinden oluşan üç taraf vardır. Kart hamili, anlaşmalı işyerinden mal veya hizmet şeklindeki gereksinimlerini karşılarken, bedeli nakden değil ilgili satış belgesini imzalayarak ya da şifresini girerek ödemiş sayılır. Buna karşılık satıcı ise, sattığı mal ve hizmetin bedelini, kredi kartını çıkaran kurumdan tahsil eder. Hamil de anlaşma koşullarına uygun olarak mal veya hizmet bedelini daha sonra kartı çıkaran kurum veya bankaya ödeyerek kart sistemindeki işlem akışını tamamlar.⁹¹ Ödemenin, kredi kartı uygulamalarında da kullanılan Point Of Sale (POS) terminali kullanılarak yapılması da mümkündür. POS terminali, alıcının kullandığı kredi kartı hesabına ulaşmasına imkan veren bir telekomünikasyon aleti olup, kredi kartını okuma yeteneği ile de donatılmış olan bu cihaza kart okutulunca, alıcının banka hesabı ile bağlantı kurulur ve satın alınan mal için ödenecek bedeli gösteren bilgi, cihazın üzerindeki tuşlar kullanılarak, alıcının hesabına iletilir. Alıcının kredi kartı cihaza okutulduğunda, malın bedelinin hangi hesaba ödenmesi gerektiği, kendiliğinden alıcının hesabına bildirilmiş olur. Alıcının hesabından satıcının hesabına para aktarılması ise, kart şirketi ile üye işyeri (satıcı) arasındaki sözleşmeye göre gerçekleşir.⁹²

Uygulamada sıklıkla uygulanan nakit para temini ve kredi kartı borçlarının kapatılması için genel olarak 2 ayrı yöntem kullanılmaktadır.

Birinci yöntemde, kart borcunu ödeyemeyen kişinin borcu fail tarafından ödenmekte, ödenen kısma belirli miktar eklenerek pos cihazından satış yapılmış gibi çekilip, bedel de taksitli satış yapılmış gibi gösterilmektedir. İkinci halde ise fail kendisine müracaat eden kişiye belli bir miktar paraverip, sonra verilen bu paraya belirli bir komisyon ekleyip bu bedeli de parayı alanın kartından satış yapılmış gibi pos cihazı aracılığıyla taksitlendirerek ya da nakit olarak çekmektedir.⁹³

⁹⁰ **Kaya, Ferudun**, Türkiye Kredi Kartı Uygulaması, Türkiye Bankalar Birliği Yayın No: 263, Ocak 2009, s.39

⁹¹ CGK. 27/05/2008, 2008/11-87-2008/150

⁹² **Şeker, Muzaffer**, Elektronik Ödeme Sistemleri, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 10, Sayı: 20, Güz 2011, s.60-61.

⁹³ **Gün, Tayfun**. Türk Ceza Kanunu'nda Tefecilik Suçu, TBBD, Mart-Nisan 2019, Yıl: 31, Sayı: 141, s.186-187

Bu fiillerin tefecilik suçunu oluşturup oluşturmadığı hususunda farklı görüşler mevcuttur.

Bir görüşte;

Kredi kartının kullanılması suretiyle yapılan alışverişlerde ödünç verilen paradan söz etmek mümkün olmadığından bu fiillerin tefecilik suçuna vücut vermeyeceği,⁹⁴ aksinin kabulünün gerekçeye sığınılarak yorum yapıldığı gerekçesiyle aslında kıyas yapılması sonucunu doğurduğu belirtilmiştir.⁹⁵

Diğer bir kısım görüşte ise;

Gerçekte satım sözleşmesi yapılmış gibi gösterildiği halde satım sözleşmesine dayanmaksızın kredi kartı ile altın ve sair alışveriş yapılmış gibi göstererek, kredi kartından çekilen bedelden daha az bir bedelin kart sahibine ödenmesi gibi işlemler de T.C.K m. 241 bağlamında tefecilik suçudur.^{96, 97}

⁹⁴ Özbek, s.37

⁹⁵ Arslan, Çetin. Tefecilik Suçu, Ankara Barosu Dergisi 2014/1, s. 37-38; “ kredi kartı veya POS tefeciliği denilen usulde gerçekte bir alışveriş bulunmadığı halde kredi kartı kullanılarak para tahsili yapmakta ancak kart sahibine çekim bedelinden daha düşük bir meblağ ödenmektedir. Örneğin, kredi kartından mal veya hizmet bedeli olarak 1300 TL’lik tutar çekilmekte, kart sahibine ise 1000 TL verilmektedir. İşaret edelim ki, bu ilişkide bir tarafta kredi kartı ile mal veya hizmet alan, diğer tarafta söz konusu mal veya hizmeti satan ve nihayet kredi kartı sahibi ile aralarındaki sözleşme gereği söz konusu ekonomik değerlerin bedelini ödeme taahhüdü altına giren/ ödeyen banka bulunmaktadır. Sistem gereğince kredi kartı ile yapılan her alışverişte kart sahibine açılmış olan gayri nakdi kredi, nakdi krediye dönüşmekte ve banka alacaklı, mal veya hizmet almış gibi gözükken ancak gerçekte para alan kişi ise borçlu konumuna düşmektedir. Bu durumda üç tarafı bulunan bu ilişkiyi, konusu para olan bir ödünç sözleşmesi olarak nitelenemeyeceğinden, bu kapsamdaki fiillerin suç olarak kabul edilmesi mümkün değildir.”

⁹⁶ Uğur, Tefecilik Suçunun Pozitif Dayanakları, Unsurları ve Uygulama İlkeleri, sh.71: “Yine kredi kartıyla tefecilik usulü de, senet kırıdırma denen usule benzemektedir. Bu durumda da, kartla alışveriş yapılmış gibi pos makinasından kart çekilmekte ve üye işyeri kart hamiline daha düşük bir bedeli peşin olarak ödeyerek kazanç elde etmektedir, bu durumda da tefecilik suçu oluşmuş sayılmalıdır. Örneğin, kart sahibi , alışveriş yapmadığı halde 1000 TL’lik alışveriş yapmış gibi, kartıyla ödemede bulunmakta, bunun yerine failden 750 TL para almaktadır.”

⁹⁷ Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa. Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara, (2014), C.IV, s.7241; Aynı yönde Yenidünya, s.13-14; “Tefecilik suçunun kredi kartı kullanılmak suretiyle de işlenmesi mümkündür. Bu ihtimalde fail, kredi kartı ile alışveriş yapılmış gibi POS cihazını kullanarak, karttan bir miktar para çekmekte ve kart sahibine daha düşük bir tutarı peşin olarak ödemektedir. Örneğin, 1000 TL nakit para ihtiyacı olan kişi, kredi kartı ile alışveriş yapmış gibi kartını kullanmakta ve söz konusu miktarı failden almakta, buna karşılık kredi kartından 1250 TL çekim yapılmaktadır . Hatta bu tutarın taksitlendirilmesi de mümkün olabilmektedir. Günlük hayatta beyaz eşya satan mağazalar, galericiler, telefon kontörü satan işyerleri tarafından bu metodun küçük farklarla uygulandığı görülmektedir. İfade edelim ki, gerçek bir mal satışı, alışveriş olmadığından, kredi kartı ile para çekildiğinde, oluşan kaydın görüntüde meşrulaştırılması adına bu ilişkinin muvazaalı olarak faturaya bağlanması mümkündür ve bu şekilde işlemi muhasebeleştirme de durumu değiştirmez.”

Her ne kadar kredi kartından para çekilmesi işleminde karşılık hemen alınmış olsa da gerçekte, bir ödünç para verme işlemi söz konusu olduğundan tefecilik suçunun oluştuğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Çünkü tefecilik suçunun oluşumu için fazla değer (faiz) alınması konusunda geçecek sürenin uzun veya kısa olmasının önemi yoktur.⁹⁸

Alıcının kredi kartı cihaza okutulduğunda, malın bedelinin hangi hesaba ödenmesi gerektiği, kendiliğinden alıcının hesabına bildirilmekte olup, alıcının hesabından satıcının hesabına para aktarılması ise, kart şirketi ile üye işyeri (satıcı) arasındaki sözleşmeye göre gerçekleşmektedir. Bankalarla satıcılar arasında yapılan sözleşmelere göre para en erken komisyon kesilerek bir gün sonra satıcının hesabına geçmektedir. Tefecilikte faiz için belirlenen sürenin önemli olmaması ve satıcının hesabına paranın an erken bir gün sonra geçmesi yani aynı gün geçmemesi nedeniyle gerçekte bir mal satışı yapılmadığı halde, bir mal satışı yapılmış ve satışı yapılmayan malın bedeli kadar para da kredi kartı kullanılarak ödenmiş gösterildiği hallerde muvazaa halinin söz konusu olması nedeniyle, gerçekte mal satışı yapılmadığı halde, görünüşte “mal bedeli” olarak tahsil edilen paranın bir kısmı borçluya nakit olarak verilmek suretiyle, tefecilik suçunun işlenmiş olduğu şeklindeki görüşlere⁹⁹ bizde iştirak etmekteyiz.

Yargıtay uygulamasında failin işyerinde herhangi bir alışveriş yapılmadığı halde, alışveriş yapılmış gibi kendisine para ihtiyacı nedeniyle başvuran kişilere ait kredi kartları ile pos cihazı aracılığıyla işlem yapıp, gerçek olmayan bu alışveriş tutarından belli bir komisyon kesintisi yaparak geriye kalan kısmı nakit olarak ödeme ya da komisyonu verdiği paranın üzerine ilave ederek kendisine başvuran kişinin kredi kartından çekmesi biçimindeki eyleminin, bankaya komisyon ödememesi veya kredi kartı sahiplerinden aldığı komisyon miktarından az ödemesi halinde, kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para verme niteliğinde olduğu eylemin tefecilik suçunu oluşturduğu

⁹⁸ **Birtek, Fatih**, Tefecilik Suçu, Suchukuku.com

⁹⁹ **Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa**. Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara, (2014), C.IV, s.7242; Özgenç, s.550

kabul edilmektedir.¹⁰⁰ Uygulama istikrar kazanmıştır.¹⁰¹

Herhangi bir mal teslimi ve hizmet ifası olmaksızın nakit ihtiyacının giderilmesi amacıyla başkalarına ait kredi kartları ile çekim işlemleri yapmak suretiyle gerçeğe aykırı harcama belgesi düzenlendiği ve bankalardan mal satmış gibi elde ettiği miktarları ödünç vererek komisyon ve faiz adı altında kazanç elde edildiği hallerde tefecilik suçunun mu yoksa 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun 36. maddesinde düzenlenen gerçeğe

¹⁰⁰ Saniğin işlettiği işyerindeki POS cihazlarından herhangi bir mal teslimi ve hizmet ifası olmaksızın nakit ihtiyacının giderilmesi amacıyla başkalarına ait kredi kartları ile çekim işlemleri yapmak suretiyle gerçeğe aykırı harcama belgesi düzenlendiği ve bankalardan mal satmış gibi elde ettikleri miktarları ödünç vererek komisyon ve faiz adı altında kazanç elde etmek suretiyle tefecilik yaptığı iddia edilmesi karşısında; öncelikle işlem yoğunluğu ve sayısı fazla olan, suçun niteliğini aydınlatmaya yeter sayıda kredi kartı sahiplerinin kimliklerinin tespiti ile faiz ve komisyon adı altında ödeme yapıp yapmadıkları hususunda beyanlarına başvurulacak sonucuna göre saniğin eylemlerinin hukuki niteliğinin belirlenmesi gerektiği gözetilmeden eksik tahkikat ve yanlışlıklar değerlendirme sonucu yazılı şekilde hükümler kurulması, **Y. 5.CD., 12/07/2018 gün 4127/5329**; Sanıkların işyerinde herhangi bir alışveriş yapılmadığı halde, alışveriş yapılmış gibi kendilerine para ihtiyacı nedeniyle başvuran tanık Rıza A...r'a hamili olduğu kredi kartı ile POS cihazı aracılığıyla işlem yapıp, gerçek olmayan bu alışveriş tutarlarından belli bir komisyon kesintisi yaparak geriye kalan kısmı nakit olarak ödeme biçiminde eylemler gerçekleştirmesi ve bankaya komisyon ödememesi veya kredi kartı sahiplerinden aldığı komisyon miktarından az ödemesi halinde, eylemin kazanç elde etmek maksadıyla başkasına ödünç para verme niteliğinde olacağı gözetilerek, öncelikle kovuşturma aşamasında dinlenilmeyen tanık Rıza A...a dosyada kayıtlı tüm adreslerinden ulaşılarak beyanının alınması, bankalardan sanıkların çalıştığı işyerleri adına alınmış POS cihazı olup olmadığının sorulması, belirlenir ise buna ilişkin tespiti yapılan POS cihazlarına ilişkin suç tarihlerini kapsayacak şekilde hesap dökümlerinin getirtilmesi, suç tarihlerine göre POS cihazlarından yapılan alışverişler karşılığında bankaya komisyon ödenip ödenmediği ve ödenmiş ise miktarlarının sorulması, hesap dökümlerinde adı geçen kişilerin bir kısmı dinlenilerek gerçekten alışveriş yapıp yapmadıklarının tespit edilmesi, sanıkların bağlı bulunduğu Vergi Dairesi Müdürlüklerinden vergi beyannameleri getirtilerek dosya arasına konulması, vergi mükellefi olması halinde ilgili Vergi Dairesine ihbarda bulunularak vergi tekniği raporu düzenlenmesinin istenmesi, sanıkların tefecilik yapıp yapmadığına dair kolluk marifetiyle araştırma yaptırılmasından sonra toplanan tüm kanıtlar irdelenerek hasıl olacak sonuca göre suçun sübutunun ve niteliğinin tayini gerekirken, eksik araştırma ile yazılı şekilde hükümler kurulması, **Y. 5.CD., 09/01/2018 gün 10253/33**

¹⁰¹ Saniğin, iş yerinde herhangi bir alışveriş yapılmadığı halde, alışveriş yapılmış gibi kendisine para ihtiyacı nedeniyle başvuran şahısların hamili oldukları kredi kartı ile pos cihazı aracılığıyla işlem yapıp, gerçek olmayan bu alışveriş tutarlarından belli bir komisyon kesintisi yaparak geriye kalan kısmı nakit olarak ödeme biçimindeki eylemlerinin, bankaya komisyon ödememesi veya kredi kartı sahiplerinden aldığı komisyon miktarından az ödemesi halinde, kazanç elde etmek maksadıyla başkasına ödünç para verme niteliğinde olacağı gözetilerek, öncelikle adına olan pos cihazlarına ilişkin suç tarihlerini kapsayacak şekilde hesap dökümlerinin getirtilmesinden, suç tarihlerine göre pos cihazlarından yapılan alışverişler karşılığında bankaya komisyon ödenip ödenmediği, ödenmiş ise miktarlarının sorulmasından sonra hasıl olacak sonuca göre bir karara varılması gerekirken, eksik araştırma ile yazılı şekilde hükümler kurulması, **Y.5.CD. 20/05/2019; 2017/1234-2019/5441**

aykırı olarak harcama belgesi düzenleme suçunun mu olduğu hususunda Yargıtay uygulamasında farklılıklar mevcuttur.

Yargıtay 8 ve 11. Ceza Dairelerince¹⁰² failin Pos cihazlarını kullanım amaçları ve sözleşme koşulları dışında, kredi kartı sahiplerinin nakit ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla kullanmaktan ibaret eylemlerinin, hem TCK'nin 241. maddesinde düzenlenen tefecilik suçunu hem de 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunun 36. maddesinde düzenlenen gerçeğe aykırı olarak harcama belgesi düzenleme suçunu oluşturduğu anlaşılmakla, her iki suç için öngörülen cezaların aynı olması karşısında, 5237 sayılı TCK'nin 44. maddesi ve özel norm ilkesi önceliği gereğince fail hakkında 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 36. maddesinde düzenlenen gerçeğe aykırı olarak harcama belgesi düzenleme suçundan hüküm kurulması gerektiği kabul edilmektedir.¹⁰³ Yargıtay 5 Ceza Dairesince ise hukuki anlamda tek fiil sayılan

¹⁰² Saniğin, POS cihazlarını kullanım amaçları ve sözleşme koşulları dışında, kredi kartı sahiplerinin nakit ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla kullanmaktan ibaret fiilinin, hem TCK'nin 241. maddesinde düzenlenen "tefecilik" suçunu hem de 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 36. maddesinde düzenlenen "gerçeğe aykırı olarak harcama belgesi düzenleme" suçunu oluşturması; TCK'nin 241. maddesinin genel ve 5464 sayılı Kanun'un 36. maddesinin özel norm niteliğinde olması karşısında; "özel normun önceliği" kuralı gereğince, sanık hakkında zincirleme olarak 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 36. maddesinde düzenlenen "gerçeğe aykırı olarak harcama belgesi düzenleme" suçundan hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi, **Y.11.CD. 02/05/2019; 2019/140-2019/4293**; Saniğin hukuki anlamda tek fiil sayılan eylemlerinin hem TCK'nin 241. maddesinde düzenlenen tefecilik suçunu hem de 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 36. maddesinde düzenlenen gerçeğe aykırı olarak harcama belgesi düzenleme suçunu oluşturduğu anlaşılmakla, her iki suç için öngörülen cezaların aynı olması karşısında sanık hakkında TCK'nin 44. maddesi ve özel norm önceliği ilkesi gereğince sadece 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 36. maddesi uyarınca mahkumiyet kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden ayrıca TCK'nin 241/1. maddesi uyarınca da mahkumiyet kararı verilmesi suretiyle fazla ceza tayini, **Y.8.CD. 11/02/2019; 2019/605-2019/1708**

¹⁰³ Saniğin hukuki anlamda tek fiil sayılan eylemlerinin hem TCK'nin 241. maddesinde düzenlenen tefecilik suçunu hem de 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 36. maddesinde düzenlenen gerçeğe aykırı olarak harcama belgesi düzenleme suçunu oluşturduğu anlaşılmakla, her iki suç için öngörülen cezaların aynı olması karşısında sanık hakkında TCK'nin 44. maddesi ve özel norm önceliği ilkesi gereğince sadece 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 36. maddesi uyarınca mahkumiyet kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden ayrıca TCK'nin 241/1. maddesi uyarınca da mahkumiyet kararı verilmesi suretiyle fazla ceza tayini, **8.CD., 04/12/2017; 18950/13714** ; Saniğin, Pos cihazlarını kullanım amaçları ve sözleşme koşulları dışında, kredi kartı sahiplerinin nakit ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla kullanmaktan ibaret eylemlerinin, hem TCK'nin 241. maddesinde düzenlenen tefecilik suçunu hem de 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunun 36. maddesinde düzenlenen gerçeğe aykırı olarak harcama belgesi düzenleme suçunu oluşturduğu anlaşılmakla, her iki suç için öngörülen cezaların aynı olması karşısında, 5237 sayılı TCK'nin 44. maddesi ve özel norm ilkesi önceliği gereğince sanık hakkında 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 36. maddesinde düzenlenen zincirleme şekilde gerçeğe aykırı olarak harcama belgesi düzenleme suçundan hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi, **11.CD., 01/11/2018; 17189/8650, Aynı yönde; 11.CD., 23/10/2018; 5171/8264, 11.CD., 02/10/2018; 12503/7541**

bu tarz eylemlerinin hem TCK'nın 241. maddesinde düzenlenen tefecilik suçunu hem de 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun 36. maddesinde düzenlenen gerçeğe aykırı olarak harcama belgesi düzenleme suçunu oluşturduğu, bu itibarla fail hakkında TCK'nın 44. maddesindeki farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması suretiyle tefecilik suçundan hüküm kurulması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁰⁴ Yargıtay 5. Ceza Dairesinin son dönemdeki uygulamalarında failin tefecilik suretiyle kazanç sağlamaya yönelik kastı ve atılı suçlara ilişkin eylemlerin korudukları hukuki yararlar dikkate alındığında, alacağını teminatlı hale getirmeye yönelik fiiller de dahil hukuksal anlamda fiilin sadece tefecilik suçuna vücut vereceği kabul edilmektedir.¹⁰⁵

¹⁰⁴ SUÇ: 5464 sayılı Yasaya muhalefet, tefecilik
HÜKÜM: Eylemin kül halinde tefecilik kabulüyle mahkumiyet
TCK'nın 53. maddesinin uygulanması ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'nin 08/10/2015 tarih ve E. 2014/140; K. 2015/85 sayılı kararının infaz aşamasında gözetilmesi mümkün bulunmuş, sanığın bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda tefecilik suçunu işlediği kabul edilmesine rağmen zincirleme suç hükümlerini içeren TCK'nın 43/1. maddesinin uygulanmaması aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni sayılmamıştır. **5.CD., 03/07/2018; 11181/5028** ; Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde, sanıkların hukuki anlamda tek fiil sayılan eylemlerinin hem TCK'nın 241. maddesinde düzenlenen tefecilik suçunu hem de 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun 36. maddesinde düzenlenen gerçeğe aykırı olarak harcama belgesi düzenleme suçunu oluşturduğu, bu itibarla sanıklar hakkında TCK'nın 44. maddesindeki farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiği, sanıklar hakkında tefecilik suçundan kurulan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olduğundan, sanıklara aynı fiilden dolayı 5464 sayılı Kanunun 36. maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde beraat hükümleri kurulması, **5.CD., 16/04/2015; 7704/10517**

¹⁰⁵ Sanığın, iş yerindeki POS cihazlarından herhangi bir mal teslimi ve hizmet ifası olmaksızın nakit ihtiyacının giderilmesi amacıyla başkalarına ait kredi kartları ile çekim işlemleri yapmak suretiyle gerçeğe aykırı harcama belgesi düzenlediği ve bankalardan mal satmış gibi elde ettiği miktarları ödünç vererek komisyon ve faiz adı altında kazanç elde etmek suretiyle tefecilik yaptığı iddia edilmesi karşısında; öncelikle suç tarihlerine göre POS cihazlarından yapılan alışverişler karşılığında komisyon ödenip ödenmediği ve ödenmiş ise miktarlarının ilgili bankalardan sorulmasından, işlem yoğunluğu ve sayısı fazla olan ve suçun niteliğini aydınlatmaya yeter sayıda kredi kartı sahibinin kimliklerinin tespiti ile sanığa faiz ve komisyon adı altında ödeme yapıp yapmadıkları hususunda beyanlarına başvurulmasından, tefecilik yapıp yapmadığına dair kolluk marifetiyle detaylı ve gizli araştırma yaptırılmasından, ayrıca sanık hakkında UYAP kayıtlarında yapılan araştırmada Vergi Usul Kanununa muhalefet suçundan Adana 6. Asliye Ceza Mahkemesinin 2014/405 Esas, 2016/47 Karar sayılı ilamı ile mahkumiyet hükmü kurulduğu anlaşılmakla, akıbetinin araştırılmasından ve anılan dosyanın onaylı örneğinin dosya arasına alınmasından sonra hasıl olacak sonuca göre eylemlerinin hukuki niteliğinin belirlenmesi gerektiği gözetilmeden, eksik tahkikat ve yanılığlı değerlendirme sonucu sanığın tefecilik suretiyle kazanç sağlamaya yönelik kastı ve atılı suçlara ilişkin eylemlerin korudukları hukuki yararlar dikkate alındığında, hukuksal anlamda fiilin sadece tefecilik suçuna vücut vereceği de dikkate alınmadan iki ayrı suçtan beraat hükmü tesisi, **Y.5.CD. 01/10/2019; 2019/4476-2019/9102**; Sanığın tefecilik suretiyle kazanç sağlamaya yönelik kastı ve atılı suçlara ilişkin eylemlerin korudukları hukuki yararlar dikkate alındığında, alacağını teminatlı hale getirmeye yönelik fiiller de dahil hukuksal anlamda fiilin sadece tefecilik suçuna vücut vereceği gözetilmeden iki ayrı suçtan mahkumiyet hükmü tesisi, **Y.5.CD. 20/05/2019; 2017/1234-2019/5441**

Bir görüşe göre; failin POS cihazlarından herhangi bir mal teslimi ve hizmet ifası olmaksızın nakit ihtiyacının giderilmesi amacıyla başkalarına ait kredi kartları ile çekim işlemleri yapmak suretiyle gerçeğe aykırı harcama belgesi düzenlendiği ve bankalardan mal satmış gibi elde ettiği miktarları ödünç vererek komisyon ve faiz adı altında kazanç elde etmek suretiyle tefecilik yaptığı iddia edilmesi halinde; öncelikle işlem yoğunluğu ve sayısı fazla olan, suçun niteliğini aydınlatmaya yeter sayıda kredi kartı sahiplerinin kimliklerinin tespiti ile faiz ve komisyon adı altında ödeme yapıp yapmadıkları hususunda beyanlarına başvurularak fail tarafından yapılan işlemler sonucunda faiz ve komisyon adı altında kazanç elde edildiğinin tespit edilmesi halinde tefecilik, aksi takdirde 5464 sayılı Yasaya muhalefet eyleminin gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerekir.¹⁰⁶

Ödünç paranın borç alana verilmesi ile suç tamamlanmış olacağından verilen ödünç paranın çek, senet, ipotek alınmak sureti ile ya da POS cihazı kullanılarak kredi kartından para çekmek sureti ile faizi ile birlikte tahsil edilmesi yada garanti altına alınması tefecilik suçunun oluşumuna etki etmeyecektir. Bu nedenle de failin tefecilik suretiyle kazanç sağlamaya yönelik kastı ve atılı suçlara ilişkin eylemlerin korudukları hukuki yararlar dikkate alındığında, alacağını teminatlı hale getirmeye yönelik fiiller de dahil hukuksal anlamda fiilin sadece tefecilik suçuna vücut vereceği kabul edilmelidir.

Fail komisyon almamış veya bankanın aldığı komisyon miktarını ya da daha azını almış ise herhangi bir mal teslimi veya hizmet ifası olmaksızın nakit ihtiyacının giderilmesi amacıyla başkalarına ait kredi kartları ile çekim işlemleri yapmak suretiyle gerçeğe aykırı harcama belgesi düzenlemesi şeklindeki eylemlerinin 5464 sayılı Kanunun 36. maddesine aykırılık teşkil edecektir.¹⁰⁷

¹⁰⁶ **Çelik, İsa.** Yargıtay Kararları Işığında Tefecilik Suçu, Seçkin, Nisan 2018, s.83

¹⁰⁷ Sanık hakkında tefecilik suçundan mahkumiyet hükmü kurulmuş ise de; sanığın iş yerinde ele geçen kredi kartlarını nakite ihtiyaç duyduğunda kullandığını savunması, mağdurların da sanıktan komisyon karşılığı ya da faizle borç para almadıklarını beyan etmeleri karşısında, maddi gerçeğin hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkartılabilmesi ve suç vasfının belirlenebilmesi için, sanığın iş yerinde bulunan POS cihazına ilişkin suç dönemlerini kapsayan komisyon miktarının ilgili banka şubesinden sorulmasından ve kredi kartı ile yaptığı çekimler karşılığında komisyon alıp almadığı ile almış ise miktarının bilirkşi marifetiyle belirlenmesinden sonra, komisyon almamış veya bankanın aldığı komisyon miktarını ya da daha azını almış ise herhangi bir mal teslimi veya hizmet ifası olmaksızın nakit ihtiyacının giderilmesi amacıyla başkalarına ait kredi kartları ile çekim işlemleri yapmak suretiyle gerçeğe aykırı harcama belgesi düzenlemesi şeklindeki eylemlerinin 5464 sayılı Kanunun 36. maddesine aykırılık teşkil edeceği gözetilerek, sonucuna göre bir karar verilmesi yerine eksik araştırma sonucu yazılı şekilde tefecilik suçundan mahkumiyet hükmü kurulması, **Y.5.CD. 27/05/2019; 2015/10490-2019/5719**

III. MANEVİ UNSUR

Bu suç kasıtlı işlenen bir suçtur, bu nedenle taksirle işlenebilmesi mümkün değildir. Bir kimsenin kazanç elde etmek amacıyla diğer kimseye ödünç para vermesiyle suç tamamlanacaktır. Metinde açıkça kazanç elde etme amacının ifade edilmesi karşısında suçun özel saikle işlenebilen suçlardan olduğunu kabul etmek gerekir.¹⁰⁸ Kazanç elde etme amacı olmayan ödünç vermeler ve yine kazanç elde etmek kastı olmaksızın paranın geri ödenmesine kadar geçen sürede muhtemel değer kaybı tutan ile sınırlı olan ilave ödeme talebinin tefecilik suçu kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.^{109, 110, 111}

IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

1. Teşebbüs

Tefecilik suçunun tamamlanabilmesi için failin kazanç elde etmek amacıyla bir başkasına ödünç para verilmesi gerekir, fail ödünç para verdiği anda suç

¹⁰⁸ **Özbek, Veli Özer / Kanbur, Nihat / Bacaksız, Pınar.** Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 14. Bası, Seçkin 2019, 956; **Özbek, s.37, Malkoç,** Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu 2.Cilt, (2007), sh. 1663; **Parlar/Hatipoğlu** Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt 2, (2007), sh. 1692

¹⁰⁹ **Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa.** Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara, (2014), C.IV, s.7242

¹¹⁰ Aynı yönde, **Birtek,** ;"Tefecilik suçunun oluşması için failde ödünç para vermek suretiyle kazanç elde etmek kastının bulunması gerekmektedir. Bu bağlamda kazanç elde etme amacı olmayan ödünç vermeler ve yine kazanç elde etmek kastı olmaksızın paranın geri ödenmesine kadar geçen sürede muhtemel değer kaybı tutarı ile sınırlı olan ilave ödeme talebinin tefecilik suçu kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Kanun koyucu bu suç tipinde özel olarak failin kazanç elde etmek saikini aramaktadır."

¹¹¹ Aksi görüş için bkz **Yenidünya, s.12;** "Günlük hayatta kişilerin Türk Lirası olarak verdikleri parayı o günün değeri üzerinden altın yahut dövize endeksledikleri, ödünç alanın da, ifa zamanında belirlenen altın yahut döviz üzerinden iadede bulunduğu hallerde, tefecilik suçu oluşmaz. Örneğin, A, B'ye aralarındaki anlaşmaya göre, o günün döviz kuru üzerinden 100 Euro'ya tekabül eden 225 TL verdiğiğinde, B'nin ifa zamanında 100 Euro karşılığı 253 TL ödemesinde olduğu gibi. Böylece ödünç para verildiği andaki maliyetine/değerine eşdeğer bir tutarda iade edildiğinden tefecilik oluşmaz. Bu ihtimalde bir faiz gelirinden de bahsedilemez. Kaldı ki, döviz kurunun ifa zamanında, TL karşısında değerinin düşmesi de olasıdır. Buna mukabil, kişi enflasyon nispetini aşmamak üzere faiz ile ödünç para vermiş ise, tefecilik suçu oluşur. Enflasyona orantılı faiz, paranın piyasa koşullarında uğradığı değer kaybı olarak nitelendirilirse de, özü itibariyle, paranın satılması sonucu elde edilen bir gelirden başka bir şey değildir."

Yenidünya, s.20;Kişinin yardım amacıyla, kazanç gayesi gütmeksizin, ödünç para vermesi tefecilik kapsamında değerlendirilemez. İfade edelim ki, ödünç verilen paraya karşılık talep edilen yahut alınan "faiz", hangi gerekçe ile olursa olsun ve hangi oranda bulunursa bulunsun (örneğin, enflasyonun altında) kazanç elde etme amacını ortaya koyan bir davranıştır. (Dipnot 47: Doktrinde Özbek'in ifade ettiği, "kazanç elde etmek kastı olmaksızın paranın geri ödenmesine kadar geçen sürede muhtemel değer kaybı tutarı ile sınırlı olan ilave ödeme talebinin tefecilik suçu kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir" tarzındaki görüş bu itibarla katılamamaktayız.

tamamlanır. Ayrıca bir kazancın elde edilmiş olması suçun tamamlanmış sayılması için şart değildir. Suç bu yönüyle neticesi harekete bitişik bir suçtur.¹¹² Bilindiği üzere bu suçlara teşebbüs kural olarak mümkün değil ise de hareketin kısımlara bölünebildiği hallerde teşebbüs mümkündür.¹¹³ Bu nedenle faille, faiz karşılığı para alacak kimsenin bu şekilde bir anlaşma yapıp, paranın teslimine kadar geçen aşamada, failin elinde olmayan nedenlerle eylem kesilir ise, tefecilik suçu teşebbüs aşamasında kalmış sayılacaktır.¹¹⁴ Örneğin, fail ile parayı alacak kimse anlaşıp, paranın kurye ile gönderildiği aşamada, kurye parayı teslim edemeden yakalanır ise eylem, teşebbüs aşamasında kalmış sayılacaktır.

2. İştirak

Yasada “başkasına ödünç para veren kişi” tabiri kullanıldığı için bu suç tipi genel nitelikte failer tarafından işlenebilir. Bu nedenle de bu suça iştirakin her türlü mümkün, iştirak yönünden genel hükümler uygulanır, bu suç herhangi bir özellik arz etmez. Ancak faiz veya başka bir kazanç karşılığı para alan kimse, suça iştirak etmiş sayılmamaktadır.¹¹⁵ Kazanç karşılığı ödünç para verilmesiyle tamamlanmakta olup, suçun tamamlanmasından sonra iştirak mümkün değildir.¹¹⁶ Yargıtayca suçun tamamlanmasından sonra alacağın

¹¹² Sırf hareket suç niteliğinde olan tefecilik suçunun kazanç karşılığı ödünç paranın verilmesi ile oluşacağı, ... **Y. 5.CD., 01/12/2016 gün 7739/9389**

¹¹³ Aksi görüş: **Hafizoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem**, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Toplama Karşı Suçlar US-A Yayıncılık, 3. Baskı Ankara 2017, s.440; “Bu suça teşebbüs olmaz.”

¹¹⁴ **Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa**. Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara, (2014), C.IV, s.7243; Özбек, s.38

¹¹⁵ **Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa**. Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara, (2014), C.IV, s.7243

¹¹⁶ Hakkındaki mahkumiyet hükmü onanan diğer sanık Ahmet’ten birden fazla kez kazanç karşılığı ödünç para alan mağdurların karşılığında bono veya çek verdikleri, dayısına ait işyerinde çalışan sanık Mahmut’un ise ciro yoluyla devraldığı senetleri icraya koyduğu şeklinde sübut bulan somut olayda; kazanç karşılığı ödünç para verilmesiyle tamamlanan tefecilik suçunda TCK’nın 39. maddesindeki açık düzenleme uyarınca suçun kanunî tanımında yer alan fiili gerçekleştirmeyen, ancak suç işlemeye teşvik eden veya suç işleme kararını kuvvetlendiren veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat eden, suçun nasıl işleneceği hususunda yol gösteren veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlayan, suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştıran kimselerin “suça yardım eden” olarak sorumlu tutulabilecekleri ve bu itibarla suçun tamamlanmasından sonra yukarıda anlatılan fiili gerçekleştirdiği kabul edilen sanığın eyleminin suça iştirak niteliğinde olmadığı gözetilerek beraatine karar verilmesi yerine yanlışlıklarla değerlendirme sonucu yazılı şekilde hakkında mahkumiyet hükmü kurulması, **Y. 5.CD., 30/10/2018; 1225/8280**; Sanık H... G...’in, sanık Ce... K... tarafından katılan Sı...’dan alınan taşınmazı devralmak, sanık E...T...’ın ise katılan A...De...’in sanık M... E...K...’dan faizle ödünç para alıp karşılığında verdiği senette lehtar olarak yer almak ve sanık H... V...’in da bu borcun tahsil amacıyla icra takibi başlatmak şeklindeki kabul edilen eylemlerinde, kazanç karşılığı ödünç para verilmesiyle tamamlanan tefecilik suçuna, TCK’nın 39. maddesindeki açık düzenleme uyarınca; suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştirmeyen, ancak suç işlemeye teşvik eden veya suç işleme kararını kuvvetlendiren veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat eden, suçun nasıl işleneceği hususunda yol gösteren veya

tahsili amacıyla hareket eden ya da icra takibi başlatanların eylemlerinin suça iştirak niteliğinde olmadığı kabul edilmektedir.¹¹⁷

Tefecilik yapan kimse ile, parayı almak isteyen kimseyi bir araya getiren kişi de suça iştirak etmiş sayılacaktır.¹¹⁸ Belirli miktar paranın ortaya konularak bu para ile tefecilik, bono kırma ve sair işlemler yapmak suretiyle *beraber işleme (asli maddi fail)*; kredi kartı çekim cihazı (pos) bulunmayan bir tefeciye kendi pos cihazı kullandırmak suretiyle veya paraya ihtiyacı olan kimseler ile tefeci arasında irtibat kurma gibi hallerde de *yardım etme* söz konusudur.¹¹⁹ Aynı şekilde parayı nakletme, senet vs icraya koyma, üzerine eşya devir alma fiilleri de yardım olur.¹²⁰

fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlayan, suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştıran kimselerin “suça yardım eden” olarak sorumlu tutulabilecekleri nazara alındığında, suçun tamamlanmasından sonra yukarıda anlatılan fiilleri gerçekleştirdikleri kabul edilen sanıkların eylemlerinin suça iştirak niteliğinde de olmadığı gözetilmeden beraatleri yerine yanlışlı değerlendirme sonucu yazılı şekilde mahkumiyetlerine karar verilmesi, **Y. 5.CD., 10/07/2018 gün 6853/5227**

¹¹⁷ Sanığın kazanç elde etmek amacıyla suçtan zarar görenlere ödünç para verdiğine ilişkin suçtan zarar gören ve tanık anlatımı bulunmaması, yalnızca icra dosyalarında alacaklı sıfatıyla suçtan zarar görenler hakkında takipte bulunması ile TCK’nın 241. maddesinde tanımlanan sırf hareket suçu niteliğindeki tefecilik suçunun oluşabilmesi için kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para verilmesinin yeterli olması ve suçun tamamlanmasından sonra icra takibi başlatanların eylemlerinin bu suça iştirak niteliğinde olmaması hususları nazara alınarak; sanığın, diğer sanık Salih’in eylemlerine hangi aşamada ve ne şekilde iştirak ettiğinin delilleri karar yerinde gösterilip tartışıldıktan sonra hasil olacak sonuca göre hukuki durumunun takdir ve tayini yerine, eksik inceleme ve yetersiz gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulması, **Y.5.CD. 17/06/2019; 2017/2028-2019/6255**; Suçtan zarar gören Veyzel A...’ın faiz karşılığı parayı hakkında soruşturma aşamasında KYOK verilen H...M...’dan aldığını belirtmesi karşısında, kazanç karşılığı ödünç para verilmesiyle tamamlanan tefecilik suçunda TCK’nın 39. maddesindeki açık düzenleme uyarınca suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştirmeyen, ancak suç işlemeye teşvik eden veya suç işlemeye kararını kuvvetlendiren ya da fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat eden, suçun nasıl işleneceği hususunda yol gösteren veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlayan, suçun işlenmesinden önce veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlayan kimselerin “suça yardım eden” olarak sorumlu tutulabilecekleri ve bu itibarla suçun tamamlanmasından sonra alacağın tahsili amacıyla hareket eden sanığın eyleminin suça iştirak niteliğinde olmadığı gözetilerek beraatine karar verilmesi yerine yanlışlı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hakkında mahkumiyet hükmü kurulması, **Y.5.CD. 18/03/2019; 2015/9153-2019/3215**

¹¹⁸ Katılanın, “sanık Hüseyin’den faizle aldığı borcunu ödeyememesi üzerine Hüseyin’in tavsiyesi ve yönlendirmesiyle diğer sanıklar Osman ve Mustafa’dan faizle borç aldığı ancak faiz ödemelerinde sanık Hüseyin’le muhatap olduğu” şeklindeki beyanı ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde sanık Hüseyin’in tefecilik suçunu diğer sanıklarla iştirak halinde gerçekleştirdiği ve TCK’nın 37/1. maddesi gözetilerek müşterek fail olarak cezalandırılması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, **Y. 5.CD., 06/12/2017 gün 8528/5235**

¹¹⁹ **Birtek, Tefecilik Suçu.**

¹²⁰ Oluşa ve dosya kapsamına göre; sanıkların, diğer sanıklar Salih ..., Ali ... ve Anıl ...’ın tefecilik eylemlerine doğrudan fail olarak katıldıklarına dair her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı, sanık Niyazi E...’ın mağdur Yahya Y...’ın evini devralmak, sanık

Yargıtay uygulamasında asli fail ile beraber fikir ve eylem birliği içerisinde hareket eden kişilerin, asli faille müşteri bulmak ve bu nedenle komisyon almak eylemlerinin faillik niteliğinde bulunduğu kabul edilmektedir.¹²¹

3. Zincirleme Biçimde İşlenmesi ve İçtima

Bir kez dahi kazanç elde etmek maksadıyla başkasına ödünç para verilmesi halinde suç oluşmaktadır.¹²² Tefecilik suçunun mağdurunun toplum olması ve

Serkan Z....'in de bu devir işlemine aracılık etmekten ibaret eylemleri nedeniyle TCK'nın 39/2-c maddesi uyarınca yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulmaları gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde doğrudan fail olarak cezalandırılmaları ve ayrıca temel cezanın belirlenmesi esnasında TCK'nın 3/1 ve 61/1. maddeleri uyarınca işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı olacak şekilde hakkaniyete uygun bir ceza tayin olunması gerektiği nazara alınmadan, daha yoğun eylemleri bulunan diğer sanıklar Salih ..., Ali ... ve Anıl K....'in cezalarıyla aynı miktarda olacak şekilde fazla ceza tayin edilmesi, **Y. 16.CD., 16/10/2017 gün 1801/5068**; Mağdurların, sanık Pervin'den faizle ödünç para alıp karşılığında senet verdikleri, sanığın babası olan sanık Mustafa'nın da borcun tahsilini yaparak alınan senetleri icraya koyması şeklinde sübut bulan olayda, kazanç karşılığı ödünç para verilmesiyle tamamlanan tefecilik suçuna TCK'nın 39. maddesindeki açık düzenleme uyarınca suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştirilmeyen, ancak suç işlemeye teşvik eden veya suç işleme kararını kuvvetlendiren veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat eden, suçun nasıl işleneceği hususunda yol gösteren veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlayan, suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştıran kimselerin *"suça yardım eden"* olarak sorumlu tutulabilecekleri hususu gözetilmeden hüküm kurulması, **Y. 5.CD., 21/03/2017 gün 846/1079**; Sanıklardan İmdat D....'in babası sanık Durmuş Ali D....'in tefecilik suçu dolayısıyla düzenlenen senetlerin alacaklı olması, bu senetler nedeniyle icra işlemlerini yürütmesi, mağdurlar Muzaffer ... ve Ali E....'in beyanları ve oluşa uygun olmayan savunmalarından sanık Durmuş Ali D....'in tefecilik suçuna iştirak ettiği, sanık Hamza K....'in sanık Erdal C....'in tefecilik eylemine borca konu paraları naklederek iştirak ettiğine dair hazırlık beyanları ve bu beyanları doğrular şekilde Gülüzar G....'in Erdal C....'tan faizle aldığı para karşılığı düzenlenen senette isminin alacaklı olarak yazılması karşısında sanığın Erdal C....'in tefecilik suçuna yardım ettiği anlaşılmakla sanık İmdat D....'in TCK'nın 37. maddesi delaletiyle, sanık Hamza K....'in TCK'nın 39. maddesi delaletiyle TCK'nın 241. maddesi gereğince cezalandırılması gerekirken yasal ve yeterli olmayan gerekçelerle beraatlerine karar verilmesi, **Y. 16.CD., 23/11/2016 gün 2427/5863**; Dosya kapsamına göre, sanığın söz konusu işyerlerinde çalışmış olduğu süre, kendi banka hesapları üzerinden tahsil ettiği çek ve senet sayısı, iletişimin tespit tutanaklarındaki telefon görüşmeleri bir bütün olarak dikkate alındığında tefecilik suçuna yardım eden sıfatıyla iştirak ettiği gözetilmeden dosya kapsamı ve oluşa uygun düşmeyen gerekçelerle yazılı şekilde beraatine hükmolunması, **Y. 16.CD., 27/05/2016 gün 4635/4480**

¹²¹ 5.CD. 30/05/2013, 7982/5962; 5.CD. 29/05/2013, 8600/5874; 5.CD. 11/04/2013, 7393/3113; 5.CD. 11/03/2013, 5110/1723

¹²² 01/06/2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 241. maddesinde tefecilik suçunun; *"Kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi,..."* biçiminde tanımlandığı, bu düzenlemeye göre suçun oluşması için sanığın yalnızca bir kişiye ödünç para vermesi yeterli olup, bu işi meslek haline dönüştürüp dönüştürmemesinin öneminin bulunmadığı, bu nedenle suçun temadi ettiğinden ve birden fazla kişiye ödünç para verilmesinin tek suç oluşturduğundan bahsedilemeyeceği, **5.CD. 29/05/2013, 8600/5874**

TCK'nın 43. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesi uyarınca mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da zincirleme suç hükmünün uygulanması olanaklıdır.¹²³ Ancak anlaşılan paranın parça parça verilmesi şeklinde gerçekleşen eylemde, TCK'nın 43. maddesinin uygulanma koşulları oluşmaz.¹²⁴

Bir kısım görüşe göre ise farklı mağdurlara karşı faiz karşılığı ödünç verme işlemlerinde her bir ödünç verme işlemi için ayrı bir tefecilik suçu oluşacaktır.¹²⁵

Yargıtay uygulamasında ağırlıklı olarak 01/06/2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 241. maddesinde tefecilik suçunun; *"Kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi,..."* biçiminde tanımlandığı, bu düzenlemeye göre suçun oluşması için sanığın yalnızca bir kişiye ödünç para vermesi yeterli olup, bu işi meslek haline dönüştürüp dönüştürmemesinin öneminin bulunmadığı, tefecilik suçunun ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlar bölümü içerisinde yer aldığı, bu bölümün de topluma karşı suçlar kısmı içinde bulunduğu, 5237 sayılı Yasanın 43/1. maddesi, suçun mağdurunun aynı kişi olmasını suçun zorunlu unsuru haline getirmiş iken, 08/07/2005 tarihinde yürürlüğe giren 5377 sayılı Kanunun 6. maddesi ile anılan madde ve fıkra eklenen *"Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır."* hükmü ile zincirleme suçun kapsamının genişletildiği ve mağduru aynı kişi olsun ya da olmasın maddenin son fıkrasındaki istisnalar dışındaki tüm suçlarda zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının mümkün hale getirildiği, bu nedenle suçun temadi ettiğinden ve birden fazla kişiye ödünç para verilmesinin tek suç oluşturduğundan bahsedilemeyeceği, ancak suçun

¹²³ Bu nedenle, 5237 sayılı TCK'nın 241. maddesinde tefecilik suçunun, kazanç elde etmek amacıyla borç para verilmesiyle oluşacağı, bunu meslek haline getirmenin suçun unsurları içerisinde yer almadığı gözetildiğinde değişik zamanlarda ve farklı kişilere karşı ödünç para veren kişi hakkında bir suç işleme kararı ile hareket ettiği sürece aynı kanunun 43. maddesinde düzenlenen zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmelidir. **Ceza Genel Kurulu 26.04.2016 gün ve 2014/5-118; 2016/208**

¹²⁴ Sanıklar ile müştekinin 4.000 TL paranın %12 faizle verilmesi konusunda anlaşmaları ve anlaşılan paranın parça parça verilmesi şeklinde gerçekleşen eylemde, TCK'nın 43. maddesinin uygulanma koşulları oluşmadığı halde, sanıklar hakkında anılan yasa maddesi uyarınca artırım yapılarak fazla ceza tayini, **5.CD., 15/06/2016 gün 4017/6341**

¹²⁵ **Birtek, Fatih**, Tefecilik Suçu, Özbek, s.39

zincirleme olarak işlenmesinin olanaklı olduğu, kabul edilmektedir.^{126, 127, 128, 129} Yargıtay'ın uygulaması istikrar kazanmıştır.^{130, 131}

Genel olarak tefecilik suçunun zincirleme biçimde işlenmesinin olanaklı olduğunun kabul edilmesi nedeniyle fail hakkında birden fazla soruşturma veya kovuşturma dosyası var ise TCK'nın 43. maddesinin uygulanma koşullarının bulunup bulunmadığının araştırılması gerekir. İddianame tarihlerine göre hukuki kesinti gerçekleşmiş ise birden fazla suçun oluşacağı, hukuki kesinti yoksa zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği gözetilerek

¹²⁶ **5.CD. 29/05/2013, 8614/5873**

¹²⁷ **5.CD. 27/05/2013, 7688/5745**

¹²⁸ 01/06/2005 tarihinden sonra işlenen suçlarda TCK'nın 241. maddesindeki açık düzenlemeye göre süreklilik şartının aranmadığı gözetilip bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda tefecilik suçunu birden fazla kez işlediği anlaşılan sanık hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır. **5.CD. 14/05/2013, 7987/5113;**

01/06/2005 tarihinden sonra işlenen suçlarda TCK'nın 241. maddesindeki açık düzenlemeye göre süreklilik şartının aranmaması karşısında zincirleme şekilde tefecilik suçunun tüm unsurlarıyla oluştuğu ve TCK'nın 43/2. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi, **5.CD. 14/05/2013, 7729/5107;**Bir suç işleme kararının icrası kapsamında olmak üzere değişik zamanlarda kazanç elde etmek amacıyla ödünç para verdiği anlaşılan sanık hakkında TCK'nın 43/1. maddesinin uygulanmaması suretiyle eksik ceza tayini, **5.CD. 13/05/2013, 7410/4915**

¹²⁹ **5.CD. 08/05/2013, 6673/4730**

¹³⁰ Bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda birden fazla kişiye kazanç elde etmek amacıyla ödünç para verdikleri kabul edilmesine rağmen sanıklar hakkında TCK'nın 43/1. maddesinin uygulanmaması, **Y.5.CD. 02/07/2019; 2017/1312-2019/6690;** TCK'nın 241. maddesinde düzenlenen tefecilik suçunun kazanç elde etmek amacıyla borç para verilmesiyle oluşacağı, bunun meslek haline getirilmesinin veya sistematik bir şekilde yapılmasının suçun unsurları içerisinde yer almadığı, aynı kişiye farklı zamanlarda veya birden fazla kişiye faiz karşılığında para verilmesi halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı, iddianame ve dosya kapsamına göre de sanığın suç tarihlerinde birden fazla kişiye kazanç karşılığı ödünç para verdiği kabul edildiği halde hakkında TCK'nın 43/1. maddesinin uygulanmaması suretiyle eksik ceza tayini, **Y.5.CD. 28/02/2019; 2017/6854-2019/2562**

¹³¹ Sanığın 2007 yılında 6.000 TL, 2009 yılında da 10.000 TL borç para verdiğinin anlaşılması karşısında, bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda aynı kişiye birden fazla kez kazanç elde etmek amacıyla ödünç para vermek suretiyle zincirleme şekilde tefecilik suçunu işleyen sanık hakkında TCK'nın 43/1. maddesinin uygulanmaması suretiyle eksik ceza tayini, Y. 5.CD., 12/11/2018; 6142/8815; 01/06/2005 tarihinden sonra işlenen suçlarda TCK'nın 241. maddesindeki düzenlemeye göre süreklilik şartının aranmaması karşısında eylemini değişik tarihlerde zincirleme şekilde gerçekleştirmiş olan sanık hakkında TCK'nın 43/1. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni sayılmamış, TCK'nın 53. maddesinin uygulanması ile ilgili olarak ise Anayasa Mahkemesinin 08/10/2015 tarih ve E. 2014/140, K. 2015/85 sayılı iptal kararının infaz aşamasında gözetilmesi mümkün görülmüştür. Y. 5.CD., 16/01/2018 gün 3461/189; Bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda kazanç elde etmek amacıyla birden fazla kişiye ödünç para verdiği anlaşılan ve yine birden fazla sahte belge düzenlediği kabul edilen sanık hakkında her iki suç bakımından TCK'nın 43/1. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi, Y. 16.CD., 23/10/2015 gün 1839/3774

zincirleme suç koşullarının bulunduğu davaların birleştirilmesi gerekir. Zincirleme suç hükümlerinin uygulanma şartları olduğu halde; davaların ayrı görülmesi nedeniyle verilen kararın kesinleşmiş olması halinde mevcut dosyada verilecek cezada 5237 sayılı TCK'nın 43.maddesi uyarınca artırım yapıldıktan sonra kesinleşen dosyada verilen cezanın bu cezadan mahsup edilmesi gerekmektedir.¹³²

Yargıtay'ın istikrar kazanan uygulamasına göre; TCK'nın 43/1. maddesinde suçun zincirleme şekilde işlenmesi halinde cezanın 1/4'ten 3/4'üne kadar artırılabilceği öngörülmüş olup, zincirleme suç nedeniyle artırım yapılırken, TCK'nın 3. maddesinin 1. fıkrasındaki *"suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur."* şeklindeki yasal düzenleme uyarınca mağdur ve/veya fiil sayısı nazara alınıp, fiillerin süresi de gözetilerek benzer olaylarla karşılaştırıldığında failin fiili, eylem ile ceza arasındaki dengeyi bozmayacak şekilde, denetime imkan verecek biçimde yasal ve yeterli gerekçe gösterilerek hakkaniyet ölçüleri ile bağdaşacak hakça bir zincirleme suç artırım oranı belirlenerek ceza tayin edilmesi, Ceza Genel Kurulunun 15/03/2016 gün ve 2014/10-847, 2016/128; 20/04/1999 gün ve 61-74 sayılı Kararlarında belirtildiği, Ceza Dairelerinin süregelen uygulamalarında da kabul edildiği üzere de; zincirleme suça dahil olan bir suçtan mahkumiyet kararı verilmiş ve bu karar kesinleşmiş ise, zincirleme suç konu ikinci suçla ilgili olarak mahkemece; kesinleşen hükme konu eylem de göz önüne alınarak zincirleme suç hükümlerinin uygulanması suretiyle hüküm kurulması, kesinleşen hükümdeki ceza sonuç cezadan indirilerek yargılaması devam eden suçla ilişkin cezanın belirlenmesi gerekir.¹³³

¹³² Dairemizin 11/03/2015 gün ve 2013/7287 Esas, 2015/8158 Karar sayılı bozma ilamına uyu-larak; getirilen Asliye Ceza Mahkemesinin 30/11/2007 tarih ve 2007/70 Esas, 2007/167 Karar sayılı dosyasında suç tarihinin 07/02/2006, iddianame tarihinin 25/05/2007 olduğu; eldeki dosyada ise, suç tarihinin 01/01/2006, iddianame tarihinin 24/07/2008 olması kar-şısında; sanığın aynı suç işleme kararı kapsamında değişik tarihlerde birden fazla mağdura kazanç karşılığı ödünç para verdiği, suç ve iddianame tarihlerine göre hukuki kesinti gerçek-leşmediği ve her iki davaya konu eylemlerinin bir bütün halinde zincirleme biçimde tek tefe-cilik suçunu oluşturduğu anlaşılmakla, TCK'nın 3/1 ve 61. maddeleri de gözetilerek TCK'nın 241. maddesi gereğince verilecek cezadan aynı Kanunun 43/1. maddesi uyarınca artırım yapıldıktan sonra kesinleşen dava dosyasından verilen cezanın mahsubu ile oluşur ise ara-daki fark kadar cezaya hükmedilmesi gerektiği halde, eksik inceleme ve yanılığın değerlendir-meyle farklı tarihlerde farklı mağdurlara karşı gerçekleştirilen suçların ayrı eylem olduğu ve teselsül hükümlerinin uygulanamayacağı gerekçesiyle yazılı şekilde hüküm kurulması, **Y. 5.CD., 28/12/2017 gün 9308/5716**

¹³³ TCK'nın 43/1. maddesinde suçun zincirleme şekilde işlenmesi halinde cezanın 1/4'ten 3/4'üne kadar artırılabilceği öngörülmüş olup, zincirleme suç nedeniyle artırım yapılırken, TCK'nın 3. maddesinin 1. fıkrasındaki *"suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla oran-tılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur."* şeklindeki yasal düzenleme uyarınca mağdur ve/veya fiil sayısı nazara alınıp, fiillerin süresi de gözetilerek benzer olaylarla karşılaştırıl-dığında failin fiili, eylem ile ceza arasındaki dengeyi bozmayacak şekilde, denetime imkan

Tefecilik suçu kapsamında bu suçun kanuni tanımına uyan eylemler dışında başkaca suçlar işlenir ise fail bundan sorumlu olacaktır. Örneğin vadesi gelmemiş bononun değerinin çok altında satın alınması olayında fail verdiği parayı teminat altına almak için mağdura zorla/cebir uygulanarak senet imzalatır ise bu durumda T.C.K. m. 148/2 uyarınca fail senedin yağması suçunu da işlemiş olacak ve gerçek içtima kuralları uyarınca her iki suçtan da ayrı ayrı sorumlu tutulacaktır.¹³⁴ Tefecilik suçu kapsamında gerçeğe aykırı bir biçimde

verecek biçimde yasal ve yeterli gerekçe gösterilerek hakkaniyet ölçüleri ile bağdaşacak hakka bir zincirleme suç artırım oranı belirlenerek ceza tayin edilmesi, Ceza Genel Kurulunun 15/03/2016 gün ve 2014/10-847, 2016/128; 20/04/1999 gün ve 61-74 sayılı Kararlarında belirtildiği, Ceza Dairelerinin süregelen uygulamalarında da kabul edildiği üzere de; zincirleme suça dahil olan bir suçtan mahkumiyet kararı verilmiş ve bu karar kesinleşmiş ise, zincirleme suça konu ikinci suçla ilgili olarak mahkemece; kesinleşen hükme konu eylem de göz önüne alınarak zincirleme suç hükümlerinin uygulanması suretiyle hüküm kurulması, kesinleşen hükümdeki ceza sonuç cezadan indirilerek yargılaması devam eden suça ilişkin cezanın belirlenmesinin gerekmesine göre; öğretide ifade edildiği üzere, tipiklik gösteren sonuç, fiilin haksızlık muhtevası üzerinde etkili olup, ceza belirlenirken dikkate alınması gerektiğinden, sabit kabul edilmesi nedeniyle haksızlık muhtevası kazanan eylemin belirlenen cezada dikkate alınmaması halinde, cezanın fiilin ifade ettiği haksızlık muhtevasını bütünü ile karşılaması düşüncesine dayanan haksızlık muhtevasının tüketilmesi ilkesinin ihlali niteliğini taşıyacağından, sanığın eyleminin zincirleme suç kapsamında değerlendirilerek, belirtilen ilkelere göre, temel ceza belirlenip TCK'nın 43. maddesi uyarınca artırım yapıldıktan sonra, kesinleşmiş hükümdeki ceza miktarı düşülmek suretiyle aradaki fark kadar ek cezaya hükmolunması yerine arada fark oluşturmayacak şekilde ceza belirlenerek yazılı şekilde hüküm kurulması, **Y. 5.CD., 27/11/2018; 3595/9365**

¹³⁴ İddianame ve katılanın dosyaya sunmuş olduğu cep telefon mesajlaşmalarını gösteren CD içeriği ile katılan Zihni ve tanık Erhan B..r'ın aşamalarındaki beyanlarından, sanığın, kazanç elde etmek amacıyla borç para verdiği, tanık Erhan'a katılan için *"amcan bana borcunu ödese, kardeşlerimi artık tutamıyorum, bu işin sonunun nereye varacağını bilmiyorum, sonu kötü olacak bu işin temizlenmesi için amcanın gelip kafama sıkması lazım..."* dediği, yine katılan ödeme güçlüğüne düştüğünde katılanın cep telefonuna kızı Rana'nın fotoğrafını göndererek ona zarar vereceği söylemlerinde bulunduğu iddiası karşısında, eylemlerin sübutu halinde yağma suçunu oluşturabileceği anlaşılmakla, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 12. maddesi uyarınca eylemleri nitelendirme ve kanıtları değerlendirme görevinin Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu, delillerin birlikte takdir edilmesi bakımından tefecilik suçundan açılan davanın da birlikte görülmesinde zorunluluk bulunduğu cihetle, görevsizlik kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden yargılamaya devam edilerek yazılı biçimde hükümler kurulması, **Y. 5.CD., 26/11/2018; 3850/9322**; İddianame içeriğinde, sanık Bülent Y....'in katılan Soner G....'ün faiz karşılığı verdiği parayı katılanın ödeyememesi üzerine *"Bir gün bana borcunu ödemedi kaçır gidersen kızın ve torunun Marmaris'te, onları yok bil, ortadan kaldırırm"* şeklinde tehditlerde bulunduğu iddia edilmesi karşısında, iddianamede tehdit olarak nitelenen eylemin sübutu halinde yağmaya teşebbüs suçunu oluşturabileceği anlaşılmakla, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 12. maddesi uyarınca eylemleri nitelendirme ve kanıtları değerlendirme görevinin Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu ve buna bağlı olarak tefecilik suçundan açılan davaların da birlikte görülmesinde zorunluluk bulunduğu

kiymetli evrak düzenlenmesi halinde de T.C.K m. 210 uyarınca kiymetli evrak resmi evrak olarak kabul edildiğinden T.C.K. m. 204 hükmü uyarınca resmi evrakta sahtecilik suçundan gerçek içtima kuralları uyarınca ayrıca sorumlu olacaktır.¹³⁵ Yine fail tarafından borcun bir kısmı ödenmesi rağmen senedin tamamı kullanıldığı takdirde tefecilik suçundan ayrı olarak TCK'nın 156. maddesinde düzenlenen bedelsiz senedi kullanma suçu oluşacaktır.¹³⁶

Kredi kartı kullanmak suretiyle tefecilik yapıldığında, tefeciliği gizlemek adına bu ilişki muvazaalı olarak faturalandırılırsa, 213 sayılı VUK'nun 359-b maddesinde yazılı suç da gerçekleşir.^{137, 138}

gözetilmeksizin, görevsizlik kararı verilmesi yerine yargılamaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması, **Y. 5.CD., 12/09/2017 gün 1186/3475**; İddianame içeriğinde, sanıkların katılanlara faiz karşılığı verdiği parayı katılanların ödeyememesi üzerine borcunu ödemediği takdirde katılanları öldüreceğine dair tehditlerde bulundukları iddia edilmesi karşısında, iddianamede tehdit olarak nitelenen eylemin sübutu halinde yağmaya teşebbüs suçunu oluşturabileceği anlaşılmakla, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 12. maddesi uyarınca eylemleri nitelendirme ve kanıtları değerlendirme görevinin Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu ve buna bağlı olarak tefecilik suçundan açılan davaların da birlikte görülmesinde zorunluluk bulunduğu gözetilmeksizin, görevsizlik kararı verilmesi yerine yargılamaya devamla yazılı şekilde hükümler kurulması, **Y. 5.CD., 06/07/2017 gün 5946/2996**; Oluşa ve dosya içeriğine göre; katılan Bahri oğlu Mehmet O....'un 2004 yılında sanık Volkan A....'un ağabeyi Ahmet A....'dan faizle 3.800 TL aldığı, bu para karşılığında kendisinden 25.000 TL talep edildiği, Mehmet'in ödemede bulunamaması üzerine sanık Volkan'ın katılanın bulunduğu kahvehaneye gelerek, üzerinde taşıdığı tabanca ile ayağına doğru ateş etmek suretiyle borca karşılık taşınmazların devri için tehdit ettiği ve katılanın bu tehdidin etkisi altında, ikisi sanığın üzerine olmak üzere dört adet taşınmazını tapuda devrettiğinin anlaşılmaması karşısında, sanığın eyleminin bir bütün halinde yağma suçunu oluşturacağı gözetilmeden suç niteliğinde yanılıya düşülerek yazılı şekilde tehdit suçundan mahkumiyetine karar verilmesi, **Y. 5.CD., 19/01/2017 gün 3200/213**

¹³⁵ Şikayetçiyle tanışıklığı dışında hiçbir yakınlığı olmayan sanığın ortada ödenmeyen bir borç varken ikinci defa sanığa borç para vermesinin düşünülmemeyeceği, sanığın şikayetçiye kazanç elde etmek kastı ile ödünç ve borç para vermek suretiyle tefecilik, resmi belgede sahtecilik ve nitelikli dolandırıcılık oluştuğuna dair mahkeme kabulünde bir isabetsizlik görülmemiş, suça konu senetlerdeki imzaların şikayetçiye ait olmaması karşısında, senetlerin sonradan sanık tarafından tamamen sahte olarak düzenlendiği anlaşıldığından senet üzerinde tahrifat yapıp yapılmadığının tespiti açısından yeniden bilirkişi incelemesi yapılması gerektiği yönündeki tebliğnamedeki düşünceye iştirak edilmemiştir. **15.CD. 21/05/2013, 25886/9428**

¹³⁶ Bedelsiz senedi kullanma suçunun oluşabilmesi için; sanığın elinde borçlusunca bedelinin tamamı yada kısmen ödenmiş bir senet olmalı ve bunu kısmen veya tamamen ödenmemiş gibi tahsile sokması veya bir başkasına devretmesi gerekmektedir. Borcun bir bölümü ödenmiş ve geri kalan miktar için elinde tuttuğu senedi, tümü veya kalandan fazla miktarı için kullanan sanığın fiili de bedelsiz senedi kullanma suçunu oluşturacaktır.

¹³⁷ **Yenidünya, s. 23**

¹³⁸ Sanığın ortağı ve sorumlusu olduğu kuyumculuk şirketinin yapmış olduğu kredi kartı satış işlemlerinin altın alım satımına dayanmadığı, tanıkların nakit ihtiyacını karşılamak amaçlı olduğu ve kredi kartından çekilen tutardan kesintiler yapıldıktan sonra kalan kısmın tanıklara nakit olarak ödendiği dikkate alınarak düzenlenen 419 adet satış faturası ve

Herhangi bir mal teslimi ve hizmet ifası olmaksızın nakit ihtiyacının giderilmesi amacıyla başkalarına ait kredi kartları ile çekim işlemleri yapmak suretiyle gerçeğe aykırı harcama belgesi düzenlendiği ve bankalardan mal satmış gibi elde ettiği miktarları ödünç vererek komisyon ve faiz adı altında kazanç elde edildiği hallerde tefecilik suçunun mu yoksa 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun 36. maddesinde düzenlenen gerçeğe aykırı olarak harcama belgesi düzenleme suçunun mu olduğu hususunda Yargıtay uygulamasında farklılıklar mevcuttur.

Yargıtay 8 ve 11. Ceza Dairelerince failin Pos cihazlarını kullanım amaçları ve sözleşme koşulları dışında, kredi kartı sahiplerinin nakit ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla kullanmaktan ibaret eylemlerinin, hem TCK'nin 241. maddesinde düzenlenen tefecilik suçunu hem de 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunun 36. maddesinde düzenlenen gerçeğe aykırı olarak harcama belgesi düzenleme suçunu oluşturduğu anlaşılmakla, her iki suç için öngörülen cezaların aynı olması karşısında, 5237 sayılı TCK'nin 44. maddesi ve özel norm ilkesi önceliği gereğince fail hakkında 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 36. maddesinde düzenlenen gerçeğe aykırı olarak harcama belgesi düzenleme suçundan hüküm kurulması gerektiği kabul edilmektedir.¹³⁹ Yargıtay 5 Ceza Dairesince ise hukuki anlamda tek fiil sayılan bu tarz eylemlerinin hem TCK'nin 241. maddesinde düzenlenen tefecilik suçunu hem de 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun 36. maddesinde düzenlenen gerçeğe aykırı olarak harcama belgesi düzenleme

aynı sayıda gider pusulasının da sahte ve gerçek dışı olduğu anlaşılmakla; sanığın eyleminin, TCK'nin 241. maddesinde düzenlenen tefecilik suçu yanında, 213 sayılı Vergi Usul Kanunun 359/b. maddesinde düzenlenen sahte belge ve fatura düzenlemek suçunu da oluşturacağı gözetilmeden değerlendirilmede hataya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması, **Y. 16.CD., 12/07/2017 gün 1491/4782**

¹³⁹ Sanığın hukuki anlamda tek fiil sayılan eylemlerinin hem TCK'nin 241. maddesinde düzenlenen tefecilik suçunu hem de 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 36. maddesinde düzenlenen gerçeğe aykırı olarak harcama belgesi düzenleme suçunu oluşturduğu anlaşılmakla, her iki suç için öngörülen cezaların aynı olması karşısında sanık hakkında TCK'nin 44. maddesi ve özel norm önceliği ilkesi gereğince sadece 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 36. maddesi uyarınca mahkumiyet kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden ayrıca TCK'nin 241/1. maddesi uyarınca da mahkumiyet kararı verilmesi suretiyle fazla ceza tayini, **8.CD., 04/12/2017; 18950/13714** ; Sanığın, Pos cihazlarını kullanım amaçları ve sözleşme koşulları dışında, kredi kartı sahiplerinin nakit ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla kullanmaktan ibaret eylemlerinin, hem TCK'nin 241. maddesinde düzenlenen tefecilik suçunu hem de 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunun 36. maddesinde düzenlenen gerçeğe aykırı olarak harcama belgesi düzenleme suçunu oluşturduğu anlaşılmakla, her iki suç için öngörülen cezaların aynı olması karşısında, 5237 sayılı TCK'nin 44. maddesi ve özel norm ilkesi önceliği gereğince sanık hakkında 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 36. maddesinde düzenlenen zincirleme şekilde gerçeğe aykırı olarak harcama belgesi düzenleme suçundan hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi, **11.CD., 01/11/2018; 17189/8650**, Aynı yönde; **11.CD., 23/10/2018; 5171/8264**, **11.CD., 02/10/2018; 12503/7541**

suçunu oluşturduğu, bu itibarla fail hakkında TCK'nın 44. maddesindeki farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması suretiyle tefecilik suçundan hüküm kurulması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁴⁰

Tefecilik suçu, izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma¹⁴¹ suçu ile benzerlik göstermektedir.¹⁴² Birkısmgörüşegöre; izinsiz mevduat toplamak yani ivazlı veya ivazsız ödünç para toplamak, 5411 s. Bankacılık Kanununun 150. maddesinde tanımlanan suçu oluşturmaktadır. Buna karşılık, izinsiz olarak ivazlı ödünç para verilmesi, TCK'nın 241. maddesindeki "tefecilik suçu"nu oluşturacaktır.¹⁴³ Tefecilik suçu ile izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçu arasındaki fark, fiilin sayı ve nitelik yönünden yoğunluğuyla ilgili olup, kazanç sağlamak amacıyla ödünç para verme fiilleri, bankacılık faaliyetinde bulunma yoğunluğuna ulaştı ise, izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçu; aksi halde, tefecilik suçu oluşacaktır.¹⁴⁴

Bir kısım görüşe göre; "13/12/2012, 28496 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring Ve Finansman

¹⁴⁰ SUÇ: 5464 sayılı Yasaya muhalefet, tefecilik

HÜKÜM : Eylemin küll halinde tefecilik kabulüyle mahkumiyet

TCK'nın 53. maddesinin uygulanması ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'nin 08/10/2015 tarih ve E. 2014/140; K. 2015/85 sayılı kararının infaz aşamasında gözetilmesi mümkün bulunmuş, sanığın bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda tefecilik suçunu işlediği kabul edilmesine rağmen zincirleme suç hükümlerini içeren TCK'nın 43/1. maddesinin uygulanmaması aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni sayılmamıştır. **5.CD., 03/07/2018; 11181/5028** ; Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde, sanıkların hukuki anlamda tek fiil sayılan eylemlerinin hem TCK'nın 241. maddesinde düzenlenen tefecilik suçunu hem de 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun 36. maddesinde düzenlenen gerçeğe aykırı olarak harcama belgesi düzenleme suçunu oluşturduğu, bu itibarla sanıklar hakkında TCK'nın 44. maddesindeki farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiği, sanıklar hakkında tefecilik suçundan kurulan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olduğundan, sanıklara aynı fiilden dolayı 5464 sayılı Kanunun 36. maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde beraat hükümleri kurulması, **5.CD., 16/04/2015; 7704/10517**

¹⁴¹ **Dursun**, s.200: "Suçun düzenlendiği Bank.K. m. 150 tahlil edildiğinde, maddede farklı cezalar öngörülen, dolayısıyla iki ayrı suç olarak ortaya çıkan tipik eylemler saptanabilir. Buna göre, maddenin 1. fıkrasında düzenlenen eylemler (Bu Kanuna göre alınması gereken izinleri almaksızın, banka gibi faaliyet gösterme ya da mevduat kabul etme yahut katılım fonu toplama), "izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma" şeklinde, 2. fıkradakiler ise (Bu Kanuna göre alınması gereken izinleri almaksızın banka adını ya da banka gibi faaliyet gösterdikleri ya da banka gibi mevduat veya katılım fonu topladıkları izlenimini uyandıracak söz ve deyimleri kullanma) "izinsiz banka adını veya bankacılık faaliyeti yapıldığı izlenimini uyandıran söz ve deyimleri kullanma" biçiminde ifade edilebilir."

¹⁴² İzinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçu ile ilgili açıklamalar için bkz. **Dursun, Salman**, Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar, Seçkin 2006, s. 196 vd., **Taşdelen, Servet**, Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara, 2. bası, Turhan 2006, s. 1255 vd., **Parlar, Ali/ Akın, Mustafa/ Hatipoğlu, Muzaffer**, Bankacılık Ceza Hukuku, Ankara 2010, s.147 vd.

¹⁴³ **Özgenç**, s.547.

¹⁴⁴ **Gün, Tayfun**. Türk Ceza Kanunu'nda Tefecilik Suçu, TBBT, Mart-Nisan 2019, Yıl: 31, Sayı: 141, s.197

Şirketleri Kanunu'nun 52. madde¹⁴⁵si ile, 10/6/1985 tarihli ve 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu ile 30/9/1983 tarihli ve 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ek ve değişiklikleri ile birlikte yürürlükten kaldırılması, 30.9.1983 tarihli ve 90 sayılı *“Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”* ile 2279 s. Kanun, 17. maddesi hariç olmak üzere, yürürlükten kaldırılması, yine 13/12/2012, 28496 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring Ve Finansman Şirketleri Kanunu'nun 52. maddesi ile, 10/6/1985 tarihli ve 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu ile 30/9/1983 tarihli ve 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ek ve değişiklikleri ile birlikte yürürlükten kaldırılmış olması, Bankacılık Kanunu'nun 150. maddesinin birinci fıkrasında da *“Bu Kanuna göre alınması gereken izinleri almaksızın banka gibi faaliyet gösteren ya da mevduat kabul eden ... cezalandırılır.”* şeklindeki düzenlemenin mevcut olması kazanç elde etmek amacıyla ödünç para verilmesinin Bankacılık Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca kredi verme şeklinde bankacılık faaliyeti olması karşısında 13/12/2012 tarihinden itibaren olması kazanç elde etmek amacıyla ödünç para verme eylemlerinin özel düzenleme olan Bankacılık Kanunu'nun 150. maddesine muhalefet suçunu¹⁴⁶ oluşturacağı” ifade edilmiştir.¹⁴⁷

V. YAPTIRIM

Bu suçun cezası 2 yıldan 5 yıla kadar hapis ve 5000 güne kadar adli para cezasıdır.¹⁴⁸ Adli para cezasının alt sınırı TCK'nın 52. maddesine göre 5 gündür.

¹⁴⁵ Yürürlükten kaldırılan hükümler

MADDE 52- (1) 10/6/1985 tarihli ve 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu ile 30/9/1983 tarihli ve 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ek ve değişiklikleri ile birlikte yürürlükten kaldırılmıştır.

(2) Diğer kanunlarda, 3226 sayılı Kanun ile 90 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye yapılan atıflar, bu Kanunun ilgili maddelerine yapılmış sayılır.

¹⁴⁶ **Akkaya, Çetin,** Tefecilik, s.84

¹⁴⁷ **Özbek, Veli Özer / Kanbur, Nihat / Bacaksız, Pınar.** Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 14. Bası, Seçkin 2019, 952; *“Görüldüğü üzere nakdi, gayrinakdi her cins ve surette kredi verme işlemleri 5411 sayılı Kanuna göre bir bankacılık faaliyeti olup bu durum karşısında TCK. m.241 anlamında ödünç para verme olarak ifade edilen işlemler artık bir bankacılık faaliyeti olup bankalar dışında bu tür faaliyet gösteren kişi ya da kurumların m.150’de yer alan suçu işlediği kabul edilmelidir.... Faiz veya benzeri ivazlar elde etmek amacıyla yapılacak ödünç para verme faaliyeti artık bir bankacılık faaliyeti olup bu faaliyet ancak bankalar tarafından gerçekleştirilebilir. Bankalar dışındaki gerçek ya da tüzel kişiler tarafından gerçekleştirilecek bu tür faaliyetler Bankacılık Kanunu m.150’yi ihlal eder. 5411 sayılı Kanun madde 150 özel hüküm olmakla tefecilik olarak ifade edilen kazanç gütmek amaçlı ödünç para verme faaliyetleri hakkında TCK m.241 değil bu hüküm uygulanır.*

¹⁴⁸ Sanık hakkında suçun işleniş biçimi, suç konusunun önem ve değeri, meydana gelen zararın ağırlığı, sanığın amaç ve saiki gözönüne alınarak takdiren aşağı haddten olmak üzere hürriyeti bağlayıcı cezanın belirlenmesine karşın, başkaca yasal ve yeterli gerekçe gösterilmeden adli para cezasının alt sınırdan uzaklaşılarak tayin edilmek suretiyle çelişkiye düşülmesi, **5.CD. 23/05/2013, 6458/5653**; Sanıklar haklarında temel hürriyeti bağlayıcı ceza alt sınırdan ta-

TCK'nın 61/9. maddesinin burada uygulanma olanağı yoktur.^{149, 150}

Yargıtay uygulamasında 5237 sayılı TCK'nın 61. maddesi uyarınca temel ceza belirlenirken söz konusu maddenin 1. fıkrasında yedi bent halinde sayılan hususlarla aynı Kanunun 3. maddesinin 1. fıkrasındaki "suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur" şeklindeki yasal düzenlemeler ile dosyaya yansıyan bilgi ve kanıtlar birlikte ve isabetle değerlendirilip, denetime olanak verecek şekilde ve somut gerekçeler de gösterilmek suretiyle ilgili kanun maddesindeki cezanın alt ve üst sınırları arasında takdir hakkının kullanılması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁵¹

Faile, 2 yıldan az hapis cezası verilir ise, CMK'nın 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu tartışılmalıdır.¹⁵² Hükmün açıklanmasının geri bırakılması yönünden, kamunun yahut mağdurun zararının karşılanması koşulu açısından, ödünç para alan kişiler mağdur olmadığından, bunların iddia ettikleri zararların karşılanması bir şart olarak aranmayacağı,. bu kişiler, kendilerinden fazla miktarda faiz alındığını iddia ediyorsa, hukuk mahkemesinde dava açabilecekleri, bununla birlikte, maliye hazinesinin ekonomik bir zararı var ise, bunun sanık tarafından karşılanması gerektiği ileri

vin edilmesine karşın, hürriyeti bağlayıcı ceza yanında tayin olunan gün adli para cezasının teşdit nedenleri gösterilmeden alt sınırın üzerinde tayini, **5.CD. 06/03/2013, 5064/1594**

¹⁴⁹ Ancak 1 Haziran 2005 tarihinden önce işlenen suçlarda, 2279 sayılı Yasanın daha lehe olduğu görülürse, bu kanuna göre verilecek para cezası, 15 Eylül 1981 tarihinde Resmi Gazete'de neşredilmek suretiyle yürürlüğe giren 2279 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Kanununda değişiklik yapılmasını öngören 2520 sayılı Kanunun 3. maddesi uyarınca 2279 sayılı Kanunun 17. maddesinde gösterilen hapis cezasıyla birlikte 100.000 liradan, 1.000.000 liraya kadar ağır para cezası uygulanacağı hükmü getirdiği ve sanığa hürriyeti bağlayıcı ceza yanında verilen para cezasının 01. 06. 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5252 Sayılı Yasanın 4. maddesinin b fıkrası 7. bendi (4/b-7) uyarınca 1430 katını geçemeyeceği nazara alınmalıdır.

¹⁵⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 19/06/2007 tarih ve 2007/10-108 Esas, 2007/152 Karar sayılı ilamında belirtildiği gibi, yasa koyucunun ayrıca adli para cezası öngördüğü suçlarda, hapis cezasının alt sınırdan tayini halinde mutlak surette adli para cezasının da alt sınırdan tayini gerektiği yönünde bir zorunluluk bulunmamakta ise de, yeterli ve yasal gerekçe gösterilmeksizin adli para cezasının alt sınırın üzerinde 30 gün olarak tayin edilmesi, **Y. 5.CD., 01/11/2018; 2504/8372**

¹⁵¹ Fiilin niteliği ile sanıklarda gözlemlenen kastın yoğunluk ve sürekliliği nazara alınarak temel cezanın 5237 sayılı TCK'nın 3 ve 61. maddelerindeki ilkeler uyarınca alt sınırdan daha fazla uzaklaştırarak tayini gerektiğinin gözetilmemesi yanında, tefecilik suçunu, kazanç elde etmek için birden fazla kişiye borç para vermek suretiyle zincirleme şekilde işlediği anlaşılan sanıklar hakkında yasal koşulları olduğu halde aynı Kanunun 43. maddesi uygulanmayarak eksik ceza tayini, **5.CD., 10/10/2013 gün 2012/9163-2013/9850**

¹⁵² Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 03/06/2008 gün 2008/149-163, 13/11/2007 gün, 2007/171-235 sayılı Kararlarında da belirtildiği üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilip verilmeyeceğinin CMK'nın 231/5-6 maddesindeki şartlar gözetilmek suretiyle seçenек yaptırımlara çevirme ve erteleme gibi diğer kişiselleştirme nedenlerinden önce hakim tarafından değerlendirilmesi zorunlu bulunduğundan, hapis cezasının ertelenmesi gerekçe gösterilerek, yasal ve yeterli başkaca gerekçede gösterilmeden CMK'nın 231/5. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi, **5.CD. 07/05/2013, 7187/4719**

sürülmüştür.¹⁵³ Yargıtay ise, tefecilik suçu nedeniyle Hazinenin, vergi gelirinden yoksun bırakıldığını, bu nedenle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için, Hazinenin vergi kaybı belirlenerek, bu kaybın giderilmesinin gerektiği ayrıca kişilerin ödediği faizin de zarar kavramına dahil olduğu bunun da giderilmesi gerektiği ifade edilmiştir.^{154, 155} Zararın giderildiği iddia ediliyorsa bu hususun araştırılması gerekir.¹⁵⁶

¹⁵³ **Yenidünya**, s 25.

¹⁵⁴ Bir başkasına ödünç para verme işinin Hazine Müsteşarlığının iznine ve bu işten elde edilen kazancın da vergiye tabi olduğu ve Hazinenin bu suçun işlenmesinden dolayı vergi kaybına uğrayacağı ayrıca sanığın elde ettiği kazanç nedeniyle ödünç para verdiği kişilerin zarar göreceği cihetle, somut olayda Hazinenin vergi kaybı, ödünç para verdiği kişiler olan Mehmet ... ve Celal K...'ın ise ödediği faiz nedeniyle uğradıkları maddi zarar miktarları araştırılıp sanıktan bunları karşılayıp karşılamayacağı sorulup, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 03/06/2008 tarihli ve 2008/149-163 sayılı Kararında da belirtildiği üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilip verilmeyeceğinin CMK'nın 231/5-6. maddesindeki şartlar gözetilmek suretiyle seçenек yaptırımlara çevirme ve erteleme gibi diğer kişiselleştirme nedenlerinden önce hakim tarafından değerlendirilmesinin zorunlu olduğu gözetilmeden, hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağı hususunun karar yerinde tartışılmaması, **Y.5.CD. 28/02/2019; 2017/6854-2019/2562**; Dosya kapsamına göre, sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda, Kuşadası 3. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 29/03/2016 tarihli kararıyla, kamunun uğradığı bir zarar bulunmadığından bahisle sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş ise de: benzer bir olay sebebiyle, Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 09/10/2015 tarihli ve 2014/10514 esas, 2015/14973 karar sayılı ilâmında ve benzer mahiyetteki diğer ilâmlarda belirtildiği üzere, bir başkasına ödünç para verme işinin, Hazine Müsteşarlığının iznine ve bu işten elde edilen kazancın da vergiye tabi olduğu ve Hazinenin bu suçun işlenmesinden dolayı vergi kaybına uğrayacağı ayrıca sanığın elde ettiği kazanç nedeniyle müştekinin zarar göreceği cihetle, somut olayda, Hazinenin vergi kaybı, müştekinin ise ödediği faiz nedeniyle uğradığı maddi zarar miktarları araştırılıp sanıktan bunları karşılayıp karşılamayacağı sorulduktan sonra, sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri

¹⁵⁵ Bir başkasına ödünç para verme işinin, Hazine Müsteşarlığının iznine ve bu işten elde edilen kazancın da vergiye tabi olduğu ve Hazinenin bu suçun işlenmesinden dolayı vergi kaybına uğrayacağı cihetle, CMK'nın 231. maddesinin 6/c fıkrasında belirtilen zarar kavramı, ölçülebilir, belirlenebilir (somut) maddi zarara ilişkin olup manevi nitelikteki zararı kapsamadığından, incelenen dosyada, Hazinenin vergi kaybı nedeniyle uğradığı maddi zarar miktarı araştırılıp sanıklardan zararı karşılayıp karşılamayacağı sorulmadan, adli sicil kaydında bulunan sabıkasının silinme koşulları oluşmuş sanık Nesim hakkında ve kayden sabıkasız olan sanık Mikat hakkında mahkemece yeniden suç işlemeyeceği kanaatine varılarak TCK'nın 51. maddesi gereğince erteleme hükümleri uygulandığı halde "katılanın zararının karşılanmadığı" biçimindeki yasal ve yeterli olmayan gerekçe ile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanmamasına karar verilmesi, **5.CD. 28/03/2013, 6116/2396**;

Bir başkasına ödünç para verme işinin, Hazine Müsteşarlığının iznine ve bu işten elde edilen kazancın da vergiye tabi olduğu ve Hazinenin bu suçun işlenmesinden dolayı vergi kaybına uğrayacağı açıktır. CMK'nın 231. maddesinin 6/c fıkrasında belirtilen zarar kavramı, ölçülebilir, belirlenebilir (somut) maddi zarara ilişkin olup manevi nitelikteki zararı kapsamadığından, incelenen dosyada, Hazinenin vergi kaybı nedeniyle uğradığı maddi zarar miktarı araştırılmadan sabıkasının silinme koşulları oluşmuş sanık hakkında kamunun ve kişilerin uğradığı zararın giderilmemesinden söz edilerek ve sanığın kişilik özelliklerinin olumsuz olarak değerlendirilmesine dayanak oluşturan nedenler denetime imkan verecek biçimde gerekçelendirilmeden, sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi, **4.CD. 04.10.2012, 2010/25457-2012/19709** gerektiği gözetilmeden, **Y. 5.CD., 11/09/2017 gün 3133/3299**; CMK'nın 231/6. maddesinde hükmün açıklanmasının

Bu suç bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenirse koşulları bulunduğu takdirde TCK'nın 242. maddesine göre tüzel kişi hakkında, bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.^{157, 158}

geri bırakılması koşulunun gerçekleşmesi için, suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararının, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi gerektiği, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 03/02/2009 tarih ve 2008/11-250 Esas, 2009/13 sayılı Kararında yer alan "kanaat verici basit bir araştırma ile belirlenecek maddi zararların esas alınması, manevi zararların bu kapsama dahil edilmemesi gerektiği" şeklindeki kabul karşısında, sanığın eylemi nedeniyle somut ve belirlenebilir bir zarar olup olmadığı tespit edilip, zarar oluştuğunun saptanması halinde sanığa, bu zararı karşılamak isteyip istemediği sorulduktan sonra hükmün açıklanmasının geri bırakılması hususunda bir karar verilmesi gerektiği gözetilmeden "kamunun zararı giderilmemiş olması" şeklindeki yasal ve yeterli olmayan gerekçe ile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi, **5.CD., 09/05/2016 gün 4733/4801; CMK'nın 231/6. maddesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması koşulunun gerçekleşmesi için, suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi gerektiği, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 03/02/2009 tarih ve 2008/11-250 Esas, 2009/13 sayılı Kararında yer alan "kanaat verici basit bir araştırma ile belirlenecek maddi zararların esas alınması, manevi zararların bu kapsama dahil edilmemesi gerektiği" şeklindeki kabul karşısında, sanığın eylemi nedeniyle somut ve belirlenebilir bir zarar olup olmadığı tespit edilip, zarar oluştuğu tespit edildiği takdirde sanığa bu zararı karşılamak isteyip istemediği sorulduktan sonra hükmün açıklanmasının geri bırakılması hususunda bir karar verilmesi gerektiği gözetilmeden "suçun mağduru olan maliye hazinesinin suçtan doğan zararını gidermediği, bu yönde yapmış olduğu bir savunmanın olmadığı" şeklindeki yasal ve yeterli olmayan gerekçe ile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi, **5.CD., 26/03/2015 gün 7567/8821****

¹⁵⁶ Sanık müdafinin kamu zararının giderildiğini belirtmesi karşısında, bu husus araştırılmaksızın, tefecilik ve Vergi Usul Kanuna muhalefet suçları bakımından kamu zararının giderilmediği gerekçe gösterilerek CMK'nın 231. maddesinin uygulanmamasına karar verilmesi, **Y. 16.CD., 23/10/2015 gün 1839/3774**

¹⁵⁷ 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 60/1. maddesinde düzenlenen güvenlik tedbirinin uygulanabilmesi için, kasıtlı bir suçun tüzel kişinin organ veya temsilci sıfatını taşıyan kişilerin iştirakiyle işlenmesi ve bu kişiler hakkında işledikleri suç nedeniyle mahkûmiyet kararı verilmiş olması, suçun tüzel kişinin faaliyet izninin sağladığı yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi ve bununla tüzel kişinin yararına bir kazanç elde edilmiş olması gerekmektedir. Sanıkların hissedarı oldukları ve kuyumculuk alanında faaliyet gösteren U.... Altın Kuyumculuk İnş. San. Ve Tic Ltd. Şti'nin herhangi bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunmasının gerekmediği anlaşılmakla; delilleri takdir ve gerekçesi gösterilmek suretiyle sanık hakkında verilen Güvenlik tedbiri uygulanmasına yer olmadığına dair hüküm usul ve kanuna uygun olduğundan, yerinde görülmeyen katılan Hazine vekilinin temyiz itirazlarının reddiyle hükmün ONANMASINA, **5.CD. 04/04/2013, 5766/2738**

¹⁵⁸ "90 sayılı Kanun Hükmündü Kararname hükmü uyarınca alınan ikrazatçılık izni iptal edildiği halde, ödünç para verme işlerine devam edilmesinin tefecilik sayılacağı, tefecilik yaptığı mahkemece sabit görülenlerin işyerlerinin Valiliklerce kapatılacağına hükme bağlandığı, ayrıca, faktoring şirketlerinin kuruluş ve çalışma esaslarını belirlemek amacıyla çıkarılan Faktoring Şirketlerinin Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmeliğin 2. maddesinde, faktoring şirketinin kurulması için Hazine Müsteşarlığından ön izin ve kuruluşu takiben faaliyet izninin alınması gerektiğinin belirtildiği, davacı şirketin... faiz karşılığı ve ipotek almak suretiyle sürekli olarak ödünç para verdiğinin belirlenmesi üzerine faaliyet izninin iptal edildiğinin

VI. KOVUŞTURMA USULÜ, GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME VE SÜBUTA İLİŞKİN UYGULAMADA ESAS ALINAN DEĞERLENDİRMELER

Bu suçun soruşturması ve kovuşturması şikâyetle bağlı değildir, resen takibi gerekir.

Bu suçla ilgili görevli mahkeme 5235 sayılı yasanın 10–14.maddeleri uyarınca asliye ceza mahkemesi, yetkili yargı mercii ise ödünç paranın verildiği yer merciidir.

Vicdani kanıt sisteminin geçerli bulunduğu ceza yargılaması hukukumuzda hâkimin hükmünü dayandırdığı delillerin gerçekçi, akılcı, olayı tüm ayrıntısı ile yansıttıcı, kanıtlamaya yararlı ve hukuka uygun¹⁵⁹ olarak elde edilmiş olması gerekir. Sanık aleyhine vicdani kanı, yargılama konusu olayla ilgili olmayan bilgilerden oluşmamalıdır.¹⁶⁰

Yargıtay'ın uygulamasında suçun yasal delillerle sübutunun kabul edilmesine ilişkin ve hangi hallerde suçun ispatlanmış sayılacağına ilişkin bir kısım kararları mevcuttur.

Uygulamada;

- Failin kolluk kuvvetleri vasıtasıyla sanığın geçimini ne şekilde sağladığı, belirtilen paraya ilişkin yaptığı işle orantılı ekonomik gücü olup olmadığı¹⁶¹

anlaşıldığı, belirli konularda faaliyette bulunulabilmesi amacıyla idarelerce verilen ruhsat, çalışma belgesi, faaliyet izni gibi belgelerin, bu izinlerin verilme koşullarının ortadan kalkması halinde usulde paralellik ilkesi gereği her zaman geri alınabileceği...” (Danıştay 10.D.’nin 28.03.2005 tarih 2002/2504-2005/1366 sayılı karar) (Uğur, Tefecilik Suçunun Pozitif Dayanakları, Unsurları ve Uygulama İlkeleri, sh.66).

¹⁵⁹ Sanık hakkında açık senet karşılığında verdiği ödünç paranın geri ödenmesine rağmen fahiş miktarlarda para istediğinden bahisle tefecilik yapmak suçundan açılan kamu davasında; soruşturma makamlarına şikayette bulunularak yasal delil elde etme imkanı varken Kadir’nin planlayarak gerçekleştirdiği anlaşılan adli emanetin 2006/6121 sırasında kayıtlı 1 adet mikro kaset içeriğinin yasal delil mahiyetinde kabul edilemeyeceği de dikkate alındığında sanığın, diğer sanık Ayhan Du...’ın eylemlerine katıldığına ilişkin dosya kapsamında delil bulunmadığı,**[5.CD’nin 07/03/2013 tarih ve 3499/1635 sayılı kararı]**

¹⁶⁰ **(CGK’nın 04/10/2011 gün ve 2011/10-159-2011/ 202 sayılı kararı)**

¹⁶¹ Sanığın, kazanç elde etmek amacıyla müşteki Ramazan’a borç para verdiği iddiasıyla açılan kamu davasında, maddi gerçeğin kuşkuyla yer vermeyecek şekilde ortaya çıkarılabilmesi amacıyla, geçim kaynaklarının araştırılıp ekonomik durumunun iddianamede belirtilen miktarlardaki paraları borç vermeye uygun olup olmadığı ve tefecilik yapıp yapmadığının kolluk marifetiyle araştırılması, alacaklı sıfatıyla başlattığı icra takip dosyalarındaki borçlular Sabahattin ve Uygur’un tanık sıfatıyla dinlenilmesi ve sonucuna göre hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken, eksik inceleme ve yetersiz gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulması, **Y.5.CD. 05/03/2019; 2015/8667-2019/2767**

hususunun araştırılması,^{162, 163}

- Meşru faaliyetleri ile orantılı olmayan mal varlıklarının olup olmadığının belirlenmesi,¹⁶⁴
- Atılı tefecilik suçunun işlenip işlenmediğinin tespiti için yeterli zabıta araştırması yaptırılıp, sanık yararına icra müdürlüklerinde yapılmış ve yapılmakta olan icra takip dosyaları bulunup bulunmadığı sorulup, varsa bu dosyalar getirtilip incelenerek sonucuna göre sanığın hukuki

¹⁶² Maddi gerçeğin kuşkuyla yer vermeyecek biçimde ortaya çıkarılabilmesi amacıyla; sanıkların, geçim kaynaklarının araştırılıp ekonomik durumlarının iddianamede belirtilen miktardaki paraları borç vermeye uygun olup olmadığının ve tefecilik yapıp yapmadıklarının kolluk marifetiyle araştırılmasından, vergi mükellefi olduklarının tespiti halinde haklarında suç tarihlerini kapsayan dönem için vergi inceleme raporu düzenletirilmesinden, sanık İsmet'in şikayetçi Kamil'in kendisinden bıçak parası aldığı ve hakkında irtikap suçundan dava açıldığı beyanı karşısında varsa ilgili dosyanın getirtilerek incelenmesinden, tanık İbrahim'in olayla ilgili bilgi ve görgüsünün suç tarihini ve suçun unsurlarını tespitte elverişli şekilde yeniden alınmasından, sanıkların alacaklı oldukları icra takip dosyaları bulunup bulunmadığının tespitiyle mevcutsa takip borçlularının faiz karşılığında sanıklardan ödünç para alıp almadıkları hususunda tanık sıfatıyla dinlenilmelerinden sonra tüm kanıtların hep birlikte değerlendirilerek sonucuna göre hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekirken, eksik inceleme ve yetersiz gerekçeyle yazılı şekilde hükümler kurulması, **Y. 5.CD., 10/10/2018 gün 1148/7105**

¹⁶³ Kabule göre; sanığın soruşturma ve kovuşturma aşamalarında değişmeyen savunmalarında; 2005 yılı sonunda, Lale Sanayi 2.Bloktaki dükkanını vadeli olarak müştekiye sattığını ve kalan alacağı için senet tanzim ettiklerini iddia etmesi karşısında, bahsi geçen alım-satımın doğruluğu araştırılmadan ayrıca kolluk kuvvetleri vasıtasıyla sanığın geçimini ne şekilde sağladığı, tefecilik işiyle uğraşıp uğraşmadığı belirlenmeden eksik incelemeyle hüküm tesisi, **(4.CD'nin 26/09/2012 tarih ve 2374/18912 sayılı kararı)**

¹⁶⁴ Sanıkların tefecilik suçundan mahkumiyetlerine karar verilmiş ise de; Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 06/05/2013 tarihli ve 2011/18036 Esas, 2013/13423 Karar sayılı bozma ilamında sanıkların tefecilik yapıp yapmadıklarının belirlenebilmesi açısından, ticaretle uğraşmaları nedeniyle tüm ticari belgeleri, banka hesapları, muhasebe kayıtları ile gelir ve giderleri ayrıntılı şekilde incelenip meşru faaliyetleri ile orantılı olmayan mal varlıklarının olup olmadığı konusunda bilirkişi raporu alınması gerektiğinin belirtildiği, bozmaya uyularak alınan bilirkişi raporundan da sanıkların ticari faaliyetleri ile orantılı olmayan mal varlıklarının olmadığını anlaşılmış olması, vergi denetim raporu, müşteki ve tanık beyanları ile tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde; savunmalarının aksine, atılı suçu işlediklerine dair mahkumiyetlerine yeterli, her türlü kuşkudan uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığından, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince yüklenen suçtan sanıkların beraatleri yerine yanlışlıklarla değerlendirme sonucu yazılı şekilde mahkumiyetlerine karar verilmesi, **Y.5.CD. 24/09/2019; 2018/6405-2019/8715**; Sanıkların tefecilik yapıp yapmadıklarının belirlenebilmesi açısından; ticaretle uğraşmaları nedeniyle tüm ticari belgeleri, banka hesapları, muhasebe kayıtları ile gelir ve giderleri ayrıntılı şekilde incelenip meşru faaliyetleri ile orantılı olmayan mal varlıklarının olup olmadığı konusunda bilirkişi raporu alınarak sonucuna göre sanıkların hukuki durumunun tespit edilmesi ve savunmalardaki hususların araştırılması gerekirken, eksik kovuşturma ile mahkumiyetlerine karar verilmesi, **(4.CD'nin 06/05/2013 tarih ve 18036/13423 sayılı kararı)**

durumunun belirlenmesi,^{165, 166}

- Failin faiz karşılığında ödünç para verme işiyle iştigal edip etmediği, çevrede tefecilik yaptığının bilinip bilinmediğinin saptanması bakımından zabıta marifetiyle¹⁶⁷ araştırma yapılması,^{168, 169}
- Failin kazanç elde etmek amacıyla başkalarına ödünç para verip vermediğinin kolluk aracılığıyla araştırılıp, sanığın faiz karşılığı borç para verip vermediğinin saptanması bakımından borç verdiği kişilere karşı başlattığı icra takiplerinin bulunup bulunmadığının, bulunduğu belirlenmesi durumunda ilgili icra dosyalarındaki borçlular dinlenerek senet miktarlarının asıl borcun karşılığını mı oluşturduğu, faiz öngörülüp öngörülmediği, sanık hakkında vergi inceleme raporu düzenlenip düzenlenmediği araştırılıp,

Gerektiğinde mevcut kanıtlar çerçevesinde uzman bilirkişi heyeti raporu da alınarak, sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının belirlenmesi gerektiği,¹⁷⁰

- Faillerin evinde ve/veya işyerinde, üzerlerinde yapılan aramada ele geçirilen belgelerde var ise borçluların olanaklı bulunduğu takdirde dinlenilmesi,¹⁷¹

¹⁶⁵ Maddi gerçeğin kuşkuya yer vermeyecek şekilde ortaya çıkarılması açısından sanık lehine düzenlenen senetlerin denetime imkan verecek şekilde dosya arasına getirilmesi, sanığın tefecilik yapıp yapmadığı hususunda kolluk araştırması yaptırılması, ilgili icra dairelerinden sanığın alacaklı olduğu icra dosyalarının sorulup var ise aslı veya onaylı suretleri getirtilip borçlu gözükten kişilerin faiz karşılığı sanıktan para alıp almadıkları konusunda tanıklıklarına başvurulması, gerektiği takdirde ilgili vergi dairesine yazı yazılarak bu konuda vergi inceleme raporu düzenletirilmemesinden sonra hasıl olacak sonuca göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik inceleme ve yetersiz gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulması, **Y. 5.CD., 22/03/2018 gün 12363/2098**

¹⁶⁶ **(4.CD'nin 18/12/2012 tarih ve 1326/30768 sayılı kararı)**

¹⁶⁷ **Özbek, Veli Özer / Kanbur, Nihat / Bacaksız, Pınar.** Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 14. Bası, Seçkin 2019, 959; *“..uygulamamızda yaşanan ispat zorlukları nedeniyle uygulamada dosya içine konulan “sanıkların tefeci olarak bilindiklerine” dair zabıta araştırması delil değildir. Masumiyet karinesine aykırıdır ve bu yönüyle de adil yargılama hakkı ihlal edilmiştir.*

¹⁶⁸ TCK'nın 241. maddesinde tanımlanan tefecilik suçunun oluşabilmesi için kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para verilmesinin yeterli oluşu, ayrıca birden fazla kişiye sistemli olarak faiz karşılığı ödünç para verilmesinin suçun unsuru olarak aranmaması karşısında; dava konusu olaya ilişkin maddi gerçeğin kuşkuya yer vermeyecek şekilde ortaya çıkarılması açısından sanığın vergi kaydının bulunup bulunmadığı tespit edilerek gerektiğinde vergi incelemesi yaptırılması, alacaklı olduğu icra takip dosyalarının bulunup bulunmadığının araştırılıp varsa incelenmesi, tefecilik yapıp yapmadığı hususunda kolluk araştırması yaptırılmasından sonra hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ve yetersiz gerekçelerle yazılı şekilde hüküm kurulması, **Y. 5.CD., 23/11/2017 gün 5483/4985**

¹⁶⁹ **(7.CD'nin 19.11.2009 tarih ve 2007/3838-2009/13552 sayılı kararı)**

¹⁷⁰ **(6.CD'nin 26/09/2012 tarih ve 14412/15930 sayılı kararı)**

¹⁷¹ Sanığın kazanç elde etmek amacıyla başkalarına ödünç para verip vermediğinin kolluk aracılığıyla araştırılması, bulunması halinde borç verdiği kişilere karşı başlattığı icra takipleri olup

- Faillerin hangi iş sektöründe faaliyette bulundukları, vergi mükellefi olup olmadıkları, soruşturma sürecinde defterdarlık görevlilerince haklarında ticari faaliyetleri ile ilgili inceleme yapıp yapılmadığı, banka hesaplarına ilişkin ekstrelerin temin edilip para hareketlerinde adları geçen kişilerin faizle para alıp almadıkları hususunun araştırılması,¹⁷²
- Mağdurun suça konu parayı hangi amaçla aldığının belirlenmesi,¹⁷³
- Fail ile borç alanlar arasında herhangi bir ticari ilişki bulunup bulunmadığının tespit edilmesi,¹⁷⁴
- Ticari ilişkiye delalet eder durumlar olduğu takdirde alım satım ve para miktarlarının hayatın olağan akışına uygun olup olmadığının

olmadığının tespiti, var ise ilgili icra dosyalarındaki borçlular dinlenerek senet miktarlarının asıl borcun karşılığını mı oluşturduğu ve alınan borç için faiz öngörülüp öngörülmediğinin araştırılıp saptanması ayrıca sanıkların evinde ve işyerinde yapılan aramada ele geçirilen senet ile ajandada yer alan borçlular olanaklı bulunduğu takdirde dinlenerek, suça konu senetleri ve ajandada yer alan meblağları sanıklar .. Ekdemir ve ... Ertunç'a hangi borç sebebiyle verdikleri açıklattırılıp sonucuna göre sanıkların hukuki durumunun tayini gerekirken, sadece senet ve ajandada yer alan borçlulardan dört kişinin ifadeleri ile yetinilerek eksik inceleme ile beraat kararı verilmesi, **(4.CD'nin 02/10/2012 tarih ve 18600/19249 sayılı kararı)**

¹⁷² Sanıkların hangi iş sektöründe faaliyette bulundukları, vergi mükellefi olup olmadıkları, soruşturma sürecinde defterdarlık görevlilerince haklarında ticari faaliyetleri ile ilgili inceleme yapıp yapılmadığı, banka hesaplarına ilişkin ekstrelerin temin edilip para hareketlerinde adları geçen kişilerin sanıklardan faizle para alıp almadıkları araştırılmadan, sanıkların tefecilik yapıp yapmadıkları konusunda kolluk araştırması yapılmadan, takibe konu icra dosyaları getirtilip içeriklerinin tutanağa geçirilmesi, sanıklar hakkında tefecilik suçlamasıyla ilgili yapılmış soruşturma dosyası bulunup bulunmadığı araştırılarak, sanıkların hukuksal durumunun tespiti gerekirken, eksik kovuşturma ve *"bir kereliğine faiz karşılığı para verilmesinin tefecilik suçunu oluşturmayaacağı"* şeklindeki yasal olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi, **(4.CD'nin 01/10/2012 tarih ve 10453/18978 sayılı kararı)**

¹⁷³ Tanık Selami Gö...'ün suça konu çeklerin kendisi tarafından düzenlenerek Mehmet Erd...n'a kömür alım-satımı için teminat olarak verildiğine ilişkin ifadesi karşısında, Mehmet Erd...n'ın tanık olarak usulünce dinlenip, sanıktan suça konu parayı hangi amaçla aldığının belirlenmesi, gerekirse ticari defterleri de bilirkişiye incelettilererek, sanığın, kazanç elde etmek amacıyla borç para verip vermediğinin kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde tespit edildikten sonra hukuki durumunun belirlenmesi gerektiği gözetilmeden, eksik inceleme ve yetersiz gerekçe ile mahkumiyet kararı verilmesi, **(4.CD'nin 28/01/2013 tarih ve 5415/1750 sayılı kararı)**

¹⁷⁴ Sanık Yüce'nin suça konu çeklerin müşterilerle olan ticari ilişkileri nedeniyle verildiği, faizle para vermediğine dair savunması ve Vergi Dairesi tarafından düzenlenen 23.09.2011 tarihli rapor karşısında, ... Yüce'nin yöneticisi olduğu ... Yüce Şti'nin her türlü ticari defter, evrak, fatura, banka kayıtları ve ilgili belgeler üzerinde ayrıntılı inceleme yapılarak, suça konu şirket ve sanıklarla müşterilerin herhangi bir ticari ilişkisinin olup olmadığı, müşterilerin ve tanık beyanlarında geçen ödemelerin bulunup bulunmadığının, varsa ticari ilişki niteliğinde olup olmadığının, tespit edilen icra dosyalarında belirtilen alacakların şirket kayıtlarında bulunup bulunmadığının belirlenmesi amacıyla üç kişiden oluşan bilirkişi heyetinden alınacak rapor sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının tespiti gerektiği halde, eksik inceleme ile mahkumiyet kararı verilmesi, **(4.CD'nin 29/04/2013 tarih ve 11300/12769 sayılı kararı)**

belirlenmesi,^{175, 176, 177}

- Ticari teamüller gereği yapılan bir iş olup olmadığının araştırılması,¹⁷⁸

¹⁷⁵ Katılanın aşamalarındaki birbiriyle uyumlu ve özde değişmeyen beyanları, bunu doğrulayan tanık anlatımları, sanığın katılana para verdiğini kabul etmesi, herhangi bir ticari ilişki bulunmamasına rağmen ödünç olarak verilen para miktarının fazla olması, ödünç verilen para karşılığında tarla devredilmesi, yine aralarında yakın akrabalık bağı veya iş ilişkisi bulunmayan kişiler arasında günün ekonomik koşulları nazara alındığında önemli miktarlardaki paranın karşılıksız verilmesinin hayatın olağan akışına aykırı bulunması hususları birlikte değerlendirildiğinde yüklenen tefecilik suçunun tüm unsurlarıyla oluştuğu gözetilmeden dosya kapsamı ve oluşa uygun düşmeyen gerekçelerle yanılgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde beraat kararı verilmesi, **5.CD., 01/06/2016 gün 5822/5665**

¹⁷⁶ Müşteki ... Karakök'ün sanık ... Çelik'ten un satın almadığını ve aralarında ticari bir ilişki de olmadığını ileri sürmesi karşısında, müşteri Karakök'ün hangi işle iştigal ettiği araştırılıp savunmada ileri sürüldüğü gibi 10.000 TL'lik un satın almasının hayatın olağan akışına uygun olup olmadığı da tartışılarak sonucuna göre, hukuki durumun tayini gerekirken, eksik kovuşturma ve yetersiz gerekçeyle beraat kararı verilmesi, **(4.CD'nin 20/12/2012 tarih ve 2981/31256 sayılı kararı)**

¹⁷⁷ Aynı şekilde şikayetçi ... Ataköy'ün sanıkla ortak taşınmaz alacak kadar aralarında bir iş ve arkadaşlık ilişkisi bulunmaması, verilen 20.000 TL paranın sonuçta 80.000 TL olarak geri alınmak üzere birden fazla alacaklı kısmı boş bırakılmış senet düzenlenmesi ve ileri sürülen satışa dair hiçbir belge düzenlenmemesi de, hayatın olağan akışına ve ortaklık ilişkisinin gereklerine tamamen aykırı olup, şikayetçinin anlatımlarının olaya uygun olduğunu ve ortak zeytinlik satın almak için sanıktan para almayıp faiz karşılığı borç para aldığını gösterdiği, Tüm bunlara göre, sanığın şikayetçilere ve mağdura, kazanç elde etmek amacıyla faiz karşılığı borç para vermek suretiyle TCK'nın 241/1. ve 43/2. maddelerine uyan zincirleme tefecilik suçunu işlediği sabit olmasına karşın, yerinde olmayan gerekçe ile beraat kararı verilmesi, **(4.CD'nin 17/12/2012 tarih ve 2171/30427 sayılı kararı)**

¹⁷⁸ İlçesinde çırçır işletmesi sahibi olan sanıkların aşamalarındaki savunmalarında, katılan ve şikayetçilere faizle borç para vermediklerini, tefecilik yapmadıklarını, pamuk üreticisi olan kişilerle imzalanan sözleşmelerin, teminat olarak alınan senetlerin ve düzenlenen müstahsil makbuzlarının o yörede yapılması ticari teamüller gereğince mutat olan alivire alım sözleşmesi kapsamında bulunduğunu, bu sözleşme uyarınca üreticilerin hasat zamanı gelmeden önce ürününü getirmeyi taahhüt ederek kendilerinden avans aldıklarını, belirlenen zamanda taahhüt edilen ürün getirilmediği veya sözleşmeye aykırı biçimde başka bir tüccara satıldığı takdirde daha önce alınan senetlerin icraya konularak aradaki vade farkının faiz olarak talep edildiğini belirtmeleri, bu nitelikteki sözleşmelerin Ticaret Borsası tarafından da onaylanması, dosya kapsamında dinlenen kimi tanıkların da sanıklardan bu şekilde avans aldıklarını, sözleşme gereğini yerine getirince haklarında icra takibi veya başkaca bir işlem yapılmadığını ifade etmeleri karşısında, sanıkların mahallinde alivire alım işiyle uğraşıp uğraşmadıklarının araştırılıp ayrıca Ticaret Borsasından da sorulmasını müteakip, konunun uzmanı emekli Sayıştay uzman denetçisi bilirkişilerden oluşturulacak bir bilirkişi heyetine dosya tevdi olunarak sanıklar tarafından gerçekleştirilen faaliyetin niteliği, alivire alım sözleşmesi ya da faizle ödünç para verme kapsamında bulunup bulunmadığı, üreticilerden alınan senetlerdeki tutarların teslimi taahhüt edilen ürünlerin rayiç değeriyle örtüşüp örtüşmediği, senetlerin vade tarihleri ve icra takibinde talep edilen faiz oranlarının suç tarihinde geçerli bulunan ekonomik koşullara uygun olup olmadığı hususlarında kesin ve tereddüte yer bırakmayacak yeni bir rapor alınması ile sanıkların vergi cezalarının iptali için açtıkları davaların reddine ilişkin kararları onayan Bölge İdare Mahkemesinin ilgili kararlarının onaylı örnek-

- Hayatın olağan akışına ve bilinen ticari kurallara göre faiz ödemesi bulunup bulunmadığı,¹⁷⁹ alışveriş miktarından çok daha yüksek rakamlar için belge ve sözleşme olup olmadığının araştırılması,¹⁸⁰

lerinin getirtilip gerekçeleri de irdelenerek sonucuna göre tüm deliller birlikte değerlendirilip sanıkların hukuki durumlarının takdir ve tayini gerekirken, sanık savunmalarını değerlendirmeyen dosya kapsamındaki yetersiz bilirkişi raporuyla yetinilerek eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması, **(5.CD'nin 17/01/2013 tarih ve 12993/417 sayılı kararı)**

¹⁷⁹ Salihli ilçesinde toprak mahsulleri ticareti ile uğraşan sanığın aşamalarındaki savunmalarında, tanıklara faizle borç para vermediğini, tefecilik yapmadığını, toprak mahsülü üreten kişilerden teminat olarak alınan senetlerin ve düzenlenen müstahsil makbuzlarının o yörede yapılması ticari teamüller gereğince mutata olan alivire alım sözleşmesi kapsamında bulunduğunu, bu sözleşme uyarınca üreticilerin hasat zamanı gelmeden önce ürünü getirmeyi taahhüt ederek kendilerinden avans aldıklarını, belirlenen zamanda taahhüt edilen ürün getirilmediği takdirde daha önce alınan senetleri icraya koyduğunu belirtmesi, dosya kapsamında dinlenen tanıkların da sanıktan bu şekilde avans aldıklarını beyan etmeleri ve dosyaya sunulan makbuz ve sözleşmelerin de bu savunmayı desteklemesi karşısında, sanığın mahallinde alivire alım işiyle uğraşıp uğraşmadığının araştırılıp ayrıca Manisa Ticaret Borsasından da sorulmasını müteakip, konunun uzmanı Sayıştay Emekli Uzman Denetçisi bilirkişilerden oluşturulacak bir bilirkişi heyetine dosya tevdi olunarak sanık tarafından gerçekleştirilen faaliyetin niteliği, alivire alım sözleşmesi ya da faizle ödünç para verme kapsamında bulunup bulunmadığı, üreticilerden alınan senetlerdeki tutarların teslimi taahhüt edilen ürünlerin rayiç değeriyle örtüşüp örtüşmediği, senetlerin vade tarihleri ve icra takibinde talep edilen faiz oranlarının suç tarihinde geçerli bulunan ekonomik koşullara uygun olup olmadığı hususlarında kesin ve tereddüte yer bırakmayacak yeni bir rapor alınması ile sonucuna göre tüm deliller birlikte değerlendirilip sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken, eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması, **5.CD., 21/12/2015 gün 14936/17600**

¹⁸⁰ Öncelikle tarafların banka kayıtları ile suça konu beyanlarda geçen tüm icra dosyaları ve müştekinin suç tarihlerindeki tarım kredi kurumu dosyası getirtilip, defterler ve banka kayıtları üzerinde ve sanığın savunmasında müştekiden alarak iade ettiğini belirttiği biçerdöverin satışı olup olmadığının tespiti, satış ve iade işleminin varlığı halinde, biçerdöverin çalışabileceği dönem ile icra takibine konu senedin ödeme tarihi nazara alınarak kâr paylaşımı olup olamayacağı, işlem sırf iadeden ibaret ise; suç tarihindeki değeri hususunda uzman bilirkişi marifetiyle inceleme yaptırılıp rapor alınılarak, hayatın olağan akışına ve bilinen ticari kurallara göre faiz ödemesi bulunup bulunmadığı, alışveriş miktarından çok daha yüksek rakamlar için belge ve sözleşme olup olmadığı araştırılmadan, müştekiyi borç para almak için sanığa yönlendiren tanık ... Şentürk'ün ve biçerdöverin satıldığı ... muhtarı ... Güney'in ifadeleri alınmadan eksik inceleme ile hüküm kurulması, **(5.CD'nin 11/03/2013 tarih ve 5800/1740 sayılı kararı)**
Öncelikle tarafların banka kayıtları ile suça konu beyanlarında geçen tüm icra dosyaları getirtilip, defterler ve banka kayıtları üzerinde ve sanığın savunmasında müştekiye sattığını belirttiği dosya içinde bulunan tarihsiz ve bedelsiz satış sözleşmesine konu aracı suç tarihindeki değeri hususunda uzman bilirkişi marifetiyle inceleme yaptırılıp, rapor alınılarak, hayatın olağan akışına ve bilinen ticari kurallara göre; faiz ödemelerinin, ayrıca alışveriş miktarından çok daha yüksek rakamlar için düzenlenen belge ve sözleşmelerin bulunup bulunmadığı araştırılmadan, C.Başsavcılığının 07/08/2008 tarih 2008/950, 13/03/2008 tarih 2008/305, 06/05/2008 tarih 2008/573 Esas nolu iddianameleri açılan kamu davalarının akıbeti araştırılıp ilgili davalar kesinleşmemişse birleştirilerek sanık hakkında TCK'nın 43. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmadan eksik inceleme ile yazılı biçimde hüküm kurulması, **(5.CD'nin 25/02/2013 tarih ve 3601/1343 sayılı kararı)**

- Defterdarlık görevlileri tarafından sanığın ticari faaliyetiyle ilgili bir inceleme yürütülüp yürütülmediği araştırılarak, yürütülmüş ise buna ilişkin rapor temin edilerek, yürütülmemişse gereğinin takdir ve ifası için bildirimde bulunularak, failin banka hesapları, hesap hareketleri araştırılıp hesap ekstreleri temin edilerek, kolluk aracılığıyla failin faiz karşılığı ödünç para verip vermediği konusunda çevreden araştırma yaptırılarak, ticari hesaplar ve belgeler yönünden vergi inceleme raporu aldırılıp dava dosyası üzerinde uzman bilirkişi heyetine inceleme yaptırılması,¹⁸¹ gerektiğine işaret edilmektedir. Yargıtay uygulamasında aşağıda belirtilen hallerde genel olarak suçun sübut bulduğu kabul edilmektedir.
- Şikayetçilerin tanıkların birbiriyle uyumlu oluşa uygun beyanlarında failden faiz karşılığında para alındığını ifade etmeleri halinde,^{182, 183}

¹⁸¹ (4.CD'nin 06/03/2013 tarih ve 9157/6106 sayılı kararı)

¹⁸² Mağdurların mahkemede kısmen farklılık gösterse de özünde değişmeyen istikrarlı anlatımları, sanığın çevredekilere sürekli borç para verdiğine ilişkin araştırma tutanağı, bu tutanağı doğrulayan tanıklar Cemal ve Yunus'un beyanları, sanığın yakın akrabalık ve iş ilişkisi bulunmayan kişilere karşılıksız olarak sürekli borç para verdiğine ilişkin savunmasının hayatın olağan akışına ve genel hayat tecrübelerine uygun düşmediği dikkate alındığında; kuyumculuk yapan sanığın, mağdurlar Zeynel ... ve Dursun A....'ın ödünç para talep etmeleri üzerine, herhangi bir altın alım satımı olmadığı halde, altın satmış gibi mağdurlardan çek aldıktan sonra, bu kez sattığı altını hurda altın olarak geri alıyormuş gibi hesap yaparak, çek bedelinden daha az bir parayı mağdurlara verme biçimindeki eyleminde, çekin el değiştirmesi kişiler arasında doğmuş olan bir alacak borç ilişkisine dayanmayıp, kazanç elde etmek amacıyla çekin kendisi satın alınarak ödünç para verildiğinden TCK'nun 241. maddesinde düzenlenen tefecilik suçunun tüm unsurlarının oluştuğu kabul edilmelidir. **Ceza Genel Kurulu 12.05.2015 gün ve 2014/4-655; 2015/152;** Katılan Ali K...nın, sanıktan faiz karşılığı borç para aldığı, karşılığında taşeron olarak iş yaptığı Abdulhalık S...a ait taşınmazı teminat amaçlı sanığa devrettiği şeklindeki aşamalarda sapma göstermeyen tutarlı beyanları, bunu doğrulayan tanık Abdulhalık'ın anlatımı, sanık tarafından katılana gönderilen mesaj içeriği, vergi tekniği raporu ve tüm dosya kapsamından, sanığın, kazanç elde etmek amacıyla katılan Ali'ye ödünç para vermek suretiyle tefecilik suçunu işlediğinin sabit olduğu nazara alınarak atılı suçtan mahkumiyeti yerine oluşa uygun düşmeyen yanlışlı değerlendirme ve yeter-siz gerekçelerle yazılı şekilde beraatine karar verilmesi, **Y. 5.CD., 06/12/2018; 6817/9539**

¹⁸³ TCK'nın 241. maddesinde tanımlanan tefecilik suçunun oluşabilmesi için, kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para verilmesinin yeterli oluşu, ayrıca birden fazla kişiye sistemli olarak faiz karşılığı ödünç para verilmesinin suçun unsuru olarak aranmaması karşısında; suçtan zarar görenler Özmen ve Memet ile tanıkların aşamalardaki beyanları, icra takip dosyaları ve tüm dosya kapsamına göre, sanığın kazanç elde etmek amacıyla birden fazla kişiye ödünç para vermek suretiyle zincirleme tefecilik suçunu işlediğinin sübute erdiği nazara alınarak mahkumiyeti yerine, dosya kapsamı ve oluşa uygun düşmeyen gerekçelerle yanlışlı değerlendirme sonucu yazılı şekilde beraatine karar verilmesi, **Y.5.CD. 20/05/2019; 2015/10752-2019/5439; Diğer şikayetçi Nesrin'in de soruşturma safhasında sanıktan faiz karşılığında borç para aldıklarını beyan etmeleri, (5.CD'nin 29/05/2013 tarih ve 8614/5873 sayılı kararı);** Sanık ile aralarında alacak verecek ilişkisinden dolayı ihtilaf olduğunda kuşku bulunmayan katılanın şikayetiyle uyumlu tanıklar Talat ... ve Yüksel Ç...ın, soruşturma ve

- Aralarında yakın akrabalık bağı veya iş ilişkisi bulunmayan kişiler arasında günün ekonomik koşulları nazara alındığında önemli miktardaki paraların karşılıksız verilmesinin hayatın olağan akışına ve genel hayat tecrübelerine uygun düşmemesi nedeniyle bu gibi durumlarda,^{184, 185}
- Fail ile para alan kişi arasında herhangi bir yakınlık olmadığı durumlarda,¹⁸⁶

kovuşturma sırasında değişmeyen ifadeleri karşısında yüklenen suçun tüm unsurlarıyla oluştuğu gözetilmeden, görgüye dayalı bilgisi olmayan tanık ifadelerine itibar edilerek yazılı şekilde beraet kararı verilmesi, (5.CD'nin 15/05/2013 tarih ve 6552/5162 sayılı kararı); Olayın ortaya çıkış biçimi, şikayetçi İsmail'in aşamalarındaki anlatımlarında sanıklardan ayrı ayrı olmak üzere faiz karşılığında borç para aldığını ifade etmesi, şikayetçi beyanlarının tanıklar Okşan, Çetin ve Erdal'ın anlatımları ile doğrulanması, tevil yollu sanık savunmaları, dosyada mevcut tapu kayıtları, çek ve senetler, 14-28/04/2008 günlü tutanaklar ile tüm dosya kapsamından sanıkların kazanç elde etmek amacıyla şikayetçi İsmail'e 2006 yılında ayrı ayrı ödünç para verdikleri anlaşıldığından, atılı tefecilik suçundan mahkûmiyetleri yerine yasal olmayan ve dosyada bulunan kanıtlarla örtüşmeyecek biçimdeki gerekçelerle beraetlerine karar verilmesi, (5.CD'nin 15/05/2013 tarih ve 7972/5125 sayılı kararı); Vergi Dairesince yapılan inceleme esnasında yoklama memuruna sanıktan faizle borç para aldıklarını beyan eden tanıklar Hüseyin .., Bilal .. ve .. Çakır'ın oluşa uygun bu ifadeleri, tanıklar İlyas .. ve ... Kahyaoğlu'nun birbiriyle uyumlu ve aşamalarda değişmeyen ifadeleri, sanığın İlyas Acar'ın beyanlarını kısmen doğrulayan savunması, Dudu ... adına kayıtlı taşınmaz hakkında **sanık tarafından başlatılan icra takibi, vergi inceleme raporu ve kolluk araştırması içeriklerine göre** sanığa yüklenen zincirleme tefecilik suçunun tüm unsurlarıyla oluştuğu ve 5237 sayılı TCK'nın 241/1, 43. maddeleri gereğince cezalandırılması gerektiği gözetilmeden dosya kapsamına ve oluşa uygun olmayan gerekçelerle yazılı şekilde beraetine karar verilmesi, (5.CD'nin 20/03/2013 tarih ve 5120/2045 sayılı kararı)

¹⁸⁴ TCK'nın 241. maddesinde tanımlanan tefecilik suçunun oluşabilmesi için kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para verilmesinin yeterli oluşu, ayrıca birden fazla kişiye sistemli olarak faiz karşılığı ödünç para verilmesinin suçun unsuru olarak aranmaması, Dairemizce de benimsenen Ceza Genel Kurulunun 12/05/2015 gün ve 2014/4-655 Esas, 2015/152 sayılı Kararında da açıklandığı üzere kişiler arasında doğmuş bir alacak borç ilişkisine dayanmayan kazanç elde etme amaçlı ödünç para verme eylemlerinin tefecilik suçu kapsamında bulunması ve **aralarında yakın akrabalık bağı veya iş ilişkisi bulunmayan kişiler arasında günün ekonomik koşulları nazara alındığında yüksek sayılabilecek miktarda paranın karşılıksız verilmesinin de hayatın olağan akışına uygun olmaması, katılanların anlatımı, dosya içine alınan ve sanığın alacaklı olduğu kambyo senedinden doğan alacaklara ilişkin .. İcra Müdürlüğünün takip dosya içerikleri karşısında, tüm dosya kapsamına göre sanığın sübut bulan zincirleme biçimde tefecilik suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi gerekirken, delillerin takdirinde yanlışlığı düşülerek yazılı şekilde beraat hükmü kurulması, Y. 5.CD., 12/12/2018; 5016/9630**

¹⁸⁵ (5.CD'nin 29/05/2013 tarih ve 8600/5874 sayılı kararı)

¹⁸⁶ Şikayetçiyle tanışıklığı dışında hiçbir yakınlığı olmayan sanığın ortada ödenmeyen bir borç varken ikinci defa sanığa borç para vermesinin düşünülemeyeceği, sanığın şikayetçiye kazanç elde etmek kastı ile ödünç ve borç para vermek suretiyle tefecilik, ..suçunun oluştuğuna dair mahkeme kabulünde bir isabetsizlik görülmemiş,(15.CD'nin 21/05/2013 tarih ve 25886/9428 sayılı kararı)

- Yapılan aramalarda ticari faaliyetle orantılı olmayan birçok çek veya senet ele geçirilmesi durumunda,¹⁸⁷
- Ele geçirilen yada icraya konulmuş olan senet ile çeklerin hukuki dayanağına ilişkin borçluların beyanlarında belirttikleri hususların failin ticari faaliyet alanının dışında olması halinde,^{188, 189}

¹⁸⁷ Sanık Ahmet'in işyerinde ele geçirilen çek ve senetlerin sayıca fazlalığı, tanık anlatımları ile **(5.CD'nin 29/05/2013 tarih ve 8600/5874 sayılı kararı)**

Sanığın evinde yapılan aramada, birçok borç senedinin bulunması **(4.CD'nin 22/05/2013 tarih ve 3893/15628 sayılı kararı)**

¹⁸⁸ Müşteki Selahattin'in kollukta, 2002 yılında maddi sıkıntı yaşamaya başlaması üzerine faiz karşılığı sanıklardan ödünç para aldığını ve şikayet tarihine kadar, kendisine ait ticari faaliyetleri sonucunda müşterilerinden aldığı çek ve senetleri sanıklara verdiğini, sanıkların da söz konusu çek ve senetleri kırdırıp borcunun faizine karşılık yüzde on ve on iki arasında değişen oranlarla kesinti yapmalarından sonra geri kalan parayı kendisine verdiklerini, ayrıca sanıkların kendisinden teminat istemeleri karşısında bir tarlasının satışını sanıklardan Fikret D...'a yaptığını beyan ettiği, dosya içerisinde de buna ilişkin vergi kayıtlarının bulunduğu, bozmadan önce ve sonra alınan kolluk araştırma tutanağına göre sanıkların işletmiş oldukları işyerinin çevresinde yapılan harici araştırma sonucu tefecilik yapıldığının bildirildiği ve Ankara İcra Tevzi bürosundan yapılan sanıklar adına kayıtlı, kapalı veya devam etmekte olan icra dosyası araştırması sonucunda Ankara 7. İcra Dairesi 2006/3101 nolu dosya borçlusu Emin Karabacak'ın 08/04/2014 tarihli bilgi alma ifade tutanağı beyanına göre; yapılan icra takibinin faizle sanıklardan borç para almasından kaynaklı olduğu, birlikte değerlendirildiğinde, sanıkların kazanç elde etmek amacıyla farklı zamanlarda değişik kişilere ödünç para vermek suretiyle tefecilik suçunu işlediklerinin sübuta erdiği nazara alınarak mahkumiyetleri yerine, hayatın olağan akışına uygun olmayan ve oluşa uygun düşmeyen savunmaya itibar edilerek, yanlışlığı değerlendirme ve yetersiz gerekçelerle yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi, **Y. 5.CD., 29/05/2017 gün 811/2387**

¹⁸⁹ Sanığın evinde ve işyerinde yapılan aramalarda değişik şahıslara ait çok sayıda çek ve senetlerin ele geçirilmesi, müşteki Mustafa'nın sanıktan faiz karşılığı aldığı borç paranın 200 TL'sini eşinin kredi kartı ile ödediğine ilişkin ve bir kısım tanık beyanlarıyla doğrulanmış diğer beyanları, ... Vergi Dairesi Başkanlığınca düzenlenen 06/11/2008 tarihli Vergi Tekniği ve Suç Duyurusu raporlarındaki tespitler ve sanıkta ele geçirilen senet ile çeklerin hukuki dayanağına ilişkin borçluların beyanlarında belirttikleri hususların sanığın ticari faaliyet alanının dışında olmasına göre yüklenen suçun tüm unsurlarıyla oluştuğu gözetilmeden dosya kapsamı ve oluşa uygun düşmeyen gerekçeyle yazılı şekilde beraet kararı verilmesi, **(5.CD'nin 25/03/2013 tarih ve 3623/2236 sayılı kararı)**

- Fail ile para alan kişiler aralarında herhangi bir ticari ilişki bulunmamasına rağmen ödünç verilen borç miktarının fazla oluşu halinde,¹⁹⁰
- Tefecilik yaptığı yönünde beyan bulunan failin başkaları aleyhine yaptığı çok sayıda icra takibi bulunması halinde,¹⁹¹
- Failin takibe konu alacağın dayanağı hukuki ilişkiyi olağan yaşam kurallarına göre açıklayamaması halinde,¹⁹²

tefecilik suçunun sübut bulduğunun kabul edilmesi gerektiğine işaret edilmektedir.

VII. KAZANÇ MÜSADERESİ

Özel dairelerin istikrar kazanmış uygulamalarına ve Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 16/12/2008, 2008/146-235 sayılı Kararına göre mağdurun belli olması ve maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilebileceği durumlarda suçun maddi konusunu oluşturan değerlerin müsaderesine karar verilemeyeceği gözetilmeden kazanç müsaderesine hükmedilmesinin,¹⁹³ hukuka uygun olmadığı kabul edilmektedir. Bu nedenle kazanç müsaderesinin uygulamasında suçun mağdurunun kim olduğu hususu bu yönüyle önemli olmaktadır. İlgili bölümünde ayrıntıları ile açıklandığı üzere gerek öğretide gerekse uygulamada tefecilik suçunun mağdurunun kim olduğu hususunda görüş birliği bulunmamaktadır.

¹⁹⁰ Müştekinin vergi denetim raporuna yansıyan anlatımları, aralarında herhangi bir ticari ilişki bulunmamasına rağmen ödünç verilen borç miktarının fazla oluşu, tahsil edilen çek bedelleri ve vergi denetim raporu içeriği yöntemince tartışılmadan, 5237 sayılı TCK'nın 241. maddesinde düzenlenen tefecilik suçuna konu eylemin sürekli olarak ve meslek halinde gerçekleştirilmesinin aranmayacağı ve kanıtların değerlendirilmesinin hakime ait bir yetki olup bu konuda bilirkişi görüşüne dayanılamayacağı gözetilmeden, eksik inceleme ve yasal olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi, **(4.CD'nin 16/01/2013 tarih ve 3679/463 sayılı kararı)**

¹⁹¹ Döviz alım satım büfesi işleten sanığın makul bir dayanak göstermeksizin, herhangi bir akrabalık veya iş bağlantısı bulunmayan 62 kişiye büyük miktarlarda para verdiğinin cari kart detay listesi ve ajanda içeriği ile dosyada mevcut borçlu anlatımlarından anlaşılması, müşteki Necmi ... ile tanık ... Kurt'un sanığın faizle borç para verme işi ile uğraştığına dair yargılama sırasında reddetmedikleri ayrıntılı soruşturma evresi anlatımları, sanığın başkaları aleyhine yaptığı 10 icra takibinin bulunması, sanığın işyerinde ele geçen cari kart detay listesini inceleyerek uygulanan faiz tekniği hakkında bilgi veren bilirkişi raporu, hazine kontrolörlerinin ayrıntılı raporu ile vergi denetmeni tutanağı içeriği bütün olarak değerlendirildiğinde, sanığın başkalarına kazanç karşılığında ödünç para verdiğine yönelik mevcut kanıtlar yöntemince reddedilmeden, yetersiz gerekçeyle beraat kararı verilmesi, **(4.CD'nin 25/06/2012 tarih ve 12674/15409 sayılı kararı)**

¹⁹² Sanıklar hakkında tefecilik suçundan açılan kamu davasında; sanıkların katılan İsmail B...'na kazanç elde etmek amacıyla ödünç para verdikleri katılan İsmail ... ile tanıkların anlatımları, icra takip dosyası, sanıklar arasındaki akrabalık ilişkisi, sanıkların savunma içerikleri, bu kapsamda takibe konu alacağın dayanağı hukuki ilişkiyi olağan yaşam kurallarına göre açıklayamamaları karşısında eylem ve irade birliği içinde hareket eden sanıkların atılı suçtan mahkumiyetlerine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması, **(5.CD'nin 09/05/2013 tarih ve 6450/4827 sayılı kararı)**

¹⁹³ 5.CD. 13/06/2013, 9034/6524

Suçun mağduru yada zarar göreninin vergi kaybı nedeniyle hazinemi yoksa ödünç para alan kişi mi olduğunun kabul şekline göre özel dairelerce kazanç müsadereci hususunda farklı kararlar verilmektedir.

Yargıtay Kanunu'nun 14. maddesi uyarınca şu anda tefecilik suçunun temyiz incelemesini yapan Yargıtay 5. Ceza Dairesince tefecilik suçunda ancak el konulmuş olması halinde bu suçun konusunu oluşturan değer niteliğindeki ana paranın TCK'nın 55/1. maddesi uyarınca müsadere edilebileceği, ödünç olarak verilen para nedeniyle elde edilen kazancın zarar gören konumundaki gerçek kişiye, vergi kaybı karşılığının ise Hazineye iade edilmesi gerektiği¹⁹⁴, kabul edilmektedir.¹⁹⁵ Dairenin uygulaması bu konuda istikrarlı olup içtihat metni yazılırken her bir kelime ve tabirin hukuki sonuçları da gözetilerek kaleme alınmıştır.^{196, 197}

Kazanç müsadereci düzenleyen 55. maddenin gerekçesinde yer alan; *"maddede, suç işlemek yoluyla kazanç elde edilmesini engelleyecek etkin bir yaptırım olarak kazanç müsadereci ilişkin düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme ile güdülen temel amaç, suç işlemek yoluyla kazanç elde*

¹⁹⁴ Dairemizce de benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 16/12/2008, 2008/146-235 sayılı Kararı karşısında tefecilik suçunda ancak el konulmuş olması halinde bu suçun konusunu oluşturan değer niteliğindeki ana paranın TCK'nın 55/1. maddesi uyarınca müsadere edilebileceği, ödünç olarak verilen para nedeniyle elde edilen kazancın zarar gören konumundaki gerçek kişiye, vergi kaybı karşılığının ise Hazineye iade edilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde müsadere kararı verilmesi, Hapis cezası ile birlikte hükmedilen adli para cezalarının, TCK'nın 3 ve 61. maddelerindeki ölçütlere göre belirlenmesi gerekirken başkaca gerekçe gösterilmeden sadece suçtan elde edildiği belirtilen haksız kazanç miktarı esas alınarak ve bu miktarlara tam denk gelecek şekilde tayini, **5.CD. 09/04/2013, 6530/2984**

¹⁹⁵ Dairemizce de benimsenen Ceza Genel Kurulunun 16/12/2008 gün ve 2008/146-235 sayılı Kararı karşısında, tefecilik suçunda ancak el konulmuş olması halinde, bu suçun konusunu oluşturan değer niteliğindeki ana paranın TCK'nın 55/1. maddesi uyarınca müsadere edilebileceği, TCK'nın 55/2. maddesine göre de suçun konusunu oluşturan değerinin sanık tarafından tahsil edilmiş olması halinde müsadere edileceği ancak dosya kapsamında bu konuda bir tespitin olmadığı gözetilmeden, koşulları oluşmadığı halde yazılı şekilde müsadere kararı verilmesi, **Y.5.CD. 02/07/2019; 2017/1312-2019/6690**

¹⁹⁶ **Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa.** Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara, (2014), C.IV, s.7251

¹⁹⁷ Sanıktan ele geçirilen ve adli emanetin 2008/2957 sırasında kayıtlı bulunan yirmi dört adet çek aslının, aşamalarda tanık olarak dinlenen ve sanıktan faiz karşılığı para alan kişiler tarafından, işlendiği kabul edilen suçla ilgili olarak verildiği saptandıktan sonra dosyada delil olarak saklanması karar verilebileceği, ayrıca Dairemizce de benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 16/12/2008 gün ve 2008/146-235 sayılı Kararı nazara alındığında ancak el konulmuş olması halinde tefecilik suçunun konusunu oluşturan değer niteliğindeki ana paranın TCK'nın 55/1. maddesi uyarınca müsadere edilebileceği, ödünç olarak verilen para nedeniyle elde edilen kazancın zarar gören konumundaki gerçek kişiye, vergi kaybı karşılığının ise Hazineye iade edilmesi gerektiği nazara alınarak, çek ve paraların suçla ilgisi ve sahiplik durumları araştırılıp sonucuna göre bir karar verilmesi yerine, noksan araştırmayla yazılı şekilde müsadereci hükmedilmesi, **5.CD., 09/05/2016 gün 4733/4801**

edilmesinin önüne geçilmesidir. Bu nedenle yeni hükümde kazanç müsadereesi kapsamlı bir biçimde düzenlenmiş ve suç işlemek suretiyle veya suç işlemek dolayısıyla elde edilen ekonomik kazançların müsadereesi olanaklı hâle getirilmiştir.” Şeklindeki madde metni ile çelişki oluşturmaması nedeniyle yorum aracı olarak kullanılması gereken ifade karşısında sadece faiz gelirinin müsadereesine hükmedilmesi olanaklıdır. Aksine bir kabul yasanın temel mantığına aykırı olacağı gibi kıyasen uygulama sonucunu doğuracağı yönünde görüş mevcuttur.¹⁹⁸

Yargıtay uygulamasına göre; fail tarafından taşınmaz alınmış ise taşınmazların katılana/şikayetçiye verilen ne miktardaki borç karşılığı teminat olarak alındığı, bunlara uygulanan faiz oranları, vadeleri ve ödeme tutarları kendilerinden sorulup varsa bunlara ait icra dosyaları ile fail hakkında yürütülen vergi incelemelerine ilişkin raporların getirilmesi ve elkonulan taşınmazların suç tarihindeki rayiç değerlerinin saptanmasından sonra dosyanın kül halinde Sayıştay emekli uzman denetçilerinden oluşturulacak bilirkişi heyetine tevdi edilerek, faizle borç para verme faaliyeti sonucunda mağdurlardan elde edilen faiz gelirinin saptanacak boyut ve tutarına göre TCK’nın 55. maddesinin uygulanıp uygulanamayacağının değerlendirilmesi, taşınmazların katılanlara iade edilebilir kapsamda kalması halinde katılanlar ve şikayetçilerin bunlara ilişkin olarak ait oldukları hukuk mahkemelerinde dava açmakta muhtariyetlerine karar verilmesi gerektiği kabul edilmiştir.¹⁹⁹

¹⁹⁸ **Akkaya, Çetin**, Tefecilik, s.119-120

¹⁹⁹ Dosya kapsamındaki Ç.... 1. Sulh Ceza Mahkemesinin 10/02/2009 gün ve 2009/34 D.İş sayılı kararıyla sanıklardan Uğur ile hakkında sahtecilik suçundan kurulan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen Özgür Y.... adına kayıtlı Ço.... ve Çe.... ilçelerinde bulunan bazı taşınmazlara 5271 sayılı CMK’nın 128. maddesi uyarınca elkonulup Mahkemece de bu taşınmazların TCK’nın 55. maddesi bağlamında “suçun işlenmesiyle elde edilen veya suçun konusunu oluşturan” menfaatler olarak değerlendirilerek müsadereelerine karar verilmiş ise de, Dairemizce de benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 16/12/2008 gün ve 2008/146-235 sayılı Kararı karşısında tefecilik suçunda ancak el konulmuş olması halinde bu suçun konusunu oluşturan değer niteliğindeki ana paranın TCK’nın 55/1. maddesi uyarınca müsadere edilebileceği, ödünç olarak verilen para nedeniyle elde edilen kazancın zarar gören konumundaki gerçek kişiye, vergi kaybı karşılığının ise Hazineye iade edilmesinin gerektiği nazara alınarak, müsadereesine karar verilen taşınmazların hangi katılana veya şikayetçiye verilen ne miktardaki borç karşılığı teminat olarak alındığı, bunlara uygulanan faiz oranları, vadeleri ve ödeme tutarları kendilerinden sorulup varsa bunlara ait icra dosyaları ile sanıklar hakkında yürütülen vergi incelemelerine ilişkin raporların getirilmesi ve elkonulan taşınmazların suç tarihindeki rayiç değerlerinin saptanmasından sonra dosyanın kül halinde Sayıştay emekli uzman denetçilerinden oluşturulacak bilirkişi heyetine tevdi edilerek, faizle borç para verme faaliyeti sonucunda mağdurlardan elde edilen faiz gelirinin saptanacak boyut ve tutarına göre TCK’nın 55. maddesinin uygulanıp uygulanamayacağının değerlendirilmesi, taşınmazların katılanlara iade edilebilir kapsamda kalması halinde katılanlar ve şikayetçilerin bunlara ilişkin olarak ait oldukları hukuk mahkemelerinde dava açmakta muhtariyetlerine karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve yanılgılı değerlendirmeye yazılı şekilde müsadere kararı verilmesi, **5.CD., 10/10/2013 gün 2012/9163-2013/9850**

Aramalarda ele geçirilen çek, senet ve diğer belgelerin, tefecilik suçunun delili niteliğinde olması nedeniyle müsadere edilemeyeceği dosyada delil olarak saklanmasına karar verilmesi gerektiği gözetilmelidir.²⁰⁰

SONUÇ

Tam olarak belirlilik ilkesine uygun olmayan TCK m. 241 düzenlemesi son derece eksik ve yetersiz bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Kıyas yasağı gereğince de amaçsal yorum yapılamadığı için, suçun kapsamı oldukça daralmıştır. Kanunilik ilkesi gereği, ulaşılmak istenilen amaca da ulaşamamaktadır. Madde izlenen suç politikasını da tam olarak yansıtmamakta, bu durum ise uygulamada birçok sorunun yaşanmasına neden olmaktadır. Öğreti ve uygulamadaki farklılıklar nazara alındığında suçun sınırlarını çizmek ve belirsizliği ortadan kaldırmak adına kazanç elde etme, belli bir vade kararlaştırma, suçun mağduru, ödünç vermenin sayısı, paraya eşit sayılan değerlerin suçun konusunu oluşturup oluşturmayacağı, kredi kartı ve çek-senet kırdırma suretiyle işlenip işlenemeyeceği husularını açıkça hüküm altına alan bir düzenleme yapılması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- **Akkaya, Çetin.** Tefecilik Suçu, Adalet 2013
- **Arslan, Çetin.** Tefecilik Suçu, Ankara Barosu Dergisi 2014/1
- **Arslan, Çetin/Azizağaoğlu, Bahattin.** Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Asil Yayın Dağıtım AŞ, Ankara 2004
- **Bekar, Elif.** Tefecilik Suçu, İÜHFM C. LXXI, S. 2, s.499-526, 2013
- **Birtek, Fatih.** Tefecilik Suçu
- **Çelik, İsa.** Yargıtay Kararları Işığında Tefecilik Suçu, Seçkin, Nisan 2018
- **Dursun, Salman.** Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar, Seçkin 2006
- **Donay, Süheyl.** Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta İstanbul 2007
- **Gerçeker, Hasan.** Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Konu, Ütopyağrafik, Ankara 2011
- **Günay, Erhan.** Örnekli ve Uygulamalı Tefecilik Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013

²⁰⁰ Adli emanetin 2009/213 ve 2010/87 sırasında kayıtlı bulunan çek, senet ve diğer belgelerin, tefecilik suçunun delili niteliğinde ya da suçun konusunu oluşturduğu kesin olarak tespit edildikten sonra dosyada delil olarak saklanması yerine “TCK’nın 54/1. maddesi uyarınca müsadere ile dosyada delil olarak saklanmasına,” karar verilmesi, **5.CD. 08/05/2013, 7463/4731;** Suçta kullanılan **dava konusu çeklerin dosyada delil olarak saklanmasına** ve çeklerle ilgili olarak tarafların aidiyet konusunda hukuk mahkemesinde dava açmakta muhtariyetlerine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde çeklerin müsadereğine hükmolunmasına, **7.CD. 31.5.2004, 2003/3945-2004/7407**

- **Gündel, Ahmet.** Yeni Türk Ceza Kanunu ve Açıklaması, Sözkese Matbaacılık, Ankara 2009
- **Gören, Sami.** Türk Ceza Kanunu, Yetkin Basımevi, Ankara 2012
- **Gün, Tayfun.** Türk Ceza Kanunu'nda Tefecilik Suçu, TBBD, Mart-Nisan 2019, Yıl: 31, Sayı: 141
- **Giyik, Abdulbaki.** Türk Hukukunda Tefecilik Suçu, Ankara 2014
- **Hafızoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem.** Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar US-A Yayıncılık, 3. Baskı Ankara 2017
- **İnci, Z. Özen.** Tefecilik, Seçkin 2014
- **Katkat, Münevver.** Muhasebe Vergi Tekniği Yönünden Denetimin Kayıt Dışı Ekonomi Üzerindeki Başarısı, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi(2007)
- **Kaya, Ferudun.** Türkiyede Kredi Kartı Uygulaması, Türkiye Bankalar Birliği Yayın No: 263, Ocak 2009
- **Köken, Enes.** Tefecilik Suçu, TBB Dergisi 2016(123)
- **Özbek, Veli Özer / Kanbur, Nihat / Bacaksız, Pınar.** Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 14. Bası, Seçkin 2019
- **Özbek, Veli Özer.** Tefecilik Suçu, Ceza Hukuku Dergisi, Aralık 2010, Sayı: 14
- **Özgenç, İzzet.** Tefecilik Suçu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Y. 2010, Sa.1
- **Korkmaz, Ömer Faruk/ Yazan, Ömer.** Ulusal Fon Döngüsünü Sınırlandıran Bir Faaliyet Olarak Tefecilik, Küresel İktisat ve İşletme Çalışmaları Dergisi, Kış-2012, Cilt:1, Sayı: 2
- **Malkoç, İsmail.** Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu, Malkoç Kitabevi Ankara 2006
- **Malkoç,İsmail.** Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu 2.Cilt, 2007
- **Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer.** Asliye Ceza Davaları, Adalet Yayınevi Ankara 2007
- **Parlar, Ali/ Akın, Mustafa/ Hatipoğlu, Muzaffer.** Bankacılık Ceza Hukuku, Ankara 2010
- **Sevim, Onur Utku.** Teknoloji Temelli Bir Suç Pos Tefecilik Suçu, Adalet Dergisi, Yıl: 2012, Sayı: 42
- **Şeker, Muzaffer.** Elektronik Ödeme Sistemleri, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 10, Sayı: 20, Güz 2011
- **Taşdelen, Servet.** Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara, 2. Bası, Turhan 2006

- **Taşdemir, Kubilay.** Bilişim-Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması-Dolandırıcılık Suçları, 2009
- **Uğur, Hüsamettin.** Tefecilik Suçunun Pozitif Dayanakları, Unsurları ve Uygulama İlkeleri, Terazi Dergisi Nisan 2007
- **Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa.** Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara, (2014), C.IV
- **Yargıtay Ceza Daireleri Uygulamasında Sıklıkla Rastlanan Bozma Sebepleri (CMK-TCK-Özel Yasalar),** Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, Genişletilmiş 2. Bası, Ankara 2018
- **Yenidünya, A. Caner.** Tefecilik Suçu(TCK.m.241), Banka ve Finans Hukuku Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 6, Yıl: 2013

FOTOĞRAFLAR



3 Yaş Fotoğrafı (1958)



İlkokul Yılları



*İzmir Namık Kemal
Lisesi Yılları*



İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yılları



Şavşat Askerlik Şubesi Başkan Vekilliği



Şavşat Askerlik Şubesi Başkan Vekilliği



Hakkari Ceza Mahkemesi



Hakkari Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı



Zile Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı



İnegöl Hakimliği



13. Ceza Dairesi Başkanlığı Günleri



Mazbata Töreni (10 Şubat 2015)



Yargıtay Başkanlığı (10 Şubat 2019)



Mazbata Töreni (10 Şubat 2015)



THY ile Protokol İmzalanması (23 Mart 2015)



*Cumhurbaşkanı Sayın Recep Tayyip ERDOĞAN'ın
Yargıtay Başkanlığını Ziyaretleri (26 Mart 2015)*



Makamında



Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı Konutu



Adli Yıl Açılışı Töreni (2015-2016)



Adli Yıl Açılışı Töreni (2015-2016)



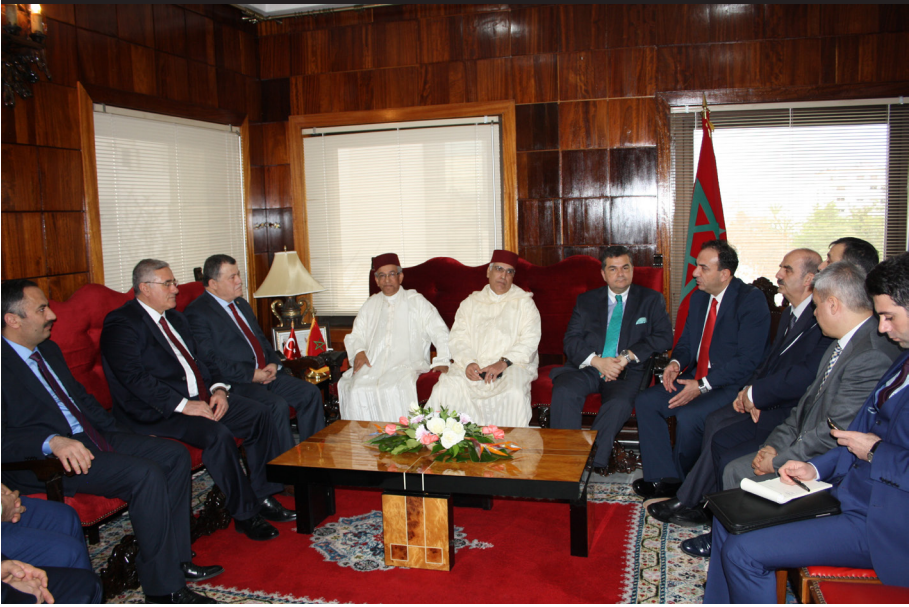
Karadağ Ziyareti (28 Eylül-02 Ekim 2015)



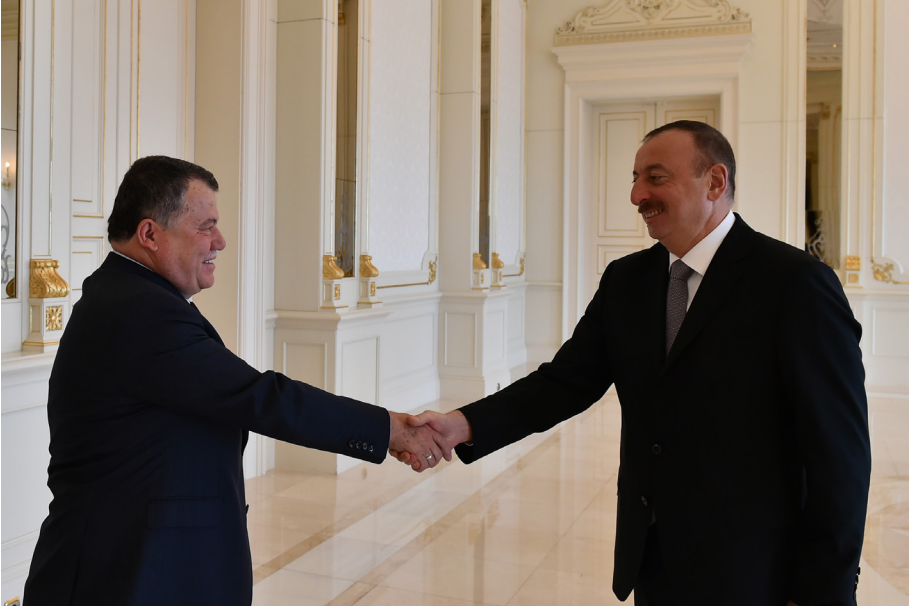
Karadağ Ziyareti (24-26 Haziran 2019)



Fas Ziyareti (19-24 Ocak 2016)



Fas Ziyareti (19-24 Ocak 2016)



Azerbaycan Ziyareti (17-22 Nisan 2016)



Azerbaycan Ziyareti (17-22 Nisan 2016)



Katar Ziyareti (30 Kasım-3 Aralık 2016)



Katar Ziyareti (30 Kasım-3 Aralık 2016)



Adli Yıl Açılışı Töreni (2016-2017)



Kuveyt Ziyareti (4-9 Mart 2017)



Kazakistan Ziyareti (21-27 Ekim 2017)



*150. Yılında Yargıtay Sempozyumu ve Yargıtay
Yeni Hizmet Binası Temel Atma Töreni (06 Mart 2018)*



*150. Yılında Yargıtay Sempozyumu ve Yargıtay
Yeni Hizmet Binası Temel Atma Töreni (06 Mart 2018)*



*150. Yılında Yargıtay Sempozyumu ve Yargıtay
Yeni Hizmet Binası Temel Atma Töreni (06 Mart 2018)*



Yargıtay Yeni Hizmet Binası Şantiye Toplantısı (20 Şubat 2019)



Yargıtay Yeni Hizmet Binası Şantiye Toplantısı (24 Şubat 2019)



Yargıtay Yeni Hizmet Binası Şantiye Toplantısı (24 Eylül 2019)



*Yargıtay Başkanlığı ile Ampute A Milli Futbol Takımı
Gösteri Maçı (23 Mart 2018)*



150. Yıl Hatıra Ormanı Fidan Dikim Töreni (01 Mart 2018)



*İstanbul 1. Hukuk Kurultayı
Dolmabahçe Sarayı (17 Ekim 2016)*



Niagara Şelalesi



Arnavutluk Ziyareti (07-11 Kasım 2018)



Tanzanya Ziyareti



Filistin Ziyareti (10-14 Nisan 2019)



Mazbata Töreni (11 Şubat 2019)



57. Alay Vefa Yürüyüşü (24-25 Nisan 2019)



150. Yıl Vefa Gecesi (29 Haziran 2018)



Onur Gecesi (28 Mayıs 2019)



*Avrupa Konseyi Yüksek Mahkeme Başkanları Toplantısı
(14 Ekim 2019)*



***Avrupa Konseyi Yüksek Mahkeme Başkanları Toplantısı
(14 Ekim 2019)***



Rusya Federasyonu Ziyareti (11-17 Mayıs 2019)



Rusya Federasyonu Ziyareti (11-17 Mayıs 2019)



Ocak 2020 • Sayı 41 • Yıl: 11

ISSN:1309-6826



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